



**UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI PADOVA**

Università degli Studi di Padova

Dipartimento di Diritto Privato e Critica del Diritto

**CORSO DI DOTTORATO DI RICERCA IN
Diritto Internazionale e Diritto Privato e del Lavoro
XXX CICLO**

**Il licenziamento in Italia e in Cina:
nella “terra di mezzo” tra effettività delle tutele e
debolezza del lavoratore**

Coordinatore: Ch.ma Prof.ssa Manuela Mantovani

Supervisore: Ch.mo Prof. Marco Tremolada

Dottorando: Giulio De Luca

Indice

Il licenziamento in Italia e in Cina: nella "terra di mezzo" tra effettività delle tutele e debolezza del lavoratore

Prefazione	V
Capitolo Primo	11
Introduzione. L'ordinamento cinese e le sue fonti. I principi del diritto del lavoro in Cina	11
1.1 Le fonti del diritto cinese	13
1.2 Il sistema giudiziario nell'ordinamento cinese	24
1.2.1 I caratteri fondamentali dell'organizzazione giudiziaria cinese	24
1.2.2 La struttura giudiziaria cinese. Le Corti del Popolo e la Corte Suprema	26
1.2.3 Lo <i>status</i> di Giudice	29
1.2.4 La soluzione dei conflitti per vie non giurisdizionali	31
1.3 L'evoluzione del sistema giuslavoristico cinese e i suoi tratti fondamentali	32
1.4 Cenni di diritto sindacale	41
1.4.1 Il ruolo e la struttura del sindacato nell'ordinamento cinese	41
1.4.2 Sulla contrattazione collettiva	44
Capitolo Secondo	
Le cause di estinzione automatica del rapporto di lavoro	47
2.1 Premessa: la dubbia natura delle ipotesi di estinzione del rapporto di cui all'art. 44 della <i>Employment Contract Law</i>	47
2.2 Le ipotesi di estinzione automatica del rapporto di lavoro	52
2.2.1 La scadenza del termine apposto al contratto di lavoro	52
2.2.2 Il godimento della prestazione pensionistica da parte del lavoratore	61
2.2.3 La morte del lavoratore, o la dichiarazione della sua morte o della sua assenza da parte della Corte del Popolo	63
2.2.4 Il fallimento del datore di lavoro	65
2.2.5 La revoca della licenza del datore di lavoro o l'ordine di cessazione dell'attività commerciale o di chiusura della sua unità commerciale, o la decisione datoriale di liquidare la propria attività	69
2.2.6 Altre ipotesi previste dalla legge o dai regolamenti amministrativi	71
Capitolo Terzo	
Le causali di licenziamento	73
3.1 Premessa: gli indici di effettività della tutela contro il licenziamento	73
3.2 Il licenziamento senza preavviso	79
3.2.1 La mancanza delle qualifiche richieste per l'assunzione	80
3.2.2 La grave violazione delle regole vigenti nell'unità produttiva	88
3.2.3 Una grave negligenza dei suoi doveri da parte del lavoratore, o la persecuzione da parte sua di interessi personali, con gravi perdite in capo all'impresa che lo occupa	137
3.2.4 La violazione del dovere di non concorrenza da parte del lavoratore	141
3.2.5 L'invalidità del contratto di lavoro ai sensi dell'art. 26, paragrafo 1, num. 1), della <i>Employment Contract Law</i>	165
3.2.6 Il lavoratore è investigato per responsabilità penale ai sensi di legge	170
3.3 Il licenziamento con preavviso	176
3.3.1 L'inabilità del lavoratore allo svolgimento delle sue mansioni originarie o altre mansioni organizzate dall'unità produttiva alla scadenza dello specifico periodo di trattamento medico per malattia o infortunio extra-professionale	185
3.3.2 Il difetto di competenza in capo al lavoratore. Questioni sullo scarso rendimento	187

3.3.3 La radicale variazione delle condizioni oggettive poste alla base della stipulazione del contratto di lavoro, con conseguente mancata utilità del proseguimento del rapporto	196
3.4 Il licenziamento collettivo per riduzione di personale	206
3.4.1 La definizione di licenziamento collettivo	207
3.4.2 Le ragioni sostanziali del licenziamento collettivo	210
3.4.3 La procedura del licenziamento collettivo	219
3.4.4 I criteri di scelta dei lavoratori da licenziare	224
3.4.5 Il diritto di precedenza	228

Capitolo Quarto

Divieti di licenziamento e cause di estensione del contratto di lavoro **229**

4.1 I divieti di licenziamento: premessa. Questioni in materia di licenziamento discriminatorio	229
4.1.1 Il rischio di insorgenza di una malattia professionale;	248
4.1.2 L'inidoneità fisica a seguito di malattia o di infortunio professionale;	249
4.1.3 L'interdizione del potere di recesso prima del superamento del periodo di comporto in caso di malattia o un infortunio non professionali;	251
4.1.4 Il divieto di licenziamento della lavoratrice durante il periodo di gravidanza, di puerperio o di allattamento;	258
4.1.5 Il divieto di licenziamento del lavoratore che "si trova alle dipendenze del datore di lavoro da almeno 15 anni consecutivi e gli mancano meno di 5 anni al raggiungimento dell'età pensionabile 264	
4.2 Una tutela aggiuntiva: l'estensione del contratto di lavoro a tempo determinato nelle ipotesi di divieto di licenziamento	266

Capitolo Quinto

Riparazione reintegratoria e riparazione economica in caso di licenziamento: dalla pretesa del lavoratore al *continuous fulfillment of the contract alla economic severance* **273**

Capitolo Sesto

Oneri procedurali e interventi delle *Labor Union* **291**

Capitolo Settimo

Impugnazione del licenziamento e disciplina processuale **305**

7.1 Premessa: la crescente valorizzazione della mediazione e le fonti della normativa del processo del lavoro in Cina	305
7.2 Il campo di applicazione del rito del lavoro	307
7.3 Il procedimento del lavoro e le sue fasi:	314
7.3.1 La fase della mediazione;	318
7.3.2 La fase dinanzi al Collegio Arbitrale del Lavoro;	320
7.3.3 La fase dinanzi alla Corte del Popolo.	331

Capitolo Ottavo

Le dimissioni e la risoluzione consensuale del rapporto di lavoro **333**

8.1 Le clausole contrattuali limitative del potere di dimissioni	333
8.2 La disciplina legale delle dimissioni	340
8.2.1. Il preavviso;	340
8.2.2. La disciplina sostanziale delle dimissioni. La rilevanza della giusta causa;	344
8.2.3. La disciplina formale delle dimissioni.	375
8.3 La risoluzione consensuale del rapporto di lavoro.	377

Bibliografia **379**

Prefazione

L'occasione per dedicare il lavoro di tesi conclusivo del triennio di Dottorato di Ricerca in Diritto del Lavoro ad una comparazione con l'ordinamento cinese è sorta da un bando pubblicato nel mese di marzo 2016 dall'Università di Padova per studenti e dottorandi, da me scoperto quasi per caso, che offriva la possibilità di trascorrere un anno accademico presso la Guangzhou University.

La decisione di inviare la mia candidatura è maturata in me ancora prima di arrivare al termine della lettura del bando di partecipazione, in quanto ho subito intuito le opportunità nascenti dall'approfondimento delle conoscenze giuridiche relative ad un Paese in continuo sviluppo come la Cina, conoscenze che nel nostro settore disciplinare risultano ancora, allo stato, piuttosto limitate. Un Paese del quale i non addetti ai lavori conoscono pressoché soltanto l'espansione quasi incontrollata nel mercato degli ultimi anni, coronata con l'ingresso nella WTO avvenuto nel 2001 – sia pure come Paese “sotto osservazione” in quanto ad economia riconosciuta come “non di mercato” –, ma spesso sono digiuni di conoscenze approfondite, soprattutto laddove si passi dal settore legato al commercio internazionale all'ambito più prettamente giuridico.

Se poi si considera che, nell'ambito disciplinare di cui mi occupo, ampi sono i pregiudizi relativamente ad uno stato di arretratezza giuridica dal punto di vista delle tutele dei prestatori di lavoro – pregiudizi che, invero, possono forse trovare una giustificazione nelle notizie che si reperiscono sui media locali (relativamente a forme di sfruttamento del lavoro che talvolta emergono anche negli organi di stampa del nostro Paese) ed internazionali, come dimostra la tristemente nota vicenda dei numerosi suicidi da parte degli operai occupati presso le fabbriche-dormitori di Dongguan – ben si comprende l'immediato interesse che il bando ha suscitato in me, convincendomi senza troppa fatica ad intraprendere questo viaggio di studio e di ricerca nella terza metropoli cinese per numero di abitanti.

L'occasione di trascorrere un anno come *visiting student* presso l'Università di Guangzhou, pertanto, si è posta subito come allettante opportunità per osservare da vicino lo stato dell'arte del diritto del lavoro in Cina, tentando di colmare, sia pure in maniera parziale, quelle lacune di conoscenza delle quali noi italiani siamo ancora forse debitori ad un Paese che rappresenta senza dubbio alcuno, oggi più che mai, uno dei colossi mondiali. Lacune vieppiù intollerabili, peraltro, alla luce dell'aumento costante, negli ultimi decenni, di imprenditori italiani che tentano di affermarsi sul mercato cinese, e che quindi con la legislazione giuslavoristica del Paese debbono, volenti o nolenti, fare i conti. Un'opportunità, altresì, per verificare da vicino fino a che punto i segnalati pregiudizi dai quali siamo animati corrispondano al reale stato dell'arte del diritto nella Repubblica Popolare Cinese. E qui debbo confessare la mia sorpresa nell'apprendere come le leggi cinesi apprestino una tutela particolarmente incisiva e rigorosa ai prestatori di lavoro, una tutela (almeno per alcuni aspetti) superiore a quella predisposta dal sistema giuridico italiano così come riformato dai più recenti interventi normativi.

È emersa quindi strada facendo la mia decisione di dedicare il mio lavoro conclusivo del triennio di Dottorato ad una comparazione tra il nostro ordinamento giuslavoristico e quello cinese, con speciale riferimento proprio al momento in cui, a ben vedere, la tutela dei lavoratori da parte del legislatore tradizionalmente si è focalizzata, cioè in relazione all'estinzione del rapporto di lavoro.

Una comparazione tra incisività delle tutele, prima ancora che tra singole norme, particolarmente interessante in quanto affacciatesi proprio in un momento storico in cui il legislatore italiano ha innegabilmente ridotto le tutele previste a favore dei lavoratori, sia pure per quanto riguarda solo il momento successivo al licenziamento, ovvero sia l'insieme di strumenti risarcitori predisposti a seguito dell'intimazione, da parte del datore di lavoro, di un recesso contrastante con il complessivo apparato normativo. E le ha ridotte rovesciando il rapporto di regola ed eccezione fino ad allora esistente tra la tutela reintegratoria e la tutela meramente indennitaria, mentre invece in Cina, come si vedrà nell'apposito capitolo, le due forme di tutela coesistono in un rapporto di pari dignità.

Questo è solo un esempio – altri se ne vedranno – dei casi in cui la legislazione cinese appare più protettiva nei confronti dei lavoratori rispetto a quella italiana. Ma mi sembra che, nonostante tali

esempi, non si possa comunque affermare che in Cina sia riconosciuta una tutela maggiore ai diritti dei prestatori di lavoro che nel nostro Paese. E ciò soprattutto, ritengo, a causa di problemi endemici dell'ordinamento cinese, che il legislatore ha tentato di risolvere con le riforme degli ultimi decenni ma con i quali pure queste ultime sono destinate a scontrarsi.

La mentalità dell'uomo cinese, poco propensa al ricorso alle forme ufficiali e giudiziarie di giustizia; la mancanza di effettività della legge; un altissimo livello di corruzione anche degli appartenenti al sistema giudiziario; una frammentazione giuridica portata all'estremo dalla coesistenza di sistemi normativi locali a molti livelli; la mancanza di un'azione sindacale autentica e genuina; un numero di lavoratori così elevato, in numerosi contesti industriali, da disincentivare il ricorso a forme di tutela giurisdizionali e a privilegiare l'utilizzo della forza quale reazione a violazioni dei propri diritti, costituiscono tutti fattori che, come si avrà modo di osservare di volta in volta, impediscono al Paese di raggiungere i livelli di tutela che (ancora) esistono nei Paesi occidentali.

Ma è indubitabile che passi avanti siano stati fatti; basti citare un primo timido affermarsi delle cause relative alla repressione delle pratiche discriminatorie sui luoghi di lavoro, finalmente portate, negli anni più recenti, avanti le Corti del Popolo per tentare di porre fine a prassi inaccettabili nel Ventunesimo Secolo, a maggior ragione all'interno di un protagonista mondiale quale è (ed intende sempre di più essere) la Repubblica Cinese.

Come sempre, tuttavia, non è solo con gli strumenti legislativi che si può pensare di risolvere i problemi. È un'osservazione che sentiamo spesso nel nostro Paese, allorché trovano spazio, nella stampa, i commenti ai più o meno riusciti tentativi del legislatore (sempre più spesso, nella nostra materia, del Governo, che agisce tramite la delega legislativa o la decretazione d'urgenza) di incentivare le assunzioni stabili in modo da limitare il precariato e la disoccupazione. Ma, nel permanere di dati scoraggianti (è del corrente mese il rapporto dell'OCSE sui dati relativi alla disoccupazione in Italia), siamo abituati alle forti prese di posizione di chi afferma che "la legge non crea posti di lavoro". Sono convinto che tale osservazione colga ancor di più nel segno laddove la si riferisca all'ordinamento cinese, se solo si consideri che la legge fondamentale del lavoro risale a più di ventitré anni fa, e ha compiuto ormai un decennio la riforma sui contratti di lavoro: ma di progressi concreti, almeno stando alle notizie che ci giungono e di cui cercherò di dare conto nel corso del presente lavoro, se ne possono registrare pochi. È complessa l'analisi dei passi che potrebbero essere fatti per migliorare il diritto vivente e, soprattutto, le condizioni della forza di lavoro in Cina, e una loro analisi andrebbe oltre i confini di questo lavoro: qui non posso che auspicare che almeno gli prospettati interventi regolatori delle Organizzazioni Sovranazionali sul terreno economico-politico – il quale è l'unico idoneo veramente a muovere i Governi –, anche in chiave limitativa della libera esplicazione del mercato globale, abbia perlomeno l'effetto di consentire a centinaia di milioni di lavoratori cinesi un miglioramento delle proprie condizioni di lavoro e, per tale via, del proprio stato di vita.

L'analisi oggetto della tesi è compiuta sotto una duplice prospettiva.

Per quanto riguarda lo specifico argomento della tesi, ho ritenuto opportuno approfondire l'istituto dell'estinzione del rapporto di lavoro, analizzandolo da ogni punto di vista, sostanziale e formale, tanto dal versante datoriale (dove il titolo della tesi, dedicato al licenziamento, il quale occupa la parte preponderante dell'opera) quanto con riferimento alle dimissioni e alla risoluzione consensuale. Tuttavia, nel corso della trattazione mi sono accostato inevitabilmente ad argomenti dalla notevole importanza, i quali, pur non essendo direttamente pertinenti al momento estintivo del rapporto, mi sono sembrati meritevoli comunque di approfondimento: si pensi al contratto di lavoro a tempo determinato, o al patto di non concorrenza post contrattuale. Data la loro attinenza alla questione relativa all'accertamento del grado di tutela dell'ordinamento cinese nei confronti dei lavoratori, ho così deciso di dedicare ad essi una trattazione, sia pure più breve e separata, anche visivamente, rispetto agli argomenti principali.

Dal punto di vista metodologico, ho ritenuto doveroso attribuire grande importanza al dato letterale della norma, avvalendomi della traduzione ufficiale in lingua inglese rinvenibile nel sito del

Governo cinese e, nei passaggi chiave, del testo in lingua originale, facendo tesoro delle nozioni di cinese di cui sono riuscito ad impadronirmi mediante la frequentazione quotidiana di un corso intensivo di cinese erogato dall'Università di Guangzhou. Sono convinto, infatti, tanto nella mia passione per la ricerca quanto nello svolgimento dell'attività di avvocato, che – citando Vallebona, autore dell'insuperabile manuale di diritto del lavoro studiato sui banchi dell'Università – ogni commento ad una disposizione di diritto positivo presuppone l'indispensabile consultazione contestuale del testo della fonte, *“onde evitare la vana fatica di chi, ad esempio, pretendesse di utilizzare un commento della Divina Commedia senza avere davanti agli occhi il testo del poema”*. Per questo ho ritenuto opportuno riportare per esteso il testo di ogni disposizione da me citata e commentata, nella sua traduzione in inglese.

Ho poi tentato di inserire il materiale legislativo raccolto in un sistema e di confrontarlo con il sistema giuslavoristico italiano, sempre nell'ottica di comparazione non tanto delle singole norme, quanto piuttosto del complessivo livello di tutela che l'assetto attuale delle fonti offre con riferimento ad ogni istituto.

A tal proposito, un cenno merita l'utilizzo dei riferimenti giurisprudenziali, quantomai utili alla luce dell'*imprinting* che ho inteso dare al mio lavoro, attento, come detto, alla tutela che ciascuno dei due ordinamenti in confronto predispone a favore dei lavoratori. Ora, occorre avvertire che le banche dati aventi ad oggetto le pronunce giudiziali emanate dai Collegi Arbitrali e dalle Corti togate sono rinvenibili *online* esclusivamente in lingua originale. Per quelle che ritenevo più importanti sono ricorso ad una traduzione da parte di “compagni di viaggio” cinesi, per le altre mi sono affidato – ma non avevo altra scelta – a commenti in lingua inglese, per esse rinunciando, sia pure a malincuore, al confronto diretto con il pensiero dei giudicanti. Per questo motivo, per la loro essenziale cooperazione nel reperimento del materiale utile alla redazione della presente tesi, non posso che ringraziare di cuore i colleghi Avvocati dello Studio Legale Wang Jing & Co. di Guangzhou, Franco Fornari, Valentino Lucini e Huang Yisi, con i quali è stato un onore collaborare per gli intensi mesi di vita cinese.

Un sincero ringraziamento va altresì al Professor Marco Tremolada, mio supervisore per questi tre anni di Dottorato, e al Professor Andrea Sitzia: è merito anche del loro costante incoraggiamento se non ho abbandonato ancor prima di cominciare la pazza idea di partire per un viaggio che continuerà ad accompagnare la mia vita per sempre.

Padova, ottobre 2017

Giulio De Luca

*Ai miei genitori,
perché mi hanno impartito la cultura dello studio,

e a Benedetta,
perché colora di bellezza i momenti difficili della vita
e rende i giorni già lieti incommensurabilmente migliori.*

Capitolo Primo

Introduzione. L'ordinamento cinese e le sue fonti. I principi del diritto del lavoro in Cina

Sommario:

1.1 Le fonti del diritto cinese

1.2 Il sistema giudiziario nell'ordinamento cinese:

- 1.2.1 i caratteri fondamentali dell'organizzazione giudiziaria cinese;
- 1.2.2 la struttura giudiziaria cinese. Le Corti del Popolo e la Corte Suprema;
- 1.2.3 lo *status* di giudice;
- 1.2.4 la soluzione dei conflitti per vie non giurisdizionali.

1.3 L'evoluzione del sistema giuslavoristico cinese e i suoi tratti fondamentali

1.4 Cenni di diritto sindacale:

- 1.4.1 il ruolo e la struttura del sindacato nell'ordinamento cinese;
- 1.4.2 sulla contrattazione collettiva.

1.1 Le fonti del diritto cinese

In via introduttiva al presente lavoro, non si può prescindere da una sintetica visione generale relativa all'assetto costituzionale cinese, alle fonti del diritto e alla loro gerarchia all'interno dell'ordinamento cinese, nonché alla evoluzione del sistema giuslavoristico che ha caratterizzato il Paese negli ultimi anni.

Si avranno, infatti, molte occasioni di notare come il sistema delle fonti in Cina differisca molto da quello italiano e, più in generale, da quelli europei ed americani non solo di matrice romanistica di *civil law*, ma anche quelli di *common law* di matrice anglosassone. Invero, l'ordinamento cinese appare del tutto peculiare, non potendo essere inserito né nel primo, né nel secondo dei due sistemi tradizionali; anzi, connotazioni di natura storica, culturale, filosofica rendono il sistema giuridico cinese difficilmente inquadrabile all'interno di un sistema ordinamentale ben definito, sebbene, pur ispiratosi a seguito della proclamazione della Repubblica Popolare, ai sistemi socialisti, negli ultimi decenni esso abbia compiuto un significativo percorso di avvicinamento al sistema di *civil law*¹, avvicinamento che, come vedremo, avrà la sua prossima tappa nell'emanazione di un codice civile, che appare davvero imminente.

Sebbene dotato di una concezione del diritto sua propria, tale da renderne impossibile la sua

¹ Nel sistema giuridico attuale, le trasformazioni del tessuto socio-economico avvenuto negli ultimi decenni, unitamente ad un processo di progressivo e graduale allentamento, a seguito della caduta del muro di Berlino, di un riferimento ideologico legittimante, ha fatto sì che, anche in assenza di radicali cambiamenti giuridici formali (la Costituzione in vigore è sempre quella del 1982), le stesse norme vengano oggi interpretate secondo categorie giuridiche totalmente differenti. Così, la stessa norma giuridica che veniva, fino agli ultimi decenni del secolo scorso, interpretata secondo categorie giuridiche proprie di un ordinamento socialista, viene oggi interpretata, applicata e commentata riferendosi ad un orizzonte culturale e giuridico che fa prevalentemente riferimento al diritto occidentale. Vedremo come anche l'ispirazione della disciplina attuale in materia il diritto del lavoro risenta e sia espressione di questa evoluzione.

classificazione all'interno delle "famiglie"² tradizionali di sistemi giuridici³, per la storia del Paese

² Secondo la dottrina di R. David, tutt'ora considerata dominante nell'ambito della scienza della comparazione giuridica, lo studio comparato tra ordinamenti giuridici non può che partire da una distinzione tra "sistemi" giuridici. Egli muove dall'assunto secondo il quale ogni ordinamento giuridico, lungi dal poter essere definito e studiato soltanto quale aggregato di norme giuridiche, costituisce di fatto un *sistema*, nel senso che utilizza una certa terminologia, utilizza determinate categorie giuridiche, pone una determinata regolamentazione per la produzione delle norme e si avvale di determinati metodi per interpretarle. Ora, alla base di tutti questi aspetti propri di un ordinamento giuridico e tali da differenziarlo dagli altri, vi sono fattori extragiuridici, quali la tradizione, l'ideologia, la filosofia sottostante a ciascun sistema, tutti fattori che permettono di individuare i caratteri di una particolare "famiglia" di sistemi giuridici; cfr R. David – C. J. Spinosi, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, Cedam, 2004, 17 ss.: "La diversità degli ordinamenti giuridici è considerevole, dal punto di vista del tenore e del contenuto delle loro regole; essa è molto minore, invece, se si prendono in considerazione gli elementi, più fondamentali e più stabili, grazie ai quali si possono scoprire le regole, interpretarle e precisarne il valore. Le regole possono essere infinitamente varie; le tecniche che servono ad enunciarle, il modo di classificarle, i metodi di ragionamento utilizzati per interpretarle si riconducono invece a certi tipi che sono in numero limitato. È possibile perciò raggruppare i diversi sistemi in 'famiglie', così come altre scienze, trascurando differenze secondarie, riconoscono l'esistenza di famiglie in fatto di religioni (cristianesimo, Islam, induismo, ecc.), lingue (lingue neolatine, slave, semitiche, ecc.), animali (mammiferi, rettili, uccelli, ecc.)". Per quanto riguarda i criteri con i quali l'insuperata dottrina comparatistica di David propone di effettuare la categorizzazione dei diversi ordinamenti statuali all'interno di una stessa "famiglia" di sistemi, semplificando può dirsi come essi consistano nei seguenti fattori: a) la formazione storica, b) la struttura dell'ordinamento; c) le fonti del diritto e le regole che le disciplinano. Su queste basi, lo studioso francese ha posto la distinzione tra la "famiglia" dei sistemi giuridici romano germanici (o di *civil law*), quella dei sistemi di matrice anglosassone (o di *common law*), quella dei Paesi socialisti (tra i quali può essere fatto rientrare, sia pure con caratteristiche essenziali sue proprie, il sistema giuridico cinese) e quella dei sistemi a base religiosa, quali, per esempio, il diritto musulmano, il diritto indù, il diritto ebraico.

³ In Cina, infatti, il diritto non ha rivestito la funzione centrale che ha invece assunto negli altri sistemi, in quanto per la mentalità cinese, in ciò influenzata dalle teorie del confucianesimo, esso non è in grado di rappresentare lo strumento essenziale per la risoluzione dei conflitti, dovendo essere quest'ultimo ricercato nella mediazione, nel senso di umanità e di equità, nel perseguimento dell'ordine naturale, tutti fattori raggiungibili mediante il riconoscimento dell'interesse comune, del proprio ruolo all'interno della società. Il diritto costituisce così un pericolo di alterazione di tale ordine naturale e cosmico. Cfr. ancora R. David, C. J. Spinosi, *I grandi sistemi*, cit., 267 e 438 ss.: "Lungi dal rappresentare la premessa dell'ordine e di essere simbolo di giustizia, il diritto è agli occhi dei Cinesi lo strumento dell'arbitrio e un fattore di disordine: il buon cittadino non deve preoccuparsi del diritto; deve vivere in un modo che escluda qualsiasi rivendicazione dei suoi diritti e qualsiasi ricorso alla giustizia dei tribunali. La preoccupazione prima degli uomini non deve essere il rispetto del diritto; la condotta di ciascuno deve essere incessantemente dominata, al di fuori di qualsiasi considerazione giuridica, dalla ricerca dell'armonia e della pace. La conciliazione ha più valore della giustizia, la mediazione deve servire a risolvere i conflitti piuttosto che il diritto a risolverli". È in questo insieme di fattori metagiuridici, secondo l'Autore, che deve essere ravvisato il motivo principale per cui, nonostante l'avvicinamento del sistema cinese a quello sovietico nel corso del ventesimo secolo a seguito della presa del potere da parte di Mao Tse-Tung, "in Cina il regime comunista ha ripudiato i Codici ispirati all'Occidente, che erano stati elaborati dopo la caduta del regime imperiale" e che "dopo un breve periodo di esitazione esso si è allo stesso modo allontanato dalla via sovietica e si è incamminato per una via propria".

Sul peculiare ruolo del diritto all'interno della società cinese si rinvia a R. Cavalieri, *Diritto dell'Asia Orientale*, Editrice Cafoscarina, 2008, 17 ss.: l'Autore pone l'attenzione anche su elementi di natura linguistica, notando come la diversa concezione del diritto nelle tradizioni cinesi rispetto alla tradizione occidentale emerga, oltre che da fattori culturali, anche dai diversi termini impiegati per indicare il diritto positivo rispetto all'insieme di riti e di tradizioni, al quale solo viene affidato il ruolo positivo di composizione delle controversie sociali: "Il variegato insieme di regole [sociali e morali, n.d.s.] viene generalmente chiamato 礼, LI, rito. Originariamente, il termine 礼 stava ad indicare i sacrifici religiosi delle stirpi feudali della Cina pre-imperiale [come dimostra, si potrebbe aggiungere, l'elemento radicale del carattere, derivante da 示, shì, che appunto significa "sacrificio", n.d.s.]; si trattava di regole comportamentali, e per estensione morali e politiche, molto rigorose (sorte in un contesto feudale nel quale non vi era una netta distinzione tra ambiti religioso e politico, familiare e statale), che disciplinavano tanto il culto degli antenati e delle divinità quanto i rapporti interni ed esterni al clan, dalle cerimonie matrimoniali a quelle funebri, dalla materia tributaria ai rapporti diplomatici. Nei secoli, tali regole furono codificate e sviluppate dalla letteratura ritualistica e rese concretamente operative attraverso il loro assorbimento nelle consuetudini locali (e in gran parte anche nelle leggi imperiali). L'osservanza dei riti avrebbe dovuto essere oggetto dello scrutinio in primo luogo dei nuclei sociali basilari, quali la famiglia o il villaggio, e soltanto sussidiariamente degli organi amministrativi e giudiziari dello Stato. I confuciani contrapponevano i riti, strumento efficientissimo di organizzazione dei rapporti sociali, alla legge (法, fǎ). In generale, essi ritenevano il diritto scritto di fonte statale uno strumento di controllo tardivo ed inefficace, necessario a imporre coercitivamente la definizione dei conflitti occorsi, ma inutile a prevenirne l'insorgere o a smussarne le

nel secolo scorso, dalla rivoluzione contro il regime imperiale alla costituzione di uno Stato centralizzato Comunista, l'ordinamento cinese moderno è stato accostato, pur nella considerazione delle sue ineliminabili peculiarità, alla famiglia dei sistemi giuridici di natura socialista.

E di tale famiglia l'ordinamento cinese condivide essenzialmente lo stretto collegamento tra gli organi giurisdizionali e la classe politica⁴, un collegamento che, come si vedrà, assume contorni di grande evidenza nonostante la formale dichiarazione dell'indipendenza del potere giudiziario proclamato dalla Costituzione all'art. 126.

Prescindendosi, in tale sede introduttiva, dal tracciare un'evoluzione storica relativamente alle fonti del diritto in generale⁵, riservando tale analisi in maniera specifica per quanto riguarda il settore lavoristico, con riferimento all'attuale assetto delle fonti del diritto vigente in Cina non ci si può esimere dal considerare in via preliminare che *“l'individuazione delle fonti del diritto civile è uno dei più importanti e complessi problemi del diritto cinese contemporaneo. Innanzitutto perché, mancando una grande tradizione giuridica in questo campo, si è posta poca attenzione alla dottrina sulla produzione delle fonti del diritto”*⁶: infatti l'accennata originalità e la complessità del sistema giuridico della Repubblica Popolare Cinese, frutto della tormentata convivenza tra teoria del diritto di derivazione sovietica, tradizione confuciana e più recente visione liberistica di stampo occidentale, hanno sempre reso difficoltosa una individuazione del sistema delle fonti del diritto.

All'interno dell'ordinamento cinese, del resto, è dato assistere ad una commistione tra fonti del

angolosità”, con la conseguenza che *“solo per gli illeciti più gravi, quelli non altrimenti rimediabili, esisteva la legge: la stessa parola 法, fǎ, legge, deriva dalla procedura penale della Cina arcaica e originariamente era sinonimo di sanzione penale”*.

Del resto, la stessa origine della legge quale espressione formale di diritto positivo, valido e vincolante la generalità dei consociati, spiega la scarsa attitudine della mentalità dell'uomo cinese a considerare la stessa quale fonte di regolazione dei rapporti sociali. *“In traditional China, the formal law was implemented to protect the rights of the state rather than the individual. The law was seen as an instrument of state power, designed to shield the bureaucracy from the common people, rather than as a mechanism for the individual person to redress personal wrongs. In this regard, one could view the function of the law and the overall legal system as a guardian of the state, which might have little to do in the actual regulation of the lives of the subjects inter se; [...] “law, equated with a system of punishments, was in its nature harsh and to be avoided by reasonable men” [...] “the perception of law in Western culture idealizes the individual as the main actor, and the role of the state as the executor of the collective will. The reverse, so it seemed, was true of ancient China”*: cfr. Goh Bee Chen, *Law Without Lawyers, Justice Without Courts. On traditional Chinese mediation*, Ashgate, 2002, 25 e ss., *passim*. Quantomai interessante, anche se è possibile farne solo un accenno nella presente sede, è l'influenza del pensiero del confucianesimo sulla mentalità dell'uomo cinese e sul sospetto che egli ha nei confronti della legge; qui basti osservare che *“Confucianism had always been a pervasive factor in the Chinese worldview. Confucianism was viewed not merely as a valuable stream of Chinese philosophy, but, more importantly, it was a practical legacy and incorporated as part and parcel of the ordinary day-to-day life of the peasantry. The inculcation of Confucian values and ethics definitely put law in an unfavourable and inferior position. There were in existence various other social groups such as the clan association, business guild and families which played a constructive role in the dispute settlement process. This, in turn, reduced the necessity for recourse to the official law”* (Goh Bee Chen, *Law without Lawyers*, cit., 28). Per un approfondimento sul ruolo del Confucianesimo sulla mentalità del popolo cinese, si rinvia a G. MacCormack, *The spirit of Traditional Chinese Law*, The University of Georgia Press, Athens & London, 1996.

⁴ Considerato uno dei fattori caratteristici del sistema comunista affermatosi nell'Unione Sovietica da R. David – C. J. Spinosi, *I grandi sistemi*, cit., 181. Del resto, come si vedrà precipuamente nel Par. 2 di questo stesso Capitolo, una delle caratteristiche principali della famiglia ordinamentale socialista è proprio il mancato recepimento del principio di separazione dei poteri: *“anche in Cina – come in tutti gli altri Stati socialisti contemporanei foggiate sul modello del prototipo sovietico – non viene accolto, in proposito, il principio occidentale della ‘divisione dei poteri’, bensì l'altro, antagonista, dell'unità del potere statale: concentrato, appunto ad ogni livello di governo, nell'assemblea rappresentativa (il soviet della dottrina marxista russa) la quale esercita, direttamente, la funzione legislativa (ed in parte pure quella di governo) e indirettamente quelle esecutiva e giurisdizionale (per mezzo, allora, di funzionari amministrativi e magistrati da essa nominati e da essa stessa revocati)”*: cfr. P. Biscaretti Di Ruffia, *La Costituzione della Repubblica Popolare Cinese del 1982: principi generali e ordinamento dello Stato*, in *Mondo Cinese*, 1983, n. 43, 7 ss.

⁵ Per la quale si può rinviare a L. Antonelli, *La “Legge sulla legislazione” ed il problema delle fonti nel diritto cinese*, in *Mondo cinese*, n. 119, 2004.

⁶ R. Bertinelli, *Verso lo stato di diritto in Cina*, Giuffrè, Milano, 1989, 21.

diritto di natura “formale”, come la Costituzione, la legge, i regolamenti, e fonti del diritto di natura più sfuggevole, come le indicazioni del partito, i principi dello Stato, gli atti interpretativi emanati dagli organi giudiziari, per la cui autorevolezza spiccano *in primis* quelli emessi dalla Corte Suprema del Popolo, massima autorità giurisdizionale cui è affidato il compito di “*sorvegliare il lavoro giudiziario delle corti locali del popolo di ogni grado e delle corti speciali*” (ai sensi degli articoli 127 e 128 della Costituzione) e di uniformazione degli indirizzi giurisprudenziali, avendo essa il compito di risolvere i problemi interpretativi riguardanti l’applicazione specifica di norme legislative o di grado inferiore nell’ambito dei procedimenti giurisdizionali⁷.

Trattasi di atti verso i quali il giurista europeo non può che guardare con una certa sorpresa e con un certo disorientamento. Così quando, nel corso dei Capitoli seguenti, si citeranno quali fonti del diritto documenti interpretativi emessi dalla Corte Suprema del Popolo (con denominazioni di volta in volta diverse, come per esempio “*Guidelines*”, “*Interpretations*”, “*Answers to Questions concerning...*”, “*Minutes of Interpretations*”, e così via), non ci si deve sorprendere della loro efficacia vincolante nei confronti del giudice del caso concreto, facendo essi parte di quelle che sono definite “fonti indirette del diritto”. La fonte giurisprudenziale, del resto, che non era stata considerata tra le fonti formali del diritto nella Costituzione promulgata dal governo maoista nel 1949, sta acquisendo negli ultimissimi anni una nuova importante funzione, ancorché non ufficialmente riconosciuta (dove si suole affermare, per l’appunto, la sua natura soltanto “indiretta” di fonte del diritto).

In questo contesto, alla cennata complicazione contribuiva soprattutto la mancata previsione, da parte della Costituzione, di disposizioni relative al rapporto tra le diverse fonti, limitandosi alla regolamentazione del procedimento di emanazione delle leggi e alla gerarchia delle principali fonti di diritto scritto, lasciando quindi aperto il problema del conflitto tra di esse e del rapporto tra le stesse e le fonti “indirette” diverse da quelle di diritto positivo.

È in questo quadro che, nel marzo del 2000, è stata emanata la ***Legislation Law of the People’s Republic of China***, ovvero la c.d. *Legge sulla Legislazione* che, in accordo con i principi enunciati dalla Costituzione del 1982, ma anche alla luce delle più recenti innovazioni introdotte nella realtà istituzionale cinese, ha stabilito per la prima volta la gerarchia e la competenza delle fonti scritte del diritto, contribuendo, almeno sul piano formale, a mettere ordine in questa materia⁸.

Ciò premesso, all’interno dell’ordinamento cinese è possibile riconoscere le seguenti fonti di diritto:

⁷ Ai sensi dell’art. 33 della *Organic Law of the People’s Courts of the People’s Republic of China*, approvata nel 1979 e modificata nel 1983, che regola la gerarchia tra i vari livelli in cui si divide il potere giudiziario, con la Corte Suprema del Popolo che si colloca al vertice del sistema a livello nazionale, e le Corti Popolari di base, Intermedie e Superiori a livello locale.

⁸ Lo sfondo storico dell’emanazione di questa legge è sfaccettato, nel senso che “*more than two decades of rapid economic growth has fuelled China’s transition from a centrally-planned to a market-oriented economy, necessitating the development of a legal system capable of fostering and protecting economic headway. Since China’s reform and opening in 1978, its legal system has undergone an unprecedented expansion with the promulgation of myriad commercial and civil laws at national and local levels. While the emphasis on lawmaking contributed to the growing authority and capacity of the National People’s Congress (NPC) during this period, numerous contradictions, tensions and ambiguities materialized within the lawmaking system as a whole. Largely because of a shifting distribution of authority among the NPC, the State Council and sub-national (primarily provincial) people’s congresses, the legislative arena is populated by self-interested actors with uneasy power relationships who engage in institutional turf wars at virtually every stage of the lawmaking process. Faced with the possibility of legislative disorder derailing modernization, in the early 1990s, China’s leadership began to consider a law on lawmaking to set out a **clearly defined uniform legal hierarchy**. The Legislation Law represents a significant attempt to produce a more orderly and open legislative system in China*”: così L. Paler, *China’s Legislation Law and the Making of a More Orderly and Representative Legislative System*, *The China Quarterly*, 2005, 301. La stessa Autrice evidenzia comunque come uno scopo indiretto dell’emanazione della Legge sulla Legislazione sia da rinvenire anche nella volontà politica del Parlamento di affermare la superiorità del proprio potere in materia legislativa rispetto al Consiglio degli Affari di Stato, titolare del potere esecutivo: “*Virtually unique in the world as a law on lawmaking, it [la Legge sulla Legislazione, n. d. s.] deals with issues of a constitutional nature. Moreover, it represents an attempt by the NPC to solidify its position vis-à-vis other law-making and regulation-making institutions, namely the State Council and provincial governments*”.

a) La Costituzione

La Carta Costituzionale costituisce il vertice del sistema formale delle fonti del diritto.

La Costituzione attualmente in vigore⁹ è stata emanata il 4 dicembre 1982, e riporta le principali idee della riforma intrapresa da Deng Xiao Ping¹⁰; il suo Preambolo riunisce i “Quattro Principi Fondamentali” messi in rilievo da quest’ultimo, consistenti nell’affermazione della vita socialista, nel mantenimento della dittatura democratica popolare, nel riferimento espresso al marxismo-leninismo e al pensiero di Mao Tse Tung¹¹, nella funzione direttiva necessaria da parte del Partito Comunista Cinese.

Come stabilito dall’art. 5 (secondo il quale “*tutte le leggi, le norme amministrative e i regolamenti a carattere locale non devono essere in contrasto con la Costituzione*”), essa si pone al vertice delle fonti di diritto positivo; essa, ai sensi del paragrafo 2 del medesimo art. 5 (“*Tutti gli organi statali e le forze armate, ogni partito [compreso quello comunista, n.d.s.] e organizzazione sociale, ogni impresa ed ogni istituzione devono conformarsi alla Costituzione e alle leggi. [...] Nessuna organizzazione o singolo può trasgredire la Costituzione o le leggi*”), si pone al vertice altresì delle fonti indirette¹².

La Costituzione risulta dunque chiara nel prevedere non solo che la stessa si debba considerare al vertice delle fonti legislative¹³, ma anche che non ci sia altra fonte che possa porsi al di sopra, o al di fuori, della Costituzione stessa, in quanto ogni altra fonte del diritto diversa dalla legge debba comunque conformarsi al dettato della medesima. Così, in piena aderenza a tale principio, anche l’art. 78 della *Legislation Law*, infatti, pone il principio dell’incondizionata supremazia delle norme di rango costituzionale all’interno dell’ordinamento della Repubblica Popolare Cinese: “*The*

⁹ La quarta, dopo quelle adottate nel 1954, nel 1975 e nel 1978.

¹⁰ Statista che, salito al potere nel 1978 all’indomani della morte di Mao, propose un programma di riforme che, pur continuando ad affermare la centralità delle teorie comuniste, proponeva un approccio pragmatico e non troppo ideologizzato, noto come obiettivo delle c.d. “quattro modernizzazioni”, con riferimento all’esigenza di ristrutturare i settori dell’agricoltura, dell’industria, della scienza e tecnologia e della difesa nazionale. Sotto il suo governo si arrivò così al superamento della Costituzione del 1978, mediante la preparazione di una nuova Carta fondamentale, entrata in vigore nel 1982 e attualmente vigente (come modificata nel 1999 e da ultimo nel 2004). I principi di base cui la nuova Costituzione si ispirava sono così riassumibili: lo scopo di conciliare la realtà cinese con le esperienze e le idee straniere, in una sorta di “apertura” verso il mondo occidentale; limitarsi alle disposizioni essenziali per l’unità nazionale, la stabilità sociale e le quattro modernizzazioni; farsi guidare dai quattro principi fondamentali del preambolo (socialismo, dittatura democratico-popolare, pensiero del marxismo-leninismo e di Mao Tse Tung). L’obiettivo principale dei costituenti era quello di concentrare tutti gli sforzi pubblici verso una modernizzazione del socialismo cinese, sia dal punto di vista del sistema politico che da quello dell’economia. Allo Stato socialista veniva quindi assegnato il compito di trainare l’economia nazionale verso un significativo sviluppo delle sue strutture, in modo tale da poter garantire i bisogni sociali del popolo.

¹¹ “*La costituzione del 1982 è indiscutibilmente una costituzione ideologica, il cui perno è rappresentato dalle teorie del marxismo-leninismo e del pensiero di Mao Tze Tung. Il che, in altre parole, significa dire che quella costituzione riflette un approccio ideologico ai concetti di Stato e di diritto: uno Stato il cui fondamento è il sistema economico, rispetto al quale il diritto è nient’altro che una sovra-struttura*”: L- Pegoraro – A. Rinella, *Sistemi costituzionali comparati*, Giappichelli, 2017, 79.

¹² Ancora più esplicito ed enfatico è l’ultimo periodo che conclude il lungo Preambolo alla Carta Costituzionale: “*Questa Costituzione sancisce in forma legale i risultati della lotta di tutte le nazionalità del popolo cinese, definisce un sistema base ed i compiti fondamentali dello Stato. Essa rappresenta la legge fondamentale dello Stato e riveste la suprema autorità legale. Il popolo cinese di tutte le nazionalità, tutti gli organi dello stato e le forze armate, ogni partito politico ed organizzazione sociale, ogni impresa ed ogni servizio pubblico devono considerare la Costituzione come una norma fondamentale di condotta ed hanno il dovere di difenderne la dignità e garantirne l’applicazione*”.

¹³ Dalla posizione della Costituzione quale legge fondamentale dello Stato, collocata al vertice delle fonti di diritto, discende la complicazione procedurale prevista per la sua modificazione. Ai sensi dell’art. 64 della medesima, infatti, essa può essere emendata, su iniziativa riconosciuta esclusivamente al Parlamento (o al Comitato Permanente o su proposta da parte di almeno un quinto dei membri dell’Assemblea Nazionale del Popolo), con il voto favorevole di una maggioranza qualificata, rappresentata dai due terzi di tutti i deputati dell’Assemblea nella sua composizione plenaria: “*Amendments to the Constitution are to be proposed by the Standing Committee of the National People’s Congress or by more than one-fifth of the deputies to the National People’s Congress and adopted by a vote of more than two-thirds of all the deputies to the Congress*”.

Constitution has the highest legal authority, and no national law, administrative regulation, local decree, autonomous decree and special decree, or administrative or local rule may contravene the Constitution”.

Tra le altre fonti che debbono conformarsi alla Costituzione vanno menzionate, per il particolare ruolo che ricoprono o hanno ricoperto tra le fonti del diritto, le norme di autogoverno delle minoranze etniche (“*tutte le nazionalità*”), la Commissione militare centrale (“*le forze armate*”), il sindacato (“*ogni organizzazione sociale*”) ma soprattutto il Partito Comunista (“*ogni partito politico*”).

In materia di diritto del lavoro, la Carta Costituzionale cinese prevede i seguenti principi¹⁴:

- il diritto al lavoro¹⁵ (art. 42), che deve essere garantito a tutti i cittadini dallo Stato, in capo al quale sussiste il compito di creare le condizioni per l’impiego, rafforzare la protezione sul luogo di lavoro e migliorarne le condizioni, nonché di predisporre, sulla base dello sviluppo della produzione, livelli sufficienti di retribuzione del lavoro e il trattamento assistenziale; a tale diritto fa da contraltare il correlativo dovere al lavoro¹⁶;
- il diritto al riposo (art. 43), assicurato dallo Stato mediante lo sviluppo di impianti per il riposo e per il ristoro dei lavoratori e la determinazione della durata del lavoro e la previsione del diritto alle ferie in capo ai prestatori di lavoro;
- il diritto a godere della tutela pensionistica, demandata alla legge dello Stato (art. 44¹⁷);
- il diritto a forme di previdenza in caso di situazioni di vecchiaia, di malattia e di invalidità al lavoro, che fanno sorgere “*il diritto di percepire aiuti materiali dallo stato e dalla società. Lo stato sviluppa le assicurazioni sociali, l’assistenza sociale, l’opera sanitaria ed igienica, necessarie perché i cittadini godano di questi diritti*”; nonché di assistenza sociale, a favore dei militari invalidi dei familiari dei martiri e dei militari, dei cittadini ciechi, sordomuti, e altrimenti minorati, ai quali debbono essere riconosciuti il lavoro, la vita e l’educazione (art. 45¹⁸).

Dopo aver stabilito che la legge è la fonte primaria dell’ordinamento, e che la Costituzione si pone al vertice di questo sistema come legge fondamentale, resta da stabilire come si pongono

¹⁴ Più in generale, la costituzione del 1982, soprattutto a seguito delle modifiche intervenute nel 2004, proclama i diritti fondamentali dell’individuo, anche se è stato sottolineato il carattere meramente formale e di facciata di tale proclamazione: “*le declamazioni dei diritti e delle libertà fondamentali riprodotte nella costituzione cinese si accompagnano puntualmente alla previsione di clausole di limitazione rimesse al legislatore ordinario. In altre parole, [...] la limitazione e la sospensione nell’esercizio dei diritti e del godimento delle libertà fondamentali è rimessa alla volontà delle forze politiche dominanti, senza alcuna garanzia di tipo costituzionale*” (L. Pegoraro – A. Rinella, *Sistemi costituzionali comparati*, cit., 108); ciò è stato ricondotto alle esigenze del Paese di apparire formalmente all’esterno come Paese rispettoso delle istanze sovranazionali: “*le riforme della costituzione del 1982 hanno introdotto concetti come libertà economica, rule of law, diritti umani. Una sorta di ‘etichetta’ per poter essere accolti nel WTO o per poter ospitare i giochi della XXIX Olimpiade a Pechino. La comunità internazionale, sorda ai gridi di allarme e alle denunce di violazione dei diritti, ha ritenuto più meritevoli le enormi opportunità economiche offerte dal mercato cinese...*” (op. ult. cit., 109).

¹⁵ 中华人民共和国公民 有劳动的权利和义务, Zhōnghuá Rénmín Gònghéguó gōngmín yǒu láodòng de quánlǐ hé yìwù, letteralmente: i cittadini della Repubblica Popolare Cinese hanno il diritto e il dovere del lavoro.

¹⁶ Enfatizzato dal medesimo art. 42, che afferma che “*il lavoro è un dovere glorioso per tutti i cittadini che ne abbiano le capacità. I lavoratori delle imprese statali e delle organizzazioni economiche collettive in città e campagna, hanno il dovere di comportarsi verso il proprio lavoro con l’atteggiamento di padroni dello stato. Lo stato favorisce l’emulazione socialista nel lavoro, premia i lavoratori modello e progrediti. Lo stato favorisce la dedizione dei cittadini al lavoro d’obbligo*”; è compito dello Stato porre in essere le condizioni favorevoli per l’esercizio fruttuoso di tale dovere: esso, infatti, “*prima dell’impiego, cura l’addestramento occupazionale richiesto dei cittadini*”.

¹⁷ L’art. 44 pone dunque una riserva di legge per la predisposizione della normativa pensionistica. Attualmente il sistema previdenziale in generale – del quale la tutela pensionistica costituisce soltanto una parte – nell’ordinamento cinese è regolato dalla *Social Insurance Law* del 2011, che ha sostituito con un unico testo le leggi vigenti precedentemente (cfr. Capitolo Ottavo).

¹⁸ Tale disposizione presenta all’evidenza un tratto di affinità con l’art. 38 della Costituzione della Repubblica Italiana, laddove distingue tra assistenza sociale e previdenza sociale, il cui elemento discrezionale consiste nell’essere quest’ultima destinata, a differenza dalla prima, esclusivamente ai lavoratori.

gerarchicamente gli altri tipi di fonti normative. A tal riguardo, se la Costituzione del 1982 delineava solo alcuni di questi rapporti, occorre attendere l'emanazione della *Legislation Law* del 2000 per avere una disciplina sistematica della gerarchia e della competenza delle fonti normative.

b) Le leggi statali

Secondo l'art. 2 della Costituzione, tutti i poteri della Repubblica Popolare Cinese, compreso quindi quello legislativo, spettano al popolo¹⁹, che li esercita attraverso le assemblee nazionali e locali.

Il Parlamento Cinese, denominato **Assemblea Nazionale del Popolo**, eletto a suffragio universale indiretto, deve tenere almeno una sessione all'anno e detiene insieme al Comitato Permanente, costituito al suo interno, il potere legislativo²⁰, così ripartito: l'Assemblea Nazionale vota le leggi fondamentali, mentre il Comitato Permanente le leggi ordinarie²¹. Funzionando in permanenza, e

¹⁹ Peraltro, il principio di sovranità popolare deve essere correttamente inteso in relazione alla proclamazione, da parte dell'art. 1 della Costituzione, della Repubblica Popolare Cinese come “*stato socialista sotto la dittatura democratica popolare*”. In dottrina sono state fornite spiegazioni dell'accostamento tra la forma di governo “dittatoriale” e la sua natura “democratica”, concetti tra loro apparentemente incompatibili, nel senso che “*la dittatura democratica popolare ‘alla cinese’ pone severi limiti all’operare del principio democratico, che pure è componente fondamentale del costituzionalismo moderno, in quanto anche volendo accedere alla tesi dell’applicazione del metodo democratico al popolo in via normale e generale e del metodo dittatoriale ai nemici del popolo in via eccezionale e residuale, resta pur sempre il fatto che la vincolata adesione degli attori politici ai due principi cardinali innanzi esaminati della supremazia del PCC e della dottrina politica marxista-leninista-maoista impedisce il confronto su basi di uguaglianza ed in libere elezioni di una pluralità di partiti o movimenti politici, inclusi quelli ad orientamento non comunista che sono da ritenere incostituzionali, secondo le previsioni del Preambolo della Carta fondamentale*”; “*la scelta per il modello di sviluppo socialista, il quale appare comunque idoneo a convivere con le regole di sviluppo democratico, non deriva dalla libera volontà manifestata dal corpo elettorale cinese, ma è stabilita in via definitiva dal legislatore costituzionale, cosicché agli elettori non è dato di esprimere differenti preferenze in ordine alla determinazione dei principi fondamentali del sistema economico del Paese*” (M. Mazza, *Lineamenti di diritto costituzionale cinese*, Giuffrè, 2006, 24 ss., *passim*).

²⁰ Per l'esercizio del quale entrambi possono avvalersi dell'apporto delle Commissioni speciali parlamentari (art. 70 Cost.), costituite da rappresentanti del popolo dotati di competenze professionali rilevanti nell'ambito dei compiti da svolgere in seno alla relativa Commissione, e le quali possono a loro volta richiedere la consulenza di soggetti esterni dotati di particolari competenze.

²¹ Più in particolare, il riparto dell'esercizio della funzione legislativa tra l'Assemblea Nazionale del Popolo e il Comitato Permanente costituito al suo interno è delineato dagli articoli 62 e 67 della Costituzione, i quali prevedono un catalogo di funzioni e poteri devoluti all'uno piuttosto che all'altro dei due organi parlamentari. Le competenze dell'Assemblea Nazionale, che come detto costituisce il Parlamento nel suo *plenum*, contemplano la revisione della Carta Costituzionale, l'emanazione e l'emendamento delle leggi organiche e delle leggi fondamentali nelle materie pubblicistiche, privatistiche e penalistiche. L'Assemblea Nazionale Popolare inoltre detiene il potere di designare le più alte cariche dello Stato (Presidente e Vice-Presidente della Repubblica Popolare Cinese, Primo Ministro e Ministri che compongono il Consiglio degli Affari di Stato, Presidente della Commissione Militare Centrale), oltre che di adottare le decisioni fondamentali nelle materie economico-finanziarie, con riguardo all'adozione dei piani nazionali per lo sviluppo economico sociali, del bilancio preventivo e consuntivo dello Stato; ad essa spetta infine la creazione di Regioni Amministrative Speciali e la dichiarazione dello stato di guerra. L'art. 67, invece, contempla le competenze del Comitato Permanente: tra esse, quelle attinenti all'esercizio della funzione legislativa sono, in primo luogo, quella di collaborare con l'Assemblea legislativa ordinaria nell'attuare la Costituzione, quella di fornire l'interpretazione autentica della medesima; di adottare provvedimenti legislativi quando il Parlamento generale non sia in sessione (fatta eccezione per le leggi fondamentali, come visto riservate dall'art. 62 alla competenza esclusiva di questo). Il Comitato Permanente, inoltre, esercita l'importante funzione amministrativa di controllo sull'operato del Consiglio degli Affari di Stato (che costituisce l'organo di governo) e degli organi locali del potere statale nelle Province, nelle Regioni Autonome e nelle Municipalità, con il potere di annullare decisioni amministrative e norme regolamentari giudicati non compatibili con la Costituzione e con le leggi ordinarie. Può quindi affermarsi che tale organo sia titolare anche del potere di sindacato della legittimità degli atti normativi secondari emanati a livello locale, potere che invece nel nostro ordinamento è devoluto ad organi giurisdizionali, rispettivamente la Corte Costituzionale per la valutazione sulla legittimità delle leggi regionali e i giudici amministrativi (Tribunale Amministrativo Regionale e Consiglio di Stato) per la valutazione sulla legittimità degli atti amministrativi delle Regioni e degli altri enti locali.

Per quanto riguarda i rapporti tra i due organi parlamentari, l'Assemblea Popolare Nazionale è titolare del potere di vigilanza e di supervisione generale sull'attività di produzione normativa del Comitato Permanente, attività rese effettive dal potere di modificare o di invalidare le decisioni adottate da quest'ultimo che siano ritenute “improprie”. Tra le materie riservate alla potestà legislativa dell'Assemblea Nazionale vi sono quelle che si riferiscono alla struttura

tenendo di norma sei sessioni all'anno, il Comitato Permanente detiene in concreto un ruolo maggiore rispetto all'Assemblea Nazionale²².

Ad ogni livello delle ripartizioni territoriali esistono Assemblee Locali Popolari dotate di potere normativo (pur se, come si vedrà, gli atti normativi emanati a livello locale sono sotto-ordinati rispetto a quelli adottati a livello nazionale, siano questi di natura legislativa piuttosto che di natura amministrativa).

In materia di gerarchia tra le fonti di diritto positivo, una funzione chiarificatrice è svolta, come si diceva, dalla *Legislation Law* adottata nel 2000²³ – la quale costituisce una legge rinforzata, essendo stata emanata dall'Assemblea Nazionale nella sua composizione plenaria –, con la quale sono state per la prima volta illustrate la gerarchia, la competenza, le modalità d'emanazione²⁴ e il controllo di legittimità delle fonti normative di ogni ordine e grado.

In particolare, la *Legislation Law* prevede che la gerarchia delle fonti giuridiche può stabilirsi come segue: la Costituzione; le leggi fondamentali adottate dall'Assemblea Nazionale del Popolo; le leggi ordinarie adottate a livello nazionale; i regolamenti amministrativi adottati a livello centrale dal Consiglio degli Affari di Stato; le leggi locali, adottate dalle Assemblee dei vari livelli locali; i decreti, adottati dai governi territoriali. Ne deriva che le leggi emanate dal Parlamento (tanto nella sua composizione plenaria quanto in sede di Comitato Permanente costituito al suo interno) sono sovraordinate sia ai regolamenti amministrativi che alle leggi adottate dalle Assemblee locali del popolo (art. 79 della *Legislation Law*).

L'iniziativa legislativa spetta, ai sensi degli articoli 12 e 13 della *Legislation Law*, al Consiglio degli Affari di Stato (dotato di potere di iniziativa anche a livello costituzionale, ai sensi dell'art. 89 della Carta fondamentale), alla Commissione militare centrale, alla Corte Suprema e alla Procura

organizzativa dello stato, ai diritti fondamentali del cittadino, alle norme che riguardano il sistema economico (ad esempio, le disposizioni fiscali o la creazione di zone amministrative speciali a base etnica od economica). Si dà atto, infine, che ai sensi dell'art. 8 della *Legislation Law*, nel rispetto di determinate condizioni, gli organi legislativi possano emanare una legge delega all'organo esecutivo, il Consiglio degli affari di Stato, nelle materie stabilite dal medesimo art. 8 (che coincidono con quelle riservate alla potestà legislativa dell'Assemblea Popolare Nazionale, ad eccezione delle materie che interessano i diritti fondamentali del cittadino e in materia giudiziaria).

²² Tale ruolo è sottolineato anche in dottrina: cfr. M. Rosenberg, *The Chinese Legal System Made Easy: A Survey of the Structure of Government, Creation of Legislation, and the Judicial System Under the Constitution and Major Statutes of the People's Republic of China*, *Miami International and Comparative Law Review*, 2000, 225: “*Since the National People's Congress only convenes for a Plenary Session once each year, and because with its over 35,000 members the Plenary Session of the National People's Congress is so unwieldy in size, it is the Standing Committee that performs most of the general legislative functions the rest of the year. The Standing Committee of the National People's Congress meets in a two-week session once every two months, and is comprised of members selected from among the Plenary Session's delegates*”.

²³ La legge, che si compone di 94 articoli, è strutturata in sei Capitoli: “*Principi generali*”, “*Leggi*”, “*Regolamenti amministrativi*”, “*Decreti locali e Decreti e norme delle autorità autonome*”, “*Ambito di applicazione e controllo di legittimità*”, “*Norme varie*”. I “*Principi generali*” stabiliscono il rapporto tra la legge e le altri fonti, basandolo sul riferimento al principio gerarchico, ed affermando i principi, desumibili direttamente dalla Costituzione, con i quali le fonti legali non debbono confliggere; ai sensi dell'art. 3, infatti, “*il processo di legislazione deve aderire ai principi fondamentali della Costituzione, deve essere incentrato sullo sviluppo economico, deve aderire alla via socialista, alla dittatura del popolo, alla leadership del Partito comunista cinese e aderire al marxismoleninismo, al pensiero di Mao Tse Tung, alla teoria di Deng Xiao Ping e aderire alla politica della apertura verso il resto del mondo*”. Secondo L. Antonelli, *La “Legge sulla legislazione” ed il problema delle fonti nel diritto cinese*, cit., 28, “*nel loro complesso tali principi possono essere considerati come i principi fondamentali dell'ordinamento cinese. Tuttavia, la sovrabbondante presenza di teorie politiche, in palese contraddizione tra loro, e la ‘fragilità’ di principi quali ‘la politica d'apertura verso il resto del mondo’, troppo condizionati da situazioni contingenti, fa sì che, ancora una volta, siano la Costituzione e il Partito, almeno finché quest'ultimo avrà la forza di condizionare il contenuto della stessa, a costituire i principi fondamentali dell'ordinamento cinese*”.

²⁴ La *Legislation Law* regola anche il meccanismo di pubblicazione e pubblicità delle leggi. Ai sensi dell'art. 52, a seguito della sua adozione la legge deve essere pubblicata tanto sulla Gazzetta ufficiale del Comitato Permanente quanto, a fini di maggiore pubblicità, in un quotidiano a circolazione nazionale. La versione pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale verrà considerata come la versione ufficiale. Tale norma risulta di un'importanza fondamentale per l'ordinamento cinese, in quanto solo con essa è stato previsto per la prima volta l'obbligo di pubblicazione delle leggi, e, come si dirà più avanti, anche degli atti normativi secondari.

Suprema.

La *Legislation Law* contiene anche disposizioni in merito al controllo di legittimità costituzionale delle leggi ordinarie emanate a livello centrale dall'Assemblea Nazionale del Popolo o dal Comitato Permanente, attribuendo a quest'ultimo tale competenza, oltre che il potere di interpretazione autentica delle leggi (art. 42).

Una richiesta di interpretazione autentica della legge può essere avanzata dal Consiglio di Stato, dalla Commissione militare centrale, dalla Corte e Procura Suprema, dalle Commissioni parlamentari del Comitato Permanente, nonché dai Comitati Permanenti delle assemblee del popolo a livello locale. L'art. 47 stabilisce che le interpretazioni autentiche della legge condividono lo stesso valore di questa tipologia di fonte.

A proposito delle fonti normative di livello legislativo, in chiusura di questa breve panoramica appare opportuno ricordare come la Repubblica Popolare Cinese stia in questo periodo vivendo una fase di codificazione, una tappa fondamentale della quale è rappresentata dalla approvazione da parte dell'Assemblea Nazionale, avvenuta il 15 marzo 2017, della Parte Generale del nuovo **Codice Civile**, che entrerà finalmente in vigore il 1° ottobre 2017²⁵.

È venuto così a compiersi l'ultimo, decisivo, passo nel percorso iniziato nel 1911, nel periodo declinante del millenario Impero Cinese, all'epoca della dinastia Qing quando, nella volontà di modernizzazione del diritto, il ceto dirigenziale del Paese, seguendo la via della tradizione romanistica, aveva per la prima volta emanato una bozza di codice civile ispirata in prevalenza ai modelli giapponese e tedesco²⁶. Tale bozza, tuttavia, non entrò mai in vigore, anche a causa della caduta della dinastia a seguito della rivoluzione del 1912. Un primo codice civile fu bensì pubblicato ed entrò in vigore nel 1931, ma venne abrogato dopo la costituzione della Repubblica Popolare. Nuove bozze furono predisposte nel 1956, nel 1964 e nel 1982, ma nessuna di esse riuscì ad entrare in vigore, preferendo gli organi governativi proseguire nel *modus operandi* basato sull'approvazione di "leggi su singole materie".

Nel 1986 venne emanata la *Legge sui Principi Generali del Diritto Civile della Repubblica Popolare Cinese*, allo scopo di "*protect the lawful civil rights and interests of citizens and legal persons and correctly adjust civil relations, so as to meet the needs of the developing socialist modernization*" (art. 1).

La compilazione di un vero e proprio Codice Civile, invece, fu decisa dal Comitato Centrale del Partito Comunista con una Decisione del 23 ottobre 2014; il testo definitivo della Parte Generale è stato sottoposto all'Assemblea in seduta plenaria ed approvato il 15 marzo 2017 e, come detto, entrerà in vigore il primo ottobre 2017.

Il testo approvato, che consta di un totale di 206 articoli divisi in 11 capitoli recanti delle norme fondamentali, delle norme in materia di persone fisiche, persone giuridiche, organizzazioni prive di personalità giuridica, delle norme sul negozio giuridico, si sostanzia in una sorta di

²⁵ Tale opera di codificazione è stata valutata positivamente dalla dottrina, soprattutto alla luce del riflesso positivo che si presume apporterà all'ordinamento cinese e alla sua endemica frammentazione giuridica: "*È dominante, nelle menti e negli animi, l'idea di unità, della necessaria costruzione d'un edificio legislativo, in cui, per così dire, abitino ed operino tutti i cinesi, ed anche gli stranieri venuti a investire capitali ed a cogliere le occasioni di un immane sviluppo economico e tecnico. L'unità storico-politica della Cina non può non tradursi in unità legislativa, ossia in un codice civile, capace di raccogliere il lascito del passato e di tracciare le linee del comune cammino*": N. Irti, *La Cina verso l'unità di un Codice Civile*, in *Il Corriere della Sera*, 30 gennaio 2017. L'illustre Autore prosegue affermando, in maniera incisiva ed entusiastica, che "*nessuno può spingere gli occhi nel futuro; e nessuno prevedere se il codice civile, elaborato nel segno di ideali 'comuni' e di ardita sintesi fra legge e autonomia privata, fra 'piani' e libertà d'impresa, sia destinato a promuovere o sancire disegualanze sostanziali e a ridestare conflitti di classe. Intanto, la Cina dà mano alla grande opera legislativa, determina unità e calcolabilità del diritto, costruisce uno strumento che, nel vorticoso fluire della storia, non sarà certo definitivo, ma, nell'arco di anni e forse di secoli, garantirà l'ordinato sviluppo dei rapporti civili. Se la storia legislativa d'Europa gravita ancora sul Code Napoléon del 1804, è da credere che la storia della Cina moderna serberà a lungo l'orma del nuovo codice civile*".

²⁶ Per un approfondimento sui vari tentativi di codificazione succedutisi nel corso del Ventesimo Secolo in Cina, può rinviarsi a H. Pazzagli, *La recezione del diritto civile nella Cina del nostro secolo*, in *Mondo cinese*, 1991, n. 76, 49 ss.

“aggiornamento” della *Legge sui Principi Generali del Diritto Civile* del 1986 (tuttora in vigore, perché non espressamente abolita)²⁷. La nuova Parte Generale sarà la base su cui verranno poi a poggiarsi le altre parti del Codice Civile che, secondo i propositi del Partito, sarà completato entro il 2020²⁸.

c) I regolamenti amministrativi

Ad un livello inferiore rispetto alle leggi ordinarie (fondamentali o ordinarie che siano), in modo analogo a quel che è previsto nella maggior parte degli ordinamenti occidentali, si collocano, come fonti normative secondarie, i regolamenti amministrativi emanati dal Consiglio degli Affari di Stato²⁹.

Ai sensi dell'art. 85 della Costituzione, tale organo, inteso come “*organo popolare centrale*”, costituisce “*l'organo esecutivo del supremo organo del potere statale, è il supremo organo amministrativo dello stato*”. Esso, ai sensi del successivo art. 86, è costituito³⁰ dal Primo Ministro, nominato dall'Assemblea Nazionale del Popolo, dai Vice Primo Ministro, dai Ministri, dai Consiglieri degli Affari di Stato, dai Presidenti di Commissione, dal Revisore capo dei conti e dal Segretario capo.

L'art. 56 della *Legislation Law* stabilisce che “*il Consiglio di Stato emana regolamenti amministrativi in accordo con la Costituzione e con le leggi nazionali*”³¹.

La competenza del Consiglio ad emanare norme regolamentari è prevista in due casi: (a) qualora una legge nazionale richieda l'emanazione di regolamenti attuativi³²; (b) nelle materie per le quali l'art. 89 della Costituzione stabilisce esservi una competenza regolamentare del governo.

Ai sensi dell'art. 89 della Costituzione, compete al Governo nazionale l'approvazione, oltre che dei

²⁷ Rispetto ai quali vi sono determinate modificazioni; per esempio, è da segnalare l'importante novità con riferimento proprio alla tematica di cui ci stiamo occupando, rappresentata dalle fonti del diritto: l'art. 10 dispone infatti che usi e costumi sono tra le fonti del diritto ed espunge la vecchia disposizione dei Principi per la quale anche le determinazioni politiche del Partito costituivano fonte del diritto.

²⁸ Interessante, e per un giurista europeo anche giusto e legittimo motivo di orgoglio, notare come la Commissione per la codificazione si sia ispirata alla tradizione occidentale e, in particolare, romanistica nella redazione della Parte Generale del Codice Civile di prossima emanazione. “*La parte generale del codice civile si può considerare l'estremo punto dello sviluppo, realizzato dalla pandettistica, del metodo dei giuristi romani che costituiscono il diritto in sistema e, proprio in tale solco, viene a collocarsi quest'ultima fatica del legislatore cinese resa possibile, appunto, anche grazie al decisivo contributo della scienza giuridica. Il dialogo della Cina con il Sistema e nel Sistema del Diritto Romano è stato negli ultimi anni estremamente proficuo. Per quanto riguarda l'Italia, già dalla seconda metà degli anni '80 del secolo scorso, il Professor Jiang Ping per la CUPIL di cui era Rettore ed il Professor Sandro Schipani per l'Università degli Studi di Roma Tor Vergata, avevano avviato una collaborazione che ha dato e continua a dare molti frutti. [...] La Cina trae dal sistema del Diritto Romano principi, norme e schemi giuridici fornendo in cambio elementi che, caratterizzati dalla plurimillennaria cultura cinese, così come da quanto dato in risposta alle esigenze che una dinamica società del XXI secolo è chiamata ad appagare, giungono ad arricchirlo come, ad esempio, la espressa consacrazione, nell'articolo 9 della Parte Generale, del principio della conservazione delle risorse e della protezione dell'ambiente*”: così S. Porcelli, *Approvazione della Parte Generale del Codice Civile. Il realizzarsi di un sogno durato 60 anni*, rinvenibile online sul sito <http://italian.cri.cn/1881/2017/03/22/301s292471.htm>; cfr. anche S. Schipani, *Diritto romano in Cina*, in *XXI Secolo Norme e idee*, Roma, Enciclopedia Treccani, 2009.

²⁹ Nel rispetto della procedura di emanazione e di approvazione disciplinata a sua volta da un'apposita delibera del Consiglio degli Affari di Stato, entrata in vigore il 1° gennaio 2002, che, *in parte qua*, rappresenta l'omologa della “nostra” legge 23 agosto 1988, num. 400.

³⁰ La medesima disposizione prevede un'ipotesi di riserva legislativa per l'organizzazione del Consiglio degli Affari di Stato, materia in ordine alla quale pertanto la potestà legislativa è da ravvisare in capo alla sola Assemblea Nazionale del Popolo.

³¹ Analogamente a quanto previsto dall'art. 52 per le leggi, è prevista la pubblicazione anche per i regolamenti amministrativi, che dovrà avvenire in questo caso sulla Gazzetta Ufficiale del Consiglio di Stato. Manca così un'unica sede di pubblicazione di tutti gli atti normativi, il che crea notevoli complicazioni ed incertezza in ordine al reperimento del diritto positivo in una determinata materia.

³² Relativamente a tali materie, la competenza regolamentare viene esercitata dal Consiglio di Stato o per colmare eventuali lacune legislative o per porre la normativa di dettaglio: “*The administrative regulations are generally either detailed rules for implementing laws or experimental rules where there are no governing laws*”: M. Rosenberg, *The Chinese Legal System Made Easy*, cit., 231.

regolamenti amministrativi, anche di provvedimenti e misure denominati “decisioni” ed “ordinanze”³³.

I compiti che la Carta fondamentale attribuisce al Consiglio degli Affari di Stato ne affermano anche la funzione unificatrice dell’attività di governo rispetto ai singoli Ministeri dei quali si compone e rispetto ai governi locali posti ai diversi livelli (sotto-ordinati a quello nazionale) delle ripartizioni amministrative, come risulta – come corollario – dalla previsione del potere del Governo centrale di modificare od annullare atti e provvedimenti “impropri” emanati da organi ministeriali³⁴, da Commissioni governative e da organi amministrativi statali locali (*ex art. 89, num. 12, della Costituzione*).

Nella gerarchia delle fonti, i regolamenti amministrativi sono collocati in posizione subordinata rispetto alle leggi statali³⁵, alle quali – oltre che naturalmente alla Costituzione – non possono derogare; essi tuttavia prevalgono sulle disposizioni contenute nelle leggi e nei regolamenti adottati, rispettivamente, dalle Assemblee locali del Popolo e dagli organi di governo locali.

Come si noterà nel corso del presente lavoro, il Ministero competente in materia giuslavoristica, il Ministero delle Risorse Umane e della Sicurezza Sociale, ha fatto largo uso della propria potestà regolamentare. In particolare, regolamenti amministrativi in materia di lavoro sono molto frequenti al fine di porre la normativa di dettaglio nei confronti di disposizioni legislative generali.

d) Le leggi locali, i regolamenti delle autonomie e i regolamenti speciali

Accanto alle fonti emanate dal governo centrale (che hanno ovviamente un’efficacia estesa all’intero territorio nazionale) si collocano gli atti adottati dai governi locali, che sono disciplinati dal Capitolo Quarto della *Legislation Law*.

A livello costituzionale, è previsto (art. 3 della Carta) che “*gli organismi statali della Repubblica Popolare Cinese attuano il principio del centralismo democratico*”.

Secondo tale principio, proclamato quale categoria generale valida per ogni organo statale, le deliberazioni assunte dalle Assemblee rappresentative territoriali³⁶ sono vincolanti per le Assemblee di livello inferiore, “*in conformità altresì alla regola c.d. della dipendenza verticale, da intendere come sottocategoria del principio del centralismo democratico, o meglio come componente centralizzatrice di tale principio*”³⁷.

Ciò premesso, la *Legislation Law*, nel rispetto del principio costituzionale, pone una quadripartizione delle fonti del diritto locale, che si distinguono in: a) regolamenti locali; b) regolamenti autonomi delle minoranze etniche; c) regolamenti delle zone economiche speciali; d) norme governative locali³⁸.

³³ “*The State Council exercises the following functions and powers: (1) To adopt administrative measures, enact administrative rules and regulations and issue decisions and orders in accordance with the Constitution and the law*”.

³⁴ I quali rivestono un rango subordinato rispetto ai regolamenti emanati dal Governo centrale.

³⁵ Cfr. L. Paler, *China’s Legislation Law and the Making of a More Orderly and Representative Legislative System*, cit., 307: “*China’s constitution describes the State Council as the highest organ of administrative power. The administrative rules and regulations it issues fall immediately below those enacted by the NPCSC (which fall beneath the constitution) in China’s overall legislative hierarchy. Furthermore, the State Council commissions and ministries issue instructions, orders and rules to elucidate the administrative rules and regulations that affect the implementation of laws passed by the National People’s Congress and the Standing Committee*”.

³⁶ È opportuno ricordare come in Cina i livelli di articolazione territoriale delle Assemblee popolari siano quattro. Al vertice troviamo l’Assemblea Nazionale del Popolo, mentre ai livelli inferiori si collocano, in ordine crescente di vicinanza al territorio, le Assemblee rappresentative degli abitanti delle seguenti articolazioni territoriali: a) contee, distretti urbani e comuni a livello di contea; b) prefetture ordinarie ed autonome; c) province, regioni autonome e municipalità autonome, queste ultime (di tratta delle municipalità di Pechino, Shanghai, Tianjin e Chongqing) poste sotto il controllo del potere centrale. I membri di tali Assemblee sono eletti direttamente dalla popolazione residente nella ripartizione politico-amministrativa corrispondente soltanto per quanto riguarda il primo e il secondo livello. Le Assemblee Parlamentari di ogni livello, tanto quella Nazionale quanto quelle locali, rispondono verso il popolo, nei confronti del quale sono responsabili e dal quale, secondo l’espressa previsione costituzionale, sono “*sorvegliate*”.

³⁷ Cfr. M. Mazza, *Lineamenti di diritto costituzionale cinese*, cit., 36.

³⁸ Nella quadripartizione prevista dalla *Legislation Law* non sono contemplate le norme emanate dalle Regioni Amministrative Speciali, in quanto a queste ultime ed alle fonti da esse emanate si applica una disciplina autonoma.

L'art. 63 della *Legislation Law* attribuisce alle Assemblee plenarie provinciali, delle regioni autonome e delle municipalità autonome, nonché ai rispettivi Comitati Permanenti, il potere di emanare leggi locali, le quali debbono essere conformi alla Costituzione, alle leggi statali³⁹ (sia fondamentali che ordinarie) e ai regolamenti amministrativi approvati da Consiglio degli Affari di Stato.

La competenza legislativa locale spetta altresì, come dispone il comma 2 dell'art. 63, alle Assemblee popolari delle maggiori città e ai loro Comitati Permanenti. Tali organi, infatti, possono emanare leggi locali, ma queste non devono essere in contrasto né con le norme di livello nazionale, né con leggi provinciali. Inoltre, tali norme potranno entrare in vigore solo dopo che siano state approvate dal Comitato Permanente a livello provinciale, che assume quindi, analogamente al suo omologo a livello centrale, la funzione di organo di controllo di conformità delle leggi locali.

L'art. 66 disciplina inoltre la potestà normativa degli organi di autogoverno delle zone ad autonomia etnica, secondo quanto già previsto dalla Sezione Sesta del Capitolo Terzo della Costituzione. Gli atti normativi emanati dalle Assemblee popolari delle regioni autonome avranno efficacia solo dopo essere stati approvati dal Comitato Permanente dell'Assemblea Nazionale del Popolo, mentre quelli emanati dalle prefetture autonome e dai distretti autonomi dovranno essere approvati dal Comitato Permanente a livello provinciale⁴⁰.

La *Legislation Law*, infine, disciplina le norme amministrative emanate dagli organismi nazionali e i regolamenti amministrativi emanati dai governi provinciali e locali.

Per la prima categoria di soggetti si devono intendere gli atti emanati dai ministeri del governo centrale, dalle commissioni, dalla Banca centrale cinese, dagli organismi di controllo e da ogni altro organismo dotato di potere regolamentare posto sotto il controllo del Consiglio di Stato. Tali norme sono gerarchicamente subordinate a tutti i tipi di leggi, regolamenti ed altri tipi di atti del governo centrale; esse trovano inoltre un preciso limite di competenza *ratione materiae*. In caso di competenze concorrenti sarà il Consiglio di Stato che si occuperà di coordinare i vari organismi, con la possibilità di emanare regolamenti amministrativi congiunti.

Infine, come per il governo centrale, anche gli organi esecutivi a livello locale (di provincia, regione autonoma, municipalità sotto il diretto controllo del governo nazionale o delle maggiori città) possono emanare regolamenti attuativi allo scopo di implementare le leggi emanate dagli organi legislativi di pari livello.

e) Gli atti della Corte Suprema del Popolo quali “fonti indirette”

Accanto alle fonti di diritto testé analizzate, di natura positiva e formale in quanto provenienti dagli organi titolari del potere legislativo e regolamentare riconosciuti in Costituzione, all'interno dell'ordinamento cinese stanno viepiù acquisendo uno spazio autonomo anche determinate categorie di fonti di carattere “informale” od “indiretto”.

Tra queste, si possono ricordare in primo luogo gli atti emanati dalla Corte Suprema del Popolo.

Tale organo, con sede a Pechino, costituisce, come si vedrà in seguito, il supremo organo giudiziario, al quale sono affidate numerose funzioni. Oltre alla funzione autenticamente

³⁹ Con ciò chiarendo, la *Legislation Law* avrebbe inteso porre termine ai pericoli di eccessiva frammentazione del tessuto legislativo che secondo la dottrina si sarebbero posti nel riconoscere alle Assemblee locali un potere normativo libero da condizionamenti da parte del Parlamento centrale. “*The Legislation Law tackled head-on the division of authority between the NPC and sub-national people’s congresses, which were determined to secure the rights of their locales. These debates mirror the larger issues relating to the emergence of a quasi-federalist system in China, characterized by an emerging division of legislative power between central and local governments. [...] While the Legislation Law angered many sub-national people’s congress representatives, its final content reveals that, despite a number of compromises, the NPC largely succeeded in solidifying its position over the localities*”: L. Paler, *China’s Legislation Law and the Making of a More Orderly and Representative Legislative System*, cit., 305.

⁴⁰ L'art. 66 prevede espressamente che il contenuto di una norma da applicare in una zona abitata da minoranze etniche possa discostarsi da una legge nazionale o da un regolamento amministrativo, ad eccezione di norme che violino la Costituzione o leggi e regolamenti appositamente emanati dal governo centrale in materie d'autogoverno delle zone abitate da minoranze.

giurisdizionale, che la vede impegnata quale organo giudiziario competente nel giudicare sulle impugnazioni proposte dalle parti contro le sentenze emanate dagli organi giudiziari inferiori⁴¹, essa detiene anche compiti inerenti “*due settori di attività differenti dalla decisione delle cause in ultimo grado di impugnazione. Si tratta dei compiti delineati negli articoli 30 e 33 della Legge organica sulle Corti popolari della RPC, dedicati rispettivamente alla supervisione e all’interpretazione legislativa.*”

La prima concerne il monitoraggio da parte dell’organo di vertice del sistema giudiziario sull’operato delle Corti di giustizia ordinaria e speciale dei vari livelli sotto-ordinati alla Corte suprema.

*La seconda, di natura più complessa, [...] si sostanzia in opinioni espresse dai supremi giudici della RPC in materia di **interpretazione di norme legislative**. Tale lettura esegetica della legislazione vigente può essere effettuata dalla Corte Suprema non solo se vi è una controversia pendente davanti alla Corte medesima ovvero su richiesta di un’Alta Corte popolare, ma anche a seguito dell’emanazione di nuove disposizioni legislative e pur in assenza di vertenze attuali, vale a dire in relazione ad ipotesi meramente ipotetiche di applicazione della legge. In questo caso, la portata dell’opinione manifestata dalla Corte Suprema è necessariamente generale ed astratta. Appare essenziale individuare, quindi, l’esatta qualificazione da attribuire a siffatte opinioni interpretative, se cioè esse siano vincolanti per la decisione di casi futuri, così da costituire fonte del diritto”⁴².*

Sul punto, emergono opinioni discordanti. A chi ritiene che “*le interpretazioni legislative della Corte Suprema del popolo non costituiscono una vera e propria legislazione giudiziale, sono atti giurisdizionali e non atti normativi, rimanendo perciò estranee alle fonti del diritto*”⁴³, si contrappone chi al contrario è del parere che “*in Cina, la Corte Popolare Suprema svolge una funzione di fonte di diritto sempre più importante; infatti, essa può diramare circolari interpretative o esplicative per colmare le lacune, e la portata di queste circolari è generale, e si impone all’insieme dei tribunali*”⁴⁴.

Ad ogni modo, a prescindere da come si intenda risolvere la questione sul piano teorico, non si può che prendere atto dell’enorme influenza che tali atti interpretativi emanati dalla Corte Suprema del Popolo, e denominati in vario modo (“*Interpretations*”, “*Opinions*”, “*Guidelines*”, “*Minutes on Interpretations*”, e così via), rivestano sull’operato giurisdizionale degli organi di livello inferiore e, così, sull’interprete in generale, di fatto rivestendo una funzione, perlomeno indiretta, di fonte del diritto.

Nella materia che ci interessa, vedremo l’enorme rilevanza che tali atti rivestono per l’interpretazione delle norme della *Employment Contract Law* o di altre leggi in materia di diritto del lavoro.

f) Gerarchia delle fonti e conflitto tra norme

Il Capitolo Quinto della *Legislation Law* del 2002 chiarisce espressamente, come si è già visto, l’attuale assetto della gerarchia delle fonti scritte all’interno dell’ordinamento cinese, nonché il

⁴¹ Cfr. *infra*, in questo stesso Capitolo, sulla gerarchia tra gli organi giudiziari (e sulla ripartizione del potere giurisdizionale tra tribunali locali – Corte Popolare di base, Corte Popolare Intermedia e Alta Corte del Popolo – e Suprema Corte “centrale”) e sulle competenze giurisdizionali della Suprema Corte del Popolo.

⁴² M. Mazza, *Lineamenti di diritto costituzionale cinese*, cit., 86.

⁴³ Di tale opinione è M. Mazza, op. ult. cit., 87, il quale motiva tale interpretazione sulla base della sua idoneità “*a salvaguardare il primato del Parlamento nazionale nel campo della produzione di disposizioni legislative*”. Essa tuttavia appare di difficile compatibilità con quanto lo stesso Autore dice relativamente alla natura “*necessariamente generale ed astratta*” degli atti della Corte Suprema e soprattutto riguardo alla circostanza di fatto per cui “*le opinioni dei supremi giudici non potranno certo essere trascurate dagli organi giurisdizionali dei livelli inferiori, dal momento che nelle fasi di impugnazione la controversia giungerà all’esame della Corte Suprema*”, così ammettendo la natura di fonte, sia pure di mero fatto o appunto “indiretta”, degli atti interpretativi generali emanati dalla Corte di Pechino.

⁴⁴ Così, R. David – C. J. Spinosi, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, cit., 453; della medesima opinione sembra essere G. Crespi Reghizzi, *Cina 2003: l’osservatorio del giurista*, in *Mondo cinese*, 2003, n. 117, 13, che parla di “*legislazione supplementare*”.

problema del conflitto tra le norme.

Si ripete che l'art. 78 stabilisce che la Costituzione è superiore ad ogni altro atto normativo; l'art. 79 prevede che le leggi nazionali siano superiori ai regolamenti amministrativi e alle leggi locali, mentre i regolamenti amministrativi del governo siano superiori alle leggi e ai regolamenti locali. Ai sensi dell'art. 80, infine, una legge locale è gerarchicamente superiore ad un regolamento emanato da un governo di pari od inferiore livello. E le norme emanate dal governo provinciale o della regione autonoma sono da considerarsi superiori a quelle emanate dal governo delle maggiori città poste sotto la loro giurisdizione.

Per quanto riguarda il rapporto tra le norme di rango secondario, l'art. 82 stabilisce che, in caso di conflitto tra norme emanate da diversi ministeri o tra norme emanate da un ministero e da un governo locale, esse avranno la stessa autorità legale ed ognuna prevarrà nel proprio ambito di applicazione.

Nel caso invece di contrasto tra fonti poste allo stesso livello gerarchico, in applicazione del principio di specialità e del principio cronologico (di cui è prevista l'applicazione, al pari che nell'ordinamento italiano), la legge speciale prevarrà su quella generale, e quella posteriore prevarrà su quella anteriore. Nel caso si verifichi un conflitto tra legge speciale anteriore e legge generale posteriore e tale conflitto non possa essere desunto dal testo della nuova legge, sarà il Comitato Permanente ad emanare una interpretazione della norma risolutiva del contrasto; mentre la competenza spetterà al governo in caso di analoghi conflitti tra regolamenti amministrativi (art. 85).

* * *

1.2 Il sistema giudiziario nell'ordinamento cinese

1.2.1 I caratteri fondamentali dell'organizzazione giudiziaria cinese

Come ricordato nel paragrafo precedente, l'ordinamento cinese moderno, risultante da una lunga evoluzione storica, può essere latamente accostato alla famiglia dei sistemi giuridici socialisti, la quale si caratterizza, differenziandosi da quella europea di *civil law* e da quella di matrice anglosassone di *common law*, oltre naturalmente che per le diverse origini storiche ed ideologiche che ne sono alla base, soprattutto per quanto riguarda il mancato accoglimento del principio di separazione dei poteri, che costituisce invece principio fondamentale all'interno degli altri due sistemi giuridici, essenzialmente per la comune origine liberale degli ordinamenti in cui si sono sviluppati.

Tale assenza, tipica dei sistemi giuridici socialisti⁴⁵, si manifesta soprattutto nella posizione costituzionale del potere giudiziario, ed infatti dell'indipendenza di questo – così come del principio stesso di separazione dei poteri – v'è da riscontrare una affermazione soltanto formale tanto da parte della Costituzione quanto da parte delle leggi ordinarie.

L'art. 126 della Costituzione Cinese del 1982, infatti, afferma che le Corti esercitano il potere giurisdizionale “*independently, in accordance with the provisions of law, and are not subject to interference by any administrative organ, public organization or individual*”. Ma si tratta di una affermazione di puro principio, posto che, come si vedrà oltre, i membri delle Corti sono nominati

45 “La dottrina marxista-leninista ripudia il principio della separazione dei poteri. [...] È esclusa ogni separazione e ogni equilibrio dei poteri; si può avere soltanto una ripartizione delle funzioni tra i diversi organi dell'amministrazione statale”: R. David – C. J. Spinosi, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, cit., 165, *passim*. Cfr. anche M. Mazza, *Le istituzioni giudiziarie cinesi. Dal diritto imperiale all'ordinamento repubblicano e alla Cina Popolare*, Giuffrè 2011, 107-108: “Secondo la concezione cinese, il sistema giudiziario rappresenta un'articolazione funzionale del potere statale, che si colloca sullo stesso piano del potere attribuito agli organi esecutivi e a quelli della Procura di Stato, mentre sovraordinato rispetto ad essi è il potere legislativo. L'immagine che mi sembra efficacemente utilizzata dalla dottrina costituzionalistica della Cina popolare per descriverne tutto ciò è quella dell'unica madre con tre figli, poiché infatti i tradizionali poteri legislativo, esecutivo e giudiziario sono elementi costitutivi del potere supremo statale”.

dal Governo locale, mentre quelli della Suprema Corte dal Governo centrale, e si rinvencono altre forme di influenza del potere esecutivo nei confronti della magistratura, essenzialmente sotto forma invio di linee guida nell'interpretazione del diritto⁴⁶. Del resto, l'art. 128 della stessa Costituzione non esita ad affermare la **responsabilità dei componenti della Corte Suprema nei confronti dell'Assemblea Nazionale**, così come quella dei membri delle Corti locali nei confronti degli organi governativi locali, da cui peraltro vengono nominati⁴⁷.

Da tale assetto di rapporti tra il potere giudiziario e il potere esecutivo, in omaggio al carattere assoluto della sovranità popolare e per l'accoglimento dell'opposto principio dell'unità e indivisibilità del potere e che rappresenta una prima e fondamentale distinzione tra il modello socialista di organizzazione giudiziaria rispetto ai modelli tipici dei regimi liberali, si pone in rapporto di stretta derivazione l'altra caratteristica peculiare del modello giudiziario cinese, consistente in una **organizzazione delle corti rigidamente gerarchizzata**, tanto che deve essere negata l'esistenza di una loro indipendenza tanto "interna" (visto il ruolo preminente delle corti di più alto grado) quanto "esterna" (per l'assenza di una loro autonomia funzionale, dato che appaiono inserite nel processo politico caratteristico degli ordinamenti socialisti).

Il sistema giudiziario cinese, in altre parole, in aderenza ai modelli di derivazione socialista, risulta fortemente condizionato dalla concezione unitaria del potere statale, che vede nella volontà del Partito Comunista l'elemento preminente nell'ambito dell'organizzazione costituzionale⁴⁸.

A ciò si deve aggiungere che in Cina, a causa della forte influenza del confucianesimo⁴⁹, il ruolo dei giuristi è stato fin da epoche risalenti particolarmente debole⁵⁰, risultando essi privati delle funzioni

46 Cfr. M. Mazza, *Lineamenti di diritto costituzionale cinese*, cit., 82, *passim*: "L'art. 126 della Costituzione del 1982 garantisce l'indipendenza dei giudici da interferenze di organi amministrativi, organizzazioni sociali e persone fisiche; tuttavia, nel diritto cinese la magistratura non costituisce un potere autonomo, essendo semplice articolazione funzionale del potere che appartiene per intero al popolo e, per esso, ai delegati che compongono il Parlamento nazionale", con la conseguenza che "gli appartenenti all'ordine giudiziario sono nominati dalle Assemblee popolari di pari livello, davanti alle quali (e ai relativi Comitati permanenti) sono responsabili".

47 Articolo 128 della Costituzione: "The Supreme People's Court is responsible to the National People's Congress and its Standing Committee. Local people's courts at various levels are responsible to the organs of state power which created them".

48 Il ruolo di assoluta preminenza del Partito Comunista Cinese nella storia delle istituzioni pubbliche del Paese e nell'attuale ordinamento costituzionale è chiaramente e con enfasi evidenziato nel Preambolo della Carta fondamentale del 1982, il quale prevede il ruolo-guida del Partito all'interno della vita istituzionale cinese, essendo esso chiamato a dirigere la società e lo Stato a prescindere da ogni legittimazione attraverso il voto democratico e in forza della volontà manifestata dai Costituenti nella stesura del Preambolo medesimo. Invero, il sistema politico cinese conosce, fin dalla sua fondazione nel 1949, la presenza, accanto al PCC, di alcuni Partiti politici minori, i c.d. otto "Partiti democratici". Lo spazio di concreta azione politica di tali Partiti, tuttavia, è assai limitato, tanto che "si potrebbe dire che la loro funzione sia di carattere prevalentemente (se non esclusivamente) 'cosmetica' o 'di facciata', volta cioè a creare l'apparenza di un sistema politico multipartitico. Anche in prospettiva futura, il ruolo dei Partiti democratici come eventuali competitori del PCC nella leadership del Paese è impedita, sul piano giuridico-costituzionale, dal riconoscimento del ruolo primario del Partito comunista contenuto nel Preambolo, cosicché un'eventuale (e, al momento, del tutto improbabile) successo elettorale di uno di questi Partiti 'accessori', che riuscisse a prevalere sul PCC, darebbe luogo ad una violazione del dettato costituzionale, il quale sancisce la posizione dominante dei comunisti in Cina. La democrazia politico-istituzionale con caratteristiche cinesi è, quindi, costituzionalmente vincolata al ruolo egemone del Partito comunista" (in termini, M. Mazza, *Lineamenti di diritto costituzionale cinese*, cit. 19-20).

49 "Il tipo di società che ci si è sforzati di realizzare e di mantenere in Cina durante i secoli è quella proposta dal Confucianesimo. La cellula di base era costituita dalla famiglia, organizzata gerarchicamente sotto l'autorità quasi assoluta del capo-famiglia. Le collettività pubbliche e lo Stato stesso erano concepite sul modello della famiglia ed evitavano di intromettersi nel vasto dominio riservato alla famiglia stessa. Il dovere di ciascuno in ogni comunità e collettività era quello di vivere secondo i riti imposti ad ognuno dallo statuto che egli aveva nella comunità. L'osservanza dei riti prescritti dalla consuetudine era il principio che sostituiva in Cina quello della legge": R. David - C. J. Spinosi, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, cit., 441.

50 "La Cina poté vivere così per secoli senza avere professioni giuridiche organizzate. La giustizia era resa da amministratori che, chiamati alle loro funzioni a seguito di esami puramente letterari, ignoravano tutto del diritto e si consigliavano con esperti appartenenti ad una casta ereditaria. Gli uomini di legge, disprezzati, venivano consultati solo di nascosto. Non si era formata alcuna dottrina giuridica; nessun giureconsulto ha tramandato il suo nome nella

tradizionalmente svolte da tale ceto nelle altre famiglie di sistemi giuridici, da parte degli organi del potere amministrativo⁵¹. È solo al Diciannovesimo Secolo, infatti, che risale l'istituzione di organi giurisdizionali veri e propri, ai quali è stato affidato, seppur con notevoli difficoltà, l'esercizio delle funzioni giurisdizionali⁵².

Così, in base allo stesso principio costituzionale di responsabilità degli organi giudiziari nei confronti del Partito, il potere esecutivo riesce inevitabilmente a condizionare le scelte dell'assemblea, vanificando le ripartizioni di competenza pur stabilite dalla Costituzione. Ne deriva che gli organi giudiziari, pur formalmente non dipendenti dall'esecutivo (ma dall'assemblea legislativa), finiscono per essere comunque assoggettati alle direttive politiche del Partito, perdendo perciò di fatto ogni residua garanzia di indipendenza.

L'ingerenza del potere esecutivo nella funzione giurisdizionale, del resto, ha assunto varie forme nel corso della storia della Repubblica; attualmente, essa non agisce più come intervento nella risoluzione di singole fattispecie, ma agisce in maniera più larvata, essenzialmente mediante la definizione delle linee generali della politica legale-giudiziaria⁵³.

Ed è per questo che non ci si deve stupire che nell'ordinamento cinese tra il novero delle fonti del diritto sia necessario considerare anche i Documenti interpretativi (le *Opinions*, le *Guidelines*, le *Interpretations*, i *Minutes*, che verranno tante volte citati nel presente Volume) emanati dalla Corte Suprema, i quali, lungi dall'essere mere "circolari" interpretative rivolti dall'organo posto al vertice della gerarchia giudiziaria agli organi di rango inferiore, sono invece provvedimenti vincolanti l'azione delle Corti locali, e costituiscono pertanto una fonte di diritto al pari della legge in senso formale.

1.2.2 La struttura giudiziaria cinese. Le Corti del Popolo e la Corte Suprema

Venendo ora a tratteggiare più nel dettaglio l'ordinamento giudiziario cinese – le cui linee guida sono contenute nel Capitolo Terzo della Costituzione –, esso ricomprende, oltre ai classici organi giudicanti e requirenti, anche gli organi di pubblica sicurezza, gli istituti di rieducazione e gli organi di conciliazione, oltre al Ministero della Giustizia e ai suoi organi periferici.

La disciplina dell'organizzazione delle Corti Popolari è contenuta nella *Organic Law of the People's Courts of the People's Republic of China*, approvata nel 1979 e modificata nel 1983, che configura un'articolazione gerarchica, con la Corte Suprema del Popolo che si colloca al vertice del sistema a livello nazionale, e le Corti Popolari di base, Intermedie e Superiori a livello locale.

lunga storia della Cina": cfr. *ibidem*, 442, *passim*, anche per quanto riguarda il conflitto tra i c.d. legisti e la mentalità tradizionale del popolo cinese.

51 Ancora R. David – C. J. Spinosi, *ibidem*, 443-444: "Il sistema cinese è caratterizzato dalla confusione tra potere amministrativo e potere giudiziario e tra procedura penale e civile, e dalla dipendenza del potere giurisdizionale dal potere amministrativo. Sotto la dinastia di Xia, la Cina ha istituito organi giudiziari centrali, poi mantenuti in funzione dalle dinastie successive, ma questi organi avevano solo compiti consultivi, presso l'Imperatore. Nelle situazioni locali, mancava qualsiasi organo giudiziario; i governatori e gli amministratori, che non erano giuristi, decidevano le questioni civili e penali; la procedura era puramente inquisitoria, non erano previsti avvocati né contraddittorio. Spesso gli organi giudiziari si sottomettevano al controllo del potere amministrativo. La giustizia non ha mai goduto di uno statuto indipendente".

52 Sulla storia delle istituzioni giurisdizionali cinesi, cfr. P. Paderni, *Recenti studi sull'amministrazione della giustizia e sul diritto nella Cina del XVIII e XIX secolo*, in *Mondo cinese*, 1998, n. 97, 3 ss.

53 Cfr. M. Mazza, *Le istituzioni giudiziarie cinesi*, cit., 114 ss.: "Dal 1949 e fino al 1979, il controllo sul potere giudiziario comprendeva non soltanto la definizione delle politiche legali, con individuazione in particolare delle priorità da osservare nell'applicazione giurisdizionale della legge, ma anche la decisione di singoli casi. Questo perché si voleva evitare che il ruolo guida del Partito anche nel settore delle decisioni giurisdizionali potesse essere in qualsiasi modo posto in discussione, relativizzato, ovvero confinato all'esercizio di una leadership meramente astratta. [...] A partire dal 1979, finita l'epoca del maoismo e avviato il periodo delle riforme giuridiche, il controllo del PCC ha cominciato ad essere sempre più rarefatto sulle singole decisioni giudiziarie, fermo restando peraltro il compito di definire le linee generali della politica legale-giudiziaria, la cui elaborazione è compito fondamentale del Comitato centrale del PCC".

Accanto agli organi giurisdizionali ordinari⁵⁴ operano poi varie giurisdizioni speciali, come le Corti speciali del popolo, le Corti militari, le Corti marittime e le Corti ferroviarie, che hanno il compito di amministrare la giustizia nei settori determinati di loro competenza.

L'esercizio della funzione giurisdizionale ordinaria si articola complessivamente su quattro livelli, uno nazionale e tre locali.

A livello locale, le Corti Popolari di livello inferiore alla Corte Suprema sono suddivise dal comma 2 dell'art. 21 della *Organic Law* in tre gradi gerarchici: al livello inferiore vi sono le Corti Popolari di base, al livello intermedio le Corti Intermedie, e, appena sotto la Corte Suprema, le Alte Corti Popolari, o Corte Popolari Superiori.

a) Le **Corti del Popolo di base** hanno competenza generale in materia civile e penale (in riferimento ai reati minori), con esclusione delle cause che sono da specifiche disposizioni di leggi attribuite alla competenza di un altro organo giudiziario (art. 21 della *Organic Law*).

Tuttavia, qualora si tratti di una questione di particolare importanza che necessiti di essere esaminata da una Corte di rango superiore, esse possono trasferire a quest'ultima la causa proposta al loro esame.

b) La competenza delle **Corti del Popolo Intermedie** riguarda, ai sensi dell'art. 25 della *Organic Law*, principalmente la decisione sulle impugnazioni proposte contro le sentenze pronunciate dalle Corti di base ricomprese nella loro circoscrizione giudiziaria, oltre che la trattazione e la decisione delle cause che le Corti di base, ritenendo di particolare rilevanza, hanno devoluto alla loro decisione diretta. In alcuni casi, individuati dalla legge ai sensi dell'art. 25, comma 1, della *Organic Law*, le Corti Intermedie sono anche competenti a decidere le cause in primo grado.

Infine, in modo speculare a quanto disposto dall'art. 21, comma 1, in merito alle Corti di base, anche le Corti Intermedie possono chiedere alla Corte del Popolo Superiore di decidere direttamente cause, rientranti nella loro competenza, nei casi giudiziari ritenuti di speciale importanza (art. 25, comma 2).

c) La competenza delle **Corti del Popolo Superiori** è stabilita dall'art. 28 della *Organic Law*, secondo cui esse intervengono nei giudizi di impugnazione proposti dalle parti contro le decisioni emesse dagli organi giudiziari inferiori. Solo in alcuni limitati casi esse hanno competenza direttamente in primo grado.

Tutti i tre tipi di organi giudiziari territoriali constano di membri nominati dai rispettivi organi di governo locale.

Le sentenze vengono emanate in composizione necessariamente collegiale. Le Corti Popolari decidono, infatti, in collegi formati da più giudici, sia pure con la differenziazione rappresentata dal fatto che le Corti Popolari di base formano collegi composti da un giudice togato assistito da due giudici popolari, mentre i collegi giudicanti di livello superiore comprendono non meno di tre giudici professionali⁵⁵.

Le decisioni rese dalle Corti di primo livello sono sempre appellabili dinanzi alla Corte Intermedia, le cui sentenze sono definitive. In altre parole, è previsto lo svolgimento di un duplice grado di giudizio, a seguito del quale le decisioni sono non più impugnabili.

Presso ogni Corte è istituita una Commissione Giudiziaria, i cui membri sono nominati dal Comitato Permanente competente per territorio, che assolve a compiti di organizzazione e direzione dei procedimenti giudiziari; quest'organo può anche fornire indicazioni circa i principi giuridici da seguire nella decisione di controversie particolarmente importanti: trattasi, pertanto, di un organo di estrazione politica, la cui presenza determina quell'influenza nel processo decisionale delle Corti

54 Competenti anche in materia amministrativa, posto che l'ordinamento giudiziario cinese non conosce la divisione tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa, che nel nostro ordinamento è invece consacrata a livello costituzionale.

55 Peraltro, la presenza dei giudici laici nelle Corti Popolari di prima istanza non è sempre necessaria, posto che l'art. 10, comma 2, della *Organic Law* stabilisce che in alcuni tassativi casi, sia civili che penali, dotati di minore rilevanza, la decisione viene adottata da un giudice togato monocratico. Anche in queste ipotesi, però, la decisione di appello deve essere pronunciata dalla Corte Intermedia in forma collegiale.

che è uno dei fattori nei quali si esplica la citata dipendenza del potere giudiziario da quello legislativo e da quello esecutivo.

A livello nazionale, la **Corte Suprema del Popolo** con sede a Pechino⁵⁶ è l'organo di vertice dell'organizzazione giudiziaria cinese. Nonostante la previsione dell'imparzialità della Corte Suprema, l'art. 128 della Costituzione nello stesso tempo la sottopone al controllo dell'Assemblea e del Comitato Permanente. E del resto, il Presidente della Corte è eletto direttamente dall'Assemblea Popolare Nazionale, mentre gli altri componenti sono nominati dal Comitato Permanente, e rimangono in carica per cinque anni.

Gli artt. 127 e 128 della Costituzione attribuiscono alla Corte Suprema del Popolo la funzione di *“sorvegliare il lavoro giudiziario delle corti locali del popolo di ogni grado e delle corti speciali”*. Tale previsione è integrata, a livello di legge ordinaria, dall'art. 30, comma 2, della *Organic Law*, secondo cui essa svolge il compito istituzionale consistente nella supervisione del lavoro di tutti gli organi giurisdizionali inferiori, siano essi appartenenti alla giurisdizione ordinaria piuttosto che alle varie giurisdizioni speciali.

Inoltre, l'art. 33 attribuisce alla Corte Suprema un'importante funzione di uniformazione degli indirizzi giurisprudenziali, poiché le assegna il compito di risolvere i problemi interpretativi riguardanti l'applicazione specifica di norme legislative o di grado inferiore nell'ambito dei procedimenti giurisdizionali⁵⁷.

La Corte Suprema esercita inoltre le seguenti funzioni:

a) decide le controversie di rilevanza nazionale;

⁵⁶ Ma occorre dare atto che nel febbraio del 2015 sono stati attivati due Tribunali Distrettuali della Corte Suprema, il primo con sede a Shenzhen, nella Provincia del Guangdong e con giurisdizione sulle Province di Hainan e del Guangdong (incluse le due Regioni ad autonomia speciale di Hong Kong e Macao) e sulla Regione autonoma del Guangxi; il secondo con sede a Shenyang e con giurisdizione sulle Province di Liaoning, Jilin e Heilongjiang. L'istituzione dei Tribunali Distrettuali della Corte Suprema del Popolo rientra in un programma di riforme varato dal quarto *plenum* del 18° comitato centrale del PCC nell'ottobre 2014, con l'obiettivo di promuovere una maggiore professionalizzazione ed indipendenza del potere giudiziario, contenente la delega alla Corte Suprema ad adottare le determinazioni necessarie alla disciplina dell'organizzazione e del funzionamento dei tribunali distrettuali; delega cui la Corte Suprema ha risposto con il provvedimento intitolato *“Questioni inerenti i casi che possono essere giudicati dai tribunali distrettuali della Corte suprema del popolo”*. Ai sensi dell'art. 2 di tale Documento, i Tribunali Distrettuali sono organi giudiziari permanenti decentrati dalla Corte Suprema, e le loro decisioni sono equivalenti per livello di giurisdizione alle decisioni della medesima. Ad essi l'art. 3 attribuisce la competenza di giudicare: (i) in primo grado, le controversie in materia civile, commerciale ed amministrativa che appaiono suscettibili di rivestire una significativa influenza a livello nazionale; (ii) in grado di appello, le cause avverso sentenze civili, commerciali ed amministrative pronunciate in primo grado dalle Corti Superiori del Popolo; (iii) le istanze di riapertura del processo (sulle quale v. oltre nel testo) avanzate nei confronti di sentenze civili, commerciali ed amministrative pronunciate dalle Corti Superiori del Popolo e già divenute definitive; (iv) le cause civili e commerciali concernenti Hong Kong e Macao; (v) infine, ogni altra causa che la Corte Suprema ritenga debba essere decisa dai tribunali distrettuali. L'istituzione dei Tribunali Distrettuali della Corte Suprema del Popolo, secondo i primi commenti, non costituisce che il primo passo di una riforma più generale che avrebbe l'obiettivo di limitare il potere delle autorità locali di interferire nei procedimenti giudiziari, massimamente nelle cause di rilevanza interregionale, quando la sentenza deve essere resa a fronte di una azione intentata contro un residente da persona fisica o giuridica residente in una diversa regione amministrativa, in tal modo scongiurando il pericolo, in precedenza praticamente certo, che che gli organi burocratici e politici locali esercitino la loro influenza sugli organi giudicanti per tutelare interessi locali.

⁵⁷ Peraltro, se l'assegnazione di tale compito accomuna la Corte Suprema del Popolo alla Corte di Cassazione italiana e, in generale, alle Corti Supreme degli ordinamenti di *civil law*, gli strumenti con i quali tale funzione nomofilattica viene svolta è completamente differente. In Italia, infatti, la Cassazione esercita la sua funzione di indirizzo interpretativo volta all'uniformazione dell'esegesi del diritto positivo in tutto il territorio nazionale mediante la propria giurisprudenza, la cui autorevolezza guida, per l'appunto, l'attività giurisdizionale delle Corti territoriali, le quali tuttavia sono pure legittimate a discostarsi dall'orientamento condiviso dalla Suprema Corte. In Cina, invece, stante la natura fortemente gerarchizzata del sistema giudiziario di cui si è detto, la Corte Suprema del Popolo non esercita la propria opera di uniformazione dell'interpretazione del diritto positivo mediante l'autorevolezza della propria posizione, ma attraverso l'emanazione di documenti ufficiali, quali i già citati *Minutes, Opinions, Interpretations*, etc. (a loro volta influenzati dal Comitato Permanente e quindi dal potere legislativo), dai quali le Corti inferiori non sono in alcun modo legittimate a discostarsi, anche a ragione della responsabilità dei loro componenti nei confronti dello stesso potere esecutivo che li nomina e il cui vertice ha contribuito, a livello nazionale, alla relativa predisposizione.

b) giudica dei ricorsi in appello proposti nei confronti delle decisioni rese in primo grado dalle Corti del Popolo Superiori, nelle materie per le quali esse appunto hanno tale competenza, e contro le decisioni degli organi giudiziari speciali;

c) autorizza l'esecuzione delle sentenze di condanna a morte⁵⁸;

d) autorizza, in materia penale, il ricorso alla incriminazione di reati per via analogica (altrimenti vietata);

e) decide sulle questioni di interpretazione delle leggi ad essa sottoposte dalle Corti territoriali⁵⁹.

Come accennato, i gradi di giurisdizione previsti dal diritto processuale cinese sono due: infatti, ai sensi dell'art. 11, comma 1, della *Organic Law*, le parti possono proporre un'unica impugnazione e la sentenza di secondo grado passa in giudicato⁶⁰.

L'unica possibilità di una terza valutazione della controversia consiste in una forma di impugnazione straordinaria che è possibile accostare alla **revocazione** del nostro ordinamento, in quanto si risolve in una iniziativa processuale volta alla revisione giudiziale del caso, in presenza di motivi tassativamente indicati dalla *Civil Procedure Law* e dalla *Criminal Procedure Law*. Legittimate a proporre l'istanza di revisione sono sia le parti private che il Procuratore di Stato del livello superiore a quello della Corte che ha emanato la decisione, anche se la richiesta proveniente da una parte privata non importa l'obbligo della Corte di pronunciarsi, a differenza di quanto avviene in caso di proposizione dell'istanza ad opera del Procuratore dello Stato. La riapertura del giudizio può aver luogo, altresì, per impulso della Corte medesima che ha pronunciato la sentenza, come anche della Corte del Popolo del livello sovraordinato.

1.2.3 Lo status di giudice

Lo status dei giudici cinesi è regolato dalla *Judges Law of People's Republic of China*, adottata il 28 febbraio 1995 ed entrata in vigore il 1° luglio dello stesso anno, e modificata nel 2001.

Essa disciplina le funzioni dei giudici, i diritti e i doveri legati alla loro posizione, la loro qualificazione, i meccanismi della loro nomina e rimozione, le incompatibilità del ruolo di componente della magistratura, la gerarchia, la formazione, i meccanismi di promozione e di sanzioni disciplinari, il sistema retributivo e contributivo legato alla posizione di giudice, la quiescenza e le dimissioni, e l'istituzione della Commissione per l'esame e la valutazione del loro operato.

Il punto di partenza è il grado notevolmente basso della preparazione giuridica⁶¹ degli appartenenti della magistratura cinese⁶², oltre al livello elevatissimo di corruzione presente in Cina⁶³: fattori che costituiscono i due principali problemi endemici della situazione della giustizia nel Paese.

58 A decorrere dal 1° gennaio 2007, infatti, tutte le condanne alla pena capitale emanate dalle Corti Popolari devono essere deferite alla Corte Suprema per la ratifica.

59 Tale competenza ricorda l'istituto del *référé législatif*, adottato in Francia alla fine del 18° secolo, che aveva lo scopo dichiarato di imporre al potere giurisdizionale di rivolgersi al corpo legislativo ogniqualvolta si ponesse una questione interpretativa di particolare importanza, e così mirava in sostanza ad una completa subordinazione dell'autorità giudiziaria rispetto al legislatore (in base al noto principio illuminista del giudice quale "*bouche de la lois*").

60 Articolo, 11, comma 1, della *Organic Law*: "*In the administration of justice, the people's courts adopt the system whereby the second instance is the last instance*".

61 Ai sensi degli articoli 9 e 10 della *Judges Law*, per poter essere nominato giudice è necessario il superamento di un apposito esame, uniformemente predisposto a livello nazionale dallo Stato, alla cui partecipazione sono ammessi i soggetti aventi i seguenti requisiti: (i) il possesso della cittadinanza cinese; (ii) l'età superiore a 23 anni; (iii) la condivisione dei principi espressi nella Costituzione; (iv) il possesso di eccellenti qualità politiche e professionali; (v) l'aver tenuto una regolare condotta; (vi) l'essere in buona salute; (vii) l'essere in possesso di una laurea (non necessariamente in giurisprudenza) e di una determinata esperienza professionale in campo giuridico; (viii) non avere precedenti penali; (ix) non essere stato destituito da un pubblico impiego. Si noti anche in questo ambito, relativo ai requisiti per poter diventare giudice, la commistione tra le competenze di carattere professionale, che sole dovrebbero guidare la selezione dei candidati e costituire un requisito per la relativa nomina, e le qualità e competenze politiche (cfr. num. iv). La scarsa professionalità dei giudici è considerata come uno dei principali problemi del settore

A livello generale, l'art. 2 della *Judges Law* afferma che “*judges are the judicial personnel who exercise the judicial authority of the State according to law*”; il successivo art. 3 dispone enfaticamente che essi “*must faithfully implement the Constitution and laws, and serve the people whole-heartedly*”, ossia “*con tutto il cuore*”, dovendo in particolare, ai sensi dell'art. 5, partecipare ai processi in qualità di membri di collegi giudicanti o di giudici monocratici, e svolgere gli altri compiti e le altre funzioni stabiliti dalla legge.

Per quanto riguarda la nomina e la rimozione dei vari giudici, esse sono di competenza del governo locale o nazionale. In particolare, ai sensi dell'art. 11:

- il Presidente della Corte Suprema del Popolo viene nominato (e può essere rimosso) dal Congresso Nazionale del popolo, mentre i restanti membri della Corte Suprema vengono nominati (e possono essere rimossi) dal Comitato permanente del Congresso nazionale, in entrambi i casi su proposta del Presidente della Corte Suprema;

- i presidenti delle varie Corti del Popolo locali vengono nominati (e possono essere rimossi) dal corrispondente Congresso locale del popolo, mentre la nomina e la revoca dei restanti membri delle Corti locali è di competenza dei Comitati Permanenti dei corrispondenti Congressi locali, su proposta del relativo Presidente di Corte (che peraltro nomina e revoca autonomamente i giudici-assistenti della propria Corte)⁶⁴.

giudiziario cinese anche da R. Cavaliere, *Diritto dell'Asia orientale*, cit., 42: “*Nonostante i progressi intervenuti negli ultimi anni rispetto all'epoca maoista, l'apparato giudiziario della PRC continua a presentare due aspetti di grave debolezza. Il primo aspetto ha natura politico-costituzionale ed è costituito dalla subordinazione degli organi giurisdizionali al potere politico. Il secondo deriva dallo stato di arretratezza professionale in cui versa la magistratura*”.

62 Cfr. Yuwen Li, *The judicial system and reform in Post-Mao China: stumbling towards justice*, 2014, 66: “*According to the report on the implementation of the Law on Judges published by the National People's Congress Standing Committee in 2007 [pubblicato nella Gazzetta dei lavori del Comitato, 2007, n. 6, pag. 655, n.d.r.], the professionalism of some of the judges proved to be low. Their lack of capacity arose in judging facts, applying laws, presiding over trials and mediating disputes, handling cases strictly according to law, following the standards and doing so in a civilised manner. [...] A research report by a higher court in China has also pointed out that the quality of the judicial force as a whole remains low, and considerable differences exist among courts at different levels, and between economically well developed and less developed area*”. Nel lavoro è citato un *report* del Comitato, secondo il quale, addirittura, nel 2005 la percentuale di giudici privi di laurea in giurisprudenza si attestava al 51,6%.

63 Cfr. le statistiche citate in J. Wang, *Court funding and Judicial Corruption in China*, in *The China Journal*, 2013, 69. L'Autore propone una interessante e condivisibile relazione tra l'entità della corruzione giudiziale all'interno delle singole Corti e il livello di fondi finanziari dei quali quella specifica Corte può disporre, e ritiene che “*insufficient funding in Chinese local courts creates incentives for judges to engage in activities that harm the fairness and efficiency of judicial procedure*”, in quanto “*first, an underfunded court system is more likely to deny access to the “have-nots”. Second, a poor financial situation harms the efficiency of the judicial system. Finally, underfunded courts are more likely to be captured by economic interests. As a consequence, inadequate court funding erodes justice by damaging both judicial fairness and judicial efficiency*”. Tale opinione è suffragata dai dati empirici, sotto forma di percezione della corruzione del sistema giudiziario da parte dei cittadini, collegata ai dati sui fondi messi a disposizione di ciascun organo giudiziario pubblicati dal Ministero delle Finanze. Cfr. anche i dati analizzati da Ling Li, *Corruption in China's Courts*, in *Judicial Independence in China: Lessons for Global Rule of Law Promotion*, Cambridge University Press, New York, 2010, 201, che riporta il dato statistico secondo cui il problema della corruzione dilagante all'interno della classe burocratica e della magistratura emerse in tutta la sua imponenza negli anni Novanta del secolo scorso, e il numero dei componenti della magistratura investigati per corruzione raggiunse la cifra di 2512 nel 1998, per poi diminuire nel primo decennio del 2000, ma con una forte discrepanza tra i dati relativi alle corti nazionali e quelli riguardanti le corti locali, e con il timore, secondo l'Autore, di una sottostima dei casi di corruzione a livello nazionale nei dati diffusi dal Ministero.

64 Quanto ai criteri che debbono guidare gli organi di governo nell'esercizio della loro competenza in ordine alla nomina dei giudici, la *Judges Law* si limita a stabilire, all'art. 12, che i giudici di prima nomina devono essere scelti tra coloro che abbiano superato il relativo esame e che risultino maggiormente qualificati a ricoprire l'incarico (valutazione che, come afferma testualmente la Legge, deve svolgersi secondo il “doppio criterio” dell'abilità professionale e dell'integrità politica); i presidenti ed i vice-presidenti delle Corti devono essere selezionati tra i migliori giudici e tra gli altri soggetti che risultino maggiormente qualificati per l'incarico. Per quanto riguarda, invece, le cause di rimozione, ai sensi dell'art. 13 deve essere rimosso dall'incarico il giudice che abbia perso la cittadinanza cinese; sia stato trasferito da una Corte ad un'altra; non abbia bisogno di mantenere il proprio impiego a seguito di un cambio di lavoro; abbia ricevuto una valutazione di inidoneità all'impiego; abbia problemi di salute che lo renderebbero per lungo

1.2.4 La soluzione dei conflitti per vie non giurisdizionali

L'esistenza di numerosi problemi in relazione alla risoluzione dei conflitti, in particolare nelle zone rurali e più remote del paese, contribuisce a mantenere alto il prestigio ed il ruolo delle procedure stragiudiziali per la gestione delle controversie.

Ciò continua ancor oggi a dipendere dalla perdurante mentalità dell'uomo cinese, ispirata ai canoni del confucianesimo⁶⁵, e viene altresì incoraggiato dalle autorità: *"in contemporary China, mediation is still highly regarded and practised on a wide scale, and with strong encouragement of the authorities. Disputes and litigation, seen as a disruption of harmony, are still to be avoided"*⁶⁶, a tal punto che *"China's Civil Procedure Law, firstly enacted provisionally in 1982 and revised and formally enacted in 1991, requires courts to encourage the parties to a dispute to settle matters amicably. Whatever the attention formally given in legislation and policy to litigation in the courts, the Chinese civil legislation that has emerged in recent years is suffused with emphasis on resolving disputes voluntarily by the parties through the assistance of mediators and not by an arbiter of right and wrong, even if such an arbiter – a court or arbitration tribunal – has already accepted jurisdiction over a matter"*⁶⁷.

È chiaro tuttavia che negli ultimi anni nemmeno in Cina è possibile prescindere ancora dalla giurisdizione ufficiale dello Stato, tant'è che la *Arbitration and Mediation Law*, che verrà analizzata compiutamente nel Capitolo Settimo quando si tratterà il procedimento del lavoro, ha istituito un ben preciso percorso giurisdizionale, relegando la fase della mediazione preventiva ad una scelta delle parti. Ma la diffidenza dei cittadini verso tale strumento di risoluzione dei conflitti, proprio in quanto è da riconnettere ad un fattore culturale, non è agevole da piegare per effetto di riforme legislative (le quali, come si è detto, continuano comunque a prevedere la risoluzione delle controversie interpersonali in via amichevole, seppure facoltativa).

Ciò premesso, le procedure stragiudiziali previste e disciplinate dalla legge sono l'arbitrato, la conciliazione e la composizione amichevole.

L'**arbitrato** svolge un ruolo importante, per la sua diffusione, soprattutto in materia commerciale; sono competenti in materia le Commissioni Arbitrali locali istituite a livello di Municipalità e di Provincia.

Molto importanti risultano essere in Cina anche le procedure di **conciliazione** (sia giudiziale che non), che sono profondamente presenti e radicate nel tessuto sociale. All'attività conciliativa sono preposti appositi uffici pubblici, i c.d. Consigli di conciliazione, diffusi in maniera capillare in tutto il Paese, che definiscono un numero di questioni quantitativamente di molto superiore a quelle affrontate e risolte dalle Corti del Popolo, tentando di convincere le parti in lite a risolvere le controversie attraverso volontarie trattative. Anche la *Civil Procedure Law*, del resto, enfatizza l'importanza della conciliazione, prevedendo che un tentativo di addivenire ad una risoluzione bonaria della controversia deve essere condotto dall'organo giudicante nel corso di ogni grado di giudizio e, all'interno di un singolo grado, dopo ogni attività processuale significativa (dopo la fase preparatoria, dopo l'istruzione, dopo il dibattimento).

L'attività di conciliazione e di composizione amichevole delle controversie, inoltre, non si esaurisce all'interno degli organismi sopra citati. Il tessuto delle controversie locali interne a contesti locali (villaggi, ma anche moderni ambienti urbani), infatti, vede all'opera un notevole numero di figure di conciliatori e mediatori che agiscono in veste più o meno ufficiale (si va dal dirigente del locale ufficio di pubblica sicurezza, alla responsabile delle questioni femminili, al segretario della sezione

tempo incapace di svolgere i propri uffici; si sia dimesso dal proprio impiego; sia stato interdetto dall'ufficio di giudice a seguito di un'infrazione disciplinare o della commissione di un reato.

65 Cfr. quanto notato in precedenza nella prima paragrafo del presente Capitolo, in particolare alla nota 2, con gli Autori in essa richiamati.

66 Cfr. G. B. Chen, *Law Without Lawyers, Justice Without Courts*, cit., 133.

67 Cfr. S. B. Lubman – G. C. Wajnowski, *International Commercial Dispute Resolution In China: A Practical Assessment*, *American Review of International Arbitration*, 1993, 4, 112-113.

del partito). Tali soggetti godono solitamente della reputazione di persone dotate dello spirito equitativo necessario per concludere un accordo amichevole tra i litiganti. L'ampia persistenza di forme di gestione stragiudiziale del contenzioso civile e della piccola criminalità si spiega sia per la millenaria tradizione confuciana di insofferenza per le corti e la preferenza per le vie conciliative, sia, soprattutto, come reazione ai troppo rapidi trapianti di modelli occidentali (prima, posta in essere negli ultimi decenni dell'Impero) e sovietici (poi, a seguito dell'instaurazione della Repubblica) nel tessuto sociale cinese che si è difeso con l'attaccamento ai contesti comunitari e alla prospettiva informale.

* * *

1.3 L'evoluzione del sistema giuslavoristico cinese e i suoi tratti fondamentali

Nel presente Volume si concentrerà l'attenzione sulle disposizioni normative (di rango legislativo o regolamentare) e sullo stato dell'arte giurisprudenziale relativamente alla risoluzione del rapporto di lavoro, tanto in via automatica – come avviene per esempio in caso di cessazione del rapporto per scadenza del termine finale apposto al contratto di lavoro – quanto per effetto di un atto negoziale posto in essere nell'accordo tra le parti o unilateralmente (sotto forma di licenziamento o di dimissioni del lavoratore).

Appare tuttavia opportuno, in questa sede introduttiva, dare brevemente conto dell'evoluzione del sistema giuslavoristico all'interno dell'ordinamento cinese, mettendo in luce, oltre che le modalità con cui si sia arrivati all'attuale disciplina positiva in materia di contratto di lavoro, anche delle difficoltà operative che chiunque intenda indagare in tale ambito è destinato ad incontrare, alla luce della frammentazione territoriale della normativa legislativa e regolamentare introdotta dalle Assemblee Nazionali e dagli organi governativi dei vari enti locali.

In tal modo sarà possibile anche rendersi conto fin da subito, prima di prenderne atto con specifico riferimento al licenziamento, di come il sistema giuslavoristico cinese appaia invero, perlomeno da un punto di vista di stretto diritto, più garantista nei confronti del lavoratore di quanto noi occidentali ci aspetteremmo, e che molte delle convinzioni radicate nella nostra mentalità non sono nient'altro che luoghi comuni che, come sarà evidente al termine di questo volume, in larga parte sono smentiti dall'assetto della legislazione cinese attualmente vigente.

In via di estrema sintesi, può ricordarsi come, a seguito della presa di potere avvenuta nell'autunno del 1949, il Partito Comunista guidato da Mao Tse Tung, che ereditava un Paese in ginocchio a seguito di anni di guerre esterne e di conflitti intestini, abbia instaurato un sistema economico centralizzato ad esclusiva direzione statale. Tale tipologia di controllo del Paese riguardava tutti i settori dell'organizzazione pubblica, e comprendeva quindi anche il settore economico e lavoristico. In tal modo, prese rapidamente il via il sistema che venne presto definito come della “ciotola di riso”, il c.d. *iron rice bowl system*, che costituiva un sistema mediante il quale il Partito Comunista tentò di risolvere i principali problemi sociali ed economici che tormentavano il Paese, in primo luogo rappresentati dalla disoccupazione⁶⁸ di proporzioni spaventose e dall'ingente inflazione⁶⁹. Sulla scia delle politiche economiche intraprese nei decenni precedenti dall'Unione Sovietica, il Partito Comunista inaugurò una politica economica pianificata dallo Stato, che combinava la proprietà statale dei mezzi di produzione con un controllo centrale sulla produzione e sui prezzi, al

68 Che faceva segnare il dato di più di 4,7 milioni di disoccupati nelle sole aree cittadine (cfr. S. Leung, *China's Labor Contract System from Planned to Market Economy*, in *Ethics & Intellectual Property*, 1, 2012, 2).

69 R. Ebeling, *The Great Chinese Inflation*, 2004, 3: “China experienced severe inflation throughout the 1940s after China took the country off the silver standard, made its bank notes legal tender, and placed the country on a fiat currency with government in full control of the quantity of money”.

principale scopo di aumentare il consumo interno e di consentire una crescita industriale più imponente possibile⁷⁰.

Per raggiungere tali obiettivi, il Paese aveva bisogno di aumentare l'occupazione tanto nei contesti cittadini quanto in quelli rurali, e a tal fine inaugurò un programma di profondo intervento statale nel mercato del lavoro, in base al quale *“the PRC began a program of government job assignment through labor and education bureaus in order to fill vacancies in state-owned enterprises and curb the massive unemployment rates throughout the urban sector. This system of employment soon became known as the ‘iron rice bowl’, by which the government provided life-long employment and benefits for those assigned state-run positions”*⁷¹.

Con l'espressione *iron rice bowl system*, pertanto, si suole indicare il sistema di interventismo statale sul mercato del lavoro, derivante a sua volta dalla rigida e totale centralizzazione dell'economia del Paese, in base al quale era lo Stato – tramite le sue articolazioni territoriali costituite dai *bureaus* amministrativi – a fornire a ciascun lavoratore le condizioni necessarie alla sua sussistenza (occupazione, retribuzione, le misure di assistenza sociale ritenute indispensabili), nei livelli stabiliti dal Governo centrale, e questo per tutta la vita lavorativa del cittadino.

Una conseguenza indiretta di tale sistema, dal punto di vista prettamente lavoristico, consistette, come è evidente, in una forte inefficienza della forza lavoro⁷², certo non incentivata al miglioramento costante delle proprie prestazioni e della propria produttività proprio alla luce del fatto per cui l'impiego e i diritti connessi (*in primis*, la retribuzione) erano comunque garantiti a ciascun lavoratore per tutta la durata della sua vita lavorativa.

Un primo tentativo di soluzione a questa conseguenza non voluta dell'instaurazione del sistema centralizzato di rigido ed assoluto interventismo statale nel mercato del lavoro fu posto in essere, a seguito dell'opera riformatrice promossa dal Presidente Deng Xiao Pong salito al potere nel 1978, mediante una parziale introduzione del sistema contrattuale⁷³, sia pure limitatamente a piccoli settori delle imprese statali, oltre che da un aumento della presenza del Paese nel mercato estero. Il successo della politica riformatrice di Deng Xiao Ping e dei suoi successori condusse all'emanazione, nel 1995, della *People's Republic of China Labor Law* (d'ora in avanti

70 Per un esaustivo approfondimento relativo all'evoluzione del sistema economico cinese dall'inizio del Ventesimo Secolo sino ai giorni nostri, si rinvia a L. Brandt – T. Rawski, *China's great economic transformation*, Cambridge University Press, 2008, 4 ss.

71 C. Coyne, *All Bark and No Bite: How Attorney Fee Shifting Can Solve China's Poor Enforcement of Employment Regulations*, in *Brookling Journal of International Law*, 2014, Vol. 39, 3, 1148. L'Autore a ciò collega anche la necessità, da tale programma derivante, di intervenire sulla migrazione dei lavoratori dalle aree rurali alle città industriali, necessità che fece sorgere il sistema di registrazione conosciuto come *hukou* (sul quale si spenderà qualche parola in più nel Capitolo Terzo, al quale si rinvia): *“Because these state-run positions remained solely in urban areas and were restricted to urban residents, the PRC subsequently limited urban migration from rural areas of China through the Household Registration Regulations of 1958. The PRC used these laws to divide the population of China into two groups, urban and rural, based on a person's hometown at the time of the law's implementation. Mobility between the two groups was highly uncommon and extremely difficult. Because only urban residents were entitled to government job assignment and its life-long employment guarantee, the PRC used the housing registration system to avoid a complete abandonment of the rural sector”*.

72 Inefficienza che i governi successivi mirarono a contrastare al fine di aprirsi (sul solco dell'intervento riformatore del Presidente Deng citato nel testo) agli investimenti esteri. Si può affermare, infatti, che per quanto riguarda il mercato del lavoro la Cina condivide al suo interno due anime, apparentemente divergenti, quella di stampo socialista e, negli ultimi decenni, quella capitalista: *“China's policies toward industrial relations balance two contradictory principles. On the one hand there is the capitalist principle: China seeks to market affordable labor to employers to expand both foreign direct investments and exports. In this regard, China has seen fantastic results, especially vis-à-vis its main global economic partner, the United States. On the other hand, China retains a socialist principle. The country maintains a nominally socialist political-economic order, led by the working class. China's recent record on delivering the promised “workers' state” is most visible in efforts to alleviate social tensions”*: cfr. D. S. S. Cairns, *New formalities for casual labor: addressing unintended consequences of China's Labor Contract Law*, in *Washington International Law Journal*, 2015, Vol. 24, 1, 223.

73 Inaugurato nel 1978 con riferimento alle *joint ventures* della città di Shenzhen e per la prima volta consacrato a livello legislativo dalle *Provisions for Labor Management in Sino-Foreign Joint Ventures* del 1980.

semplicemente *Labor Law*), tutt'ora vigente anche se numerose sue disposizioni risultano superate dalla più recente *Employment Contract Law* del 2008.

Lo scopo dell'emanazione della *Labor Law* è declinato al suo art. 1, il quale recita che “*This Law is formulated in accordance with the Constitution in order to **protect the legitimate rights and interests of labourers**, regulate labour relationship, establish and safeguard a labour system suited to the socialist market economy, and promote economic development and social progress*”: evidente la volontà sottesa al tale legge di superare definitivamente l'*iron rice bowl system* mediante la costruzione di un mercato del lavoro votato ad un compromesso tra la finalità di tutela dei diritti dei lavoratori e allo sviluppo economico e sociale, ed il sottostante sfondo rappresentato dall'economia socialista, che, pur definita “di mercato”, continuava ad essere guidata dall'intervento statale.

Tale legge segnò una grande soluzione di continuità rispetto al passato, prevedendo – allo scopo, oltre che di implementare la protezione dei lavoratori e la tutela dei loro diritti, anche di aumentare l'efficienza della forza lavoro – la necessità di formalizzazione del rapporto di lavoro (di ogni rapporto di lavoro, facente capo tanto alle imprese a partecipazione statale quanto a quelle private⁷⁴) in un apposito contratto, contenente la regolamentazione dei più importanti aspetti relativi al rapporto stesso quali la retribuzione, le condizioni di lavoro, le attività demandate al lavoratore, le ipotesi al ricorrere delle quali il rapporto possa essere risolto.

Al centro del sistema lavoristico, pertanto, fu posto il **contratto di lavoro**, inteso (*ex art. 16*) quale “*an agreement that establishes the labour relationship between a labourer and an employing unit and defines the rights and obligations of respective parties*”, e di cui viene espressamente affermata l'obbligatorietà, nel senso che “*a labor contract shall be concluded where a labor relationship is to be established*”. Naturalmente, se pure l'instaurazione del sistema contrattuale mirava a superare i problemi di (in)efficienza insorti drammaticamente nel vigore dell'*iron rice bowl system*, essa comportava anche che, circoscritto l'intervento statale nel reperimento di un impiego a favore di ogni cittadino, dovessero essere proclamati i generali principi di libertà contrattuale e di parità delle parti, come declinato dall'art. 17: “*Conclusion and modification of a labour contract shall follow the principles of equality, voluntariness and agreement through consultation, and shall not run counter to the stipulations of laws, administrative rules and regulations. A labour contract once concluded in accordance with the law shall be legally binding. The parties must fulfill the obligations stipulated in the labour contract*”⁷⁵.

La *Labor Law* 1995 consentì il raggiungimento di notevoli progressi nel miglioramento della mobilità della forza lavoro, con risultati soddisfacenti anche per quanto riguarda la produttività del capitale umano impiegato dalle aziende. Tuttavia, anche sotto l'imperio del nuovo sistema contrattuale il sistema giuslavoristico cinese continuava ad essere caratterizzato da inefficienze e da iniquità, con condizioni di lavoro spesso arbitrarie; a ciò si aggiungeva il processo di privatizzazione di molte imprese statali con il conseguente abbandono dei programmi statali di *job assignment*, fattori che comportarono l'aumento del tasso di disoccupazione, particolarmente tra i lavoratori migranti. Secondo i dati ufficiali, infatti, nel 2006 la disoccupazione si attestava a più di 160 milioni di persone che si erano pur trasferite dalle aree rurali alle città in cerca di un'occasione di lavoro (spesso senza possedere lo *hùkǒu* della città e quindi subendo discriminazioni derivanti dalla mancanza del certificato di residenza all'interno della città: “*in 2006, the inflow of migrant workers to urban areas has soared to 160 million. With a lower social status than that of urban residents, they are subject to exploitation and discrimination by employers, such as long working hours and withholding wages, terminating contracts without notice and non-renewal of contracts.*”

74 Ai sensi dell'art. 2 della *Labor Law*, infatti, essa trova applicazione “*to enterprises, individual economic organizations (hereinafter referred to as employing units) and labourers who form a labour relationship therewith within the territory of the People's Republic of China. State organs, institutions and public organizations as well as labourers who form a labour contract relationship therewith shall be bound by this Law*”.

75 Con la conseguenza dell'invalidità di un contratto di lavoro posto in essere in violazione di una disposizione di legge: “*The following labour contracts shall be invalid: (1) Labour contracts violating laws, administrative rules and regulations; and (2) Labour contracts concluded by means of fraud or intimidation, etc. An invalid labour contract shall have no legal effect from the time of its conclusion*” (art. 18).

*As migrant workers do not have the same legal status as the local residents, many employers do not provide them with the same benefits as they do to local workers. For example, migrant workers have no residency rights and their children have no right to free education. A survey conducted by social security bureaus in 40 cities in 2004 found that only 12.5 per cent of migrant workers had signed a labor contract*⁷⁶.

Così, al fine di adattare il complesso normativo della *Labor Law* alle necessità portate dalla nuova società, ed essenzialmente per tentare di ridurre la disoccupazione soprattutto dei lavoratori migranti e di superare la precarietà del lavoro, il Partito Comunista intervenne con una nuova legge che non sostituì ma si affiancò alla precedente, la *People's Republic of China Employment Contract Law*, approvata dal Comitato Permanente dell'Assemblea Nazionale il 29 giugno 2007 ed entrata in vigore il 1° gennaio 2008.

Se già con la *Labor Law* del 1994 era stato superato il sistema giuslavoristico precedente ed era stato operato un primo avvicinamento tra esso e i sistemi occidentali, con la nuova legge è ancor più evidente un'ulteriore e più intensa ispirazione cinese alle norme giuslavoristiche approvate in questi ultimi.

Con essa, infatti, è stato ulteriormente potenziata la posizione di centralità del contratto di lavoro⁷⁷: ora pertanto il sistema giuslavoristico vigente nell'ordinamento cinese, al pari di quelli degli ordinamenti europei⁷⁸, costituisce un sistema di natura contrattuale. Ciò allo scopo di evidenziare – ancor prima rispetto al principio della parità delle parti e dell'eguaglianza, almeno sotto il profilo formale, tra il datore di lavoro e il lavoratore – il principio della volontarietà del lavoro, cioè della necessità del consenso di entrambe le parti per la costituzione e la regolamentazione di qualunque tipologia di rapporto di lavoro⁷⁹.

⁷⁶ Cfr. S. Leung, *China's Labor Contract System from Planned to Market Economy*, cit., 7, con i dati statistici ivi riportati.

⁷⁷ Soprattutto allo scopo di porre un argine alla piaga del lavoro irregolare: basti pensare che, prima dell'emanazione della legge del 2007-2008, nei contesti rurali ben l'87,5% dei lavoratori erano privi di contratto di lavoro e, pertanto, non potevano godere di alcuna tutela legale. Esteso a tutto il mercato del lavoro, l'insieme dei lavoratori irregolari raggiungeva il 21% del PIL del Paese nel 1995, crebbe sino al 52% nel 2000, e ancora al 54% fino al 2005, anno in cui più di un terzo della forza lavoro nel territorio cinese era senza contratto di lavoro (Y. Zhou, *The State of Precarious Work in China*, 57 *American Behavioral Scientist*, 2013, 354). Alla luce di questi dati – unitamente allo scandalo creato nell'opinione pubblica a seguito dell'emersione delle pratiche di schiavismo nelle miniere di mattoni e di carbone nelle Province dello Shaanxi e dello Henan (J. Kahn – D. Barboza, *China Passes a Sweeping Labor Law*, in *New York Times*, 30 giugno 2007: “*Passage of the measure came shortly after officials and state media unearthed the widespread use of slave labor in as many as 8,000 brick kilns and small coal mines in Shanxi and Henan provinces, one of the most glaring labor scandals since China began adopting market-style economic policies a quarter century ago. Police have freed nearly 600 workers, many of them children, held against their will in factories owned or operated by well-connected businessmen and local officials*”) – il Ministero delle Risorse Umane e della Sicurezza Sociale arrivò ad affermare che, se tale *trend* fosse proseguito, il lavoro irregolare sarebbe diventato la regola nel mercato del lavoro del Paese. Ecco che la *Employment Contract Law* costituì il tentativo di soluzione a tale pressante problema, in primo luogo generalizzando l'obbligo della forma scritta del contratto di lavoro e soprattutto potenziando il sistema di controlli e di ispezioni da parte degli uffici amministrativi territoriali: “*thus, despite tremendous economic growth and social development since market liberalization in 1978, labor standards deteriorated for a large portion of China's workforce as they were forced into informal employment. The legislative response to this phenomenon emerged in the form of the Labor Contract Law*” (D. S. S. Cairns, *New formalities for casual labor*, cit., 229).

⁷⁸ L'ispirazione della *Employment Contract Law* a modelli occidentali è osservata unanimemente in dottrina: cfr., per esempio, V. Fili, *Strumenti “glocal” di tutela dei diritti dei lavoratori*, in L. Montuschi (a cura di), *Un diritto in evoluzione. Studi in onore di Yasuo Suwa*, Giuffrè, 2008, 119: “*Sotto molti profili, per gli istituti disciplinati e le soluzioni adottate, la lettura della legge cinese evoca modelli occidentali, ad esempio del diritto comunitario e per certi passaggi anche italiano*”. Nel corso del presente lavoro, si evidenzieranno di volta in volta gli aspetti di tale legge – con riferimento naturalmente allo specifico campo di indagine proposto, rappresentato dall'estinzione del rapporto di lavoro – che presentano soluzioni tali da accostarla alle norme di diritto del lavoro vigenti all'interno dell'ordinamento italiano.

⁷⁹ Nonché, come nota V. Fili, *Strumenti “glocal”* cit., 117, allo scopo di positivizzare il divieto del lavoro forzato. A tal proposito, l'Autrice notava come tale divieto si scontrasse tuttavia con la prosecuzione della prassi dei c.d. láogǎi, i c.d. “campi di rieducazione attraverso il lavoro”, “*in cui soggetti accusati dei più diversi reati vengono rinchiusi senza che mai un giudice abbia esaminato il loro caso, in palese violazione dell'habeas corpus*”. Sull'esistenza dei láogǎi

Tale intervento normativo si pone lo scopo di implementare la tutela dei diritti dei lavoratori enunciando con chiarezza i diritti e gli obblighi, discendenti dal rapporto di lavoro, in capo a ciascuna delle parti (*ratio resa ben chiara dall'art. 1, secondo il quale "this Law has been formulated in order to improve the labor contract system, to specify the rights and obligations of the parties of the labor contracts, and to protect the legitimate rights and interests of the laborers, as well as to build and develop harmonious and stable labor relationship"*⁸⁰).

Alla luce di tale obiettivo, le disposizioni della *Employment Contract Law* possono essere divise in tre categorie:

a – in primo luogo, la parte preponderante delle nuove norme è volta alla protezione dei diritti e degli interessi dei lavoratori ⁸¹ (si possono citare le disposizioni relative all'obbligo di

(letteralmente 劳动改造, láodòng gǎizào, “riforma attraverso il lavoro”) in Cina quale strumento di repressione voluto ed istituito da Mao nel 1950 e caratterizzato dalla lesione dei diritti umani nelle condizioni di vita dei forzati e del loro impiego come forza lavoro, è possibile consultare i rapporti rinvenibili *online* sul sito della Onlus *Laogai Research Foundation*. Del resto, il Paese solo nel 2013 ha ratificato la Convenzione dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro del 25 giugno 1957 che chiede l'abolizione della condanna ai lavori forzati e ha conseguentemente abolito i láogǎi.

⁸⁰ Appare interessante notare, peraltro, come la versione finale della *Employment Contract Law*, licenziata dal Comitato Permanente il 29 giugno 2007, apporti una tutela molto meno incisiva, sulla carta, rispetto a quella di cui invece vi era traccia nella bozza di legge che era stata pubblicata nel corso dell'iter di approvazione nella primavera dell'anno precedente. Quest'ultima, infatti, proponeva di introdurre un aumento del salario minimo in via generalizzata, un controllo da parte delle pubbliche autorità dei contratti di lavoro, l'indennità di licenziamento e la possibilità di negoziare le condizioni di lavoro all'interno delle fabbriche. A seguito della pubblicazione di tale progetto di legge, tuttavia, molte multinazionali statunitensi ed europee, che consideravano minacciati i propri interessi dal contenuto di tale provvedimento, iniziarono un'intensa campagna di *lobbying* al fine di indurre il Governo cinese ad ammorbidire la linea riformatrice. Particolarmente attive sono state in proposito, la Camera di Commercio Americana di Shanghai e la Camera di Commercio Europea di Pechino. Nei loro documenti veniva espressamente indicata come un grave danno per le imprese la possibilità che la legge in gestazione riducesse la flessibilità della manodopera, aumentandone le tutele, alludendo altresì all'eventualità di delocalizzare all'estero gli impianti in caso di approvazione definitiva di quel testo di legge. Tali pressioni hanno ottenuto l'esito sperato, dal momento che il testo finale della *Employment Contract Law* risulta più ammorbidita rispetto al progetto iniziale, con soddisfazione delle due Camere di Commercio sopra ricordate, le quali hanno riconosciuto che il Governo aveva “*tenuto conto di molte delle loro critiche*” (cfr. J. Andrelini – G. Dyer, *Cautious Welcome for China Labour Law*, in *Financial Times, Asia-Pacific China Edition*, 1° luglio 2007, rinvenibile *online* al link <http://www.ft.com/cms/s/73ff9edc-27f7>; cfr. anche, per un approfondimento della vicenda dell'opposizione delle lobbies di multinazionali al progetto di legge iniziale, *Global Labor Strategies, Behind the Great Wall of China. U.S. Corporations Opposing New Rights for Chinese Worker*, ottobre 2006, nonché il medesimo gruppo di ricerca *Global Labor Strategies, Undue Influence: Corporations Gain Ground in Battle over China's New Labor Law – But Human Rights and Labor Advocates Are Pushing Back*, Harvard University, Cambridge, marzo 2007, articoli entrambi rinvenibili *online*. A tal proposito è altresì interessante ricordare quanto riportato da L. Gallino, *Il lavoro non è una merce*, Laterza, 2007, 148 ss., che riporta un estratto della lettera inviata da un alto numero di membri del Congresso degli Stati Uniti all'allora Presidente Bush il 31 ottobre 2006, nella quale i medesimi prendevano posizione contro il comportamento e le proteste avanzate dalle multinazionali statunitensi, e nella quale si legge “*Noi siamo rimasti sgomenti di leggere sulla prima pagina del 'New York Times' del 13 ottobre un dettagliato articolo relativo agli sforzi di società transnazionali statunitensi volti a minare il rispetto di fondamentali diritti dei lavoratori, riconosciuti sul piano internazionale; sforzi concretatisi con il cercar di indebolire i provvedimenti contenuti nella nuova legge cinese sul lavoro [...] Questa vergognosa campagna lobbistica di grandi società americane è incompatibile con l'impegno del nostro paese di promuovere dovunque, con la legge e con la pratica, il rispetto di diritti fondamentali dei lavoratori*”).

⁸¹ “Diritti dei lavoratori” che spesso coincidono con i “diritti della persona”, come nel caso del divieto datoriale di usare violenza o minaccia o una restrizione illegittima della libertà personale per obbligare un dipendente a lavorare, *ex art. 88*; oppure il divieto di trattenere i documenti di identità o altri beni dei lavoratori, *ex art. 84*. Appare condivisibile il giudizio di V. Fili, *Strumenti “glocal” cit.*, 124-125, risalente al momento immediatamente successivo all'entrata in vigore della *Employment Contract Law*, secondo il quale il varo di tale riforma sembrava “*rappresentare i primi segni di un'inversione di tendenza nella governance mondiale*”, una conseguenza cioè positiva della “*mondializzazione dell'economia*”, sulla falsariga del modello economico del “*trickle down*” teorizzato da J. Stiglitz (premio Nobel per l'economia), nel senso che questa “*affermazione del diritto a condizioni di lavoro dignitose acquista un valore particolare considerato che l'innalzamento globale dei livelli di protezione dei lavoratori in molte realtà locali coincide con la tutela dei diritti umani fondamentali*”, nel rispetto anche da parte del legislatore cinese dei principi contenuti nella Dichiarazione dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro del 1998 sui principi e sui diritti fondamentali. Tale

formalizzazione del rapporto in un contratto avente forma scritta, quelle che tentano di limitare la precarietà del rapporto prevedendo dei limiti al rinnovo dei contratti a tempo determinato, quelle che ribadiscono le condizioni di legittimità del licenziamento e contemplano la tutela applicabile a favore del lavoratore che sia stato licenziato illegittimamente);

b – una seconda categoria di norme ha lo scopo di porre in maniera chiara le obbligazioni in capo al datore di lavoro (per esempio in materia di retribuzione);

c – infine, una serie di disposizioni (rientranti nel Capitolo Sesto) implementano il sistema ispettivo e i poteri di intervento degli organi amministrativi in caso di irregolarità poste in essere dal datore di lavoro nella conclusione del contratto di lavoro e nella fase dello svolgimento del rapporto.

La principale preoccupazione della *Employment Contract Law*, tuttavia, consiste proprio nella volontà che ogni rapporto di lavoro sia formalizzato in un contratto scritto. La legge, così, introduce molte disposizioni in ordine alla forma scritta necessaria del rapporto di lavoro e alle sanzioni previste in caso di sua inosservanza. La centralità della forma scritta del contratto di lavoro nella *Employment Contract Law* è resa infatti evidente anche dal sistema sanzionatorio introdotto dalla medesima per il caso di mancata formalizzazione di un rapporto di lavoro in un contratto scritto, oltre che dal riconoscimento del compito degli uffici amministrativi competenti territorialmente (*in primis* i c.d. *Labor Bureau*), di monitorare il rispetto della legge nell'attività ispettiva di loro competenza, e di intervenire ordinando al datore di lavoro inadempiente di allinearsi alle disposizioni di legge, anche nel campo della conclusione del contratto di lavoro (art. 74, num. 2). L'art. 10, in tale ottica, afferma perentoriamente che “*to establish a labor relationship, a written labor contract shall be concluded*”⁸². Evidente la differenza rispetto all'art. 16 della *Labor Law*, sopra citato, il quale si limitava a prevedere l'obbligatorietà di un “*labor contract*”, senza alcun riferimento ad oneri di natura formale⁸³.

E la generalità dell'obbligo di forma scritta, che vale per tutti i contratti e non solo per talune clausole speciali apposte al medesimo, distingue tale disposizione anche dalla legge italiana, in cui il contratto di lavoro è a forma libera, essendo la forma scritta richiesta soltanto in relazione ad

valutazione ottimistica risalente ormai a quasi un decennio fa, pur certamente condivisibile, non appare tuttavia in grado di ritenere un dato ormai acquisito il raggiungimento di un livello “occidentale” di tutela dei diritti dei lavoratori in Cina, persistendo nel Paese enormi problemi di effettività della legge, come vedremo nel corso di questo lavoro, acuiti dalla tuttora limitata consapevolezza di tali diritti da parte della maggioranza della forza lavoro operaia impiegata nei grandi contesti industriali cinesi.

82 建立劳动关系, 应当订立书面劳动合同, jiànli láodòng guānxi, yīngdāng dìnglǐ shūmiàn láodòng hétong: “per stabilire un rapporto di lavoro, si deve concludere un contratto di lavoro in forma scritta”. Il concetto di “rapporto di lavoro”, 劳动关系, láodòng guānxi, verrà chiarito nel Capitolo Settimo, al quale si rinvia; in tale sede può anticiparsi che con tale espressione la legge cinese intende un rapporto connotato dalla subordinazione del lavoratore al potere direttivo del datore di lavoro, al pari della concezione invalsa nel nostro ordinamento per effetto dell'art. 2094 c.c. Ai fini dell'accertamento della natura subordinata del rapporto – e così dell'esistenza di una 劳动关系, láodòng guānxi – il Ministero delle Risorse Umane e della Sicurezza Sociale ha indicato quali siano i relativi criteri discretivi rispetto ad altre forme di collaborazione che invece non rientrano nel campo di applicazione della *Labor Law* e della *Employment Contract Law*: si veda *infra*, Capitolo Settimo. La nozione di “contratto di lavoro”, invece, è resa dalla locuzione cinese 劳动合同, láodòng hétong, laddove il termine 合同, hétong, indica “accordo”, “contratto” (il carattere 合, hé, indica un accordo, una combinazione tra soggetti, e il carattere 同, tóng, una somiglianza, un'acomunanza – così per esempio il verbo 同意, tóngyi, “essere d'accordo”, letteralmente significa appunto “della stessa opinione”, “dello stesso significato”).

83 Con la conseguenza che “*the lack of penalties in the 1995 Labor Law had allowed employers to evade the most basic responsibilities of labor relations. Without evidence of labor relations, workers were often deprived of their salaries, of their rights to occupational injury and disease compensation, and of other employer-dependant forms of social welfare. The 2008 LCL provides punitive and severe liabilities for failure to conclude written labor contracts with employees*” (M. E. Gallagher, *Authoritarian Legality in China: Law, Workers, and the State*, Cambridge University Press, 2017).

alcune categorie di clausole (come quella relativa all'apposizione di un termine finale di efficacia del contratto, o all'accordo relativo al *part time*, e così via)⁸⁴.

Peraltro, ai sensi dell'ultimo paragrafo dell'art. 10, l'assolvimento dell'onere della forma scritta del contratto può avvenire anche in via differita rispetto all'instaurazione del rapporto, ma comunque entro il termine perentorio di un mese: *"in the event that no written labor contract is concluded at the time when a labor relationship is established, such a contract shall be concluded within one month as of the date when the employing unit employs a worker"*.

In mancanza, ai sensi del comma 1 dell'art. 82⁸⁵ il datore di lavoro è onerato a corrispondere al lavoratore una indennità forfettaria, quantificata in un importo pari al doppio della retribuzione dovuta per il periodo intercorrente tra l'assunzione e il momento in cui il contratto viene stipulato in forma scritta.

Un'altra disposizione sanzionatoria della mancata formalizzazione per iscritto del contratto di lavoro è prevista all'ultimo comma dell'art. 14, laddove si prevede che, in caso di mancata stipulazione di un contratto in forma scritta entro un anno dal giorno in cui il dipendente ha cominciato ad eseguire la sua prestazione a favore del datore di lavoro⁸⁶, il contratto è da ritenersi⁸⁷ a tempo indeterminato anche se le parti avevano convenuto un termine finale⁸⁸.

La legge stabilisce anche il contenuto essenziale del contratto di lavoro, il quale, ai sensi dell'art.17, deve indicare i seguenti elementi⁸⁹:

- (1) la denominazione, la sede e il rappresentante legale del datore di lavoro;
- (2) il nome, il domicilio e il numero del documento di identità del lavoratore;
- (3) il termine del contratto di lavoro;
- (4) la descrizione delle attività lavorative demandate al dipendente e la sede di lavoro;

84 Cfr. A. Vallebona, *Istituzioni di diritto del lavoro. II. Il rapporto di lavoro*, Cedam, 2015, 95: *"la forma del contratto di lavoro rimane libera, proprio perchè tale comunicazione [quella che il datore di lavoro deve inviare, a seguito dell'instaurazione del rapporto, al centro per l'impiego, n.d.s.] costituisce un adempimento successivo e distinto dall'assunzione. Libertà di forma significa che il contratto può essere concluso e modificato anche oralmente o per fatti concludenti. Si tratta di un principio di grande rilievo, in quanto, ai fini della qualificazione del rapporto e della individuazione del datore di lavoro, consente di far prevalere sulle pattuizioni formali originarie la volontà effettiva manifestata dalle parti nella concretezza del loro agire. La forma scritta è prevista dalla legge solo per alcuni contratti, clausole o atti, di solito a tutela della posizione del lavoratore"*.

85 Il quale recita che *"in case the employer fails to conclude a written labour contract with the employee over one month but less than one year since the date of recruitment, the employer shall pay double amount of the monthly wages to the employee for the period when the mandated written labour contract is absent"*.

86 Giorno che, per varie disposizioni della *Employment Contract Law*, costituisce il momento iniziale del rapporto, e funge pertanto da momento di riferimento per la valutazione del rispetto dell'onere formale. Tale conclusione è confermata, in particolare, dall'ultimo comma dell'art. 10, ai sensi del quale *"where the employer and the employee have concluded a labour contract before the employer starts using the employee, the labour relationship shall be recognized as of the date on which the employer starts using the employee"*.

87 In tal caso, infatti, 视为用人单位与劳动者已订立无固定期限劳动合同, *shìwéi yòngnén dānwèi yǔ láodòngzhě yǐ dìnglǐ wú gùdìng qīxiàn láodòng hétóng*, letteralmente: è da ritenere che l'unità del datore di lavoro e il lavoratore abbiano stipulato un contratto di lavoro senza termine finale. La natura della presunzione, espressa con la formula 视为, *shìwéi*, "è da ritenere", appare assoluta, senza possibilità di prova contraria (per esempio mediante testimoni) da parte del datore di lavoro della circostanza per cui le parti avessero concordato un'assunzione a termine; in tal senso milita anche la *ratio* della disposizione, che mira ad incentivare il rispetto dell'onere formale anche mediante una sanzione sul piano del rapporto.

88 Sulla disciplina cinese relativa al contratto di lavoro a tempo determinato, si rinvia al Capitolo Secondo, in cui si tratterà delle ipotesi di estinzione automatica del rapporto lavorativo.

89 Ai quali – specifica l'art. 17 – le parti potranno aggiungerne altri, quali, per esempio, il patto di prova (sul quale cfr. *infra*, Capitolo Terzo), la formazione fornita al lavoratore da parte datoriale (sulla rilevanza della formazione in relazione all'estinzione del rapporto di lavoro, cfr. Capitolo Ottavo), forme di assicurazione sociale aggiuntive, i bonus e altre forme di *welfare* concesse dall'azienda, e così via. Nella prassi ormai invalsa con generalità, il contratto individuale di lavoro, come si vedrà a proposito del licenziamento disciplinare previsto dall'art. 39 della *Employment Contract Law*, contiene spesso, in allegato, il c.d. *handbook*, ossia un documento riportante nello specifico l'insieme delle mansioni che il lavoratore deve svolgere, le relative modalità, e soprattutto i comportamenti vietati in seno all'azienda e le relative sanzioni disciplinari.

- (5) l'orario di lavoro, i riposi e le ferie;
- (6) la retribuzione.

Relativamente alla retribuzione, v'è da segnalare sin da ora che il governo di ogni contesto territoriale (cioè di ogni Provincia o Regione Autonoma e, al loro interno, di ogni Città) individua, con regolamento amministrativo, il livello minimo di retribuzione che non può essere derogato dalle parti⁹⁰.

Ora, nel caso in cui nel contratto individuale di lavoro sia previsto un livello retributivo inferiore a quello stabilito territorialmente, il lavoratore potrà agire per la differenza presentando un'istanza al *Labor Bureau* competente prima ancora di agire in via giudiziale⁹¹.

È vero che anche in Cina, come in Italia, in caso di mancata determinazione contrattuale della retribuzione, questa dovrà essere calcolata sulla base delle quantificazioni operate dalla contrattazione collettiva (l'art. 11 della *Employment Contract Law*, infatti, prevede che “*in the event that an employing unit fails to conclude a written labor contract with a worker at the same time as it employs him, and labor remuneration agreed upon with him is not definite, the remuneration shall be decided on according to the rate specified in the collective contract; where there is no collective contract or the collective contract is silent on the matter, equal pay for equal work shall be practiced*”). Tuttavia, nel caso in cui il livello retributivo (in ipotesi, tanto quello previsto nel contratto collettivo, quanto quello – e si tratterà di ipotesi invero di molto più probabile realizzazione nella pratica – convenuto dalle parti all'interno del contratto di assunzione) sia inferiore a quello stabilito dal governo locale, oppure in caso di mancata determinazione della retribuzione nel contratto individuale di lavoro in violazione dell'art. 17 – ovvero ancora, e *a fortiori*, in caso di mancata stipulazione per iscritto di un contratto di lavoro –, il *Labor Bureau* o il giudice possono condannare il datore di lavoro ad “aggiustare” il livello retributivo sino al riallineamento al livello *standard* vigente in quel contesto territoriale.

Si noti quindi una differenza di fondo rispetto all'ordinamento italiano: mentre in quest'ultimo non vi è alcuna disposizione legislativa o regolamentare che stabilisca il livello di retribuzione *standard*, dotato di inderogabilità “verso il basso”, ma il riferimento del giudice nella valutazione dell'adeguatezza dei minimi retributivi stabiliti dal contratto collettivo applicabile cui rinvia il contratto individuale (*ex art. 2099 c.c.*) dovrà far riferimento ai principi generali di sufficienza e proporzionalità di cui all'art. 36 della Costituzione⁹², in Cina invece il riferimento non è tanto ad un principio generale, bensì a minimi retributivi concretamente individuati di volta in volta dai singoli governi locali⁹³;

- (7) le forme di assicurazione sociale previste;
- (8) le forme di protezione e di tutela del lavoro poste in essere dalla parte datoriale;
- (9) altri elementi che devono essere indicati nel contratto di lavoro ai sensi di altre disposizioni di legge o regolamentari.

Come si è anticipato, tuttavia, il tentativo della *Employment Contract Law* di implementare i diritti dei lavoratori deve scontrarsi – già sul versante della formazione del contratto prima ancora che

⁹⁰ Livello che, rispetto agli standard europei, è molto basso: a mero titolo di esempio, a Pechino la *average monthly wage of employees* come da ultimo quantificata dal governo locale ammonta a RMB 7086, pari ad Euro 944 circa; a Shanghai 5939, pari ad Euro 792 circa, a Shenzhen 6753, pari ad Euro 900,00 circa.

⁹¹ Ai sensi dell'art. 85, infatti, l'autorità amministrativa, nel caso in cui la retribuzione corrisposta dal datore di lavoro al lavoratore sia inferiore al livello standard stabilita dal governo locale, ha il potere (nonché il dovere) di “ordinare” al datore di lavoro di adeguare la prima al secondo entro un certo termine; in caso di mancata ottemperanza del datore a tale ordine, egli potrà essere condannato al pagamento a favore del lavoratore di una maggiorazione retributiva compresa tra il 50% e il 100% del relativo importo.

⁹² Come insegna la notissima sentenza del Tribunale di Torino del 4 dicembre 2010 sul “caso Unci” balzato agli onori della cronaca.

⁹³ Nel corso del Volume vedremo come tale differenza metodologica (riferimento a principi di rango generale nell'ordinamento italiano e a specifiche valutazioni concrete del legislatore o dell'esecutivo in Cina) caratterizza molte disposizioni della *Employment Contract Law* rilevanti in materia di licenziamento, e costituisce dunque una differenza da tenere sempre in considerazione.

nella fase della sua esecuzione e, come vedremo, nel momento della sua estinzione – con il principale dei problemi che affligge il mercato del lavoro cinese, rappresentato dalla mancanza di effettività della legge. Il difetto di *enforcement*, così, riguarda anche la stipulazione per iscritto del contratto individuale di lavoro⁹⁴.

Per quanto riguarda le tipologie di contratto di lavoro disciplinate dalla *Employment Contract Law*, esse sono cinque: contratto a tempo indeterminato; contratto a termine; contratto con scadenza fissata al compimento di un'opera o un servizio; contratto a tempo parziale (che è l'unico che si sottrae al principio generale della forma scritta⁹⁵); contratto tramite agenzia⁹⁶.

94 Cfr. Coyne, *All Bark and No Bite*, cit., 1160-1161: “Although labor rights of Chinese workers have increased dramatically through the use of the Labor Law of 1995, the Labor Contract Law of 2008, the 2013 Amendments to the Labor Contract Law, and potentially the 2013 Draft Regulations, a persistent problem for Chinese laborers is the poor enforcement of the law. As of 2010, three years after the approval of the LCL, one study found that out of employees interviewed, only 60 percent had a contract at the time of their interview; 53 percent had contracts before the law went into effect. As addressed above, many of these individuals felt their contracts omitted key provisions that were required by law”, con i riferimenti bibliografici, quanto alle fonti delle statistiche, ivi citati.

95 In Cina, per come è costruito dalla *Employment Contract Law*, il contratto a tempo parziale appare più come una tipologia contrattuale a sé stante che un “normale” contratto di lavoro, caratterizzato da una semplice riduzione dell'orario di lavoro, come avviene nell'ordinamento italiano. Si vedrà nel Capitolo Terzo, al quale si rinvia, come le tutele riconosciute ai lavoratori *part time* siano notevolmente inferiori rispetto a quelle predisposte alle generalità dei lavoratori.

96 Quanto al **lavoro interinale o in somministrazione** (disciplinato dagli articoli da 57 a 67 della legge, che hanno costituito l'oggetto di una più recente riforma nel 2013, a pochi anni dall'entrata in vigore della stessa – riforma la cui opportunità è stata ravvisata dall'ampio utilizzo dell'istituto, spesso con finalità elusive della tutela del lavoratore apportate dalla *Employment Contract Law*), oltre ai requisiti che consentono la costituzione delle agenzie e all'estensione anche a queste di tutte le disposizioni previste in generale per i datori di lavoro, è previsto specificamente che il contratto di lavoro tra l'agenzia e il lavoratore da inviare in missione debba essere a tempo determinato ed avere una durata non inferiore ai 2 anni (art. 58, comma 2: “*The labour contracts between staff leasing service company and the employees shall be fixed term contract with a term of no less than two years*”). Inoltre, le finalità antielusive sottese alla riforma del 2013 hanno condotto alla previsione dell'art. 66, secondo cui la fornitura di lavoro è di regola ammessa solo per posizioni temporanee, ausiliarie e sostitutive, con l'esclusione della possibilità per l'impresa utilizzatrice di stipulare una serie di contratti per missioni di breve durata per coprire un fabbisogno di manodopera di tipo continuativo. Oltre all'articolata previsione degli obblighi in capo all'agenzia e all'impresa utilizzatrice, sulla falsariga di quanto è previsto in Italia per la somministrazione di lavoro, la legge contempla il principio di parità di trattamento tra i lavoratori somministrati e i dipendenti dell'impresa utilizzatrice: così dispone l'art. 63, il quale, dopo aver stabilito che “*the placed employees are entitled to the same pay received by workers employed by the client company for the same work*” - in piena corrispondenza con la disposizione di cui all'art. 35, comma 1, del d. lgs. n. 81/2015, secondo cui “*per tutta la durata della missione presso l'utilizzatore, i lavoratori del somministratore hanno diritto, a parità di mansioni svolte, a condizioni economiche e normative complessivamente non inferiori a quelle dei dipendenti di pari livello dell'utilizzatore*” - specifica opportunamente che, nel caso in cui l'utilizzatrice non abbia alle proprie dipendenze dirette alcun lavoratore impiegato nelle mansioni adibite ai lavoratori somministrati da prendere come riferimento, il livello retributivo da considerare quale riferimento per la retribuzione di questi ultimi consiste in quello dei lavoratori addetti alle medesime attività in imprese comparabili all'interno dello stesso contesto territoriale. L'art. 68. dispone che durante i periodi in cui il lavoratore rimane in attesa di assegnazione, l'agenzia debba erogargli una remunerazione mensile corrispondente alla retribuzione minima stabilita dal governo locale nel territorio in cui ha sede l'agenzia (istituto del tutto assimilabile all'indennità di disponibilità di cui all'art. 34 del d. lgs. n. 81/2015, anch'essa tra l'altro dal minimo quantificato con decreto dal Ministero del Lavoro).

Una forte corrispondenza tra disciplina italiana e disciplina cinese in materia di somministrazione di lavoro concerne altresì i seguenti aspetti:

- gli oneri informativi dell'agenzia nei confronti dei suoi dipendenti (art. 58, comma 1, secondo cui “*the labor contract between the staffing leasing companies and the employees to be placed shall, in addition to the issues stipulated in Article 17, specify the issues such as the client company with which the employee is to be placed, the term of placement, and the position where the employee is to be assigned, etc.*”, nonché art. 60, comma 1, che stabilisce che “*the staffing leasing company shall inform the placed employees of the content of the placement agreements*”);

- il divieto per le imprese fornitrice ed utilizzatrice di esigere delle somme di denaro dai lavoratori somministrati (art. 60, comma 3);

- il riconoscimento di diritti di natura sindacale in capo ai lavoratori somministrati (art. 64: “*The placed employees have the right to join the Trade Union either of their staffing leasing company or the client company, or to organize such unions in accordance with the law, so as to protect their legitimate rights and interests*”);

1.4 Cenni di diritto sindacale

1.4.1 Il ruolo e la struttura del sindacato nell'ordinamento cinese

Il ruolo che il sindacato svolge all'interno del mercato del lavoro cinese difficilmente può essere paragonato a quello svolto dal sindacato in Italia. Il regime di controllo statale esteso a tutti gli ambiti dell'economia del Paese, e così anche al mondo del lavoro, infatti, ha costituito naturalmente un serio fattore di difficoltà per le associazioni sindacali nello svolgimento dei compiti e delle attribuzioni tradizionalmente loro riservate all'interno degli ordinamenti democratici.

Così, non sorprende la mancata affermazione di alcuna forma di pluralismo sindacale in Cina: ed ancora oggi l'unico sindacato legittimato ad intervenire nel territorio cinese è la **All China Federation of Trade Unions** (c.d. ACTFU), e tutti gli organismi di rappresentanza dei lavoratori che, come vedremo, a certe condizioni sono legittimati ad essere costituiti all'interno delle aziende (e che nel corso di questo volume chiameremo *labor union* o anche *trade union*) debbono, per poter operare, essere affiliati ad esso.

Dall'altro lato, il regime di stretto controllo e di interventismo statale anche nel settore delle relazioni industriali e della dialettica sindacale comporta che la materia sia integralmente regolata dalla legge, per quanto riguarda tanto il ruolo, i poteri e gli ambiti d'azione del sindacato, quanto il processo di contrattazione collettiva (la quale, come vedremo, trova la propria regolamentazione in un regolamento emanato dal Ministero delle Risorse Umane e della Sicurezza Sociale, mentre l'efficacia dei contratti collettivi e i loro rapporti con la legge e con i contratti individuali di lavoro sono disciplinati da apposite norme della *Employment Contract Law*).

L'organizzazione sindacale è regolata, a livello generale, dalla *Trade Union Law*, entrata in vigore nel 1992 e da ultimo modificata nel 2009.

Essa, in primo luogo, contempla come da tradizione le libertà sindacali, affermando il diritto di ogni lavoratore⁹⁷ ad unirsi in un sindacato⁹⁸ e definendo l'ACTFU come l'organo che, unitamente a tutte le associazioni ad essa affiliate, è deputato a rappresentare gli interessi e i diritti dei lavoratori⁹⁹.

- le norme in materia di esercizio del potere direttivo, del potere disciplinare, con una particolarità ravvisabile con riferimento al licenziamento. Nello specifico l'art. 65, comma 2, prevede che “*Under any of the circumstances stipulated as in Article 39 and items (1) and (2) of Article 40 hereof, the client company may return the placed employee to the staffing leasing company, which may terminate its labour contract with the concerned employee in accordance with relevant provisions of this Law*”. L'aspetto interessante è che la norma prevede il licenziamento disciplinare da parte dell'agenzia quale datore di lavoro in senso formale, su segnalazione dell'utilizzatrice, in perfetta corrispondenza con l'art. 35, comma 6, del d. lgs. n. 81/2015, ma prevede altresì che l'utilizzatrice possa segnalare all'agenzia il sopravvenire di situazioni personali dei lavoratori somministrati che ne possano condurre a un licenziamento con preavviso per motivazioni di carattere oggettivo, ai sensi dell'art. 40, num. 1) o 2) dell'*Employment Contract Law* (sui quali si rinvia al Capitolo Terzo).

Non è prevista, invece, alcuna norma recante la solidarietà dell'utilizzatrice nell'adempimento dell'obbligo retributivo da parte dell'agenzia, sulla falsariga dell'art. 35, comma 2, del d. lgs. n. 81/2015.

Va infine segnalato l'art. 67, norma di chiusura della Sezione dedicata a questa tipologia contrattuale, che, con finalità antifraudolenta, introduce il divieto per un'impresa di costituire agenzie di fornitura di lavoro aventi lo scopo di collocare manodopera presso se stessa o presso società controllate.

97 A prescindere da ogni fattore personale quale la razza, la nazionalità, il sesso, la tipologia di impiego, le credenze religiose e il livello di educazione (art. 3).

98 Nonostante l'affermazione formale del diritto di organizzazione da parte della *Trade Union Law*, tuttavia, possono essere avanzate riserve in ordine alla sua effettività. Del resto, significativamente la Cina non ha ratificato alcuna delle due Convenzioni fondamentali dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro dedicate espressamente al diritto di organizzazione dei lavoratori, la num. 87 del 9 luglio 1948 (“*Convenzione sulla libertà sindacale e la protezione del diritto sindacale*”) e la num. 98 del 1° luglio 1949 (“*Convenzione concernente l'applicazione dei principi del diritto sindacale e di negoziazione collettiva*”).

99 Anche svolgendo un ruolo educativo, dal momento che l'art. 5 della *Trade Union Law* esordisce affermando il dovere dei sindacati di “*organizzare ed educare i lavoratori in vista dell'esercizio democratico dei loro diritti nell'osservanza della costituzione e delle leggi del Paese*”.

Per quanto si è detto, non sorprende il fatto che la legge non preveda alcuna forma di pluralismo sindacale “sostanziale”: infatti, dovendo tutte le associazioni sindacali – tanto quelle sorte all’interno dell’azienda, quanto quelle operanti a livello territoriale in maniera “trasversale” alla generalità delle imprese di quel contesto locale – associarsi all’ACFTU, condividendone gli obiettivi e rispettandone lo statuto e le direttive, se ne può concludere che il soggetto che detta le linee dell’azione sindacale sia unicamente quest’ultimo.

Alla funzione primaria del sindacato, di rappresentare gli interessi e i diritti dei lavoratori – funzione che potremmo definire “classica” anche secondo la nostra tradizione occidentale, di un sindacato a fianco dei lavoratori quale organismo che si ponga come ente rappresentativo dell’interesse degli stessi e “contrapposto”, se così si può dire, tanto alle imprese quanto al governo, nei casi in cui questo interviene nella dialettica sindacale a livello centrale piuttosto che a livello locale (mediante la Regione, la Provincia o la Prefettura), nell’ambito della c.d. “concertazione” – in Cina in capo all’ACTFU se ne sovrappone, in una sorta di “duplice anima”¹⁰⁰, un’altra fondamentale, consistente nel compito di perseguire gli interessi dell’intero Paese, in unione con lo stesso Governo. Si è potuto così affermare che l’ACFTU debba “*servire due padroni*”¹⁰¹, dal momento che, oltre a rappresentare i diritti e gli interessi dei lavoratori, ai sensi dell’art. 2 della *Trade Union Law*, essa deve anche assistere il governo e il Partito Comunista nel perseguire gli interessi generali del Paese¹⁰². Così, oltre al suo ruolo di rappresentanza degli interessi dei lavoratori¹⁰³, tale organo deve perseguire anche l’obiettivo della pace sociale¹⁰⁴, come dimostra anche il fatto che, come si vedrà, dei collegi arbitrali nominati dalla Commissione Arbitrale e deputati a decidere le cause di lavoro, deve far parte anche un membro dell’ACTFU¹⁰⁵.

Per quanto riguarda la struttura organizzativa del sindacato¹⁰⁶, le norme che la regolano sono ispirate al principio di fondo del “centralismo democratico”, che prevede una forte gerarchia tra i

100 Secondo la definizione di R. C. Brown, *Understanding Labor and Employment Law in China*, Cambridge University Press, 2008, 46: “During China’s dramatic economic development in the past three decades, the ACTFU has emerged as an organization that under law plays a dual role in the transition towards a market economy”.

101 Ancora R. C. Brown, *ibidem*, 48: “In fact, Chinese laws requires the ACTFU to serve two masters. In addition to representing ‘the legitimate rights and interests of the workers’ (*Trade Union Law*, art. 2), it must also assist the government and the CCP in ‘upholding the overall rights and interests of the whole nation’ (*Trade Union Law*, art. 6)”. Il concetto è efficacemente compendiato da P. P. Leung, *Labor Activists and the New Working Class in China*, Palgrave-MacMillan, New York, 2015, 5, 6: “There is a large labor organization in Cina, the All-China Federation of Trade Union (ACFTU), proclaiming a membership of over 280 million. But this legally sanctioned trade union performs a role of backing up government policies rather than challenging or resisting the dominance of the state and capital over workers. This official union is obviously not taking up the role of organizing and resisting capital and state dominance, and we find no sign of any emergence or existence of independent membership-based worker organisation in People’s Republic of China”.

102 Donde può affermarsi che esso “*serve as a bridge and link between the Party and workers and an important social pillar of the state power*”: così si legge nei Principi Generali dello Statuto della medesima ACFTU, rinvenibili online al sito <http://www.acftu.org.cn/template/10002/file.jsp?cid=48&aid=469>.

103 Che comprende in primo luogo, ai sensi dell’art. 7 della *Trade Union Law*, il compito di “*mobilize and organize the employees to participate in the economic development actively, and to complete the production and work assignments conscientiously, educate the employees to improve their ideological thoughts and ethics, technological and professional, scientific and cultural qualities, and build a employee team with ideals, ethics, education and discipline*”: ne emerge prima di tutto un ruolo quasi “paternalistico” del sindacato nei confronti della classe dei lavoratori, nel suo ruolo di guida che va anche oltre quello tradizionale di rappresentarne gli interessi in sede di negoziazione collettiva, le cui procedure sono regolate nelle sezioni successive della legge.

104 Obiettivo rilevante soprattutto in tema di sciopero, in cui l’ACTFU svolge un ruolo importante nel tentare il raggiungimento di una mediazione tra i lavoratori scioperanti (rappresentati dalla *labor union* costituita all’interno dell’azienda) e il *management* dell’impresa del datore di lavoro: “*In the event of a work stoppage or slowdown, the ACFTU’s responsibility is both to represent the employee’s interests and to assist the employer in properly dealing with the matter to restore the normal order of production; thus, in effect, mediating solutions to the dispute*”: R. Brown, *Understanding Labor and Employment Law in China*, cit., 49.

105 Per un approfondimento sulla funzione dei collegi arbitrali nella decisione delle cause di lavoro in prima istanza e sulla loro composizione, cfr. *infra*, Capitolo Settimo.

106 I cui principi, ricavati dalla *Trade Union Law*, sono sintetizzati da R. Traub-Merz, *All China Federation of Trade Unions: Structure, Functions and the Challenge of Collective Bargaining*, ILO Paper, 2011, come segue: “*The*

vari livelli del sindacato, da quello centrale a quelli territoriali per finire con quelli costituiti in seno all'azienda. La *Trade Union Law* esprime tale struttura gerarchica in modo chiaro, affermando che “*lower trade union organizations shall request instructions from and report on their work to the higher trade union organizations*” (art. 9) e che “*the establishment of a basic - level trade union, local all-level federation of trade unions or a national or local specific industry trade union must be reported to the trade union organization at the next highest level for approval. The trade unions at the higher level may assign personnel to assist the enterprises to establish trade unions, no unit or individual may obstruct*” (art. 11).

Ciò premesso, è possibile distinguere tra l'associazione sindacale costituita a livello aziendale e quelle operanti a livello territoriale.

Per quanto riguarda la presenza del sindacato in azienda, l'art. 10 della *Trade Union Law* prevede che in tutte le aziende (tanto private, quanto statali) in cui siano impiegati più di 25 lavoratori debba essere costituita una associazione sindacale¹⁰⁷, mentre nelle unità produttive che non raggiungano tale soglia dimensionale, la costituzione di una *labor union* assume il carattere di facoltatività e di alternatività con la costituzione “condivisa” di un'associazione con altra impresa od altra unità produttiva: “*The trade union of an enterprise, public institution or government organ with 25 or more members shall establish a basic-level union committee; if the members are less than 25, a basic-level union committee may be established separately, or a basic level trade union committee may be established by the members of 2 units or more*”¹⁰⁸.

In tale organismo, che costituisce l'assemblea rappresentativa dei dipendenti dell'azienda, consiste il livello base dell'organizzazione sindacale nell'ordinamento cinese. Esso è dotato di vari poteri e funzioni soprattutto con specifico riferimento alla vita lavorativa dei dipendenti dell'impresa in seno alla quale è costituito. Tali poteri sono elencati e disciplinati nel Capitolo Terzo (articoli da 19 a 34) della legge; qui possono ricordarsi il potere di intervenire presso l'azienda in ogni caso in cui essa violi un diritto dei lavoratori derivante da disposizioni di legge o di contratto collettivo (soprattutto in materia di sicurezza sul lavoro e di corresponsione della retribuzione e di versamento dei contributi previdenziali ed assicurativi); assistere i lavoratori al momento della stipulazione o della modifica del contratto individuale di lavoro; stipulare i contratti collettivi aziendali¹⁰⁹; intervenire nel corso del procedimento disciplinare¹¹⁰; chiedere chiarimenti all'azienda che riduca

organisational structure of the unions in China is based on five principles laid down in the Law on Trade Unions and ACFTU's statutes:

(i) the system is to be homogenous and presided over by ACFTU;

(ii) the PCC shall have supremacy over the unions and the latter shall accept the leadership of the Party;

(iii) the organisational levels of trade unions shall be related to one another in terms of Lenin's concept of 'democratic centralism' which makes lower-ranking unions subordinate to higher-ranking ones;

(iv) the trade unions shall shadow the Party and the state administration at all levels;

(v) grassroots (enterprise unions) shall have dual membership of industry (branch or sectoral) and territorial (area) unions, but territorial unions dominate industry unions”.

107 Costituzione che richiede il previo ottenimento di un atto formale di approvazione da parte dell'ACFTU. In tal modo, secondo la dottrina, il legislatore ha inteso evitare la possibile formazione di un sindacato indipendente e non “allineato” alle direttive dell'ACFTU: “*ACFTU's legal monopoly also applies to newly established unions. The Law on Trade Unions allows the founding of a new plant or grassroots union in previously unorganised enterprises if 25 members of the workforce meet and decide to do so. While this clause could be seen as a gateway for establishing independent unionism, this is not the case since newly founded unions must apply for membership of the higher-level union*” (R. Traub-Merz, *All China Federation of Trade Unions*, cit.).

108 I membri di tale associazione, eletti in modo democratico da tutti i lavoratori dell'azienda, possono essere dipendenti della stessa oppure soggetti esterni. Solo nel caso in cui l'azienda abbia più di 200 dipendenti, la *labor union* avrà il diritto ad avere un presidente ed un consiglio direttivo a tempo pieno; in tal caso, ai relativi membri spetta la medesima retribuzione loro spettante in virtù del rapporto di lavoro con l'azienda (art. 41).

109 Che pure, per entrare in vigore, dovranno previamente essere sottoposti all'approvazione da parte della generalità dei lavoratori dell'azienda (art. 20).

110 O, *rectius*, avanzare richiesta formale di chiarimenti all'azienda che abbia posto in essere nei confronti di un lavoratore un provvedimento disciplinare ritenuto sproporzionato (art. 21). Tale potere di intervento, tuttavia, è solo successivo rispetto all'irrogazione della sanzione, e mira quindi ad annullarla o ad attenuarla, non ad impedirne preventivamente: la normativa giuslavoristica cinese, infatti, non prevede alcun procedimento preventivo rispetto

l'attività lavorativa; partecipare alla mediazione nelle controversie di lavoro insorte con un dipendente, mediante elezione di un suo membro nel collegio di mediazione aziendale¹¹¹, e così via. Per quanto interessa ai fini del presente lavoro, e quindi per quanto riguarda i poteri del sindacato aziendale in caso di licenziamento di un dipendente dell'azienda, nel suo ruolo di rappresentante dell'interesse dei lavoratori il sindacato è destinatario, in base alla *Employment Contract Law*, di vari oneri informativi previsti in capo a parte datoriale. Così, ai sensi dell'art. 43 il licenziamento individuale deve essere preceduto da una comunicazione dei relativi motivi alla *labor union*¹¹², o ai sensi dell'art. 41, che vincola le operazioni di riduzione del personale (integranti un licenziamento collettivo) al previo esperimento di una procedura coinvolgente, per l'appunto, l'organizzazione sindacale¹¹³.

Accanto alla struttura aziendale, sussiste anche un'articolazione territoriale – superiore gerarchicamente alla precedente –, in quanto il medesimo art. 10 della *Trade Union Law* prevede che “*a locality at county level or above shall establish a local all-level federation of trade unions. Several enterprises of the same industry or in industries of a similar nature may establish a national or local specific industry trade union, depending on their requirements*”.

Ed è specificamente in capo alle organizzazioni sindacali territoriali che è previsto (art. 33) il potere di intervenire nel processo di formazione delle leggi e dei regolamenti concernenti i diritti e gli interessi dei lavoratori da parte degli enti statali territoriali di pari livello. È prevista così, anche in Cina, una sorta di “concertazione” tra Stato e sindacato, che costituisce, tuttavia, una fase di confronto meno significativa rispetto alla corrispettiva italiana, dal momento che anche i sindacati, essendo iscritti e controllati dall'ACFTU, sono chiamati a seguirne le direttive le quali dipendono, a loro volta, dalle indicazioni del Partito Comunista.

1.4.2 Sulla contrattazione collettiva

Dall'ambiguo ruolo del sindacato dinanzi evidenziato discende, secondo gli studiosi, la tradizionale difficoltà per la contrattazione collettiva nello svolgere i propri compiti di tutela delle condizioni lavorative.

Dal momento, infatti, che “*employers remain reluctant to incorporate any substantive detail in the collective contract, so that the contract adds little or nothing to the existing legal regulation of the terms and conditions of employment*”, e che, come sopra osservato, “*trade union officers are drawn largely from the ranks of management; a full time trade union resident is paid by the employer and normally enjoys the status (and salary) of a deputy general director of the company; they usually are members of the Board of Directors and/or the Supervisory Board of the company*”¹¹⁴, insomma, dalla situazione di forte “*ambiguity of who is the employer and who is the union*”¹¹⁵, non può che derivare una scarsa predisposizione del sindacato alla sottoscrizione di contratti collettivi migliorativi rispetto alla legge o comunque nell'interesse dei lavoratori.

Se questa è la ragione principale della tradizionale difficoltà della contrattazione collettiva nell'imporsi quale fonte eteronoma di regolazione del rapporto di lavoro, nel 2004 è intervenuto il Ministero delle Risorse Umane e della Sicurezza Sociale emanando le c.d. *Collective Contracts Provisions*, che consistono in un regolamento che pone, appunto, le norme relative alla formazione

all'irrogazione di una sanzione disciplinare, sia essa conservativa (*warning*, multa o sospensione dal lavoro) od estintiva (licenziamento in tronco), sulla falsariga del procedimento disciplinato dall'art. 7 dello Statuto dei Lavoratori italiano. La tematica verrà approfondita nel Capitolo Terzo, cui si rinvia.

111 Collegio di mediazione la cui costituzione è solo facoltativa, così come l'esperimento di questa fase prima dell'instaurazione del procedimento arbitrale: cfr. Capitolo Settimo.

112 La disciplina formale e sostanziale del licenziamento verrà trattata nel Capitolo Sesto, al quale si rinvia.

113 Cfr. *infra*, Capitolo Terzo, nel paragrafo dedicato al licenziamento collettivo.

114 S. Clarke – C. Lee – Q. Li, “*Collective Consultation and Industrial Relations in China*”, *British Journal of Industrial Relations*, 2004, 242.

115 R. Brown, *Understanding Labor and Employment Law in China*, cit., 51.

del contratto collettivo, la cui efficacia, tanto in relazione alla legge quanto nei confronti dei contratti individuali di lavoro, è invece disciplinata da un apposito Capitolo della *Employment Contract Law*.

Per quanto riguarda le norme di natura prettamente procedurale sulla negoziazione e sulla stipulazione dei contratti collettivi poste dalle *Collective Contracts Provisions*, si può segnalare quanto segue.

1. Innanzitutto, ciascuna parte deve essere **rappresentata** da un egual numero (non inferiore a tre) di soggetti, tra i quali deve essere nominato il capo rappresentanza. Dal lato dei lavoratori, i rappresentanti devono essere scelti dalla *labor union* costituita in seno all'unità produttiva o, in caso di mancata costituzione di quest'ultima, eletti dalla maggioranza dei lavoratori impiegati nell'unità di riferimento. Interessante l'art. 24 delle *Provisions*, il quale – all'evidente scopo di assicurare, per quanto possibile, l'indipendenza del comitato rappresentativo dei lavoratori e di scongiurare alcun conflitto di interessi, vieta la possibilità che di esso possano far parte soggetti che per la loro funzione all'interno dell'azienda possano essere considerati rappresentanti anche del datore di lavoro (e così, per esempio, un dirigente avente poteri rappresentativi della società).

Se all'interno del comitato rappresentativo dei lavoratori vengono eletti dipendenti dell'impresa, essi sono tutelati dal licenziamento o da modifiche contrattuali unilateralmente disposte nei loro confronti dal datore di lavoro. Infatti, l'art. 28 delle *Provisions* stabilisce espressamente il divieto di licenziare il dipendente membro del comitato rappresentativo dei lavoratori nella fase della negoziazione¹¹⁶; addirittura, con una disposizione di tutela simile a quella prevista per gli altri divieti di licenziamento dall'art. 45 della *Employment Contract Law*¹¹⁷, il medesimo art. 28 delle *Provisions* afferma che se tale soggetto è impiegato con un contratto a tempo determinato e nel periodo temporale di interdizione del licenziamento il termine finale apposto al contratto dovesse venire a scadenza, l'efficacia del contratto si estende automaticamente sino al termine del periodo di protezione.

Inoltre, in maniera simile all'art. 22 dello Statuto dei Lavoratori italiano, l'art. 28 vieta altresì al datore di lavoro di porre in essere il trasferimento del rappresentante sindacale e, più in generale, ogni modificazione contrattuale, come per esempio un mutamento di mansioni, senza giustificato motivo¹¹⁸.

Infine, è espressamente previsto che le ore impiegate dal soggetto nelle attività di rappresentanza durante la fase di negoziazione e di stipula di un contratto collettivo debbano essere considerate come ore di lavoro.

In capo ai rappresentanti dei lavoratori, sono previsti degli oneri di influenza nei confronti della generalità dei dipendenti rappresentati, ponendo l'art. 26 in capo ad essi il dovere di attivarsi al fine di salvaguardare il normale svolgimento del lavoro e dell'attività produttiva all'interno dell'azienda e di evitare ogni comportamento dei lavoratori suscettibili di arrecar danno ad essa.

2. Il **contenuto dei contratti collettivi** è previsto dall'art. 3 delle *Provisions*, ai sensi del quale

116 Se non nei casi in cui egli violi gravemente le norme disciplinari endoaziendali o venga sottoposto ad indagini penali, cioè – come si vedrà nel Capitolo Terzo – per i motivi di cui ai numeri 2) e 6) dell'art. 39 della *Employment Contract Law*. La norma riprende l'art. 51 della *Trade Union Law*, il quale pure pone in capo al datore di lavoro il divieto (sanzionato anche penalmente) di licenziare il proprio dipendente che svolga funzioni di rappresentanza nella fase di negoziazione di un contratto collettivo, oltre che di porre in essere un qualsiasi mutamento unilaterale in senso peggiorativo del suo contratto individuale di lavoro.

117 Sul quale si rinvia al Capitolo Quarto.

118 In realtà, quindi, l'art. 28 delle *Provisions* – seppure di più ampio spettro applicativo rispetto all'art. 22 dello Statuto dei Lavoratori, in quanto pone il divieto di ogni modificazione unilaterale del contratto e non solo del trasferimento – appare tuttavia meno garantista rispetto alla corrispettiva norma italiana, in quanto, a differenza di quest'ultima, non prevede il nulla osta del sindacato e soprattutto contempla, sia pure in via eccezionale, la possibilità datoriale di porre in essere il provvedimento altrimenti vietato in presenza di una seria giustificazione. L'omissione non può ritenersi causale, in quanto per il presidente del sindacato è prevista, oltre che la tutela contro il trasferimento arbitrario, anche la tutela procedimentale costituita dal previo ottenimento di un'approvazione a tale provvedimento da parte del consiglio direttivo del sindacato stesso, ai sensi dell'art. 17 della *Trade Union Law* riportato in una delle note precedenti.

essi costituiscono “*written agreement[s] signed through collective negotiation [...] concerning labor remuneration, working time, rest and holiday, labor security and sanitation, professional training, insurance and welfare in accordance with the stipulation of laws, regulations and rules; the special collective contract as set forth refers to the special written agreement signed between the employing unit and the employees of that unit, in accordance with laws, regulations and rules, concerning the content of collective negotiation*”; nessuna distinzione, così, sussiste tra diverse parti del contratto collettivo, come tra parte obbligatoria e parte normativa come all’interno del nostro ordinamento¹¹⁹.

3. Le operazioni di negoziazione, che debbono svolgersi con buona fede e correttezza da entrambe le parti¹²⁰, iniziano nel momento in cui una delle parti avanza una formale richiesta in forma scritta di poter cominciare delle trattative per la stipulazione di un contratto collettivo. L’art. 32 delle *Provisions* afferma che la parte richiesta – che deve prendere posizione entro venti giorni – non può rifiutarsi di trattare senza una seria ragione¹²¹.

La bozza di contratto sul quale le parti abbiano raggiunto un accordo deve essere trasmessa, in primo luogo, alla generalità dei dipendenti dell’unità produttiva coinvolta¹²², e in secondo luogo al *Labor Bureau*¹²³, deputato a controllarne la conformità alla legge. Il contratto che abbia ricevuto l’approvazione dell’organo amministrativo entra in vigore dal sedicesimo giorno successivo a tale formalità.

4. Se queste sono le norme procedurali di maggiore interesse, per quanto riguarda l’**efficacia soggettiva** dei contratti collettivi v’è da dire che essi si applicano a tutti i lavoratori rappresentati dal comitato di negoziazione, occupati rispettivamente nell’unità produttiva e nel territorio nel cui ambito è stato concluso il contratto, a seconda che esso sia aziendale o territoriale.

L’art. 55, comma 2, della *Employment Contract Law*, infatti, prevede che “*a collective agreement concluded in accordance with the law shall possess legal binding force on the employers and the employees. And the industry-wide or area-wide collective agreement has legal binding force on the employers and the employees in the industry or area in the locality concerned*”.

5. Per quanto riguarda, infine, il rapporto tra i contratti collettivi e la legge, si è detto come tale categoria di fonte normativa del rapporto di lavoro debba rispettare le previsioni delle norme di diritto positivo; ciò, del resto, è confermato dal riconoscimento del potere dell’Esecutivo, in persona del *Labor Bureau*, di valutarne per l’appunto la conformità alle leggi e ai regolamenti.

119 Del resto, ciò non sorprende più di tanto, dal momento che in Cina il contenuto di quella che siamo soliti denominare “parte normativa” del contratto collettivo è regolato da disposizioni generali ed astratte che configurano una fonte legale quali, per l’appunto, le *Provisions*, e dunque non sussiste la necessità, per le parti contrapposte, di regolare i propri rapporti futuri (per esempio tramite clausole di raffreddamento o norme che stabiliscano la durata del regolamento contrattuale).

120 Art. 5 delle *Provisions*, secondo cui le parti devono agire nel rispetto della legge, onestamente e correttamente, in applicazione dei principi di cooperazione e di eguaglianza, astenendosi dal porre in essere qualsivoglia comportamento “drastico”.

121 La disposizione è implementata ad opera dell’art. 53 della *Trade Union Law*, secondo il quale il rifiuto ingiustificato del datore di lavoro di sedersi al tavolo delle trattative costituisce una violazione del principio di lealtà e di correttezza e del superiore principio di cooperazione che deve guidare lo svolgimento dell’intera attività di negoziazione.

122 Art. 51, comma 1, ultimo paragrafo, della *Employment Contract Law*: “*The draft of the collective agreement shall be presented to the employee representative congress or all the employees for discussion and approval*”. Per l’approvazione della bozza del contratto da parte dell’insieme dei lavoratori, è richiesto un *quorum* di partecipazione di due terzi dei dipendenti dell’unità produttiva, e l’approvazione da parte della maggioranza del congresso dei lavoratori (in caso di sua istituzione; in caso contrario, da parte della maggioranza di tutti i dipendenti).

123 Art. 54 della *Employment Contract Law*. Il *Labor Bureau* è competente anche nella risoluzione delle dispute che dovessero insorgere tra le parti nel corso della fase della negoziazione. In tale circostanza, ai sensi dell’art. 49 delle *Provisions*, tale organo deve sottoporre una proposta di accordo alle parti entro i successivi trenta giorni. Le dispute che, invece, riguardano i diritti di lavoratori singoli (per esempio, in caso di licenziamento o di trasferimento di un rappresentante sindacale durante la fase delle trattative) sono soggette all’ordinaria giurisdizione del Collegio Arbitrale in primo grado e delle Corti Popolari per i gradi successivi.

In particolare, similmente a quanto avviene nell'ordinamento italiano, esso potrà discostarsi dalla legge solo *in bonam partem*, cioè a favore dei lavoratori: l'art. 55 della *Employment Contract Law*, infatti, stabilisce che “*the rates for labor remuneration, standards for working conditions, etc. that stipulated in the collective agreement shall not be lower than the minimum rates and standards as prescribed by the local People's Government*”. Tale livello minimo della retribuzione e delle condizioni di lavoro stabilito nel contratto collettivo dalle parti sociali è **inderogabile** dalle parti del contratto individuale di lavoro, come recita il medesimo art. 55: “*the rates for labour remuneration, standards for working conditions, etc. that stipulated in the labour contract between the employer and the employee shall not be lower than those stipulated in the collective agreement*”.

Capitolo Secondo

Le cause di estinzione automatica del rapporto di lavoro

Sommario:

2.1 Premessa: la dubbia natura delle ipotesi di estinzione del rapporto di cui all'art. 44 della *Employment Contract Law*

2.2 Le ipotesi di estinzione automatica del rapporto di lavoro:

2.2.1 La scadenza del termine apposto al contratto di lavoro;

2.2.2 Il godimento della prestazione pensionistica da parte del lavoratore;

2.2.3 La morte del lavoratore, o la dichiarazione della sua morte o della sua assenza da parte della Corte del Popolo;

2.2.4 Il fallimento del datore di lavoro;

2.2.5 La revoca della licenza del datore di lavoro o l'ordine di cessazione dell'attività commerciale o di chiusura della sua unità commerciale, o la decisione datoriale di liquidare la propria attività;

2.2.6 Altre ipotesi previste dalla legge o dai regolamenti amministrativi.

* * *

2.1 Premessa: la dubbia natura delle ipotesi di estinzione del rapporto di cui all'art. 44 della *Employment Contract Law*

La *Employment Contract Law* dedica alla tematica dell'estinzione del rapporto di lavoro – e quindi, stante l'ontologica identificazione di tale rapporto nel contratto che ne costituisce la formalizzazione, della risoluzione del contratto stipulato al momento dell'assunzione o in un momento successivo – il **Capitolo Quarto**, rubricato per l'appunto *Dissolution and Termination of Labor Contracts*¹²⁴.

124 劳动合同的解除和终止, láodòng hétóng de jiěchú hé zhōngzhǐ, letteralmente: “la terminazione/risoluzione e l'estinzione del contratto di lavoro”. I due termini 解除, jiěchú, e 终止, zhōngzhǐ, solo apparentemente sono sinonimi. In realtà, essi si distinguono nettamente, dal momento che il primo, tradotto nella versione inglese con “*dissolution*”, indica un'attività risolutiva di un soggetto che, appunto, “*dissolve*” il rapporto (解除, jiěchú, deriva da 解 jiě – il cui significato primario è “*dissolvere*”, “*separare*”, “*dividere*”, tanto che il carattere racchiude in sé il radicale 刀, dāo, “*coltello*” – e 除 chú, “*liberarsi di*”, “*eliminare*”, “*rimuovere*”), mentre il secondo veicola l'idea di un'estinzione automatica del rapporto (终止, zhōngzhǐ, “*finisce*”, ma non per opera di una parte – il carattere 终, zhōng, indica appunto la “*fine*”, cfr. 终于, zhōngyú, “*alla fine*”). La notazione lessicale è fondamentale in quanto all'interno del

Tale Capitolo della legge è formato da un numero di articoli tutto sommato limitato, dall'art. 36 all'art. 50, recanti per di più disposizioni, come vedremo, di carattere non adeguatamente specifico e che trascurano molti problemi che si pongono nella pratica. In tal modo viene conferita discrezionalità alle Corti giudicanti, con il risultato di aumentare la confusione applicativa, per di più nell'ambito di un sistema giuridico caratterizzato da una grande differenza di disciplina tra le varie Province del Paese.

Tale fattore, naturalmente, si pone a scapito della certezza del diritto e della conoscibilità della disciplina applicabile al rapporto di lavoro, soprattutto da parte degli investitori stranieri che, a maggior ragione in quanto convinti delle scarse tutele riconosciute ai lavoratori nel mercato del lavoro cinese, possono trovarsi a ragione spaesati di fronte ad un ordinamento di genesi "alluvionale", per effetto delle pronunce delle diverse Corti locali, piuttosto che di natura completamente positiva in cui l'interpretazione del Giudice deve essere, almeno *in thesi*, limitata dalla più ampia precisione possibile da parte del dettato legislativo.

Non che l'ordinamento italiano, in materia di licenziamento, sia stato o sia tutt'ora completo e privo di rilevanti questioni esegetiche ancora lungi dal ricevere una sistemazione compiuta: si pensi ai problemi che la legge n. 604/1966 sul licenziamento individuale pone mercé l'utilizzo di formule elastiche – gli esempi sono molteplici e possono sintetizzarsi, per brevità, nelle definizioni che l'art. 3 della legge stessa pone a riguardo del licenziamento per giustificato motivo soggettivo od oggettivo (il primo ponendo il problema di quando l'inadempimento del lavoratore sia "*notevole*" ed in quanto tale idoneo a giustificare il recesso datoriale; il secondo ponendo l'ancor più complessa questione relativa alla necessità di interpretare la locuzione "*ragioni inerenti l'attività produttiva, l'organizzazione del lavoro e il regolare funzionamento di essa*"¹²⁵). Prima ancora, del resto, lo stesso art. 2119 c.c., nel definire la giusta causa di recesso datoriale, ha utilizzato una clausola elastica quale "*causa che non consente la prosecuzione nemmeno provvisoria del rapporto*" che certo si è posta e si pone tutt'oggi come insufficiente a ricomprendere con certezza le varie ipotesi che la casistica quotidiana propone, necessitando così un intervento chiarificatore da parte della giurisprudenza, la quale – seppure a sua volta tramite il ricorso ad altre formule tratte e anch'esse elastiche quali quella relativa alla lesione del rapporto di fiducia tra datore di lavoro e dipendente licenziando – ha tentato di costruire un sistema coerente.

Si pensi ancora, sempre a titolo di esempio, alla concezione del licenziamento per giustificato motivo oggettivo quale *extrema ratio*, concezione divisata dalla giurisprudenza in un'ottica costituzionalmente orientata dell'art. 3 della legge n. 604, che ha portato la Corte di Cassazione alla creazione del discusso istituto del c.d. *repêchage*, fonte di complicazioni in capo al datore di lavoro e al professionista che lo assiste in merito ad una prognosi circa la legittimità del licenziamento economico prospettato. Tale istituto infatti, proprio in virtù del fatto che trattasi di istituto non solo esaurientemente delineato da una norma di diritto positivo, ma addirittura del tutto assente dal contesto legislativo¹²⁶ (almeno a livello di legge formale, posto che in realtà secondo l'ordinamento

Capitolo Quarto della *Employment Contract Law* si contrappongono ipotesi di risoluzione del rapporto per effetto di un negozio di parte (come il licenziamento, le dimissioni e la risoluzione consensuale) e fattispecie di estinzione automatica del rapporto, contemplate dall'art. 44 ed oggetto del presente Capitolo.

125 Problematiche delle quali si darà atto compiutamente in seguito, nel Capitolo seguente, dedicato alle causali giustificatrici del recesso datoriale.

126 E del resto è noto a tutti che è stato proprio questo uno dei motivi (seppure non dichiarato) che ha condotto il legislatore dell'ultima grande riforma del sistema giuslavoristico italiano, varata nel corso del biennio 2014/2015 con la legge delega 23 dicembre 2014, n. 183 e con il d. lgs. 4 marzo 2015, n. 23, ad escludere in ogni ipotesi di illegittimità del licenziamento intimato per motivazioni economiche l'applicazione della tutela reintegratoria. Una tale esclusione *tout court* – con il venir meno delle uniche ipotesi in cui la reintegrazione nel posto di lavoro ancora residuava come tutela rimediabile a seguito della riforma Fornero per le fattispecie di licenziamento per giustificato motivo oggettivo – ufficialmente è stata disposta per rendere più appetibile il contesto lavorativo italiano agli occhi dei potenziali investitori stranieri (come si può leggere nei lavori preparatori alla legge delega); ma ha comunque avuto l'effetto, a parere di chi scrive positivo (in uno all'introdotta possibilità di conoscere *ex ante* l'indennità massima spettante al destinatario del recesso, collegata alla sua anzianità di servizio, senza il ricorso da parte del Giudice a criteri perlopiù

pretorio esso trae origine da una lettura necessitata della legge n. 604 alla luce degli articoli 4 e 40 della Costituzione), si pone dunque come obiettivo una tutela del dipendente fonte, in maniera oggettiva, di confusione applicativa¹²⁷.

Tuttavia, se in Italia tale necessario intervento ricostruttivo della giurisprudenza è il medesimo in tutto il territorio nazionale, anche e soprattutto grazie alla funzione nomofilattica della Corte di Cassazione (specialmente a Sezioni Unite), a cui i giudici di merito tendono perlopiù ad accostarsi, in Cina la situazione relativa all'insufficienza delle norme di diritto positivo a regolare compiutamente un aspetto del rapporto di lavoro delicato quale quello relativo alla sua estinzione è ulteriormente complicata dalla convivenza tra la legge dello Stato e le leggi e i regolamenti amministrativi provinciali e regionali, oltre che da un'estrema diversità di orientamenti giurisprudenziali tra i diversi distretti giudiziari del Paese¹²⁸.

Ciò premesso sulla non esaustività della *Employment Contract Law* in materia di estinzione del rapporto di lavoro, la disposizione di portata generale è costituita dall'**art. 44**.

Esso non è collocato in apertura del Capitolo Quarto della legge, dedicato all'estinzione del rapporto di lavoro, in quanto a ben vedere contempla le cause estintive del rapporto diverse dal licenziamento, dalle dimissioni e dalla risoluzione consensuale che costituiscono probabilmente le ipotesi principali, quantomeno nella prassi, e che sono accomunate dalla circostanza di richiedere il compimento di un atto negoziale. Invece, come subito vedremo, l'art. 44 prevede fattispecie in cui il rapporto di lavoro si estingue a prescindere dalla manifestazione di volontà negoziale da parte dei soggetti del rapporto. Prima di analizzare a fondo tale disposizione, è opportuno riportarne per intero il testo.

“A labor contract shall be terminated under one of the following circumstances:

- the term of a labor contract has expired;*
- the employee has begun to enjoy the basic benefits of his pension;*
- the employee is deceased, or is declared dead or missing by the people’s Court;*
- the employer is declared bankrupt;*
- the employer’s business license is revoked or the employer is ordered to close down its business or to dissolve its business entity, or the employer makes a decision to liquidate its business ahead of the schedule; or*
- other circumstances proscribed by other laws or administrative regulations”.*

Si noti come l'elenco contemplato dall'art. 44 rivesta un **carattere tassativo**.

vaghi e soprattutto di difficile bilanciamento), di limitare le conseguenze pregiudizievoli in capo al datore di lavoro in caso di errata valutazione prognostica di un intimando licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

127 E tale confusione a ben vedere è aumentata per effetto dell'atteggiamento estensivo divisato dalla Suprema Corte nei confronti del *repêchage*, posto che ne sono stati via via nel corso del tempo sempre più ampliati i confini. In primo luogo *dal punto di vista spaziale / geografico*, arrivandosi ad affermare che tale onere si estende anche ad unità produttive diverse da quella interessata dalle esigenze che hanno determinato il licenziamento, con riferimento addirittura all'intera organizzazione del datore di lavoro, ivi comprese le sedi all'estero dell'azienda. In secondo luogo *dal punto di vista professionale*, in quanto l'orientamento che si è imposto ritiene che il licenziamento per giustificato motivo oggettivo non è legittimo se il datore di lavoro, che adduca a fondamento del licenziamento la soppressione del posto di lavoro cui era addetto il lavoratore licenziato, non dimostri anche di avere prospettato al lavoratore licenziato, senza ottenerne il consenso, la possibilità di un suo impiego in mansioni inferiori rientranti nel suo bagaglio professionale (sui riferimenti giurisprudenziali di tali orientamenti vieppiù estensivi, cfr. *infra*, Capitolo Terzo). Tale continua estensione da parte della giurisprudenza delle condizioni del rispetto dell'onere di *repêchage*, e così la continua chiusura delle maglie del licenziamento legittimo, è stata criticata anche duramente da parte della dottrina; cfr. per es., in maniera polemica, C. Pisani, *La nuova disciplina del mutamento delle mansioni*, Giappichelli, 2015, 152: *“quando si tenta di ampliare l'ambito entro il quale deve operare il “ripescaggio” [...], sarebbe buon metodo non dimenticare che già l'idea stessa di repêchage è una delle più formidabili creazioni giurisprudenziali riguardanti il rapporto di lavoro [...]. Sicché cumulare creazioni a creazioni, se evoca l'idea biblica dell'onnipotenza divina, mal si attaglia al nostro mondo di miseri mortali, a cui appartengono perfino i giudici”.*

128 Si veda quanto evidenziato nel Capitolo Introduttivo del presente Volume.

Ciò è confermato dall'art. 13 del *Regulation on the Implementation of the Employment Contract Law*, entrato in vigore contestualmente al provvedimento “principale” nel gennaio 2008. Ai sensi di tale disposizione, “*an employer and an employee may not agree on any other term for the termination of the employment contract beyond the circumstances for the termination of employment contracts as prescribed in Article 44 of the Employment Contract Law*”. L'affermazione così recisa della tassatività delle cause di estinzione del rapporto di lavoro, voluta dal legislatore del 2007 allo scopo di offrire una tutela quanto più ampia possibile al lavoratore in questa materia, impedisce di fatto alle parti di stabilire, nel contratto individuale, ipotesi di cessazione del rapporto senza farle formalmente rientrare nell'ambito applicativo di una delle causali di cui al Capitolo Quarto della legge.

Preliminarmente rispetto all'analisi delle singole fattispecie contemplate dall'art. 44, occorre dare atto di una rilevante questione interpretativa che si pone riguardo a tale disposizione.

Questione che origina da un problema di natura testuale. La lettera della norma in esame, nella lingua originale, recita 有下列情形之一的, 劳动合同终止 (yǒu xiàliè qíngxíng zhī yī de, láodòng héttóng zhōngzhǐ), che si può tradurre con “[quando] c'è una delle circostanze sotto elencate, **il contratto di lavoro termina**”.

È fondamentale sottolineare che la norma non afferma che il contratto “può terminare”, o che il datore di lavoro “può estinguerlo”, ma utilizza il verbo “termina” nel suo significato più immediato, senza collegarlo ad una possibilità in capo ad un soggetto¹²⁹ che sarebbe resa con i verbi servili 能, néng, che indica la capacità di un soggetto o il permesso a lui accordato di porre in essere un determinato atto, o 可以, kěyǐ, che indica la facoltà di comportarsi in un certo modo.

Ora, la mancanza di uno di questi due verbi servili – che viceversa vengono utilizzati frequentemente nelle disposizioni che accordano un potere od una facoltà ad un soggetto, per esempio il potere di licenziamento in capo al datore di lavoro o la facoltà di dimettersi in capo al lavoratore¹³⁰ – sembra veicolare l'idea che, in presenza di una delle ipotesi di cui all'art. 44, il rapporto di lavoro si estingue automaticamente.

Del resto, ad una rapida lettura di tali ipotesi, il carattere automatico dell'estinzione del rapporto sembra essere ampiamente condivisibile: basti pensare all'ipotesi di cui al numero 1), che riguarda la scadenza del termine apposto al contratto di lavoro a tempo determinato, per comprendere come la norma in oggetto non stia attribuendo una facoltà o un potere estintivo ad una delle parti del rapporto, ma stia contemplando un venir meno *ipso jure* del rapporto stesso.

129 Sarebbe tuttavia improprio, dal punto di vista linguistico, dire che il verbo si trova al modo indicativo, in quanto la lingua cinese è alquanto povera dal punto di vista grammaticale e non distingue tra i vari modi verbali.

130 Si considerino le seguenti disposizioni della *Employment Contract Law*:

- Art. 39, attributivo del potere di licenziamento per motivi disciplinari: 用人单位可以解除劳动合同, yònggrén dānwèi kěyǐ jiěchǔ láodòng héttóng, l'unità del datore di lavoro **può** terminare/risolvere il contratto di lavoro;

- art. 40, attributivo del potere di licenziamento con preavviso per ragioni oggettive: 用人单位 [...] 可以解除劳动合同, yònggrén dānwèi kěyǐ jiěchǔ láodòng héttóng, l'unità del datore di lavoro **può** terminare/risolvere il contratto di lavoro;

- art. 41, attributivo del potere di licenziamento collettivo per riduzione di personale: [...] 用人单位 [...] 可以裁减人员, yònggrén dānwèi [...] kěyǐ cáijiǎn rényuán, l'unità del datore di lavoro [...] **può** ridurre il personale;

- art. 43, attributivo del potere di dimissioni in capo al lavoratore: 劳动者 [...] 可以解除劳动合同, láodòngzhě [...] kěyǐ jiěchǔ láodòng héttóng, il lavoratore [...] **può** terminare/risolvere il contratto di lavoro.

È evidente che, laddove la legge riconosce una facoltà, impiega il verbo servile 可以; la sua assenza nel testo dell'art. 44, pertanto, induce a ritenere che tale ultima disposizione non attribuisca una facoltà ma preveda ipotesi in cui il rapporto viene meno a prescindere dalla volontà estintiva di alcuna delle parti dello stesso.

Senonché, nel testo della *Employment Contract Law* in lingua inglese che si rinviene sul sito del Governo cinese¹³¹ – e dunque nella traduzione avente carattere, se non “ufficiale”, quantomeno maggiormente indicativo per l’interprete straniero – l’art. 44 è tradotto nel seguente modo: “*A labor contract shall be terminated under one of the following circumstances*”, “un contratto di lavoro può essere risolto in presenza di una delle seguenti circostanze”.

La presenza del verbo servile *shall*, che indica la facoltà di un soggetto, complica notevolmente la comprensione della norma, in quanto, collegando l’estinzione del rapporto alla volontà di una delle parti (peraltro, senza neanche specificare quale delle due parti), sembra voler dare l’idea che per aversi l’estinzione del rapporto sia comunque necessario il compimento di un atto estintivo da parte di uno dei soggetti coinvolti nello stesso.

In altre parole, stando al tenore letterale del testo di legge originale, si può affermare il carattere automatico dell’estinzione del rapporto in tutte le ipotesi di cui all’art. 44, mentre se ci riferisce alla traduzione inglese ufficiale, fornita dallo stesso Governo, dovrebbe concludersi nel senso opposto. Ma allora, nelle ipotesi dell’art. 44 il rapporto si estingue automaticamente, oppure no?

La questione è ben lungi dall’essere meramente terminologica ed astratta, essendo viceversa suscettibile di rivestire conseguenze rilevanti, se solo si pensi che laddove si concluda che il rapporto non si estingua *ipso jure*, ma solo per la volontà di un soggetto appositamente facultizzato, ne deriverebbe la necessità di porre in essere un negozio formale di licenziamento o di dimissioni, a seconda dei casi.

Invero, personalmente ritengo che il problema sia da risolvere dando priorità alla versione della disposizione nel suo testo originale. E ciò per una serie di ragioni.

In primo luogo, per una ragione di natura linguistica.

È normale presumere che per interpretare un testo normativo vigente in un determinato Paese sia necessario avere riguardo alla versione nella lingua di quel Paese. Una traduzione, per quanto rinvenibile nello stesso sito istituzionale del Governo, è pur sempre una traduzione. Così, se il testo cinese non impiega né il verbo servile 能, néng, né il verbo servile 可以, kěyǐ, mentre li utilizza in molte altre disposizioni della medesima legge, è evidente che un motivo sotteso ci deve essere: e tale motivo è da rinvenire nel fatto che nelle ipotesi di cui all’art. 44 l’estinzione del rapporto non è considerata come una facoltà di una delle parti del rapporto stesso, ma come una conseguenza della quale la disposizione in esame sembra limitarsi a prendere atto.

In secondo luogo, per una ragione di carattere sistematico.

Se l’art. 44 intendesse attribuire una facoltà estintiva del rapporto in capo al datore di lavoro, finirebbe per prevedere una ipotesi di legittimazione del licenziamento; allo stesso modo, se volesse riconoscere una simile facoltà a favore del lavoratore, gli consentirebbe di dimettersi. Ma se così fosse, le ipotesi contemplate dall’art. 44 avrebbero potuto benissimo essere inserite all’interno delle norme che stabiliscono quando il datore di lavoro possa licenziare il dipendente; quando il lavoratore possa dimettersi.

In altri termini, la “raccolta” di tali ipotesi all’interno di una disposizione apposita, separata da quelle che prevedono le ipotesi di licenziamento e di dimissioni, trova la sua *ratio* in un elemento specializzante che consiste, appunto, nel fatto per cui in tali ipotesi la norma non attribuisce una facoltà o un potere, ma contempla un’estinzione automatica del rapporto. L’art. 44, d’altronde, si affianca agli articoli 37 e 38 da un lato, che regolano il potere di dimissioni del lavoratore, e agli articoli 39, 49 e 41 dall’altro, che prevedono i casi in cui il datore di lavoro è legittimato a porre in essere un licenziamento.

Infine, se l’art. 44 volesse attribuire una facoltà estintiva in capo ad una delle parti del rapporto, è evidente che specificherebbe a quale delle due parti assegnerebbe tale facoltà. È assurdo pensare che una norma preveda una facoltà, ma non indichi chi sia il soggetto riconosciuto titolare di tale facoltà. Così, non essendovi alcuna specificazione del soggetto presunto titolare della facoltà, ne

131 www.english.gov.cn, in cui si legge che “*this website is the official English-language electronic communication platform of the State Council of the People’s Republic of China, catering to the international community. This website, together with its Chinese version -- www.gov.cn -- make up the Chinese government’s online presence*”.

deriva che la norma si limita ad affermare l'estinzione del rapporto in maniera automatica, a prescindere dalla manifestazione di volontà da parte di uno dei soggetti, senza cioè che sia necessario che un soggetto eserciti un diritto ad esso riconosciuto, ponendo in essere a tal fine un'attività negoziale.

In virtù di tali ragioni, ritengo si possa concludere che l'elemento unificante le ipotesi di cui all'art. 44 sia l'automaticità con cui, al ricorrere di esse, il rapporto di lavoro viene meno¹³².

Tale caratteristica, peraltro, non elimina l'eventualità che un atto estintivo comunque vi sia, in quanto, come vedremo, se per alcune delle ipotesi contemplate dalla norma l'automatismo estintivo si addice senza problemi, per altre si pongono dei dubbi in proposito, in quanto il venir meno *ipso jure* del rapporto creerebbe, nella prassi, problemi di accertamento con conseguente incertezza; trattando delle singole ipotesi, daremo atto di volta in volta di tale profilo.

Conclusivamente, si può affermare che nell'ordinamento cinese il rapporto di lavoro si può estinguere in tre diversi modi:

a – per volontà del datore di lavoro, il quale, al ricorrere delle ipotesi di cui agli articoli 39, 40 e 41, è legittimato a porre in essere un licenziamento (rispettivamente individuale per ragioni che possiamo ricondurre a motivazioni di natura disciplinare; individuale per motivi di natura oggettiva; collettivo per riduzione di personale);

b – per volontà del lavoratore, il quale può dimettersi dal rapporto nel rispetto dell'onere di preavviso (art. 37) e con il riconoscimento di alcuni diritti derivanti, in ben determinate fattispecie, da tale atto di dimissioni (art. 38, che prevede le ipotesi di dimissioni per fatto imputabile al datore di lavoro);

c – in maniera automatica al momento di insorgenza delle ipotesi di cui all'art. 44, al ricorrere delle quali il rapporto si estingue senza che sia necessario alcun atto negoziale di provenienza da una delle parti.

In tale peculiarità è da ravvisare la principale differenza tra esse e la fattispecie del licenziamento che, invece, costituisce un atto unilaterale del datore di lavoro avente l'effetto di estinguere il rapporto.

* * *

2.2 Le ipotesi di estinzione automatica del rapporto di lavoro

Ciò premesso, si rende ora necessario analizzare *funditus* ciascuna di tali cause di risoluzione del contratto di lavoro nell'ordinamento cinese, comparando ciascuna di esse con le rispettive fattispecie poste all'interno dell'ordinamento italiano.

2.2.1 La scadenza del termine apposto al contratto di lavoro (“*The expiration of the term of a labor contract*”)¹³³

132 Tale conclusione è condivisa dalla dottrina: cfr. R. Brown, *Understanding Labor and Employment Law in China*, Cambridge University Press, 2012, 154: “Some labor contracts automatically end (*zhongzhi*) at a certain time (e.g., when fixed-term or project contract expire) or when a condition occurs (e.g., the employee dies), as opposed to there being a termination (*jiechu*) by mutual agreement or by dismissal. The significance of this distinction – under the Labor Law, severance pay is not required on expiration of a fixed-term contract – has been diminished under the Labor Contract Law, as it requires severance pay at the end of any fixed-term labor contract unless the employee refuses to extend the contract under the same or better terms”.

133 劳动合同期满的, láodòng hétóng qīmǎnde, letteralmente: “il contratto di lavoro ha raggiunto il limite, la scadenza”, “è spirato”.

La prima ipotesi di risoluzione del contratto di lavoro previsto dall'art. 44 consiste, a ben vedere, nell'ipotesi più naturale e fisiologica, ovvero quella caratterizzata dallo spirare del termine finale di efficacia del rapporto, apposto dalle parti al contratto di lavoro al momento della sua stipulazione¹³⁴.

Appare a questo proposito opportuno delineare una sintetica analisi della disciplina di tale fattispecie contrattuale.

Approfondimento: Il contratto a tempo determinato nell'ordinamento cinese

In Cina, la disciplina positiva del rapporto a termine è relativamente più semplice che in Italia. È la stessa evoluzione storico-politica del mercato del lavoro nel Paese a rendere chiare le ragioni di questo atteggiamento, che sino a tempi recenti è stato di sostanziale disinteresse, del Governo nei

134 Si noti peraltro che alcune Corti, tra le quali quella di Pechino, sono fautrici di un orientamento molto severo nei confronti del datore di lavoro, in base al quale prima della scadenza del termine finale apposto al contratto di lavoro il datore che non abbia intenzione di mantenere in servizio il dipendente (cioè che non abbia intenzione di rinnovare il contratto o di trasformarlo in un contratto a tempo indeterminato) dovrà notificare tale sua intenzione al lavoratore. In altre parole, il datore di lavoro dovrà comunicare per iscritto al lavoratore a tempo determinato di non avere intenzione di rinnovargli il contratto, e che quindi questo si risolverà, e il rapporto di lavoro si estinguerà, al momento della scadenza del termine indicato nel contratto stesso.

Tale orientamento è stato confermato, da ultimo, con una sentenza del 2016 della Corte di Pechino, con la quale essa ha accertato l'illegittimità del rifiuto del datore di lavoro di estendere la durata del contratto a termine, proprio sulla base dell'omissione della notificazione al lavoratore della sua intenzione di non rinnovargli il contratto. Nel caso di specie, il lavoratore, inquadrato con contratto a tempo determinato di durata triennale con scadenza fissata al 25 marzo 2014, a seguito di infortunio si era assentato dal lavoro, ma senza rispettare le norme disciplinari aziendali in materia di richiesta preventiva in caso di assenza, e per questo era stato licenziato il 26 agosto 2013 ai sensi dell'art. 39, num. 2), della *Employment Contract Law*. A seguito di impugnazione del licenziamento da parte del lavoratore, la Corte aveva condannato il datore di lavoro a reintegrare il dipendente in servizio, e così il 10 ottobre 2014, dopo la scadenza del termine, il datore di lavoro aveva offerto al lavoratore il pagamento di tutte le mensilità di retribuzione che gli sarebbero spettate per i mesi di estromissione dal rapporto, cioè dal 26 agosto 2013 al 25 marzo 2014, data in cui il rapporto sarebbe comunque stato da considerare scaduto in virtù della scadenza del termine (la cui legittimità non aveva rappresentato una questione trattata in giudizio). La prospettazione datoriale era legittimata dall'orientamento giurisprudenziale (avallato dalla Suprema Corte oltre che dalla stessa Corte di Pechino) per cui la tutela reintegratoria a seguito di licenziamento giudicato illegittimo non può essere applicata qualora nelle more del procedimento di impugnazione del recesso il contratto a termine sia spirato (su tale orientamento e in generale sulle condizioni di applicabilità della tutela reintegratoria, cfr. Capitolo Quinto). Ma il lavoratore ricorse di nuovo in via giudiziale, impugnando la decisione aziendale di non reintegrarlo, a causa del fatto che, prima della scadenza del contratto, la società non aveva provveduto a notificargli un avviso relativo alla prossima scadenza del termine e alla propria intenzione di non rinnovargli il contratto. La Corte di Pechino, investita della questione, ha accolto la domanda del lavoratore, affermando che il datore di lavoro ha l'onere di informare per iscritto il dipendente, con almeno 30 giorni in anticipo rispetto alla scadenza del termine finale apposto al contratto di lavoro, della sua intenzione di non rinnovare il rapporto.

Trattasi di un orientamento francamente sconcertante, in quanto si pone in netto contrasto con la disposizione dell'art. 44, num. 1), della *Employment Contract Law*, ora in esame, che prevede l'estinzione automatica del rapporto al momento della scadenza del termine. Se avesse inteso prevedere un simile onere di informativa in capo al datore di lavoro, sarebbe stato lo stesso legislatore ad introdurre una previsione in tal senso. Del resto, l'introduzione di tale onere in via giurisprudenziale appare altresì inutile, in quanto il lavoratore è pienamente consapevole del suo inquadramento a tempo determinato, e non può quindi pretendere di essere avvisato preventivamente della prossima scadenza del termine: ciò soprattutto alla luce del fatto per cui il legislatore del 2008 ha insistito notevolmente sulla negoziazione tra le parti e sulla forma scritta del contratto di lavoro pure ai fini di una responsabilizzazione anche del lavoratore. Infine, non si comprende in base a quale principio giuridico sia possibile trasformare, quanto ad effetti, il silenzio del datore di lavoro relativamente alla sua intenzione di non rinnovare il contratto di lavoro in una manifestazione implicita della sua volontà contraria. Invero, sussiste forte il sospetto che la previsione di tale onere datoriale da parte della Corte di Pechino consista solo in un mezzo con il quale introdurre un'ulteriore ipotesi di trasformazione del rapporto in rapporto a tempo indeterminato rispetto a quelle già previste espressamente dalla legge.

confronti di tale tipologia contrattuale che invece, in Italia, è stata costantemente al centro dell'attenzione del legislatore¹³⁵.

Come già premesso in sede di Introduzione, in Cina il forte dirigismo statale aveva creato, per quanto riguarda il mercato del lavoro, il sistema del c.d. *iron bowl of rice*, caratterizzato da una stabilità *totale* del rapporto di lavoro con le imprese, perlopiù a partecipazione statale (a discapito, lo si è visto, della produttività della forza lavoro e della possibilità per decine di milioni di lavoratori di sperare in un miglioramento delle proprie condizioni lavorative, salariali e di vita). Logica conseguenza di tale sistema di stabilità totale non poteva che essere l'integrale disinteresse per alcuna forma di flessibilizzazione del mercato del lavoro, ivi compreso il contratto a tempo determinato¹³⁶.

È questa inconiugabilità tra il sistema cinese e gli ordinamenti occidentali, a mio modo di vedere, fonte della circostanza per cui solo in questi ultimi il contratto a termine ha cominciato ad essere considerato come una fattispecie negoziale dotata di scarsa tutela per il lavoratore e fonte per lui di precarietà nel mercato del lavoro. Una tale visione, in Cina, era del tutto assente prima dell'apertura al mercato del Paese¹³⁷; anzi la possibilità di essere impiegati presso un datore di lavoro soltanto per

135 Basti pensare agli interventi legislativi continuamente succedutisi in materia, a partire dal 1942 sino alla recentissima ed ennesima rivoluzione, posta dalla prima fase di interventi voluti dal Governo Renzi in materia di mercato del lavoro e sostanziatasi nel d.l. n. 34/2014, conv. con mod. in l. n. 78/2014, di modifica al d. lgs. n. 368/2001, modifiche poi recepite all'interno della globale riscrittura delle tipologie contrattuali ad opera del c.d. Codice dei Contratti di lavoro di cui al d. lgs. 15 giugno 2015, n. 81.

136 Cfr. Li Kungang, *Practice and problems: the Fixed-term Employment Contract in China*, in R. Blanpain, H. Nakakubo e T. Araki (a cura di), *Regulation of Fixed-term Employment Contracts: A Comparative Overview*, 2010, *Kluwer Law International BV*, 134, secondo il quale “*the employment system under the fixed economy was characterized as regular workers with the following features: first, the regular workers were recruited and employed by the state and were assigned to work in state enterprises, and they were not employees of the enterprises; second, once recruited, the workers enjoyed lifelong employment, which was later called ‘iron bowl’, meaning that those workers would never lose their job during employment all throughout their life; third, the working conditions and terms were set by the state instead of individual enterprises [...]. This kind of regular employment systems met the needs of the Planned Economy, and would have to be changed together with the reform of the Planned Economy*”. Cfr. anche J. T. Wang, “*Article 14 of China’s new Labor Contract Law: using open-term contracts to appropriately balance worker protection and employer flexibility*”, *Pacific Rim Law and Policy Journal*, 2009, Vol. 18, num. 2, 433 ss.

137 Si veda ancora Li Kungang, *Practice and problems*, cit., 127: “*the practice of fixed-term employment contracts has resulted from the swift growing of private economy, the reform to the state-owned enterprises and the carrying out of Labor Law of China in 1994*”. Il lavoro citato è utile anche per i dati statistici, di fonte governativa, in esso riportati in ordine alla diffusione, crescente a seguito del 1994 e contrastata negli ultimi anni per effetto della *Employment Contract Law*, dell'inquadramento dei dipendenti a termine anziché con un contratto di lavoro a tempo indeterminato; a tal proposito cfr. anche il Documento ILO, *Policies and regulations to combat precarious employment*, 2011, 14, in cui si legge che in Cina, “*while employment in the private sector grew by leaps and bounds, much of it was precarious in character as the labour market was segmented by internal migration status, but also as virtually all jobs created since 1986 were based on fixed-term contracts. Census data from 2005 on urban workers show that while 73 per cent of unofficial rural migrant workers were employees, 47 per cent had no contract, 25 per cent had short-term contracts and only one per cent had a long-term contract. The situation of local workers was somewhat better with a third having long-term contracts, 17 per cent short-term contracts and 31 per cent no contract at all. The pay differences were consequential with workers with no contract earning over 20 per cent less than those with employment contracts*”. Tale fonti notano una interessante correlazione tra lo *status* di migrante del lavoratore ed il suo impiego a tempo determinato: in realtà, fenomenicamente i lavoratori migranti erano assunti senza la formalizzazione contrattuale del rapporto, onde per cui, più che una loro assunzione a tempo determinato, si assisteva piuttosto a una libera recedibilità – totalmente *ad nutum* – da parte del datore di lavoro, che si serviva della loro prestazione lavorativa (di natura manuale) fino a che ne avesse avuto bisogno o fino a che la prosecuzione del rapporto non fosse più stata per lui utile (infortunio del lavoratore, scarso rendimento dovuto all'avanzare dell'età, etc.). E proprio questa drammatica situazione ha rappresentato uno dei fattori per la presa di posizione netta da parte della *Employment Contract Law* a favore della necessaria regolazione del rapporto con un contratto scritto, proprio per evitare abusi del genere. Ma la tutela perseguita dal legislatore giuslavorista del 2008 si scontra con altre forme (che potremmo forse definire arcaiche?) di regolamentazione del mercato del lavoro, contenute in leggi diverse da quelle in materia di lavoro, quale quella che richiede in capo al lavoratore il necessario possesso dello *hùkòu* della città nel quale presta la propria attività quale condizione per il godimento di determinate forme di *welfare* sociale (tale regolamentazione, la cui persistenza trova la

un tempo ben determinato, mediante la previsione di un termine finale di efficacia del rapporto, è stata salutata come un effetto positivo a seguito del progressivo venir meno del sistema comunista dell'*iron bowl of rice*.

Se così stanno le cose, tutte le limitazioni che in Italia si sono succedute con riferimento al contratto a tempo determinato non hanno trovato sviluppo favorevole nel sistema giuslavoristico cinese, onde per cui sarebbe vano ricercare una rigida disciplina legale limitativa del contratto a termine.

E ciò è confermato dal fatto che la *Employment Contract Law* – dopo aver operato una distinzione delle tipologie contrattuali giuslavoristiche sulla base della durata del contratto¹³⁸ tra contratti a tempo determinato, contratti a tempo indeterminato e contratti con scadenza coincidente *per relationem* con il compimento del compito assegnato al lavoratore¹³⁹ – dedica alla prima sotto-categoria contrattuale, rappresentata dai **fixed-term labor contracts**, solo gli articoli 13 e 14.

Due sono le previsioni con le quali la legge del 2008 tenta di arginare il pericolo di precarizzazione dei lavoratori assunti a termine¹⁴⁰.

sua ragione d'essere nel tentativo di contrastare una urbanizzazione di proporzioni eccessive, certo non si presta a consentire un miglioramento delle condizioni legali e di vita dei lavoratori migranti).

138 Ai sensi dell'art. 12, infatti, "*labor contracts are classified into fixed-term labor contracts, labor contracts without a fixed term, and the labor contracts that set the completion of specific tasks as the term to end contracts*".

139 Per quanto riguarda i contratti di lavoro con scadenza fissata *per relationem* nel momento in cui il lavoratore porta a compimento l'attività lavorativa dedotta quale oggetto del contratto, la legge si limita a prevederli, senza porre alcuna regolamentazione in relazione ad essi. La dottrina, così, si è chiesta se essi godano o meno delle tutele previste dalla *Employment Contract Law* per i contratti a tempo determinato. Si potrebbe, infatti, ritenere che l'assenza di disciplina positiva in materia consenta al datore di lavoro di ricorrere alla stipulazione di questo *tertium genus* di tipologia contrattuale senza alcun limite, in particolare senza il limite fondamentale che l'art. 14, come subito si vedrà, pone in materia di contratto a tempo determinato, rappresentato dal massimo di un rinnovo contrattuale a pena di conversione a tempo indeterminato, e senza la debenza, al momento della scadenza del contratto, dell'indennità di fine rapporto di cui all'art. 46 (sulla quale cfr. *infra*, Capitolo Quinto). Con la conseguenza che "*this category may be attractive from an employer's point of view because, on one interpretation of the Contract Law, expiration of a specific task contract does not generate an entitlement to severance pay. This interpretation flows from the fact that the severance provision refer only to 'fixed term contracts', not to project contracts. Another consequence of the view that project contracts are not regulated by provisions referring only to 'fixed term contracts' is that project contracts are not subject to a 'conversion' requirement. That requirement operates upon the offer of a third successive fixed term contract; in such circumstances, the employee can request conversion to continuing status. This arrangement is clearly designed to prevent the 'rolling' use of fixed term contracts. There are no such express restrictions on the 'rolling' use of specific task contracts, until the employee has been engaged for ten years. This means that it would, in principle, be possible to engage a worker on a long succession of short-term contracts for specific tasks. The employment relationship could be terminated without compensation when any of the contracts expired*" (S. Cooney – S. Biddulph – L. Kungang – Y. Zhu, *China's new Labour Contract Law: responding to the growing complexity of labour relations in the PRC*, *UNSW Law Journal*, 2007, Vol. 30, 796 ss.). La stessa dottrina, tuttavia, invita a non fare affidamento su una tale libertà e larghezza di utilizzo senza limiti del c.d. *project contract*, in quanto anche tale tipologia contrattuale condividerebbe la *ratio* sottesa al complessivo regime di tutela predisposto dalla legge al contratto a tempo determinato. Infatti, pure i contratti che prevedono la scadenza automatica al compimento dell'attività lavorativa in essi dedotta, essendo comunque caratterizzati dalla previsione negoziale di una scadenza del rapporto, sia pure con riferimento al compimento di una determinata attività piuttosto che allo spirare di una certa data, necessiterebbero di una tutela volta a scongiurare il rischio di una successione *ad libitum* di stipulazione di contratti tra le medesime parti. In altre parti, essi costituirebbero una sotto-categoria dei contratti a tempo determinato, di cui dovrebbero, pertanto, condividere la disciplina protettiva: "*however, many Chinese scholars are of the view that projects contracts are in fact a subset of fixed term contract, and therefore the provisions concerning severance payments apply also to project contracts. If it is so, then project contracts are not a mean of evading the severance and conversion requirements after all. Indeed, it is difficult to see why, in principle, project contracts should be treated in a fundamentally different way from fixed term contracts. The category of project contracts is bounded in the same way as a fixed term contract, except that the boundary event is completion of a project, not a specific date. The correct view is yet to be established by administrative regulation or high level court interpretation. In the absence of such an authoritative determination, it would be unwise for an employer to assume that project contracts are not subject to severance payments or conversion requirements*" (ancora S. Cooney – S. Biddulph – L. Kungang – Y. Zhu, *China's new Labour Contract Law*, cit., 798).

140 Con un esito valutato positivamente dalla dottrina cinese: cfr. J. T. Wang, *Article 14 of China's new Labor Contract Law: using open-term contracts to appropriately balance worker protection and employer flexibility*, cit., 461: "*China's Labor Contract Law balances the interests of employers and workers by making open-term contracts the default mode for long-term employment, but also allowing limited use of fixed-term contracts. While LCL clearly affords some*

1) Il primo strumento di tutela consiste nell'introduzione di un **limite legale** al ricorso alla tipologia contrattuale in commento.

Tale limite si rinviene nell'**art. 14, paragrafo 3**, che contempla l'**unico** limite apposto al ricorso a tale tipologia contrattuale.

Tale limite, peraltro, ha una natura eccezionale, in quanto per il resto le parti sono del tutto libere di convenire che il lavoratore sia inquadrato a termine.

L'art. 13, infatti, che costituisce la norma di carattere definitorio del contratto a tempo determinato¹⁴¹, stabilisce che *“a fixed-term labor contract refers to a labor contract in which the employer and the employee stipulate the time of the termination of the contract”*¹⁴². *The employer and the employee may conclude a fixed-term labor contract upon negotiation*. Tale disposizione, limitandosi ad offrire la definizione legale del contratto a termine, si distingue pertanto in maniera netta da quella di cui all'art. 19 del d. lgs. n. 81 del 2015, che costituisce la fonte vigente di disciplina del contratto a termine nell'ordinamento italiano¹⁴³.

A ben vedere, lo scopo principale dell'art. 13 consiste soprattutto nell'affermare che la decisione delle parti di sottoporre il rapporto ad un termine finale non può essere imposta unilateralmente dal datore di lavoro, ma deve risultare da una scelta condivisa da entrambe¹⁴⁴, nel rispetto del principio fondamentale della libera negoziazione che, come si è visto, anima lo spirito della legge.

L'art. 13, invece, è ben più interessante per quanto *non* dice.

Esso, infatti, tace completamente in merito alla presenza di qualsiasi elemento permissivo necessario per l'apposizione di un termine finale di scadenza al contratto di lavoro, non prevede cioè alcun limite di natura né sostanziale né formale.

Ne deriva che, all'interno dell'ordinamento cinese, non sussistono i limiti tradizionali che invece sono stati posti dal legislatore italiano quali condizioni di legittimità della stipulazione di un contratto a tempo determinato:

- non sussiste il requisito rappresentato dalla corrispondenza biunivoca tra contratto a termine e determinate fattispecie sostanziali, aventi natura tassativa¹⁴⁵ – pertanto ogni impresa potrà,

preference to open-term contracts, permitting fixed-term contracts will help preserve employment opportunities for the low-skill workforce”.

141 La *Employment Contract Law* offre cioè una definizione di contratto a tempo determinato, mentre il diritto positivo italiano succedutosi nei decenni non ne ha mai avvertito il bisogno, limitandosi sempre ad affermare la possibilità, alle condizioni ed entro i limiti stabiliti, che le parti del rapporto di lavoro stabiliscano un termine finale di esso.

142 固定期限劳动合同, 是指用人单位与劳动者约定合同终止时间的劳动合同, gùdìng qīxiàn láodòng hétong, shì zhǐ yòng rén dānwèi yǔ láodòngzhě yuēdìng hétong zhōngzhǐ shíjiān de láodòng hétong, letteralmente: “un contratto di lavoro a scadenza fissa, è un contratto di lavoro [in cui] l'unità produttiva e il lavoratore concordano sul tempo dell'estinzione del contratto”. Anche qui, a conferma di quanto si è detto in precedenza (cfr. nota num. 1), è utilizzato il verbo 终止, zhōngzhǐ, indicativo di un'estinzione svincolata da un atto di parte e quindi automatica, in luogo del verbo 解除, jiěchú, impiegato invece dalle norme attributive di un potere negoziale di recedere unilateralmente dal rapporto di lavoro.

143 La norma italiana, infatti, contiene subito, già nel suo *incipit* “al contratto di lavoro subordinato può essere apposto un termine di durata non superiore a trentasei mesi”, un ben definito limite quantitativo, relativo alla durata massima del contratto, tipologia di limite assente nell'ordinamento cinese.

144 Anche se si tratta, all'evidenza, di un'affermazione di puro principio, in quanto è chiaro che la sottoscrizione del contratto di lavoro da parte del lavoratore comporta la sua accettazione dell'integrale contenuto del medesimo, anche se nella maggior parte dei casi naturalmente non ha spazio di manovra in merito e non avrà altra scelta che accettare l'apposizione di un termine finale al contratto o di rinunciare all'assunzione. Come in ogni ambito del rapporto di lavoro, così, la negoziazione di clausole favorevoli o meno dipende dalla forza contrattuale del lavoratore, a sua volta determinata dalla sua professionalità e dalle sue competenze (è intuitivamente ben differente la capacità di imporre proprie condizioni all'impresa datoriale da parte di un *high manager*, o di un informatico *key worker*, piuttosto che da parte di un operaio o di un manovale!).

145 Come avveniva in Italia nella vigenza della legge n. 203 del 1962, la quale facultizzava le parti a ricorrere al contratto a tempo determinato solo in presenza di una delle tassative ipotesi elencate in tale provvedimento – ipotesi poi via via estese ad opera di più o meno ampi tentativi di flessibilizzazione del contratto a termine nel corso degli anni Settanta ed Ottanta, a seguito del quale si giunse a consentire l'apposizione del termine anche nelle ipotesi previste dai contratti collettivi (per effetto dell'art. 23 della legge n. 56/1987).

nel rispetto delle norme che si vedranno oltre, ricorrere all'assunzione temporanea di propri dipendenti, senza che tale facoltà sia circoscritta a determinate attività aziendali;

- non è previsto alcun divieto di assunzione a termine¹⁴⁶;
- non sussiste il requisito sostanziale rappresentato dall'imprescindibile presenza di ben determinate causali giustificatrici predeterminate dal legislatore¹⁴⁷;
- ancora, non sussiste il limite rappresentato dalla durata massima del rapporto¹⁴⁸;
- non è previsto il limite quantitativo consistente nel numero massimo di contratti a termine che un determinato datore di lavoro può stipulare, o nella percentuale massima del ricorso a tale tipologia contrattuale in proporzione all'intera forza lavoro dal medesimo impiegata¹⁴⁹.

Così, l'**unico limite** che la *Employment Contract Law* pone al ricorso a un contratto a tempo determinato è rappresentato dal **numero massimo di un solo rinnovo** contrattuale, in quanto l'art. 14, al par. 3, prevede che qualora le parti vogliano rinnovare un rapporto di lavoro già stipulato a

146 In Italia, invece, ai sensi dell'art. 20 del d. lgs. n. 81/2015, l'apposizione di un termine alla durata di un contratto di lavoro subordinato non è ammessa in quattro ipotesi, e precisamente (i) per la sostituzione di lavoratori che esercitano il diritto di sciopero; (ii) presso unità produttive nelle quali si sia proceduto, nei sei mesi precedenti, a licenziamenti collettivi riguardanti lavoratori adibiti alle stesse mansioni cui si riferisce il contratto di lavoro a tempo determinato; (iii) presso unità produttive nelle quali siano operanti una sospensione del lavoro o una riduzione dell'orario in regime di cassa integrazione guadagni, che interessano lavoratori adibiti alle mansioni cui si riferisce il contratto a tempo determinato; (iv) da parte di datori di lavoro che non abbiano effettuato la valutazione dei rischi in applicazione della normativa di tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori.

147 Come è avvenuto in Italia a partire dal d. lgs. n. 381/2001, il cui art. 3, come noto, legittimava il ricorso alla tipologia contrattuale in esame soltanto in presenza delle famigerate "*ragioni di carattere tecnico, produttivo, sostitutivo od organizzativo*", formula elastica in ordine alla quale l'individuazione di confini precisi è stata opera della giurisprudenza, che ha finito per dar vita ad una concezione così rigida di ciascun ordine di causali da consentire ad autorevole dottrina di definire il contratto a termine come un "contratto impossibile": cfr. M. Miscione, *Proposte per il mercato e interventi sul processo del lavoro*, in *Lav. Giur.*, n. 2/2012: "*non sembra vero, ma le leggi hanno creato contratti 'impossibili', ossia che non possono essere mai legittimi. Come il 'reato impossibile' (il tentato omicidio con pistola-giocattolo), il legislatore ha creato contratti che non possono essere legittimi, neppure con la maggiore attenzione e prudenza del mondo: mi riferisco in particolare alle collaborazioni a progetto ed ai contratti a termine, che hanno finito per coinvolgere anche le somministrazioni (o meglio, in gergo, il 'lavoro interinale')*". A partire dal rivoluzionario intervento del già citato d.l. n. 34/2014, comunque, le causali non costituiscono più presupposto di legittimità del contratto a termine, essendo state sostituite da limiti puramente quantitativi come la proporzione tra assunzioni a termine e assunzioni stabili all'interno della medesima azienda, come la durata massima del contratto e il numero massimo di proroghe e rinnovi. Primo esempio del tentativo del Governo Renzi di sottrarre discrezionalità alla giurisprudenza, sostituendo a criteri elastici – e per ciò stesso vaghi ed indefiniti e quindi necessitanti dell'opera interpretatrice dei Giudici – criteri quantitativi per così dire *aritmetici*: lo stesso *modus operandi* avrebbe di lì a qualche mese costituito un criterio direttivo anche per l'emanazione della nuova disciplina sulle conseguenze risarcitorie in caso di licenziamento illegittimo (tramite il nuovo criterio di quantificazione dell'indennità risarcitoria nell'ambito del contratto a tutele crescenti; cfr. *infra*, Capitolo Quinto).

148 Durata massima che in Italia ammonta a 36 mesi, il che costituisce il principale dei limiti ora imposti in materia, non foss'altro per la circostanza per cui l'art. 19, posto in apertura al Capo del d. lgs. n. 81/2015 dedicato al contratto a tempo determinato, esordisce proprio stabilendo che "*al contratto di lavoro subordinato può essere apposto un termine di durata non superiore a trentasei mesi*", pur con le eccezioni previste al comma 2 del medesimo art. 19 (che contempla la possibilità dei contratti collettivi di prevedere "*diverse disposizioni*" – si discute se solo ampliando la durata massima ovvero anche obliterandola, di fatto ottenendo una situazione simile a quella di cui all'ordinamento cinese in cui un lavoratore può essere assunto a tempo determinato anche con termine finale fissato di lì a 10 anni –, e prevede poi l'eccezione delle attività stagionali) e con la possibilità di cui al comma 3, secondo cui "*un ulteriore contratto a tempo determinato fra gli stessi soggetti, della durata massima di dodici mesi, può essere stipulato presso la direzione territoriale del lavoro competente per territorio*".

149 Come invece a tutt'oggi sussiste in Italia, per effetto dell'art. 23 del d. lgs. n. 81/2015, ai sensi del quale – pur con le esenzioni di cui al comma 2 – "*salvo diversa disposizione dei contratti collettivi non possono essere assunti lavoratori a tempo determinato in misura superiore al 20 per cento del numero dei lavoratori a tempo indeterminato in forza al 1° gennaio dell'anno di assunzione, con un arrotondamento del decimale all'unità superiore qualora esso sia eguale o superiore a 0,5*", mentre "*per i datori di lavoro che occupano fino a cinque dipendenti è sempre possibile stipulare un contratto di lavoro a tempo determinato*".

termine, dovrà essere concluso un contratto a tempo indeterminato “*after two fixed-term labor contracts have been concluded consecutively*”¹⁵⁰.

In altre parole, siccome il contratto dovrà essere necessariamente a tempo indeterminato qualora sia preceduto dalla stipulazione di due contratti a termine consecutivi¹⁵¹, ne deriva che è consentito soltanto un rinnovo, in quanto dal secondo rinnovo (e quindi dal terzo contratto in ordine di tempo) il lavoratore ha diritto alla sua assunzione stabile¹⁵².

Così, dopo che il suo contratto a tempo determinato sia stato rinnovato, sempre a termine, per due volte, il dipendente può agire per ottenere la conversione del contratto di lavoro in contratto a tempo indeterminato; in questo modo il legislatore ritiene che sia scongiurato il pericolo di abusi derivanti dalla successione di contratti a termine tra le stesse parti. Infatti, la disposizione in esame a ben vedere appare ben sufficiente ad impedire l’abuso di contratti a tempo determinato tra le stesse parti.

Si noti, peraltro, come la norma cinese non contenga alcun riferimento alle mansioni o all’attività lavorativa del dipendente.

Ne deriva che è sufficiente l’identità delle parti a far sì che una duplice stipulazione a tempo determinato faccia sorgere il diritto del lavoratore a un contratto a tempo indeterminato, senza che sussista il requisito dell’identità delle mansioni o della medesimezza dell’attività lavorativa svolta dal dipendente¹⁵³. Pertanto, la norma cinese appare, *in parte qua*, più garantista, in quanto avrà

150 Il testo in lingua cinese è chiarissimo: 连续订立二次固定期限劳动合同 [...], 续订劳动合同的, liánxù dìnglǐ ér cǐ gùdìng qīxiàn láodòng hétong, [...] xùdìng láodòng hétong: letteralmente, [le parti devono concludere un contratto a tempo indeterminato qualora] “abbiano concluso in maniera consecutiva per due volte un contratto di lavoro con termine finale fisso [...] e decidano di rinnovare il contratto”.

151 Si presti attenzione all’inserimento all’interno del testo della norma dell’avverbio “*consecutively*”, la cui presenza consente di ritenere che ai fini del calcolo di cui si tratta si debba in effetti guardare solo al rinnovo del contratto, e non al numero complessivo di contratti di lavoro tra le medesime parti, con la conseguenza che un eventuale periodo di tempo intermedio nel quale il lavoratore è stato alle dipendenze di altra impresa (ma a tali fini naturalmente non rilevano ipotesi quali il distacco o la somministrazione) è idoneo a sterilizzare il computo.

152 Peraltro, pur di fronte ad un testo di legge relativamente chiaro, occorre dare atto della formazione di un orientamento giurisprudenziale che, eccessivamente garantista nei confronti del lavoratore, pone in essere un’interpretazione che contrasta con il tenore letterale della norma. Invero, la maggior parte delle Corti locali ritiene, in maniera aderente al testo di legge, che il diritto del dipendente alla stipulazione di un contratto a tempo indeterminato sorga solo al momento della terza stipulazione, ovvero sia del secondo rinnovo contrattuale. Per esempio la Corte di Shanghai, con un orientamento favorevole alle imprese e rispettosa del tenore letterale della norma, in recenti *Interpretations* ha affermato che “*Article 14 paragraph 2 (3) of ECL means that after the employer and employee have continuously signed a fixed-term employment contract twice, when they negotiate to sign the third contract, the employee is entitled to sign an open-ended employment contract*”. Questa esegesi, tuttavia, sia pure aderente al dato normativo (che, ponendo il limite di un rinnovo, di fatto ancora il tempo indeterminato a partire dalla *terza* stipulazione contrattuale tra le parti), non è univoca, in quanto le Corti di altri contesti territoriali (in primo luogo e soprattutto la Corte di Pechino) ritengono che il diritto del lavoratore alla stipulazione di un contratto a tempo indeterminato sorga già al momento della stipulazione di un secondo contratto a tempo determinato. In altre parole, la Corte di Pechino ritiene che debba computarsi, all’interno del concetto di “*two fixed-term contract*” di cui all’art. 14, par. 2, num. 3), anche il contratto che le parti hanno intenzione di stipulare da ultimo, ma così facendo anticipa già al momento del primo rinnovo contrattuale il sorgere del diritto del lavoratore all’ottenimento di un *open-ended contract*. La stessa dottrina cinese dimostra di accogliere l’interpretazione maggiormente aderente al tenore letterale dell’art. 14: cfr. J. T. Wang, *Article 14 of China’s new Labor Contract Law: using open-term contracts to appropriately balance worker protection and employer flexibility*, cit., 442, secondo cui “*after the expiration of a second fixed-term contract, the subsequent employment contract is considered an open-term contract, under which the worker will be employed until he or she decides to terminate the contract, reaches retirement age, or until certain circumstances occur that give rise to termination*”: esplicito il riferimento alla scadenza del secondo contratto a termine quale requisito per l’operare della regola del ricorso necessario al contratto a tempo indeterminato, e della conseguente legittimità di un rinnovo contrattuale a tempo determinato.

153 Come invece accade nell’ordinamento italiano. Si pensi all’art. 19, comma 2, del d. lgs. n. 81/2015, che dimostra di tenere in considerazione l’identità delle mansioni di assunzione quale requisito per l’operare del limite di durata massima. Così, “*la durata dei rapporti di lavoro a tempo determinato intercorsi tra lo stesso datore di lavoro e lo stesso lavoratore, per effetto di una successione di contratti, conclusi per lo svolgimento di mansioni di pari livello e categoria legale [...], non può superare i trentasei mesi*”, e tale disposizione “si riflette” anche sull’art. 21, il quale disciplina la

diritto all'assunzione a tempo indeterminato il lavoratore cui venga rinnovato un contratto a termine per più di una volta, anche nel caso in cui il primo e il secondo contratto si riferissero a mansioni completamente differenti¹⁵⁴.

2) Peraltro, oltre alla previsione di tale limite, la *Employment Contract Law* si preoccupa altresì di offrire una **tutela aggiuntiva** al dipendente a tempo determinato.

L'**art. 14**, infatti, stabilisce che, al momento della scadenza del termine finale di efficacia del contratto, qualora parte datoriale abbia l'intenzione di continuare il rapporto, il lavoratore vanta il **diritto alla stipulazione di un contratto a tempo indeterminato** qualora si trovi in una delle seguenti tre ipotesi.

(i) Il lavoratore abbia lavorato per il medesimo datore di lavoro per un periodo minimo non inferiore a 10 anni consecutivi.

Si presti attenzione al vero significato della norma.

Essa non afferma che il contratto con termine finale fissato oltre dieci anni si trasformi in contratto a tempo indeterminato. In altre parole, è ben possibile la stipulazione di un contratto a tempo determinato con termine ultra-decennale.

Il significato della norma è diverso: il diritto del dipendente ad un *open-ended contract* sorge soltanto laddove, al momento della scadenza del termine decennale o ultra-decennale, le parti intendano rinnovare il contratto. Ciò significa che la circostanza per cui il contratto a termine iniziale fosse di durata superiore a 10 anni fa sì che il lavoratore dovrà essere assunto a tempo indeterminato già al momento del primo rinnovo¹⁵⁵.

(ii) Il datore di lavoro sia un'impresa a partecipazione statale in fase di ristrutturazione (cioè in primo luogo, è da intendere, in caso di privatizzazione), e il dipendente abbia lavorato per essa per un periodo di 10 anni consecutivi e gli manchino meno di 5 anni al raggiungimento dell'età pensionabile.

(iii) Qualora, prima di tale momento, sia stato concluso per due volte un contratto a tempo determinato e il lavoratore non si trovi nelle ipotesi, che consentono il suo licenziamento, di cui agli articoli 39, num. 1), e 40. Trattasi, come si è visto sopra, della disposizione che introduce indirettamente il limite di un solo rinnovo al contratto a tempo determinato.

In tutti e tre questi casi, secondo la Corte di Pechino deve aversi riferimento anche ai lavoratori a tempo determinato somministrati presso l'azienda¹⁵⁶.

possibilità di proroga del contratto condizionandola al mancato superamento del periodo massimo di trentasei mesi, naturalmente, appunto, nelle stesse mansioni o in mansioni equivalenti (o *rectius*, a seguito della riforma dell'art. 2103 c.c. operata dallo stesso d. lgs. n. 81/2015, in mansioni di pari livello e categoria legale). Nel vigore della normativa precedente, invece, il d. lgs. n. 381/2001 condizionava l'operare del limite relativo alla proroga e al rinnovo alla circostanza per cui essi fossero funzionalizzati allo svolgimento, da parte del lavoratore, della "*stessa attività lavorativa*": concetto *sui generis*, che la giurisprudenza prevalente aveva riferito alla dimensione oggettiva riferibile alla destinazione aziendale della prestazione lavorativa.

154 Ciò che rileva, in altre parole, è che il primo contratto a termine, il primo rinnovo a termine e l'eventuale secondo rinnovo siano stipulati tra le stesse parti, lavoratore Tizio e impresa Alfa, anche se Tizio viene assunto per svolgere attività lavorative complessivamente diverse (mansioni diverse, in sedi diverse, etc.).

155 Le disposizioni di cui all'art. 14, par. 2, num. 1), e 14, par. 2, num. 3) – con quest'ultima che pone il limite massimo di un rinnovo – si pongono, quindi, in rapporto di regola ed eccezione. Di regola, è possibile rinnovare il contratto a termine per una sola volta; in via derogatoria, però, nel caso particolare in cui il primo contratto fosse di durata superiore a dieci anni, non è consentito il rinnovo a termine e il datore di lavoro che voglia continuare ad impiegare il dipendente dovrà rinnovarlo a tempo indeterminato (a meno che sia quest'ultimo a chiedere di essere rinnovato ancora a termine).

156 Si faccia riferimento ad una pronuncia pubblicata il 17 dicembre 2014 dalla Corte di Pechino, Distretto di Dongcheng: nel caso di specie, il dipendente aveva lavorato alle dipendenze dell'impresa convenuta dapprima con un contratto stipulato direttamente con quest'ultima, poi come lavoratore inviato in missione alle dipendenze di un'agenzia di somministrazione. Al momento della scadenza del secondo contratto (quello a tempo determinato tra l'agenzia e il lavoratore), quest'ultimo fu rinnovato, ancora a tempo determinato, con la durata di un anno, ma il lavoratore fu licenziato dopo tre mesi. Per quanto ci interessa, la Corte ha osservato che, sebbene la lettera della norma sia indefinita relativamente alla questione se essa ricomprenda nel proprio ambito di tutela anche i lavoratori somministrati ed alle

Si noti, tuttavia, che tale tutela è destinata ad operare solo nel caso in cui le parti intendano proseguire il rapporto alla scadenza del termine.

In altre parole, anche nelle ipotesi di cui sopra, per esempio qualora vi sia già stato un rinnovo contrattuale, se al momento della scadenza del termine apposto al contratto il datore di lavoro non intende mantenere in servizio il dipendente, il rapporto di lavoro con quest'ultimo potrà benissimo cessare in virtù della clausola contenente il termine finale di efficacia del contratto.

Ed anche nel caso contemplato dall'art. 14, la tutela per il dipendente opera in questi termini laddove egli non chieda comunque che il rapporto prosegua a tempo determinato¹⁵⁷.

È solo nel caso in cui il datore di lavoro intenda comunque mantenere in forza il dipendente (e quindi rinnovare il contratto di lavoro con quest'ultimo) che questi vanta il diritto alla trasformazione del rapporto a tempo indeterminato¹⁵⁸.

dipendenze delle agenzie di somministrazione, deve ritenersi che la *ratio* della norma, di tutelare il diritto al lavoro, faccia propendere per una risposta affermativa. Così, nel caso di specie la Corte ha affermato l'illegittimità del rapporto a tempo determinato tra l'agenzia e il lavoratore somministrato, convertendolo in rapporto a tempo indeterminato e ritenendo illegittimo il licenziamento intimato a quest'ultimo.

157 Con onere della prova gravante, naturalmente, in capo a parte datoriale. Si può fare l'esempio di un caso deciso con sentenza del 2014 della Corte di Jiangsu. Nella fattispecie, alla scadenza del primo rinnovo (e quindi del secondo contratto tra di esse sottoscritto), le parti stipularono, su domanda del dipendente, un ulteriore contratto a tempo determinato. Alla scadenza di esso, il datore di lavoro decise di non proseguire nel rapporto, e il lavoratore trovatosi privo di impiego ricorse in giudizio per richiedere la conversione del terzo contratto in un contratto a tempo indeterminato ai sensi dell'art. 14, par. 2, num. 3), con conseguente illegittimità della sua estromissione dall'attività produttiva. La Corte, dopo aver affermato che è in capo all'azienda che sussiste l'onere di dimostrare che era stato il lavoratore a chiedere che anche il terzo contratto fosse stipulato a tempo determinato, ritenne che nel caso di specie il datore di lavoro non aveva soddisfatto tale onere, con conseguente mancato venir meno del rapporto al termine finale apposto al rapporto. Tale onere, precisa la Corte, deve essere soddisfatto in maniera chiara, tramite il ricorso ad un documento scritto proveniente dal lavoratore o mediante la prova testimoniale. Conseguenziale fu la pronuncia di conversione di tale ultimo rapporto in un rapporto di lavoro a tempo indeterminato e, quindi, l'accertamento dell'illegittimità del licenziamento, che naturalmente non era basato su alcuna delle causali giustificatrici di cui agli articoli 39, 40 o 41 della *Employment Contract Law* (oltre che irrimediabilmente viziato dal punto di vista procedurale, posto che il datore di lavoro, ritenendo il rapporto estinto *ipso jure* per effetto della scadenza del termine, ragionevolmente non aveva proceduto alla notifica di alcun licenziamento come richiesto dall'art. 43).

158 Nell'eventualità in cui il datore di lavoro proceda ad un ulteriore rinnovo a tempo determinato, il lavoratore avrà diritto – oltre che alla conversione del contratto in contratto a tempo indeterminato – al pagamento di un importo pari al doppio della *economic severance* di cui all'art. 46, anche se talune Corti tendono a limitare tale importo risarcitorio; per esempio le *Interpretations (II) on Several Issues in Trials of Labor Dispute Cases*, pubblicate dal Governo Provinciale del Zhejiang il 14 aprile 2014, limitano l'ammontare massimo dell'importo risarcitorio a 11 mensilità di retribuzione.

Il medesimo documento del Governo del Zhejiang esplicita anche le conseguenze di quella fattispecie che in Italia viene nominata di **prosecuzione di fatto** oltre il termine apposto al contratto, prevedendo che qualora il prestatore continui a lavorare anche dopo la scadenza del termine, egli abbia il diritto alla trasformazione a tempo indeterminato del rapporto. In altre parole, secondo le *Interpretations (II)* del Zhejiang, la disciplina che l'art. 14 prevede in caso di ulteriore rinnovo a tempo determinato si applica anche nell'ipotesi – che non viene tenuta in considerazione né dalla *Labor Law* né dalla *Employment Contract Law* – di prosecuzione dell'attività lavorativa oltre il termine, che così viene parificata ad un rinnovo implicito.

Nell'ordinamento cinese, infatti, è assente una disciplina quale quella italiana che non penalizza con la conversione del rapporto a tempo indeterminato il datore di lavoro in caso di prosecuzione oltre termine, qualora essa non superi i trenta giorni (cinquanta nel caso di contratto di durata superiore a sei mesi), ma solo con un'obbligazione di natura economica, consistente nella maggiorazione della retribuzione per ogni giorno di continuazione del rapporto pari al 20% fino al decimo giorno successivo e al 40% per ciascun giorno ulteriore (art. 22, d. lgs. n. 81/2015), con la conseguenza che la fattispecie della prosecuzione di fatto del rapporto oltre la scadenza del termine finale di efficacia del contratto di lavoro, nella mancanza di disciplina a livello nazionale, viene regolamentata sulla base di atti locali.

Oltre a quello, appena citato, del Zhejiang, si può per esempio ricordare l'orientamento avanzato dal *Labor Bureau* di Pechino, il quale sulla base delle *Provisions of Beijing Municipality on Labor Contracts* emanate dal Governo locale, ritiene che in tale fattispecie il datore di lavoro debba essere condannato a pagare al dipendente la retribuzione nell'importo raddoppiato, ai sensi dell'art. 10, paragrafo 2, della *Employment Contract Law* (secondo il quale “*in the event that no written labor contract is concluded at the time when a labor relationship is established, such a contract shall be concluded within one month as of the date when the employing unit employs a worker*”). Nel 2009, l'Alta Corte di Pechino ha emanato i c.d. *Minutes of the Seminar on the Application of Law in Labor Dispute Cases*, nel quale pure

Infine, ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 14 della *Employment Contract Law*, si avrà un contratto a tempo indeterminato anche qualora “*the employer fails to sign a written labor contract with an employee after the lapse of one full year from the date when the employee begins to work*”: in altri termini, nel caso in cui il datore di lavoro – contravvenendo alle norme introdotte *ex novo* dalla legge del 2008 – non stipula un contratto per iscritto con il lavoratore, e persiste in questa omissione per un periodo superiore ad un anno, il rapporto si intende a tempo indeterminato. Trattasi all'evidenza di una norma di carattere sanzionatorio nei confronti delle imprese che non si adeguino ai nuovi oneri formali introdotti dalla *Employment Contract Law*, avvertiti come particolarmente importanti dal legislatore.

2.2.2 Il godimento della prestazione pensionistica da parte del lavoratore (“*The employee has begun to enjoy the basic benefits of his pension*”)

La seconda ipotesi di risoluzione del contratto di lavoro prevista dall'art. 44 consiste nel godimento da parte del lavoratore del trattamento pensionistico¹⁵⁹.

Si tratta di una ipotesi di estinzione automatica del rapporto¹⁶⁰, che cessa *ipso jure*¹⁶¹; questo rappresenta la prima differenza rispetto all'omologa fattispecie italiana, in cui anzi è possibile che il rapporto prosegua anche dopo che il lavoratore abbia cominciato a godere dei benefici della pensione.

Tale peculiarità comporta che, a rigore, nell'ordinamento cinese vi sia una incompatibilità strutturale tra il godimento del trattamento pensionistico e lo svolgimento di una qualsiasi attività lavorativa: infatti, se quando il lavoratore va in quiescenza il rapporto che già egli aveva in quel momento con il suo datore di lavoro è necessariamente destinato a venir meno, perdipiù in maniera automatica e svincolata quindi da una qualsiasi manifestazione di volontà delle parti, ne deriva che giocoforza quello stesso individuo non è legittimato né a proseguire il rapporto con il medesimo datore¹⁶², né a stipulare altro e diverso rapporto di lavoro¹⁶³.

prevede tale conseguenza sanzionatoria nel caso di prosecuzione di fatto del rapporto dopo la scadenza del termine, di fatto parificandola in tutto e per tutto ad un rapporto di lavoro privo di copertura contrattuale.

Nella Municipalità di Shanghai, invece, l'Alta Corte del Popolo ha emanato due regolamenti interpretativi – le *Answers to Several Questions Regarding Labor Disputes* del 2011 e la *Circular on the Issuance of Opinions Regarding Several Issues Concerning the Application of the Labor Contract Law* del 2015 – che prendono posizione sulla questione. L'Alta Corte di Shanghai invita a ragionare in maniera meno netta ed automatica rispetto a quella di Pechino, e a considerare l'insieme delle circostanze che hanno portato allo svolgimento di attività lavorativa anche dopo la scadenza del contratto. Essa nota che non è scontato che a tali ipotesi sia sottesa una volontà datoriale di mantenere in vita il rapporto senza un regolare rinnovo del contratto, cioè senza la formalizzazione per iscritto del rapporto; potrebbe accadere che siano insorte complicazioni fattuali idonee ad impedire la stipulazione di un contratto scritto o che la mancanza di tale adempimento sia dipesa dal lavoratore. Così, se il datore di lavoro prova che la mancata formalizzazione per iscritto del rinnovo contrattuale sia dipesa da un comportamento del lavoratore, o da cause comunque indipendenti dalla propria volontà, egli non potrà essere penalizzato mediante la condanna al pagamento del doppio della retribuzione.

159 Per un'analisi del sistema previdenziale in vigore nell'ordinamento cinese, ivi compreso naturalmente il sistema pensionistico, si rinvia all'approfondimento contenuto nel Capitolo Ottavo.

160 Come reso evidente dal tenore letterale dell'*incipit* dell'art. 44; cfr. *supra*, in nota.

161 Concorde la dottrina; cfr. Z. Xie, *Labor Law in China: Progress and Challenges*, 2015, 9: “*if the post-retirement age worker begins to enjoy the pension insurance benefits then the labor contract terminates and the post-retirement age worker is not protected by the labor law*”.

162 Ed infatti, come si vedrà *infra*, nel Capitolo Quinto, trattando della disciplina sanzionatoria applicabile in caso di accertamento dell'illegittimità del licenziamento, la giurisprudenza cinese esclude la possibilità per il giudice di condannare la parte datoriale alla reintegrazione in servizio del lavoratore, qualora questo, nelle more del giudizio, abbia cominciato a godere della pensione.

163 Ciò comporta conseguenze anche sul versante processuale, dal momento che se sorge una controversia tra il datore di lavoro e un suo ex dipendente che abbia già cominciato a godere del trattamento pensionistico, detta controversia non può essere considerata come rientrante nell'ambito di applicazione *ratione materiae* della *Labor Dispute Arbitration*

Non è peraltro sufficiente, perché la fattispecie considerata assuma rilievo, il mero raggiungimento dei requisiti pensionistici da parte del lavoratore, essendo piuttosto necessario che egli cominci, di fatto, ad ottenere la corresponsione da parte dell'ente previdenziale competente dell'importo pensionistico del quale ha maturato il diritto¹⁶⁴.

Pertanto, sotto questo profilo, in relazione a tale fattispecie è destinato a porsi un problema pratico rilevante. Ci si chiede cioè se il rapporto venga meno qualora il lavoratore abbia maturato, in astratto, i requisiti di vecchiaia e di anzianità contributiva minimi per cominciare a godere del trattamento pensionistico cui avrebbe diritto, ma non possa, in concreto, fruire di tale trattamento a causa del mancato versamento dei contributi da parte del datore di lavoro nel corso del rapporto. Nell'ordinamento cinese, infatti, tale circostanza è destinata a prestare i propri effetti direttamente nella sfera giuridica del lavoratore, in quanto se il datore di lavoro omette di versare i contributi dovuti in relazione al rapporto, il dipendente non ha il diritto a fruire della pensione¹⁶⁵.

Infatti, la pensione "ordinaria" (quella calcolata sulla base dei contributi versati nel corso della vita lavorativa) non viene erogata nell'eventualità di mancato versamento dei contributi da parte dello stesso lavoratore o del datore di lavoro, con la conseguenza che, nel caso in cui il datore di lavoro ometta di versare i contributi di sua competenza, il lavoratore godrà di una pensione inferiore rispetto a quanto avrebbe diritto per quanto lavorato (oppure, in caso di mancato versamento integrale, non potrà godere di alcuna prestazione pensionistica *tout court*)¹⁶⁶.

A ciò si aggiunga che, come si è visto, il soggetto non può neanche sostituire il trattamento previdenziale negatogli per effetto dell'inadempimento contributivo datoriale con le entrate che potrebbero derivargli dal mantenimento dell'impiego, in quanto, per l'appunto, l'art. 44, num. 2), della *Employment Contract Law* nega la possibilità di compresenza tra un rapporto di lavoro e il godimento della pensione, anche qualora quest'ultima sia notevolmente inferiore a quanto spetterebbe al lavoratore a causa del mancato versamento dei contributi previdenziali da parte dell'impresa e non sia quindi di importo sufficiente a svolgere la funzione sua propria di assicurare all'individuo il proprio sostentamento in misura proporzionale al tenore di vita goduto negli anni di servizio (essendo l'importo della pensione parametrato all'importo dei contributi da versare)¹⁶⁷.

Per tale motivo, a livello locale sono state studiate alcune possibili soluzioni per tentare di attenuare le conseguenze pregiudizievoli per i lavoratori derivanti da un illecito commesso dal datore di lavoro.

and Mediation Law (sulla quale cfr. Capitolo Settimo); così si è espressa la Corte Suprema nel documento *The Interpretation (III) of the Supreme Peoples' Court of Applicable Laws in adjudicating Labor Disputes* del 2010.

164 Infatti, la lettera della legge è nel senso che 劳动者开始依法享受基本养老保险待遇的, láodòngzhě kāishǐ yīfǎ xiǎnshòu jīběn yǎnglǎo bǎoxiǎn dàiyù de: "il lavoratore che comincia a godere ai sensi di legge del trattamento di base dell'assicurazione di vecchiaia", laddove con quest'ultima locuzione "assicurazione di vecchiaia" si intende, naturalmente, il relativo trattamento pensionistico. L'art. 44, pertanto, condiziona il venir meno del rapporto di lavoro all'inizio del godimento effettivo del trattamento pensionistico da parte del soggetto, e non al momento della mera maturazione dei requisiti anagrafici e contributivi prescritti dalla *Social Insurance Law* del 2011.

165 Questo è uno dei motivi degli scioperi e delle agitazioni che negli ultimi anni hanno scosso il recente assetto delle relazioni industriali nell'ordinamento cinese (primo tra tutti quello di proporzioni clamorose svoltosi a Dongguan nel 2014, del quale si è dato atto in sede introduttiva al presente Volume), ricorrendo i lavoratori a tali forme di proteste proprio per dolersi del mancato pagamento dei contributi da parte delle imprese datrici e del conseguente venir meno dei diritti previdenziali che ad essi sarebbero spettati.

166 In tal caso, il lavoratore avrà diritto soltanto al c.d. *general pension payment*, che costituisce una somma pensionistica "aggiuntiva" rispetto alla pensione "ordinaria", calcolata a livello locale sulla base del numero di anni lavorati dal soggetto, della media delle retribuzioni e dell'aspettativa di vita nella Regione di riferimento. Soltanto questo "benefit extra", infatti, è finanziato dallo Stato a prescindere dal montante contributivo del soggetto, e pertanto la sua fruizione è garantita al lavoratore anche nel caso di mancato versamento dei contributi da parte del datore di lavoro.

167 Si potrebbe dire, con un gergo popolare, che il lavoratore è costretto a subire, *oltre al danno* del mancato godimento della pensione cui avrebbe avuto diritto, anche *...la beffa* di non poter almeno continuare a lavorare per mantenersi: in tal modo, risulta l'impossibilità, per lui, di poter contare su delle entrate economiche ulteriori rispetto a quanto abbia avuto la possibilità di risparmiare del suo stipendio nel corso della sua vita lavorativa.

Per esempio, la Corte Intermedia di Shenzhen, città industriale e meta di fortissima urbanizzazione nella Regione Sud-occidentale del Guangdong, ha emanato delle *Guidelines on Trial of Labor Dispute Case*, ai sensi dell'art. 69 delle quali un lavoratore che abbia raggiunto l'età pensionabile, ma che non possa godere del trattamento pensionistico, può continuare a lavorare alle dipendenze del datore di lavoro¹⁶⁸.

Lo stesso è previsto dall'art. 17 delle *Guidelines Opinions on severale issues on Labor Dispute Mediation and Arbitration Law* emanate congiuntamente a livello Provinciale dalla Corte e dal Governo del Guangdong.

Appare evidente, comunque, l'insufficienza di una simile interpretazione ai fini di una sostenibile soluzione del problema.

Infatti – a prescindere dalla questione relativa al possibile tenore *contra legem* di tale esegesi, dal momento che ad una siffatta soluzione si può pervenire esclusivamente tramite un'obliterazione del dato testuale dell'art. 44, num. 2)¹⁶⁹ – è chiaro che essa comporta riflessi pregiudizievole sulla sfera personale di un lavoratore che, raggiunti finalmente i requisiti pensionistici e dopo aver subito per tutti gli anni di lavoro le trattenute a titolo contributivo finalizzate ad una pensione della quale non può godere a causa dell'illecito del datore di lavoro, non rimane altro da fare che continuare a lavorare alle dipendenze di quel datore di lavoro che non ha versato quelle trattenute al fondo pensionistico.

E, aldilà delle valutazioni sui riflessi e sui pregiudizi ai diritti della persona, che ne è del rapporto fiduciario tra le parti? Come si può ritenere perseguibile un rapporto di lavoro nel quale il lavoratore deve continuare a lavorare per un'impresa, dalla quale avrebbe ben diritto di dimettersi per giusta causa a cagione dell'inadempimento previdenziale di questa¹⁷⁰?

A tacere delle pregiudizievole conseguenze che la soluzione proposta nel Guangdong appare idonea a porre per il mercato del lavoro in generale, in quanto la forzata continuazione dell'impiego per migliaia di dipendenti quale unica soluzione che essi hanno per continuare a contare su di un'entrata economica e garantire così il proprio sostentamento, può bloccare il *turn-over* a tutto discapito delle nuove generazioni di lavoratori.

2.2.3 La morte del lavoratore, o la dichiarazione della sua morte o della sua assenza da parte della Corte del Popolo (“*The employee is deceased, or is declared dead or missing by the people's Court*”)

La terza ipotesi di estinzione automatica del rapporto di lavoro è forse quella di più immediata comprensione.

Il rapporto di lavoro, infatti, si sostanzia necessariamente in una relazione bilaterale, con la conseguenza che in caso di morte del prestatore di lavoro esso non può che venir meno; la manualistica tradizionale ripete che, essendo il rapporto di lavoro fondato sull'*intuitus personae*, sulla necessaria personalità del prestatore, ne deriva necessariamente l'impossibilità di prosecuzione del rapporto qualora tale parte venga meno.

168 Tale provvedimento della Corte Intermedia di Shenzhen, dunque, introduce una eccezione alla regola generale dell'art. 44 della *Employment Contract Law*. Sulla possibilità per le Corti di emanare documenti dotati di efficacia derogatoria nei confronti delle leggi, ed aventi pertanto il ruolo di fonti del diritto, si rinvia a quanto riportato in Introduzione.

169 Che, come si è visto, può legittimare soltanto un'interpretazione secondo cui il rapporto di lavoro cessa automaticamente nel momento in cui il lavoratore comincia a percepire la pensione, anche se questa è di importo notevolmente inferiore a quanto egli avrebbe avuto diritto se il datore di lavoro avesse integralmente versato i contributi dovuti, e non già nel momento in cui egli fruisce del trattamento pensionistico spettantegli ai sensi di legge.

170 Si vedrà infatti (cfr. *infra*, Capitolo Ottavo) che anche nell'ordinamento cinese, come in quello italiano, il mancato versamento dei contributi previdenziali da parte datoriale costituisce giusta causa di dimissioni in capo al prestatore di lavoro.

La stessa conseguenza è prevista nell'ordinamento italiano, anzi è data per scontata dall'art. 2118, comma 3, c.c., ai sensi del quale l'indennità sostitutiva del preavviso è dovuta dal datore di lavoro nel caso di cessazione del rapporto per morte del prestatore di lavoro.

Per quanto riguarda l'ipotesi del lavoratore dichiarato morto o assente dalla Corte, occorre fare riferimento alla Sezione Terza del Capitolo Secondo dei *General Principles of Civil Law*.

Tale insieme di disposizioni disciplina la fattispecie della dichiarazione di morte presunta e di assenza dell'individuo in maniera tutto sommato simile, nella sua impostazione, alla disciplina contenuta negli articoli da 48 a 73 del codice civile italiano¹⁷¹.

Nel dettaglio:

- la dichiarazione di *assenza* è pronunciata dalla Corte del Popolo, su istanza di un qualsiasi soggetto avente interesse¹⁷², quando della persona di cui si tratta non si abbiano notizie per un periodo di due anni¹⁷³ (art. 20);
- la dichiarazione di *morte presunta* è pronunciata dalla Corte, sempre su istanza di un interessato, in caso di mancate notizie del soggetto per un periodo di quattro anni o per un periodo di due anni a seguito di un incidente occorso allo stesso¹⁷⁴ (art. 23).

In entrambi i casi, la Corte¹⁷⁵ provvede alla pronuncia di un amministratore dei beni e degli affari dell'assente o del presunto morto, il quale è legittimato a porre in essere gli atti utili all'esercizio dei diritti spettanti alla persona rappresentata. Qualora il soggetto ritorni o si acquisiscano notizie nei suoi confronti, su istanza del medesimo o di un interessato la Corte revoca la pronuncia di assenza o di morte presunta e la nomina dell'amministratore, ma gli atti posti in essere da quest'ultimo rimangono validi ed efficaci.

Infine, merita un cenno la questione relativa all'ipotesi in cui il lavoratore dichiarato assente o morto presunto dalla Corte, ed il cui contratto di lavoro è pertanto venuto meno, faccia ritorno, oppure di esso si tornino ad avere notizie.

L'art. 44 della *Employment Contract Law* non prende posizione sul punto, né soccorre alcuna disposizione dei *General Principles of Civil Law*. Infatti, la previsione testè citata secondo cui, qualora il soggetto di cui si tratta ritorni o di lui si acquisiscano notizie, gli atti posti in essere dall'amministratore restano efficaci, non appare idonea a trovare applicazione in tale fattispecie,

171 Aldilà di inevitabili differenze nei particolari, come relativamente al numero di anni che deve decorrere perchè la Corte possa pronunciare la dichiarazione di assenza o di morte presunta, la differenza principale concerne la mancanza, nell'ordinamento civilistico cinese, dell'istituto della *scomparsa* del soggetto, conoscendo soltanto l'*assenza* e la *morte presunta*. L'impostazione, tuttavia, è la medesima, in quanto in entrambi gli ordinamenti sono necessarie la dichiarazione costitutiva di un organo giurisdizionale (la Corte del Popolo da un lato e il Tribunale dall'altro) e l'istanza di un soggetto avente interesse nella dichiarazione di assenza o morte presunta, alla quale segue la nomina di un amministratore. Il codice civile italiano, semmai, è più completo in quanto prevede ipotesi non disciplinate dai *General Principles of Civil Law* (per esempio la possibilità per il coniuge dell'assente o del presunto morto di contrarre un nuovo matrimonio).

172 Concetto specificato dall'art. 24 delle *Opinions of the Supreme Court on several issues concerning the Implementation of the General Principles of the Civil Law*, documento pubblicato dalla Suprema Corte il 26 gennaio 1988, secondo il quale nel novero dei soggetti legittimati a proporre l'istanza per la dichiarazione di assenza o di morte presunta da parte della Corte quali soggetti interessati rientrano il coniuge, i genitori, i figli, i fratelli e le sorelle, i nonni e i nipoti *ex filio* (il provvedimento della Corte contiene questa elencazione casistica piuttosto che fare riferimento a tutti i parenti fino a un certo grado di parentela, come invece siamo abituati a ragionare nel nostro Paese), oltre alle persone che vantino diritti o abbiano obblighi nei confronti del soggetto di cui si tratta.

173 Anche in Italia, la dichiarazione di assenza è legata al decorso di due anni dal momento a cui risalgono le ultime notizie del soggetto (art. 49 c.c.). La norma italiana specifica il concetto di "persona avente interesse", precisando che l'istanza per la pronuncia della dichiarazione di assenza spetta a "i presunti successori legittimi e chiunque ragionevolmente creda di avere sui beni dello scomparso diritti dipendenti dalla morte di lui".

174 Con la precisazione per cui qualora del soggetto non si abbiano più notizie durante un evento bellico, il termine comincia a decorrere dalla fine dello stesso. In Italia, la morte presunta può essere pronunciata a seguito di un periodo di mancate notizie del soggetto notevolmente più lungo: dieci anni, ai sensi dell'art. 58 c.c.

175 Competente territorialmente è la Corte distrettuale del luogo dell'ultimo domicilio o dell'ultima residenza del soggetto (art. 28, par. 2, delle *Opinions of the Supreme Court on several issues concerning the Implementation of the General Principles of the Civil Law*).

posto che l'estinzione del rapporto di lavoro è avvenuta *ipso jure* o comunque per un atto di licenziamento (comunque ultroneo) posto in essere dal datore di lavoro.

Tuttavia, tale disposizione può costituire parametro esegetico idoneo a sorreggere l'interpretazione per cui in tale evenienza il rapporto di lavoro non può tornare a prestare i propri effetti, proprio in quanto l'automaticità della sua estinzione renderebbe altresì improponibile da parte del soggetto dichiarato assente o morto presunto la proposizione di qualsivoglia azione nei confronti della controparte datoriale.

2.2.4 Il fallimento del datore di lavoro (“*The employer is declared bankrupt*”)

Questa costituisce senza dubbio l'ipotesi di cui all'art. 44 della *Employment Contract Law* che si differenzia maggiormente rispetto all'omologa disciplina dell'ordinamento italiano.

In Italia, da un punto di vista normativo, non esiste una specifica norma di legge che regoli in maniera precisa le conseguenze della dichiarazione di fallimento sul rapporto di lavoro subordinato. Invero, ai sensi dell'art. 2119 c.c., il fallimento del datore di lavoro (o la liquidazione coatta amministrativa dell'azienda) non costituisce giusta causa di risoluzione del rapporto, e questo pertanto continua in capo al fallimento. In base a tale disposizione, quindi, non solo il fallimento non costituisce una causa di risoluzione automatica del rapporto, ma esso non può costituire neanche una ipotesi rilevante, in sé e per sé considerata, quale giustificato motivo di licenziamento *ex art. 3* della legge n. 604/1966.

Così, il rapporto di lavoro non si estingue automaticamente nel momento in cui l'impresa datrice viene dichiarata fallita dal Tribunale, né il datore di lavoro imprenditore può licenziare il dipendente per giustificato motivo oggettivo *per il solo fatto* che la sua impresa, a favore della quale e nella cui organizzazione è inquadrato il lavoratore, sia stata dichiarata fallita. Per poter licenziare il dipendente a causa della situazione di insolvenza che ha condotto alla dichiarazione di fallimento dell'impresa, pertanto, il datore di lavoro dovrà addurre elementi ulteriori rispetto alla sola incapacità di far fronte alle proprie obbligazioni, cioè rispetto alla situazione di difficoltà finanziaria sfociata, appunto, nel fallimento.

Se questo è il punto di partenza, la questione relativa alla sorte del rapporto di lavoro a seguito del fallimento della società datrice viene solitamente risolta ai sensi dell'art. 72 della legge fallimentare (r.d. n. 267/1942), nonostante la norma in questione non regoli direttamente il rapporto di lavoro subordinato quanto, più in generale, i negozi bilaterali a prestazioni corrispettive.

Secondo tale disposizione, l'esecuzione del contratto, in presenza di dichiarazione di fallimento, rimane sospesa fino a quando il curatore, con l'autorizzazione del comitato dei creditori, dichiara di subentrare nel contratto in luogo del fallito, assumendo tutti i relativi obblighi, ovvero di sciogliersi dal medesimo.

Peraltro, tale disciplina si interseca con l'art. 104 della stessa legge fallimentare, secondo cui, qualora sia autorizzato l'esercizio temporaneo dell'attività aziendale, i contratti pendenti proseguono, salvo che il curatore non intenda sospenderne l'esecuzione o recedere da essi¹⁷⁶.

Nel caso, invece, in cui la continuazione temporanea dell'attività non sia ritenuta possibile dal curatore, che ritenga sussistente, per la concomitante sussistenza di altri elementi fattuali ulteriori rispetto alla dichiarazione di fallimento, la causale di cui all'art. 3 della legge n. 604/1966 o dell'art. 24 della legge n. 223/1991, egli potrà procedere al licenziamento (individuale, individuale plurimo o collettivo a seconda dei casi) dei lavoratori, anche per consentire loro di beneficiare di eventuali forme di sostegno alla disoccupazione¹⁷⁷. Le eventuali retribuzioni non corrisposte, l'indennità

¹⁷⁶ Naturalmente, in questo caso spetteranno al lavoratore tutte le retribuzioni relative al periodo di continuazione dell'attività, nonché la normale contribuzione collegata. I crediti sorti nel corso dell'esercizio provvisorio dell'impresa sono soddisfatti in prededuzione ai sensi dell'art. 111, comma 1, num. 1), della legge fallimentare.

¹⁷⁷ In tal caso, cioè nel caso in cui sia pronunciata la cessazione dell'attività aziendale della società, secondo la giurisprudenza (Corte di Cass., sent. num. 7473/2012) il rapporto di lavoro, pur essendo formalmente in essere, rimane

sostitutiva del preavviso ed il trattamento di fine rapporto dovranno essere insinuate al passivo fallimentare con il relativo grado di privilegio.

Il curatore può, quindi, estinguere rapporto di lavoro, ma deve farlo secondo le modalità ordinarie: il licenziamento va intimato in forma scritta, con la corretta motivazione, e, eventualmente, attivando le procedure di licenziamento collettivo.

In Cina, invece, nel momento in cui l'impresa del datore di lavoro venga dichiarata fallita, **il rapporto cessa in maniera automatica**, *ipso jure*, senza bisogno di alcuna manifestazione di volontà da parte di alcun soggetto, né del datore di lavoro, né dell'amministratore fallimentare.

La legge vigente in materia fallimentare in Cina è relativamente recente, trattandosi della *Enterprise Bankruptcy Law of People's Republic of China* entrata in vigore il 1° giugno 2007 in sostituzione della precedente, che risale al 1986¹⁷⁸.

Per quanto interessa ai fini del presente lavoro, la nuova legge prevede che una procedura fallimentare abbia inizio, su istanza della stessa impresa debitrice¹⁷⁹ o di uno dei creditori¹⁸⁰, al ricorrere dei presupposti sostanziali consistenti in una delle seguenti situazioni (art. 2):

- l'impresa debitrice non abbia la capacità di onorare i propri debiti già esigibili, e i suoi *assets* siano insufficienti a garantire l'adempimento dei debiti esigibili e di quelli futuri, oppure
- sussistano elementi di fatto univoci nel rendere altamente probabile che l'impresa divenga in futuro incapace di onorare i propri debiti, tanto quelli esigibili quanto quelli che ancora non lo siano.

Si noti, pertanto, che la *Enterprise Bankruptcy Law* ricollega la dichiarazione di fallimento ad uno stato di incapacità di adempiere alle obbligazioni facenti capo alla società e in questo dimostra una notevole affinità con la legge fallimentare italiana, la quale pure prevede che sia dichiarato fallito l'imprenditore che si trovi in stato di insolvenza¹⁸¹. Tale approccio di tipo sostanziale differenzia le due leggi rispetto a quelle di altri Paesi, quali per esempio gli Stati Uniti d'America, alla cui legge fallimentare pure la legge cinese si ispira¹⁸², che prevedono delle soglie minime di debiti ben definite per la proposizione dell'istanza di fallimento.

sospeso fino al licenziamento; essendo cessata l'attività aziendale, in difetto del requisito di sinallagmaticità non è quindi configurabile il diritto alla retribuzione in capo ai lavoratori. In caso di cessazione dell'attività aziendale, pertanto, l'unica sorte possibile del rapporto di lavoro è la sua estinzione, che però non potrà avvenire in maniera automatica (come nell'ordinamento cinese), ma dovrà necessariamente discendere da un apposito atto del curatore.

178 Lo sfondo storico sotteso all'introduzione della prima legge fallimentare nel 1986 e alle motivazioni che hanno indotto Pechino a sostituirla con quella attuale nel 2006/2007, sono ricostruiti con estrema chiarezza e sinteticità da T. C. Halliday, *The making of China's Corporate Bankruptcy Law*, collana *The Foundation for Law, Justice and Society*, Oxford University, 2008; cfr. anche C. D. Booth, *The 2006 PRC Enterprise Bankruptcy Law: The Wait is Finally Over*, Singapore Academy of Law Journal, Vol. 20, 2008, 275 ss.; C. D. Booth, *Elements of Bankruptcy Law and Business Rescue in China*, 2014.

179 La "nuova" *Enterprise Bankruptcy Law* ha generalizzato l'ambito di applicazione della procedura fallimentare, estendendolo per la prima volta a qualunque impresa, sia essa a partecipazione statale piuttosto che interamente privata, sia essa una società cinese piuttosto che un'entità giuridica di diritto straniero. In precedenza, invece, la legge fallimentare del 1986 si applicava soltanto alle imprese a partecipazione statale, e le procedure concorsuali nei confronti delle imprese private erano regolate da disposizioni ripartite in numerose leggi non organiche. La legge del 2006/2007 esclude dal proprio ambito di applicazione soltanto le imprese individuali.

180 In entrambi i casi, la proposizione dell'istanza avanti alla Corte non comporta automaticamente l'inizio di una procedura fallimentare, in quanto l'art. 10 prevede una previa valutazione da parte della Corte stessa circa l'opportunità dell'inizio della procedura. Tale previsione, finalizzata ad assicurare un controllo giudiziale in grado di scongiurare eventuali abusi da parte della debitrice nell'istanza di auto-fallimento, pecca tuttavia in chiarezza in quanto non contempla validi criteri vincolanti la decisione della Corte che, così, può operare nella più ampia discrezionalità.

181 E specificando altresì (art. 5, comma 2) che "lo stato di insolvenza si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni".

182 Per un'interessante comparazione tra la *Enterprise Bankruptcy Law of People's Republic of China* e il *United States' Bankruptcy Code*, cfr. Y. Jiang, *The Curious Case of Inactive Bankruptcy Practice in China: A Comparative Study of U.S. and Chinese Bankruptcy Law*, in *Northwestern Journal of International Law & Business*, 2014, Vol. 34, 559 ss.

Ora, al ricorrere della situazione sostanziale definita dall'art. 2, i soggetti legittimati (o il debitore¹⁸³ stesso, con un'istanza di auto-fallimento, o uno dei creditori sociali) possono presentare un'istanza di fallimento avanti la Corte del luogo in cui la società ha il proprio domicilio (art. 3: "*A bankruptcy proceeding shall be governed by the People's Court where the relevant debtor is do*¹⁸⁴"). La procedura presenta delle affinità con quella delineata dalla legge fallimentare italiana, distinguendosene soprattutto per la previsione di una valutazione preventiva da parte della Corte, volta ad accertare l'opportunità dell'apertura di una procedura: con tale previsione la *Enterprise Bankruptcy Law* intende evitare la proposizione di istanze di auto-fallimento pretestuose ed aventi meri fini dilatori da parte della debitrice.

A seguito della valutazione positiva da parte della Corte in ordine alla non pretestuosità dell'istanza di fallimento, avrà inizio la procedura vera e propria, in apertura della quale la Corte nomina un amministratore fallimentare (art. 13). La legge disciplina poi, al pari della nostra legge fallimentare, tutti i passaggi della procedura, con i termini concessi alle parti interessate per insinuare i propri crediti in vista della loro partecipazione alla successiva (eventuale) liquidazione¹⁸⁵.

Ai nostri fini assume rilevanza la disposizione di cui all'art. 18, ai sensi della quale "*after the People's Court accepts an application for bankruptcy, the relevant bankruptcy administrator shall decide whether to rescind or continue to perform a contract that has been established before acceptance yet has not been fully performed by both parties concerned*"; evidente l'affinità di tale previsione con quella di cui all'art. 72 della legge fallimentare italiana, sopra ricordata, in quanto anch'essa pone in capo all'amministratore il potere di valutare se sciogliersi dai contratti in essere tra la società e i terzi ovvero se continuarne l'esecuzione¹⁸⁶.

Naturalmente tale scelta non avrà riguardo ai contratti di lavoro, posto che essi si estinguono automaticamente al momento della dichiarazione di fallimento da parte della Corte, senza che l'amministratore sia chiamato ad effettuare alcuna valutazione discrezionale di opportunità e senza

183 Che ai sensi dell'art. 8, paragrafo 2, dovà allegare all'istanza – oltre naturalmente agli elementi di natura prettamente finanziaria quali "*the statements on financial status, a checklist of debts, a checklist of the credit right, the relevant financial statements*" – anche "*a reserve plan for employee arrangement as well as the payment documents of wages and social insurance premiums*". La *Enterprise Bankruptcy Law* dimostra così di avere bene in mente fin da subito, e di tenere quindi in debita considerazione, la circostanza che tra i soggetti interessati dalle sorti della procedura fallimentare rientrano anche i dipendenti della debitrice. Del resto, che tale sia una preoccupazione della nuova legge (anche in riferimento ai tormentati lavori preliminari alla sua emanazione nel testo definitivo; cfr. C. D. Booth, *The 2006 PRC Enterprise Bankruptcy Law: The Wait is Finally Over*, cit.) è confermato pure dall'art. 6, il quale afferma che la Corte dinanzi alla quale si svolge la procedura è chiamata a "*safeguard the lawful rights and interests of enterprises' staff and workers and investigate for the legal liability of the managerial personnel of bankrupt enterprises*".

184 Si specifica che, ai sensi dell'art. 39 dei *General Principles of the Civil Law of the People's Republic of China*, il domicilio di una persona legale coincide con il luogo in cui è situata la sua sede amministrativa principale.

185 Parallelamente alla presentazione da parte dei creditori delle istanze di insinuazione al passivo (Capitolo Sesto della legge) anche il debitore dovrà depositare per iscritto un atto nel quale deve indicare quali siano i diritti dei suoi creditori che egli riconosce (art. 48). Ad eccezione, però, dei diritti di credito vantati nei suoi confronti dai suoi dipendenti, in quanto il paragrafo 2 prevede che "*the wages, subsidies for medical treatment and disability, comfort and compensatory funds as defaulted by a debtor; the fundamental old-age insurance premiums, fundamental medical insurance premiums that shall have been transferred into the employees' personal accounts as well as the compensation for the employees as prescribed by the relevant laws and administrative regulations* [in pratica, come si può notare, tutti i diritti di natura economica dei dipendenti della società sottoposta alla procedura, n.d.s.] *are not required to be declared* [dal debitore, n.d.s.], *for which the relevant bankruptcy administrator shall produce a corresponding checklist upon investigation and make an announcement as well*". Risulta compito dell'amministratore, quindi, procedere d'ufficio al posto del datore di lavoro nella ricostruzione di tutti i diritti retributivi, contributivi e risarcitori dei dipendenti della società, con un accertamento nei confronti del quale ciascun dipendente ha il diritto di formulare le proprie osservazioni e, se del caso, anche di ricorrere avanti la Corte ("*where any employee has any different opinion to the relevant checklist, he may request the bankruptcy administrator to make correction. Where a bankruptcy administrator fails to correct it, the relevant employee may file an action with the People's Court*").

186 La norma prevede una sorta di meccanismo di "silenzio-scioglimento", in quanto afferma che "*where the bankruptcy administrator fails to inform the other party concerned within 2 months from the day of acceptance or to make any reply to an urge made by the other party concerned, it shall be deemed as rescission of the contract*". Nel caso, invece, in cui l'amministratore ritenga opportuna la prosecuzione del contratto, la controparte può chiedere alla Corte un'idonea garanzia per le obbligazioni che sorgono dalla continuazione dell'esecuzione.

necessità, quindi, di un apposito atto di licenziamento: ma fino alla formale dichiarazione di fallimento da parte della Corte, e quindi nelle more della procedura, il rapporto di lavoro non può che proseguire.

I Capitoli successivi della legge disciplinano le fasi dell'udienza pre-fallimentare, della pronuncia della Corte della dichiarazione di fallimento piuttosto che della sottoposizione della società a procedure alternative¹⁸⁷, dell'insinuazione del passivo dei creditori, del procedimento di liquidazione dell'attivo e di ripartizione del ricavato tra i creditori.

A tale ultimo proposito, è prevista la seguente graduatoria nella distribuzione del ricavato dalla liquidazione degli *assets* della società:

- 1) i crediti c.d. prededucibili, rappresentati da “*the costs for bankruptcy proceedings and community liabilities are repaid in priority*”;
- 2) i creditori privilegiati (art. 109)¹⁸⁸;
- 3) i crediti di lavoro, rappresentati dai crediti di natura retributiva e contributiva vantati dai dipendenti della società (art. 113)¹⁸⁹;
- 4) i crediti erariali dello Stato;
- 5) i creditori chirografari.

I lavoratori, pertanto, possono essere soddisfatti con precedenza rispetto ai creditori comuni se questi ultimi sono chirografari, ma in maniera subordinata rispetto ai creditori privilegiati.

Si tratta di una novità introdotta dalla *Enterprise Bankruptcy Law* del 2006/2007, in quanto la precedente legge fallimentare del 1986 poneva i lavoratori dipendenti della società fallita in posizione primaria – fatti salvi i soli crediti prededucibili – rispetto a tutte le categorie di creditori comuni, anche quelli il cui credito fosse garantito da un grado di privilegio¹⁹⁰.

187 Quale quella di *reorganization*, volta a consentire una ripresa economica della società tramite il riconoscimento ad essa di margini di prosecuzione dell'attività produttiva e commerciale. Tale soluzione alternativa al fallimento è particolarmente importante in quanto è idonea a prestare rilevanti riflessi in ordine al rapporto di lavoro tra la società e i suoi dipendenti, posto che la sottoposizione della debitrice a tale procedura costituisce una delle cause sostanziali in presenza delle quali la società (*rectius*, l'amministratore della procedura fallimentare) può decidere di porre in essere un licenziamento collettivo ai sensi dell'art. 41 della *Employment Contract Law*. Sul punto, si rinvia al Capitolo Terzo, Paragrafo d).

188 Quanto ai creditori privilegiati, la norma specifica che in questa categoria debbono essere ricompresi – oltre naturalmente ai creditori comuni che possano vantare una garanzia su un credito sorto antecedentemente all'apertura della procedura – anche (i) i crediti sorti dall'esecuzione dei contratti in seguito alla dichiarazione di fallimento; (ii) i crediti vantati dai terzi che abbiano agito in *negotiorum gestio* sugli *assets* della società debitrice; (iii) i crediti sorti da casi di ingiustificato arricchimento da parte della debitrice; (iv) i crediti di lavoro sorti a seguito della dichiarazione di apertura della procedura di ristrutturazione e della prosecuzione dell'attività produttiva e commerciale da parte della società – quindi i crediti che i dipendenti della medesima vantano a titolo retributivo e contributivo in corresponsività con la loro prestazione lavorativa resa necessaria dalla prosecuzione dell'attività sociale, a seguito dell'autorizzazione della Corte, nei casi in cui viceversa non sia pronunciata la cessazione dell'esercizio dell'attività di impresa della fallita; (v) i crediti vantati da soggetti terzi a causa di un danno personale cagionato da prodotti commercializzati dalla società.

189 L'art. 113 prevede, quali “**crediti di lavoro**”, le seguenti voci: “*The wages and subsidies for medical treatment and disability, comfort and compensatory expenses as defaulted by the bankrupt, the fundamental old-age insurance premiums, fundamental medical insurance premiums that shall have been transferred to the employees' personal account as well as the compensation for employees as prescribed by the relevant laws and administrative regulations*”. Sono considerati crediti di lavoro, pertanto, tutte le somme dovute ai dipendenti a titolo (a) retributivo; (b) contributivo e (c) di compensazione o di indennità, per esempio il pagamento dell'indennità di fine rapporto ai sensi dell'art. 46 o della *economic severance* derivante da licenziamento illegittimo ai sensi dell'art. 48 della *Employment Contract Law*.

190 La nuova legge fallimentare, pertanto, ha ritenuto preminente la posizione dei creditori comuni privilegiati (tra i quali in primo luogo, intuitivamente, gli istituti bancari) rispetto a quella dei lavoratori, con un'opzione che ha fatto molto discutere, e ha causato una fortissima tensione sociale nel Paese, al momento dell'introduzione della nuova *Enterprise Bankruptcy Law*, un momento che ha costituito e rappresentato uno dei momenti più critici del definitivo passaggio da un'economia socialista ad un'economia di mercato. Sul punto, cfr. T. C. Halliday, *The making of China's Corporate Bankruptcy Law*, cit. Le associazioni sindacali e i movimenti sorti per la promozione dei diritti dei lavoratori in Cina lamentavano il mancato rispetto del principio di cui all'art. 5 della *Convenzione sulla protezione dei diritti dei lavoratori in caso di insolvenza del datore di lavoro*, emanata dalla Conferenza Internazionale del Lavoro nel 1992, ai sensi del quale “*in the event of an employer's insolvency, workers' claims arising out of their employment shall be protected by a privilege so that they are paid out of the assets of the insolvent employer before non-privileged creditors*”.

L'art. 113 prevede anche, naturalmente, l'applicazione del principio di proporzionalità per il caso in cui il ricavato dalla liquidazione degli *assets* della società non sia risultato sufficiente a soddisfare integralmente tutti i crediti insinuati al passivo.

Occorre dare atto, infine, che, come spesso accade in Cina, un conto è lo stato della legislazione, un altro conto è l'applicazione pratica della giurisprudenza. Come notato dalla dottrina, infatti, *“for larger cases involving many workers (often many thousands), it is unlikely that a judge will even accept a bankruptcy case unless the local government is supportive of the proposed treatment of workers. And in most cases, it is unlikely that the bankruptcy process will proceed smoothly unless workers are satisfied with their proposed treatment. There have been recent reports of workers resorting to selfhelp and robbing corporate premises when told that the operations would be closed or of workers ‘detaining’ management until a satisfactory settlement could be concluded. In short, regardless of what the 2006 EBL provides, any potential bankruptcy petitioner in China must be cognizant of the workers’ needs and desires”*¹⁹¹.

2.2.5 La revoca della licenza del datore di lavoro o l'ordine di cessazione dell'attività commerciale o di chiusura della sua unità commerciale, o la decisione datoriale di liquidare la propria attività (*“The employer’s business license is revoked or the employer is ordered to close down its business or to dissolve its business entity, or the employer makes a decision to liquidate its business ahead of the schedule”*)

Anche questa costituisce un'ipotesi di estinzione automatica del rapporto di lavoro senza alcun corrispondente all'interno dell'ordinamento italiano.

Invero, in Italia la perdita della licenza commerciale da parte di un'impresa o l'ordine di chiusura emanato nei suoi confronti da parte dell'autorità amministrativa non costituiscono certo circostanze suscettibili di condurre all'estinzione automatica del rapporto di lavoro sussistente tra l'impresa e i propri dipendenti. Sono, viceversa, elementi fattuali che potranno assumere rilevanza ai fini della valutazione della sussistenza di un giustificato motivo oggettivo di licenziamento, ma solo qualora si inseriscano in un contesto idoneo a prestare effetti negativi sull'attività produttiva, sull'organizzazione del lavoro e sul regolare funzionamento di essa.

In altre parole, e per fare un esempio, nel caso in cui un ristorante subisca la revoca della licenza o l'ordine di chiusura, il contratto di lavoro tra l'imprenditore e i suoi dipendenti (il cameriere, il cuoco, etc.) non si scioglie automaticamente, ma può essere estinto dal datore di lavoro con un apposito atto di licenziamento qualora sussistano elementi di fatto tali da far venire in rilievo un giustificato motivo oggettivo di licenziamento. Così, a seconda che si tratti di una piccola trattoria a conduzione familiare oppure di un punto vendita di una grande catena di ristoranti, occorrerà valutare, per esempio, la ricollocabilità dei dipendenti in altri ristoranti gestiti dal medesimo datore

can be paid their share”, e soprattutto dell'art. 8, che invitava i legislatori nazionali a porre i lavoratori, nella fase di distribuzione del ricavato, in posizione prioritaria anche rispetto “alla maggior parte dei” creditori privilegiati: *“national laws or regulations shall give workers’ claims a higher rank of privilege than most other privileged claims, and in particular those of the state and the social security system”*. L'Autore conclude invece per il rispetto da parte della *Enterprise Bankruptcy Law* di tale principio, alla luce del fatto che i crediti dei lavoratori sono soddisfatti con preferenza rispetto a quelli dello Stato e del sistema di sicurezza sociale, come da invito dell'art. 8 della Convenzione.

191 Cfr. C. D. Booth, *Japan & China (including Hong Kong): Introduction to the Tools Available for Corporate Rescue & CrossBorder Insolvency*, 2016, 6, il quale spiega come questo fattore costituisca una delle ragioni per il numero bassissimo, in relazione all'estensione del territorio cinese, di procedure fallimentari sorte negli ultimi anni (1973 nel 2010, 1331 nel 2011, 2100 nel 2012, 1998 nel 2013 e 2059 nel 2014). L'Autore spiega come nella vita economica cinese sia da registrare il formarsi di una pratica per la quale spesso la situazione di decozione di un'azienda viene affrontata al di fuori della procedura fallimentare, tramite un accordo tra un imprenditore che concordi con i propri dipendenti il soddisfacimento dei crediti di lavoro in una certa percentuale in maniera del tutto informale, prima di “sparire” a discapito dei creditori comuni.

di lavoro, la temporaneità o viceversa la definitività del provvedimento di chiusura, la sua prevedibile durata, e così via.

In altri termini, non si può procedere in maniera automatica, dovendosi valutare di volta in volta se la situazione fattuale complessiva consenta o meno l'irrogazione del licenziamento per motivi economici.

Questo, a ben vedere, discende in maniera naturale dal consueto *modus procedendi* del legislatore italiano, approccio del quale si avranno modo di vedere i casi più emblematici nel corso del presente lavoro, laddove saranno diverse le occasioni di notare come egli non proceda in maniera casistica, bensì attraverso l'utilizzo di clausole generali quali, per l'appunto, il concetto di "giustificato motivo oggettivo". Ne deriva che anche nel caso considerato, in cui si assista alla revoca della licenza commerciale subita dal datore di lavoro, il rapporto non potrà considerarsi risolto in maniera automatica, ma la possibilità di estinzione del medesimo dovrà comunque transitare attraverso una valutazione se il complesso degli elementi fattuali permetta o meno di ritenere che il requisito legale risulti soddisfatto. E ciò vale a maggior ragione nella fattispecie, pure considerata dall'art. 44, num. 5), della *Employment Contract Law*, di liquidazione volontaria del datore di lavoro della propria azienda.

Ed è per questo che, ad una attenta analisi, nell'ordinamento italiano non è dato rinvenire ipotesi in cui il contratto di lavoro si estingue automaticamente, *ipso iure*¹⁹².

Il legislatore cinese, invece, non procede attraverso l'impiego di formule astratte e di concetti legislativi generali, ma preferisce valersi di tipizzazioni di tipo casistico: vedremo esempi ed implicazioni di questo metodo nel Capitolo Terzo, analizzando le cause di licenziamento.

Ma anche nella previsione delle ipotesi di estinzione automatica, la *Employment Contract Law* contempla ipotesi sufficientemente specifiche, quali quella in esame in cui, appunto, il contratto di lavoro viene considerato risolto, a prescindere dall'intimazione del licenziamento, nei casi:

- di revoca della licenza necessaria al datore di lavoro, ai sensi di legge, per l'esercizio dell'attività di impresa¹⁹³;

192 Se non il caso rappresentato dalla morte del lavoratore, che rappresenta comunque un'eccezione più apparente che reale a quanto si sta dicendo. Laddove venga a mancare la figura del prestatore di lavoro, infatti, viene meno la necessaria bilateralità del rapporto di servizio, con conseguente estinzione automatica del contratto (d'altronde, è evidente che non avrebbe alcun senso dover porre in essere un licenziamento nei confronti di una persona... deceduta!).

193 La *business license* – in cinese, 营业执照, yíngyè zhǐzhào, letteralmente la licenza/il permesso per fare affari – consiste in un certificato che ogni entità giuridica deve ottenere contestualmente alla registrazione nel Registro delle Imprese. Essa deve essere richiesta alla sede territoriale dell'Amministrazione per l'Industria e il Commercio. La materia è regolata dal *Regulations of the People's Republic of China on Company Registration* del 1994, il cui art. 3 prevede il possesso della *business license* quale requisito necessario per qualunque impresa, statale o straniera, per operare all'interno del territorio cinese ("only after the registration is approved by a company registration organ and the acquirement of a 'Business License of Legal Entity', a company can acquire the capacity as a legal entity"), con la conseguenza che la mancata ottemperanza a tali formalità costituisce condizione ostativa per poter operare nel mercato, come recita il par. 2 del medesimo art. 3 del *Regulations* ("A company established after this set of regulations becoming effective shall not engage in any business activities in the name of the company unless its registration has been approved by company registration organ").

Dal punto di vista contenutistico, la *business license* contiene le indicazioni più rilevanti della società, quali il numero di registrazione, la denominazione, il tipo di compagine sociale, la sede registrata, il legale rappresentante, il capitale sociale registrato, la data di registrazione, la scadenza della licenza, l'oggetto sociale. Essa dovrà essere revocata nei casi previsti dall'art. 36 del *Regulations* ("The liquidation organization of a company shall apply for the cancellation of registration with the original company registration organ within 30 days starting from the date when the liquidation ends if it belongs to one of the following cases: 1. The company is declared bankrupt according to law; 2. The term of operation prescribed in the articles of association has expired or other causes for the dissolution of the company as prescribed in the articles of association have emerged; 3. The company is dissolved by the resolution of the meeting of shareholders; 4. The company is dissolved due to merger or separation; 5. The company is ordered to close according to law") nonché dalle leggi speciali.

La revoca della licenza quale provvedimento amministrativo interdittivo è prevista in caso di violazione di alcune tra le principali leggi in materia di protezione della salute dei lavoratori e di sicurezza sul luogo di lavoro, come la *Law on the Prevention and Control of Occupational Diseases* del 2002 e i numerosi regolamenti integrativi a tale legge emanati dal Governo negli anni successivi. Al momento della revoca della licenza, la società deve cessare con decorrenza

- nell'eventualità in cui egli riceva l'ordine di chiusura della sua attività;
- nel caso in cui sia lo stesso datore di lavoro a decidere di liquidare la propria azienda e di cessare la propria attività di impresa¹⁹⁴.

Per quanto riguarda quest'ultimo caso, dal testo della norma sorgono dubbi interpretativi, in relazione al fatto che non si vede in che modo dalla decisione dell'imprenditore di cessare la propria attività possa discendere un'estinzione automatica del rapporto di lavoro.

Nella sola deliberazione del datore di lavoro di dismissione dell'attività produttiva o commerciale, infatti, non può ravvisarsi quel grado di obiettività insito invece nelle altre fattispecie contemplate dall'art. 44 nelle quali il contratto di lavoro si estingue *ipso jure*. Si pensi alla morte del lavoratore, o alla pronuncia della Corte che ne accerti l'assenza o la morte presunta, o ancora alla dichiarazione di fallimento della società datrice, o ancora alla revoca della licenza nei suoi confronti: esse costituiscono tutte ipotesi in cui vi è un preciso riferimento temporale al quale ricollegare il venir meno del rapporto.

Invece, nel caso di decisione datoriale di dismettere l'attività imprenditoriale o di liquidare la società dalla quale dipende il lavoratore, non è possibile "agganciare" l'estinzione del rapporto di lavoro ad alcun momento preciso, in quanto manca un provvedimento formale da parte di un'autorità terza ed indipendente e alla luce del fatto per cui il procedimento di liquidazione (o, più in generale, di dismissione dell'attività) costituisce necessariamente un procedimento suscettibile di prolungarsi nel tempo.

È da ritenere, pertanto, che anche in tal caso sussista, nella pratica, la necessità di un atto formale di licenziamento.

2.2.6 Altre ipotesi previste dalla legge o dai regolamenti amministrativi

Il rinvio finale dell'art. 44 alle altre ipotesi di estinzione del rapporto in primo luogo è destinato ad operare, naturalmente, nei confronti della risoluzione consensuale, delle dimissioni e del licenziamento, che costituiscono tutti negozi giuridici funzionalizzati alla risoluzione del rapporto.

Si passa pertanto, a partire dal prossimo Capitolo, ad analizzare il substrato sostanziale del licenziamento, rappresentato dalle ragioni giustificatrici solo in presenza delle quali se ne può affermare la legittimità.

immediata lo svolgimento di qualsiasi affare commerciale di qualunque tipo (per esempio, dovrà anche chiudere il proprio sito internet) e provvedere alla liquidazione dei suoi *assets*, al fine di provvedere al pagamento di tutti gli oneri di natura fiscale e della retribuzione a tutti i suoi dipendenti, pena la responsabilità civile e in certi casi anche penale dei suoi amministratori.

194 用人单位决定提前解散, yòng rén dān wèi jué dìng tí qián jiě sǎn, letteralmente: "l'unità del datore di lavoro decide di dismettere [sott.: la propria attività] in anticipo", laddove la norma non è chiara in quanto non è dato comprendere "in anticipo" rispetto a quale evento. Probabilmente il legislatore ha inteso riferirsi ad un momento anticipato rispetto ad un intendimento precedente del datore di lavoro (che altrimenti è da supporre non avrebbe assunto lavoratori oltre il termine in cui dismette la propria attività).

Capitolo Terzo

Le causali di licenziamento

Sommario:

3.1 Premessa: gli indici di effettività della tutela contro il licenziamento

3.2 Il licenziamento senza preavviso:

3.2.1 la mancanza delle qualifiche richieste per l'assunzione;

3.2.2 la grave violazione delle regole vigenti nell'unità produttiva;

3.2.3 una grave negligenza dei suoi doveri da parte del lavoratore, o la persecuzione da parte sua di interessi personali, con gravi perdite in capo all'impresa che lo occupa;

3.2.4 la violazione del dovere di non concorrenza da parte del lavoratore;

3.2.5 l'invalidità del contratto di lavoro ai sensi dell'art. 26, paragrafo 1, num. 1), della *Employment Contract Law*;

3.2.6 il lavoratore è investigato per responsabilità penale ai sensi di legge.

3.3 Il licenziamento con preavviso:

3.3.1 l'inabilità del lavoratore allo svolgimento delle sue mansioni originarie o altre mansioni organizzate dall'unità produttiva alla scadenza dello specifico periodo di trattamento medico per malattia o infortunio extra-professionale;

3.3.2 Il difetto di competenza in capo al lavoratore. Questioni sullo scarso rendimento;

3.3.3 Una radicale variazione delle condizioni oggettive poste alla base della stipulazione del contratto sono radicalmente cambiate, con conseguente mancata utilità del proseguimento del rapporto.

3.4 Il licenziamento collettivo per riduzione di personale:

3.4.1 La definizione di licenziamento collettivo;

3.4.2 Le ragioni sostanziali del licenziamento collettivo;

3.4.3 La procedura del licenziamento collettivo;

3.4.4 I criteri di scelta dei lavoratori da licenziare;

3.4.5 Il diritto di precedenza.

* * *

3.1 Premessa: gli indici di effettività della tutela contro il licenziamento

Come anticipato nella Prefazione, nel corso delle ricerche che ho avuto occasione di svolgere durante l'anno accademico trascorso a Guangzhou il campo principale di indagine delle mie ricerche consisteva nel tentativo di comprendere se corrisponda o meno al vero l'idea, piuttosto diffusa nel nostro Paese, che i lavoratori cinesi non godano di alcuna tutela legale in relazione al posto di lavoro.

Tale idea – o, per meglio dire, tale luogo comune – sconta il forte pregiudizio per cui in Cina non sia riconosciuta alcuna protezione a favore dei dipendenti, e ciò non solo con riferimento alle condizioni di lavoro (orari sovrumani di lavoro – come dimostrerebbe il caso, balzato agli onori della cronaca internazionale, dei suicidi di massa dei lavoratori nelle fabbriche-dormitorio

dell'azienda Foxconn a Shenzhen¹⁹⁵ – arretrate condizioni di sicurezza, livelli minimi di retribuzione, e così via), ma anche per quanto riguarda la tutela relativa al mantenimento del posto di lavoro: in altre parole, nell'opinione pubblica italiana è diffuso il *topos* dell'assoluta libertà per gli imprenditori di licenziare i propri dipendenti senza incontrare limiti di sorta.

Il mio intendimento, quindi, è stato quello di comprendere, mediante l'analisi che si sta per affrontare in questo Capitolo, se tale concezione corrisponda o meno ad uno stato effettivo delle cose, ovvero ancora se, come spesso accade, la verità stia nel mezzo. Per rispondere a tale interrogativo, è quindi necessario analizzare compiutamente quali siano i requisiti di legittimità del licenziamento previsti dalla *Labor Law* del 1994 e dalla *Employment Contract Law* del 2008, e come essi siano applicati nella prassi giudiziaria. Sarà così possibile vedere se veramente i lavoratori cinesi siano privi di ogni tutela o se essi godano, invece, di una stabilità del posto di lavoro, ovvero ancora se via sia una frattura tra le previsioni normative e la loro applicazione pratica, tali da privare di fatto i lavoratori della tutela contro il licenziamento della quale invece essi dovrebbero godere in punto di diritto.

In via di premessa, appare utile ricordare come una seria ed effettiva tutela legale del posto di lavoro si sostanzia – deve sostanzarsi – in tre momenti, logicamente successivi:

- in primo luogo, in una limitazione della facoltà datoriale di recedere dal rapporto, prevedendo all'uopo solo ben determinate circostanze nelle quali egli possa provvedere alla risoluzione del contratto di lavoro e alla conseguente estinzione del rapporto;
- in secondo luogo, in forme idonee di riparazione avverso un licenziamento illegittimo, che siano in grado di fornire al dipendente che sia stato licenziato in spregio alla normativa limitativa del recesso datoriale forme adeguate di risarcimento, in chiave ripristinatoria (la c.d. reintegrazione nel posto di lavoro), ovvero sostitutiva (la c.d. riassunzione o, più spesso, una indennità economica);
- infine, per essere realmente effettiva, la protezione dei lavoratori non può prescindere da una tutela processuale, sotto forma di facilità di accesso ai rimedi giurisdizionali del singolo Paese (in chiave di gratuità o di scarsa onerosità, a seconda delle condizioni economiche di colui che si duole di essere stato licenziato *contra ius*) e – elemento tradizionalmente trascurato, perlomeno in Italia – in chiave di celerità del processo.

Appare francamente inutile evidenziare, infatti, come riconoscere un risarcimento economico ad un operaio rimasto ingiustamente privo del posto di lavoro a distanza di anni, all'esito di un processo durato magari un decennio, non sia certo una misura effettiva di riparazione del danno da lui subito; ciò risulta vieppiù grave in un contesto del mercato del lavoro caratterizzato dalla disoccupazione dilagante, con conseguente difficoltà per il lavoratore di rinvenire un nuovo impiego e quindi una nuova fonte di reddito nelle more del giudizio, e dal numero di imprese che versino in stato di decozione e che vengano dichiarate fallite, con ulteriore rischio di non ottenere il risarcimento dovuto per effetto di un fallimento della società datrice di lavoro avvenuto nelle lunghe more del processo.

195 Le notizie di cronaca sono emerse a far luce in maniera preoccupante sulla situazione a partire dal *boom* di suicidi registrati nel corso del 2010, in cui ben 14 lavoratori occupati nella fabbrica-dormitorio di Shenzhen della società di tecnologie Foxconn – che produce prodotti tecnologici per i maggiori colossi dell'industria telefonica ed informatica quali Apple, HP, Sony, Motorola, Nintendo, e altri – si sono suicidati a causa delle dure condizioni di lavoro, soprattutto per quanto riguarda il numero di ore svolte e il livello di retribuzione tale da consentire a stento la mera sussistenza economica. In generale, per quanto riguarda gli articoli apparsi sulla stampa internazionale in merito al c.d. caso Foxconn e consultabili online, cfr. T. Branigan, *Chinese workers link sickness to n-hexane and Apple iPhone screens*, in *The Guardian*, 7 maggio 2010; J. Dean, *Apple, HP to examine Asian Supplier after string of deaths at factory*, *The Wall Street Journal*, 27 maggio 2010; *Suicides at Foxconn: light and death*, *The Economist*, 27 maggio 2010; J. Pomfret, *Foxconn worker plunges to death at Cina plant: report*, *Reuters*, 5 novembre 2010; C. Duhigg e D. Barboza, *In China, Human costs are built into an Ipad*, in *The New York Times*, 25 gennaio 2012; W. Matt, *Foxconn audit finds illegal overtime and unpaid wages at Apple factory*, *The Guardian*, 29 marzo 2012; M. Moore, *Protest at Chinese iPad maker Foxconn after 11th suicide attempt this year*, *The Telegraph*, 25 maggio 2012.

Protezione contro la possibilità di licenziare in assenza di ben determinate e tassative ragioni giustificatrici; protezione sotto forma di rimedi esperibili contro un licenziamento intimato in assenza di tali causali; infine, protezione nel processo: questi sono i tre fattori con i quali è necessario confrontarsi per comprendere il grado di tutela di cui il lavoratore può godere nel mantenimento del proprio posto di lavoro. Al primo di tali fattori vengono dunque dedicati il presente e il prossimo Capitolo, rinviando rispettivamente ai Capitoli Quinto e Settimo per l'analisi degli altri indici di tutela.

In via preliminare all'analisi delle causali giustificatrici del licenziamento previste dalla *Employment Contract Law*, occorre sottolineare che esse si applicano nei confronti della generalità dei lavoratori.

A partire dalla entrata in vigore della *Labor Law* nel 1994, e a maggior ragione a seguito dell'implementazione della protezione del lavoratore quale parte debole del rapporto operata dalla legge sul contratto di lavoro del 2007/2008, infatti, in Cina non esiste più – se non con una rilevantissima eccezione, di cui si darà subito atto – il **licenziamento *ad nutum***.

Con questa espressione si indica, come noto, un licenziamento che può essere intimato dal datore di lavoro in maniera del tutto svincolata dalla sussistenza di una ragione sostanziale che conduca al sorgere del suo potere di estinguere il rapporto di lavoro, in modo che egli possa provvedervi quando voglia e per qualunque motivo – anzi, *rectius*, in assenza di qualsiasi giustificazione.

Non essendo dovuta la sussistenza di un apprezzabile motivo di licenziamento, questo potrà così essere disposto nei confronti del lavoratore anche a prescindere dal rispetto degli oneri formali, ovverosia in forma orale e senza l'indicazione di alcuna motivazione¹⁹⁶.

Ora, nell'ordinamento italiano il licenziamento *ad nutum* costituiva la regola generale secondo la disciplina codicistica, in quanto l'art. 2118 c.c. prevedeva – e tutt'ora prevede, per le ipotesi di licenziamento “libero” che a tutt'oggi residuano a seguito dell'entrata in vigore della legge n. 604/1966 – la facoltà per le parti del rapporto di estinguere il medesimo con il solo rispetto del periodo di preavviso stabilito nel contratto collettivo applicato, in difetto del quale il recedente avrebbe dovuto corrispondere alla controparte la relativa indennità sostitutiva, quantificata nell'importo retributivo del quale il lavoratore avrebbe beneficiato durante il periodo di preavviso.

L'art. 2118 c.c., così, non ricollega il sorgere del potere datoriale di licenziare alla sussistenza di alcuna ragione di natura sostanziale. La giusta causa di risoluzione del rapporto, infatti, nell'impianto codicistico è prevista dall'art. 2119 esclusivamente come causa che consenta l'estinzione immediata del rapporto, dispensando così la parte recedente dal rispetto dell'onere del preavviso o della corresponsione dell'indennità sostitutiva.

È solo dall'entrata in vigore della legge n. 604/1966 che si è previsto che “*il licenziamento del prestatore di lavoro non può avvenire che per giusta causa ai sensi dell'articolo 2119 del Codice civile o per giustificato motivo*”, categoria giuridica, quest'ultima, introdotta dalla stessa legge n. 604 e specificata dall'art. 3.

Oltre alla necessaria sussistenza della giusta causa o del giustificato motivo quale ragione sostanziale del licenziamento, esso dovrà inoltre essere posto in essere nel rispetto dei requisiti formali richiesti dall'art. 2 della medesima legge del 1966, costituiti dalla forma scritta e dall'obbligo di corredare la comunicazione di licenziamento dell'indicazione dei motivi sottesi allo stesso.

196 Del resto, l'espressione latina *ad nutum*, con la quale viene tradizionalmente indicato il licenziamento libero di cui stiamo trattando, significa “*al [semplice] cenno*”, nel senso appunto che nei casi in cui è ammessa una tale tipologia di recesso datoriale, esso potrà avvenire senza il rispetto della forma scritta – altrimenti imposta tanto nell'ordinamento italiano quanto nell'ordinamento cinese quale requisito di legittimità del recesso, sia pure con effetti differenti in ordine alla sua mancata osservanza, cfr. Capitolo Sesto – , dell'onere di corredare la relativa comunicazione dell'indicazione dei motivi sottesi alla volontà estintiva, e soprattutto in difetto delle ragioni giustificatrici di natura sostanziale la cui necessaria sussistenza, nella generalità dei casi, costituisce la maggior forma di garanzia per il lavoratore, al punto da essere stata giudicata costituzionalmente necessitata dalla Consulta (Corte Costituzionale, sentenze 7 febbraio 2000, n. 46; 10 febbraio 2006, n. 56).

Se la tutela sostanziale – come si è visto, costituzionalmente necessitata – e formale predisposta dalla legge n. 604/1966 si applica nei confronti della generalità dei lavoratori, sussistono tuttavia residue fattispecie in cui l'estinzione del rapporto di lavoro, sottraendosi all'applicazione della legge n. 604, continua ad essere disciplinata dal regime codicistico degli articoli 2118 e 2119.

In relazione a tali fattispecie, pertanto, il licenziamento può tutt'ora essere disposto in assenza di giusta causa o di giustificato motivo, con il solo onere di preavviso, e in difetto di forma scritta e di indicazione delle ragioni sottese alla volontà estintiva del datore di lavoro recedente. Trattasi, per l'appunto, delle ipotesi di licenziamento *ad nutum* che residuano attualmente, e che sono naturalmente tassative, per le quali la Corte Costituzionale ha affermato la legittimità costituzionale della mancata applicazione dell'altrimenti ineliminabile tutela del posto di lavoro consistente nella necessaria giustificazione del licenziamento.

Nell'ordinamento italiano, vigono le seguenti categorie di lavoratori licenziabili *ad nutum*:

a- i dirigenti, per i quali è comunque previsto l'onere della forma scritta, e in relazione al cui rapporto di lavoro una tutela sostanziale dal licenziamento è sovente prevista dalla generalità dei contratti collettivi applicabili, che richiedono una sorta di “ragionevolezza” sottesa al licenziamento posto in essere nei loro confronti;

b- i lavoratori in prova, in relazione ai quali l'art. 2096, comma 3, c.c. stabilisce che “*durante il periodo di prova ciascuna delle parti può recedere dal contratto, senza obbligo di preavviso o d'indennità*”;

c- i lavoratori domestici;

d- gli sportivi professionisti, per i quali l'art. 4 della legge n. 91/1981 esclude l'applicazione delle norme di cui agli articoli 1, 2, 3 della legge n. 604/1966 (oltre che dell'art. 18 St. Lav.);

e- gli apprendisti al termine del periodo di formazione, *ex art. 42, comma 4, del d. lgs. n. 81/2015*, ai sensi del quale “*al termine del periodo di apprendistato [più propriamente il legislatore avrebbe dovuto riferirsi al “periodo di formazione”, n.d.s.] le parti possono recedere dal contratto, ai sensi dell'articolo 2118 del codice civile, con preavviso decorrente dal medesimo termine*”;

f- i lavoratori ultrasessantenni che abbiano raggiunto i requisiti contributivi per il godimento della pensione (art. 4 della legge n. 108/1990). In relazione a questi ultimi, in base alla lettera della legge il conseguimento del diritto a pensione da parte del lavoratore ultrasessantenne “*non costituisce una causa di risoluzione automatica del rapporto*¹⁹⁷, *né una giustificazione del licenziamento, ma libera il potere dal vincolo, consentendone da quel momento l'esercizio senza necessità di giustificazione e di forma scritta, permanendo soltanto il divieto del licenziamento discriminatorio*”¹⁹⁸.

Nell'ordinamento cinese, invece, alla luce della voluta generalità applicativa della *Employment Contract Law*, è possibile rinvenire una sola ipotesi di licenziamento *ad nutum*, ipotesi individuabile all'interno della stessa legge sul contratto di lavoro, e precisamente all'art. 71, e riguarda il licenziamento del lavoratore inquadrato con **contratto di lavoro a tempo parziale**.

Nel sistema giuslavoristico cinese tale fattispecie non costituisce, come in Italia, una semplice regolamentazione specifica avente a riferimento la delimitazione dell'orario di lavoro svolto dal dipendente rispetto all'orario normale di lavoro, ma rappresenta, invece, una apposita tipologia contrattuale a sé stante, che non rientra nella categoria generale di contratto di lavoro subordinato.

In altre parole, il contratto di lavoro *part time* costruito dalla *Employment Contract Law* si differenzia sensibilmente rispetto a quello contemplato all'interno del nostro ordinamento. In Italia, infatti, esso rappresenta un ordinario contratto di lavoro, a tempo indeterminato o a tempo

197 A differenza che nell'ordinamento cinese, nel quale, come visto in precedenza (cfr. Capitolo Secondo) il godimento del trattamento pensionistico da parte del dipendente sembra configurare una causa di risoluzione automatica del rapporto di lavoro. La differenza è duplice in quanto in Cina in realtà per l'operare della causa di estinzione automatica non è sufficiente il conseguimento del diritto alla pensione (come invece in Italia, sia pure al diverso fine dell'operare del potere datoriale di licenziamento *ad nutum*), essendo viceversa necessario l'effettivo godimento della pensione da parte del lavoratore.

198 A. Vallebona, *Istituzioni di diritto del lavoro. II. Il rapporto di lavoro*, Cedam, 2015, 620.

determinato, in cui l'unico elemento di specialità consiste nell'accordo tra le parti relativamente ad un orario di lavoro inferiore all'orario normale individuato in 40 ore settimanali ai sensi dell'art. 3 del d. lgs. n. 66/2003. La disciplina del contratto di lavoro a tempo parziale si rinviene agli articoli 4 e seguenti del d. lgs. n. 81/2015; l'art. 4 del resto è ben chiaro nell'evidenziare quanto si diceva, cioè che il contratto *part time* non consiste in altro che in una semplice sotto-categoria dell'ordinario contratto di lavoro subordinato: “*Nel rapporto di lavoro subordinato, anche a tempo determinato, l'assunzione può avvenire a tempo pieno, ai sensi dell'articolo 3 del decreto legislativo 8 aprile 2003, n. 66, o a tempo parziale*”.

Nell'ordinamento cinese, invece, il rapporto a tempo parziale costituisce una forma atipica di rapporto di lavoro, diversa dal rapporto di lavoro subordinato; non consiste cioè in un ordinario contratto di lavoro, avente quale unica peculiarità la riduzione di orario rispetto all'orario normale di lavoro di un dipendente a tempo pieno, ma rappresenta una vera e propria tipologia contrattuale a parte, con caratteristiche sue proprie, che si risolvono perlopiù in esenzioni e deroghe rispetto alle norme della *Employment Contract Law*.

Ciò è dimostrato, in primo luogo, dalla collocazione topografica della sua disciplina nell'ambito di una Sezione apposita della medesima *Employment Contract Law*, a parte rispetto alle disposizioni in materia di orario di lavoro contenute nella *Labor Law* del 1994.

Esso è definito dall'art. 68 come “*the hour-rate based employment relationship where the employee works no more than 4 hours per day and less than 24 hours per week on average with one employer*”.

La specialità di tale tipologia contrattuale emerge dalle disposizioni successive. In particolare, l'art. 69 consente alle parti di costituire un rapporto a tempo parziale anche in forma orale¹⁹⁹, mentre l'art. 70 esclude la possibilità per le parti di un tale rapporto di convenire l'effettuazione di un periodo di prova.

Ora, in materia di licenziamento, la specialità del rapporto di lavoro a tempo parziale emerge dall'art. 71, ai sensi del quale “*either of the two parties to part-time employment may give a notice to the other party at any time to terminate the employment, and in such a case the employing unit shall not pay any financial compensation*”.

La specialità del regime del licenziamento di tale rapporto atipico di lavoro consiste quindi:

a – nella mancata applicazione delle norme che disciplinano l'estinzione del rapporto di lavoro dal punto di vista sostanziale – come le disposizioni recanti la necessaria sussistenza di una ragione giustificatrice sottesa al licenziamento (articoli 39, 40 e 41)²⁰⁰ e quelle relative ai divieti di licenziamento (articoli 42 e 45) – e dal punto di vista formale/procedurale (contenute all'art. 46), contenute nel Capitolo Quinto della *Employment Contract Law*;

b – nella mancata previsione dell'obbligo del preavviso (la norma parla infatti consente letteralmente l'estinzione del rapporto “*at any time*”²⁰¹, diversamente dal periodo di preavviso minimo di trenta giorni previsto in generale per tutte le ipotesi di licenziamento con preavviso di cui agli articoli 40 e 41);

199 E questo è, a ben vedere, l'elemento principale che consente di affermare la differenza ontologica tra l'“ordinario” rapporto di lavoro subordinato e il rapporto *part time*, in quanto uno degli obiettivi della *Employment Contract Law* è stato proprio quello di imporre ai datori di lavoro di formalizzare l'instaurazione del rapporto di lavoro subordinato mediante un contratto scritto, senza eccezione alcuna, obiettivo salvaguardato dalle rigide conseguenze sanzionatorie (tanto sul versante del rapporto di lavoro quanto dal punto di vista amministrativo) previste dalla legge in caso di mancata stipulazione di un contratto di lavoro in forma scritta. Ora, il fatto che con riferimento invece al rapporto a tempo parziale l'art. 69, par. 1, espressamente consenta l'instaurazione del rapporto in forma orale (“*The two parties in a part-time employment relationship may enter into a verbal agreement*”), è il primo indice del fatto che esso è considerato dal legislatore *altro* rispetto all'ordinario rapporto di lavoro subordinato: esso, cioè costituisce un rapporto di lavoro atipico.

200 Oltre a quelle previste in materia di dimissioni (articoli 37 e 38): dunque anche il lavoratore *part-time* potrà estinguere il rapporto in forma orale e senza il rispetto del termine di preavviso di 30 giorni di cui all'art. 37.

201 随时, suí shí, letteralmente “in qualsiasi tempo”.

c – dalla inesistenza di una regolamentazione relativa all'estinzione del rapporto, deriva anche la mancata applicazione del regime sanzionatorio in caso di licenziamento illegittimo, di cui agli articoli 46, 47 e 48.

Così, è evidente che tale fattispecie è caratterizzata dal fatto che il licenziamento da parte del datore di lavoro è del tutto libero, *ad nutum*. Essa costituisce anzi l'unica ipotesi di recesso *ad nutum* prevista nell'ordinamento giuslavoristico cinese²⁰².

La ragione dell'esclusione delle tutele altrimenti previste per la generalità dei lavoratori è da rinvenire nel fatto che, dalle definizioni che il legislatore cinese dà del lavoro a tempo parziale, circoscritto ad una prestazione di lavoro non superiore alle 4 ore giornaliere e 24 settimanali, può probabilmente essere rinvenuta nella circostanza per cui tale categoria contrattuale abbia la funzione di disciplinare rapporti di lavoro di natura occasionale, se non altro dal punto di vista della quantificazione della prestazione lavorativa demandata al dipendente²⁰³.

Ciò premesso, l'individuazione delle ragioni in presenza delle quali è consentito al datore di lavoro licenziare un proprio dipendente è affrontata in diverse disposizioni della *Employment Contract Law*.

Per semplicità, schematizzando può dirsi che a seconda delle ragioni legittimanti il licenziamento, la *Employment Contract Law* prevede diverse tipologie del medesimo, a seconda che il datore di lavoro debba o meno concedere al lavoratore licenziando un periodo di preavviso.

Può così distinguersi tra:

- licenziamento senza preavviso (che come vedremo è disciplinato dall'art. 39 della *Employment Contract Law*), e
- licenziamento con preavviso (che rinviene la propria regolamentazione agli articoli 40 e 41).

Si tratta di una *summa divisio* parzialmente coincidente con la rispettiva distinzione di cui all'ordinamento italiano.

Invero, anche in quest'ultimo il codice civile distingue tra licenziamento con preavviso (art. 2118 c.c.) e licenziamento privo di preavviso (art. 2119 c.c.), solo che è esplicito nel collegare quest'ultimo alla giusta causa, intesa come “*causa che non consenta la prosecuzione nemmeno provvisoria del rapporto*” (così il medesimo art. 2119 c.c. da ultimo citato).

202 A ciò si aggiunga che i lavoratori *part-time* sono onerati del versamento totale dei contributi previdenziali, mentre nel rapporto di lavoro subordinato “ordinario” l'onere del relativo pagamento è suddiviso tra le parti del rapporto (per un approfondimento del sistema previdenziale vigente nell'ordinamento cinese, cfr. Capitolo Ottavo). La dottrina ha evidenziato l'ovvia relazione tra la scarsa tutela predisposta dalla legge per questa categoria di lavoratori e l'aumento del ricorso a tale tipologia contrattuale atipica: “*part-time employees in China nearly have no equal protection with other employees. Also, according to the Guidelines on the Employment of Part-Time Laborers [pubblicata dal Ministero delle Risorse Umane e della Sicurezza Sociale il 30 maggio 2003, n.d.s.], the part-time employees need to pay for social insurance premium by themselves (the industrial injury premium is by the employer). Under such regulation, only those who could not find a full-time job will choose part-time jobs. After the enforcement of the Employment Contract Law, the number of part-time employees in China has been increasing, for the regulations of the full-time employment are strict. Under full-time employment, the employers need to pay compensation to the employees when the employer terminates or the employee gets discharged. Under this situation, more and more employees have been reduced to part-time employment from full-time employment*”: Li Kungang, *Practice and problems: the Fixed-term Employment Contract in China*, in R. Blanpain, H. Nakakubo e T. Araki (a cura di), *Regulation of Fixed-term Employment Contracts: A Comparative Overview*, 2010, *Kluwer Law International BV*, 134. Di questi aspetti occorrerà tener conto quando si analizzerà la fattispecie di licenziamento per ragioni oggettive prevista dall'art. 40, num. 3), della *Employment Contract Law*, la quale legittima il recesso datoriale – al ricorrere di un mutamento radicale della situazione oggettiva sottesa all'instaurazione del rapporto di lavoro con il dipendente licenziando – laddove il datore di lavoro abbia proposto una modifica contrattuale al lavoratore (nell'adempimento di un onere di *repechage* previsto a livello legislativo): ora, è chiaro che la proposta di passaggio da un impiego *full-time* ad un contratto a tempo parziale non comporta, come nel nostro ordinamento, soltanto una diminuzione del numero di ore lavorate e quindi della retribuzione, ma anche una complessiva degradazione della protezione legale sulla quale il dipendente può contare, di talché il suo eventuale rifiuto merita di essere considerato alla luce di tale fattore.

203 Concorde V. Fili, *Strumenti 'glocal' di tutela dei diritti dei lavoratori*, in L. Montuschi (a cura di), *Un diritto in evoluzione. Studi in onore di Yasuo Suwa*, Giuffrè, 2008, 121.

In altre parole, l'ordinamento italiano distingue sì le diverse tipologie di licenziamento a seconda dell'obbligo o meno del preavviso gravante su parte datoriale, ma è abbastanza chiaro nel ricollegare le ipotesi di licenziamento senza preavviso (detto anche, nella prassi, licenziamento *in tronco*) ad ipotesi in cui, a causa della commissione di un grave inadempimento da parte del lavoratore, tale da impedire al rapporto di proseguire per un periodo anche minimo, e cioè durante il periodo di preavviso, il rapporto deve essere interrotto con immediatezza, in vista della salvaguardia dell'interesse datoriale.

L'art. 2119 c.c. risulta cioè molto chiaro nel connettere il recesso in tronco alla presenza di una giusta causa di risoluzione del rapporto.

È importante sottolineare questo aspetto metodologico, perché esso sarà utile nel tentare di risolvere questioni pratiche spinose: la legge italiana offre nozioni ontologiche di giusta causa, giustificato motivo soggettivo e giustificato motivo oggettivo, riconnettendo soltanto alla prima ipotesi la possibilità di recesso immediato dal rapporto, e nelle altre due ipotesi la possibilità sì di recedere legittimamente, ma solo con la concessione del termine di preavviso.

La legge cinese, invece, non pone alcun concetto ontologico alla base delle diverse ipotesi nelle quali è consentito il recesso datoriale, limitandosi a prevedere, accanto a fattispecie in cui è concesso al datore di lavoro di licenziare in tronco il dipendente, fattispecie in cui invece deve essere rispettato un termine di preavviso.

Ma – e questo è il punto rilevante – esse sono elencate senza che la rispettiva disposizione o la relativa rubrica si preoccupino di offrire un criterio unificatore delle varie ipotesi che sono elencate nei rispettivi articoli.

All'interprete che debba confrontarsi con la *Employment Contract Law*, pertanto, spetta un compito più difficile rispetto a colui che opera in Italia: egli infatti dovrà non solo tentare di riempire di significato le categorie legali inerenti le ragioni che sole legittimano il recesso (giusta causa, giustificato motivo soggettivo, giustificato motivo oggettivo), come in Italia, ma dovrà, già *a priori*, risalire ad un criterio unificatore posto alla base rispettivamente del licenziamento in tronco e del licenziamento con preavviso.

* * *

3.2 Il licenziamento senza preavviso

Le ipotesi che la *Employment Contract Law* prende in considerazione per consentire al datore di lavoro di licenziare senza preavviso – e senza il pagamento dell'indennità economica altrimenti prevista per ogni caso di *termination of the contract* – sono elencate all'**art. 39**, che appare opportuno riportare integralmente:

“The employer may dissolve the labor contract when an employee is under any of the following circumstances:

(1) being proved unqualified for recruitment during the probation period;

(2) seriously violating the rules and regulations of the employing unit;

(3) causing major losses to the employing unit due to serious dereliction of duty or engagement in malpractices for personal gain;

(4) concurrently establishing a labor relationship with another employing unit, which seriously affects the accomplishment of the task of the original employing unit, or refusing to rectify after the original employing unit brings the matter to his attention;

(5) *invalidating the labor contract as a result of the circumstances specified in Subparagraph (1) of the first paragraph of Article 26 of this Law; or*

(6) *being investigated for criminal responsibility in accordance with law”.*

Si tenta ora di offrire un’analisi compiuta di ciascuna di tali ipotesi giustificatrici del licenziamento in tronco, nel costante confronto del diritto vivente affermatosi nel nostro ordinamento e in quello cinese.

3.2.1 La mancanza delle qualifiche richieste per l’assunzione (“Durante il periodo di prova, è dimostrato che [il lavoratore] difetta delle qualifiche richieste per l’assunzione”)

Già con la prima delle causali che consentono il licenziamento immediato senza concessione al lavoratore del termine di preavviso, si cominciano a porre i primi problemi in punto di *enforcement* pratica della legge, posta la frattura che si riscontra tra la normativa vigente (piuttosto favorevole per il lavoratore, molto più rispetto alla corrispettiva disciplina italiana in materia di patto di prova) e la sua applicazione pratica.

Il patto di prova è regolato, all’interno della *Employment Contract Law*, dagli articoli da 19 a 21, dei quali quello che si occupa specificamente del recesso datoriale durante tale periodo è l’**art. 21**²⁰⁴. Quest’ultimo sembra porre come regola generale il divieto per il datore di lavoro di recedere dal rapporto durante il periodo di prova.

204 L’art. 19 si concentra invece sulla quantificazione massima del *probation period*, individuandola sulla base della durata del contratto che viene stipulato:

- se l’assunzione riguarda un contratto a tempo determinato di durata compresa tra tre mesi e un anno, il periodo di prova non può eccedere un mese;
- se il rapporto instaurando è di durata compresa tra uno e tre anni, il periodo di prova non può superare i due mesi;
- per i contratti di durata superiore a tre anni o a tempo indeterminato, le parti possono convenire un periodo di prova di massimo sei mesi.

È invece precluso alle parti la stipulazione di un *probation period* nel caso di contratti di durata inferiore a tre mesi o la cui scadenza coincide con il compimento del compito affidato, nonché nel caso di instaurazione di un rapporto a tempo parziale (art. 70).

Appare opportuno ricordare che in Italia, invece, la durata massima del periodo di prova è demandata alla contrattazione collettiva; in ogni caso, però, la legge sul licenziamento individuale (n. 604/1966), all’art. 10, prevede che dopo sei mesi dal momento dell’instaurazione del rapporto di lavoro trovi applicazione il regime di necessaria giustificazione del recesso, con la conseguenza che la stipulazione di un periodo di prova più lungo non porterebbe alcuna utilità in capo al datore di lavoro.

Si ricordi altresì che il periodo di prova è da intendersi come periodo di lavoro effettivo, con la conseguenza che non sono computabili, in tale lasso temporale, eventuali sospensioni del rapporto; la prova sarà così da intendersi sospesa in caso di malattia, ferie, maternità o sospensione dell’attività aziendale, mentre invece nessuna rilevanza dispiegheranno i riposi settimanali e festivi, dovendo osservarsi, secondo l’orientamento prevalente, il calendario comune.

Per quanto riguarda, ancora, la *Employment Contract Law*, l’art. 20, a sua volta, prevede la possibilità di convenire un solo periodo di prova tra le medesime parti, anche nel caso in cui il lavoratore torni alle dipendenze del suo precedente datore di lavoro dopo un intervallo non lavorato o nel quale sia stato alle dipendenze di altra impresa.

Da notare, inoltre, che la previsione di un *probation period* deve necessariamente essere stipulata per iscritto e all’interno del contratto di assunzione. Tale disposizione è prevista allo scopo di evitare che il datore di lavoro che non sia soddisfatto della prestazione lavorativa di un suo dipendente assunto senza la stipulazione di un periodo di prova, possa inserire un tale patto a seguito dell’assunzione. Così, se le parti formalizzano il *probation period* all’interno di un contratto separato dal contratto individuale di lavoro, né da questo richiamato, tale patto è inevitabilmente destinato ad essere considerato *tamquam non esset*.

Con riferimento alla retribuzione di cui deve godere il lavoratore assunto in prova, l’ordinamento cinese consente che il datore di lavoro possa riconoscergli un livello retributivo inferiore rispetto a quanto percepirà alla fine del periodo di prova; tuttavia, l’art. 15 del *Regulation on the Implementation of the Employment Contract Law* dispone che “*an employee’s wages during probation shall not be less than 80% of the minimum wages for the same post of the employer or 80% of the wages stipulated in the employment contract, and shall not be less than the minimum wage level of the*

In realtà, la disposizione non brilla per chiarezza, e reca con sé problematiche difficilmente risolvibili in via interpretativa.

La lettera dell'art. 21 è la seguente:

*“An employing unit **may not resolve a labor contract** during the probation period **unless the worker is found in one of the circumstances specified in Article 39 or Subparagraph (1) or (2) in Article 40 of this Law. If an employing unit revokes a labor contract during the probation period, it shall explain the reasons to the worker”***.

Ciò che balza subito agli occhi è che la **regola generale** si pone nel senso del **divieto di licenziamento durante il periodo di prova**, costituendo le possibilità concesse alla parte datoriale di recedere dal rapporto soltanto delle ipotesi eccezionali, nell'intenzione del legislatore.

In altre parole, la disposizione in esame permette il licenziamento del lavoratore in prova soltanto in presenza delle condizioni che consentono un recesso in tronco (e quindi di fattispecie assimilabili al concetto nostrano di “giusta causa”) e in presenza di alcune delle ipotesi che legittimano il recesso con preavviso per motivazioni di carattere oggettivo²⁰⁵, e comunque sia per ragioni ed in ipotesi comuni alla generalità dei lavoratori.

In ciò si riscontra una prima, evidentissima, differenza normativa tra l'ordinamento cinese e l'ordinamento italiano.

Quest'ultimo, infatti, legittima le parti a recedere dal rapporto di lavoro durante il periodo di prova *ad nutum*, cioè a prescindere da una qualsiasi ragione giustificatrice. L'art. 10 della legge n. 604/1966 afferma che le tutele poste dalla medesima legge in materia di licenziamento individuale (prima di tutto quella, fondamentale e dotata di copertura costituzionale, di cui all'art. 1, che prevede la necessaria sussistenza di una causa giustificatrice per l'estinzione del rapporto di lavoro da parte datoriale, ma poi anche quelle non meno importanti previste in materia di forma, procedura, motivazione, *etc.*) non si applichino nel caso in cui il rapporto sia caratterizzato dalla stipulazione di un periodo di prova iniziale, per un periodo di tempo in ogni caso non superiore a sei mesi.

Così, durante tale periodo “di esperimento” il lavoratore potrà essere licenziato financo per qualsiasi motivo, senza che egli possa invocare l'illegittimità del recesso subito per l'assenza di una valida giusta causa o di un valido giustificato motivo, proprio in virtù della non applicabilità delle tutele poste dalla legge n. 604.

place where the employer is located”. La riduzione massima del livello retributivo da riconoscere al dipendente in prova, pertanto, è effettuata mediante il confronto con il personale stabile, ma comunque non può essere inferiore al livello minimo standard territorialmente previsto dal Governi locali con appositi atti regolamentari. Ne deriva che un lavoratore che venga assunto con una retribuzione pari al minimo locale non potrà subire, durante l'iniziale periodo di prova, alcuna riduzione del suo salario o stipendio. Giova ricordare che in Italia, invece, nessuna disposizione consente al datore di lavoro di ridurre la retribuzione al lavoratore neo-assunto per effetto della stipulazione di un periodo di prova (da non confondere il lavoratore in prova con l'apprendista!).

Infine, riguardo al periodo di prova deve darsi atto della disposizione di cui all'art. 83 della *Employment Contract Law*, ai sensi del quale in caso di violazione di una delle norme di cui sopra (per esempio, in caso di stipulazione di un *probation period* di durata superiore a quella massima stabilita dalla legge) il *Labor Administration Department* è legittimato ad intervenire nei confronti del datore di lavoro impartendogli l'ordine di correggere il contratto *in parte qua*. Si tratta di un'interessante previsione di un potere di etero-integrazione del contenuto del contratto, per di più da parte di un organo di natura amministrativa e non giurisdizionale, del tutto priva di corrispondenti nel nostro ordinamento. Inoltre, in tale caso al lavoratore spetta il pagamento di una “*compensation in light of the time worked on probation beyond the statutory probation period, at the rate of worker's monthly salary after probation*”: sorta di forfettizzazione del risarcimento del danno patito dal lavoratore per l'eccedenza del periodo di prova rispetto al massimo come per legge.

205 Precisamente, l'art. 21 fa riferimento all'ipotesi di cui all'art. 40, n. 1 (“*The worker is unable to take up his original work or any other work arranged by the employing unit on the expiration of the specified period of medical treatment for illness or for injury incurred when not at work*”) e n. 2 (“*The worker is incompetent for the post and remains incompetent after receiving a training or being assigned to another post employee is incompetent to his position or is still so after training or changing his position*”), sulle quali ci si soffermerà *infra*, nella parte di questo Capitolo dedicata al licenziamento con preavviso per motivazioni *lato sensu* oggettive.

Ne deriva che alla scadenza del periodo di prova o durante il medesimo, salvo pattuizione di una durata minima, è consentito ad entrambe le parti il **recesso libero senza preavviso** (come confermato anche dall'art. 2096, comma 3, c.c.); e il mancato gradimento dell'altro contraente è rimesso a insindacabili valutazioni di convenienza, attinenti non solo agli aspetti strettamente professionali, ma anche alla complessiva condotta del lavoratore²⁰⁶.

Il recesso per esito negativo della prova non è sottoposto ad oneri di natura formale, non richiedendo la forma scritta né la motivazione né il rispetto di un termine di preavviso.

La grande libertà che in Italia viene riconosciuta dalla legge al datore di lavoro di licenziare il lavoratore in prova, tuttavia, a ben vedere non è assoluta, in quanto la giurisprudenza richiede comunque una certa coerenza tra il recesso e la causa del patto; conseguentemente il lavoratore è ammesso a provare che il recesso è stato determinato da motivo illecito o che la prova non si è svolta in tempi congrui o con modalità adeguate, e che così l'estinzione del rapporto dipende da motivazioni che esulano dal mancato gradimento da parte del datore di lavoro che costituisce, invece, la *ratio* della configurazione da parte della legge del periodo di prova come un periodo privo della tutela sostanziale prevista contro il licenziamento (per il lasso temporale massimo di sei mesi, arg. *ex art.* 10, legge n. 604/1966).

In primo luogo, il recesso libero consentito alla parte datoriale nelle more del periodo di prova naturalmente non legittima quest'ultima a licenziare il dipendente per motivi discriminatori o illeciti²⁰⁷.

Così, proprio sulla base della necessaria tutela dei lavoratori in stato di disabilità da possibili intenti discriminatori del datore di lavoro, è stata affermata l'illegittimità del licenziamento – nonostante la sua intimazione durante il periodo di prova – del lavoratore disabile adibito a mansioni incompatibili con lo stato di invalidità²⁰⁸.

Il licenziamento nel periodo di prova non reggerà il vaglio giudiziale, in secondo luogo, in tutti i casi in cui al dipendente non venga concretamente attribuita alcuna mansione, o in cui la verifica circa le sue attitudini professionali venga condotta sulla base di mansioni diverse rispetto a quelle di assunzione²⁰⁹, o in cui vi sia l'attribuzione in via continuativa e non episodica di mansioni ulteriori e aggiuntive rispetto a quelle indicate nel patto di prova.

Le cennate fattispecie sono tutte caratterizzate dalla circostanza per cui il recesso avviene, durante il periodo di prova, sì al di fuori di alcun intento discriminatorio, ma senza che il lavoratore sia stato impiegato, durante lo svolgimento del rapporto, nelle mansioni indicate in contratto e a cui, conseguentemente, si riferiva l'esigenza di "esperimento" cui era funzionalizzata la stipulazione del periodo di prova.

In tal caso, occorre riconoscere che, se la prova è funzionale alla verifica delle caratteristiche della prestazione svolta dal lavoratore, e se è altrettanto vero che la prestazione di lavoro è definita, a livello contrattuale, dalle mansioni indicate, allora l'adibizione del dipendente a mansioni differenti da quelle indicate in contratto o l'indicazione eccessivamente generica di queste²¹⁰, non

206 Infatti, l'oggetto della verifica che costituisce la causa della stipulazione del periodo di prova può essere costituito non solo dalle qualità professionali del lavoratore, ma anche dal suo comportamento e dalla sua personalità complessiva, la quale può essere desunta pure dalla sua correttezza e dal modo in cui manifesta la sua personalità: in tal senso, cfr. per esempio Corte di Cassazione, sentenza 18 febbraio 1995, n. 1741.

207 Peraltro, con specifico riferimento al recesso per esito negativo della prova con la lavoratrice in gravidanza, il legislatore ha espressamente stabilito che il divieto di licenziamento della lavoratrice in gravidanza non opera nel caso di recesso per esito negativo della prova (art. 54, comma 3, lett d, d.lgs. n. 151/2001), oltre che nei casi di colpa grave della lavoratrice costituente giusta causa, cessazione dell'attività aziendale, cessazione del termine.

208 Cfr. Corte di Cassazione, sentenza 27 ottobre 2010, n. 21965.

209 A prescindere che le stesse siano inferiori o superiori rispetto a quelle indicate nel contratto: ad esempio è stato ritenuto illegittimo il licenziamento del lavoratore che, assunto in prova con la qualifica di responsabile delle risorse umane, è stato adibito per l'intera durata della prova a mansioni di addetto alla vendita (Corte di Cassazione, sentenza 12 dicembre 2005, n. 27310).

210 Si tenga conto, infatti, che il patto di prova – oltre a dover risultare da atto scritto – deve anche contenere la specifica indicazione delle mansioni da espletare, o meglio delle mansioni alle quali la prova si riferisce. Così, è da ritenere che a tal fine il riferimento al sistema classificatorio predisposto dalla contrattazione collettiva applicata al

consentirebbero al lavoratore di essere valutato su parametri giuridicamente vincolanti. Ne consegue che diviene illegittimo il licenziamento in caso di mancata adibizione alle mansioni contrattualmente previste.

Ancora, anche l'inadeguatezza della durata dell'esperimento è stata giudicata causa di illegittimità del licenziamento, con onere del lavoratore di provare che il periodo intercorrente tra il momento dell'assunzione e il momento del recesso è stato in concreto e di fatto insufficiente (magari anche per la concomitante presenza di cause di sospensione) a permettergli di mostrare le proprie competenze e così di condurre la prova con esito positivo.

Al di fuori di queste ipotesi, comunque, il licenziamento di un lavoratore in prova costituisce nel nostro ordinamento un licenziamento libero, *ad nutum*.

Di conseguenza, spesso il consulente italiano consiglia al proprio cliente, che intenda licenziare un dipendente in prova, di non esplicitare alcuna motivazione nella lettera di licenziamento, se non un generico "*recesso durante il periodo di prova*"²¹¹. Essendo quest'ultimo, infatti, assolutamente libero (una delle residuali, eccezionali e tassative ipotesi di licenziamento *ad nutum* previste dall'ordinamento), insieme alla sussistenza di una adeguata ragione giustificatrice viene logicamente meno anche la necessità dell'indicazione della rispettiva motivazione nell'atto scritto del recesso. L'indicazione di una giustificazione, pertanto, è spesso considerata "pericolosa" dai legali in quanto poi, in un eventuale successivo contenzioso, necessiterebbe di adeguata dimostrazione da parte di quel medesimo datore di lavoro che avrebbe potuto licenziare il dipendente senza addurre alcuna motivazione e mettendosi al riparo, così, da iniziative da parte di quest'ultimo.

singolo rapporto sia sufficiente soltanto se il richiamo è fatto alla articolazione più dettagliata del profilo professionale contenuta nel contratto collettivo (per esempio, non sarebbe valido il generico riferimento al IV livello del C.c.n.l. Commercio, dovendosi indicare lo *specifico* profilo professionale: così, nell'ambito dell'indicato livello contrattuale, è stato ad esempio ritenuto valido in giurisprudenza il patto di prova in relazione alla qualifica di "magazziniere").

211 Addirittura, spesso si consiglia di non apporre, nella lettera di licenziamento, la frase "*licenziamento per mancato superamento della prova*", perchè in tal caso si offrirebbe al lavoratore la possibilità di impugnare il recesso e di provare la non veridicità di tale elemento fattuale, la possibilità cioè di dimostrare che egli svolgeva le proprie mansioni in maniera identica (od almeno simile) rispetto agli altri dipendenti di quell'impresa e che l'esito dell'esperimento, così, era da considerare positivo. In una simile ipotesi, verrebbe meno la ragione giustificatrice apposta (del tutto inutilmente) dal datore di lavoro e il Giudice potrebbe così dichiarare illegittimo il licenziamento, condannando il datore di lavoro a riammettere in servizio il lavoratore licenziato.

Peraltro, bisogna dare atto di un meno rigido orientamento giurisprudenziale (si veda la recentissima sentenza di Corte di Cassazione, 18 gennaio 2017, n. 1180), che afferma che in capo al lavoratore ricorrente contro un licenziamento intimatogli nel periodo di prova grava l'onere di dimostrare puntualmente non solo il positivo superamento della prova da parte sua, ma anche che il recesso dipende da elementi estranei rispetto all'esperimento lavorativo e sia, di conseguenza, fondato su ragioni discriminatorie o su un motivo illecito e sia, pertanto, nullo: "*la valutazione datoriale in ordine all'esito della prova è ampiamente discrezionale, sicché la prova da parte del datore di lavoro dell'esito positivo dell'esperimento non è di per sé sufficiente ad invalidare il recesso, assumendo rilievo tale circostanza se ed in quanto manifesti che esso è stato determinato da motivi diversi*".

Nell'altra ipotesi considerata nel testo, di illegittimità del licenziamento del lavoratore in prova per adibizione dello stesso a mansioni diverse da quelle indicate in contratto, la conseguenza sembrerebbe essere, in maniera immediata, l'accertamento del difetto di motivazione, con conseguente applicazione della tutela risarcitoria "dimezzata" di cui all'art. 18, comma 6, St. Lav. o di cui all'art. 4 del d. lgs. n. 23/2015.

Per altro verso si potrebbe invece sostenere – come in effetti ha sostenuto la Corte di Cassazione nella sentenza 3 agosto 2016, n. 16214 – che nel momento in cui il patto di prova è dichiarato nullo, il richiamo al mancato superamento della prova è totalmente inidoneo a costituire una valida ragione giustificatrice del recesso, ed il vizio è tale da determinare l'applicazione della tutela reintegratoria e risarcitoria, prevista dal comma 4 del "nuovo" art. 18, legge n. 300/1970, come modificato dalla riforma Fornero del 2012, per le ipotesi più evidenti di discostamento del recesso dalle relative fattispecie legittimanti. Così, se divengono difficilmente sostenibili in giudizio ragioni oggettive addotte dal datore di lavoro (ad esempio, la successiva assunzione di altro lavoratore in prova renderebbe insostenibile la tesi processuale della valutazione sull'organizzazione del lavoro posta alla base del recesso), è verosimile che la valutazione del Giudice si sposti su ragioni di natura sostanziale, di natura disciplinare od economica alla luce delle prospettazioni fattuali introdotte in giudizio dal lavoratore, con conseguente possibile applicazione, nei casi che ancora la consentono, della reintegrazione in servizio del dipendente licenziato.

Se dunque in Italia il recesso durante il periodo di prova è assolutamente libero per entrambe le parti (tranne nelle ben specifiche ipotesi sopra viste), situazione opposta sembra sussistere all'interno dell'ordinamento cinese.

Come abbiamo visto, infatti, l'art. 21 della *Employment Contract Law* sembra costruire il *probation period* come un periodo di tempo che potremmo definire *termination-free*, privo di pericoli di licenziamento per il lavoratore, in quanto evidentemente tale periodo risulta finalizzato a consentire a quest'ultimo di dimostrare di essere in grado di svolgere le mansioni affidategli.

Tale visione sembra confermata dall'art. 19 della *Regulation and Implementation of the Employment Contract Law*, il quale prevede la possibilità per il datore di lavoro di licenziare il dipendente in prova solo nell'ipotesi in cui questi “*is proved to have failed to meet the employment conditions during the probation*” (ipotesi coincidente con quella di cui all'art. 39, num. 1), della *Employment Contract Law*).

Così interpretato, l'art. 21 apparirebbe anche convincente, in quanto la sua *ratio* consisterebbe nel tutelare il lavoratore nel momento di maggiore debolezza nel corso del rapporto, ovvero subito dopo la sua assunzione, consentendogli di poter dimostrare le sue competenze nell'esecuzione dei compiti affidategli senza la preoccupazione di essere costantemente al centro dell'attenzione continua da parte del datore di lavoro puntata sulla sua efficienza.

In tal modo, il combinato disposto delle due disposizioni si attesterebbe nel senso di tutelare il dipendente e non il datore di lavoro: al centro dell'ottica del legislatore del 2008 vi sarebbe l'intenzione di costruire a favore del dipendente – parte debole del rapporto – un **diritto alla prova**, ossia il diritto a potersi mettere in mostra nell'esecuzione della prestazione oggetto del contratto di lavoro²¹² senza possibilità di subire un recesso prima della fine del *probation period*.

La legge italiana in relazione al patto di prova, invece, costruisce un diritto del datore di lavoro a poter recedere liberamente dal contratto nel periodo immediatamente successivo all'assunzione del nuovo lavoratore: situazione giuridica soggettiva (diritto potestativo) dipendente, secondo la manualistica²¹³, dal mancato gradimento della prestazione lavorativa svolta dal dipendente in prova, ovviamente in relazione all'opportunità di proseguire il rapporto lavorativo con quel singolo dipendente.

La normativa cinese sul punto, poi, avrebbe anche il vantaggio di impedire che il recesso di un lavoratore durante il periodo di prova sia dettato da ragioni diverse dalla sua competenza e dall'esito dell'esperimento, così impedendo a monte il verificarsi di quelle situazioni patologiche sopra accennate.

Ciò risulta confermato dall'analisi delle sole ipotesi in cui il datore di lavoro è legittimato a licenziare il lavoratore in prova, richiamate dall'art. 21 il quale fa riferimento all'art. 39 e all'art. 40, n. 1) e n. 2).

Nessun problema pone il richiamo all'art. 39: tale disposizione individua causali di licenziamento che, come vedremo, sono tutte assimilabili, in misura maggiore o minore, alla “giusta causa” italiana. E' intuibile che il dipendente in prova che ponga in essere fatti disciplinarmente rilevanti possa legittimamente essere destinatario di provvedimenti di natura disciplinare, anche di natura espulsiva come il licenziamento in tronco, al pari di ogni altro dipendente. Così, che il lavoratore in prova che “*seriously violates the rules and procedures set up by the employer*”, o che “*simultaneously enters an employment relationship with other employers and thus seriously affects his completion of the tasks of the employer, or refuses to make the ratification after his employer*

212 Tale interpretazione è rafforzata anche dall'etimologia dell'espressione “periodo di prova” nella lingua cinese, ossia 试用期, shìyòngqī, laddove il termine 试, shì, significa “esame”. Ne emerge l'impressione di un periodo di esame, in cui, se da un lato il lavoratore può essere, per l'appunto, “esaminato” relativamente alle modalità di prestazione dell'attività lavorativa, dall'altro lato ha il diritto di effettuare tale esame integralmente, per tutto il periodo per esso previsto.

213 G. Suppiej – M. De Cristofaro – C. Cester, *Diritto del lavoro. Il rapporto individuale*, Cedam, 2008, 193; A. Vallebona, *Istituzioni di diritto del lavoro. II. Il rapporto di lavoro*, Cedam, 2015, 103.

points out the problem” (art. 39, n. 2 e n. 4) sia licenziabile disciplinarmente, al pari di tutti gli altri dipendenti del medesimo datore di lavoro, non solleva alcuna questione problematica.

Chiaro, il caso di licenziamento disciplinare del lavoratore in prova per l’ipotesi (contemplata dall’art. 39, n. 3) in cui il dipendente involontariamente cagioni un danno rilevante all’impresa datrice in maniera non dolosa ma solo colposa, a prima vista potrebbe lasciare perplessi perché si arriverebbe a sanzionare pesantemente il prestatore per danni cagionati a causa della propria poca esperienza, proprio in un lasso temporale in cui generalmente l’art. 21 escluderebbe la possibilità di licenziarlo.

Ma tale perplessità, a ben vedere, non ha ragion d’essere, se non altro in quanto il *probation period* non deve essere confuso con un periodo di addestramento, di *training* o di istruzione (latamente assimilabile al nostro apprendistato), ma involge lavoratori non necessariamente privi di esperienza, avendo la (diversa) funzione di consentire alle parti di valutare il reciproco vantaggio nella prosecuzione del rapporto di lavoro all’esito dell’esperimento.

Inoltre, il fatto che l’art. 39, n. 3) richieda che il grave danno in capo a parte datoriale sia cagionato dal lavoratore il quale “*seriously neglects his duties*” introduce una sorta di *culpa lata* che, per tradizione millenaria, *dolo aequiparatur*: in altre parole, il doppio requisito della rilevanza, tanto del danno cagionato, quanto della negligenza della condotta del lavoratore, lo rende inescusabile nonostante egli sia in prova: con conseguente legittimità del provvedimento disciplinare irrogato nei suoi confronti dalla controparte datoriale.

Quanto alla prima ipotesi di cui all’art. 39, ovvero l’ipotesi in cui “*it is proved that the employee does not meet the recruitment conditions during the probation period*”, trattasi di una causa di licenziamento in tronco che difficilmente – come si vedrà nel paragrafo seguente – può inquadrarsi nell’ambito della nozione di “giusta causa”, in quanto non necessariamente qui viene in rilievo un comportamento disciplinarmente rilevante del lavoratore²¹⁴, ma tutt’al più emergono interessi aziendali che la legge riconosce diritto del datore di lavoro tutelare.

Ed è proprio sotto questo aspetto che emergono i profili che impediscono abbastanza chiaramente il recesso nel periodo di prova²¹⁵. – o, *rectius*, lo consentono negli stessi termini in cui è consentito in relazione al resto dei dipendenti²¹⁶.

Per quanto riguarda, nello specifico, il concetto di lavoratore che “*non abbia le condizioni / i requisiti richiesti per l’assunzione*”, tale concetto è stato specificato ad opera di un recentissimo documento interpretativo emanato congiuntamente dall’Alta Corte e dalla Commissione Arbitrale di Pechino il 24 aprile 2017: trattasi delle *Answers to Questions of Law Application in the Handling*

214 A meno di non voler considerare l’ipotesi in cui il lavoratore, per soddisfare le *recruitment conditions*, ponga in essere un’attività di falsificazione giuridicamente rilevante (falsificazione di un documento riguardante un titolo, abuso di un titolo professionale, rilascio di una falsa autocertificazione, e così via). In questo caso infatti il lavoratore sarà senza dubbio sanzionabile con un licenziamento *ex art. 39, n. 1)*, inquadrabile nell’ambito soggettivo – *sub specie* di condotta disciplinarmente rilevante del dipendente – piuttosto che nell’ambito oggettivo della rispondenza del bagaglio professionale del medesimo alle esigenze dell’impresa, come indicato nel testo.

215 Ulteriormente rafforzate dall’art. 19 della *Regulation and Implementation of the Employment Contract Law*, citata nel testo.

216 Sull’interpretazione dell’art. 39, num. 1), così, mi permetto di dissentire dalla lettura che ne dà V. Fili, *Strumenti ‘glocal’ di tutela dei diritti dei lavoratori*, cit., 122, secondo la quale “*il recesso solo apparentemente non è ad nutum, perché necessita di giustificazione, ma sostanzialmente lo è consentendosi il licenziamento per ‘inadeguatezza’ alle mansioni richieste dal contratto (articolo 39, comma 1, n. 19, che quindi rende l’istituto molto simile all’ipotesi prevista nel sistema italiano di recesso libero per mancato superamento della prova (articolo 2096, comma 3, c.c., e articolo 10, legge n. 604 del 1966)*”. Invero, come osservo nel testo, la “mancata rispondenza alle condizioni di assunzione” – quella che l’Autrice giustamente identifica in una sorta di “inadeguatezza”, nella valutazione datoriale, del lavoratore alle mansioni cui è adibito – richiesta dalla norma in esame quale causale giustificatrice del licenziamento del dipendente in prova, deve essere sorretta da una puntuale dimostrazione, sicché non vedo come possa essere configurata come ipotesi di licenziamento libero. Se così fosse, infatti, il datore di lavoro recedente sarebbe esonerato dell’onere di indicare e di dimostrare alcuna “inadeguatezza” in capo al lavoratore, mentre nell’ordinamento cinese la legittimità del licenziamento non può prescindere da un’attenta *explanation* e soprattutto da una rigorosa dimostrazione dei fatti in cui si sostanzia l’assenza delle *recruitment conditions* da parte del lavoratore.

of *Employment Disputes*, che specificano che la fattispecie di cui al num. 1) dell'art. 39 della *Employment Contract Law* deve intendersi sussistente nei seguenti casi:

1. il dipendente, in violazione del principio di buona fede, pone in essere un'attività *lato sensu* fraudolenta per ottenere il posto di lavoro (per esempio l'occultamento di un precedente fallimento lavorativo o la creazione di un attestato fittizio circa il superamento di un corso di preparazione o di aggiornamento, attività in grado di rivestire effetti pregiudizievoli per quanto riguarda il rapporto di lavoro), se non altro in chiave di compromissione del rapporto fiduciario con il datore di lavoro;
2. il lavoratore commette errori durante il periodo di prova nello svolgimento dell'attività lavorativa, e tali errori sono così definibili sulla base della legge delle *policies* aziendali interne all'azienda e del contratto di lavoro.

Occorre infatti dare atto che, per consentire al datore di lavoro di licenziare liberamente il lavoratore in prova che non lo soddisfi pienamente, è invalsa la prassi di costruire contratti di assunzione recanti obiettivi molto corposi e specifici. In tal modo, un qualsiasi motivo di insoddisfazione datoriale circa l'operato del lavoratore in prova che non sia meramente pretestuoso od arbitrario può dar luogo a un valido licenziamento per mancanza, in capo al lavoratore, delle condizioni di assunzione richieste, proprio alla luce dell'art. 39, n. 1).

Allo stesso modo, il datore di lavoro ha interesse a comunicare per iscritto al lavoratore in prova ogni caso in cui quest'ultimo non esegua la propria prestazione alla perfezione, proprio per preconstituire una prova a suo favore circa il mancato raggiungimento degli obiettivi da parte del dipendente o della mancanza, in questo, dei requisiti professionali richiesti dallo specifico rapporto di lavoro.

Ne deriva che il datore di lavoro, per poter legittimamente licenziare un dipendente nel corso del periodo di prova senza preavviso e senza dover corrispondergli la *economic severance* generalmente prevista²¹⁷, deve essere in grado di dimostrare, nell'ambito della *explanation* cui gli è fatto carico dall'art. 21 dell'*Employment Contract Law*, che tale dipendente ha fallito nel soddisfare le condizioni di occupazione richieste dall'impresa, ovverosia le condizioni di assunzione e di mantenimento del posto di lavoro, in termini di competenze professionali. Conseguentemente, allo scopo di tutelare la propria posizione giuridica, il datore di lavoro ha tutto l'interesse a redigere per iscritto tali condizioni²¹⁸, unitamente ad una descrizione quanto più puntuale possibile dei compiti affidati, degli obiettivi richiesti in relazione ad ogni singola posizione, delle regole e procedure aziendali in ordine al settore economico di competenza (produttivo, distributivo, amministrativo, etc.); una mera descrizione della posizione ricercata nel *website* della società sarebbe chiaramente insufficiente allo scopo, e così il contratto di assunzione può essere altamente utile nell'indicare le competenze minime richieste e le procedure di lavoro cui esse devono adattarsi²¹⁹.

E così, nel momento in cui licenzia il dipendente in prova, il datore di lavoro deve espressamente indicare, nell'atto di recesso, quali siano le condizioni di lavoro e le competenze richieste dalla posizione e concordate dal lavoratore al momento dell'assunzione, e come tali espressamente indicate nel contratto di lavoro, che il lavoratore stesso non possiede. Nell'ordinamento cinese, così, non può valere lo stesso accorgimento pratico invalso in Italia, di non motivare il licenziamento intimato ad un lavoratore in prova: un'espressa *explanation* delle circostanze indicative del fatto che il dipendente *fails to meet the recruitment conditions* è anzi richiesta dall'art. 21²²⁰.

217 Sulla *economic severance*, nello specifico, cfr. *infra*, Capitolo Quinto.

218 In lingua cinese, in modo che il lavoratore non possa addurre come argomento difensivo di avere equivocato in ordine ai compiti demandatigli.

219 Peraltro, secondo le citate *Answers to Questions of Law Application in the Handling of Employment Disputes* emanate congiuntamente dall'Alta Corte e dalla Commissione Arbitrale di Pechino il 24 aprile 2017, il datore di lavoro che licenzi un lavoratore in prova ai sensi dell'art. 39, num. 1), della *Employment Contract Law*, a causa della mancanza da parte di questo delle condizioni richieste per l'assunzione, dovrà dimostrare anche che, al momento dell'assunzione, lo aveva informato dei requisiti richiesti per la posizione.

220 E un licenziamento intimato in assenza di tale motivazione è naturalmente destinato ad essere accertato come illegittimo in un eventuale procedimento di impugnazione.

Nonostante questa accortezza pratica ormai invalsa in capo alla generalità delle imprese, occorre dare atto che, per quanto riguarda il licenziamento dei lavoratori in prova, la giurisprudenza cinese si dimostra abbastanza rigida. Lungi dal considerarlo come un'ipotesi di licenziamento *ad nutum*, le Corti richiedono in capo al datore di lavoro la puntuale dimostrazione delle ragioni per le quali il lavoratore non possa continuare a svolgere i compiti affidatigli, in cosa cioè le sue competenze non siano idonee a permettere una proficua prosecuzione del rapporto.

Si pensi ad una recente sentenza della Corte Intermedia di Shanghai del 2016, la quale, confermando i precedenti gradi di giudizio, ha ritenuto illegittimo il licenziamento posto in essere nei confronti di un lavoratore in prova. Nel caso di specie, la società aveva indicato nell'atto di recesso (nel rispetto dell'art. 21 della *Employment Contract Law*) e dimostrato nel corso del procedimento, che, durante l'orario di lavoro, il dipendente era emozionale, leggeva riviste non attinenti al lavoro, e non era in possesso delle competenze professionali richieste dalla posizione lavorativa, che erano state puntualmente indicate nel contratto di lavoro, e che per questo non aveva ottenuto valutazioni positive durante il periodo di prova. La Corte di Shanghai, nel confermare il giudizio di illegittimità del licenziamento, già divisato dal Collegio Arbitrale, ha osservato che il datore di lavoro aveva fallito nel dimostrare la ricorrenza della circostanza legittimante il recesso durante il periodo di prova, ossia la non corrispondenza tra i requisiti necessari per la posizione lavorativa e le competenze del lavoratore. Ma spontanea sorge la domanda: cos'altro avrebbe potuto dimostrare la società, oltre a quello che aveva prodotto in giudizio?

Tale pronuncia, invero, è emblematica nel dimostrare come il licenziamento durante il periodo di prova nell'ordinamento cinese, non solo è ben lungi dal costituire un'ipotesi di licenziamento *ad nutum* come in Italia, ma richiede le medesime condizioni di fatto e di diritto sussistenti per il recesso di qualsiasi altro dipendente.

Anzi, a ben vedere l'art. 21 restringe le possibilità di licenziare il lavoratore in prova, con riferimento alle ipotesi di licenziamento per i motivi *lato sensu* oggettivi di cui all'art. 40.

Infatti, come si è visto l'art. 21 legittima il licenziamento del lavoratore in prova per tutti i motivi di cui all'art. 39, quindi per tutti i motivi disciplinari validi per la generalità dei lavoratori, ma solo per due dei sei motivi di licenziamento per ragioni economiche di cui all'art. 40.

Riassuntivamente, dunque, il lavoratore in prova in Cina può essere licenziato:

- per uno qualsiasi dei motivi "disciplinari" di cui all'art. 39;
- per il motivo di cui all'art. 39, num. 1), che è espressamente dedicato proprio al recesso del dipendente in prova, ma il cui requisito – il difetto in capo al lavoratore delle competenze richieste per l'assunzione – requisito che le aziende tentano di soddisfare mediante una analitica descrizione, all'interno del contratto di lavoro, di tutte le attività richieste al lavoratore, viene interpretato così restrittivamente dalla giurisprudenza che spesso il licenziamento viene giudicato illegittimo;
- solo per i motivi 1) e 2) dell'art. 40²²¹, ad esclusione quindi degli altri motivi indicati nella medesima disposizione ed inerenti una difficile situazione economico-finanziaria in capo al datore di lavoro. Ne deriva che, a rigore, il lavoratore in prova non può essere licenziato a causa dello stato di crisi economica dell'azienda del datore di lavoro.

Se, dunque, in Italia i consulenti aziendali sono soliti consigliare ai propri clienti che intendano licenziare un lavoratore in prova di non indicare alcuna motivazione nella lettera di recesso, in quanto essa non avrebbe altro effetto che quello di vincolare il datore di lavoro alla rigorosa prova di quel fatto, mentre altrimenti egli non sarebbe chiamato a dover dimostrare alcunchè, proprio alla luce della libertà di recedere concessagli dalla legge, in Cina, invece, il consiglio dei professionisti è l'opposto. Il datore di lavoro che voglia licenziare un dipendente durante il *probation period* deve fornirgli una *explanation* che, sebbene non debba essere totalmente equiparata alla motivazione nostrana – con tutti i numerosi requisiti richiesti dalla giurisprudenza – dovrà comunque indicare la reale ragione che ha condotto alla scelta datoriale estintiva del rapporto, la quale a sua volta, lungi dal potere essere libera ed a-causale, non può che dipendere dal mancato possesso dei requisiti professionali stabiliti da parte del dipendente, nel rispetto dell'art. 39, num 1), della *Employment Contract Law*.

221 Motivi che, come vedremo, consistono nella sopravvenuta inidoneità fisica del lavoratore nello svolgimento delle mansioni e nello scarso rendimento.

Si può concludere, quindi, che il licenziamento del lavoratore in prova costituisca un'ipotesi particolarmente complicata di recesso datoriale, tanto che si possono avanzare riserve in ordine all'effettiva utilità pratica dell'istituto del *probation period* all'interno dell'ordinamento cinese.

3.2.2 La grave violazione delle regole vigenti nell'unità produttiva (“*Il lavoratore viola gravemente le regole e i regolamenti dell'unità produttiva*”)

Sebbene tutte le ragioni giustificatrici del licenziamento in tronco indicate nell'art. 39 della *Employment Contract Law* dipendano, come si è detto, da un comportamento del lavoratore o da una condizione personale afferente alla sua persona, senza dubbio è proprio questa elencata come num. 2) – oltre a quella, immediatamente successiva, di cui al num. 3) – a prestarsi meglio ad un inquadramento come “giusta causa” di risoluzione del rapporto di lavoro.

In tali due ipotesi, infatti, a rilevare è effettivamente una condotta, dolosa o colposa ma comunque colpevole, del dipendente, di gravità tale da poter portare al licenziamento immediato da parte del suo datore di lavoro.

Si ripete che la legge cinese è caratterizzata per un *modus procedendi* essenzialmente casistico, in cui ad ogni singolo istituto sono fatte corrispondere le relative fattispecie cui esso dovrà applicarsi, senza alcuna preoccupazione eccessiva di carattere teorico o sistematico.

Tale *modus procedendi*, invero, è opposto rispetto a quello che caratterizza l'ordinamento italiano.

In questo, la sistematizzazione teorica dell'istituto precede sempre, anche negli ultimi tempi in cui, per valutazione unanime, il legislatore opera con minore precisione e raffinatezza rispetto al passato, una elencazione delle fattispecie con riferimento alle quali tale istituto dovrà trovare applicazione concreta.

Così, in apertura alla legge che ancora oggi regola le ipotesi legittime di licenziamento individuale, la già citata legge n. 604/1966, l'art. 1 recita che “*il licenziamento del prestatore di lavoro non può avvenire che per giusta causa ai sensi dell'art. 2119 del Codice Civile o per giustificato motivo*”. Viene subito operata, dunque, una sistematizzazione della fattispecie regolata (il licenziamento), operando tramite una serie di divisioni in diverse categorie (licenziamento per giusta causa vs licenziamento per giustificato motivo; ancora, giustificato motivo soggettivo vs giustificato motivo oggettivo, e così via) che sarà poi compito dell'interprete provvedere a “riempire” alla luce della casistica concreta che di volta in volta viene in considerazione.

Così, il compito dei pratici del diritto, dal consulente al giudice, risulta guidato dalla sistemazione teorica prevista dal legislatore. Per fare un esempio sulla base dell'ultimo intervento legislativo in materia: quando il d. lgs. n. 23/2015 modifica le conseguenze giuridiche derivanti dall'illegittimità del licenziamento, distingue a seconda che si tratti di recesso per giusta causa o per giustificato motivo, di modo che il pratico abbia modo di inquadrare fin da subito la singola fattispecie posta al suo esame.

Ovviamente anche in tale sistema sono destinate a porsi problematiche dense di risvolti pratici, essenzialmente in ordine al corretto inquadramento da riservare ad una determinata fattispecie concreta: si pensi al c.d. *scarso rendimento*, relativamente al quale la dottrina e la giurisprudenza sono ancora ben lungi dal risolvere definitivamente la questione relativa alla sua categorizzazione come giustificato motivo soggettivo o giustificato motivo oggettivo di risoluzione del rapporto²²².

Il corretto inquadramento di ciascuna fattispecie concreta in una piuttosto che in un'altra delle categorie giuridiche costruite dal legislatore, infatti, non ha rilevanza meramente teorico-dottrinale, ma pone effetti pratici notevoli: per restare nell'esempio dello scarso rendimento, è chiaro che se lo si costruisce come ipotesi di recesso per motivi disciplinari, esso dovrà essere preceduto, a pena di illegittimità, dalla procedura disciplinare; se invece lo si preferisce intendere come rientrante nella

222 In tema di scarso rendimento, e delle questioni teoriche e pratiche che si pongono relativamente ad esso, cfr. *infra*, paragrafo c).

categoria del giustificato motivo oggettivo, esso dovrà essere preceduto dal tentativo obbligatorio di conciliazione avanti la Direzione Territoriale del Lavoro competente²²³ e, in caso di licenziamento, il dipendente avrà diritto al preavviso o al pagamento della relativa indennità sostitutiva.

Nell'ordinamento cinese, invece, è possibile riscontrare una notevole differenza di approccio da parte del legislatore.

Nella *Employment Contract Law*, infatti, non è dato rinvenire alcuna sistematizzazione degli istituti coinvolti: non è presente alcuna divisione in macro-categorie e poi in successive sotto-categorie, ma solo una elencazione di fattispecie legittimanti l'applicazione di un determinato istituto.

Inutile, quindi, si cercherebbe all'interno dell'ordinamento cinese una definizione di giusta causa di licenziamento.

La coppia di articoli 39 e 40 testimonia adeguatamente quel che si va dicendo: lungi dall'offrire un qualsiasi riferimento a concetti teorici quali giusta causa o giustificato motivo, tali disposizioni si limitano a prevedere *quando una determinata ipotesi concreta possa condurre ad un licenziamento in tronco e quando ad un licenziamento con preavviso.*

Tale *modus operandi* presenta maggiori insidie per chi, come il giurista continentale, è abituato a ragionare in maniera sistematica e a procedere per categorie, in quanto ciascuna fattispecie posta alla sua attenzione e non coincidente con quelle espressamente prese in considerazione dalla legge non potrà essere risolta sulla base della riconduzione logico-giuridica ad una piuttosto che ad un'altra categoria, ma solo sulla base dell'applicazione del metodo analogico, tramite la riconduzione ad una delle ipotesi specifiche contemplate dal testo normativo.

Ciò doverosamente premesso, il num. 2) dell'art. 39, che pone la seconda ipotesi legittimante un licenziamento immediato del lavoratore, contempla il caso del **mancato rispetto**, da parte di quest'ultimo, **delle regole e delle procedure aziendali.**

L'assoluta genericità della disposizione pone problemi interpretativi rilevanti, risolti in maniera non sempre coerente dalla giurisprudenza delle diverse Corti cinesi, che subito si passano ad analizzare.

a) L'art. 39, num. 2, non definisce il concetto di *rules and regulations of the employing unit*. Gli oneri procedurali in ordine alla formazione e alla pubblicizzazione del Codice disciplinare aziendale.

Il primo problema interpretativo che si pone consiste nel comprendere cosa intenda la *Employment Contract Law* quando pone quale causa di legittimo licenziamento disciplinare il mancato rispetto, da parte del dipendente, del complesso di *rules and regulations* predisposto dal datore di lavoro.

Le difficoltà nascono eminentemente dall'individuazione della fonte del *corpus* regolatorio che viene in rilievo: si tratta cioè di comprendere se tale complesso normativo endo-aziendale possa essere contenuto semplicemente nel contratto individuale di lavoro o in un suo allegato o *handbook* – potendo così anche essere diverso per ciascun lavoratore e richiedendo dal punto di vista procedurale la sola prova della relativa consegna al lavoratore al momento della stipulazione del contratto individuale di lavoro – ovvero se sia necessaria una sua predisposizione per la generalità dei dipendenti dell'azienda, venendo così a costituire una sorta di regolamento disciplinare aziendale valido per tutti.

Connesso al problema precedente, si pone anche, con enorme rilevanza, quello relativo all'obbligo informativo che grava sul datore di lavoro di portare a conoscenza del dipendente, con mezzi idonei, il regolamento interno dell'azienda.

Da quanto detto risulta, in altre parole, che il num. 2) dell'art. 39 pone il pressante problema di comprendere se:

- il datore di lavoro abbia l'obbligo o l'onere di informare ciascun dipendente delle regole e

223 Solo se riguarda lavoratori assunti precedentemente al 7 marzo 2015, rientranti nel campo applicativo dell'art. 18 St. Lav. anziché del d. lgs. n. 23/2015, il quale ha eliminato tale procedura obbligatoria per i licenziamenti per giustificato motivo oggettivo dei lavoratori rientranti all'interno del suo ambito applicativo.

- delle procedure aziendali;
- quali siano i mezzi con i quali il datore di lavoro deve assolvere quest'onere;
- se tale necessaria informativa si ponga o meno come requisito di legittimità della sanzione disciplinare inflitta per una violazione del regolamento aziendale;
- se in caso di mancato assolvimento dell'onere di informativa la sanzione disciplinare sia comunque valida o meno.

Nell'ordinamento italiano, tali questioni sono state risolte con un orientamento ormai consolidato in seno alla dottrina e alla giurisprudenza di legittimità.

L'art. 7 dello Statuto dei Lavoratori prevede al comma 1, quale requisito di legittimità dell'irroganda sanzione disciplinare, la necessaria "*affissione in luogo accessibile a tutti*" del regolamento aziendale interno, senza che siano ammesse forme equipollenti.

La giurisprudenza ha sempre applicato in maniera molto rigida tale prescrizione, rilevando la non sostituibilità dell'affissione del regolamento disciplinare in un luogo di pertinenza dell'azienda accessibile a tutti i lavoratori con la sua pubblicazione sul sito internet dell'azienda²²⁴ o con la consegna di una sua copia a ciascun lavoratore (tanto cartacea quanto in modalità telematica tramite invio alla casella di posta elettronica personale del dipendente). Qualora l'impresa sia articolata in più unità produttive l'onere di affissione del codice disciplinare in luogo accessibile a tutti implica che l'affissione sia effettuata in ciascuna sede, stabilimento e reparto autonomo e che altrettanto avvenga quando l'impresa operi presso terzi, utilizzando locali di altri per tenervi materiali o persone²²⁵.

Anche quanto alla formazione del codice disciplinare da parte del datore di lavoro la giurisprudenza si è dimostrata abbastanza rigida, nel comprensibile intento di perseguire il rispetto del necessario **principio di legalità**, espresso dal brocardo, ben noto ai penalisti, secondo cui *nullum crimen, nulla poena sine lege*, e ai sensi del quale è indispensabile che il soggetto vincolato al rispetto di un determinato apparato normativo sia a conoscenza di tale apparato di regole prima dell'entrata in vigore di questo, in modo da essere in grado di conformare ad esso la propria condotta e non incorrere così nelle sanzioni previste nel caso di mancato rispetto delle regole comportamentali da esso contemplate.

Così, dall'applicazione del principio di legalità, per quanto riguarda il licenziamento disciplinare – ma più in generale il discorso vale per tutte le sanzioni disciplinari irrogabili dal datore di lavoro in forza del potere disciplinare conferitogli dall'art. 2106 c.c., anche quelle di natura conservativa – discendono i seguenti corollari:

- le sanzioni disciplinari non possono essere validamente irrogate se, prima dell'infrazione, il datore di lavoro non abbia predisposto e pubblicizzato il codice disciplinare²²⁶;
- quest'ultimo deve contenere "*le norme disciplinari relative alle **sanzioni**, alle **infrazioni** in relazione alle quali ciascuna di esse può essere applicata ed alle **procedure di contestazione** alle stesse*" e deve "*applicare quanto in materia è stabilito da accordi e contratti di lavoro ove esistano*"²²⁷ (art. 7, comma 1, St. lav.);

224 È interessante notare come tale modalità sia invece prevista per i codici disciplinari predisposti dalle Pubbliche Amministrazioni. Dispone infatti l'art. 55, comma 2, del d. lgs. 30 marzo 2001, n. 165 (cd. Testo Unico del Pubblico Impiego) che "*La pubblicazione sul sito istituzionale dell'amministrazione del codice disciplinare, recante l'indicazione delle infrazioni e delle relative sanzioni, equivale a tutti gli effetti alla sua affissione all'ingresso della sede di lavoro*".

225 Cass. 10 gennaio 2007, n. 247.

226 Tale adempimento peraltro non costituisce un obbligo, ma solo un onere per il datore di lavoro, cioè un atto il cui mancato adempimento non viene sanzionato di per sé, ma può costituire causa di un mancato vantaggio in ordine al medesimo datore di lavoro, quale quello di poter operare disciplinarmente nei confronti dei suoi dipendenti per condotte previste all'interno di quel regolamento.

227 Peraltro, come affermato in giurisprudenza, il datore di lavoro può procedere alla compilazione del codice disciplinare mediante integrazione e specificazione della disciplina collettiva o anche, più semplicemente, mediante mera ricezione della medesima (cfr. Cass. 19 marzo 1988, n. 2525).

- il codice disciplinare deve poi essere, come sopra ricordato, reso conoscibile dalla generalità dei dipendenti dell'azienda, mediante affissione in un luogo accessibile a tutti.

Tali oneri preventivi prescritti dal legislatore dello Statuto, unito alle rigidità giurisprudenziali sopra citate in ordine alle modalità di pubblicizzazione del codice aziendale²²⁸, sono state tuttavia mitigate nel tempo dal condivisibile principio secondo cui, in tutti i casi nei quali il comportamento sanzionatorio sia immediatamente percepibile dal lavoratore come illecito, perché contrario al cd. minimo etico o a norme di rilevanza penale, non sia necessario provvedere alla affissione del codice disciplinare, in quanto il lavoratore ben può rendersi conto, anche al di là di una analitica predeterminazione dei comportamenti vietati e delle relative sanzioni da parte del codice disciplinare, della illiceità della propria condotta²²⁹.

L'ordinamento cinese non è altrettanto uniforme in materia.

L'*Employment Contract Law* nulla dispone sul punto nel Capitolo dedicato alla *termination of the contract*, ma pone una regola corrispondente al sopra citato art. 7 St. Lav. italiano nel Capitolo introduttivo, all'**art. 4**.

Tale disposizione recita come segue:

*“The employers shall establish and improve **internal rules and regulations**²³⁰, so as to ensure that the employees enjoy their labour rights and fulfilled their labour obligations.*

*When the employer formulates, modifies or makes decisions on rules, regulations or important issues that are directly related to the immediate interests of its employees, such as [...] **working discipline**, the case shall be discussed with the employee representative congress or all the employees for proposals and comments, whereupon the final decision shall be made through **consultations with the Trade Union** or the employee representatives on the basis of equality. During implementation of the employer's rules, regulations or decisions on important issues, in case that the Trade Union or the employee holds inappropriate, the Union or the employee is entitled to present such opinions to the employer, and the rules, regulations or relevant decisions shall be improved by modifications after consultations.*

*The rules and regulations, and decisions on important issues that are directly related to the immediate interests of the employees **shall be made public or be notified** to the employees by the employer”.*

228 Il quale ha natura negoziale (Cass. 8 febbraio 2003, n. 1922), con la conseguenza che la sua interpretazione involge un apprezzamento in fatto riservato al giudice di merito, censurabile in cassazione solo per violazione dei canoni di ermeneutica contrattuale imposti dalla legge e per vizi di motivazione.

229 *Ex multis*, si possono citare come esempi le recenti Corte di Cass., 26 marzo 2014, n. 7105, relativamente ad una dipendente dell'Inpdap che aveva inviato ad un dirigente dell'ente e ad altri colleghi un fax contenente gravi e non suffragate accuse verso il primo di aver istigato dei colleghi a testimoniare il falso e di essere incompetente; Corte di Cass., 30 marzo 2012, n. 5115, relativamente alla condotta di una cuoca consistita nell'aver abbandonato per un'ora e mezza il posto di lavoro, essere uscita dal lavoro in anticipo ed essere uscita a fine turno senza provvedere alla chiusura della porta della cucina: condotte giudicate contrarie al minimo etico e, pertanto, sanzionabili pur in mancanza di espressa previsione all'interno del codice aziendale. Orientamento da ultimo confermato da Cass., 24 febbraio 2017, n. 4826, che ha ribadito che il principio di necessaria pubblicità del codice disciplinare mediante affissione in luogo accessibile a tutti non si applica nei casi in cui il licenziamento sia irrogato per sanzionare condotte del lavoratore che concretizzano violazione di norme penali o che contrastano con il cosiddetto “minimo etico”, mentre deve essere data adeguata pubblicità al codice disciplinare con riferimento a comportamenti che violano mere prassi operative, non integranti usi normativi o negoziali

230 Nella lingua cinese, 用人单位应当依法建立和完善劳动规章制度, yònggrén dānwèi yīngdāng yīfǎ jiànli hé wánshàn láodòng guīzhāng zhìdù, letteralmente: “l'unità del datore di lavoro deve stabilire e porre in essere, nel rispetto della legge, regolamenti di lavoro”, laddove l'espressione 规章制度, guīzhāng zhìdù, costituisce un'endiadi traducibile con “regolamento”, “regole”, “insieme di regole”.

Con tale disposizione, a prima vista la legge cinese potrebbe apparire più protettiva dell'interesse dei lavoratori rispetto a quella italiana.

Infatti, l'art. 4 pone, a tutela della predisposizione non arbitraria delle *rules and procedures* aziendali²³¹, la garanzia rappresentata – almeno formalmente – dall'intervento necessario dell'assemblea dei lavoratori e delle *Labor Union* ogni volta che il datore di lavoro formi o modifichi od integri il regolamento aziendale²³².

Così, dovrebbe essere scongiurato l'inserimento all'interno del codice disciplinare in vigore nell'azienda di condotte prive di autentico disvalore disciplinare se non addirittura arbitrarie, come potrebbe essere nell'esempio di scuola della previsione del regolamento aziendale che stabilisse una sanzione disciplinare a carico del dipendente che la domenica, nel giorno di riposo, vada allo stadio a vedere la partita di calcio o che si rechi al lavoro indossando una cravatta di un colore piuttosto che di un altro²³³.

231 Tale tutela contro il possibile inserimento di norme di comportamento (sotto forma di obblighi o di divieti) arbitrarie all'interno del codice disciplinare endo-aziendale è assicurata anche – in maniera rafforzativa rispetto a quanto previsto dall'art. 4 di cui si dà atto nel testo – dall'art. 80 della *Employment Contract Law*, ai sensi del quale “*in case that the employer's internal rules directly related to the immediate interests of the employees are found to have violated the laws or administrative regulations, the labour administration authority shall order the employer for correction and give a warning*”. È previsto cioè il potere dell'organo amministrativo competente di intervenire, già nella fase di predisposizione del regolamento ma anche in una fase successiva, onde evitare l'inserimento all'interno dello stesso di disposizioni *contra legem* (nella prassi, l'organo amministrativo interverrà sulla base di segnalazioni effettuate dalla *labor union* o dal sindacato esterno all'azienda, o dall'autorità giudiziaria nel caso in cui l'esistenza della previsione regolamentare contraria alla legge sia emersa nel corso di un procedimento arbitrale o giudiziario). A corredo, il par. 2 del medesimo art. 80 prevede il diritto al risarcimento del danno subito in capo al lavoratore che sia incorso in un pregiudizio per effetto della disposizione regolamentare aziendale illegittima (“*where the internal rules are found to have caused damages on the employees, the damages shall be compensated by the employer concerned*”). Evidentemente l'art. 80 fa riferimento ad un pregiudizio differente da quello consistente nel licenziamento subito per un comportamento tenuto in violazione della norma del codice disciplinare endo-aziendale contraria alla legge (e quindi inidonea a sostenere un recesso disciplinare legittimo): in tal caso, infatti, il risarcimento del danno da licenziamento illegittimo è già risarcito sulla base dell'art. 48 della legge, che lo quantifica in un importo forfettario consistente nel doppio rispetto all'indennità di fine rapporto di cui all'art. 46; dovrà pertanto trattarsi di un danno diverso.

232 Ai sensi delle *Draft Opinions Regarding the Implementation of the Labor Contract Law*, emanate dal Ministero delle Risorse Umane e della Sicurezza Sociale nel mese di giugno 2015 e che costituiscono una sorta di progetto di Regolamento in attesa di una sua eventuale pubblicazione in veste ufficiale, la procedura di coinvolgimento dei dipendenti per quanto riguarda l'esercizio del potere disciplinare deve riguardare anche i lavoratori somministrati. Così, nel momento della predisposizione del Regolamento disciplinare endo-aziendale, il coinvolgimento della *Labor Union* deve ricomprendere anche i lavoratori inviati a prestare la propria attività lavorativa nell'azienda in virtù di un contratto di somministrazione o i rappresentanti di questi; nello stesso modo, essi dovranno ricevere un'ampia informativa circa le regole di disciplina vigenti all'interno dell'impresa utilizzatrice nel momento in cui cominciano ad operare a favore di questa.

233 Traggo questi due esempi da M. Tremolada, *Il licenziamento per giusta causa e per giustificato motivo soggettivo*, in C. Cester (a cura di), *Il licenziamento all'indomani della legge n. 92/2012*, Cedam, Padova 2012, 107 ss. In tale capitolo l'Autore poneva questi casi di scuola come esempi di condotte prive di autentico valore (*rectius*, disvalore) disciplinare, in tema di conseguenze dell'illegittimità del licenziamento per giusta causa, ed osservava come pur nella sussistenza del fatto contestato al lavoratore che ha portato al recesso in tronco nei suoi confronti, l'essere tale condotta da lui posta in essere disciplinarmente irrilevante dovrebbe condurre il Giudice a disporre la reintegrazione del medesimo nel posto di lavoro. Pur nella diversità del contesto, l'esempio rimane calzante anche ai diversi fini di cui parlo nel testo. Con riferimento all'ordinamento cinese, alcuni casi di disposizioni regolamentari aziendali di natura disciplinare del tutto arbitrarie sono riportati in R. Brown, *Understanding Labor and Employment Law in China*, cit., 152: “*Worker rules at the factory included the following: 'If a worker is injured either through his own fault or by mistake, no medical leave is permitted'. In the section on rules pertaining to safety, employees were told, 'No chatting is allowed during work hours, no matter whether workers are engaged in single-machine production or line work'. Employees were also instructed how to line up to enter the premises to start work, how to line up in the cafeteria, how to pick up their food, and how to spend their time at the dormitory (no fighting, no gambling, no chess or poker, no smoking, no unauthorized lights, etc)*”. Secondo l'Autore, del resto, è stata proprio la presa d'atto di tale prassi a convincere il legislatore del 2007/2008 ad introdurre la norma di cui all'art. 4 della *Employment Contract Law*: una norma simile ad essa infatti era ed è assente nella *Labor Law* del 1994, con conseguente possibilità di previsione di siffatte regole da parte del datore di lavoro. Così, il coinvolgimento del sindacato o del complesso dei dipendenti nella formazione e nell'aggiornamento del codice disciplinare interno è funzionalmente ricollegato proprio all'esigenza di

In realtà, a me sembra che la rilevanza pratica della presenza, all'interno dell'art. 4 dell'*Employment Contract Law*, di questo profilo procedimentale privo di corrispondenti nell'ordinamento italiano, sia da ridimensionare.

Infatti, è pur vero che nell'ordinamento italiano opera la garanzia rappresentata dalla presenza dei contratti collettivi, di modo che un regolamento aziendale – o un contratto individuale di lavoro che ad esso faccia riferimento – che sanzionasse con il licenziamento un comportamento del lavoratore in realtà privo di rilevanza disciplinare alcuna, sarebbe destinato a scontrarsi inevitabilmente con quanto previsto nel contratto collettivo applicabile a quel rapporto. Secondo la tesi preferibile, infatti, al contratto collettivo deve rispondere l'integrale disciplina del singolo rapporto di lavoro, anche per gli aspetti in prima battuta e in via diretta regolati non dal contratto individuale ma dal codice disciplinare (che comunque nel contratto di assunzione viene incorporato).

Così, il fatto che tutti i contratti collettivi prevedano disposizioni specifiche in materia di potere disciplinare (i “*codici disciplinari previsti dai contratti collettivi*” cui fa riferimento il ben noto art. 18, comma 4, dello St. Lav. come modificato dalla riforma Fornero del 2012), fa sì che il datore di lavoro potrà bensì inibire, all'interno del codice disciplinare aziendale, un ulteriore comportamento non ricompreso nel codice disciplinare collettivo, ma solo se tra questo e quello vi è, per così dire, un collegamento o una vicinanza ontologica tale da poter ritenere l'uno come ricompreso nell'altro, ovvero se l'ulteriore divieto appare coerente con la specifica attività aziendale. La disposizione del codice aziendale che, invece, sanzionasse con il licenziamento il lavoratore che guardi la partita di calcio alla domenica, per riprendere l'esempio di prima, non sarebbe probabilmente in grado di reggere e di rendere legittimo con il susseguente licenziamento, anche perché in contrasto con il contratto collettivo applicabile al rapporto, nella parte in cui quest'ultimo detta le regole in tema di potere disciplinare.

Ritengo, pertanto, che l'ordinamento italiano rimanga comunque più garantista, in ordine alla predisposizione del regolamento disciplinare aziendale, nonostante in esso manchi una previsione come quella dell'art. 4 della *Employment Contract Law* che attribuisce alle *Trade Union* il potere di intervento nelle more della relativa formazione o modificazione²³⁴.

Ora, in ordine al problema di cui ci stiamo occupando, come si è visto l'ultimo paragrafo dell'art. 4 prevede che le regole e le procedure aziendali che siano direttamente correlate agli interessi primari dei lavoratori debbano essere **rese pubbliche a livello aziendale** ovvero **notificate ai lavoratori** stessi dal datore di lavoro.

L'onere della preventiva pubblicizzazione del codice disciplinare aziendale è affermata anche dall'art. 7 St. Lav., ma tra le due disposizioni vi è l'importante differenza per cui nell'ordinamento cinese è legittimo sostituire alla pubblicazione del codice in luogo accessibile a tutti una comunicazione per così dire *personalizzata*, cioè individuale, a ciascun lavoratore.

A mio avviso deve valutarsi positivamente questa opzione del legislatore cinese del 2007, che sul punto appare forse preferibile al rigido requisito dell'affissione in luogo accessibile quale sola possibile procedura di preventiva pubblicizzazione del codice disciplinare prevista dall'art. 7 St. Lav. rigidamente interpretato come sopra.

Infatti, con riguardo alla legge italiana, se non vi è francamente nulla da eccepire sul fatto per cui sia sufficiente la mera conoscibilità del regolamento aziendale a giustificare la legittimità della sanzione irrogata sulla sua base e non l'effettiva conoscenza da parte di ogni singolo lavoratore, v'è da osservare come nell'epoca delle comunicazioni digitali ed informatizzate sarebbe forse ragionevole sostituire al rigido (per come viene applicato dalla giurisprudenza italiana poco sopra riportata) requisito dell'affissione in luogo accessibile a tutti la legittimità di un invio del codice a

scongiurare tali previsioni arbitrarie: “*Before the Labor Contract Law, the rules and their enforcement were typically left to the discretion of the employer. Abuses by some employers, which were put in operation prior to the LCL, helped hasten the LCL reforms that require some employee participation in the rule making*”.

234 Del resto, il valore più che altro formale dei poteri delle *Labor Union* nell'ordinamento giuslavoristico cinese è noto. Sul punto, stante l'affinità del tema, si rinvia a quanto si dirà *infra*, sul capitolo dedicato agli oneri procedimentali del licenziamento.

mezzo posta elettronica o, al limite, mediante consegna a mano del relativo documento cartaceo (nel caso, peraltro sempre meno frequente, in cui il lavoratore non abbia la disponibilità di un accesso ad internet o di una casella di posta elettronica personale).

In tal modo ne risulterebbero maggiormente tutelati gli stessi lavoratori, in quanto è ben più probabile che una persona legga un foglio informativo che gli viene consegnato – a mano o via email – personalmente, piuttosto che un documento asetticamente affisso in una bacheca aziendale. Forse il riferimento alla bacheca aziendale in luogo accessibile a tutti, che ancora oggi compare nell'art. 7 St. Lav., frutto di un ben preciso periodo di lotte e di conquiste sindacali in Italia, merita di essere riconsiderato alla luce di un'opzione che privilegi la conoscibilità per effetto di una consegna anche personale, piuttosto che necessariamente collettiva: ne risulterebbero avvantaggiati tanto il datore di lavoro quanto il singolo lavoratore.

Peraltro, la maggiore modernità, sotto questo punto di vista, della norma cinese non può essere spinta troppo oltre, per esempio sino a ritenere legittima la pratica di inviare il codice disciplinare o l'*handbook* ai propri dipendenti individualmente (ovvero condividendolo sui c.d. *gruppi*) per il tramite dei *social networks* più utilizzati, quali i diffusissimi *Wechat* o *QQ*.

Lo ha affermato, con sentenza dell'aprile 2015, la Corte Intermedia di Chongqing, ritenendo illegittimo il licenziamento intimato da una società ad un proprio dipendente per un fatto da questi commesso in contrarietà al codice disciplinare. Quest'ultimo documento, pur ritualmente predisposto con il coinvolgimento della *Labor Union* ai sensi dell'art. 4, era tuttavia stato inviato ai dipendenti tramite la condivisione all'interno del gruppo chat tra tutti i dipendenti dell'azienda su *QQ*, che per l'appunto costituisce una piattaforma sociale popolare ampiamente diffusa in Cina. Il ricorrente aveva allegato, nel corso del giudizio, di non essere un membro di quel gruppo di *QQ* e, pertanto, di non essere al corrente della *policy* disciplinare aziendale. La Corte, aldilà del caso riferito al singolo dipendente, poco problematico in quanto la società non aveva dimostrato l'appartenenza di questo al gruppo chat nel quale aveva condiviso il codice disciplinare, affronta la questione dal punto di vista generale, affermando che spesso risulta difficile provare l'avvenuta condivisione di documenti rilevanti in un gruppo chat composto da numerosi partecipanti, anche per il fatto che i messaggi possono essere successivamente cancellati o modificati, e lo stesso *account* personale di ciascuno può essere cancellato, con la conseguente inaffidabilità, ai fini che ci riguardano, dei *social networks*. In questo, la condivisione all'interno di un gruppo chat si distingue da un messaggio privato, quale un SMS, che è personale e soprattutto più facilmente conservabile all'interno dei sistemi di *back-up* informatici.

Nello stesso periodo la questione è stata approfondita dalla Suprema Corte di Pechino, la quale con una *Interpretation* pubblicata il 4 febbraio 2015 ha specificato quali tipologie di sistemi elettronici sono utili allo scopo, considerato dall'art. 4, di pubblicizzazione dei codici disciplinari. In particolare, l'azienda può utilizzare, oltre ai sistemi tradizionali (consegna a mano, invio per posta, etc.) anche sistemi più innovativi, purché riesca ad offrire la prova dell'invio del documento e della sua ricezione da parte del dipendente. Così, anche l'invio per e-mail, per SMS e financo per chat può essere ritenuto idoneo a soddisfare il requisito di cui all'art. 4 della *Employment Contract Law*, purché il datore di lavoro si premuri di conservare tra i suoi archivi la prova del relativo invio, per esempio tramite adeguati sistemi di *back-up* o tramite la notarizzazione o l'autenticazione del messaggio informatico.

In ogni caso, nell'ipotesi in cui la Corte dovesse accertare il mancato rispetto della procedura di cui all'art. 4, il licenziamento verrebbe dichiarato illegittimo.

E si badi: la procedura deve essere seguita anche per l'**aggiornamento** dei codici disciplinari aziendali e degli *handbook*, e non è sufficiente la sua osservanza limitatamente alla loro predisposizione iniziale.

Con pronuncia dell'ottobre 2015, il Collegio Arbitrale del Distretto Tongzhou di Pechino ha ritenuto illegittimo il licenziamento, e condannato la società al pagamento dell'indennità risarcitoria ai sensi dell'art. 87 della *Employment Contract Law*, proprio sulla base del mancato assolvimento degli oneri procedurali stabiliti dall'art. 4 in caso di aggiornamento delle discipline aziendali.

Nel caso di specie, il lavoratore era stato licenziato per aver goduto del congedo matrimoniale dopo aver ottenuto una autorizzazione meramente verbale da parte del suo diretto superiore gerarchico, in violazione della nuova regola dell'*handbook* che prevedeva che i congedi matrimoniali dovessero essere richiesti con un preavviso di 10 giorni, per iscritto e con il corredo di apposita documentazione quali le copie dei certificati di matrimonio, e dovesse essere approvata, sempre per iscritto, dal Dipartimento delle Risorse Umane.

Il Collegio Arbitrale ha affermato che, sebbene il dipendente avesse sottoscritto un documento di ricevuta della ricezione della nuova versione dell'*handbook* (e dunque fosse provata la sua conoscenza della nuova regola procedurale interna in materia di ottenimento del congedo matrimoniale), tuttavia l'azienda non lo aveva adottato correttamente dal punto di vista procedurale, in quanto nella fase della sua predisposizione era stata omessa la consultazione della *Labor Union*. Conseguentemente, il licenziamento non poteva dirsi legittimo.

Una stessa pronuncia di illegittimità del licenziamento per mancato rispetto della procedura di consultazione prescritta dall'art. 4 della *Employment Contract Law* non già per la predisposizione dell'*handbook*, ma anche per il suo semplice aggiornamento, è stata emanata dalla Corte di Shanghai, Distretto di Qingpu.

In quest'ultimo caso, la società aveva licenziato il dipendente sulla base del fatto che la sua condotta di insubordinazione, corredata da minacce, violava le nuove disposizioni dell'*handbook*. In tal frangente, tuttavia, la società non era stata in grado di dimostrare, nel corso del giudizio, di avere regolarmente consegnato la versione aggiornata di tale documento al proprio dipendente: la sua sottoscrizione di ricevuta, infatti, si riferiva all'*handbook* originario, non alla sua versione implementata con le modifiche che rendevano non consentito il comportamento da lui tenuto. Così, anche in questo caso la società è stata condannata a corrispondere al lavoratore l'indennità risarcitoria pari al doppio dell'indennità di fine rapporto di cui all'art. 46.

Dalle sentenze in esame emerge che in entrambi i casi la conseguenza sanzionatoria della illegittimità del licenziamento dipendente dal mancato rispetto della procedura di cui all'art. 4 in ordine alla predisposizione dei codici aziendali di disciplina e al loro aggiornamento è consistita nella condanna al pagamento dell'indennità economica, senza applicazione della tutela reintegratoria che è prevista, in via alternativa, dall'art. 48 della *Employment Contract Law* quale conseguenza sanzionatoria del licenziamento illegittimo.

Anticipando brevemente quanto si osserverà con più specificità più avanti²³⁵, ciò può essere spiegato facendo riferimento ad un indirizzo recentemente invalso nella giurisprudenza cinese, in base al quale, nell'alternativa tra le due diverse tutele sanzionatorie – quella reintegratoria di condanna del datore di lavoro al *reinstatement* in servizio del lavoratore e quella indennitaria consistente nel pagamento del doppio dell'indennità di fine rapporto *ex art. 46*, alternativa che deve essere risolta sulla base della domanda del lavoratore ricorrente e della valutazione giudiziale in ordine alla *possibilità* o meno della reintegrazione in servizio del medesimo – tende ad escludere l'applicazione della tutela reintegratoria nei casi in cui il vizio di legittimità del licenziamento sia di natura meramente procedurale. I due precedenti ora citati si inseriscono, quindi, in questo filone interpretativo²³⁶, in quanto l'omissione addebitata alla società datrice in entrambi i casi si risolveva in una omissione di una fase della procedura di aggiornamento dell'*handbook* richiesta dall'art. 4 della legge sui contratti di lavoro.

A quanto detto si aggiunga che se, come si diceva, l'intervento delle *Labor Union* nella fase di redazione del Regolamento aziendale interno da parte del datore di lavoro rappresenta un onere procedurale di effettività limitata, ben più importante e "pesante" è il potere riconosciuto al Giudice di sindacare la previsione dell'*handbook* per la cui violazione è stato irrogato il licenziamento disciplinare.

235 Cfr. Capitolo Quinto, dedicato alle conseguenze sanzionatorie in caso di illegittimità del licenziamento.

236 Condensato dalle recentissime *Interpretations* della Suprema Corte di Pechino del 10 agosto 2016, su cui *infra*, Capitolo Quinto.

In altre parole, la giurisprudenza cinese si assegna senza pensarci troppo il potere di ritenere che il licenziamento per giusta causa, sebbene volto a colpire un comportamento effettivamente in contrasto con una specifica disposizione dell'*handbook* correttamente consegnato al dipendente, sia comunque illegittimo in quanto il complessivo comportamento in concreto tenuto dal dipendente, pur se effettivamente contrario alla disposizione del regolamento interno, non sia idoneo a rappresentare una “*serious violation*” delle regole di condotta²³⁷.

In tal modo, il requisito della “*seriousness*” viene ad avvicinarsi di molto al concetto, proprio della nostra giurisprudenza, di “lesione del rapporto fiduciario”, proprio in quanto ciò che diviene vaglio dell'accertamento giudiziale non è solo l'effettiva violazione formale di una specifica disposizione dell'*handbook*, ma anche la idoneità di tale violazione a ledere la funzionalità del rapporto²³⁸.

Del resto, va adeguatamente evidenziato che ai sensi dell'art. 39, num. 2), in esame, **il licenziamento per motivi disciplinari non può prescindere dalla predisposizione del regolamento disciplinare endo-aziendale**, da predisporre secondo quanto stabilito dalle regole procedurali testé analizzate.

Secondo tale disposizione, infatti, **non è consentito il licenziamento per una condotta che non sia vietata e sanzionata dal regolamento disciplinare aziendale o dall'*handbook***. In altre parole, la previsione della condotta incriminata all'interno di uno di tali documenti costituisce **requisito di legittimità** del recesso motivato, appunto, dalla commissione di quella condotta da parte del lavoratore.

Ciò emerge già dalla lettera dell'art. 39, num. 2), e risulta rinforzato anche dall'orientamento pretorio dominante.

In Cina, infatti, le Corti non hanno condiviso l'orientamento giurisprudenziale – invalso invece nel nostro Paese – relativo alla sanzionabilità a prescindere dal regolamento aziendale dei comportamenti contrari al c.d. *minimo etico*: orientamento in base al quale il dipendente può essere licenziato per una determinata condotta, nonostante questa non sia prevista nel codice disciplinare, se questa costituisce un comportamento la cui contrarietà alle regole generali della comunità civile²³⁹ o a norme specificamente in vigore all'interno di quell'azienda²⁴⁰ sia immediatamente percepibile.

Ne deriva che – a parte il parere discordante di alcune Corti, tra cui si può ricordare quella di Shanghai²⁴¹ – la giurisprudenza cinese dominante conclude per l'illegittimità di un licenziamento

237 In base ad una valutazione che viene effettuata caso per caso dal collegio giudicante. Cfr. R. Brown, *Understanding Labor and Employment Law in China*, cit., 155: “‘*Serious dereliction*’ will be determined on a case-by-case basis in the labor arbitration process. But there is some guidance that suggests that a finding of ‘substantial harm caused to the employer’ will be generally resolved in the employer’s favor, as legal rules state that determination is left to the employer and its internal rules. An illustration of the difficulty of determining issues under this section of the law is presented with a widely publicized Beijing case in which a management employee who was also a union leader was terminated for a ‘serious’ violation; the employee caused the employer sufficient ‘harm’ by failing to obtain a drinking water supply qualification, resulting in the labor arbitration, and the Beijing Shuiyi District Court upheld the arbitration, finding the employer had failed to meet its burden of proof on sufficient harm. Employee graft cases also fall under this provision, and rulings will likely turn on intent and the amounts involved in the graft”.

238 Si pensi al caso di assenteismo: l'*handbook* che preveda che il datore di lavoro possa licenziare il dipendente anche a fronte di mezza giornata di assenza ingiustificata può non essere sufficiente a sorreggere l'eventuale licenziamento intimato per tale motivo, la legittimità del quale potrebbe venire ancorata dalla Corte giudicante anche alla contemporanea sussistenza del carattere di gravità contemplato, ma non definito, dall'art. 39 num. 2) della legge. Sul punto, si rinvia a quanto si dirà *infra*, in questo stesso paragrafo, in ordine ai problemi interpretativi ed applicativi che si pongono in relazione alla indeterminatezza del requisito della *seriousness* della condotta posta in essere dal lavoratore in violazione del regolamento aziendale.

239 Per esempio, il divieto di rubare, di maltrattare i colleghi, etc.

240 Per esempio, il divieto di fumare per operai che lavorino in una fabbrica di vernici o dove vengano utilizzati altri prodotti facilmente infiammabili.

241 Secondo la Corte di Shanghai, infatti, il datore di lavoro non è onerato della predisposizione di ciascun comportamento vietato per poter agire disciplinarmente nei confronti del dipendente. La Corte motiva il proprio orientamento sulla base del principio di buona fede, alla luce del quale qualora una determinata condotta appaia manifestamente non consentita, e tale divieto sia immediatamente percepibile dalla generalità dei consociati (o dalla

intimato ai sensi dell'art 39, num. 2), se il fatto per il quale viene irrogato non è contemplato all'interno del codice aziendale o dell'*handbook*²⁴².

Esemplificativa di questo *trend* giurisprudenziale, può citarsi una sentenza del gennaio 2013 della Corte Intermedia di Chongqing, la quale ha confermato per l'appunto la necessità che il comportamento sanzionato con il licenziamento in tronco *ex art.* 39, num. 2), risulti espressamente previsto e vietato dal regolamento disciplinare aziendale e dall'*handbook*.

Nel caso di specie – invero molto utile per comprendere l'approccio estremamente garantista della Corte nei confronti del dipendente – il lavoratore, dipendente di un'azienda di trasporti, era stato licenziato in quanto era stato sorpreso più volte mentre in orario di lavoro svolgeva delle attività a favore di impresa diversa da quella dalla quale dipendeva, per giunta concorrente di quest'ultima. Ora, una tale condotta era tale da rilevare già di per sé ed autonomamente ai sensi tanto del num. 3) quanto del num. 4) del medesimo art. 39 della *Employment Contract Law* – sui quali si veda *infra* – che consentono il licenziamento in tronco nel caso in cui il lavoratore cagioni un danno al proprio datore di lavoro rispettivamente trascurando con negligenza i propri doveri lavorativi e lavorando per altra impresa. L'azienda, invece, aveva proceduto al licenziamento nei suoi confronti ai sensi del num. 2), per contrarietà della condotta del dipendente alla disposizione del codice disciplinare endo-aziendale che impediva “*any behaviour that causes damage to the company's interests*”. In tal modo, l'azienda ha collegato il recesso non tanto al fatto in quanto tale (dal momento che la norma interna non specificava il tipo di condotta vietata), bensì alla causazione di un danno: ma nell'impossibilità di dimostrare in giudizio il danno concretamente sofferto (per esempio la rivelazione a terzi di informazioni confidenziali dell'impresa), è incorsa in una pronuncia sfavorevole da parte della Corte. Questa, infatti, ha rilevato che (i) l'azienda non era riuscita a provare di aver subito un danno economicamente rilevante per effetto della condotta del dipendente, e soprattutto che (ii) nel regolamento disciplinare endo-aziendale *non sussisteva alcuna previsione che vietasse al lavoratore di lavorare per altre imprese durante l'orario di lavoro*. In altre parole, visto che la disposizione di riferimento del codice disciplinare aziendale vietava la produzione di un danno all'azienda, e non già una condotta di infedeltà consistente nel lavorare per terzi, in assenza della dimostrazione del danno la Corte ha ritenuto il licenziamento illegittimo, ordinando alla società di corrispondere al ricorrente l'indennità *ex art.* 48 a titolo di risarcimento.

Dal momento, infatti, che nessuna norma di legge consente il licenziamento del lavoratore che mentre si trova in servizio anziché svolgere le proprie mansioni cura i propri affari, la sanzionabilità di un tale comportamento del dipendente deve essere prevista nel codice disciplinare interno, altrimenti, conclude la Corte, il recesso è destinato ad essere illegittimo.

Tale pronuncia, oltre a confermare l'importanza che il fatto per il quale il lavoratore viene licenziato sia previsto espressamente nel Regolamento disciplinare interno, a pena di impossibilità di porre in essere il recesso, dimostra altresì che le Corti non procedono ad un'opera di riqualificazione della fattispecie rilevante in modo da arrivare, nella conclamata e non discussa anti-giuridicità della condotta, ad un accertamento della legittimità del licenziamento. Nel caso riportato, infatti, la Corte di Chongqing ben avrebbe potuto, una volta che il datore di lavoro aveva provato la condotta infedele del lavoratore, riqualificare la fattispecie, facendola rientrare nell'ambito applicativo del num. 3) o del num. 4) dell'art. 39²⁴³. Invece, essa molto rigidamente è rimasta ancorata al tenore

generalità dei dipendenti di quell'azienda), il lavoratore può essere licenziato anche se la relativa proibizione non sia espressamente contemplata all'interno del regolamento aziendale.

242 A pena di orientamenti giurisprudenziali dal contenuto molto discutibile, quale quello che propende per giudicare illegittimo il licenziamento intimato in caso di furto di merce o di denaro commesso dal dipendente.

243 Quest'opera di riqualificazione della fattispecie viene invece operata dalla giurisprudenza italiana. Per esempio i Giudici, qualora ritengano che il licenziamento per giusta causa intimato in tronco *ex art.* 2119 c.c. sia sproporzionato rispetto alla gravità della condotta addebitata al dipendente, ma comunque emerga che questa costituisca un inadempimento notevole degli obblighi contrattuali, senza problemi riqualificano la ragione sottesa al licenziamento da “giusta causa” a “giustificato motivo soggettivo”, con ciò “salvando” la legittimità del licenziamento e condannando il datore di lavoro al solo pagamento dell'indennità sostitutiva del preavviso ai sensi dell'art. 2118 c.c.

letterale della comunicazione del licenziamento e, non ritenendo giustificato il recesso per la ragione addotta dall'azienda, ha così concluso per la sua illegittimità.

Questo esempio dimostra ulteriormente l'importanza per le imprese che operino in Cina di dotarsi di codici disciplinari interni estremamente puntuali e idonei a ricomprendere un ventaglio più esteso possibile di fattispecie concrete, e di procedere al loro costante aggiornamento.

Così, per effetto di tale (discutibile) principio di natura estremamente garantista, le imprese che abbiano alle proprie dipendenze dei lavoratori in Cina debbono prestare particolare attenzione tanto alla predisposizione di un regolamento aziendale il più specifico possibile, quanto al suo costante periodico aggiornamento: tale regolamento dovrà prevedere il divieto non già solo dei fatti e dei comportamenti idonei a venire in rilievo in modo specifico per quanto riguarda quell'azienda, ma anche fatti contrari a norme generali ed il cui disvalore è immediatamente percepibile da parte di ogni consociato, quale, ad esempio, il divieto di rubare.

E si presti attenzione al fatto che appare quanto mai opportuno che tali documenti siano predisposti anche in lingua cinese²⁴⁴, anche per scongiurare l'applicazione di un diffuso orientamento giurisprudenziale per cui un codice disciplinare redatto in una lingua non parlata dal dipendente sia privo di efficacia nei confronti di quest'ultimo, con conseguente illegittimità del licenziamento fondato su un divieto contenuto all'interno dello stesso.

Peraltro, se l'attuale stato dell'arte è orientato in tal senso nell'escludere la legittimità di un licenziamento senza preavviso intimato quale sanzione disciplinare per condotte che non siano espressamente e specificamente ricomprese all'interno del regolamento disciplinare aziendale, nonostante la loro intrinseca gravità e la loro contrarietà al c.d. minimo etico, occorre dare atto che forse nei prossimi anni la situazione è destinata a mutare.

Infatti, è intervenuto sulla scena un recentissimo documento emanato dal Governo e dall'Alta Corte Popolare di Pechino il 24 aprile 2017, le già citate *Answers to Questions of Law Application in the Handling of Employment Disputes*, con cui tali Autorità hanno affermato il contrario di quanto si è detto sinora, cioè che nell'ipotesi in cui il dipendente violi la disciplina sul lavoro in maniera palesemente contraria all'etica professionale, egli può essere licenziato ai sensi dell'art. 39 della *Employment Contract Law* pur nella mancata previsione di quel fatto nei regolamenti aziendali interni.

Il Governo e l'Alta Corte di Pechino valorizzano, a tal fine, la disposizione di cui all'art. 3, paragrafo 2, della *Labor Law* del 1994, ai sensi della quale “*labourers shall fulfill their labour tasks, improve their vocational skills, follow rules on occupational safety and health, and observe labour discipline and professional ethics*”.

Essa costituisce, all'evidenza, una norma di carattere generale, che finora, probabilmente proprio a causa della sua natura quasi di norma di principio, non era stata valorizzata a sufficienza dalla giurisprudenza nell'esaminare le controversie relative al licenziamento disciplinare.

E invece secondo le *Answers* del 2017 è proprio tale norma di principio a costituire la base giuridica della legittimità di un licenziamento intimato per una condotta del lavoratore contraria all'etica professionale.

Tuttavia, per valutare se tale documento sia davvero idoneo a mutare il diritto vivente invalso nell'ordinamento cinese occorrerà comunque valutare la reazione degli organi giudiziari, anche alla luce dell'ampiezza del concetto di “etica professionale” e del margine di discrezionalità che esso comunque lascia in capo all'interprete.

244 Infatti, può ritenersi applicabile analogicamente quell'orientamento invalso (ancora ufficiosamente, stante il carattere per il momento tutt'ora non normativo del Documento) in base alle c.d. *Draft Opinions Regarding the Implementation of the Labour Contract Law*, pubblicate dal Governo centrale nel mese di luglio 2015. Tale Documento richiede che il contratto individuale di lavoro sia stipulato in lingua cinese, e che in caso di stipulazione (anche) in lingue diverse debba essere considerata prevalente la versione cinese. Se questo vale, nell'opinione governativa, con riferimento al contratto di lavoro, è inevitabile ritenere che tale interpretazione troverà accoglimento anche per gli strumenti ad esso collegati come l'*handbook* aziendale consegnato al dipendente.

b) Il procedimento disciplinare.

Altra questione che si pone in relazione alla fattispecie dell'art. 39, num. 2), della *Employment Contract Law* consiste nel comprendere se la contestazione preventiva dell'addebito costituisca o meno anche in Cina, così come in Italia, un requisito di legittimità del licenziamento disciplinare.

Nell'ordinamento italiano, infatti, il datore di lavoro che intenda licenziare per motivi di natura disciplinare un proprio dipendente ha l'onere di porre in essere un procedimento preventivo, descritto anch'esso dall'art. 7 St. Lav., al fine di consentire al medesimo l'esercizio del proprio diritto di difesa in ordine agli addebiti che gli vengono rivolti e che potrebbero portare, per lui, alla conseguenza rilevante della perdita del posto di lavoro²⁴⁵.

Schematicamente, il procedimento disciplinare costruito dall'art. 7, commi 2 e ss., St. Lav. si svolge in una serie di fasi che possono essere così descritte:

1. Fase della **contestazione**.

Il datore di lavoro, venuto a conoscenza dell'infrazione, deve contestare al lavoratore l'addebito²⁴⁶ (art. 7, comma 2, St. lav.) in forma scritta²⁴⁷. Una contestazione verbale sarebbe così inefficace e l'eventuale successiva sanzione affetta da nullità²⁴⁸.

Per quanto riguarda il contenuto della contestazione, la giurisprudenza è concorde nel ritenere che essa debba essere dettagliata, specifica e precisa, indicando adeguatamente i fatti in cui si sostanzia la complessiva condotta addebitata²⁴⁹. L'addebito oggetto della contestazione sarà, inoltre, immutabile, nel senso che il datore di lavoro non potrà intimare la sanzione sulla base di fatti che precedentemente non aveva puntualmente indicato nella lettera di contestazione, salva la possibilità

245 Negli anni immediatamente successivi all'entrata in vigore dello Statuto dei Lavoratori, ci si era posti il problema dell'applicabilità dell'art. 7 – oltre che alle sanzioni disciplinari conservative – anche al licenziamento intimato per motivi disciplinari: il tenore letterale della disposizione in esame lasciava adito a dubbi, posto che il licenziamento a rigore non rientra tra le “*sanzioni che non determinano una trasformazione irreversibile del rapporto*” di cui all'art. 7. La questione è stata risolta con la nota sentenza della Corte Costituzionale n. 230/1982, con la quale è stato chiarito che la disposizione statutaria è da interpretare nel senso che si applichi anche al licenziamento disciplinare, qualificato, di per sé, come “*la più grave delle sanzioni disciplinari*”.

246 La mera domanda di risarcimento del danno – scollegata da ogni intento sanzionatorio riverbantesi sul rapporto di lavoro – resta invece fuori dall'onere di previa contestazione.

247 Salva la possibilità di un rimprovero verbale, che però non costituisce una sanzione disciplinare in senso tecnico.

248 Nel silenzio della norma, che non specifica con quali modalità la contestazione debba essere trasmessa al lavoratore interessato, è da ritenere che l'atto scritto possa anche essergli consegnato a mano e tramite persona incaricata dal datore di lavoro, la quale può essere assunta come teste ai fini della prova dell'avvenuta consegna. Ovviamente è idonea allo scopo perseguito dalla norma la consegna della contestazione tramite lettera raccomandata a mezzo del servizio postale, per la quale vale la presunzione di conoscenza di cui all'art. 1335 c.c. dettata per la comunicazione degli atti unilaterali recettizi. Tale presunzione di conoscenza, che non è impedita dal rifiuto del dipendente di ricevere l'atto, secondo la giurisprudenza si realizza nel momento in cui il mezzo di trasmissione della dichiarazione raggiunge il luogo di indirizzo del destinatario.

249 Così, non sarebbe sufficiente una contestazione del seguente tenore:

“*Con la presente Le contestiamo un atteggiamento di non collaborazione nei confronti dei Suoi superiori gerarchici*”, oppure “*Le contestiamo di aver sottratto della merce dal magazzino*”.

L'insufficienza di tali lettere di contestazione degli addebiti deriva dalla mancata specificazione temporale dei fatti sui quali essi si basano; addirittura, le contestazioni di un mero atteggiamento di non collaborazione o di ribellione o di insofferenza, che di frequente capita di rinvenire nella pratica professionale, omettono di indicare qualsiasi fatto concreto, e dunque non possono assolvere allo scopo di garanzia e di diritto di difesa cui sono funzionalizzate (come può difendersi un lavoratore cui viene contestato non un fatto, ma un atteggiamento?).

E' quindi più opportuno indicare le circostanze concrete dalle quali emerge un tale atteggiamento e la sua intollerabilità per l'azienda (ad esempio, “*Le contestiamo i seguenti episodi di insubordinazione alle disposizioni dei Suoi superiori: a. in data ---, verso le ore ---, Lei rispondeva al Sig. ---, Suo superiore, con la frase ---, alla presenza dei Sigg. ---; b. in data ---, verso le ore ---, Lei ometteva di eseguire l'attività che Le veniva affidata dal Sig. ---, Suo superiore, senza addurre alcuna motivazione; c. in data ---, verso le ore ---, Lei ---*”).

Analogamente, in caso di furto in azienda, è opportuno indicare, se possibile, i singoli episodi furtivi, anziché un generico “*furto nei locali aziendali*”, perlomeno con riguardo alla data e alla merce sottratta.

di contestazioni integrative. Non è invece dovuta, neppure in caso di richiesta del lavoratore, la comunicazione delle fonti di prova²⁵⁰.

Requisito fondamentale della contestazione è costituito dalla sua necessaria **tempestività**.

Esso da un lato mira ad assicurare al lavoratore incolpato il diritto di difesa nella sua effettività, così da consentirgli il pronto allestimento del materiale difensivo per poter contrastare più efficacemente il contenuto degli addebiti, dall'altro lato tutela il legittimo affidamento da parte sua alla tolleranza datoriale della sua condotta, dal momento che il decorso di un notevole lasso di tempo dal fatto potrebbe indurlo a ritenere la mancanza di connotazioni disciplinari del fatto commesso.

La tempestività, peraltro, è da considerare con riferimento non tanto al momento dell'infrazione, quanto al momento in cui il datore di lavoro ne è venuto a conoscenza. La giurisprudenza, infatti, ritiene che quello della tempestività sia un requisito di natura relativa, dovendo la sua osservanza essere sempre valutata in rapporto alla complessità dell'organizzazione aziendale ed al tempo necessario per gli accertamenti del caso²⁵¹. Del resto, la relatività del requisito della tempestività emerge in tutta la sua importanza nel caso in cui il comportamento addebitato consti di una serie di fatti che, convergendo a comporre un'unica condotta, esigono una valutazione globale ed unitaria da parte del datore di lavoro: in tal caso senza dubbio il requisito dell'immediatezza della contestazione è compatibile con il decorso di un certo intervallo temporale, e andrà perlopiù valutato con riferimento all'ultimo episodio.

2. Fase della **difesa del lavoratore**.

Il lavoratore che abbia ricevuto una contestazione ha diritto di essere “*sentito a sua difesa*” dal datore di lavoro (art. 7, comma 2, St. lav.), facendosi eventualmente assistere da un sindacalista di sua fiducia²⁵².

Solo ove il lavoratore lo chieda il datore di lavoro è tenuto a sentire oralmente il lavoratore stesso; in mancanza di tale richiesta, che deve essere espressa ed inequivoca, non esiste alcun onere del datore di lavoro di invitare il lavoratore a discolarsi oralmente, essendo in facoltà di quest'ultimo esercitare il suo diritto di difesa nella più completa libertà di forme e, quindi, anche per iscritto o mediante l'assistenza di un rappresentante dell'associazione sindacale cui aderisce o conferisce mandato.

Per la predisposizione della propria difesa (o tramite scritto difensivo o tramite richiesta di essere sentito oralmente), il lavoratore ha a disposizione fino a cinque giorni, prima dei quali il datore di lavoro non può irrogare la sanzione disciplinare. Solo decorso inutilmente tale termine (ovvero dopo che il lavoratore ha svolto le proprie difese), il datore di lavoro potrà procedere disciplinarmente. In difetto di rispetto del termine dilatorio di cinque giorni, l'eventuale licenziamento sarebbe considerato illegittimo per violazione della procedura.

3. Fase della **irrogazione della sanzione**.

250 E a maggior ragione il datore di lavoro non è tenuto a mettere a disposizione del lavoratore la documentazione aziendale relativa ai fatti contestati, restando salva la possibilità per il lavoratore medesimo di ottenere, nel corso del giudizio ordinario di impugnazione del licenziamento irrogato all'esito del procedimento suddetto, l'ordine di esibizione della documentazione stessa, purché provveda a specificare i documenti la cui messa a disposizione sarebbe stata necessaria al fine di difendersi adeguatamente durante il procedimento disciplinare.

251 Si può riportare il caso emblematico relativo al licenziamento disciplinare di un dirigente di una s.p.a., intimato a partire da una contestazione del settembre 2000, a distanza di circa due anni dai fatti. Il consiglio di amministrazione della società, però, insediatosi nell'autunno del 1999, era venuto a conoscenza dei fatti contestati al dirigente nell'ambito di una ricognizione contabile effettuata in occasione della redazione del bilancio 1999. I giudici di merito avevano ritenuto la contestazione affetta da tardività e dichiarato conseguentemente illegittimo il licenziamento, con pronuncia cassata dalla Corte di Cassazione la quale ha ritenuto la decisione priva di adeguata motivazione con riferimento alla tardività della contestazione effettuata con lettera del settembre 2000, con distacco temporale all'evidenza non eccessivo. Ciò in quanto, ritiene la Suprema Corte, “*in caso di trasformazione di un ente pubblico in società per azioni, non può ritenersi irrilevante la nomina del consiglio di amministrazione della società, in sostituzione del precedente organo gestore dell'ente, e affermarsi la conoscibilità dei fatti pregressi per effetto della mera successione di un organo all'altro*” (cfr. Cass., 26 novembre 2007, num. 24584).

252 Non anche, la giurisprudenza è concorde, da un avvocato.

Per tale adempimento, la legge non fissa un termine decorrente dalle giustificazioni rese dal lavoratore o dall'inutile scadenza del tempo di attesa minimo²⁵³, ma il datore deve provvedere con tempestività, altrimenti si presume l'abbandono del procedimento disciplinare.

Il rispetto della procedura costituisce un requisito di legittimità del licenziamento: se il datore di lavoro provvede a licenziare il dipendente per giusta causa, financo per un fatto di estrema gravità, senza avergli prima contestato l'addebito nel rispetto della procedura indicata dall'art. 7 St. Lav., quel licenziamento è irrimediabilmente illegittimo per il vizio procedurale, pur se nella sostanza la condotta del lavoratore era ben meritevole della massima sanzione disciplinare.

E per i licenziamenti intimati sino al 18 luglio 2012, tale vizio procedurale aveva lo stesso "peso" di qualsiasi altro vizio di legittimità del licenziamento, posto che l'accertamento di esso nel corso del processo portava alla reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro e al pagamento a suo favore di tutte le mensilità di retribuzione per il periodo dal recesso sino all'effettiva riammissione in servizio, secondo la sanzione "monolitica" scolpita dal testo originario dell'art. 18 St. Lav.

A seguito della riforma Fornero operata con legge n. 92/2012, invece, come noto, l'art. 18 St. Lav. è stato "frantumato" in una "geometria variabile"²⁵⁴ costituita da quattro livelli di tutela a favore del lavoratore che sia stato licenziato illegittimamente: in concreto, la legge ora offre dei rimedi più o meno forti a seconda del vizio che inficia il recesso. La *ratio*, salutata per lo più con favore dalla dottrina²⁵⁵, consiste nel collegare la sanzione prevista nei confronti del licenziamento illegittimo a seconda della natura diversa dell'illegittimità del medesimo: così, viene offerta una tutela più ampia al lavoratore nelle ipotesi di maggiore disvalore del recesso, e una tutela via via decrescente al diminuire di tale disvalore ascrivibile al comportamento datoriale.

E i vizi di natura procedimentale, come quello in esame, rientrano nell'area dell'ultimo livello di tutela per il lavoratore, quella meno onerosa per il datore di lavoro, la c.d. *tutela economica dimezzata*, che consiste nell'obbligo per l'imprenditore di corrispondere al lavoratore un importo a titolo risarcitorio compreso tra le sei e le dodici mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto del medesimo, senza che questi abbia diritto alla reintegrazione nel posto di lavoro.

L'opzione del 2012 è stata mantenuta anche nel 2015, dal d. lgs. n. 23 sul contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti, il quale, con riferimento ai lavoratori assunti a partire dal 7 marzo 2015, sanziona il licenziamento illegittimo per motivi meramente procedurali con una semplice indennità economica (da un minimo di due a un massimo di dodici mensilità dell'ultima retribuzione utile ai fini del calcolo del trattamento di fine rapporto).

Riassumendo, quindi:

- in Italia, l'art. 7 St. Lav. prescrive che il licenziamento disciplinare sia preceduto da una procedura preventiva di contestazione dell'addebito e di concessione al lavoratore della facoltà di presentare le proprie difese, puntualmente descritta dallo stesso art. 7, in difetto della quale il licenziamento è illegittimo;

253 Un termine perentorio in tal senso viene talvolta previsto dai contratti collettivi, come per esempio dal CCNL Alimentari Industria, all'art. 68, o dal CCNL Metalmeccanici Industria, all'art. 8 della Sez. IV del Titolo VII, i quali stabiliscono che i provvedimenti disciplinari devono essere comminati rispettivamente non oltre il trentesimo giorno e il sesto giorno dal ricevimento delle giustificazioni e comunque dallo scadere del quinto giorno successivo alla formale contestazione. Si tratta di un termine perentorio decorso il quale le sanzioni non possono esser efficacemente irrogate, salvo che la medesima clausola contrattualcollettiva preveda la facoltà di proroga (come fa, ad es., l'art. 227 CCNL Terziario). Queste clausole sono riconosciute come pienamente legittime dalla giurisprudenza.

254 Il termine, icastico, è impiegato da C. Cester, *La riforma della disciplina dei licenziamenti: principi generali e tecniche normative*, in C. Cester (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, cit., 14.

255 Per esempio, si è dichiarato concorde con l'opzione seguita dal legislatore A. Maresca, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche all'articolo 18 statuto dei lavoratori*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2012, I, 417; così anche C. Cester, *La riforma della disciplina dei licenziamenti: principi generali e tecniche normative*, cit., 18, che ritiene non condivisibili le critiche mosse da taluni Autori a tale opzione normativa. Cfr. anche M. Marazza, *L'art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei Lavoratori*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2012, 3, I, 612 ss. Di opinione radicalmente difforme, evidenziando un "gravissimo peggioramento della disciplina", P. Alleva, *Punti critici della riforma del mercato del lavoro*, 2012, rinvenibile online sul sito <http://www.paneacqua.info/2012/04/punti-critici-della-riforma-del-mercato-del-lavoro>.

- tuttavia, per i licenziamenti intimati a partire dal 18 luglio 2012 la sanzione prevista per il vizio procedurale consistente nel mancato rispetto della procedura di contestazione preventiva consiste solo in una tutela indennitaria per il dipendente, senza che questi abbia più il diritto di ottenere la reintegrazione nel posto di lavoro.

Nell'ordinamento cinese, invece, non vi è alcuna norma che, come l'art. 7 dello Statuto dei Lavoratori italiano, preveda delle garanzie procedurali a favore del lavoratore prima dell'intimazione al medesimo del licenziamento disciplinare.

Così, a fronte della commissione, da parte del lavoratore, di un comportamento vietato dal regolamento aziendale o dall'*handbook*, **il datore di lavoro può procedere direttamente con l'irrogazione della sanzione disciplinare** che ritiene più opportuna o, nei casi più gravi, del licenziamento: non è previsto alcun onere procedimentale a suo carico, se non la notificazione della lettera di irrogazione della sanzione disciplinare²⁵⁶.

È davvero evidente il *vulnus* alle garanzie difensive che dovrebbero spettare al lavoratore, con la negazione *totale* della sua possibilità di difendersi preventivamente rispetto all'irrogazione della sanzione a fronte della contestazione che viene mossa nei suoi confronti²⁵⁷: l'unica sede in cui egli potrà provare la sua estraneità ai fatti addebitatigli, o per convincere il datore di lavoro circa la sua buona fede nella posizione in essere di un comportamento che riteneva tollerato o non così grave da condurre al recesso in tronco, o per sostenere la sproporzionalità del provvedimento estintivo rispetto alla gravità della sua condotta, è così rappresentata dal procedimento di impugnazione, in prima istanza dinanzi al Collegio Arbitrale e poi eventualmente dinanzi alla Corte del Popolo²⁵⁸.

Così, l'unico onere procedurale che il datore di lavoro deve porre in essere prima del licenziamento consiste nella **comunicazione alla Labor Union delle motivazioni del recesso**. Questa, ai sensi dell'art. 43, ha il diritto di invitare il datore di lavoro a rivedere la sua posizione nel caso in cui ritenga che il licenziamento sia illegittimo.

In disparte i problemi di effettività di tale disposizione procedurale, concepita evidentemente come una forma di salvaguardia dell'interesse dei lavoratori – problema che verrà affrontato nel capitolo dedicato agli oneri procedurali in capo al datore di lavoro in tema di licenziamento – qui preme rilevare come l'art. 43 preveda tale onere informativo in relazione a tutte le tipologie di licenziamento, e non solamente con specifico riferimento al licenziamento disciplinare.

Del resto, la tutela apportata dall'art. 43 della *Employment Contract Law* appare tutt'altro che effettiva: in proposito, può segnalarsi un caso interessante deciso con una sentenza del 10 aprile 2014 dalla Corte Intermedia di Chongqing, la quale ha statuito la legittimità del licenziamento intimato senza questa previa comunicazione delle ragioni alla *Labor Union*, per il fatto che in

256 Notificazione che può avvenire anche a mani, consegnando al lavoratore la comunicazione del recesso e facendolo sottoscrivere per ricevuta sulla copia destinata a rimanere all'azienda (con l'accortezza di predisporre in anticipo due testimoni per precostituire la prova della consegna del documento nel caso in cui il dipendente si rifiuti di sottoscrivere). Su può anticipare già in tal sede quanto si vedrà approfonditamente nel Capitolo Sesto, cioè che il termine *notification* è usato dal legislatore cinese in senso atecnico, quale mero sinonimo della più semplice "comunicazione".

257 *Vulnus* che appare tuttavia coerente, nella sua difficile accettabilità in un Paese come la Cina, con la previsione di cui al num. 5) dello stesso art. 39 della *Employment Contract Law*, che consente il recesso in tronco del lavoratore che sia imputato o indagato per un fatto avente rilevanza penale. La coerenza sussiste nella totale assenza di riconoscimento, nell'uno come nell'altro caso, di un diritto alla difesa, sia in un contesto endo-aziendale, che in un contesto extra-aziendale, con la contemporanea oblazione, in quest'ultimo caso, del principio di presunzione di non colpevolezza che permea, invece, il nostro ordinamento anche a livello costituzionale. Sul num. 5) dell'art 39, si veda nello specifico più oltre in questo stesso paragrafo.

258 Il che induce a ritenere che l'omissione di una pur sommaria procedura preventiva al licenziamento disciplinare potrebbe forse rivelarsi un'arma a doppio taglio per il datore di lavoro. Quest'ultimo, infatti, procedendo ad intimare direttamente il recesso rifiutando qualsiasi audizione del dipendente o di ricevere in altro modo qualsiasi giustificazione da parte sua, in tal modo non può venire a conoscenza di elementi giustificativi addotti dal dipendente che altrimenti avrebbe potuto valorizzare per evitare di porre in essere un recesso in tronco destinato a venir giudicato illegittimo dal Collegio Arbitrale o dalla Corte proprio alla luce di quegli elementi fattuali introdotti dal lavoratore per la prima volta in sede procedimentale.

quell'azienda non era stata costituita alcuna *Labor Union*. Il lavoratore ricorrente, invece – licenziato ex art. 39, num. 2) per aver assalito un collega durante una disputa avvenuta sul luogo di lavoro – sosteneva che controparte avrebbe dovuto porre in essere la previa notificazione delle ragioni del licenziamento all'associazione sindacale del livello superiore, per esempio a livello distrettuale; in alternativa si sarebbe potuto ritenere che, in mancanza di costituzione dell'organismo di rappresentanza dei lavoratori all'interno di quella singola azienda, l'onere di comunicazione previsto dall'art. 43 dovesse trasferirsi, per l'appunto, a favore del singolo lavoratore. La *ratio* della norma consiste, infatti, nel consentire una difesa del lavoratore, preventiva rispetto al licenziamento, da parte di un organo rappresentativo degli interessi dello stesso lavoratore, con la conseguenza che, in mancanza di tale schermo, il principio di buona fede (solitamente molto valorizzato dalle Corti) esigerebbe che il singolo venga messo a conoscenza degli elementi posti a suo carico ed abbia la possibilità di difendersi illustrando egli stesso, in prima persona, il proprio invito a rivedere la propria decisione ai sensi dell'art. 43.

La Corte di Chongqing, sulla base del presupposto per cui un datore di lavoro non è tenuto a costituire una *Labor Union* al suo interno, ha invece affermato che di conseguenza l'onere di cui all'art. 43 della *Employment Contract Law* è inapplicabile per le aziende nelle quali non sia ancora stata costituita una *Labor Union* tra i suoi dipendenti. La mancanza dell'organo di rappresentanza dei lavoratori in azienda, così, non è elemento sufficiente per ritenere che il lavoratore debba essere reso destinatario di alcun onere di comunicazione preventiva da parte del datore di lavoro.

La pronuncia appare difficilmente condivisibile, soprattutto nella parte in cui sembra ravvisare un rapporto quasi eziologico tra mancato obbligo di costituire una *Labor Union* per il datore di lavoro e possibilità di licenziare senza comunicare le ragioni di recesso ad un sindacato di grado superiore: tra i due elementi invece non sussiste alcuna concatenazione, anche perchè altrimenti in tal modo si offrirebbe un ulteriore incentivo ai datori di lavoro per non costituire *Labor Union* al loro interno.

Nei casi, invece, in cui all'interno dell'azienda sia stato costituito un tale organismo, ma il datore di lavoro egualmente abbia omissso di adempiere all'onere di comunicazione preventiva di cui all'art. 43, il licenziamento sarà bensì dichiarato illegittimo, ma anche nell'ordinamento cinese, come in quello italiano, la sanzione generalmente sarà soltanto di natura indennitaria²⁵⁹.

Infatti, sebbene l'art. 48 della *Employment Contract Law* non distingue tra le due differenti categorie di conseguenze sanzionatorie da licenziamento illegittimo (quella di natura reintegratoria e quella di natura indennitaria) sulla base della tipologia di vizio che inficia il licenziamento stesso, ma afferma che la Corte dovrà reintegrare il lavoratore nel posto di lavoro nel caso in cui egli avanzi un'apposita richiesta in tal senso e tale reintegrazione sia considerata possibile, secondo l'interpretazione da ultimo invalsa²⁶⁰ uno dei casi in cui l'organo giudicante non potrà applicare la tutela reintegratoria consiste proprio nelle ipotesi in cui il vizio di legittimità del recesso è di natura meramente procedurale.

Così, la scarsa effettività della garanzia che l'art. 43 tenta di instaurare a favore del lavoratore, a fronte della mancanza di una norma quale l'art. 7 del nostro Statuto dei Lavoratori, è rappresentata, oltre che dal rilievo precedente relativo alla sua inapplicabilità in caso di mancata costituzione di una *Labor Union* all'interno dell'azienda, anche dalla scarsa incisività della tutela per il caso di sua violazione, posto che in caso di sua omissione il lavoratore potrà ottenere soltanto un risarcimento economico, ma ben difficilmente potrà ottenere la reintegrazione nel posto di lavoro²⁶¹.

259 L'applicabilità della sola sanzione indennitaria, con esclusione della reintegrazione nel posto di lavoro e conseguente mantenimento dell'efficacia del licenziamento, costituisce una analogia tra i due ordinamenti, ma una analogia non voluta dal legislatore. Infatti, mentre in Italia la corrispondenza "vizio procedurale = tutela meramente indennitaria" è prevista a livello normativo ed è frutto di una meditata scelta riformatrice del legislatore del 2012, in Cina essa, come si vedrà ampiamente *infra*, non è prevista a livello di diritto positivo ma discende da un orientamento giurisprudenziale, pur condiviso a livello pressochè generale in tutto il territorio nazionale.

260 Per effetto delle *Interpretations* della Suprema Corte di Pechino pubblicate il 30 novembre 2016.

261 La questione verrà approfondita e commentata all'interno del Capitolo Quinto, dedicato appositamente al regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo, cui si rinvia.

A quanto detto occorre aggiungere un accenno in merito al profilo relativo alla **tempestività** dell'irrogazione della sanzione disciplinare rispetto al fatto addebitato al lavoratore.

Come detto, in Italia esso, nonostante non sia previsto espressamente dall'art. 7 St. Lav., costituisce un requisito del licenziamento disciplinare. Così, da tempo è stato chiarito in giurisprudenza che il rispetto o meno di esso deve essere valutato con riferimento al momento in cui il datore di lavoro è venuto a conoscenza dell'infrazione piuttosto che quello in cui essa è stata posta in essere, assumendo valore al riguardo elementi fattuali quali la complessità dell'organizzazione aziendale ed il tempo necessario per gli accertamenti del caso²⁶².

Anche nell'ordinamento cinese la tempestività *non* costituisce un requisito *espresso* di legittimità del licenziamento per giusta causa (e, più in generale, delle sanzioni disciplinari); la *Employment Contract Law*, infatti, come non prescrive l'osservanza di un previo procedimento disciplinare, così è del tutto silente sul versante temporale e quindi *in thesi* consente al datore di lavoro di intervenire disciplinarmente pure per fatti molto lontani nel tempo. Anche questo profilo, a ben vedere, è idoneo a costituire un serio pregiudizio per la sfera soggettiva del lavoratore, sia per quanto riguarda le sue esigenze difensive (è chiaro che costruire in giudizio un apparato difensivo convincente a distanza di mesi dal fatto è particolarmente complesso, soprattutto laddove vi sia l'esigenza di coinvolgere la testimonianza di altri soggetti), che soprattutto con riferimento al possibile affidamento, da parte sua, della tolleranza datoriale nei confronti di quella condotta che non è stata contestata né sanzionata entro un congruo termine.

Anche in Cina, tuttavia, il profilo della tempestività è valorizzato dalla giurisprudenza, la quale dimostra di considerarlo come un requisito di legittimità del licenziamento intimato per commissione di un'infrazione di norme disciplinari interne all'azienda, e di conseguenza dichiara viziato il recesso qualora tra la data di accertamento del fatto contestato e l'irrogazione del recesso sia decorso un periodo di tempo eccessivo²⁶³.

Il requisito in parola, del resto, in alcuni contesti locali è stato positivizzato, dal momento che taluni atti normativi lo hanno introdotto in maniera espressa quale condizione necessaria per la legittimità del licenziamento.

Per esempio, nella Municipalità di Pechino, nel gennaio del 2014, è stato pubblicato dal Governo locale il *Regulation on Labor Contract* che, tra le altre cose, prevede che in ogni caso in cui il datore di lavoro intenda estinguere il rapporto ai sensi dell'art. 39, num. da 2) a 6), della *Employment Contract Law*, il licenziamento non può avvenire a distanza superiore di **cinque mesi** rispetto all'acquisizione della certezza circa la effettiva sussistenza del fatto contestato al lavoratore (art. 4 del *Regulation*, in base al quale "*when the employer unilaterally terminate an employment contract based upon the statutory ground specified in Items 2, 3, 4, 5, or 6 of Article 39 of the PRC Employment Contract Law, the time limit for the employer to unilaterally terminate the employment contract is five months from the date when the evidence and facts are certain*")²⁶⁴.

262 Sulla natura relativa dell'onere di tempestività, cfr. in precedenza, in questo stesso paragrafo, con i riferimenti giurisprudenziali ivi citati.

263 Si può citare, per esempio, una pronuncia del 2013 della Corte del Popolo di Shanghai, Distretto di Yangpu, che ha dichiarato l'illegittimità del licenziamento disciplinare irrogato a distanza di quattro anni dal fatto contestato. Nel caso di specie, il lavoratore, assunto nel 2006 con contratto a termine di durata pari ad un anno, poi rinnovato ed infine convertito in contratto a tempo indeterminato a partire dal 2009, era stato licenziato nel 2011 a causa di una reiterata violazione delle regole disciplinari aziendali in materia di tenuta dei libri contabili da lui commessa nel 2007. Egli, ricorrendo in giudizio contro il licenziamento, arguiva che, alla luce dei sistemi di controllo finanziario e di *audit* della società datrice, era impossibile che questa fosse venuta a conoscenza della sua condotta solo nel 2011. La Corte condivise la prospettazione del ricorrente ed affermò che la società avrebbe dovuto agire disciplinarmente in concomitanza con il momento di accertamento dei fatti; invece, dopo la condotta del lavoratore, non solo non aveva provveduto a contestargli alcuna mancanza, ma anzi gli aveva rinnovato il contratto e lo aveva promosso, così dimostrando oltre ogni dubbio di aver tollerato la sua condotta.

264 Lo stesso termine di cinque mesi dal momento in cui il datore di lavoro ha assunto o avrebbe dovuto assumere contezza della condotta del lavoratore è previsto, ai fini della sussistenza del requisito di tempestività del licenziamento disciplinare, dalle *Interpretations (II) on Several Issues in Trials of Labor Dispute Cases* pubblicate il 14 aprile 2014 dal Governo locale della Provincia del Zhejiang.

Si osservi come la lettera della norma valorizzi il profilo della relatività dell'onere di tempestività sussistente in capo al datore di lavoro, dal momento che il "calcolo" di cinque mesi decorre non già dalla commissione in sé del fatto da parte del dipendente bensì, correttamente, dal momento in cui il fatto stesso e la sua prova divengono "certi". Naturalmente la tempestività è richiesta con riferimento all'irrogazione del licenziamento e non alla contestazione, alla luce della mancata previsione dell'onere di contestare preventivamente l'addebito al lavoratore.

Comunque, anche nelle Province in cui non vi sia un atto normativo che pone un simile limite temporale, e quindi in una situazione di assenza di disciplina di diritto positivo sul punto, le Corti per lo più dimostrano di valorizzare il principio di tempestività della sanzione disciplinare, quale strumento in grado di evitare una lesione del diritto di difesa che deve essere riconosciuto in capo al lavoratore. Tale valorizzazione è operata soprattutto a causa dell'attribuzione di una grande importanza al principio di buona fede, che – ne incontreremo alcuni esempi nel corso della trattazione – permea la valutazione giudiziale in ogni materia inerente al rapporto di lavoro.

Secondo la giurisprudenza cinese, infatti, non è possibile considerare rispettosa del principio di buona fede – assunto a principio fondamentale di regolazione del rapporto di lavoro per effetto dell'art 3 della *Employment Contract Law*, secondo il quale "*labor contracts shall be concluded in adherence to the principles of [...] good faith*" – la condotta del datore di lavoro che intervenga disciplinarmente ad una distanza di tempo eccessiva dalla commissione del fatto addebitato da parte del dipendente. Ciò in primo luogo in quanto quest'ultimo (e i colleghi) potrebbe(ro) aver ritenuto tollerato tale fatto da parte del datore di lavoro, in secondo luogo perché parte datoriale potrebbe prima ritenere di soprassedere in ordine a tale condotta e poi, magari per ragioni sopravvenute ed estranee ad essa, mutare orientamento ed intervenire disciplinarmente. La predisposizione di una tutela contro i rischi che anche sotto tale profilo la semplicità della *Employment Contract Law* pone è, pertanto, demandato alla buona fede quale baluardo delle esigenze difensive del lavoratore costruito dalla giurisprudenza.

Peraltro, forse tale situazione di deregolamentazione del requisito della tempestività del licenziamento disciplinare da parte del diritto positivo di emanazione dal legislatore nazionale potrebbe mutare a breve.

Infatti, il Ministero delle Risorse Umane e della Sicurezza Sociale nel mese di giugno 2015 ha emanato un documento ufficiale, le *Draft Opinions Regarding the Implementation of the Labor Contract Law*, che costituisce una sorta di progetto di Regolamento governativo pubblicato allo scopo di stimolare un dibattito pubblico in vista dell'eventuale emanazione di un Regolamento vigente a tutti gli effetti quale fonte di diritto positivo. Tali *Draft Opinions* mirano a prendere posizione su varie questioni in cui la *Employment Contract Law* non è chiara, tra le quali, per quanto qui interessa, alcune in materia di licenziamento e, più nello specifico, dei requisiti richiesti per l'applicabilità dei codici disciplinari endo-aziendali. Tale regolamento avrebbe efficacia per tutto il territorio nazionale, con conseguente superamento della situazione di assenza di regolamentazione nelle Province che non sono intervenute a dotarsi di una disciplina in materia, e comunque con prevalenza, in caso di contrasto, con i regolamenti locali eventualmente già posti in essere (come quello di Pechino citato poco sopra).

A tal proposito, il documento in parola afferma che il licenziamento intimato ai sensi dell'art. 39 della *Employment Contract Law* deve essere intimato **entro un anno** dal momento in cui il datore di lavoro è venuto a conoscenza del fatto contestato al lavoratore o dal momento in cui avrebbe potuto ragionevolmente venirne a conoscenza.

Anche in questo caso, dunque, gli interpreti operanti nell'ordinamento cinese rifiutano l'utilizzo di clausole generali (come il riferimento alla "congruità" del tempo decorso tra conoscenza del fatto ed irrogazione della sanzione disciplinare), per privilegiare, invece, l'individuazione di un termine fisso. Tale metodo da un lato è fonte di maggiore certezza (almeno fino a quando non si discuta in base a quale criteri il lavoratore possa riuscire a "spostare indietro" il termine di inizio dell'anno di riferimento, affermando che esso decorre da un momento precedente a quello in cui il datore di lavoro ne ha avuto formale contezza, in quanto quest'ultimo avrebbe dovuto venirne a conoscenza

in anticipo...), dall'altro lato, però, appare troppo rigido. Per una impresa di grande dimensioni o dall'organizzazione complessa, infatti, una tale durata può anche sembrare condivisibile, ma senza dubbio essa appare eccessiva per le imprese di minori dimensioni, con il risultato che una sanzione disciplinare irrogata a distanza di un anno dalla commissione del fatto sarà pure tempestiva sulla base di tale previsione (che – si ripete – non costituisce per il momento una norma giuridica ma solo una bozza di un regolamento ministeriale), ma non avrà colto nel segno nel senso di impedire che i lavoratori possano ritenere tollerato il fatto da parte del datore di lavoro o che questo possa prima ritenere di soprassedere in ordine a tale condotta per poi mutare idea e sanzionarla.

Ad ogni modo, si ribadisce come tale previsione per il momento non abbia carattere di norma vigente ma costituisca una mera proposta; si tratta pertanto di attendere se e come essa verrà implementata dal legislatore nei prossimi anni, o perlomeno condivisa da parte della Suprema Corte con un atto interpretativo ufficiale.

c) Nel contratto individuale è possibile prevedere la sanzionabilità di comportamenti non contemplati nel codice disciplinare aziendale?

A conclusione dell'*excursus* appena svolto relativamente ai requisiti procedurali e formali previsti dalla legge ai fini della efficacia dei regolamenti di disciplina aziendali in vista della successiva irrogazione di una sanzione disciplinare o del licenziamento in tronco per la commissione, da parte di un dipendente, di un comportamento espressamente vietato da essi, si deve osservare quanto segue.

Come si è già accennato a più riprese, nel mondo del lavoro cinese è invalsa la prassi – soprattutto con riferimento ai dipendenti di professionalità medio alta, piuttosto che relativamente alla forza lavoro operaia occupata nelle grandi fabbriche²⁶⁵ – di consegnare al lavoratore, all'atto dell'assunzione, un *handbook* – ovvero una sorta di *vademecum* aziendale – recante l'indicazione per esteso dei comportamenti vietati nell'ambito di quella singola azienda e delle condotte e procedure che l'azienda stessa prevede come obbligatorie.

Si può fare l'esempio, per i primi, del divieto di fumare all'interno dei locali aziendali e, per le seconde, della procedura di richiesta di un permesso (per es., compilazione di una domanda per iscritto da sottoporre all'approvazione, sempre per iscritto, della Direzione Risorse Umane piuttosto che del proprio superiore gerarchico con un preavviso minimo, a pena dell'addebito di un'assenza ingiustificata).

La prassi di predisporre, oltre a un Regolamento disciplinare endo-aziendale, anche un documento come l'*handbook* da consegnare ai dipendenti²⁶⁶ si è affermata perché con esso il datore di lavoro può imporre o vietare determinati comportamenti in maniera specifica per il singolo dipendente interessato, mentre il codice disciplinare è riferito alla generalità della forza lavoro occupata. Nell'*handbook*, inoltre, vengono spesso inseriti gli specifici obiettivi che debbono essere raggiunti dal dipendente, pena la mancata concessione dei *bonus* eventualmente previsti oppure anche il licenziamento per giusta causa per mancato raggiungimento dei *target* prefissati.

Si è già analizzata l'importanza del puntuale, preciso e specifico inserimento, all'interno di tali documenti – tanto del regolamento interno valido per la generalità dei dipendenti quanto per l'*handbook* consegnato al singolo dipendente – dell'elenco completo di comportamenti considerati vietati: per il caso di commissione, da parte del dipendente, di un fatto che in essi non risulta espressamente vietato, l'azienda non potrà, infatti, procedere disciplinarmente. L'eventuale

265 Nei confronti di tali lavoratori, infatti, spesso vige la piaga opposta, consistente nell'instaurazione di un rapporto di lavoro a prescindere dalla stipulazione di un contratto per iscritto, oltre che delle correlate formalità richieste dalla legge (soprattutto riguardo agli obblighi di natura previdenziale); ed è proprio con riferimento a tale situazione di fatto che nel 2007 è intervenuto il legislatore ponendo quale stella polare della *Employment Contract Law* la necessaria stipulazione del contratto in forma scritta e la severa disciplina sanzionatoria per il caso della sua violazione.

266 In alternativa all'*handbook*, il datore di lavoro può inserire tali disposizioni recanti gli obblighi e i divieti in capo ai lavoratori anche in una specifica clausola del contratto individuale di lavoro.

licenziamento irrogato per uno di tali fatti sarebbe destinato ad essere accertato come illegittimo, e ciò anche in caso di commissione di un fatto gravemente contrario ai principi della convivenza civili e al c.d. minimo etico (si è citata in precedenza la giurisprudenza che ritiene illegittimo il licenziamento intimato al dipendente che ruba all'interno del luogo di lavoro nell'eventualità in cui il divieto di sottrazione della merce aziendale non sia contemplato all'interno del codice disciplinare, nonostante tale condotta sia immediatamente percepibile come anti-giuridica da parte di chiunque, senza bisogno che il suo divieto risulti da una espressa disposizione interna avente forma scritta).

Ora, è pacifica la legittimità di tale prassi nel caso in cui l'*handbook* consegnato al singolo dipendente si limiti a specificare il contenuto generale delle previsioni del codice disciplinare con riferimento alla prestazione lavorativa di quel dipendente: si pensi all'indicazione, all'interno dell'*handbook*, dei *target* assegnati al lavoratore, il cui mancato raggiungimento è previsto come causa di risoluzione del rapporto di lavoro dal codice di disciplina aziendale.

Ma nel caso in cui quest'ultimo non attribuisca al mancato raggiungimento degli obiettivi assegnati rilevanza disciplinare, potrà tale rilevanza essere conferita dall'*handbook*?

In altre parole, si tratta di comprendere se è legittimo il licenziamento per un fatto che non sia provvisto di rilevanza disciplinare con efficacia generale nel Regolamento aziendale, ma solo da parte dell'*handbook*.

Tali problematiche sorgono in virtù di considerazioni di natura testuale e di natura sistematica.

Da un lato, l'art. 39 della *Employment Contract Law*, infatti, consente il licenziamento in caso di grave violazione “*of the rules and regulations of the employing unit*”, non anche delle regole e delle procedure valide con efficacia specifica nei confronti di quel singolo dipendente. In altre parole, la norma sembra attribuire rilevanza alla contrarietà di un comportamento vietato in chiave generale²⁶⁷.

In secondo luogo, l'art. 4 prescrive degli oneri procedimentali nella predisposizione del regolamento interno, senza prendere posizione con riferimento ad un eventuale codice di comportamento inserito all'interno del contratto individuale di lavoro, con il che si potrebbe paventare il rischio che il datore di lavoro possa, attraverso l'inserimento nell'*handbook* di divieti non contemplati nel codice aziendale, *bypassare* la necessaria approvazione da parte della *Labor Union* con riferimento a determinati comportamenti sulla cui proibizione essa potrebbe non concordare.

Si pone quindi la seguente questione: l'inserimento di un divieto o di una regola di comportamento – assenti nel Codice disciplinare aziendale proceduralmente predisposto secondo i dettami dell'art. 4 – all'interno del contratto individuale o dell'*handbook* consegnato a quel determinato dipendente, è legittimo? O meglio, è legittima una sanzione disciplinare, o financo un licenziamento per giusta causa *ex art. 39, num. 2)*, per aver il dipendente posto in essere un comportamento vietato dal proprio contratto di lavoro o dal proprio *handbook*, ma non dal Codice aziendale valido per la generalità dei dipendenti di quell'impresa?

La questione, è evidente, coinvolge la rilevante tematica dei rapporti tra il contratto individuale e gli atti aventi una rilevanza sovra-individuale e predisposti con l'intervento delle rappresentanze dei lavoratori. L'orientamento maggioritario non affronta questi problemi e ritiene che nell'*handbook* le parti non siano vincolate dalle disposizioni del codice disciplinare aziendale, alla luce del disposto di cui all'art. 17 della *Employment Contract Law*. Tale norma, contenente l'elencazione degli elementi che debbono essere compresi nel contratto di lavoro, tra questi contempla anche le “*working conditions*”, al num. 8), e soprattutto prevede, al paragrafo 2, che “*in addition to the*

267 Utilizzando il termine 用人单位, yònggrén dānwèi, “unità produttiva”, la lettera della legge fa chiaramente riferimento ad un'entità sovra-personale: 单位, dānwèi, rappresenta un'entità sovra-personale, mentre 用人, yònggrén, significa testualmente “che usa le persone”. È evidente quindi che il legislatore ha dimostrato di tenere presente, con questa disposizione normativa, le regole e le procedure prescritte dal datore di lavoro con riferimento all'unità produttiva intesa come generalità dei propri dipendenti.

requisite terms mentioned above, an employing unit and a worker may agree to have other matters stipulated in the labor contract”: è chiaro che tra tali materie aggiuntive possano rientrare anche determinate procedure o determinate norme disciplinari vigenti all’interno dell’azienda, senza che la loro mancata presenza nel codice disciplinare valido per la generalità dei lavoratori costituisca un elemento impeditivo di tale facoltà riconosciuta direttamente dalla legge.

Un esempio: le previsioni contrattuali che legittimano il licenziamento disciplinare

A titolo di esempio, per valutare le differenze che si pongono tra i due ordinamenti in questa materia, è possibile riportare qui di seguito l’articolo di un contratto di lavoro stipulato tra un pilota di aereo e la compagnia aerea, relativo alle circostanze legittimanti il recesso per giusta causa.

“The Company can terminate the Agreement if the Crew Member during the service period:

a) shall committ any grave misconduct or any conduct tending to bring himself or the Company into disrepute, or any serious breach or non-observance of any conditions of this Agreement.

Questa previsione si rivelerebbe sostanzialmente apodittica, in quanto operante un mero rinvio alle altre disposizioni del contratto di lavoro, se non fosse che mediante tale rinvio la Compagnia intendeva proprio cautelarsi riconoscendo a suo favore la possibilità di licenziare il dipendente per l’inadempimento di una qualsiasi disposizione contrattuale, purché caratterizzata da *seriousness*.

b) shall without just cause wilfully neglect or fail or refuse to carry out any of his duties hereunder.

c) is found to have misrepresented his qualifications and/or flights experience to the Company.

d) shall fail to follow Company policies, rules and regulations, or to strictly adhere to the Company flight schedule or attend duty as scheduled.

Queste motivazioni si inseriscono perfettamente nel concetto di giusta causa e non sembrano presentare grossi problemi, in quanto non fanno altro che specificare la previsione della causale giustificatrice già contenuta nell’art. 39 della *Employment Contract Law*.

Con specifico riferimento alla lett. d), è da notare come essa consenta il licenziamento, in caso di commissione delle condotte specificate da parte del lavoratore, a prescindere dalla verifica di un danno in capo all’azienda, mentre l’art. 39, num. 3), della legge pone, in caso di non corretta esecuzione della prestazione lavorativa da parte del lavoratore, l’ulteriore requisito della causazione di *major losses to the employing unit* per effetto, appunto, di una *serious dereliction of duty* (cfr. più oltre in questo stesso paragrafo). L’omissione di tale elemento chiaramente comporta, a favore della compagnia aerea, il vantaggio processuale di non avere l’onere di dimostrare, nel corso di un eventuale giudizio di impugnazione del licenziamento, la verifica di un rilevante danno economico in capo a sé, essendo appunto sufficiente per effetto della lett. d) il mancato puntuale adempimento della prestazione lavorativa da parte del dipendente.

e) shall fail any initial or periodic simulator/aircraft proficiency check or line check carried out by or on behalf the Company or fail to mantain the required standard of proficiency performance and qualification.

Questa ipotesi legittimatrice del recesso dipende da un difetto sopravvenuto di competenza in capo al dipendente, il quale non sia in grado di assicurare alla compagnia aerea gli *standard* di *proficiency* richiesti. Costituendo tale elemento – l'incompetenza del lavoratore – un fattore che viene autonomamente considerato dalla legge come motivo di licenziamento, sia pure con preavviso, si può rinviare al paragrafo successivo per una compiuta disamina della fattispecie.

f) *is adjudged bankrupt or compounds with his creditors.*

g) *shall be convicted of any criminal offence.*

h) *takes part in strikes, work stoppages, slowdown debates.*

La previsione di queste circostanze, invece, pone veramente problemi di sovrachia rilevanza.

Per quanto riguarda le lettere f) e g), si deve tener conto del fatto che si tratta pur sempre di ipotesi in cui è la stessa *Employment Contract Law* a prevedere la sanzionabilità con il licenziamento di queste circostanze (che possono però prescindere da una condotta colpevole del dipendente e che comunque pongono grandi problemi di compatibilità con gli ordinamenti europei, anche a livello costituzionale).

La legge, invece, nulla dispone in merito alla “influenza” dello sciopero nei confronti del rapporto di lavoro²⁶⁸, né in chiave permissiva del potere di licenziamento del dipendente che abbia partecipato ad una qualsiasi forma di azione sindacale, né – soprattutto – in chiave interdittiva di tale facoltà datoriale. Sul punto, qui può solo accennarsi alla graduale emersione di un orientamento giurisprudenziale più rigoroso nel considerare il datore di lavoro libero di licenziare il dipendente a causa della sua adesione ad uno sciopero, con conseguente illegittimità del licenziamento al ricorrere di ben determinati presupposti.

Per l'analisi dettagliata di tali fattispecie di licenziamento disciplinare, si rinvia alla sezione del presente Capitolo dedicata alla casistica in materia di licenziamento disciplinare.

d) Cosa si intende con la locuzione “seriously violates”?

Anche l'utilizzo dell'avverbio *seriously*, “gravemente”, all'interno dell'art. 39, num. 2), della *Employment Contract Law*, è fonte di problemi interpretativi di non poco conto.

L'avverbio, infatti, costituisce una formula generica, suscettibile di interpretazioni differenti di caso in caso, e il consulente che debba valutare prognosticamente la legittimità di un licenziamento disciplinare progettato dalla sua cliente nei confronti di un proprio dipendente dovrà

268 La questione è davvero rilevante, se solo si pensi alla recentissima vicenda che ha coinvolto il colosso cinese Cosco Shipping Limited, società di trasporto marittimo, a seguito dell'acquisto del 67% delle azioni del Porto del Pireo dall'Autorità Pubblica del Porto controllata dal Governo di Atene, avvenuto con *closing* siglato l'8 aprile 2016. A seguito dell'acquisizione, e della conseguente prosecuzione del rapporto con Cosco Lmt., migliaia di lavoratori addetti al Porto del Pireo hanno intentato uno sciopero – svoltosi a fasi alterne nei mesi di maggio e luglio 2016, dopo che analoghe forme di proteste ed agitazioni si erano svolte, per motivi parzialmente coincidenti, anche nel 2014 – sia per motivazioni di natura politica (per protestare contro la decisione di Atene di privatizzare l'Autorità Pubblica del Pireo), sia per le condizioni di lavoro imposte da Cosco (si può riportare la dichiarazione del Segretario del Sindacato graco Omyle George Georgakopoulos, il quale ebbe a lamentare che “*wage arrangements are kept private, but we've been told of 35-euro wages, far below what container crane operators should earn; it's also unclear what the work schedule is, people are called in via phone messages, and injured workers are transported to the hospital not by ambulances but by private cars*”). Lo sciopero ha portato alla perdita di numerosi posti di lavoro; la vicenda, ancora *sub judice*, è quindi di interesse non tanto per il risultato da attendersi da parte delle Corti greche (trovando applicazione al caso di specie il diritto greco, sotto l'egida del diritto dell'Unione Europea), ma in quanto esemplificativa di una diversa (e minore!) sensibilità da parte delle aziende cinesi nei confronti del diritto allo sciopero in capo ai propri dipendenti, in tanto soppiantate dalla mancanza di alcuna garanzia a favore dei lavoratori da parte della legge cinese.

necessariamente transitare per una valutazione, appunto, della “gravità” del comportamento disciplinarmente rilevante che con il recesso intende essere sanzionato. Tale valutazione rappresenta un esame dalla oggettivizzazione estremamente difficile. In base a quali parametri obiettivi, infatti, è possibile comprendere se una condotta di un dipendente violi “gravemente” o meno le norme disciplinari vigenti all’interno dell’azienda?

Identico problema si pone nell’ordinamento italiano con riferimento alla distinzione del licenziamento per giusta causa da quello per giustificato motivo soggettivo: mentre il primo richiede una gravità assoluta della condotta del dipendente licenziando (tale da rendere il rapporto non proficuamente proseguibile nemmeno per il periodo di preavviso, e dunque il licenziamento intimabile in tronco), il secondo postula un inadempimento “soltanto” “notevole”, mentre in difetto tanto dell’assoluta gravità tale da rendere il recesso indifferibile quanto del carattere “notevole” dell’inadempimento, il datore di lavoro potrà intervenire con una sanzione solo conservativa nei confronti del dipendente, senza possibilità di licenziarlo.

In teoria, la sistematizzazione è chiara e schematica:

- comportamento “grave”, tale da rendere il rapporto non proseguibile neanche per il periodo di preavviso prescritto dalla legge (art. 2119 c.c.) → licenziamento per giusta causa;
- inadempimento “notevole”, ma non così grave da poter condurre al licenziamento in tronco per giusta causa → licenziamento con preavviso per giustificato motivo soggettivo (art. 3, legge n. 604/1966);
- inadempimento né grave, né notevole → sanzione disciplinare di natura conservativa, senza possibilità di procedere al licenziamento del dipendente.

Ma come distinguere tra inadempimento “grave”, inadempimento solo “notevole” e inadempimento “né grave né notevole”?²⁶⁹

In Italia, la soluzione è stata individuata dalla giurisprudenza, la quale con orientamento ormai consolidato ritiene che il *discrimen* tra comportamento di tale “gravità” da legittimare il licenziamento per giusta causa e “semplice” inadempimento “notevole” che può condurre al massimo al licenziamento per giustificato motivo soggettivo, sia da individuare nell’accertamento dell’avvenuta **lesione del vincolo fiduciario** tra datore di lavoro e lavoratore.

269 La problematica è risolta dalla giurisprudenza mediante l’applicazione analogica dell’art. 1455 c.c. in tema di risoluzione del contratto per inadempimento, il quale, tuttavia, fa a sua volta uso di un concetto generico quale quello di “*inadempimento di non scarsa importanza*”, concetto “riempito” di contenuto dall’orientamento consolidato delle Sezioni Civili della Corte di Cassazione.

Secondo esso, per valutare se l’inadempimento di una parte del contratto sia di notevole gravità, e possa così portare alla risoluzione del contratto ad opera della parte non inadempiente (con diritto di quest’ultima ad ottenere il risarcimento del danno subito e subendo per effetto della mancata soddisfazione del suo diritto di credito), occorre utilizzare congiuntamente due criteri, l’uno di natura oggettiva e l’altro di carattere soggettivo. Così, “*la valutazione della non scarsa importanza dell’inadempimento, avuto riguardo all’interesse dell’altra parte, viene operata alla stregua di un duplice criterio: in primo luogo, il giudice, applicando un parametro oggettivo, deve verificare che l’inadempimento abbia inciso in maniera apprezzabile nell’economia complessiva del rapporto (in astratto, per la sua entità e, in concreto, in relazione al pregiudizio effettivamente causato all’altro contraente), sì da creare uno squilibrio sensibile al sinallagma contrattuale; nell’applicare il criterio soggettivo, invece, il giudicante deve considerare il comportamento di entrambe le parti (un atteggiamento incolpevole o una tempestiva riparazione ad opera dell’una, un reciproco inadempimento o una protratta tolleranza dell’altra) che può, in relazione alla particolarità del caso, attenuare il giudizio di gravità nonostante la rilevanza della prestazione ritardata o mancata*” (in termini, Cass., 18 febbraio 2008, n. 3954).

Applicando tali coordinate giuridiche tratteggiate dalla giurisprudenza in materia di inadempimento contrattuale a livello generale e “calandolo” in relazione al rapporto di lavoro, nel valutare la proporzionalità del licenziamento per giusta causa il giudice dovrà quindi valutare in primo luogo l’entità dell’inadempimento dal punto di vista oggettivo, e quindi la gravità del fatto in sé, correlato al pregiudizio complessivo (economico, di immagine, e così via) arrecato al datore di lavoro (in applicazione del criterio oggettivo); in secondo luogo, facendo uso del criterio soggettivo, tenere in debita considerazione la complessiva situazione personale delle parti (come per esempio le mansioni svolte dal dipendente, la sua anzianità lavorativa, il suo atteggiamento in buona o in cattiva fede, l’eventuale recidiva, il disvalore della condotta con riferimento agli altri dipendenti, la correttezza delle disposizioni e delle modalità di impartirle da parte del datore di lavoro, e così via), valutando anche, in tale frangente, eventuali profili di scusabilità che possano essere valorizzati per ritenere sprovvisto di proporzionalità il recesso in tronco.

La giurisprudenza parte dalla considerazione per cui il rapporto di lavoro è sempre un rapporto di natura personale, in cui le parti sono legate da un nesso di fiducia che deve persistere durante tutta la durata del rapporto. Fiducia nel corretto adempimento delle rispettive obbligazioni: nello svolgimento della prestazione lavorativa correttamente per modi e tempi, da un lato, e nell'assolvimento degli obblighi retributivi, contributivi e di sicurezza, dall'altro.

Così, quando tale vincolo di fiducia viene meno per qualsiasi ragione, il rapporto non può più continuare, e dunque è legittimo il recesso immediato tanto del lavoratore (dimissioni immediate per giusta causa, con diritto di ricevere l'indennità sostitutiva del preavviso) quanto del datore di lavoro (licenziamento in tronco per giusta causa).

Così, la clausola elastica contenuta nell'art. 2119 c.c., consistente, lo si è visto, nella definizione di giusta causa come di una "*causa che non consenta la prosecuzione nemmeno provvisoria del rapporto*", viene tradotta dalla giurisprudenza con il riferimento alla sussistenza di un fatto della controparte tale da ledere la fiducia nell'adempimento delle relative obbligazioni²⁷⁰.

Più schematicamente: può dirsi che causa che impedisce la prosecuzione anche provvisoria del rapporto → unica causa possibile per il licenziamento per giusta causa senza periodo di preavviso → causa che comporti il venir meno della fiducia che ciascuna parte deve avere nell'assolvimento delle obbligazioni ad opera della controparte.

Il problema è che il riferimento alla lesione del vincolo fiduciario a sua volta consiste anch'esso in una clausola elastica, di difficile traduzione nella pratica.

In base a quali criteri, infatti, può affermarsi che una determinata condotta del lavoratore è stata così grave da ledere la fiducia che il datore di lavoro riponeva in lui?

Premesso che la giusta causa può essere integrata tanto da fatti legati alla specifica prestazione dedotta in contratto, quanto da fatti estranei ad essa, ma di gravità tale da incidere sul giudizio di idoneità ed affidabilità futura nella correttezza e professionalità del lavoratore o che si traducono in condotte irrimediabilmente lesive del vincolo fiduciario proprio del rapporto di lavoro²⁷¹, per valutare se il comportamento addebitato al lavoratore leda il vincolo fiduciario necessariamente intercorrente tra le parti impedendo così la prosecuzione del rapporto, il Giudice è chiamato a tenere conto degli elementi oggettivi e soggettivi della fattispecie concreta, quali il tipo di mansioni affidate, gli eventuali precedenti disciplinari, il carattere doloso o colposo dell'infrazione, le circostanze di luogo e di tempo, le probabilità di reiterazione dell'illecito, il disvalore ambientale della condotta quale modello diseducativo per gli altri dipendenti (specie se sotto-ordinati).

Tutti questi criteri sono identificativi del fondamentale principio di proporzionalità tra l'infrazione e la sanzione, prescritto in via generale dall'art. 2106 c.c.. Peraltro, laddove ritenga violato questo principio, il Giudice non può convertire o ridurre la sanzione irrogata dal datore di lavoro in altra da lui ritenuta più proporzionata al concreto disvalore del fatto: il potere di infliggere sanzioni disciplinari e di proporzionare la gravità dell'illecito accertato, infatti, rientra nel potere di organizzazione dell'impresa quale esercizio della libertà di iniziativa economica di cui all'art. 41 Cost., onde è riservato esclusivamente al titolare di esso, ragion per cui non può essere esercitato dal giudice in conseguenza dell'opposizione del lavoratore, neppure con riferimento alla riduzione della gravità della sanzione, salvo il solo caso in cui l'imprenditore abbia superato il massimo edittale e la riduzione consista, perciò, soltanto in una riconduzione a tale limite²⁷².

270 Valga per tutte la massima di Cass., 26 gennaio 2012, n. 1087: "*Il licenziamento per giusta causa è applicato per mancanze di gravità tale (o per la dolosità del fatto, o per i riflessi penali o pecuniari o per la recidiva o per la sua particolare natura) da far venire meno la fiducia sulla quale è basato il rapporto di lavoro, e da non consentire comunque la prosecuzione nemmeno provvisoria del rapporto stesso*".

271 Il reato eventualmente commesso dal lavoratore, sia esso inerente o estraneo al rapporto, non costituisce di per sé giusta causa di licenziamento, dovendo comunque essere accertata caso per caso la sua idoneità ad impedire la prosecuzione anche provvisoria del rapporto.

272 Cass. 13 aprile 2007, n. 8910, la quale specifica anche che nell'ipotesi in cui sia lo stesso datore di lavoro, convenuto in giudizio per l'annullamento della sanzione, a chiedere nella memoria di costituzione, in via subordinata al rigetto della domanda del lavoratore, la riduzione della sanzione per l'ipotesi in cui il giudice, in accoglimento della domanda del lavoratore, ritenga eccessiva la sanzione già inflitta, l'applicazione all'esito del giudizio di una sanzione

Come in Italia, così anche in Cina si pongono problemi relativi all'individuazione del confine entro il quale il licenziamento disciplinare può ritenersi proporzionato.

Nonostante la deliberata assenza di clausole generali come quella di "giusta causa", tali problemi sono posti dalla genericità dell'avverbio "seriously"²⁷³ contenuto all'art. 39 della *Employment Contract Law*.

Innanzitutto, si osservi che la riconducibilità causale del recesso datoriale a un inadempimento commesso dal dipendente può portare solo ad un licenziamento in tronco. La *Employment Contract Law*, infatti, non distingue tra "licenziamento disciplinare immediato, senza preavviso" e "licenziamento disciplinare con preavviso" per le ipotesi meno gravi, come fa invece la legge italiana (distinguendo tra licenziamento disciplinare "per giusta causa" e licenziamento disciplinare "per giustificato motivo soggettivo"). In Cina, la violazione commessa dal lavoratore o è grave da giustificare il recesso immediato, o non lo è, senza venire "scomposta" in diversi gradi di gravità idonei a riflettersi sulla concessione di un periodo di preavviso, e solo se è grave può condurre al licenziamento, mentre in caso contrario il lavoratore potrà essere destinatario solo di una sanzione conservativa, non di una sanzione "attenuata" sotto forma di licenziamento con preavviso.

Un'affinità tra la legge cinese e quella italiana è da ravvisare, invece, nel fatto che anche in Cina il licenziamento disciplinare può costituire una reazione datoriale a due differenti tipologie di condotte illecite commesse dal lavoratore:

- non solo nelle ipotesi di inadempimento *stricto sensu* al contratto e quindi sulla base di una valutazione in chiave strettamente professionale della condotta del lavoratore (si pensi alle ipotesi costituite dall'assenza ingiustificata, dal rifiuto di svolgere le proprie mansioni, dal rifiuto di porre in essere le misure di sicurezza indicate dal datore di lavoro, l'insubordinazione al superiore gerarchico configurante il mancato rispetto nei confronti delle disposizioni datoriali date nell'esercizio del potere direttivo, e così via),
- ma altresì nei casi in cui il comportamento del lavoratore sia a prima vista estraneo al rapporto di lavoro (purché, naturalmente, vietati dal codice disciplinare o dall'*handbook* del dipendente): pure tale categoria di condotte vietate rientra nell'ambito applicativo del num. 2) dell'art. 39.

Per entrambe queste categorie di "inadempimento" rilevante disciplinarmente, dunque, si pone il problema di individuare criteri il più oggettivi possibile con cui effettuare l'accertamento relativo alla loro gravità, che costituisce requisito espresso del licenziamento in tronco ai sensi del num. 2) dell'art. 39 della *Employment Contract Law*.

Si pensi, per esempio, all'assenteismo del dipendente: nessun dubbio che esso costituisce un inadempimento contrattuale, e nessun dubbio che il datore di lavoro possa agire disciplinarmente contro un lavoratore che sia stato assente ingiustificato. Ma in caso di una sola mezza giornata di assenza ingiustificata, tale condotta può ritenersi una "seria" o "grave" violazione delle regole aziendali, tale da poter condurre direttamente al licenziamento senza preavviso?

La risposta non cambia se il regolamento aziendale sanziona tale circostanza con il licenziamento. Perché il datore di lavoro possa porre in essere una sanzione disciplinare sulla base del regolamento aziendale o dell'*handbook* consegnato al dipendente, infatti, questi ultimi debbono non essere in contrasto con la legge, ivi compreso, naturalmente, l'art. 39, num. 2), della *Employment Contract Law*, con la conseguenza che la previsione in esso del licenziamento per giusta causa per una condotta che non costituisca un inadempimento "serio" o "grave" non potrà sorreggere il recesso nel successivo giudizio di impugnazione²⁷⁴.

minore è da ritenersi legittima poiché la stessa non implica la sottrazione della sua autonomia all'imprenditore e realizza l'economia di un nuovo ed eventuale giudizio valutativo, avente ad oggetto la sanzione medesima.

273 In cinese, 严重, yánzhòng, laddove entrambi i caratteri 严, yán, "severo", e 重, zhòng, "pesante", in maniera sia letterale che figurata rita, esprimono il concetto della gravità, dell'importanza dell'addebito, dell'impossibilità di soprassedervi.

274 Viceversa nel caso contrario – in cui né il regolamento aziendale né l'*handbook* prevedano quale causa di licenziamento quello specifico fatto che viene concretamente contestato – l'eventuale licenziamento sarebbe con molta

Così, appare probabile che un siffatto licenziamento andrebbe incontro ad una pronuncia di illegittimità, mentre non sussiste dubbio alcuno che in caso di assenza ingiustificata per tre giornate lavorative l'impugnazione proposta dal lavoratore sarebbe rigettata.

Il problema è ulteriormente complicato dal fatto che, come spesso accade all'interno dell'ordinamento giuslavoristico cinese, a regolamentare molte fattispecie interviene una ricca normativa di dettaglio posta in essere dai Governi locali, ovviamente con soluzioni differenti da Provincia a Provincia. Uno *step* fondamentale da seguire prima di procedere con il licenziamento senza preavviso per motivi disciplinari, dunque, consiste nel valutare se la normativa regolamentare locale appare idonea a legittimarlo, senza poter fare affidamento soltanto sulla previsione contenuta nel Regolamento aziendale, anche se condivisa con il dipendente in quanto facente parte dell'*handbook* personale consegnatogli al momento dell'instaurazione del rapporto di lavoro.

Si offre ora un'utile casistica di ipotesi che hanno portato al licenziamento per giusta causa nell'ordinamento italiano e in quello cinese, con le conclusioni delle rispettive Corti.

Casistica sul licenziamento per giusta causa tra Italia (articoli 2119 c.c. e 1, legge 15 luglio 1964, n. 1966) e Cina (art. 39, num. 2, *Employment Contract Law*)

1) Fattispecie tipiche di licenziamento disciplinare nell'ordinamento italiano

Nell'ordinamento italiano, nell'analisi della cospicua casistica formatasi in materia di licenziamento per giusta causa deve distinguersi il recesso che costituisce una sanzione disciplinare per una condotta del lavoratore inerente allo svolgimento del rapporto, cioè per un comportamento che costituisce **inadempimento** della prestazione lavorativa, dal recesso disciplinare irrogato per fatti commessi dal dipendente **al di fuori del rapporto di lavoro** e per comportamenti attinenti la sfera personale del lavoratore, ma che comunque si rivelino idonei a riverberare i propri effetti su questo, facendo venire meno il vincolo fiduciario tra le parti.

Come confermato, anche recentemente, dalla Suprema Corte²⁷⁵, infatti, anche una condotta illecita estranea all'esercizio delle mansioni del lavoratore subordinato (si pensi per esempio allo spaccio di sostanze stupefacenti al di fuori dell'azienda), può rivestire un rilievo disciplinare, poiché il lavoratore è da ritenersi assoggettato non solo all'obbligo di rendere la prestazione, bensì anche all'obbligazione accessoria di tenere un comportamento extralavorativo che sia tale da non ledere né gli interessi morali e patrimoniali del datore di lavoro né la fiducia che, in diversa misura e in diversa forma, lega le parti del rapporto. Così, detta condotta illecita può reggere la sanzione espulsiva del licenziamento se presenta caratteri di gravità da apprezzare in relazione, tra l'altro, alla natura dell'attività imprenditoriale o professionale svolta dall'impresa datrice di lavoro e all'attività in cui s'inserisce la prestazione resa dal lavoratore subordinato. Posti tali principi in via generale, spetta poi al giudice di merito apprezzare se, e in che misura, tale condotta extralavorativa abbia leso il vincolo fiduciario tra le parti del rapporto di lavoro, sulla base delle caratteristiche della vicenda concreta posta alla sua attenzione²⁷⁶.

Ciò premesso in linea generale, vediamo alcune ipotesi interessanti di licenziamento per giusta causa analizzate delle Corti del nostro Paese.

probabilità destinato a subire una pronuncia di illegittimità da parte del Collegio Arbitrale prima e della Corte del Popolo poi. Appare davvero fondamentale che tali documenti aziendali prevedano una ricca casistica nell'individuazione dei comportamenti vietati, pena la non conformità dell'eventuale successivo licenziamento all'art. 39, num. 2).

275 Corte di Cassazione, sentenza 9 marzo 2016, n. 4633.

276 Nel caso di specie analizzato dalla Cassazione nella pronuncia citata nella nota precedente, la lesione irrimediabile del rapporto fiduciario veniva inferita sulla base del notevole quantitativo di droga trovato in possesso del lavoratore, che, in ragione del suo valore di mercato, induceva a ritenere sia l'abitudine dell'attività delittuosa sia l'incompatibilità con i suoi redditi da lavoro dipendente, e quindi rendeva concreto il pericolo che il lavoratore potesse commettere reati della stessa natura anche all'interno del luogo di lavoro.

Per quanto riguarda la prima categoria di licenziamento disciplinare, determinato dalla commissione di **fatti non direttamente inerenti allo svolgimento del rapporto, ma giudicati idonei a ledere il vincolo fiduciario tra le parti**, si possono ricordare le seguenti fattispecie:

- a) l'acquisto, la detenzione, l'uso e lo spaccio di stupefacenti (purché con le caratteristiche evidenziate nelle note che precedono o con altri elementi idonei a far emergere il requisito della gravità, come recentemente affermato da Cass., 9 marzo 2016, n. 4633²⁷⁷);
- b) il possesso illegittimo di armi, l'uso di armi da fuoco per questioni private; da ultimo, si segnala il caso del dipendente di banca che ha sparato colpi di pistola di notte sotto la finestra del suo rivale in amore: licenziamento giudicato legittimo in virtù del clamore mediatico della vicenda e della tipologia di attività svolta dal lavoratore, caratterizzato dal rapporto con la clientela (Cass., 4 dicembre 2013, n. 27129);
- c) l'emissione di assegni a vuoto e l'aver subito protesti cambiari (Cass., 6 marzo 2003, n. 3379);
- d) il grave dissenso ideologico di un lavoratore addetto a mansioni di tendenza, giudicati legittimi (nonostante il principio di laicità dello Stato) in virtù del fatto che il datore di lavoro era una c.d. organizzazione di tendenza²⁷⁸; (Cass., 21 novembre 1991, n. 12530, nel caso di licenziamento di un insegnante di una scuola privata cattolica che si era sposato solo civilmente);
- e) la gestione abusiva di scommesse (Cass., 23 ottobre 2007, num. 22236);
- f) l'utilizzo abusivo di *fidelity card* della catena di negozi della società datrice, da parte di una commessa che "caricava" sulla carta intestata a suoi parenti e amici i punti relativi agli acquisti effettuati da altri clienti (Cass., 25 ottobre 2011, n. 22129).

Per quanto riguarda, invece, i **fatti inerenti allo svolgimento del rapporto**, si possono citare le seguenti ipotesi, molto "classiche":

- a) assenze ingiustificate (in tale ambito spesso rilevano le previsioni dei contratti collettivi, che individuano il periodo minimo di assenza ingiustificata legittimante l'irrogazione di una sanzione disciplinare conservativa o del licenziamento per giusta causa);
- b) il rifiuto di adottare le misure di sicurezza prescritte dalla legge o dai piani anti-rischi redatti dall'azienda in ottemperanza alla legge n. 81/2008 (anzi, tale fattispecie costituisce uno dei tipici casi in cui si afferma che l'esercizio del potere disciplinare da parte del datore di lavoro nei confronti del lavoratore costituisce un onere in grado da metterlo al riparo da responsabilità nell'eventualità di un successivo infortunio del lavoratore medesimo);
- c) il furto o l'utilizzo personale di beni aziendali – quanto al furto di beni aziendali, si deve dare atto del discutibile orientamento giurisprudenziale secondo il quale il licenziamento per giusta causa non è legittimo, in quanto è da ritenere sproporzionato, nel caso in cui il bene oggetto della condotta furtiva del dipendente sia di **modico valore** (Cass., 29 settembre 1998, n. 9692, per il caso del furto di lamette da barba da parte di un magazziniere; Cass., 29 agosto 2011, n. 17739, per l'appropriazione di 5 Euro da parte di un commesso; da ultimo, la recentissima Cass., 12 aprile 2016, n. 6764, per il furto di alcune rondelle metalliche di valore pari ad Euro 2,90). Trattasi di un orientamento non convincente, in quanto anche la sottrazione di merce dal valore intrinseco non elevato è più che idoneo a ledere la fiducia che il datore di lavoro ha nei confronti del

²⁷⁷ Per esempio, Cass., 11 dicembre 2007, n. 25928 ammette il licenziamento del lavoratore arrestato in flagranza per possesso di droga che stava presumibilmente portando in azienda per venderla o nascondersela.

²⁷⁸ Definite dalla legge n. 108/1990 come quei "datori di lavoro non imprenditori che svolgono senza fine di lucro attività di natura politica, sindacale, culturale, di istruzione, ovvero di religione o di culto". Il rapporto di lavoro subordinato prestato alle dipendenze di questa particolare categoria di datori di lavoro, in quanto condizionato dalla natura dell'attività svolta e dai fini perseguiti, risulta caratterizzato da rilevanti deroghe alla normativa generale, prima fra tutte quella inerente alla inapplicabilità dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori disposta dall'art. 4 della citata legge n. 108/1990. Può così accadere che un cambiamento di ideologia o di fede, sia da parte del lavoratore che del datore, finisca col determinare una condizione di incompatibilità tale da impedire la prosecuzione del rapporto, sempre che si tratti di prestazione lavorativa rispetto alla quale la "tendenza" del lavoratore assuma un peso determinante (così per l'insegnante, non così per l'addetta alle pulizie, in relazione alle cui mansioni la condivisione o meno dell'ideologia professata dall'organizzazione di tendenza risulta del tutto ininfluyente).

lavoratore, fiducia che costituisce il criterio nel quale la stessa Cassazione ha da sempre tradotto la formula elastica di cui all'art. 2119 c.c. (“*causa che non consenta la prosecuzione anche provvisoria del rapporto*”), senza richiedere quale presupposto anche un pregiudizio economico notevole in capo al datore di lavoro. Invero, l'essere vittima di furto da parte di colui sulla cui onestà è costretto a fare affidamento (il cassiere, il cameriere, il magazziniere) non può che portare il datore di lavoro a considerare compromesso quel vincolo fiduciario con quel dipendente dal quale il rapporto di lavoro non può prescindere.

Appaiono quindi più convincenti le pronunce di tenore opposto, secondo cui il modesto valore del bene oggetto di appropriazione non vale ad escludere la sussistenza della giusta causa di recesso (per esempio, Cass., 2 marzo 2009, n. 5036 per il furto di sette magliette da parte di un addetto al punto vendita di un negozio di abbigliamento; Cass., 29 settembre 2003, n. 14507, per il furto di carburante commesso dall'autista aziendale).

Peraltro, il legislatore, evidentemente consapevole di questo discutibile orientamento giurisprudenziale ispirato a un garantismo forse eccessivo, ha limitato gli effetti pregiudizievoli derivanti in capo al datore di lavoro dall'eventuale pronuncia giudiziale dell'illegittimità del recesso, a causa della sproporzione della sanzione estintiva per il comportamento contestato. La revisione dell'art. 18 St. Lav. ad opera della riforma Fornero del 2012, infatti, ha escluso che, nel caso in cui sia dimostrato che il dipendente abbia effettivamente commesso un furto (pur di beni dal valore intrinseco minimo), egli possa essere reintegrato nel posto di lavoro, pur qualora il giudice ritenga sproporzionata la sanzione estintiva. Con riferimento al licenziamento disciplinare, di conseguenza, la reintegrazione sussiste solo per il caso di “*insussistenza del fatto contestato*” e per i casi in cui il fatto contestato avrebbe dovuto essere punito con una sanzione meramente conservativa alla luce dei codici disciplinari collettivi od aziendali. Sulle conseguenze del licenziamento illegittimo e sugli ulteriori sviluppi di cui al c.d. *Jobs Act*, si rinvia all'apposito Capitolo.

d) la sottrazione o la diffusione, anche in copia, di documenti o dati aziendali riservati²⁷⁹;

e) la falsificazione della registrazione delle presenze in servizio. Questa tra l'altro costituisce un'ipotesi in cui il licenziamento per giusta causa è previsto dalla stessa legge, con riferimento ai dipendenti di una Pubblica Amministrazione (art. 55-quater, d. lgs. n. 165/2001)²⁸⁰;

f) ingiurie o diffamazione, aggressione contro i superiori gerarchici o il datore di lavoro o colleghi o

279 Nell'ordinamento cinese la condotta infedele del lavoratore costituisce una fattispecie di licenziamento autonomamente rilevante ai sensi della *Employment Contract Law* (art. 39, num. 4), sia pure con le particolarità che si vedranno *infra*.

280 Può qui segnalarsi che, contrariamente a un luogo comune diffuso nell'opinione pubblica, secondo cui i titolari di un rapporto di lavoro alle dipendenze di una Pubblica Amministrazione sarebbero di fatto immuni da provvedimenti disciplinari, la realtà è opposta: invero, il d. lgs. n. 165/2001 (c.d. Testo Unico sul Pubblico Impiego) provvede a elencare, all'art. 55-quater e ss., specifici casi in cui l'Amministrazione competente è tenuta a porre in essere provvedimenti disciplinari nei confronti dei propri dipendenti, dal licenziamento senza preavviso per giusta causa alla collocazione in disponibilità ad altre sanzioni disciplinari di natura conservativa. Da notare come tale *corpus* normativo sia l'unica legge in materia di diritto del lavoro che preveda specifici provvedimenti disciplinari come obbligatori e relazionandoli con determinati e specifici comportamenti posti in essere dai dipendenti: nessun'altra legge prevede, ad esempio, che in caso di falsa attestazione della presenza in servizio da parte del dipendente, o in caso di più di tre giorni di assenza giustificata anche non continuativi nell'ambito di un biennio, il datore di lavoro sia legittimato a procedere disciplinarmente. In altre parole, il d. lgs. n. 165/2001 costituisce l'unico caso in cui la legge pone una relazione biunivoca tra specifico fatto commesso dal dipendente e specifica risposta sanzionatoria da parte del datore di lavoro. Nel settore privato, invece, solo la contrattazione collettiva prevede le tipologie di condotte disciplinarmente rilevanti e le relative sanzioni disciplinari irrogabili dal datore di lavoro, mentre la legge si limita a definire il concetto di “giusta causa di licenziamento” (art. 2119 c.c. e art. 3, legge n. 604/1966). Contrariamente a quanto si pensa generalmente, quindi, la legge sul Pubblico Impiego appare molto più severa rispetto alla legge sui rapporti di lavoro privati per quanto riguarda il potere disciplinare del datore di lavoro con riferimento ai comportamenti posti in essere dai dipendenti (tale circostanza costituisce l'effetto delle modifiche apportate al T.u.p.i. dal d. lgs. n. 150/2009, c.d. “Decreto Brunetta”, che ha condotto ad un inasprimento della materia; a sua volta la disciplina così risultante è stata più di recente incisa dal d. lgs. 20 giugno 2016, n. 116, recante modifiche all'articolo 55-quater del d. lgs. 30 marzo 2001, n. 165, ancor più di recente modificato dal d. lgs. 20 luglio 2017, n. 118).

utenti;

- g) il compimento di molestie sessuali e di atti osceni in occasione della prestazione lavorativa;
- h) l'utilizzo fraudolento dei permessi retribuiti concessi in vista di un determinato scopo, per esempio per l'assistenza ad un familiare disabile ai sensi della legge n. 104/1992²⁸¹ o per il compimento di attività sindacali *ex art. 23 St. Lav.*²⁸²;
- i) falsificazione dei certificati medici presentati al datore di lavoro;
- j) falsa attestazione della presenza in servizio (che costituisce la prima delle espresse ipotesi tipiche di licenziamento per giusta causa nell'ambito del pubblico impiego²⁸³), con indebita percezione della retribuzione per prestazioni lavorative non rese²⁸⁴;
- k) lavoro o altre attività svolte durante l'assenza del dipendente per malattia. In relazione a tale fattispecie, deve osservarsi che in generale, non esiste un divieto assoluto per il dipendente di prestare attività lavorativa, anche a favore di terzi, durante il periodo di assenza per malattia; tale comportamento, tuttavia, può giustificare il licenziamento ove esso integri una violazione dei doveri generali di correttezza e buona fede e degli specifici obblighi contrattuali di diligenza e fedeltà. Ciò può avvenire quando lo svolgimento di altra attività lavorativa da parte del dipendente assente per malattia sia di per sé sufficiente a far presumere l'inesistenza dell'infermità addotta a giustificazione dell'assenza, dimostrando quindi una fraudolenta simulazione, ovvero quando detta attività sia potenzialmente in grado, valutata in relazione alla natura e alle caratteristiche dell'infermità denunciata ed alle mansioni svolte nell'ambito del rapporto di lavoro, di pregiudicare o ritardare la guarigione e il rientro in servizio del lavoratore, con violazione di un'obbligazione preparatoria e strumentale rispetto alla corretta esecuzione del contratto²⁸⁵.

281 Corte di Cassazione, sentenza 30 aprile 2015, n. 8784. Nel caso di specie, il lavoratore era stato sorpreso a partecipare ad una serata danzante mentre si trovava in permesso *ex legge* n. 104/1992 per assistere la madre disabile. La Cassazione, sottolineando l'alto grado di disvalore sociale proprio della condotta del dipendente (essendo essa idonea a ripercuotere effetti negativi – oltre che sull'azienda, tenuta alla retribuzione nonostante il mancato ricevimento della prestazione di lavoro, e sui colleghi di lavoro, che lo dovevano sostituire – sull'intera collettività, soprattutto a causa della contribuzione figurativa che veniva immeritabilmente accantonata ad indebito vantaggio del lavoratore), ha affermato la *“particolare odiosità dell'abuso del diritto”*, in quanto tale *“particolarmente grave ripercotendosi senz'altro sull'elemento fiduciario trattandosi di condotta idonea a porre in dubbio la futura correttezza dell'adempimento in quanto sintomatica di certo atteggiarsi del lavoratore rispetto agli obblighi assunti”*, così confermando la legittimità del licenziamento per giusta causa intimato dall'azienda.

282 Cfr. Tribunale di Belluno, ordinanza 1 luglio 2015, che ha giudicato legittimo il licenziamento per giusta causa intimato ad un lavoratore dirigente sindacale che, durante la fruizione dei permessi sindacali retribuiti, svolgeva attività di natura personale come recarsi in pasticceria con la moglie o al supermercato a fare la spesa (si veda G. De Luca, *“Legittimo il licenziamento della RSU che va a fare la spesa durante i permessi sindacali”*: nota a Trib. Di Belluno, 1 luglio 2015, in *Guida al lavoro*, n. 27/2015).

283 Ai sensi della disposizione di cui all'art. 55-quater, comma 1, lettera a), del d. lgs. n. 165 del 2001, come modificato da ultimo dal d. lgs. n. 150/2009, secondo la quale costituisce giusta causa di licenziamento senza preavviso la *“falsa attestazione della presenza in servizio, mediante l'alterazione dei sistemi di rilevamento della presenza o con altre modalità fraudolente, ovvero giustificazione dell'assenza dal servizio mediante una certificazione medica falsa o che attesta falsamente uno stato di malattia”*.

284 Cfr. la recentissima sentenza di Corte di Cassazione, 26 giugno 2017, n. 15864, con la quale gli Ermellini hanno affermato la legittimità di un licenziamento per giusta causa allorché un lavoratore, senza l'autorizzazione dei superiori, timbra il cartellino e prenda servizio presso un'altra sede dell'azienda, diversa da quella abituale.

285 In materia, tuttavia, occorre dare atto di una certa discordanza tra le varie pronunce della Cassazione. Questa, infatti, in ipotesi tutto sommato simili tra loro ha giudicato in maniera divergente, talvolta affermando la legittimità del licenziamento posto in essere (per esempio nel caso del lavoratore affetto da lombalgia e mal di schiena sorpreso dall'investigatore privato incaricato dal datore di lavoro a svolgere prestazioni lavorative nel proprio fondo agricolo, attività non isolate e particolarmente gravose in relazione alla patologia, Cass. 17128/2002; o nel caso del lavoratore, medico specialista in geriatria, affetto da coxoartrosi post-necrotica, sorpreso a guidare una motocicletta di grossa cilindrata, recarsi al mare e svolgere attività di direttore sanitario presso un centro privato, Cass. 9474/2009), talaltra negandola (come nel caso del lavoratore infortunato, affetto da trauma distorsivo alla caviglia destra, sorpreso presso il bar chiosco della moglie intento a servire i clienti dietro il bancone fino alle ore 20:00, a riordinare i tavoli, a riporre i distributori esterni, a chiudere porte e vetri, anche posti in alto e saltellando su un appoggio fisso, Cass. 15476/2012; oppure nel caso della lavoratrice in malattia per una frattura al piede sorpresa a partecipare, per tre domeniche successive, ad altrettante partite di campionato di calcio femminile di serie A, sottoponendosi anche agli allenamenti

2) Fattispecie tipiche di licenziamento disciplinare nell'ordinamento cinese

Come evidenziato nella parte generale, nella *Employment Contract Law* il licenziamento disciplinare in tronco è concepito come conseguenza di una *serious violation* delle *rules and procedures* predisposte dal datore di lavoro.

Pertanto, nella casistica pratica è poco utile distinguere tra fatti inerenti allo svolgimento del rapporto e fatti attinenti invece alla sfera personale/familiare del lavoratore ma incidenti sul vincolo fiduciario, in quanto in linea di principio ogni fatto (con le precisazioni sopra svolte) può condurre al licenziamento in tronco, purché ciò sia contemplato nell'*handbook* aziendale formato e consegnato al dipendente nel rispetto dell'art. 4 della legge.

In via preliminare alla casistica che segue, occorre notare come la giurisprudenza cinese sia concorde nel ritenere che **il licenziamento debba essere sempre sorretto**, a pena di illegittimità, **da buona fede**, e che la Corte giudicante sia sempre dotata del potere di valutare la conformità della condotta di entrambe le parti a tale principio fondamentale, giudicato superiore e prevalente rispetto alle altre più specifiche norme di diritto positivo.

Il seguente caso aiuterà a comprendere come le Corti declinino tale principio fondamentale (art. 3 della *Employment Contract Law*) nella pratica.

Trattasi di una fattispecie decisa con pronuncia della Corte Intermedia di Suzhou del 14 gennaio 2014.

Nel caso di specie, si trattava di un licenziamento intimato a seguito della condotta del lavoratore che aveva violato la norma interna contenuta nel codice aziendale, regolarmente predisposto nel rispetto dell'art. 4 e comunicato alla generalità dei dipendenti di quell'impresa, che prevedeva che qualunque permesso di assentarsi dal lavoro avrebbe dovuto essere preceduto da una rituale richiesta ed approvazione da parte della società con congruo anticipo, pena l'ingiustificatezza della mancata presenza al lavoro del dipendente, con conseguente possibilità per l'azienda di agire disciplinarmente.

Il lavoratore aveva presentato una regolare richiesta scritta di permesso per poter godere di qualche giorno aggiuntivo di ferie rispetto a quelle previste per legge per il Capodanno cinese, in modo da poter raggiungere la propria famiglia in Hubei per i festeggiamenti del nuovo anno. Dopo la presentazione del modulo di richiesta da parte del lavoratore, il suo superiore aveva provato più volte a convincerlo a desistere dal prendersi qualche giorno di ferie in più, e a prestare regolare servizio a Suzhou nei giorni non "coperti" dalle festività; la società, tuttavia, non aveva mai emanato un documento scritto di concessione né di diniego della domanda del lavoratore, il quale, così, in mancanza di un rifiuto espresso da parte della società, partì in anticipo per Hubei ritenendo che la sua richiesta fosse stata accettata. Solo due giorni dopo l'inizio delle festività per il Capodanno Cinese, la società rigettò ufficialmente la richiesta di permesso del dipendente, il quale in seguito venne conseguentemente licenziato per assenza ingiustificata.

L'impugnazione presentata dal lavoratore, rigettata tanto in sede arbitrale quanto in sede giudiziale di prima istanza, è stata invece accolta dalla Corte Intermedia del Popolo, sulla base del rilievo per cui la condotta della società fosse da ritenere contraria a buona fede, in quanto il provvedimento ufficiale di diniego della domanda del lavoratore al godimento di giorni supplementari di ferie avrebbe dovuto essergli comunicato con congruo anticipo, e non addirittura successivamente all'inizio delle festività nazionali. La circostanza per cui il superiore del ricorrente gli avesse più volte chiesto oralmente di desistere dal suo progetto di chiedere permesso non poteva essere considerato, infatti, come un rigetto espresso della sua domanda.

Questa fattispecie dimostra come la deliberazione aziendale di licenziare disciplinarmente il lavoratore, che pure sia adottata in conformità e nel rispetto di un regolamento interno o di un *handbook* legittimi tanto dal punto di vista sostanziale quanto dal punto di vista formale (cioè

infrasettimanali, Cass. 1712/1982). Tale discordanza di opinioni è particolarmente incomprensibile, alla luce dell'affinità dei casi sottoposti al vaglio giudiziale, tutti inequivoci nel manifestare la gravità dell'inadempimento del lavoratore pretesamente malato od infortunato.

predisposti nel rispetto dell'art. 4), deve comunque essere rispondente a buona fede, a pena di illegittimità del recesso. Così, è vero che il lavoratore si era assentato dal lavoro senza aver previamente ottenuto un permesso scritto da parte della società, ed è vero che ai sensi del codice disciplinare, del tutto legittimo, tale comportamento sarebbe stato considerato come assenza ingiustificata sanzionabile disciplinarmente: è vero quindi che formalmente il licenziamento era sorretto da una base giuridica appropriata. Ma la Corte si è riservata il potere di valutare egualmente la conformità o meno al principio di buona fede della condotta dell'azienda: ritenuto violato tale principio, ne è derivata l'illegittimità di un licenziamento pure perfettamente rispondente a una norma interna valida, efficace e vincolante per il lavoratore, a favore del quale è stata così pronunciata la condanna della società al pagamento dell'indennità economica di cui al combinato disposto degli articoli 48 e 87 della *Employment Contract Law*.

L'atteggiamento degli organi giudicanti in Cina, ispirati da forte garantismo a favore dei lavoratori (soprattutto nei confronti delle imprese straniere), nel momento in cui valutano elementi giuridici di rango generale quale la sussistenza della buona fede anche dal lato datoriale, pone la rilevante problematica costituita dalla fortissima mancanza di prevedibilità e di certezza del diritto, alla luce del carattere sfuggente degli elementi posti alla base del ragionamento delle Corti. Così, pure nel caso sottoposto alla cognizione della Corte Intermedia di Suizhou appena riportato, tutti gli elementi di fatto sembravano far propendere per una pronuncia di legittimità del recesso datoriale, essendo pacifica l'avvenuta violazione, da parte del lavoratore, di una procedura endo-aziendale regolarmente predisposta e il cui contenuto non era oggetto di contestazione di sorta. Con la conseguenza che l'individuazione, da parte della Corte, della buona fede datoriale quale principio in grado di "salvare" la posizione del dipendente anche in questo caso crea dubbi sulle reali possibilità dell'interprete di poter prevedere con ragionevole probabilità gli esiti di un giudizio anche nei casi più chiari. E ciò, unitamente alle grandi differenze interpretative sussistenti tra le varie Corti territoriali, non assicura il raggiungimento di un livello di certezza del diritto minimo da parte di un Paese che negli ultimi anni sta attraendo sempre più investitori stranieri.

Detto questo, alla luce dell'analisi giuridica relativa all'art. 39, num. 2), della *Employment Contract Law* sopra svolta, è possibile riportare alcuni casi di licenziamento senza preavviso emersi nella prassi giudiziaria cinese²⁸⁶, osservando come a quelli "classici", rinvenibili anche all'interno della casistica italiana, se ne affianchino altresì di alcuni senza dubbio peculiari all'ordinamento cinese.

a) Il licenziamento senza preavviso per violazione della normativa sulla programmazione familiare.

In Cina, superata definitivamente la c.d. politica del figlio unico per effetto di una recente legge del 2015²⁸⁷, la *2016 Population and Family Planning Law of the People's Republic of China*, ora le

286 Non prima di aver rinnovato l'avvertimento relativo alla difficoltà (*rectius*, all'impossibilità) di ritenere consolidato un orientamento giurisprudenziale in Cina, alla luce delle notevoli differenze esistenti tra le varie Province, Municipalità e Città cinesi in primo luogo dal punto di vista normativo, in secondo luogo a causa delle diverse opzioni interpretative assunte da parte dei Collegi Arbitrali e delle Corti del Popolo. Con il che la carrellata proposta nel testo deve essere considerata come un semplice ausilio relativo al modo di considerare la singola vicenda concreta posta alla base di un organo arbitrale o giudiziario, ma senza che si possa in alcun modo pretendere di derivarne un orientamento giurisprudenziale sul quale fare affidamento nella generalità dei casi.

287 Legge pubblicata il 29 ottobre 2015 dall'Assemblea Nazionale ed entrata in vigore il 1° gennaio 2016. La politica del figlio unico era stata varata nel 1979 allo scopo di ridurre i problemi della sovrappopolazione in Cina e, secondo gli esperti, è servita ad evitare che la popolazione attuale del Paese arrivasse a 1,7 miliardi (oggi supera 1,3 miliardi). Il governo cinese ha sempre sostenuto che la limitazione ad un solo figlio, soprattutto nelle aree urbane, abbia contribuito allo sviluppo del Paese e all'uscita dalla povertà per 400 milioni di persone negli ultimi tre decenni; tuttavia, molti sono stati anche gli effetti collaterali di tale politica di pianificazione familiare, tra i quali gli esperti mettono in evidenza il rapido invecchiamento della popolazione, la diffusa pratica degli aborti forzati, soprattutto di bambine (il che ha condotto altresì ad un forte squilibrio tra uomini e donne nelle giovani generazioni) e la privazione di istruzione e sanità

coppie sono legittimate ad avere al massimo due figli (pur in presenza di particolari e tassative eccezioni).

Per effetto delle restrizioni portate dalla politica del figlio unico, e ora dalla limitazione a due figli per coppia, nel Paese era sorta (e sussiste tutt'ora, pur nel diverso substrato normativo) la questione relativa alla possibilità per il datore di lavoro di licenziare una propria dipendente che abbia più di un figlio (ora, più di due figli) senza aver previamente chiesto ed ottenuto alle autorità competenti le necessarie autorizzazioni, così violando la vigente normativa in materia di pianificazione familiare e controllo delle nascite²⁸⁸.

Infatti, all'interno della *Employment Contract Law* vi sono due disposizioni a prima vista incompatibili: da un lato, l'art. 42 vieta il licenziamento della donna in concomitanza con il suo stato di gravidanza, a partire dal momento del concepimento sino al termine dell'allattamento²⁸⁹; dall'altro lato, l'art. 39, num. 2), qui in commento, legittima il datore di lavoro a licenziare la dipendente nel caso in cui quest'ultima violi i regolamenti aziendali. E nel caso in cui il regolamento aziendale preveda il licenziamento per giusta causa in caso di mancato rispetto della legge di pianificazione familiare?

Per quanto riguarda i datori di lavoro privati²⁹⁰, come spesso accade in materia di diritto del lavoro in Cina nel silenzio della *Employment Contract Law* sul punto le diverse Corti locali offrono diverse interpretazioni e soluzioni differenti.

A titolo esemplificativo, è molto interessante per la duttilità dell'interpretazione apportata l'orientamento intermedio delle Commissioni Arbitrali e delle Corti della Regione del Guangdong (tra cui la posizione più autorevole è detenuta dalla Corte di Shenzhen).

Esse in generale tendono a considerare illegittimi i licenziamenti intimati nei confronti dei

per i secondi o terzi figli (spesso non registrati per non incorrere nelle sanzioni di legge e dunque dall'esistenza "clandestina"), nonché all'incarcerazione dei genitori "fuori legge" in prigioni non ufficiali.

Per un'analisi obiettiva della politica del figlio unico e delle normative di pianificazione familiare succedutesi nel tempo, cfr. www.china.org.cn/e-white/familyplanning.

288 Costituisce un problema connesso a quello indicato nel testo, onde per cui se ne dà atto in questa sede pur non venendo in considerazione il licenziamento della lavoratrice, quello relativo alla **facoltà o meno del datore di lavoro di rifiutare di accordare la tutela prevista per la maternità** dalle leggi sul lavoro (come i congedi di maternità, i permessi di allattamento, e così via) alla lavoratrice qualora questa abbia più di due figli e si trovi pertanto in una posizione di contrarietà alla legge. La risposta sembra dover essere negativa, per lo stesso motivo che si vedrà nel corpo del testo con riferimento al caso del licenziamento per giusta causa per violazione delle leggi sulla pianificazione familiare. Può inoltre farsi riferimento ad un caso analogo, recentemente giudicato dalla Corte di Shanghai, in cui il datore di lavoro aveva rifiutato di riconoscere il congedo di maternità (ed aveva addirittura licenziato la dipendente per giusta causa) ad una lavoratrice la quale aveva pacificamente violato la norma contenuta tanto nel contratto individuale quanto nell'*handbook* societario, che prevedeva sotto pena di licenziamento di informare la società entro dieci giorni nel caso di qualsiasi cambiamento del proprio *status* personale (stato coniugale, stato di gravidanza, etc). La lavoratrice, assunta il 1° marzo, rimase incinta pochi giorni dopo, si sposò in maggio e in entrambi i casi non ne informò la società sino al mese di ottobre, quando presentò al datore di lavoro richiesta (corredata di documentazione medica) di congedo di maternità. Il datore di lavoro si oppose alla richiesta a causa della posizione di inadempimento della lavoratrice, e provvide contestualmente al suo licenziamento come da previsione dell'*handbook* ritualmente consegnatole, asserendo di essere stato ingannato dall'omissione della doverosa attività di *information updating*. La Corte di Shanghai ha giudicato illegittimo il licenziamento e ordinato al datore di lavoro di corrispondere alla lavoratrice la retribuzione corrispondente al periodo di *maternity leave*. È vero, ritiene la Corte, che la lavoratrice ha omesso di compiere un'attività per lei doverosa, ma d'altro canto è da riconoscere che "*employees' legal interests are protected by law, and female workers' giving birth is a natural and legal right and must be accorded full protection*". Sebbene questo caso sia stato deciso prima dell'introduzione della nuova *two-children policy*, esso dimostra che la protezione delle donne in caso di maternità non può essere superata per effetto di una clausola contenuta nel contratto individuale o nell'*handbook* societario. È dunque presumibile che le Corti statuiranno che anche nel caso di violazione, da parte della lavoratrice, delle norme che consentono di avere non più di due figli per coppia, non potrà essere il datore di lavoro ad ergersi a giudice della donna e rifiutarle un diritto che è la legge stessa ad accordarle.

289 Cfr. *infra*, Capitolo Quarto.

290 Per i dipendenti delle *State-owned Enterprises* la situazione è senza dubbio più delicata: essi infatti vengono considerati rappresentanti del Governo Statale e, pertanto, nei loro confronti l'atteggiamento delle imprese e anche dei Giudici è ispirato a maggiore intransigenza, potendo essere licenziati in caso di superamento dei due figli (anche se tale possibilità dipende principalmente dai regolamenti emanati a livello locale dai diversi enti territoriali).

dipendenti che non rispettino le politiche di programmazione familiare, a meno che la violazione di tali politiche non sia stata previamente prevista come causa di licenziamento per effetto di apposite clausole dei contratti individuali di lavoro o dei regolamenti aziendali²⁹¹. In tal modo, la contrarietà della condotta della lavoratrice alle norme vigenti in materia di pianificazione familiare viene ad essere assimilata ad una condotta fattuale qualsiasi, che potrà rilevare in chiave legittimatrice del recesso in tronco in tanto in quanto sia stata prevista, con tale effetto, dalla società, all'interno dell'*handbook* o del codice di disciplina endo-aziendale.

Altre Corti, invece, tendono a negare l'ammissibilità della prassi di inserire all'interno del contratto individuale di lavoro o degli *handbook* societari clausole con cui si preveda la sanzione del licenziamento per giusta causa in ogni caso di mancato rispetto della normativa in materia di pianificazione familiare. Ciò sulla base della considerazione per cui, dal momento che la lavoratrice dovrà già subire le sanzioni amministrative previste dalle leggi dello Stato, sarebbe troppo severo consentire che in tal caso ella possa anche subire il licenziamento in tronco per lo stesso fatto, a prescindere dall'espressa previsione di esso quale giusta causa di licenziamento all'interno dei regolamenti aziendali.

Nelle Municipalità di Pechino e Shanghai²⁹², i vari *Labor Bureau* propendono per quest'ultimo orientamento, volto a scoraggiare la pratica di inserire all'interno dei codici disciplinari aziendali la possibilità di licenziare la dipendente che abbia più di due figli e a giudicare comunque illegittimo il licenziamento che ne consegue.

Per quanto riguarda la Municipalità della Capitale, nel 2015 la Seconda Corte Intermedia di Pechino ha chiarito la propria posizione in merito a questo problema in una conferenza stampa avvenuta in concomitanza con la Giornata Internazionale della Donna: secondo l'interpretazione offerta, il datore di lavoro non può licenziare la dipendente a causa della violazione delle leggi statali sulla pianificazione familiare, ma è legittimato ad irrogare soltanto sanzioni di natura conservativa (naturalmente, solo se così ha ritualmente stabilito nel regolamento aziendale), quali, oltre alle "classiche" multa o sospensione, anche la trattenuta della retribuzione durante il congedo di maternità e durante i vari permessi successivi alla nascita del figlio²⁹³.

b) Il licenziamento senza preavviso per utilizzo fraudolento del periodo di permesso accordato dal datore di lavoro.

Il lavoratore, dopo aver avanzato richiesta di permesso – accordato dal datore di lavoro – per recarsi a visitare la propria famiglia, ha impiegato il periodo di assenza dal lavoro concessogli non allo scopo comunicato all'azienda, ma per compiere un viaggio turistico in varie località d'Europa. L'azienda, ritenendo che la condotta del dipendente costituisse le ipotesi di "*making false statements to the Company*" e di "*unjustified leave of absence*", condotte entrambe sanzionate nell'*handbook* con il licenziamento, ha ritenuto configurata la "*serious violation*" delle proprie norme disciplinari e ha così provveduto al recesso *ex art. 39, num. 2), della Employment Contract Law*.

A seguito del ricorso proposto dal lavoratore, dapprima il Collegio Arbitrale di Shanghai ha accolto

291 Così dispone l'art. 7 del *Seminar Minutes of Shenzhen on Employment Contract Management Difficult Issues 2012*.

292 Cfr. art. 40 delle *Beijing Family Planning Provisions* del 2014 e art. 41 delle *Shanghai Family Planning Provisions* del 2016.

293 Appare interessante osservare, tuttavia, come la Corte Intermedia di Pechino, con pronuncia del 2015 (emanata in relazione alla politica del figlio unico precedente all'innovazione del 2016), abbia invero consentito alle aziende di procedere al licenziamento della lavoratrice, ovviamente nel caso in cui la violazione delle politiche sulla programmazione familiare sia contemplata quale causale di termination nell'*handbook* o nel codice disciplinare interno, ma solo in caso di violazione "grave" (in accordo con la lettera dell'art. 39, num. 2, della *Employment Contract Law*), una "gravità" della violazione che può essere rilevata, osserva la Corte, non già nel caso di prima gravidanza non consentita, ma a partire da gravidanze successive (per esempio dal terzo o dal quarto figlio). Risulta evidente, invero, la difficoltà di prognosticare un possibile giudizio di legittimità da parte delle Corti per un licenziamento intimato ad una lavoratrice sotto un frangente così delicato, in cui si intrecciano istanze amministrative/pubblicistiche, l'interesse economico dell'azienda e il necessario rispetto dei diritti personali e familiari della donna.

le posizioni di quest'ultimo, sulla base dell'assunto per cui la violazione a lui addebitata non sarebbe potuta essere considerata “serious”. Ma poi, su impugnazione della società, la Corte del Popolo di Shanghai con sentenza del 2015 ha infine rigettato il ricorso del dipendente e considerato legittimo il licenziamento, alla luce della violazione delle regole di buona fede e di integrità commesse dal medesimo, e dimostrando che il concetto di “serious violation” generalmente non viene sindacato dal Giudice qualora il fatto commesso dal dipendente corrisponda proprio a una delle ipotesi previste quali condotte legittimanti il licenziamento nell’*handbook*, a meno la previsione contemplata da questo non costituisca palesemente un fatto privo di rilevanza disciplinare (si faceva prima l’esempio del lavoratore che viene sanzionato per indossare una cravatta di un colore piuttosto che di un altro, o per guardare la partita di calcio la domenica nel giorno di riposo settimanale). Così, se l’*handbook* include una lista di condotte del lavoratore prevedendo espressamente che il loro compimento costituirà “serious violation”, il conseguente licenziamento sarà prognosticamente giudicato legittimo dal Giudice.

c) Il licenziamento senza preavviso per false dichiarazioni rese al datore di lavoro al momento dell’assunzione o in un momento successivo – illegittimo nel caso in cui tale informazione non sia stata decisiva ai fini dell’assunzione.

In una vicenda giudiziaria conclusa con una pronuncia della Corte di Shanghai, una dipendente aveva falsamente dichiarato, al momento dei colloqui pre-assuntivi, di avere già un figlio.

È necessario qui premettere che l’art. 8 della *Employment Contract Law* prevede, quale declinazione del principio generale di buona fede (che deve sussistere anche nel momento della stipulazione del contratto di lavoro), il **diritto** del datore di lavoro **di richiedere**, in fase pre-assuntiva, **informazioni** di base sul lavoratore **su aspetti direttamente attinenti** l’instaurando **rapporto di lavoro**²⁹⁴.

Si tratta di una disposizione controversa, in quanto è chiaro che la nozione di “*basic information of the employee, which is directly*²⁹⁵ *is related to the labor contract*”, è difficilmente delimitabile e può legittimare – ciò che infatti succede, come dimostrano i due casi che si stanno per riportare – che il datore di lavoro indagheri anche su questioni personali/familiari dei dipendenti, quali lo stato di salute, lo stato coniugale, la presenza di figli, le intenzioni familiari, e così via, ed impieghi tali informazioni per fini discriminatori per evitare di assumere candidati (o candidate) dai profili “scomodi”.

Questo del resto è il motivo per cui lo Statuto dei Lavoratori, in Italia, prevede espressamente che “è fatto divieto al datore di lavoro, ai fini dell’assunzione, come nel corso dello svolgimento del rapporto di lavoro, di effettuare indagini [...] su fatti non rilevanti ai fini della valutazione

²⁹⁴ 用人单位有权了解劳动者与劳动合同直接相关的基本情况，劳动者应当如实说明, yòng rén dān wèi yǒu quán liǎojiě láodòngzhě yǔ láodòng hé tóng zhíjiē xiāngguān de jīběn qíngkuàng, láodòngzhě yīngdāng rúshí shuōmíng, letteralmente: “l’unità produttiva ha il diritto di conoscere le circostanze di base/essenziali direttamente collegate con il lavoratore e con il contratto di lavoro; il lavoratore deve illustrarle conformemente ai fatti”.

²⁹⁵ 直接, zhíjiē, “immediatamente/direttamente”. Ne emerge la necessità di uno stretto collegamento tra i fatti e le circostanze che il datore di lavoro ha il diritto di chiedere e di conoscere della persona e della vita del lavoratore, e lo svolgimento dell’attività lavorativa. Il che esclude, per esempio, che il diritto di cui all’art. 8 ricomprenda anche informazioni relative alla fede religiosa, alle abitudini sessuali, allo stato di salute (ad eccezione dei casi in cui è la stessa legge a prevedere condizioni ostative allo svolgimento di attività lavorative a contatto con il pubblico da parte dei portatori di determinate malattie, a tutela della salute della collettività) del lavoratore, e così via. La *ratio* della disposizione in esame consiste, infatti, nell’attribuzione al datore di lavoro, nella fase di recruitment, di un diritto conoscitivo che gli consenta, di svolgere la selezione avendo le maggiori possibilità di individuare il profilo più aderente alle condizioni del posto di lavoro. Può così dirsi che proprio attraverso l’impiego dell’avverbio 直接, zhíjiē, le differenze tra l’art. 8 della *Employment Contract Law* e l’art. 8 dello Statuto dei Lavoratori possano essere stemperate, laddove anche questo pone il divieto datoriale di effettuare indagini “su fatti non rilevanti ai fini della valutazione professionale del lavoratore”, nonostante quanto si sta per dire nel testo in merito alla differenza ideologica tra la posizione di un divieto (da parte del legislatore italiano del 1970) e l’attribuzione di un diritto in capo al datore di lavoro (da parte del legislatore cinese del 2007/2008).

dell'attitudine professionale del lavoratore" (c.d. divieto delle indagini pre-assuntive, di cui all'art. 8 dello Statuto), proprio per evitare che la richiesta di informazioni teoricamente inerenti le capacità professionali del candidato, e così "*directly related to the labor contract*", in realtà straripi anche verso informazioni di natura personale che con lo svolgimento del rapporto abbiano un'attinenza soltanto indiretta o che siano addirittura privi di qualsiasi rilevanza. Invero il significato dell'art. 8 della *Employment Contract Law* e dell'art. 8 dello Statuto dei Lavoratori è il medesimo, anche se il tenore letterale della legge cinese è molto più blando (configurando un potere conoscitivo del datore di lavoro, sia pure limitato alle informazioni connesse al rapporto) rispetto a quello del nostro Statuto, che pone invece un divieto.

Il carattere permissivo da parte dell'art. 8 della *Employment Contract Law* è confermato e specificato, quanto al suo contenuto, anche a livello regolamentare dalla legislazione vigente in vari contesti locali. Per esempio, l'art. 1 del *Beijing Regulation on Labor Contract* afferma espressamente che "*the employer has the right to request the employee to truthfully provide personal information about **education background, work experience, employment status and health status** in connection with his/her career*", anch'esso delimitando così il campo materiale delle informazioni che il datore di lavoro ha il diritto di richiedere nella fase precedente all'assunzione. Si noti, peraltro, come il *Beijing Regulation* ricomprenda tra le materie "indagabili" anche lo stato di salute del candidato al posto di lavoro, materia che invece è rigorosamente vietata nel nostro ordinamento. Si aggiunga, peraltro, che il medesimo art. 1 del *Beijing Regulation* contiene comunque un'ulteriore delimitazione del potere datoriale, prevedendo a carico del datore di lavoro di "*to keep the employee's personal information confidential and must not publicize such information unless required by law or consented by the employee*".

Tornando al caso sottoposto al vaglio della Corte di Shanghai, la lavoratrice che aveva dichiarato, nel colloquio pre-assuntivo, di avere già un figlio (con la conseguenza che in capo al datore di lavoro fosse scongiurato il rischio che la medesima si assentasse dal lavoro per maternità, alla luce della politica del figlio unico allora vigente), due anni dopo essere stata assunta comunicò al datore di lavoro di essere incinta e in quell'occasione emerse che quella era la sua prima gravidanza. Il datore di lavoro ritenne trattarsi di un comportamento ingannevole meritevole di licenziamento sulla base della violazione della *policy* aziendale, sottolineando che oggetto di sanzione non era tanto il fatto che la lavoratrice avesse o no un figlio, quanto il suo comportamento ingannevole che aveva leso il rapporto fiduciario, oltre che porsi contro il dettato dell'art. 8 della *Employment Contract Law*, che dopo aver attribuito al datore di lavoro il diritto conoscitivo sopra ricordato, espressamente pone a carico dell'aspirante lavoratore l'obbligo di rispondere secondo verità ("*the employer has the right to know the basic information of the employee which is directly related to the labor contract and the employee shall faithfully provide this information*").

Nonostante queste argomentazioni difensive da parte della società datrice, la Corte di Shanghai, Distretto di Huangpu, ha giudicato il licenziamento illegittimo (ordinando la reintegrazione nel posto di lavoro) alla luce della circostanza per la quale il fatto che la dipendente fosse o meno già madre al momento dell'assunzione costituisse un elemento che sarebbe dovuto essere del tutto ininfluenza al fine della decisione di assumerla o meno. Pertanto, non dovendo il datore di lavoro fare affidamento sulla dichiarazione resagli dalla lavoratrice in questa circostanza, la condotta contestata non poteva essere considerata come un inganno meritevole di sanzione disciplinare. Inoltre, la Corte ha espresso il suo convincimento secondo cui la lavoratrice avrebbe rilasciato una falsa dichiarazione solo per timore di essere discriminata per effetto del suo status di madre.

Tale caso è affine ad un altro deciso nel 2012 dalla Corte di Pechino, Distretto di Chaoyang, la quale accolse il ricorso di una lavoratrice licenziata perché nella fase pre-assuntiva aveva nascosto all'azienda il suo stato di gravidanza. I due casi riportati dimostrano come l'azienda non possa licenziare il dipendente che abbia fornito false informazioni se queste non siano direttamente attinenti allo svolgimento del rapporto di lavoro e siano anzi in grado di manifestare un'attitudine potenzialmente discriminatoria da parte del datore di lavoro, nel senso che se questi fosse stato messo a conoscenza del reale stato delle circostanze avrebbe potuto fondatamente decidere di non

assumere quel determinato lavoratore.

d) Il licenziamento senza preavviso intimato a causa dell'assenza ingiustificata del lavoratore.

In generale, nel caso in cui il Regolamento disciplinare o l'*handbook*, naturalmente a condizione che siano predisposti nel rispetto dell'art. 4 della *Employment Contract Law*, prevedano la sanzionabilità disciplinare del lavoratore per il caso di assenza ingiustificata da parte sua, appare legittimo il licenziamento intimato a causa di tale comportamento.

Due solo sono le questioni che si pongono relativamente a tale ipotesi.

In primo luogo, come già rilevato sopra, nel predisporre il Regolamento e l'*handbook* il datore di lavoro deve comunque tenere conto che l'art. 39, num. 2), legittima il licenziamento solo nel caso in cui la violazione commessa dal lavoratore rivesta i caratteri della *seriousness*.

Si spiega, quindi, l'orientamento di molte Corti cinesi, propense a ritenere sproporzionato e contrario a buona fede, e quindi illegittimo, il licenziamento intimato ad un dipendente che sia risultato assente ingiustificato solo per un giorno lavorativo, anche nel caso in cui vi fosse un'espressa previsione in tal senso nell'*handbook* aziendale. Il principio di buona fede, infatti, impone che la risoluzione del rapporto di lavoro per motivi disciplinari sia posta in essere nel (solo) caso in cui l'inadempimento del lavoratore sia idoneo a ledere il rapporto fiduciario con la controparte datoriale, con la conseguenza, quindi, che un singolo episodio di assenza ingiustificata di entità temporale minima non può essere giudicato idoneo a realizzare il requisito della gravità richiesto dalla legge.

Il secondo problema riguarda l'onere probatorio sotteso alla dimostrazione, da parte del datore di lavoro, dell'episodio contestato.

La giurisprudenza, a tal proposito, è molto rigorosa nell'onerare il datore di lavoro della dimostrazione non solo del fatto che il lavoratore in quel determinato giorno o periodo non si sia recato al lavoro, ma anche della circostanza che tale assenza fosse in un qualsiasi modo, purché espresso e non equivoco, disapprovata dal datore di lavoro medesimo. In altre parole, nel corso del processo non è richiesto al lavoratore la dimostrazione che il datore di lavoro avesse approvato la sua richiesta di assentarsi dal lavoro per un determinato periodo, ma è onere di quest'ultimo la dimostrazione del fatto negativo contrario, consistente nella mancata concessione di un permesso.

A titolo di esempio, si può citare la sentenza del marzo 2010 della Corte di Liaoning, che ha giudicato illegittimo (ed ordinato la reintegrazione nel posto di lavoro) il licenziamento intimato per assenteismo al lavoratore che aveva avanzato una richiesta di assenza per malattia al datore di lavoro a mezzo di SMS e di chiamate al telefono cellulare del superiore gerarchico, il quale, però, non aveva risposto. La Corte, accertato il mancato riscontro datoriale alla richiesta del dipendente, ritenendo quindi che in tal caso non sussistesse alcun parere negativo del datore di lavoro o di un suo rappresentante in ordine alla concessione del permesso richiesto, ha giudicato indimostrato l'effettivo carattere "ingiustificato" dell'assenza del lavoratore. In tal caso la sentenza appare condivisibile alla luce della motivazione sottesa all'assenza: trattandosi di malattia del lavoratore, a questi non poteva essere richiesto un preavviso o il rispetto di un determinato *iter* procedimentale, e si è dunque correttamente ritenuto che egli avesse rispettato l'onere sussistente a suo carico mediante il tentativo di contrattare il datore di lavoro e l'invio tempestivo del certificato medico.

Di diverso tenore appare la sentenza della Corte di prima istanza di Shanghai, Distretto di Putuo, intervenuta nello stesso mese di marzo 2010, che pure è caratterizzata dallo stesso esito finale del giudizio. Anche in questo caso, infatti, la Corte ha giudicato illegittimo il licenziamento sulla base di una motivazione legata all'onere probatorio ritenuto sussistente in capo al datore di lavoro. In tale fattispecie, il lavoratore straniero di un'impresa cinese era stato licenziato per un'assenza ingiustificata dal lavoro di 10 giorni. Egli aveva avanzato richiesta di permesso per tornare al proprio Paese tramite l'invio di una e-mail, alla quale nessun rappresentante dell'azienda aveva risposto negando formalmente il permesso. Ciò è stato sufficiente, secondo la Corte, per fondare l'accertamento dell'illegittimità del recesso, alla luce del fatto che il lavoratore non era a conoscenza del parere negativo del datore di lavoro in merito alla propria richiesta. In tale

fattispecie, tuttavia, la sentenza appare meno condivisibile ed ingiustificatamente garantista, perché l'assenza dal lavoro costituisce pacificamente una forma di inadempimento contrattuale: alla luce di ciò, come si può ritenere che il debitore di una determinata prestazione possa omettere di adempiere ad essa sulla base del fatto che la controparte non si è formalmente opposta alla richiesta di inadempimento? Invero, la pronuncia appare rovesciare gli oneri probatori in capo alle parti del rapporto, in quanto deve ritenersi che sia il debitore a dimostrare che il suo inadempimento è derivato da una espressa tolleranza della controparte tale da legittimarlo. Soprattutto alla luce di una disposizione dell'*handbook* che prevede che sia considerata ingiustificata l'assenza del lavoratore qualora la sua richiesta di permesso non sia stata riscontrata positivamente da un rappresentante aziendale.

Tale giurisprudenza è, dunque, molto rigorosa nel richiedere la prova non solo dell'assenza dal lavoro del dipendente, ma anche del diniego espresso della richiesta di permesso da parte del datore di lavoro. Un'interpretazione così rigorosa può essere, peraltro, fronteggiata tramite la predisposizione, all'interno del Regolamento disciplinare endo-aziendale, di una procedura necessaria propedeutica al godimento di un permesso per qualsiasi ragione. Per esempio, tramite la previsione per cui il lavoratore che intenda assentarsi dal lavoro debba avanzare apposita richiesta al Dipartimento Risorse Umane o al superiore gerarchico con un determinato preavviso ed ottenere un'apposita risposta positiva in forma espressa, in assenza della quale la richiesta debba considerarsi non accettata ed il permesso negato, con conseguente possibilità di intervenire disciplinarmente in caso di assenza del lavoratore²⁹⁶.

e) Il licenziamento senza preavviso per falsa attestazione della presenza a lavoro.

È legittimo, e a quali condizioni, il licenziamento disciplinare del dipendente che attesti falsamente la propria presenza a lavoro timbrando il cartellino e poi uscendo dall'ufficio oppure chiedendo ad un collega di timbrare il proprio cartellino al suo posto?

In un recente caso giudiziario deciso dalla Corte Intermedia di Shenzhen nel 2013, il licenziamento è stato dichiarato legittimo; la pronuncia si rivela molto interessante in quanto in essa la Corte ha colto l'occasione per ribadire i requisiti di legittimità del recesso datoriale in tale fattispecie.

Nel caso di specie, l'azienda aveva scoperto che un proprio dipendente, il Sig. Xie, una mattina aveva chiesto ad un altro dipendente, il Sig. Wang, di timbrare il suo cartellino al suo posto, per "coprire" il proprio ritardo al lavoro. Nel ricorso proposto avverso il licenziamento in tronco subito, il Sig. Xie argomentava la propria "innocenza" sulla base della mancata conoscenza del fatto che il collega Wang avesse timbrato il suo cartellino, ma la videoregistrazione effettuata dalla società mostrava il ricorrente che, nella giornata incriminata, camminava all'interno dell'azienda senza fermarsi alla macchina timbratrice, elemento dal quale la Corte ha inferito che egli fosse consapevole che altri avesse precedentemente timbrato il suo cartellino al suo posto. Il regolamento aziendale della società vietava espressamente di chiedere ad un collega di timbrare il proprio cartellino, e tale regolamento, oltre a non essere in contrasto con alcuna disposizione di legge, era stato portato a conoscenza dei dipendenti della società con mezzi idonei. Sulla base di tali presupposti, la Corte ha ritenuto legittimo il licenziamento di Xie da parte della società.

Come detto, la pronuncia in esame offre un utile riepilogo delle condizioni di legittimità del licenziamento intimato al lavoratore che attesti falsamente la propria presenza sul luogo di lavoro e, in via più generale, di qualunque ipotesi di licenziamento per giusta causa.

In primo luogo, la Corte conferma che la previsione del divieto della falsa attestazione della presenza al lavoro deve essere espressamente stabilita dal datore di lavoro, nell'*handbook*, per costituire la base giuridica di un licenziamento per giusta causa; in caso contrario, il conseguente licenziamento rischia di essere giudicato illegittimo.

Se questo è condivisibile, e risulta coerente con quanto detto in precedenza, risulta invece arduo sostenere il ragionamento seguente della Corte. Essa, infatti, afferma che per soddisfare i requisiti di

296 Prassi che si è in effetti formata, come dimostrano le sentenze riportate sopra, in questo stesso paragrafo in materia di oneri procedurali per la predisposizione del Regolamento disciplinare interno e dell'*handbook*.

tipicità, il regolamento aziendale e l'*handbook* debbono espressamente prevedere e dichiarare illecito e disciplinarmente rilevante ogni atto che potrebbe rientrare nel concetto di “falsa attestazione della presenza in servizio”, come per esempio i seguenti: falsificare le risultanze delle rilevazioni dei cartellini marcatempo; timbrare il cartellino o firmare la propria presenza ma poi assentarsi dal luogo di lavoro; chiedere ad un collega di timbrare al proprio posto, e così via. Non è sufficiente, pertanto, la generica dizione “falsa attestazione della presenza”, ma occorre specificare in concreto la condotta non consentita. Questa conclusione appare non condivisibile in quanto eccessivamente garantista nei confronti del dipendente e perché non tiene in debito conto il fatto che ciascuna elencazione contenuta in una norma proibitiva non è mai in grado di coprire ogni evenienza che potrebbe accadere nella realtà fenomenica, prestandosi così ad essere “aggirata” da condotte che non potevano essere previste *a priori*.

La Corte specifica, inoltre, che un altro requisito necessario di ogni fattispecie di licenziamento *ex art. 39, num. 2)*, della *Employment Contract Law* è rappresentato dalla violazione del principio di buona fede, in assenza della quale anche la violazione di una norma dell'*handbook* non è sufficiente a legittimare il recesso. Così, per ritenere licenziabile un dipendente, non è sufficiente che questi abbia chiesto a un collega di timbrare al proprio posto, così violando una disposizione regolamentare vigente nell'azienda, ma è necessario dimostrare anche che in quell'occasione il lavoratore incriminato non era presente in servizio: in altre parole, le Corti pretendono la violazione del principio di buona fede, ritenendola insussistente nel caso in cui comunque il lavoratore fosse regolarmente presente nel luogo di lavoro, pur avendo commesso l'irregolarità nella tenuta del proprio cartellino marcatempo.

L'onere della prova relativamente alla condotta del lavoratore ricade naturalmente in capo al datore di lavoro, che a tal fine è legittimato a depositare in giudizio i *files* della videosorveglianza, oltre a poter utilizzare altri mezzi di prova quali la testimonianza di colleghi od esterni.

In secondo luogo, come abbiamo visto, perché il licenziamento per giusta causa sia ritenuto legittimo occorre che le regole e i regolamenti soddisfino i requisiti previsti dall'art. 4 della *Employment Contract Law*: così, essi sono idonei a prestare la propria efficacia solo se sono stati predisposti con la partecipazione dei lavoratori e se sono stati resi pubblici.

Così, in un altro caso giudicato dalla Corte di Shenzhen, sorto tra il Sig. Chen e la datrice di lavoro, la Corte giudicante ha affermato che il sistema di rilevazione delle presenze al lavoro utilizzato dall'azienda fosse direttamente correlato agli interessi personali dei lavoratori e, rientrando quindi nel campo di applicazione dell'art. 4, avrebbe dovuto essere sottoposto ai rappresentanti dei lavoratori e predisposto mediante la consultazione con la *labor union*. L'azienda, tuttavia, non aveva dimostrato di aver seguito questo processo di partecipazione democratica anche dei lavoratori nella predisposizione del regolamento aziendale. Così, nel caso di specie il licenziamento è stato giudicato illegittimo, appunto perché il regolamento aziendale non poteva essere considerato vincolante nei confronti dei lavoratori di quell'azienda e così anche nei confronti del ricorrente Sig. Chen: ne risultava che, sebbene fosse stato effettivamente provato che Chen aveva violato i regolamenti aziendali, l'“*Employee Manual*” predisposto dall'azienda non poteva essere posto alla base di un valido recesso disciplinare.

f) Il licenziamento senza preavviso in caso di relazione romantica del dipendente con una collega – licenziamento illegittimo.

La Corte Intermedia di Huai'an, nella Provincia del Jiangsu, ha dichiarato illegittimo il licenziamento (contestualmente condannando il datore di lavoro al risarcimento del danno subito dal lavoratore nell'ammontare di più di 50.000 RMB) intimato ad un dipendente a causa del fatto che quest'ultimo avesse una relazione romantica con una collega.

Il datore di lavoro, infatti, aveva una *policy* disciplinare – riportata anche all'interno del contratto individuale di lavoro – che vietava ai dipendenti di intrattenere relazioni di natura sentimentale con i propri colleghi. La violazione di tale norma di condotta aziendale da parte del ricorrente era stata, così, sanzionata con il licenziamento in tronco senza il pagamento dell'indennità di cui all'art. 46

della *Employment Contract Law*, sulla base dell'art. 39, num. 2) della medesima.

La Corte Intermedia, chiamata a giudicare sulla legittimità del recesso, ha affermato che la *policy* aziendale inibiva il libero svolgimento, costituzionalmente garantito, della propria vita privata, oltre che la libertà personale di matrimonio stabilita nella legge sul matrimonio; sebbene, infatti, i due colleghi non fossero convolati a nozze, la Corte ha interpretato estensivamente questo diritto di vivere con libertà le proprie relazioni sentimentali.

Ne deriva una violazione di tale legge da parte del Regolamento aziendale, con conseguente illegittimità riflessa del licenziamento basato su una violazione di una disposizione a sua volta illegittima dello stesso.

g) Il licenziamento senza preavviso motivato dal rifiuto del dipendente di svolgere lavoro straordinario – licenziamento illegittimo.

La disciplina dell'orario di lavoro all'interno dell'ordinamento cinese si rinviene nella *Labor Law* del 1994, la quale dedica a tale argomento il Capitolo Quarto.

In via di estrema sintesi, può affermarsi che detta normativa contempla un triplice sistema alternativo di delimitazione quantitativa della prestazione del lavoratore.

In primo luogo, è previsto un sistema di orario di lavoro basato sul calcolo delle ore lavorate dal dipendente: in base a tale sistema, l'art. 36 prevede che in via ordinaria i lavoratori non possano lavorare per più di 8 ore al giorno e di 40 ore a settimana in media.

Peraltro, si noti la mancanza di precisione del legislatore, in primo luogo laddove non definisce il concetto di "orario di lavoro", evidentemente dandolo tautologicamente per scontato, mentre scontato non è (si pensi al lavoro degli autisti o degli autotrasportatori, caratterizzato dal necessario svolgimento di pause), che per esso debba intendersi il periodo di tempo nel quale il lavoratore svolge la propria attività lavorativa a favore del datore di lavoro nel luogo di lavoro o in luogo ad esso assimilabile²⁹⁷.

L'art. 36 della *Labor Law* manca di precisione altresì laddove fa riferimento alla possibilità di calcolare l'orario normale di lavoro come orario medio di ore svolte dal lavoratore, ma omette il contesto temporale in relazione al quale tale media debba essere calcolata²⁹⁸. Anche in questo caso il legislatore italiano è stato più puntuale in quanto, dopo aver all'art. 3 del d. lgs. n. 66/2003 fissato l'orario normale di lavoro in 40 ore settimanali (comma 1), nel comma 2, prevedendo la possibilità che i contratti collettivi contemplino un sistema multi-periodale, espressamente circoscrive ad un lasso temporale non superiore all'anno il periodo entro il quale calcolare la durata media delle prestazioni lavorative cui riferire l'orario normale di lavoro.

Si noti tuttavia come il sistema tratteggiato dall'art. 36 della *Labor Law* non sia esclusivo, in quanto è prevista la possibilità per le parti di individuare sistemi alternativi per la determinazione quantitativa della prestazione lavorativa. Il primo di essi, chiamato nella prassi come sistema di orario di lavoro c.d. "comprensivo", consiste nella negoziazione di un determinato numero di ore di lavoro a livello settimanale o mensile, con la conseguenza che costituirà lavoro straordinario e sarà soggetto alle relative maggiorazioni retributive solo l'insieme di ore svolte in surplus rispetto al numero concordato. In pratica, con tale sistema le parti non fanno altro che individuare il contesto

297 Come recita la definizione di cui all'art. 1 del d. lgs. n. 66/2003, che costituisce il testo normativo dedicato all'orario di lavoro nel nostro ordinamento, ai sensi del quale per orario di lavoro deve intendersi "qualsiasi periodo in cui il lavoratore sia al lavoro, a disposizione del datore di lavoro e nell'esercizio della sua attività o delle sue funzioni".

298 Con la conseguenza che, laddove nessuna disposizione in materia sia contenuta nei contratti collettivi, l'ora di lavoro che un dipendente svolge in più rispetto alle 8 ore di una giornata lavorativa "normale" è destinata ad essere considerata come ora di lavoro straordinario – con la necessaria applicazione delle maggiorazioni retributive che ne consegue – anche qualora in quella settimana il datore di lavoro riesca a porre in essere un'organizzazione dei turni lavorativi che gli consenta di impiegare quel determinato lavoratore per non più delle 40 ore settimanali.

temporale con riferimento al quale andrà calcolata la media di ore svolte dal dipendente. Il sistema di orario “flessibile”, invece, è caratterizzato dall’assenza di un calcolo puntuale delle ore di lavoro svolte, e può coinvolgere soltanto determinate categorie di lavoratori, in riferimento alle quali sussistono oggettive difficoltà di calcolo dell’orario di lavoro²⁹⁹.

L’applicazione di tale modello, pertanto, comporta la mancata applicazione della disciplina sullo straordinario, proprio in quanto la prestazione del lavoratore non è determinata quantitativamente sulla base del numero di ore lavorate, ma sulla base di precisi e puntuali obiettivi. Peraltro, entrambi questi sistemi alternativi a quello principale designato dalla Labor Law richiedono a pena di inefficacia la trasmissione, ai fini della sua approvazione preventiva, al Dipartimento Amministrativo del Lavoro territorialmente competente³⁰⁰.

Peraltro, la stipulazione di uno di questi sistemi alternativi non comporta la totale inapplicabilità della disciplina posta a tutela dei lavoratori. La giurisprudenza, infatti, ritiene che anche i dipendenti inquadrati con un sistema di orario di lavoro “comprensivo” o “flessibile” mantengano il diritto a godere di un tempo di riposo adeguato, individuato in maniera diversa a livello locale (la Corte di Shanghai, per esempio, ritiene che tale presupposto sia rispettato soltanto qualora ogni settimana il lavoratore possa usufruire di almeno un giorno completo di riposo). Inoltre, secondo l’orientamento maggioritario (invalso, per esempio, nelle Città di Shanghai e di Shenzhen) anche i dipendenti inquadrati con tale sistema di orario avranno diritto alle maggiorazioni retributive previste dal *Regulations on paid annual leave for employees*³⁰¹ qualora siano richiesti di lavorare durante le festività nazionali da esso individuate.

Ciò premesso, per quanto riguarda il lavoro straordinario, l’art. 41 della *Labor Law* prevede la

299 Si possono citare come esempi di lavoratori con i quali l’azienda è legittimata a stipulare un sistema “flessibile” di orario di lavoro le seguenti categorie: dirigenti di alto livello; personale di vendita fuori sede; personale di trasporto di lunga distanza.

300 Ai sensi del *Regulations on the Approval of Variable Hours of Work and Consolidated Hours of Work in Enterprises*, emanato dal Ministero del Lavoro (oggi Ministero delle Risorse Umane e della Sicurezza Sociale) nel 1994, precisamente, sono inquadrabili nel sistema flessibile di orario di lavoro, con conseguente esenzione dall’obbligo di conteggio e di pagamento delle ore di straordinario, in quanto “*their work can not be measured according to normal hours of work*” (art. 3), le seguenti categorie di lavoratori (elencate all’art. 4): “(1) senior manager of the enterprise, field staff, sales personnel, guards, and other employees whose work can not be measured according to normal hours of work; (2) transport personnel of the enterprise, taxi drivers, loaders, stevedores, and other employees whose job requires great flexibility; (3) other employees who are more suited for variable hours of work because of the nature of their production activity, work, or function”.

L’onere di richiesta preventiva di “nulla-osta” da parte dell’organo amministrativo locale per inquadrare il lavoratore con l’orario di lavoro flessibile, peraltro, soffre alcune eccezioni previste dai Regolamenti amministrativi emanati dai Governi locali. Si può fare l’esempio del Regolamento della Municipalità di Pechino, in base al quale tutti i dipendenti inquadrati come “*senior manager*” possono essere inquadrati automaticamente dal datore di lavoro all’interno del sistema flessibile di orario di lavoro, senza necessità di richiedere l’approvazione preventiva del *Labor Bureau*.

Si noti, inoltre, che i dipendenti inquadrati in tale sistema di calcolo non hanno diritto al pagamento per il lavoro straordinario eventualmente svolto, proprio in quanto la flessibilità sottesa a tale sistema esclude il calcolo preciso delle ore totali lavorate (potrebbe dirsi che il *manager* debba lavorare per obiettivi e non per ore; lo stesso avviene frequentemente anche in Italia mediante la pattuizione di un compenso aggiuntivo alla retribuzione ordinaria in maniera forfettaria per lo svolgimento di lavoro straordinario, il c.d. straordinario forfettizzato). A tale riguardo, può citarsi una sentenza della Corte di Pechino del 2015, la quale ha rigettato la domanda di una *senior manager* volta all’ottenimento di maggiorazioni retributive per le ore di straordinario svolte: la Corte ha affermato che, siccome in base al Regolamento Amministrativo di Pechino i *senior manager* sono automaticamente inquadrati con il sistema di orario flessibile senza il coinvolgimento del *Labor Bureau*, la ricorrente non aveva titolo per chiedere le maggiorazioni retributive.

Peraltro, il concetto di *senior management* non è definito in maniera specifica dal Regolamento richiamato, con la conseguenza che sono invalse interpretazioni differenti tra i vari *Labor Bureau* e tra le varie Corti Distrettuali: alcuni ritengono che in tale categoria possano essere ricompresi soltanto i general manager dell’azienda, altri invece – tra i quali la Corte nella sentenza citata – sono fautori di un’interpretazione estensiva che ricomprende anche i *manager* “non generali” ma che godano di un livello retributivo “importante” (valutazione per la quale deve effettuarsi un confronto con i livelli retributivi in godimento agli altri dipendenti della medesima impresa).

301 Regolamento emanato dal Governo centrale nel 2007 ed entrato in vigore il 1° gennaio 2008 (quindi in parallelo alla *Employment Contract Law*).

possibilità del datore di lavoro di disporlo soltanto dopo una previa consultazione con i sindacati e con i lavoratori, e, dal punto di vista eziologico, soltanto al ricorrere di esigenze produttive od organizzative dell'azienda.

Vengono poi fissati i seguenti limiti massimi di lavoro straordinario: un'ora al giorno (tre ore soltanto qualora sussistano ragioni eccezionali, e a condizione che sia assicurata la tutela della salute del lavoratore), per un totale di massimo 36 ore al mese.

Ai sensi del successivo art. 42, tuttavia, le disposizioni di cui all'art. 41 (tanto di natura procedurale – l'onere della preventiva consultazione con il sindacato – quanto dal punto di vista del numero di ore massimo di lavoro straordinario che il lavoratore può prestare) non si applicano al ricorrere di circostanze di natura eccezionale (la disposizione contempla il caso in cui la vita e la salute dei lavoratori o la sicurezza dell'azienda siano messe a repentaglio da disastri naturali od incidenti eccezionali; i casi in cui il guasto di apparecchiature di produzione, linee di trasporto o di strutture pubbliche, che coinvolgono anche interessi di rilevanza pubblica, richieda l'effettuazione senza ritardo di riparazioni urgenti; o le altre circostanze individuate da leggi e regolamenti amministrativi³⁰²).

È espressamente contemplato (dall'art. 43) il divieto per il datore di lavoro di disporre lavoro straordinario in violazione delle norme di tali disposizioni normative.

Anche in Cina, naturalmente, il ricorso da parte del datore di lavoro al lavoro straordinario è disincentivato mediante maggiorazioni retributive, quantificate come segue dall'art. 44:

1. maggiorazione del 150% per le ore di straordinario lavorate in una giornata ordinaria di lavoro;
2. maggiorazione del 200% rispetto alla normale retribuzione per le ore di lavoro straordinarie svolte durante il giorno di riposo settimanale;
3. infine, maggiorazione del 300% rispetto alla normale retribuzione per le ore di lavoro straordinario svolte durante le festività nazionali³⁰³.

302 Si noti l'affinità delle circostanze nelle quali l'art. 42 della *Labor Law* consente il ricorso al lavoro straordinario senza il rispetto delle limitazioni di cui all'art. 41 con le circostanze in cui l'art. 5 del d. lgs. n. 66/2003 consente l'imposizione al lavoratore dell'effettuazione di prestazioni di lavoro straordinario a prescindere dal suo consenso (soprattutto con quelle della lettera b, che contempla “*casi di forza maggiore o casi in cui la mancata esecuzione di prestazioni di lavoro straordinario possa dare luogo a un pericolo grave e immediato ovvero a un danno alle persone o alla produzione*”).

303 L'art. 40 della *Labor Law* individua come giornate di festività nazionale, oltre a quelle così definite da altre disposizioni di legge o di regolamento:

- il 1° gennaio di ciascun anno;
- lo *Spring Festival* (Capodanno cinese);
- il 1° maggio, giornata internazionale del lavoro;
- il *National Day* (1° ottobre di ciascun anno).

Tali giornate di festività nazionale sono aggiuntive rispetto ai giorni di ferie annuali retribuite.

La disciplina posta dalla *Labor Law* con riferimento alle festività nazionali e alle ferie annuali, invero molto scarna, è integrata dal citato *Regulation on paid annual leave for employees* del 2007. Per quanto riguarda le ferie annuali retribuite, il loro ammontare viene determinato dall'art. 3 di tale *Regulation*, il quale distingue a seconda dell'anzianità lavorativa complessiva (nella quale debbono cioè essere computati anche anni di servizio svolti alle dipendenze di altri datori di lavoro) del lavoratore. Così, avrà diritto a 5 giorni di ferie annuali retribuite il lavoratore che vanti un'anzianità lavorativa complessiva inferiore a 10 anni; a 10 giorni in caso di anzianità ricompresa tra 10 e 20 anni; a 15 giorni in caso di anzianità superiore a 20 anni. Appare con tutta evidenza la minore entità delle ferie previste dalla legislazione cinese rispetto a quella italiana (art. 10 del d. lgs. n. 66/2003, che prevede quattro settimane di ferie annuali retribuite per tutti i lavoratori, a prescindere dalla loro anzianità lavorativa). È interessante notare, *per incidens*, come ai sensi dell'art. 5, par. 2, di tale Regolamento “*the annual leave may be taken one and for all or for several times within the current year; generally, it may not be rounded up to the next year. Where an entity needs to round it up for special production or working reasons, it may be rounded up to the next year only*”: è quindi ammessa la possibilità di godimento differito delle ferie annuali, ma solo qualora il mancato godimento di esse nell'anno di maturazione dipenda da una richiesta in tal senso del datore di lavoro e sia giustificata da esigenze di carattere produttivo od organizzativo; comunque la relativa fruizione non potrà eccedere l'anno successivo a quello nel quale le ferie sono maturate. Come il d. lgs. n. 66/2003, così anche la normativa cinese non consente un rinvio *ad libitum* delle ferie maturate; peraltro, l'art. 10 del citato d. lgs. italiano consente invece una fruizione differita soltanto di massimo due delle quattro settimane di

Si noti, infine, che (anche) la materia dell'orario di lavoro è complicata dalla circostanza per cui alla disciplina – testé sinteticamente riportata – positivizzata dalla legislazione nazionale si affiancano i Regolamenti Amministrativi emanati dai Governi locali, con conseguente differenziazione normativa all'interno delle singole Province e Città.

Ciò premesso, occorre ora comprendere se il rifiuto del lavoratore di svolgere le ore di lavoro straordinario disposte dal datore di lavoro possa o meno comportare un legittimo recesso in tronco ai sensi dell'art. 39 della *Employment Contract Law*.

Naturalmente, un primo requisito di validità del recesso è rappresentato dalla legittimità del lavoro straordinario disposto da parte datoriale: è evidente infatti che se questa ordina al dipendente di effettuare del lavoro straordinario al di fuori delle ipotesi consentite dalla legge, del tutto legittimo sarà il rifiuto del dipendente e destinato ad essere accertato come invalido sarà, viceversa, il licenziamento intimato nei suoi confronti.

In via ordinaria, alla domanda relativa alla legittimità di un tale licenziamento può risponderci in maniera negativa. Infatti, dal momento che la *Labor Law* afferma che, al di fuori delle ipotesi eccezionali contemplate, il datore di lavoro non può obbligare il lavoratore a svolgere lavoro straordinario, ne deriva che il dipendente che si rifiuti non potrà essere sanzionato con il licenziamento disciplinare.

Del resto, non deve dimenticarsi che, pure nelle ipotesi in cui il lavoro straordinario è reso obbligatorio per il lavoratore, il rifiuto di quest'ultimo non può essere sanzionato se ciò non è espressamente previsto dal Regolamento di disciplina interno o dall'*handbook* aziendale.

h) Il licenziamento senza preavviso per il ritardo sul lavoro. La multa quale sanzione disciplinare dalla contestata applicabilità.

A tale proposito, non sembra troppo azzardato dire che in Cina è più “facile” sanzionare il ritardo del lavoratore con il licenziamento in tronco (beninteso, nel caso in cui tale sanzione sia prevista nel Regolamento aziendale ritualmente predisposto dal datore di lavoro con l'intervento della *Labor Union* e da questo notificato ai dipendenti, nel rispetto dell'art. 4) che con la semplice multa.

La possibilità di licenziare per ritardo sussiste al ricorrere di una duplice condizione:

- deve essere contemplata nel Regolamento aziendale o nel contratto individuale di lavoro quale *rule* interna la cui violazione comporta, per l'appunto, il recesso in tronco;
- deve essere *serious*, come stabilito dall'art. 39, num. 2), della *Employment Contract Law*: la gravità dell'infrazione difficilmente potrà ritenersi sussistente già dal primo episodio, ma dovrà emergere da una complessiva propensione al ritardo da parte del dipendente.

A parte la possibilità di licenziare, come detto pone qualche problema la possibilità di disporre nei confronti del lavoratore ritardatario la sanzione della multa.

Le Corti, infatti, sono molto severe nel giudicare le multe irrogate dal datore di lavoro ai propri dipendenti, come dimostra una pronuncia del Collegio Arbitrale di Guangzhou nel 2015, che ha dichiarato illegittima la multa irrogata dall'azienda al proprio lavoratore che aveva accumulato oltre mezz'ora di ritardo in un mese, e ciò nonostante la espressa previsione di tale sanzione nel Regolamento aziendale. Questo, infatti, prevedeva che “*if an employee is late for a cumulative total of more than half an hour during a single month, a half-day's salary shall be deducted; and if he or she is late for a cumulative total of more than one hour in a single month, a full day's salary shall be deducted*”. Ciò nonostante, il Collegio di Guangzhou ha dichiarato invalida la sanzione disciplinare.

Questo caso ci offre quindi l'occasione per approfondire la tematica della **multa** e delle sue rigide condizioni di ammissibilità nell'ordinamento cinese.

Il Governo centrale, sulla base della considerazione per cui la retribuzione costituisce un diritto fondamentale del lavoratore, ha emanato una serie di norme che mirano a renderlo effettivo, impedendo al datore di lavoro di operare trattenute sulla retribuzione se non nei casi eccezionali

ferie annuali retribuite, mentre l'omologa norma cinese non individua questo limite massimo, con la conseguenza che potrà essere oggetto di differimento l'entità totale delle ferie maturate.

contemplati dalla legge.

In primo luogo, l'art. 50 della *Labor Law* vieta al datore di lavoro di operare trattenute sulla retribuzione senza giustificazione (“*the wages to be paid to labourers shall not be embezzled [...] without justification*”).

Più specifica è la disposizione di cui all'art. 15 delle *Interim Provisions on the Payment of Salary*, emanate dal Ministero delle Risorse Umane e della Sicurezza Sociale, che dispone il divieto di operare trattenute sullo stipendio dei lavoratori se non nelle seguenti ipotesi: “(i) *the employer deducts individual income taxes; (ii) the employer deducts various social insurance premiums that should be borne by the employees themselves; (iii) the employer deducts payment for child support and/or parental support in accordance with a decision or judgment by a courts or (iv) the employer deducts other expenses as required by law*”.

Sul punto dispone anche l'art. 3 delle *Supplementary Provisions on Relevant Issues Concerning Interim Provisions on the Payment of Salary* del Ministero delle Risorse Umane e della Sicurezza Sociale, secondo cui “*for the purpose of Article 15 of the Interim Provisions, “deduction” shall mean a withholding from an employee’s salary (meaning all labor remuneration that the employer is obligated to pay to the employee based on the standard set forth in the labor contract and on the premise that the employee has provided normal labor) by the employer without justification, with the exceptions that the salary: (i) is deducted as expressly provided in applicable national laws and regulations; (ii) is deducted as expressly provided in a labor contract signed in accordance with applicable law; (iii) is deducted as expressly provided in factory regulations and disciplinary rules formulated by the employer in accordance with applicable law and approved by the employee congress; [...]*”.

Le *Supplementary Provisions*, come si vede, prevedono la possibilità di operare trattenute sul salario qualora tale possibilità sia espressamente stabilita dal contratto di lavoro o dai regolamenti aziendali approvati regolarmente a seguito della consultazione con la *Labor Union*.

La materia, lungi dall'essere definita solo a livello nazionale, è complicata dalla concorrente legislazione e regolamentazione da parte delle Assemblee Nazionali del Popolo e dei Governi locali. Sussistono infatti norme, sia legali che regolamentari, che disciplinano la materia *de qua* in modo notevolmente differenziato da Provincia a Provincia e financo da Città a Città; non tutti questi regolamenti, infatti, consentono di operare trattenute sulla retribuzione, oltre che nelle ipotesi previste dalla legge, anche nel caso in cui tale potere sia stabilito dal contratto di lavoro o dai regolamenti aziendali³⁰⁴.

Sulla base di così rilevanti differenze normative, notevoli sono anche le differenti risposte che le varie Corti offrono sulla questione relativa alla possibilità di irrogare sanzioni disciplinari consistenti nella multa (la quale consiste proprio in una trattenuta dallo stipendio)³⁰⁵.

Così, nel caso sopra riportato la Corte di Guangzhou (Capoluogo della Provincia del Guangdong) ha accolto l'impugnazione del lavoratore della multa che gli era stata comminata per il ritardo

304 Per esempio, in due delle regioni più ricche ed economicamente sviluppate della Cina, la Municipalità di Shanghai e la Provincia del Guangdong, tale potere datoriale non è previsto né dall'art. 19 delle *Measures on Enterprise Payment of Salary* emanate dalla Municipalità di Shanghai né dall'art. 40 delle *Regulations on the Payment of Salary* della Provincia del Guangdong. Anzi, l'art. 5 di queste ultime prevede proprio che “*if the employer deducts from salary without legal basis, the Human Resources and Social Security Administrative Departments shall issue a warning and order the employer to remedy such fine or deduction*”.

In altri contesti locali, il potere datoriale di sanzionare disciplinarmente una condotta del lavoratore contraria al regolamento aziendale con la multa è invece previsto, per esempio dall'art. 19 delle *Regulations on the Payment of Salary* della Provincia del Liaoning: “*any employer deduction from an employee’s salary shall conform to the terms of the collective contract and/or the labor contract or the provisions of the employer’s work rules as formulated in accordance with the law*”.

305 Differenze locali sono da registrare anche con riferimento alla questione inerente l'importo massimo della multa. Per esempio, il *Regulation for the Promotion of Harmonious Labor Relations in the Shenzhen Special Economic Zone*, emanato dal Congresso di Shenzhen il 6 ottobre 2008, afferma che l'importo massimo della trattenuta sulla retribuzione a titolo di multa (sia come sanzione singola, sia a titolo cumulativo) non può eccedere il 30% di una mensilità di stipendio.

imputatogli, e ciò anche se il contratto di lavoro e l'*handbook* aziendale prevedevano tale possibilità datoriale. Il fatto che a livello nazionale la *Labor Law* e la *Employment Contract Law* non prevedano circostanze che abilitino il datore di lavoro ad operare trattenute sulla retribuzione, e che le *Regulations on the Payment of Salary* della Provincia del Guandong non consenta al datore di operare trattenute sulla retribuzione (anche) nei casi individuati nel contratto di lavoro o nei regolamenti aziendali, infatti, comporta che non vi sia alcuna base legale per l'azienda per sanzionare il ritardo del lavoratore con una multa³⁰⁶. Probabilmente, se il caso fosse stato giudicato da un Collegio Arbitrale o da una Corte di una città il cui regolamento consente la trattenuta di un importo retributivo quale risposta sanzionatoria del datore di lavoro nell'esercizio del suo potere disciplinare, l'esito sarebbe stato opposto.

Per questo, non costituisce una provocazione l'affermazione del paradosso secondo cui è più facile licenziare il lavoratore ritardatario che irrogargli una multa... perlomeno, per il datore di lavoro è indispensabile verificare la normativa della Regione, della Provincia e della Città in cui opera prima di prevedere, nel Regolamento aziendale, la sanzione da irrogare per il caso di ritardo sul lavoro.

i) Il licenziamento senza preavviso dovuto alla partecipazione del lavoratore ad uno sciopero.

Come già accennato, rilevanza fondamentale assume la questione relativa alla licenziabilità di un dipendente in conseguenza e quale reazione datoriale in forma disciplinare rispetto alla sua astensione dal lavoro per partecipare ad uno sciopero.

In Italia, come nel resto d'Europa, la risposta alla questione relativa alla legittimità di un tale licenziamento disciplinare è agevole, in quanto il divieto di sottoporre a sanzioni disciplinari i dipendenti a seguito e a causa della loro partecipazione ad una qualsiasi iniziativa sindacale fa parte da decenni del diritto vivente, tanto da poter essere definito, senza tema di esagerazioni, un principio di civiltà giuridica.

Per ciò che concerne, nello specifico, il nostro Paese, tale divieto si fonda direttamente sull'art. 40 della Costituzione, all'esito di un percorso storico che ha condotto dall'affermazione dello sciopero come libertà (con conseguente sua non perseguibilità penale ma sua rilevanza come possibile fattore di sanzioni disciplinari da parte del datore di lavoro), sotto la vigenza del Codice Zanardelli del 1898, alla sua configurazione come *reato* da parte del Codice Rocco del 1930, che risentiva del contesto fascista nel quale fu emanato, fino alla proclamazione, appunto con l'art. 40 della Carta fondamentale, dello sciopero quale *diritto* del lavoratore, con conseguente illegittimità di ogni sanzione disciplinare che dovesse essere irrogata nei suoi confronti quale conseguenza della sua astensione dal lavoro³⁰⁷.

Ne deriva l'assoluta impossibilità per il datore di lavoro di licenziare il dipendente a causa della sua partecipazione ad uno sciopero; tale precetto costituzionale è declinato a livello legislativo dall'art. 4 della legge n. 604/1966 oltre che dall'art. 15 dello Statuto dei Lavoratori, il quale, a chiare lettere, afferma che “è nullo qualsiasi atto o patto diretto a [...] licenziare un lavoratore, discriminarlo nella assegnazione di qualifiche o mansioni, nei trasferimenti, nei provvedimenti disciplinari, o

306 L'unica soluzione per il datore di lavoro per combattere il ritardo dei propri dipendenti consiste, così, nella costruzione di un sistema di incentivi economici per la puntualità. Molte imprese hanno già cominciato a prevedere un “attendance bonus”, sistema che è già entrato a far parte della prassi.

307 “Con il riconoscimento dello sciopero come diritto viene eliminato anche il profilo dell'inadempimento contrattuale, consentendosi al lavoratore scioperante di rifiutare legittimamente la prestazione dovuta”: A. Vallebona, *Istituzioni di diritto del lavoro. I. Il diritto sindacale*, Cedam, 2015, 259; “il diritto di sciopero esplica i suoi effetti anche nei rapporti intersoggettivi privati, inibendo al datore di lavoro la possibilità di compiere, nella gestione del rapporto di lavoro, atti diretti a mortificare l'esercizio del diritto. La rilevanza di questi effetti [...] trovò conferma esplicita nella legislazione, quando l'art. 4 l. n. 604/1966 dichiarò nullo il licenziamento ‘determinato dalla partecipazione ad attività sindacali’ e, quindi, anche dalla partecipazione ad uno sciopero. Questa tutela venne ulteriormente ed esplicitamente estesa dalla l. n. 300/1970 (Statuto dei Lavoratori) nei confronti di ogni discriminazione operata ai danni del lavoratore, a causa della sua partecipazione a uno sciopero (artt. 15 e 16), nonché nei confronti di ogni comportamento del datore diretto a impedire o a limitare l'esercizio del diritto di sciopero (art. 28)”: in termini, cfr. G. Giugni, *Diritto sindacale* (a cura di L. Bellardi e P. Curzio), Cacucci Editore, 2014, 261-262.

recargli altrimenti pregiudizio a causa della sua affiliazione o attività sindacale ovvero della sua partecipazione ad uno sciopero". Così, l'eventuale licenziamento intimato ad un lavoratore scioperante che si dimostri sia causalmente riconducibile proprio alla sua partecipazione all'azione di protesta, sarebbe destinato ad essere giudicato irrimediabilmente affetto da nullità, con conseguente condanna del datore di lavoro alla reintegrazione del dipendente in servizio ai sensi dei commi da 1 a 3 dell'art. 18 St. Lav.

Per quanto riguarda l'ordinamento europeo sovranazionale, il diritto del singolo di partecipare ad un'azione collettiva, che rappresenta il corollario del diritto di contrattazione collettiva, è riconosciuto da diverse fonti internazionali che gli Stati membri dell'Unione Europea hanno firmato o alla cui redazione hanno partecipato³⁰⁸, oltre ad essere incluso in strumenti elaborati da essi a livello di Unione³⁰⁹ nonché nella Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea (CEDU) promulgata a Nizza il 7 dicembre 2000. In questo contesto, l'articolo 28 di quest'ultima riconosce espressamente il diritto dei lavoratori di ricorrere ad azioni collettive per la difesa dei propri interessi, compreso lo sciopero³¹⁰. Inoltre, il diritto di contrattazione collettiva e di negoziare e stipulare accordi collettivi è riconosciuto, tutelato e considerato un elemento intrinseco della libertà di associazione da parte della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, che ha affermato a più riprese il diritto di partecipare alla costituzione di sindacati e di aderire a essi per la difesa dei propri interessi, come sancito all'articolo 11 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali³¹¹.

In Cina, il diritto di sciopero, per dirla semplicemente, **non esiste**, né a livello costituzionale né a livello di fonti primarie.

Eppure il ricorso a tale forma di protesta da parte del ceto dei lavoratori sta assumendo, negli ultimi anni, una diffusione sempre maggiore³¹², soprattutto alla luce della difficoltà per i lavoratori di adire l'ordinaria via giurisdizionale per ottenere soddisfazione dei propri diritti³¹³.

308 Quali ad esempio la Carta Sociale Europea, firmata a Torino il 18 ottobre 1961, cui fa espresso riferimento anche il diritto primario dell'Unione Europea (con l'art. 151 del TFUE), e la Convenzione n. 87 dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro, del 9 luglio 1948, concernente la libertà sindacale e la protezione del diritto sindacale.

309 Come ad esempio la Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori, adottata dal Consiglio europeo di Strasburgo il 9 dicembre 1989 e citata anch'essa dall'articolo 151 del TFUE.

310 Attraverso il generale rinvio alla Carta contenuto nell'articolo 6 del TUE, i diritti di negoziazione collettiva e di partecipazione ad azioni collettive per la tutela di interessi sovra-individuali sono stati espressamente recepiti nel diritto primario.

311 Cfr. Sentenza CEDU del 12 novembre 2008, Demir e Baykara c. Turchia. La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha anche riconosciuto che nell'ambito della libertà sindacale, visto il carattere sensibile delle questioni sociali e politiche da considerare per raggiungere un giusto equilibrio tra i rispettivi interessi delle parti sociali e vista la grande diversità esistente tra i sistemi nazionali in questo campo, gli Stati contraenti godono di un ampio margine nel valutare come possa essere garantita la libertà dei sindacati di tutelare gli interessi occupazionali dei loro iscritti. Tuttavia, essa precisa che tale margine non è illimitato, ma è soggetto alla supervisione a livello europeo ad opera della Corte, cui è appunto riconosciuto il potere di sindacare se e in quale misura le eventuali restrizioni a tali libertà poste in essere a livello legislativo dagli Stati membri siano conciliabili con i livelli minimi dei diritti fondamentali stabiliti dalla CEDU.

312 *"Class struggle is developing and intensifying in China. It has become more and more common for Chinese workers in the private sector to make use of factory strikes to advance their rights and benefits, and such protests are also becoming more confrontational. It is well acknowledged that both state and capitalist suppression against labor struggles are strong and prevalent in China, and there is no democratic workers' union and few working-class organizations actively supporting these worker struggles. However, in spite of such unfavorable conditions, we still witnessed an outburst of industrial strikes in Chinese factories in recent years..."*: cfr. P. P. Leung, *Labor Activists and the New Working Class in China*, Palgrave-MacMillan, 2015, 1.

313 Difficoltà rappresentate sia dall'estrema frammentarietà ed oscillazione degli orientamenti giurisprudenziali, sia dei costi necessari per l'instaurazione di una controversia (cui il legislatore della *Labor Dispute Mediation and Arbitration Law* del 2008 ha tentato di porre un rimedio mediante la previsione della gratuità per la proposizione di un ricorso avanti il Collegio Arbitrale, cfr. Capitolo Settimo). Così, *"the agitation among workers may be tied to the LCL in more than one way. First, the Labor Contract Law may have been successful in raising workers' awareness of their legal rights. Second, the laws may have created more protections with which employers are not prepared to comply. In conjunction with this, the lack of enforcement built into the laws has left workers with legal wrongs without formal remedies"*: cfr. D. S. S. Cairns, *New formalities for casual labor: addressing unintended consequences of China's Labor*

Prima di analizzare la giurisprudenza relativa al licenziamento disposto a causa della partecipazione ad uno sciopero, appare opportuno proporre una descrizione, sia pure in via di estrema sintesi, relativa al fenomeno dello sciopero per come si sta affermando negli ultimi anni in Cina.

Il primo carattere delle lotte di classe nel Paese consiste nella loro **spontaneità**.

Come si è visto nel Capitolo introduttivo, infatti, il ruolo del sindacato può essere definito “bifronte”, dovendo l’ACFTU, in virtù del suo ruolo istituzionale, perseguire “*a role of backing up government policies rather than challenging or resisting the dominance of the state and capitale over workers*”, con la conseguenza che “*as there is no formal representation of workers’ interests, negotiations are largely confined to individual factory level*”, e così, nonostante la diffusione dello sciopero quale strumento con il quale tentare di salvaguardare i propri diritti, “*worker struggles are not yet an organized labor movement*”³¹⁴.

La valutazione sulla legittimità della partecipazione di un lavoratore ad una forma di astensione dal lavoro, pertanto, non può essere condotta sulla base della regolarità della relativa proclamazione, proprio perché manca un organismo collettivo in grado di proclamare lo sciopero per finalità sovra-individuali. “*Unlike the case in Western countries, most strikes in China were not undertaken by labor unions. In China, since the capitalist reform in 1980, the only official labor union All-China Federation of Trade Unions (ACFTU) has been reluctant to forcefully protect worker rights, not to mention launching a strike*”³¹⁵. *Independent labor unions that are able to mobilize citizens to take collective actions against the management are virtually nonexistent or are deemed illegal. [...] As a result, instead of relying on organizations or unions for mobilization, strikes in China largely depend on the efforts and capabilities of individual organizers or leaders to mobilize workers. The lack of any formal association for organizing strikes reveals that the new Chinese working class is relatively weak in organizing power, and this is also why many of the collective actions initiated by Chinese workers are regarded as ‘woldcat strikes’*”³¹⁶. E tale debolezza si riflette, inevitabilmente, sul potere contrattuale della classe dei lavoratori³¹⁷.

Ne deriva che, al fine di ottenere una qualche considerazione dei propri diritti e di spingere i datori di lavoro quantomeno ad iniziare una negoziazione, i lavoratori cinesi sono costretti ad individuare altri mezzi con i quali dimostrare il proprio potere collettivo, e tali mezzi sono rinvenuti, giocoforza, nell’astensione dal lavoro accompagnata, nei casi più estremi, da azioni di danneggiamento verso le fabbriche e/o di violenza verso le persone. “*A meaningful negotiation can hardly take place without workers showing their collective power. As a result, workers are usually propelled to initiate some forms of collective actions in order to get the employers on board to negotiation. Therefore, in the West, workers usually negotiate with their employers before*

Contract Law, cit., 251, 252; E. Wong, *As China Aids Labor, Unrest Is Still Rising*, in *New York Times*, 20 giugno 2010.

314 Cfr. P. P. Leung, *Labor Activists and the New Working Class in China*, cit., 6-7, *passim*.

315 Nè l’ACFTU potrebbe farlo, visto che il suo ruolo, già a livello istituzionale, consiste – oltre che, naturalmente, nel perseguimento dei diritti e degli interessi dei lavoratori – anche nell’affiancamento al Governo statale nel perseguimento degli interessi dell’intero Paese (cfr. *supra*, Capitolo Primo). E, per quanto riguarda il livello aziendale, già si è visto come le labor union aziendali siano spesso costituite o presiedute (dal momento che il divieto di tale prassi riguarda, espressamente, soltanto la costituzione delle assemblee in vista della negoziazione dei contratti collettivi, ma una disposizione simile non è prevista a livello generale anche per la costituzione tout court della labor union) da dipendenti dell’azienda che ricoprono posizioni manageriali, e che dunque sono portati a difendere gli interessi imprenditoriali della società datrice più che di quelli dei salariati.

316 P. P. Leung, *Labor Activists and the New Working Class in China*, cit., 75-76, *passim*.

317 *Ibidem*, 77: “*Many Western workers are also empowered by the right of collective bargaining. Whenever labor disputes arise, theoretically labor unions can first represent workers to negotiate with their employers. Moreover, the workers’ strongest bargaining chip in the negotiations is the threat of strike action. During the process, the rights to strike and the rights to bargain of worker representatives are protected by the laws given that they follow the legal procedures of launching industrial action. However, the new working class in China does not enjoy any such institutional protection. Individual workers expressing their discontent with their employers are not protected by the laws. Besides, they do not have the mandate to represent their fellow workers to negotiate with their employers. Even if individual Chinese workers are brave enough to raise their concerns, the employers are not bound to respond by negotiation*”.

*undertaking a strike; on the contrary, Chinese workers have to initiate a strike in order to make way for negotiation with employers*³¹⁸.

Altra caratteristica fenomenica dello sciopero in Cina è la sua **frammentarietà**.

Solitamente, infatti, a seguito dell'inizio di uno sciopero da parte dei propri dipendenti, le aziende – una volta che la situazione si sia ricomposta, a seguito dell'intervento conciliativo del sindacato o del ricorso alla forza pubblica – ricorrono a sanzioni esemplari, sul piano del rapporto di lavoro (ecco il licenziamento) nei confronti degli attivisti e degli organizzatori della protesta, per il resto “ammorbidendo” la loro posizione riconoscendo parte dei diritti rivendicati dalla generalità dei partecipanti. In tal modo, come è stato sottolineato, “*without collective workers' support and backup, the strike organizers usually risk their jobs after initiating industrial actions and they have to bear the consequences by themselves. The organizing capacity established during the strike would thus be severely weakened, if not dissolved, due to the loss of these worker activists/leaders. Even though strike actions can result in some material benefits to most workers, the material gains achieved by the strike is made at the expense of the organizing power of the factory workers. [...] The general workers may have achieved some immediate benefits as a result of the strike, but the organizing base of the workers is then weakened and even sacrificed. This is one of the obstacles for the formation of a working class and class consciousness in China*”³¹⁹.

Se così stanno le cose, in assenza di una norma legittimante l'astensione dal lavoro quale forma di protesta per il miglioramento delle condizioni di lavoro o per la soddisfazione dei propri diritti, è chiaro come, conseguentemente, non sussista nemmeno alcun divieto di licenziare i lavoratori che vi partecipino.

Così, l'accertamento della legittimità o meno del recesso datoriale non sarà effettuato dalla giurisprudenza in maniera aprioristica sulla base di un divieto preesistente, viceversa essa procederà alla stessa stregua di ogni altro licenziamento in tronco intimato ai sensi dell'art. 39, num. 2), della *Employment Contract Law*, cioè valutando in primo luogo se il codice disciplinare aziendale e/o l'*handbook* prevedano espressamente il divieto di una tale condotta e siano stati predisposti nel rispetto della normativa vigente, in secondo luogo se l'astensione dal lavoro abbia costituito o meno una violazione *grave* a tali norme disciplinari vigenti all'interno dell'azienda.

In altre parole, la valutazione relativa alla legittimità o meno di un licenziamento intimato nei confronti dei lavoratori scioperanti non si discosta in nulla da una qualsiasi altra ipotesi di licenziamento disciplinare, segue gli stessi canoni e gli stessi criteri, senza che abbia alcun rilievo la finalità sottesa alla condotta di astensione posta in essere dal lavoratore (finalità che invece è tenuta in considerazione nel nostro ordinamento, *in primis* dalla norma costituzionale che, definendo lo sciopero come un diritto, implicitamente impedisce il licenziamento del lavoratore che vi abbia partecipato, e in secondo luogo dall'art. 15 St. Lav. che espressamente stabilisce che l'astensione dal lavoro dovuta a tale finalità non può sorreggere un qualsiasi atto inibitorio o sanzionatorio – tra cui il licenziamento – da parte del datore di lavoro).

La serie di precedenti giurisprudenziali che si propone di seguito, così, è chiara nel dimostrare che, dal momento che in Cina non vi è alcuna norma di diritto positivo che contempli il diritto del lavoratore di scioperare, né che specifichi le condizioni di legittimità dello sciopero, le Corti non hanno altra possibilità che quella di valorizzare le caratteristiche fenomeniche della fattispecie sottoposta al loro giudizio, in modo da comprendere se possa ritenersi integrata o meno l'ipotesi del num. 2) dell'art. 39 della *Employment Contract Law*, esattamente come se si discutesse di qualsiasi altro fatto disciplinarmente rilevante commesso dal lavoratore e sanzionato dall'azienda con il licenziamento.

Così, dobbiamo sempre tener conto del fatto che anche nei (pochi) casi in cui le Corti affermano l'illegittimità di un tale licenziamento, l'esito della loro pronuncia dipende esclusivamente dalla valutazione circa la sproporzionalità del provvedimento datoriale, per mancanza del requisito della *seriousness* della violazione del codice aziendale da parte del dipendente, e non per l'affermazione

318 *Ibidem*, 77.

319 *Ibidem*, 84-86, *passim*.

di un principio generale funzionalizzato alla tutela dello sciopero.

Tale approccio è completamente opposto, come è evidente, rispetto a quello del giudice italiano che, chiamato ad accertare la legittimità o meno del licenziamento dello scioperante, invece, per affermarne l'assoluta illegittimità (*sub specie* di nullità) non ha la necessità di scendere nei dettagli concreti del caso di specie, ma può risolvere la questione già a monte, in virtù del divieto di un siffatto recesso datoriale derivante dalla stessa Costituzione.

Dall'analisi delle seguenti recenti pronunce, si può ottenere una conferma di quanto si sta dicendo.

A) Le sentenze che hanno ritenuto **illegittimo** il licenziamento *de quo*, sono giunte a tale esito sulla base della non pretestuosità della motivazione sottesa alla proclamazione dello sciopero, oltre che delle forme pacifiche di svolgimento del medesimo: elementi in base ai quali le Corti giudicanti ritengono che sia da escludere la sussistenza del requisito della gravità della violazione della norma disciplinare in vigore all'interno dell'azienda. La gravità o meno della condotta, infatti, non può prescindere da una valutazione estesa anche alla complessiva condotta della stessa azienda che ha portato i lavoratori ad astenersi collettivamente dalla prestazione lavorativa.

In un recente caso giudiziario, risalente al 2015, il Collegio Arbitrale di Xiamen ha affermato l'illegittimità del recesso in tronco intimato al lavoratore scioperante, in considerazione della circostanza per cui la ragione sottesa alla proclamazione dello sciopero era ragionevole e che pertanto, tramite la partecipazione ad esso, la condotta del lavoratore non poteva essere ritenuta posta in essere in violazione grave delle regole di condotta aziendali.

Nel caso di specie, nel gennaio 2014 l'azienda aveva pianificato di trasferire in altra città il proprio complesso industriale di Xiamen, nel quale era impiegato un gran numero di operai. Dopo aver annunciato questo progetto ai dipendenti per tentare di raggiungere un accordo con essi, questi ultimi si opposero al trasferimento e il 13 febbraio proclamarono uno sciopero al quale parteciparono circa 40 di essi. La protesta si protrasse per circa metà mese; all'esito di essa, l'azienda licenziò tutti i lavoratori partecipanti ai sensi dell'art. 39, num. 2), della *Employment Contract Law*, posto che il codice disciplinare aziendale (come da prassi in Cina, come si è visto nell'esempio di contratto di lavoro riportato in precedenza in questo stesso Capitolo) vietava espressamente la partecipazione ad uno sciopero.

A seguito dell'impugnazione dei lavoratori, il Collegio Arbitrale ha ritenuto illegittimo il licenziamento alla luce della circostanza per cui, come detto, lo sciopero era stato proclamato per protestare contro il progetto aziendale di trasferimento della sede di lavoro, e pertanto si basava su una questione seria, che impediva che esso potesse essere visto come una violazione intenzionale o pretestuosa o comunque in mala fede della *policy* aziendale. Il Collegio, inoltre, ha rilevato che l'azienda non aveva dimostrato la commissione, da parte dei lavoratori licenziati, di fatti idonei ad arrecare ad essa danni ulteriori rispetto alla normale astensione dall'attività lavorativa (per esempio il ricorso a forme di minacce o violenza, o il convincimento verbale o fisico od intimidatorio nei confronti di altri lavoratori nell'astenersi dal lavoro, e così via).

Nello stesso senso si erano espresse, in precedenza, le Corti di Dongguan nel 2004 e di Foshan nel 2007.

B) In maniera speculare, qualora dalle circostanze del caso di specie emerga che lo sciopero venga proclamato *per una finalità non ragionevole* o che comunque esso costituisca una *misura di protesta sproporzionata* rispetto alla finalità sottesa e alle pretese dei dipendenti, o risulti che i partecipanti ad esso, trascendendo i limiti di un'ordinaria protesta, si siano lasciati andare a *forme di violenza* sulle cose o sulle persone (come per esempio la distruzione di macchinari, l'impedimento all'ingresso al lavoro dei colleghi non scioperanti o delle merci in azienda, un atteggiamento intimidatorio o minaccioso nei confronti del datore di lavoro o dei rappresentanti aziendali, etc.), l'accertamento della Corte avrà esito opposto ed il licenziamento sarà giudicato **legittimo**.

È il caso, per esempio, di una sentenza della Corte di Shanghai del 2010, in cui l'affermazione della legittimità del licenziamento conseguiva alla considerazione per cui prima della proclamazione dello sciopero l'azienda aveva manifestato chiaramente di essere intenzionata a trovare un compromesso, mentre i lavoratori non avevano recepito questo intento collaborativo ed avevano

continuato ad insistere per la reintegrazione in servizio dei due dipendenti precedentemente licenziati per altre ragioni, il cui recesso aveva rappresentato la causa scatenante della protesta.

Nello stesso senso si pone una sentenza della Corte di Dongguan del 2012, che ha dichiarato legittimo il licenziamento intimato a 17 dipendenti scioperanti, ritenendo che la loro condotta costituisse una violazione grave delle norme disciplinari dell'azienda.

Nel caso di specie, tutti i dipendenti impiegati in una filiale della società erano entrati in un clima di conflittualità con i due nuovi *manager* inviati a capo di quella filiale dalla Direzione Generale, e avevano quindi inviato a quest'ultima una e-mail congiunta chiedendone la sostituzione. A seguito della risposta negativa da parte della Direzione Generale, tutti i lavoratori di quella filiale proclamarono uno sciopero e si astennero dall'attività lavorativa.

La società tentò in maniera fattiva di trovare un compromesso, e pose in essere serie iniziative a tale scopo, ivi compresa quella di invitare il *Labor Dispute Mediation Office* allo scopo di tentare una mediazione. Sebbene la maggior parte dei lavoratori fosse ritornata al lavoro, molti invece perseguirono nella protesta, e pertanto subirono il licenziamento dall'azienda.

Chiamata a decidere sull'impugnazione del licenziamento da parte dei 17 dipendenti licenziati che chiedevano il pagamento dell'indennità economica derivante da licenziamento illegittimo ai sensi dell'art. 48 della *Employment Contract Law*, la Corte ha ritenuto che l'astensione dal lavoro da parte di essi – oltre a non essere basata su un motivo ragionevole (la protesta contro l'invio di una persona sgradita come *manager* o direttore della filiale non è dunque ritenuto motivo serio per la costituire base ragionevole di uno sciopero) – aveva creato seri pregiudizi alle operazioni aziendali, nel contempo violando in maniera grave le norme di disciplina in vigore all'interno dell'azienda. Di conseguenza, la Corte ha rigettato le domande dei ricorrenti.

Ancora, può citarsi un recente caso giudiziario dalle proporzioni ben più rilevanti (e coinvolgente una nota multinazionale attiva nel settore della telefonia mobile), deciso sempre dalla Corte di Dongguan nel 2015.

Nel novembre 2014 si registrò, a Dongguan, uno sciopero di circa tremila dipendenti in una fabbrica della società, a seguito della decisione di questa di cedere un ramo d'azienda ad altra società.

L'azienda decise di licenziare più di 200 protagonisti dell'agitazione, ai sensi dell'art. 39, num. 2), della *Employment Contract Law*, per violazione delle norme disciplinari endo-aziendali.

La valutazione della Corte Intermedia di Dongguan, che ha confermato la pronuncia della Corte di primo grado, si basa sulla considerazione per cui l'*handbook* aziendale conteneva una disposizione che espressamente vietava, sanzionandola con il licenziamento, la condotta del dipendente che fosse stato assente dal lavoro per più di tre giorni consecutivi senza aver ottenuto un previo assenso dalla società. Secondo la Corte, tale previsione dell'*handbook* non è contraria ad alcuna norma di legge e così il licenziamento è legittimo.

Questa pronuncia è particolarmente discutibile in quanto, a differenza delle altre citate in precedenza, sembra omettere la valutazione relativa alla motivazione sottesa alla proclamazione dello sciopero e alle forme di attuazione di questo: invero, nel caso di specie tale valutazione avrebbe permesso di comprendere come la protesta dei dipendenti era cagionata da una decisione societaria suscettibile di arrecare gravi pregiudizi alla forza lavoro impiegata, e pertanto ben avrebbe potuto essere considerata come ragionevole, alla luce della delicatezza della vicenda dal punto di vista delle conseguenze sociali che ne sarebbero potute derivare.

In seguito a tale serie di precedenti giudiziari, deve darsi atto di un recente intervento del Governo della Provincia del Guangdong.

Tale Provincia, situata nell'area sud-occidentale del territorio cinese, rappresenta uno dei contesti industriali più sviluppati del Paese, ed in essa sono situati molti complessi industriali, con la conseguente possibile insorgenza di questioni aventi rilevanza sociale di notevoli dimensioni (non è un caso che l'intervento di cui si sta parlando sia intervenuto proprio nella stessa Provincia in cui si trova Dongguan, città coinvolta da numerose agitazioni e scioperi come dimostrano le sentenze

sopra citate).

Ora, il Governo del Guangdong nel 2015 ha emanato un progetto di *Regolamento sulla Contrattazione Collettiva*, che formalmente deve ancora essere approvato ufficialmente (nel momento in cui si scrive, costituisce una mera bozza) ma che, se dovesse arrivare ad entrare in vigore, garantirebbe ai lavoratori un diritto di sciopero, sia pure limitatamente al ricorrere di specifiche circostanze. Sarebbe chiara la portata rivoluzionaria di questo Regolamento locale, del cui iter sarà quindi necessario seguire attentamente gli sviluppi nel prossimo futuro.

Ai sensi di questo progetto di Regolamento, se non meno di un terzo dei lavoratori di un'azienda o il consiglio dei rappresentanti dei dipendenti della stessa (laddove sia stato costituito) chiedano alla società datrice l'inizio di un procedimento di contrattazione collettiva, la *Labor Union* costituita in seno all'azienda o, in caso di sua mancata costituzione, il sindacato del livello superiore, debbono sostenere tale richiesta con la presentazione di una domanda in forma scritta, alla quale l'azienda deve rispondere entro il termine di venti giorni dalla ricezione. In caso di mancata risposta senza valida giustificazione da parte dell'azienda, e di successivo sciopero dei dipendenti, è vietato il licenziamento di questi.

Questa previsione all'evidenza costituisce un mezzo per tentare di indurre le imprese ad aderire alle richieste delle parti sociali di essere ammesse alle trattative per la contrattazione collettiva. In un Paese come il nostro non sarebbe uno strumento particolarmente vigoroso, in quanto il divieto di licenziare i dipendenti scioperanti fa già parte del nostro diritto positivo da più di sessant'anni, ma dobbiamo tenere conto che in un Paese come la Cina, in cui viceversa i lavoratori partecipanti ad uno sciopero sono di frequente sanzionati con il licenziamento in tronco, esso appare veramente denso di effetti rivoluzionari anche sul piano della mentalità.

Tuttavia, è previsto che, se l'impresa acconsente all'inizio delle trattative per un nuovo contratto collettivo, e durante la contrattazione alcuni dipendenti dovessero scioperare o porre in essere altre iniziative di protesta (come per esempio il blocco delle merci, o l'impedimento ai colleghi non scioperanti di recarsi al lavoro), essi potranno ancora essere licenziati nel caso in cui la loro condotta sia qualificabile come grave (tale disposizione, invero, non innoverebbe il diritto vivente, posto che l'orientamento giurisprudenziale è già attestato in tali termini).

3.2.3 Una grave negligenza dei suoi doveri da parte del lavoratore, o la persecuzione da parte sua di interessi personali, con gravi perdite in capo all'impresa che lo occupa (“*Il lavoratore cagiona perdite importanti all'impresa che lo occupa a causa di una seria negligenza dei suoi obblighi o per la persecuzione di interessi personali*”)

Il num. 3) dell'art. 39 della *Employment Contract Law* consente di licenziare il dipendente che cagioni un danno notevole³²⁰ all'azienda.

Trattasi, a ben vedere, di una previsione dal duplice contenuto:

(i) da un lato, vi è l'ipotesi della commissione di un danno al datore di lavoro, danno cagionato da una condotta gravemente negligente o, in altre parole, da un notevole inadempimento degli obblighi contrattuali, commessa dal lavoratore;

(ii) dall'altro lato, il pregiudizio all'azienda è causato da una condotta disonesta del dipendente, finalizzata all'ottenimento di un profitto personale³²¹.

320 严重失职, 营私舞弊, 给用人单位造成重大损害的, yánzhòng shīzhí, yíngsīwǔbì, gěi láodòng dānwèi zàochéng zhòngdà sūnhài de, letteralmente: “[l'unità datoriale può risolvere il contratto di lavoro quando il lavoratore] trascurando i propri compiti, o ponendo in essere pratiche di corruzione / azioni disoneste per una finalità personale, cagiona un serio danno in capo all'unità datoriale”.

321 Dal punto di vista letterale, la difficoltà maggiore della norma risiede nell'espressione 营私舞弊, yíngsīwǔbì, che fa letteralmente riferimento all'essere corrotti, intascando quindi del denaro, ma che può indicare anche, in via traslata,

La fattispecie di licenziamento disciplinare di cui al num. 3) dell'art. 39 risulta complementare a quella di cui al num. 2).

Lì veniva in rilievo la commissione di un fatto vietato dall'azienda mediante il suo inserimento all'interno del regolamento disciplinare interno; qui invece l'art. 39 prende in considerazione la commissione di un fatto che può anche essere estraneo alle previsioni del codice aziendale e che, sia esso contemplato o meno in quest'ultimo, abbia cagionato al datore di lavoro un grave danno (*in primis* dal punto di vista economico, ma non necessariamente³²²).

Così, l'attenzione del legislatore si sposta dal piano della contrarietà a una serie ben precisa di divieti, vigente all'interno dell'azienda – e quindi da un profilo meramente formale, caratterizzato da alcune conseguenze poco condivisibili, che si sono illustrate in precedenza³²³ – al versante della causazione di un pregiudizio al datore di lavoro, quindi su un profilo prettamente sostanziale, in cui l'effetto (la sussistenza di un danno cagionato dal dipendente) assume il ruolo centrale nella valutazione operata dall'interprete.

Certo, l'evento che costituisce l'effetto della condotta rilevante del lavoratore – ovvero **la causazione del danno in capo al datore di lavoro** – deve dipendere da uno dei due elementi previsti dalla norma: esso quindi non costituisce requisito sufficiente ai fini dell'integrazione della fattispecie, essendo altresì necessario che il lavoratore abbia commesso un inadempimento o abbia agito in malafede per perseguire un profitto personale (evidentemente, la norma non lo dice ma si ricava implicitamente, profitto contrario all'interesse del datore di lavoro o comunque anti-giuridico).

La complementarietà tra il num. 2) e il num. 3) dell'art. 39 permette di considerare comunque licenziabili lavoratori che pongono in essere condotte eventualmente non contemplate dal codice disciplinare aziendale, purché esse si risolvano per l'appunto o in un mancato adempimento della prestazione lavorativa, o in condotte *lato sensu* infedeli nei confronti del datore di lavoro.

Quanto si va dicendo si comprende bene con un esempio, realmente accaduto recentemente nella città di Guangzhou (il caso è attualmente *sub judice*). Si pensi al caso di un operaio, addetto al controllo di un macchinario con orario notturno, che, mentre si trova in servizio, lasci la stanza in cui era situato il macchinario e si rechi in uno stanzino appartato per dormire.

Trattasi di comportamento pacificamente contrario agli obblighi contrattuali e costituente un evidente inadempimento della prestazione lavorativa. Eppure, nel caso in cui il regolamento aziendale non vieti espressamente la condotta di “dormire” sul luogo di lavoro durante l'orario di servizio, tale dipendente non sarà licenziabile ai sensi dell'art. 39, num. 2), proprio per la rigidità della giurisprudenza cinese (rigidità di cui si è parlato in precedenza) nel negare il licenziamento di un lavoratore per fatti diversi da quelli disciplinati nel regolamento interno o nell'*handbook*, anche se la loro proibizione è immediatamente percepibile da parte di chiunque.

Ma la disposizione di cui al num. 3) del medesimo art. 39 consente comunque il licenziamento di tale dipendente, in tanto in quanto la sua condotta gravemente negligente cagioni un danno al datore di lavoro³²⁴.

Per sgombrare subito il campo da equivoci, è utile evidenziare che quando la norma parla di “*seria negligenza degli obblighi contrattuali*” intende distinguere nettamente tale fattispecie da quella di

una generale condotta con cui il soggetto persegue un interesse personale; nella traduzione in inglese rinvenibile sul sito governativo infatti si legge “*engagement in malpractices for personal gain*”.

322 Il sostantivo cinese 损害, sūnhài, indica infatti un “danno” in generale, quale “pregiudizio”, riferito non solo all'aspetto economico (può trattarsi, per esempio, di un danno alla salute, alle relazioni personali, all'immagine, e così via).

323 In primo luogo, quella per cui se un fatto altamente anti-giuridico non è proibito da una specifica disposizione del codice disciplinare aziendale o dell'*handbook*, il datore di lavoro non potrà intervenire disciplinarmente nei confronti del dipendente autore di esso; cfr. *supra*, in questo stesso paragrafo, sub art. 39, num. 2).

324 Ci si può chiedere, a tale proposito, se il danno debba effettivamente essere accaduto, perché il datore di lavoro possa procedere al licenziamento, ovvero se sia legittimo il recesso già in caso di condotta potenzialmente idonea a cagionare un danno in capo all'azienda; cfr. subito oltre nel testo.

cui all'art. 40, num. 2), cui potrebbe essere accostata sulla base di una lettura sommaria della traduzione delle due disposizioni³²⁵.

Quest'ultima, infatti, come si vedrà più oltre parlando del licenziamento con preavviso, intende sanzionare il dipendente che sia *incompetente*, espressione che potrebbe tradursi mediante il ricorso al concetto di “scarso rendimento” approfonditamente studiato nel nostro ordinamento.

Le conseguenze che derivano dalla riconduzione nell'una piuttosto che nell'altra delle fattispecie legali sono molteplici: l'art. 39 infatti consente il licenziamento in tronco, mentre l'art. 40 richiede il rispetto del periodo di preavviso di 30 giorni; inoltre, solo per le cause di licenziamento di cui all'art. 40, e non anche per quelle di cui all'art. 39, il lavoratore licenziato avrà diritto alla corresponsione della *economic compensation* di cui all'art. 46.

È opportuno, pertanto, chiarire quali sono gli elementi discriminanti le due diverse fattispecie.

Ora, è ben evidente che ogni condotta incompetente del lavoratore appare idonea a cagionare un danno in capo al datore di lavoro, e può rilevare in sé e per sé come inadempimento.

L'adempimento degli obblighi contrattuali, infatti, consiste nello svolgimento corretto e puntuale della propria prestazione lavorativa, secondo i criteri e le istruzioni ricevute dal datore di lavoro mediante l'esercizio del potere direttivo. È chiaro, pertanto, che qualora il concetto di “incompetenza” venga inteso come incapacità nello svolgere i compiti derivanti dal contratto di lavoro con la correttezza richiesta, ogni minimo discostamento dall'esecuzione-modello possa rilevare, per l'appunto, come inadempimento.

Così, il dipendente che, con una condotta caratterizzata da imperizia ed incompetenza, commetta un errore nella lavorazione o rompa un macchinario, oppure impieghi più tempo del dovuto nello svolgere un determinato compito (e il cui rendimento, pertanto, sia “scarso”), può essere considerato inadempiente alla propria obbligazione lavorativa; inoltre, la sua condotta certamente arreca un pregiudizio al datore di lavoro, sotto forma di blocco della produzione o di costo delle materie prime utilizzate inutilmente nella lavorazione errata o quantomeno sotto forma di una minore produttività rispetto a quella garantita dai colleghi o rispetto a quella che il datore di lavoro può attendersi.

Ma qualora, in tali ipotesi, non sia dimostrabile una colpevolezza del lavoratore, la legge considera non rilevante disciplinarmente la condotta di questi. Certo, in questo caso si potrebbe anche giungere al licenziamento (con preavviso) dello stesso – legittimato appunto dall'art. 40, num. 2) –, ma sulla base di una valutazione economica-professionale, in base alla quale il datore di lavoro potrebbe non avere interesse al mantenimento in servizio di un dipendente che non abbia la competenza necessaria e sufficiente per poter svolgere proficuamente i compiti demandatigli; giammai sulla base di una valutazione di tipo disciplinare³²⁶.

L'art. 39, num. 3), invece, costituisce una delle ipotesi del licenziamento disciplinare, in cui non si può prescindere dall'accertamento di una colpa in capo al lavoratore. Il profilo di colpevolezza che rileva viene quindi a coincidere con la “**grave negligenza/trascuratezza**” di cui parla la disposizione, elemento che costituisce appunto requisito necessario per l'irrogazione di un licenziamento in tronco.

Così, per riprendere l'esempio del lavoratore che rompe inavvertitamente un macchinario, cagionando un pregiudizio economico al datore di lavoro, se tale rottura avviene per imperizia di un

325 Il testo cinese delle norme, invece, non lascia adito ad equivoci di sorta in ordine alla diversità tra i due concetti. L'art. 39, num. 3), ora in esame, parla di 严重失职, yánzhòng shīzhí, “trascura il proprio lavoro in modo grave”, laddove il concetto è espresso dal carattere 失, shī, “perdere” nel senso anche di “mancare”, “trascurare” e 职, zhí, “lavoro”, e viene tradotto in inglese con il verbo “neglect”. L'art. 40, invece – che prevede un'ipotesi di licenziamento per motivi oggettivi – disciplina il caso del dipendente che 不能胜任工作, bù néng shèngrèn gōngzuò, “non è in grado di svolgere il proprio lavoro”. L'equivoco quindi può sorgere soltanto laddove si faccia riferimento esclusivamente alla traduzione in inglese del testo di legge, ma in realtà non ha ragione di sussistere.

326 Questo carattere della disposizione di cui all'art. 40, num. 2) emerge anche dal fatto che essa prevede l'onere del datore di lavoro di operare un previo training del lavoratore incompetente prima di poter procedere al licenziamento; cfr. *infra*, in questo stesso Capitolo, nel paragrafo dedicato al licenziamento con preavviso.

lavoratore la cui unica “colpa” sia quella di non possedere le competenze necessarie per la posizione da lui occupata, il datore di lavoro dovrà offrirgli un percorso formativo (di “addestramento”) adeguato, e solo in caso di suo esito infruttuoso potrà licenziarlo con preavviso ai sensi dell’art. 40, num. 2); ma se la rottura viene commessa da un dipendente esperto e a causa di una negligenza inescusabile da parte sua, in questo caso si potranno ravvisare gli estremi per un recesso in tronco dovuto a ragioni disciplinari ai sensi dell’art. 39, num. 3).

Se questo è chiaro in teoria, sono tuttavia intuibili le difficoltà pratiche relative all’accertamento e soprattutto alla valutazione del grado della negligenza commessa dal lavoratore, rilevando qui gli stessi problemi già trattati in precedenza in relazione agli incerti confini dell’avverbio *seriously*³²⁷. Quello che è chiaro è che non v’è alcun contrasto tra le due disposizioni citate, che sono anzi complementari l’una all’altra.

Sono incerti anche i confini della seconda ipotesi contemplata dall’art. 39, num. 3, della *Employment Contract Law*, relativamente alla condotta del dipendente che cagioni un pregiudizio al datore di lavoro in quanto “*seeks private benefits*” o, come altrimenti si esprime l’art. 19, num. 4), del *Regulation on the Implementation of the Employment Contract Law*, “*engages in malpractice for personal gains*”.

La generalità delle locuzioni impiegate dalla legge è idonea a ricomprendere qualunque ipotesi di comportamento non onesto del lavoratore, quali per esempio il furto di materiale dell’azienda o di denaro contante³²⁸: ciò è senza dubbio utile al fine di minimizzare la gravità del più volte citato

327 Ai fini di tale valutazione, le Corti cinesi prendono in considerazione essenzialmente aspetti di natura soggettiva, come per esempio l’esperienza del lavoratore. Si pensi ad un caso giudicato da una recente sentenza della Corte di Jangsu nel febbraio 2013, nel quale veniva in rilievo la condotta colpevole di un Manager addetto alla Divisione Risorse Umane. La fattispecie era la seguente: quattro dipendenti avevano convenuto in giudizio la società datrice a causa della mancata formalizzazione per iscritto del loro contratto di lavoro (in palese violazione con il nuovo indirizzo legislativo alla base della *Employment Contract Law*; cfr. l’art. 10 della medesima). Il Collegio Arbitrale aveva accolto la domanda dei quattro dipendenti, condannando la società al pagamento a loro favore della doppia retribuzione *ex art. 82*, pari in totale ad un esborso di 18.000 RMB a carico dell’azienda. Sennonchè, pur dopo la pronuncia del Collegio, il Manager Risorse Umane continuò ad assumere dipendenti senza far loro firmare il contratto di assunzione entro il termine di un mese dall’instaurazione del rapporto di lavoro come previsto dall’art. 10, cosicché la società avrebbe potuto essere convenuta ancora in giudizio ed essere condannata al risarcimento del danno ai sensi dell’art. 82. La Corte ha ritenuto sorretto da giustificazione il licenziamento del Manager ai sensi dell’art. 39, num. 3), in quanto egli, essendo un dipendente di esperienza, avrebbe dovuto conformare la propria condotta al *dictum* del Collegio Arbitrale e dell’art. 10 della *Employment Contract Law*, soprattutto alla luce del fatto che, dopo la prima condanna, la società gli aveva espressamente indicato di procedere, in avanti, a far firmare un contratto scritto ai nuovi assunti. Così, il licenziamento basato su una “*serious dereliction of duty, causing substantial damage to the employer*”, è stato ritenuto legittimo.

328 La condotta appropriativa di denaro dell’azienda da parte del dipendente può costituire, a certe condizioni, un reato ai sensi della *Criminal Law of the People’s Republic of China*. L’art. 271 di tale legge, infatti, incrimina la condotta di “*any employee of a company, enterprise or any other unit who, taking advantage of his position, unlawfully takes possession of the money or property of his own unit, if the amount is relatively large, shall be sentenced to fixed-term imprisonment of not more than five years or criminal detention; if the amount is huge, he shall be sentenced to fixed-term imprisonment of not less than five years and may also be sentenced to confiscation of property*”, con pena più severa qualora il fatto sia commesso da un dipendente di un’azienda a partecipazione statale o da un dipendente pubblico.

Si pone anche nell’ordinamento cinese, pertanto, il rapporto tra licenziamento disciplinare e reato. Un rapporto che, come in Italia, non è di corrispondenza biunivoca, nel senso che non si può affermare a priori che in ogni caso di commissione di un reato il dipendente sia legittimamente licenziabile da parte dell’azienda. Vi sono però delle distinzioni da operare.

In primo luogo, per quanto riguarda la condotta di appropriazione di denaro dell’azienda da parte del dipendente, l’art. 271 della *Criminal Law* viene in rilievo soltanto qualora essa abbia ad oggetto una somma di notevole entità: in tal caso anche il giudice del lavoro, quindi, sarà propenso a ritenere legittimo il recesso datoriale, alla luce della gravità dell’inadempimento e così ai sensi dell’art. 39, num. 3), della *Employment Contract Law*.

A ciò si aggiunga che, in caso di commissione in generale di qualsiasi reato da parte del dipendente, secondo l’art. 39, num. 6), della medesima *Employment Contract Law* la sottoposizione del lavoratore a procedimento penale costituisce causa di licenziamento disciplinare (su tale disposizione, si rinvia a quanto si dirà infra, in questo stesso paragrafo). Ne deriva una semplificazione probatoria in capo al datore di lavoro, il quale in caso di incriminazione del dipendente per qualunque condotta (il furto in azienda *ex art. 271* della *Criminal Law*, certo, ma più in generale per qualunque reato, anche del tutto scollegato al rapporto di lavoro) sarà legittimato a recedere per ciò stesso dal rapporto.

orientamento giurisprudenziale relativo alla fattispecie del num. 2), che correla indissolubilmente il licenziamento, anche se per condotte gravemente sleali del dipendente, alla sola previsione di tali condotte e della loro sanzionabilità all'interno del regolamento aziendale.

Il principale profilo problematico relativo all'ipotesi del dipendente che “*engages in malpractice for personal gains*” cagionando un danno al datore di lavoro riguarda la difficoltà di comprendere se tale danno debba essere effettivo, o possa anche essere meramente potenziale.

La lettera della legge, unita ad una certa rigidità giurisprudenziale, induce a ritenere che la produzione di un pregiudizio attuale in capo al datore di lavoro sia requisito necessario per la legittimità del licenziamento, non potendo rilevare a tal fine un accadimento che sia solo idoneo ipoteticamente a realizzare tale danno.

Così, nell'esempio sopra riportato dell'operaio che, invece di controllare il macchinario, approfitti della solitudine cui l'orario notturno del suo lavoro lo costringe per schiacciare un pisolino in una saletta appartata, può dirsi che il lavoratore sia licenziabile:

(i) nel caso in cui il regolamento aziendale preveda la sanzionabilità della condotta di “dormire” sul luogo di lavoro durante l'orario di servizio (art. 39, num. 3);

(ii) in caso contrario, solamente se, a causa di questa grave negligenza commessa dal lavoratore, l'azienda abbia avuto a subire un grave danno (quindi, per esempio, nel caso in cui il macchinario che l'operaio doveva controllare si sia rotto od abbia eseguito lavorazioni sbagliate, e tale evento sarebbe stato impedito da un diligente controllo dell'addetto), e tale danno sia eziologicamente collegato al mancato controllo da parte del dipendente inadempiente.

3.2.4 La violazione del dovere di non concorrenza da parte del lavoratore (“*Il lavoratore lavora per un'altra impresa in concorrenza con il proprio datore di lavoro, e ciò mette notevolmente a repentaglio la persecuzione dei compiti da eseguire a favore del datore di lavoro originario, o rifiuta di porvi rimedio dopo che il datore di lavoro originario porta il problema alla sua attenzione*”)

Il num. 4) dell'art. 39 della *Employment Contract Law* prevede, quale causale di licenziamento senza preavviso per ragioni di natura disciplinare, una fattispecie consistente nella violazione dell'obbligo di fedeltà da parte del dipendente nei confronti del suo datore di lavoro.

In realtà, la disposizione non parla espressamente di “obbligo di fedeltà”, né di “divieto di concorrenza”; ma tipizza una condotta disciplinarmente rilevante del lavoratore che può essere ricondotta a questa categoria di illecito, del tutto simile alla rispettiva categoria formatasi – ma qui già a livello legislativo – nell'ordinamento italiano.

In Italia, infatti, l'obbligo di fedeltà ha ricevuto un'attenzione sistematica da parte del legislatore, il quale vi ha appositamente dedicato una delle disposizioni generali del Libro Quinto del codice civile, l'art. 2105 rubricato, per l'appunto, “Obbligo di fedeltà”.

Da notare la grande attenzione che nel 1942 si è ritenuto di attribuire al rapporto di fiducia tra le parti del contratto di lavoro: attenzione evidente sotto il profilo sistematico e topografico, proprio perché a tale tematica è stata dedicata, come si diceva, una delle disposizioni generali di apertura al Libro Quinto del codice. Il dovere di fedeltà del lavoratore, dunque, non si pone solo come una delle obbligazioni gravanti su questo, che, se non attuate, possono comportare un inadempimento contrattuale e di conseguenza portare all'eventuale estinzione del rapporto, ma è stato intenzionalmente costruito dal legislatore come una architrave sulla quale deve poggiare il complessivo divenire dei rapporti tra le parti; come a dire che senza il rispetto dell'obbligo di fedeltà il rapporto ne risulta minato già dalle fondamenta.

Esso, d'altronde, costituisce attuazione del più generale obbligo di buona fede e correttezza, previsto dagli articoli 1175 e 1375 c.c., i quali impongono alle parti del rapporto di tenere un comportamento leale nei confronti della controparte. Ora, nello specifico, il dovere di lealtà in cui si

concreta l'obbligo di fedeltà in capo al lavoratore è declinato in concreto dall'art. 2105 c.c., nel divieto di trattare affari, per conto proprio o di terzi, in concorrenza con l'imprenditore³²⁹, di divulgare notizie attinenti all'organizzazione e ai metodi di produzione dell'impresa, o di farne uso in modo da poter recare ad essa pregiudizio. Si tratta dei c.d. obblighi (negativi) di protezione, diretti a tutelare la capacità concorrenziale dell'impresa.

Come risulta evidente già da una prima lettura della norma, infatti, l'obbligo tipizzato dall'art. 2105 c.c. si sostanzia, essenzialmente, nel divieto di concorrenza: un'obbligazione negativa a sua volta sostanziante nel divieto di porre in essere un insieme ben definito di attività che potrebbero danneggiare l'impresa datrice e consistenti nei tre comportamenti tipizzati dalla norma.

Peraltro, come la dottrina e la giurisprudenza hanno chiarito, le tre condotte tipiche vietate dall'art. 2105 c.c. non hanno i crismi della tassatività, ma la norma assume una connotazione e una funzione per così dire teleologiche, in quanto ciò che rileva, più che l'attività in sé compiuta dal lavoratore, è la potenzialità lesiva della medesima nei confronti dell'impresa del datore di lavoro. Anche un comportamento del dipendente diverso dai tre tipizzati (esecuzione di affari in concorrenza con l'imprenditore, divulgazione di notizie attinenti all'organizzazione di lavoro e ai mezzi di produzione o loro utilizzo pregiudizievole per la controparte datoriale), laddove comunque potenzialmente idoneo a consentire un vantaggio al dipendente medesimo o ad altra impresa concorrente con pregiudizio per il datore di lavoro, risulta quindi ricompreso nell'ambito di applicazione della norma³³⁰.

Così, è stato evidenziato che, sulla base del divieto di concorrenza di cui all'art. 2105 c.c., il lavoratore deve astenersi dal porre in essere non solo i comportamenti espressamente vietati dall'art. 2105 c.c., ma anche qualsiasi altra condotta che, per la sua natura e per le sue possibili conseguenze, risulti in contrasto con i doveri connessi al suo inserimento nella struttura e nell'organizzazione dell'impresa, ivi compresa la mera preordinazione di attività contraria agli interessi del datore di lavoro potenzialmente produttiva di danno.

La realizzazione del danno in concreto, infatti, non è necessaria per ritenere sussistente la legittimazione del datore di lavoro ad estinguere il rapporto con il dipendente "infedele", proprio in quanto la norma accorda al primo una protezione anticipata allo scopo di impedire, appunto, che egli debba subire un pregiudizio economico dal punto di vista concorrenziale.

Peraltro, se l'anticipazione della tutela predisposta dalla norma viene a ricomprendere anche gli atti preparatori posti in essere dal lavoratore, essa non può essere estesa fino a ritenere rientranti nel suo ambito applicativo anche gli atti che esprimano il semplice proposito del lavoratore di intraprendere un'attività economica concorrente con quella del datore di lavoro³³¹, essendo invece necessario che

329 Il divieto in esame è particolarmente penetrante, ricomprendendo anche gli atti preparatori della concorrenza, secondo quanto statuito da Corte di Cass. 29 novembre 2007, n. 24907, e Corte di Cass. 18 luglio 2006, n. 16377, secondo le quali *"integra violazione del dovere di fedeltà di cui all'art. 2105 c.c., ed è potenzialmente produttiva di danno, la costituzione, da parte di un lavoratore dipendente, di una società per lo svolgimento della medesima attività economica svolta dal datore di lavoro"*.

330 Tanto che, secondo parte della dottrina, tra la rubrica e il testo della norma sussiste uno "scollamento" laddove esso specifica una triplice obbligazione negativa: cfr. G. Suppiej – M. De Cristofaro – C. Cester, *Diritto del lavoro. Il rapporto individuale*, cit., 105: *"è dato di comune constatazione che tra il testo dell'art. 2105 e la formula della 'fedeltà', usata nella rubrica, esiste un vistoso divario. Invero il testo dell'articolo vieta al prestatore di lavoro alcuni specifici comportamenti, quali l'attività in concorrenza e la divulgazione o l'uso pregiudizievole di notizie riservate, la cui legittimità può ben configurarsi come particolare applicazione al rapporto di lavoro delle direttive generali della correttezza (art. 1175 c.c.) e della buona fede (art. 1375 c.c.), cui si informa la disciplina generale delle obbligazioni. Ma le condotte indicate dall'art. 2105 certo non esauriscono tutte le ipotesi di possibile comportamento infedele"*.

331 Ma in talune pronunce la giurisprudenza di legittimità sembra dilatare, rispetto all'orientamento maggioritario, il concetto di azione potenzialmente pregiudizievole, sino a ricomprendervi elementi che, in una serie concatenata di eventi, si pongano come antecedenti primi rispetto ad una sola progettata attività concorrenziale: *"l'obbligo di fedeltà a carico del lavoratore subordinato va collegato ai principi generali di correttezza e buona fede ex artt. 1175 e 1375 c.c., e, pertanto, impone al lavoratore di tenere un comportamento leale nei confronti del proprio datore di lavoro, astenendosi da qualsiasi atto idoneo a nuocergli anche potenzialmente, per cui, ai fini della violazione dell'obbligo di fedeltà incumbente sul lavoratore ex art. 2105 c.c., è sufficiente la mera preordinazione di una attività contraria agli interessi del datore di lavoro anche solo potenzialmente produttiva di danno"* (Corte di Cass., n. 512/1997).

almeno una parte dell'attività concorrenziale sia stata compiuta, così che sia divenuto concreto per il datore di lavoro per effetto della condotta infedele del lavoratore, se non un pregiudizio economico, per lo meno un rilevante pericolo che esso abbia a verificarsi³³².

Così, se la sottrazione, operata dal dipendente senza il consenso del datore di lavoro, di documenti aziendali di natura riservata costituisce una violazione dell'art. 2105 c.c. in quanto atto preparatorio rispetto ad una condotta concorrenziale vietata, senza che il datore di lavoro debba attendere, prima di intervenire disciplinarmente, l'avvenuta divulgazione dei documenti stessi e la causazione di un pregiudizio nella propria attività imprenditoriale³³³, l'ambito applicativo della fattispecie non può essere esteso a dismisura (per esempio fino a ricomprendere l'utilizzo da parte del lavoratore sul luogo di lavoro di una casella di posta elettronica personale e diversa da quella aziendale, perché nei suoi intendimenti potrebbe essere utilizzato allo scopo di inviare all'esterno "clandestinamente" siffatta documentazione riservata), essendo perlomeno necessaria la causazione di un potenziale pericolo di un pregiudizio datoriale.

Inoltre, se l'art. 2105 c.c. è esplicito nel ricollegare l'obbligazione di fedeltà al divieto di concorrenza, esso, però, opera solo per la durata del rapporto di lavoro, la cui estinzione restituisce al lavoratore piena libertà, salvo il divieto di concorrenza sleale di cui all'art. 2597 c.c.

Nell'ordinamento cinese, la tematica relativa alla concorrenza nell'ambito dei rapporti di lavoro ai fini dell'integrazione di una delle causali di licenziamento di cui all'art. 39 della *Employment Contract Law* è stata affrontata in maniera meno sistematica dal legislatore.

Né la *Labor Law*, né la *Employment Contract Law*, infatti, dedicano una disposizione di carattere generale all'obbligo di fedeltà del lavoratore, così che si possa affermare che "*traditionally in China, there has been no legally recognized duty of employee loyalty*"³³⁴.

332 Ed ovviamente l'insorgenza di tale pericolo, nei confronti del quale il pregiudizio subito dal datore di lavoro può rilevare come elemento confermativo ai fini dell'accertamento di tale violazione, deve essere dimostrata dal datore di lavoro. Sul punto, cfr. Corte di Cass., n. 9056/2006, secondo la quale "*il dovere di fedeltà, sancito dall'art. 2105 c.c., si sostanzia nell'obbligo del lavoratore di tenere un comportamento leale verso il datore di lavoro e di tutelarne in ogni modo gli interessi; pertanto, rientra nella sfera di tale dovere il divieto di trattare affari per conto proprio o di terzi in concorrenza con l'imprenditore-datore di lavoro nel medesimo settore produttivo o commerciale, senza che sia necessaria, allo scopo, la configurazione di una vera e propria condotta di concorrenza sleale, in una delle forme stabilite dall'art. 2598 c.c. Nell'ipotesi di impugnativa del licenziamento disciplinare intimato al lavoratore per assunta violazione del suddetto dovere di fedeltà, incombe al datore di lavoro l'onere di riscontrare rigorosamente i comportamenti attraverso i quali si sarebbe realizzata l'infedeltà del dipendente e, pertanto, la gravità della condotta di inaffidabilità tale da legittimare la sanzione del licenziamento*". Nella specie, la Suprema Corte, sulla scorta dell'enunciato principio, ha rigettato il ricorso e confermato la sentenza impugnata, con la quale era stata accolta l'impugnazione del licenziamento disciplinare irrogato nei confronti di un medico dipendente di una struttura sanitaria privata, sul presupposto del sistematico sviamento della clientela della struttura medesima presso altri laboratori per indagini soprattutto sugli allergeni, senza che, però, fosse emersa un'idonea prova, incombenza sulla datrice di lavoro, sui singoli casi comportanti la violazione ripetuta dell'obbligo di fedeltà, anche in considerazione della circostanza che l'avviamento di pazienti presso altri istituti privati poteva essere in ipotesi giustificato dalla inidoneità del laboratorio appartenente all'azienda da cui dipendeva il lavoratore ad effettuare particolari complessi tipi di analisi e dalla necessità di osservare tempi più brevi per lo sviluppo di altre indagini.

333 Orientamento confermato, da ultimo, con la recentissima Corte di Cass., 13 febbraio 2017, n. 3739, la quale ha confermato la legittimità del licenziamento di un dipendente che si era impossessato di documenti aziendali di natura riservata, pur senza aver fatto in tempo a divulgarli per effetto del tempestivo intervento del datore di lavoro. La Corte ha affermato che il lavoratore deve astenersi dal compiere non solo gli atti espressamente vietati ma anche quelli che, per la loro natura e per le possibili conseguenze, risultano in contrasto con i doveri connessi al suo inserimento nella compagine aziendale, ivi compresa la "*mera preordinazione di attività contraria agli interessi del datore di lavoro, potenzialmente produttiva di danno*". Con tale pronuncia la Corte ha legittimato il licenziamento del dipendente che aveva copiato su una *pen drive* personale, senza autorizzazione del datore di lavoro, alcuni dati aziendali riservati, anche se queste informazioni non vengono divulgate a terzi: la Corte ha argomentato la conformità del recesso datoriale alla giusta causa di cui all'art. 2119 c.c. alla luce del fatto per cui la violazione dei doveri contrattuali si verifica anche quando una certa condotta, pur non producendo un danno concreto, ha una intrinseca potenzialità lesiva degli interessi del datore di lavoro.

334 R. Brown, *Understanding Labor and Employment Law in China*, cit., 163.

Ne deriva che l'ipotesi di licenziamento che stiamo prendendo in esame costituisce una fattispecie specifica, impossibile da ricondurre ad un dovere di fedeltà del lavoratore assunto a principio generale del sistema giuslavoristico.

Tuttavia, se manca nella legislazione giuslavoristica una previsione generale che affermi l'esistenza di un obbligo di fedeltà in capo al dipendente nei confronti del datore di lavoro, vi sono da tenere in considerazione talune norme che impongono al lavoratore un comportamento leale verso l'impresa datrice.

Ci si riferisce – oltre che all'art. 3 della *Employment Contract Law*, norma più volte citata che positivizza il generale principio di lealtà e di buona fede nella costituzione e nello svolgimento del rapporto di lavoro quale canone di condotta per le parti (“*labor contracts shall be concluded in adherence to the principles of lawfulness, fairness, equality, voluntariness, consensus through consultation, and good faith*”) – all'art. 23, par. 1, della stessa legge sui contratti di lavoro, secondo il quale “*an employing unit and a worker may have such terms stipulated in the labor contract as keeping business secrets of the employing unit and keeping confidential the matters relating to its intellectual property rights*”.

Tale disposizione costituisce una declinazione concreta del più generale obbligo di lealtà di cui all'art. 3, declinazione incentrata – pur senza denominarlo in tal modo – sul dovere di fedeltà del dipendente nei confronti del datore di lavoro. Può, quindi, affermarsi che nell'ordinamento giuslavoristico cinese l'obbligo di fedeltà consiste nell'obbligazione negativa (non di astenersi dall'operare concorrenzialmente nei confronti dell'impresa, come costruito dall'art. 2105 del codice civile italiano e come presupposto dall'art. 39, num. 4, della *Employment Contract Law* nella causale di licenziamento ora in esame, ma) avente ad oggetto l'**astensione dalla rivelazione a terzi di segreti aziendali di natura riservata**. Tale obbligo, dunque, assume una connotazione più specifica e costituisce una sorta di sotto-categoria rispetto al più generale concetto di “fedeltà” vigente in Italia, nel quale è bensì ricompreso, ma senza carattere di esaustività, il divieto di *disclosure* dei segreti aziendali riservati, e che contempla altresì altre condotte aventi potenzialità lesive per il datore di lavoro dal punto di vista concorrenziale.

Peraltro, il citato art. 23, par. 1, della *Employment Contract Law*, laddove contempla la possibilità per il datore di lavoro di stipulare un accordo con il lavoratore allo scopo di vincolare quest'ultimo a “*to keep the business secrets³³⁵ and intellectual property of the employer confidential*”³³⁶, costituisce una disposizione dal significato invero abbastanza oscuro.

Infatti, il fatto che il datore di lavoro possa³³⁷ inserire nel contratto di lavoro un'apposita clausola di segretezza dei *business* aziendali e dei diritti di proprietà intellettuale³³⁸, non permette di capire se,

335 Tra i quali sono da considerare, secondo la *Interpretation on Certain Issues Related to the Application of Law in Trials of Civil Cases Involving Unfair Competition*, documento emanato dalla Suprema Corte del Popolo nel gennaio 2007, anche gli elenchi dei clienti dell'imprenditore, i quali quindi nell'ordinamento cinese rientrano senza dubbio nell'oggetto della tutela dei segreti commerciali.

336 Secondo la *Anti-Unfair Competition Law of the People's Republic of China*, promulgata ed entrata in vigore nel 1993, un segreto commerciale è definito come “*any non-public information with actual or potential commercial value and that is guarded by confidentiality measures*”, si riferisce cioè alle informazioni tecniche e commerciali che abbiano le seguenti caratteristiche: (i) siano per loro natura sconosciute al pubblico; (ii) siano in grado di generare un profitto di natura economica; (iii) siano specifiche ed immediatamente applicabili; (iv) siano soggette a misure di protezione. Tale legge, all'art. 10, pone un serio divieto di violare i diritti di proprietà industriale e i segreti aziendali di un'impresa, prevedendo che “*a business operator shall not use any of the following means to infringe upon trade secrets: (1) obtaining an obligee's trade secrets by stealing, luring, coercion and intimidation or any other unfair means; (2) disclosing, using or allowing another person to use the trade secrets obtained from the obligee by the means mentioned in the preceding paragraph, or (3) in violation of the agreement or against the obligee's demand for keeping trade secrets, disclosing, using or allowing another person to use the trade secrets he possesses*”. Tali azioni costituiscono anche, a certe condizioni, una condotta penalmente rilevante, ai sensi dell'art. 219 della *Criminal Law of People's Republic of China*.

337 Tra l'altro, l'eventualità dell'ipotesi in esame è accentuata dall'impiego del verbo servile 可以, kěyǐ, il quale esprime una possibilità in senso eventuale (l'elemento caratteriale 可, kě, è contenuto, per esempio, anche nella parola 可能, kěnéng, che significa “forse”).

in difetto di tale clausola nel contratto di lavoro³³⁹, sia o meno configurabile un generale obbligo di fedeltà in capo al dipendente – fedeltà da intendere appunto, in maniera diversa rispetto all’ordinamento italiano, come dovere di riservatezza in capo a lui gravante.

La risposta negativa porterebbe ad una conclusione alquanto discutibile, finendo per legittimare qualsiasi rivelazione di documentazione riservata aziendale da parte del lavoratore ai danni del proprio datore di lavoro: un simile risultato sarebbe evidentemente intollerabile.

Ma la risposta positiva, che pur si impone³⁴⁰, difficilmente può essere ricavata sistematicamente.

L’art. 39, num. 4), della *Employment Contract Law*, non può essere di alcun ausilio interpretativo, in quanto si limita a prevedere la licenziabilità del dipendente che eserciti attività concorrenziale nei confronti del datore di lavoro, ma non in qualsiasi modo, bensì, espressamente, “*by simultaneously entering an employment relationship with other employers*”, cioè, per dirla in breve, lavorando per altro datore di lavoro³⁴¹. Fuori da tale particolare ipotesi, termina lo spettro applicativo del num. 4) dell’art. 39, e quindi la risposta deve essere cercata altrove.

La *Labor Law* del 1994 non può essere posta alla base di siffatta conclusione, dal momento che si limita a prevedere (all’art. 22) che le parti possono regolare, all’interno del contratto di lavoro, la materia relativa al mantenimento dei segreti aziendali dell’unità datoriale (“*The parties of a labor contract may stipulate in the labour contract matters concerning keeping business secrets of the employing unit*”). Tale disposizione configura un’apposita clausola all’interno del contratto di lavoro, mentre invece l’art. 23 della più recente *Employment Contract Law* consente alle parti la scelta se regolare le obbligazioni *in subiecta materia* per effetto di una clausola contrattuale interna al contratto individuale di lavoro ovvero in forza di un patto autonomo, collegato a quest’ultimo. Questa seconda disposizione permette così al datore di lavoro di sottoporre al lavoratore un patto recante l’obbligo di riservatezza anche in un momento successivo rispetto alla stipulazione del contratto di lavoro, senza la necessità di modificare quest’ultimo.

L’art. 22 della *Labor Law*, comunque, non si rivela decisivo nel risolvere la questione esegetica accennata in quanto, al pari della legge sul contratto di lavoro, si limita a prevedere una *facoltà* per le parti di stipulare un accordo recante l’obbligo di riservatezza in capo al dipendente, e dunque, apparentemente, legittimando qualsiasi azione di *disclosure* da parte di quest’ultimo nel caso in cui un simile patto non sia stato stipulato.

Ma che tale conclusione non possa essere accolta costituisce un’affermazione condivisa in dottrina, sebbene in maniera apodittica³⁴² ed anzi con qualche dubbio³⁴³; di talché si può dire che rappresenta una questione tutt’altro che definita.

338 Quanto alla limitazione solo a tali diritti del divieto di *disclosure* previsto dalla norma in esame, è stato notato che il concetto di 用人单位的商业秘密和与知识产权, yòngren dānwèi de shāngyè mìmì hé yǔ zhīshī chǎnquán, letteralmente “i segreti di affari/lavorativi/professionali e i diritti di proprietà intellettuale del datore di lavoro”, denota “*a fluid concept and can relate to definitions of trade secrets, which can have a broad scope, encompassing technical, management, marketing and pricing strategies, customer lists, etc.*” (R. Brown, *Understanding Labor and Employment Law in China*, cit., 164).

339 E quindi, ovviamente e a maggior ragione, anche in caso di mancanza *tout court* di contratto scritto di lavoro.

340 E difatti la dottrina cinese ritiene sussistente il dovere di riservatezza in capo al lavoratore in maniera indiscussa, quasi assiomatica. Anzi, lo fa senza porsi alcun problema con riferimento al tenore apparentemente contrario di tale conclusione rispetto alla lettera della legge. Cfr. per esempio, Zengyi Xie, *Labor Law in China: Progress and Challenges*, 2015, 28: “*Confidentiality should be one of the basic duties of the employee; even when there is no such agreement in the contract, the employee still has this duty*”.

341 A tal proposito, si noti la finezza del legislatore cinese, il quale facendo volutamente riferimento ad una *employment relationship* anziché, come di consueto, al *labor contract*, pone quale fattispecie applicativa dell’art. 39, num. 4), anche il caso in cui il dipendente lavori in concorrenza per altro datore di lavoro in maniera irregolare, cioè senza la formalizzazione per iscritto di un contratto di lavoro.

342 “*While a contractual agreement with employees is always recommended, in theory, it is not necessarily required for an employer to state a claim for breach of confidentiality in China. It may be enough that the owner or employer communicated to the employee its requirement to keep the information confidential*”, e questo sarebbe vincolante anche nei confronti dei lavoratori il cui rapporto non sia stato formalizzato con un contratto scritto: “*this would cover those employees who are not bound by a labour contract*” (E. A. Rowe – S. K. Sandeen, *Trade secrecy and International*

Uno strumento in base al quale poter giungere a ritenere che il dipendente sia vincolato ad un dovere di riservatezza dei segreti commerciali e dei diritti di proprietà industriale di parte datoriale dei quali sia venuto o venga a conoscenza nell'esecuzione del contratto di lavoro, a prescindere da un'apposita stipulazione in tal senso, può probabilmente essere rinvenuto nella disposizione di cui all'art. 43 della *People's Republic of China Contract Law* del 1999.

Infatti, sebbene tale legge non trovi applicazione ai contratti di lavoro, comunque può essere di ausilio interpretativo anche in con riferimento alla relazione intercorrente tra le parti del rapporto di lavoro, alla luce della centralità del principio di negoziazione voluto dal legislatore della *Employment Contract Law*.

Ora, la disposizione citata della legge generale in materia di contratti afferma che nessuna parte può far uso in qualunque modo di un segreto aziendale della controparte del quale sia venuto a conoscenza durante la fase (di natura precontrattuale) della negoziazione, e ciò – e questo è il punto interessante – anche qualora le parti non siano addivenute alla stipulazione di un contratto (“*neither party may disclose or inappropriately exploit business secrets obtained in the making of a contract, no matter the contract is executed or not. The party that discloses or inappropriately exploits the said business secrets causing thus loss to the other party shall hold the liability for the loss*”).

Ora, che la *Contract Law* preveda un divieto di *disclosure* dei segreti aziendali a prescindere dal raggiungimento di un accordo vincolante per le parti – e quindi, a maggior ragione, anche in caso di stipulazione di un regolamento negoziale vincolante tra di esse – colloca tale divieto al rango di principio generale in materia contrattuale, come tale applicabile anche al rapporto di lavoro dal momento che la disciplina speciale regolante quest'ultimo non prende posizione in riferimento a tale questione.

Di minor ausilio risulta invece l'art. 62 della *Company Law* del 1993, ai sensi del quale “*unless required by law or consented to by the shareholders' committee, a director, supervisor, or the general manager may not disclose the company's confidential information*”.

Tale disposizione, infatti, in quanto riferentisi in maniera speciale a ben specifici soggetti, titolari di determinate cariche direttive o manageriali in seno alla società, non può essere considerata quale espressione di un principio di rango generale suscettibile di venire in rilievo al fine di colmare la lacuna legislativa in materia di rapporto tra il datore di lavoro e i suoi dipendenti.

Così, alla luce di tali considerazioni, si può ritenere che il lavoratore, a prescindere dalla stipulazione di un patto di riservatezza, sia vincolato al divieto di diffondere i segreti aziendali del datore di lavoro.

Se ciò è vero, risulta comunque che, nel caso di violazione commessa dal lavoratore a tale divieto su di sé gravante³⁴⁴, l'art. 39, num. 4), della *Employment Contract Law* consente al datore di lavoro di

transactions, Cheltenham 2015, 221). Secondo tale dottrina, pertanto, il divieto di *disclosure* può costituire oggetto di una disposizione unilaterale del datore di lavoro, alla quale il dipendente deve conformare la propria condotta pur in assenza di un qualsiasi accordo intervenuto, al contrario di quanto sembra prevedere la legge che, invece, solo all'esistenza di un apposito *confidentiality agreement* ricollega il venire in essere del divieto di divulgazione dei segreti aziendali.

343 La stessa dottrina citata sopra, pur concludendo nel senso dell'esistenza di un dovere di riservatezza gravante sul dipendente a prescindere dalla stipulazione di un *confidentiality agreement*, conclude comunque sottolineando l'impossibilità per il datore di lavoro di fare affidamento su di un tale dovere implicito: “*when implementing a trade secret protection strategy, it is never advisable to rely upon an implied duty of confidentiality, wheter in China or elsewhere. Because it is difficult to succesfully pursue trade secrets claims in China, it is recommended that companies enter into signed agreements with their employees to protect trade secrets, acquire signed aknowledgements of receipt of trade secrets...*” (E. A. Rowe – S. K. Sandeen, *Trade secrecy and International transactions*, cit., 223), tenendo comunque conto del fatto che “*special laws governing employment relationships may restrict the scope, nature and enforceability of such agreements*”.

344 Violazione che – così come nell'ordinamento italiano (per effetto dell'orientamento giurisprudenziale citato sopra) – anche nell'ordinamento cinese è ritenuta sussistente altresì nell'ipotesi di compimento di attività preliminari e preordinate alla lesione dei diritti intellettuali del datore di lavoro, per esempio mediante creazione di una società concorrente. Sul punto, la giurisprudenza cinese mostra dunque di condividere il medesimo orientamento invalso in Italia, in quanto la norma in esame è contemplata allo scopo di porre in essere una “*work restriction from the termination or the ending of a contract as working for a competitor empoloyer, or an employer that produces the same*

reagire con il licenziamento senza preavviso soltanto in una specifica ipotesi, cioè esclusivamente nel caso in cui la violazione dell'obbligo di fedeltà sia avvenuta mediante l'avvio di una relazione lavorativa con altro datore di lavoro.

Invero, l'art. 39, num. 4), contempla un'ipotesi di licenziamento disciplinare che prescinde dalla stipulazione di un *confidential agreement*³⁴⁵.

Infatti, nel caso in cui le parti stipulino un patto di segretezza, è chiaro che la violazione di questo da parte del dipendente sia suscettibile di rilevare autonomamente quale condotta disciplinarmente rilevante, senza dunque che il datore di lavoro, per procedere all'irrogazione di una sanzione disciplinare, debba dimostrare di aver subito un danno per effetto di tale violazione.

Nel caso, invece, in cui il lavoratore non sia vincolato da un siffatto accordo, solo allora viene in rilievo l'art. 39, num. 4), della *Employment Contract Law*, che prevede, quale sua condizione di applicabilità, la circostanza che l'impiego del lavoratore alle dipendenze di altro datore di lavoro metta notevolmente a repentaglio la persecuzione dei compiti da seguire a favore del datore di lavoro originario ("*seriously affects his completion of the tasks of the employer*").

In tal caso, quindi, il pregiudizio che il datore di lavoro deve dimostrare per sorreggere il licenziamento irrogato nei confronti del lavoratore "infedele" non riguarda una prospettiva per così dire "concorrenziale" – non richiede cioè che il danno sia necessariamente di natura economica e derivante dall'effettuazione di un'attività per un'impresa concorrente operante nel medesimo settore commerciale del datore di lavoro originario – ma consiste più semplicemente nel dirigere le proprie energie lavorative a soggetti diversi rispetto a colui a favore del quale tali energie dovrebbero essere rivolte. La prospettiva dell'art. 39, num. 4), così, è di natura prettamente lavorativa, involgendo soltanto il grado di diligenza con il quale il lavoratore adempie ai propri compiti per effetto del duplice impiego.

Peraltro, a tal proposito la legge disincentiva un datore di lavoro dall'assumere un lavoratore che già si trovi alle dipendenze di altro datore di lavoro.

Dispone, infatti, l'art. 91 della *Employment Contract Law* che "*where an employer hires any employee whose labor contract with another employer has not been dissolved or terminated yet, if any loss is caused to the employer mentioned later, the employer first mentioned shall bear joint and several liability of compensations*"³⁴⁶.

Naturalmente perché l'art. 91 possa trovare applicazione dovrà essere rigorosamente dimostrato che il "secondo" datore di lavoro fosse consapevole del sincronico impiego, precedentemente instaurato,

types of products, or is engaged in the same type of business as the current employer or when the employee establishes his or her own competitive business. The LCL-sanctioned anticompetition provision has been upheld by a recent court decision to cover the employee's registration of a new competing business while still employed, with the court awarding the employer the contractually agreed liquidated damages amount of RMB 120.000 and requiring the employee to return compensation paid to him by the employer" (R. Brown, Understanding Labor and Employment Law in China, cit., 165).

345 Concorde la dottrina: "*An employment relationship with more than one employer is not prohibited unless it adversely affects performance or is contractually limited, such as by a covenant not to compete, moonlighting prohibition, etc. This statutory provision could serve as an explicit duty of loyalty even on noncompetitive outside work done during the term of the labor contract, without the employer having to obtain agreement to it and pay for it*" (R. Brown, *Understanding Labor and Employment Law in China*, cit., 156).

346 Secondo i commentatori, tale disposizione si applica anche nel caso in cui il dipendente assunto dal nuovo datore di lavoro non fosse più alle dipendenze del datore di lavoro precedente, in quanto il relativo rapporto fosse cessato per qualsiasi causa, ma fosse ancora legato a lui da un patto di non concorrenza: "*In cases where a new employer hires an employee before that employee has terminated or ended his or her contract with the original employer, the new employer is liable to the original employer for any damages suffered [e fin qui siamo ancorati alla lettera dell'art. 91, la quale tuttavia viene interpretata estensivamente sino a ricomprendere nel suo ambito di applicazione il caso in cui] if a new employer were to prematurely hire a new employee who had a restrictive covenant with a liquidated damage provision, thereby causing that employee to breach his or her restrictive covenant, liability could lie with the new employer*". Il profilo, tuttavia, non è disgiunto da valutazioni economiche di opportunità, se è vero che "*however, some employers may calculate this as an 'opportunity cost' and be willing to pay the liquidated damages fee to acquire 'confidential matters', even if they have to pay extra for the employee*" (cfr. R. C. Brown, *Understanding Labor and Employment Law in China*, cit., 166-167).

del lavoratore, altrimenti venendo a sussistere un'obbligazione risarcitoria a carico di un soggetto in assenza di alcuna sua responsabilità³⁴⁷. Inoltre, sembra preferibile l'interpretazione secondo cui tale disposizione trovi applicazione, salvo ipotesi estreme, solo nei casi in cui le due imprese operino nel medesimo settore merceologico e quindi si trovino in posizione di almeno parziale concorrenza: in caso contrario, infatti, il datore di lavoro originario, che pretende il risarcimento dei danni per le disorganizzazioni create per effetto del duplice impiego del dipendente, dovrebbe dimostrare rigorosamente sotto quali aspetti il secondo impiego del lavoratore abbia impedito a quest'ultimo di svolgere diligentemente la propria attività lavorativa; si tratterebbe di una prova che, unicamente alla quantificazione del danno, appare francamente, perlomeno nella maggior parte delle ipotesi, di formazione estremamente complicata³⁴⁸.

Se, come si diceva, il potere di licenziamento del lavoratore "infedele" è sottoposto al fatto che egli abbia instaurato un rapporto di lavoro con un imprenditore concorrente, ciò non vale per il diritto del datore di lavoro di agire in giudizio per il risarcimento dei danni subiti per effetto della *disclosure* commessa dal dipendente.

Infatti, per quanto riguarda la responsabilità del lavoratore che abbia violato il dovere di riservatezza, l'art. 102 della *Labor Law* afferma espressamente che il medesimo è tenuto al risarcimento dei danni patiti dal datore di lavoro in ogni caso di mancato adempimento dell'obbligo di riservatezza dei segreti aziendali ("*Where labourers [...] violate terms on secret-keeping matters agreed upon in the labour contracts, thus causing economic losses to the employing unit, such*

347 Consapevolezza che, tuttavia, nell'ordinamento cinese può essere presunta più agevolmente che in Italia. Ai sensi dell'art. 50 della *Employment Contract Law*, infatti, "*an employing unit shall issue a certificate of revocation or termination of the labor contract at the time of its revocation or termination and shall, within 15 days, undergo the formalities for the transfer of the worker's personal file and social insurance account*". La predisposizione di tale certificato di estinzione del rapporto di lavoro mira a consentire il trasferimento della posizione contributiva personale del lavoratore, nel caso in cui questo rinvenga un nuovo posto di lavoro. In tal modo la prassi si è ormai orientata nel senso che il datore di lavoro, al momento di provvedere ad un'assunzione, chieda al neo-assunto copia del certificato di estinzione rilasciato dal datore di lavoro precedente, copia che a sua volta dovrà essere consegnata alle amministrazioni previdenziali pubbliche per la "sistemazione" della situazione contributiva e previdenziale di quel dipendente. Ora, tale prassi consente l'operare della presunzione (sia pure relativa) che, se il neo-assunto abbia rifiutato la consegna del certificato di estinzione rilasciatogli dal datore di lavoro precedente, il nuovo datore di lavoro fosse a conoscenza della mancata estinzione di tale precedente rapporto. Naturalmente, tale presunzione non potrà operare nel caso di dimostrazione, da parte del nuovo datore di lavoro, dell'assenza di ogni profilo di responsabilità in capo a sé, per esempio perché il dipendente abbia mendacemente affermato che il precedente rapporto fosse veramente estinto, ma che il precedente datore non gli aveva consegnato il certificato di estinzione, o nel caso in cui effettivamente il precedente datore di lavoro non avesse provveduto alla consegna di tale documento.

348 Sul punto, merita di essere citata la disciplina procedurale rilevante in materia di protezione dei segreti. Nel caso infatti in cui una società si trovi a temere di subire un grave pregiudizio per effetto della condotta infedele di un suo dipendente od ex dipendente, potrà avvalersi dello strumento processuale contemplato dall'art. 101 della *PRC Civil Procedure Law*, ai sensi del quale la Corte è legittimata ad emanare, entro 48 ore dalla presentazione di un'istanza *ante causam*, una *preservation measure* nell'ipotesi in cui sussista il pericolo di un pregiudizio irreparabile a carico dell'istante. Evidente la finalità cautelare del provvedimento anticipatorio in parola, del tutto simile (anche nelle parole usate dalla disposizione in esame: "*any interested party whose legitimate rights and interests would, due to urgent circumstances, suffer irreparable damage without an immediate application for property preservation, may, before filing a lawsuit, apply to the people's court ...*"), al provvedimento di urgenza atipico contemplato dall'art. 700 c.p.c. italiano. In tali casi la Corte è legittimata ad emettere un provvedimento cautelare *inaudita altera parte* nelle successive 48 ore. Si può citare, a titolo di esempio, il provvedimento del gennaio 2014 con il quale la Corte Intermedia di Shanghai ha emesso per la prima volta una *preliminary injunction* a favore di una multinazionale farmaceutica nei confronti di un proprio ex-dipendente che aveva scaricato 879 documenti aziendali contenenti segreti commerciali dal *database* aziendale prima di dimettersi dalla società ed essere assunto per una concorrente di questa. La società ha reagito proponendo una domanda volta all'emanazione di una misura cautelare consistente nell'ordine della Corte rivolto al dipendente di non rivelare, usare o mettere nella disponibilità di terze parti i documenti sottratti e le relative informazioni confidenziali. La Corte, riunitasi entro le 48 ore successive, ha accolto la richiesta ed ha emanato senza contraddittorio la *preservation measure* sulla base del fatto che, fosse o meno fondata la doglianza della società istante, sussistevano tanto un pericolo immediato di un danno irreparabile a carico della medesima, quanto un bilanciamento degli interessi delle parti contrapposte, quanto l'urgenza della petizione e l'interesse pubblico da tutelare.

labourers shall be liable for compensation in accordance with the law”), indipendentemente dalla circostanza che abbia o meno cominciato a lavorare per un datore di lavoro concorrente.

Ovviamente, dal momento che si è concluso nel senso della sussistenza di un dovere di riservatezza in capo al lavoratore anche a prescindere dall'apposita previsione di un suo obbligo in tal senso in una clausola del contratto di lavoro o in un accordo autonomo, è da ritenere che la responsabilità del dipendente sorga anche nel caso di mancata stipulazione di un *confidentiality agreement*. In altre parole, il datore di lavoro potrà agire per ottenere il risarcimento dei pregiudizi sofferti per effetto dell'illegittima attività di *disclosure* posta in essere dal suo dipendente, sia che il dovere di riservatezza fosse stato previsto quale oggetto di un apposito patto, sia in caso di mancanza di stipulazione di un accordo in tal senso.

Il problema principale posto dall'art. 102 della *Labor Law* consiste nella mancata indicazione di criteri con i quali operare la liquidazione del danno patito dal datore di lavoro.

In proposito, soccorre l'art. 20 della citata *Unfair Competition Law*, ai sensi del quale colui che viola un segreto commerciale è tenuto al risarcimento dei danni, da parametrare sulla base dell'importo integrale delle perdite subite dalla vittima della violazione o, nel caso in cui esse siano di difficile quantificazione, dei profitti illegittimamente ottenuti dall'autore della violazione³⁴⁹.

Si è visto, quindi, che l'obbligo di fedeltà, quale obbligazione accessoria in capo al lavoratore per effetto della stipulazione del contratto di lavoro, assume significato diverso nei due ordinamenti in comparazione:

- a. nell'ordinamento italiano, esso è espressamente previsto dall'art. 2105 c.c. quale principio generale valido per la generalità dei dipendenti, e ha come oggetto il divieto di compimento di qualsiasi attività che sia potenzialmente dannosa per il datore di lavoro in chiave concorrenziale;
- b. nell'ordinamento cinese, invece, esso non è espressamente concepito dalla legislazione lavoristica, e l'obbligazione che più si avvicina ad esso consiste in un'obbligazione negativa avente ad oggetto (non il divieto di compiere un'attività *lato sensu* concorrenziale in danno del datore di lavoro, bensì) l'obbligo di riservatezza dei segreti aziendali e dei diritti di proprietà industriale detenuti dall'impresa datrice – obbligo che, pur diverso, costituisce comunque una sotto-categoria del divieto di concorrenza *tout court*.

Tuttavia, occorre dare atto del fatto che l'obbligo di fedeltà, pur assente quale principio generale nella *Labor Law* e nella *Employment Contract Law*, è stato recentemente oggetto di una ricostruzione sistematica da parte della giurisprudenza cinese, sia pure con riferimento – in maniera simile all'art. 2105 del codice civile italiano – al compimento di attività concorrenziale da parte del dipendente.

Ci si riferisce ad un orientamento delle Corti cinesi in base al quale sussisterebbe, in capo al lavoratore, il divieto di svolgere attività concorrenziale nei confronti della società datrice durante il rapporto di lavoro, qualora le parti abbiano stipulato un apposito patto in tal senso: divieto di cui non vi è traccia nella *Employment Contract Law*, che tratta del divieto di concorrenza soltanto laddove disciplina il patto di non concorrenza post contrattuale (sul quale si veda l'approfondimento alla fine del paragrafo), senza però dedicare alcuna disposizione alla facoltà delle parti di stipulare un accordo proibitivo di tale attività concorrenziale già anche nel corso del rapporto.

E il profilo interessante è che le Corti cinesi espressamente prevedono la possibilità per il datore di lavoro di prevedere tale divieto mediante la stipulazione di un apposito patto di non concorrenza durante il rapporto di lavoro con la generalità dei dipendenti – e quindi anche oltre la limitazione soggettiva di cui agli articoli 23 e 24 della *Employment Contract Law* – proprio sulla base della ricostruzione dogmatica dell'(altrimenti) inespresso dovere di fedeltà sussistente in capo a tutti i dipendenti del datore di lavoro.

349 E non è da escludere che la responsabilità coinvolga solidalmente anche il nuovo datore di lavoro del dipendente infedele (“if an employer hires an employee who has not terminated his labour contract with a former employer and obtains trade secrets from the new employee, the new employer is responsible for compensating the losses suffered by the former employer”: E. A. Rowe – S. K. Sandeen, *Trade secrecy and International transactions*, cit., 222).

In altre parole, se la *Employment Contract Law* sembra individuare il fulcro dell'inespresso obbligo di fedeltà nel dovere di riservatezza dei documenti aziendali riservati, v'è da dire che l'orientamento maggioritario in giurisprudenza non esita a ricostruire sistematicamente l'obbligo di fedeltà in capo al dipendente come avente ad oggetto il divieto di concorrenza durante il rapporto di lavoro.

Con tale orientamento, vengono stemperate le differenze tra i due ordinamenti riguardo a tale tematica, anche se a ben vedere una differenza notevole rimane: che in Cina il divieto di concorrenza durante il rapporto di lavoro, assistito dalla facoltà per il datore di lavoro di agire in giudizio per ottenere il risarcimento dei danni subiti per effetto di un'eventuale violazione del medesimo, sembra sussistente soltanto in caso di apposita previsione di tale obbligo nel contratto di lavoro (o in un patto allegato al medesimo).

Con il che la giurisprudenza, pur avendo il merito di dare ingresso all'obbligo di fedeltà anche nell'ordinamento cinese, non risolve la questione posta sopra, relativa alla sussistenza di un tale obbligo – con i divieti che da esso discendono, quali quello di *disclosure* e quello di concorrenza – anche a prescindere dall'apposita stipulazione di un patto in tal senso³⁵⁰.

A tal proposito, si possono citare alcuni precedenti per comprendere la visione della giurisprudenza cinese sull'argomento.

Nel settembre 2008, il Sig. Li stipulò un contratto a tempo determinato con durata triennale con la società datrice, operante nel settore finanziario. Unitamente al contratto individuale di lavoro, le parti siglarono anche un patto di non concorrenza, ai sensi del quale, essendo egli uno specialista e quindi un *key worker* per la società, durante il rapporto di lavoro e per il periodo di un anno dal momento della sua cessazione egli si sarebbe dovuto astenere da qualsiasi condotta di natura concorrenziale nei confronti della società medesima. Il patto prevedeva anche una penale in caso di violazione del divieto di concorrenza. Nel maggio 2010, e quindi in corso di rapporto, il Sig. Li costituì, insieme a soggetti terzi, una *joint venture* attiva nel medesimo settore della società datrice e svolgente la medesima attività rispetto ad essa; quest'ultima per tal motivo agì nei confronti del proprio dipendente assumendo la violazione del divieto di concorrenza sussistente in capo a lui già durante il rapporto di lavoro in virtù del patto stipulato, e chiedendo il pagamento della penale prevista nel patto.

Il lavoratore si difendeva assumendo che, dal momento che egli non ricopriva la posizione soggettiva di direttore o di *senior* o *general manager* secondo l'art. 62 della *Company Law* – il quale, come prima ricordato, prevede che tali soggetti siano vincolati ad un'obbligazione negativa di non concorrenza durante il loro incarico –, non sarebbe stato vincolato dal patto; del resto, come vedremo, l'art. 23 della *Employment Contract Law* prevede che il patto di non concorrenza (peraltro, per il periodo successivo all'estinzione del rapporto di lavoro) possa essere stipulato soltanto con determinate categorie di soggetti in virtù della loro particolare posizione soggettiva in seno alla società, posizione da lui non ricoperta. Pertanto, il patto di non concorrenza stipulato al momento dell'assunzione (tanto con riferimento al periodo di intercorrenza del rapporto di lavoro, quanto con riferimento al periodo successivo alla sua cessazione) non sarebbe stato valido e vincolante nei suoi confronti.

La società replicava che, ad arguire così, ne sarebbe derivata l'inutilità di prevedere dei patti di non concorrenza nel corso del rapporto con tutti i dipendenti con posizione diversa da quelle indicate nelle disposizioni citate, con la conseguenza che i datori di lavoro in Cina sarebbero sprovvisti di alcuno strumento per impedire il compimento di attività concorrenziale nei loro confronti nel corso del rapporto.

Il caso è stato deciso dalla Corte Intermedia di Pechino nel 2015, con una pronuncia che si inserisce perfettamente all'interno dell'orientamento interpretativo affermatosi nella giurisprudenza della Capitale. Tale orientamento ritiene sussistente la possibilità per il datore di lavoro di stipulare

350 Ma può dirsi che la questione assuma rilevanza perlopiù teorica che pratica, dal momento che nella prassi contrattuale cinese è ormai invalsa l'usanza generale di inserire, nel contratto di lavoro di tutti i dipendenti, un'apposita clausola recante il divieto di *disclosure* dei documenti e dei segreti aziendali e di compimento di attività concorrenziale nei confronti dell'impresa, così "by-passando" il problema.

appositi patti con cui impedire ai dipendenti di svolgere attività in concorrenza già durante il rapporto di lavoro (patti, quindi, da non confondere con il patto di non concorrenza post contrattuale, il quale solo viene preso in considerazione e disciplinato dalla *Employment Contract Law*), e che tale tipologia di accordi può vincolare tutti i dipendenti, anche quelli che non rivestano le posizioni contemplate nell'elencazione soggettiva di cui all'art. 23 della legge con riferimento, appunto, al patto di non concorrenza post contrattuale.

Il punto più interessante di tale orientamento consiste nella costruzione dogmatica del dovere di fedeltà che è alla base della risoluzione della questione offerta dalle Corti di Pechino.

Secondo il consolidato orientamento di queste³⁵¹, infatti, il patto di non concorrenza può essere stipulato in maniera vincolante con tutti i dipendenti, al di là della limitazione operata dall'art. 23. Le Corti della Municipalità della Capitale ritengono infatti che il patto di non concorrenza durante lo svolgimento del rapporto dipenda sempre da un accordo intervenuto liberamente tra le parti. Ne deriva che esso potrà vincolare il dipendente, che sarà tenuto al risarcimento dei danni in caso di violazione del patto (mediante il pagamento della penale, con possibilità eventualmente di domandarne la diminuzione nel caso in cui questa sia di importo sproporzionato rispetto al pregiudizio effettivamente cagionato dall'attività concorrenziale svolta a danno del datore di lavoro).

I problemi derivanti dalla mancata previsione, nella legge, del patto di non concorrenza durante il rapporto e dalla limitazione soggettiva contenuta nell'art. 23 della *Employment Contract Law* con riferimento al patto di non concorrenza post contrattuale³⁵² sono superati dalle Corti di Pechino – oltre che mediante il riferimento al superiore principio generale della libertà di negoziazione che investe le parti del rapporto ai sensi dell'art. 3 della stessa *Employment Contract Law* – anche sulla base del fatto per cui un **qualsiasi dipendente, ricevendo la retribuzione** dalla società datrice, deve ritenersi vincolato ad osservare il dovere di lealtà (*duty of loyalty*), che include il dovere di non porre in essere condotte aventi effetti concorrenziali nei confronti della società medesima.

Come si vede, quindi, la giurisprudenza pechinese sembra addivenire al rinvenimento della sussistenza di un generale dovere di fedeltà in capo a tutti i dipendenti, dovere generale che, essendo posto in relazione alla retribuzione ed in chiave di corrispettività rispetto ad essa, viene a costituire un'**obbligazione accessoria** in capo al lavoratore, a qualunque categoria di lavoratore. Ne risulta che il datore ben può stipulare un patto di non concorrenza con tutti i suoi dipendenti, per vietare loro di lavorare per altri datori di lavoro in concorrenza e, in generale, di porre in essere qualsiasi condotta concorrenziale nei suoi confronti, e che in caso di violazione dell'obbligazione negativa in esso contenuta, il dipendente sarà tenuto al risarcimento del danno o al pagamento dell'importo forfezzato nella penale. Nel caso di specie, quindi, la Suprema Corte ha condannato il Sig. Li al pagamento della penale in favore della società datrice.

Il medesimo orientamento è condiviso dalle Corti della Provincia del Guangdong e della Municipalità di Shanghai, le quali pure ritengono che il datore di lavoro sia legittimato a stipulare un patto di non concorrenza con qualsiasi lavoratore; anche in tali contesti locali tale soluzione è basata sul principio di libera negoziazione delle parti e sul dovere di lealtà posto a base di qualsiasi dipendente, e tale da far ritenere vincolante un patto da lui stesso sottoscritto avente ad oggetto l'assunzione, da parte sua, dell'obbligo di astenersi dal compimento di qualsiasi attività concorrenziale nei confronti del datore di lavoro³⁵³.

351 Da ultimo espresso nella pronuncia della Terza Corte Intermedia nel 2015.

352 Limitazione che, secondo la difesa del lavoratore Sig. Li nel caso riportato nel testo, escluderebbe la validità del patto nei suoi confronti anche se si ritenesse ammissibile la stipulazione di un patto di non concorrenza durante il rapporto di lavoro.

353 Con eccezione di due isolate pronunce, rispettivamente della Corte di base di Shanghai, Distretto di Qingpu, del 2014 e della Prima Corte Intermedia di Shanghai del 2015, le quali ritengono che il lavoratore possa essere condannato al pagamento di una penale solo nei casi indicati dalla legge, e la *Employment Contract Law* prevede soltanto il caso di risarcimento del danno derivante dalla violazione di un patto di non concorrenza *post* contrattuale, non anche di uno previsto con riferimento al periodo di concorrenza del rapporto di lavoro. Tali sentenze, così, si oppongono all'orientamento maggioritario indicato nel testo, proprio a ragione del mancato riconoscimento di un superiore dovere

Da quanto detto, quindi, emerge che il dovere di fedeltà dogmatizzato dalla giurisprudenza cinese si distingue da quello di cui all'art. 2105 c.c. per la sua origine, posto che esso sussiste in capo al lavoratore solo nel caso in cui le parti abbiano stipulato un apposito patto di non concorrenza valido già per il periodo di intercorrenza del rapporto di lavoro; motivo per cui nella generalità dei casi i contratti di lavoro in Cina contengono una clausola che vieta il compimento di attività concorrenziale in danno del datore di lavoro.

Trattato così dell'obbligo di fedeltà durante il rapporto di lavoro, sostanziatesi in Cina tanto nel divieto di rivelazione dei segreti aziendali quanto – alla luce dell'orientamento giurisprudenziale maggioritario sopra approfondito – nel divieto di una generale azione concorrenziale nei confronti del datore di lavoro, si ritiene ora opportuno esaminare da vicino, per affinità di materia, la tematica del patto di non concorrenza *post contrattuale*, come costruita dal legislatore e dalla giurisprudenza cinesi.

Trattasi di una tematica che, pur non direttamente connessa con la fattispecie di licenziamento disciplinare testé analizzata, appare comunque meritevole di qualche cenno, sulla base della sempre maggior diffusione, nella prassi, di tale strumento contrattuale da parte delle imprese.

di lealtà in capo alla generalità dei dipendenti, il quale permetterebbe alle parti di convenire in maniera vincolante il divieto di concorrenza anche per il periodo precedente la cessazione del rapporto di lavoro. È evidente quindi che *solo l'individuazione del duty of loyalty può consentire alle Corti di superare le limitazioni temporali e soggettive contenute nell'art. 23 della Employment Contract Law.*

Il patto di non concorrenza post contrattuale in Italia e in Cina.

Sebbene non sia preso in considerazione dall'art. 39 della *Employment Contract Law* in maniera diretta ed anzi rappresenti un istituto non immediatamente collegabile con il licenziamento (dal momento che presuppone la previa avvenuta estinzione del rapporto di lavoro), il patto di non concorrenza post contrattuale costituisce comunque un tema su cui sembra interessante spendere qualche osservazione in tal sede, se non altro per la contiguità oggettiva con l'obbligo di fedeltà che, invece, è in qualche modo presupposto per la causale di licenziamento disciplinare ai sensi del num. 4) dell'art. 39.

In Italia, come noto, il patto di non concorrenza post contrattuale costituisce un rimedio che il legislatore pone a favore del datore di lavoro per tutelare il proprio *business core* da eventuali comportamenti concorrenziali posti in essere dai suoi ex dipendenti a seguito dell'estinzione del rapporto di lavoro, da qualsiasi ragione essa sia dipesa. Sostanzialmente esso può essere definito come un rimedio di natura contrattuale avente lo scopo di estendere oltre la cessazione del rapporto di lavoro il vincolo di non concorrenza imposto in costanza di rapporto dall'art. 2105 c.c., con il quale il datore di lavoro mira ad evitare la concorrenza "differenziale" che, in virtù del pregresso rapporto di lavoro, potrebbe essergli rivolta da chi è a conoscenza di dati rilevanti relativi all'impresa, quali metodi di produzione, processi di lavorazione, clientela.

Il patto di non concorrenza è quindi direttamente collegato all'interesse del datore di lavoro di evitare che l'entrata del dipendente nel mercato del lavoro provochi un danno concorrenziale alla propria attività.

L'obbligo di non concorrenza post contrattuale, pertanto, ha natura meramente eventuale ed ha origine negoziale, in quanto discende sempre dall'assunzione di un'obbligazione negativa di non trattare affari in concorrenza con quelli dell'ex datore di lavoro da parte del dipendente.

In tale duplice accezione, esso si differenzia notevolmente dall'obbligo di fedeltà di cui all'art. 2105 c.c., il quale invece costituisce un obbligo necessariamente connaturato ad ogni rapporto di lavoro, a prescindere dalla stipulazione tra le parti di un apposito accordo in tal senso.

Ciò premesso, il patto di non concorrenza, specie se stipulato al momento dell'assunzione o durante il rapporto, può contenere clausole assai pregiudizievoli per il lavoratore, in quanto si risolve in un accordo che, limitando le proprie future opportunità di impiego, restringe altresì, di conseguenza, le proprie possibilità di godere di una retribuzione: per questo motivo il legislatore non si accontenta della disciplina generale degli accordi di non concorrenza (art. 2596 c.c.), ma prevede, con disposizione *ad hoc* (art. 2125 c.c.), condizioni alquanto rigorose di legittimità formale e sostanziale del patto, previste a pena di nullità dello stesso.

Tali condizioni sono le seguenti:

a. I vincoli di forma

Il patto di non concorrenza deve innanzitutto, a pena di nullità, essere stipulato in forma scritta; può essere stipulato in qualsiasi momento, contestuale o successivo alla conclusione del contratto di lavoro ed addirittura dopo la cessazione del rapporto³⁵⁴.

b. I vincoli di tempo

La durata del patto non può essere superiore a **tre anni** dalla cessazione del rapporto per la generalità dei lavoratori, a **cinque anni**, invece, per i dirigenti, riducendosi il termine entro tali limiti in caso di pattuizione eccedente.

c. I limiti di oggetto e i limiti territoriali

354 Per il caso in cui il patto di non concorrenza sia inserito mediante una apposita clausola nel contratto individuale di lavoro, la giurisprudenza tende ad escludere la necessità della specifica approvazione per iscritto della clausola ai sensi dell'art. 1341, comma 2, c.c. sulla base della considerazione per cui la finalità cui risponde tale disposizione (la tutela del c.d. contraente debole) è già assicurata dalla serie cospicua di oneri formali e sostanziali previsti direttamente dalla legge all'art. 2125 c.c.

I limiti di oggetto, relativi alle tipologie di attività lavorative vietate, sono solitamente interpretati in connessione con quelli territoriali, che concernono il luogo di estensione del divieto. Ne deriva che tanto più sono estesi i primi, tanto meno potranno esserlo i secondi, e viceversa.

In materia può ben dirsi consolidato l'orientamento secondo cui il vincolo può investire anche mansioni non comprese fra quelle che costituiscono oggetto del contratto di lavoro in essere tra le parti, escludendo però la validità di un patto che azzeri le possibilità effettive di occupazione del lavoratore: secondo questo orientamento applicativo il patto deve essere pertanto formulato in modo da lasciare al lavoratore un congruo spazio di attività nel suo campo professionale, sul territorio nazionale³⁵⁵.

d. Il corrispettivo

La giurisprudenza è ferma sul punto che il corrispettivo del patto di non concorrenza debba essere proporzionato e congruo rispetto alle limitazioni lavorative, temporali e territoriali imposte al lavoratore, con conseguente nullità della pattuizione non solo di compensi simbolici, ma anche di compensi manifestamente iniqui o sproporzionati in rapporto al sacrificio richiesto al lavoratore e alla riduzione delle sue possibilità di guadagno, indipendentemente dall'utilità che il comportamento richiestogli rappresenta per il datore di lavoro.

Ai fini di un **giudizio concreto di congruità** si devono tenere presenti i seguenti elementi: la misura della retribuzione, l'estensione territoriale ed oggettiva del divieto e la professionalità del dipendente.

Così, per esempio, è stato giudicato congruo un corrispettivo pari al 10 % della retribuzione, a fronte di un patto con cui veniva inibito al lavoratore avente mansioni di venditore di prodotti c.d. *tissue* nell'ambito della grande distribuzione lo svolgimento, sul territorio nazionale e per un periodo di due anni, di qualsiasi attività lavorativa a favore di società concorrenti: la percentuale, di per sé non elevata, è stata ritenuta sufficiente sul rilievo dell'esiguità del sacrificio imposto al lavoratore, dal momento che *“la professionalità del venditore non si identifica con il prodotto venduto, ma si basa sulla conoscenza delle tecniche di vendita nell'ambito della grande distribuzione, sull'esperienza in tema di tecniche di mercato e di gestione e promozione delle reti di vendita”*, così da essere utilizzabile anche in settori diversi³⁵⁶; ancora, è stato giudicato congruo un corrispettivo, erogato in costanza di rapporto di lavoro, pari al 18% della retribuzione per un patto che prevedeva un vincolo di sei mesi territorialmente limitato alla Regione Lombardia³⁵⁷.

Viceversa la misura del corrispettivo pattuito è stata ritenuta incongrua, con conseguente nullità del patto di non concorrenza, in ipotesi in cui esso consisteva in erogazioni saltuarie ed *una tantum*; nella percentuale del 3 % della retribuzione; nella misura del 14% della retribuzione a fronte di un patto con cui veniva inibito al lavoratore addetto alla gestione del personale, il quale aveva sempre lavorato in quel settore, lo svolgimento di qualsiasi attività lavorativa nel territorio italiano per 12 mesi nel settore molto ampio della *“fornitura di manodopera, della mediazione tra domanda e offerta di lavoro e della ricerca e selezione del personale”*³⁵⁸; nella misura del 13% della retribuzione annua del lavoratore, quando l'ambito territoriale era esteso al nord e centro Italia³⁵⁹.

La giurisprudenza prevalente riconosce alle parti piena libertà nella determinazione della struttura e del tempo di pagamento, ritenendo generalmente validi tanto i patti che stabiliscono il corrispettivo in forma di aumento della retribuzione corrente quanto quelli che ne prevedono il pagamento soltanto dopo la cessazione.

e) La tutela del datore di lavoro in caso di inadempimento del lavoratore al patto di non

355 Devono comunque escludersi dal possibile ambito del patto, in quanto inidonee ad integrare concorrenza, attività estranee allo specifico settore produttivo o commerciale nel quale opera l'azienda.

356 Cass., 4 aprile 2006, n. 7835.

357 Trib. Milano, 18 gennaio 2001.

358 Trib. Milano, 4 marzo 2009.

359 Trib. Milano, 11 settembre 2004.

concorrenza

Nel caso di violazione del patto di non concorrenza da parte del lavoratore, il datore di lavoro può chiedere, com'è ovvio, la restituzione del corrispettivo e il risarcimento dei danni subiti: è generalmente considerata legittima, tra l'altro, l'apposizione di una clausola penale, salva la possibilità in capo al giudice di ridurre equitativamente l'entità della sanzione prevista *ex art.* 1384 c.c.

È inoltre riconosciuto al datore di lavoro il diritto al risarcimento del danno, commisurato al nocumento (da dimostrare) che il patrimonio dell'azienda ha subito nei suoi elementi interni o esterni o liquidati in via equitativa in forma di penale.

Ma la reazione più efficace, da parte delle imprese, è costituita dall'azione cautelare tendente a ottenere l'inibitoria giudiziale contro la nuova attività lavorativa svolta dal prestatore in violazione del patto. A tal proposito si deve comunque specificare che il datore di lavoro che agisca nei confronti del lavoratore in via d'urgenza *ex art.* 700 c.p.c. per violazione del patto di non concorrenza è tenuto ad allegare e a dimostrare l'esistenza in concreto del *periculum in mora*, consistente nella perdita irreversibile di competitività sul mercato per effetto della violazione di tale patto, essendo pertanto insufficiente la sola prova dello svolgimento da parte di un'attività lavorativa in concorrenza con quella dell'*ex* datore di lavoro.

In Cina, l'istituto del patto di non concorrenza post-contrattuale è previsto e disciplinato dagli artt. 23, paragrafo 2, e 24, della *Employment Contract Law*, che si riportano per intero.

Art. 23, par. 2: “*For an employee who has the obligation of keeping confidential, the employer and the employee may stipulate non-competition clauses in the labor contract or in the confidentiality agreement and come to an agreement that, when the labor contract is dissolved or terminated, the employee shall be given **economic compensation** within the non-competition period. If the employees violates the stipulation of non-competition, he shall pay the employer a **penalty** for breaching the contract*”.

Art. 24: “*The persons subject to competition restriction shall be **limited** to senior managers, senior technicians and other persons who are under the confidentiality obligation to the employing unit. The **scope, geographic area and term** of competition restriction shall be agreed upon by the employing unit and the worker, and such agreement shall not be at variance with the provisions of laws and regulations.*

*After the dissolution or termination of the labor contract, the non-competition period for any of the persons as mentioned in the preceding paragraph to work in any other employer producing or engaging in products of the same category or engaging in business of the same category as this employer shall **not exceed two years**”.*

Le caratteristiche del patto di non concorrenza post contrattuale previsto dall'ordinamento cinese sono, dunque, le seguenti.

a. Le limitazioni soggettive e i vincoli di forma

In primo luogo, le disposizioni sopra citate pongono un'importante duplice limitazione soggettiva. Infatti, il datore di lavoro non è legittimato a stipulare un patto di non concorrenza post contrattuale con la generalità dei propri dipendenti, ma solo con i *senior managers*, i *senior technicians*, e gli altri dipendenti *who have the obligation to keep secrets*³⁶⁰.

Peraltro, tale limitazione soggettiva è tutt'altro che esente da imprecisioni.

Da un lato, il concetto di *senior managers* e di *senior technicians* non è definito dalla legge, e

360 Nella bozza di legge pubblicata prima della versione definitiva, il patto di non concorrenza poteva essere stipulato soltanto con i dipendenti che fossero “*familiar with the employer's commercial secrets*”, mentre la versione definitiva ne ha esteso l'ambito soggettivo di applicazione (seppure non rendendolo generale).

dipende esclusivamente dalla qualificazione che le parti stesse danno al dipendente nel contratto di lavoro. Ma come può una limitazione imperativa, derivante dalla legge, essere dotata di effettività se le parti dispongono della possibilità di eluderla tramite la qualificazione del rapporto?³⁶¹

Dall'altro lato, l'effettività della disposizione risulta compromessa anche dalla possibilità di stipulare il patto di non concorrenza post contrattuale con qualsiasi lavoratore che abbia l'obbligo di mantenere i segreti aziendali (è da ritenere, per effetto di un apposito *agreement* stipulato tra le parti ai sensi dell'art. 23, par. 1).

Così, per effetto di una duplice stipulazione (*ex art. 23, par. 1*, per il periodo in cui intercorre il rapporto di lavoro ed *ex art. 24, par. 1*, per il periodo successivo all'estinzione del contratto di lavoro), il datore di lavoro potrà facilmente e del tutto legittimamente vincolare alla non concorrenza post contrattuale qualunque lavoratore, a prescindere dalla sua categoria e dalla sua professionalità³⁶².

Quanto alla forma, l'onere di forma scritta non è previsto espressamente, come dall'art. 2125 c.c. italiano, ma esso è agevole da ricavare sulla base dell'espressione, contenuta nell'art. 23, "*the employer and the employee may stipulate non-competition clauses in the labor contract or in the confidentiality agreement*": dovendo questi ultimi essere stipulati in forma scritta, giocoforza anche la *non-competition clause* contenuta in uno di essi dovrà rivestire tale forma.

b. I limiti di tempo

Si tratta di un requisito espresso dall'art. 24, che prevede un limite meno ampio rispetto all'art. 2125 c.c. italiano, limitando la durata massima del patto di non concorrenza al biennio successivo al termine del rapporto di lavoro intercorrente tra le parti.

Peraltro, l'art. 24 – a differenza della corrispettiva norma italiana – non prevede espressamente la riduzione *ipso iure* alla durata massima della clausola che preveda una durata maggiore rispetto al biennio. È da ritenere, tuttavia, che tale conseguenza si imponga ugualmente, potendo senz'altro il Giudice operare tale riduzione in caso di contenzioso.

c. I vincoli di oggetto e territoriali

L'art. 24 prevede espressamente soltanto il limite territoriale, affermando che il *non-compete*

361 Si ponga il caso di un impiegato tecnico neo-assunto, e privo della qualifica di *senior technician*, per il quale il datore di lavoro abbia interesse a prevedere un patto di non concorrenza post contrattuale. Le parti, al momento dell'assunzione, potrebbero fittiziamente inquadrare il lavoratore come *senior technician* allo scopo di essere abilitate alla stipulazione del patto, stipulazione che potrebbe convenire ad entrambe (il dipendente potrebbe godere del relativo corrispettivo).

Il problema, nella pratica, è stemperato dalla circostanza per cui comunque l'art. 24, par. 1, consente al datore di lavoro la stipulazione del patto di non concorrenza post contrattuale anche con gli altri dipendenti, diversi dai *senior managers* e dai *senior technicians*, i quali abbiano l'obbligo di mantenere confidenziali i segreti aziendali. Siccome il datore di lavoro è libero di addivenire ad un *confidentiality agreement* per qualunque lavoratore – anche al di fuori dalle categorie tratteggiate dall'art. 24 –, ne risulta che egli potrà pur sempre stipulare un patto di non concorrenza post contrattuale semplicemente vincolando il lavoratore all'obbligo di riservatezza già durante la permanenza del rapporto di lavoro.

In pratica, si ricorrerà così alla stipulazione di due diversi *agreements*, autonomi tra di loro:

- uno, contenuto all'interno del contratto di lavoro o collegato od allegato ad esso, con il quale si vincoli il dipendente al mantenimento dei segreti aziendali e al rispetto degli altri diritti di proprietà industriale dell'azienda per tutta la durata del rapporto;

- un altro, che potrà anche essere indipendente dal *labor contract*, costituente il patto di non concorrenza post contrattuale, a questo punto del tutto legittimo soggettivamente in quanto il dipendente rientra nella categoria residuale dell'art. 24 costituita da "*the other employees, who have the obligation to keep secrets*".

362 Come confermato dalla dottrina: cfr. S. Cooney – S. Biddulph – L. Kungang – Y. Zhu, *China's new Labour Contract Law: responding to the growing complexity of labour relations in the PRC*, *UNSW Law Journal*, 2007, Vol. 30, 800: "*Since the Law appears to permit an employer to include in the labour contract of any employee confidentiality clauses pertaining to the business secrets and intellectual property of the employer, all employees could potentially be subject to a confidentiality obligation*".

agreement deve indicare, tra gli altri elementi, anche il *geographical range* dell'attività vietata. Quanto, invece, ai limiti di oggetto, essi si ricavano indirettamente, dalla previsione della necessaria indicazione dello scopo dell'accordo e dalla limitazione soggettiva sopra ricordata³⁶³.

d. Il corrispettivo

Anche nell'ordinamento cinese, la legittimità del patto di non concorrenza post contrattuale dipende dalla previsione del pagamento di un corrispettivo in denaro (art. 23, par. 2)³⁶⁴.

Sul punto, la *Employment Contract Law* non pone però alcun criterio idoneo a determinare la congruità del corrispettivo³⁶⁵: sono destinati a porsi, pertanto, gli stessi dubbi già affrontati con riferimento all'art. 2125 c.c. italiano, salvo che la quantificazione dell'ammontare minimo del corrispettivo del patto di non concorrenza sia effettuata dai Regolamenti locali³⁶⁶.

Peraltro, a seguito di un recente provvedimento interpretativo della Suprema Corte di Pechino³⁶⁷, è possibile affermare che per non essere giudicato incongruo il corrispettivo non deve essere inferiore alla soglia del 30% della retribuzione di riferimento³⁶⁸.

363 La dottrina conclude, condivisibilmente, che “*the wording of the provision suggests that the clause must at least relate to competition in the same line of products or businesses*” (S. Cooney – S. Biddulph – L. Kungang – Y. Zhu, *China's new Labour Contract Law*, cit., 800).

364 Secondo la giurisprudenza cinese, ai fini della validità del patto di non concorrenza è sufficiente (oltre che necessario) che il datore di lavoro abbia provveduto materialmente a versare il corrispettivo al dipendente, anche se di tale corrispettivo non vi sia traccia all'interno del testo contrattuale. Si può fare riferimento ad una sentenza del 2010 della Corte distrettuale di Tianjin, con la quale è stato ritenuto valido ed efficace un patto di non concorrenza che pure non prevedeva espressamente per iscritto l'obbligazione economica di pagamento del corrispettivo ai sensi dell'art. 24 in capo al datore di lavoro, ma quest'ultimo aveva comunque provveduto a versare all'ex lavoratore l'importo pari al 50% della retribuzione mensile. Tale decisione (per la quale cfr. “*Court enforces non-compete despite absence of compensation clause*”, in [www.http://www.internationallawoffice.com/Newsletters/Employment-Benefits/China/Baker-McKenzie](http://www.internationallawoffice.com/Newsletters/Employment-Benefits/China/Baker-McKenzie)) desta tuttavia qualche perplessità, in quanto nel caso di specie il datore di lavoro aveva disposto il versamento di tale somma a titolo di corrispettivo soltanto dopo aver saputo che l'ex dipendente aveva, in difformità dal patto di non concorrenza, iniziato a lavorare per un'azienda concorrente. Nonostante il rifiuto dell'ex dipendente ad accettare la somma (preferendo egli ritenersi svincolato dal patto, da lui ritenuto invalido a causa dell'omessa previsione del pagamento di alcun corrispettivo a suo favore, e proseguire la propria collaborazione alle dipendenze della nuova società), il datore di lavoro aveva provveduto al versamento dell'importo, e per questo la Corte di Tianjin ha giudicato a favore della legittimità del patto. Le perplessità sorgono per effetto della considerazione per cui, così arguendo, si conferisce al datore di lavoro la facoltà di pagare il corrispettivo solamente in maniera eventuale, nel caso in cui egli dovesse, successivamente all'estinzione del rapporto con il suo ex dipendente, venire a sapere che questi si sia accasato presso un *competitor*.

Appare invece più condivisibile l'orientamento pretorio (condiviso per esempio dalle Corti del Popolo di Pechino e di Shanghai in documenti interpretativi dalle stesse pubblicati) secondo il quale la mancata indicazione del corrispettivo all'interno del contratto non costituisce di per sé una causa di inefficacia del patto di non concorrenza, qualora il pagamento della somma sia di fatto avvenuto.

Del resto, analoga facoltà di scelta se avvalersi o meno del patto di non concorrenza (sempre nel caso in cui all'interno dello stesso non sia stato previsto alcun corrispettivo) spetta anche in capo al lavoratore. Come è stato chiarito, per esempio, dai *Guangzhou Meeting Minutes on Various Issues in the Trial of Employment Disputes*, documento emanato dalla Corte Popolare Intermedia di Guangzhou nel maggio del 2014, il patto che vieta al lavoratore di lavorare per un concorrente dell'ex impresa datrice a seguito della cessazione del rapporto di lavoro potrà essere vincolante nei suoi confronti soltanto laddove esso preveda espressamente, per l'appunto, il corrispettivo. Con la conseguenza che, nell'ipotesi contraria, il lavoratore ha la facoltà di escludere l'applicabilità del patto stesso.

Lo stesso documento della Corte Intermedia di Guangzhou chiarisce altresì che il corrispettivo, oltre che mediante pagamenti mensili, può essere versato anche in un'unica soluzione a seguito della cessazione del rapporto di lavoro.

365 Mentre invece la bozza della legge prevedeva una quantificazione minima del corrispettivo del patto, il quale non poteva essere inferiore ad una annualità di retribuzione.

366 Come fa per esempio il Regolamento della Città di Shenzhen, che quantifica il relativo importo minimo nella quota del 50% della retribuzione media mensile goduta dal dipendente nei dodici mesi immediatamente precedenti l'estinzione del rapporto.

367 *The PRC Supreme People's Court issued the Interpretation on Several Issues concerning the Application of Laws in Labor Dispute Case (IV)* (la c.d. “*Fourth Interpretation*”), che ha avuto effetto dal mese di febbraio 2013. Essa offre un contributo chiarificatore su vari aspetti concernenti il rapporto di impiego, ivi incluso il tema relativo all'esecutività del patto di non concorrenza, la validità di una modificazione orale al contratto individuale di lavoro, il calcolo dell'anzianità di servizio nel caso di trasferimento d'azienda.

Infatti, ai sensi dell'art. 6 delle *Interpretations (IV)* della Suprema Corte, qualora nel patto di non-concorrenza le parti non prendano posizione in relazione al corrispettivo dovuto al lavoratore per effetto dell'obbligazione negativa che assume su di sé per effetto del patto, “*if the employee performs the non-competition obligation and claims a monthly payment of economic indemnity from the employer as per 30% of the employee’s average monthly wage for the 12 months before the rescission or termination of his or her labor contract, the people’s court shall support such a claim*”³⁶⁹.

Pertanto, ai sensi di tale disposizione (dalla valenza interpretativa di fatto vincolante per le altre Corti), se il patto di non concorrenza non prevede alcun corrispettivo a favore del lavoratore, quest'ultimo ha comunque diritto al 30% della retribuzione media mensile³⁷⁰ di cui ha goduto nei dodici mesi che hanno preceduto l'estinzione del rapporto di lavoro³⁷¹.

Quanto alla possibilità di prevedere il pagamento del corrispettivo in misura frazionata durante il rapporto di lavoro, in Italia tale possibilità viene oggi pacificamente ammessa, dopo il superamento di un orientamento giurisprudenziale contrario. Alcune Corti di merito³⁷², infatti, ritenevano che fosse da ritenere illegittima una previsione del patto di non concorrenza secondo cui il corrispettivo sarebbe stato pagato in corso di rapporto, in quanto tale modalità di pagamento, essendo direttamente legata alla durata del rapporto di lavoro (elemento non conoscibile con certezza al momento della stipulazione del patto di non concorrenza), avrebbe comportato un elemento di indeterminatezza per il lavoratore. Quest'ultimo, in altre parole, si sarebbe obbligato ad una limitazione delle proprie possibilità professionali per il futuro senza avere la possibilità concreta di

368 Anche se non mancano pronunce delle stesse Corti di Pechino che richiedono un corrispettivo non inferiore al 60%. Le Corti di altri contesti territoriali, invece, prevedono percentuali differenti: a titolo esemplificativo, nella provincia del Jiangsu la congruità del corrispettivo del patto di non concorrenza si attesta intorno a un terzo ed a Shanghai varia tra un minimo del 50% ad un massimo del 100% della retribuzione in godimento al lavoratore. Così, un criterio utile che possa diminuire il rischio di una dichiarazione di “incongruità” o di “insufficienza” del corrispettivo in sede giudiziale consiste nel prevedere un minimo del 50%, ad eccezione di quei luoghi che prevedono un requisito minimo più elevato in base alle specifiche prassi locali. Particolare attenzione deve essere prestata al compenso minimo nel caso di aziende con uffici dislocati su tutto il territorio in cui potrebbero essere presenti dipendenti che avendo sottoscritto il contratto di lavoro in un posto, prestino il lavoro effettivamente in una diversa provincia.

369 Con la precisazione per cui, se il livello retributivo in godimento al dipendente è inferiore allo stipendio minimo individuato dal locale *Labor Bureau*, si farà riferimento a quest'ultimo come base di calcolo del corrispettivo del patto di non concorrenza.

370 Con tale provvedimento la Suprema Corte ha rivisitato un proprio precedente orientamento, manifestato in un progetto di interpretazione giudiziale pubblicato nell'agosto 2012, in base al quale intendeva richiedere alle aziende di compensare il patto di non concorrenza in misura del 100% dello stipendio relativo all'ultimo mese di lavoro. L'interpretazione proposta aveva suscitato polemiche in quanto, se emanata, avrebbe comportato l'onere del datore di lavoro di corrispondere compensi decisamente irragionevoli al fine di rendere efficace il patto di non concorrenza, di fatto rendendolo nella pratica uno strumento giuridico non più percorribile.

371 Secondo le *Interpretations (II) on Several Issues in Trials of Labor Dispute Cases* pubblicate dal Governo della Provincia del Zhejiang il 14 aprile 2014, qualora il patto di non concorrenza post contrattuale preveda bensì il pagamento di un corrispettivo, ma ad un livello insufficiente ad assicurare al dipendente di far fronte alle spese elementari, quest'ultimo avrà il diritto a chiedere l'adeguamento del corrispettivo fino alla soglia del 30% della retribuzione mensile media goduta nei 12 mesi antecedenti l'estinzione del rapporto di lavoro (oppure, se questa è inferiore rispetto alla retribuzione minima standard prevista localmente, al 30% di tale livello retributivo). In altri termini, il Governo del Zhejiang ha parificato, al caso di mancata previsione di un corrispettivo *tout court* contemplato dai *Minutes* della Suprema Corte, l'ipotesi in cui il corrispettivo pattuito non sia sufficiente ad assicurare al lavoratore di far fronte alle spese necessarie alla propria sussistenza (concetto, invero, dai contorni alquanto vaghi).

372 Cfr. Trib. Milano, 11 settembre 2004, secondo cui “*viola il disposto dell'art. 2125 c.c. la previsione del pagamento del corrispettivo in costanza di rapporto di lavoro, in quanto tale modalità di pagamento introduce una variabile legata alla durata del rapporto che conferisce al patto un inammissibile elemento di aleatorietà e indeterminatezza*”; nello stesso senso Trib. Milano, 28 settembre 2010; Trib. Milano, 4 marzo 2009; Trib. Milano, 19 marzo 2008; Trib. Milano, 13 agosto 2007; Trib. Monza, 30 luglio 2009, n. 445; Trib. Milano, 18 giugno 2001; Trib. Ascoli Piceno, 28 gennaio 2011; Trib. Ascoli Piceno, 27 ottobre 2010.

valutare l'importo complessivo che avrebbe percepito quale contropartita di tale sacrificio futuro. In Cina, invece, nonostante opinioni contrarie che sembrano impedire il pagamento del corrispettivo durante il rapporto di lavoro³⁷³, l'orientamento maggioritario ritiene che il principio di libertà contrattuale condiviso dalla *Employment Contract Law* induca a propendere per la soluzione opposta, secondo cui le parti possono concordare di volta in volta il momento di pagamento del corrispettivo per il patto.

e) La tutela del datore di lavoro in caso di inadempimento del lavoratore al patto di non concorrenza

Infine, occorre dare atto che, per il caso in cui il lavoratore violi il patto di non concorrenza, si sta affermando un orientamento giurisprudenziale secondo il quale egli può essere condannato non solo a restituire il corrispettivo complessivamente ricevuto per effetto del patto e a pagare la penale (o a risarcire il danno economico che il datore di lavoro sia riuscito a dimostrare di aver subito per effetto dell'attività concorrenziale svolta dall'ex dipendente, nel caso in cui esso non fosse stato forfettizzato in una penale), ma anche a cessare il proprio rapporto lavorativo con l'impresa che opera in concorrenza con il datore di lavoro originario³⁷⁴.

Per quanto riguarda la prima forma di tutela, consistente appunto nel pagamento di una penale, è da segnalare che una recente Circolare della Suprema Corte di Pechino, i c.d. *Minutes of the Eighth National Working Conference on the Courts' Trial of Civil and Commercial Cases*, pubblicata il 30 novembre 2016, ha affermato che qualora le parti, nella stipulazione di un patto di non concorrenza, abbiano convenuto una somma a titolo di penale – cioè a titolo di liquidazione preventiva e forfettizzata del danno – che il dipendente dovrà pagare in caso di violazione o di recesso dal patto, il Giudice ha il potere di ridurre tale penale, se di importo troppo elevato, ma anche di aumentarlo, se viceversa ritiene che sia scarsamente significativo per le condizioni delle parti³⁷⁵.

Trattasi di una possibilità prevista, a livello generale, dall'art. 114, par. 2, della *Contract Law of People's Republic of China*, ai sensi del quale “*where the amount of liquidated damages prescribed is below the loss resulting from the breach, a party may petition the People's Court or an arbitration institution to increase the amount; where the amount of liquidated damages prescribed exceeds the loss resulting from the breach, a party may petition the People's Court or an arbitration institution to decrease the amount as appropriate*”³⁷⁶.

373 Cfr. R. Brown, *Understanding Labor and Employment Law in China*, cit., 166: “*This compensation must be paid to the employee after the employment relationship ends and not as a part of the salary while currently employed*”, e 190: “*Articles 23 and 24 of the LCL require compliance with the following provisions: [...] the employer must provide post-termination compensation to the employee who agrees to the restrictive covenant provision, paid out on a monthly basis*”. Secondo l'Autore, tale conclusione discende direttamente dalla lettera dell'art. 23 della *Employment Contract Law* (ed infatti egli non ritiene contraria a tale opinione una sentenza emanata in esito ad una vertenza precedente rispetto all'entrata in vigore della legge del 2008, in cui era stato ritenuto efficace un patto di non concorrenza in base al quale il pagamento del corrispettivo avrebbe dovuto avvenire durante lo svolgimento del rapporto anziché a seguito della sua cessazione).

374 Si tenga in considerazione il fatto che un tale comportamento del dipendente può altresì integrare, a certe condizioni, una condotta rilevante anche penalmente: “*criminal penalties are available against an employee whose breach of restrictive covenants involves an infringement of trade secrets that causes the employer serious losses [ex art. 219 della Criminal Law]. A recent criminal prosecution against an employee for disclosing trade secrets of a former employer to a new employer in violation of employer rules occurred in Sichuan, resulting in a five-year prison term and a fine of RMB 1 million (cfr. Employee Sentenced to Five Years for Disclosure of Trade Secret, Baker & McKenzie, China Employment Law Update, April 2008)*”: così R. Brown, *Understanding Labor and Employment Law in China*, cit., 167, *passim*.

375 forfettizzato nella penale sono i seguenti: la considerazione dell'entità dei danni sofferti dal datore di lavoro per effetto della violazione del patto; l'importo del corrispettivo in godimento al lavoratore per effetto del patto; il grado di disvalore della condotta del lavoratore (anche questo profilo, invero, è notevolmente discrezionale; le Corti valutano il grado di mala fede in capo al dipendente nel momento in cui ha posto in essere l'attività concorrenziale inibita); la durata della violazione; l'anzianità di servizio del lavoratore alle dipendenze del datore di lavoro; il principio di equità.

376 Tale disposizione, rispetto a quella di cui all'art. 1384 del codice civile italiano, si distingue in maniera rilevante laddove prevede il potere del Giudice non solo di ridurre la penale, ma anche quella di aumentarla nel caso in cui l'importo forfettario convenuto al momento della stipulazione del contratto si sia dimostrato insufficiente alla

La particolarità dell'interpretazione offerta dalla Suprema Corte consiste nella quantificazione della sproporzione minima tra il danno effettivamente subito dall'impresa a seguito della violazione, da parte dell'ex dipendente, del patto di non concorrenza post contrattuale, e l'importo della penale concordata in sede contrattuale. Solo qualora tale sproporzione sia superiore rispetto al 30%, il lavoratore è legittimato a chiedere alla Corte la riduzione del danno liquidato contrattualmente e, specularmente, l'impresa al contrario è legittimata a domandare l'adeguamento di questo, rivelatosi *ex post* insufficiente in misura appunto superiore al 30%.

L'art. 28 dei *Minutes*, infatti, afferma che “*if the amount of liquidated damages agreed upon between an employer and an employee in their non-compete contract is significantly lower or higher than the losses actually incurred, and a party requests the court to adjust the amount of liquidated damages, the court will deal with it according to Article 29 of the Interpretation II of the Supreme People's Court of Several Issues concerning the Application of the Contract Law of the People's Republic of China*”³⁷⁷; e a sua volta tale disposizione prevede appunto che il concetto di sproporzione (in eccesso o in difetto) dei danni liquidati preventivamente in sede contrattuale, rispetto a quelli effettivamente sofferti, assuma rilevanza giuridica qualora sia superiore al 30%³⁷⁸. Se ne può arguire, dunque, che qualora l'ammontare dei danni liquidati nel contratto per la violazione del patto di non concorrenza sia superiore rispetto alla perdita effettivamente subita dal datore di lavoro in una percentuale superiore rispetto al 30%, la parte tenuta al relativo risarcimento è legittimata a chiedere alla Corte la riduzione dell'importo preventivamente forfettizzato. Qualora, invece, la sproporzione sia inferiore a tale soglia percentuale, l'ex dipendente sarà comunque tenuto alla corresponsione per l'intero del danno forfettizzato.

In altre parole, la norma posta dalla Suprema Corte quantifica il livello di rilevanza della sproporzione tra la penale e l'ammontare concreto del danno nel 30%; in caso di sproporzione di misura inferiore, la richiesta delle parti di ridurre o di aumentare l'importo della penale è destinata ad essere rigettata.

Per quanto riguarda, invece, la seconda forma di tutela per il datore di lavoro nei confronti della violazione al patto di non concorrenza post contrattuale posta in essere dal suo ex dipendente, come accennato è in via di consolidamento un recente orientamento giurisprudenziale in base al quale le Corti, oltre a condannare il lavoratore al risarcimento dei danni cagionati all'azienda precedente datrice di lavoro per effetto dell'inadempimento delle obbligazioni negative contenute nel patto di non concorrenza, condannano il medesimo a cessare il proprio rapporto lavorativo con l'impresa che opera in concorrenza con il datore di lavoro originario.

Ai sensi dell'art. 10 delle *Interpretations (IV)* sopra citate, infatti, “*if the employee breaches the non-competition agreement and pays the employer for the breach and the employer requests that the employee continue to fulfill the non-competition duty according to the agreement, the court should support such request*”: trattasi quindi di una forma di tutela aggiuntiva, e non sostitutiva, rispetto al pagamento della penale o al risarcimento dei danni dimostrati dal datore di lavoro³⁷⁹.

ristorazione del danno concretamente patito dalla parte. Peraltro, si noti l'estrema generalità del tenore letterale dell'art. 114, par. 2, della *Contract Law*, che non prevede una quantificazione neppure generica dell'insufficienza o dell'eccesso della penale rispetto al concreto ammontare del danno, tanto che la disposizione non richiede che il danno sia “manifestamente” o “eccessivamente” maggiore od inferiore rispetto all'importo della penale, per legittimare le parti a domandarne la riduzione o l'aumento. Ciò sembra di fatto contrastare con la *ratio* dell'istituto della penale, la cui funzione tipica consiste per l'appunto nell'eliminazione dell'onere di dimostrare puntualmente il concreto ammontare del danno e pertanto necessariamente comporta il rischio che quest'ultimo si dimostri inferiore (o, per la controparte, superiore) rispetto a quanto concordato.

³⁷⁷ C.d. “*Interpretation II*”, atto pubblicato il 9 febbraio 2009 ed entrato in vigore il 13 maggio dello stesso anno.

³⁷⁸ Con la conseguenza che il rischio economico che le parti si trovano a subire al momento della liquidazione dei danni in sede di stipulazione del patto di non concorrenza ammonta almeno al 30% del danno che concretamente verrà in essere (e che naturalmente dovrà essere oggetto di adeguata dimostrazione e quantificazione nel corso del giudizio).

³⁷⁹ Opzione criticata in dottrina, sulla base del trattamento deteriore per il lavoratore rispetto al datore di lavoro apportato dall'interpretazione della Suprema Corte: “*the court's interpretation treats the employee more stringently than it does the employer. When the employee breaches the agreement, the employee must pay a penalty and continue to honor the duty of non-competition. Whereas the rules free the employers from the agreed duty as long as they pay three*

In una serie di recenti casi giudiziari, infatti, la Corte ha ordinato al lavoratore, oltre che di risarcire il danno, anche di rispettare il patto di non concorrenza cessando la propria collaborazione con la nuova società.

In una di queste fattispecie, il dipendente era un *senior customer manager* e aveva stipulato con la società un patto di non concorrenza post contrattuale che gli inibiva di lavorare a favore di altra impresa operante nello stesso settore commerciale per il periodo di un anno dopo l'estinzione del rapporto di lavoro con l'azienda. Tuttavia, il lavoratore non rispettò il patto e così la società ricorse nei suoi confronti. La Corte condannò il lavoratore a restituire il corrispettivo del patto di non concorrenza che aveva ricevuto dalla società, a risarcire a quest'ultima il danno, pagando la penale forfettaria che era stata liquidata preventivamente nel patto, e – ciò che è più interessante – a rispettare il patto di non concorrenza fino alla scadenza del periodo di tempo indicato nel medesimo. In altre parole, la Corte condannò il lavoratore a dimettersi dalla nuova società, senza tuttavia specificare le conseguenze del mancato rispetto, da parte sua, di tale statuizione.

In un altro caso, la Corte Intermedia di Taizhou ha confermato la statuizione della Corte inferiore, che condannava un dipendente che aveva stipulato un patto di non concorrenza post contrattuale a terminare il suo nuovo rapporto da lui stipulato in violazione del patto e al risarcimento del danno, liquidato nella somma di 80,000 RMB (circa Euro 11.000). In questo caso, il lavoratore era un *manager* finanziario di una banca, con la quale aveva sottoscritto un *confidential agreement* e un *non-compete agreement* post contrattuale, con i quali l'istituto intendeva proteggere i propri segreti in materia creditizia. Il patto inibiva al lavoratore di lavorare come *manager* presso altri istituti di credito o compagnie finanziarie per due anni successivamente alla cessazione del rapporto, di fronte al pagamento di un corrispettivo quantificato in un terzo della sua ultima retribuzione annuale. Il patto prevedeva, inoltre, che in caso di sua violazione da parte del dipendente la banca avrebbe avuto il diritto di domandarne in giudizio il rispetto, pretendendo quindi che il lavoratore cessasse il suo nuovo impiego. Ed è proprio questo diritto, sancito contrattualmente, che la Corte Intermedia di Taizhou ha ritenuto essere coercibile.

Queste due pronunce segnano il mutamento di prospettiva della giurisprudenza cinese, in quanto per la prima volta non si limitano ad ordinare all'autore della violazione del patto di non concorrenza il risarcimento del danno, ma lo condannano anche a prestare le proprie dimissioni dalla nuova società, così rispettando il patto di non concorrenza.

Peraltro, nessuna delle due pronunce prende posizione sul problema relativo alla coercibilità dell'ordine giudiziale di rispettare il patto di non concorrenza. Non si pongono cioè il problema di impedire il mancato ottemperamento, da parte del lavoratore, ad esse. L'obbligazione negativa di astenersi dal trattenerne un rapporto di impiego con un determinato soggetto, così come l'ordine giudiziale *to continue to perform the non-compete agreement*, sono obbligazioni di non fare, per le quali non è possibile alcuna coercibilità.

Il legislatore italiano è intervenuto sul punto, negli ultimi anni, con l'introduzione dell'istituto delle *astreintes* (previsto all'art. 614-bis c.p.c.), recentemente modificato in chiave ampliativa, del quale è comunque esclusa, del tutto irragionevolmente³⁸⁰, l'applicazione nel contesto dei rapporti di lavoro. Nel nostro ordinamento deve cioè ritenersi preclusa la possibilità di ottenere in sede cautelare misure atipiche di coazione indiretta all'esecuzione dell'ordine di cessare l'attività concorrenziale, ponendosi a carico del lavoratore che non vi ottemperi una somma da corrispondere per ogni mese di inadempimento del suddetto ordine: ciò in quanto l'art. 614 bis c.p.c. esclude

months extra compensation in exchange for the early termination of the agreement. The court's position seems to favor the employer and puts the employee at a disadvantage. It is unacceptable to impose a non-competition duty on the employees that excessively restricts their freedom of employment. Hence the court's position is questionable" (in termini, Zengyi Xie, *Labor Law in China: Progress and Challenges*, cit., 30).

380 Esclusione definita "clamorosa e del tutto ingiustificata" da C. Cester, *I quattro regimi sanzionatori del licenziamento illegittimo tra tutela reale rivisitata e nuova tutela indennitaria*, in C. Cester (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, Cedam, 2013, 60. La critica è dovuta al fatto che "la scelta di avere limitato la reintegrazione ad ipotesi nelle quali sono in gioco diritti fondamentali del lavoratore avrebbe dovuto portare, per coerenza, a garantire la maggiore effettività possibile allo strumento di tutela", cioè, appunto, alla reintegrazione.

espressamente l'applicazione del meccanismo dell'*astreinte* in ambito lavoristico.

Neanche nell'ordinamento cinese sembra possibile rinvenire una soluzione al problema relativo alla coercibilità dell'obbligazione negativa del lavoratore di non lavorare alle dipendenze di impresa in concorrenza con il suo datore di lavoro precedente e dell'eventuale pronuncia di condanna emessa dalla corte, su istanza di quest'ultimo, di lasciare il nuovo impiego instaurato in violazione del patto di non concorrenza.

Infatti, se è vero che ai sensi dell'art. 10 delle *Interpretations* del 2013 della Suprema Corte, l'organo giudiziario adito dal datore di lavoro deve accogliere la richiesta di questi di condanna del lavoratore, oltre al pagamento della penale convenuta al momento della stipulazione del patto, anche a *to continue to fulfill the non-competition duty according to the agreement*, è altresì vero, però, che neanche tale disposizione specifica gli strumenti a disposizione del datore di lavoro, creditore della prestazione oggetto dell'obbligazione di non fare del lavoratore, per ottenerne l'esecuzione in forma specifica. Invero, l'unica strada per ottenere che il lavoratore continui ad ottemperare all'obbligazione negativa prevista a suo carico per effetto del patto di non concorrenza, consiste nel costringerlo a dare le dimissioni dalla nuova azienda che opera in concorrenza con il datore di lavoro ricorrente. Ma come può l'ordinamento ottenere le dimissioni forzate di un lavoratore? L'unico modo, si capisce, sarebbe ricorrere all'istituto delle *astreintes* in modo da ottenere l'adempimento spontaneo³⁸¹ all'ordine del Giudice di lasciare il nuovo impiego, ma in mancanza di espressa disposizione in tal senso la possibilità di ottenere un siffatto risultato appare quantomeno dubbia.

Ancora, occorre dare atto che nelle ipotesi in cui il *non-compete agreement* non rispetti integralmente le prescrizioni normative sopra analizzate, non può peraltro predicarsene la nullità in modo automatico.

Così, il datore di lavoro non può fare automatico affidamento sulla nullità assoluta del patto di non concorrenza per il fatto che esso non preveda il pagamento di un corrispettivo a favore del lavoratore. Pur nel silenzio della *Employment Contract Law* sul punto, se il lavoratore è in grado di dimostrare di aver rispettato le limitazioni professionali stabilite dal patto di non concorrenza post contrattuale³⁸² nonostante la sua invalidità genetica, le Corti ritengono che sarebbe profondamente iniquo dichiarare la nullità assoluta del patto e, così, che nulla spetta al lavoratore. Si assiste così, in tale ambito, all'introduzione – del tutto inconsapevole, se così si può dire, cioè senza riflessione dogmatica e sistematica – del principio della **nullità relativa**³⁸³, categoria giuridica da tempo già sperimentata in Europa dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea³⁸⁴.

381 Molto icastica è l'arguzia del mio Maestro di Diritto Processuale Civile, il Prof. Claudio Consolo, che nel commentare le *astreintes* nel manuale che aveva predisposto per noi studenti frequentanti il suo corso all'Università di Padova, aveva esemplarmente osservato come in realtà esse – che consistono nel prevedere la condanna del debitore che non adempie spontaneamente all'ordine del Giudice di effettuare una certa prestazione al pagamento di una somma di denaro in misura crescente al tempo per il quale egli persiste a mantenersi in atteggiamento di contrarietà alla pronuncia di condanna giudiziale – mirino, più che ad un adempimento *spontaneo* da parte del debitore, ad un suo adempimento *spintaneo*, nel senso che egli sarebbe convinto ad eseguire la sentenza di condanna a fare o non fare infungibile... solo per non essere *spinto* a pagare l'importo sanzionatorio con la cui condanna l'*asteinte* viene ad identificarsi – cfr. C. Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Vol. 3, *Il giudizio di primo grado e le impugnazioni delle sentenze*, Giappichelli, 2011, 71.

382 Ad esempio dimostrando di aver ricevuto proposte da un'impresa in concorrenza con il precedente datore di lavoro nelle mansioni o per l'ambito territoriale indicato nel patto e di averla rifiutata in ottemperanza allo stesso.

383 Denominata in dottrina anche con la locuzione "nullità di protezione", la nullità relativa costituisce un'ipotesi di nullità del contratto che, contrariamente alla regola generale, può essere fatta valere solo da determinati soggetti. "Il concetto di nullità relativa risulta strettamente ed intimamente collegato al concetto di nullità di protezione; categoria, questa, che ricorre in quelle ipotesi in cui la nullità è comminata per l'inosservanza di norme poste a tutela del contraente che versi secondo la legge in condizione di debolezza rispetto alla controparte contrattuale. Dal momento che, in tali ipotesi, la pronuncia di nullità potrebbe in concreto danneggiare la parte che la legge vuole proteggere, il legislatore riserva al solo contraente protetto il potere di fare valere la nullità, negandolo alla controparte: il limite alla legittimazione attiva si salda allora con la ratio protettiva della norma, che verrebbe vanificata ove fosse consentito di

In estrema sintesi, la nullità relativa costituisce una categoria introdotta a livello giurisprudenziale prima e solo in un secondo momento recepita da singole e ben specifiche disposizioni normative, in base alla quale nei contratti caratterizzati da una diversa forza contrattuale tra le parti (l'esempio tipico è rappresentato, nell'ordinamento italiano, dai contratti conclusi con i consumatori), la presenza di una causa di nullità non rileva se non in tanto in quanto serva a tutelare la c.d. parte debole.

Allo stesso modo, l'orientamento invalso tra le più autorevoli Corti cinesi (tra cui quella di Pechino e quella di Shanghai) non reputa conforme ad equità che la presenza di una causa di nullità di un *non-compete agreement* possa andare a detrimento di un lavoratore che a tale *agreement* abbia conformato la propria condotta senza avere il diritto di ricevere un corrispettivo: soprattutto alla luce del fatto che la causa di nullità non dipende da sua colpa o da sua responsabilità (anzi, il testo del patto provenendo, nella generalità dei casi, da parte datoriale, è a quest'ultima che bisogna ricondurre la paternità della causa di nullità, che d'altronde proprio al datore porterebbe dei vantaggi).

Così, le Corti che aderiscono a tale orientamento ritengono che la mancanza di un corrispettivo nel patto sia una patologia negoziale incapace di portare automaticamente alla nullità dell'accordo, e di conseguenza lo riconducono ad equità "introducendovi" il pagamento di un corrispettivo, perlopiù quantificato nella misura del 30% della retribuzione media mensile goduta dal dipendente nei 12 mesi precedenti, per ogni mese di durata indicata nel patto.

Adirittura, tale orientamento è stato "ufficializzato" dall'*Interpretation (IV) of the Supreme People's Court of Several Issues on the Application of Law in the Trial of Labor Dispute Cases* del 2013, il cui art. 6 – come sopra visto – prevede che nel caso in cui il patto di non concorrenza post contrattuale non preveda l'entità del corrispettivo, esso andrà quantificato dal Giudice in misura pari al 30% dell'ultima retribuzione in godimento al lavoratore.

Il patto di opzione e la clausola di recesso unilaterale

Si pone poi la questione, così in Cina come in Italia, relativa alla legittimità delle clausole con cui il datore di lavoro si riserva la facoltà di recedere unilateralmente dal patto di non concorrenza post contrattuale, alla data della cessazione del rapporto di lavoro o anche successivamente, o che riservano al datore di lavoro il diritto di scegliere se avvalersi o meno del patto (diritto di opzione) per il periodo successivo alla cessazione del rapporto.

Una tale facoltà, se riconosciuta, porrebbe l'inconveniente, in capo al lavoratore, di perdere il benefit economico collegato ad un sacrificio (l'impossibilità di trovare un impiego in determinate posizioni o presso determinate imprese nella valorizzazione della propria professionalità, già sperimentata presso il datore di lavoro precedente) che però egli ha già sostenuto. Infatti,

- nel caso in cui il recesso dal patto di non concorrenza da parte del datore di lavoro avvenga *durante* lo svolgimento del rapporto, il dipendente non potrà godere di una somma precedentemente pattuita su cui invece poteva fare affidamento, e nel contempo può aver perso occasioni di trovare un impiego più favorevole in ambiti professionali inibiti dal patto di non concorrenza;
- nel caso invece in cui il datore di lavoro receda dal patto di non concorrenza in un momento *successivo* all'estinzione del rapporto di lavoro, l'ex dipendente si troverà ad aver perso occasioni di un nuovo impiego – in quanto nella ricerca di un nuovo impiego avrà giocoforza dovuto evitare di prendere in considerazione attività lavorative nelle posizioni considerate nel patto – e non potrà neanche godere del pagamento del corrispettivo, nell'ipotesi in cui se ne fosse previsto un adempimento frazionato (a cadenza mensile) da

dedurre la nullità anche a soggetti diversi da quello destinatario della tutela" (G. Chiné – M. Fratini – A. Zoppini, *Manuale di diritto civile*, Nel Diritto Editore, 2014, 1296).

384 Corte di Giustizia UE, 27 giugno 2000, C-240/98, *Océano Grupo Editorial SA*; Corte di Giustizia UE, 26 ottobre 2006, C-168/05, *Mostaza Claro*.

parte del datore di lavoro.

Proprio a causa della causazione di tale pregiudizio in capo al lavoratore, la giurisprudenza italiana tende perlopiù ad escludere la liceità di un recesso dal patto di non concorrenza da parte del datore di lavoro³⁸⁵, ma solo nel caso in cui essa sia **esercitabile anche dopo la cessazione del rapporto**.

Secondo la giurisprudenza, quindi, la facoltà di recedere da un patto di non concorrenza attribuita esclusivamente al datore di lavoro, che possa esercitarla anche successivamente alla fine del rapporto di lavoro, rende nulla la clausola per contrasto con l'art. 2125 c.c., in quanto rende indeterminato sotto il profilo temporale l'obbligo assunto dal lavoratore e il corrispondente obbligo del datore di lavoro di pagare il corrispettivo.

La clausola di recesso unilaterale come pure la clausola con diritto di opzione sono, invece, pienamente **legittime** se si prevede la possibilità del recesso ovvero l'esercizio del diritto di opzione **entro la fine del rapporto di lavoro**.

In tal caso, infatti, il lavoratore viene messo nella possibilità di conoscere preventivamente la vigenza temporale dell'obbligo e la conseguente corresponsione del corrispettivo, mentre nel caso in cui il datore di lavoro si avvalga della facoltà di recesso il lavoratore riconquista la propria libertà di lavoro di cui aveva accettato la compressione soltanto dietro il pagamento di un corrispettivo³⁸⁶. Le Corti cinesi, invece, che non operano questa distinzione, in un primo momento consideravano invalide *tout court* le clausole che stabiliscono il diritto di recesso o il diritto di opzione a favore del datore di lavoro, a prescindere dalla collocazione temporale di tale diritto prima o dopo la cessazione del rapporto di lavoro.

Così, si affermava che il *non-compete agreement* fosse egualmente vincolante per entrambe le parti che lo hanno sottoscritto, e ciò sino alla scadenza concordata. Nel caso di recesso *ante tempus* da parte del datore di lavoro, pertanto, anch'egli (come il lavoratore nel caso di sua violazione) sarebbe stato tenuto al pagamento di una penale, che molte Corti locali quantificavano nella somma che sarebbe comunque spettata al lavoratore per effetto del patto.

Tuttavia, sul punto è intervenuta in senso innovatore la Suprema Corte di Pechino con le c.d. *Interpretations (IV)* del 2013 già richiamate.

L'art. 9 di tale documento stabilisce che “*where the employer requests the rescission of a non-competition agreement during the non-competition period, the people’s court shall support such a request*”; in tal caso, però, il lavoratore avrà diritto al pagamento di **tre mensilità di retribuzione**, a titolo di indennità per il sacrificio sofferto: “*If the employee claims an additional three-month economic indemnity for non-competition from the employer during the rescission of the non-competition agreement, the people’s court shall support such a claim*”.

La Corte Suprema, pertanto, **ammette la possibilità per il datore di lavoro di recedere dal patto di non concorrenza post contrattuale anche dopo l'estinzione del rapporto di lavoro**; in tale caso, però, il lavoratore avrà diritto al pagamento di tre mensilità del corrispettivo goduto in virtù del patto medesimo, quale sorta di penale per la perdita di efficacia del patto³⁸⁷.

385 Cfr. Corte di Cass., 8 gennaio 2013, n. 212, secondo cui “*la previsione della risoluzione del patto di non concorrenza rimessa all'arbitrio del datore di lavoro concreta una clausola nulla per contrasto con norme imperative*”, con la conseguenza che “*non può essere attribuito al datore di lavoro il potere unilaterale di incidere sulla durata temporale del vincolo o di caducare l'attribuzione patrimoniale pattuita*”.

386 Cfr., per esempio, Trib. Milano, 30 maggio 2007; Trib. Milano, 1° agosto 2009.

387 La stessa conclusione, secondo l'art. 8 delle *Interpretations*, si avrà nel caso in cui il datore di lavoro, che pur non abbia dichiarato formalmente di recedere dal patto di non concorrenza, abbia omesso di versare il corrispettivo per un periodo non inferiore a tre mesi. In tal caso sorge il diritto del lavoratore a domandare la risoluzione giudiziale del patto di non concorrenza unitamente alla condanna del datore di lavoro al pagamento delle tre mensilità di retribuzione: “*where the employer does not pay the compensation for three months, and the employee requests that the non-competition clause be terminated, the request should be supported by the court*”. Si tratta del caso speculare a quello contemplato dall'art. 9: qui è il lavoratore che intende porre termine al patto di non concorrenza, e così “riacquistare” la propria “libertà” di impiego, quale conseguenza, però, di un inadempimento datoriale protrattosi per almeno tre mesi. Il che, *a contrario*, significa anche che il mancato versamento del corrispettivo per una o due mensilità deve essere tollerato dal lavoratore, il quale non può chiedere la risoluzione del patto prima, appunto, che sia decorso il periodo di tre mesi di mancato pagamento del corrispettivo: “*under this rule, if non-payment persists for less than three months,*

Tuttavia, tale orientamento, nonostante l'autorevolezza dell'organo giudiziario che lo ha affermato, non viene condiviso pienamente da tutte le Corti.

Per esempio, sulla questione sono intervenute l'Alta Corte del Popolo e la Commissione Arbitrale per le controversie di lavoro della Provincia del Zhejiang, le quali con un recentissimo provvedimento congiunto – le *Answers to Questions on Trial of Labor Disputes (IV)*, pubblicato il 30 dicembre 2016 – sono intervenute in tale materia in maniera parzialmente discordante rispetto a quanto affermato dalla Suprema Corte.

Questa, infatti, aveva previsto che il datore di lavoro che, al momento dell'estinzione del rapporto, decida di svincolarsi dal patto di non concorrenza post contrattuale, debba corrispondere al dipendente una penale di importo pari a tre mensilità della retribuzione in godimento a quest'ultimo. La Suprema Corte non individua eccezioni a tale regola.

Secondo le c.d. *Answer (IV)* da quest'anno in vigore nel Zhejiang, invece, il datore di lavoro può, al momento dell'estinzione del rapporto di lavoro (qualsiasi ne sia la causa, tanto in caso di licenziamento quanto in caso di dimissioni del lavoratore, o di risoluzione consensuale, o di scadenza del termine apposto al contratto a tempo determinato) estinguere anche il patto di non concorrenza post contrattuale, senza dover pagare le tre mensilità aggiuntive di retribuzione a titolo di penale, ma nel solo caso in cui tale facoltà sia espressamente prevista a suo favore nel patto di non concorrenza medesimo. In tal caso, infatti, secondo l'Alta Corte e la Commissione Arbitrale Provinciale del Zhejiang, il lavoratore era pienamente consapevole fin dal momento della conclusione dell'accordo che esso sarebbe potuto essere risolto unilateralmente dalla controparte datoriale, e quindi non sarebbe da paventare il rischio per cui egli, in caso di risoluzione unilaterale da parte del datore di lavoro, si troverebbe nella sfavorevole situazione di aver dovuto rinunciare ad occasioni favorevoli di lavoro senza poter neanche godere del corrispettivo del patto.

In altri termini, le *Answer (IV)* introducono un'eccezione alla regola posta dalla Suprema Corte, ritenendo che il datore di lavoro che risolva unilateralmente il patto di non concorrenza sia tenuto a versare la penale, a meno che – e questa è l'eccezione – le parti avessero espressamente previsto tale diritto potestativo di risoluzione unilaterale³⁸⁸.

Per il resto, comunque, le *Answer (IV)* concordano con le *Interpretations* della Suprema Corte, soprattutto laddove affermano che la facoltà estintiva del patto di non concorrenza possa essere esercitata dal datore di lavoro entro e non oltre il momento in cui il rapporto di lavoro viene meno; nel caso in cui parte datoriale estingua il patto in seguito a tale momento, dovrà comunque corrispondere al lavoratore il corrispettivo contrattualmente previsto.

3.2.5 L'invalidità del contratto di lavoro ai sensi dell'art. 26, paragrafo 1, num. 1), della *Employment Contract Law* (“Il contratto di lavoro risulta invalido per le circostanze specificate all'art. 26, paragrafo 1, num. 1), della presente Legge”)

then the employee can only request that the employer pay the compensation but not the termination of the agreement”: Zengyi Xie, *Labor Law in China: Progress and Challenges*, cit., 29. Il decorso di tre mesi del periodo di mancato pagamento del corrispettivo dovuto, così, viene a costituire il requisito della intollerabilità dell'inadempimento che può condurre alla risoluzione del negozio da parte del creditore.

³⁸⁸ Si tratta, tecnicamente, del diritto di recesso contrattualmente determinato dalle parti al momento della stipulazione del patto, ai sensi del paragrafo 2 dell'art. 93 della *Contract Law*, ai sensi del quale “*the parties may prescribe a condition under which one party is entitled to terminate the contract. Upon satisfaction of the condition for termination of the contract, the party with the termination right may terminate the contract*”. La dottrina civilistica cinese definisce tale clausola come una “*agreed condition*”, la quale “*involve the events agreed upon by the parties in a contract, an occurrence of which would enable a party to dissolve the contract [...] to give a party the right to end the contract upon satisfaction of the conditions provided by the parties. Note that the agreed conditions are the events that may happen in the future*”; in tal senso Mo Zhang, *Chinese Contract Law: Theory and Practice*, Boston, 2006, 258.

La quinta ipotesi di licenziamento senza preavviso contemplata dall'art. 39 della *Employment Contract Law* è difficilmente interpretabile come fattispecie di licenziamento disciplinare.

La disposizione in esame, infatti, rinvia ad una delle cause di invalidità – e conseguente inefficacia³⁸⁹ – del rapporto di lavoro previste dall'art. 26 della medesima legge. Tale ipotesi, come si vedrà subito, configura un'inefficacia del contratto di lavoro non necessariamente addebitabile al lavoratore.

L'art. 26, paragrafo 1, num. 1), della *Employment Contract Law*, al quale rinvia il num. 5) dell'art. 39, individua la seguente ipotesi di inefficacia del contratto: “*a party employs the means of deceptions or coercion or takes advantages of the other party's difficulties to force the other party to conclude a labor contract or to make an amendment to a labor contract, which is contrary to his will*”.

Il num. 1) dell'art. 26, considerato dall'art. 39 quale circostanza costitutiva del potere del datore di lavoro di recedere dal rapporto senza preavviso e senza pagamento di alcuna compensazione di natura economica, individua l'ipotesi in cui una qualsiasi delle parti ricorra a strumenti di coercizione diretta od indiretta nei confronti dell'altra parte per condurla alla stipulazione del contratto o alla modificazione di una clausola dello stesso contrariamente alla sua volontà.

A rigore, la fattispecie prende in considerazione tanto il caso in cui la condotta coercitiva sia posta in essere dal lavoratore, quanto il caso in cui essa sia tenuta dal datore di lavoro³⁹⁰.

A ben vedere, tuttavia, è possibile ritenere che ai fini dell'art. 39 venga in rilievo solo la fattispecie in cui sia stato il lavoratore ad agire con *deceptions*³⁹¹, o con *coercition*³⁹², o traendo vantaggio dalle difficoltà del datore di lavoro³⁹³, al fine di ottenere la conclusione del contratto di lavoro con quest'ultimo.

L'ipotesi opposta, infatti, in cui sia stato il datore a costringere il lavoratore a concludere il contratto – pur apparendo di maggiore possibilità di realizzazione pratica – non appare coerente con l'art. 39, essenzialmente per i seguenti motivi:

(i) in primo luogo, in quanto l'ipotesi considerata dall'art. 26, e rilevante per l'art. 39, deve rappresentare un'ipotesi legittimatrice del licenziamento senza preavviso, e non avrebbe senso –

389 L'art. 26 recita che 下列劳动合同无效或者部分无效, xiàliè láodòng hétong wúxiào huòzhě bùfēn wúxiào, letteralmente: [nei casi] riportati sotto, il contratto di lavoro non ha effetto o parzialmente non ha effetto. Il termine relativo all'**inefficacia** è 无效, wúxiào, composto dagli elementi caratteriali 无, wú, “non”, e 效, xiào, “effetto, efficacia” (tanto che il termine “efficace” in cinese è tradotto con 有效, yǒuxiào, lett. “ha effetto”). L'art. 26, dunque, designa ipotesi in cui il contratto di lavoro non ha effetto: un'inefficacia di natura di volta in volta genetica (come nel caso dell'ipotesi 1, in cui è la costituzione del rapporto a costituire la ragione invalidante del contratto) ovvero funzionale (come nel caso dell'ipotesi 2, in cui il contratto è stato stipulato regolarmente ma l'inefficacia deriva da mancanze delle parti in ordine alla responsabilità gestoria del rapporto).

390 A prescindere dalla paternità della responsabilità relativamente alla causa di invalidità del contratto di lavoro, l'art. 86 della *Employment Contract Law* prevede in capo alla parte responsabile l'obbligo di risarcimento del danno eventualmente cagionato alla controparte. Un danno che, nel caso in cui – come si sostiene nel testo – il responsabile della causa di invalidità sia il prestatore di lavoro, potrà consistere, in primo luogo, nelle spese inutilmente sostenute dalla parte datoriale legate all'instaurazione di un rapporto di lavoro invalido, spese di natura amministrativa ovvero legate al processo di selezione del dipendente (cioè alla fase di *recruitment*) ovvero ancora all'eventuale *training* offerto al lavoratore.

391 欺诈, qīzhà, “inganno”. Si può ritenere che in tale ambito siano suscettibili di rientrare tutti i comportamenti del lavoratore, volti all'ottenimento del posto di lavoro, connotati da un'attività di natura genericamente fraudolenta: si pensi al caso in cui il lavoratore falsifichi un attestato o il certificato di un titolo di studio considerati quali requisiti o quali titoli preferenziali nelle condizioni di *recruitment* pubblicate dall'azienda ai fini dell'ottenimento del posto di lavoro.

392 胁迫, xié pò, “forza”, “coercizione”. È proprio con riferimento a quest'ultimo metodo che è difficile concepire l'evenienza pratica della fattispecie considerata, nel senso della stipulazione del contratto di lavoro grazie al ricorso alla forza da parte del lavoratore.

393 乘人之危, chén rén zhī wēi, “trarre vantaggio dalle difficoltà di una persona”. Espressione che costituisce l'omologa di una delle cause che il codice civile italiano contempla per chiedere la rescissione del contratto, anche se nella legge cinese il concetto appare appena abbozzato e privo delle specificazioni contenute nella legge italiana.

proprio dal punto di vista pratico – immaginare un licenziamento senza preavviso intimato dal datore di lavoro nel caso in cui sia stato proprio questo soggetto a forzare il lavoratore a lavorare al suo servizio. A ragionare così, ne verrebbe travolto il necessario rapporto consequenziale tra causa ed effetto (il datore di lavoro ha costretto il lavoratore, con *deception* o con *coercition* o approfittando delle sue difficoltà, a lavorare per lui, e quindi... lo licenzia! Ma allora, perché avrebbe dovuto porre in essere l'attività coercitiva o fraudolenta per instaurare un rapporto di lavoro che poi proprio in ragione della natura di tale attività, da lui stesso posta in essere, sarebbe legittimato a risolvere? È evidente che tale ipotesi sarebbe priva di alcun senso logico).

(ii) In secondo luogo, nel caso di invalidità del contratto di lavoro per ragioni genetiche, come per l'appunto per il fatto che il lavoratore sia stato costretto a lavorare con la forza o indotto con l'inganno o spinto da difficoltà ed esigenze economiche delle quali la controparte datoriale ha approfittato, è chiaro che il dipendente stesso debba essere tutelato dalla legge, e non esposto ad un licenziamento senza preavviso e pure senza pagamento dell'indennità di fine rapporto di cui all'art. 46! In caso di utilizzo di mezzi coercitivi o fraudolenti per la stipulazione del contratto di lavoro, sussiste la facoltà del lavoratore di dimettersi per giusta causa, non certo l'esposizione del medesimo ad un atto estintivo proveniente dalla medesima controparte che lo ha ingaggiato con mezzi illeciti!

(iii) Inoltre, l'art. 88 della *Employment Contract Law* prevede che il datore di lavoro che abbia forzato il lavoratore a svolgere una qualsiasi attività lavorativa ricorrendo alla violenza, a forme di intimidazione e di minacce o alla restrizione della libertà personale del lavoratore medesimo, sia soggetto a sanzioni di carattere amministrativo e sottoposto a procedimento penale nel caso in cui la sua condotta configuri gli estremi di un reato; è previsto altresì il suo obbligo al risarcimento di tutti i danni subiti dal lavoratore che sia stato vittima di tali mezzi di coercizione diretta od indiretta. Ne risulta anche per tale via l'impossibilità di conciliare una disposizione sanzionatoria nei confronti del datore di lavoro come l'art. 88 con il combinato disposto tra l'art. 39 e l'art. 26, interpretato come riferentisi alla possibilità del datore di lavoro di licenziare in tronco il dipendente dopo che egli stesso lo aveva costretto a lavorare con i mezzi illeciti indicati nella norma.

Per tali motivi, è da ritenere che l'ipotesi di licenziamento contemplata dall'art. 39, num. 5), mediante il rinvio alla causa di inefficacia del contratto di lavoro di cui all'art. 26, num. 1), sussista nel caso in cui il lavoratore³⁹⁴ abbia posto in essere un'attività coercitiva o fraudolenta nei confronti del datore di lavoro per concludere il contratto, o abbia approfittato della situazione di difficoltà in capo a quest'ultimo³⁹⁵ per ottenere l'assunzione.

394 Tale conclusione è pacifica in dottrina: cfr. R. Brown, *Understanding Labor and Employment Law in China*, cit., 156: “*The Labor Contract Law prohibits the use of deception or coercion by an employee to induce the making of a labor contract*”.

395 Come può avvenire, per esempio, nell'ipotesi in cui il lavoratore falsifichi dei documenti per ottenere il posto di lavoro, o nel caso di indicazione fraudolenta di competenze all'interno del *curriculum vitae*. Può segnalarsi la pronuncia della Corte di Pechino, Distretto di Chongwen, del novembre 2007, che ha dichiarato la legittimità del licenziamento intimato a seguito della scoperta dell'azienda che il lavoratore, prima di essere assunto, aveva dichiarato il falso all'interno del suo *curriculum vitae*, dichiarandosi fornito di competenze delle quali invece si era provato fosse irrimediabilmente sprovvisto; in un caso simile, era stato dichiarato legittimo il licenziamento intimato ad un neo-professore universitario che nel suo *curriculum* aveva falsamente indicato delle pubblicazioni accademiche che invece non erano sue (cfr. Vivian Wu, *University Fires Fibbing Professor*, South China Morning Post, 28 marzo 2006). Nonostante tali precedenti, comunque, l'orientamento giurisprudenziale maggioritario è molto rigido nel riconoscere la legittimità di un licenziamento intimato a causa di una infedele dichiarazione all'interno del *curriculum vitae* da parte del lavoratore, richiedendo, ai fini dell'applicabilità dell'art. 39, num. 5), che tale infedeltà si sia tradotta in una vera e propria opera fraudolenta, senza limitarsi ad un mero “abbellimento” delle proprie competenze da parte del candidato. Si pensi alla seguente fattispecie. Nel gennaio 2013, il Sig. Han era stato assunto da un'azienda manifatturiera di Tianjin come *general manager*. A seguito dell'assunzione, tuttavia, a causa delle scarse competenze manageriali dimostrate dal lavoratore, la società cominciò a dubitare della genuinità di quanto da lui dichiarato nel suo *curriculum*, e a seguito di approfondite indagini venne a conoscenza del fatto che le esperienze lavorative pregresse indicate dal Sig. Han nel suo *curriculum* erano inventate. Per tale motivo, la società licenziò il lavoratore, tanto sulla base dell'art. 39, num. 2), essendo prevista nell'*handbook* aziendale la previsione della licenziabilità del dipendente che aveva fornito all'azienda, a fini assuntivi, un *curriculum* falso, quanto ai sensi dell'art. 39, num. 5), ritenendo che la condotta di Han

Se questo è vero, francamente l'ipotesi considerata appare davvero un'ipotesi di scuola, in quanto non si vede come (soprattutto in un contesto industriale quale quello cinese) il lavoratore abbia la possibilità di concludere un contratto di lavoro atteggiandosi con prepotenza – nelle modalità più volte ricordate – nei confronti della controparte imprenditoriale. Al limite potrebbe prevedersi il ricorso, da parte del dipendente ed in chiave funzionale all'ottenimento del posto di lavoro, a pratiche fraudolente (che potrebbero rientrare nell'attività di *deception*), e del quale il datore di lavoro si accorga in un momento successivo all'instaurazione del rapporto, così maturando la facoltà di provvedere alla sua estinzione.

Un altro caso di licenziamento senza preavviso e senza pagamento di indennità economica è previsto dall'art. 5 del *Regulation on the implementation of the Employment Contract Law*.

Tale norma prevede che “*where any employee, after being notified by the employer in writing, fails to conclude a written employment contract with the employer within one month from the day when he is employed, the employer shall terminate the employment relationship with the employee and notify the employee in writing, in which case, the employer is not required to make any economic compensation to the employee, but shall pay the employee for his actual working time*”.

Ritengo opportuno parlare di tale disposizione in questo punto della trattazione in quanto mi sembra un'ipotesi per così dire affine a quella del num. 5) dell'art. 39 della *Employment Contract Law*.

Nell'art. 5 del *Regulation on the implementation*, invero, non viene in rilievo un'ipotesi di invalidità del contratto; tale disposizione prende in considerazione la fattispecie in cui il lavoratore, pur sollecitato dal datore di lavoro, non si rechi a sottoscrivere il contratto di lavoro e sia così impossibile procedere alla sua formalizzazione in forma scritta, nel rispetto della legge.

Si ricordi infatti che, come sinteticamente accennato in apertura del presente lavoro, lo scopo principale dell'intervento normativo varato dal Governo Cinese nel 2007 e sfociato nella *Employment Contract Law* consisteva nell'instaurazione di un sistema giuslavoristico basato sulla stipulazione di un contratto di lavoro dotato di forma scritta. La legge, pertanto, prevede pesanti sanzioni a carico dei datori di lavoro che continuino ad impiegare dipendenti senza la formalizzazione di un contratto di lavoro per iscritto.

Sebbene l'*enforcement* della *Employment Contract Law* sia ancora tutta da dimostrare, vi è stato quindi negli ultimi anni un ricorso sempre maggiore alla stipulazione di contratti di lavoro in forma scritta, anche allo scopo di evitare le ricadute sanzionatorie stabilite dalla legge nel caso di inosservanza del nuovo requisito formale.

Ecco quindi che il datore di lavoro che intenda rispettare l'onere di stipulare il contratto in forma scritta ma che materialmente non vi riesca per l'inerzia del dipendente neo-assunto che non si rechi presso la sede dell'azienda per sottoscrivere il contratto, o che per altri motivi si rifiuti di procedere

fosse idonea a porre in essere quella frode contemplata dall'art. 26, al quale la norma richiamata rinvia. Il licenziamento fu ritenuto illegittimo tanto in sede arbitrale quanto in sede giudiziale, sia dalla Corte di base che, in ultima istanza, dalla Corte Intermedia di Tianjin. Per quanto è di interesse in questa sede, la Corte Intermedia ritenne che la società non potesse assumere di essere stata vittima di un'attività fraudolenta da parte del lavoratore, in quanto, sebbene quest'ultimo senza dubbio avesse esagerato *pro domo sua* le proprie competenze, non poteva ritenersi soddisfatta la prova relativa a una più grave opera di modificazione della realtà in grado di intervenire in modo decisivo sulla formazione della volontà e del processo decisionale da parte della società. Inoltre, la Corte ritenne sussistente anche una certa negligenza della società nell'affidare un ruolo importante quale quello di *general manager* ad un candidato senza richiedergli referenze da parte dei suoi precedenti datori di lavoro prima dell'assunzione; ed è stata tale negligenza, secondo la Corte, a rivestire un ruolo determinante ai fini dell'assunzione, piuttosto che la mera esagerazione da parte del candidato delle proprie competenze professionali. Per tale motivo, non essendo stata ritenuta raggiunta la prova relativamente alla sussistenza di un'attività fraudolenta, il licenziamento è stato ritenuto illegittimo. Nello stesso senso si pone una sentenza del 2010 della Corte di Shanghai, Distretto di Minhang, in una fattispecie in cui la scoperta, da parte della società, delle infedeltà contenute nel *curriculum* presentato dal lavoratore prima dell'assunzione, e il conseguente licenziamento, fossero intervenuti a notevole distanza dall'assunzione, e in tale lasso temporale il lavoratore aveva svolto le sue attività in maniera irreprensibile, tanto che il suo contratto era stato rinnovato per due volte, oltretutto con un aumento della retribuzione.

alla formalizzazione del rapporto, deve avere a sua disposizione uno strumento che gli permetta di porre fine ad una situazione di contrarietà al dato normativo che in nessun modo dipende da sua colpa ma che potrebbe esporlo a conseguenze sanzionatorie, dal punto di vista amministrativo, a suo carico.

Trattasi forse di un'ipotesi residuale rispetto a quanto accade nella pratica, in cui è molto più frequente che la mancata formalizzazione del contratto di lavoro dipenda da volontà del datore di lavoro di tenere occulto il rapporto³⁹⁶. Ad ogni modo, nel caso preso in considerazione dall'art. 5 l'iniziativa di sottoscrivere il contratto nel rispetto della legge proviene da parte datoriale, la quale – per mettersi al riparo da iniziative del lavoratore e da possibili sanzioni – ha tutto l'interesse ad invitare il lavoratore a recarsi in azienda per ottemperare all'obbligo di legge.

Al datore di lavoro conviene porre in essere tale invito in forma scritta e notificarlo al lavoratore, in modo che se questo entro il mese non provvede ad ottemperare all'invito potrà essere licenziato.

In tal caso l'estinzione sembra prescindere da connotazioni sanzionatorie od economiche; difficilmente cioè potrebbe essere inserita in una delle due macro-categorie previste nell'ordinamento italiano del licenziamento disciplinare e del licenziamento per giustificato motivo oggettivo. Trattasi piuttosto di un'ipotesi a sé stante di recesso, la cui facoltà per il datore di lavoro sembra essere prevista dalla legge allo scopo di tutelare il medesimo dalle possibili conseguenze pregiudizievoli che potrebbero derivare a suo carico per effetto della mancata formalizzazione del contratto che, però, non dipende da lui³⁹⁷.

Ipotesi contigua a questa è quella prevista dalla seconda parte dell'art. 6 del *Regulation on the implementation of the Employment Contract Law*, il quale, insieme al successivo art. 7, regola la situazione più tipica in cui è il datore di lavoro a non curarsi di provvedere alla stipulazione per iscritto del contratto di lavoro.

396 Del resto, come notato da autorevole dottrina (G. Pisacane, *Study on Employment Termination by Employer in China*, in <http://www.altalex.eu/content/study-employment-termination-employer-china-part-2>, 2013), nella pratica spesso avviene non tanto che il lavoratore ometta di sottoscrivere il contratto di lavoro per una mera inerzia, come indicato nel testo e come dato per presupposto dalla disposizione citata, quanto che egli rifiuti di stipulare un contratto in quanto quest'ultimo contenga disposizioni particolarmente sfavorevoli nei suoi confronti (o addirittura contrarie a disposizioni di legge o di regolamento). In tal caso, per scongiurare il licenziamento il lavoratore è onerato della difficile prova relativa alla sussistenza di una forma di coercizione, diretta od indiretta, da parte del datore di lavoro nella stipulazione di quel regolamento contrattuale per lui così sfavorevole: “*However, these kinds of violations can ultimately only be challenged if workers file and prove their claims in a labor arbitration. In addition, labor inspectors do not have the capacity to review the content of contracts and will not interfere with the contract formation process unless a complaint is filed. They generally do not intervene, even if the local form contracts are inconsistent with the law. In addition, defects in the content or formalization of a contract may make legal challenges even more difficult or allow an employer to evade responsibility altogether. For example, if a worker challenged a contract that provided for the ‘wrong’ wage amount, the worker would have to show that the contract was coerced. The employer could argue that the parties negotiated lower compensation in exchange for the security of a written agreement. If instead the employee refused to sign the contract and the employer terminated him or her as a result, the Labor Contract Law would uphold this termination due to the employee’s refusal to sign. To avoid this the employee would again have to show there had been coercion. Although some local courts have demonstrated a willingness to sanction employers who engage in such practices, these cases raise difficult evidentiary issues and will generally be harder to resolve. In addition, since all contract modifications must now be in writing, employees cannot rely on separate commitments to ‘repair’ deficiencies in the written contract once a legal dispute arises. This problem is evidenced in surveys showing that many employees are still not provided with a copy of their contract as required by the Labor Contract Law. As a result, identifying and challenging illegal contract terms or other workplace practices becomes even more difficult*”.

397 La natura non sanzionatoria della fattispecie in esame a mio avviso è ricavabile, oltre che dalla *ratio* della norma, anche da ragioni di natura topografica, posto che se il legislatore avesse previsto l'ipotesi di recesso di cui si tratta quale conseguenza per un inadempimento disciplinarmente rilevante commesso dal lavoratore, probabilmente l'avrebbe inserita all'interno dell'art. 39 della *Employment Contract Law*, che contiene una serie di ipotesi in cui il datore può licenziare in tronco il dipendente proprio quale reazione ad una sua condotta non tollerabile. In questo caso, invece, la collocazione della norma all'interno della serie di articoli del *Regulation on the implementation* dedicati alla forma scritta del contratto e alle conseguenze del mancato rispetto del requisito formale, mi induce a ritenere che essa preveda una ipotesi per così dire a sé stante, svincolata, come si diceva in testo, da connotazioni disciplinari, ma volta solo a tutelare il datore di lavoro che a causa dell'inerzia del lavoratore neo-assunto rischierebbe di subire delle sanzioni economiche per la mancata formalizzazione per iscritto del contratto di impiego.

L'art. 6, nella sua prima parte, stabilisce la sanzione a carico del datore di lavoro per il caso di mancata stipulazione del contratto in forma scritta entro un mese dall'assunzione ma non oltre un anno dalla medesima³⁹⁸, sanzione che consiste nel pagamento a favore del dipendente di una indennità pari al doppio dello stipendio spettante per il periodo lavorato.

L'art. 6 prosegue poi prevedendo che nel caso in cui sia il dipendente a rifiutarsi di concludere il contratto in forma scritta, *“the employer shall terminate the employment relationship, notify the employee in writing, and make economic compensations to the employee according to Article 47 of the Employment Contract Law”*.

La situazione è la medesima di quella regolata dall'art. 5 (invito per iscritto del datore di lavoro al dipendente di recarsi a sottoscrivere il contratto di lavoro); ciò che cambia è solo il contesto temporale, in quanto mentre nell'art. 5 tale invito viene posto in essere entro il primo mese dall'assunzione, nell'art. 6 esso avviene dopo tale periodo. Questo spiega anche il motivo per il quale l'art. 6, a differenza dell'art. 5, prevede bensì la facoltà di disporre il licenziamento, ma accompagnato dal pagamento dell'indennità economica: il legislatore intende all'evidenza sanzionare il datore di lavoro che abbia atteso più di un mese dall'assunzione prima di notificare al lavoratore l'invito a sottoscrivere il contratto individuale.

3.2.6 Il lavoratore è investigato per responsabilità penale ai sensi di legge

Abbiamo visto, nei paragrafi precedenti, come già alcune delle ipotesi giustificatrici del licenziamento in tronco stabilite dai numeri da 1) a 5) dell'art. 39 della *Employment Contract Law* riflettano talvolta scelte del legislatore cinese molto differenti dalle soluzioni adottate all'interno degli ordinamenti europei e, in particolare, di quello italiano. Tuttavia, senza dubbio la previsione dell'art. 39 destinata a lasciare maggiormente perplesso il giurista occidentale è rappresentata dal num. 6).

Essa, infatti, legittima il datore di lavoro a licenziare senza preavviso e senza corresponsione di alcuna indennità economica il lavoratore che risulti sottoposto ad attività investigativa per l'accertamento di una sua responsabilità penale³⁹⁹.

Trattasi di disposizione che ci lascia davvero sconcertati, in quanto contraria ad ogni elementare principio affermatosi in Europa in ambito penale già secoli or sono. Ci si riferisce soprattutto, naturalmente, al **principio di presunzione di non colpevolezza** del soggetto sottoposto ad indagini penali – e a processo penale – sino alla condanna pronunciata con sentenza passata in giudicato.

In Italia – così come in tutti i Paesi facenti parte dell'Unione Europea⁴⁰⁰ – tale principio gode di copertura costituzionale: il ben noto art. 27, comma 2, della Carta afferma infatti che *“l'imputato non è considerato colpevole fino alla condanna definitiva”*.

398 L'ipotesi in cui ancora dopo un anno dall'assunzione le parti non abbiano stipulato alcun contratto scritto è regolata dall'art. 7 del *Regulation on the implementation*, che, a differenza dai due articoli precedenti non prevede la possibilità che il datore di lavoro inviti per iscritto il lavoratore a sottoscrivere il contratto, sotto pena di licenziamento in tronco in caso di inerzia.

399 被依法追究刑事责任, bèi yīfǎ zhuījiū xíngshì zérèn, letteralmente: “è investigato ai sensi di legge per responsabilità criminale”, cioè appunto per l'accertamento relativo al compimento di un fatto costituente reato.

400 Con riferimento all'Unione Europea, non può non citarsi la recente Direttiva 2016/343/UE del 9 marzo 2016, approvata dal Parlamento Europeo e dal Consiglio dell'Unione Europea il 27 gennaio 2016, che interviene proprio in materia di *“Rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali”*. Essa si prefigge lo scopo di uniformare le varie legislazioni nazionali sul tema delle garanzie processuali penali e di recuperare la fiducia reciproca nella giurisdizione degli Stati membri. La presunzione di innocenza, in particolare, viene articolata attraverso alcuni profili specifici che ne rappresentano dirette esplicazioni ed incidono in modo effettivo sulle garanzie dell'imputato: l'onere della prova, il diritto al silenzio ed alla non autoincriminazione, il divieto di presentare in pubblico l'imputato come colpevole, il divieto di adottare misure coercitive in chiave colpevolista prima della decisione definitiva. La Direttiva segue, in verità, un lungo cammino iniziato con il monitoraggio delle modalità attraverso le quali la presunzione d'innocenza vive in concreto nelle legislazioni degli Stati membri dell'Unione Europea, presentato il 26 aprile 2006 dalla Commissione come *“libro verde*

La valenza di tale principio si deve esplicitare anche nei rapporti tra privati, e quindi costituisce compito del legislatore statale assicurarne effettività anche impedendo che dalla posizione di indagato o di imputato rivestita da un soggetto possano discendere effetti pregiudizievoli nei suoi confronti.

Nell'ordinamento italiano, pertanto, una norma di rango ordinario che, come l'art. 39, num. 6), della *Employment Contract Law*, prevedesse la possibilità per il datore di lavoro di licenziare un proprio dipendente non già – questo è il punto – a seguito della condanna definitiva (e quindi dell'accertamento della commissione da parte sua di un reato), e nemmeno a seguito della pronuncia nei suoi confronti di una misura cautelare che renda temporaneamente impossibile lo svolgimento dell'attività lavorativa, bensì già e a monte a seguito della sua iscrizione nel registro degli indagati e della sua sottoposizione ad indagini preliminari ai sensi del codice di procedura penale, sarebbe irrimediabilmente in contrasto con la disposizione della Costituzione della Repubblica, dei Trattati Europei, della Carta di Nizza e della CEDU.

Pertanto, in Italia non si pone alcun problema riguardo all'(in)esistenza di un tale potere in capo al datore di lavoro, proprio in quanto appare del tutto scontata l'incostituzionalità di una qualsiasi norma che prevedesse un siffatto potere datoriale, che contrasterebbe insanabilmente con un principio fondamentale consacrato a livello costituzionale e sovranazionale.

Nel nostro ordinamento, invero, si pone un altro problema, relativo alla legittimità del licenziamento del soggetto indagato od imputato – ma non, si badi, a cagione di questa sua condizione, bensì – in quanto nel corso del procedimento penale (tanto nella fase delle indagini preliminari quanto nella fase processuale/dibattimentale vera e propria) sia sottoposto a custodia cautelare in carcere.

È bene sottolineare come la possibilità di disporre il licenziamento in tale fattispecie – nei limiti in cui viene riconosciuta dall'orientamento giurisprudenziale ormai delineatosi con una certa chiarezza – non discenda da una valutazione della condotta, più o meno grave, addebitata al dipendente indagato: in altre parole, il c.d. **licenziamento per carcerazione preventiva** esula completamente da ogni connotazione disciplinare in capo al dipendente. Esso, invece, viene a certe condizioni legittimato a causa delle difficoltà organizzative che l'assenza del lavoratore può porre a carico dell'azienda.

Tecnicamente, pertanto, la fattispecie del licenziamento per carcerazione preventiva è da inquadrare nella categoria del licenziamento con preavviso per giustificato motivo oggettivo, non in quella del licenziamento disciplinare⁴⁰¹.

Prevedere invece, come fa l'art. 39 num. 6) della *Employment Contract Law*, la licenziabilità *ipso facto* del lavoratore per la sola circostanza che egli risulti essere indagato, significa dotare il datore di lavoro di una facoltà estintiva del tutto svincolata:

- tanto da ogni valutazione circa la gravità della condotta penale per la quale il dipendente viene indagato⁴⁰²,

sulla presunzione di non colpevolezza". Da quel momento, senza soluzione di continuità, si è messo in moto un meccanismo che, attraverso vari passaggi, ha portato all'approvazione del testo della Direttiva nel gennaio 2016.

Il principio in esame è consacrato, del resto, anche nella Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea (c.d. Carta di Nizza), all'art. 48 par. 1 – che sancisce che “*Ogni imputato è considerato innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente provata*” –, nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU), il cui art. 6 prevede, in termini pressoché analoghi, che “*Ogni persona accusata di un reato è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia legalmente accertata*”, oltre che in numerosissime convenzioni e strumenti internazionali. Esso fa peraltro parte delle tradizioni costituzionali di tutti gli Stati membri ed è presente in numerosissime legislazioni nazionali extraeuropee.

401 Pacifico l'orientamento giurisprudenziale in argomento: cfr., tra le più recenti, le pronunce di Cass., 7 giugno 2013, n. 14469, e di Cass., 26 luglio 2008, n. 20497, secondo le quali è inidonea a concretare la giusta causa di recesso la sospensione dell'esecuzione della prestazione da parte del dipendente che si trovi in istato di detenzione in carcere.

402 Si noti infatti che l'art. 39, num. 6), non circoscrive la possibilità di licenziare in tronco il dipendente per effetto della sua sottoposizione ad indagini penali con riferimento ad una ben determinata serie di reati avvertiti dal legislatore come di particolare gravità o indici di particolare pericolosità sociale od ancora connotati da un particolare nesso con la prestazione lavorativa svolta dall'indagato – il che forse renderebbe meno sconcertante la previsione normativa in

- quanto dalla considerazione circa il pregiudizio che la sottoposizione di tale dipendente ad indagini penali possa arrecare all'azienda, sotto il punto di vista organizzativo, produttivo o *lato sensu* economico (magari sotto forma anche di danno all'immagine).

Trattasi, quindi, di un vero e proprio licenziamento libero, rimesso alla totale discrezionalità del datore di lavoro: un esito del tutto inaccettabile per il giurista europeo.

Ma andiamo con ordine, procedendo con il consueto confronto tra i due ordinamenti relativamente al tema in esame, costituito dall'analisi dei casi in cui è possibile affermare che sia consentito licenziare un dipendente che sia indagato o imputato prima che sia pronunciata una sentenza irrevocabile di condanna.

In Italia, nella nozione di giustificato motivo oggettivo di licenziamento⁴⁰³ – ossia, in estrema sintesi, di licenziamento dipendente da ragioni di carattere *lato sensu* economico ed inerenti all'andamento dell'azienda – rientrano anche fatti attinenti alla persona del lavoratore, ma incidenti sulla organizzazione aziendale.

Si tratta di casi di **impossibilità sopravvenuta della prestazione**, caratterizzati da una situazione personale del prestatore di lavoro che viene in rilievo a causa della incompatibilità tra la medesima e la prosecuzione del rapporto, laddove tale situazione personale sia definitiva o di durata imprevedibile od eccessivamente lunga.

Si può fare l'esempio dell'inidoneità fisica del lavoratore divenuto inabile allo svolgimento delle sue mansioni, o la perdita di determinati requisiti soggettivi necessari per rendere la prestazione lavorativa (si pensi all'autista cui venga ritirata la patente di guida o la guardia giurata cui venga revocato il porto d'armi): tutte ipotesi in cui la nuova situazione soggettiva facente capo al lavoratore (l'inabilità fisica, l'inidoneità alle mansioni, la revoca della patente o del porto d'armi) non consente più al rapporto di lavoro la realizzazione della causa del contratto, ossia della prestazione lavorativa inserita all'interno del complessivo contesto aziendale predisposto dall'imprenditore. Il rapporto di lavoro, così, diviene *sine causa*, privo di alcuna utilità per il datore di lavoro che non è più in grado di utilizzare proficuamente la prestazione del lavoratore: ecco allora che il mantenimento del rapporto, divenuto ormai per lui superfluo, non può essere imputato al datore di lavoro, che può così procedere (al sussistere delle stringenti condizioni richieste dalla giurisprudenza che verranno ora analizzate) al licenziamento con preavviso per giustificato motivo oggettivo.

Preme ribadire che in tutti questi casi l'attitudine del lavoratore rileva non come inadempimento, come fonte quindi di un licenziamento per motivi disciplinari e sanzionatori nei confronti di una sua condotta, ma solo indirettamente, in relazione alle esigenze produttive od organizzative dell'impresa. Per rifarsi all'esempio della guardia giurata: il licenziamento conseguente alla perdita a tempo indefinito del porto d'armi da parte di questa non consegue ad una valutazione in chiave sanzionatoria per l'eventuale condotta che abbia portato al provvedimento amministrativo di revoca, ma solo all'inutilità del mantenimento di un rapporto ormai privato di ogni idoneità al raggiungimento della sua causa.

Ora, tra le ipotesi di licenziamento per motivi aziendali/economici dipendenti da situazioni soggettive attinenti la persona del lavoratore, rientra anche la fattispecie del c.d. licenziamento per carcerazione preventiva.

L'ipotesi tipica è la seguente: il dipendente di un'impresa viene sottoposto ad indagini penali o viene imputato di un reato per il quale il codice di procedura penale consente l'irrogazione della misura cautelare della custodia cautelare in carcere e il G.i.p. o il G.u.p. emette, ritenendo sussistenti i requisiti di cui agli artt. 273 e ss. c.p.p., il provvedimento che dispone tale misura cautelare. Il lavoratore, ristretto in carcere, si trova così nell'impossibilità di svolgere la propria

esame –, ma consente tale recesso datoriale per la sottoposizione ad indagini relative all'accertamento di qualsiasi tipologia di reato, magari anche bagatellare.

403 Formalmente definita, come si vedrà nel paragrafo successivo, come “ragioni inerenti l'attività produttiva, l'organizzazione del lavoro e il regolare funzionamento di essa” dall'art. 3 della legge n. 604/1966.

prestazione lavorativa. Lo stesso è a dirsi, *mutatis mutandis*, per il provvedimento cautelare consistente negli arresti domiciliari.

In tale contesto, si scontrano due esigenze contrapposte: da un lato, quella del datore di lavoro, che avrebbe interesse a liberarsi di un rapporto di lavoro divenuto per lui inutile; dall'altro, quella del dipendente, a non subire l'estinzione del rapporto di lavoro, dal momento che la custodia cautelare è una misura sempre revocabile dal G.i.p. e soprattutto in virtù del principio di presunzione di non colpevolezza sopra citato.

La giurisprudenza, fattasi carico del problema, ha finito per ritenere che in tale contesto debba prevalere la posizione del lavoratore, che in via generale non può essere licenziato, proprio per la non definitività e provvisorietà della situazione di incompatibilità tra il suo stato soggettivo e la sua capacità di rendere la prestazione lavorativa (la misura cautelare può essere revocata in ogni momento), oltre che per la possibilità che all'esito delle indagini preliminari o del processo sia pronunciato rispettivamente il decreto di archiviazione della notizia di reato o una sentenza di non luogo a procedere, di proscioglimento o di assoluzione.

Tale posizione di favore per il lavoratore può soccombere, consentendo l'irrogazione del licenziamento, solo al ricorrere dei due requisiti seguenti:

- a. la misura cautelare – e quindi l'assenza del lavoratore dal lavoro, la sua impossibilità di rendere la prestazione – appaia *di lunga durata* (in virtù del grave reato per il quale si procede con le indagini o della sussistenza di gravi indizi di colpevolezza in capo all'imputato, di talché appaia difficilmente prognosticabile una sua revoca in tempi stretti),
- b. le dimensioni dell'azienda siano tali da non consentire una agevole sostituzione del dipendente sottoposto a custodia cautelare, con la conseguenza che la sua assenza dal lavoro ponga *difficoltà organizzative* rilevanti, non fronteggiabili con il personale residuo (rendendo quindi necessaria l'assunzione di un nuovo dipendente).

Solo al ricorrere di entrambe queste condizioni è possibile ravvisare la sussistenza di un giustificato motivo oggettivo di licenziamento, da identificare nella ragione inerente “*al regolare funzionamento dell'organizzazione di lavoro*” di cui parla l'art. 3 della legge n. 604/1966⁴⁰⁴.

Chiaramente, si assiste ad un parziale sacrificio della posizione soggettiva del lavoratore a non essere penalizzato con la perdita dell'impiego per effetto di un provvedimento giurisdizionale non definitivo e soprattutto in difetto di una condanna definitiva: ma è un sacrificio considerato dalla giurisprudenza accettabile e costituzionalmente legittimo proprio in virtù del bilanciamento di interessi con il contrapposto interesse datoriale al non mantenimento di un rapporto di lavoro ormai inutile e foriero anzi di difficoltà organizzative.

Il legislatore, peraltro, ha tentato di porre rimedio a questo parziale sacrificio mediante la disposizione di cui all'art. 102-bis disp. att. c.p.p., secondo cui “*chiunque sia stato sottoposto alla misura della custodia cautelare in carcere ai sensi dell'articolo 285 del codice ovvero a quella degli arresti domiciliari ai sensi dell'articolo 284 del codice e sia stato per ciò stesso licenziato dal posto di lavoro che occupava prima dell'applicazione della misura, ha diritto di essere reintegrato nel posto di lavoro medesimo qualora venga pronunciata in suo favore sentenza di assoluzione, di proscioglimento o di non luogo a procedere ovvero venga disposto provvedimento di archiviazione*”.

Tale disposizione è stata però ampiamente criticata in dottrina, in quanto con essa il legislatore sembra allocare in capo al datore di lavoro – sul quale è posto l'obbligo di reintegrare in servizio il lavoratore precedentemente sottoposto a custodia cautelare o agli arresti domiciliari e poi risultato

404 Cfr., per la sua paradigmaticità, Trib. Venezia, sent. 15 febbraio 2012, che ha giudicato legittimo il licenziamento per giustificato motivo oggettivo intimato atteso che: (a) il datore di lavoro era una piccola cooperativa; (b) al momento del licenziamento il lavoratore era sottoposto a carcerazione preventiva da più di 15 giorni; (c) la gravità dei fatti contestati faceva presumere un'assenza di lunga durata; (d) il dipendente era capo-reparto e come tale non era sostituibile agevolmente con un altro dipendente qualsiasi. Sulla base della stessa valutazione, Cass., 5 settembre 2008, n. 22536, ha confermato l'illegittimità del recesso, sulla base del rilievo per cui le dimensioni dell'azienda, che poteva contare su altri trentanove turnisti, erano tali da escludere una compromissione del regolare svolgimento del servizio in ragione dell'assenza del detenuto, in atto da 42 giorni.

innocente – l’ingiustizia dell’irrogazione al dipendente della misura cautelare, ingiustizia che in nessun modo dipende dal datore di lavoro medesimo⁴⁰⁵.

In altre parole: anche se il licenziamento dovesse essere riconosciuto legittimo dal giudice del lavoro, in ogni caso in cui alla misura cautelare non segua l’emissione di una sentenza definitiva di condanna egli sarà tenuto alla reintegrazione⁴⁰⁶ in servizio del lavoratore indagato⁴⁰⁷, pur senza corresponsione delle retribuzioni che sarebbero maturate in pendenza dello stato di restrizione in carcere⁴⁰⁸.

Se in Italia, dunque, non è possibile licenziare il dipendente indagato od imputato se non al ricorrere della specifica fattispecie sopra descritta, in Cina la legge sui contratti di lavoro è molto chiara nel consentire il licenziamento del lavoratore per il solo motivo rappresentato dal suo coinvolgimento in attività investigativa da parte dell’autorità giudiziale.

Come anticipato, il num. 6) dell’art. 39 della *Employment Contract Law* configura un’ipotesi di licenziamento *ad nutum*, del tutto libero e svincolato da ogni valutazione circa la gravità della condotta per la quale il lavoratore viene indagato e circa il danno che ne deriverebbe all’azienda – anche sotto forma di difficoltà organizzative – per effetto di eventuali provvedimenti restrittivi della libertà del dipendente e quindi delle sue forzate assenze dal lavoro.

Al dipendente, così, viene addebitato semplicemente il suo coinvolgimento nell’attività investigativa o in un procedimento penale: la natura del licenziamento consentito dal num. 6) dell’art. 39, infatti, è chiaramente sanzionatoria⁴⁰⁹, proprio in quanto la disposizione non prende in considerazione alcun profilo organizzativo od economico legato all’azienda. Ma trattasi di un recesso sanzionatorio/disciplinare per una mancanza che il lavoratore *potrebbe* aver commesso, ma non è ancora certo che abbia commesso, recesso completamente svincolato da alcuna forma di garanzia per il suo destinatario in quanto:

- la sua colpevolezza non è dimostrata, dovendo ancora essere emessa una sentenza di condanna nei suoi confronti, ancorché non definitiva;
- egli non può neanche difendersi nei confronti del suo datore di lavoro, non essendo prevista alcuna forma di contestazione di un fatto come invece avviene per il licenziamento disciplinare per così dire “ordinario”, in cui il datore di lavoro contesta al suo dipendente

405 E una conferma che la soluzione salomonica dell’art. 102-bis disp. att. c.p.p. rappresenti un mero compromesso tra le due posizioni contrapposte emerge dalla circostanza per cui al lavoratore non è riconosciuto alcun risarcimento economico da parte del datore di lavoro (che così la stessa legge riconosce del tutto incolpevole).

406 Il termine “reintegrazione” viene utilizzato in maniera atecnica in questa disposizione: “*tenuto conto della ratio della disposizione, che prevede l’obbligo della reintegrazione a prescindere dall’illegittimità del licenziamento o della ricorrenza di altri presupposti, quali l’impugnazione stragiudiziale, il termine ‘reintegrazione’ va inteso in senso atecnico, comunque diverso da quello utilizzato dall’art. 18 St. lav.*”, con la conseguenza che “*non trova applicazione il regime della ricostituzione del rapporto, del risarcimento del danno e dell’obbligo contributivo correlativo, conseguente all’applicazione della norma statutaria*” (M. Tatarelli, *Il licenziamento individuale e collettivo*, cit., 251). La conseguenza più peculiare di tale differenziazione consiste nel fatto che nel caso dell’art. 102-bis disp. att. c.p.p. “*il rapporto di lavoro va ricostituito ex nunc, avendo l’atto espulsivo, in quanto legittimo, risolto quello precedente*” (ibidem).

407 Con l’ulteriore problematica relativa alle sorti del rapporto di lavoro eventualmente instaurato con un altro lavoratore in sostituzione di quello licenziato: la necessaria reintegrazione del primo lavoratore a seguito della sentenza di assoluzione (o di proscioglimento o di non luogo a procedere o di archiviazione) potrà costituire un’ipotesi di inutilità della prestazione del secondo lavoratore e condurre così a sua volta al licenziamento di quest’ultimo per giustificato motivo oggettivo?

408 Per il periodo di custodia cautelare non spetta la retribuzione, in quanto “*la sospensione cautelare dal servizio non priva il lavoratore dei diritti derivanti dal rapporto, per cui, ove essa sia disposta per pendenza di procedimento penale con corresponsione solamente di assegno alimentare, al proscioglimento dell’imputato il rapporto riprende il suo corso e il datore deve corrispondere al suo dipendente tutte le retribuzioni arretrate. Tuttavia, quando il lavoratore durante la sospensione sia stato sottoposto a custodia cautelare, la assoluta impossibilità di rendere la prestazione costituisce autonoma causa di esclusione del diritto alla retribuzione per il periodo della detenzione*” (Cass., 26 marzo 1998, n. 3209).

409 E peraltro, discendendo direttamente da una disposizione di legge, non necessita neanche della sua espressa previsione nel regolamento aziendale interno o nell’*handbook* aziendale.

una determinata condotta in modo da consentire a questi di rilasciare le proprie difese. Nel caso in esame, invece, il datore non contesta alcun fatto, ma si limita ad intimare il recesso per effetto della posizione di indagato del lavoratore, senza che sia necessario alcun riferimento, neanche *per relationem*, al fatto per il quale egli viene sottoposto a indagini.

L'art. 39, num. 6), pertanto, non conferisce alcun rilievo alla circostanza che a carico del dipendente sia stata pronunciata una misura cautelare, quale la custodia cautelare in carcere, che gli impedisca di rendere la prestazione lavorativa.

Solo per completezza, appare interessante notare come anche la *Criminal Procedure Law of People's Republic of China*, entrata in vigore nel 1979 e da ultimo modificata nel 2012⁴¹⁰, così come il nostro Codice di Procedura Penale del 1988 prevede, per la pronuncia delle misure cautelari, la compresenza tanto di gravi indizi di colpevolezza in ordine alla commissione del fatto per il quale il soggetto è sottoposto ad indagini penali, quanto di esigenze cautelari.

Afferma infatti l'art. 79 della *Criminal Procedure Law* che la carcerazione preventiva del soggetto indagato è possibile⁴¹¹ nei casi in cui emerga a carico dell'indagato un grave indizio di colpevolezza⁴¹² in ordine alla commissione di un reato punito con la reclusione o con una pena più afflittiva, e qualora il provvedimento degli arresti domiciliari appaia insufficiente a prevenire i seguenti pericoli per la società⁴¹³:

1. la commissione di un nuovo reato da parte dell'indagato;
2. un pericolo attuale per la sicurezza nazionale, la pubblica sicurezza, o l'ordine pubblico;
3. il pericolo che l'indagato possa distruggere o inquinare le prove, interferire con i testimoni, o rilasciare false dichiarazioni a causa di una collusione;
4. l'indagato agisca in rappresaglia contro la vittima del reato o il suo accusatore o l'informatore;
5. vi sia il pericolo che l'indagato si tolga la vita o si dia alla fuga⁴¹⁴.

Ancora, ai sensi del comma 2, l'indagato può essere sottoposto alla misura della custodia cautelare in carcere anche nei casi in cui sussista una "prova chiara" che egli abbia commesso un reato per il quale la legge preveda una pena di 10 anni di reclusione o una pena più afflittiva; oppure abbia già commesso in precedenza un reato intenzionale⁴¹⁵, ovvero non sia stato identificato, e sia indagato per un reato punito con la reclusione o con una pena più afflittiva (senza dunque la previsione, in questo caso, di una pena detentiva superiore a 10 anni); nonché nel caso in cui nei suoi confronti sia stata in precedenza già pronunciata una misura cautelare, poi sospesa per il pagamento di una

410 Che dedica alle misure cautelari il Capitolo Settimo.

411 Ai sensi dell'art. 78, l'arresto del sospettato, eseguito dall'autorità di pubblica sicurezza, deve essere previamente disposto dal procuratore dello Stato o da una decisione della Corte, o – nei casi di arresto in flagranza consentiti dall'art. 80 – da questi organi confermati.

412 Si può tradurre in questo modo, per assonanza con l'art. 273, comma 1, del c.p.p. italiano, l'espressione cinese 证据证明, zhèngjù zhèngmíng, alla lettera "una prova chiara".

413 L'art. 79, pertanto, elenca quelle che nel nostro codice di procedura penale (art. 274) sono chiamate esigenze cautelari, e rende evidente la finalità general-preventiva della misura cautelare in esame.

414 Si può notare una certa affinità tra le esigenze cautelari di cui all'art. 78 della *Criminal Procedure Law* cinese e quelle di cui all'art. 274 c.p.p. italiano; secondo quest'ultimo, infatti, l'emanazione di una misura cautelare è condizionata: a) alla sussistenza di specifiche ed inderogabili esigenze attinenti alle indagini relative ai fatti per i quali si procede, in relazione a situazioni di concreto e attuale pericolo per l'acquisizione o la genuinità della prova; b) alla circostanza per cui l'imputato si è dato alla fuga o sussiste un concreto pericolo che egli si dia alla fuga; c) alla sussistenza, desunta dalle specifiche modalità e circostanze del fatto e dalla personalità della persona sottoposta alle indagini o dell'imputato, del concreto e attuale pericolo che questi commetta gravi delitti con uso di armi o di altri mezzi di violenza personale o diretti contro l'ordine costituzionale ovvero delitti di criminalità organizzata o della stessa specie di quello per cui si procede.

415 Peraltro non viene specificata la natura della recidiva, ma viene semplicemente richiesto che l'indagato "once committed an intentional crime", anche di indole diversa da quello per il quale le indagini stanno procedendo nei suoi confronti.

cauzione o convertita nella misura degli arresti domiciliari, ma l'indagato abbia violato le previsioni sul pagamento della cauzione o sugli arresti domiciliari.

La *Criminal Procedure Law*, quindi, sembra attenta alle garanzie dell'indagato o dell'imputato, in misura almeno paragonabile ai Codici di procedura penale europei. Mentre la *Employment Contract Law* non dimostra di condividere tali preoccupazioni e tali istanze garantiste.

In tutte le ipotesi contemplate all'art. 78 della *Criminal Procedure Law*, pertanto, il datore di lavoro può senz'altro licenziare senza preavviso il lavoratore.

Ma, e questo è il punto che pone l'art. 39, num 6), della *Employment Contract Law* in insanabile contrasto con la mentalità del giurista europeo, ispirata ad insopprimibili esigenze di garanzia della persona e al principio della presunzione di non colpevolezza, il licenziamento può essere irrogato non a causa dell'effetto pregiudizievole che la pronuncia della misura cautelare della carcerazione preventiva può cagionare in capo alle esigenze organizzative dell'impresa del datore di lavoro, ma *sic et simpliciter* per l'emanazione stessa della misura cautelare. Anzi, la legge cinese prescinde, per l'attribuzione della facoltà di estinguere il rapporto, dalla pronuncia di una misura cautelare, ritenendo del tutto sufficiente la semplice indagine nei confronti del lavoratore.

* * *

3.3 Il licenziamento con preavviso

La seconda macro-categoria di licenziamento individuale conosciuta dalla *Employment Contract Law* è rappresentata dal licenziamento con preavviso, le cui ragioni giustificatrici sono elencate all'art. 40.

Tale macro-categoria comprende nel proprio ambito applicativo ipotesi accomunate dalla peculiarità per cui la causa giustificatrice del recesso è da ricollegare ad esigenze aziendali; ipotesi, cioè, in cui il riconoscimento legale del potere datoriale di risolvere il rapporto di lavoro dipende dall'esigenza di assicurare il buon andamento dell'impresa, il quale in questi casi viene considerato prevalente rispetto all'interesse del lavoratore alla conservazione del posto di lavoro.

Si tratta, quindi, di una macro-categoria che può essere senza dubbio avvicinata al concetto di "giustificato motivo oggettivo" di cui all'ordinamento italiano, che costituisce, appunto, una nozione ampia in grado da ricomprendere al suo interno tutte quelle fattispecie in cui l'estinzione del rapporto di lavoro si pone come necessaria od anche solo opportuna per il datore di lavoro per consentire una gestione della propria impresa che sia più proficua possibile.

Vedremo che il parallelismo tra il "licenziamento con preavviso" previsto dall'art. 40 della *Employment Contract Law* e il "licenziamento per giustificato motivo oggettivo" definito dall'art. 3 della legge n. 604/1966 è in grado di reggere egregiamente, pur con le inevitabili differenze delle quali daremo conto di volta in volta.

In via preliminare, occorre osservare che nella *Employment Contract Law* sono assenti ipotesi di licenziamento con preavviso dovuto a motivazioni di carattere disciplinare.

La legge n. 604/1966 prevede due diverse categorie di licenziamento con preavviso: quello per giustificato motivo *soggettivo* (consistente in ragioni disciplinari⁴¹⁶, dal momento che è intimato in presenza di un "notevole inadempimento degli obblighi contrattuali"), e quello per giustificato motivo *oggettivo*, dipendente da ragioni di natura economica e legate alla gestione dell'impresa da parte del datore di lavoro.

416 Tanto che nella prassi era invalso l'utilizzo dell'espressione "licenziamento disciplinare" non solo con riferimento al licenziamento per giusta causa, ma anche riguardo al recesso per giustificato motivo soggettivo, già prima che la legge delega n. 183/2014 introducesse per la prima volta tale locuzione nel lessico legislativo ufficiale, con ciò riferendosi ad entrambe queste categorie di licenziamento e contrapponendole al recesso per motivi "economici" (quest'ultimo comprendente il licenziamento per giustificato motivo oggettivo e il licenziamento collettivo).

La legge cinese, invece, conosce solo la seconda di queste due categorie di licenziamento con preavviso, dal momento che tutte le fattispecie di recesso per motivi disciplinari sono contemplate dall'art. 39, recante le ipotesi di licenziamento in tronco, mentre ogni ipotesi di licenziamento con preavviso di cui all'art. 40 prescinde totalmente da motivi disciplinari ed attiene esclusivamente, come vedremo, a ragioni economiche ed a esigenze relative alla proficua gestione dell'attività di impresa e dell'organizzazione del lavoro al suo interno da parte del datore di lavoro.

Per quanto riguarda il concetto di “*giustificato motivo oggettivo*” di licenziamento invalso nell'ordinamento italiano, in via di estrema sintesi può ricordarsi che esso viene definito dall'art. 3 della legge n. 604/1966 come l'insieme delle “*ragioni inerenti l'attività produttiva, l'organizzazione del lavoro e il regolare funzionamento di essa*”, costituisce una nozione molto ampia, idonea a ricomprendere al suo interno un esteso ventaglio di fattispecie concrete.

Essenzialmente, la formula impiegata dall'art. 3 indica che il lavoratore può essere licenziato – con rispetto del termine di preavviso – ogniqualvolta il recesso sia eziologicamente ricollegabile a ragioni di carattere *lato sensu* economico⁴¹⁷ e sia prognosticamente funzionale al mantenimento o al miglioramento⁴¹⁸ delle condizioni economiche dell'organizzazione del datore di lavoro.

Dipendendo da ragioni oggettive ed economiche, tale tipologia di recesso prescinde, quindi, da una condotta riprovevole del lavoratore disciplinarmente rilevante, ma trae origine da opzioni collegate a delle scelte aziendali (vere o presunte; proprio la loro effettività costituirà uno dei parametri di valutazione per il Giudice chiamato ad accertare la legittimità o meno del recesso).

417 Nella prassi è infatti invalso l'uso di indicare il licenziamento per giustificato motivo oggettivo come licenziamento, per l'appunto, *economico*, in contrapposizione al licenziamento disciplinare, quasi a porre l'attenzione proprio sulla circostanza che tale macro-categoria prescinde da una condotta del lavoratore e contempla causali di recesso legate all'andamento dell'impresa. Peraltro, anche il termine è entrato a far parte anche nel linguaggio normativo, visto che nella legge delega n. 183/2014 (il c.d. *Jobs Act – parte II*, recante delega al Governo all'emanazione di più decreti legislativi per riformare il mercato del lavoro tra cui uno, per l'appunto, in materia di conseguenze del licenziamento illegittimo volto al graduale superamento dell'art. 18 St. Lav.), per la prima volta il legislatore ha impiegato il termine “*licenziamento economico*” ricomprendendo all'interno di tale nozione, oltre al licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo, anche il licenziamento collettivo.

418 Da sempre controversa è la questione se il licenziamento per motivi economici possa essere irrogato – oltre che per fronteggiare situazioni di difficoltà aziendali e quindi in un'ottica difensiva di necessaria riduzione – anche allo scopo di incrementare i profitti, in assenza cioè di una situazione di crisi economica o finanziaria in capo alla società datrice. La giurisprudenza è tuttora oscillante sul punto, anche se l'orientamento oggi maggioritario sembra essere quello volto a legittimare questa seconda soluzione: la Cassazione da ultimo tende infatti ad affermare la legittimità del licenziamento per giustificato motivo oggettivo anche in casi di situazione non critica dell'impresa e di volontà di questa non semplicemente di ridurre i costi al fine di sopravvivenza, ma anche qualora il recesso sia finalizzato ad aumentarne i profitti. Esemplificativa di questo più recente trend della Suprema Corte è, da ultimo, la sentenza 7 dicembre 2016, n. 25201 (in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2017, II, 153 ss., con nota di C. Cester, “*Giustificato motivo di licenziamento e difficoltà economiche: a proposito di una recente presa di posizione della Corte di Cassazione*”), in cui viene affermato che “*ai fini della legittimità del licenziamento individuale intimato per giustificato motivo oggettivo ai sensi dell'art. 3 della l. n. 604 del 1966, l'andamento economico negativo dell'azienda non costituisce un presupposto fattuale che il datore di lavoro debba necessariamente provare ed il giudice accertare, essendo sufficiente che le ragioni inerenti all'attività produttiva ed all'organizzazione del lavoro, tra le quali non è possibile escludere quelle dirette ad una migliore efficienza gestionale ovvero ad un incremento della redditività dell'impresa, determinino un effettivo mutamento dell'assetto organizzativo attraverso la soppressione di una individuata posizione lavorativa*”. Questo recentissimo orientamento sembra ormai essersi consolidato, dal momento che è stato confermato dalla stessa Corte di Cassazione con le sentenze 15 febbraio 2017, n. 4015; 24 maggio 2017, n. 13015; 7 agosto 2017, n. 19655.

In precedenza, invece, la Suprema Corte, pur sempre oscillante, tendeva in via maggioritaria ad escludere la legittimità di un recesso volto ad un miglioramento dell'andamento aziendale che non fosse in tal crisi da necessitare una riduzione dei costi: cfr. Cass., 2 ottobre 2006, n. 21282, secondo cui “*il licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo è determinato non da un generico ridimensionamento dell'attività imprenditoriale, ma dalla necessità di procedere alla soppressione del posto o del reparto cui è addetto il singolo lavoratore, soppressione che non può essere meramente strumentale ad un incremento di profitto, ma deve essere diretta a fronteggiare situazioni sfavorevoli non contingenti; il lavoratore ha quindi il diritto a che il datore di lavoro (su cui incombe il relativo onere) dimostri la concreta riferibilità del licenziamento individuale a iniziative collegate ad effettive ragioni di carattere produttivo-organizzativo e non ad un mero incremento di profitti*”.

Le ragioni di cui all'art. 3 della legge num. 604, quindi, attribuiscono rilievo ad una situazione obiettiva, da ravvisare o in specifiche esigenze aziendali che impongono la soppressione del posto, o in situazioni facenti capo al lavoratore ma che non costituiscono una forma di inadempimento e che rilevano unicamente in quanto idonee ad incidere sull'attività produttiva od organizzativa dell'impresa datrice.

Così, dei tre elementi dell'ampia formula impiegata dall'art. 3 della legge num. 604:

a - il primo ("*ragioni inerenti all'attività produttiva*") viene ad indicare le ipotesi in cui il licenziamento dipende da scelte aziendali, quali la chiusura di un reparto o di un ufficio dell'azienda cui consegue il licenziamento degli addetti o la soppressione di una figura professionale e delle relative mansioni;

b - il secondo ("*ragioni inerenti all'organizzazione del lavoro*") può essere identificato con l'insieme dei casi in cui il datore di lavoro pone in essere una redistribuzione del carico di lavoro fra un minor numero di addetti, dipendente dalla necessità di riduzione del personale per contingenze economiche o favorita dall'introduzione di nuove tecnologie informatiche;

c - il terzo ("*ragioni inerenti al regolare funzionamento dell'organizzazione del lavoro*") riguarda il licenziamento la cui ragione prima va individuata in una situazione personale afferente il lavoratore che viene in rilievo, però, non come inadempimento, ma come causa che porti all'impossibilità, per il datore di lavoro, di utilizzare proficuamente la sua prestazione lavorativa, con conseguente esigenza di estinzione del rapporto (si può richiamare l'esempio del licenziamento del lavoratore che si trovi in uno stato di custodia cautelare in carcere che comporta un'assenza dal lavoro per una durata imprevedibile o lunga e crei difficoltà organizzative in capo al datore di lavoro; ancora, possono rilevare altri casi di impossibilità per il lavoratore di prestare il proprio lavoro, per esempio perché privato di un requisito soggettivo necessario, come la guardia giurata a cui venga revocato il porto d'armi, o i lavoratori cui afferisce una situazione di inidoneità fisica o psichica allo svolgimento delle mansioni loro affidate).

È evidente, quindi, che il significato del giustificato motivo oggettivo investe e ridefinisce i confini tra la libertà di iniziativa economica del datore di lavoro imprenditore da un lato (costituzionalmente riconosciuta dall'art. 41 Cost.) e la tutela dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto dall'altro (ex art. 4 Cost.).

Tale contrasto viene risolto dalla giurisprudenza nel senso che l'oggetto del vaglio giudiziale non può essere costituito dal fondamento delle scelte dell'imprenditore, con la conseguenza che il Giudice non può discutere l'opportunità economico-organizzativa di queste scelte⁴¹⁹. Il Giudice dovrà, invece, fondare il suo accertamento sui seguenti diversi fattori:

- veridicità, attendibilità, effettività e serietà della ragione addotta;

419 Del resto l'impossibilità per il Giudice di sindacare l'opportunità della scelta aziendale che ha condotto al licenziamento è stata anche positivizzata a livello normativo, per effetto dell'art. 30, comma 1, della legge 4 novembre 2010, n. 183 (c.d. Collegato lavoro), ai sensi del quale "*il controllo giudiziale è limitato esclusivamente all'accertamento del presupposto di legittimità e non può essere esteso al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro o al committente. L'inosservanza delle disposizioni di cui al precedente periodo, in materia di limiti al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro, costituisce motivo di impugnazione per violazione di norme di diritto*". Il Giudice dovrà quindi accertare che la motivazione addotta dal datore di lavoro sussista effettivamente, ma giammai potrà sindacare l'opportunità in chiave economica o sociale (non potrà cioè affermare che il datore di lavoro non avrebbe dovuto chiudere una determinata sede per conservare i posti di lavoro dei dipendenti colà precedentemente impiegati). L'introduzione normativa è stata subito seguita dalla giurisprudenza, soprattutto di legittimità, con la formula (divenuta ormai tralatizia) secondo cui "*il motivo oggettivo di licenziamento determinato da ragioni inerenti all'attività produttiva deve essere valutato dal datore di lavoro, senza che il giudice possa sindacare la scelta dei criteri di gestione dell'impresa, poiché tale scelta è espressione della libertà di iniziativa economica tutelata dall'art. 41 Cost. Al giudice spetta invece il controllo della reale sussistenza del motivo addotto dall'imprenditore*" (Cass. 11 gennaio 2013, n. 579).

- attualità⁴²⁰ e stabilità⁴²¹ della motivazione sottesa al recesso;
- nesso di causalità tra la premessa e la conseguenza, verificando cioè che il licenziamento sia effettivamente dipendente dalla motivazione indicata nella lettera di licenziamento⁴²² e che tale ragione investa effettivamente la posizione lavorativa di *quel* dipendente. Quest'ultimo, in linea generale, non può pretendere la comparazione della propria posizione con quella degli addetti ai differenti posti residui, perché il nesso di causalità tra scelta organizzativa e licenziamento sussiste per l'addetto al posto soppresso e non per altri (ad esempio, l'impiegato addetto all'ufficio commerciale estero soppresso non potrà pretendere la comparazione con gli altri addetti all'ufficio commerciale in Italia perché il nesso di causalità si appunta in maniera esclusiva sul medesimo).

Solo quando il datore di lavoro decide di effettuare la soppressione di un posto di lavoro identico ad altri residui si pone la necessità di individuare il dipendente nei cui confronti estinguere il rapporto (ad esempio, a seguito di un calo di fatturato il datore di lavoro decide di sopprimere una posizione lavorativa tra quattro addetti al magazzino). In questo caso, il datore di lavoro dovrà effettuare una comparazione, provando poi in giudizio la ragionevolezza dell'individuazione del lavoratore nell'ambito del gruppo interessato dalla scelta riduttiva, ragionevolezza il cui parametro principale è rappresentato dal rispetto dei criteri di scelta previsti per il licenziamento collettivo dall'art 5 della legge n. 223/1991 (anzianità di servizio e carichi di famiglia), che vengono qui applicati in via analogica.

420 “Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento implica non già un disagio futuro ed ipotetico per l'organizzazione lavorativa dell'impresa, ma una situazione di pregiudizio attuale e suscettibile di verifica, con giudizio "ex ante", al momento stesso dell'intimazione del recesso” (Cass. 16 maggio 2000, n. 6363).

421 Chiaramente il licenziamento per ragioni economiche cui fa seguito, entro un breve lasso temporale, l'assunzione di un nuovo dipendente per lo svolgimento delle medesime mansioni svolte dal lavoratore licenziato, sarà giudicato illegittimo dal Giudice perchè la nuova assunzione nelle medesime mansioni a brevissimo tempo dal recesso è di per sè stessa indice di non autenticità del motivo economico addotto. Il periodo di tempo cui far riferimento per questa valutazione è compreso, secondo le varie pronunce della Cassazione, tra i sei mesi e gli otto mesi: cfr. infra, l'apposito approfondimento sull'onere di *repêchage*.

422 Per questo motivo la redazione della lettera di licenziamento, in caso di recesso dipendente da ragioni aziendali, è un'operazione estremamente delicata: il datore di lavoro dovrà farsi assistere da un professionista, in quanto l'indicazione di una motivazione dovrà essere soppesata caso per caso senza utilizzare acriticamente formulari precompilati. Ogni elemento scritto nella lettera di licenziamento, infatti, sarà oggetto di attento esame da parte del Giudice e dovrà essere provato dal datore di lavoro. Se l'impresa licenzia un magazziniere redistribuendo le sue mansioni tra gli altri addetti al magazzino e scrive nella lettera “*la crisi del settore ha determinato una minore necessità di movimentazione delle merci e una riduzione del fatturato, con conseguente necessità di soppressione del suo posto di lavoro*”, in giudizio essa dovrà provare, depositando i bilanci e altri documenti idonei (come per esempio i documenti di trasporto e le bolle di consegna), tanto la riduzione dei quantitativi di merci passanti per il magazzino, quanto la riduzione del fatturato. In assenza di prova di uno dei due elementi, il recesso sarà giudicato illegittimo.

L'onere di *repêchage* nell'ordinamento italiano

Come si è visto, il licenziamento che dipende da necessità aziendali conduce ad un contrasto tra due esigenze contrapposte, quella dell'imprenditore di tutelare la propria azienda prendendo le decisioni che ritiene maggiormente idonee ad assicurare il buon andamento di questa, a costo di sacrificare l'occupazione di uno o più dipendenti, e quella del lavoratore di poter fare affidamento sul mantenimento del proprio impiego. Entrambe queste esigenze, del resto, sottendono interessi e diritti garantiti dalla Costituzione, quali la libertà di iniziativa economica privata da un lato e l'interesse alla conservazione del posto di lavoro dall'altro.

In tale contrapposizione di interessi, si pone l'esigenza di individuare criteri idonei a consentire un corretto bilanciamento, che tenga conto di entrambe le esigenze costituzionalmente rilevanti senza sacrificare nessuna di esse?

La Corte di Cassazione ha risolto tale problema sulla base di un ragionamento empirico e dotato di intrinseca coerenza: dal momento che al datore di lavoro deve essere riconosciuto il diritto di porre in essere le scelte aziendali da lui ritenute più opportune, e considerato tuttavia che la libertà di iniziativa economica che l'art. 41 Cost. gli riconosce è condizionato al rispetto dell'"utilità sociale" – concetto al cui interno deve essere ricompreso anche il diritto al lavoro tutelato dall'art. 4 Cost. –, ne deriva che la scelta imprenditoriale di sacrificare il posto di lavoro in tanto potrà rientrare nella tutela dell'art. 41 Cost. in quanto esso sia effettivamente necessaria ai fini del perseguimento degli obiettivi aziendali, e sia per ciò stesso **inevitabile**. Ecco quindi che la giurisprudenza ha costruito l'idea del licenziamento per giustificato motivo oggettivo quale *extrema ratio*, dovendo essere intimato solo quando ogni soluzione alternativa per salvaguardare l'occupazione non possa essere posta in essere.

Se questo è vero, si capisce come il datore di lavoro, qualora dalla sua (legittima) scelta organizzativa o produttiva legata alla gestione dell'impresa (che deve essere considerata libera e non sindacabile) derivi l'opportunità di sacrificare un posto di lavoro, debba valutare se tale sacrificio sia davvero inevitabile o se sia invece fronteggiabile mediante la predisposizione di una diversa organizzazione che consenta il recupero di quel lavoratore in altre posizioni disponibili all'interno del complesso di manodopera da lui impiegata. Occorre, cioè, che nell'impresa non vi siano posizioni lavorative disponibili nelle quali il lavoratore titolare della posizione "sacrificata" possa essere utilmente reimpiegato.

Dal bilanciamento dei due interessi contrapposti è quindi derivata la costruzione, da parte della Cassazione, dell'**onere di ricollocazione** (o *repêchage*): onere di cui non vi è traccia nel diritto positivo (non essendo previsto quale requisito di legittimità del licenziamento dalla legge n. 604/1966), ma la cui derivazione giurisprudenziale si è resa necessaria per garantire il rispetto di un interesse costituzionale del lavoratore. Tale onere prevede quindi che il datore di lavoro che, nell'ambito di un'operazione aziendale, decida di sopprimere una posizione lavorativa, per poter licenziare legittimamente il lavoratore titolare di quella posizione, debba prima verificare che egli non possa essere impiegato in altre posizioni lavorative disponibili all'interno della complessiva organizzazione aziendale.

Dalla costruzione di tale condivisibile principio, tuttavia, la giurisprudenza nel corso dei decenni si è lasciata prendere la mano, estendendo l'onere datoriale di *repêchage* fino a livelli giudicati per lo più eccessivi, come si può osservare dalla seguente schematizzazione.

L'estensione dell'onere di *repêchage*.

a) Estensione *spaziale*: l'onere di ricollocazione ricomprende l'impossibilità di impiegare utilmente il lavoratore titolare della posizione lavorativa sacrificata anche in unità produttive diverse da quelle a cui egli era adibito?

La giurisprudenza è rigorosa nel riconoscere che esso ricomprenda anche unità produttive diverse da quella interessata dalle esigenze che hanno determinato il licenziamento, eventualmente anche in

sedi estere dell'impresa⁴²³.

b) Estensione *professionale*: la legittimità del licenziamento richiede altresì l'assorbimento dell'onere di dimostrare l'impossibilità di impiegare utilmente il lavoratore titolare della posizione lavorativa sacrificata anche in mansioni inferiori.

Invero, la giurisprudenza si è resa protagonista di una evoluzione del proprio orientamento in chiave di continua estensione dell'ampiezza del *repêchage*.

In una prima fase, la Corte di Cassazione pretendeva che tale onere riguardasse soltanto mansioni equivalenti a quelle cui era adibito il lavoratore, nell'evidente considerazione della prevalenza del divieto di demansionamento di cui all'art. 2103 c.c. allora vigente.

Con una prima estensione, la Suprema Corte ha ritenuto che il *repêchage* investa anche mansioni inferiori a quelle cui era adibito il lavoratore, ma ciò soltanto nel caso in cui il lavoratore avesse provato l'esistenza di posizioni inferiori libere e la sua manifestata disponibilità a ricoprirle.

In un momento successivo, tuttavia, la giurisprudenza, a ciò condotta anche dalla crisi economica che ha colpito anche l'Italia nella seconda metà dello scorso decennio, ha ritenuto opportuno tentare di salvaguardare il mantenimento del posto di lavoro del dipendente, ha allargato il ventaglio delle mansioni nel cui ambito deve ora essere esercitato il ricollocamento del lavoratore, prevedendo che l'onere di ricollocamento concerne senz'altro anche mansioni inferiori a quelle cui era adibito il lavoratore. Così, costituisce ora *jus receptum* che in caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo il datore di lavoro, che adduca a fondamento del licenziamento la soppressione del posto di lavoro cui era addetto il lavoratore licenziato, ha l'onere di provare non solo che al momento del licenziamento non sussistesse alcuna posizione di lavoro analoga a quella soppressa alla quale avrebbe potuto essere assegnato il lavoratore licenziato per l'espletamento di mansioni equivalenti a quelle svolte, ma anche di avere prospettato al lavoratore licenziato, senza ottenerne il consenso, la possibilità di un suo impiego in mansioni inferiori rientranti nel suo bagaglio professionale, purché tali mansioni inferiori siano compatibili con l'assetto organizzativo aziendale insindacabilmente stabilito dall'imprenditore⁴²⁴.

La prova dell'assolvimento dell'onere di *repêchage*.

423 In materia si è assistito ad una progressiva estensione dell'ambito spaziale entro il quale operare la valutazione dell'assolvimento o meno dell'onere di *repêchage* da parte del datore di lavoro, come dimostrano per esempio Cass., 16 maggio 2003, n. 7717, secondo cui esso si estende anche ad unità produttive diverse da quella interessata dalle esigenze che hanno determinato il licenziamento, e Cass., 4 ottobre 2004, n. 19837, secondo cui l'ambito di riferimento sulla riutilizzabilità è l'intera organizzazione del datore di lavoro (il caso concerneva un'impiegata, unica addetta all'amministrazione della sede legale di una società di Matera, con il compito di provvedere alla gestione dei rapporti con le istituzioni locali, che, dopo essere stata licenziata con motivazione riferita alla "chiusura della sede legale della società", impugnava il provvedimento, sostenendo che la società non aveva affermato, né provato, di non poterla impiegare negli uffici di Potenza, dove veniva svolta l'attività operativa dell'azienda). In un secondo momento è stato addirittura affermato (Cass., 15 luglio 2010, n. 16579; Cass., 8 febbraio 2011, n. 3040) che l'obbligo di *repêchage* si estende sino a ricomprendere nell'ambito della riutilizzabilità del lavoratore le sedi all'estero dell'azienda.

424 Cfr., per esempio, Corte di Cassazione, 13 agosto 2008, n. 21579; Corte di Cassazione, 13 agosto 2008, n. 21579; 18 marzo 2009, n. 6552; 1 luglio 2011, n. 14517; 15 maggio 2012, n. 7515; 2 gennaio 2013, n. 6, che ha ulteriormente specificato che "nel caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo conseguente alla soppressione del posto di lavoro nell'ambito di un processo di ridimensionamento aziendale, il datore di lavoro che prima del licenziamento formuli al dipendente una proposta di ricollocazione in un'altra realtà lavorativa [intendendosi qui un diverso contesto tanto spaziale quanto professionale, n.d.r.], è nel contempo tenuto ad informarlo che il suo posto di lavoro sarà cancellato in ossequio al dovere di correttezza e buona fede". Una tale portata onnivora dell'onere di *repêchage*, peraltro, si poneva in sostanziale difformità dalla norma di cui all'art. 2103 c.c. precedente alla riforma del giugno 2015. In un momento successivo, tuttavia, la Corte di Cassazione, al fine di individuare un contemperamento con questa continua evoluzione in chiave ampliativa, ha poi sottolineato che ricade sul lavoratore l'onere di indicare quali siano in concreto le mansioni, anche inferiori, in cui può essere utilmente ricollocato. L'onere di *repêchage* per il datore di lavoro, pertanto, sorgerebbe solo se il lavoratore abbia dedotto e allegato l'esistenza delle mansioni in cui egli è riutilizzabile, "conseguendo solo a tale allegazione l'onere del datore di lavoro di provare la non utilizzabilità nei posti predetti" (così Corte di Cassazione, 8 febbraio 2011, n. 3040); questo orientamento è stato tuttavia superato da un nuovo *revirement* della Corte nel corso del 2016.

Premessa l'allegazione, da parte del lavoratore, dell'esistenza di mansioni in cui potrebbe essere riutilizzato, come può il datore dimostrare, in concreto, l'assolvimento dell'onere di ricollocamento?

L'inesistenza di mansioni disponibili all'interno del complesso aziendale, nelle quali il dipendente possa essere proficuamente impiegato, costituisce infatti un fatto negativo: esso, pertanto, può essere dimostrato solo in maniera indiretta, mediante la necessaria dimostrazione del fatto positivo contrario, e cioè sia della stabile occupazione di tutti i posti residui da parte di altri lavoratori in servizio alla data del licenziamento, sia dell'assenza di nuove assunzioni nella stessa qualifica del dipendente licenziato per un congruo termine⁴²⁵.

Per la declinazione, in concreto, della "congruità" del periodo temporale rispetto al quale il datore di lavoro dovrà dimostrare di non aver proceduto a nuove assunzioni, la giurisprudenza solitamente fa riferimento ad un periodo di sei mesi⁴²⁶, anche se in sporadiche pronunce la Cassazione ha preteso il decorso di otto mesi⁴²⁷.

Passando ora all'analisi del licenziamento con preavviso all'interno dell'ordinamento cinese, può dirsi che se la legge italiana costruisce il licenziamento per motivi economici in maniera sistematica ed astratta, e si deve all'opera della giurisprudenza la collocazione delle varie fattispecie concrete all'interno della macro-categoria di riferimento, la *Employment Contract Law* procede direttamente in maniera casistica, individuando quali siano i casi in cui il datore di lavoro può procedere al licenziamento con preavviso. Solo l'opera dell'interprete consente poi, astraendo in via induttiva, individuare la *ratio* comune sottesa alle diverse fattispecie elencate nella disposizione di riferimento.

Anche in questo ambito, dunque, si può ricavare una conferma di quella notazione di metodo di cui si parlava in precedenza, relativa alla profonda differenza metodologica che connota i due ordinamenti: dal generale al particolare quello italiano (definizione astratta della fattispecie legale e riconduzione delle varie ipotesi concrete al suo interno), dal particolare al generale quello cinese (raggruppamento di varie fattispecie concrete all'interno di una medesima disposizione ed individuazione da parte dell'interprete della *ratio* che le accomuna).

Ciò premesso, le ipotesi di licenziamento con preavviso previste dalla *Employment Contract Law* si rinvengono nell'**art. 40**, che recita:

“Under any of the following circumstances, the employer may dissolve the labor contract if it notifies in writing the worker of its intention 30 days in advance or after paying him an extra one month salary:

(1) the worker is unable to take up his original work or any other work arranged by the employing unit on the expiration of the specified period of medical treatment for illness or for injury incurred when not at work;

425 Corte di Cassazione, 16 maggio 2003, n. 7717: “l'onere di dimostrare l'impossibilità di adibire il lavoratore allo svolgimento di altre mansioni analoghe a quelle svolte in precedenza, concernendo un fatto negativo, va assolto mediante la dimostrazione di fatti positivi corrispondenti, quali la circostanza che i residui posti di lavoro, riguardanti mansioni equivalenti, fossero al tempo del licenziamento stabilmente occupati da altri lavoratori, ovvero che, dopo il licenziamento e per un congruo periodo, non sia stata effettuata alcuna nuova assunzione nella stessa qualifica dei lavoratori licenziati”.

426 L'individuazione di un periodo semestrale dipende dal coordinamento con la norma di cui all'art. 15, comma 6, l. n. 264/1949, che contempla un diritto di precedenza a favore dei lavoratori licenziati da un'azienda per riduzione di personale con riferimento alle riassunzioni operate dall'azienda per le medesime mansioni nei sei mesi successivi. È opportuno ricordare come tale diritto sorga al momento del licenziamento, e come tale sia validamente rinunciabile dal lavoratore (Trib. Latina 26 marzo 2013 n. 612; Trib. Padova, 19 ottobre 2015), con conseguente legittimità della clausola del verbale di conciliazione che preveda un'apposita rinuncia *ad hoc* a tale diritto.

427 Corte di Cassazione, n. 11720 del 2009.

(2) *the worker is incompetent for the post and remains incompetent after receiving a training or being assigned to another post; or*

(3) *the objective conditions taken as the basis for conclusion of the contract have greatly changed, so that the original labor contract cannot be performed and, after consultation between the employing unit and the worker, no agreement is reached on modification of the contents of the labor contract”.*

Come si vede, nel sistema giuslavoristico cinese è la legge stessa a quantificare il periodo di preavviso che il datore di lavoro deve rispettare nel disporre il licenziamento nelle varie ipotesi di cui all'art. 40, mentre in Italia l'individuazione della durata concreta di tale periodo è demandata dall'art. 2118 c.c. alla contrattazione collettiva e, in mancanza, agli usi e all'equità (che sarà poi operante in concreto tramite il rinvio ai contratti collettivi del medesimo settore).

Comune ai due ordinamenti, invece, è la possibilità di sostituire al periodo di preavviso il pagamento di un'**indennità sostitutiva**, pari alla retribuzione che sarebbe spettata al lavoratore se avesse lavorato durante il periodo di preavviso prescritto.

Il concreto ammontare dell'indennità sostitutiva è specificato dall'art. 20 del *Regulation on implementation of the Employment Contract Law*, ai sensi del quale “*where an employer decides to dissolve the employment contract with an employee by paying the latter an additional month's wages according to Article 40 of the Employment Contract Law, the amount of the additional month's wages shall be determined according to the employee's wages **in the last month**”.*

La definizione dell'art. 20 del *Regulation on the implementation* quindi appare simile a quella invalsa nella normativa italiana, stante la perfetta corrispondenza tra i concetti di *wage* e di retribuzione.

Preliminarmente all'analisi delle ipotesi che l'art. 40 prevede quali causali giustificatrici del licenziamento con preavviso, giova dare atto della possibile emersione di una questione interpretativa di non poco momento.

Si è detto che l'art. 40 prevede una serie di causali giustificatrici del recesso legate a situazioni oggettive, ed in quanto tale si oppone alle ipotesi dell'art. 39 in cui, invece, rilevano circostanze di natura disciplinare e soggettiva. È per tale motivo, del resto, che soltanto la prima ipotesi richiede il rispetto del termine di preavviso di 30 giorni da parte del datore di lavoro, proprio per consentire al lavoratore di disporre di un lasso di tempo minimo per tentare di rinvenire un nuovo impiego, concessione quantomai opportuna dato che il recesso non dipende da sua colpa, come invece nei casi dell'art. 39 in cui, propriamente, egli non gode del diritto al preavviso.

In quanto tale, si è detto, l'art. 40 configura una categoria del licenziamento assimilabile al licenziamento per giustificato motivo oggettivo che, nell'ordinamento italiano, è così espressamente definito dall'art. 3 della legge n. 604/1966.

Ma se queste notazioni sono corrette, ci si aspetterebbe che allora, così come in Italia, anche in Cina il licenziamento con preavviso possa essere intimato anche nel caso in cui l'impresa del datore di lavoro si trovi in difficoltà di natura economica e si trovi conseguentemente nella stringente necessità di porre in essere una riduzione dei costi aziendali. Questa, anzi, costituisce l'ipotesi principale di licenziamento per giustificato motivo oggettivo nel nostro Paese.

Me per quanto riguarda la legge cinese, sorge il problema relativo al fatto che l'art. 40 in commento non pone una definizione generale, nel cui ambito sia possibile “inserire” senza problemi anche tale ipotesi. La legge cinese – lo si è ribadito più volte – procede in maniera casistica e per fattispecie concrete, non astratte. Ma allora, **in assenza**, all'interno dell'elencazione dell'art. 40, **di alcun riferimento ad una causale di licenziamento con preavviso basato sulle difficoltà aziendali di ordine economico, si può lo stesso ritenere che in caso di crisi il datore di lavoro possa licenziare il dipendente?**

Il problema è reso più evidente da un confronto con l'art. 41, che regola le ipotesi del licenziamento collettivo per riduzione di personale.

Orbene, il num. 2) dell'art. 41 consente il licenziamento collettivo nel caso in cui il datore di lavoro "*is in serious difficulties in production and business operation*". L'esplicito riferimento alla situazione di difficoltà economica del datore di lavoro quale causa legittimatrice del recesso solo con riguardo al licenziamento collettivo e non anche con riferimento al licenziamento individuale, sembra poter indurre a ritenere che non sia consentito il licenziamento di un lavoratore nel caso in cui l'impresa datoriale si trovi in stato di crisi economico-finanziaria.

Invero, potrebbe replicarsi che all'interno della clausola di cui al num. 3) dell'art. 40 – che fa riferimento al mutamento rilevante delle condizioni oggettive sottese alla stipulazione del contratto di lavoro, che fanno sì che il datore di lavoro non sia più in grado di darvi esecuzione – possa ritenersi ricompresa anche l'ipotesi del recesso per crisi aziendale.

In altre parole, potrebbe risolversi il problema segnalato affermando che la fattispecie del num. 3) dell'art. 40, con il riferimento ad una situazione in cui "*the objective conditions taken as the basis for conclusion of the contract have greatly changed, so that the original labor contract cannot be performed*", intenda ricomprendere al suo interno anche il cennato caso in cui egli si trovi in uno stato di sofferenza economica tale da dover realizzare un risparmio di costi tramite la soppressione del posto di lavoro o l'accorpamento in capo ad un unico dipendente di mansioni prima attribuite a più lavoratori.

Senonché, tale soluzione – che pure sarebbe convincente, alla luce della teoria della presupposizione secondo cui il contratto di lavoro in tanto può trovare esecuzione in quanto la prestazione del lavoratore risulti funzionalmente e causalmente utilizzabile dal datore di lavoro⁴²⁸ – risulta impedita da una circostanza di tenore letterale.

L'art. 41, sul licenziamento collettivo, infatti, quali causali giustificatrici di un recesso plurimo per riduzione di personale contempla sia l'ipotesi del mutamento considerevole delle condizioni oggettive funzionali all'esecuzione del contratto – ipotesi del tutto parallela a quella dell'art. 40, num. 3) – sia, espressamente, l'ipotesi di difficoltà produttive e, più in generale, economiche del datore di lavoro.

Così, sembrerebbe doversi concludere che, in virtù dell'insuperato principio per cui *ubi lex dicit, voluit, ubi nolit, tacuit*, la mancata previsione della crisi aziendale quale legittima causale giustificatrice del recesso individuale per motivi oggettivi sembri impedire tale recesso nel caso in cui l'unica ragione che induce il datore di lavoro ad estinguere il rapporto consista nelle difficoltà di natura produttiva od economica di quest'ultimo.

Tale soluzione non appare convincente; può ritenersi, in questo caso, che il legislatore del 2008 sia incorso in una dimenticanza; ciò per un duplice ordine di rilievi.

In primo luogo, perché consentire che, in caso di crisi aziendale, il datore di lavoro ponga in essere un licenziamento collettivo, e nello stesso tempo impedire il licenziamento individuale nel medesimo caso di crisi aziendale, appare francamente assurdo: un'operazione di riduzione del personale tramite un licenziamento di almeno 20 lavoratori o del 10% della forza lavoro impiegata, secondo la definizione di licenziamento collettivo offerta dall'art. 41, presenta infatti senza alcun dubbio conseguenze sociali più gravi rispetto all'estinzione di un unico rapporto di lavoro (o di un numero di rapporti di lavoro inferiore rispetto a quello collettivo); non si capirebbe perciò per quale *ratio* il legislatore vorrebbe legittimare la soluzione con più ricadute sociali ed impedire, invece, quella meno pesante. Senza contare che il licenziamento individuale può costituire, in caso di crisi aziendale, uno *step* preliminare tramite il quale il datore di lavoro può provare a ridurre i costi aziendali per fronteggiare la crisi, senza addivenire direttamente ad un recesso collettivo.

In secondo luogo, perché la giurisprudenza cinese non dubita che il licenziamento individuale con preavviso sia possibile in caso di crisi aziendale che imponga la necessità di una riduzione dei costi in capo all'azienda.

428 Sulla presupposizione, cfr. più ampiamente *infra*, all'interno di questo stesso paragrafo.

Il silenzio del legislatore sul punto, pertanto, non può essere interpretato come volontà impeditiva di una tale ipotesi di recesso individuale. Deve quindi concludersi che anche in tale circostanza sia ammesso al datore di lavoro di estinguere il rapporto con un lavoratore che egli ritenga eccedentario, purché venga rispettato l'onere di *repêchage* che, come vedremo, è espressamente contemplato dal num. 3) dell'art. 40.

Ciò premesso, possiamo ora ad analizzare ciascuna delle ipotesi di licenziamento con preavviso previste dall'art. 40 della *Employment Contract Law*.

3.3.1 L'inabilità del lavoratore allo svolgimento delle sue mansioni originarie o di altre mansioni organizzate dall'unità produttiva alla scadenza dello specifico periodo di trattamento medico per malattia o infortunio extra-professionale

Il num. 1) dell'art. 40 concerne l'ipotesi in cui, a seguito del rientro in servizio del lavoratore dopo un'assenza per malattia o dopo un'assenza giustificata dalla necessità di sottoporsi a un trattamento medico reso necessario da una patologia o da un infortunio extra-lavorativi, sia evidente che egli non sia più in grado, proprio a causa dei postumi della malattia o dell'infortunio, di ricoprire la posizione che svolgeva in precedenza.

Sul punto, occorre operare subito una distinzione importante tra due fattispecie che dalla lettura della disposizione in esame potrebbero confondersi:

- l'ipotesi della c.d. **inabilità sopravvenuta alle mansioni** (i), cagionata da una malattia o da un infortunio extra-lavorativi a seguito dei quali il lavoratore non sia più in grado di ricoprire le mansioni svolte in precedenza;
- l'ipotesi del **licenziamento per malattia** (ii), ovvero per un'assenza del lavoratore dovuta ad uno stato morboso che si protragga oltre il termine massimo previsto dalla legge (fattispecie che nel nostro ordinamento si suole denominare di *superamento del periodo di comperto*)⁴²⁹.

La confusione che la lettura del testo del num. 1) dell'art. 40 cagiona dipende dal fatto che la norma si riferisce all'inabilità sopravvenuta del lavoratore allo svolgimento delle mansioni unendola, però, a un periodo di assenza dal lavoro reso necessario per sottoporsi ad un trattamento medico.

Sembra, cioè, che l'assenza del lavoratore malato od infortunato, volta a consentirne la sottoposizione ad un trattamento medico di recupero, sia elemento qualificatorio della fattispecie in esame.

Ma anche il licenziamento per malattia (ii) dipende da un'assenza del lavoratore dovuta ad uno stato morboso di lunga durata.

Sebbene la norma in esame sembri, quindi, riferirsi ad entrambe le fattispecie, occorre invece rilevare che essa in realtà prende in considerazione soltanto la prima di esse, ovvero la situazione in

⁴²⁹ Deve, cioè, essere sottolineato che “il caso di sopravvenuta inidoneità allo svolgimento delle mansioni deve essere innanzitutto nettamente distinto dal caso della malattia: mentre la malattia ha carattere temporaneo e determina l'impossibilità della prestazione, la sopravvenuta inidoneità ha carattere permanente o durata indeterminata e indeterminabile, e non comporta l'impossibilità totale della prestazione, dando luogo a un'ipotesi di risoluzione del contratto di lavoro a prescindere dal superamento del periodo di comperto”: A. Topo, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, in C. Cester (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, Cedam, Padova, 2012, 148. La stessa Autrice nota come la differenziazione tra le due fattispecie, introdotta – quanta al profilo sanzionatorio – dalla riforma Fornero, fosse invero conosciuta anche precedentemente dalla giurisprudenza, dal momento che “la Cassazione aveva avuto modo di distinguere tale situazione [cioè quella del licenziamento dovuto all'assenza per malattia, n.d.s.] dagli altri eventi riconducibili al giustificato motivo oggettivo di licenziamento, non solo per sottolineare l'autonomia e specialità della fattispecie regolata dall'art. 2110 c.c., ma anche soprattutto ai fini di escludere l'onere del datore di lavoro di discutere ipotesi alternative al licenziamento con il lavoratore”, in una prospettiva pertanto simile a quella invalsa (ma qui a livello di diritto positivo per l'espressa previsione contenuta nell'art. 40 in esame della *Employment Contract Law*) nell'ordinamento cinese, come si vedrà subito.

cui il lavoratore è licenziabile in quanto non risulta più utilmente impiegabile dal datore di lavoro, che non ne può utilizzare le prestazioni professionali né nelle mansioni originarie né in nuove mansioni nelle quali il dipendente potrebbe essere adattato.

In tal modo, l'elemento qualificatore della fattispecie coincide con l'**inabilità sopravvenuta allo svolgimento delle mansioni**, – della quale la malattia o l'infortunio (di eziologia extra-professionale⁴³⁰) costituiscono un mero antecedente causale – e non con il decorso di un periodo di malattia oltre il termine massimo di tolleranza stabilito dalla legge. In altre parole, l'ipotesi del licenziamento per superamento del periodo di comportamento esula totalmente dalla disposizione ora in commento⁴³¹.

Ciò premesso, si osservi che la norma è chiara nel far dipendere l'inabilità sopravvenuta alle mansioni da una malattia o da un infortunio di origine extra-professionale: ciò significa che, nel caso in cui l'evento pregiudizievole per la salute del lavoratore e per la sua capacità di eseguire la prestazione sia collegato allo svolgimento dell'attività lavorativa da parte del medesimo – in caso cioè di malattia od infortunio di natura professionale – la *Employment Contract Law* non consente il licenziamento del dipendente.

Ciò risulta confermato ancora più espressamente dall'art. 42 della legge in esame, per la cui analisi si rinvia al Capitolo Quarto, dedicato ai divieti di licenziamento. Qui basti ricordare come ai sensi di tale ultima norma il datore di lavoro “*shall not dissolve the labor contract under Articles 40 and 41 of this Law if any of its employee [...] 2. has been confirmed as having lost or partially lost his capacity to work due to an occupational disease or a work-related injury during his employment with the employer*”.

Solo nel caso di malattia extra-professionale, pertanto, il datore di lavoro potrà recedere dal rapporto, ma non per l'assenza in sé, bensì a causa della (nuova) inidoneità del dipendente a svolgere le mansioni precedenti o altre nelle quali avrebbe potuto essere ricollocato⁴³².

Invero, la norma è abbastanza chiara. È sufficiente evidenziare come sia la stessa lettera della disposizione a configurare in capo al datore di lavoro l'onere di valutare se sia possibile assegnare il lavoratore a nuove mansioni compatibili con il suo nuovo stato di salute, l'onere, cioè, di valutarne la ricollocazione in mansioni diverse e disponibili all'interno del contesto aziendale.

Trattasi di una ben precisa **ipotesi legale di repêchage**: del resto, anche nell'ordinamento italiano sussiste una norma che impone al datore di lavoro di tentare di ricollocare il lavoratore colpito da malattia o da infortunio extra-professionali in altre mansioni. L'art. 4, comma 4, della legge n. 12 marzo 1999, n. 68, infatti, prevede che, in relazione ai lavoratori che siano divenuti inabili allo svolgimento delle proprie mansioni in conseguenza di infortunio o di malattia⁴³³, “*l'infortunio o la*

430 Nel diverso caso in cui l'inabilità allo svolgimento delle mansioni dipenda viceversa da una malattia o da un infortunio professionali, la legge prevede invece un espresso divieto di licenziamento (art. 42, sul quale si rinvia al Capitolo Quarto).

431 Per un'analisi del licenziamento per superamento del periodo di comportamento, si rinvia al Capitolo Quarto del presente volume, dedicato ai divieti di licenziamento. Vedremo infatti che, come in Italia, anche in Cina è consentito al datore di lavoro di estinguere il rapporto di lavoro a causa dell'assenza del lavoratore solo dopo la scadenza di un periodo ben specifico, a pena di invalidità del licenziamento così intimato (art. 42, num. 3, della *Employment Contract Law*).

432 Impossibilità da valutare sulla base di un confronto in concreto tra le mansioni e la specifica situazione di inabilità in capo al lavoratore, senza che sia sufficiente il responso medico che attesti l'infermità del dipendente. La norma cinese esplicita così un concetto comunque pacifico anche all'interno dell'ordinamento italiano, in cui non è controverso che “*l'esistenza dell'incapacità del lavoratore di adempiere le mansioni contrattualmente assunte deve essere verificata in concreto mediante il raffronto tra le mansioni e le menomazioni, non potendosi desumere la prova dell'incompatibilità tra le une e le altre da accertamenti anitari effettuati nell'ambito delle norme che regolano particolari istituti di sicurezza sociale, quali l'invalidità civile, le assunzioni obbligatorie, gli infortuni e le malattie professionali, gli assegni e le pensioni di inabilità*” (M. Tatarelli, *Il licenziamento individuale e collettivo*, cit., 257).

433 La legge italiana non distingue a seconda dell'eziologia, professionale o meno, della malattia o dell'infortunio che colpiscono il lavoratore. Diverso è il caso in cui il lavoratore già disabile incorra, in costanza di rapporto, in un aggravamento delle condizioni di salute a seguito del quale egli non sia più idoneo a svolgere le mansioni assegnategli. In quest'ultima ipotesi, egli ha diritto (ex art. 10, comma 3, della medesima legge n. 68/1999) alla sospensione non retribuita del rapporto di lavoro fino a che l'incompatibilità persista, vigendo in questo periodo un divieto di

malattia non costituiscono giustificato motivo di licenziamento nel caso in cui essi [i lavoratori, n. d. s.] possano essere adibiti a mansioni equivalenti ovvero, in mancanza, a mansioni inferiori”.

Tale disposizione configura un’eccezione a quanto si è detto prima a proposito della genesi giurisprudenziale dell’istituto del *repêchage*, in quanto prevede un’ipotesi in cui è la legge stessa ad ancorare la legittimità del licenziamento alla dimostrazione, da parte del datore di lavoro, dell’impossibilità di adibire il lavoratore “menomato” a mansioni compatibili con il suo stato di salute, specificando altresì che tali nuove mansioni possono essere anche inferiori a quelle di provenienza, che ora il lavoratore non è più in grado di svolgere⁴³⁴.

Lo stesso è previsto dall’*Employment Contract Law* in cui, nel silenzio serbato dall’art. 40, num. 1), relativamente al confronto tra mansioni originarie e nuove mansioni nelle quali il dipendente deve essere ricollocato, evidentemente consente anch’essa un demansionamento, come l’art. 4, comma 4, dell’omologa norma italiana, considerandolo un male minore rispetto alla perdita dell’impiego.

3.3.2 Il difetto di competenza in capo al lavoratore. Questioni sullo scarso rendimento

Il num. 2) dell’art. 49 – ai sensi del quale può essere licenziato con preavviso il lavoratore “*is incompetent for the post and remains incompetent after receiving a training or being assigned to another post*” – fa emergere la questione relativa al c.d. *scarso rendimento*.

Questione tanto più importante in quanto densa di profili problematici, e ciò anche in Italia, laddove essa risulta ancora priva di una compiuta collocazione sistematica: tanto i teorici quanto i pratici sono ben lungi dall’essere riusciti ad approdare ad una soluzione definitiva ed appagante in ordine ad una sua puntuale e corretta ricostruzione.

Lo scarso rendimento, *in thesi*, è facilmente definibile, consistendo in un’attività lavorativa che non raggiunge la soglia minima di soddisfazione per il creditore della prestazione lavorativa medesima, ossia per il datore di lavoro.

Se il lavoratore offre una prestazione connotata da un rendimento scarso, evidentemente il datore di lavoro non può utilizzare tale prestazione lavorativa inserendola in modo proficuo all’interno del ciclo produttivo (o, in generale, dell’attività di impresa dal medesimo complessivamente gestita).

licenziamento per giustificato motivo. Il rapporto di lavoro potrà essere risolto solo qualora la commissione medica competente accerti che, anche attuando i possibili adattamenti dell’organizzazione del lavoro, sussista una definitiva impossibilità di reinserire il disabile all’interno dell’azienda. In materia, può segnalarsi la recentissima sentenza della Corte di Cassazione n. 10576 del 28 aprile 2017, con la quale la Suprema Corte, confermando l’orientamento già invalso con le sentenze n. 15269 del 2012 e 8450 del 2014, ha affermato che per un licenziamento di un lavoratore disabile, motivato da aggravamento delle condizioni di salute con conseguente inidoneità alla specifica mansione, non sono sufficienti l’accertamento del medico competente (*ex art. 41 d. lgs. n. 81/2008*) ed i successivi provvedimenti datoriali in esecuzione della previsione contenuta nel comma 8 dell’art. 42, ma occorre l’accertamento della commissione medica pubblica individuata dall’art. 10, comma 3, della legge n. 68/1999. Il lavoratore può essere licenziato soltanto se, a seguito dell’aggravamento accertato dalla commissione medica appena citata (la quale potrebbe anche pronunciarsi per una inabilità assoluta), il lavoratore disabile non possa essere inserito in un’attività, neanche adattando l’organizzazione lavorativa. Si ricorda che anche con il decreto legislativo n. 23/2015 (art. 2, comma 4) qualora si rilevi il difetto di giustificazione per motivo consistente nella disabilità fisica o psichica del lavoratore, il giudice dichiara illegittimo il recesso e condanna il datore di lavoro alla reintegrazione con il pagamento, non minore a cinque mensilità, delle retribuzioni e della contribuzione fino alla data della ripresa dell’attività (dedotto l’eventuale *aliunde perceptum*).

434 La disposizione, pertanto, contiene una duplice eccezione: oltre a quella già segnalata – riguardante la natura legale dell’onere del *repêchage* – vi è anche quella per cui è consentito, in questo caso specifico, il demansionamento del dipendente, in deroga alla generale impossibilità di adibire il lavoratore a mansioni non equivalenti a quelle di assunzione prevista dall’art. 2103 c.c. nella sua versione anteriore alla recente modifica posta in essere dal d. lgs. n. 81/2015 che, come noto, ha notevolmente ampliato le possibilità di modifica “verticale” delle mansioni, anche verso il basso, peraltro mutando i criteri di riferimento e di confronto tra le mansioni originarie e quelle nuove, sostituendo al criterio dell’equivalenza quello del riferimento al livello contrattuale di inquadramento. Peraltro, la norma tutela il lavoratore prevedendo che, nel caso di destinazione a mansioni inferiori quale alternativa al recesso, egli ha diritto alla conservazione del più favorevole trattamento economico corrispondente alle mansioni di provenienza.

Nei casi più gravi, ciò comporta il mancato soddisfacimento dell'interesse del datore di lavoro e, conseguentemente, il venir meno del suo stesso interesse alla prosecuzione del rapporto di lavoro con il lavoratore, determinando quindi la necessità o l'opportunità di procedere al licenziamento di quest'ultimo.

La maggiore delle problematiche sopra cennate non consiste nella definizione di scarso rendimento. Invero, le questioni relative alla comprensione di quando il rendimento di un determinato lavoratore sia "scarso" e quindi non in grado di soddisfare l'interesse datoriale; se tale nozione possa essere identificata in base a parametri oggettivi o se sia invece destinata a scontare un inevitabile soggettivismo delle parti in ordine alla sua valutazione; e soprattutto quando il basso livello di gradimento del datore di lavoro nei confronti della prestazione del proprio dipendente sia di tale gravità da poter consentire il licenziamento, sono questioni applicative sulle quali, a ben vedere, i dubbi degli interpreti sembrano essere minori.

Il principale problema è, invece, di natura sistematica: il licenziamento per scarso rendimento costituisce una fattispecie di licenziamento di natura disciplinare o di natura oggettiva?

Apparentemente, sembrerebbe trattarsi di una questione meramente accademica, dottrinale, di nessun interesse pratico.

Invece, essa presenta profili pratici notevoli, in quanto dalla risoluzione di essa dipende a sua volta la risoluzione di un numero elevato di altre questioni pratiche notevoli, di cui il datore di lavoro (o per esso il professionista di sua fiducia) deve essere a conoscenza. Si pensi alle seguenti domande:

- il datore di lavoro può licenziare un dipendente il cui rendimento non soddisfi il suo interesse, e la cui prestazione lavorativa rientri nella nozione di "scarso rendimento"?
- il datore di lavoro che voglia licenziare per scarso rendimento un dipendente, deve procedere ad una previa contestazione disciplinare? Questo tipo di recesso deve essere preceduto dalla procedura disciplinare di cui all'art. 7 St. Lav. sopra analizzata?
- prima di licenziare il dipendente che offre un rendimento insufficiente, il datore di lavoro deve provare a offrirgli un (nuovo) periodo di addestramento/*training*, ovvero a individuare mansioni diverse disponibili nelle quali poterlo utilmente ricollocare?
- nel caso in cui il Giudice dovesse accertare l'illegittimità di un licenziamento per scarso rendimento, quali sono le conseguenze? Il dipendente può ottenere la reintegrazione nel posto di lavoro?

Sono tutte questioni pratiche relevantissime che tuttavia dipendono dalla previa risoluzione della domanda teorica sopra riportata: lo scarso rendimento costituisce una causale di recesso di natura soggettiva, riguardante la condotta professionale del lavoratore, rendendola sanzionabile con un licenziamento di natura disciplinare; ovvero costituisce un fattore oggettivo, in quanto tale rilevante non in chiave sanzionatoria per una condotta colpevolmente negligente del lavoratore, ma in chiave economica, come elemento cioè tale da privare la prestazione lavorativa della sua utilità ai fini della corretta e proficua gestione dell'impresa da parte del datore di lavoro⁴³⁵?

Semplificando ulteriormente: il datore di lavoro che licenzia il lavoratore per scarso rendimento, lo fa per sanzionarlo disciplinarmente, o per salvaguardare l'interesse dell'impresa privandola dalla presenza di un dipendente poco produttivo se non dannoso?

Tali questioni teoriche e pratiche allo stesso tempo si pongono tanto nell'ordinamento italiano quanto in Cina. Secondo il solito *modus procedendi*, quindi, si procede ora ad un confronto tra le due normative, onde analizzarne i punti in comune e le differenze.

435 La questione è così dibattuta che spesso si definisce il licenziamento per scarso rendimento come ipotesi "ibrida" o "anfibia" di recesso, ipotesi cioè che si colloca a metà strada tra il licenziamento disciplinare e il licenziamento economico, proprio in quanto esso involge tanto profili legati alla negligenza del lavoratore, quanto profili collegati alle esigenze aziendali (in tal senso, P. Ichino, *Sullo scarso rendimento come fattispecie anfibia, suscettibile di costituire al tempo stesso giustificato motivo oggettivo e soggettivo di licenziamento*, nota a Cass., 5 marzo 2003, n. 3250, in *Riv. It. dir. lav.*, 2003, II, 694 ss.).

In Italia, l'orientamento prevalente ritiene che il licenziamento per scarso rendimento costituisca un'ipotesi di recesso per *giustificato motivo soggettivo*, avente natura disciplinare⁴³⁶. L'accento, infatti, è posto più sulla negligenza del lavoratore e sul suo conseguente non corretto adempimento degli obblighi contrattuali, che sugli effetti pregiudizievoli che esso comporta in capo all'andamento dell'impresa.

Il datore di lavoro, così, dovrà provare, con specifico riguardo alla natura dell'attività esercitata, non solo il mancato raggiungimento del risultato atteso o la sua oggettiva esigibilità (*i.e.* vendite, raggiungimento del programma di produzione o di un quantitativo minimo di affari), ma anche che tale situazione è dovuta esclusivamente a una condotta colpevole del lavoratore e al suo negligente inadempimento degli obblighi contrattuali, e non a *deficit* organizzativi propri dell'apparato produttivo aziendale⁴³⁷.

La negligenza del lavoratore, infatti, costituendo un elemento costitutivo della fattispecie, deve essere oggetto di prova rigorosa, unitamente alla sua imputabilità al dipendente. Così, deve ritenersi legittimo il licenziamento intimato al lavoratore per scarso rendimento qualora sia risultata provata, sulla scorta della valutazione complessiva dell'attività resa dal lavoratore stesso ed in base agli elementi dimostrati dal datore di lavoro, *“una evidente violazione della diligente collaborazione dovuta dal dipendente - ed a lui imputabile - in conseguenza dell'enorme sproporzione tra gli obiettivi fissati dai programmi di produzione per il lavoratore e quanto effettivamente realizzato nel periodo di riferimento, avuto riguardo al confronto dei risultanti dati globali riferito ad una media di attività tra i vari dipendenti ed indipendentemente dal conseguimento di una soglia minima di produzione”*⁴³⁸.

E' minoritario, invece, l'orientamento che configura il recesso *de quo* come un'ipotesi di licenziamento per *giustificato motivo oggettivo*: tale orientamento attribuisce maggiore rilevanza all'elemento consistente nell'inutilità della prestazione per il datore di lavoro, con incisione sulle esigenze di organizzazione e di funzionamento dell'azienda e creazione di scompensi organizzativi. Tale prospettiva oggettiva rileva come ben può porsi a fondamento della risoluzione del rapporto un *“inadempimento incolpevole”*, ove la violazione della clausola di intensità minima ricompresa nell'oggetto dell'obbligazione del lavoratore sia idonea ad incidere sulle esigenze economico-organizzative dell'azienda.

Chiaramente, laddove lo si configuri come licenziamento per giustificato motivo oggettivo, per essere legittimo il licenziamento dovrà essere sorretto dalla rigorosa dimostrazione degli scompensi, dei problemi, delle difficoltà organizzative che l'insufficiente collaborazione del lavoratore cagiona all'impresa (sotto forma di perdite di commesse per effetto di errori da lui posti in essere, di necessità di sostituirlo o di farlo assistere da colleghi più abili – non sarà invece probante la sola dimostrazione di un danno economico cagionata da un errore del dipendente negligente, in quanto essa potrà al più portare ad un licenziamento disciplinare laddove la mancanza di perizia e di attenzione si risolva in un inadempimento grave o notevole).

La questione qualificatoria appare densa di conseguenze anche dal punto di vista probatorio⁴³⁹; comunemente si ritiene che la prima strada, quella soggettiva, sia più impervia per il datore di

436 Corte di Cass., sent. n. 3876 del 2006; Corte di Cass., sent. 1 dicembre 2010, n. 24361.

437 Aderisce a tale orientamento C. Cester, *Diligenza e obbedienza del prestatore di lavoro*, in F. Busnelli (a cura di), *Il Codice Civile, Commentario*, Giuffrè, 2007, 187: *“Non è sufficiente che il lavoratore applichi correttamente le regole tecniche di esecuzione della prestazione se egli non è in grado di fornire anche quella intensità quantitativa ‘normale’ che è necessaria affinché la prestazione stessa sia concretamente utilizzabile e coordinabile con gli altri fattori produttivi”*, intendendo quindi il concetto di rendimento come *“il rapporto tra tempo dedicato alla prestazione ed il risultato conseguito dove tuttavia il risultato non è qui l'oggetto dell'obbligazione, bensì soltanto un termine di misura del quantum della prestazione”*.

438 Corte di Cass., 1 dicembre 2010, n. 24361.

439 Caratterizzato da difficoltà tali, tanto che si condivida la prospettiva oggettiva quanto che si privilegi invece quella soggettiva, che il licenziamento per scarso rendimento è stato da autorevole dottrina definito *“impossibile”*, sottolineandosene la *“rischiosità”* giudiziale: così P. Ichino, *La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori*, in L. Nogler, L. Corazza, *Risistemare il diritto del lavoro. Liber amicorum Marcello Pedrazzoli*, Franco Angeli, 2013, 792 ss.

lavoro, non essendo facile dimostrare la violazione del dovere di diligenza, specie là dove lo scarso rendimento derivi da una obiettiva incapacità del lavoratore di lavorare con un “ritmo” normale e non, come si suol dire, da cattiva volontà. La strada oggettiva, tuttavia, non è priva anch’essa di difficoltà probatorie per il datore di lavoro, proprio in quanto lo scarso rendimento deve essere dimostrato assumendo parametri di produttività sufficientemente precisi di oggetto e di tempo (e non sempre, in relazione alla natura della prestazione, ciò è possibile) e soprattutto parametri precisi di comparazione con l’attività di lavoratori svolgenti le stesse o simili mansioni⁴⁴⁰.

L’orientamento da ultimo citato, propenso ad attribuire allo scarso rendimento connotazioni oggettive, ha preso tuttavia nuova linfa per effetto di una recente sentenza della Corte di Cassazione del 2014⁴⁴¹, che si rivela molto interessante perché tratta di tale profilo collegandolo ad altra tematica ad esso attigua, quella dell’**eccessiva morbilità** del lavoratore.

Con riferimento a quest’ultima, in passato la giurisprudenza era ferma nel ritenere che essa – consistente nell’abitudine del lavoratore ad assentarsi frequentemente per malattia, ciascuna volta per pochi giorni – non costituisce legittima causale giustificatrice del recesso, non potendo essere configurata quale ipotesi di giustificato motivo oggettivo di licenziamento. In breve, la Cassazione era del parere che il licenziamento per malattia potesse essere irrogato soltanto in caso di superamento del periodo di comportamento, prima del quale non sussisteva alcuna intollerabilità in capo all’assenza del lavoratore, anche nel caso di brevi e frequenti episodi morbosi idonei a causare difficoltà organizzative all’impresa, per la continua necessità di provvedere alla sostituzione del dipendente cagionevole⁴⁴².

Con la recente sentenza del 2014, la Suprema Corte ha cambiato rotta. Il caso di specie era il seguente: un lavoratore si assentava spesso per malattia con minimo preavviso e per pochi giorni consecutivi, spesso nelle giornate immediatamente precedenti o successive i week end o le festività, cagionando così difficoltà organizzative all’azienda che doveva continuamente provvedere a sostituirlo con altri dipendenti all’ultimo momento, ed era stato per questo licenziato per scarso rendimento. La Cassazione, rigettando definitivamente l’impugnazione del lavoratore ricorrente, ha ritenuto che le sue assenze, per la modalità con cui si verificavano (per un numero esiguo di giorni ed “agganciate” ai giorni di riposo del lavoratore), davano luogo “*ad una prestazione lavorativa non sufficientemente e proficuamente utilizzabile per la società, rilevandosi la stessa inadeguata sotto il profilo produttivo e pregiudizievole per l’organizzazione aziendale così da giustificare il provvedimento risolutorio*”. Inoltre, la sentenza ha chiarito che, nel caso di specie, le assenze per malattia del lavoratore non hanno rilievo in sé, ma in quanto le stesse, anche se incolpevoli, sono causa dello scarso rendimento del lavoratore, “*incidendo negativamente sulla produzione aziendale e creando enormi scompensi organizzativi*”⁴⁴³.

440 Anche se, a ben vedere, la prova di tali elementi, là dove praticabile, si rivela assai utile anche nella prospettiva soggettiva, in quanto la colpa del lavoratore, almeno nei casi di forte scostamento rispetto alle prestazioni degli altri dipendenti, può ritenersi implicitamente dimostrata proprio in ragione di quell’eccessivo scostamento.

441 Corte di Cassazione, 4 settembre 2014, n. 18678. Per i suoi profili di interesse e di novità, la pronuncia ha ricevuto vasto clamore tra gli addetti ai lavori; per un commento, cfr. *Riv. It. Dir. Lav.*, 2014, n. 4, II, 969, con nota critica di R. Lama, “*Trent’anni dopo le Sezioni Unite: la Cassazione riesuma l’eccessiva morbilità come giustificato motivo di licenziamento*”.

442 Cfr., per esempio, Corte di Cassazione, n. 14065 del 1999, concernente l’ipotesi di un licenziamento per giustificato motivo oggettivo di una lavoratrice per eccessiva morbosità, e del rapporto tra tale risoluzione unilaterale del rapporto di lavoro ed il superamento del periodo di comportamento normativamente stabilito. Nel caso in esame, la Suprema Corte, richiamandosi alla sua precedente giurisprudenza (in particolare Cass., Sez. Un., n. 2072-2073- 2074 del 1980), ha affermato che devono trovare applicazione i principi espressi dall’articolo 2110 c.c., “*che prevale in quanto norma “speciale”, sia sulla normativa generale del recesso, che su quella del codice civile in tema di impossibilità sopravvenuta della prestazione*”. La Corte individua così il fulcro della disciplina della malattia del lavoratore nell’articolo 2110 c.c., riconducendovi “*non solo la malattia a carattere unitario e continuativo, ma anche il fenomeno della c.d. eccessiva morbilità*”.

443 Peraltro, sussiste il forte sospetto che “*la disapplicazione, nel caso di specie, dell’art. 2110 c.c. (con conseguente legittimità di un licenziamento per malattia prima del superamento del comportamento) fosse dettata anche e forse soprattutto dalle modalità delle assenze, quasi sempre comunicate all’ultimo momento e in grandissima maggioranza agganciate a giornate festive, e dunque in una prospettiva (non detta, ma avente forse un suo peso, come dire,*

Così, l'eccessiva morbilità del lavoratore viene ora ritenuta idonea a sorreggere un licenziamento per giustificato motivo oggettivo anche prima e a prescindere dal superamento del periodo di comporto, qualora le numerose assenze del lavoratore si risolvano in uno scarso rendimento tale da dar vita ad una prestazione lavorativa non sufficientemente e proficuamente utilizzabile dal datore di lavoro.

Anche nell'ordinamento cinese la fattispecie è densa di problematiche.

Nella prassi in cui si utilizza la lingua inglese, più che di “scarso rendimento” si suole parlare di “incompetenza”, a significare che il licenziamento dipende dall'incompetenza del lavoratore, definita come mancanza dell'insieme di competenze professionali necessarie per quel determinato posto di lavoro.

L'attenzione, così, a prima vista sembra maggiormente spostata sul versante soggettivo, in quanto parlare di “incompetenza” denota un giudizio sulla persona e sulle sue abilità professionali molto più che l'utilizzo di una locuzione quale “scarso rendimento”, in cui invece il punto focale è rappresentato dall'interesse dell'impresa a che i dipendenti rendano in misura idonea a consentire la soddisfazione dell'interesse datoriale, e cioè in misura non “scarsa”.

Tuttavia, se si abbandona la traduzione inglese della norma e si tenga conto della versione originale in lingua cinese⁴⁴⁴, ci si accorge che in tale fattispecie il legislatore consenta il licenziamento non in guisa di sanzione verso il dipendente privo della competenza professionale sufficiente, in quanto l'espressione 不能胜, bù néng shèng, che indica il concetto di “incompetenza”, è connotata dall'utilizzo del verbo servile 能, néng, che indica la capacità del soggetto. Pertanto, sebbene la traduzione ufficiale della norma in lingua inglese utilizzi il termine *incompetence*, il tenore letterale della norma in esame della *Employment Contract Law* non è idoneo a colorare di soggettività, in chiave latamente disciplinare, un licenziamento che invece nel sistema cinese è e rimane essenzialmente di natura economica. Ma su questo torneremo in seguito.

Quel che preme subito rilevare è che l'art. 40, num. 2), prevede che il lavoratore possa essere licenziato con preavviso se è incompetente in relazione ai suoi compiti lavorativi e se lo rimane anche a seguito della frequentazione – e anzi nonostante la relativa partecipazione – di percorsi di *training* predisposti dal datore di lavoro o dell'assegnazione, da parte di questo, ad altre mansioni.

Ed è proprio questo ultimo profilo a rendere maggiormente specifica la normativa cinese rispetto a quella italiana.

Come si è visto, infatti, la legge n. 604/1966 non prende alcuna posizione con riferimento al licenziamento per scarso rendimento; l'unica norma a prevederlo, sia pure indirettamente, è l'art. 2104 c.c. recante l'obbligo di diligenza in capo al prestatore di lavoro.

Le ricostruzioni teoriche in materia, con le relative implicazioni pratiche, sono pertanto frutto dell'elaborazione dottrinale e, soprattutto, giurisprudenziale, che hanno condotto agli esiti testé riportati.

*psicologico nella decisione) di esecuzione non corretta e leale del rapporto di lavoro; con il che si riattiverebbe il canale delle ragioni soggettive e disciplinari dello scarso rendimento (sempreché, ovviamente, oggetto di contestazione)”: così, C. Cester, in F. Carinci, C. Cester (a cura di), *Il licenziamento all'indomani del d.lgs. n. 23/2015*, *Adapt Labour Studies* n. 46/2015, 112.*

444 Dal punto di vista letterale, il testo dell'art. 40, num. 2), in lingua originale recita 劳动者不能胜任工作, 经过培训或者调整工作岗位, 仍不能胜任工作的, láodòngzhe bù néng shèngrèn gōngzuò, jīngguò péixùn huòzhe tiáozhèng gōngzuògǎngwèi, réng bù néng shèngrèn gōngzuò; letteralmente: “il lavoratore non riesce ad eseguire l'attività lavorativa con successo, e dopo aver passato un addestramento o aver adattato la posizione di lavoro, ancora non riesce ad eseguire l'attività lavorativa con successo”, laddove il concetto di incompetenza è reso con la litote 不能 (bù néng, “non riesce”; il verbo 能, néng, indica capacità personale del soggetto, “essere in grado”) 胜, shèng, “successo, esito favorevole”.

La *Employment Contract Law*, invece, prende posizione sul punto, prevedendo espressamente l'incompetenza del lavoratore quale possibile ragione giustificatrice del recesso datoriale, collocando altresì la fattispecie all'interno dell'area del licenziamento con preavviso.

L'art. 40, poi, è inequivoco nel richiedere, ai fini della legittimità di siffatto licenziamento, che esso sia preceduto da un tentativo del datore di lavoro di recuperare la funzionalità del rapporto, offrendo al lavoratore *imperitus* un apposito *training* e, in alternativa (ovvero in caso di infruttuosità del nuovo addestramento), un'assegnazione al medesimo di compiti maggiormente compatibili con le sue attitudini professionali⁴⁴⁵.

La configurazione del licenziamento quale *extrema ratio* tramite la **valorizzazione di oneri formativi o di *repêchage* in capo al datore di lavoro**, pertanto, per questa fattispecie non è il frutto di una creazione giurisprudenziale, bensì emerge dal tenore letterale della normativa vigente.

La giurisprudenza cinese, peraltro, ha avuto modo di declinare alcune implicazioni pratiche di tale fattispecie astratta, in primo luogo tramite la specificazione del concetto di *incompetence*.

Come specificato nei già citati *Minutes* pubblicati il 30 novembre 2016, secondo la Suprema Corte un lavoratore è da considerarsi "incompetente" – e quindi licenziabile ai sensi dell'art. 40, num. 2) qualora il suo rendimento non sia migliorato a seguito del *training* o del mutamento di mansioni disposti dal datore di lavoro nei suoi confronti – quando:

“- *the employee fails to accomplish the tasks stated in his/her labor contract; or*
- *the employee is unable to reach the productivity level of other colleagues doing the same type of job or holding the same position*”.

A ben vedere, tuttavia, trattasi di una specificazione più teorica che reale.

Con la definizione in esame, la Suprema Corte individua sì il termine di paragone in base al quale valutare se il rendimento di un determinato lavoratore sia o meno *scarso*, e cioè se egli sia o meno

445 Ci si può chiedere se, in questo caso, il datore di lavoro che, allo scopo di scongiurare il licenziamento del lavoratore incompetente, lo adibisca allo svolgimento di mansioni di livello inferiore, sia legittimato anche a ridurre la retribuzione in godimento allo stesso, in maniera corrispettiva al demansionamento.

La questione era discussa anche nell'ordinamento italiano, perlomeno sino alla modificazione dell'art. 2103 c.c. da parte del d. lg. n. 81/2015, che ha risolto il problema in senso positivo.

In Cina, invero, nessuna disposizione di legge prende posizione su tale questione: l'unico profilo su cui si può essere certi è il diritto del datore di lavoro (*rectius*, il suo onere se considerato in relazione al potere di licenziamento ex art. 40, num. 2) di adibire il lavoratore che si sia dimostrato incompetente nello svolgimento delle mansioni contrattuali ad altre attività lavorative, eventualmente anche inferiori. In tal caso, lo stato dell'arte ritiene sussistente la possibilità datoriale di procedere altresì alla riduzione della retribuzione, purchè tale facoltà sia espressamente contemplata all'interno del contratto di lavoro o delle regole interne all'azienda.

Secondo la giurisprudenza cinese, in altri termini, la riduzione della retribuzione da parte del datore di lavoro è legittima al ricorrere dei seguenti presupposti:

- sia stato espressamente convenuto, all'interno del contratto di lavoro, che il datore di lavoro possa assegnare al dipendente una posizione lavorativa diversa, e modificargli la retribuzione in maniera rispondente a tale nuova attribuzione, ai sensi dei regolamenti aziendali, per l'eventualità in cui egli si sia dimostrato incompetente nello svolgimento delle mansioni originarie (e anche il concetto di "incompetenza" nella prassi viene specificato all'interno delle *policies* aziendali, per esempio sotto forma di mancato raggiungimento degli obiettivi di fatturato o di vendite);
- i regolamenti aziendali, nella parte in cui contengano la definizione dei livelli retributivi, della modalità di valutazione delle *performances* lavorative di ciascun dipendente, la disciplina della gestione dei dipendenti il cui rendimento sia giudicato scarso, dei criteri con cui valutare lo scarso rendimento, etc., siano stati predisposti mediante un confronto con i lavoratori ed adeguatamente portati alla conoscenza del singolo dipendente non più tardi della stipulazione del contratto individuale di lavoro;
- il lavoratore risulti incompetente proprio sulla base dei criteri indicati nelle *policies* aziendali;
- la nuova posizione lavorativa sia comunque coerente con la professionalità acquisita dal singolo lavoratore, e l'attribuzione ad esso di mansioni inferiori non sia punitiva o degradante;
- il demansionamento e la riduzione della retribuzione che ne consegue siano contenute entro un limite ragionevole.

Peraltro, la pretesa giurisprudenziale del "limite ragionevole" entro il quale il datore di lavoro è legittimato a porre in essere un mutamento unilaterale della posizione lavorativa (anche in chiave di promozione, non esistendo nell'ordinamento cinese alcuna ipotesi di promozione automatica, come prevista invece ai sensi dell'art. 2103 del nostro codice civile; con la conseguenza non solo che il lavoratore non matura mai il diritto ad un'adibizione a mansioni superiori, ma anche che può sempre rifiutare la proposta datoriale di promozione) e una diminuzione della retribuzione consiste in un criterio vago, attributivo di grande discrezionalità in capo alla corte giudicante.

incompetente, ma non va oltre, non specifica, per esempio, come deve essere lo scarto tra il livello professionale medio della generalità dei dipendenti dell'impresa e il singolo lavoratore.

Ma in tale documento la Corte esprime la propria convinzione che l'incompetenza non possa essere desunta semplicemente ed automaticamente dall'essersi il lavoratore classificato ultimo in una graduatoria delle *performances* professionali tra una serie di dipendenti aziendali, specificando che un licenziamento dovuto esclusivamente a tale circostanza sarebbe destinato ad essere giudicato illegittimo dalle Corti. In altre parole, la Corte ha ritenuto che la c.d. "*bottom elimination*"⁴⁴⁶ non possa rientrare nell'ambito di applicazione dell'art. 40 delle *Employment Contract Law*⁴⁴⁷.

Certo, tale fatto può portare al licenziamento per scarso rendimento; ma solo se considerato unitamente ad altre circostanze che, insieme e congiuntamente, dimostrino come il difetto di capacità professionali in capo al dipendente non possa continuare ad essere addebitato al datore di lavoro che potrà, così, procedere al recesso.

Aldilà di questa ipotesi, come si diceva, la *incompetence* del dipendente può costituire in generale una causa di estinzione del rapporto di lavoro (con preavviso di 30 giorni o il pagamento dell'indennità sostitutiva pari a un mese di retribuzione), qualora al dipendente medesimo siano state offerte, per così dire, *possibilità di riscatto*, ossia possibilità di raggiungere i livelli minimi di competenze professionali tali da consentirne il mantenimento nell'organico aziendale.

446 Per tale intendendosi il licenziamento di un dipendente basato sulla mera circostanza del suo essersi classificato nelle ultime posizioni in una graduatoria di rendimento endo-aziendale.

Con questa affermazione, la Suprema Corte non ha fatto altro che condividere e dotare di autorevolezza un orientamento che era già maggioritario tra le Corti cinesi. Si può citare un caso paradigmatico, definito con sentenza del 6 dicembre 2011, resa dalla Corte di Hangzhou, Distretto di Binjiang. Nel caso di specie il lavoratore, Sig. Wang, era stato assunto nel 2005 con mansioni di addetto alle vendite nel reparto distribuzione. Le norme interne della società datrice in materia di produttività della forza lavoro prevedevano che ciascun dipendente fosse sottoposto ad un giudizio semestrale sulla sua produttività ed "inserito" in una griglia di 4 livelli, rispettivamente "S" (Eccellente), "A" (Buono), "C1" (non del tutto soddisfacente) e "C2" (risultato insufficiente e da migliorare). Le percentuali di lavoratori inseriti nelle fasce "A", "S" e "C" erano rispettivamente del 20%, del 70% e del 10%. Il Sig. Wang veniva sempre valutato con un "C2", onde per cui nel 2009 l'azienda decise di trasferirlo dal reparto distribuzione al reparto East China, sempre come addetto alle vendite, senza tuttavia che egli riuscisse a migliorare la valutazione di "C2". Dal momento che, anche a seguito del mutamento di reparto, il lavoratore si attestava nell'ultimo livello di produttività e che si collocava quindi tra gli ultimi dipendenti in graduatoria (rappresentando i "C2" meno del 10% del personale aziendale), la società decise di licenziarlo ai sensi dell'art. 40 della *Employment Contract Law*. A seguito dell'impugnazione del Sig. Wang dinanzi al Collegio Arbitrale, questo dichiarò illegittimo il licenziamento, e tale pronuncia fu confermata dalla Corte distrettuale di Hangzhou (con sentenza nei confronti della quale la società rinunciò a presentare un ulteriore gravame dinanzi alla Corte Intermedia). La Corte ha motivato la sua pronuncia di illegittimità del recesso sulla base del rilievo per cui la prova dell'incapacità del lavoratore di attendere alle attività lavorative assegnategli (cioè la prova del fatto che egli 不能胜, bù néng shèng, cioè non è in grado di svolgerle con successo), il cui onere grava sul datore di lavoro recedente, non può essere soddisfatta unicamente mediante il mero riferimento al fatto che egli si collochi nell'ultima fascia della graduatoria di merito (nel caso di specie, al livello "C2"), né che egli ricoprì una delle ultime posizioni in una sorta di classifica endo-aziendale tra tutti i dipendenti dell'impresa (come risultava dalla bassa percentuale di lavoratori collocati, appunto, al livello "C2"). Così, motivando il recesso esclusivamente sulla collocazione del Sig. Wang nelle ultime posizioni della graduatoria, era da ritenere che la società non avesse soddisfatto il proprio onere probatorio relativo alla sua incapacità di attendere alla prestazione lavorativa. Dalla prima circostanza, infatti, secondo la Corte, non discende necessariamente la seconda, che peraltro è l'unica che la legge impone di considerare. Inoltre, la Corte ha valorizzato il fatto che, sebbene il dipendente fosse stato trasferito da un reparto ad un altro, comunque egli era rimasto addetto alle medesime mansioni di addetto alle vendite, così non essendo stato pienamente rispettato l'art. 40 neppure laddove prevede un mutamento del contratto tale da rendere eseguibile la prestazione in maniera soddisfacente da parte del lavoratore.

447 In tal caso si assiste ad una condivisione di pensiero tra l'organo giudiziario (la Corte Suprema) e l'organo esecutivo (il Ministero delle Risorse Umane e della Sicurezza Sociale) nel ritenere, appunto, che l'art. 40 non possa reggere un licenziamento di un lavoratore per la mera circostanza di uno scarso piazzamento in una graduatoria di merito effettuata dal datore di lavoro. Le *Draft Opinions Regarding the Implementation of the Labor Contract Law*, pubblicate dal Ministero nel giugno 2015, pur costituendo allo stato una mera bozza di Regolamento amministrativo, hanno comunque importanza nel dimostrare come all'interno dell'ordinamento cinese sia condivisa da tutte le parti l'idea che lo scarso rendimento non possa essere desunto se non da ulteriori elementi di fatto – che il datore di lavoro avrà l'onere di dimostrare rigorosamente – aggiuntivi rispetto ad un mero confronto tra il dipendente licenziando e i colleghi.

L'onere di *repêchage*, così, è chiaramente previsto dal testo della norma.

Certo, la circostanza che sia la *littera legis* a stabilire l'obbligo datoriale di porre in essere dei correttivi alle difficoltà professionali del dipendente aiuta ma non risolve completamente i problemi.

In primo luogo, il datore non è legittimato ad individuare arbitrariamente i livelli minimi di competenza previsti: in altre parole, la sua valutazione circa il livello della *performance* del singolo dipendente, e della sua *incompetence*, non potrà avvenire arbitrariamente ma dovrà essere da lui adeguatamente dimostrata. Il datore di lavoro dovrà così, per esempio, tenere dei *report* periodici delle attività svolte dal dipendente licenziando e poste in relazione con il ritmo produttivo di coloro che esercitano le medesime mansioni.

Certo, tale metodo, oltre alle intuibili difficoltà pratiche, sconta il limite di essere utilizzabile solo per lavoratori impiegati nello svolgimento di mansioni meccaniche o ripetitive (come il numero di alzate in una catena di montaggio, il numero di chiamate effettuate da una centralinista di un *call center* o, per utilizzare un esempio tratto da un *leading case* che in Italia ha condotto ad una famosa sentenza della Cassazione, il numero di stanze pulite e rassettate da una donna delle pulizie impiegata da un hotel⁴⁴⁸).

I recentissimi *Minutes* della *Supreme Court* sopra citati, così, proprio a questo proposito individuano nell'esecuzione di una sorta di classifica di rendimento tra i dipendenti di un medesimo settore produttivo una modalità valutativa insufficiente allo scopo, eminentemente alla luce del fatto che il piazzamento nelle ultime posizioni non può costituire un indice automatico di inefficienza.

Con il risultato che anche in Cina, nonostante la questione sia espressamente regolata dal diritto positivo, licenziare un dipendente per lo *standard* inadeguato delle sue prestazioni lavorative, tali da non soddisfare l'interesse datoriale al mantenimento del rapporto, risulta di notevole difficoltà stante l'atteggiamento garantista delle Corti.

Utili accorgimenti, per gli imprenditori, possono essere i seguenti.

(i) Senz'altro utile appare la previsione, nel contratto di lavoro, di tutti i compiti che vengono richiesti al lavoratore, con estrema precisione qualitativa e quantitativa.

Del resto, è proprio la Suprema Corte, nelle *Interpretations* di cui sopra, ad aver chiarito che la *incompetence* del dipendente sussiste quanto egli non è in grado di svolgere "***the tasks stated in his/her labor contract***". Per restare nell'esempio sopra visto dell'impiegata del *call center*, si potrebbe prevedere nel contratto che il *professional task* richiesto comprenda una media di tot chiamate all'ora, in modo che la lavoratrice che si attesti continuativamente molto al di sotto di tale *standard* possa essere giudicata incompetente.

Pare superfluo osservare come tali indicazioni non possano essere arbitrarie od eccessivamente elevate, dovendo comunque emergere che la grande maggioranza dei dipendenti sia in grado di rispettare i livelli prestazionali richiesti nel contratto.

In tal modo, la circostanza che il dipendente licenziando si collochi nelle ultime posizioni della graduatoria di merito potrà essere valutata dal Giudice unitamente al mancato rispetto degli *standard* richiesti esplicitamente nel contratto, valutazione aggiuntiva che così integra il mero riferimento alla classifica intra-aziendale giudicata di per sé insufficiente dalla Suprema Corte.

Inoltre, si pone il problema di comprendere se il dipendente che non raggiunga gli obiettivi indicati dal datore di lavoro possa essere considerato come "***failing to accomplish the tasks stated in his/her labor contract***". Non bisogna infatti equivocare tra obiettivi e compiti: il termine inglese *task* all'evidenza può riferirsi solo ai compiti, alle attività di pertinenza del lavoratore, senza che possa automaticamente ricomprendere anche il raggiungimento degli obiettivi affidati al lavoratore. Così, il lavoratore che per la prima volta, magari dopo anni di servizio, fallisca di raggiungere gli obiettivi annuali indicati nel contratto non può ritenersi incompetente, proprio in quanto egli è in grado di svolgere la sua attività lavorativa.

448 Cfr. Corte di Cassazione, 5 marzo 2003, n. 3250, che fa riferimento ai principi pronunciati da Cassazione, Sezioni Unite, 7 agosto 1998, n. 7755.

Tale notazione conferma quanto dicevo prima, che secondo me la specificazione contenuta nelle *Interpretations* della Suprema Corte può valere soltanto per compiti tecnici/manuali, che richiedono meno discrezionalità in capo al lavoratore e, quindi, con riferimento a profili professionali meno elevati.

(ii) Un altro accorgimento utile è costituito dalla precostituzione di prove circa i risultati professionali non soddisfacenti del lavoratore. Così, la sottoposizione del medesimo agli interventi di *repêchage* prescritti dall'art. 40 della *Employment Contract Law* (un nuovo addestramento o l'assegnazione a mansioni diverse e più aderenti alla sua professionalità) dovranno essere comunicati al dipendente per iscritto. È importante anche che tale comunicazione scritta menzioni espressamente lo stato non soddisfacente del rendimento del lavoratore e che ad esso ricollegli esplicitamente l'iniziativa datoriale di offrire un nuovo *training* o nuovi compiti.

In tal modo il datore di lavoro avrà pronta la prova dell'effettuazione di tutti i tentativi di conservazione dell'utilità del rapporto prescritti dalla legge quali condizioni legittimanti il licenziamento per scarso rendimento.

Così configurati i confini della legittimità del licenziamento con preavviso per incompetenza di cui all'art. 40, occorre ora tratteggiarne i rapporti con il licenziamento in tronco per la causazione di rilevanti danni per negligenza di cui all'art. 39, num. 3), in quanto le fattispecie prese in esame dalle due disposizioni sono per certi versi ed in parte sovrapponibili.

Si è visto come le conseguenze derivanti dalla riconduzione sotto l'una (art. 39, num. 3) o l'altra (art. 40, num. 2) disposizione siano di notevole effetto pratico, posto che solo nel caso di *incompetence* rientrante nel concetto di *scarso rendimento* il lavoratore licenziando ha diritto al termine di preavviso e al pagamento della *severance* di cui all'art. 46.

Le difficoltà di distinguere tali fattispecie discende dal fatto che a ben vedere esse possono coincidere. Si pensi all'ipotesi del lavoratore che non esegua le proprie mansioni come dovrebbe e, a causa della sua incompetenza, cagioni un danno rilevante a un macchinario, con conseguente pregiudizio economico in capo al datore di lavoro: ebbene, in tal caso si ha la compresenza del *severe damages to the employer* e dell'*incompetence* del dipendente, con conseguente sovrapposizione delle due norme, entrambe da sole e ciascuna per proprio conto applicabili⁴⁴⁹.

Il discrimine tra le due fattispecie deve sempre essere ricercato nella distinzione tra il profilo soggettivo e il profilo oggettivo.

L'art. 39 configura il licenziamento come reazione del datore di lavoro ad una colpa del lavoratore. Colpa che consiste nel comportamento negligente da lui tenuto.

L'art. 40, invece, configura il licenziamento come provvedimento con il quale si può rimediare ad una incompetenza del lavoratore che però – si badi – potrebbe anche non derivare da sua colpa.

Non ogni ipotesi di mancanza di competenza, infatti, deriva necessariamente da una condotta colpevole o negligente; si pensi al soggetto privo delle competenze tecniche necessarie per lo svolgimento di un determinato compito, magari a causa di una mancata frequentazione di scuole specialistiche o di idonei corsi di formazione.

In altre parole, non sempre l'incompetenza può essere addebitata al lavoratore come condotta colpevole da lui tenuta e per la quale merita di essere sanzionato disciplinarmente.

Ecco quindi il campo su cui va operata la distinzione tra le due fattispecie:

449 E tale riflessione potrebbe essere condotta all'estremo, potendosi osservare come a rigore ogni ipotesi di scarso rendimento comporti un pregiudizio economico in capo al datore di lavoro, sotto forma della retribuzione versata a un dipendente che non esegue con la diligenza richiesta la prestazione dedotta quale contro-obbligazione nel contratto di lavoro. In realtà, tale osservazione si spinge troppo oltre, in quanto il *severe damage* cui fa riferimento l'art. 39, num. 3, proprio dovendo essere caratterizzato dal requisito della gravità (*seriousness*), deve consistere in qualcosa di *altro* e di *diverso* dagli ordinari pregiudizi derivanti dallo scarso rendimento (pagare 100 un lavoratore che rende 50). Una sovrapposibilità totale tra le due fattispecie normative, quindi, non è da paventare già sotto questo profilo, oltre a quanto si dirà nel testo.

- se lo scarso rendimento è *rimproverato* al lavoratore (avrebbe le capacità per rendere di più, ma per negligenza, pigrizia, disinteresse, non si impegna sufficientemente), allora si applicherà l'art. 39, num. 3);
- se lo scarso rendimento è semplicemente un fatto di cui si *prende atto*, senza rimproverarlo al dipendente, in quanto non dipende da una mancanza di diligenza ma da sue oggettive e non recuperabili mancanze professionali (egli davvero non potrebbe fare di più, si scontra con suoi limiti prestazionali intrinseci), allora potrà trovare applicazione solo l'art. 40, con conseguente onere di preavviso sussistente in capo al datore di lavoro.

Ovviamente, tanto meno la mansione richiede un grado elevato di competenze tecniche e professionali, tanto più la mancanza del rendimento minimo porterà all'applicazione dell'art. 39, num. 3).

Per esempio, con riferimento all'operaio che lavora in una catena di montaggio, è chiaro che il suo scarso rendimento non può dipendere da uno scarso grado della sua preparazione tecnica, posto che il suo compito consiste semplicemente in un movimento ripetitivo a contatto con una macchina: non potrà pertanto parlarsi di incompetenza, ma di negligenza nello svolgimento del lavoro.

Al contrario, l'operaio addetto al funzionamento di complessi macchinari a controllo numerico, per il quale sono necessarie quantomeno le competenze derivanti da un diploma di perito tecnico, ma che sia privo di tale grado di competenze professionali, non è detto che lavori male per mancanza di impegno, ma potrebbe essere che la sua prestazione risenta negativamente dei suoi limiti oggettivi: in tal caso pertanto il licenziamento dovrà basarsi sull'art. 40 (e quindi richiedere, a pena di illegittimità, il previo svolgimento di un corso di addestramento tecnico o l'adibizione a mansioni diverse e compatibili con le competenze lavorative del dipendente).

Risulta così rispettata, anche in Cina, la differenza ontologica tra:

- giusta causa, basata sull'aspetto disciplinare/soggettivo di rimprovero a un lavoratore, e
- causale oggettiva di licenziamento, basata su una valutazione che deve prescindere da un rimprovero al lavoratore e basarsi su un fattore oggettivo consistente nella mancanza di quella competenza comune, invece, nella generalità degli altri dipendenti impiegati nella medesima posizione lavorativa.

In Cina, tra l'altro, la differenza emerge più chiaramente che in Italia, posto che la *Employment Contract Law* parla di *negligenza*, da un lato, e di *incompetenza*, dall'altro, così introducendo già a livello lessicale quella differenza ontologica tra le diverse fattispecie di licenziamento previste dall'ordinamento.

3.3.3 La radicale variazione delle condizioni oggettive poste alla base della stipulazione del contratto, con conseguente mancata utilità del proseguimento del rapporto

Trattasi, probabilmente, dell'ipotesi di licenziamento con preavviso dovuto ad esigenze aziendali che più si avvicina all'ambito applicativo del giustificato motivo oggettivo dell'ordinamento italiano.

Il num. 3) dell'art. 40 configura, infatti, una fattispecie di recesso determinato dall'impossibilità sopravvenuta della prestazione (appunto, l'impossibilità che l'originario contratto di lavoro possa continuare a trovare applicazione) determinata da un mutamento delle condizioni oggettive poste alla base dell'instaurazione del rapporto di lavoro. Impossibilità – questa volta – dal lato datoriale, non legata ad una situazione soggettiva del lavoratore suscettibile di prestare effetti negativi in capo alla funzionalità del rapporto (come la sua inidoneità fisica, o la sua incompetenza, a svolgere le mansioni dedotte nel contratto: ipotesi cui si riferivano i numeri precedenti dell'art. 40).

Ecco, ritengo pertanto che la definizione del num. 3) dell'art. 40 della *Employment Contract Law* possa essere accostata a quella di cui all'art. 3 della legge n. 604/1966, in particolare laddove

quest'ultimo parla di “ragioni attinenti l'unità produttiva, l'organizzazione di lavoro e il regolare funzionamento di essa”. Vediamone il motivo.

È evidente che alla base della stipulazione del contratto di lavoro vi sia l'interesse della parte datoriale ad avvalersi della collaborazione del lavoratore per l'esecuzione di un determinato compito, manuale od intellettuale che sia. È evidente altresì che tale interesse datoriale sussista per tutta la durata del rapporto: l'esecuzione dei suoi compiti da parte del dipendente, infatti, costituisce adempimento della prestazione da parte di quest'ultimo, a sua volta oggetto di un'apposita e specifica obbligazione, funzionalmente collegata all'obbligazione retributiva in capo al datore di lavoro.

Ora, come insegna il diritto civile, un'obbligazione in tanto può sussistere in quanto vi sia alla base uno specifico interesse da soddisfare: interesse il cui soddisfacimento costituisce la causa del contratto, elemento qualificatore e necessario ai sensi dell'art. 1325 c.c.⁴⁵⁰. La causa del contratto non è elemento espressamente previsto dalla legge sui contratti vigente nell'ordinamento cinese, la *Contract Law of People's Republic of China* entrata in vigore nel 1999, ma la funzionalizzazione del contratto al soddisfacimento dell'interesse delle parti stipulanti – interesse che alla nozione di causa è sotteso – emerge pianamente anche in numerose disposizioni di essa⁴⁵¹.

Così, dando per pacifico questo presupposto, ne deriva che in presenza di determinati mutamenti delle condizioni oggettive o delle condizioni soggettive delle parti che si rivelino idonei a determinare il venir meno dell'interesse creditorio del datore di lavoro ad ottenere la prestazione lavorativa, interesse per il cui soddisfacimento il contratto di lavoro era stato stipulato, il contratto stesso giunge ad una situazione di anormalità funzionale della causa e, in quanto tale, diviene suscettibile di essere risolto.

A tal fine possono rilevare, come si diceva e come si è visto in questo Capitolo, tanto modificazioni di carattere soggettivo aventi ad oggetto le condizioni personali delle parti idonee a riverberarsi sul raggiungimento della causa del contratto (un esempio è ricavabile dal precedente num. 1 dell'art. 40, ossia dall'inabilità sopravvenuta del lavoratore, a causa di una malattia o di un infortunio extra professionali, allo svolgimento della prestazione che costituisce oggetto dell'obbligazione della qual egli è debitore), quanto modificazioni delle condizioni oggettive, come per esempio la cessazione dell'attività produttiva da parte del datore di lavoro (chiusura di un reparto, di un punto vendita, dismissione di un magazzino, e così via) che renda da lui non più utilizzabile la prestazione lavorativa del dipendente, così che il contratto di lavoro si trovi privo di causa, e quindi risolvibile.

La definizione del num. 3) dell'art. 40 della *Employment Contract Law* sembra a prima vista rendere possibile il ricorso all'istituto della **presupposizione**⁴⁵².

450 “La causa, in quanto ragione giustificativa dell'operazione economica, è un elemento logico-strutturale della veste giuridica in cui l'operazione è calata; essa serve a spiegare le ragioni del vincolo...” (G. Alpa, *Codice civile commentato*, 2006, 524); “la causa è la ragione pratica del contratto, cioè l'interesse che l'operazione contrattuale è diretta a soddisfare” (C. M. Bianca, *Diritto civile. 3. Il contratto*, Giuffrè, 2000, 447).

451 Come dimostra in primo luogo l'art. 1 della stessa *Contract Law*, ai sensi del quale “*This Law is formulated in order to protect the lawful rights and interests of contract parties [...]*”, oltre che il fondamentale art 94, il quale, contemplando le cause di risoluzione del contratto, stabilisce che “*The parties may terminate a contract if: [...] (iii) the other party delayed performance of its main obligations, and failed to perform within a reasonable time after receiving demand for performance*”, disposizione in tutto equiparabile a quella del nostro codice civile che, in materia di ritardo nell'adempimento, consente al creditore della prestazione di agire per la risoluzione del contratto quando l'ottenimento della prestazione in ritardo non sia più idoneo a soddisfare il proprio interesse.

452 La presupposizione è definita dalla dottrina come “*quella circostanza esterna che senza essere prevista quale condizione del contratto ne costituisce un presupposto oggettivo*”, ovvero come l'insieme di “*quei fatti o circostanze che, pur non attenendo alla causa del contratto o al contenuto delle prestazioni, assumono un'importanza determinante ai fini della conservazione del vincolo contrattuale*”, fatti o circostanze la cui emergenza e rilevanza deve risultare in modo oggettivo. Infatti, “*la rilevanza di tali presupposti deve essere ammessa e spiegata in base al contenuto del contratto: a determinati fatti o circostanze, cioè, deve riconoscersi il valore di presupposti oggettivi del contratto, [e cioè, n.d.s.] quando tale valore risulta dal contratto medesimo. In tal senso deve aversi riguardo non tanto a una volontà reale o ipotetica delle parti quanto al significato del contratto conforme alla sua interpretazione*”: in termini, C. M. Bianca, *Diritto civile. 3. Il contratto*, cit., 463 ss, *passim*.

In base ad esso, un contratto è risolvibile, per mancanza della causa, qualora si verifichi un mutamento non previsto e non preventivabile che renda l'esecuzione della prestazione da parte del debitore non più utile al creditore della medesima, che, avendo perso l'interesse sotteso, può chiedere, appunto, la risoluzione del contratto.

Così, nel caso di un contratto di lavoro, potrebbe sostenersi che le parti si vincolino nel comune presupposto, ad esempio, che la società datrice continui a tenere aperto un determinato punto vendita, con la conseguenza per cui, nel caso di chiusura forzata del punto vendita medesimo per effetto di un evento impreveduto – di natura economica (crisi del mercato) o per decisione dell'autorità o per eventi di forza maggiore (un incendio che distrugge l'edificio nel quale esso è ubicato) –, il contratto possa essere risolto, proprio in conseguenza del venir meno della sua idoneità al raggiungimento dell'interesse datoriale al mantenimento del rapporto sottostante.

Naturalmente, l'istituto della presupposizione può operare soltanto qualora il fatto cui entrambe le parti condizionano l'efficacia del contratto sia del tutto indipendente dalla volontà di una di esse⁴⁵³. Nonostante quanto osservato, il riferimento all'istituto in parola, pur suggestivo, non può tuttavia ritenersi operante con riguardo al contratto di lavoro.

E' noto infatti come la presupposizione possa operare soltanto qualora entrambe le parti, al momento della stipulazione del contratto, siano ben consapevoli che l'esecuzione delle obbligazioni che ne costituiscono l'oggetto è funzionalmente collegata ad una specifica situazione oggettiva; è cioè necessario che sia comune ad entrambe le parti tanto il riferimento alle condizioni oggettive che costituisce presupposto della stipulazione del contratto, quanto che al venir meno di tali condizioni questo perda la sua causa e sia risolvibile⁴⁵⁴.

Tale requisito rende la presupposizione non facilmente applicabile al rapporto di lavoro, in quanto lo squilibrio tra le parti rende difficile ipotizzare che il datore di lavoro condivida con il lavoratore la situazione oggettiva che costituisce la ragione dell'instaurazione del rapporto. A voler ragionare diversamente, infatti, e ritenere che in fondo è naturale che l'instaurazione di un rapporto di lavoro sia sempre finalizzata alla produzione di un utile economico in capo al datore di lavoro, cosicché qualora per circostanze obiettive egli non riesca più a finalizzare la prestazione lavorativa alla produzione di quell'utile egli potrebbe recedere dal contratto essendo quest'ultimo divenuto privo di causa, si renderebbe la presupposizione operante nella generalità dei casi, e conseguentemente si renderebbe il licenziamento, di fatto, libero e svincolato altresì da elementi giustificatori che permettano il controllo della relativa legittimità. Ciò è ben spiegato da attenta dottrina, secondo cui *“non rientrano nel concetto di presupposizione i presupposti causali, cioè quei fatti o circostanze che condizionano la causa del contratto”*⁴⁵⁵.

La presupposizione sconta poi grandi problemi di prova, in quanto il datore di lavoro dovrebbe dimostrare che il riferimento alla situazione obiettiva che ha costituito occasione del contratto fosse

453 *“Ricorre la presupposizione quando una determinata situazione, di fatto o di diritto, passata, presente o futura, di carattere obiettivo – la cui esistenza, cessazione e verifica è del tutto indipendente dall'attività o dalla volontà dei contraenti e non costituisce oggetto di una loro specifica obbligazione – debba ritenersi, pur in mancanza di un espresso riferimento ad essa nelle clausole contrattuali, essere stata tenuta presente dai contraenti medesimi nella formazione del loro consenso, come presupposto avente valore determinante a fini dell'esistenza e del permanere del vincolo contrattuale”*: G. Chiné – M. Fratini, A. Zoppini, *Manuale di diritto civile*, cit., 1202 ss.

454 Infatti, *“affinché una data circostanza acquisti rilevanza come presupposizione occorre, precisamente, che essa sia comune alle parti o che una parte abbia riconosciuto l'importanza determinante che la circostanza ha per l'altra. La semplice conoscenza dell'importanza che una circostanza ha per l'altra parte non vale invece a subordinare a tale circostanza la sorte del contratto”*; *“il venir meno della presupposizione non importa come tale l'automatica risoluzione del contratto ma il rimedio del recesso unilaterale a favore della parte per la quale il vincolo contrattuale è divenuto intollerabile o inutile; quando sia accertato che i contraenti siano addivenuti alla conclusione di un contratto sulla base di una presupposizione comune ad entrambe le parti (c.d. condizione non sviluppata od inespressa), il negozio fondato sulla presupposizione può essere risolto ex tunc quando l'evento presupposto venga meno nel corso dell'esecuzione del contratto, trattandosi di scioglimento e risoluzione del medesimo per causa non imputabile ai contraenti”*. In termini, C. M. Bianca, *Diritto civile. 3. Il contratto*, cit., 466-467, *passim*.

455 C. M. Bianca, *ibidem*, 465.

noto al dipendente al momento dell'assunzione e da lui condiviso: prova di uno stato soggettivo che in quanto tale sconta evidenti problemi di soddisfacimento.

Infine, una conferma dell'inutilizzabilità dell'istituto della presupposizione con riferimento alla fattispecie del licenziamento per motivi oggettivi di cui all'art. 40, num. 3), della *Employment Contract Law* deriva anche da un argomento che trova la sua origine dalla *Contract Law*.

Quest'ultima – al pari del codice civile italiano – non contempla, al proprio interno, alcuna disposizione relativa alla presupposizione quale possibile causa di inefficacia del contratto: sotto tale profilo, esso dimostra di condividere la medesima visuale delle norme in materia di contratto previste dal nostro codice civile, in cui non è attribuita alcuna rilevanza alla possibilità di ritenere estinguibile il contratto a causa del venir meno di una circostanza esterna alla volontà dei contraenti e da entrambi tenuta ben presente al momento della conclusione del negozio. Anche la *Contract Law*, infatti, come il codice civile italiano, attribuisce rilievo esclusivamente alle condizioni che vengano consacrate esplicitamente, non potendo avere alcuna idoneità o potenzialità estintiva del contratto quelle che albergano *in mentibus contrahentium* ma che questi ultimi non abbiano esplicitato.

E una conferma di quanto si va dicendo si può ricavare anche da un recente atto interpretativo, avente efficacia generale, della Suprema Corte di Pechino, pronunciatasi sullo spettro applicativo dell'istituto della rescissione del contratto.

Nel momento di emanare – con la consueta finalità esegetica rivolgendosi alla generalità delle Corti di rango inferiore – le c.d. *Interpretations (II) on the Contract Law* in materia contrattuale⁴⁵⁶, la Suprema Corte nel 2009 ha preso posizione anche con riferimento all'impossibilità di adempiere alle obbligazioni sorte per effetto della stipulazione del negozio.

La *Explanation* num. 26 di tale atto interpretativo della Suprema Corte, infatti, afferma l'esistenza, nell'ordinamento civilistico cinese, del principio legale consacrato nella locuzione *rebus sic stantibus*, ai sensi del quale si fa discendere l'inefficacia del contratto da un cambiamento fondamentale delle circostanze sottese alla sua stipulazione.

Tale principio generale viene specificato dalla Corte, la quale afferma che esso può trovare cittadinanza all'interno dell'ordinamento civilistico cinese qualora, per l'appunto, a seguito della conclusione del contratto sia intervenuto un mutamento sostanziale delle circostanze del tutto imprevedibile, tale da rendere contrario ad equità e buona fede continuare a pretendere l'esecuzione di quel negozio.

Ciò premesso, tuttavia, la Corte specifica che tale principio non è suscettibile di essere applicato – oltre che nel caso in cui il mutamento considerevole delle circostanze sottese alla conclusione del negozio dipenda da casi di forza maggiore – anche, e questo è il punto che rileva ai nostri fini, qualora esso consista in un “*commercial or business risk*”. In altre parole, qualora la ragione che renda il contratto non più eseguibile secondo buona fede, apparendo quale un mutamento sostanziale delle condizioni esistenti al momento della stipulazione del contratto e che ne hanno costituito la base fattuale e l'occasione di essa, sia da considerare come rientrante nel rischio di impresa, essa non può portare alla richiesta di rescissione del negozio.

Ed è proprio per questo, quindi, che nel caso che stiamo analizzando, relativo alla possibilità di licenziare il dipendente in caso di mutamento considerevole delle circostanze oggettive sottese al contratto, non può trovare applicazione l'istituto della presupposizione, proprio in quanto l'art. 40, num. 3), della *Employment Contract Law* concerne pur sempre un caso in cui a venire in rilievo è il **rischio di impresa** del datore di lavoro, dal momento che la prestazione lavorativa che costituisce obbligazione originante dal contratto di lavoro è funzionalizzata proprio alla realizzazione di un utile da parte di quest'ultimo.

Superata, dunque, la suggestione del possibile ricorso alla presupposizione suggerita dalla lettera dell'art. 40, num. 3), appare come il fulcro della disposizione in esame sia rappresentato dal **venir**

456 “*Interpretation II of the Supreme People's Court on Several Issues concerning the Application of the Contract Law of the People's Republic of China*” (c.d. “*Interpretation II*”), entrate in vigore il 13 maggio 2009.

meno dell'interesse del datore di lavoro al mantenimento del rapporto a causa, appunto, di un mutamento radicale delle condizioni di fatto su cui si sia basata l'assunzione di quel dipendente⁴⁵⁷.

Ed è proprio su questa locuzione che occorre indagare per rendersi conto di come tra l'art. 40, num. 3), della *Employment Contract Law* e l'art. 3 della legge n. 604/1966 vi sia un forte parallelismo.

L'espressione in esame, infatti, implica in primo luogo un riferimento ad un profilo professionale.

Le condizioni oggettive cui far riferimento sono, cioè, quelle relative al *background lato sensu* economico che consenta che la prestazione effettuata dal dipendente sia proficuamente utilizzabile dal datore di lavoro ed utilmente inseribile all'interno del suo ciclo produttivo o della sua organizzazione imprenditoriale. È evidente che tale *background* ricomprenda tutti e tre gli elementi della definizione di giustificato motivo oggettivo contenuti nella definizione italiana, e così tanto l'elemento produttivo quanto l'elemento organizzativo/gestorio.

Anche il profilo relativo alle possibili situazioni personali del dipendente idonee a venire in rilievo quali condizioni oggettive (si pensi al caso della revoca del porto d'armi o a quello, sopra analizzato, della carcerazione preventiva⁴⁵⁸) è suscettibile di essere inserito entro l'ambito applicativo della norma in esame. Tali situazioni, infatti, pur afferendo alla persona del lavoratore, non vengono prese in considerazione in sé e per sé (con valutazioni di natura disciplinare), ma quali meri antecedenti causali di un problema organizzativo di carattere oggettivo. La legge, del resto, richiede che l'oggettività riguardi proprio "le condizioni poste alla base della stipulazione del contratto" che debbono essere radicalmente mutate, rendendo inutilizzabile la prestazione lavorativa, ma queste condizioni possono essere a loro volta causate anche da un profilo professionale od extra-professionale attinente alla persona del lavoratore e, così, di natura soggettiva. D'altronde, nell'esempio della revoca del porto d'armi subito dalla guardia giurata, il riferimento, da parte del testo della norma, alle condizioni esistenti al momento dell'assunzione è ben idoneo a rendere evidente come in assenza di quella circostanza soggettiva (appunto, il possesso della licenza ad usare le armi) il datore di lavoro non avrebbe stipulato il contratto con quel lavoratore, e rende così evidente la rilevanza eziologica del mutamento di condizioni (soggettive, ma riverberantesi sul versante oggettivo del rapporto) rispetto alla sopravvenuta inutilità del mantenimento del rapporto di lavoro, con conseguente facoltà datoriale di porre in essere un valido licenziamento.

Il parallelismo tra le corrispettive disposizioni dei due ordinamenti, pertanto, è da ritenersi completo.

Senonché il legislatore cinese è stato più accorto di quello italiano nell'indicare quali sono gli elementi che il datore di lavoro dovrà provare perché un tale licenziamento possa essere ritenuto sorretto da una valida giustificazione.

L'onere della prova, infatti, nel caso di specie dovrà ricomprendere i seguenti tre elementi.

a) In primo luogo, la sussistenza del mutamento radicale delle condizioni oggettive (elemento che coincide con l'effettività e l'attualità dell'esigenza economica sottesa alla scelta espulsiva la cui dimostrazione da parte del datore di lavoro è richiesta dalla giurisprudenza italiana).

457 Elementi che la dottrina individua nei seguenti: "fact-intensive issues may arise on a number of issues ranging from new government restrictions, loss of licenses, relocations, reorganizations, transfers, mergers, and acquisitions; even loss of a major customer might fall under this category" (R. Brown, *Understanding Labor and Employment Law in China*, cit., 158).

458 Peraltro, qualora il dipendente sia sottoposto a carcerazione preventiva sulla base della *Criminal Procedure Law of the People's Republic of China* del 1979 (art. 78), il rapporto può essere risolto già sulla base della disposizione di cui all'art. 39, num. 6), della *Employment Contract Law*. La carcerazione preventiva del lavoratore, infatti, implica che lo stesso sia sottoposto a procedimento penale, con la conseguenza che egli potrà essere licenziato senza preavviso (e senza pagamento della *economic compensation* di cui all'art. 46) per motivi disciplinari, senza il necessario assolvimento della rigorosa prova delle pregiudizievoli implicazioni organizzative che la sua forzata assenza comporti in capo all'azienda del datore di lavoro. Per una visione sulle ipotesi al ricorrere delle quali l'art. 78 della *Criminal Procedure Law* consente la pronuncia della custodia cautelare in carcere, cfr. *supra*, il paragrafo dedicato all'art. 39, num. 6), della *Employment Contract Law*.

A tal proposito, la perplessità maggiore deriva dal carattere sfuggente dell'aggettivo 重大, zhòngdà, letteralmente “grande”, “significativo”, ricollegato al sostantivo 变化, biànhuà, “cambiamento”, ossia del requisito della *radicalità* della modificazione delle condizioni oggettive che legittimano il recesso datoriale.

Trattasi di requisito che ricomprende gli elementi della veridicità, effettività e serietà⁴⁵⁹ della ragione produttiva od organizzativa addotta, nonché della sua attualità e stabilità⁴⁶⁰.

Si noti, inoltre, che il mutamento radicale delle condizioni obiettive sottese al rapporto cui la legge subordina la possibilità di licenziare il dipendente non deve necessariamente essere involontario⁴⁶¹.

Così, alla base di tale ragione giustificatrice del licenziamento con preavviso può essere addotta anche una scelta volontaria del datore di lavoro, per esempio di chiudere una certa sede aziendale o di cessare un determinato punto vendita: anche in Cina, così, vige il principio della **insindacabilità delle scelte datoriali**, per cui la giurisprudenza potrà accertare soltanto l'effettività della ragione economica addotta dal datore di lavoro.

Del resto, l'insindacabilità delle scelte datoriali è consacrata anche da una disposizione di diritto positivo, consistente nell'art. 8 della *Employment Promotion Law*⁴⁶², il quale recita che “*Employment units are entitled by law to make recruitment and employment decisions at their*

459 Elementi che sono stati considerati insussistenti in una recente pronuncia (2014) della Corte distrettuale di Dongguan. Un'azienda produttrice di giocattoli aveva sospeso per sei mesi cinque dipendenti con riduzione della loro retribuzione all'80% dello standard di retribuzione minima localmente determinato a partire dal secondo mese dalla sospensione, asseritamente a causa della mancanza di ordini e della conseguente contrazione del fatturato. A seguito delle dimissioni di uno di tali operai, la Corte era chiamata a giudicare se esse fossero o meno sorrette da giusta causa ai sensi dell'art. 38 della *Employment Contract Law* – cfr. *infra*, Capitolo Ottavo – e, pertanto, ad accertare, a monte, se sussistesse effettivamente l'esigenza aziendale di sospendere i dipendenti con una riduzione così afflittiva del salario. La Corte ha accertato l'assenza di risultanze univoche nei documenti depositati dall'azienda: anzi, sulla base del fatto che gli ordini della clientela – 生产订单情况通知, shēngchǎng dìngdān qíngkuàng tōngzhī, letteralmente “la situazione degli ordini dei prodotti comunicata” – non sembravano essersi ridotti in misura così imponente come l'azienda arguiva, ha ritenuto sproporzionato il provvedimento datoriale e conseguentemente sorrette da giusta causa le dimissioni del ricorrente. Questa sentenza, sebbene intervenuta in un caso relativo alle dimissioni del lavoratore piuttosto che in un caso di licenziamento, è comunque degna di nota in quanto evidenzia come la giurisprudenza, quando si tratti di valutare la legittimità di provvedimenti aziendali dovute a motivazioni di carattere economico – come può essere, oltre alla sospensione dal lavoro, anche il licenziamento con preavviso *ex art. 40, num. 3*), che stiamo analizzando – valuta il requisito della effettiva sussistenza della esigenza aziendale nei confronti della quale il provvedimento impugnato costituisce un tentativo di soluzione.

460 Il requisito dell'attualità viene spesso identificato, in giurisprudenza, con una sorta di “tempestività” del provvedimento estintivo rispetto alla situazione sostanziale che viene addotta come causale giustificatrice del licenziamento stesso. Ciò emerge chiaramente da una sentenza del 2016 della Corte di Pechino, Distretto di Dongcheng, la quale ha accertato l'illegittimità del licenziamento intimato ai sensi dell'art. 40 della *Employment Contract Law* in una fattispecie complessa, che coinvolgeva anche una procedura di trasferimento d'azienda. Il lavoratore ricorrente, infatti, era stato trasferito dall'azienda originaria a una *new company* creata per scissione dall'entità originaria. Tuttavia, il trasferimento non venne consacrato per iscritto, si trattò cioè di un trasferimento avvenuto in via fattuale, peraltro nel rispetto dell'art. 34 della *Employment Contract Law* il quale prevede che nelle ipotesi di fusione o di scissione “*the original labor contracts of the employer still remain valid*”, e “*shall be performed by the new employer who succeeds the rights and obligations of the aforesaid employer*”. Undici mesi dopo la scissione, la nuova società convocò il lavoratore per provvedere a consacrare per iscritto il trasferimento, ma emersero contrasti in quanto il dipendente avanzò pretese in ordine alla mancata formalizzazione immediata per iscritto del suo passaggio alle dipendenze della *new company*. Questa, allora, procedette al suo licenziamento, motivandolo sulla base di una pretesa “*major change in the objective circumstances rendering the contract unperformable*”, ai sensi cioè del num. 3) dell'art. 40. Chiamata a dirimere la questione, la Corte di Pechino affermò l'illegittimità del licenziamento *de quo* proprio sulla base della circostanza per cui, a seguito dell'operazione societaria, il lavoratore aveva lavorato per undici mesi alle sue dipendenze, con la conseguenza che il contratto di lavoro non poteva riconoscersi come “*unperformable*”.

461 Così sarebbe solo se si ritenesse applicabile la presupposizione, che, come sopra rilevato, richiede che l'elemento presupposto dalle parti al momento della stipulazione del contratto sia esterno alla volontà di ciascuna di esse.

462 Entrata in vigore nel 2008, contestualmente alla *Employment Contract Law*. È curioso notare come l'espressa positivizzazione del principio della insindacabilità delle scelte datoriali sia avvenuta a distanza di soli due anni all'interno dell'ordinamento cinese e di quello italiano, rispettivamente nel 2008 e nel 2010 con il Collegato Lavoro (legge n. 183/2010, art. 30).

own discretion”, con il limite, posto dal comma 2 dell’articolo, per cui in tali decisioni debbono comunque “*safeguard the legitimate rights and interests of workers in accordance with this Law and other laws and regulations*”.

Tra le *employment decisions* cui l’art. 8 fa riferimento non può che rientrare anche la scelta dell’azienda di porre in essere un riassetto produttivo od organizzativo che conduca ad una riduzione del personale e, per tale via, di sopprimere una o più determinate posizioni lavorative con la conseguente deliberazione di addivenire al licenziamento di uno o più dipendenti.

L’ipotesi principale che può essere inserita all’interno di quelle contemplate dalla previsione in esame è senza dubbio quella della decisione del datore di lavoro di sopprimere la posizione del lavoratore, con conseguente licenziamento di quest’ultimo.

È l’ipotesi considerata dall’art. 13 delle già citate *Interpretations (IV)* della Suprema Corte di Pechino del 2013, secondo il quale “*where a labor contract cannot continue to be performed because the employer no longer continues its business operation after its term of business operation expires, if the employee claims economic indemnity from the employer, the people’s court shall support such a claim*”.

A prima vista, tale ipotesi potrebbe apparire in contrasto con l’appena citato principio – quello, però, consacrato in una disposizione di legge e non contenuto in una mera circolare interpretativa dalla valenza normativa indiretta – dell’insindacabilità delle scelte aziendali in capo al datore di lavoro. Con l’atto interpretativo in commento, infatti, la Suprema Corte demanda alle Corti di accogliere la richiesta di condanna del datore di lavoro al pagamento dell’indennità di cui all’art. 48, nel caso in cui il licenziamento sia stato intimato per inutilità sopravvenuta del rapporto a causa della cessazione, da parte del medesimo datore di lavoro, della sua operatività nel mercato (*business operation*).

Secondo me, tuttavia, dalla disposizione richiamata non è possibile inferire un contrasto rispetto al principio generale, in quanto l’art. 13 delle *Interpretations (IV)* ricollega la cessazione dell’operatività da parte dell’azienda alla scadenza del *term of business operation*, ovvero sia ad un caso ben specifico in cui si vuole in un certo modo sanzionare l’azienda che non sia riuscita ad ottenere la prosecuzione della propria licenza. In altre parole, il giudizio di illegittimità in questo caso viene funzionalmente collegato dalla Corte a un disvalore insito implicitamente nel mancato ottenimento della proroga della licenza necessaria per condurre le proprie *business operations*.

Anzi, il fatto che la Corte abbia avvertito la necessità di precisare, con riferimento a questa ben specifica fattispecie, che il licenziamento è da considerare illegittimo – con conseguente diritto del lavoratore al risarcimento del danno mediante il ricevimento dell’indennità – è indice del fatto che, nelle fattispecie in cui la cessazione dell’operatività aziendale derivi da ragioni diverse dalla scadenza della licenza, il licenziamento può essere giudicato sorretto dalla ragione giustificatrice di cui all’art. 40, num. 3), naturalmente se il datore di lavoro riuscirà a dimostrare l’effettività della decisione aziendale sottesa all’esigenza di risolvere il contratto di lavoro.

Sempre in materia di situazioni legittimanti il licenziamento per motivi oggettivi di cui al num. 3) dell’art. 40 della *Employment Contract Law*, rileva un recentissimo documento emanato dall’Alta Corte e dalla Commissione Arbitrale di Pechino il 24 aprile 2017, le c.d. *Answers to Questions of Law Application in the Handling of Employment Disputes*.

Tale documento specifica cosa debba intendersi con l’espressione “*mutamento rilevante delle condizioni oggettive poste alla base della stipulazione del rapporto di lavoro*”⁴⁶³.

463 劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化, 致使劳动合同无法履行, 经用人单位与劳动者协商, 未能就变更劳动合同内容达成协议的, láodòng hétong dīnglǐ shí suǒ yījù de kèguān qíngkuàng fāshēng zhòngdà biànhuà, zhìshǐ láodòng hétong wúfǎ lǚxíng, jīng yòngren dānwèi yǔ láodòngzhě xièshàng, wèinéng jiù biàngēng láodòng hétong nèiróng dáchéng xiéyì de, letteralmente: “un grande/rilevante cambiamento della situazione oggettiva riguardo al momento in cui il contratto di lavoro è stato stipulato, cagiona [che] il contratto di lavoro non può essere eseguito, e l’unità datoriale e il lavoratore si consultano, ma non riescono a raggiungere un accordo per cambiare il contenuto del contratto di lavoro”.

Con tale locuzione, secondo l'autorità emanante il documento in parola, il legislatore ha inteso riferirsi a un cambiamento non previsto al momento della conclusione del contratto, che rende il contratto stesso o la parte principale di esso non più eseguibile, oppure fa sì che la sua esecuzione non sia più conveniente per il datore di lavoro, per esempio perché fonte di costi eccessivi, in modo che lo scopo delle parti – ma forse sarebbe più corretto dire del datore di lavoro – al momento della stipulazione del contratto stesso è difficile da raggiungere.

La Corte individua alcuni esempi di tale situazione prevista dal legislatore, così “riempiendola” di contenuto concreto. In particolare, ritiene che la circostanza considerata sia da ritenere soddisfatta nei seguenti casi: (i) ipotesi di forza maggiore (come per esempio disastri naturali come un terremoto, un incendio o un'alluvione); (ii) modifiche del contesto legislativo, regolamentare od amministrativo che impongano al datore di lavoro di porre in essere cambiamenti significativi come una chiusura di un punto vendita, una ricollocazione, un trasferimento di *assets* o la cessazione della produzione; (iii) cambiamenti dello scopo di impresa da parte del datore di lavoro, o delle modalità di svolgimento dell'attività di impresa.

Secondo i commenti al recentissimo documento, le tre ipotesi individuate avrebbero valenza esemplificativa e non sarebbero da considerare tassative (altrimenti non si spiegherebbe, per esempio, come mai la situazione della ricollocazione potrebbe rilevare soltanto laddove imposta al datore di lavoro da un mutamento della legislazione vigente o da un provvedimento dell'autorità, e non anche da una sua scelta, legittimamente rientrante nell'ambito delle scelte datoriali di cui non può essere sindacata l'opportunità).

b) Il datore di lavoro dovrà poi dimostrare la sussistenza del secondo elemento presupposto dalla norma, consistente nel nesso causale tra l'elemento *sub a)* – l'impossibilità della realizzazione causale del contratto a causa del mutamento delle condizioni oggettive afferenti lo stesso – e la posizione di quel dipendente.

Ciò emerge sul piano letterale, laddove vi è una correlazione diretta tra il mutamento delle condizioni oggettive e la stipulazione del singolo contratto individuale di lavoro con lo specifico dipendente licenziato.

c) Infine, il datore di lavoro dovrà dimostrare di aver proposto al lavoratore una modifica del contenuto del contratto, tale da permetterne l'esecuzione ed il proficuo inserimento all'interno dell'azienda⁴⁶⁴.

Ed è proprio sotto quest'ultimo profilo che è dato ravvisare una significativa differenza tra la norma in esame e l'art. 3 della legge n. 604/1966.

La norma cinese, infatti, richiede espressamente l'assolvimento dell'onere di *repêchage* quale requisito di legittimità del licenziamento, e lo fa coinvolgendo nel suo processo lo stesso lavoratore.

Così, nell'ordinamento cinese l'onere di *repêchage* è radicalmente diverso da come lo ha costruito la giurisprudenza italiana.

(i) In primo luogo, in Cina esso costituisce un requisito di origine legale, mentre in Italia è un requisito di genesi giurisprudenziale, costruito *preter legem*, anche se ormai entrato a far parte del diritto vivente.

464 Tale disposizione legislativa è integrata, a livello locale, da atti regolamentari dei Governi delle varie Municipalità o Province. Per esempio, ai sensi dell'art. 6 del *Beijing Regulation on Labor Contract* emanato dal Governo della Capitale nel gennaio 2014, nel caso contemplato dalla disposizione della *Employment Contract Law* in commento, ovvero nell'ipotesi in cui ci si trovi in presenza di una modifica oggettiva che renda non più attuabile l'esecuzione del contratto di lavoro, il datore di lavoro deve notificare per iscritto al lavoratore le modifiche contrattuali che intende apportare al rapporto in essere al fine di scongiurare il licenziamento (per esempio, indicando le modifiche all'orario di lavoro, o alle mansioni, o il trasferimento della sede di lavoro, o qualsiasi altra misura che egli ritenga necessaria ai fini di scongiurare il licenziamento per giustificato motivo oggettivo del lavoratore interessato). Ricevuta la notifica, il dipendente ha 15 giorni di tempo per prendere posizione, anch'egli per iscritto, sulla proposta datoriale; in mancanza di suddetto riscontro, la proposta di modificazione avanzata dal datore di lavoro si intende respinta, e il lavoratore interessato potrà così essere licenziato ai sensi dell'art. 40, num. 3).

(ii) La seconda differenza, di implicazioni pratiche più pregnanti, riguarda l'oggetto concreto di questo onere di ricollocazione.

La lettera dell'art. 40, num. 3), parla, semplicemente e con una certa pragmaticità, di “*modification of the contents of the labor contract*”: pertanto in Cina non c'è spazio per tutte le discussioni sorte nel nostro ordinamento in ordine all'estensione professionale e spaziale del *repêchage*, in quanto esso ricomprende **una qualsiasi modificazione contrattuale**, che in quanto tale può coinvolgere tanto le mansioni affidate al lavoratore, quanto la sede o l'orario di lavoro, quanto, più in generale, ogni aspetto relativo alle modalità di assolvimento della prestazione lavorativa.

Così, appare pacifico che il *repêchage* possa essere esercitato anche in mansioni inferiori, con la conseguenza che il licenziamento motivato sulla base dell'art. 40, num. 3), sarà considerato legittimo se il datore di lavoro avrà dimostrato di aver proposto una mansione inferiore al dipendente, in alternativa al licenziamento, e questi abbia rifiutato la proposta a causa, appunto, del livello inferiore della nuova mansione.

Tuttavia, si deve comunque considerare che il ventaglio di nuove soluzioni professionali – in tema di mansioni, orario e sede di lavoro – che il datore di lavoro deve prospettare al lavoratore quale alternativa al licenziamento economico, deve essere adeguatamente circoscritto dal rispetto dell'obbligo generale di buona fede (*ex art. 3 della Employment Contract Law*). Pertanto, anche in tale ambito acquistano validità le osservazioni prima svolte in ordine alla prova: se il datore di lavoro licenzia il dipendente eccedentario perché quest'ultimo non accetta le mansioni inferiori che gli sono state proposte, il datore di lavoro deve provare anche che in seno all'azienda non sussistesse la disponibilità di altre mansioni, poste ad un livello superiore rispetto a quelle proposte (sia pure inferiori rispetto a quelle originariamente svolte dal dipendente).

Quale corollario del requisito relativo all'effettività della ragione economico-aziendale sottesa al mutamento delle condizioni oggettive che ha portato al licenziamento, accompagnato da una valutazione del principio generale di buona fede, nel silenzio della legge deve comunque ritenersi – e le Corti cinesi ritengono – che il recesso non possa essere legittimo se dopo un breve periodo di tempo quel datore di lavoro assume un nuovo lavoratore nell'originaria posizione del dipendente licenziato.

(iii) Una terza differenza tra il *repêchage* italiano e l'onere di operare la “*modification of the contents of the labor contract*” previsto dalla normativa cinese riguarda la procedimentalizzazione cui quest'ultima àncora, pur sommariamente, tale requisito.

Trattasi di specificazione condivisibile, in quanto evidenzia come l'estinzione del rapporto di lavoro debba costituire l'*extrema ratio* nella corretta gestione delle risorse umane presenti in azienda, e configura una efficace sublimazione del principio di libera negoziazione cui l'intera *Employment Contract Law* è ispirata, nell'ottica da un lato di imporre al datore di lavoro di tenere in considerazione, per quanto possibile, le esigenze del lavoratore, dall'altro lato di responsabilizzare quest'ultimo, rendendolo edotto del fatto che la mancata accettazione della proposta del datore di lavoro ad una modificazione contrattuale potrà condurre all'esito, ancora più sfavorevole per lui, della perdita del posto di lavoro⁴⁶⁵.

465 Un tentativo di responsabilizzare il lavoratore in vista dell'accettazione di modificazioni del contenuto contrattuale quale alternativa al licenziamento per giustificato motivo oggettivo, tramite una sorta di procedimentalizzazione del medesimo con il coinvolgimento dello stesso lavoratore, è stato ideato anche dal legislatore italiano della riforma Fornero del 2012. Quest'ultima, infatti, modificando l'art. 7 della legge n. 604/1966, aveva introdotto la procedura preventiva di conciliazione avanti la Direzione Territoriale del Lavoro competente quale requisito di legittimità del licenziamento per giustificato motivo oggettivo dal punto di vista procedurale. Nel corso del procedimento, sono valutate anche eventuali soluzioni alternative al licenziamento. L'intento del legislatore di operare una responsabilizzazione del lavoratore nel corso di tale procedura è evidente laddove il comma 8 dell'art. 7 prevede che il comportamento complessivo delle parti, desumibile anche dal verbale della commissione, debba essere valutato dal giudice per la determinazione dell'indennità risarcitoria di cui all'art. 18, comma 7, St. Lav., oltre che per la determinazione delle spese processuali dell'eventuale giudizio di impugnazione del licenziamento che dovesse seguirne: chiaro che l'intento del legislatore con tale disposizione sia stato quello di “ammorbire” il dipendente nel tentativo non solo di trovare delle soluzioni in ottica deflattiva del giudizio, ma anche, e a monte, per scongiurare il recesso, invitandolo ad accettare eventuali proposte modificative avanzate dal datore di lavoro. Una differenza rilevante

(iv) La specificazione per cui l'assolvimento del *repêchage* deve coinvolgere il lavoratore è utile altresì dal punto di vista probatorio.

Si sono sopra riportate le oscillazioni della giurisprudenza italiana in ordine alla ripartizione dell'onere della prova dell'assolvimento dell'onere di *repêchage*, considerato in generale gravante in capo a parte datoriale (il lavoratore infatti difficilmente può essere a conoscenza delle posizioni disponibili all'interno dell'organico aziendale, perlomeno nelle imprese di maggiori dimensioni), ma recentemente temperandolo con l'onere del lavoratore di allegare, perlomeno, quali possano essere le posizioni professionali nelle quali egli avrebbe potuto essere utilmente ricollocato⁴⁶⁶.

La legge cinese, invece, stempera notevolmente le difficoltà pratiche di dimostrazione dell'avvenuto assolvimento dell'onere di modificazione del contratto del dipendente per scongiurare il licenziamento.

Infatti, potendo il *repêchage* abbracciare qualsiasi modificazione contrattuale, il datore di lavoro non sarà vincolato alla prova precisa della mancanza di una posizione disponibile proprio nelle mansioni in precedenza svolte dal dipendente o in mansioni equivalenti, ma per lui sarà sufficiente dimostrare di aver proposto mansioni diverse o una diversa posizione, non accettate dal lavoratore⁴⁶⁷.

Quanto si è detto sinora è ben rappresentato da un caso giudiziario di recente deciso dalla Corte di Hangzhou, nella provincia del Zhejiang.

Una società decideva di chiudere una sua sede per ridurre i costi aziendali, e pertanto inviava al direttore generale di quel dipartimento, assunto a tempo indeterminato, e alla *Labor Union* una comunicazione relativa, per l'appunto, alla necessità di chiusura della sede che determinava l'impossibilità di dare esecuzione al contratto di lavoro con quel lavoratore. In tale avviso, la società proponeva inoltre al *manager* un impiego alternativo presso altra sede, sempre nella posizione manageriale e senza modifica della retribuzione, e specificava espressamente che, in caso di mancata accettazione da parte del lavoratore di tale proposta, non sarebbe stata in grado di assegnarlo ad altra posizione lavorativa e pertanto non avrebbe avuto altra scelta che procedere al suo licenziamento ai sensi dell'art. 40 della *Employment Contract Law*. Evenienza che puntualmente si verificava, in quanto il lavoratore rifiutava la proposta, pretendendo di continuare a lavorare nella sede precedente e ritenendo che la prospettata chiusura del dipartimento non fosse effettiva.

A seguito della mancata accettazione della proposta da parte del dipendente, la società inviava allo stesso e alla *Labor Union* una nota in cui specificava ulteriormente che la motivazione del

tra l'art. 7 della legge 604/1966 e l'art. 40, num. 3), della *Employment Contract Law* consiste nel fatto che solo nella disposizione italiana vi è il coinvolgimento anche di un organo amministrativo – la Direzione Territoriale del Lavoro – avente funzioni anche di mediazione in vista del raggiungimento di un accordo tale da evitare il licenziamento. Si ricorda che la procedura preventiva di conciliazione, nonostante fosse valutata positivamente dagli addetti ai lavori, non è più in vigore in relazione al licenziamento economico dei lavoratori assunti a tutele crescenti (ex art. 3, comma 3, del d. lgs. n. 23/2015).

466 L'orientamento invero sembra connotato da un'intima contraddizione. Infatti, da un lato si sostiene che il lavoratore non può essere a conoscenza dei posti disponibili in seno all'azienda, e pertanto si pone a carico del datore di lavoro l'onere di dimostrare l'insussistenza di tali posizioni (mediante il fatto positivo opposto, consistente nella dimostrazione dell'occupazione di tutti i posti nell'organico aziendale). Dall'altro lato, però, si grava il medesimo lavoratore di allegare le posizioni in cui egli avrebbe potuto essere ricollocato. Allegazione evidentemente fatta "al buio" dal lavoratore, perchè, si capisce, egli o è a conoscenza che vi sono posizioni libere in azienda – e allora deve provarlo, con l'onere di controprova in capo alla controparte – oppure non lo è: ma allora in tal caso la relativa allegazione cui egli viene onerato è chiaramente effettuata senza il conforto di un qualsiasi dato fattuale sottostante, e all'unico scopo di "provocare" complicazioni probatorie in capo a parte datoriale. In altre parole, secondo me qualsiasi lavoratore, ricorrendo contro un licenziamento per giustificato motivo oggettivo, ben può allegare "alla cieca" l'esistenza di qualsiasi mansione esistente in azienda, "sperando" che il datore di lavoro fallisca nella dimostrazione del fatto contrario. Ma allora tale onere di allegazione ha scarso senso: tanto vale gravare direttamente il datore di lavoro dell'impossibilità di ricollocazione del ricorrente. Chè è precisamente quanto fa la Corte di Cassazione a partire dal 2016, superando il precedente orientamento invalso nello scorso decennio.

467 Superfluo quindi sottolineare l'opportunità per il datore di lavoro di presentare al lavoratore una proposta modificativa in forma scritta.

licenziamento, contestualmente intimato con il pagamento di una mensilità di retribuzione, era da rinvenire da un lato nel suo rifiuto di essere assegnato nella nuova posizione lavorativa prospertatagli, dall'altro nell'impossibilità della società di adibirlo in diverse posizioni.

Chiamata a decidere la controversia sorta a seguito dell'impugnazione del licenziamento, la Corte di Hangzhou ha rigettato la domanda, ritenendo il licenziamento del tutto legittimo. La Corte ha osservato che: (1) era dimostrato il fatto consistente nella chiusura della sede aziendale cui il dipendente era preposto; (2) la società datrice aveva, prima del licenziamento, tentato di addivenire ad una soluzione alternativa mediante una negoziazione con il lavoratore, offrendo a quest'ultimo la possibilità di modificare il contratto di lavoro in modo da scongiurare l'estinzione del rapporto; (3) la retribuzione del lavoratore non sarebbe diminuita a seguito della sua accettazione della proposta datoriale, sicché il suo rifiuto era da considerare ingiustificato, anche alla luce del fatto che la società aveva espressamente comunicato al dipendente che, in caso di sua mancata collaborazione, sarebbe stata costretta a recedere dal rapporto.

Questa fattispecie dimostra come in Cina, in caso di necessità di soppressione di un posto di lavoro per motivazioni di carattere oggettivo od economico, assuma una grande importanza la gestione del rapporto preventiva al licenziamento, essendo richiesto al datore di lavoro di comunicare preventivamente al lavoratore, sacrificando le eventuali posizioni lavorative nelle quali egli potrebbe funzionalmente essere adibito in sostituzione di quelle fino a quel momento ricoperte, con l'espressa specificazione che in caso contrario il recesso sarebbe necessitato per l'assenza di altre posizioni disponibili.

Può quindi dirsi che l'art. 40, num. 3), richiede che le parti *giochino a carte scoperte*: fuor di metafora, impone al datore di lavoro di esplicitare le modalità di assolvimento dell'onere di *repêchage* anteriormente rispetto al licenziamento, cosicché il lavoratore abbia ben presente che la nuova posizione lavorativa prospertatagli si pone come alternativa all'estinzione del rapporto di lavoro. Anche in tal caso, una piena applicazione del principio di buona fede, che costituisce un pilastro della nuova legge non solo a livello di principio generale e di interpretazione, ma anche a livello di puntuali previsioni normative.

* * *

3.4 Il licenziamento collettivo per riduzione di personale

La fattispecie del licenziamento collettivo in Cina è disciplinata dall'art. 41 della *Employment Contract Law*: un'unica disposizione che regola l'istituto dal punto di vista della definizione, dei requisiti sostanziali, degli oneri procedurali, dei criteri di scelta dei lavoratori da sacrificare e del riconoscimento a questi ultimi di un diritto di precedenza nelle nuove assunzioni eventualmente operate dal datore di lavoro.

Si riporta sin da ora l'intero testo della disposizione, con l'avvertenza che, data la sua complessità, la relativa analisi verrà "scomposta" in relazione ai vari oggetti di cui essa si occupa.

“Under any of the following circumstances, if it is necessary to lay off 20 or more employees, or it is necessary to lay off less than 20 employees but the layoff accounts for 10% of the total number of the employees, the employing unit shall, 30 days in advance, make an explanation to the labor union or to all its employees. After the employing unit has solicited the opinions from the labor union or the employees, it may lay off the number of employees upon reporting the employee reduction plan to the Labor Administrative Department:

(1) The enterprise is under revitalization according to the Enterprise Bankruptcy Law;

(2) The enterprise is in serious difficulties in production and business operation;

(3) The enterprise changes its line of production, introduces a major technological updating or adjusts the method of its business operation, and it is still necessary to lay off the number of employees after modification of the labor contracts; or

(4) *The objective economic situation, on which the labor contract is based, has considerably changed and the employer is unable to perform the labor contract.*

The following employees shall be given a priority to be kept when the employing unit cuts down the number of employees:

- (1) persons who have concluded fixed-term labor contracts for a relatively long term with the employing unit;*
- (2) persons who have concluded open-ended labor contracts with the employing unit; and*
- (3) persons none of whose other family members has a job or who have an elder or minor depending on his support.*

If the employing unit intends to hire new employees within 6 months after it cuts down the number of employees according to the first paragraph of this Article, it shall notify the employees cut down and shall, in the equal conditions, give a priority to the employees cut down”.

In Italia, invece, la regolamentazione di tutti gli aspetti della fattispecie del licenziamento collettivo risulta più organica ed approfondita, dal momento che ad esso è dedicata un’intera legge, la l. 23 luglio 1991, n. 223.

Si procederà al consueto confronto tra i due ordinamenti avente ad oggetto tutti i vari aspetti cui l’art. 41 della *Employment Contract Law* si riferisce nella disciplina della fattispecie, non prima di aver evidenziato la grande attualità della medesima, come dimostra la recente emanazione, da parte del Ministero delle Risorse Umane e della Sicurezza Sociale, di un Regolamento sulla gestione dei licenziamenti collettivi, finalizzato all’implementazione di sussidi a favore delle imprese in situazioni di difficoltà intesi a prevenire riduzioni del personale e le conseguenze sociali che da queste derivano⁴⁶⁸.

3.4.1 La definizione di licenziamento collettivo

“Se risulta necessario ridurre il personale di 20 o più dipendenti, o se è necessario ridurre il personale di meno di 20 dipendenti ma la riduzione riguarda il 10% del numero totale di dipendenti, l’unità produttiva deve [...]”.

La necessaria operazione di *actio finium regundorum* del licenziamento collettivo rispetto a quello individuale plurimo, apparentemente chiara, nasconde invece una notevole insidia già dal punto di vista definitorio.

Si premette che la riconduzione di un progetto di licenziamento di una pluralità di lavoratori dovuto a motivazioni di carattere economico/oggettivo all’interno del licenziamento collettivo piuttosto che all’interno del licenziamento individuale plurimo comporta rilevanti conseguenze anche nell’ordinamento cinese. L’art. 41, infatti, pone una regolamentazione molto attenta di questa fattispecie, prevedendo oneri di proceduralizzazione coinvolgenti tanto il sindacato e i lavoratori quanto il Dipartimento Amministrativo del Lavoro, oneri il cui eventuale mancato rispetto da parte del datore di lavoro renderebbe i licenziamenti effettuati illegittimi, con conseguenze sanzionatorie pesanti dal punto di vista economico, considerato il numero di lavoratori cui spetterebbe l’indennità economica raddoppiata ai sensi degli articoli 48 e 87 della *Employment Contract Law*.

Ciò premesso, si diceva che la definizione della fattispecie è agevole solo apparentemente.

Il comma 1 dell’art. 41, infatti, pone un semplice criterio numerico: si parla di licenziamento collettivo, con la conseguente applicabilità delle disposizioni che seguono, quando la riduzione di

468 Si tratta del “*Draft Regulations on Corporate Mass Layoffs*”, emanato dal Ministero nel mese di dicembre 2014. Se verrà attuato, tale Regolamento dovrebbe rendere effettive misure di sostegno statale a favore delle imprese allo scopo di prevenire licenziamenti su larga scala.

personale resa necessaria dalle ipotesi configurate dai numeri da 1) a 4) coinvolge più di 20 dipendenti, ovvero un numero di dipendenti inferiore a 20 ma tale da rappresentare il 10% o più della forza-lavoro impiegata dall'unità produttiva coinvolta dalla necessità di riduzione del personale.

Naturalmente, nell'eventualità in cui il datore di lavoro dia inizio alla procedura di cui all'art. 41 in quanto il suo progetto iniziale di riduzione del personale coinvolge il numero di lavoratori minimo previsto dal comma 1, ma poi, nel corso della procedura con il sindacato o con gli stessi lavoratori e con il Dipartimento Amministrativo del Lavoro, si dovessero individuare, con riferimento ad alcuni di essi, soluzioni alternative al licenziamento (per esempio il distacco presso altre imprese, l'assegnazione di mansioni differenti, una risoluzione consensuale del rapporto, la trasformazione in *part-time* in una sorta di contratto difensivo di solidarietà, etc.), e pertanto il numero di lavoratori da licenziare sia destinato ad essere ridotto e a scendere al di sotto di tale quota, comunque la fattispecie resterebbe ancorata alla disciplina dell'art. 41 che continuerebbe, così, a trovare applicazione, con tutte le conseguenze che ne possano derivare (in materia di criteri di scelta dei lavoratori da licenziare, o di diritto di precedenza a favore di questi ultimi).

In altre parole, a contare è il numero di dipendenti che l'unità produttiva intende licenziare al momento in cui dà inizio alla procedura: un'eventuale riduzione *in medias res* del piano di *lay-off* del personale non sarà idonea a porre termine alla procedura stessa e a "trasformare" il progetto in una serie di licenziamenti individuali *ex art.* 40.

La stessa soluzione si è imposta in Italia, per opera dell'orientamento giurisprudenziale secondo il quale ciò che rileva è l'intenzione iniziale del datore di lavoro, essendo irrilevante che il numero dei licenziamenti attuati a conclusione della procedura sia inferiore⁴⁶⁹.

Il numero di lavoratori superando il quale si ricade all'interno della fattispecie in esame, peraltro, in Cina è maggiore che in Italia: nel nostro ordinamento, infatti, si parla di licenziamento collettivo quando il progetto di riduzione di personale coinvolga imprese aventi più di quindici dipendenti e sia programmata l'effettuazione di "*almeno cinque licenziamenti, nell'arco di centoventi giorni, in ciascuna unità produttiva, o in più unità produttive nell'ambito del territorio di una stessa provincia*" (art. 24 legge n. 223/1991).

L'art. 41 non differenzia tra "grandi" e "piccole" imprese, in quanto evidentemente si applica solo ad imprese di dimensioni non piccole, visto che il licenziamento deve coinvolgere almeno 20 dipendenti o almeno il 10% del numero totale di dipendenti dell'unità produttiva⁴⁷⁰. Il riferimento al concetto di "*employing unit*"⁴⁷¹ utilizzato dal legislatore prescinde, tuttavia, dal riferimento all'ambito territoriale delle medesime: evidentemente il legislatore cinese ha ritenuto insussistente il rischio di un'abusiva frammentazione dell'impresa in attigue unità produttive differenti in vista della "fuoriuscita" dall'ambito di applicazione della disciplina in esame.

Il vero problema, in ordine all'operazione definitoria dell'istituto in esame, consiste nella mancata delimitazione temporale, da parte dell'art. 41, dell'operazione di riduzione di personale progettata dall'unità produttiva.

469 Corte di Cassazione, 2 agosto 2012, n. 13884.

470 Scarso senso avrebbe l'obiezione per cui all'interno della fattispecie rientrerebbero anche imprese di limitate dimensioni, in quanto ciò che conta non è solo il numero di dipendenti da licenziare, ma anche la loro percentuale rispetto all'intera forza lavoro occupata dall'unità produttiva. Si immagini un'impresa che in Italia sarebbe esclusa dal campo di applicazione della disciplina sul licenziamento collettivo, quale un'impresa di 10 dipendenti: è vero che a rigore l'art. 41 della *Employment Contract Law* dovrebbe applicarsi anche ad essa, qualora il licenziamento riguardi una percentuale di dipendenti pari o superiore al 10%, ma in tal caso si finirebbe con l'assurda conclusione per cui anche il licenziamento di un solo dipendente, essendo pari al 10% dei dipendenti totali, ... costituirebbe licenziamento collettivo! In realtà, la norma cinese dimostra di presupporre imprese di almeno medie dimensioni, anche facendo riferimento alle causali sostanziali elencate.

471 Il termine in lingua cinese, 用人单位 (*yònggrén dānwèi*), letteralmente fa riferimento ad una "unità che utilizza persone", venendo così, di fatto, a coincidere con la nozione di "entità organizzata" invalsa nell'ordinamento italiano, in quanto il concetto di "organizzazione" non può prescindere dall'"utilizzo di persone" che quella organizzazione siano in grado di far funzionare.

In Italia, l'art. 24 della legge n. 223/1991 espressamente afferma che il licenziamento è da qualificare come collettivo quando i singoli recessi da porre in essere: (i) si riferiscono alla stessa operazione di riduzione o trasformazione di attività o di lavoro, e (ii) siano ricompresi nell'ambito temporale di centoventi giorni.

L'art. 41, invece, non specifica la cornice temporale entro la quale un insieme di licenziamenti debba inserirsi per dar luogo ad un'unica operazione di riduzione del personale da assoggettare alla relativa disciplina: l'unico elemento di "unificazione" consiste, così, nell'unicità dell'operazione economica sottesa ai vari licenziamenti.

Ma qualora una delle ragioni sostanziali previste ai numeri da 1) a 4) dell'art. 41 renda necessaria l'effettuazione di una serie di licenziamenti ad una significativa distanza temporale l'una dall'altra, quale disciplina dovrà trovare applicazione?

Il problema è reso ancora più complicato per quanto riguarda l'ipotesi del numero 4), consistente nella sussistenza di un cambiamento considerevole della situazione economica soggettiva, sottesa al contratto di lavoro, che rende non più eseguibile il contratto da parte del datore di lavoro: si noti che tale ipotesi coincide letteralmente con quella che l'art. 40, num. 3), pone alla base (anche) di un licenziamento individuale con preavviso.

Ma allora si deve concludere che, se l'unico elemento unificatore di una pluralità di licenziamenti economici coinvolgente 20 lavoratori, o il 10% dei dipendenti dell'azienda, consiste nella ragione sottesa a tale progetto, senza che sia prevista alcuna limitazione temporale, e se tale ragione può consistere a sua volta nello stesso motivo che può sorreggere un licenziamento individuale plurimo (appunto, il venir meno dell'utilità del rapporto a causa di un mutamento rilevante della situazione economica dell'azienda, come può essere uno stato di crisi), ne deriva che l'unico elemento qualificatore della fattispecie è da individuare nel numero dei dipendenti. Con la conseguenza che il datore di lavoro potrebbe facilmente *bypassare* gli oneri procedurali posti dall'art. 41 ponendo in essere una duplice operazione di licenziamenti individuali plurimi.

Un esempio aiuterà a comprendere meglio il rischio che la mancata previsione di una cornice temporale da parte dell'art. 41 può porre.

Immaginiamo che un'azienda che impieghi alle sue dipendenze 200 lavoratori si trovi, a causa di uno stato di crisi finanziaria, nell'esigenza di ridurre il proprio personale di 35 unità: ai sensi dell'art. 41, essa dovrebbe presentare il progetto alla *Labor Union* costituita al suo interno, poi alla generalità dei lavoratori, infine, dopo le trattative con questi (che chi opera nella pratica sa bene quanto tempo possano richiedere...) deve presentare il piano di riduzione al Dipartimento Amministrativo del Lavoro per una procedura amministrativa anche con quest'organo: il rispetto degli oneri procedurali previsti dall'art. 41, così, può costare molto, in termini di tempo, per il datore di lavoro in sofferenza economica. Senza contare le limitazioni che l'art. 41 pone nei suoi confronti anche per quanto riguarda l'individuazione dei lavoratori da licenziare e la gestione del personale successivamente all'operazione (con l'onere di rispettare il diritto di precedenza in caso di assunzioni nei sei mesi successivi).

A cagione di queste complicazioni ben potrebbe il datore di lavoro evitarle semplicemente "spacchettando" la complessiva operazione di riduzione del personale in due momenti di poco successivi nel tempo, licenziando dapprima 17 dipendenti e, a distanza di un paio di mesi, gli altri 18: in tal caso potrebbe procedere in maniera molto più spedita con due distinte operazioni di licenziamenti individuali plurimi, senza essere vincolato al rispetto dell'art. 41 dal punto di vista procedurale e di gestione del personale (l'art. 41 infatti non verrebbe in rilievo in quanto non sarebbe raggiunta la soglia numerica di 20 lavoratori, e in quanto in entrambe le operazioni la percentuale di lavoratori coinvolti sarebbe inferiore al 10%).

Si tratterebbe chiaramente di un'operazione in frode alla legge, che la giurisprudenza forse potrebbe accertare comunque illegittima in quanto posta in essere in violazione del principio di buona fede, ma che, da un punto di vista letterale, sarebbe consentita proprio in quanto l'art. 41 non ha pensato di unificare sotto un'unica operazione di licenziamento collettivo tutti i licenziamenti posti in essere dallo stesso datore di lavoro all'interno del periodo considerato. Ai lavoratori o al sindacato che

volessero impugnare una tale operazione non resterebbe così altra strada che dimostrare che la ragione sottesa a ciascuno dei due “gruppi” di licenziamenti individuali plurimi sia stata la medesima. Del resto, l’operazione delle Corti volta ad arginare l’artificiosa “divisione” dei licenziamenti in due momenti sarebbe comunque soggetta a valutazioni altamente discrezionali, perché, in assenza di una quantificazione precisa operata dal legislatore con validità generale, come si può accertare in maniera oggettiva se la condotta datoriale abbia violato il principio di buona fede? Se, in assenza di un’opera di unificazione entro una cornice temporale precisa dotata di validità generale, licenziare 17 dipendenti e dopo due mesi altri 18 in virtù della medesima scelta aziendale può essere definito in frode alla legge, come dovrà essere valutata la stessa operazione se l’intervallo tra i due “gruppi” di licenziamenti sia, anziché di due, di quattro mesi? O di sei? Chiaramente si starebbe nell’alveo di valutazioni discrezionali, con incertezza del diritto e possibilità di valutazioni giurisprudenziali diversificate non solo a seconda del contesto territoriale (come costituisce la regola in Cina) ma anche all’interno del medesimo organo giudicante.

3.4.2 Le ragioni sostanziali del licenziamento collettivo

“In presenza di una delle seguenti circostanze [...]:

(1) l’azienda si trova sotto ristrutturazione ai sensi della Legge Fallimentare;

(2) l’azienda si trova in serie difficoltà produttive e commerciali;

(3) l’azienda pone in essere dei cambiamenti nella propria linea di produzione, introduce innovazioni di carattere tecnologico o adatta il proprio metodo di operare sul mercato, e la necessità di riduzione della forza lavoro rimane anche a seguito di una modificazione dei contratti di lavoro;

(4) la situazione economica oggettiva, sulla quale il contratto di lavoro si basa, è cambiata in misura considerevole e il datore di lavoro non è più in grado di dare esecuzione al contratto di lavoro”.

Si tratta di fattispecie ben distinte, che meritano un’analisi individualizzata, non prima di aver sottolineato come l’omologa norma italiana preveda ragioni giustificatrici parzialmente diverse.

Nell’ordinamento italiano, infatti, nel concetto di “licenziamento collettivo” rientrano, in realtà, due categorie di ipotesi di riduzione del personale, caratterizzate ciascuna da una propria *ratio*, sebbene accomunate dalla disciplina, prevista per entrambe dall’art. 4 della legge n. 223/1991:

a) il c.d. “collocamento in mobilità” (art. 4, comma 1), fattispecie nella quale l’impresa che sia stata previamente ammessa al **trattamento straordinario di integrazione salariale** ritenga, nel corso dell’attuazione del programma di riorganizzazione aziendale, di non essere in grado di garantire il reimpiego a tutti i lavoratori sospesi e di non poter ricorrere a misure alternative all’estinzione del rapporto di lavoro di questi ultimi;

b) il licenziamento collettivo propriamente detto (art. 24, comma 1), che ricorre quando un’impresa con più di 15 dipendenti, in conseguenza di una **riduzione o trasformazione di attività o di lavoro**, intenda effettuare almeno 5 licenziamenti, nell’arco di 120 giorni, in ciascuna unità produttiva, o in più unità produttive nell’ambito del territorio di una stessa provincia; la normativa si applica, ai sensi del successivo comma 2, anche quando le medesime aziende intendano cessare l’attività⁴⁷².

472 Il comma 4 dell’art. 24, peraltro, esclude dall’ambito di applicazione della disciplina sul licenziamento collettivo le ipotesi in cui il rapporto di lavoro venga a cessare per scadenza del termine finale apposto al contratto a tempo determinato (stessa esclusione esplicita, forse ridondante, di cui all’art. 54 del d. lgs. n. 151/2001, relativo all’esclusione del divieto di licenziamento della lavoratrice madre nel caso di scadenza del termine: entrambe le norme sembrano essere accomunate da superfluità, posto che l’estinzione del rapporto per scadenza del termine non costituisce licenziamento, ma interviene automaticamente, *ipso jure*, per effetto della previsione del termine finale di efficacia

In entrambe queste ipotesi, trova applicazione la disciplina sul licenziamento collettivo costruita dall'art. 4 della legge, con i conseguenti oneri procedurali in capo all'azienda.

Si noti come solo per la prima delle due categorie legali rientranti nella fattispecie generale di licenziamento collettivo non si possa prescindere – ché anzi ne costituisce un presupposto di necessaria verifica preventiva – da una condizione di crisi aziendale di natura economica. Del resto, il fatto che l'impresa, prima di ricorrere all'*extrema ratio* della riduzione della forza lavoro, abbia fatto ricorso al trattamento straordinario di integrazione salariale e vi sia stata ammessa dall'autorità amministrativa, può costituire una rassicurazione in ordine all'effettiva sussistenza di tale ragione giustificatrice.

Al limite, si potrà discutere relativamente all'esistenza di possibili alternative al licenziamento: ci si può cioè chiedere se sia giustificata la previsione del datore di lavoro di non riuscire a garantire la piena occupazione di tutti i lavoratori sospesi, ovvero se sia consentito ritenere sussistente tale possibilità e, così, ingiustificato il licenziamento collettivo posto in essere. Orbene, tale interrogativo merita risposta negativa, in primo luogo per il tenore letterale dell'art. 4, comma 1, della legge n. 223/1991, che fa riferimento ad una ragione sostanziale solo in maniera indiretta, mostrando così di ritenere sufficiente la valutazione ministeriale circa la serietà della sofferenza economica in capo all'azienda sottesa alla concessione del trattamento di C.i.g.s.; in secondo luogo, alla luce del già citato principio di insindacabilità delle scelte datoriali (positivizzato dall'art. 30 del collegato lavoro del 2010), particolarmente rilevante in questo caso in cui, a ben vedere, il datore di lavoro è chiamato ad una valutazione prognostica in ordine alla stessa sopravvivenza della sua impresa: e come potrebbe il Giudice sostituire alla prognosi del titolare dell'azienda una valutazione sua propria? E' preferibile quindi ritenere che in questa fattispecie debba prevalere il dato formale: se l'azienda è stata ammessa alla C.i.g.s., e i dati economici (*in primis* i bilanci di esercizio) continuano a manifestare una situazione di difficoltà economico-finanziaria, la ragione sostanziale legittimante il licenziamento deve essere ritenuta sussistente.

La seconda categoria di licenziamento collettivo prevista dalla legge n. 223, invece, prescinde dalla necessaria sussistenza di una situazione di crisi aziendale, che potrebbe sussistere come no. Anche in relazione a tale fattispecie, è pienamente valido quanto si diceva a proposito del licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo, cioè che ciò che conta è che la scelta datoriale di sopprimere quel posto di lavoro sia effettiva, seria ed attuale, non anche che sia finalizzata ad un'ottica di sopravvivenza dell'azienda. Così, la deliberazione di riduzione dell'organico potrebbe legittimamente essere propedeutica anche ad un incremento dei profitti, non solo ad un taglio dei costi.

Questa conclusione emerge in maniera evidente dalla lettera dell'art. 24, comma 1, della legge n. 223: laddove parla di “*riduzione o trasformazione di attività o di lavoro*”, la norma ricomprende nel proprio campo di applicazione ogni ipotesi di riduzione non temporanea dell'attività produttiva ovvero di una trasformazione strutturale dell'impresa che comporti una riduzione di uffici, reparti, lavorazioni (anche in relazione all'introduzione di innovazioni tecnologiche), purché ciò determini una contrazione della forza lavoro⁴⁷³.

senza che dipenda da un atto negoziale del datore di lavoro), per le ipotesi di fine lavoro nelle costruzioni edili e nei casi di attività stagionali o saltuarie.

473 “*In sostanza, posto che gli elementi distintivi del licenziamento collettivo sono costituiti dalla dimensione occupazionale dell'impresa (più di quindici dipendenti), dal numero dei licenziamenti (almeno cinque) e dall'arco di tempo (centoventi giorni) entro il quale sono effettuati i licenziamenti, è superflua l'indagine circa l'esistenza o la sufficienza di un programma di ristrutturazione o di stabile ridimensionamento aziendale. Correlativamente, diversamente dal licenziamento plurimo per g.m.o., nel quale il controllo del giudice attiene alla sussistenza delle ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al suo regolare funzionamento dedotte dall'imprenditore in relazione alla posizione dei lavoratori licenziati, nel licenziamento collettivo il controllo giudiziale concerne esclusivamente la sussistenza dei suddetti requisiti numerico-temporali, l'osservanza della procedura e l'applicazione dei criteri di scelta dei lavoratori licenziati*” (M. Tatarelli, *Il licenziamento individuale e collettivo*, cit., 422), con esclusione, quindi, degli specifici motivi della riduzione del personale, a differenza di quanta accade in relazione ai licenziamenti per giustificato motivo oggettivo (Cass., 31 marzo 2011, n. 7490).

Ciò che accomuna le due categorie è che in entrambi i casi i licenziamenti devono essere ricollegati ad una scelta di carattere dimensionale dell'imprenditore.

Naturalmente, ciò esclude che nel computo rientrino anche i licenziamenti intimati per ragioni disciplinari, in quanto essi dipendono, per l'appunto, da una causale giustificativa differente da una scelta di tipo economico od organizzativo di natura dimensionale da parte del datore di lavoro. Per quanto riguarda, invece, i licenziamenti che, pur non essendo di natura disciplinare, sono riconducibili a situazioni personali del singolo lavoratore – e che rientrano pertanto in quella nozione ampia di giustificato motivo oggettivo ormai entrata definitivamente a far parte del diritto vivente – la giurisprudenza italiana ritiene che essi debbano rientrare nel computo, in quanto sono pur sempre correlati ad esigenze produttive od organizzative del datore di lavoro, nonostante la particolare rilevanza di situazioni soggettive del lavoratore⁴⁷⁴.

Anche nell'ordinamento cinese l'istituto del licenziamento collettivo ricomprende in sé differenti ipotesi, tutte caratterizzate da una scelta imprenditoriale – dipenda essa o meno da un'esigenza di "sopravvivenza" dell'impresa – in chiave di riduzione della forza lavoro dipendente.

Un tratto comune tra le ipotesi di riduzione o trasformazione di attività o di lavoro di cui all'art. 24 della legge italiana e le fattispecie previste dall'art. 41 della *Employment Contract Law* è che ambedue le norme contemplano nell'ambito nella nozione di licenziamento collettivo:

(i) da un lato, ipotesi in cui la scelta datoriale di riduzione dell'organico sia collegata eziologicamente ad uno stato di sofferenza economica o di crisi economica o finanziaria dell'impresa. Sono le ipotesi, rispettivamente, dell'art. 4, comma 1, della legge n. 223/1991 (azienda nei cui confronti il godimento di uno o più cicli di C.i.g.s. non sia stato sufficiente a consentire una piena ripresa dell'attività, e per la quale, pertanto, residuino difficoltà economiche che si riverberano sul versante occupazionale), e del num. 1) e del num. 2) dell'art. 41 della *Employment Contract Law* (azienda sotto ristrutturazione secondo la Legge Fallimentare e azienda che si trovi in uno stato di serie difficoltà produttive e commerciali);

(ii) dall'altro lato, ipotesi in cui, invece, la scelta di ridurre l'organico non dipende necessariamente da uno stato di sofferenza dell'impresa. Si pensi all'introduzione di nuove tecnologie all'interno del ciclo produttivo dell'impresa, che può dipendere da una strategia espansiva dell'imprenditore, non per forza collegata a difficoltà economiche.

Si ripropone, quindi, anche in tale ambito la dicotomia che si era già proposta con riferimento al licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo, in cui – nonostante, in Italia, alcune resistenze giurisprudenziali che appaiono ormai sopite anche in virtù della positivizzazione del principio della insindacabilità delle scelte datoriali – il recesso è giustificato anche se la ragione giustificatrice sottesa alla scelta di estinguere il rapporto di lavoro non dipenda da esigenze di stretta sopravvivenza in capo all'impresa.

Ciò premesso, si passano ora ad analizzare le ipotesi di licenziamento collettivo previste dall'art. 41 della *Employment Contract Law*.

1) "L'azienda si trova sotto riorganizzazione ai sensi della Legge Fallimentare"

Si è già avuto modo di riportare i caratteri essenziali della legge fallimentare vigente nell'ordinamento cinese, la *Enterprise Bankruptcy Law of People's Republic of China*, entrata in vigore nel 2007⁴⁷⁵.

474 La Circolare del Ministero del Lavoro n. 3 del 2013, in tal senso, fa rientrare nell'ambito applicativo del licenziamento collettivo anche i recessi causalmente determinati dalla sopravvenuta inidoneità del lavoratore allo svolgimento delle mansioni contrattuali.

475 Si rinvia a quanto detto *supra*, al Capitolo Secondo, analizzando l'art. 44 della *Employment Contract Law* laddove prevede il fallimento del datore di lavoro quale causa automatica di estinzione del rapporto di lavoro. Si è già provveduto in quella sede ad illustrare i requisiti di fallibilità dell'impresa, che non è quindi necessario ricordare nuovamente.

Qui merita soffermarsi, più nello specifico, sulla procedura di “*reorganization*” prevista da tale legge, in quanto essa è considerata dall’art. 41 in esame quale presupposto per il ricorso alla procedura di licenziamento collettivo.

Prima di tutto, va evidenziato con chiarezza il punto più importante, che consiste in questo, che la *Employment Contract Law* pone una fondamentale distinzione tra la dichiarazione di fallimento, da un lato, e la sottoposizione della società alla procedura di riorganizzazione disciplinata dalla *Enterprise Bankruptcy Law*, dall’altro: la pronuncia dell’un provvedimento piuttosto che dell’altro, da parte della Corte, riverbera effetti molto diversi sul rapporto di lavoro che la società sottoposta alla procedura ha con i propri dipendenti.

In caso di dichiarazione di fallimento, infatti, il rapporto di lavoro si estingue automaticamente, ex art. 44, num. 4), senza che vi sia quindi bisogno di alcun atto di recesso da parte della società fallita o da parte dell’amministratore del fallimento⁴⁷⁶.

Nel caso, invece, in cui la Corte non ravvisi gli estremi per la dichiarazione di fallimento della società, ma ritenga possibile che la medesima possa conservare operatività nell’esercizio della propria attività imprenditoriale mediante la più “semplice” sottoposizione alla procedura di *reorganization*, il rapporto di lavoro non viene meno *ipso jure*.

Certo, anche in questo caso non è da escludere che ci si trovi comunque in presenza di motivi tali da far ritenere opportuno un licenziamento individuale plurimo o una riduzione di personale, ma pure in questa eventualità il rapporto di lavoro con i dipendenti della società ritenuti eccedentari dovrà essere estinto mediante un apposito atto negoziale di licenziamento, posto in essere in applicazione delle norme – tanto sostanziali quanto procedurali – del licenziamento individuale per motivi oggettivi di cui all’art. 40 o del licenziamento collettivo di cui all’art. 41 della *Employment Contract Law*.

Per quanto riguarda la procedura di *reorganization*, la sottoposizione alla quale della società datrice è considerata dall’art. 41 requisito sostanziale dell’ipotesi in esame di licenziamento collettivo, essa – che si pone in termini di alternatività rispetto alla procedura di liquidazione del patrimonio della debitrice in vista di una futura ripartizione del ricavato tra i creditori – consiste in una procedura, che può essere promossa tanto dai creditori⁴⁷⁷ quanto dalla debitrice, durante la quale quest’ultima è legittimata a continuare lo svolgimento della propria attività di impresa sotto la supervisione ed il controllo di un amministratore⁴⁷⁸. Lo stesso debitore e l’amministratore sono onerati di presentare un progetto di riorganizzazione⁴⁷⁹ entro sei mesi, prorogabili una sola volta per altri tre mesi, che

476 Cfr. *supra*, Capitolo Secondo.

477 La *Enterprise Bankruptcy Law* legittima a partecipare alla votazione del piano di riorganizzazione tutti i creditori. Peraltro, la classe creditoria è suddivisa, per i fini di volta in volta rilevanti (in primo luogo al fine della ripartizione del ricavato) in quattro classi: i creditori privilegiati, i dipendenti che vantino crediti retributivi, l’erario per i crediti di natura fiscale, e i creditori chirografari. Si ricorda che, nella graduatoria per la ripartizione del ricavato dalla liquidazione della società o dalla procedura di riorganizzazione, la classe dei dipendenti della debitrice, creditori delle retribuzioni, è stata dalla nuova legge rispetto alla precedente (risalente al 1986, in un periodo antecedente all’epoca di riforme economiche varate a partire dall’ultimo decennio del secolo scorso) “declassata” dal primo al secondo posto, dopo la classe dei creditori privilegiati – ed ovviamente dopo il soddisfacimento dei crediti prededucibili quali le spese della procedura.

478 In alternativa, è previsto che possa essere lo stesso amministratore – avente funzioni assimilabili a quelle del *curatore* della legge fallimentare italiana – a gestire la vita economica, produttiva e commerciale dell’azienda della debitrice. È evidente la possibilità di accostare la procedura di *reorganization* di cui alla *Enterprise Bankruptcy Law* al concordato disciplinato dalla legge fallimentare italiana.

479 Che, ai sensi dell’art. 81 della legge, deve indicare: 1) il piano di operatività sul mercato della società debitrice (per esempio, quali attività produttive o commerciali continuare, quali attività dismettere, la deliberazione di eventuali riduzioni di personale, e in generale ogni decisione circa il futuro andamento della società); 2) la classificazione dei crediti vantati nei suoi confronti (operando cioè la divisione nelle quattro classi di creditori previste dalla legge); 3) il progetto relativo alla soddisfazione dei crediti avanzati nei confronti della società, in ordine alla percentuale di crediti che viene progettato di soddisfare e alle relative tempistiche; 4) il tempo massimo per l’implementazione del progetto di riorganizzazione; 5) ogni altro progetto ritenuto utile in vista di una ristrutturazione della società debitrice (cfr. Z. Zhang – R. Tomasic, *Corporate Reorganization Reform in China: Findings from an Empirical Study in Zhejiang*, Cambridge University Press, 2016).

decorrono dal momento dell'approvazione, da parte della Corte, della richiesta di *reorganization*. In mancanza di predisposizione del progetto entro il termine previsto, la Corte annulla l'ammissione della società alla procedura in esame e pronuncia il fallimento della medesima. Peraltro, il progetto dovrà essere sottoposto all'approvazione di ciascuna delle classi di creditori sociali a tal fine previste dalla legge⁴⁸⁰.

Così, qualora la Corte ammetta la procedura di riorganizzazione e il progetto predisposto dal debitore o dall'amministratore venga approvato dalle classi di creditori, la società continua ad operare sul mercato⁴⁸¹, sia pure attraverso il "filtro" dell'amministratore nominato dalla Corte⁴⁸² medesima. Ciò nonostante, può essere che una delle condizioni apposte al piano di riorganizzazione consista – per chiare finalità di taglio dei costi eccessivi o superflui – nella riduzione del personale attualmente in forza all'azienda: in tal caso, l'impresa si troverà nella necessità di porre in essere una serie di licenziamenti individuali (*ex art. 40 della Employment Contract Law*) o, qualora il numero dei lavoratori da sacrificare sia superiore alla soglia individuata dall'art. 41, un licenziamento collettivo.

Ciò che conta in questa sede rilevare è che – come nel caso di cui all'art. 4, comma 1, della legge n. 223/1991 – il dato letterale sembra condurre l'interprete a dover attribuire prevalenza al dato formale, consistente nella sottoposizione della società datrice alla procedura di *reorganization*: evidentemente, il fatto che l'ammissione a tale procedura sia stata previamente valutata positivamente da un organo giurisdizionale ha indotto il legislatore della *Employment Contract Law* a non richiedere una valutazione sostanziale in ordine all'effettiva sussistenza della crisi aziendale pure da parte della Corte nella sua funzione di Giudice del lavoro, anche per evitare un altrimenti possibile conflitto di decisioni contraddittorie.

Così, come in Italia si può ritenere che l'ammissione della società datrice al trattamento di integrazione salariale sia indice idoneo ad assicurare la serietà e l'effettività della necessità della stessa di porre in essere una riduzione dei costi anche tramite il taglio di personale, così in Cina dall'art. 41, num. 1), può evincersi che l'ammissione dell'impresa del datore di lavoro alla procedura di riorganizzazione secondo la disciplina della *Enterprise Bankruptcy Law* costituisca elemento necessario ma anche sufficiente per ritenere soddisfatto il requisito richiesto dalla legge per porre in essere un licenziamento collettivo sorretto dalla sussistenza e dall'effettività del requisito sostanziale richiesto per la sua legittimità.

480 Che a tal fine vengono "suddivisi" nelle quattro classi sopra ricordate, a seconda del grado di preferenza accordato dalla legge. Ciascuna di tali classi esprime un voto di approvazione o di non approvazione del progetto di riorganizzazione predisposto dalla società o dall'amministratore, e il progetto sarà considerato approvato se avrà ricevuto un voto favorevole da parte di un numero di creditori tali da rappresentare i due terzi dei crediti vantati da tutti gli appartenenti alla classe.

481 Non si pone, così, la necessità di stabilire la sorte dei rapporti di lavoro facenti capo alla società, proprio perchè nell'alveo dell'art. 41 della *Employment Contract Law* questa non è fallita. Invece, laddove la società datrice non venga ammessa alla procedura di *reorganization*, ma venga dichiarata fallita, la sorte dei rapporti di lavoro è segnata, estinguendosi essi in maniera automatica ai sensi dell'art. 44, senza la necessità di alcun atto formale di licenziamento.

482 Il modello costruito dalla legge fallimentare cinese corrisponde all'approccio definito in dottrina come "*modified debtor-in-possession approach*" (Y. Jiang, *The Curious Case of Inactive Bankruptcy Practice in China: A Comparative Study of U.S. and Chinese Bankruptcy Law*, in *Northwestern Journal of International Law & Business*, 2014, Vol. 34, 572). Infatti, il ruolo attivo sostenuto dalla Corte in tutto il corso della procedura di riorganizzazione si riflette sul controllo da essa posto in essere, tramite la nomina dell'amministratore, sulla conduzione della procedura stessa. È l'amministratore, infatti, a rivestire il ruolo principale nel corso del procedimento, in quanto se è vero che in questa fase al debitore è consentito gestire la propria società e le proprie operazioni di *business*, è altrettanto vero che "*the debtor's power is still limited in three ways: (1) when the court accepts the reorganization application, it will also appoint an administrator; (2) even if the court decides to grant the debtor control over operations, such a decision usually takes time and the administrator retains the power to run the business during the interim; and (3) the debtor in control is still subject to the administrator's supervision [...]. Under the 2006 EBL, an administrator must manage the operations of the debtor and perform his duties according to the provisions of the law, report his work to the court, and is subject to supervision by the creditors' meeting and the creditors' committee*" (cfr. Y. Jiang, *The curious case*, cit., *passim*).

2) L'azienda si trova in serie difficoltà produttive e commerciali

Se, come detto, l'ipotesi del num. 1) dell'art. 41 non richiede il necessario accertamento, da parte del Giudice del Lavoro, dello stato di crisi dell'azienda, in quanto tale stato è già stato accertato come sussistente da parte della Corte chiamata a deliberare sull'ammissibilità della società datrice alla procedura di riorganizzazione prevista dalla legge fallimentare, diversa è la situazione di cui al num. 2) del medesimo art. 41.

Qui, infatti, non vi è alcun previo provvedimento formale da parte di alcuna autorità giurisdizionale. La società datrice, semplicemente, a prescindere dalla proposizione, da parte sua o nei suoi confronti, di una istanza di fallimento, si trova nella necessità di porre in essere un taglio del personale a causa dell'esigenza di ridurre i costi di esercizio (magari, proprio al fine di scongiurare di essere attratta in una procedura fallimentare).

In verità, la lettera della norma parla di considerevoli difficoltà di ordine produttivo e di gestione degli affari ("*serious difficulties in production and business operation*"⁴⁸³), non di difficoltà di natura economico-finanziaria (emergenti, per esempio ed in primo luogo, dagli indici negativi dei bilanci di esercizio): la situazione di crisi aziendale, pertanto, si presta forse ad essere meglio inquadrata nell'ambito del num. 4) del medesimo art. 41.

Ad ogni modo, a differenza da quanto si è detto in relazione all'ipotesi della sottoposizione della società a procedura di ristrutturazione ai sensi della legge fallimentare, in questo caso sì che la valutazione del Giudice dovrà essere molto scrupolosa in ordine all'accertamento dell'effettività della situazione di difficoltà produttiva e commerciale dal punto di vista sostanziale, senza il possibile ricorso ad un criterio formale quale l'ammissione ad una procedura concorsuale.

Invero, questa previsione costituisce nient'altro che l'equivalente, sul piano collettivo, della parallela disposizione di cui all'art. 40, num. 3), in materia di licenziamento individuale.

Si pone invero un problema di coordinamento, in quanto quest'ultima ha la sua corrispettiva nella previsione di cui al num. 4) dell'art. 41. In altre parole, tanto l'art. 40 quanto l'art. 41 consentono il licenziamento – rispettivamente individuale e collettivo – nel caso di cambiamento significativo delle condizioni oggettive che hanno costituito la base della stipulazione del contratto. Ma la norma sembra omettere di considerare che tra i mutamenti sostanziali delle condizioni oggettive sottese al mantenimento del rapporto di lavoro rientrano, oltre alla situazione prettamente economica della società, anche la sua capacità produttiva e di gestione degli affari: se ne può forse concludere che la previsione in esame sia superflua, in quanto pure in sua assenza la situazione sottesa sarebbe comunque rientrata nell'ambito di applicazione dell'art. 41, num. 4).

Ad ogni modo, per quanto riguarda il concetto di *serious difficulties in production and business operation*, deve ritenersi che tale locuzione possa ricomprendere nel proprio ambito applicativo ogni ipotesi in cui la produzione si discosti dalle linee guida dettate dal *management* dell'impresa, cioè sia in caso di una produzione eccessiva rispetto alla capacità di assorbimento del mercato (con la formazione di giacenze di magazzino), rendendo così necessaria una strategia di riduzione della produzione e quindi una minore forza lavoro dipendente in seno all'azienda, sia l'ipotesi inversa, in cui gli *standard* produttivi siano poco efficienti con conseguente scelta aziendale di porre in essere un *upgrade* tecnologico (si tratta cioè di un'ipotesi di confine con quella di cui al successivo num. 3).

Per quanto riguarda la difficoltà nella gestione di *business operations*, si tratta evidentemente di aspetti legati alla vita economica della società, costituendo così una locuzione molto ampia e generale, in quanto tale suscettibile di ricomprendere nel proprio ambito applicativo anche le situazioni di crisi economica e le scelte di natura gestoria ed organizzativa cui si faceva cenno in precedenza.

483 生产经营发生严重困难的, shēngchǎn jīngyíng fāshēng yánzhòng kùnnán de, letteralmente: "è accaduta una seria/grave difficoltà produttiva [e] manageriale/gestoria/organizzativa" (il verbo 经营, jīngyíng, indica appunto l'azione di "management", "gestione" della società).

Peraltro, così come in Italia (dove la genericità della definizione di “*riduzione o trasformazione di attività o lavoro*” è stata riempita di contenuto dall’opera interpretativa della giurisprudenza), anche in Cina la lettera della norma è indefinita, con la conseguenza che l’orientamento delle Corti è di importanza decisiva per comprendere quando sia possibile il ricorso ad un’operazione dalle rilevanti conseguenze sociali come il licenziamento collettivo per riduzione di personale.

Il problema è che nell’ordinamento cinese, come più volte sottolineato, alla normativa nazionale si affiancano le norme locali, con il che i differenti orientamenti giurisprudenziali dipendono, oltre che della diversa sensibilità da parte della singola Corte, dall’applicabilità di normative differenziate a seconda del contesto territoriale in cui opera l’azienda.

Il problema è davvero rilevante laddove si pensi all’estrema vaghezza della formula legislativa “*serie difficoltà produttive o gestorie*”: nella genericità della *Employment Contract Law* sul punto, vari Governi locali sono intervenuti al fine di colorare di maggiore specificità tale requisito.

Può ricordarsi, quale esempio, un Regolamento emanato dal Governo della Municipalità di Pechino, il quale considera sussistente tale requisito al ricorrere di una delle seguenti circostanze:

- a. il datore di lavoro abbia un risultato economico negativo – dimostrabile attraverso i bilanci aziendali – per tre esercizi consecutivi;
- b. il *deficit* sia aumentato annualmente;
- c. il datore di lavoro sia “insolvente” (concetto che a sua volta è vago e non ulteriormente definito dalla disposizione);
- d. l’80% della forza lavoro impiegata dall’azienda sia sospesa dal lavoro per mancanza di attività produttiva (per esempio a causa di una mancanza di commesse che abbia cagionato il blocco della produzione);
- e. il datore di lavoro non sia stato in grado di pagare le indennità abitative ai propri dipendenti per sei mesi consecutivi.

Naturalmente tali normative differenziate a seconda del contesto territoriale di riferimento non fanno che aumentare la difficoltà di un’opera unificatoria da parte dell’interprete, cagionando orientamenti giurisprudenziali diversificati e, in ultima istanza, soluzioni diverse da Provincia a Provincia, aumentando la consussistenza di pronunce dal contenuto contrastante e, per tale via, l’incertezza del diritto⁴⁸⁴.

3) *L’azienda pone in essere dei cambiamenti nella propria linea di produzione, introduce innovazioni di carattere tecnologico o adatta il proprio metodo di operare sul mercato, e la necessità di riduzione della forza lavoro rimane anche a seguito di una modificazione dei contratti di lavoro.*

Questa ipotesi è quella che si avvicina di più all’omologa italiana rappresentata dall’art. 24 della legge n. 223/1991.

Essa, infatti, coincide proprio con quelle fattispecie di “*riduzione o trasformazione di attività o di lavoro*” che costituiscono il substrato sostanziale del licenziamento collettivo nel nostro ordinamento.

Così, rientra nel campo di applicazione di tale fattispecie ogni evento di riduzione non temporanea dell’attività produttiva ovvero ogni ipotesi di trasformazione strutturale dell’impresa che comporti una soppressione o un accorpamento di diversi sedi, reparti, attività lavorative, anche a seguito di innovazioni di nuove strumentazioni tecnologiche tali da rendere superfluo l’impiego di alcuni

484 “*In meeting the above grounds [cioè, le causali del licenziamento collettivo ex art. 41, n.d.s.], employers have some guidance at the national level, but most of the detailed requirements on terms such as ‘seriousness’, ‘hardship’, ‘objective economic circumstances’, and ‘unperformanceable’ are left for local determination. In making these decisions, local governments consider such factors such as the length of an employer’s economic downturn, its ability to pay debts, and other evidentiary documentation*” (R. Brown, *Understanding Labor and Employment Law in China*, cit., 159).

dipendenti: si è visto come sia determinante, per la fattispecie in esame, che la scelta imprenditoriale posta in essere dal datore di lavoro comporti una contrazione della forza lavoro.

Tra i due ordinamenti, tuttavia, sussiste la differenza, invero più apparente che reale, relativa all'onere di valutare la possibilità di scongiurare il licenziamento di (almeno) alcuni tra i lavoratori coinvolti dal processo di riduzione o di trasformazione mediante una modificazione dei contratti di lavoro (avente ad oggetto una qualsiasi clausola dello stesso, come per esempio una riduzione di orario, con inquadramento da *full time* a *part time*, o l'adibizione a mansioni diverse, anche inferiori, o l'invio in distacco presso altra compagine del gruppo societario cui fa parte l'impresa datrice, etc.): tale onere, infatti, compare espressamente nella definizione sostanziale della causale di licenziamento collettivo soltanto all'interno dell'art. 41 della *Employment Contract Law*, mentre nella legge n. 223/1991 esso ha una valenza esclusivamente procedurale.

La differenza, cioè, è più apparente che reale in quanto anche la legge italiana prevede che il datore di lavoro che intenda procedere al collocamento in mobilità o al licenziamento collettivo di almeno 5 dipendenti in relazione alla medesima operazione di riduzione o trasformazione dell'attività produttiva o del lavoro, debba valutare la possibilità di evitare tale soluzione mediante l'individuazione di un differente inquadramento contrattuale dei lavoratori eccedentari. Solo, invece di prevedere tale onere datoriale all'interno della definizione della fattispecie, la legge n. 223/1991 la contempla all'interno della disciplina procedurale (art. 4, comma 3, ai sensi della quale la comunicazione di inizio della procedura, da inviare alla r.s.a. o, in mancanza, alle associazioni di categoria aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale, deve contenere, *inter alia*, l'indicazione “*dei motivi tecnici, organizzativi e produttivi, per i quali si ritiene di non poter adottare misure idonee a porre rimedio alla predetta situazione ed evitare in tutto o in parte, il licenziamento collettivo*”). È evidente, infatti, che tra le misure potenzialmente idonee a scongiurare il licenziamento collettivo rientra anche, e non potrebbe essere altrimenti, proprio l'eventuale possibilità di porre in essere modifiche al contratto di lavoro dei dipendenti coinvolti dal progetto riduttivo aziendale, con la conseguenza che il datore di lavoro deve motivare come mai questa soluzione alternativa alla riduzione di personale non sia percorribile nel caso concreto.

Se, dunque, l'espressa contemplazione dell'onere di previa modificazione delle condizioni di lavoro dei dipendenti eccedentari quale requisito della ragione sostanziale sottesa al recesso collettivo non è significativa nel differenziare i due ordinamenti, è sotto un altro punto di vista che la norma cinese appare densa di significati.

Invero, si pone la necessità di comprendere la reale portata dell'onere che l'art. 41, num. 3), pone in capo al datore di lavoro.

Stando al tenore letterale della disposizione⁴⁸⁵, infatti, emerge che al datore di lavoro è richiesto di provare non già semplicemente di aver *valutato la possibilità* di apportare delle modificazioni contrattuali allo scopo di evitare la riduzione di personale paventata, e di indicare il motivo per cui tale possibilità non gli sia apparsa percorribile in concreto, bensì di aver *posto in essere* tali

485 Letteralmente, la effettiva modificazione dei contratti di lavoro ha una valenza propedeutica necessaria a far sì che la modificazione produttiva o tecnologica posta in essere dal datore di lavoro costituisca una valida causale giustificatrice del recesso. Infatti, la subordinata 经变更劳动合同后, jīng biàngēng láodòng hétóng, “dopo aver modificato i contratti di lavoro” non prevede una mera dimostrazione ipotetica della mancanza di tale possibilità, come fa l'art. 4 della legge n. 223/1991, ma richiede una effettiva realizzazione delle modifiche contrattuali necessarie ad evitare il licenziamento. La lettera originaria della norma, così, recita “*il datore di lavoro [...], dopo aver modificato i contratti di lavoro, ha ancora la necessità di ridurre il personale*”, dando così per avvenuto e realizzato il presupposto consistente nella modificazione dei contratti quale tentativo di scongiurare il licenziamento. Questo, così, consiste davvero nell'*extrema ratio*, non solo *in mentis datoris*, potremmo dire, ma sul piano fattuale e concretamente dimostrabile: l'imprenditore dovrà cioè dimostrare, contratti alla mano, di aver posto in essere tale passaggio necessario, provando così la trasformazione da *full time* a *part time* – in una sorta di contratto difensivo di solidarietà *extra ordinem* –, o la ricollocazione dei dipendenti eccedentari in mansioni relative a lavorazioni non coinvolte dal processo di riduzione o di aggiornamento tecnologico.

modificazioni, che si sono, però, rivelate poi inidonee a rendere non eccedentari i lavoratori coinvolti nel progetto di *lay-off*.

In altre parole, l'art. 41, num. 3), della *Employment Contract Law* onera l'imprenditore di porre in essere una modificazione del contratto prima di procedere al licenziamento. Così, a lui non basterebbe indicare, nella comunicazione di inizio della procedura da inviare alla *Labor Law* e nella comunicazione finale da inoltrare al Dipartimento Amministrativo del Lavoro, il motivo per cui ritiene che, pur ponendo in essere delle modifiche al contratto (in relazione *in primis* alle mansioni e all'orario di lavoro), egli non potrebbe comunque evitare il licenziamento ma questo si porrebbe egualmente come conseguenza necessaria dell'avvenuta riduzione dell'attività produttiva o dell'*upgrade* tecnologico. Egli, invece, dovrebbe *prima* porre in essere tali modificazioni e *solo in seguito* dimostrare che esse, in concreto, non si sono rilevate decisive al fine di scongiurare la necessità della riduzione del personale.

Se interpretata in questo modo, la norma sarebbe dotata di un'intima coerenza con la corrispettiva fattispecie di licenziamento individuale, in quanto anche per quel caso – lo si è visto in precedenza⁴⁸⁶ – l'art. 40 richiede un previo tentativo di *repêchage* del lavoratore licenziando tramite, per l'appunto, la “*modification of the content of the labor contract*”⁴⁸⁷.

Nella legge italiana, invece, al datore di lavoro è sufficiente dare atto del motivo per il quale una modificazione delle condizioni contrattuali dei lavoratori coinvolti nel processo di riduzione del personale, pur se fosse posta in essere, non sarebbe stata idonea ad evitarne il licenziamento; chiaro che deve trattarsi di una spiegazione seria che sarà chiamata a reggere il vaglio di un approfondito esame congiunto con le parti sociali, però già in termini temporali l'evitare la necessità di tale passaggio intermedio è denso di conseguenze rilevanti.

Questo aspetto costituisce, all'evidenza, un'altra ipotesi in cui la legge cinese appare più garantista dell'omologa italiana, anche se la giurisprudenza appare meno raffinata e si accontenta perlopiù di onerare il datore di lavoro di indicare la motivazione della inutilità di un'operazione di adattamento dell'inquadramento dei dipendenti coinvolti alle mutate esigenze aziendali.

4) “*La situazione economica oggettiva, sulla quale il contratto di lavoro si basa, è cambiata in misura considerevole e il datore di lavoro non è più in grado di dare esecuzione al contratto di lavoro*”.

L'ipotesi del num. 4) dell'art. 41 costituisce una chiara traslazione sul piano sovra-individuale della fattispecie prevista, sul piano dell'estinzione del rapporto con un solo lavoratore, dall'art. 40, num. 3).

E' nell'ambito applicativo di tale previsione che può rientrare l'ipotesi del licenziamento intimato a causa di una **crisi di natura economico-finanziaria** che ha condotto l'azienda alla scelta di ridurre il personale, senza naturalmente che vengano in rilievo istanze di fallimento.

Il parallelismo tra le due norme soffre, tuttavia, di una eccezione, riguardante la presenza soltanto nell'art. 40 (in materia dunque di licenziamento individuale) dell'onere preventivo consistente nel porre in essere un tentativo di accordo con il dipendente avente ad oggetto una modifica delle condizioni contrattuali allo scopo di scongiurarne il licenziamento. L'art. 41, invece, prevede questo onere soltanto nella ipotesi precedente, di riduzione o trasformazione dell'attività produttiva o

486 Cfr. *supra*, in questo stesso Capitolo, par. 3.

487 Con la differenza che nel caso del licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo l'art. 40 prevede che il realizzando mutamento delle condizioni di lavoro debba avvenire “*through negotiations between the employer and the employee*”, mentre nel caso in esame si tratta di una modificazione unilaterale del datore di lavoro, posto che l'intervento della *Labor Union* e dei lavoratori si pone successivamente all'inizio della procedura di riduzione del personale e, pertanto, successivamente alla stessa posizione in essere del doveroso adattamento delle condizioni di lavoro dei dipendenti coinvolti dalla nuova situazione produttiva.

manageriale della società, mentre tace completamente in ordine ad esso nell'ipotesi residuale che stiamo analizzando.

Personalmente ritengo che la portata pratica della differenza letterale sia da minimizzare.

Del resto, la subordinazione della possibilità di porre in essere un valido licenziamento collettivo al previo svolgimento di una procedura che contempla un esame congiunto con la *Labor Union* o, in alternativa, con tutti i lavoratori dell'azienda, è chiaramente funzionalizzata – oltre che alla verifica circa l'effettività della scelta datoriale che di volta in volta viene in considerazione – pure alla valutazione relativa alla possibilità di individuare alternative alla prospettata riduzione di personale. Dunque, se anche il tenore letterale univoco della norma consente di ritenere insussistente l'onere della preventiva effettuazione di un tentativo di accordo con il dipendente volto ad una modificazione del suo inquadramento tale da poterne evitare il licenziamento, comunque l'effettuazione di un tale tentativo è soltanto posticipata nel tempo, seguendo (anziché precedere) l'inizio della procedura indicata nell'art. 41.

Del resto, tale soluzione interpretativa coincide con quella disegnata dal legislatore italiano all'art. 4 della legge n. 223/1991, e non sembra porre problemi di sorta.

Nel num. 4) dell'art. 41, quindi, rientrano tutte le ipotesi diverse da quella previste ai numeri precedenti in cui, per effetto di una strategia imprenditoriale non sindacabile dalla Corte (sia essa o meno necessitata da una situazione di crisi finanziaria) il datore di lavoro ponga in essere una riduzione dimensionale della forza lavoro occupata in seno alla propria azienda.

3.4.3 La procedura del licenziamento collettivo

“Il datore di lavoro deve, con un preavviso di 30 giorni, motivare [il proprio progetto di riduzione del personale] alla Labor Union o a tutti i suoi dipendenti. Dopo essere venuto a conoscenza delle opinioni della Labor Union o dei dipendenti, il datore di lavoro può procedere alla riduzione del personale riportando il relativo progetto al Dipartimento Amministrativo del Lavoro”.

La procedura del licenziamento collettivo descritta dall'art. 41 della *Employment Labor Law* è abbastanza simile a quella prescritta dalla legge n. 223/1991, in quanto coinvolge anch'essa tanto il sindacato, quanto un organo amministrativo terzo ed imparziale rispetto agli interessi delle parti coinvolte.

Per quanto riguarda l'individuazione dei destinatari della comunicazione, l'art. 41 prende in considerazione la *Labor Union*, che altro non è che l'organizzazione rappresentativa dei lavoratori dell'impresa e che quindi può agevolmente ritenersi, pur con tutte le particolarità dello stato delle relazioni industriali cinese, assimilabile alla rappresentanza sindacale aziendale costituita ai sensi dell'art. 19 dello St. Lav.: entrambe, infatti, sono organismi rappresentativi della generalità dei dipendenti in forza presso l'azienda, e sono composte da membri eletti da questi ultimi⁴⁸⁸.

Piuttosto, appare particolare il fatto che l'onere di *explanation* alla *Labor Union* secondo il tenore letterale dell'art. 41 è *alternativo* a quello rivolto alla generalità dei dipendenti dell'impresa⁴⁸⁹.

In altre parole, la norma impone al datore di lavoro di inviare la comunicazione – che pur nel silenzio della legge è da ritenere debba avere forma scritta; del resto ciò accade praticamente sempre nella prassi, se non altro ai fini della prova del rispetto di tale onere motivazionale – alla *Labor Union* costituita presso di sé *ovvero* a tutti i suoi dipendenti.

488 Certo, in Cina siamo ben lungi dal poter immaginare una libertà sindacale anche solo paragonabile a quella italiana, e la *Labor Union* non può certo definirsi completamente indipendente dall'azienda presso la quale è costituita: basti pensare che, come sopra visto (cfr. Capitolo Primo) i suoi dirigenti sono spesso rappresentanti del *management* della stessa impresa del datore di lavoro!

489 L'alternatività emerge con tutta evidenza dall'impiego, da parte della legge, della congiunzione disgiuntiva 或者, huòzhè, “oppure”.

Il riconoscimento di una tale alternativa in capo al datore di lavoro è un chiaro indice dell'atteggiamento di sfavore che il legislatore cinese ha per le associazioni sindacali e per il loro ruolo: infatti, prevedere la facoltà datoriale di motivare preventivamente il proprio progetto di riduzione del personale direttamente alla generalità dei propri dipendenti (evidentemente, nel corso di un'assemblea cui siano invitati a partecipare tutti i lavoratori con almeno 30 giorni di preavviso), consente al datore di lavoro di by-passare completamente l'intervento della *Labor Union* stessa. Ovviamente, il datore di lavoro è onerato della convocazione di tutti i propri dipendenti per lo svolgimento dell'assemblea nel caso in cui in seno all'impresa datrice non sia stata costituita alcuna *Labor Union*.

La legge italiana, invece, naturalmente non consente, in capo al datore di lavoro, la scelta di coinvolgere o meno gli organismi sindacali nella fase della procedura preventiva al licenziamento collettivo. Non solo: essa espressamente mira al coinvolgimento non solo dell'organismo sindacale costituito nell'azienda, la r.s.a., ma anche dei sindacati esterni all'azienda, rappresentati dalle associazioni di categoria di riferimento delle r.s.a., che debbono essere anch'esse destinatarie della comunicazione – la quale deve rivestire forma scritta per esplicita previsione di legge. Così, nella ferma convinzione dell'importanza del ruolo attivo che il sindacato deve rivestire in tale frangente⁴⁹⁰, l'art. 4, comma 2, della legge n. 223 espressamente precisa che nel caso in cui nell'azienda non operi alcuna r.s.a., il datore di lavoro dovrà inviare la comunicazione alle associazioni di categoria aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale, senza che sia riconosciuta in capo ad esso la possibilità di effettuare la procedura esclusivamente con il confronto dei propri dipendenti.

Per quanto riguarda il contenuto della comunicazione da inviare alla *Labor Union* o ai dipendenti dell'impresa, l'art. 41 della *Employment Contract Law*, a differenza della disposizione italiana che è molto dettagliata sul punto⁴⁹¹, non specifica quale debba essere il contenuto della *explanation* di cui è onerato il datore di lavoro, ma si limita semplicemente a prescrivere “*un'illustrazione della situazione*”⁴⁹².

È da ritenere, tuttavia, che – a meno di non voler spogliare di ogni significato la previsione di siffatta procedura preventiva – in essa il datore di lavoro dovrà specificare quantomeno i motivi che lo inducono a ritenere opportuna o necessaria la progettata operazione di riduzione del personale⁴⁹³, oltre alle misure alternative al licenziamento che potrebbero essere poste in essere.

490 Pur nella consapevolezza dell'intangibilità delle scelte datoriali, la cui insindacabilità non viene sacrificata dal diritto delle organizzazioni sindacali alla preventiva consultazione. A questo proposito è costante in dottrina l'affermazione secondo cui la procedura di consultazione non incide sulle scelte imprenditoriali di procedere alla riduzione di personale, ma è rivolta a valutarne le conseguenze sul piano sociale ed occupazionale. Ciò è riconnesso anche alla trasposizione della Direttiva comunitaria n. 59 del 1998, la quale fornisce una definizione acausale di licenziamento collettivo, da cui deriva che “*qualsiasi decisione economico-organizzativa dell'impresa legittima l'adozione di atti di risoluzione dei rapporti di lavoro*”: così M. G. Garofalo – P. Chieco (a cura di), *Licenziamenti collettivi e diritto europeo*, in AA.VV., *I licenziamenti per riduzione di personale in Europa*, Bari, Cacucci, 2001, 10 ss. A proposito del problematico rapporto tra la procedura di consultazione preventiva e il principio dell'autonomia delle scelte datoriali, riconducibile tanto alla citata Direttiva quanto all'art. 41 Cost., cfr. la ricostruzione operata da A. Sitzia, *I licenziamenti collettivi*, in C. Cester (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, Cedam, Padova 2012, 315 ss.

491 Il comma 2 dell'art. 4, infatti, precisa che la comunicazione di cui trattasi deve contenere indicazione “*dei motivi che determinano la situazione di eccedenza; dei motivi tecnici, organizzativi e produttivi, per i quali si ritiene di non poter adottare misure idonee a porre rimedio alla predetta situazione ed evitare in tutto o in parte, il licenziamento collettivo; del numero, della collocazione aziendale e dei profili professionali del personale eccedente nonché del personale abitualmente impiegato; dei tempi di attuazione del programma di riduzione del personale delle eventuali misure programmate per fronteggiare la conseguenza sul piano sociale della attuazione del programma medesimo del metodo di calcolo di tutte le attribuzioni patrimoniali diverse da quelle già previste dalla legislazione vigente e dalla contrattazione collettiva*”.

492 说明情况, *shuomíng qíngkuàng*, letteralmente un “parlar chiaro delle circostanze”.

493 Anche se nell'ipotesi prevista dal num. 1) dell'art. 41 – che, come abbiamo visto sopra, è caratterizzata dal far riferimento, più che a valutazioni di natura sostanziale relative a condizioni di difficoltà dell'impresa o a decisioni di riduzione o trasformazione dell'attività produttiva od operativa della medesima, al mero elemento formale della sua

Del resto, l'illustrazione della possibilità di evitare il licenziamento tramite un diverso inquadramento contrattuale dei lavoratori assume importanza soprattutto nel caso di cui al num. 3), posto che in tale ipotesi è la stessa disposizione di legge che prevede che il recesso dei dipendenti debba essere preceduto da “una modificazione dei contratti di lavoro”: quale momento in cui discutere di una simile possibilità, se non nella *explanation* alla *Labor Union* o con i dipendenti dell'impresa? Nel corso dell'esame che a tale *explanation* consegue, per esempio, il datore di lavoro potrebbe esporre la possibilità di evitare la riduzione di personale (o di irrogare il licenziamento ad un numero inferiore di dipendenti) qualora i lavoratori accettino di passare ad un inquadramento *part-time*, o qualora vi sia qualcuno di essi disposto ad essere distaccato in altra impresa, e così mettere al corrente la forza lavoro dell'esistenza di tale possibilità di scongiurare il recesso per parte di essi.

Tali osservazioni, in effetti, sono state tenute in considerazione dal Governo; con il progetto di Regolamento emanato nel 2014 sopra citato, infatti, il Ministero delle Risorse Umane e della Sicurezza Sociale, all'intuitivo scopo di rendere effettiva la partecipazione alla procedura delle parti sociali, ha proposto l'introduzione di un contenuto minimo della comunicazione da inviare alle parti sociali prima e all'organo amministrativo poi, rendendolo più simile alla normativa italiana vigente. In particolare, secondo tale bozza di Regolamento, il datore di lavoro dovrebbe esplicitare, oltre alle ragioni sostanziali sottese all'inizio della procedura (esigenze economiche o aziendali che rendono necessitato il ricorso alla riduzione del personale) e al numero dei lavoratori coinvolti nel progetto di licenziamento collettivo, anche i criteri di selezione del personale da licenziare. In caso di approvazione del Regolamento e di conseguente introduzione delle modifiche proposte dal Ministero, l'azienda dovrà altresì indicare le misure sociali che intende porre in essere per attenuare le conseguenze sociali del *lay-off* (per esempio, il pagamento della *severance* ai dipendenti licenziati).

A parte l'insufficienza della disposizione attualmente vigente dell'art. 41 della *Employment Contract Law* e delle relative proposte di implementazione, dal punto di vista operativo, peraltro, la norma in esame non richiede lo svolgimento di un esame congiunto con i destinatari della *explanation* (la *Labor Union* o tutti i dipendenti).

Semplicemente, è richiesto al datore di lavoro di attendere di venire a conoscenza della proposta⁴⁹⁴ dei destinatari della comunicazione, per la quale peraltro non sono previsti termini finali (in generale l'art. 41 omette completamente di specificare la procedura dal punto di vista temporale, al contrario dell'art. 4 della legge n. 223/1991 che delimita temporalmente ogni fase della procedura di licenziamento collettivo⁴⁹⁵).

Tuttavia, è chiaro che è comunque richiesto un atteggiamento di confronto e aperto al dialogo da parte del datore di lavoro: non si dimentichi che l'intero impianto della *Employment Contract Law* è basato sulle fondamenta del principio di buona fede, il quale spesso costituisce criterio di valutazione da parte delle Corti. Così, qualora in giudizio dovesse essere accertato⁴⁹⁶ che l'onere di *explanation* è stato rispettato solo formalmente, ma in realtà tanto la comunicazione ai suoi destinatari quanto il successivo confronto sono avvenuti in maniera svuotata di ogni significato per effetto dell'atteggiamento chiuso serbato dai responsabili dell'azienda, appare probabile che la

sottoposizione ad una procedura di riorganizzazione prevista e disciplinata dalla legge fallimentare – i margini di discussione sembrano destinati ad assottigliarsi.

494 意见, yìjiàn, termine che può indicare tanto una “idea”, quanto una “proposta”, quanto ancora, in un'accezione di contraddittorio, un'“obiezione”.

495 Stabilendo che la richiesta di svolgimento dell'esame congiunto da parte delle r.s.a. e delle rispettive associazioni deve intervenire entro sette giorni dalla data del ricevimento della comunicazione datoriale (comma 5); che la fase dell'esame congiunto deve essere esaurita entro quarantacinque giorni dalla data del ricevimento della comunicazione dell'impresa (comma 6); che la fase eventuale avanti la Direzione Territoriale del Lavoro deve svolgersi in massimo trenta giorni (comma 7), e che qualora il numero dei lavoratori interessati sia inferiore a dieci, tali termini siano ridotti alla metà (comma 8).

496 Principalmente tramite le risultanze dei verbali degli incontri, che sarà opportuno redigere in quanto in mancanza potrà soccorrere solo la prova testimoniale.

Corte possa giungere a ritenere un vizio di procedura proprio per la violazione del principio di buona fede che, in un ordinamento di diritto positivo molto meno dettagliato quale quello cinese, assume una valenza maggiore che in un ordinamento come il nostro in cui ogni singolo passaggio è minuziosamente disciplinato dalla legge.

Del resto, nella norma cinese un confronto con la controparte (*Labor Union* o generalità dei dipendenti dell'impresa) è fase necessaria della procedura, pur essendo – almeno al momento attuale, fino a che non venga approvato il progetto di Regolamento ministeriale del 2014 – dal contenuto “annacquato”, mentre nella normativa italiana la fase dell'esame congiunto con le parti sociali riveste carattere meramente eventuale, posto che si svolge soltanto nel caso in cui le r.s.a. o le associazioni sindacali avanzino un'espressa richiesta in tal senso.

A seguito dello svolgimento dell'incontro con la *Labor Union* o con i lavoratori, si apre la fase del licenziamento collettivo vero e proprio, in quanto il datore di lavoro è libero di procedere con la riduzione di personale prospettata, secondo il progetto iniziale o secondo la versione “aggiornata” che tenga conto delle risultanze del dialogo con la controparte.

Rispetto all'intimazione dei licenziamenti ai singoli lavoratori, infatti, soltanto la *explanation* alla *Labor Union* o alla generalità dei dipendenti e la proposizione, da parte loro, di eventuali obiezioni, costituiscono passaggi necessari della procedura. Viceversa, il coinvolgimento del Dipartimento Amministrativo del Lavoro⁴⁹⁷ è imposto solo contestualmente rispetto all'intimazione del licenziamento collettivo.

Peraltro, occorre segnalare che, se pure è vero quanto si è detto, è vero anche che, ciò nonostante, alcune Corti richiedono che i licenziamenti dei lavoratori eccedentari non possano essere intimati prima che il Dipartimento Amministrativo del Lavoro si sia pronunciato sul progetto notificatogli⁴⁹⁸.

Tuttavia, l'organo amministrativo è privo di poteri, anche conciliativi, volti al rinvenimento di esiti alternativi a quello estintivo: e in ciò il suo intervento si distingue nettamente da quello della Direzione Territoriale del Lavoro, la quale – ai sensi dell'art. 8 della legge n. 223 – è dotata di poteri pro-attivi durante la procedura e in un momento antecedente al licenziamento, in una fase temporale cioè in cui è ancora forse possibile l'individuazione di misure alternative alla riduzione di personale o, perlomeno, in vista di una riduzione delle sue proporzioni. Infatti, la Direzione Territoriale del Lavoro può convocare le parti al fine di un ulteriore esame e può formulare proposte per la realizzazione di un accordo. In Italia, quindi, solo a seguito del coinvolgimento anche dell'organo pubblico e del suo eventuale intervento, l'impresa ha la facoltà di licenziare i lavoratori eccedenti.

Ricapitolando, quindi, le differenze fondamentali tra la procedura di licenziamento collettivo prevista dall'art. 41 della *Employment Contract Law* e quella disciplinata dall'art. 4 della legge n. 223/1991 sono le seguenti:

1. in Cina, l'intervento delle associazioni sindacali è soltanto eventuale, posto che non è prevista la convocazione di un sindacato esterno all'azienda, neanche nel caso in cui in azienda non sia stata costituita alcuna *Labor Union*, e soprattutto alla luce del fatto che anche nel caso in cui vi sia una *Labor Union*, il datore di lavoro è legittimato ad evitarne il coinvolgimento, potendo egli ottemperare agli oneri informativi che in capo a lui fanno capo tramite la convocazione diretta, svincolata dal tramite di un organo rappresentativo, dei

497 Alcuni Regolamenti locali, tuttavia, prevedono che l'impresa debba coinvolgere, oltre al Dipartimento Amministrativo locale, anche la Direzione locale del Ministero delle Risorse Umane e della Sicurezza Sociale. Peraltro, spesso tale onere è previsto specificamente con riferimento delle società straniere: si può fare l'esempio del Regolamento di Shanghai, secondo cui qualora un'impresa straniera dal capitale sociale superiore a 10 milioni di US\$ sia coinvolta in una procedura ex art. 41, essa deve riportare il progetto al livello municipale del Ministero; il Regolamento di Chongqing prevede il medesimo onere qualora la società straniera abbia intenzione di porre in essere una riduzione del personale che coinvolga un numero di dipendenti superiore a 200.

498 Per esempio, la Corte di Shanghai è ferma nel connettere la legittimità dell'operazione di riduzione del personale alla previa approvazione dell'organo amministrativo, nonostante il tenore letterale dell'art. 41 non sia univoco nel prevedere un tale requisito, addirittura a pena di invalidità dell'intera operazione.

lavoratori occupati dall'azienda.

In Italia, invece, il coinvolgimento dei sindacati – tanto delle rappresentanze aziendali quanto delle associazioni sindacali esterne – è ineliminabile e costituisce requisito di legittimità dell'intera procedura e dei successivi licenziamenti⁴⁹⁹;

2. l'art. 41, a differenza dell'omologa norma italiana, non prevede termini massimi per lo svolgimento della procedura;
3. differente è altresì il ruolo degli organi amministrativi deputati ad essere coinvolti nel corso della procedura. Da un lato, la norma italiana attribuisce un ruolo attivo in capo alla Direzione Territoriale del Lavoro, potendo questa valutare le risultanze dell'esame congiunto svolto tra parti sociali e datore di lavoro, ed avanzare proposte volte ad una conciliazione delle rispettive posizioni e all'individuazione di soluzioni alternative al licenziamento prospettato. Dall'altro lato, invece, ai sensi della *Employment Contract Law* il Dipartimento Amministrativo del Lavoro deve essere coinvolto contestualmente all'irrogazione del licenziamento, in ordine al quale, pertanto, egli non ha alcun potere, rivestendo l'onere di comunicazione nei suoi confronti una finalità meramente informativa.

Peraltro, se questo è lo stato del diritto positivo attualmente vigente a livello nazionale⁵⁰⁰, appare opportuno dare atto che il progetto di Regolamento pubblicato dal Ministero delle Risorse Umane e della Sicurezza Sociale nel dicembre 2014 ha proposto l'introduzione di un ulteriore *step* procedimentale preventivo rispetto alla possibilità di porre in essere la riduzione di personale.

Infatti, in esso si trova la proposta di condizionare la legittimità dell'operazione di *mass lay-off* alla previa illustrazione ai sindacati e al Dipartimento Amministrativo del Lavoro, da parte dell'impresa, dei motivi per i quali essa non può intraprendere azioni alternative alla riduzione di personale⁵⁰¹. In altre parole, tale norma introdurrebbe a livello normativo l'onere datoriale di verificare, in collaborazione con le parti sociali, eventuali misure in base alle quali l'azienda potrebbe continuare a mantenere alle proprie dipendenze i lavoratori considerati eccedentari, introduzione che sarebbe da valutare certamente in maniera positiva in quanto da un lato aumenterebbe la trasparenza dell'azienda e implementerebbe il ruolo (attualmente iconografico più che veramente significativo) delle *Labor Union*; dall'altro lato proseguirebbe in quel percorso di responsabilizzazione dei lavoratori e dei loro rappresentanti che è già stato inaugurato e di cui in precedenza si è dato atto.

499 Anche se la sanzione in caso di mancato rispetto della procedura, che consiste nell'applicazione della tutela reintegratoria dimezzata per i lavoratori assunti fino al 6 marzo 2015, è stata notevolmente ammorbidita dal *Jobs Act* in relazione ai neo-assunti inquadrati con contratto a tutela crescenti, consistendo per essi nella semplice sanzione indennitaria. Ciò ha dato luogo a perplessità in dottrina, dal punto di vista della compatibilità con la normativa dell'Unione Europea (Direttiva n. 59 del 20 luglio 1998 sui licenziamenti collettivi, che prevede obblighi di informazione e di consultazione in apo al datore di lavoro).

500 Integrato da importanti previsioni a livello locale. In alcune Province e Città (per esempio, nelle Province del Guangdong e del Fujian, nella Municipalità di Shanghai e nella Città di Chongqing), infatti, i Governi locali hanno promulgato dei Regolamenti integrativi rispetto alla scarsa disciplina di cui all'art. 41 della *Employment Contract Law*. In via generale, può ravvisarsi, in capo a tali discipline regolamentari locali, il comune proposito di far precedere all'intimazione del licenziamento collettivo il previo tentativo di porre in essere delle misure alternative ad esso, come per esempio la riduzione dell'orario di lavoro dei dipendenti coinvolti, o la loro sospensione dal lavoro con corresponsione di un'indennità economica (che per esempio il Regolamento del Guangdong quantifica nell'80% del livello retributivo minimo valido in quella Provincia), o ancora la negoziazione con la controparte di una riduzione del salario e la sospensione temporanea del contratto di lavoro senza il pagamento della retribuzione. Naturalmente, il rispetto dell'onere di individuare simili soluzioni alternative alla riduzione del personale è reso verificabile dalle disposizioni di tali atti normativi di secondo grado che prevedono che il datore di lavoro sia obbligato a predisporre dei *report* sull'assolvimento di tale operazione, che indichino quali misure siano state concretamente poste in essere per fronteggiare la situazione sfavorevole rilevante ai sensi dell'art. 41 o dei motivi per i quali non sia stato possibile intraprendere alcuna di esse e perchè quindi il licenziamento collettivo si sia rivelato, in definitiva, necessitato, da inoltrare al Dipartimento Amministrativo del Lavoro o alla sede del Ministero delle Risorse Umane e della Sicurezza Sociale territorialmente competente.

501 In tal modo il Ministero sembra aver tentato di introdurre a livello nazionale quanto già previsto a livello locale per effetto di alcuni Regolamenti Provinciali o Municipali; cfr. nota precedente.

Trattasi di una modificazione alla quale il Ministero ha dato dimostrazione di credere in maniera importante, visto che ha previsto la concessione di sussidi governativi per le imprese che facciano ricorso ad azioni di re-impiego del personale eccedentario, proprio allo scopo di incentivare le imprese ad operare una ristrutturazione della propria organizzazione aziendale, rendendola più rispondente alle proprie esigenze, piuttosto che procedere ad un licenziamento collettivo.

Il Ministero ha anche indicato quali dovrebbero essere le azioni finalizzate alla ricollocazione dei lavoratori individuati come licenziabili; precisamente, esse, pur dipendendo dalle circostanze del caso concreto, sono state così individuate dal Ministero:

- se la causa del progetto di riduzione del personale consiste in un mutamento della linea produttiva o dei modelli di produzione, ovvero nell'introduzione di nuove tecnologie (cioè per il motivo di cui al num. 3 dell'art. 41 della *Employment Contract Law*), il datore di lavoro dovrà dimostrare l'impossibilità di mantenere l'occupazione dei dipendenti a seguito di un percorso di formazione che potrebbe renderli idonei ad essere impiegati anche nel nuovo apparato produttivo dell'azienda;
- qualora, invece, l'esigenza del licenziamento collettivo dipenda dalla sottoposizione della società alla procedura di ristrutturazione prevista dalla legge fallimentare (num. 1), ovvero da difficoltà nel proseguire le proprie operazioni produttive o commerciali (num. 2), ovvero ancora dal cambiamento della situazione oggettiva sottostante alla stipulazione del contratto di lavoro (num. 4), il datore di lavoro dovrà previamente valutare la possibilità, oltre che di offrire un *training* ai lavoratori coinvolti, anche di mutare le condizioni contrattuali (per esempio ponendo in essere una riduzione d'orario o della retribuzione) o di organizzare, per un determinato periodo di tempo, una turnazione di lavoratori, previo accordo con le associazioni sindacali (il Ministero sembra qui riecheggiare l'istituto in cui consiste la cassa integrazione guadagni prevista dal nostro ordinamento).

Se il progetto di Regolamento dovesse venire approvato, così, il procedimento di licenziamento collettivo – oltre che, naturalmente, la stessa ragione sostanziale sottesa ad esso – verrebbe notevolmente complicato per il datore di lavoro ed avvicinato alla legislazione vigente nel nostro ordinamento, in un'ottica di maggior bilanciamento tra gli interessi delle parti contrapposte, oltre che conferire effettività al coinvolgimento delle *Labor Union*, oggi perlopiù meramente formale⁵⁰².

3.4.4 I criteri di scelta dei lavoratori da licenziare

“Quando il datore di lavoro effettua la riduzione di personale, una posizione di priorità nella conservazione del posto deve essere riconosciuta a favore dei seguenti dipendenti:

(1) coloro che hanno stipulato con l'unità produttiva un contratto a tempo determinato con un periodo di tempo relativamente lungo;

(2) coloro che hanno stipulato con l'unità produttiva un contratto a tempo indeterminato;

502 Che l'intenzione del Ministero sia anche quella di attribuire una maggiore significatività al ruolo dei sindacati nell'ambito delle operazioni di *mass lay-off*, è dimostrato altresì dalla circostanza per cui nel progetto di Regolamento sia eliminata la possibilità di operare una riduzione di personale mediante la sottoscrizione di una serie di risoluzioni consensuali. Attualmente, infatti, l'impresa può evitare tutta la procedura di cui all'art. 41 semplicemente tramite la risoluzione consensuale del rapporto di lavoro con una pluralità di dipendenti che, magari dietro la corresponsione di un incentivo all'esodo, siano disposti ad accettarla. In tal modo, l'operazione fuoriesce dall'ambito applicativo dell'art. 41, con la conseguenza che l'impresa non ha alcun onere di confronto né con la *Labor Union* né, soprattutto, con gli Organi Amministrativi, viceversa legittimati ad effettuare dei controlli sull'operazione. Il progetto di Regolamento, invece, all'art. 18 elimina la fattibilità di questa opzione, in quanto prevede che l'art. 41 della *Employment Contract Law*, con tutti i suoi oneri procedurali, debba trovare applicazione *anche* quando l'estinzione del rapporto di lavoro con un numero di dipendenti maggiore a 20 (o superiore al 10% della forza lavoro dell'impresa) avvenga mediante accordi di risoluzione consensuale. Anche in caso di “risoluzione consensuale multipla”, pertanto, il datore di lavoro dovrà procedere al coinvolgimento della *Labor Union* prima e del Dipartimento Amministrativo del Lavoro poi, pena una sanzione pecuniaria di importo fino a 20,000 RMB.

(3) coloro nella cui famiglia non vi siano altre persone che abbiano un impiego o che mantengano un anziano o un minore⁵⁰³.

Anche in Cina, in caso di licenziamento collettivo per riduzione di personale, la legge pone dei criteri con i quali guidare la scelta dei lavoratori da mantenere in organico. Sebbene spesso si parli, comunemente, di criteri di scelta “dei lavoratori da licenziare”, in realtà le indicazioni legislative attengono all’individuazione dei dipendenti cui dare priorità nel mantenimento del posto di lavoro. La prima differenza che emerge da un confronto tra l’art. 41 della *Employment Contract Law* e l’omologa norma italiana (art. 5 della legge n. 223/1991) concerne la mancanza nella prima, a differenza che nella seconda, di un rinvio ai criteri individuati dai contratti collettivi, anche aziendali.

In Italia, infatti, l’art. 5 prevede una compresenza tra criteri di natura legale e criteri di origine contrattuale, ai quali viene data precedenza, posto che “*l’individuazione dei lavoratori da licenziare deve avvenire, in relazione alle esigenze tecnico produttive ed organizzative del complesso aziendale, nel rispetto dei criteri previsti da contratti collettivi stipulati con i sindacati di cui all’art. 4, comma 2, ovvero, [solo, n.d.s.] in mancanza di questi contratti, nel rispetto dei seguenti criteri in concorso tra loro [...]*”.

Anche in tale ambito, quindi, la legge cinese omette di riconoscere alle associazioni sindacali il significativo margine di intervento che a queste è invece conferito dalla legge italiana, che consente ad esse di prevedere altri indici di natura personale di cui tener conto nella selezione del personale da mantenere alle dipendenze dell’azienda⁵⁰⁴.

Per quanto riguarda i criteri legali di selezione del personale previsti, nell’ordinamento italiano, dall’art. 5 della legge n. 223, essi consistono, come noto, nei carichi di famiglia, nell’anzianità di servizio e nelle esigenze tecnico produttive ed organizzative del datore di lavoro⁵⁰⁵.

Per quanto riguarda il controverso problema concernente il doppio richiamo, da parte di tale disposizione, al profilo relativo alle esigenze aziendali, si è ormai chiarito che mentre il primo consente di delimitare l’ambito di riferimento entro cui deve essere operata la scelta dei lavoratori da licenziare (per esempio, tutti gli appartenenti ad un determinato ramo produttivo), che altrimenti dovrebbe investire l’intera azienda, il secondo richiamo ha come scopo, una volta che sia stato

503 Si segnala che il progetto di Regolamento Ministeriale del dicembre 2014 contiene la proposta di inserire, tra i criteri di scelta legali per la selezione del personale avente una posizione di priorità nella conservazione del posto, anche quello relativo ai “*family dependants of martyrs, former soldiers and other persons established by laws and administrative regulations*”.

504 Un esempio di criterio di scelta di origine convenzionale giudicato favorevolmente dalla giurisprudenza può essere ravvisato nel possesso dei requisiti pensionistici, giudicato (cfr. Corte di Cass., 1 marzo 2013, n. 5143) un criterio non discriminatorio e razionalmente giustificato in quanto consente di scegliere il lavoratore che subisce il danno minore dal licenziamento potendo sostituire il reddito da lavoro con il reddito pensionistico. In generale, la giurisprudenza pone alle parti, nella previsione di criteri di scelta alternativi a quelli individuati dalla legge, un onere di oggettività, in quanto essi debbono essere previsti in modo da consentire un successivo controllo giudiziale circa la sua applicazione in maniera non discrezionale da parte del datore di lavoro.

505 Peraltro, si deve porre attenzione al fatto che anche norme esterne alla legge sul licenziamento collettivo prevedono – sia pure in maniera, per così dire, indiretta – dei criteri di scelta, posto che introducono divieti di licenziamento previsti a favore di determinate categorie di lavoratori dei quali il datore di lavoro dovrà, naturalmente, tenere conto previamente rispetto all’applicazione dei criteri di scelta convenzionali o legali di cui all’art. 5 della legge n. 223. Si pensi all’art. 10, comma 4, della legge n. 68/1999, che prevede che, in caso di licenziamento collettivo, l’impresa possa bensì includere tra i lavoratori da licenziare anche i dipendenti appartenenti alle c.d. “categorie protette”, ma solo fermo il rispetto del limite numerico individuato dalla medesima legge n. 68, con la conseguenza che il licenziamento del disabile sarà annullabile qualora, nel momento della cessazione del rapporto, il numero dei rimanenti lavoratori occupati obbligatoriamente sia inferiore alla quota di riserva. Ancora, nell’ambito della normativa sulla parità di genere, è inibito all’impresa di licenziare una quota di manodopera femminile superiore alla percentuale della stessa manodopera occupata (art. 6, comma 5 bis, della legge n. 236/1993). Tra tali norme recanti criteri di scelta per così dire “indiretti” occorre infine ricordare che anche in caso di licenziamento collettivo è destinato ad operare il divieto di licenziamento della lavoratrice madre: il recesso di quest’ultima, infatti, è consentito soltanto nei casi di cessazione dell’attività aziendale, con conseguente licenziamento della totalità dei dipendenti impiegati (art. 54 del d. lgs. n. 151/2001).

determinato il campo di applicazione, quello di indicare uno dei criteri che può condurre alla scelta del singolo licenziando in assenza di accordo. Così, qualora il programma di ristrutturazione aziendale che renda necessario il progetto di riduzione del personale si riferisca in modo esclusivo ad una unità produttiva o ad uno specifico settore dell'azienda, la comparazione dei lavoratori non deve necessariamente interessare l'intera azienda, ma potrà prendere a riferimento la sola unità produttiva interessata⁵⁰⁶.

Rispetto alla norma italiana, l'art. 41 della *Employment Contract Law* si distingue innanzitutto, invece, proprio per il mancato riferimento a criteri di fonte extra-legale: non è così consentito alle parti sociali di individuare criteri alternativi da consacrare nei contratti collettivi, né al datore di lavoro e alla *Labor Union* di volta in volta durante la procedura sopra descritta, di effettuare la selezione dei lavoratori da mantenere in organico sulla base della valutazione di caratteristiche di natura oggettiva (possesso di determinate professionalità) o soggettiva (maggiore o minore vicinanza al raggiungimento dell'età pensionabile; inserimento in nuclei familiari in cui siano presenti disabili necessitanti di forme particolari di assistenza, etc.) differenti da quelli stabiliti dalla disposizione in esame.

La seconda differenza è che l'art. 41 pone l'attenzione a condizioni di natura esclusivamente soggettiva.

Nella norma, infatti, è omissivo il riferimento a criteri oggettivi che permettano di tenere in considerazione esigenze aziendali, ma l'attenzione del datore di lavoro viene posta esclusivamente sulla situazione contrattuale e su quella personale e familiare dei singoli addetti.

Peraltro, si noti che il principale fattore distintivo consiste nella stipulazione di un contratto a termine piuttosto che in un contratto a tempo indeterminato.

L'art. 41, infatti, dà priorità, nell'interesse alla conservazione del posto, ai **lavoratori inquadrati a tempo determinato**, categoria nella quale un ulteriore sotto-criterio è individuato dall'estensione temporale del periodo di efficacia del contratto di lavoro.

Sul punto, merita di essere segnalato quanto segue.

In primo luogo, non deve sorprendere che venga attribuita una posizione di priorità ai lavoratori assunti a termine. A ben vedere, tale valutazione da parte del legislatore cinese coincide con quella invalsa in Italia, posto che la legge n. 223/1991 si occupa del licenziamento collettivo degli addetti inquadrati con contratto a tempo indeterminato proprio sul presupposto, implicito, costituito dal principio per cui il rapporto di lavoro a termine non può essere estinto *ante tempus* per motivazioni diverse dalla giusta causa. Così, come il lavoratore assunto con contratto a tempo determinato non potrà essere destinatario di un licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo, lo stesso è a dirsi in caso di sussistenza della necessità di procedere ad una riduzione di personale: evidentemente il datore di lavoro, assumendo quel lavoratore per un determinato periodo temporale, ha assunto su di sé il rischio dell'inutilità sopravvenuta di quel rapporto di lavoro antecedentemente rispetto al termine finale apposto al contratto di lavoro.

La seconda notazione concerne la estrema vaghezza della disposizione in esame, laddove, nell'ambito della categoria dei lavoratori assunti con contratto a tempo determinato, pone un criterio basato sul "*periodo relativamente lungo*"⁵⁰⁷ del rapporto.

Fermo che, dal punto di vista letterale, la norma sembra davvero richiedere l'effettuazione di una sorta di "classifica" dei lavoratori assunti con contratto a tempo determinato sulla base della

506 Così, nel caso contrario, in cui il progetto di ristrutturazione riguardi l'intero complesso aziendale, non può essere ritenuta legittima la scelta di alcuni lavoratori per il solo fatto di essere impiegati nel reparto operativo soppresso o ridotto, quando si siano trascurati gli addetti ad altre realtà organizzative spazialmente contigue a quella soppressa o ridotta (può segnalarsi l'interessante pronuncia del Tribunale di Padova, 8 maggio 2014, in un caso che riguardava una famosa catena di punti di ristorazione che aveva provveduto al licenziamento di tutti i dipendenti addetti alla sede cessata, omettendo di effettuare una valutazione comparativa dei licenziandi che fosse estesa all'intero complesso aziendale, quantomeno nei limiti della contiguità territoriale, attesa la fungibilità delle mansioni svolte in tutte le proprie sedi).

507 Letteralmente, 较长期限, jiào cháng qīxiàn, "scadenza temporale piuttosto lunga".

lunghezza del rapporto⁵⁰⁸, si pone il rilevante problema di comprendere se per l'applicazione di tale criterio debba farsi riferimento alla lunghezza del rapporto di lavoro *tout court*, a partire dal momento della stipulazione del contratto, ovvero alla durata residua del rapporto.

Si pensi, ad esempio, a due lavoratori a termine, A assunto con contratto di dieci anni nel 2008, B assunto con contratto di 4 anni nel 2016, a fronte di un licenziamento collettivo da intimare nel 2017. Quale dei due dovrà essere considerato in posizione prioritaria, A che può vantare un contratto più lungo (10 anni anziché 4), o B che può vantare una durata residua del contratto maggiore rispetto al collega (altri 3 anni rimanenti prima della scadenza anziché un solo anno)?

La lettera della legge fa riferimento solo alla lunghezza del rapporto, non alla durata residua prima della scadenza del medesimo (nel nostro esempio, quindi, sarà A ad avere priorità nella conservazione del posto): evidentemente il legislatore antepone una valutazione premiale legata alla lunghezza del periodo trascorso alle dipendenze del datore di lavoro, piuttosto che alla durata del periodo di residua efficacia del contratto. Si potrebbe pertanto concludere che, implicita nel primo criterio di scelta contemplato dall'art. 41, vi sia anche una valorizzazione dell'elemento consistente nell'anzianità di servizio del lavoratore presso l'impresa.

Altro problema rilevante non riguarda tanto la “competizione” interna alla categoria dei lavoratori assunti a termine – che andrà risolta, per quanto si è detto, sulla base della lunghezza del rapporto – quanto piuttosto di quella tra gli addetti a tempo determinato e quelli assunti con contratto a tempo indeterminato.

L'art. 41, infatti, non privilegia a questi ultimi tutti i lavoratori a termine, ma solo quelli con un periodo di tempo relativamente lungo.

Ora, qual è il criterio con il quale il datore di lavoro dovrà stabilire se il periodo di efficacia di un contratto di lavoro stipulato tra il datore di lavoro e un addetto sia abbastanza lungo da far ritenere prevalente la posizione di tale lavoratore rispetto ai dipendenti a tempo indeterminato?

La questione non è risolvibile dal punto di vista letterale; la giurisprudenza pertanto ricorre all'applicazione del principio di buona fede, che impone di considerare – questa volta sì – la durata del periodo residuo di efficacia del contratto di lavoro, con la conseguenza che la situazione del lavoratore il cui contratto sarebbe destinato a spirare per effetto della scadenza del termine dopo pochi mesi dal licenziamento collettivo, è da ritenere in posizione meno prioritaria rispetto ai lavoratori a tempo indeterminato.

Infine, per quanto riguarda il criterio che impone di privilegiare “*coloro nella cui famiglia non vi siano altre persone che abbiano un impiego o che mantengano un anziano o un minore*”, esso non pone problemi di sorta se non nel suo concorso con gli altri criteri.

Mentre, infatti, i criteri di cui al num. 1) e al num. 2) sono destinati ad operare in via alternativa, dal momento che sono incompatibili (o viene privilegiato il lavoratore a tempo determinato, o quello a tempo indeterminato, non può essere proposta la possibilità di applicazione congiunta di tali due criteri), invece quello relativo alla situazione familiare del dipendente è di natura trasversale e, pertanto, ben si presta ad essere oggetto di una valutazione congiunta insieme agli altri due.

Si noti inoltre come la norma non faccia riferimento, in generale, ai “carichi di famiglia”, ma solo alla presenza, all'interno del nucleo familiare, di anziani o di minori, cioè di soggetti non autosufficienti. Sorprende la mancanza, all'interno di questo criterio, della valorizzazione, ai fini della graduatoria, dell'eventuale presenza di persone disabili, anch'esse non autosufficienti.

Se questi sono i criteri utilizzati dall'art. 41, si noti come i lavoratori che si trovino in una di tali categorie selezionate dalla legge vantino una posizione giuridica soggettiva di vantaggio rispetto agli altri, senza tuttavia che essi possano essere definiti titolari di un diritto soggettivo alla conservazione del posto.

Precisamente, la norma parla di “*posizione di priorità*”⁵⁰⁹ rispetto ai colleghi che non siano in possesso dei requisiti segnalati; trattasi di un termine utilizzato dal legislatore in senso a-tecnico che

508 Il vocabolo 较, jiào, infatti, è quello utilizzato anche per rendere il grado comparativo dell'aggettivo: ne risulta che prioritaria è la posizione dell'addetto per il quale il contratto preveda la durata più lunga del rapporto.

comporta, pertanto, la difficoltà di comprendere la sorte della riduzione di personale posta in essere in violazione dei criteri indicati.

3.4.5 Il diritto di precedenza

“Se l’unità produttiva intende assumere nuovi dipendenti entro sei mesi dall’effettuazione di una riduzione di personale ai sensi del primo comma del presente Articolo, deve notificare tale intenzione ai lavoratori licenziati e deve dar loro priorità di assunzione ad eguali condizioni”.

Anche all’interno dell’ordinamento cinese il legislatore ha predisposto il diritto di precedenza quale misura di sostegno a favore dei lavoratori licenziati a seguito di una procedura di riduzione di personale.

Tale diritto sorge, peraltro, solo in caso di licenziamento collettivo, mentre in Italia opera, oltre ad una norma omologa (rappresentata dall’art. 15, comma 6, della legge n. 264 del 1949), anche una norma che lo prevede pure in relazione al licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo.

A parte tale differenza, tra la norma italiana e quella cinese è possibile tracciare un chiaro parallelismo, posto che entrambe circoscrivono il diritto di precedenza all’arco temporale di sei mesi successivi all’estinzione del rapporto di lavoro.

Nell’impossibilità di affermare l’esecuzione coattiva del diritto in parola per l’eventualità della sua violazione (a causa dell’assunzione, da parte del datore di lavoro, di un nuovo dipendente che in precedenza non faceva parte del suo organico), la *Employment Contract Law*, all’art. 81, pone anche in questo caso – così come per la mancata ottemperanza all’ordine di reintegrazione o alla condanna di pagamento dell’indennità economica conseguenti dall’accertamento dell’illegittimità del licenziamento⁵¹⁰) una misura di coazione indiretta dell’obbligo datoriale mediante la sua condanna al pagamento di una somma pecuniaria.

509 优先, yōuxiān, lett. “priorità”; il termine deriva dall’unione di due caratteri che indicano entrambi una posizione di superiorità (优 indica è aggettivo e significa “superiore”, mentre 先 è avverbio e vuol dire “prima”, “in prima istanza”).

Il sostantivo “diritto” quale posizione giuridica soggettiva in senso tecnico è resa invece dal termine 权利, quánlì.

510 Cfr. Capitolo Quinto.

Capitolo Quarto

Divieti di licenziamento e cause di estensione del contratto di lavoro

Sommario:

4.1 I divieti di licenziamento: premessa. Questioni sul licenziamento discriminatorio

4.1.1 il rischio di insorgenza di una malattia professionale;

4.1.2 l'inedoneità fisica a seguito di malattia o di infortunio professionale;

4.1.3 l'interdizione del potere di recesso prima del superamento del periodo di comporto in caso di malattia o un infortunio non professionali;

4.1.4 il divieto di licenziamento della lavoratrice durante il periodo di gravidanza, di puerperio o di allattamento;

4.1.5 il divieto di licenziamento del lavoratore che "si trova alle dipendenze del datore di lavoro da almeno 15 anni consecutivi e gli mancano meno di 5 anni al raggiungimento dell'età pensionabile".

4.2 Una tutela aggiuntiva: l'estensione del contratto di lavoro a tempo determinato nelle ipotesi di divieto di licenziamento

* * *

4.1 I divieti di licenziamento: premessa. Questioni sul licenziamento discriminatorio

Dopo avere analizzato, nel Capitolo precedente, quali siano le ragioni che consentano al datore di lavoro di estinguere unilateralmente il rapporto di lavoro, è necessario prendere ora in considerazione le ipotesi nelle quali il licenziamento del dipendente sia viceversa inibito al datore di lavoro.

Le fattispecie di divieto di licenziamento che si stanno per analizzare sono tassative e caratterizzate dalla presenza di una particolare condizione soggettiva del lavoratore, ritenuta idonea dalla legge a renderlo meritevole di un rilievo superiore rispetto a qualsiasi ragione che il datore di lavoro possa al contrario addurre per estinguere il rapporto.

In questa materia, una volta tanto, è la legislazione cinese a sembrare più organica ed omogenea rispetto a quella italiana.

Nel nostro ordinamento, infatti, le particolari ipotesi di divieto di porre in essere un valido licenziamento sono rinvenibili in una serie frastagliata di varie leggi speciali, e trovano unificazione soltanto nelle disposizioni che pongono la disciplina delle conseguenze sanzionatorie previste per il caso di licenziamento illegittimo.

Nella normativa cinese, invece, esiste una disposizione generale che contiene ed enumera tutte le varie ipotesi in cui il recesso datoriale è vietato: trattasi dell'**art. 42** della *Employment Contract Law*, la cui disciplina è integrata dall'art. 45 che prevede una particolare forma di tutela a favore dei lavoratori a tempo determinato che si trovino in una delle medesime fattispecie previste dall'art. 42. Ma procediamo con ordine nel nostro consueto confronto tra i due ordinamenti.

Nell'ordinamento italiano, come accennato, esistono varie ipotesi normative recanti il divieto per il datore di lavoro di licenziare un proprio dipendente. Tali ipotesi, tuttavia, non sono contemplate in un'unica disposizione – neanche, come ci si potrebbe aspettare, all'interno della legge n. 604/1966 che, pur regolando i casi in cui è consentito il licenziamento individuale, tuttavia non prevede al contrario alcuna ipotesi di espresso divieto di farlo in essere –, ma si trovano all'interno di leggi speciali. Manca cioè, da parte del legislatore italiano, un'opera di unificazione in un'unica norma di tutti i casi di divieto di licenziamento.

Soltanto nel 2012, al momento di mettere mano ad una riforma dell'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori, il legislatore ha introdotto una disposizione che elenca tali casi. Ma l'opera di unificazione del legislatore è stata parziale.

Come noto, il nuovo art. 18 St. Lav., come modificato dalla riforma Fornero del 2012, contempla quattro distinti livelli di tutela in caso di licenziamento intimato *contra legem*. Il primo di questi livelli di tutela coinvolge – oltre al licenziamento orale⁵¹¹ – proprio la categoria del *licenziamento nullo*, sanzionandolo con la tutela reintegratoria piena, consistente nella reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro unicamente alla condanna del datore di lavoro a corrispondere a questi le retribuzioni perdute per effetto del recesso e alla ricostruzione della sua posizione previdenziale.

Nel predisporre, per il caso di nullità del licenziamento, questa tutela particolarmente incisiva, il legislatore ha avvertito la necessità di individuare le ipotesi che essa intende coprire, con una finalità quasi di natura didascalica ed ordinatoria. La legge n. 92/2012, riformando l'art. 18 St. Lav., avrebbe infatti potuto prevedere l'applicazione del primo dei quattro livelli di tutela in cui è stata frammentata la “vecchia” tutela reale per tutti i casi in cui il licenziamento è da considerare nullo, o anche per tutti i casi in cui vi è una disposizione di legge che vieta al datore di lavoro di estinguere il rapporto. Invece di procedere in questo modo, operando un'individuazione *per relationem* dell'ambito di applicazione della nuova tutela reintegratoria forte, il legislatore ha invece, come detto, preferito individuare espressamente quali siano i casi di licenziamento nullo perchè disposto in violazione di un divieto posto dalla legge, richiamando a tal proposito le varie disposizioni normative vigenti che, per l'appunto, vietano al datore di lavoro di licenziare un proprio dipendente. Così, dispone il comma 1 dell'art. 18, nella versione *post* legge Fornero, che il giudice debba condannare il datore di lavoro alla sanzione reintegratoria qualora accerti che il licenziamento sia nullo “*perché discriminatorio ai sensi dell'articolo 3 della legge 11 maggio 1990, n. 108, ovvero intimato in concomitanza col matrimonio ai sensi dell'articolo 35 del decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198, o in violazione dei divieti di licenziamento di cui all'articolo 54, commi 1, 6, 7 e 9, del decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151, ovvero perché riconducibile ad altri casi di nullità previsti dalla legge o determinato da un motivo illecito determinante ai sensi dell'articolo 1345 del codice civile*”.

Quest'opera di unificazione del legislatore del 2012, tuttavia, è stata parziale, in quanto residua un rinvio ad “*altri casi di nullità previsti dalla legge*”: evidentemente il legislatore ha voluto impedire che, nella pur esistente tassatività dei motivi di nullità del licenziamento, potesse rimanere fuori dall'area della tutela reintegratoria un'ipotesi che invece avrebbe dovuto esservi inserita, per esempio per effetto di una sopravvenuta previsione interdittiva da parte del legislatore. Così, il testo della disposizione citata assicura che, nel caso in cui un'eventuale riforma successiva introduca una nuova ipotesi impeditiva del potere di licenziare, sia garantita anche a quest'ultima ipotesi l'applicazione della tutela reintegratoria forte.

L'opzione metodologica del legislatore del 2012 è stata seguita anche dal legislatore delegato del *Jobs Act*.

511 Il quale, tuttavia, viene letteralmente definito “*inefficace*” dall'ultimo capoverso della disposizione in esame, sebbene gli effetti dell'inefficacia dal punto di vista delle conseguenze del recesso siano i medesimi di quelli della nullità, sussistendo una piena parificazione, quanto a trattamento sanzionatorio, tra le fattispecie di licenziamento nullo e la fattispecie rappresentata dal licenziamento orale (tanto nella disciplina dei primi 3 commi dell'art. 18 St. Lav., quanto in quella dell'art. 2 del d. lgs. n. 23/2015).

Infatti, anche il *corpus* normativo che, in ottemperanza alla legge delega n. 183/2014 di riforma del mercato del lavoro, ha posto in essere un riassetto dell'insieme di tutela previsto a favore dei lavoratori assunti a partire dal 7 marzo 2015 – le famose tutele crescenti caratterizzanti il “nuovo” contratto a tempo indeterminato⁵¹² – ovvero il d. lgs. n. 23/2015, prevede la incisiva sanzione reintegratoria piena a carico del datore di lavoro che abbia irrogato un licenziamento in uno dei casi vietati dalla legge (art. 2).

Ma l'individuazione delle ipotesi così individuate non coincide perfettamente con quella effettuata dall'art. 18 St. Lav.

Dispone infatti l'art. 2 del d. lgs. n. 23/2015 (rubricato “*licenziamento discriminatorio, nullo e intimato in forma orale*”) che la tutela reintegratoria piena si applichi qualora il giudice accerti che il licenziamento impugnato sia nullo “*perché discriminatorio a norma dell'articolo 15 [dello Statuto dei Lavoratori], ovvero perché riconducibile agli altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge*”, mentre il comma 4 del medesimo art. 2 estende la medesima disciplina anche alle “*ipotesi in cui il giudice accerta il difetto di giustificazione per motivo consistente nella disabilità fisica o psichica del lavoratore, anche ai sensi degli articoli 4, comma 4, e 10, comma 3, della legge 12 marzo 1999, n. 68*”.

Le ipotesi di nullità del licenziamento, individuate dalle norme sopra riportate, possono quindi essere ritenute le medesime nell'ambito tanto dell'art. 18, comma 1, St. Lav., quanto dell'art. 2 del d.lgs. n. 23/2015, e sono le seguenti:

➤ **licenziamento discriminatorio.**

A tal proposito, la giurisprudenza della Corte di Cassazione – sulla scia del costante orientamento della Corte di Giustizia dell'Unione Europea⁵¹³ – è concorde nello specificare come il licenziamento possa essere considerato discriminatorio solo se viene intimato per uno dei fattori indicati tassativamente dalla legge⁵¹⁴, mentre ogni altra differenza per ragioni atipiche, anche se arbitrarie, non costituisce discriminazione in senso tecnico.

Naturalmente, l'onere della prova della discriminazione grava sul lavoratore, salve le agevolazioni probatorie e la possibilità del ricorso a valutazioni di natura statistica, previste specificamente in alcuni settori normativi.

➤ **Licenziamento contiguo al matrimonio**, intimato, cioè, nel periodo che va dalla richiesta di pubblicazioni del matrimonio sino ad un anno dopo la celebrazione dello stesso, ai sensi dell'art. articolo 35 del c.d. Codice delle pari opportunità tra uomo e donna (d. lgs. n. 198/2006)⁵¹⁵.

512 In realtà, come noto, il contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti non costituisce una nuova tipologia contrattuale, essendo viceversa un ordinario contratto di lavoro a tempo indeterminato, la cui unica peculiarità consiste nel regime di riparazione conseguente all'accertamento dell'illegittimità del licenziamento, regime che non è regolamentato più dall'art. 18 St. Lav., ma dalle disposizioni del d. lgs. n. 23/2015.

513 Che ha costantemente affermato che i fattori suscettibili di venire in considerazione per poter ritenere il licenziamento discriminatorio sono solo quelli indicati dal diritto positivo, che debbono essere ritenuti tassativi. Ne deriva che il licenziamento intimato a causa di un fattore diverso da questi non può essere accertato come discriminatorio; si può citare la recente pronuncia della Corte di Giustizia UE 18 dicembre 2014, n. C-354/13, Fag og Arbejde (FOA), che ha affermato la mancanza di discriminatorietà in un recesso datoriale determinato dall'obesità del lavoratore – a tal proposito, sia consentito rinviare a G. De Luca, *La Corte di Giustizia dell'Unione Europea prende posizione: non è discriminatorio il licenziamento a causa dell'obesità*, in *Lav. giur.*, 2016, 2, 139 ss.;

514 La non perfetta coincidenza tra la lettera dell'art. 18, comma 1, St. Lav. e il testo dell'art. 2 del d. lgs. n. 23/2015 appare da stemperare, come efficacemente spiegato da E. Pasqualetto, *Il licenziamento discriminatorio e nullo nel 'passaggio' dall'art. 8 St. Lav. all'art. 2, d. lgs. n. 23/2015*, in F. Carinci – C. Cester (a cura di), *Il licenziamento all'indomani del d.lgs. n. 23/2015, Adapt Labour Studies* n. 46/2015.

515 Peraltro, nonostante la lettera della disposizione indichi quale destinataria della tutela soltanto la lavoratrice madre, impiegando linguisticamente il genere femminile, deve darsi atto della sentenza di Trib. Milano, 3 giugno 2014, la quale ha esteso la tutela anche al coniuge di sesso maschile. Tale estensione è resa necessaria, secondo l'estensore, tanto dall'opportunità di evitare il fenomeno delle “discriminazioni alla rovescia”, quanto alla luce della crescente tutela che l'ordinamento (e in particolare proprio il d. lgs. n. 151/2001) pone a favore (anche) del padre lavoratore: se la *ratio* della previsione della nullità del licenziamento della lavoratrice nel periodo di contiguità del matrimonio è da ravvisare

- **Licenziamento nel periodo di interdizione per maternità** (dal momento del concepimento sino ad un anno di età del bambino, *ex art. 54 del c.d. Testo Unico sulla maternità*).

Tale divieto di licenziamento, che opera oggettivamente – cioè a prescindere dalla conoscenza che la donna o il datore di lavoro avessero dello stato di gravidanza al momento dell'intimazione del recesso – nel periodo ricompreso tra l'inizio dell'astensione ed il compimento di un anno di età del bambino si applica anche al padre lavoratore che si astenga dal lavoro nei primi tre mesi dalla nascita del figlio in mancanza della madre per morte, grave infermità, abbandono, affidamento esclusivo al padre (comma 7 dell'art. 54).

Come precedentemente anticipato, il divieto in esame subisce delle eccezioni, di natura, tuttavia, più apparente che reale.

Ai sensi del comma 3 dell'art. 54, infatti, l'incisiva tutela in parola non opera nei seguenti casi:

- a) colpa grave della lavoratrice, costituente giusta causa per la risoluzione del rapporto di lavoro;
- b) cessazione dell'attività dell'azienda cui essa è addetta;
- c) ultimazione della prestazione per la quale la lavoratrice è stata assunta o di risoluzione del rapporto di lavoro per la scadenza del termine – a ben vedere questa ipotesi tecnicamente non costituisce neanche un licenziamento, in quanto l'estinzione del rapporto di lavoro non dipende da un atto negoziale del datore di lavoro ma dal venir meno, in modo automatico, dell'efficacia del contratto per effetto dell'applicazione di una clausola apposta allo stesso.

Vedremo come proprio sotto questo punto di vista l'ordinamento cinese ponga una tutela molto più incisiva a favore della lavoratrice madre inquadrata a tempo determinato il cui contratto scada proprio durante il periodo di interdizione del potere di licenziamento;

- d) esito negativo della prova.

Il recesso durante il periodo di prova è configurato come una delle residue e tassative ipotesi di licenziamento *ad nutum* ancora previste dal nostro ordinamento, e come tale viene considerato anche relativamente alla lavoratrice madre – resta salvo naturalmente, e la disposizione in esame lo afferma espressamente, il divieto di discriminazione, nel senso che la lavoratrice che abbia subito il recesso durante o al termine del periodo di prova può dimostrare che tale recesso, formalmente dipendente da un esito negativo dell'esperimento lavorativo, in realtà è da ricollegare alla sua maternità.

- **Licenziamento per motivo illecito determinante**, come ad esempio il licenziamento per ritorsione. Il motivo illecito, per colorare di nullità il recesso, deve altresì essere unico, con la conseguenza che non potrà ritenersi tale un licenziamento che, pur ritorsivo, sia comunque sorretto dall'esistenza di una valida ragione giustificatrice⁵¹⁶.
- **Licenziamento da considerarsi nullo per violazione di norma di legge** (ad es. intimato prima del trasferimento d'azienda seguito dall'immediata riassunzione del lavoratore licenziato da parte dell'acquirente, in frode alle garanzie di cui all'art. 2112 cod. civ.).

La possibilità di ritenere applicabile la tutela reintegratoria – per i lavoratori rientranti nel campo di applicazione del d. lgs. n. 23/2015 – anche nei casi di nullità “virtuale”, tra i quali quelli di frode alla legge, è stata discussa in quanto il decreto sulle tutele crescenti menziona i soli casi di nullità “*espressamente previsti dalla legge*”, mentre la c.d. nullità *virtuale* per definizione opera proprio a prescindere dall'espressa qualificazione come tale da parte di un'espressa disposizione di legge. Pertanto, aderendo ad un'interpretazione strettamente letterale, si potrebbe giungere alla

nell'esigenza di scongiurare che il datore di lavoro sia indotto a recedere dal rapporto per “timore” di una successiva fruizione, da parte della medesima, del congedo di maternità e degli altri diritti previsti dalla legge in caso di maternità (tutti i vari tipi di congedo, pause per l'allattamento, stabilità del posto di lavoro al rientro dal congedo, etc.), emerge la possibilità che l'estensione di tali diritti anche al padre lavoratore renda meritevole quest'ultimo dei medesimi strumenti di tutela accordati alla donna.

516 In termini, A. Vallebona, *Istituzioni di diritto del lavoro. II. Il rapporto di lavoro*, cit., 514-515, *passim*: “il motivo illecito rileva solo se è l'unico determinante, sicché il licenziamento è, comunque, valido se è giustificato, a prescindere dall'eventuale concorso di un motivo illecito”, con la conseguenza che “l'accertata giustificazione del licenziamento ne esclude per definizione il motivo illecito”.

conclusione che i casi solitamente ricondotti alla categoria della nullità virtuale (tipica l'ipotesi del citato art. 2112 c.c.) non possano più essere ricondotti all'interno della tutela reintegratoria, proprio in quanto essi non sono confortati dall'esistenza di una specifica norma che espressamente definisca nullo, riguardo ad esse, il licenziamento.

È stato sottolineato, tuttavia, che tale conclusione non meriti di essere condivisa, e che queste fattispecie tutt'ora siano suscettibili di condurre alla tutela reintegratoria, come già succede per i lavoratori cui si applica l'art. 18 St. Lav.⁵¹⁷

➤ **Licenziamento orale.**

Esso costituisce una fattispecie di licenziamento che viene espressamente definito, dal comma 1 dell'art. 18, come "inefficace", ma può essere facilmente ricompreso all'interno della categoria della nullità, alla luce della parificazione totale che la medesima disposizione fa discendere dall'uno piuttosto che da una qualsiasi delle ipotesi di nullità del recesso sopra ricordate.

Come detto, in tutti questi casi la tutela accordata dal legislatore consiste – a prescindere dalle dimensioni dell'organico del proprio datore di lavoro ed indipendentemente dalla data di assunzione del lavoratore – nella reintegrazione in servizio, congiuntamente al risarcimento del danno parametrato alle retribuzioni perdute dal giorno del licenziamento a quello dell'effettiva reintegrazione (con il minimo di cinque mensilità), oltre all'integrale ricostruzione del periodo contributivo.

Rimane altresì, in capo al solo lavoratore, la possibilità di chiedere l'indennità sostitutiva della reintegrazione, come noto quantificata in quindici mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto e, per i lavoratori rientranti nell'ambito di applicazione del decreto sul contratto a tutela crescenti, dell'ultima retribuzione utile per il calcolo del trattamento di fine rapporto.

La disciplina della nullità del licenziamento all'interno dell'ordinamento cinese è stata costruita, nelle intenzioni del legislatore, in modo più organico rispetto alla corrispondente disciplina italiana, prevedendo la stessa *Employment Contract Law* una disposizione in cui sono previste, in generale, tutte le ipotesi in cui l'irrogazione del licenziamento è interdetta.

Si tratta dell'**art. 42**, il quale recita come segue.

“An employer shall not dissolve the labor contract under Articles 40 and 41 of this Law if any of its employee:

- (1) is engaged in operations exposing him to occupational disease hazards and has not undergone an occupational health check-up before he leaves his position, or is suspected of having an occupational disease and is under diagnosis or medical observation;*
- (2) has been confirmed as having lost or partially lost his capacity to work due to an occupational disease or a work-related injury during his employment with the employer;*
- (3) has contracted an illness or sustained a non work-related injury and the proscribed time period of medical treatment has not expired;*
- (4) is a female who is in her pregnancy, confinement, or nursing period;*
- (5) has been working for the employer continuously for not less than 15 years and is less than 5 years away from his legal retirement age; or*
- (6) finds himself in other circumstances under which an employer shall not dissolve the labor contract as proscribed in laws or administrative regulations”.*

Si noti come anche tale disposizione, come la omologa italiana, opera un finale rinvio ad altre norme di diritto positivo che impediscano al datore di lavoro di porre in essere un valido licenziamento, mediante la consueta clausola di chiusura inserita alla fine della stessa.

517 Cfr. E. Pasqualetto, “Il licenziamento discriminatorio e nullo nel ‘passaggio’ dall’art. 8 St. Lav. all’art. 2, d. lgs. n. 23/2015”, cit.

Tra queste ipotesi, bisogna verificare se esista quella, di importanza fondamentale, relativa al divieto di porre in essere un **licenziamento discriminatorio** nei confronti del lavoratore.

In altre parole, è necessario rispondere alle seguenti domande: in Cina è vietato il licenziamento discriminatorio? E nel caso, quali sono i fattori di discriminazione vietati? Trattasi di questione la cui importanza emerge dal fatto che l'art. 42 testé riportato non prevede il divieto di licenziamento discriminatorio, con la conseguenza che la possibilità di ritenere nullo il recesso motivato da motivi di discriminatorietà deve giocoforza passare attraverso il rinvio operato dalla norma di chiusura di cui al num. 6) dello stesso art. 42 verso altre più specifiche disposizioni che inibiscano al datore di lavoro di risolvere il rapporto.

I divieti di discriminazione vigenti all'interno dell'ordinamento cinese

La protezione generale della *Labor Law*

Preliminarmente, a tal proposito ci si deve chiedere se esista, all'interno della legislazione giuslavoristica cinese, una disposizione che vieti il licenziamento discriminatorio del lavoratore, cioè un licenziamento la cui ragione sia da individuare esclusivamente in uno stato personale e soggettivo (e in ogni caso non rilevante ai fini dell'impiego) del medesimo.

Ebbene, giova chiarire sin da subito che una disposizione di tal genere non esiste con specifico riguardo al licenziamento.

Nessuna norma cinese, infatti, vieta espressamente di licenziare un dipendente in virtù di determinate sue condizioni personali.

Il divieto di porre in essere atti discriminatori sul luogo di lavoro, cioè di trattare in modo deteriore uno o più dipendenti a causa di condizioni soggettive facenti capo a questi, è affermato in via generale con riferimento alla gestione dell'intero rapporto di lavoro, senza concernere in maniera specifica il solo negozio giuridico "licenziamento".

Dispone infatti l'art. 12 della *Labor Law* che i lavoratori, "*regardless of their ethnic group, race, sex, or religious belief, shall not be discriminated against in employment*"⁵¹⁸: questo costituisce senza dubbio il principio base in materia: **il divieto di discriminazioni**, pertanto, **assurge al rango di divieto generale**⁵¹⁹.

E' evidente la possibilità di effettuare un parallelismo tra l'art. 12 della *Labor Law* e l'art. 15 dello Statuto dei Lavoratori italiano, che tutela il lavoratore da qualsiasi atto o fatto commesso dal datore di lavoro che si risolva in una discriminazione nei suoi confronti per motivi legati alla sua affiliazione o attività sindacale, ovvero a causa di una sua partecipazione ad uno sciopero, ovvero ancora per ragioni di natura politica, religiosa, razziale, di lingua o di sesso, di handicap, di età o basata sull'orientamento sessuale o sulle convinzioni personali del dipendente.

518 劳动者就业, 不因民族, 种族, 性别, 宗教信仰不同而受歧视, láodòngzhě jiùyè, bù yīn mínzú, zhōngzú, xìngbié, zhōnjiào xinyǎng bùtóng ér shòu qíshì: "il lavoratore non [può], a causa della [appartenenza ad una] minoranza, della razza, del genere, delle credenze religiose differenti subire discriminazione", laddove il vocabolo che indica la "discriminazione" è portatore, anche in cinese, di un intimo significato negativo, visto che significa anche "trattare male".

519 Sul difetto di *enforcement* che il complesso normativo avente finalità anti-discriminatoria incontra da parte delle Corti, il quale sarà sottolineato nel corso della trattazione con riferimento ai singoli fattori di discriminazione vietati, si può citare quanto affermato da Li Kungang, *Practice and problems: the Fixed-term Employment Contract in China*, in R. Blanpain – H. Nakakubo – T. Araki (a cura di), *Regulation of Fixed-term Employment Contracts: A Comparative Overview*, 2010, *Kluwer Law International BV*, 133: "*the anti-discrimination law is not adequate and there is no sound anti-discrimination system in China, although Labor Law of China stipulates that employees shall not be discriminated against in employment, regardless of their ethnic community, race, or religious belief (Article 12). Furthermore, Employment Promotion Law adds sex discrimination is prohibited (Article 3). But the problem is that even if the discrimination is proven, the damage compensation fee that the applicant could get is very limited in China. For example [in un caso giudiziario del 2008, n.d.s.], where the applicant was proven to have been discriminated in health, the applicant was only compensated with 17.572,75 Yuan [circa 2.500 Euro, n.d.s.], plus 2.000 Yuan compensating for pain and suffering caused therein*".

Il parallelismo è duplice:

- entrambe le norme pongono un divieto di discriminazione non solo e non specificamente in relazione al licenziamento, ma avendo riguardo all'intero dispiegarsi del rapporto di lavoro, a partire dal momento successivo al perfezionamento del contratto di assunzione⁵²⁰;
- entrambe circoscrivono i fattori di discriminazione vietati, tutelando così soltanto i soggetti che facciano parte di una delle categorie oggetto di protezione che, nell'ordinamento cinese, sono le seguenti: appartenenza ad un gruppo etnico, razza, sesso, credenze religiose.

La tutela anti-discriminatoria apportata da leggi più specifiche.

Accanto alla norma di principio dell'art. 12 della *Labor Law*, è poi possibile rinvenire altre disposizioni anti-discriminatorie di natura ed oggetto più specifici, collocate all'interno di leggi diverse, ciascuna delle quali avente un campo di applicazione, e un corrispettivo oggetto di tutela, ben definito, specifico e limitato.

Si tratta, in particolare, di disposizioni contenute all'interno di tre leggi fondamentali: la *Employment Promotion Law of the People's Republic of China*, la *Law on the Protection of Women's Rights and Interests* e la *Law of the People's Republic of China on the Protection of Disabled Persons*. Altre norme legislative o regolamentari più specifiche, comunque, come vedremo, sono state negli anni emanate in relazione a ciascuno dei fattori di discriminazione contemplati dalla *Labor Law*.

Vediamo brevemente in cosa consiste la tutela anti-discriminatoria predisposta da tali provvedimenti legislativi.

La parità di accesso ad una posizione lavorativa.

Per quanto riguarda la *Employment Promotion Law* – entrata in vigore il 1° gennaio 2008 contestualmente alla *Employment Contract Law* –, essa ha come proprio obiettivo la promozione di condizioni di impiego uguali per tutti i soggetti che siano alla ricerca di un posto di lavoro, e pertanto circoscrive la propria tutela a questi ultimi, cioè alla fase che precede la stipulazione di un contratto di lavoro e l'instaurazione di un rapporto di lavoro dipendente⁵²¹.

520 Vedremo poi come il legislatore cinese abbia posto in essere una specifica tutela contro le discriminazioni anche nella fase anteriore all'instaurazione del rapporto di lavoro, mediante le disposizioni della *Employment Promotion Law* che si citeranno.

521 Quanto allo scopo sotteso all'emanazione della *Employment Promotion Law*, esso non si sostanzia esclusivamente nell'impedire pratiche discriminatorie nella fase del *recruitment*. Invero, essa è stata emanata anche all'ulteriore fine di aumentare l'occupazione mediante la creazione di opportunità di lavoro: “*It promotes employment in specified industries and enterprises by providing assistance to employers. It also establishes public employment service organization to assist workers in securing job opportunities, both in rural and urban areas. However, some view this law as merely a politic statement, as it provides few penalties and enforcement mechanisms. [...]. The Employment Promotion Law puts into place broad 'proactive labor policies' to promote employment in the private sector, ease burdens on the unemployed, and promote equal employment in the workplace*” (R. C. Brown, *Understanding Labor and Employment Law in China*, Cambridge University Press, 2010, 66). In altre parole, tale legge è di ampio respiro, e introduce nel mercato del lavoro politiche attive per aumentare l'occupazione nel settore privato, oltre che promuovere pari condizioni di impiego e di rinvenimento di un posto di lavoro. Il principio sotteso è espresso all'art. 2 della legge, ai sensi del quale essa si ispira ai “*principles or workers selecting their own jobs, the market regulating employment and the government promoting employment, and increasing employment through multiple avenues*”. Come è evidente, si tratta di *principles* che non potrebbero situarsi a distanza maggiore rispetto al sistema di totale interventismo statale, di assegnazione a ciascun cittadino di un impiego per tutta la durata della sua vita lavorativa, che era sotteso al sistema del c.d. *iron rice bowl system* (sul quale cfr. Capitolo Introduttivo). Ora lo Stato non rinuncia ad intervenire nel mercato del lavoro, ma lo fa in maniera paragonabile alle politiche attive proprie dei Paesi Occidentali, cioè affiancandosi nella regolazione da parte del mercato tentando di intervenire per creare pari condizioni di accesso all'impiego in tutti i cittadini (mediante previsioni di favore per determinate categorie “protette”) e promuovendo la creazione di agenzie di formazione e di ausilio al rinvenimento di un posto di lavoro per i disoccupati. Per tentare di raggiungere questi scopi, vengono previsti poteri in capo ai governi locali al fine di “*create employment conditions and expand employment through development of the economy and through such measures as adjusting the industrial structure, regulating the humans resources market, improving employment services, strengthening vocational education and training, providing employment assistance, etc.*” (art. 5). Nell'ambito di tali compiti, per esempio, alcuni governi territoriali hanno

Ma non tutela – altro infatti è il suo scopo – coloro che siano già assunti, cioè i lavoratori⁵²².

Tale legge, cioè, stabilisce l'esplicito divieto di porre in essere qualsiasi discriminazione nella fase che precede il ritrovamento di un impiego da parte del soggetto, e cioè una **fase in cui egli si trova in stato di disoccupazione**: e ciò, naturalmente, ha come proprio principale *focus* la fase preassuntiva (art. 3)⁵²³.

In altre parole, con essa il legislatore ha inteso garantire agli aspiranti lavoratori condizioni di accesso ad un impiego il più possibile paritarie ed eque per tutti, a prescindere da condizioni personali di natura soggettiva.

E' interessante notare che la *Employment Promotion Law* tutela tali soggetti alla ricerca di un impiego da ogni discriminazione per una serie di fattori più ampia rispetto a quella elencata dall'art. 12 della *Labor Law*.

Mentre, infatti, l'art. 12 della *Labor Law* vieta ogni discriminazione sul luogo di lavoro dovuta a motivi di genere, di origine etnica, di razza e di credenze religiose, la *Employment Promotion Law* prevede anche specifici divieti di discriminazione basata sulla disabilità o sull'handicap del soggetto e sullo *status* di lavoratore migrante in capo al candidato al posto di lavoro.

Con riferimento a tutte queste ben determinate categorie di soggetti (quelle contemplate dall'art. 12 della *Labor Law* e quelle individuate con la più recente legge del 2008), l'art. 26 della *Employment Promotion Law* vieta qualsiasi “*discriminatory employment practices*”, cioè qualsiasi comportamento, legato alla possibile instaurazione di un rapporto di lavoro, connotato da discriminatorietà.

La *Employment Promotion Law*, tuttavia, come detto, è dedicata espressamente a favorire eguali possibilità di accesso ad un impiego per tutti i soggetti che agiscono nel mercato del lavoro (art. 3, comma 1: “*workers shall be entitled by law to enjoy the right to equal employment and to seek their own employment*”).

Detta legge, così, non ha come obiettivo quello di evitare o reprimere pratiche discriminatorie nei confronti dei soggetti che abbiano già un impiego: a tale obiettivo rispondono o la *Labor Law* o, per i fattori di discriminazione non contemplati in essa, leggi più specifiche.

Peraltro, nei confronti dei soggetti che, attualmente disoccupati, siano alla ricerca del posto di lavoro, il divieto di atti discriminatori riguarda solo i fattori espressamente previsti dagli articoli 3 (origini etniche, razza, genere, credenze religiose) e quelli di cui agli articoli 29, 30 e 31, cioè i fattori relativi rispettivamente all'eventuale handicap, allo stato di salute ed alla provenienza geografica del soggetto che si candida per ottenere un impiego.

Trattasi di fattori che, come rifletteremo più avanti, sono da ritenere tassativi.

Vediamo allora quali sono i fattori di discriminazione sul luogo di lavoro vietati all'interno dell'ordinamento cinese:

a) il **genere**.

Il divieto di porre in essere, già nella fase di *recruitment*, condotte discriminatorie basate sul sesso

introdotto delle normative locali che destinano risorse economiche ad agenzie di servizi per l'impiego, o hanno previsto incentivi economici per le imprese che assumano lavoratori che si siano trovati ad essere disoccupati a seguito di operazioni di riduzione del personale o che assumano lavoratori disabili, e così via.

522 La cui protezione in chiave anti-discriminatoria continua ad essere predisposta – ma per una serie di fattori più circoscritta, come si vedrà – dalla *Labor Law*: “*The 1994 Labor Law's antidiscrimination provisions covered only employees and not applicants. The Employment Promotion Law extends this coverage to include applicants*” (R. C. Brown, *Understanding Labor and Employment Law in China*, cit., 76).

523 Invero prima dell'entrata in vigore della *Employment Promotion Law* tale fine era perseguito dalle *Regulations on Labor Market Management*, emanato dal Ministero delle Risorse Umane e della Sicurezza Sociale nel 2000, il cui art. 11 vietava ogni pratica discriminatoria nella fase pre-assuntiva: “*while hiring a person, the employer shall not refuse to hire or enhance the hiring standard on the basis of gender, nationality, race, or religion, except those provided by state laws concerning unsuitable types of work or positions*”. La *Employment Promotion Law* ha ampliato i fattori di discriminazione vietati da tale Regolamento ministeriale, estendendo il divieto a due fattori ulteriori quali l'affezione da malattie trasmissibili e la condizione di migrante.

del dipendente è implementato dalla *Employment Promotion Law* all'art. 27, il quale al comma 2 prevede che “*with the exception of certain types of work positions designated by the state as unsuitable for women, no employment unit, when recruiting new employees, shall refuse to recruit women by reason of gender or impose higher employment criteria for women*”, e al comma 3, ancora più specificamente, impone l'assoluto divieto di assumere lavoratrici donne sotto la condizione che esse non si sposino o non rimangano incinte. Si vedrà subito oltre nel testo come si stia faticosamente affermando un nuovo orientamento giurisprudenziale di recente formazione nell'ottica di una tutela per le lavoratrici già nella fase pre-assuntiva.

Peraltro, il contenuto dell'art. 27 della *Employment Promotion Law* testè riportato è ricalcato su quello dell'art. 13 della precedente *Labor Law*, che già prevedeva il diritto delle donne ad un accesso al lavoro in condizioni di parità rispetto agli uomini: “*women shall enjoy the equal right, with men, to employment. With the exception of the special types of work or post unsuitable to women as prescribed by the State, no unit may, in employing staff and workers, refuse to employ women by reason of sex or raise the employment standards for women*”.

Per quanto riguarda la tutela delle donne (non già nella mera fase pre-assuntiva, ma estesa anche) in riferimento ad ogni comportamento datoriale posto in essere sul posto di lavoro, bisogna in prima istanza far riferimento alla Costituzione cinese, la quale all'art. 48 afferma che le donne godono degli stessi diritti degli uomini sotto il profilo politico, economico, culturale e sociale, compresa la vita familiare, prevedendo altresì i compiti dello Stato di proteggere i diritti e gli interessi delle donne oltre che di rendere effettivo il principio di parità di retribuzione a parità di mansioni⁵²⁴.

Il principio costituzionale è stato recepito – oltre che nell'art. 13 della *Labor Law*, già citato in precedenza – in un provvedimento legislativo, la *Law on the Protection of Women's Rights and Interests*, entrato in vigore il 3 aprile 1992⁵²⁵ e da ultimo modificato nel 2005, espressamente finalizzato a “*promote the equality between men and women and allow full play to women's role in socialist modernization*” (art. 1), oltrechè ad assicurare che la donna lavoratrice “*shall enjoy equal rights with men in all aspects of political, economic, cultural, social and family life*” e, soprattutto, a scongiurare “*all discrimination against women*” (art. 2).

Tale legge, dopo aver affermato questi principi aventi anche rango costituzionale, introduce alcuni specifici divieti con i quali detti principi vengono declinati in concreto.

In primo luogo l'art. 23 ripete il divieto di prevedere, nelle condizioni di assunzione, clausole recanti qualsiasi restrizione, in capo alla lavoratrice, di sposarsi o di fare figli, nonché il principio per cui il genere del candidato alla posizione lavorativa non può costituire la base della decisione datoriale di non assumere una donna, con l'unica eccezione rappresentata dalle mansioni aventi ad oggetto attività pesanti non adatte ad essere svolte dalle donne⁵²⁶: trattasi di previsioni rinvenibili pure, a livello più generale, nella *Employment Promotion Law*.

524 Appare interessante riportare il famoso monito posto dal Presidente Mao già del 1955, che recita “*Enable every woman who can work to take her place on the labor front under the principle of equal pay for equal work: this should be done as soon as possible*” (R. C. Brown, *Understanding Labor and Employment Law in China*, cit., 79).

525 A breve distanza dalla ratifica, avvenuta nel 1990, da parte del Paese alla Convenzione dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro n. 100 del 1951, la c.d. “*Convenzione sull'uguaglianza di retribuzione tra manodopera maschile e manodopera femminile per un lavoro di uguale valore*”.

526 Tali attività “interdette” sono elencate dalla *Labor Law*, agli articoli 59 (“*It is prohibited to arrange for female staff and workers to engage in work down the pit of mines, or work with Grade IV physical labour intensity as prescribed by the State, or other work forbidden to women*”: è pertanto previsto un rinvio ad altre disposizioni di legge o regolamentari, poste in essere a livello centrale o dai governi e dalle Assemblee locali, che hanno quindi il potere di individuare altre tipologie di lavorazioni interdette alle donne), 60 (“*It is prohibited to arrange for female staff and workers during their menstrual periods to engage in work high above the ground, under low temperature, or in cold water or work with Grade III physical labour intensity as prescribed by the State*”) e 61 (“*It is prohibited to arrange for women workers or staff members during their pregnancy to engage in work with Grade III physical labour intensity as stipulated by the State or other work forbidden to pregnant women. It is prohibited to arrange for women workers or staff members who have been pregnant for seven months or more to work in extended working hours or to work night shifts*”).

La legge in commento fissa poi i seguenti principi:

1. il principio sintetizzabile nella forma “*equal pay for equal work*” (art. 22), in adesione ai principi costituzionali e sovranazionali⁵²⁷ sopra ricordati;
2. il principio di eguaglianza nello svolgimento del rapporto, come per esempio in materia di promozione a mansioni superiori e di valutazione della professionalità (art. 24);
3. la tutela contro le molestie di natura sessuale, che comprende la possibilità per le lavoratrici vittime di molestie sul posto di lavoro di rivolgersi anche al locale Dipartimento Amministrativo del Lavoro e di promuovere un giudizio avanti la Corte per ottenere il risarcimento dei danni subiti⁵²⁸;
1. soprattutto, pone il **divieto**, molto importante per quanto stiamo trattando nel presente capitolo, di ridurre unilateralmente la retribuzione o **di licenziare** una donna per causa di matrimonio⁵²⁹, gravidanza, congedo di maternità o allattamento⁵³⁰ (art. 27).

Nonostante il varo di tale tutela normativa, le diseguaglianze di genere all'interno del mercato del lavoro cinese, purtroppo, persistono.

*Al di là delle già segnalate difficoltà per le donne nel reperire un'occupazione⁵³¹, i più recenti dati statistici dimostrano che il livello retributivo goduto dalle lavoratrici è spesso molto inferiore rispetto a quello riconosciuto a colleghi uomini che svolgano il medesimo lavoro⁵³², e gli strumenti di enforcement previsti dalla *Law on the Protection of Women's Rights and Interests* non vanno oltre la possibilità di denunciare tali pratiche al labor bureau locale e a promuovere un procedimento arbitrale.*

b) La **razza** e l'**etnia**.

Il divieto di trattare in maniera discriminatoria un candidato ad una posizione lavorativa a causa

La medesima *Labor Law* prevede poi altri divieti di adibire le lavoratrici in generale ad ogni attività lavorativa, oppure in particolare a determinate attività ritenute gravose, in determinati periodi nel corso della gravidanza o a seguito della maternità: trattasi naturalmente degli istituti del congedo di maternità, che verranno specificamente analizzati più oltre, in un paragrafo a parte di questo stesso Capitolo, essendo alla base di uno specifico divieto di licenziamento che merita di essere analizzato appositamente.

527 Cfr. Convenzione ILO citata alla nota precedente.

528 Sulle condizioni per ritenere sorrette da giusta causa le dimissioni presentate dalla lavoratrice vittima di molestie sul luogo di lavoro, si rinvia al Capitolo Ottavo.

529 La norma, peraltro, si limita ad affermare il divieto di licenziamento “*because of marriage*”, ma senza specificare il periodo di interdizione del recesso datoriale a seguito delle nozze. Ciò significa, tecnicamente, che è vietato il licenziamento che dipenda eziologicamente dal matrimonio, ma senza l'indicazione di un periodo di tempo in relazione al quale tale dipendenza sia presunta. Così, nel caso di un licenziamento che sia disposto, per esempio, tre mesi dopo il matrimonio della lavoratrice, in assenza di una norma, quale quella italiana, che tuteli la lavoratrice dall'estinzione del rapporto per un ben determinato periodo di tempo successivamente alle nozze, chiaramente la dipendente che ritiene che il licenziamento subito dipenda eziologicamente dalla circostanza del suo matrimonio sarà onerata di provare la derivazione causale tra matrimonio e recesso datoriale: una prova che, sebbene possa essere soddisfatta presuntivamente, può comunque creare difficoltà di natura probatoria.

530 Mentre in questi casi, naturalmente, viene consentito alla lavoratrice di dimettersi: l'art. 27 avverte l'esigenza di esplicitarlo, peraltro senza predisporre un meccanismo con cui assicurarsi circa l'autenticità delle eventuali dimissioni poste in essere dalla lavoratrice durante i periodi nei quali è interdetto il licenziamento nei suoi confronti (come invece fa la legislazione italiana prevedendo il c.d. meccanismo di volontà assistita proprio a questo scopo; cfr. *infra*, Capitolo Ottavo). Il divieto di licenziamento della lavoratrice madre è implementato anche dall'art. 5 delle *Special Rules on the Labor Protection of Female Employees*, entrate in vigore nel 2012, ai sensi del quale “*no employer shall reduce the wages of, dismiss, or rescind the labor or employment contract with a female employee due to pregnancy, childbirth or breast feeding*”.

531 Soprattutto in giovane età, al seguito dell'ottenimento della laurea, per il timore datoriale di un imminente matrimonio e di una prossima gravidanza da parte della lavoratrice. “*It is an open secret in China that female college graduates suffer discrimination from employers when applying for jobs, with the inequality known to almost all college students, including graduate students*”: così X. Zhigang, *Job Hunt a Battl for Female Grads*, in *China Daily*, 3 aprile 2004, http://www.chinadaily.com.cn/english/doc/2004-04-02/content_320244.htm.

532 Cfr. le statistiche citate da R. C. Brown, *Understanding Labor and Employment Law in China*, cit., 79-80.

della sua razza o – il che avviene più di frequente in Cina, data la diffidenza che viene nutrita nei confronti degli appartenenti alle minoranze etniche⁵³³ – all’etnia del soggetto, è previsto dall’art. 28 della *Employment Promotion Law*, il quale prevede che “*employment units, when recruiting new employees, shall treat ethnic workers appropriately in accordance with the law*”.

Il fattore relativo all’etnia è destinato a ricomprendere anche i lavoratori migranti, i quali sono tutelati dall’art. 31 della medesima legge, secondo cui “*rural workers who move to urban areas to seek employment shall enjoy equal labor rights to urban workers and shall not be subjected to discriminatory restrictions*”.

Tale disposizione si è affiancata alla normativa regolamentare già vigente in precedenza rispetto all’entrata in vigore della *Employment Promotion Law*, in particolare alla *Notice on Migrant Workers’ Employment*, regolamento adottato dal Ministero delle Risorse Umane e della Sicurezza Sociale nel 2004, il cui art. 2 mirava a garantire che “*in every field of industry, migrant workers shall enjoy the equal treatment of job qualification requirement with fellow urban resident workers*” e garantiva loro tutti i diritti contemplati dalla *Labor Law* (art. 3).

Invero, la questione relativa alle condizioni di lavoro dei cittadini cinesi migranti dalle zone rurali alle città per rinvenire un impiego è molto attuale, in quanto lo sfruttamento che deve subire tale categoria di lavoratori costituisce la piaga probabilmente maggiore dell’attuale mercato del lavoro cinese⁵³⁴. Purtroppo, v’è da dire che la soluzione è ben difficile dall’essere risolta mediante l’utilizzo degli strumenti normativi, in quanto dipende anche in primo luogo da motivi di natura economica e sociale e in secondo luogo da ragioni di ordine storico e normativo, quale in particolare l’adozione, da parte del governo maoista alla fine degli anni ‘50 del secolo scorso, del **sistema anagrafico dell’*hùkǒu***, il quale, se pure, come si è riconosciuto, apparisse come strumento necessario all’epoca della sua introduzione, ha certamente contribuito a drammatizzare le disuguaglianze tra i residenti nelle grandi città e i lavoratori migranti.

Hùkǒu (戶口) può tradursi come “registrazione di residenza” o, in un’accezione meno letterale, “popolazione”, in riferimento al numero di individui registrati nei censimenti e nei registri fiscali⁵³⁵. L’*hùkǒu* è un sistema di certificazione di residenza della Repubblica Popolare Cinese, che, oltre a registrare l’area di residenza di una persona, include informazioni identificative e dati personali su di essa e, essendo rilasciato per nuclei familiari, è anche utilizzato come registro familiare in diversi ambiti amministrativi. Questo sistema fu istituito durante il regime maoista nel 1958, con lo scopo di distinguere la popolazione cinese rurale da quella urbana e dunque i lavoratori delle Comuni agricole da quelli delle “Unità di Produzione” (*dānwèi*) cittadine, in modo da porre in essere un rigido controllo sugli spostamenti della popolazione, evitando una caotica ed eccessiva urbanizzazione.

Sostanzialmente, l’*hùkǒu* stabilisce differenti diritti per cittadini provenienti da diverse aree geografiche, perchè i programmi di *welfare* sociale in generale sono finanziati a livello locale. In

533 La Cina ha una popolazione relativamente omogenea, in quanto circa il 92% della stessa appartiene all’etnia Han; ma del restante 8% fanno parte più di 106 milioni di persone appartenenti a cinquantacinque minoranze etniche differenti, ciascuna delle quali è perlopiù stanziata nell’ambito di un ristretto territorio. A cadenze regolari emergono nella cronaca episodi di conflitti e di attentati causati dalle minoranze etniche (soprattutto, ai giorni nostri, nella Provincia nord-occidentale del Xinjiang, abitata dalla minoranza etnica degli Huiguri, a religione musulmana, in una situazione di particolare tensione per la sua vicinanza con la Russia e per il ribollire al suo interno dell’integralismo islamico: cfr. “Cina: attentato in un mercato del Xinjiang musulmano, 31 morti e numerosi feriti”, in *La Repubblica*, 22 maggio 2014, in www.repubblica.it; C. Consolini, “Cina, il terrorismo islamico, il separatismo etnico e i limiti della censura”, rinvenibile online sul sito www.geopolitica.it).

534 Per un approfondimento della questione, si rivelano interessanti i *reports* di inchiesta rinvenibili online (alcuni anche in lingua italiana) sul sito della ONG con sede ad Hong Kong *China Labor Bulletin*, che si occupa proprio della denuncia delle situazioni che i lavoratori migranti sono costretti a vivere e a subire; possono qui segnalarsi “*Un decennio di cambiamento: il movimento degli operai in Cina 2000-2012*”, “*Costretti a pagare il prezzo dello sviluppo economico: i figli dei lavoratori migranti in Cina*”.

535 Il primo carattere, 戶, *hù*, significa “porta” o “famiglia”, il secondo invece, 口, *kǒu*, vuol dire “bocca” ed è il carattere utilizzato dopo un numerale se ci si riferisce ai membri di una famiglia.

questo modo, ad esempio, a chi dalla campagna si trasferisce in una metropoli non sono garantiti servizi pubblici, come la sanità e l'istruzione, quivi erogati, proprio in quanto risulta essere privo dell'*hùkǒu* della città di destinazione.

Tuttavia, con il profondo cambiamento sociale cinese dell'ultimo trentennio, l'integrazione tra città e campagna è stata sempre maggiore e decine di milioni di persone sono emigrate nelle metropoli per rinvenire un'occasione di lavoro. Nonostante l'allentamento dei controlli, tuttavia, l'*hùkǒu* esiste ancora, non essendo mai stata varata un'effettiva riforma del sistema⁵³⁶. Tra lo *hùkǒu* urbano e quello rurale la differenza consiste in un limite sociale più che evidente: le possibilità in ambiti essenziali, per esempio l'istruzione, sono molto inferiori per i cinesi nati nelle zone rurali. E spesso la popolazione è sempre più disposta a sacrifici e sotterfugi per accedere al *welfare* delle maggiori Municipalità come Pechino o Shanghai o delle grandi Città come Guangzhou; ecco perchè l'inserimento nel contratto di lavoro di una clausola recante un accordo sfavorevole per il lavoratore, dietro condizione che il datore di lavoro provveda a fargli ottenere l'*hùkǒu* residenziale della metropoli, è guardata con sospetto dai giudici, proprio perchè i lavoratori potrebbero essere indotti alla pattuizione di clausole molto sfavorevoli, pur di ottenere l'agognata iscrizione dei registri anagrafici pubblici del centro ove ha sede l'azienda⁵³⁷.

c) Le **credenze religiose**.

Quello della religione costituisce il fattore meno "problematico" di discriminazione, come conferma la prassi giudiziaria che fa registrare pochissimi episodi in merito⁵³⁸. In realtà, tale fattore in Cina è destinato ad essere considerato indissolubilmente insieme a quello relativo all'origine etnica⁵³⁹.

d) La **disabilità**.

La disabilità costituisce un fattore di possibile discriminazione che, come si è visto, è contemplato dalla *Employment Promotion Law*, ma non anche dalla *Labor Law*: apparentemente, quindi, a prima vista la tutela di tale categoria di soggetti sembrerebbe confinata al momento propedeutico all'assunzione, nella fase della ricerca del soggetto di un posto di lavoro.

Senonché la tutela anti-discriminatoria di tali soggetti anche sul posto di lavoro è implementata da un'ulteriore legge, la *Law on the Protection of Persons with Disabilities*, entrata in vigore il 15 maggio 1991.

Essa, in primo luogo, definisce il concetto di "disabilità".

L'art. 2, infatti, dopo aver programmaticamente dichiarato di tutelare chiunque soffra di "*visual, hearing, speech or physical disabilities, mental retardation, mental disorder, multiple disabilities and/or other disabilities*", più specificamente definisce "disabile" il soggetto che "*suffers from abnormalities or loss of a certain organ or function, psychologically or physiologically, or in an anatomical structure, and has lost wholly or in part the ability to perform an activity in the way considered normal*".

Dopo aver così definito il concetto di disabilità⁵⁴⁰, la legge del 1991 prevede il compito dello Stato

536 Che pure fa parte dell'attuale programma del Governo Xi Jinping.

537 Per una panoramica generale sul sistema di registrazione domiciliare proveniente dalle istituzioni cinesi, si può consultare il documento *China's Household Registration System: Sustained Reform Needed to Protect China's Rural Migrants*, predisposto dalla Congressional-Executive Commission on China, rinvenibile online al sito www.cecc.gov.cn; nonché F. L. Wang, *Organizing through Division and Exclusion: China's Hukou System*, 2005.

538 "*There seems to be little anecdotal evidence that employment discrimination based on religious belief occurs, except as where it might be combined with discrimination based on race or ethnic minority status. In one case [risalente al 1997, n.d.s.] involving a Muslim member of the Hui nationality, a job as a cook was first offered but then later withdrawn when the employer discovered the Muslim's religious belief would not allow him to cook pork for the customers of the employer. The case was taken to the labor arbitration committee, which decided in favor of the employer*": R. C. Brown, *Understanding Labor and Employment Law in China*, cit., 92.

539 Soprattutto, come si è visto in precedenza, nella Provincia dell'estremo Ovest del Xinjiang in tanto in quanto sia coinvolta la minoranza etnica degli Huiguri di religione islamica. La tensione religiosa, come noto, è avvertita anche e soprattutto nel Tibet, ma dai repertori giudiziari non sembrano emergere problematiche di discriminazione sul luogo di lavoro in relazione a tale Provincia.

di promuovere l'impiego dei disabili mediante la previsione del dovere delle aziende, tanto pubbliche quanto private, di assumere disabili in una certa proporzione rispetto al loro organico, per lo svolgimento di mansioni appropriate e compatibili con la disabilità del singolo lavoratore.

Può evidenziarsi la stessa opzione di fondo sottesa, nel nostro ordinamento, alla legge n. 68/1999. Tuttavia, in tale ambito vi è una mancanza di uniformità territoriale, posto che l'art. 30 della legge in parola assegna ai Governi delle Province, delle Regioni Autonome e delle Municipalità di determinare la proporzione di disabili che ogni impresa è tenuta ad assumere.

È previsto il diritto al lavoro dei disabili, oltre al divieto di ogni discriminazione nei loro confronti nell'ottenimento del posto di lavoro, nell'impiego, nelle promozioni, nella determinazione del livello retributivo, nel welfare e, in generale, in tutti gli altri aspetti legati al rapporto di lavoro (art. 37).

La principale forma di tutela approntata dalla *Law on the Protection of Persons with Disabilities* contempla (art. 59) il diritto del disabile di reagire a qualsiasi violazione dei propri diritti mediante la segnalazione alle esistenti associazioni di categoria create allo scopo di salvaguardare i diritti e gli interessi dei disabili e di supportare questi ultimi nella proposizione di un processo per la tutela e il risarcimento dei danni subiti per effetto delle violazioni.

Infine, è prevista una tutela anti-discriminatoria anche a favore di soggetti portatori di malattie patogene epidemiche, previsto, oltre che dalla *Employment Promotion Law*, anche dalla *Contagious Disease Law*, entrata in vigore nel 2004 quale risposta ordinamentale alla prima diffusione del virus della Sars.

All'art. 16, tale legge prevede che ogni persona che sia sospettata di essere portatrice di una malattia contagiosa – ivi incluse l'HIV e l'epatite B – non deve essere discriminata per tale ragione, e mantiene ogni diritto all'occupazione in posizione di eguaglianza con ogni altro lavoratore, a meno che non rientri in una situazione per cui una espressa disposizione normativa vieti alle persone in tali condizioni di lavorare. L'art. 16 fa riferimento in primo luogo, come è intuibile, ai casi in cui il soggetto affetto dalla patologia contagiosa svolga mansioni a contatto con il pubblico: altre ipotesi di interdizione dal lavoro sono individuate a livello regolamentare dal *Employment Services and Management Regulations*⁵⁴¹.

Tali provvedimenti normativi vietano al datore di lavoro anche di condizionare l'assunzione all'effettuazione di una visita medica che attesti che l'aspirante lavoratore non sia affetto da epatite B o non sia portatore sano di agenti patogeni di tale patologia⁵⁴².

⁵⁴⁰ Concetto che invece in Italia, definito dalla legge n. 68/1999, ricomprende gli invalidi fisici, psichici, sensoriali ed intellettivi con riduzione della capacità lavorativa superiore al 45%, i non vedenti, i sordomuti, gli invalidi di guerra e i civili e gli invalidi per servizio di un certo grado (art. 1, comma 1). Si tenga comunque conto che la maggiore specificità della definizione italiana è dovuta ad una diversa finalità, consistente nell'individuare i soggetti facenti parte delle c.d. "categorie protette" e destinatari del diritto all'assunzione. Invece, nell'ambito della tutela anti-discriminatoria, la legge italiana è anzi più generica (e quindi maggiormente ricomprensiva) di quella cinese, posto che l'art. 15 St. Lav. fa semplicemente riferimento al divieto di discriminazione per motivi legati alla salute del lavoratore.

⁵⁴¹ Tale *corpus* normativo contempla le seguenti eccezioni al diritto al lavoro dei soggetti portatori di malattie contagiose, eccezioni tutte accomunate dalla *ratio* di scongiurare una messa in pericolo per la salute della collettività:

- mansioni che richiedano un contatto con del cibo che possa essere immediatamente consumato dal cliente-consumatore;
- mansioni che prevedano un contatto con il pubblico (per esempio per quanto riguarda i dipendenti di hotel, ristoranti, sale cinematografiche, musei, negozi, etc.);
- mansioni correlate a cibo o bevande, chirurgia plastica, o cura di bambini;
- mansioni correlate alla produzione di cosmetici.

Tali eccezioni, comunque, valgono soltanto fino al momento in cui una visita medica abbia definitivamente escluso il pericolo di un'infezione da parte del soggetto portatore di tali agenti patogeni.

⁵⁴² Come dimostrato da un caso giudiziario risolto nel 2008 dalla Corte di Shanghai, in cui è stata accertata la discriminazione ai danni di un candidato ad un posto di lavoro, al quale era stata rifiutata l'assunzione a causa di un controllo medico pre-assuntivo che aveva dato come esito la sua positività al virus dell'epatite B (malattia particolarmente diffusa in Cina, posto che, secondo i dati ufficiali del Ministero della Salute del 2005, di essa risultano affetti circa 120 milioni di persone, pari a circa il 10% della popolazione cinese). La discriminazione fu accertata anche

Deve ritenersi che questa elencazione rivesta carattere di **tassatività**, pena, in caso contrario, la sua inutilità e, soprattutto, come sembra essere dimostrato dalla circostanza per cui il legislatore abbia ritenuto opportuno, in vari momenti successivi nel tempo, di ampliare il *range* delle categorie protette mediante nuovi interventi normativi (le leggi di protezione delle donne e dei disabili che si citeranno in seguito): esigenza che non sarebbe emersa se già si fossero potuti ritenere tali nuove categorie già ricomprese nella tutela di cui all'art. 26 della *Employment Promotion Law*⁵⁴³ sulla base di un'interpretazione estensiva della disposizione, fino a ricomprendere nella sua tutela anche fattori di discriminazione ivi non espressamente contemplati.

La lettera apparentemente generale dell'art. 26 (“*employments units, in recruiting new employees, and employment agencies, in arranging job placements, shall provide workers with equal employment opportunities and equitable conditions of employment, and shall avoid discriminatory employment practices*”), non deve trarre in inganno. È vero, infatti, che essa sembra generalizzare l'ambito applicativo delle eventuali discriminazioni, ma è pur vero che si muove all'interno delle disposizioni precedenti, che individuano ben precisi fattori di discriminazione vietati.

La generalità dell'art. 26, in altre parole, riguarda le possibili condotte datoriali in cui la discriminazione può sussistere (non solo la posizione in essere di condizioni di assunzione più sfavorevoli nei confronti dei soggetti appartenenti alle categorie indicate, ma anche in generale ogni comportamento del datore di lavoro, come per esempio richiedere alle agenzie di somministrazione l'invio soltanto di lavoratori sani, o di sesso maschile, e così via), ma non anche i fattori di discriminazione, i quali rimangono quelli individuati dagli articoli precedenti⁵⁴⁴.

Peraltro, si potrebbe avanzare il rilievo per cui la *Employment Promotion Law* consta principalmente di norme di principio, di difficile *enforcement* nella pratica⁵⁴⁵.

Si pensi al datore di lavoro che inserisca annunci rivolti soltanto a lavoratori di sesso maschile: se già è difficile immaginare una repressione in via amministrativa, a mezzo di sanzioni pecuniarie, di tali prassi, è ancor più complicato immaginare che in Cina una aspirante lavoratrice promuova un giudizio – come pure potrebbe fare ai sensi dell'art. 62 di tale legge⁵⁴⁶ – per dolersi del fatto e richiedere un risarcimento del danno subito, che peraltro è di quantificazione davvero incerta. Se, infatti, l'art. 68 – norma di chiusura della *Employment Promotion Law* – prevede il diritto al risarcimento del danno a favore di qualsiasi soggetto che subisca un danno patrimoniale o morale a causa della violazione di uno qualsiasi dei diritti stabiliti nella legge stessa, in base a quali criteri, se non in via equitativa, sarà possibile liquidare il danno da mancata assunzione? Senza contare poi che detta disposizione non consente di ritenere coercibile il diritto dell'aspirante lavoratrice alla stipulazione del contratto di lavoro, con un meccanismo simile al nostro art. 2932 c.c. che neanche in Italia, del resto, risulta applicabile per ottenere l'esecuzione in via coattiva della stipulazione di un contratto di lavoro.

Così, l'*enforcement* dei vari livelli di tutela posti dalla *Employment Promotion Law* è stata per anni del tutto inesistente, anche per i costi che l'esperimento di un giudizio contro il datore di lavoro di fronte al Collegio Arbitrale Locale prima e poi dinanzi alla Corte comporta, costi spesso non sostenibili dalla maggior parte delle lavoratrici, soprattutto nei contesti delle fabbriche con l'attività

dalla Corte di Wuhu, Distretto di Xinwu, in un caso del 2004, nei confronti di un neo-laureato affetto da epatite B al quale fu respinta da un ente governativo la domanda di assunzione, nonostante il possesso, da parte sua, di tutte le *recruitment conditions*.

543 Il discorso non cambia per quanto riguarda i fattori di discriminazione vietati nei confronti dei lavoratori occupati di cui all'art. 12 della *Labor Law*.

544 Una conferma di quanto detto nel testo emerge dalla previsione di cui all'art. 12 della pur precedente *Labor Law*, secondo cui “*labourers, regardless of their ethnic group, race, gender, or religious belief, shall not be discriminated against in employment*”, così individuando proprio gli stessi fattori rilevanti ai sensi dell'art. 3, comma 2, della *Employment Promotion Law*.

545 Come osservato in dottrina: cfr. il già citato R. C. Brown, *Understanding Labor and Employment Law in China*, cit., 65: “*Some view this law as merely a policy statement, as it provides few penalties and enforcement mechanisms*”.

546 Ai sensi del quale “*in the event of any employment discrimination in violation of the provisions of this Law, the relevant worker(s) shall be entitled to initiate legal proceedings in the people's court*”.

produttiva mantenuta da forza lavoro sottopagata. Ciò ha scoraggiato l'esperienza di azioni contro le discriminazioni poste in essere in fase pre-assuntiva.

Negli ultimi anni, però, la situazione sta mutando: bisogna infatti dare atto che, all'interno dell'ambito di applicazione della *Employment Promotion Law* – tanto *ratione personarum* (soggetti in cerca di un impiego) quanto dal punto di vista oggettivo (fattori di discriminazione vietati) – la giurisprudenza cinese sta finalmente cominciando, nell'ultimo decennio, a dar vita ad una embrionale *enforcement* della legge, reprimendo così le condotte discriminatorie nella fase preassuntiva, almeno per quanto riguarda le discriminazioni poste in essere nei confronti delle donne.

Si tratta di un *trend* molto recente, se è vero che, a quanto consta, la prima causa intentata da una donna per discriminazione subita sul luogo di lavoro risale, addirittura, solo al 2013.

Tale causa vedeva contrapposta dinanzi alla Corte di Pechino una lavoratrice neo-laureata, Cao Ju, e l'accademia Juren Academy, da lei citata in giudizio per non essere stata assunta come assistente amministrativa in quanto tra le condizioni di assunzione vi era anche quella di essere di sesso maschile, in violazione dell'art. 27 della *Employment Promotion Law*. A seguito di una battaglia legale durata un anno, la vicenda si è conclusa con il raggiungimento di un accordo conciliativo tra le parti in forza del quale l'Academy ha risarcito la lavoratrice con una somma di 30.000 RMB (circa 4.000 Euro) e una lettera formale di scusa (risarcimento che appare invero alquanto formale e poco sostanziale, ma che comunque ha avuto grande risonanza mediatica costituendo, come detto, il primo caso di tutela contro le discriminazioni di genere sul lavoro in Cina).

Questo primo precedente ha incoraggiato la proposizione di cause contro le discriminazioni di genere contenute nelle offerte di lavoro⁵⁴⁷.

Quale esempio più recente, si può ricordare la sentenza della Corte Intermedia di Guangzhou del 19 settembre 2016, che ha condannato l'azienda a corrispondere un risarcimento di 2.000 RMB, oltre a una formale lettera di scuse, ad una giovane chef alla quale era stata rifiutata l'assunzione con la scusa che il posto non era più disponibile, mentre invece il relativo annuncio si trovava ancora *online* e, a seguito della sua candidatura, era stato modificato mercé l'inserimento della clausola per cui si trattava di un annuncio riservato a soli uomini.

Recentemente, *in subiecta materia* è intervenuta anche la prima pronuncia della Corte Suprema di Pechino. Con sentenza del 23 agosto 2016, infatti, la Corte Suprema ha confermato la condanna emanata nel febbraio dello stesso anno dalla Corte Intermedia⁵⁴⁸ della stessa Capitale nei confronti di un'azienda – peraltro un'azienda a partecipazione statale, trattandosi del Servizio Postale di Pechino – che aveva rifiutato l'assunzione di una lavoratrice a causa del sesso di questa.

Nel caso di specie, la Signora Deng aveva inviato la propria candidatura per una posizione impiegatizia per la quale l'offerta di lavoro era rivolta soltanto a uomini. Pur essendo stata ammessa allo svolgimento di una prova pre-assuntiva, dopo solo due giorni la lavoratrice si era vista rifiutare l'assunzione dall'azienda proprio per difetto di una delle condizioni inserite all'interno dell'annuncio per la posizione. La Corte Suprema ha confermato le sentenze dei precedenti gradi di giudizio, ritenendo che la condotta dell'azienda fosse in contrasto con le leggi lavoristiche (*in primis* con l'art. 27 della *Employment Promotion Law*), assegnando alla lavoratrice un risarcimento di 2.000 RMB per il “disagio emozionale” cagionato ad una donna alla quale per motivi discriminatori legati al genere è stato negato l'ottenimento di un posto per il quale era meritevole.

Il *trend* di aumento delle cause di risarcimento dei danni per illegittima discriminazione posta in essere nella fase pre-assuntiva riguarda, ad ogni modo, anche fattori differenti da quello legato al

547 Si può ricordare la pronuncia del 2014 della Corte Intermedia di Hangzhou, con la quale un importante istituto educativo della città è stato condannato a corrispondere RMB 2,000 ad una candidata ad una posizione impiegatizia in quanto tra le condizioni di assunzione era previsto anche il genere maschile del candidato.

548 E precisamente una Sezione civile della stessa, in quanto – a causa della mancata assunzione della ricorrente, con conseguente mancata instaurazione di un rapporto di lavoro – quest'ultima non poteva instaurare un giudizio avanti la Corte Arbitrale, ma soltanto agire con un'azione di risarcimento dei danni civilistica. A proposito della competenza del Collegio Arbitrale in primo grado per le controversie di lavoro, si rinvia al Capitolo Settimo.

sesto del candidato.

È del 2014 la proposizione della prima causa, all'interno della ricca Regione industriale del Guangdong, avente ad oggetto la pretesa di accertamento di una condotta discriminatoria posta in essere dal datore di lavoro sulla base di un altro dei fattori di discriminazione vietati ai sensi della *Employment Promotion Law*, quello relativo all'origine territoriale del candidato all'ottenimento di un posto di lavoro.

Nel caso di specie, ancora *sub judice* avanti la Corte di Guangzhou, Distretto di Yuexiu, il datore di lavoro aveva pubblicato online un annuncio contenente la specificazione che la posizione era aperta solo per le persone aventi lo *hùkǒu* di Guangzhou; sulla base di tale restrizione nelle *recruitment conditions*, un candidato che aveva la registrazione demografica di altra città non ottenne il posto di lavoro, e per questo promosse un giudizio nei confronti dell'azienda ritenendo di essere stato illegittimamente discriminato. Già il fatto che la Corte di Guangzhou abbia accettato il caso è indice di un mutamento di prospettiva all'interno dell'*enforcement* delle norme anti-discriminatorie esistenti all'interno dell'ordinamento cinese⁵⁴⁹.

Il divieto di licenziamento discriminatorio

Se questo è il complessivo assetto della legislazione anti-discriminatoria sul luogo di lavoro in vigore nell'ordinamento cinese, per quanto riguarda specificamente il licenziamento connotato dalla rilevanza esclusiva di una condizione personale del soggetto, si ribadisce l'inesistenza di una norma che ne affermi espressamente il divieto o la relativa *nullità*.

Ciò non deve sorprendere: si è già avuto più volte modo di evidenziare come la *forma mentis* del legislatore cinese non sia connotata da categorie logico-giuridiche come invece quella dei legislatori europei di *civil law* (con la dicotomia, nella nostra materia, tra licenziamento nullo e licenziamento "semplicemente" ingiustificato), bensì dall'apposizione di una linea di demarcazione tra ciò che è consentito e ciò che non lo è.

Così, al legislatore è parso evidentemente sufficiente affermare il divieto del datore di lavoro di agire con intento discriminatorio in relazione al rapporto di lavoro con il lavoratore, e di prevedere le ipotesi in cui al primo è concesso il potere di estinguere il rapporto: con la conseguenza che ogniquale volta risulti provato che il licenziamento non sia basato effettivamente su una di tali ragioni, bensì su un fattore di discriminazione vietato – o, il che è lo stesso, nel caso in cui il licenziamento sia intimato in una delle fattispecie di nullità che verranno analizzate subito oltre in questo stesso Capitolo –, esso sarà giudicato illegittimo e troverà applicazione la disciplina risarcitoria di cui all'art. 48 della *Employment Contract Law*⁵⁵⁰.

Al legislatore cinese, dunque, è estraneo il concetto di nullità, o meglio è un concetto che non gli interessa se presentato in contrapposizione con altre categorie come quella dell'ingiustificatezza: ciò è dimostrato, a tacer d'altro, dal fatto che la disciplina prevista per il licenziamento illegittimo (*qualunque ipotesi di licenziamento illegittimo*) è sempre la medesima, quella dell'art. 48.

Ne deriva che perdono di rilevanza, all'interno dell'ordinamento cinese, le discussioni relative alla natura tassativa o meno della serie di fattori rilevanti in materia di discriminazione.

L'interprete europeo è subito portato a chiedersi, leggendo l'art. 12 della *Labor Law*, se l'elenco di fattori di discriminazione vietati – l'appartenenza ad una minoranza etnica, la razza, il sesso, le

549 In precedenza, infatti, le Corti tendevano perlopiù a rifiutare di assumere su di sé la pratica, come dimostra un caso accaduto all'interno della circoscrizione della Corte di Pechino, Distretto di Chaoyang nel 2014. Il *Chief Executive Officer* di un'azienda operante nel settore televisivo aveva offerto ad un soggetto un posto di lavoro in uno show televisivo, salvo rifiutarne l'assunzione dopo aver scoperto che il candidato era omosessuale. La Corte rifiutò di assumere il caso sulla base di motivazioni di natura tecnica, asserendo che, vertendo la questione in materia di impiego, la proposizione del giudizio avanti la Corte togata avrebbe dovuto essere preceduta dal previo esperimento della procedura arbitrale dinanzi al Collegio Arbitrale territorialmente competente. Sennonché in simili casi erano proprio i Collegi Arbitrali a rifiutare la propria competenza, ritenendo che ci si trovasse al di fuori di una questione in materia di impiego, dal momento che le parti non avevano stipulato alcun contratto di lavoro subordinato, e che pertanto il caso avrebbe dovuto essere promosso avanti la Corte civile.

550 Disciplina che verrà illustrata al Capitolo Quinto, cui si rinvia.

credenze religiose del lavoratore – sia o meno tassativo.

Tale domanda risulta metodologicamente inadatta nonché del tutto inutile dal punto di vista pratico. Un esempio chiarirà meglio quanto si va dicendo.

Si pensi al caso – tratto da una fattispecie concreta recentemente giudicata dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea⁵⁵¹ – di licenziamento di un lavoratore obeso che svolga una mansione che non richiede come propedeuticità un'ottimale condizione di forma fisica (per esempio un segretario, per il quale lo stato di obesità non viene in rilievo quale causa di inidoneità allo svolgimento delle mansioni, a differenza, per esempio, di uno *stuntman* o di un vigile del fuoco). Orbene, in difetto di altri elementi giustificativi, tale licenziamento può essere considerato come discriminatorio, pur in assenza della presenza del fattore “obesità” all'interno dell'elenco di fattori presi in considerazione dalla norma che vieta il licenziamento discriminatorio?

In Italia (e in Europa) la risposta è negativa: la predisposizione di una serie ben precisa di fattori di discriminazione vietati impedisce di considerare come discriminatorio – e quindi nullo – il recesso intimato sulla base di tale caratteristica fisica non ricompresa all'interno di quella serie.

Lo stesso è a dirsi anche in Cina: nonostante la presenza di un principio generale di eguaglianza posto dall'art. 3 della *Employment Contract Law*, l'assenza di tale elemento personale e soggettivo dalla serie di fattori di discriminazione vietati dall'art. 12 della *Labor Law* – ai quali deve aggiungersi quello della disabilità del soggetto, alla luce della *Law of the People's Republic of China on the Protection of Persons with Disabilities* – fa sì che un tale licenziamento non possa essere considerato discriminatorio.

Ciò è dimostrato dal modo con cui la giurisprudenza cinese ha affrontato e risolto recenti casi giudiziari in cui l'estinzione del rapporto di lavoro era avvenuta per motivi discriminatori.

In un caso deciso dalla Corte di Pechino, Distretto di Shuiyi, era stato licenziato un *manager* dell'impresa che fungeva anche da *leader* della *labor union* costituita in seno all'impresa stessa. Egli era stato licenziato in tronco “per giusta causa” ai sensi dell'art. 39, num. 3), della *Employment Contract Law*, per aver cagionato un danno asseritamente grave all'azienda, costituito dalle sanzioni amministrative elevate nei confronti di quest'ultima per omissioni legate alla fornitura di acqua potabile all'interno dell'azienda. Il dipendente, impugnando il recesso datoriale, osservava che egli aveva più volte informato il suo superiore della povera qualità di acqua disponibile e che, in qualità di direttore degli affari generali e anche di rappresentante sindacale, aveva proposto un reclamo nei confronti dell'autorità amministrativa per questo problema. Il recesso, pertanto, era da collegare eziologicamente proprio alla sua posizione all'interno del sindacato, piuttosto che alla causazione di un danno economico in capo all'azienda, danno la cui entità era risultata non ingente. La Corte di Pechino, con decisione dell'aprile 2007⁵⁵², condivise la prospettiva difensiva del lavoratore, condannando l'azienda alla sua reintegrazione in servizio e al pagamento in suo favore di un'indennità risarcitoria di 60.000 RMB (circa 8.500 Euro)⁵⁵³.

Quello che interessa in questo caso è che la Corte non ebbe bisogno di accertare la discriminatorietà del licenziamento per pronunciare la reintegrazione del dipendente nel posto di lavoro, essendo sufficiente a tal fine la “semplice” ingiustificatezza del medesimo, derivante dal mancato nesso causale tra la decisione estintiva e il comportamento addebitato al dipendente⁵⁵⁴.

Un altro caso giudiziario interessante in tal senso è recentemente passato al vaglio della Corte di Guangzhou, Distretto di Luogang.

Un dipendente di una fabbrica rivestiva il ruolo di presidente della *Labor Union* costituita

551 Cfr. precedente nota 504.

552 E quindi in epoca anteriore all'entrata in vigore della *Employment Contract Law*; ed infatti nel caso di specie trovò applicazione l'art. 25 della *Labor Law* il quale, analogamente all'art. 39, num. 3), della legge successiva, prevede il potere datoriale di recesso nei confronti del dipendente che cagioni un grave danno all'azienda con una condotta negligente.

553 Sui requisiti di applicabilità della tutela reintegratoria e sui criteri di quantificazione dell'indennità risarcitoria da licenziamento illegittimo, si rinvia al Capitolo Quinto.

554 L. W. Zhou, *Labor Union Leader's Wrongful Employment Termination Case*, in *China Law and Practice*, maggio 2007.

all'interno dell'azienda. A seguito delle continue rivendicazioni avanzate dal lavoratore a favore del miglioramento delle retribuzioni e delle condizioni di lavoro di tutti i dipendenti di quell'azienda, questa decise di porre in essere una serie di azioni ritorsive nei suoi confronti, fino a deliberare una riduzione della sua retribuzione che cagionò le dimissioni del lavoratore. Chiamata a valutare se tali dimissioni fossero o meno sorrette da giusta causa, la Corte di Guangzhou, con sentenza del 5 dicembre 2014, ha accolto la domanda di risarcimento danni presentata dal lavoratore, ma solo in quanto la *Trade Union Law* tutela dai mutamenti arbitrari delle condizioni di lavoro i dipendenti che rivestano il ruolo di presidenti delle *Labor Union* aziendali. Al contrario, nel caso in cui non vi sia questa posizione formale – e dunque non si sia all'interno del perimetro espresso di tutela predisposto dalla norma – il lavoratore attivista sindacale non può ricevere tutela.

Tale orientamento è confermato anche dalla sentenza del 13 ottobre 2015 della Corte Intermedia di Dongguan, che ha rigettato la domanda di accertamento dell'illegittimità del licenziamento subito da un gruppo di circa 70 lavoratori (dipendenti di una nota azienda operante nel settore della tecnologia) che avevano partecipato a scioperi e rivendicazioni sindacali. Essi erano stati licenziati per la loro partecipazione ad uno sciopero durato più giornate, condotta espressamente vietata tanto dal codice disciplinare endo-aziendale quanto dall'*handbook*⁵⁵⁵, e pertanto la Corte ha ritenuto legittimo il licenziamento sulla base dell'art. 39 della *Employment Contract Law* nonostante esso fosse pacificamente basato sulle lotte sindacali poste in essere dai lavoratori ricorrenti, senza che la questione relativa alla discriminatorietà (o quantomeno alla ritorsività) del recesso fosse stata accolta.

Il problema è destinato a porsi con urgenza, in questi anni, anche per quanto riguarda le condotte discriminatorie poste in essere sulla base dell'orientamento sessuale del lavoratore.

Con sentenza del novembre 2015, per la prima volta una Corte, quella di Shenzhen, ha accettato la propria competenza giurisdizionale⁵⁵⁶ in una causa promossa da un lavoratore omosessuale licenziato per ragioni asseritamente discriminatorie. Nel caso di specie, il dipendente era stato licenziato asseritamente a causa di un alterco da questi avuto con un cliente: ma, secondo il ricorrente, il recesso sarebbe stato da ricondurre alla propria identità omosessuale. La Corte, invece, ha rigettato la pretesa del lavoratore, ritenendo non provata la riconducibilità del recesso a ragioni dipendenti dalla sua omosessualità, e che del resto la società non aveva violato il diritto alla dignità personale durante il procedimento di estinzione del rapporto di lavoro.

È del 2016 la prima causa relativa ad una presunta discriminazione ai danni di una lavoratrice transessuale in Cina, che proprio per questo ha ricevuto notevole risonanza nei media. Il caso di specie riguardava il licenziamento intimato durante il periodo di prova ad una dipendente di un'azienda medica, formalmente motivato sulla base dello scarso rendimento di quest'ultima (*ex art. 39, num. 1, della Employment Contract Law*), ma secondo la lavoratrice ricorrente dovuto in realtà al fatto che ella fosse una transessuale ed avesse mutato il proprio sesso.

Il Collegio Arbitrale di Guyang, investito della questione, con pronuncia del 17 giugno 2016 ha ritenuto legittimo il licenziamento, avendo accertato come dimostrato lo scarso rendimento contestato dall'azienda alla lavoratrice e considerando così assorbita (probabilmente anche per ragioni di opportunità, diciamo così, “politica”) la questione relativa alla possibilità di ritenere ricompresa nelle norme sopra riportate della *Labor Law* e della *Employment Promotion Law* che vietano le pratiche discriminatorie ai danni dei lavoratori anche una discriminazione per motivi di identità sessuale del dipendente.

Investita del giudizio di impugnazione presentata dalla lavoratrice contro la decisione arbitrale, basata sull'asserzione per cui la contestazione di scarso rendimento fosse costruita *ad hoc* per motivare formalmente un licenziamento in realtà dipendente dalla scoperta della sua natura di transessuale, come dimostrerebbe anche la circostanza per cui il recesso era stato intimato soltanto

555 Per quanto riguarda il licenziamento intimato a causa della partecipazione ad uno sciopero, si rinvia al Capitolo Terzo.

556 Che invece viene perlopiù negata qualora il ricorrente lamenti di essere stato discriminato nella fase pre-assuntiva: cfr. quanto notato nella precedente nota 540.

dopo una settimana a seguito dell'assunzione, con sentenza del 16 dicembre 2016 la Corte di prima istanza di Guangzhou ha giudicato illegittimo il licenziamento e condannato l'azienda a risarcire il danno all'ex dipendente (in una quantificazione invero minimale, pari a circa 2.000 RMB).

La Corte di Guangzhou, tuttavia, ha ritenuto il licenziamento illegittimo sulla base del fatto che l'azienda non avrebbe dimostrato in maniera sufficiente lo scarso rendimento imputato alla dipendente, ma senza condividere la pretesa natura discriminatoria del recesso (ritenendo anche che le eventuali affermazioni discriminatorie subite dalla lavoratrice da parte dei colleghi non potessero essere imputate all'azienda).

Si può notare la natura ampiamente "salomonica" della decisione, dal momento che la Corte di Guangzhou da un lato ha accordato un risarcimento in capo alla lavoratrice, dall'altro lato però senza assumersi la responsabilità di arrivare ad affermare per la prima volta la natura discriminatoria di un licenziamento intimato per effetto della natura transessuale del dipendente.

Si comprende come tale questione sia destinata a divenire sempre più attuale, a seguito della crescente consapevolezza dei diritti degli omosessuali e dei transessuali anche all'interno del territorio cinese.

Se dunque, come si è visto da tali esempi, la giurisprudenza cinese sembra propensa a considerare tassativa la serie di fattori di discriminazione vietati dall'art. 12 della *Labor Law*, bisogna comunque ribadire come all'interno dell'ordinamento cinese la questione è, come accennato, molto meno rilevante che in Italia.

Infatti, se anche la Corte giudicante non dovesse pervenire all'accertamento della natura discriminatoria del recesso, e questo dovesse essere ritenuto semplicemente ingiustificato (a causa della mancata dimostrazione della sussistenza della ragione sottesa alla decisione estintiva datoriale), comunque la tutela approntata a favore del lavoratore licenziato non è destinata a mutare. Come già accennato, e come si vedrà compiutamente nell'apposito capitolo, in Cina la *Employment Contract Law*, al momento di porre in essere la tutela contro la *wrongful termination of the labor contract*, non distingue a seconda della causa dell'illegittimità del licenziamento. Così, che quest'ultimo sia giudicato discriminatorio piuttosto che nullo, ovvero ingiustificato, non è questione rilevante, in quanto al lavoratore sarà pur sempre assicurata la tutela di cui all'art. 48, che è unitaria e prescinde totalmente dalla ragione per cui la Corte è pervenuta ad un giudizio di contrarietà di quel licenziamento alla legge.

In Italia, invece, dal 2012 la possibilità di qualificare un licenziamento come discriminatorio anziché ingiustificato è questione di enorme rilievo, in quanto a seguito della riforma operata dalla legge Fornero all'art. 18 St. Lav. la tutela apprestata a favore del lavoratore illegittimamente licenziato varia di intensità a seconda del motivo dell'illegittimità. Nell'esempio di prima, per il segretario obeso cambia eccome che il Giudice accerti una semplice ingiustificatezza del licenziamento subito, anziché accertarne la natura discriminatoria, in quanto solo in quest'ultimo caso avrebbe avuto diritto alla tutela reintegratoria⁵⁵⁷.

Al termine di questo *excursus* sui fattori di discriminazione vietati anche in relazione all'estinzione del rapporto di lavoro, preliminarmente rispetto all'analisi delle cinque fattispecie individuate dall'art. 42 occorre sottolineare come esse riguardino, espressamente, il solo licenziamento dovuto a ragioni economiche, vuoi il licenziamento individuale ai sensi dell'art. 40 (assimilabile al nostro licenziamento per giustificato motivo oggettivo), vuoi quello collettivo per riduzione di personale disciplinato dall'art. 41.

L'art. 42 infatti vieta di terminare il rapporto di lavoro "nei casi di cui agli articoli 40 e 41 della presente legge", non anche nei casi di cui all'art. 39 che, come si è visto, contempla le fattispecie di licenziamento disciplinare. Dalla disposizione, pertanto, risulta, *a contrario*, che **in tutte le**

557 Esemplarmente, in dottrina, si è parlato di "drammatizzazione" dell'accertamento della discriminatorietà del licenziamento a seguito dell'entrata in vigore della riforma Fornero e della tutela differenziata a seconda del tipo di vizio rilevante: cfr. C. Cester, *La riforma della disciplina dei licenziamenti: principi generali e tecniche normative*, in C. Cester (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, cit., 19.

fattispecie considerate rimane comunque possibile il recesso per motivi di natura disciplinare⁵⁵⁸.

Questo, del resto, è un tratto comune con l'ordinamento italiano, nel quale la sussistenza di uno dei divieti di licenziamento non vale ovviamente ad esentare il lavoratore dalla sanzionabilità, anche con la sanzione espulsiva, delle condotte commesse dallo stesso tali da ledere il rapporto fiduciario tra le parti: si pensi, per esempio, al licenziamento della lavoratrice madre che, pure nel periodo in cui opera il divieto di licenziamento, può essere licenziata in caso in cui abbia commesso una “*colpa grave, costituente giusta causa per la risoluzione del rapporto di lavoro*” (art. 54, comma 4, lett. a., d. lgs. n. 151/2001)⁵⁵⁹.

Ciò premesso in merito al licenziamento discriminatorio, si passano ad analizzare le varie ipotesi espressamente previste dall'art. 42.

4.1.1 Il rischio di insorgenza di una malattia professionale (“il lavoratore è occupato in attività che lo esponga a rischi di contrazione di malattie professionali e non è stato sottoposto ad un controllo medico dello stato di salute prima di lasciare la sua posizione lavorativa, ovvero per lui sussiste il sospetto che abbia contratto una malattia professionale e si trovi in attesa di una diagnosi o di una osservazione medica”)

La prima delle ipotesi dell'art. 42 riguarda una fattispecie sconosciuta all'ordinamento italiano.

Si tratta di una fattispecie di divieto allo stesso tempo di natura ipotetica e temporanea.

Altamente *ipotetica*, in quanto caratterizzata da un *background* fattuale tutt'altro che definito.

Per l'operare del divieto, infatti, è sufficiente una delle due seguenti condizioni:

(i) che vi sia il *rischio* della contrazione di una malattia professionale⁵⁶⁰ (senza che sia necessario che il lavoratore l'abbia contratta), rischio non suffragato da alcun responso medico ufficiale, visto che non vi sono stati alcuna visita né alcun esame medico;

(ii) ovvero, è sufficiente che sussista il mero *sospetto*⁵⁶¹ che il dipendente abbia contratto una malattia, ma tale sospetto non sia ancora stato suffragato da alcun responso medico, essendo le parti in attesa della diagnosi a seguito della sottoposizione del lavoratore a una visita medica di controllo. *Rischio* senza sottoposizione a visita medica da un lato, e *sospetto* in attesa del responso medico dall'altro lato: entrambe le ipotesi contemplate dall'art. 42 sono ben lontane dall'essere certe e definite dal punto di vista fattuale.

558 Salvo alcune pronunce di senso contrario da parte di alcune Corti, delle quali si darà atto in seguito.

559 Naturalmente il rapporto tra il divieto di licenziamento, da un lato, e la sussistenza di una giusta causa di recesso, dall'altro lato, merita di essere meditata alla luce della concreta fattispecie che viene in rilievo. Così, è chiaramente ammissibile il licenziamento per giusta causa di un lavoratore che pur sia potenziale oggetto di discriminazione (si immagini il caso di un dipendente straniero, o di colore, o di religione islamica, o dirigente sindacale, o sieropositivo o affetto da virus Hiv, od omosessuale, etc., che abbia aggredito il datore di lavoro con percosse cagionandogli lesioni); ma nel caso in cui la condotta sia comune ad altro lavoratore che non abbia le caratteristiche personali del collega tali da farne temere una possibile discriminazione ai suoi danni (in quanto bianco, non sindacalista, sano, etc.), e quest'ultimo non subisca la medesima sanzione espulsiva, potrebbe ritenersi che ritorni ad operare il divieto del licenziamento nullo. In tal caso, tuttavia, non sussiste un problema di operatività o meno del divieto, quanto un problema di prova: infatti, l'irrogazione del licenziamento disciplinare solo ad uno dei lavoratori colpevoli, nell'ipotesi prospettata, costituisce una prova indiziaria della ragione discriminatoria del licenziamento pur formalmente intimato per giusta causa; pertanto, con il supporto di altri fatti di prova questo potrà essere annullato dal giudice perchè discriminatorio pur nella pacifica sussistenza della condotta rilevabile come giusta causa di risoluzione del rapporto di lavoro.

560 从事接触职业病危害作业的劳动者, cóngshì jiēchù zhíyèbìng wēihài zuòyè de láodòngzhě, letteralmente, “il lavoratore che svolge attività lavorative pericolose per una malattia professionale”, laddove il concetto di “rischio” è espresso dal vocabolo 危害, wēihài, il quale esprime il carattere di pericolo insito in una determinata attività, un pericolo però meramente potenziale, cioè ancora non realizzatosi.

561 疑似, yísi, “sospetto”, “dubbio”.

Si potrebbe dire che regna l'indeterminatezza.

Ma si tratta di una indeterminatezza voluta: è stata piena intenzione del legislatore, infatti, quella di tentare di impedire l'atteggiamento del datore di lavoro che, proprio a causa di questa incertezza circa la contrazione o meno di una malattia professionale da parte del suo dipendente, possa essere indotto a licenziarlo⁵⁶².

Questa prima causa di nullità di licenziamento, poi, è di natura meramente *temporanea*, in quanto cessa di operare al momento in cui diviene noto il responso medico relativamente alla contrazione della malattia professionale da parte del lavoratore.

Infatti, nel caso in cui, all'esito della visita medica, emerga che il lavoratore abbia effettivamente contratto una malattia professionale, il licenziamento rimane vietato – ai sensi del num. 2) del medesimo art. 42, che così “si sostituisce” e subentra all'ipotesi di cui al num. 1); evidente è la complementarità tra le due fattispecie – qualora da tale malattia professionale derivi, in capo al lavoratore, una diminuzione totale o parziale della sua capacità lavorativa.

Qualora, invece, la diagnosi sia negativa e scongiuri l'insorgenza di una malattia professionale, cesserà *ipso facto* l'operare del divieto in parola e il datore di lavoro potrà ricorrere al licenziamento economico qualora sussistano i requisiti sostanziali di legittimità previsti rispettivamente dagli articoli 40 e 41.

In ogni caso, quindi, il divieto in parola cessa di operare al momento della comunicazione ufficiale della diagnosi medica: tale elemento conferma che la *ratio* della norma consiste proprio nello scongiurare la condotta datoriale di effettuare un recesso – formalmente sorretto da ragioni economiche, ma sostanzialmente dipendente da una possibile contrazione di una malattia professionale da parte del dipendente – nei confronti di un lavoratore che potrebbe divenire “scomodo” in quanto potenziale pretendente di un risarcimento danni oltre che potenzialmente “illicenziabile” in caso di successivo accertamento dell'effettiva contrazione di una malattia professionale.

4.1.2 L'inidoneità fisica a seguito di malattia o di infortunio professionale (“È confermato che il lavoratore ha perso totalmente o parzialmente la propria capacità di lavorare a causa di una malattia professionale o di un infortunio sul lavoro avvenuti durante il suo impiego presso il datore di lavoro”)

Due gli elementi che il num. 2) dell'art. 42 pone per l'operare del divieto di licenziamento in parola. In primo luogo, occorre che il lavoratore abbia contratto una malattia professionale o sia incorso in un infortunio professionale⁵⁶³. In quest'ottica, quindi, tale ipotesi si pone in perfetta continuazione temporale e logica con quella di cui al num. 1), rispetto alla quale già si è evidenziata la complementarità.

Il secondo requisito consiste nella perdita, totale o parziale, della capacità lavorativa del dipendente per effetto della malattia o dell'infortunio subito da questi.

562 I possibili scopi di una tale condotta datoriale sono intuibili. “Sgravandosi” di un dipendente potenzialmente vittima di una malattia professionale, infatti, il datore di lavoro potrebbe evitare la possibile insorgenza di problematiche legali, correlate all'accertamento della sua responsabilità sottesa a tale evento (allontanandola nel tempo, con conseguenti difficoltà crescenti di ordine probatorio), con le conseguenze sul piano previdenziale/assicurativo e sul piano civilistico per la possibile azione di risarcimento del danno da lesione alla salute proponibile nei suoi confronti dal lavoratore. Senza contare che, una volta che sia accertata con certezza la contrazione di una malattia professionale, verrebbe in considerazione il divieto di cui al num. 2) del medesimo art. 42 della *Employment Contract Law*: così, il datore di lavoro potrebbe essere incentivato ad accelerare l'interruzione del rapporto prima che la causa di interdizione del suo potere di recesso divenga operativa in maniera inequivocabile.

563 Per l'elencazione attualmente vigente relativa ai casi in cui viene riconosciuta la derivazione eziologica dell'infortunio allo svolgimento dell'attività lavorativa, contenuta nel *Regulation on Work Injury Insurance* promulgato dal Consiglio di Stato, da ultimo aggiornato al 2013, si rinvia all'approfondimento del sistema previdenziale cinese illustrato al Capitolo Ottavo del Volume.

La *ratio* del divieto in esame sembra da ravvisare in una sorta di reazione “punitiva” nei confronti del datore di lavoro a causa dell’incorrenza della malattia o dell’infortunio, allo stesso modo ponendo un serio incentivo per le imprese alla predisposizione di misure di sicurezza idonee a scongiurare la verificazione di tali eventi pregiudizievoli per la salute e l’incolumità fisica o psichica dei lavoratori. Così, il legislatore sembra voler mantenere la responsabilità e l’onere di mantenere in servizio un lavoratore dalle capacità lavorative menomate in capo al datore di lavoro prestando la sua opera a vantaggio del quale il medesimo ha subito l’infortunio⁵⁶⁴.

Al datore di lavoro, così, vengono addossate le conseguenze negative che la malattia o l’infortunio hanno cagionato riguardo alla produttività del lavoratore interessato.

La disposizione in parola si distingue nettamente dall’omologa italiana, di cui all’art. 4, comma 4, della legge n. 68/1999.

Per quest’ultima disposizione, infatti, come si è già avuto modo di osservare⁵⁶⁵, il licenziamento del dipendente con ridotte capacità lavorative a causa della malattia o dell’infortunio professionale non è vietato. Egli, infatti, potrà essere licenziato dal datore di lavoro per giustificato motivo oggettivo, se questi dimostri che non sussiste la possibilità di adibirlo “*a mansioni equivalenti ovvero, in mancanza, a mansioni inferiori*”. La norma italiana, quindi, si limita a “complicare” il licenziamento in tale fattispecie, dovendo esso essere preceduto da un tentativo di *repechage* esteso anche alle mansioni inferiori⁵⁶⁶, mentre la norma cinese lo vieta *tout court*.

Tale differenza esprime altresì una diversa connotazione dei compiti di *welfare* che il legislatore assegna allo Stato.

In Italia, il licenziamento del lavoratore divenuto inidoneo allo svolgimento dell’attività lavorativa per effetto di malattia o di infortunio professionali, al ricorrere del requisito appena ricordato può essere licenziato: ma in tal caso, cioè qualora per lui non sia possibile l’assegnazione a mansioni equivalenti o inferiori compatibili con le sue ridotte capacità lavorative ed egli venga pertanto licenziato, egli “*viene avviato, dagli uffici competenti di cui all’articolo 6, comma 1, presso altra azienda, in attività compatibili con le residue capacità lavorative*”. Lo Stato, dunque, assume su di sé il compito di avviare il lavoratore infortunato presso altra azienda, senza gravare il datore di lavoro di mantenere in atto un rapporto di servizio divenuto non più rispondente ai suoi interessi in quanto non più in grado di soddisfare le sue esigenze produttive: così, la “sanzione” – se di sanzione si può parlare – nei confronti del datore di lavoro a seguito della derivazione eziologica della menomazione del lavoratore con l’occasione lavorativa consiste nell’espressa previsione di un onere di ricollocazione in diverse mansioni a suo carico, ma il licenziamento per giustificato motivo oggettivo continua ad essere possibile (pur con la complicazione probatoria consistente nell’impossibilità di adibizione *aliunde* del dipendente).

In Cina, invece, nel caso di specie il licenziamento diviene vietato, e il datore di lavoro continuerà ad essere gravato di un rapporto per lui divenuto inutilizzabile: una brusca inversione di rotta rispetto ad un passato caratterizzato dalla fiducia nell’onnipresenza dello Stato nel garantire ai lavoratori forme adeguate di *welfare* sociale, oltretutto in un’ottica più liberalista che comunista.

In questi casi, peraltro, la tutela del dipendente nei confronti del datore di lavoro – ritenuto nei fatti responsabile della verificazione dell’infortunio – è assicurata altresì dall’art.23 del *Regulation on the Implementation of the Employment Contract Law*.

Ai sensi di tale disposizione, qualora il datore di lavoro ponga termine al rapporto con un dipendente vittima di infortunio professionale ed il licenziamento sia quindi destinato ad essere accertato come posto in essere in violazione del divieto di cui all’art. 42, egli sarà condannato, oltre

564 Altrimenti, è intuibile, vi sarebbe stata l’alta probabilità di un recesso *ex art.* 40 nei confronti dei lavoratori dalle capacità lavorative limitate a causa della malattia o dell’infortunio professionale.

565 Cfr. *supra*, Capitolo Terzo, paragrafo c.

566 La disposizione dell’art. 4, comma 4, della legge n. 68/1998, così, ha una duplice portata derogatoria, in quanto costituisce una delle specifiche e particolari ipotesi in cui l’onere di *repechage* è previsto direttamente dal diritto positivo e non è originato dalla giurisprudenza; allo stesso modo, essa costituisce altresì una delle tassative ipotesi in cui è ammesso il demansionamento del lavoratore in deroga all’art. 2103 c.c. nella versione precedente al d. lgs. n. 181/2015.

al pagamento dell'indennità economica da licenziamento illegittimo di cui all'art. 48 della *Employment Contract Law*, anche a “*pay medical subsidies for the work-related injury and employment subsidies to the disabled once and for all according to the state provisions on work-related injury insurance*”.

4.1.3 L'interdizione del potere di recesso prima del superamento del periodo di comportamento in caso di malattia o un infortunio non professionali (“*Il lavoratore ha contratto una malattia o un infortunio non professionali e non è ancora spirato il periodo di trattamento medico prescritto nei suoi confronti*”)

Il terzo divieto di licenziamento individuato dall'art. 42 coincide con l'omologa fattispecie italiana. Trattasi della dibattuta questione relativa al **licenziamento per malattia** o per superamento del periodo di comportamento, fattispecie nella quale il lavoratore subisce il licenziamento a causa di un'assenza prolungata dal posto di lavoro dovuta ad un evento morboso che gli impedisce di adempiere alla propria prestazione lavorativa.

Come si è accennato a proposito della causale di licenziamento che consente il recesso con preavviso del dipendente a causa dell'impossibilità sopravvenuta allo svolgimento delle mansioni a sua volta cagionata da una malattia o da un infortunio extra-professionali⁵⁶⁷, il num. 1) dell'art. 40 della *Employment Contract Law* a prima vista sembra ricomprendere nel proprio ambito applicativo anche l'ipotesi del licenziamento per malattia.

Si è visto come l'art. 40, invece, contempra esclusivamente l'ipotesi in cui è possibile il licenziamento del lavoratore che non sia più in grado di svolgere le mansioni contrattualmente previste e che non possa essere utilmente assegnato ad altre mansioni disponibili all'interno dell'azienda, proprio a causa dell'incorrere della malattia o dell'infortunio extra-professionali. Viceversa, l'art. 40 non si occupa dell'ipotesi, diversa e da tenere ben distinta, in cui il licenziamento dipenda eziologicamente dalla malattia in sé e per sé, intesa come causa di assenza del lavoratore dal lavoro, ma solo dell'ipotesi della inidoneità allo svolgimento dell'attività lavorativa che dell'evento morboso o del sinistro costituisca conseguenza.

È invece nell'art. 42, dedicato ai divieti di licenziamento, che la *Employment Contract Law* prende in esame il recesso per malattia.

Riassumendo, dunque, le differenti fattispecie prese in considerazione dalle disposizioni contigue della *Employment Contract Law*, si deve evidenziare che:

1. l'art. 40 si occupa dell'ipotesi della **sopravvenuta inidoneità professionale** del lavoratore nell'eseguire le proprie mansioni per effetto di una malattia o di un infortunio **non professionali**, consentendo il **licenziamento per giustificato motivo oggettivo** qualora il datore di lavoro non riesca ad impiegarlo proficuamente né nelle mansioni originarie né in altre mansioni all'uopo assegnategli, anche inferiori;
2. l'art. 42, num. 2), **vieta** il licenziamento nell'ipotesi della **sopravvenuta inidoneità professionale** del lavoratore a causa di una malattia o di un infortunio **professionali**;
3. l'art. 42, num. 3), contempla il caso in cui a rilevare è la **malattia** (di origine non professionale) **in sé e per sé**, quale causa di assenza dal posto di lavoro, senza che assuma rilievo la circostanza che il lavoratore sia inidoneo allo svolgimento delle proprie mansioni: in tal caso, il licenziamento è vietato per il periodo corrispondente alla prognosi medica, e in ogni caso non superiore al periodo di comportamento, la cui quantificazione è operata dalla legge.

Le prime due disposizioni, così, configurano ipotesi di impossibilità (totale o parziale, ma) permanente o definitiva del lavoratore all'adempimento della propria prestazione lavorativa (per effetto, rispettivamente, di un infortunio o di una malattia extra-professionali o viceversa

567 Cfr. *supra*, Capitolo Terzo, paragrafo c, nella parte dedicata all'analisi del licenziamento con preavviso (art. 40 della *Employment Contract Law*).

eziologicamente cagionate dal rapporto di lavoro), mentre per l'art. 42, num. 3), ora in esame, l'assenza per malattia – dotata di rilievo autonomo ed a prescindere da ogni ipotesi di inidoneità allo svolgimento delle mansioni – costituisce una **causa di impossibilità temporanea** nell'adempimento della prestazione del lavoratore.

Durante tale periodo il rapporto prosegue in maniera, per così dire, patologica, in quanto per l'appunto il datore di lavoro, nella sua posizione di creditore dell'attività lavorativa oggetto del contratto, non può esigere l'adempimento della controparte, e viene pertanto impedito il soddisfacimento del suo interesse all'ottenimento della prestazione.

Ora, il diritto civile insegna che nei casi di impossibilità temporanea della prestazione (art. 1256 c.c.) il rapporto obbligatorio in essere tra le parti incontra una sorta di sospensione, in quanto “*il debitore, finché essa [l'impossibilità] perdura, non è responsabile del ritardo nell'adempimento; tuttavia l'obbligazione si estingue se l'impossibilità perdura fino a quando, in relazione al titolo dell'obbligazione o alla natura dell'oggetto, il creditore non ha più interesse a conseguire [la prestazione]*”.

Per quanto riguarda, invece, l'ordinamento cinese, occorre dare atto che all'interno della normativa generale sui contratti, rappresentata dalla *Contract Law* del 1999, non v'è alcuna disposizione che prenda posizione in maniera espressa con riferimento all'impossibilità temporanea della prestazione come fa chiaramente l'art. 1256 del codice civile italiano.

Le uniche due norme della *Contract Law* che appaiono rilevanti nel caso di specie consistono rispettivamente:

a- nell'art. 94 – rubricato “*Legally prescribed conditions giving rise to termination right*” –, il quale legittima ciascuna parte a risolvere il contratto, tra gli altri casi, anche quando “*(iv) the other party delayed performance or otherwise breached the contract, thereby frustrating the purpose of the contract*”. La disposizione in esame, quindi, consente la **risoluzione** del contratto nel caso in cui il ritardato o mancato adempimento della prestazione da parte del debitore renda inutile lo scopo del contratto e, così, il soddisfacimento creditorio all'ottenimento della prestazione.

La disposizione civilistica, tuttavia, non prevede alcuna ipotesi di sospensione dell'obbligazione in capo al debitore, in quanto a ben vedere non contempla il riferimento ad alcuna causa di impossibilità temporanea all'esecuzione.

b- Il ruolo dell'impossibilità emerge all'art. 110 della *Contract Law* – rubricato “*Non monetary specific performance; exceptions*” –, il quale prevede che “*where a party fails to perform, or rendered non-conforming performance of, a non-monetary obligation, the other party may require performance, except where: (i) performance is impossible in law or in fact [...]*”.

Ecco comparire, sia pure in maniera specifica e non sistematica, il concetto dell'impossibilità di rendere la prestazione, che è contemplata esclusivamente per le obbligazioni di natura non monetaria (cioè le c.d. obbligazioni di fare, tra le quali rientra naturalmente anche l'obbligazione in capo al prestatore di lavoro), impossibilità al ricorrere della quale non sorge il diritto del creditore a richiedere l'esecuzione del contratto in forma specifica (contemplata quale alternativa rispetto al potere di risoluzione del contratto, come abbiamo visto previsto dall'art. 94).

Così, nel caso in cui sussista una causa di impossibilità in diritto o in fatto di rendere la prestazione, il creditore non è legittimato a richiederne l'esecuzione della prestazione in forma specifica; sarà, invece, legittimato a risolvere il contratto.

Il riferimento all'impossibilità, pertanto, non è di alcun ausilio nell'individuazione del substrato civilistico dell'art. 42, num. 3), della *Employment Contract Law*, proprio in quanto la *Contract Law* non contempla l'impossibilità temporanea della prestazione quale causa escludente il sorgere del potere del creditore di risolvere il contratto a seguito dell'inadempimento del debitore.

Il problema consiste, in altri termini, nel fatto che l'impossibilità di eseguire la prestazione è prevista solo dall'art. 110 della *Contract Law*, quale causa rilevante per escludere la legittimazione del creditore di richiedere l'esecuzione della prestazione in forma specifica; ma non è prevista anche dall'art. 94, quale causa che escluda il potere del creditore di risolvere il contratto.

Così, secondo la legge generale in materia di contratti, nel caso in cui il debitore sia inadempiente in quanto non esegue esattamente la prestazione dovuta, il creditore è legittimato a porre in essere la risoluzione del contratto anche qualora la mancata esecuzione dipenda da una causa di impossibilità sopravvenuta di rendere la prestazione⁵⁶⁸.

L'elemento problematico del diritto contrattuale cinese pertanto, è la mancanza di una norma che, parimenti all'art. 1256 del codice italiano, escluda la possibilità (non solo di domandare l'esecuzione della prestazione in forma specifica, cui provvede l'art. 110, ma anche) di risolvere il contratto in caso di impossibilità temporanea della prestazione.

L'unico modo per ricollegare la disposizione di cui all'art. 42, num. 3), della *Employment Contract Law* alla disciplina civilistica generale in materia contrattuale, consiste pertanto nel considerare tale disposizione come una delle ipotesi di legge cui l'art. 94 della *Contract Law* fa riferimento per escludere il potere risolutivo in capo al creditore insoddisfatto, così attribuendo alla norma speciale giuslavoristica una portata auto-referenziale.

La disposizione giuslavoristica, infatti, altro non fa che prevedere una ipotesi di impossibilità temporanea e di fatto della prestazione quale causa escludente la possibilità per il creditore della prestazione lavorativa non eseguita a cagione di quella causa di impossibilità, di porre in essere la risoluzione del contratto di lavoro, di fatto vietando il licenziamento del lavoratore malato impossibilitato ad eseguire la prestazione; in questo l'art. 42, num. 3) si distingue quindi dall'art. 94 della legge generale sui contratti che una simile eccezione non prevede.

Ciò chiarito in merito ai rapporti tra la *Employment Contract Law* e il diritto civile generale in materia contrattuale, occorre notare che naturalmente in capo al creditore-datore di lavoro la legge non può pretendere il mantenimento del rapporto anche quando esso, a causa della lunga durata dell'assenza del lavoratore (e quindi della impossibilità di ottenere l'adempimento della prestazione lavorativa dal debitore di questa), risulti di fatto sospeso per un tempo indefinito, a pena di onerarne il mantenimento in vita di un rapporto ormai divenuto inutile ed esclusiva fonte, per il medesimo, di oneri economici.

Così, anche nell'ordinamento cinese come in quello italiano è riconosciuto in capo a parte datoriale il potere di porre in essere il licenziamento, ma esclusivamente a seguito del decorso di un periodo di tolleranza, prima dell'integrale compimento del quale egli non può agire chiedendo l'esecuzione in forma specifica della prestazione (art. 110 della *Contract Law*) né l'estinzione del rapporto di lavoro.

Pertanto, in quell'obbligazione speciale che è il rapporto di lavoro, il creditore della prestazione non è legittimato a risolvere il rapporto in corrispondenza al sorgere della causa di sospensione, ma deve attendere fino a che la durata di tale evento impeditivo, che gli inibisce la possibilità di soddisfare il

568 E questo è dovuto, secondo la dottrina cinese maggioritaria, all'abbandono da parte della *Contract Law* del principio di colpevolezza nell'inadempimento. "In contract law theory, two basic approaches are commonly employed as the standards to impute civil liabilities, namely the fault approach and strict liability (or no fault) approach. The fault approach suggests that a party who fails to perform the contract should not be responsible for damages unless he is found in fault. Thus under the fault approach, the liability of the party who breaches the contract will be determined in consideration of both the conduct of breach and underlying fault of the party. The strict liability or no fault doctrine, on the contrary, allows a party to claim damages if the other party fails to fulfill his contractual obligation regardless of the fault of the failing party", e la stessa dottrina è chiara nel sottolineare come "the *Contract Law* on its face appears to be vague as to what standard of the liability for breach is being employed" (così Mo M. Zhang, *Chinese Contract Law: Theory and Practice*, Boston, 2006, 290, *passim*). Essa comunque conclude nel senso dell'abbandono, da parte della legge del 1999, del principio di colpevolezza. Si spiegherebbe così come mai l'art. 94 non preveda l'ipotesi dell'impossibilità temporanea nell'eseguire la prestazione quale ragione impeditiva del potere di risoluzione del contratto e della legittimazione ad agire per il risarcimento dei danni in capo alla controparte. "A liberal reading of Article 107 may suggest that the *Contract Law* abandons the fault liability rule. More precisely, Article 107 seems to be a hybrid liability regime, and adopts both the fault and the strict liability standards with an emphasis on the strict liability. This of course departs from the traditional notion of fault but follows the international trend of applying the strict liability rule" (J. Leng – W. Shen, *National Report on PRC Contract Law*, atti del convegno 2014 *Annual Conference Asian Law & Economics Association*, 2014, 30, rinvenibile online al sito <http://www.law.ntu.edu>).

proprio interesse sotteso all'instaurazione del rapporto, non assuma proporzioni tali da poter essere considerata intollerabile, ovverosia fino a quando appare corrispondente a buona fede che egli non debba essere chiamato a sopportare il mantenimento di un rapporto per lui ormai divenuto non più proficuo in ordine al raggiungimento dei propri interessi (ed anzi, soltanto fonte di costi e di oneri amministrativi).

Naturalmente la quantificazione del periodo di tempo durante il quale il datore di lavoro non può risolvere il rapporto non può dipendere da una valutazione soggettiva del singolo datore, ma deve ottenere una connotazione il più oggettiva possibile per evitare abusi e discrezionalità in un ambito in cui gli interessi in gioco sono alti da ambo le parti, consistendo in un difficile bilanciamento tra la libera iniziativa economica da un lato (in Italia, riconosciuto dall'art. 41 Cost.) e diritto al lavoro e diritto alla salute dall'altro (artt. 4 e 32 Cost.).

Per questo motivo, nell'ordinamento italiano l'art. 2110, comma 2, c.c. inibisce il licenziamento fino alla scadenza del c.d. **periodo di comportamento**, ossia del periodo – la cui quantificazione è rimessa alla contrattazione collettiva – decorso il quale non è più ritenuto equo pretendere da parte del datore di lavoro il mantenimento del rapporto, e viene quindi consentito a questi di licenziare il dipendente con preavviso o con il pagamento della relativa indennità sostitutiva (“*Nei casi indicati dal comma precedente [il quale fa riferimento appunto alle ipotesi di infortunio e di malattia, n.d.s.] l'imprenditore ha diritto di recedere dal contratto a norma dell'articolo 2118, decorso il periodo stabilito dalla legge, dalle norme corporative, dagli usi o secondo equità*”).

Anche in Cina il lavoratore malato – si sta parlando sempre di malattia non professionale – che sia costretto ad assentarsi dal posto di lavoro ha diritto ad un periodo di congedo per malattia, il c.d. *sick leave*, durante il quale egli non può essere licenziato.

A differenza che nel nostro ordinamento, tuttavia, in Cina il periodo di comportamento⁵⁶⁹ è quantificato da un provvedimento normativo statale, che può essere naturalmente derogato dai Regolamenti emanati dai Governi Locali.

In assenza di deroghe da parte di questi ultimi, il *Regulation on Medical period for the sick employees or non-occupational injured employees*, promulgato nel 1995, collega la durata del periodo di interdizione del licenziamento all'anzianità di servizio pregressa del lavoratore presso l'azienda, come dimostra la tabella che segue.

569 Per quanto riguarda il trattamento economico cui ha diritto il lavoratore durante il periodo di assenza per malattia non professionale, esso è stabilito a livello locale, mediante regolamenti emananti dai Governi delle singole Province, con conseguente diversificazione da Provincia a Provincia. Generalmente, il dipendente gode di un'indennità calcolata in una percentuale ricompresa tra il 60% e il 100% della sua retribuzione, percentuale individuabile in concreto alla luce dell'anzianità di servizio del singolo lavoratore.

Si può portare l'esempio del calcolo dell'indennità di malattia effettuato dall'apposito Regolamento attualmente in vigore presso la Municipalità di Shanghai:

- in caso di anzianità di servizio del lavoratore presso l'azienda inferiore a 2 anni → 60% della sua retribuzione mensile;
- anzianità di servizio ricompresa tra 2 e 4 anni → 70%;
- anzianità di servizio ricompresa tra 4 e 6 anni → 80%;
- anzianità di servizio ricompresa tra 6 e 8 anni → 90%;
- anzianità di servizio maggiore di 8 anni → 100% della retribuzione in godimento al lavoratore.

Nel caso, invece, in cui il periodo di assenza sia superiore ai 6 mesi consecutivi, l'indennità scende al 40% in caso di anzianità di servizio inferiore ad un anno; al 50% in caso di anzianità compresa tra 1 e 3 anni; al 60% in caso di anzianità superiore ai 3 anni.

Lo stesso Regolamento di Shanghai, peraltro, allo scopo di assicurare al lavoratore malato il godimento di un'indennità di entità tale da permettergli in ogni caso di poter far fronte alle elementari esigenze di vita, pone dei correttivi in caso di livello retributivo eccessivamente basso in godimento allo stesso. Così, nel caso in cui l'indennità di malattia, calcolata secondo le proporzioni sopra indicate, sia inferiore al 40% della media delle retribuzioni della forza-lavoro complessiva dell'azienda, o dell'80% del minimo retributivo previsto al livello municipale nell'anno precedente, essa viene innalzata sino a questa soglia-base. Inoltre, in nessun caso l'indennità percepita dal lavoratore malato può superare la retribuzione media mensile prevista a livello municipale (a Shanghai, attualmente fissata in RMB 2,892). Si pongono così gli stessi limiti, tanto verso il basso, quanto verso l'alto, che contraddistinguono ai sensi della *Employment Contract Law* la quantificazione dell'indennità di fine rapporto versata nei casi stabiliti dall'art. 46, sulla quale si veda *infra*, Capitolo Quinto.

Anzianità di servizio del dipendente	Periodo di comporto	Periodo massimo di riferimento⁵⁷⁰
Periodo complessivo di impiego < 10 anni Anzianità presso l'azienda attuale < 5 anni	3 mesi	Entro 6 mesi
Periodo complessivo di impiego < 10 anni Anzianità presso l'azienda attuale > 5 anni	6 mesi	Entro 12 mesi
Periodo complessivo di impiego > 10 anni Anzianità presso l'azienda attuale < 5 anni	6 mesi	Entro 12 mesi
Periodo complessivo di impiego > 10 anni Anzianità presso l'azienda attuale compresa tra 5 e 10 anni	9 mesi	Entro 15 mesi
Anzianità presso l'azienda attuale compresa tra 10 e 15 anni	12 mesi	Entro 18 mesi
Anzianità presso l'azienda attuale compresa tra 15 e 20 anni	18 mesi	Entro 24 mesi
Anzianità presso l'azienda attuale > 20 anni	24 mesi	Entro 30 mesi

Come detto, la quantificazione operata dal citato *Regulation on Medical period for the sick employees or non-occupational injured employees* del 1995 può essere derogata a livello locale – nonché, eventualmente, dalla singola azienda per effetto di un contratto collettivo stipulato con la *Labor Union* – in senso migliorativo.

Di conseguenza, come nel nostro Paese il periodo di comporto cui ha diritto il lavoratore malato non può essere individuato con generalità, dovendo per la sua quantificazione aversi riguardo al contratto collettivo di volta in volta applicabile al singolo rapporto, così anche in Cina, nonostante la presenza di un Regolamento nazionale dotato di generalità in quanto applicabile per tutti i lavoratori e tutte le aziende, la situazione è comunque priva di unitarietà, proprio per effetto della possibilità derogatoria concessa ai vari Governi locali. Così, prima di rispondere a quanto ammonta in concreto il *sick leave* di un lavoratore, bisognerà prendere in considerazione il Regolamento della Provincia, della Municipalità o della Città in cui si svolge il rapporto; la mancanza di unitarietà deriva, inoltre, dalla diversa quantificazione della durata del periodo di interdizione del potere di licenziamento a seconda della pregressa anzianità di servizio del lavoratore, tanto quella complessiva quanto quella maturata in seno all'azienda presso la quale egli opera attualmente.

Al termine del periodo di comporto, il dipendente potrà essere licenziato.

La conclusione, sebbene non sia prevista in maniera espressa dall'art. 40 della *Employment Contract Law*, che non contempla una causa di licenziamento per assenza per malattia per un periodo superiore rispetto al *sick leave*, è comunque condivisa in giurisprudenza, anche sulla base

⁵⁷⁰ Il “periodo massimo di riferimento” è il periodo entro il quale deve essere calcolato il c.d. comporto per sommatoria.

della lettera dell'art. 42, num. 3), che, vietando *in negativo* il licenziamento durante il periodo di comporto, *a contrario* afferma *in positivo* la ricorribilità a tale provvedimento datoriale al termine di tale lasso temporale minimo⁵⁷¹.

Naturalmente, secondo le regole generali, in tal caso il lavoratore avrà diritto al rispetto del periodo di preavviso di 30 giorni o al pagamento di una mensilità extra di retribuzione quale relativa indennità sostitutiva⁵⁷².

Si noti, inoltre, come la disciplina dell'assenza per malattia sia integrata dalla complementare disposizione dell'art. 40, num. 1), della *Employment Contract Law*.

È vero infatti che quest'ultima disposizione prevede una diversa ragione giustificatrice del licenziamento con preavviso, come si è dinanzi spiegato, consentendolo qualora ci si trovi di fronte alla verifica, a causa della malattia, di un'incapacità sopravvenuta del lavoratore.

Ma le due ipotesi – quella dell'art. 40, num. 1), e quella dell'art. 42, num. 3) – sono complementari, come risulta dal tenore letterale della prima di esse, secondo cui può essere licenziato il dipendente che, colpito da una malattia extra-professionale, “*cannot resume his original position after the expiration of the prescribed time period for medical treatment*”.

Così, nel caso in cui il lavoratore, al termine del periodo di assenza per malattia indicato nel certificato medico ed inferiore al periodo di comporto, cioè a seguito della guarigione e della conseguente ripresa del servizio, incorra in una incapacità di attendere ai suoi compiti, egli potrà essere licenziato anche se l'assenza è stata inferiore al periodo di comporto. In tal caso, a ben vedere, la ragione del recesso è da ravvisare non nell'evento morboso in sé (cioè nell'assenza dal lavoro), ma nei suoi postumi, rappresentati dalla conseguente inidoneità professionale del lavoratore con riferimento alle sue mansioni⁵⁷³.

A tutela del lavoratore, tale disciplina normativa è integrata, da alcuni Regolamenti Amministrativi locali, dalla previsione secondo cui al termine del periodo di assenza, nel momento cioè in cui il lavoratore rientra in azienda dopo la guarigione, egli ha diritto ad una sorta di “periodo di riassetamento”, un periodo cioè nel quale egli non può essere sottoposto a verifica datoriale sulla sua perdurante idoneità e capacità lavorativa.

Per esempio, secondo un Regolamento vigente nella Municipalità di Shanghai, il datore di lavoro deve concedere al lavoratore che rientri in servizio dopo un'assenza per malattia un “congruo termine” – la cui durata non viene peraltro specificata dal provvedimento – per dimostrare di essere ancora in grado di svolgere proficuamente la prestazione lavorativa: in caso contrario, potrà venire in rilievo un'ipotesi di licenziamento, ai sensi dell'art. 40, num. 1), della legge.

Da notare infine che, secondo un Regolamento emanato dal Ministero delle Risorse Umane e della Sicurezza Sociale nel 1995, le c.d. Provisions regarding Medical Treatment Period for Diseases or Non-work-related Injuries of Enterprise Employees, in presenza di determinate tipologie di malattie

571 In Italia, al contrario, l'art. 2110 c.c. afferma espressamente la sussistenza del potere datoriale di estinguere il rapporto di lavoro per un'assenza per malattia superiore al periodo minimo di tolleranza coincidente con il periodo di comporto.

572 Oltre alle indennità eventualmente previste a livello locale. Per esempio, un Regolamento Amministrativo in vigore a Shanghai prevede che, in caso di licenziamento per scadenza del periodo di comporto, il datore di lavoro debba corrispondere al lavoratore un'indennità pari a sei mesi della sua retribuzione (ad eccezione che nel caso in cui venga in rilievo l'art. 45 della *Employment Contract Law*, cioè del caso in cui durante il periodo di comporto sia venuto a scadenza il termine apposto al contratto a tempo determinato e, per effetto appunto dell'art. 45, tale termine sia stato *ipso jure* esteso sino alla scadenza del periodo di comporto; in tal caso evidentemente il Governo di Shanghai ha ritenuto sufficiente la tutela “estensiva” del termine apposto al contratto prevista dall'art. 45, escludendo quindi l'operare della tutela aggiuntiva dell'indennità di sei mesi da parte del datore di lavoro).

573 Così, potrebbe dirsi con sottigliezza che, nella situazione contemplata dall'art. 40, num. 1), cioè a seguito del rientro al lavoro da parte del dipendente, il suo inadempimento diviene, da *totale ma temporaneo* (come era durante la sua assenza *tout court* dal lavoro per effetto della malattia o dell'infortunio durante il periodo di prognosi), *parziale ma definitivo*: egli infatti si reca a lavoro e svolge la propria prestazione, ma in modalità non soddisfacente per il datore di lavoro, alla luce della sua inidoneità alle mansioni contrattualmente previste. Ecco che in capo al datore di lavoro – e poi alla Corte, in caso di proposizione di un giudizio di impugnazione – è rimessa la valutazione circa la gravità dell'inidoneità e, cioè circa la tollerabilità o meno dell'inesattezza dell'adempimento.

particolarmente gravi, in relazione alle quali non è accertata la possibilità di guarigione prima del periodo di 24 mesi⁵⁷⁴, il periodo di comporto può essere elevato in base ad un accordo tra il lavoratore colpito dall'evento morboso e il datore di lavoro, con l'intervento del Labor Bureau territorialmente competente.

Tale previsione, tuttavia, è soggetta ad interpretazioni differenti a seconda del contesto locale di riferimento.

In alcuni luoghi, essa viene interpretata nel senso che essa non avrebbe la funzione di estendere automaticamente il periodo di comporto a 24 mesi, nel caso di insorgenza di una delle malattie considerate.

Ai sensi delle Answers to Questions on Trial of Labor Disputes (IV) (c.d. "Answers (IV)") emanate dalla Alta Corte del Popolo della Provincia del Zhejiang il 30 dicembre 2016, infatti, la disposizione citata non modificherebbe il periodo di comporto individuato sulla base dei criteri ordinari individuati dal Regulation on Medical period for the sick employees or non-occupational injured employees del 1995, e cioè sulla base dell'anzianità di servizio (totale e alle dipendenze dell'impresa attuale) del lavoratore. Il periodo di esenzione dal licenziamento, al contrario, può essere esteso per un periodo anche diverso da 24 mesi, se emerge che la malattia prognosticamente non può guarire entro i 24 mesi. La durata dell'estensione del periodo di comporto, così, rientra nell'accordo che dovranno trovare le parti del rapporto.

Tuttavia in altri contesti locali (come nella Municipalità di Pechino e nelle Province dello Jiangsu e dello Hunan) è invalsa l'opposta interpretazione, di portata più favorevole per il lavoratore malato, secondo la quale la presenza di una delle gravi patologie indicate delle Disposizioni Ministeriali del 1995 avrebbe l'effetto di estendere automaticamente a 24 mesi il periodo di interdizione del licenziamento ai sensi dell'art. 42, num. 3), della *Employment Contract Law*.

Se questa è la disciplina vigente in materia di licenziamento per superamento del periodo di comporto, occorre operare un confronto relativamente alla modalità con la quale i due ordinamenti reagiscono ad un recesso intimato ad un lavoratore assente per malattia prima che sia integralmente decorso il periodo di tolleranza stabilito, rispettivamente, dal contratto collettivo applicato al rapporto e dal *Regulation on Medical period for the sick employees or non-occupational injured employees* del 1995 (e dalle eventuali deroghe da parte dei Regolamenti locali).

In Italia, si assiste ad un regime di tutela differenziato:

- per quanto riguarda i lavoratori rientranti nell'ambito di applicazione dell'art. 18 St. Lav., tale licenziamento sarà annullato dal Giudice, il quale applicherà la tutela reintegratoria, sia pure nella sua forma attenuata, consistente nell'ordine al datore di lavoro di reintegrare il lavoratore nel posto di lavoro e di corrispondergli tutte le retribuzioni che avrebbe percepito in mancanza del licenziamento illegittimo, fino ad un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto (art. 18, comma 6, St. Lav.⁵⁷⁵);

- per quanto riguarda, invece, i lavoratori assunti con contratto di lavoro a tutele crescenti (*ex d. lgs. n. 23 del 2015*, ovvero tutti coloro assunti a seguito del 6 marzo 2015), la questione ha affaticato notevolmente la dottrina intervenuta subito dopo l'intervento legislativo in parola, stante la mancata previsione di tale causa di illegittimità da parte del decreto delegato.

In relazione ai c.d. neo-assunti la tutela applicabile consiste, secondo l'orientamento maggioritario, nella tutela indennitaria⁵⁷⁶.

⁵⁷⁴ Il provvedimento cita come esempi il cancro, una psicosi, una paralisi.

⁵⁷⁵ Il quale dispone, espressamente, che "il giudice applica la medesima disciplina di cui al quarto comma del presente articolo nell'ipotesi in cui accerti [...] che il licenziamento è stato intimato in violazione dell'articolo 2110, secondo comma, del codice civile".

⁵⁷⁶ La questione, invero, è molto complessa ed è stata fin da subito molto dibattuta al momento dell'entrata in vigore del d. lgs. n. 23/2015, in quanto esso non prende posizione in maniera esplicita sulla tutela a favore del lavoratore licenziato prima della scadenza del periodo di comporto, a differenza dell'art. 18 St. Lav. in quale, al comma 6, espressamente prevede il secondo livello di tutela. Secondo una prima lettura, il licenziamento per scadenza del periodo di comporto potrebbe rappresentare un'ipotesi equiparabile alla "disabilità in senso atecnico", ovvero

In Cina, invece, non si pone alcun problema. Come già notato in precedenza riguardo al licenziamento discriminatorio, infatti, la tutela che l'art. 48 della *Employment Contract Law* accorda al lavoratore vittima di un licenziamento illegittimo prescinde totalmente dalla causa della illegittimità, con la conseguenza che la disciplina sanzionatoria costruita da tale disposizione (con la scelta del lavoratore se chiedere la reintegrazione in servizio o una semplice indennità economica) troverà pacifica applicazione anche nel caso di cui ci stiamo occupando.

4.1.4 Il divieto di licenziamento della lavoratrice durante il periodo di gravidanza, di puerperio o di allattamento

Tale fattispecie di divieto di licenziamento costituisce, all'evidenza, l'omologa della relativa fattispecie italiana, di cui al già citato art. 54 del d. lgs. n. 151/2001.

Sul punto, vi sono tuttavia delle differenze significative, che meritano di essere evidenziate.

In primo luogo, l'art. 54 del Testo Unico italiano sulla maternità e sulla paternità tutela, per l'appunto, anche il padre lavoratore. Pure quest'ultimo, infatti, non potrà essere licenziato, nel caso di fruizione del congedo di paternità, durante il congedo stesso e fino al compimento di un anno di età del bambino.

all'idoneità psico-fisica del lavoratore ai sensi dell'art. 2, comma 4, del d.lgs. n. 23/2015, con la conseguente applicazione della tutela reintegratoria (F. Scarpelli, *Un primo commento alla nuova disciplina dei rapporti di lavoro a tempo indeterminato: cambia profondamente il quadro delle tutele*, in Newsletter di Wikilabour, 20 febbraio 2015, 5). Una seconda linea interpretativa, che pone l'attenzione sul carattere di specialità del licenziamento per scadenza del periodo di comporto ai sensi dell'art. 2110 c.c., individua nel caso in esame un'ipotesi di nullità per contrasto con una norma imperativa, con l'effetto di assoggettare il recesso intimato in violazione di quest'ultima, attraverso una interpretazione estensiva costituzionalmente orientata, alla disciplina dell'art. 2 del decreto (V. Speciale, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra law and economics e vincoli costituzionali*, in W.P. C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" IT, 2015, 259). Un terzo filone esegetico, nel valorizzare, tanto la mancata menzione all'art. 2, comma 4, d. lgs. n. 23/2015 del recesso intimato in violazione dell'art. 2110, comma 2, c.c., quanto l'espressa qualificazione del licenziamento del lavoratore disabile come "oggettivo", escluderebbe l'estensione della tutela reintegratoria al licenziamento per scadenza del periodo di comporto, con la conseguente applicazione della mera sanzione indennitaria (F. Carinci, *Un contratto alla ricerca di una sua identità: il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti, ai sensi della bozza del decreto legislativo 24 dicembre 2014*, in F. Carinci, M. Tiraboschi (a cura di), *I decreti attuativi del Jobs Act: prima lettura e interpretazioni*, Modena, 2015, 65 ss.). Quest'ultima sembra essere la soluzione maggiormente condivisa; cfr. E. Massi, *Il licenziamento per superamento del periodo di comporto per i nuovi assunti*, www.dotrinalavoro.it: "per i lavoratori neo assunti la eventuale nullità, prevista all'art. 2, è soltanto quella dei casi espressamente previsti dalla legge, e quello legato al mancato superamento del periodo di comporto (ad esempio, perché il datore di lavoro ha errato il computo, sia pure per pochissimi giorni), non rientra tra tali ipotesi. Da ciò discende, a mio avviso, che la soluzione non possa che essere trovata all'interno della previsione contenuta nell'art. 3, comma 1, ove si afferma che nelle ipotesi in cui non ricorrano gli estremi per il licenziamento dovuto a giustificato motivo oggettivo, soggettivo o giusta causa, il giudice dichiara estinto il rapporto di lavoro alla data del recesso e condanna il datore di lavoro al pagamento di una indennità correlata alla anzianità di servizio pari a due mensilità dell'ultima retribuzione utile per il calcolo del trattamento di fine rapporto, partendo da una base di quattro e per un massimo di ventiquattro: questi valori sono ridotti della metà, con un tetto massimo a sei mensilità, per i datori di lavoro che occupano fino a quindici dipendenti (cinque per le imprese agricole)". Più problematico R. Voza, *Licenziamento e malattia: i silenzi del legislatore*, in W.P. C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" IT, 2015, 248: "Il legislatore ha scelto di non regolare il licenziamento per malattia, consegnandolo all'interprete. E l'interprete deve scegliere: o applica ai neo-assunti l'art. 18 Stat. lav., in quanto norma più prossima alla fattispecie da regolare, con la conseguenza di avallare un trattamento inferiore rispetto a quello valevole al di fuori del campo di applicazione della norma statutaria (per la ragione sopra esposta), oppure – con uno scatto di reni – richiama in campo il regime civilistico della nullità, con la conseguenza (ancor più paradossale, se si pensa all'intera ratio del Jobs Act), di trattare in senso più favorevole proprio i lavoratori neo-assunti rispetto a quanto previsto dall'art. 18 Stat. Lav.".

L'ordinamento cinese, invece, non ha esteso alcuna delle disposizioni a tutela della maternità anche al padre lavoratore, con conseguente inutilità di apprestamento di un divieto di licenziamento di questi in dipendenza di una richiesta di congedo⁵⁷⁷.

Il d. lgs. n. 151/2001, inoltre, contempla anche le ipotesi di affidamento e di adozione, specificando (comma 9 dell'art. 54) che in queste ipotesi il divieto di licenziamento si applica fino ad un anno dall'ingresso del minore nel nucleo familiare⁵⁷⁸.

La tutela della gravidanza nell'ordinamento cinese

Stante l'affinità della materia, appare ora opportuno riepilogare brevemente quali siano gli strumenti con i quali l'ordinamento cinese tuteli la posizione della donna lavoratrice in stato di gravidanza.

Tale materia è regolata da una apposita legge di recente emanazione, le *Special Rules on the Labor Protection of Female Employees*, promulgata ed entrata in vigore nell'aprile del 2012, la quale ha introdotto una tutela complementare rispetto a quanto già previsto, a soli fini anti-discriminatori, dalla *Law on the Protection of Women's Rights and Interests*.

I diritti che le *Special Rules on the Labor Protection of Female Employees* pongono a favore della lavoratrice in concessione con il suo stato di gravidanza sono i seguenti:

- divieto di riduzione della retribuzione, o di attribuzione a mansioni inferiori, o di licenziamento della lavoratrice (art. 5, che, disponendo che “*no employer shall reduce the wages of, dismiss, or rescind the labor or employment contract with a female employee due to pregnancy, childbirth or breast feeding*”, riprende i divieti anti-discriminatori già contenuti all'art. 27 della *Law on the Protection of Women's Rights and Interests*);
- proibizione del lavoro notturno e del lavoro straordinario, a partire dal settimo mese di gravidanza e durante l'allattamento (art. 6, comma 2);
- il diritto a visite di controllo prenatali regolarmente retribuite (le assenze della lavoratrice dal lavoro in concomitanza con tali visite, anzi, non vengono propriamente considerate assenze, sia pure retribuite, in quanto la legge prescrive che il tempo impiegato per la loro effettuazione sia considerato orario lavorativo normale; art. 6, comma 3);
- nel caso di inidoneità della lavoratrice allo svolgimento delle proprie mansioni abituali, provata da un certificato medico, ella ha diritto ad una riduzione del suo carico di lavoro o, in alternativa, di essere assegnata a nuove mansioni compatibili con le proprie condizioni fisiche e psichiche, in un'ottica di tutela della salute sua e del nascituro (art. 6, comma 1);
- diritto ai seguenti **permessi** (art. 7):

a) un totale di 98 giorni di congedo di maternità⁵⁷⁹, di cui 15 prima della nascita.

577 Invero, alcuni Regolamenti emanati dai Governi locali attribuiscono anche al padre lavoratore diritti collegati alla nascita di un figlio, sotto forma di appositi congedi. Il fatto, tuttavia, che tali diritti non siano previsti a livello nazionale crea un vuoto normativo relativamente alla loro tutela nei confronti di un recesso datoriale.

578 Con l'ulteriore specificazione per cui “*in caso di adozione internazionale, il divieto opera dal momento della comunicazione della proposta di incontro con il minore adottando [...], ovvero della comunicazione dell'invito a recarsi all'estero per ricevere la proposta di abbinamento*”, sempre per un periodo di un anno dall'ingresso del minore nel nucleo familiare.

579 O della superiore durata individuata dai Regolamenti locali; a titolo di esempio, si può citare il Regolamento della Provincia del Guandong che ha elevato il *maternity leave* a 178 giorni per effetto di un recente provvedimento del 29 settembre 2016. L'allungamento del congedo di maternità di ben 80 giorni rispetto a quelli previsti dalla legge nazionale è espressamente subordinato al rispetto, da parte della lavoratrice, della legislazione in materia di programmazione familiare, in merito alla quale cfr. *supra*, Capitolo Terzo. La Provincia del Guandong si dimostra molto attiva nella predisposizione di strumenti di tutela della lavoratrice in gravidanza e della lavoratrice madre, avendo emanato a pochi mesi di distanza un ulteriore Regolamento, il c.d. *Implementing Measures of Guangdong Province for Regulations on the Labor Protection of Female Employees*, entrato in vigore il 1° febbraio 2017, il quale prevede il diritto della donna a godere di un periodo di aspettativa al termine del congedo di maternità, fino al compimento di un anno di età del figlio (la retribuzione per tale periodo di aspettativa, secondo il Regolamento, sarà oggetto di apposita negoziazione tra le parti), oltretutto di pause retribuite per allattamento fino al compimento di un anno di età del figlio.

Durante tale congedo, la lavoratrice madre gode della corresponsione non già dell'ordinaria retribuzione dalla stessa goduta (o di una sua percentuale, come accade in Italia ai sensi del d. lgs n. 151/2001), bensì di una prestazione previdenziale il cui importo è calcolato sulla base della media delle retribuzioni pagate dal datore di lavoro alla complessiva forza lavoro dell'azienda (il che, come si vede, "penalizza" le lavoratrici che godono di un stipendio più alto rispetto alla media dell'azienda)⁵⁸⁰;

b) permesso di 15 giorni in caso di parto distocico;

c) permesso di ulteriori 15 giorni in caso di parto gemellare (con l'aggiunta di ulteriori 15 giorni in caso di ogni gemello "aggiuntivo");

d) in caso di aborto, la donna ha diritto ad un congedo di 15 o di 42 giorni, a seconda che l'evento interruttivo della gravidanza avvenga entro od oltre i quattro mesi dall'inizio della gestazione.

Tuttavia, i termini di cui sopra differiscono molto a livello locale, essendo derogabili da parte dei Governi delle varie Regioni, Province e Municipalità mediante regolamento amministrativo⁵⁸¹.

I datori di lavoro devono inoltre concedere almeno un'ora al giorno⁵⁸² di permesso retribuito per le lavoratrici madri che necessitino di allattare, e ciò fino al momento in cui il figlio compie un anno di età (art. 9).

Da notare, infine, che i Regolamenti locali emanati in alcune Province e Municipalità prevedono altresì il diritto del padre al godimento di un congedo di paternità, per un periodo differente a seconda dei vari contesti locali, che va da un minimo di 7 giorni (nelle Province del Tianjin e dello Shandong) ad un massimo di 30 giorni (nelle Province dello Yunnan e del Gansu)⁵⁸³.

Le eventuali violazioni delle disposizioni in materia di permessi e congedi e di divieto del lavoro

Nelle Municipalità di Pechino e Shanghai, invece, il congedo di maternità è in entrambe di 118 giorni, disponendo i rispettivi regolamenti un aumento della durata di 30 giorni rispetto al periodo minimo stabilito dalla legge.

580 Ai sensi dell'art. 8 delle *Special Rules on the Labor Protection of Female Employees*, infatti, "*the maternity subsidy for female employees who have participated in maternity insurance during their maternity leave shall be paid by the maternity insurance fund and calculated on the basis of the average monthly wages of employees paid by employers during the previous year*". La disposizione è interessante poichè afferma anche che, nel caso in cui la lavoratrice non sia iscritta al fondo di previdenza per la tutela della maternità (evidentemente a causa di un'omissione da parte del datore di lavoro), allora in questo caso l'indennità le sarà corrisposta dal datore di lavoro medesimo e sarà calcolata sulla base del livello retributivo non generale, ma della singola dipendente: "*the maternity subsidy for female employees who have not participated in maternity insurance shall be paid by the employers and calculated on the basis of the wages of female employees prior to their maternity leave*".

581 Alcuni Regolamenti locali, oltre a derogare la legislazione nazionale dal punto di vista quantitativo, prevedono altresì dei diritti aggiuntivi: si pensi, per esempio, allo *Jiangsu Province Population and Family Planning Regulation* della Provincia dello Jangsu, il quale stabilisce che il datore di lavoro debba concedere un congedo aggiuntivo di 30 giorni in caso di parto in età inoltrata e un permesso di 10 giorni anche per il marito.

In generale, si ha modo di osservare un fermento in questi ultimi mesi da parte dei Governi locali, in quanto, oltre al nuovo Regolamento del Guangdong del 1° febbraio 2017 citato in nota precedentemente, anche altre due Province hanno emanato degli interventi normativi nel corso dei primi mesi del 2017.

Le *Provisions of Tianjin Municipality for Protecting the Rights and Interests of Women*, entrato in vigore il 1° marzo 2017, riconosce alla lavoratrice che abbia difficoltà nel gestire la famiglia a seguito del termine del congedo di maternità un ulteriore periodo di aspettativa retribuita all'80% (salvo accordi migliorativi con il datore di lavoro) per un massimo di sei mesi; viene espressamente stabilito che il godimento di tale ulteriore diritto non può costituire ragione per successive decisioni datoriali sfavorevoli alla lavoratrice in tema di progressione di carriera, interventi salariali, o per il calcolo dell'anzianità di servizio.

Il 9 febbraio 2017 è stato pubblicato, in attesa dell'entrata in vigore ufficiale, un ulteriore Regolamento della Provincia dello Jiangsu, il *Regulations on the Implementation of Special Provisions for the Labor Protection of Female Employees*, che contiene delle disposizioni migliorative per il caso di aborto della lavoratrice, oltre che la possibilità di accordare limitazioni di orario di lavoro per le lavoratrici già nel primo trimestre di gravidanza. Tale Regolamento inoltre tenta di arginare il fenomeno delle molestie sessuali sul luogo di lavoro, affermando espressamente il diritto della lavoratrice a dimettersi con corresponsione dell'indennità economica di cui all'art. 46 della *Employment Contract Law* in ogni caso di molestia a sfondo sessuale.

582 Questo diritto, riconosciuto sino al compimento di un anno di età del bambino, in caso di parto gemellare o pluri-gemellare ricomprende un'ora aggiuntiva per ogni figlio partorito.

583 Nelle Municipalità di Pechino e Shanghai e nella Provincia del Guangdong il congedo di paternità è di 15, 10 e 15 giorni rispettivamente.

notturno e straordinario sono sanzionate anche a livello amministrativo (art. 13).

Purtroppo, nonostante la predisposizione di tali normative⁵⁸⁴, il cui *enforcement* giudiziale peraltro è ancora ben lungi dall'essere completo ed effettivo, la strada da percorrere per assicurare una piena parità di diritti tra uomo e donna sul luogo di lavoro sembra ancora lunga⁵⁸⁵, come dimostrano i risultati di recenti sondaggi sull'argomento⁵⁸⁶.

Questo complessivo regime di tutela apportato dalle *Special Rules on the Labor Protection of Female Employees* è integrato e reso effettivo dal divieto di licenziamento della lavoratrice di cui all'art. 42, num. 4), della *Employment Contract Law*.

Esso è previsto in relazione a tre momenti temporali distinti:

584 Sul cui effetto potenzialmente “controproducente” nella prassi sembra ancor valido, nonostante l’implementazione legislativa operata in Cina per la tutela della donna sul luogo di lavoro negli ultimi anni (e forse, anzi, proprio a cagione di essa) quanto evidenziato da C. J. Ogletree – R. de Silva de Alwis, *When Gender Differences Become a Trap: The Impact of China’s Labor Law on Women*, in *Yale Journal of Law & Feminism*, Vol. 14: Iss. 1, Article 3, 2002, 70 e ss., *passim*: “China’s labor law guarantees protection for women during pregnancy, nursing, child birth and neo-natal care. The law stipulates that all female workers are entitled to no fewer than ninety days of maternity leave, but these provisions make women easy targets when enterprises seek to eliminate redundant staff. [...] Effectuating these laws without a sound enforcement infrastructure only adds to the burdens of women seeking employment. [...] Women’s employment opportunities are also limited by laws that prevent them from performing certain physically arduous jobs. Women are altogether prohibited from engaging in work that is considered particularly hazardous, such as mining on hills or underground, scaffolding work, work that involves logging timber, high altitude work that entails continuously carrying the weight of twenty kilograms or carrying over twenty-five kilograms at different intervals, and other work categorized as physically intense. Furthermore, the law provides that pregnant female workers shall not engage in work involving high intensity physical labor, as defined by the State”.

585 Ed è per questo che il Consiglio di Stato, nel 2011, ha lanciato un programma decennale, il c.d. “*National Program on the Development of Chinese Women*”, allo scopo di implementare la piena parità di diritti sul luogo di lavoro e di eliminare le discriminazioni ancora sussistenti nella prassi.

586 Si può citare il sondaggio riguardante la situazione delle donne lavoratrici nel territorio cinese effettuato nel gennaio 2017 dalla società Zhaopin, con sede a Pechino, la cui attendibilità sembra confermata da quanto si legge sul suo sito internet (“*Zhaopin’s website is the most popular career platform in China as measured by average daily unique visitors in each of the 12 months ended December 31, 2016, the number of registered users as of December 31, 2016 and the number of unique customers for the three months ended December 31, 2016*”). Il sondaggio, effettuato su un campione di 40.200 donne lavoratrici, ha offerto, quale risultato principale, la loro decrescente intenzione di fare figli, e ciò proprio a causa, oltre che delle crescenti spese necessarie per l’allevamento di un figlio, anche della pressione, spesso difficilmente sostenibile, che avvertono sul luogo di lavoro.

In particolare, è emerso che il 40,1% delle donne lavoratrici intervistate che al momento siano senza figli non si sono dichiarate disposte ad averne in futuro, dato che arriva al 62,7% per le donne che hanno già un figlio (nonostante le recenti aperture poste dalla nuova legge in materia di programmazione familiare dello Stato, della quale si è dato atto nel Capitolo Terzo, che, superando la politica del figlio unico, consente ora la nascita di due figli per coppia, con deroghe che permettono anche il terzo figlio a certe condizioni). Le ragioni principali addotte in relazione a tale disposizione in ordine alla programmazione familiare sono “la mancanza di tempo e di energia” (41,9%), “i costi troppo alti per crescere un figlio” (36,9%) e “le incidenze che la nascita di un figlio avrebbe sul progresso della carriera lavorativa” (35,2%). Il 63,4% delle intervistate è del parere che la gravidanza e la nascita di un figlio avrebbe un impatto negativo sulla propria carriera; opinione condivisa dal 48,6% degli uomini.

È emerso inoltre che se, prima di avere un figlio, le lavoratrici orientavano le proprie scelte professionali alla luce di fattori quali il livello retributivo (76,5%), l’ambiente di lavoro (46,4%) e la distanza casa-azienda (45,9%), dopo la nascita di un figlio la priorità è attribuita alla distanza tra casa e sede di lavoro (81,0%), la retribuzione (68,7%), e la pressione da sopportare sul luogo di lavoro (49,7%).

Un dato del sondaggio è idoneo ad evidenziare la scarsa effettività dei diritti concessi alle lavoratrici madri dalla legge. Ben il 32,5% delle lavoratrici intervistate ha affermato che, a seguito del proprio rientro a lavoro dopo la gravidanza e il godimento del congedo di maternità, esse hanno dovuto subire una diminuzione della retribuzione (dato in aumento rispetto alla percentuale del medesimo sondaggio effettuato nel 2016, che si attestava al 24,2%), e il 36,1% ha lamentato anche una decrescita dal punto di vista delle posizioni professionali ricoperte. Tale dato mostra come il divieto di ridurre la retribuzione e il livello di inquadramento in capo alle lavoratrici madri rimanga sulla carta in più di un terzo dei casi.

Sul sondaggio, cfr. il sito web <http://www.prnewswire.com/news-releases/zhaopin-report-found-chinas-working-women-less-keen-on-childbearing-300455793.html>.

a – a partire dallo **stato di gravidanza**, e per tutto il protrarsi dello stesso.

Anche in Cina, come in Italia, il divieto opera in connessione con lo stato oggettivo di gravidanza, a prescindere dalla conoscenza che ne abbiano, al momento dell'intimazione del licenziamento⁵⁸⁷, il datore di lavoro e financo la stessa lavoratrice. Così, qualora quest'ultima scopra solo dopo aver ricevuto la comunicazione del licenziamento che, in quel momento, era già incinta, può comunicare tale circostanza al datore di lavoro e a questi altra scelta non rimane che revocare il licenziamento (o sopportare le conseguenze che ne derivano dall'accertamento in sede giudiziale della relativa illegittimità);

b – in relazione al periodo del **puerperio**⁵⁸⁸.

Periodo, in realtà, dai contorni alquanto vaghi ed indefiniti, in quanto non idoneo, già dal punto di vista linguistico, ad esprimere un lasso temporale ben definito entro il quale ritenere operante il divieto di licenziamento in parola⁵⁸⁹.

Peraltro l'individuazione precisa del periodo del puerperio non assume un'importanza dirimente in quanto esso sarà, nella maggior parte dei casi, ricompreso all'interno del terzo periodo tutelato dall'art. 42, num. 4);

c – in relazione al periodo di **allattamento**.

Ed è proprio con riferimento a quest'ultimo periodo preso in considerazione dalla norma in esame per limitare temporalmente il divieto di licenziamento della lavoratrice madre, che la soluzione adottata dal legislatore cinese si discosta da una tutela generale – predisposta in relazione ad un periodo fisso e valido nella generalità dei casi – a favore di una tutela operante in maniera specifica, con possibili soluzioni differenziate da lavoratrice a lavoratrice.

Peraltro, si pone una questione interpretativa di non poco conto.

Si è visto sopra che la tutela della lavoratrice madre, sul piano del rapporto di lavoro, offerta dal divieto di licenziamento predisposto a suo favore dalla *Employment Contract Law*, è integrata dalle *Special Rules on the Labor Protection of Female Employees*, il cui art. 9 afferma il diritto alla concessione di almeno un'ora al giorno di permesso retribuito per espletare le necessità di allattamento del figlio, e che tale diritto è riconosciuto al massimo fino al momento in cui il figlio medesimo compie un anno di età.

Ora, non è chiaro se l'art. 9 delle *Special Rules* debba essere considerato quale sottinteso richiamo da parte dell'art. 42, num. 4), della *Employment Contract Law*, in relazione all'individuazione dell'estensione massima del periodo di interdizione del licenziamento.

In altre parole, dal momento che:

(i) il licenziamento è vietato durante il periodo di allattamento, e che

(ii) il diritto all'allattamento durante l'orario di lavoro e sul luogo di lavoro, mediante riconoscimento di un'ora di permesso retribuito per ogni giornata lavorativa, è riconosciuto al massimo sino al momento in cui il figlio compie un anno di età,

587 Lo stato di gravidanza, invece, non è idoneo ad invalidare la risoluzione consensuale del rapporto. In un caso giudiziario sottoposto alla Corte del Popolo di Dongguan nel 2013, una lavoratrice aveva risolto il rapporto di lavoro con un accordo con il datore di lavoro. Dopo venti giorni dalla stipulazione dell'accordo risolutivo consensuale, la lavoratrice aveva scoperto di essere incinta, e che lo stato di gravidanza era cominciato sei settimane prima, e dunque sussisteva già nel momento in cui aveva stipulato l'accordo con il datore di lavoro. Di conseguenza, aveva agito in via arbitrale prima e in via giudiziale poi per ottenere la pronuncia di annullamento dell'accordo di risoluzione consensuale e di reintegrazione in servizio, alla luce del fatto che ella non era a conoscenza del suo stato di gravidanza al momento in cui aveva sottoscritto l'accordo, e che se ne fosse stata a conoscenza non avrebbe concordato di terminare il rapporto di lavoro. La Corte di Dongguan, sulla base del fatto che non vi era alcuna prova in ordine alla non genuinità della volontà estintiva in capo alla lavoratrice al momento della stipulazione dell'accordo di risoluzione consensuale, e della circostanza che non esiste alcuna disposizione di legge che impedisce la risoluzione consensuale del rapporto di lavoro durante la gravidanza, al contrario che per il licenziamento, ha respinto la richiesta della lavoratrice.

588 产期, chānqī, letteralmente “periodo successivo alla nascita”.

589 Sul sito web del Ministero della Salute italiano è possibile leggere che “il puerperio è definito come il periodo di tempo che inizia subito dopo il parto e termina con il ritorno dell'apparato genitale alle condizioni anatomico-funzionali pregravidiche: convenzionalmente si assegna a tale periodo una durata di 6 settimane”. Ma appunto si tratta di una quantificazione temporale convenzionale, come conferma lo stesso Ministero.

ciò considerato, ci si deve chiedere se la circoscrizione temporale operata dall'art. 9 delle *Special Rules* nell'individuazione del diritto al permesso retribuito per allattamento (ii) debba essere o meno considerato operante anche in relazione al divieto di licenziamento (i).

Sembra preferibile la soluzione negativa.

In primo luogo, da un punto di vista meramente letterale, è possibile affermare che il legislatore ha previsto tale limite solo nell'un caso e non anche nell'altro, con la conseguenza che, qualora la lavoratrice continuasse ad allattare il figlio anche dopo che questo ha compiuto un anno di età, essa – pur non potendo accedere più al diritto al permesso di un'ora al giorno – continuerebbe tuttavia ad essere indenne da una possibile estinzione del rapporto di lavoro.

Sempre dal punto di vista letterale, del resto, non può ritenersi che l'art. 42, num. 4), nel disciplinare il periodo di allattamento, abbia dovuto implicitamente riferirsi al diritto al permesso retribuito per motivi di allattamento di cui all'art. 9 delle *Special Rules*, in quanto queste sono state emanate successivamente rispetto alla *Employment Contract Law*, con il che la suggestione di un rinvio implicito ad un diritto etero-riconosciuto come esplicantesi sino ad un anno di età del figlio non può essere condivisa.

La soluzione negativa appare, inoltre, più coerente anche dal punto di vista sostanziale e sistematico, valorizzando cioè il consueto *modus procedendi* del legislatore cinese.

Come si è avuto modo di osservare più volte, infatti, in Cina le previsioni legislative sono orientate verso l'apprestamento di una regolamentazione che tenga conto del caso di specie concreto, piuttosto che di una regolamentazione generale. Così, collegare il divieto di licenziamento al periodo di allattamento senza prevedere un limite temporale valido nella generalità dei casi, deve essere sembrato al legislatore del 2007 uno strumento idoneo ad assicurare la tutela più efficace alla (singola) lavoratrice madre, alla luce della diversificazione che il periodo di allattamento può avere da caso a caso.

Certo, ciò comporta i soliti problemi pratici di accertamento, tanto *a priori* (non potendo sapere preventivamente il datore di lavoro a partire da quando il potere di recedere tornerà operativo), quanto *a posteriori* (alla luce delle pressioni che la lavoratrice madre potrebbe essere costretta a sopportare per la cessazione dell'allattamento e il passaggio ad una nutrizione artificiale del figlio, in modo che venga meno tanto il divieto di licenziamento in parola quanto il suo diritto ai permessi retribuiti *ex art. 9* delle *Special Rules*).

La scelta di indeterminatezza da parte del legislatore cinese dà quindi adito a perplessità, pur se rispondente ad esigenze di tutela effettiva; più appropriato si forse rivela il riferimento ad un termine fisso e facilmente individuabile preventivamente come quello di cui all'art. 54 del d. lgs. n. 151/2001 vigente nel nostro ordinamento (coincidente con il compimento di un anno di età da parte del figlio).

A fronte di questa normativa, la giurisprudenza cinese è incline a giudicare illegittimo il licenziamento intimato alla lavoratrice madre nei casi in cui esso sia intervenuto nel periodo di interdizione, e non solo nei casi in cui al recesso non sia stata addotta, quale causale, alcuna seria giustificazione alternativa⁵⁹⁰, ma anche nei casi in cui il datore di lavoro abbia intimato il licenziamento sulla base di un altro motivo, ma sussistano ragioni per far ritenere decisivo, per la formazione della volontà estintiva da parte del datore di lavoro, lo stato particolare della lavoratrice. Si può riportare, a titolo di esempio, una sentenza emessa dalla Corte Popolare di base di Dongguan nel giugno 2013, la quale ha affermato l'illegittimità del licenziamento intimato ad una lavoratrice madre per giusta causa.

Si è detto sopra che anche nell'ordinamento cinese – come d'altronde in quello italiano – la previsione di un divieto di licenziamento è destinata a non operare in caso di commissione, da parte del dipendente che si trova nella situazione soggettiva che ha indotto il legislatore a tutelarla da

590 Come in un caso giudicato dalla Corte di Pechino con una pronuncia del novembre 2015, che ha condannato l'azienda (si trattava di un grande centro commerciale) al pagamento di RMB 62,237 a titolo di risarcimento danni a favore di una propria *sales manager* a seguito del licenziamento intimato mentre era in stato di gravidanza, senza che fosse stata addotta alcuna altra plausibile e seria ragione giustificatrice.

ogni forma di estinzione del rapporto di lavoro, di una condotta suscettibile di rilevare quale giusta causa di licenziamento. Ciò è espressamente previsto, in Italia, dal citato art. 54 del d. lgs. n. 151/2001, ma costituisce un principio generale; così anche in Cina non vi è bisogno di una espressa normativizzazione di esso⁵⁹¹ per far sì che le Corti comunque lo ritengano sussistente.

Se questo è vero, è vero anche che la giurisprudenza si dimostra tuttavia molto rigorosa, sul punto, nel richiedere, da parte del datore di lavoro, una dimostrazione puntuale ed inequivoca della commissione di un fatto e della sua inequivoca valorizzazione quale giusta causa di estinzione del rapporto di lavoro.

Per tale motivo, nel caso di specie la Corte di Dongguan ha ritenuto il licenziamento illegittimo. Il datore di lavoro, infatti, aveva licenziato la dipendente madre durante il puerperio a causa della commissione, da parte sua, di comportamenti vietati nel codice di condotta aziendale, quali un'assenza ingiustificata e un litigio con la direzione aziendale. La Corte ha ritenuto che i comportamenti contestati fossero sprovvisti di quella gravità tale da far ritenere applicabile alla fattispecie l'art. 39, num. 2), della *Employment Contract Law*, elementi che meritavano anzi di essere valutati con particolare attenzione alla luce della tutela apportata dalla legge alla lavoratrice madre.

Si consideri, tuttavia, che l'art. 39 prevede altre ipotesi di licenziamento in tronco, anche per motivi diversi dalla commissione di un fatto contrario al regolamento aziendale. Si pensi al num. 1), il quale legittima il datore di lavoro ad estinguere il rapporto di lavoro con un dipendente che si sia dimostrato privo delle competenze indicate nelle condizioni di assunzione. Anche in tali ipotesi, pertanto, si può discutere se la maternità della lavoratrice costituisca o meno un fattore impeditivo del licenziamento altrimenti possibile secondo l'art. 39, num. 1).

In merito a tale questione, la giurisprudenza è divisa. La maggior parte delle Corti (*in primis* quella di Pechino, che ha preso posizione in merito in maniera generale in *Minutes* del 2010), propendono per una soluzione negativa, ritenendo prioritario il divieto di licenziamento della lavoratrice in gravidanza rispetto alla previsione legittimatrice del licenziamento per mancanza delle *recruitment conditions*.

Tuttavia, si registrano alcune pronunce di segno opposto. Per esempio, la Corte di Shanghai, distretto di Jing'an, con sentenza del 2012 ha affermato la legittimità del licenziamento intimato ad una lavoratrice incinta, durante il periodo di prova, a causa della sua mancanza di capacità di scrittura, di competenze in ambito finanziario e in materia di *audit* societario, abilità che erano previste tra i requisiti per l'assunzione. La Corte sottolineò che il divieto dell'art. 42 non opera nelle ipotesi previste dall'art. 39, non solo in quella di cui al num. 2), in cui rilevano fatti disciplinarmente rilevanti, ma anche nelle altre.

4.1.5 Il divieto di licenziamento del lavoratore che “*si trova alle dipendenze del datore di lavoro da almeno 15 anni consecutivi e gli mancano meno di 5 anni al raggiungimento dell'età pensionabile*”

La quinta ipotesi di divieto di licenziamento prevista dall'art. 42 della *Employment Contract Law* è del tutto assente nell'ordinamento italiano.

Essa apporta una forma di tutela la cui *ratio* è, all'evidenza, quella di evitare che il lavoratore si trovi in quella situazione che nel nostro Paese coincide con quella dei c.d. *esodati*, ovvero soggetti che rimangono privi di occupazione in una età (lavorativa ed anagrafica) avanzata che difficilmente possa consentire ad essi il rinvenimento di un altro impiego e che purtuttavia non possono godere

⁵⁹¹ Dal punto di vista letterale, esso infatti si ricava implicitamente ed *a contrario*, dal momento che in tutte le fattispecie considerate dall'art. 42 è vietato esclusivamente il licenziamento di cui agli articoli 40 e 41, con possibilità dunque per il datore di lavoro di intimare un valido recesso in tronco nelle ipotesi caratterizzate dalla rilevanza di motivi disciplinari di cui all'art. 39.

della tutela previdenziale per il mancato raggiungimento dell'età pensionabile (se non anche dei requisiti contributivi minimi).

Per scongiurare tale situazione, la *Employment Contract Law* prevede un espresso divieto di licenziamento per motivazioni economiche di questi lavoratori.

In tal modo, a ben vedere, essa pone di fatto un espresso **criterio di scelta** che dovrà guidare l'individuazione, da parte del datore di lavoro, dei dipendenti da sacrificare in caso di sussistenza di quelle motivazioni di natura economica o finanziaria tali da rendere necessaria una riduzione dei costi mercé l'eliminazione di uno o più posti di lavoro.

In altre parole, il divieto di cui all'art. 42, num. 5), costituisce una disposizione complementare alla disciplina del licenziamento per giustificato motivo oggettivo di cui all'art. 40 o del licenziamento collettivo per riduzione di personale *ex art.* 41.

La complementarietà tra le norme risulta dalla circostanza per cui il datore di lavoro, nel porre in essere il recesso – individuale o pluripersonale – finalizzato alla riduzione dei costi aziendali nel rispetto dei requisiti fissati dagli articoli 40 e 41, dovrà tenere a mente che, laddove uno dei possibili destinatari della scelta espulsiva si trovi nelle condizioni soggettive contemplate dall'art. 42 num. 5), quest'ultimo non potrà essere licenziato, ma la sua scelta dovrà necessariamente cadere su altro dipendente.

Trattasi, naturalmente, di un criterio di scelta che, per il caso del licenziamento collettivo per riduzione di personale, ha valore maggiore rispetto a quelli indicati dall'ultimo comma dell'art. 41⁵⁹², tra i quali non figura alcuna rilevanza dell'anzianità di servizio del lavoratore.

Così, prima di prendere in considerazione i criteri di cui all'art. 41, il datore di lavoro dovrà orientare la propria scelta sulla base del divieto ora in esame di cui all'art. 42, che li precede ontologicamente e logicamente. In altre parole, i lavoratori che possano vantare 15 o più anni di servizio continuativo presso quell'azienda, e a cui manchino meno di 5 anni per accedere alla tutela pensionistica, dovranno essere esclusi dalla lizza di dipendenti al cui interno individuare quelli sacrificabili alla luce dell'esigenza datoriale di procedere alla riduzione di personale progettata, e i criteri di scelta indicati nell'art. 41 dovranno orientare la scelta estintiva solo tra gli altri lavoratori, i quali difettino di tali condizioni di anzianità anagrafica e lavorativa.

A ben vedere, la *ratio* sottesa a tale divieto appare invero non molto distante da quella sottostante la disciplina dei criteri di scelta che devono essere applicati in caso di licenziamento collettivo nell'ordinamento italiano secondo l'art. 5 della legge n. 223/1991, rappresentati da un'applicazione congiunta e coordinata⁵⁹³ degli elementi personali dei lavoratori "papabili" consistenti nell'anzianità di servizio e nei carichi di famiglia dei medesimi.

Peraltro, si faccia attenzione a non equivocare.

Sarebbe errato affermare che anche la legge cinese, come l'omologa disposizione italiana, tuteli maggiormente i dipendenti che possano vantare una maggiore anzianità aziendale rispetto ai colleghi.

Questa sarebbe un'affermazione che prova troppo, che andrebbe oltre al contenuto normativo della disposizione ora in commento.

Il num. 5) dell'art. 42, infatti, è ben lungi dal privilegiare la situazione dei dipendenti con maggiore anzianità lavorativa, ma si limita a contemplare la posizione di quelli che abbiano trascorso alle dipendenze del datore di lavoro più di 15 anni consecutivi: al di sotto di tale soglia, tutti i lavoratori, secondo la lettera della legge, sono considerati eguali, senza cioè che un dipendente con 14 anni di anzianità lavorativa possa o debba essere considerato privilegiato rispetto ad un collega che ne possa vantare un numero inferiore. Ciò è confermato dall'evidenziata assenza del fattore "anzianità di servizio" dai criteri di scelta prescritti dall'art. 41.

592 "(1) persons who have concluded fixed-term labor contracts for a relatively long term with the employing unit;

(2) persons who have concluded open-ended labor contracts with the employing unit; and

(3) persons none of whose other family members has a job or who have an elder or minor depending on his support".

Per un'analisi di tali criteri, si rinvia al Capitolo Terzo, nel paragrafo relativo al licenziamento collettivo.

593 Mediante il c.d. "sistema a punti", legittimato dalla giurisprudenza di merito.

Che poi il divieto dell'art. 42, num. 5), possa essere utilizzato in chiave interpretativa per veicolare un tale risultato, è un altro discorso: ma è importante tenere a mente tale differenza rispetto all'art. 5 della legge n. 223/1991.

Infine, si noti che nel divieto in parola manca alcun riferimento ai carichi di famiglia del lavoratore, i quali acquistano rilevanza, invece, ai sensi dell'art. 41, quale uno dei tre criteri di scelta in caso di licenziamento collettivo.

* * *

4.2 Una tutela aggiuntiva: l'estensione del contratto di lavoro a tempo determinato nelle ipotesi di divieto di licenziamento

Se queste sono le ipotesi di divieto del licenziamento previste dall'art. 42 della *Employment Contract Law*, occorre evidenziare una importante tutela aggiuntiva offerta dall'**art. 45** al lavoratore assunto con contratto a tempo determinato che si trovi in una di tali ipotesi.

Tale disposizione, a ben vedere, nonostante la sua collocazione topografica all'interno del Capitolo della legge dedicato alla "*Dissolution and Termination of the labor contract*", non dispone alcunché in materia di licenziamento, ma prevede una tutela importante ai lavoratori che, inquadrati con **contratto a tempo determinato**, si trovino in una delle condizioni previste dall'art. 42 nel momento in cui viene a scadere il termine apposto al contratto di lavoro.

Dispone infatti l'art. 45 che "*If a labor contract expires and it is under any of the circumstances as described in Article 42 of this Law, the term of the labor contract shall be extended until the disappearance of the relevant circumstance*".

Tale disposizione, cioè, prevede che nel caso in cui la scadenza del termine finale del contratto di lavoro intervenga quando il lavoratore si trovi in una delle situazioni in relazione alle quali l'art. 42 vieta il licenziamento, il rapporto non si estingue in quel momento, ma deve proseguire fino al venir meno della condizione personale ostativa al recesso di volta in volta rilevante.

Pertanto, l'art. 42 configura una serie di condizioni impeditive non solo del licenziamento, ma anche, più in generale, della cessazione del rapporto di lavoro per scadenza del termine.

È davvero evidente la portata della tutela offerta dalla legge ai lavoratori nei casi individuati dall'art. 42: essi non solo non potranno essere licenziati, ma anche, se occupati con contratto a tempo determinato, potranno godere di un'**estensione ipso jure del rapporto di lavoro sino al venir meno della condizione ostativa**.

Si pensi al caso della lavoratrice madre: nel periodo che va dall'inizio della gravidanza sino al termine dell'allattamento – quel periodo *mobile* di cui abbiamo parlato in precedenza – quel rapporto di lavoro è reso, nei fatti, non estinguibile, né per effetto di un atto negoziale del datore di lavoro, né per effetto di un fatto automatico quale la scadenza del termine apposto al contratto di lavoro⁵⁹⁴.

594 Tuttavia, alcune Corti dimostrano di limitare l'applicazione di tale norma alle circostanze nelle quali il datore di lavoro sia a conoscenza dello stato di gravidanza della lavoratrice (nelle circostanze cioè in cui sussista il rischio che sia proprio la considerazione di tale stato personale a condurre alla volontà datoriale di non rinnovare il contratto di lavoro). Si pensi a quanto disposto dalla Corte del Popolo di Tianjin con una recentissima sentenza del 2017 nel seguente caso di specie: una lavoratrice, addetta alle vendite impiegata a tempo determinato, in prossimità della scadenza del termine finale apposto al contratto di lavoro ricevette dall'azienda una proposta di rinnovo del medesimo alle stesse condizioni. Ella, tuttavia, rifiutò l'offerta, in quanto riteneva che le sue competenze nelle proprie mansioni fossero scadenti; pertanto, convenne con la società di non rinnovare il contratto e sottoscrisse così un accordo consensuale di non rinnovo contrattuale. Il rapporto, così, si estinse al momento della scadenza del termine inizialmente convenuto tra le parti nel contratto individuale di lavoro. Tuttavia, poco dopo la stipulazione di tale accordo consensuale di mancato rinnovo, la lavoratrice scoprì di essere incinta, e così agì per ottenere una sentenza che disponesse a suo favore l'annullamento dell'accordo di non rinnovo contrattuale e la sua riammissione in servizio sulla base dell'art. 45 della *Employment Contract Law*, in considerazione del fatto che la sua mancata consapevolezza del suo

L'ordinamento cinese, pertanto, in tal versante si dimostra molto più garantista di quello italiano, nel quale non è prevista alcuna ipotesi di estensione automatica del rapporto di lavoro oltre il termine finale di efficacia apposto al contratto: tant'è che l'art. 54 del d. lgs. n. 151 del 2001 ha avvertito l'opportunità di esplicitare quanto sarebbe comunque stato agevolmente ricavabile dal punto di vista sistematico, cioè che se, nel periodo di divieto di licenziamento che va dall'inizio della gestazione sino al compimento di un anno di età del figlio, il contratto di lavoro tra la lavoratrice e il datore di lavoro viene a cessare per scadenza del termine finale di efficacia, il rapporto di lavoro è destinato ad estinguersi.

Pertanto, l'art. 45 della *Employment Contract Law* configura un'ipotesi che, tutelando in maniera davvero incisiva il lavoratore, risolve decisamente a favore di quest'ultimo il bilanciamento di interessi rispetto alla controparte datoriale, che resta in una posizione di **soggezione** senza che abbia alcuna colpa nella produzione dell'evento impeditivo, e che anzi potrebbe trovarsi a dover subire condotte abusive da parte del dipendente. Si pensi al lavoratore a tempo determinato che si trovi in stato di malattia nel momento in cui il contratto venga a cessare (art. 42, num. 3): l'estensione ex art. 45 del rapporto sino al venir meno della causa impeditiva del licenziamento, ossia sino al termine del periodo di comporto, potrebbe indurlo a simulare fraudolentemente (con la collaborazione, compiacente o disinteressata, del medico) il prolungarsi della malattia sino a ricoprire, per l'appunto, tutto il periodo di comporto, in modo da poter godere della retribuzione o dell'indennità di malattia non solo fino al momento "preventivato" della scadenza del termine del contratto, ma anche oltre, fino al termine del periodo protetto.

Proprio allo scopo di non incidere eccessivamente sul datore di lavoro, il comma 2 dell'art. 45 prevede una parziale eccezione alla disciplina estensiva del rapporto anche oltre la scadenza del termine finale del contratto, per il caso relativo alla perdita dell'idoneità lavorativa in capo al lavoratore. In tal caso, infatti, la *Employment Contract Law* opera un rinvio alla disciplina di volta in volta vigente in materia previdenziale, così coinvolgendo anche lo Stato – oltre al datore di lavoro – nell'assistenza del lavoratore infortunato e il cui contratto venga a cessare proprio mentre egli si trova nell'impossibilità di adempiere alle proprie mansioni.

Occorre dare atto in tale sede, in ragione dell'affinità della materia, di altre due ipotesi previste nella legislazione cinese in cui si assiste all'automatica estensione del termine finale del contratto di lavoro a tempo determinato in ragione di un elemento esterno rispetto al rapporto di servizio.

Ambedue tali ipotesi riguardano la posizione soggettiva di lavoratori che svolgono un ruolo rilevante all'interno di un organismo sindacale, e che pertanto sono ritenuti meritevoli di una particolare forma di tutela da parte del legislatore, alla stessa stregua dei lavoratori a tempo

stato di gravidanza al momento della stipulazione dell'accordo di non rinnovo era da considerare idonea ad escludere la genuinità della sua volontà contrattuale. La Corte di Tianjin, tuttavia, rigettò le pretese della lavoratrice, sulla base della considerazione per cui tale disposizione non potesse applicarsi in tale fattispecie, in quanto il datore di lavoro non era a conoscenza dello stato di gravidanza della lavoratrice e pertanto non poteva ritenersi influenzato da tale fattore al momento della decisione di non rinnovare il contratto con lei. Anzi, nel caso di specie era stato proprio il datore di lavoro ad offrire alla dipendente la prosecuzione del rapporto mediante un rinnovo del contratto, pertanto doveva escludersi, in tale circostanza, la *ratio* sottesa all'art. 45.

Tale sentenza, a ben vedere, oltre ad evidenziare un orientamento minoritario all'interno della giurisprudenza cinese, sembra porsi in contrasto con l'opinione giurisprudenziale diffusa – ed analizzata in precedenza – secondo cui il divieto di licenziamento della donna incinta opera in connessione *oggettiva* con lo stato di gravidanza della lavoratrice, cioè a prescindere dalla consapevolezza che ne abbiano le parti al momento della manifestazione della volontà negoziale. Ora, alla luce di tale pacifico orientamento, ci si aspetterebbe che una tale connessione oggettiva dovrebbe operare, oltre che in riferimento al divieto di licenziamento di cui all'art. 42, anche in relazione alla tutela aggiuntiva prevista dall'art. 45, con la conseguenza che il contratto a termine dovrebbe automaticamente estendersi sino al termine del periodo di inibizione, indipendentemente dalla conoscenza che il datore di lavoro abbia o meno dello stato di gravidanza (e, c'è da dire, a maggior ragione nel caso di inconsapevolezza pure in capo alla stessa lavoratrice). Nel caso di specie, è probabile che ad influire sulla valutazione della Corte sia stato il fatto che il mancato rinnovo del contratto sia dipeso esclusivamente da una scelta maturata dalla stessa lavoratrice, che aveva rifiutato la relativa proposta proveniente dall'azienda ed aveva poi sottoscritto l'accordo di mancato rinnovo.

determinato che si trovano in una delle situazioni soggettive di cui all'art. 42 della *Employment Contract Law*.

La prima delle due fattispecie similari all'art. 42, della quale condividono la *ratio*, è prevista all'art. 18 della *Trade Union Law of People's Republic of China* del 1992, ai sensi del quale “*the term of labor contract for the full-time chairman, vice-chairman or member of a basic-level trade union shall be automatically extended from the date he assumes the office, and the term extended shall be equal to the term of office; if the term of labor contract left to be served by a chairman, vice-chairman or member is shorter than the term of office from the date he assumes the office, the term of the labor contract shall be automatically extended to the expiration of the term of office, except that he commits serious mistakes during the term of office or reaches the statutory age for retirement*”.

La norma prevede che, qualora il presidente, il vice-presidente o un membro direttivo⁵⁹⁵ di un'associazione sindacale di livello base siano occupati con un contratto a tempo determinato che scada durante il periodo del mandato in seno all'organismo sindacale, la scadenza del termine apposto al contratto di lavoro viene ad essere automaticamente posticipata sino a coincidere con la cessazione del ruolo sindacale.

La *ratio* sottesa alla norma in esame è la stessa di cui all'art. 45 della *Employment Contract Law*, ossia di evitare che la decisione datoriale relativa all'opportunità o meno di rinnovare il contratto sia influenzata dallo svolgimento dell'attività sindacale da parte del lavoratore; trattasi, pertanto, di una norma avente natura e finalità anti-discriminatorie⁵⁹⁶.

Pertanto, dal punto di vista letterale non è chiaro se il contratto di lavoro debba essere esteso fino al momento della cessazione del mandato già in essere al momento della scadenza originaria del termine, oppure se l'eventuale successiva rielezione da parte del dipendente sia idonea a “spostare” ulteriormente avanti nel tempo il momento dell'estinzione automatica del rapporto di lavoro.

In altre parole, non è chiaro se, in caso di rielezione del dipendente nel ruolo di presidente o di vice-presidente o come semplice membro dell'associazione sindacale il termine (quello originario, oppure quello già posticipato una volta) sia soggetto ad una nuova posticipazione.

La lettera della disposizione non offre alcun argomento per risolvere la questione. Una risposta affermativa presterebbe effetti forse troppo penalizzanti nei confronti del datore di lavoro che, al momento dell'assunzione, aveva stabilito la scadenza del termine sulla base delle esigenze produttive dell'azienda, salvo poi, in caso di elezione del dipendente in un ruolo direttivo all'interno della *labor union* o del sindacato esterno, doversi accollare un rapporto magari divenuto inutile, non solo fino alla scadenza del primo mandato, ma magari per più mandati⁵⁹⁷. Del resto, una simile soluzione potrebbe anche condurre ad una diminuzione della genuinità dell'intendimento del dipendente di essere eletto in un ruolo sindacale direttivo, potendo la sua decisione di candidarsi risultare influenzata dalle vicende relative al suo personale rapporto di lavoro (si pensi al caso del dipendente cui scada il contratto di lavoro poche settimane a seguito delle elezioni e che pertanto possa essere incentivato a candidarsi anche alla luce dell'effetto estensivo che la sua nomina avrebbe nei confronti del contratto di lavoro).

595 委员, wèiyuán, “membro direttivo”. Sebbene la traduzione in inglese della legge contenga solo il sostantivo “*member*”, è preferibile ritenere, dal punto di vista testuale, che la norma si riferisca al membro del consiglio direttivo, e non ad un semplice membro. Potremmo tradurre in italiano utilizzando il termine “dirigente”, impiegato dal nostro legislatore nelle disposizioni di tutela contenute nello Statuto dei Lavoratori.

596 La *Trade Union Law* tutela il presidente e il vice-presidente (non anche, invece, il membro direttivo) dell'associazione sindacale anche nei confronti del **trasferimento** del luogo di lavoro, prevedendo, all'art. 17, che “*no trade union chairman or vice-chairman may be arbitrarily transferred to another unit before the expiration of his tenure of office*”. Il trasferimento di tali soggetti, infatti, è condizionato all'approvazione preventiva da parte del comitato direttivo del sindacato del medesimo livello e del sindacato del livello superiore (norma affine all'art. 22 dello Statuto dei Lavoratori italiano, secondo cui il trasferimento dei dirigenti delle r.s.a. ad una diversa unità produttiva richiede il nulla osta preventivo da parte delle associazioni sindacali di appartenenza).

597 Ai sensi dell'art. 15, ogni mandato dura tre o cinque anni.

Si noti che la norma prevede due eccezioni al principio della coincidenza tra la scadenza del mandato sindacale e la scadenza del contratto di lavoro tra il sindacalista e la società datrice. Infatti, il rapporto di lavoro comunque può cessare prima che il ruolo sindacale del dipendente sia venuto meno, nel caso in cui egli abbia commesso “*a serious mistake*” collegato all’esercizio del suo ruolo all’interno del sindacato ovvero nel caso in cui egli abbia raggiunto l’età pensionabile.

Quanto alla prima eccezione, il concetto di “*serious mistake*”⁵⁹⁸ può essere interpretato come il compimento di una condotta suscettibile di ledere l’interesse sindacale. Secondo l’interpretazione che reputo preferibile, cioè, non rileva il compimento di un qualunque fatto rilevante quale giusta causa di risoluzione del rapporto di lavoro in generale (che può comunque portare, naturalmente, al licenziamento *ex art. 39, num. 2) o 3)* della *Employment Contract Law* che si applica sempre in caso di contratto a tempo determinato), ma solo una condotta contraria agli interessi del sindacato, contraria cioè agli interessi dell’organismo al cui servizio è funzionalizzato il ruolo rivestito dal sindacalista.

In altre parole, viene qui in rilievo una condotta connotata da un disvalore nei confronti del sindacato, come potrebbe essere il caso del sindacalista che, anziché partecipare ad una riunione sindacale per la quale ha ottenuto un permesso retribuito dal datore di lavoro, utilizzi tale permesso per svolgere attività di natura personale: una tale condotta viene a ledere non soltanto gli interessi del datore di lavoro, ma in primo luogo gli interessi del sindacato stesso, configurandosi così quale grave condotta suscettibile di escludere la tutela offerta dall’art. 18. In tal caso, non è prevista la licenziabilità del dipendente, ma solo la mancata applicazione della regola di estensione automatica del termine finale del rapporto di lavoro fino alla scadenza dell’incarico sindacale⁵⁹⁹.

La specificazione offerta dalla norma in esame merita di essere valutata positivamente, allo scopo di escludere che dall’incisiva tutela offerta dalla norma possa derivare un abuso da parte dei soggetti nel cui vantaggio la tutela stessa è posta. Così, se l’estensione del rapporto di lavoro viene collegata funzionalmente alla possibilità del dipendente di svolgere le funzioni collegate al proprio ruolo sindacale senza alcuna forma di discriminazione da parte datoriale, appare corretto temperare tale regola generale impedendone l’operatività qualora durante lo svolgimento del suo ruolo il sindacalista commetta condotte che denotino un abuso della sua posizione.

Quanto all’altra ipotesi prevista come eccezione al principio di coincidenza tra carica sindacale e rapporto di lavoro, rappresentata dal raggiungimento dell’età pensionabile da parte del dipendente, essa pone un problema di coordinamento con la norma di cui all’art. 44, num. 2), della *Employment Contract Law*.

Questa, come si è visto⁶⁰⁰, prevede l’estinzione automatica del rapporto di lavoro nel momento in cui il dipendente comincia a godere della prestazione pensionistica, senza che sia sufficiente, per aversi l’effetto estintivo, il mero raggiungimento dell’età pensionabile.

In questo caso, invece, l’impedimento dell’effetto estensivo della durata del contratto di lavoro – e, conseguentemente, la possibilità che questo si risolva – viene ricollegato appunto al momento in cui il sindacalista raggiunge l’età pensionabile, anche se in quel momento non può godere della prestazione pensionistica, per esempio per il mancato possesso dei requisiti contributivi richiesti dalla *Social Insurance Law*.

Il difetto di coordinamento può forse essere spiegato nel senso che nell’ipotesi di cui all’art. 18 della *Trade Union Law* il raggiungimento dell’età pensionistica non comporta l’automatica estinzione del rapporto di lavoro, ma solo la mancata operatività dell’estensione dello stesso sino al termine dell’incarico sindacale. Solo nel caso in cui il dipendente sia legittimato a ricevere la

598 Con il quale viene tradotta l’espressione cinese 严重过失, yánzhòng guòshī, letteralmente “una grave colpa, un grave errore”, inteso probabilmente come una condotta che leda l’interesse del sindacato.

599 Così, possono rilevare anche condotte prive di rilevanza disciplinare tale da condurre al licenziamento. Soltanto nel caso in cui il “*serious mistake*” posto in essere nei confronti del sindacato assuma anche rilevanza sul piano del rapporto di lavoro, tale da configurare una ipotesi di cui all’art. 39 della *Employment Contract Law*, il membro sindacale potrà essere licenziato per giusta causa.

600 Cfr. Capitolo Secondo.

prestazione pensionistica, il suo rapporto di lavoro verrà ad estinguersi, ma non per effetto dell'art. 18 in esame, ma per effetto della generale disposizione di cui all'art. 44 della *Employment Contract Law*.

Ritengo quindi che gli effetti delle due norme siano diversi: il raggiungimento dei requisiti anagrafici per poter andare in pensione senza il contemporaneo possesso anche dei requisiti contributivi (e quindi senza che il lavoratore possa cominciare a godere della prestazione previdenziale) contemplato dall'art. 18 ha la sola funzione di impedire l'applicazione dell'art. 18 stesso – cioè la coincidenza temporale tra incarico in seno al sindacato e rapporto di lavoro –, ma il rapporto di lavoro comunque continuerà sino al termine (quello originario, dal momento che esso non può essere esteso sino alla fine del mandato). Solo nel momento in cui il dipendente potrà godere del trattamento pensionistico (momento che di regola coinciderà con il raggiungimento dell'età pensionabile, ma che potrebbe anche essere posticipato nel tempo), il rapporto di lavoro verrà a scadenza. Le due disposizioni normative, dunque, non sono da leggere in contrasto tra di esse, potendo essere conciliate in via interpretativa.

L'altra fattispecie speciale di estensione del rapporto di lavoro si rinviene nell'art. 28 delle *Provisions on Collective Contracts*, promulgate dal Ministero delle Risorse Umane e della Sicurezza Sociale nel 2004.

Ai sensi di tale disposizione, “*where the labor contract of a **representative** expires during the period of his performing the duties as a representative, it shall automatically extend to the date when he fulfills his duties, and the employing entity shall not cancel the labor contract unless he is under any of the following circumstances: (1) having seriously violated the labor disciplines or the provisions and rules formulated by the employing entity pursuant to law; (2) having seriously neglected his duties or seeking private interests, which leads to serious impairment to the interests of the employing entity; (3) being subject to criminal liabilities*”.

Il soggetto tutelato dalla disposizione in esame coincide con il “rappresentante”; tale denominazione riguarda, secondo la definizione dell'art. 19, “*people who are elected according to legal procedures and are entitled to **take part in the collective negotiation** on behalf of the interests of their own party*”. La coincidenza di tali soggetti con quelli tutelati dall'art. 18 della *Trade Union Law* (presidente, vice-presidente o membro del consiglio) è soltanto eventuale, in quanto naturalmente può essere nominato od eletto⁶⁰¹ quale rappresentante in vista delle negoziazioni per la stipulazione o il rinnovo di un contratto collettivo anche un soggetto che non svolga tali funzioni⁶⁰². In realtà, la norma non riconnette la titolarità del diritto all'estensione del termine del contratto al requisito di natura soggettiva consistente nello svolgimento di una carica ben definita, ma al requisito di natura oggettiva di partecipare alla procedura di negoziazione di un contratto collettivo. In maniera simile rispetto all'art. 18 della *Trade Union Law*, anche la disposizione in esame prevede l'estensione del rapporto di lavoro sino al momento conclusivo delle funzioni sindacali rivestite dal soggetto tutelato.

601 I successivi articoli 20 e 21 delle *Provisions on Collective Contract* stabiliscono l'elettorato attivo e passivo dei rappresentanti dei lavoratori e dei datori di lavoro legittimati ad intervenire nelle trattative negoziali. In particolare, l'art. 20 afferma che dal lato dei lavoratori i rappresentanti sono nominati dalla *labor union* aziendale o, in caso di mancata costituzione di una *labor union*, eletti dalla generalità dei dipendenti dell'azienda datrice (la norma richiede che ciascun rappresentante debba ottenere almeno il 50% dei voti). Dal lato datoriale, invece, l'art. 21 assegna la legittimazione a scegliere i rappresentanti del datore di lavoro in capo al legale rappresentante della società, che svolgerà altresì il ruolo di capo rappresentante, pur con facoltà di delegare in forma scritta un altro *manager* dell'impresa.

602 Mentre invece il presidente del sindacato è legittimato a far parte delle trattative in virtù della sua stessa carica, con possibilità di delega e previsioni in ordine alla sua sostituzione nel caso di impossibilità a svolgere le proprie funzioni (art. 20, par. 2: “*The chief representative on behalf of the employees shall be the chairman of the labor union of this entity. The chairman of the labor union may entrust in written form another representative to take the position of the chief representative. In the case of absence of the chairman of the labor union, the chief representative shall be the major person in charge of the labor union. In the case of absence of the labor union, the chief representative on behalf of the employees shall be elected through democratic recommendation by the representatives*”).

In tal caso, tuttavia, il termine finale di scadenza del contratto di lavoro viene posticipato ad un momento che può essere *incertus quando*, dal momento che – contrariamente al mandato in qualità di presidente, vice-presidente o dirigente sindacale che ha una scadenza sua propria ben definita – il momento finale delle trattative per la stipulazione o per il rinnovo di un contratto collettivo non può essere stabilito preventivamente con certezza. Questo carattere “mobile” dell’estensione operata dalla norma si risolve, è evidente, in un ulteriore pregiudizio per il datore di lavoro, onerato del mantenimento in organico di un dipendente fino al termine finale delle trattative, cioè sino ad un momento che ancora nessuno è in grado di stabilire con una sufficiente determinatezza.

Anche l’art. 28 delle *Provisions on Collective Contracts* prevede una causa di esclusione della sua operatività, che individua tuttavia tale causa – contrariamente all’art. 18 della *Trade Union Law* che incentrava il disvalore del fatto commesso dal dipendente nei confronti del sindacato – nel compimento di una condotta disciplinarmente rilevante a livello generale. I tre casi contemplati dalla norma coincidono, infatti, con quelli di cui all’art. 39 della *Employment Contract Law*.

L’unica perplessità è destata dal fatto che, in questo caso, manca il riferimento al raggiungimento dell’età pensionabile da parte del dipendente: probabilmente la ragione che ha spinto il Ministero a non prevedere tale ipotesi di mancata operatività del meccanismo estensivo è da ricondurre proprio all’accennata natura “mobile” del momento finale delle trattative contrattuali (e così del ruolo svolto dal rappresentante sindacale), oltre che alla durata ordinariamente (ed auspicabilmente) più breve del periodo di negoziazione di un contratto collettivo rispetto al mandato del presidente, del vice-presidente e del dirigente sindacale, caratterizzato da una durata triennale o quinquennale.

Capitolo Quinto

Riparazione reintegratoria e riparazione economica in caso di licenziamento: dalla pretesa del lavoratore al *continuous fulfillment of the contract* alla *economic severance*

Si sono analizzate, nel Capitolo Terzo, le ragioni giustificatrici del licenziamento, che sole possono conferire legittimità al recesso datoriale.

Come in Italia, infatti, anche in Cina il licenziamento intimato in assenza di una delle tassative causali giustificatrici – o al ricorrere di un divieto di estinguere il rapporto di lavoro⁶⁰³ – è da considerare **illegittimo**, con la conseguente applicazione delle sanzioni previste dalla legge.

Quali siano le tutele che l’ordinamento italiano accorda al lavoratore che sia stato licenziato illegittimamente è argomento ben noto, che non occorre qui prendere in esame in maniera approfondita, se non per quanto concerne le specifiche differenze rispetto a quanto previsto dalla *Employment Contract Law* della Repubblica Popolare Cinese.

Tuttavia, preme evidenziare, per una considerazione preliminare di carattere sistematico, come in Italia la legge, nel predisporre la tutela da riconoscere a favore del lavoratore licenziato illegittimamente, solo a partire dalla riforma del 2012 distingue tra le varie tipologie di licenziamento, accordando livelli diversi di tutela a seconda rispettivamente della fattispecie di recesso che viene in considerazione e della gravità del vizio che lo inficia.

Così, prima delle modifiche operate dalla legge n. 92/2012, l’art. 18 St. Lav. stabiliva che all’accertamento dell’illegittimità del recesso sarebbe conseguita una sentenza di condanna alla reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro (oltre naturalmente al pagamento delle retribuzioni relative al periodo di estromissione dal servizio e alla ricostruzione della posizione contributiva e

603 Cfr. le ipotesi contemplate dall’art. 42, di cui si è dato conto nel Capitolo Quarto.

previdenziale dello stesso): e questa sanzione era prevista a prescindere dalla tipologia del licenziamento – e cioè indipendentemente dalla circostanza che esso fosse stato intimato per giusta causa o per giustificato motivo soggettivo piuttosto che oggettivo – e a prescindere dalla gravità del vizio di legittimità che afferiva al medesimo, fosse esso sostanziale o meramente formale o procedurale.

Ne derivava, sul piano delle conseguenze sanzionatorie, una generalità dagli effetti pratici difficilmente condivisibili: per esempio, un datore di lavoro che avesse licenziato un proprio dipendente al ricorrere di una delle ipotesi giustificatrici sostanziali previste dalla legge n. 604/1966, ma con un atto scritto recante una motivazione giudicata non sufficiente, oppure con un difetto di tempestività, sarebbe stato soggetto alla medesima sanzione di altro datore di lavoro che avesse proceduto ad un licenziamento orale o totalmente pretestuoso o addirittura discriminatorio, in presenza cioè di un vizio di gravità ben più elevata. E tale sanzione era invero molto pesante, soprattutto alla luce dell'endemico problema relativo alla lunghezza dei processi in Italia, per cui l'ordine di reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, con la conseguente condanna al pagamento in suo favore delle retribuzioni perdute, sarebbe calato sul datore di lavoro magari dopo un triplice grado di giudizio durato una decina di anni: una tale circostanza, oltre a penalizzare oltremodo i datori di lavoro dal punto di vista economico, costituiva un incentivo per i lavoratori licenziati ad instaurare il giudizio di impugnazione del licenziamento dopo lungo tempo rispetto all'estinzione del rapporto di lavoro (vigendo per essi solo il termine di prescrizione decennale⁶⁰⁴), e per i loro avvocati un incentivo a tirare il processo per le lunghe, in modo che i loro assistiti speculassero la retribuzione per lungo tempo, magari aggiungendo a questo stipendio "postumo" una retribuzione derivante da un'altra occupazione che avessero nel frattempo rinvenuto⁶⁰⁵.

L'unica distinzione che la legge italiana operava con riguardo alle conseguenze sanzionatorie del licenziamento illegittimo anche prima del 2012 riguardava non il tipo di vizio che lo colpiva o la causale specificamente apposta al recesso, ma solo le dimensioni dell'impresa, in quanto la tutela reintegratoria si applicava solo alle imprese aventi i requisiti dimensionali previsti dall'art. 18 St. Lav., consistenti, come noto, in un organico superiore ai 15 dipendenti nell'unità produttiva di riferimento o nell'ambito del territorio comunale o superiore ai 60 dipendenti nell'intero contesto nazionale.

Così, in relazione alle c.d. "piccole imprese" non trovava applicazione l'art. 18 St. Lav. con la relativa tutela reintegratoria, ma solo la più lieve tutela obbligatoria di cui all'art. 6 della legge n. 604/1966, ai sensi della quale il datore di lavoro convenuto privo dei requisiti dimensionali sopra citati e nei cui confronti il Giudice avesse accertato l'illegittimità del licenziamento intimato sarebbe stato condannato ad un'obbligazione alternativa consistente nella riassunzione⁶⁰⁶ del

604 Si ricordi che il duplice termine di decadenza per l'impugnazione del licenziamento (entro 60 giorni con un atto stragiudiziale idoneo a rendere nota la volontà del lavoratore di opporsi al recesso ed entro i successivi 120 giorni in via giudiziale, con il deposito del ricorso nella cancelleria del Tribunale) è relativamente recente, risalendo alla riforma operata con il c.d. Collegato al Lavoro del 2010 (legge 4 novembre 2010, n. 183, ed in particolare il suo art. 32).

605 Rigorosamente in nero, in modo che quest'ultima non potesse venire in rilievo come *aliunde perceptum*, ossia come quella somma che avrebbe dovuto essere scomputata dal risarcimento riconosciuto al lavoratore danneggiato. Una tale situazione trasformava i lavoratori licenziati in "novelli redditi", per usare una felice espressione di A. Vallebona, *Istituzioni di diritto del lavoro. II. Il rapporto di lavoro*, Cedam, 2015, 550.

606 Condanna ben differente dalla più incisiva "reintegrazione", in quanto a differenza da quest'ultima la "riassunzione" non prevede il mantenimento del precedente rapporto, considerando il licenziamento *tamquam non esset*, ma consiste nell'instaurazione di un nuovo rapporto di impiego, con tutte le conseguenze che ne derivano (in primo luogo, in punto di anzianità di servizio). È quindi possibile affermare che solo la sentenza con la quale il Giudice applichi la tutela reintegratoria contiene, oltre ad un capo di condanna, anche un capo costitutivo di annullamento del licenziamento impugnato, in quanto se applica l'art. 6 della legge n. 604/1966, il giudice non annulla il recesso, ma ordina, appunto, la costituzione di un nuovo rapporto (condanna ad un'obbligazione invero alternativa, in quanto il datore di lavoro può evitare la riassunzione versando al lavoratore un importo a titolo risarcitorio compreso tra le 2,5 e le 6 mensilità). Questa differenza è ben evidenziata dalla lettera dell'art. 18 St. Lav. riformato nel 2012, laddove, nei commi che stabiliscono ancora la tutela reintegratoria, prevede che il Giudice "annulla il licenziamento", a differenza dei casi in cui egli applichi una tutela meramente indennitaria, casi in cui egli "dichiara estinto il rapporto di lavoro

lavoratore ricorrente oppure nel pagamento a suo favore di un'indennità risarcitoria compresa tra le 2,5 e le 6 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto da lui goduta al momento dell'estinzione del rapporto di lavoro: di modo che per questa categoria di imprese non si ponevano i problemi "temporali" e processuali sopra visti, con conseguente minore drammatizzazione dell'esito dell'accertamento relativo alla legittimità o meno del recesso.

A questa distinzione dimensionale, sopravvissuta alle riforme del 2012 e del biennio 2014/2015, se ne sono aggiunte altre di soverchia importanza.

Il legislatore del 2012, con una scelta di politica legislativa confermata (ed anzi rafforzata) dal Governo Renzi nel biennio del c.d. *Jobs Act*, ha ritenuto opportuno ancorare l'individuazione della sanzione per il licenziamento illegittimo non solo ad un elemento formale e numerico quale quello rappresentato dalle dimensioni dell'azienda, ma anche a fattori sostanziali quali (i) la tipologia del licenziamento, ovverosia la specifica causale apposta dal datore di lavoro a base dello stesso, e (ii) la tipologia del vizio che ne determina l'illegittimità.

Conseguentemente, anche nei confronti delle "grandi imprese", coinvolte dall'art. 18 St. Lav., a seguito della riforma Fornero la reintegrazione nel posto di lavoro accompagnata dal pagamento delle retribuzioni per l'intero periodo di estromissione dal servizio non costituisce più l'unica forma di tutela posta a favore dei lavoratori ricorrenti contro il licenziamento, ma solo una delle quattro forme in cui l'area della precedente "tutela reale", di cui all'art. 18 St. Lav., è stata scomposta nel 2012.

La *ratio* di tale operazione di "scomposizione" o di "frammentazione" operata nel 2012 è stata quella di collegare l'entità della sanzione al grado di disvalore del comportamento datoriale, prevedendo così la reintegrazione (nella sua duplice forma, c.d. *piena* e c.d. *dimezzata*) nelle sole ipotesi di licenziamento palesemente illegittimo perché intimato in abnorme o comunque chiara violazione di uno dei requisiti posti dalla legge, e configurandola così come una sanzione di rango eccezionale di fronte alla tutela meramente indennitaria che costituisce invece la regola generale.

Tale scelta di politica legislativa⁶⁰⁷, come si diceva, è stata confermata e rafforzata dal legislatore del *Jobs Act*, in quanto le ipotesi in cui all'illegittimità del licenziamento l'ordinamento reagisce con la tutela reintegratoria sono state ulteriormente ridotte, al punto che è ben possibile affermare che essa costituisce ora un rimedio di rango recessivo di fronte alla generalità dei casi.

Nell'ambito del sistema riparatorio inaugurato dal d.lgs. n. 23/2015 e del nuovo contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti, infatti, la sanzione reintegratoria è rimasta applicabile soltanto nelle varie ipotesi di licenziamento nullo e nella fattispecie particolare di licenziamento per giusta causa in cui il datore di lavoro non sia stato in grado di provare, nel corso del giudizio, la sussistenza fenomenica del fatto contestato (o la sua rilevanza disciplinare), mentre per tutte le altre tipologie di licenziamento (soprattutto per quelli economici, sia individuale per giustificato motivo oggettivo che collettivo per riduzione di personale) la reintegrazione nel posto di lavoro non costituisce più una sanzione applicabile.

Quello che è opportuno tenere a mente, dunque, è che il sistema lavoristico italiano tutela il lavoratore licenziato *contra legem* in vari modi, così che per comprendere quale sarà la tutela riconosciuta a quest'ultimo occorre operare le seguenti distinzioni:

alla data del licenziamento", di fatto confermando il venir meno dello stesso senza, pertanto, procedere al suo annullamento.

607 Sofferarsi sulla quale esulerebbe dai confini di questo lavoro; sia sufficiente rinviare a C. Cester, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, 3, I, 547 ss.; M. Marazza, *L'art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei Lavoratori*, cit., 612 ss.; A. Maresca, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche all'art. 28 Statuto dei Lavoratori*, cit., 452 ss.; C. Pisani, *L'ingiustificatezza qualificata del licenziamento: convincimento del giudice e onere della prova*, in *Mass. giur. lav.*, 2012, 741 ss.; A. Vallebona, *La Riforma del Lavoro 2012*, Torino, 2012; A. Vallebona, *L'ingiustificatezza qualificata del licenziamento: fattispecie e oneri probatori*, in *Dir. rel. ind.*, 2012, 3, 621 ss.; sulla *ratio* della riforma e sugli intendimenti del Governo Monti e del legislatore al momento del varo della legge n. 92 del 2012, specialmente nel collegamento con il substrato economico italiano di quel periodo successivo alla sostituzione del Governo Berlusconi con il Governo tecnico alla fine del 2011, cfr. V. Speciale, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2012, I, 542 ss.

- lavoratori assunti prima e lavoratori assunti dopo l’entrata in vigore del d. lgs. 4 marzo 2015, n. 23: ai primi si applicherà l’art. 18 St. Lav., come modificato dalla legge n. 92/2012, ai secondi il d. lgs. n. 23/2015⁶⁰⁸;
- per i lavoratori assunti prima del 6 marzo 2015, ai quali si continua ad applicare il sistema di sanzionatorio precedente alla riforma voluta e realizzata dal Governo Renzi, occorre distinguere tra lavoratori dipendenti dalle “grandi imprese” (per i quali trova applicazione l’art. 18 St. Lav.), e dipendenti delle “piccole imprese” o delle “organizzazioni di tendenza” (tutelati dalla tutela obbligatoria di cui all’art. 6 della legge n. 604/1966⁶⁰⁹);
- per questi ultimi, occorre distinguere tra licenziamento nullo e licenziamento illegittimo per altri vizi diversi dalla nullità;
- per i licenziamenti illegittimi ma non nulli, occorre a sua volta distinguere tra licenziamenti di natura disciplinare (per i quali la reintegrazione opera solo nei casi di insussistenza del fatto contestato e – ma solo con riferimento ai “vecchi assunti” – di licenziamento intimato per una condotta del dipendente che avrebbe dovuto invece essere sanzionata con una sanzione conservativa ai sensi dei codici disciplinari contenuti nel contratto collettivo applicabile o nel regolamento aziendale) e licenziamenti di natura economica (nei quali la reintegrazione può trovare applicazione esclusivamente con riferimento ai lavoratori assunti precedentemente rispetto al 7 marzo 2015 e soltanto nel caso di manifesta insussistenza del fatto posto alla base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, di licenziamento intimato in violazione dell’art. 2110 c.c., e in caso di violazione dei criteri di scelta nei licenziamenti collettivi); per tutti i vizi non espressamente sanzionati con la tutela reintegratoria per ciascuno di queste fattispecie, opera solo la tutela indennitaria;
- anche in relazione a quest’ultima, la legge opera un’ulteriore distinzione, tra la tutela indennitaria *forte* – da 12 a 24 mensilità dell’ultima retribuzione globale di fatto – per i casi di illegittimità sostanziale diversi da quelli sanzionati con la tutela reintegratoria (vizio di proporzionalità nel licenziamento per giusta causa; violazione del *repechage* o dei criteri di scelta nel licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo) e tutela indennitaria *debole* – da 6 a 12 mensilità dell’ultima retribuzione globale di fatto – per i vizi di natura formale o procedurale (difetto di tempestività; motivazione non sufficiente o generica, *etc.*).

La situazione, quindi, risulta complicata da questo “reticolato” tra due sistemi coesistenti – il discrimine per l’applicazione dell’uno piuttosto che dell’altro è rappresentato solo dal versante temporale –, ciascuno dei quali pone al suo interno altre combinazioni tra la tipologia di licenziamento nella fattispecie concreta, la natura del relativo vizio e la conseguente tutela riparatoria.

Nell’ordinamento cinese la situazione è molto più lineare.

La disposizione che viene in rilievo i fini dell’individuazione della tutela accordata al lavoratore che abbia subito un licenziamento *contra jus* si rinviene all’**art. 48** della *Employment Contract Law*, che dispone quanto segue:

608 Ad eccezione dei dirigenti, categoria che non rientra nell’ambito di applicazione del d. lgs. n. 23/2015 se non per quanto riguarda la tutela contro il licenziamento nullo e le ipotesi ad esso assimilate previste dall’art. 2 del decreto. Sul punto, cfr. M. Tremolada, *Il campo di applicazione del d. lgs. 4 marzo 2015, n. 23*, in F. Carinci, C. Cester (a cura di), *Il licenziamento all’indomani del d. lgs. n. 23/2015*, Adapt Labour Studies, e-book series, 46/2015, 4: “Il decreto stabilisce all’art. 1 che il nuovo regime di tutela in caso di licenziamento illegittimo si applica ai lavoratori individuati secondo due criteri selettivi da utilizzare in sequenza. Il primo attiene al fatto che si tratti di lavoratori a tempo indeterminato appartenenti alle categorie degli operai, degli impiegati o dei quadri. Pertanto i lavoratori a tempo determinato e i dirigenti restano assoggettati ai regimi precedenti delle conseguenze sanzionatorie dell’illegittimità dei licenziamenti individuali e collettivi”.

609 Con l’eccezione rappresentata dalle ipotesi di licenziamento nullo, sanzionate con la tutela reintegratoria piena di cui all’art. 18 St. Lav. anche con riferimento ai datori di lavoro privi dei requisiti dimensionali di cui al comma 8 del medesimo art. 18.

“If an employer dissolves or terminates a labor contract in violation of this Law but the employee demands the continuous fulfillment of the contract, the employer shall do so. If the employee does not demand the continuous fulfillment of the contract or if the continuous fulfillment of the labor contract is impossible, the employer shall pay compensation to the employee according to Article 87 of this Law”.

La linearità del sistema ripristinatorio cinese contro un licenziamento illegittimo ha carattere generale e risulta dall’assenza di alcuna distinzione: l’art. 48, infatti, si applica a tutti i lavoratori⁶¹⁰, di tutte le imprese, a prescindere dalla data della loro assunzione, senza che rilevi la tipologia di licenziamento irrogato ed indipendentemente dal vizio che afferisce il recesso datoriale e dalla sua gravità.

Così, la disciplina apportata dall’art. 48 della *Employment Contract Law* vale per tutti i licenziamenti, individuali e collettivi, tanto quelli per ragioni soggettive/disciplinari (art. 39) quanto per quelli dipendenti da esigenze economiche dell’azienda (articoli 40 e 41).

Anche in Cina, tuttavia, esiste una duplice forma di tutela, in quanto ad una riparazione che potremmo chiamare *reintegratoria* – e consistente nel *continuous fulfillment of the labor contract* – si affianca una possibile riparazione meramente *economica/indennitaria*, consistente nel pagamento di un importo pari, *ex art. 87*, al doppio di quanto il datore di lavoro dovrebbe comunque versare a titolo di *economic compensation* per la cessazione del rapporto.

Si consideri, infatti, che in Cina non esiste l’istituto del trattamento di fine rapporto.

Nel corso dello svolgimento del rapporto, pertanto, il datore di lavoro deve versare – oltre naturalmente alla retribuzione, il cui mancato pagamento costituisce, come vedrà nel Capitolo Ottavo, giusta causa di dimissioni – soltanto i contributi previdenziali agli Enti competenti⁶¹¹; egli non è tuttavia onerato ad operare un accantonamento (neppure mediante versamento a fondi di previdenza complementare) di somme che dovranno essere corrisposte al lavoratore nel momento in cui il rapporto di lavoro, per qualunque ragione (morte del lavoratore, quiescenza, licenziamento, dimissioni, risoluzione per mutuo consenso), verrà a cessare.

Il lavoratore, pertanto, non può contare, al momento del venir meno dell’impiego, su una somma proveniente dal datore di lavoro ed avente carattere latamente previdenziale quale l’indennità di anzianità e poi (a partire dalla riforma del 1980) il trattamento di fine rapporto propri dell’ordinamento italiano⁶¹².

A ben vedere, la ragione dell’assenza di un istituto avente una tale funzione all’interno dell’ordinamento cinese è da rinvenire nel sistema lavoristico cinese precedente l’introduzione della *Labor Law* del 1994 e, ancor prima, antecedente la transizione da un’economia centralizzata a un’economia di mercato.

Un istituto di natura latamente previdenziale (ma in realtà avente funzione di retribuzione differita) quale il trattamento di fine rapporto, infatti, secondo la concezione comunista dell’epoca non avrebbe avuto alcuna ragion d’essere, ed anzi avrebbe comportato una certa sfiducia verso le capacità dello Stato nel garantire al lavoratore, oltre a quel complesso di beni e servizi fornito nel corso della sua vita lavorativa e rientrante nel concetto di “ciotola di riso” con cui è stato usualmente denominato il sistema lavoristico nel corso del regime maoista⁶¹³, anche forme adeguate

610 Senza esclusioni di sorta, come fa invece il sistema italiano che esclude i dirigenti dall’applicazione del d. lgs. n. 23/2015 e (ad eccezione dei primi 3 commi) dell’art. 18 St. Lav.

611 Per una sintetica disamina del sistema previdenziale cinese, cfr. *infra*, Capitolo Ottavo.

612 Sulla natura latamente previdenziale del trattamento di fine rapporto nell’ordinamento italiano cfr. A. Vallebona, *Istituzioni di diritto del lavoro. II. Il rapporto di lavoro*, cit., 374: “al trattamento di fine rapporto viene riconosciuta natura di retribuzione differita, escludendosi la configurazione di risparmio forzoso in senso tecnico del lavoratore, poiché fino al momento dell’erogazione le somme contabilmente accantonate appartengono al datore di lavoro. Tuttavia è innegabile una funzione latamente previdenziale, in quanto l’importo accantonato è erogato solo in determinate circostanze, quali la cessazione del rapporto o i bisogni del lavoratore che giustificano le anticipazioni”.

613 Cfr. il breve *excursus* storico di cui al Capitolo Introduttivo di questo volume.

di *welfare* sociale tali da impedire ripercussioni negative in capo al medesimo di fronte ad un evento per lui potenzialmente pregiudizievole quale la perdita del posto di lavoro.

Tale spiegazione si confà anche al motivo per il quale il legislatore cinese, prendendo esempio dagli ordinamenti legislativi occidentali al momento di ridisciplinare il diritto del lavoro a cavallo del nuovo millennio, ha inserito un istituto volto a ridurre le conseguenze pregiudizievoli per il lavoratore collegate alla perdita dell'occupazione. Tuttavia, tale opzione legislativa è stata effettuata in modo peculiare all'ordinamento cinese, e così l'indennità riconosciuta dalla *Employment Contract Law* al lavoratore al momento della cessazione del rapporto di lavoro presenta elementi tali da distinguerla nettamente dal nostro trattamento di fine rapporto.

Dopo aver trattato dei casi in cui le parti possono procedere all'estinzione del rapporto di lavoro e delle ipotesi in cui il licenziamento è, invece, vietato (articoli da 36 a 45), la legge prevede, all'**art. 46**, una forma di compensazione economica spettante al lavoratore che ha subito la perdita del posto di lavoro.

Recita infatti l'art. 46:

*“The employer shall, under any of the following circumstances, pay the employee an **economic compensation***⁶¹⁴:

1. *the employee dissolves the labor contract in pursuance of Article 38 of this Law;*
2. *the employer proposes to dissolve the labor contract, and it reaches an agreement with the employee on the dissolution through negotiations;*
3. *the employer dissolves the labor contract according to Article 40 of this Law;*
4. *the employer dissolves the labor contract according to the first Paragraph of Article 41 of this Law; or*
5. *the termination of a fixed-term labor contract according to Article 44 (i) of this Law, unless the employee refuses to renew the contract even though the conditions offered by the employer are the same as or better than those stipulated in the current contract;*
6. *the labor contract is terminated according to Article 44 (iv) and (v) of this Law; or*
7. *other circumstances as proscribed in other laws and administrative regulations”.*

Dalla lettura della disposizione in esame, emerge che il lavoratore avrà dunque diritto al pagamento di un'indennità di natura economica da parte del suo (ormai ex) datore di lavoro, in ogni caso in cui – per usare una terminologia invalsa nel sistema italiano – la cessazione del posto di lavoro sia stata **non volontaria e non riconducibile ad un suo comportamento**.

Così, sicuramente l'indennità in parola non spetta nel caso in cui sia stato egli a porre termine al rapporto rassegnando le proprie dimissioni, con la rilevante eccezione rappresentata dalle dimissioni per giusta causa⁶¹⁵, in cui a ben vedere l'atto negoziale dal quale deriva l'estinzione del

614 用人单位应当向劳动者支付经济补偿, yònggrén dānwèi yīngdāng xiàng láodòngzhě zhīfù jīngjì bǔcháng, letteralmente: “l'unità del datore di lavoro deve pagare al lavoratore una compensazione economica”. Il concetto di “compensazione” è espresso, in cinese, con il termine 补偿, bǔcháng, che esprime, per l'appunto, una compensazione (cui si lega il concetto di “riparazione”) ma anche un “premio”. Letteralmente, pertanto, la natura del pagamento in esame è mista, e consiste tanto in una compensazione per la perdita del posto di lavoro, quanto in una sorta di erogazione premiale per il lavoro svolto. Il che è coerente con la previsione delle circostanze nelle quali essa deve venire corrisposta dal datore di lavoro, che, come si vedrà nel testo, sono le ipotesi nelle quali il rapporto di lavoro non sia cessato per volontà del dipendente (*id est*, per dimissioni prive di giusta causa) o per un fatto ad esso imputabile (cioè per un licenziamento ai sensi dell'art. 39 della *Employment Contract Law*), avendo il lavoratore diritto ad essa qualora abbia perso il posto di lavoro per una ragione che esula dalla sua volontà o da un suo comportamento (come nei casi di licenziamento per motivazioni economiche ai sensi dell'art. 40 o dell'art. 41, oppure di dimissioni eziologicamente derivanti da un inadempimento datoriale rilevante ai sensi dell'art. 38).

615 Pure nell'ordinamento italiano la circostanza che le dimissioni siano sorrette da giusta causa presta importanza anche a fini previdenziali: solo tale fattispecie di dimissioni, infatti, consente al lavoratore dimissionario di godere della Naspi. Invece, in ogni altro caso di dimissioni, dipendendo queste da un'autonoma decisione del lavoratore, si determina il venir meno dell'elemento della involontarietà della perdita dell'occupazione, involontarietà che costituisce

rapporto è bensì di sua esclusiva paternità e derivante da una sua autonoma deliberazione, ma egli è giunto a tale risoluzione a causa di uno dei gravi inadempimenti, previsti dall'art. 38 della legge, posti in essere dal datore di lavoro e in grado da rendere intollerabile e quindi impedire la prosecuzione del rapporto⁶¹⁶.

Per la stessa *ratio*, consistente nella riconducibilità della decisione presa da un soggetto ad un previo comportamento posto in essere dalla controparte contrattuale, il lavoratore non potrà godere dell'indennità di cui all'art. 46 nel caso di licenziamento "per giusta causa": si noti, infatti, che tra le ipotesi di concessione della *economic compensation* l'art. 46 prevede soltanto le ipotesi in cui il datore di lavoro estingua il rapporto ai sensi degli articoli 40 e 41, par. 1, cioè nei casi in cui il recesso datoriale dipende da ragioni aziendali di natura gestoria od economica, o comunque da fattori esterni rispetto ad un comportamento del lavoratore costituente inadempimento o violazione di regole o procedure aziendali⁶¹⁷, ma non cita anche la fattispecie dell'art. 39, in cui la ragione del licenziamento è da collegare eziologicamente ad una condotta del lavoratore disciplinarmente rilevante o comunque tale da far venire meno la fiducia del datore di lavoro e l'interesse di quest'ultimo alla prosecuzione del rapporto⁶¹⁸.

L'indennità in esame, del resto, è riconosciuta anche nel caso di scadenza del termine apposto ad un contratto a tempo determinato.

Evidentemente, infatti, si ritiene che l'apposizione di un termine finale al contratto di lavoro non sia stata una scelta volontaria del lavoratore, che dunque si trovi a dover subire la cessazione del rapporto. Con l'unica eccezione in cui, al momento della scadenza del termine, il datore di lavoro proponga al lavoratore il rinnovo del contratto o la stipulazione di un contratto a tempo indeterminato⁶¹⁹: ecco, se tale proposta avviene con condizioni uguali o migliorative rispetto al rapporto appena cessato ma nondimeno il lavoratore la rifiuta, il legislatore ritiene la posizione di quest'ultimo non più meritevole di tutela e pertanto gli nega la concessione del diritto all'ottenimento dell'indennità di fine rapporto⁶²⁰.

Per comprendere se, al momento della cessazione del rapporto, al lavoratore spetti o meno l'indennità di cui all'art. 46, occorre dunque accertare se la mancata prosecuzione del rapporto dipenda o meno da una sua scelta o da una sua condotta:

- in caso positivo (licenziamento disciplinare; dimissioni non sorrette da giusta causa; mancata accettazione, da parte sua, di una proposta di rinnovo di un contratto a tempo

requisito, appunto, per la fruizione della Naspi ai sensi del d. lgs. n. 22/2015 (v. Circ. Inps n. 94 del 12 maggio 2015). La valutazione della riconducibilità o meno delle dimissioni ad un'ipotesi di giusta causa non assume, invece, alcuna rilevanza in relazione alla spettanza al lavoratore del trattamento di fine rapporto.

616 Inadempimenti elencati all'art. 38 della *Employment Contract Law*, per il cui commento si rinvia al Capitolo Ottavo.

617 Nell'ordinamento italiano non opera questa distinzione, e così la Naspi è concessa anche a chi venga licenziato per giusta causa (cfr. la Circ. Inps citata precedentemente). Risoluzione del tutto irragionevole, ma forse necessitata dalla piaga rappresentata dalla lunghezza dei processi in Italia: immaginiamo che il lavoratore perda la Naspi per un licenziamento per giusta causa che però poi, a distanza di anni, venga accertato come sproporzionato o altrimenti illegittimo: sul datore di lavoro si abbatterebbe probabilmente anche una richiesta – che a questo punto verrebbe accolta – di risarcimento del "danno da mancata Naspi", maggiorato di interessi e rivalutazione monetaria. La conseguenza sarebbe inaccettabile, pur se francamente è inaccettabile anche offrire una indennità economica a chi si sia meritato con la sua condotta inadempiente di essere licenziato per giusta causa.

618 Così, nel caso del num. 1) dell'art. 39, è vero che – come si è spiegato nel Capitolo Terzo, cui si rinvia – la circostanza che il lavoratore non sia in possesso delle condizioni di assunzione non può automaticamente costituire un inadempimento contrattuale, ma ciò non toglie che essa sia idonea a far venire meno l'interesse datoriale alla prosecuzione del rapporto per una ragione afferente, per l'appunto, la persona del dipendente.

619 In tal caso, è raccomandabile che tale proposta venga presentata dal datore di lavoro al lavoratore per iscritto e prima della scadenza del termine apposto al contratto. In tal modo, qualora il lavoratore rifiuti la proposta salvo poi instaurare un giudizio per il pagamento della *economic compensation* di cui all'art. 46, il datore di lavoro potrà godere di una prova precostituita ed inequivoca che gli consentirà di non pagare l'indennità di fine rapporto. Del resto, alcune Corti (tra le quali quella di Pechino) richiedono che l'azienda notifici al lavoratore a termine le proprie intenzioni se rinnovare il contratto o se pagare la compensazione almeno trenta giorni prima della scadenza del termine.

620 Da notare come il num. 5) dell'art. 46 non preveda, però, che il rifiuto del lavoratore sia "ingiustificato".

determinato avanzata dal datore di lavoro a condizioni eguali o più favorevoli rispetto al contratto cessato), la cessazione del rapporto viene a dipendere da una scelta o da un suo comportamento riprovevole, con la conseguenza che egli non matura il diritto al godimento dell'indennità;

- qualora, invece, la cessazione del rapporto di lavoro sia indipendente da un comportamento del lavoratore o da una sua autonoma deliberazione (come nei casi di licenziamento per qualunque motivo diverso da quello determinato da ragioni disciplinari; dimissioni sorrette da giusta causa; risoluzione consensuale la cui proposta sia “partita” dal datore di lavoro; cessazione di un contratto a termine), il prestatore avrà diritto al pagamento dell'indennità economica.

Per quanto riguarda la *ratio* dell'istituto, pertanto, è evidente come l'ordinamento cinese abbia affiancato alla finalità previdenziale propria del trattamento di fine rapporto italiano – tendente ad assicurare alla generalità dei lavoratori un esodo meno traumatico al momento del venir meno dell'impiego, a prescindere dalla motivazione sottesa a tale cessazione – anche una valutazione premiale, per cui si ritiene non meritevole di tutela la posizione giuridica di un dipendente che perda il posto di lavoro di sua spontanea volontà ovvero a causa di un suo comportamento contrario ai doveri contrattuali.

Per completezza, deve darsi atto che l'art. 22 del *Regulation on the Implementation of the Employment Contract Law*⁶²¹ riconosce il diritto al pagamento dell'indennità in parola anche nel caso in cui al contratto sia apposto un termine finale stabilito *per relationem*, con riferimento cioè ad un determinato compito affidato al lavoratore, all'avvenuto svolgimento del quale il contratto stesso si estingua. Anche tale disposizione può essere interpretata conformemente alla *ratio* appena illustrata, in quanto con essa il legislatore ha inteso attribuire un beneficio economico a favore di un soggetto che da un lato abbia adempiuto regolarmente alla prestazione prevista a suo carico, ma dall'altro lato rimanga, per effetto stesso di tale adempimento, privo di impiego.

Ciò premesso sulle differenti condizioni di maturazione del diritto a questo istituto *sui generis*, occorre però evidenziare che la differenza maggiore tra esso e il trattamento di fine rapporto italiano è rappresentata dall'importo della *economic compensation* riconosciuta dall'ordinamento cinese.

Esso, infatti, come stabilisce l'art. 47 della *Employment Contract Law*, ammonta ad un numero di mensilità di retribuzione pari al numero di anni di servizio presso il datore di lavoro (“...*economic compensation based on the number of years he has worked for the employer and at the rate of one month's wage for each full year he worked*”), con l'utile precisazione per cui un periodo superiore a sei mesi deve essere arrotondato per eccesso e considerato come anno intero di servizio, mentre un periodo inferiore a sei mesi dà diritto ad un'ulteriore mezza mensilità⁶²².

Ma l'elemento davvero dirimente riguarda la retribuzione che deve essere considerata quale base di calcolo.

Il comma 3 dell'art. 47 chiarisce che l'indennità in parola viene parametrata alla retribuzione in godimento al dipendente, calcolata come la retribuzione media mensile degli ultimi dodici mesi di svolgimento del rapporto⁶²³.

Ne emerge una prima rilevante differenza rispetto al trattamento di fine rapporto italiano.

Infatti, quest'ultimo costituisce un diritto economico del lavoratore a formazione progressiva⁶²⁴ e deve quindi essere accantonato dal datore di lavoro nel corso del rapporto: ne deriva che l'importo

621 In base al quale “*where an employment contract that sets the completion of a specific task as the term of the contract is terminated upon the completion of the specific task, the employer shall make economic compensations to the employee according to Article 47 of the Employment Contract Law*”.

622 Sotto questo punto di vista, tale disposizione è più favorevole rispetto alla corrispettiva italiana: l'ultimo periodo del comma 1 dell'art. 2120 c.c., infatti, stabilisce che la quota da accantonare ai fini del trattamento di fine rapporto deve essere proporzionalmente ridotta per le frazioni di anno, computandosi come mese intero le frazioni di mese uguali o superiori a 15 giorni.

623 Con la precisazione per cui se l'anzianità di servizio del lavoratore è inferiore a 12 mesi, la retribuzione media andrà calcolata sulla base delle mensilità nel frattempo maturate (art. 27, ultimo periodo, del *Regulation on the Implementation of the Employment Contract Law*).

della somma annualmente accantonata dipende dall'ammontare della relativa retribuzione goduta dal dipendente in quel determinato momento.

Nel corrispettivo istituto cinese, invece, il datore di lavoro non è onerato di accantonamenti o versamenti periodici nel corso del rapporto, ma dovrà procedere al pagamento della *economic compensation* solo al momento della cessazione del rapporto (beninteso solo nei limitati casi in cui essa spetti): per essa, la base di calcolo è costituita dalla retribuzione mensile media dell'ultimo anno di svolgimento del rapporto. “*The rate of one month's wage for each full year he [il lavoratore] worked*”, dunque, è concetto che si avvicina molto all’“*ultima retribuzione globale di fatto*” propria dell’ordinamento italiano o, ancora di più, al nuovo concetto di “*retribuzione di riferimento ai fini del calcolo del trattamento di fine rapporto*”: ciò in quanto il calcolo deve essere effettuato prendendo come base l'ultimo livello retributivo goduto dal lavoratore⁶²⁵.

Ciò dipende anche dal fatto che l'indennità di cui all'art. 46 della *Employment Contract Law* non è erogata in relazione a tutti i rapporti di lavoro e dotata di valenza generale, ma dipende, caso per caso, dal motivo per cui è cessato il rapporto, potendo benissimo accadere che essa non sia dovuta. Così, appare del tutto condivisibile che il legislatore abbia deciso di non onerare il datore di lavoro di un accantonamento periodico in corso di rapporto, ma abbia stabilito che il versamento avvenga, eventualmente, *una tantum* al momento dell'estinzione del rapporto di lavoro, beninteso nei soli casi in cui esso sia dovuto.

A definire la base per il calcolo dell'indennità in parola, specificando in maniera puntuale il concetto di retribuzione rilevante ai fini della quantificazione di essa, contribuisce l'art. 27 del *Regulation on the Implementation of the Employment Contract Law*.

Tale disposizione prevede che, ai fini dell'art. 47, “*the monthly wages for calculating the economic compensation to be paid to an employee shall be the monthly wages that the employee deserves, including the hourly wages or piecework wages and other monetary incomes such as bonuses, allowances and subsidies*”.

Sotto questo punto di vista la disposizione appare omologa alla corrispettiva italiana – rappresentata dal comma 2 dell'art. 2120 c.c., che prevede che ai fini della retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto debbano essere tenute in considerazione “*tutte le somme [...] corrisposte in dipendenza del rapporto di lavoro, a titolo non occasionale e ad esclusione di quanto è corrisposto a titolo di rimborso spese*” –; l'unica differenza riguarda soltanto l'equivalente delle prestazioni erogate in natura, che l'art. 2120 c.c. stabilisce espressamente debba essere ricompreso nella retribuzione da prendere come riferimento, mentre invece l'art. 47 implicitamente esclude, menzionando, oltre ai *wages*, anche le *other monetary incomes*, ovvero sia soltanto le entrate in danaro, con esclusione quindi delle entrate in natura.

In linea di principio, dunque, in entrambi gli ordinamenti il concetto di retribuzione utile ai fini del calcolo dell'indennità economica legata alla cessazione del rapporto di lavoro ricomprende qualsiasi somma corrisposta al lavoratore nel periodo di riferimento in correlazione con la prestazione lavorativa.

624 Il dibattito dottrinale e giurisprudenziale relativo alla genesi progressiva ovvero unitaria del trattamento di fine rapporto sembra essersi, negli ultimi anni, attestato in questo ultimo senso per effetto di recenti pronunce della Cassazione che hanno ribadito il concetto, innovando l'orientamento precedente, a partire da Corte di Cass., 22 settembre 2011, n. 19291.

625 Si tenga ben conto, tuttavia, che il parallelismo proposto nel testo merita di essere adeguatamente ponderato. Infatti, mentre l'istituto cinese in esame non è legato al licenziamento ma costituisce una misura di sostegno al lavoratore prevista in via generale in ogni caso in cui egli perda il proprio impiego in modo involontario, invece gli istituti italiani dell’“*ultima retribuzione globale di fatto*” e della “*retribuzione utile ai fini del calcolo del trattamento di fine rapporto*” costituiscono criteri di calcolo per il risarcimento economico derivante dall'illegittimità del licenziamento. Stessa base di calcolo, dunque, ma per finalità completamente differenti e coincidenti solo nella parte in cui in Cina la riparazione economica in caso di licenziamento illegittimo, laddove non possa operare la tutela reintegratoria, consiste nel doppio dell'indennità di fine rapporto di cui all'art. 46, e pertanto dovrà essere calcolata, per l'appunto, sulla base della retribuzione che viene in rilievo ai fini di quest'ultima (cfr. subito *infra* nel testo).

Sulla nozione di “retribuzione” che bisogna prendere come riferimento per il calcolo dell’indennità, si sono pronunciate da ultimo le *Answers to Questions Concerning the Application of Law in Adjudication of Employment Disputes*, pubblicate congiuntamente dall’Alta Corte del Popolo e dalla Commissione Arbitrale in materia di controversie di lavoro di Pechino il 24 aprile 2017.

Secondo tale documento, il calcolo dell’indennità deve essere effettuato prendendo come termine di comparazione ogni somma versata dal datore di lavoro al dipendente in maniera stabile e consecutiva; il concetto di “retribuzione” viene così a ricomprendere il salario di base, ogni superminimo eventualmente riconosciuto al lavoratore, gli scatti di anzianità e il valore monetario dei *benefit* in godimento al lavoratore, oltre al pagamento delle ore di straordinario svolte, con esclusione quindi delle somme a corresponsione variabile.

Infine, il citato art. 27 del *Regulation on the Implementation*, allo scopo di garantire un livello minimo di tutela a tutti i lavoratori che possano vantare il diritto all’indennità di cui all’art. 46, anche quelli che godano di un livello retributivo particolarmente basso – e quindi anche al fine di conferire effettività a tale forma di tutela –, prevede che “*if the average wages of the employee in the 12 months before the employment contract is dissolved or terminated are below the local minimum wages level, the economic compensation shall be calculated based on the local minimum wages*”. L’ammontare minimo che il datore di lavoro dovrà versare al lavoratore a titolo di compensazione economica legata alla cessazione del rapporto è dunque calcolabile *a priori* mediante il riferimento al livello minimo della retribuzione previsto a livello locale, prescindendo dall’eventuale circostanza per cui l’ex dipendente godesse di uno stipendio inferiore⁶²⁶.

La seconda differenza fondamentale tra la *economic compensation* cinese ed il nostro trattamento di fine rapporto consiste nel **limite massimo** che la legge cinese prevede per tale indennità, limite invece sconosciuto all’art. 2120 c.c.

L’art. 47 stabilisce infatti, al comma 2, che “*if the monthly wage of an employee is higher than three times the average monthly wage of employees [...]*⁶²⁷, *the rate for the economic compensation to be paid to him shall be three times the average monthly wage of employees and shall be for no more than 12 years of his work*”⁶²⁸.

Pertanto, l’indennità economica che la legge accorda alla generalità dei lavoratori licenziati per motivi diversi da quelli contemplati dall’art. 40 (cioè per motivi diversi da quelli accostabili, nella sorta di parallelismo tra i due ordinamenti che si è proposto nel Capitolo Terzo, alla giusta causa conosciuta nella sistematicità del nostro ordinamento), a prescindere da ogni valutazione circa la legittimità o l’illegittimità del licenziamento, pur essendo tarata sulla base dell’importo della retribuzione goduta dal singolo lavoratore, presenta questo limite invalicabile: la disposizione ha davvero una rilevanza dirompente in quanto riduce notevolmente l’entità dell’indennità per tutti i lavoratori che godano di un livello retributivo maggiore del triplo rispetto a quello – invero molto

626 Quanto alla possibilità, per le parti, di negoziare l’importo della compensazione in un ammontare diverso da quello fissato dall’art. 46 con un’apposita clausola all’interno del contratto di lavoro, l’opinione comune si attesta nel ritenere ammissibile tale stipulazione solo se l’importo convenzionale sia più favorevole per il lavoratore, e nel ritenere non vincolante una siffatta clausola nel caso opposto. Per esempio, le Linee Guida della Corte Intermedia di Shenzhen in materia di “*Trial of Labor Dispute Case*”, pubblicate nel dicembre 2015, all’art. 88 affermano che sia efficace la clausola del contratto di lavoro che stabilisca un ammontare superiore rispetto allo standard stabilito dalla legge per la compensazione economica a seguito dell’estinzione del rapporto. La stipulazione sarà, invece, inefficace qualora l’importo sia inferiore rispetto a quanto stabilito dall’art. 46 della *Employment Contract Law* (all’evidenza si tratta di una misura a sostegno del lavoratore, in modo che la sua posizione di debolezza contrattuale nei confronti del datore di lavoro non lo conduca ad accettare l’inserimento all’interno del contratto di assunzione di clausole dal tenore così sfavorevole per la sua sfera giuridica); allo stesso modo, è da considerare inefficace l’accordo che stabilisca un ammontare della compensazione diverso da quello legale che venga stipulato dopo l’estinzione del rapporto di lavoro.

627 Media che viene periodicamente individuata, precisa la disposizione, a livello locale, “*by the people’s government at the level of municipality directly under the central government or at the level of a districted city where the employer is located*”.

628 L’ammontare massimo dell’indennità che un lavoratore può aspirare ad ottenere, pertanto, è determinabile *a priori*, consistendo in una somma pari a dodici mensilità del triplo dell’importo della retribuzione media nel territorio considerato.

basso⁶²⁹ – individuato dal governo locale come retribuzione media nell’ambito territoriale di riferimento⁶³⁰.

Infine, l’art. 85 della *Employment Contract Law* tenta di garantire il pagamento spontaneo della *economic compensation* da parte del datore di lavoro al momento della cessazione del rapporto, nei casi in cui essa è prevista (per lo meno pacificamente, cioè in assenza di contestazione in ordine all’*an* o al *quantum* della spettanza della medesima⁶³¹), stabilendo che in caso contrario il *Labor Administrative Department* territorialmente competente può ordinare al datore di provvedervi entro un determinato termine. Qualora quest’ultimo continui a non conformarsi a tale obbligazione, potrà essere condannato al pagamento al lavoratore di un’ulteriore importo a titolo di *extra-compensation*, compresa tra il 50% e il 100% dell’ammontare determinato secondo i criteri sopra indicati.

Si è visto che nella maggior parte delle ipotesi di cessazione del rapporto di lavoro, ad eccezione delle particolari fattispecie sopra considerate, il lavoratore può godere di un’indennità di natura economica (*lato sensu* assimilabile, nonostante le notevoli differenze sopra evidenziate, al nostro trattamento di fine rapporto), che funge da compensazione per la perdita del posto di lavoro, stabilita dall’art. 46 e secondo l’ammontare determinato dall’art. 47 della *Employment Contract Law*.

Ciò premesso, è ora possibile tornare alla tematica principale di questo capitolo ed analizzare quali siano le tutele che la legge appresta a favore del lavoratore che sia stato licenziato illegittimamente, cioè in assenza di una delle ragioni giustificatrici previste dalla legge.

Si è anticipato, in apertura, che l’art. 48 della *Employment Contract Law* prevede **due forme alternative di tutela** che, in assonanza con i termini invalsi nella fraseologia italiana, potremmo chiamare rispettivamente tutela *indennitaria* e tutela *reintegratoria*⁶³².

Il rapporto tra le due diverse forme di tutela così individuate è un rapporto di regola ed eccezione, nel senso che la riparazione consistente nel *continuous fulfillment of the labor contract* si aggiunge alla riparazione di natura economica nei soli casi individuati dall’art. 48.

E’ dunque la tutela di tipo meramente economico che costituisce la regola valida nella generalità dei casi. In questo, l’ordinamento cinese presenta un’assonanza con quello italiano *post* “*Jobs Act*”: anche questo, infatti, come è dato leggere nella legge delega e nei relativi lavori preparatori⁶³³, si è posto l’obiettivo di ridurre sensibilmente le fattispecie in cui possa operare la sanzione, che in precedenza era l’unica possibile per le “grandi imprese” della reintegrazione nel posto di lavoro.

Essa, infatti, opera in tutte le ipotesi in cui non possa aver luogo la più incisiva tutela reintegratoria, e consiste nel pagamento di un importo pari al triplo della somma che spetterebbe al lavoratore quale indennità di fine rapporto ai sensi dell’art. 46.

Le due indennità – quella dell’art. 46 (una mensilità per ogni anno pieno di servizio) e quella dell’art. 48 (determinata, ai sensi dell’art. 87, nel doppio della precedente) – sembrerebbero

629 A mero titolo di esempio, si ricordi che – come già notato in sede introduttiva – a Pechino la *average monthly wage of employees* come da ultimo quantificato dal governo locale ammonta a RMB 7086, pari ad Euro 944 circa; a Shanghai 5939, pari ad Euro 792 circa, a Shenzhen 6753, pari ad Euro 900,00 circa.

630 La circostanza, pertanto, dovrebbe essere tenuta particolarmente in considerazione dai cittadini italiani che si trasferiscano in Cina per svolgere attività lavorative di alta specializzazione e con retribuzioni molto elevate anche per gli standard europei.

631 Per esempio in caso di estinzione del rapporto di lavoro per scadenza del termine o di licenziamento per ragioni economiche o aziendali di cui all’art. 40 o all’art. 41, a prescindere dalla sua legittimità o meno. Nei casi, invece, in cui l’indennità sia in discussione, non può affermarsi con sicurezza l’applicabilità dell’art. 85 in commento nel testo.

632 Naturalmente, oltre alla sanzione principale, costituita appunto da una di tali due tutele alternative, il datore di lavoro dovrà corrispondere al lavoratore la retribuzione relativa al periodo di illegittima estromissione dal servizio, dalla data del licenziamento sino alla pronuncia che accerti l’illegittimità del licenziamento.

633 Cfr. l’art. 1, comma 7, lettera c), della legge n. 183 del 2014, recante il criterio di delega volto a prevedere, “*per le nuove assunzioni, il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti in relazione all’anzianità di servizio, escludendo per i licenziamenti economici la possibilità della reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, prevedendo un indennizzo economico certo e crescente con l’anzianità di servizio e limitando il diritto alla reintegrazione ai licenziamenti nulli e discriminatori e a specifiche fattispecie di licenziamento disciplinare ingiustificato*”.

destinate ad operare cumulativamente, in quanto a ben vedere nelle ipotesi in cui il licenziamento sia accertato come illegittimo, chiaramente la perdita del posto di lavoro riveste il carattere di involontarietà per il lavoratore, ed è quindi rispettata la *ratio* sottesa all'art. 46. Così, anche nel caso di licenziamento per ragioni *lato sensu* disciplinari di cui all'art. 19 – che, per quanto si è detto, se legittimo esclude il godimento della compensazione economica –, l'illegittimità del recesso dovrebbe comportare il venir meno della ragione ostativa alla corresponsione, oltre che della somma prevista dall'art. 48 quale sanzione per il licenziamento illegittimo, anche dell'indennità di fine rapporto.

Senonché la cumulabilità delle due indennità – quella *fisiologica* di cui all'art. 46 e quella *patologica* di cui all'art. 48⁶³⁴ – è radicalmente esclusa dall'art. 25 del *Regulation on the Implementation of the Employment Contract Law*, ai sensi del quale, in caso di licenziamento illegittimo, laddove il datore di lavoro “*has paid a compensation according to Article 87 of the Employment Contract Law, it is not required to make economic compensations*”⁶³⁵.

Tale disposizione appare difficilmente condivisibile, in quanto si fatica a comprendere il motivo per il quale il lavoratore che sia stato illegittimamente licenziato non possa godere di una indennità la quale gli sarebbe invece altrimenti spettata.

La riconducibilità, da parte dell'art. 87, all'art. 46 ai fini del calcolo dell'importo a titolo di indennità del licenziamento illegittimo, determina un notevole avvicinamento, sotto questo profilo, tra l'ordinamento cinese e quello italiano.

È noto, infatti, che l'art. 18 St. Lav., tutt'ora applicabile ai lavoratori assunti prima del 7 marzo 2015, costruisce la tutela indennitaria come un'obbligazione risarcitoria a carico del datore di lavoro avente ad oggetto il pagamento di un importo compreso tra le 12 e le 24 mensilità (per la tutela che si suole chiamare “indennitaria forte”, e prevista in caso di illegittimità dipendente da un vizio sostanziale del licenziamento, diverso però dai vizi più gravi tali da condurre alla concessione della tutela reintegratoria) o tra le 6 e le 12 mensilità (per la tutela “indennitaria debole” o “dimezzata”, prevista in caso di vizio formale o procedurale del licenziamento) dell’*“ultima retribuzione globale di fatto”*.

Allo stesso modo, le disposizioni del d. lgs. n. 23/2015 calcolano l'ammontare dell'indennità economica derivante da licenziamento illegittimo in misura pari a due mensilità per ogni anno di servizio, da un minimo di 4 a un massimo di 24 mensilità (per i vizi sostanziali), e pari ad una mensilità di servizio, da un minimo di 2 a un massimo di 12 mensilità (per i vizi formali o procedurali) della *“retribuzione utile ai fini del calcolo del trattamento di fine rapporto”*.

Aldilà delle differenze terminologiche derivanti dalla formulazione di più recente conio, che ha sostituito la precedente dopo più di quarant'anni, differenze dalle scarse implicazioni pratiche⁶³⁶, emerge come in Italia il risarcimento di natura economica sia calcolato avendo presente il livello retributivo raggiunto dal lavoratore al momento del licenziamento.

634 Uso gli aggettivi evidenziati in corsivo nel testo per distinguere l'indennità economica di cui all'art. 46, che ho ritenuto possibile chiamare “di fine rapporto”, che prescinde da un licenziamento invalido, da quella prevista dall'art. 48 la quale, costituendo una reazione ordinamentale ad un atto illegittimo, è certamente di natura patologica. Tuttavia, a rigore, anche la ragione che giustifica la corresponsione dell'indennità di fine rapporto consiste comunque in un elemento dotato di una certa anormalità (si pensi alle dimissioni per giusta causa, o al licenziamento per motivi economici: trattasi di ipotesi in cui evidentemente il rapporto di lavoro non può proseguire per inadempimento del creditore o per impossibilità di raggiungerne la causa).

635 Evidentemente qui la norma si riferisce, pur senza nominarlo espressamente, all'art. 46 della *Employment Contract Law*.

636 Cfr. M. G. Mattarolo, *Le conseguenze risarcitorie ed indennitarie del licenziamento illegittimo*, in F. Carinci – C. Cester (a cura di), *Il licenziamento all'indomani del d. lgs. n. 23/2015*, 118 ss., *passim*: “Il concetto di onnicomprensività della retribuzione di cui all'art. 2120 c.c. pare non discostarsi di molto dal concetto di retribuzione globale di fatto di cui all'attuale art. 18 Stat. lav. e la giurisprudenza usa a volte i due termini come sinonimi”; l'Autrice ritiene, comunque, che “qualche distinzione a mio avviso va fatta”, e fornisce quindi un'interessante panoramica, alla quale si rinvia, sugli esiti teorici e pratici della nuova opzione del legislatore.

Lo stesso avviene in Cina, in quanto l'art. 87, rinviando al calcolo stabilito dall'art. 47, prevede che la *severance* sia determinata sulla base della media della retribuzione mensile dell'ultimo anno solare di svolgimento del rapporto.

Si noti infine che, la circostanza che l'indennità risarcitoria spettante al lavoratore in conseguenza del licenziamento illegittimo sia configurata come il doppio dell'indennità di fine rapporto, fa sì che il risarcimento economico da licenziamento illegittimo sia determinato sulla base del livello retributivo raggiunto dal dipendente al momento dell'estinzione dell'impiego e quindi, in via mediata, dalla sua anzianità di servizio: si può dire pertanto che in Cina sin dal 1994 sia in vigore quel meccanismo risarcitorio che lega l'importo del risarcimento alle annualità di previo svolgimento del rapporto, cioè di quel meccanismo che nel 2015 il c.d. *Jobs Act* ha posto alla base del contratto a tutele crescenti⁶³⁷. Ed anche in Cina l'aumentare delle tutele proporzionalmente all'aumentare dell'anzianità di servizio opera esclusivamente sul piano economico, senza che il raggiungimento di una determinata anzianità di servizio possa condurre ad uno *spin off* dalla tutela meramente indennitaria alla più incisiva tutela reintegratoria⁶³⁸.

Se l'indennità di tipo meramente economico costituisce la regola, la *Employment Contract Law* prevede però due casi in cui il Giudice è chiamato ad ordinare il *continuous fulfillment of the labor contract*, ovvero la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro.

Anche in questo caso, come negli altri a suo tempo già evidenziati, in Cina viene prestata meno attenzione che in Italia alle sottigliezze dogmatiche: così, il concetto di "continuazione nell'adempimento del contratto di lavoro" elimina ogni discussione venutasi a creare in Italia tra i diversi termini di *riassunzione* e di *reintegrazione*, chiarendo che la forma di tutela che si sostanzia in questo ordine del giudice consiste nella prosecuzione dell'originario rapporto estinto dal recesso illegittimo: la pronuncia giudiziale, così, è una pronuncia costitutiva di **annullamento del licenziamento** impugnato.

Tuttavia, l'art. 48 della legge è chiaro solo in apparenza nel tracciare i confini di applicabilità di tale, eccezionale, tutela reintegratoria.

In prima battuta viene previsto che essa può trovare applicazione solo qualora il dipendente avanzi una specifica richiesta in tal senso (è da ritenere, al momento dell'instaurazione del giudizio di impugnazione e quindi all'interno del primo atto processuale⁶³⁹).

Invero, questo requisito non pone difficoltà, se non di natura processuale⁶⁴⁰.

637 Si badi, però, che in Italia l'aumentare dell'anzianità di servizio incide **direttamente** sull'aumentare dell'indennità, in quanto questa si compone di un numero di mensilità calcolato, per l'appunto, moltiplicando per 2 (o per 1 in caso di vizi formali o procedurali) il numero di anni di previo svolgimento del servizio per quel datore di lavoro (pur con la previsione di un numero massimo e di un numero minimo di mensilità). In Cina, invece, l'incidenza dell'anzianità di servizio nei confronti dell'entità dell'indennità da licenziamento illegittimo opera soltanto **indirettamente**, in quanto una anzianità "importante" è idonea ad aumentare il livello retributivo da assumere quale base di calcolo; non si assiste, tuttavia, come invece accade nel d.lgs. n. 23/2015, ad una moltiplicazione tra un coefficiente e il numero di anni di servizio del lavoratore, in quanto l'ammontare delle mensilità di retribuzione che "comporranno" l'indennità risarcitoria è pur sempre calcolato moltiplicando per due il numero di anni di servizio proprio del lavoratore. Il moltiplicatore, dunque, è fisso, e non suscettibile di aumentare sulla base dell'anzianità come invece avviene nell'ambito del contratto a tutele crescenti italiano.

638 Elemento, questo, per il quale la riforma sublimata nel d.lgs. n. 23/2015 è stata particolarmente criticata a livello sindacale e di dialettica politica.

639 Proposto, come si vedrà *infra* (cfr. Capitolo Settimo) dinanzi al Collegio Arbitrale del Lavoro.

640 Per esempio, ci si può chiedere se il dipendente possa o meno chiedere il *continuous fulfillment of the labor contract* dinanzi alla Corte del Popolo nel caso in cui egli non abbia proposto la relativa domanda al momento dell'impugnazione del licenziamento dinanzi al Collegio Arbitrale (come vedremo nel Capitolo Settimo infatti, il rito del lavoro nell'ordinamento cinese prevede la competenza funzionale del Collegio Arbitrale per le cause di lavoro in primo grado). Giova evidenziare come la legge processuale cinese (la *Civil Procedure Law of the People's Republic of China*, nella sua più recente versione entrata in vigore il 31 agosto 2012) sia molto blanda nel prevedere sbarramenti processuali. Addirittura, nel silenzio del codice sul punto le Corti Intermedie consentono senza resistenze che in sede di gravame vengano introdotte domande ed eccezioni che la parte non aveva proposto in primo grado. Così, è da ritenere

Così, se il lavoratore, nell'atto introduttivo del giudizio di impugnazione del licenziamento, non inserisce nel proprio atto processuale un'apposita domanda di reintegrazione nel posto di lavoro, il Giudice *in thesi* non potrà disporla d'ufficio, ma dovrà limitarsi a condannare il datore di lavoro, in caso di accertamento della *wrongful termination of the labor contract*, al pagamento dell'indennità economica calcolata sulla base degli articoli 87 e 46 della *Employment Contract Law*.

Interessante notare, quindi, come la scelta di restaurazione del rapporto di lavoro estinto in maniera a suo dire contraria alla legge è rimessa alla libera scelta del lavoratore destinatario del recesso.

Si noti, poi, che se il lavoratore scelga di non domandare la reintegrazione, e così rinunci alla prosecuzione del rapporto con il suo datore di lavoro, non avrà sol per questo diritto ad un'indennità maggiore. Trattasi di un profilo di differenza notevole rispetto all'ordinamento italiano, nel quale il lavoratore potrà bensì optare per una sorta di rinuncia alla reintegrazione nel posto di lavoro, ma anche al termine del processo, entro il termine di trenta giorni dalla pronuncia della sentenza⁶⁴¹, e soprattutto ottenendo una indennità supplementare pari a 15 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto⁶⁴².

La **domanda del lavoratore** istante che chieda il *continuous fulfillment of the labor contract*, tuttavia, costituisce **requisito necessario ma non sufficiente** per la pronuncia in tal senso da parte del Giudice.

Perché questi deponga per la pronuncia di annullamento del licenziamento, infatti, è altresì necessario che a suo parere essa sia **possibile**.

Prevede infatti l'art. 48 che “*if the employee does not demand the continuous fulfillment of the contract or if the continuous fulfillment of the labor contract is impossible, the employer shall pay compensation to the employee according to Article 87 of this Law*”: nonostante la espressa richiesta del lavoratore volta ad ottenere la reintegrazione, quindi, se il Giudice ritiene che questa non sia possibile emetterà una pronuncia avente per oggetto la condanna del datore di lavoro al solo pagamento dell'indennità risarcitoria.

Questo è il vero profilo problematico per quanto riguarda i rapporti tra le due forma alternative di tutela riconosciute dalla *Employment Contract Law* in caso di licenziamento illegittimo: quando, e in base a quali criteri, si deve affermare che la reintegrazione non è possibile?

La legge non prende posizione in alcun modo sulla questione.

Il concetto di “impossibilità” del *continuous fulfillment of the labor contract* è determinato da una formula elastica, suscettibile di ricomprendere al suo interno una molteplicità di fattispecie concrete: in questo caso, quindi, la *Employment Contract Law* utilizza un metodo deduttivo simile a quello cui è abituato il giurista di *civil law*, anziché il metodo casistico che caratterizza, invece, il consueto *modus procedendi* del legislatore cinese e le altre disposizioni della legge in esame.

Così, per chiarire il concetto è necessario analizzare il contributo della giurisprudenza, la quale è intervenuta in modo ufficiale tramite lo strumento delle *Interpretations*, consueto per l'ordinamento cinese.

La Suprema Corte di Pechino, con circolare del 10 agosto 2016, ha da ultimo proposto delle linee-guida che se saranno applicate aumenteranno significativamente la tutela del datore di lavoro nelle controversie in materia di licenziamento con efficacia estesa a tutto il territorio nazionale⁶⁴³, affermando che **la reintegrazione deve essere ritenuta non possibile nei seguenti casi:**

che il lavoratore possa avanzare avanti il Giudice togato la richiesta di tutela reintegratoria anche se in sede di giudizio arbitrale aveva chiesto soltanto la tutela indennitaria.

641 Il legislatore italiano riconosce così al lavoratore ricorrente l'opportunità di valutare l'andamento dei rapporti con la controparte datoriale durante lo svolgimento del processo.

642 Possibilità la cui introduzione nello Statuto dei Lavoratori nel 1970 aveva dato adito a perplessità, paventandosi la possibile mercificazione del rapporto di lavoro che ne sarebbe derivata. In Cina invece tale problema non si pone, proprio perchè il lavoratore che non domandi l'applicazione della tutela reintegratoria non lo fa per lucrare una somma economica maggiore da controparte, ma è evidentemente guidato, nella sua scelta, da altre ragioni di convenienza (quali per esempio lo stato dei rapporti con l'azienda o la circostanza di avere o meno rinvenuto un nuovo impiego).

643 Limitatamente alla Municipalità di Pechino, invece, sono già in vigore le *Responses to Several Issues Regarding Application of Law in Trial of Labor Disputes*, emanate congiuntamente dall'Alta Corte del Popolo e dalla

a – il lavoratore ha rinvenuto un altro posto di lavoro, alle dipendenze di altra azienda – in questo caso, tecnicamente, si è in presenza di una causa sopravvenuta di venir meno dell'interesse ad agire, con conseguente rigetto della domanda volta alla reintegrazione nel posto di lavoro e condanna del datore di lavoro al pagamento dell'indennità di natura economica a seguito dell'accertamento dell'illegittimità del recesso⁶⁴⁴;

b – l'originaria posizione lavorativa del lavoratore era unica (la Corte porta l'esempio della posizione di *general manager*) e, nelle more del licenziamento e del successivo procedimento di impugnazione, è stata affidata ad un altro dipendente. In questo caso, tuttavia, la Suprema Corte amplia la tutela riconosciuta al lavoratore, affermando che nell'impossibilità di reintegrarlo nella posizione precedente, ora non più disponibile, il datore di lavoro soggiace all'obbligazione di offrirgli una posizione alternativa⁶⁴⁵;

c – la posizione originale del lavoratore risulta ora non più disponibile in azienda, a causa di una ristrutturazione aziendale posta in essere dal datore di lavoro;

d – la reintegrazione potrebbe minacciare la sicurezza personale a causa di seri conflitti tra le parti⁶⁴⁶;

Commissione Arbitrale del Lavoro, le quali – dopo aver affermato che la misura generale di tutela del lavoratore da licenziamento illegittimo applicabile in prima istanza consiste nella reintegrazione nel posto di lavoro occupato precedentemente al recesso – hanno individuato le seguenti ipotesi di “impossibilità” di pronunciare il *reinstatement* del lavoratore in servizio (l'onere della prova della sussistenza di una delle quali grava su parte datoriale):

1. la dichiarazione di fallimento della società datrice (sulla quale cfr. Capitolo Terzo, par. d), o la revoca della sua licenza commerciale (sulla quale cfr. Capitolo Secondo), o la liquidazione della stessa;
2. raggiungimento dell'età pensionabile da parte del lavoratore durante il procedimento arbitrale o giudiziale;
3. il caso in cui il lavoratore era inquadrato a tempo determinato ed il termine del contratto è scaduto durante il procedimento di impugnazione del licenziamento (a meno che, naturalmente, non sussista una delle ipotesi di conversione del contratto a termine in contratto a tempo indeterminato, cfr. Capitolo Secondo);
4. l'ipotesi per cui la posizione originaria del lavoratore è cruciale per le normali operazioni del datore di lavoro (per esempio, *general manager*, *manager* finanziario, e così via) e sia stata nel frattempo affidata ad altro lavoratore, e le parti non riescano a trovare un accordo per una nuova posizione;
5. il fatto che il lavoratore, nelle more del procedimento, abbia rinvenuto una nuova occupazione;
6. la circostanza per cui, durante il procedimento arbitrale o giudiziale, il lavoratore abbia rifiutato un'offerta di reintegrazione proveniente dal datore di lavoro;
7. altre circostanze idonee a fare emergere l'impossibilità di un ordine reintegratorio.

Come si vede, alcune delle ipotesi coincidono con quelle da ultimo individuate dalla Suprema Corte.

644 Viene riecheggiata, così, l'autorevole teoria dottrinale della cessazione del rapporto per fatti concludenti (cfr. A. Vallebona, *Istituzioni di diritto del lavoro. Il rapporto di lavoro individuale*, cit., 559).

645 La Corte tuttavia non si pone il problema circa l'equivalenza della nuova posizione lavorativa, alternativa a quella precedente nella quale il lavoratore era impiegato prima del licenziamento e in relazione alla quale egli pretenderebbe il *continuous fulfillment of the contract*, e quest'ultima: nonostante la mancata presa di posizione da parte della Corte, è chiaro che una certa equivalenza in termini professionali deve pure esserci, pur nel silenzio della *Employment Law* del 1994 in materia di variazione delle mansioni previste nel contratto individuale di lavoro. Si potrebbe ritenere che, nel caso in cui risulti effettivamente accertato in giudizio che la posizione iniziale del lavoratore reintegrando non sia più disponibile – e che l'affidamento di questa ad altro lavoratore non sia stato posto in essere in frode alla legge –, sia nella facoltà del lavoratore ricorrente la scelta se accettare la nuova posizione alternativa proposta, ovvero, in caso di mancato gradimento, variare la domanda e, rinunciando alla tutela reintegratoria, optare per il pagamento dell'indennità *ex art. 87*.

646 Concetto invero quantomai sfuggente; forse si può ritenere che esso coincida – pur nella diversità dei fini e dei provvedimenti in esame – con l'insieme dei presupposti che la giurisprudenza italiana pone alla base del c.d. trasferimento ambientale, da ravvisare nel provvedimento di modifica della sede di lavoro dovuta alla situazione di incompatibilità tra il lavoratore ed i suoi colleghi e collaboratori diretti, che è legittimo soltanto “*quando tale incompatibilità, determinando conseguenze (quali tensioni nei rapporti personali o contrasti nell'ambiente di lavoro) che costituiscono esse stesse cause di disorganizzazione e disfunzione nell'unità produttiva, realizzi un'obiettivo esigenza aziendale di modifica del luogo di lavoro*” (cfr. Corte di Cass., 6 agosto 2003, n. 11882, con massima divenuta poi costante). Solo in tale ultimo caso il provvedimento di trasferimento non è configurato come provvedimento disciplinare ma si basa su una situazione oggettiva di disagio nell'ambiente di lavoro che costituisce una delle ragioni organizzative-produttive che possono sottendere al trasferimento ai sensi dell'art. 2103 c.c. Come nel trasferimento ambientale, infatti, anche nella fattispecie considerata dalla Suprema Corte di Pechino nelle recenti *Interpretations* viene consentito l'allontanamento (o il mancato rientro) del lavoratore nell'unità lavorativa di riferimento per evitare

e – la fiducia reciproca tra le parti è da considerare ormai irrimediabilmente venuta meno e il lavoratore ha la capacità di rinvenire una nuova occupazione⁶⁴⁷;

f – l’illegittimità del licenziamento dipende da un mero **vizio procedurale** (per esempio, l’omissione, da parte del datore di lavoro, della previa notifica del licenziamento alla *labor union* ai sensi dell’art. 43, oppure nelle ipotesi in cui il licenziamento disciplinare è illegittimo a causa del mancato rispetto, da parte della società, della procedura prescritta dall’art. 4 della *Employment Contract Law* per la predisposizione e l’aggiornamento del regolamento endo-aziendale e dell’*handbook*. Sul punto, è possibile rinviare ai casi giudiziari già richiamati in precedenza⁶⁴⁸).

Pertanto, pur se la legge non dispone nulla a riguardo in maniera espressa, sulla base di questa proposta interpretativa da parte della Suprema Corte anche in Cina – così come in Italia – la sussistenza di un vizio procedurale non dà luogo all’applicazione della tutela reintegratoria.

Tale affermazione della Corte merita un commento favorevole per quanto riguarda la sua *ratio*, meno con riferimento alla sua base giuridica.

Essa, infatti, appare condivisibile in tanto in quanto certamente la riconducibilità dell’illegittimità del recesso a un mero errore formale o procedurale è da ritenere di disvalore minore rispetto ad una fattispecie di insussistenza di una delle ragioni sostanziali giustificatrici del provvedimento espulsivo; nello stesso tempo, la Corte manifesta una acuta sensibilità nel graduare la sanzione irrogabile nei confronti di una *wrongful termination* sulla base della natura del vizio e, in via mediata, della gravità del comportamento del datore di lavoro.

Ciò che non convince è che la Corte arriva a tale conclusione proponendo una interpretazione *contra legem*.

La lettera dell’art. 48 è chiara: il *continuous fulfillment of the labor contract* deve essere disposto dal Giudice, se richiesto dal lavoratore, a meno che non sia impossibile: ma tra le condizioni di possibilità / impossibilità della reintegrazione non può venire in considerazione la causa della illegittimità, che attiene al profilo eziologico e non teleologico della valutazione del Giudice.

In altre parole, *in parte qua* la proposta interpretativa della Corte sembra confondere gli effetti del vizio di legittimità – profilo la cui valutazione è richiesta dal tenore letterale della legge – con la causa della stessa, di cui invece nell’art. 48 non vi è traccia. Come notato in apertura di questo Capitolo, infatti, la legge cinese non opera alcuna distinzione, per quanto riguarda le conseguenze dell’illegittimità del licenziamento in punto di individuazione della tutela applicabile, tra le varie cause di tale illegittimità (con ciò facendo registrare la principale differenza con la corrispettiva legge italiana a partire dal 2012): nel silenzio della legge, può la giurisprudenza proporre con effetto generale una soluzione di così rilevante portata?

g – il lavoratore ha già rifiutato una proposta di reinserimento in seno all’azienda, manifestata dal datore di lavoro durante la procedura arbitrale o giudiziale⁶⁴⁹;

h – il licenziamento riguardava un contratto a tempo determinato e, nelle more del procedimento, è venuto a scadenza il termine finale apposto allo stesso.

che dal clima di conflittualità venutosi a creare possa derivare un degenerare della situazione, suscettibile di rilevare quale minaccia per la sicurezza personale e patrimoniale del complesso dei dipendenti impiegati dall’azienda in quel determinato contesto produttivo o territoriale.

647 Tale ipotesi rappresenta un altro esempio di utilizzo, da parte dell’interprete, di una formula elastica. Inevitabile tracciare un parallelismo tra tale interpretazione da parte della Corte Suprema e l’orientamento costante della giurisprudenza italiana secondo la quale l’indagine relativa alla sorte del rapporto fiduciario costituisce il metodo indispensabile per valutare l’impossibilità di prosecuzione del rapporto di lavoro e cioè la sussistenza o meno della giusta causa di risoluzione del medesimo. Occorre sottolineare, tuttavia, la diversità del fine per il quale tale indagine è predicata dalle Corti: mentre in Cina essa è funzionalizzata alla valutazione relativa alla possibilità o meno di condannare il datore di lavoro alla reintegrazione del lavoratore licenziato nel posto di lavoro (a valle, cioè, della dichiarazione di illegittimità del licenziamento), in Italia essa costituisce mezzo per l’accertamento in ordine alla legittimità o meno del recesso disciplinare.

648 In relazione al quale si veda nello specifico il Capitolo Terzo, con i precedenti giurisprudenziali ivi già citati.

649 Ovviamente la proposta deve essere in una posizione equivalente a quella occupata dal lavoratore prima del licenziamento; cfr. precedente nota 635.

A proposito del rapporto a tempo determinato, dunque, si registra una differenza notevole tra i due ordinamenti. In Italia, infatti, in caso di licenziamento privo di giustificazione di un lavoratore a termine l'unica riparazione possibile consiste nella corresponsione al lavoratore delle mensilità di retribuzione perdute per effetto dell'illegittimo licenziamento, mentre in Cina si dovrà applicare la normativa generale e, pertanto, il lavoratore avrà diritto al pagamento dell'indennità risarcitoria di cui all'art. 87.

Oltre ai casi indicati dalla Circolare della Suprema Corte, gli organi giudiziari non potranno ordinare il *reinstatement* del lavoratore anche nel caso in cui il visto di lavoro (o il permesso di soggiorno) del medesimo sia giunto a scadenza nel corso del processo.

Infatti, come affermato dalla Corte di Shanghai con pronuncia dell'agosto 2013, con la quale è stata rigettata la richiesta di reintegrazione avanzata da un lavoratore straniero sulla base della scadenza del suo visto di lavoro, tale circostanza è da ritenere impeditiva, per un tale soggetto, dell'esecuzione di un contratto di lavoro in territorio cinese.

Nel caso di specie, il lavoratore aveva lavorato per la società datrice dal 2009, e il suo permesso di lavoro spirava il 21 settembre 2012. Il 6 febbraio 2012, la società lo aveva licenziato ai sensi dell'art. 40 della *Employment Contract Law*, versandogli l'indennità sostitutiva del preavviso di tre mesi risultante dal contratto di lavoro. A seguito dell'impugnazione del lavoratore e della sua richiesta di reintegrazione in servizio e di pagamento delle mensilità di retribuzione perdute per effetto del licenziamento e della relativa sentenza di accoglimento da parte del Collegio Arbitrale, la Corte accolse il gravame proposto dalla società, sulla base della circostanza per cui, nelle more del procedimento, il visto lavorativo del ricorrente era giunto a scadenza e, conseguentemente, il contratto di lavoro non avrebbe più potuto essere da lui eseguito, dal momento che uno straniero privo di permesso di lavoro non può lavorare legittimamente all'interno del territorio cinese. Era così da ritenere integrata, secondo la Corte di Shanghai, la ragione ostativa alla pronuncia dell'ordine di *reinstatement* che l'art. 48 ravvisa nell'impossibilità di eseguire il contratto di lavoro ("*the continuous fulfilment of the contract is impossible*").

La pronuncia, a ben vedere, lascia perplessi in quanto la Corte ha ommesso di considerare che il datore di lavoro solitamente è responsabile del rinnovo del visto di lavoro dei propri dipendenti di nazionalità straniera mentre il contratto di lavoro è ancora efficace. Ora, nella fattispecie sottoposta all'esame della Corte, è vero che nel momento della scadenza della *working visa* il rapporto di lavoro era già cessato (con conseguente insussistenza del dovere datoriale di provvedere a promuovere la procedura della sua rinnovazione), ma è anche vero che tale cessazione dipendeva pur sempre da un atto di estinzione della società accertato come illegittimo.

Come si è visto nell'elencazione precedente, un'altra circostanza valorizzata dalle Corti ai fini dell'accertamento della "impossibilità" o meno dell'applicazione della tutela reintegratoria consiste nella **rottura del rapporto fiduciario tra le parti**.

Le Corti, infatti – in primo luogo quella di Pechino –, con un orientamento simile a quello della giurisprudenza italiana (secondo la quale il licenziamento per giusta causa è legittimo proprio quando è venuto meno il rapporto fiduciario tra datore di lavoro e lavoratore) ritengono che in tale circostanza il rapporto di lavoro non possa continuare a trovare esecuzione.

Si può citare il seguente caso giudiziario deciso dalla Corte Intermedia di Pechino nel 2015.

Il Sig. Wang fu assunto come cuoco da un hotel della Capitale il 30 maggio 2011. Sennonché, la società che gestiva l'hotel venne a conoscenza di molti episodi in cui egli aveva violato le norme disciplinari endo-aziendali, come per esempio dormendo o giocando ai videogiochi in orario di lavoro, oppure mangiando il cibo destinato ai clienti, e anche ponendo in essere delle condotte di molestie nei confronti delle colleghe di sesso femminile. Il 12 febbraio 2015, così, l'hotel licenziò il Sig. Wang ai sensi dell'art. 39, num. 2), della *Employment Contract Law*.

Al momento della comunicazione del licenziamento al dipendente, vi fu un alterco tra il medesimo e il rappresentante della società datrice, i quali addivennero addirittura alle vie di fatto, onde fu necessario l'intervento della polizia per sedare gli animi.

Il lavoratore impugnò il licenziamento avanti il Collegio Arbitrale domandando la reintegrazione in servizio ai sensi dell'art. 46. Il Collegio accolse la domanda ritenendo insussistenti i presupposti di cui all'art. 39 e condannò l'hotel a reintegrare il lavoratore nel posto di lavoro di cuoco che occupava prima del licenziamento. La Corte di base di Pechino, investita del giudizio di impugnazione proposto dall'hotel, confermò il giudizio di illegittimità del licenziamento, ma applicò la sola tutela indennitaria a favore del lavoratore, ritenendo che la reintegrazione in servizio non fosse possibile a causa del manifesto venir meno del rapporto fiduciario tra le parti. Tale decisione fu confermata dalla Corte Intermedia, che rigettò l'impugnazione del lavoratore volta ad ottenere l'applicazione della tutela reintegratoria.

La Corte Intermedia motiva la mancata condanna della società al *reinstatement* del lavoratore in servizio ritenendola impossibile sulla base della rottura insanabile del rapporto di fiducia tra le parti. La società, infatti, aveva prodotto in giudizio le registrazioni audio-visive e le prove testimoniali in ordine al pesante alterco provocato dal proprio ex dipendente al momento della comunicazione del licenziamento: una circostanza valorizzata dalla Corte quale fatto rivelatore dell'impossibilità di una ricostruzione di un rapporto di fiducia tra la società stessa e il Sig. Wang per il futuro, e dunque quale fatto impeditivo della pronuncia di reintegrazione. Dal momento che – sostiene la Corte – il rapporto di lavoro non può prescindere dalla fiducia reciproca tra il datore di lavoro e il lavoratore, nel caso in cui risulti accertato che la stessa sia irrimediabilmente venuta meno, non potrà essere applicata la tutela reintegratoria, ma la sola tutela indennitaria consistente nel pagamento di un importo triplo rispetto all'indennità di fine rapporto di cui all'art. 46 della *Employment Contract Law*.

Appare interessante notare il diverso ruolo che l'accertamento della persistenza o meno del rapporto fiduciario tra le parti assume nei due ordinamenti oggetto di comparazione, peraltro senza che riguardo ad esso vi sia, in entrambi, una previsione di diritto positivo.

In Italia, tale profilo viene valorizzato dalla giurisprudenza ai fini dell'accertamento della legittimità o meno del recesso datoriale. Essendo il licenziamento per giusta causa legittimo soltanto in presenza di fatti che rendano impossibile la prosecuzione anche temporanea del rapporto di lavoro (art. 2119 c.c.), il criterio guida in base al quale effettuare l'accertamento relativo alla perseguibilità o meno del rapporto consiste proprio nella valutazione circa la rottura del rapporto fiduciario, la quale a sua volta andrà effettuata mediante i criteri fattuali indicati in precedenza⁶⁵⁰ (tenendo conto in generale del complesso degli elementi oggettivi e soggettivi della fattispecie concreta, quali il tipo di mansioni affidate, gli eventuali precedenti disciplinari, il carattere doloso o colposo dell'infrazione, le circostanze di luogo e di tempo, le probabilità di reiterazione dell'illecito, il disvalore ambientale della condotta quale modello diseducativo per gli altri dipendenti, e così via). Nell'ordinamento cinese, invece, la valutazione circa la rottura del rapporto fiduciario o il suo mantenimento rileva solo a valle dell'accertamento della legittimità o meno del recesso datoriale, ed esclusivamente per valutare se sia o meno possibile pronunciare a favore del dipendente la reintegrazione in servizio. In altri termini, soltanto laddove l'organo giudicante sia già pervenuto ad una valutazione di illegittimità del licenziamento disciplinare intimato dal datore di lavoro al lavoratore, dovrà accertare la sorte del rapporto fiduciario per potere – laddove non sussistano altri fattori di impossibilità – applicare la tutela reintegratoria.

Se questi sono i confini tra le due tutele alternative previste in caso di licenziamento illegittimo, ci si può chiedere se l'ordine di reintegrazione disposto dalla Corte a favore del lavoratore sia in qualche modo coercibile nel caso in cui il datore di lavoro non vi adempia spontaneamente.

La prima disposizione da tenere in considerazione a tal riguardo consiste nell'**art. 85** della medesima *Employment Contract Law*, che però prevede una misura compulsoria per la tutela esclusivamente dell'ordine di pagamento della *economic severance*, non anche dell'ordine di *reinstatement* in servizio del lavoratore.

650 Si rinvia al Capitolo Terzo, paragrafo 2.

L'art. 85, infatti, prevede che “*if an employing unit [...] (4) dissolves or terminates a labor contract without paying the employee economic compensation pursuant to this Law, then the Labor Administration Department shall order it to pay [...] the economic compensation within a specified period of time. If the labor remuneration is lower than the local minimum wage rate, the Unit shall pay the difference. If payment is not made within the determined time limit, the Unit shall be ordered to pay additional damages to the employee at a rate of no less than 50 percent and no more than 100 percent of the amount payable*”.

Tale disposizione contempla, alla lettera, una misura compulsoria al pagamento spontaneo, da parte del datore di lavoro, della *economic compensation* prevista dall'art. 46 della legge già al momento in cui sorge il relativo diritto in capo al lavoratore, cioè al momento del licenziamento.

Ma se si considera che quest'ultima non spetta in ogni caso di estinzione del rapporto di lavoro, ma solo in quelli tassativi indicati all'art. 46, si può notare come la sua esigibilità da parte del lavoratore in molte fattispecie concrete sia in discussione. Per esempio, tale *compensation* non è dovuta in caso di licenziamento per giusta causa: ma se il datore di lavoro licenzia il dipendente per una delle ipotesi contemplate all'art. 39, è ovvio che non provvederà a pagare l'indennità, proprio perché la contestazione, da parte sua, della relativa debenza risulta implicita nello stesso provvedimento estintivo posto in essere. Sarà, eventualmente, soltanto in esito alla pronuncia della Corte che dichiarerà insussistente la ragione giustificatrice apposta al recesso che emergerà che quella *compensation* in effetti spetta.

È chiaro pertanto come l'art. 85 possa meglio riferirsi al mancato adempimento datoriale all'ordine della Corte di versare l'indennità conseguente all'accertamento dell'illegittimità del licenziamento, piuttosto che al mancato pagamento *tout court* della medesima indennità già al momento del licenziamento.

Si noti come in tal caso, peraltro, la pronuncia della misura compulsoria non sia di competenza di un organo giurisdizionale, bensì di un organo appartenente all'esecutivo, quale il Dipartimento Amministrativo del Lavoro competente territorialmente.

Dal tenore inequivoco della lettera della legge – che fa riferimento esclusivamente al pagamento dell'indennità e non anche all'altro possibile esito dell'accertamento dell'illegittimità del recesso datoriale, ossia all'ordine giudiziale al *continuous fullfilment of the labor contract* – discende l'inapplicabilità di tale misura compulsoria, costruita al modo di una *astreinte*, per l'ipotesi di ordine della Corte alla reintegrazione in servizio del lavoratore ricorrente.

E, del resto, l'incoercibilità da parte delle Corti della pronuncia recante una condanna del datore di lavoro alla reintegrazione in servizio del lavoratore⁶⁵¹ è ammessa dalle stesse Corti, come dimostra una pronuncia della Corte di Shanghai, Distretto di Jing'an, del 16 febbraio 2013⁶⁵².

651 E questo costituisce uno dei fattori per i quali spesso i lavoratori non chiedono l'applicazione della tutela reintegratoria, ma solo del pagamento dell'indennità, come sostenuto da H. Yang – S. Morgan – Y. Wang, *The strategies of China's Firms: resolving dilemmas*, 2015, 50, secondo i quali “*given that Chinese workers have a weak position, they normally do not request reinstatement; instead, they compromise by requesting unemployment compensation. Hence, even if they have won the case, justice is not done [...]*”.

652 Nel caso di specie, un lavoratore aveva lavorato per tre anni senza che il suo rapporto con la società fosse formalizzato in un contratto scritto di lavoro. A seguito del suo licenziamento ai sensi dell'art. 40, intimato per scarso rendimento del dipendente in grado di arrecare pregiudizio agli affari commerciali della società, e della relativa impugnazione giudiziale, tanto il Collegio Arbitrale quanto la Corte togata nel maggio 2012 ritennero indimostrata la ragione sostanziale sottesa al licenziamento e pertanto pronunciarono, su domanda del ricorrente, l'ordine di reintegrazione nel posto di lavoro con un contratto a tempo indeterminato (conseguenza, quest'ultima, stabilita dalla *Employment Contract Law* quale sanzione in caso di mancata stipulazione del contratto di lavoro in forma scritta per più di un anno dal momento iniziale del rapporto). La società, tuttavia, non provvedeva a riammettere in servizio il lavoratore, che quindi non aveva altra scelta che rivolgersi nuovamente al Collegio Arbitrale prima e alla Corte poi per ottenere il pagamento della retribuzione dal momento della sentenza del maggio 2012 che pronunciava il suo diritto ad essere reintegrato nel posto di lavoro occupato prima del licenziamento illegittimo. La Corte, quindi, notò di essere sprovvista dei mezzi giuridici per consentire la riammissione in servizio del lavoratore, e pertanto altro non poté fare che condannare la società al pagamento delle retribuzioni che a lui sarebbero spettate se fosse stato reintegrato, dal momento della sentenza di reintegrazione.

L'eventuale esistenza di una misura di coercizione di tale tipologia di pronuncia giudiziale, pertanto, deve essere ricercata al di fuori della *Employment Contract Law*.

Ora, l'unico strumento di coercizione indiretta previsto dalla legge può essere rinvenuto all'interno della disciplina apportata dalla *Civil Procedure Law* del 2012, nel Capitolo Decimo del Libro Primo, dedicato all'*enforcement* delle pronunce rese dalle Corti ("*Compulsory Measures against Obstruction of Civil Actions*").

Viene in rilievo la disposizione dell'art. 111, ai sensi della quale "*where any litigation participants or any other persons commit any of the following acts, the people's courts shall impose a fine or detention on them based on the circumstances; if a crime is committed, the people's court shall investigate them for criminal liabilities according to law: [...] (6) Refusing to comply with legally effective judgments or orders rendered by a people's court*".

Anche nell'ordinamento cinese, cioè, rileva la previsione di una sorta di *astreinte*, consistente nella condanna della parte soccombente che rifiuti di ottemperare spontaneamente all'ordine giudiziale contenuto nella sentenza della Corte al pagamento di una somma di denaro o – e qui si ravvisa una significativa novità rispetto al nostro ordinamento – anche una detenzione fino a un massimo di 15 giorni⁶⁵³.

Invece, non è previsto alcuno strumento in grado di assicurare il rispetto dell'ordine di reintegrazione in servizio del lavoratore pronunciato dalla Corte. Tale ordine, infatti, dà luogo ad un'obbligazione di fare infungibile, che in quanto tale non può essere eseguita coattivamente. Anche in Cina, pertanto, si pone lo stesso problema esistente nell'ordinamento italiano relativamente alla mancanza di strumenti – diversi dalla mera imposizione del pagamento di una somma di denaro crescente in maniera proporzionale alla durata dell'inadempimento, e dalla previsione della rilevanza penale della mancata ottemperanza alla pronuncia giudiziale – con i quali sia possibile consentire al lavoratore reintegrando di ottenere il rispetto della sentenza da parte del datore di lavoro.

653 Provvedimenti pronunciati, ai sensi dell'art. 116, dal Presidente della Corte: nel silenzio della disposizione, è da ritenere che si tratti della stessa Corte che ha pronunciato il provvedimento al quale la parte si rifiuti di adempiere, cioè, nel nostro caso, della Corte civile. Nel nostro ordinamento, sarebbe assolutamente... impensabile che il Presidente del Tribunale civile fosse dotato del potere di pronunciare una misura compulsoria di carattere sostanzialmente (anche se non formalmente) penale! Che tale misura non abbia carattere *stricto sensu* penale è confermato dal fatto che l'art. 111 espressamente afferma che se la condotta della parte che non si adegua alla sentenza emanata nei suoi confronti costituisce un reato, si potrà procedere nei suoi confronti: se la norma ammette la possibilità di una rilevanza penale della condotta e quindi la possibilità di conseguenze penali a carico del soggetto, è indice del fatto che tale misura viceversa non è intesa come uno strumento di pena. Peraltro, l'art. 116 ammette la facoltà di impugnare il provvedimento compulsorio del Presidente avanti la Corte di grado superiore, ma la proposizione del gravame non sospende l'esecuzione di tale provvedimento.

Capitolo Sesto

Oneri procedurali e interventi delle *Labor Union*

L'analisi dell'istituto dell'estinzione del rapporto di lavoro nell'ordinamento cinese non può prescindere dalla considerazione anche della relativa disciplina formale e procedurale. Anche in Cina, infatti, come in Italia, il diritto positivo regola il recesso datoriale non solo dal punto di vista sostanziale, bensì pure con riferimento alle modalità con cui il datore di lavoro deve porre in essere l'atto di licenziamento.

Appare superfluo sottolineare come tale disciplina sia predisposta dalla legge quale ulteriore forma di tutela del lavoratore, il quale sarebbe altrimenti esposto a rischi di licenziamento "a caldo" da parte del datore di lavoro se a quest'ultimo fosse consentito recedere dal rapporto oralmente e a prescindere dal rispetto di alcuna procedura. In ipotesi di assenza di alcun requisito formale del licenziamento, inoltre, sarebbero destinati a porsi inevitabili problemi di incertezza in ordine all'effettiva cessazione del rapporto di lavoro.

La tutela predisposta dalle norme che pongono requisiti di natura formale e procedurale, pertanto, ha ad oggetto l'atto in cui consiste il negozio "licenziamento", a differenza dalle norme analizzate nei Capitoli precedenti, riguardanti le cause giustificatrici del recesso e i divieti di porlo in essere, che focalizzano la tutela del lavoratore dal punto di vista della sostanza del negozio stesso.

La disciplina dell'atto in cui si sostanzia il licenziamento appare, almeno a prima vista, densa di tutela per il lavoratore, in quanto prevede, come si vedrà nello specifico, il necessario intervento del sindacato nella fase preventiva all'estinzione del rapporto di lavoro, in una fase cioè in cui il lavoratore è ancora formalmente alle dipendenze del datore di lavoro e pertanto sussistono, nelle intenzioni del legislatore, margini per un utile intervento della *Labor Union* suscettibile di impedire il recesso datoriale.

Si vedrà anche, tuttavia, come si tratti di una tutela meramente formale, in quanto le rappresentanze sindacali costituite all'interno delle aziende non godono di una totale indipendenza dal datore di lavoro e pertanto i loro poteri volti alla tutela del lavoratore, in generale e specificamente in relazione al momento di "crisi" del rapporto in cui matura la decisione datoriale di estinguerlo, appaiono più formali che effettivamente efficaci in vista di un eventuale impedimento del licenziamento.

Infine, in questa breve introduzione al presente Capitolo si dà atto che verrà qui analizzata la disciplina formale del solo licenziamento, poiché, per quanto riguarda le dimissioni, la legge prevede una disciplina formale apposita all'interno della stessa disposizione che contempla i casi in cui sorge la possibilità del lavoratore di estinguere il rapporto e i relativi effetti. Naturalmente gli oneri formali previsti a carico del dipendente dimissionario, per i quali si rinvia quindi al Capitolo Ottavo, sono notevolmente più snelli rispetto a quelli che si vedranno caratterizzare il licenziamento.

Ciò premesso, si passa quindi alla ricostruzione delle norme che regolano il licenziamento individuale⁶⁵⁴ dal punto di vista formale.

654 Per quanto riguarda il licenziamento collettivo, invece, alla luce dello stretto collegamento sussistente tra la procedura preventiva al medesimo e le causali sottese alla sua irrogazione, e dal momento che la disciplina procedurale è ricompresa nello stesso articolo di legge che pone la regolamentazione delle ipotesi che consentano la riduzione del personale, si è reputato opportuno parlarne unitamente al profilo sostanziale; si rinvia pertanto al Capitolo Terzo, paragrafo d).

Nell'ordinamento italiano, come noto, la necessaria forma scritta del licenziamento, quale suo requisito formale previsto a pena di inefficacia del medesimo, costituisce una regola generale, ai sensi dell'art. 2, comma 1, della legge n. 604/1966: "*il datore di lavoro, imprenditore o non imprenditore, deve comunicare per iscritto il licenziamento al prestatore di lavoro*".

È sufficiente un qualsiasi atto scritto idoneo a manifestare la volontà di recesso, senza il necessario impiego di formule sacramentali.

A tale principio generale si sottraggono le sole ipotesi eccezionali seguenti:

- 1- i lavoratori in prova (ai sensi dell'art. 10 della legge n. 604/1966);
- 2- i lavoratori domestici (ai sensi dell'art. 4, comma 1, della legge n. 108/1990);
- 3- i lavoratori ultrasessantenni con diritto a pensione che non abbiano optato per la prosecuzione del rapporto (ai sensi dell'art. 4, comma 2, della legge n. 108/1990);
- 4- gli sportivi professionisti (ai sensi dell'art. 4, comma 8, della legge n. 91/1982, il quale esclude l'applicazione dell'art. 2 della legge n. 604/1966).

Non sfugga che gli unici casi in cui è tutt'ora possibile un licenziamento orale coincidono con le residue ipotesi di licenziamento *ad nutum*, ossia di licenziamento svincolato dall'applicazione della legge n. 604/1966 e regolato quindi dalla disciplina codicistica tanto in materia sostanziale (quindi dalla ben nota coppia di disposizioni di cui agli articoli 2118 e 2119 c.c.) tanto sotto il profilo formale. Ora, ai sensi dell'art. 1325, comma 4, c.c., la forma costituisce un requisito del contratto e degli atti unilaterali qualora sia prevista a pena di nullità (c.d. principio di libertà della forma): ne risulta che per le ipotesi di licenziamento *ad nutum*, svincolate, come si è visto, dalla legge n. 604 e quindi anche dal suo articolo 2 che pone il requisito della forma scritta, il recesso può essere intimato anche oralmente, a meno che la forma scritta non sia prevista, per talune di tali ipotesi, da un'altra e più specifica disposizione di legge (come succede per le altre ipotesi di licenziamento *ad nutum* presenti nel nostro ordinamento⁶⁵⁵).

Per quanto riguarda la necessaria consegna al destinatario dell'atto scritto di licenziamento, costituendo esso un atto recettizio, per produrre effetti deve pervenire al lavoratore, sulla base del generale disposto di cui all'art. 1334 c.c.⁶⁵⁶. La forma scritta della comunicazione è rispettata anche quando il datore di lavoro intenda consegnare la lettera di licenziamento a mani del lavoratore, ma questi rifiuti di riceverla; in tale evenienza, secondo la giurisprudenza, è sufficiente che il datore di lavoro fornisca la prova per testi dell'episodio, e l'onere di consegna dell'atto scritto di licenziamento è ritenuto soddisfatto.

Come detto, la sanzione per il difetto di forma scritta consiste nell'**inefficacia** del licenziamento (art. 2, comma 3, legge 604/1966), sanzionata con l'applicazione della tutela reintegratoria piena tanto per i lavoratori assunti prima del 7 marzo 2015 (ai sensi dell'art. 18, comma 1, dello Statuto dei Lavoratori), quanto per i c.d. neo-assunti, inquadrati con contratto a tutele crescenti (*ex art. 1, comma 1, del d. lgs. n. 23/2015*).

La legge n. 604/1966 risulta attenta anche riguardo alla **motivazione** del licenziamento.

Infatti, sebbene qualsiasi profilo di insufficienza della medesima (dalla totale mancanza alla non completa esaustività) venga sanzionata solo con il quarto livello di tutela⁶⁵⁷, quello meramente

655 Così, per le altre categorie di licenziamento libero diverse da quelle citate nel testo (lavoratori in prova, lavoratori domestici, lavoratori "anziani" e sportivi professionisti), sussiste una norma specifica che richiede comunque la forma scritta per la relativa intimazione, pur in difetto delle tutele sostanziali poste dalla legge n. 604/1966. Per esempio, per quanto riguarda i dirigenti (da taluno inseriti nel novero dei lavoratori licenziabili *ad nutum*) per effetto dell'art. 2, comma 4, della legge n. 604, modificato in tal senso dalla legge n. 108/1990, l'intimazione del licenziamento deve essere effettuata in forma scritta (prima della modifica del 1990 invece anche il licenziamento di tale categoria di lavoratori era svincolato da tale onere formale e poteva avvenire, quindi, oralmente).

656 In caso di spedizione della comunicazione di licenziamento al domicilio o alla residenza del lavoratore, trova applicazione altresì l'art. 1335 c.c., con la conseguenza che tale comunicazione si presume conosciuta nel momento in cui è giunta al domicilio del destinatario ovvero, nel caso in cui la lettera raccomandata non sia stata consegnata per assenza del destinatario e di altra persona abilitata a riceverla, nel momento del rilascio del relativo avviso di giacenza presso l'ufficio postale.

657 Fatta salva comunque la facoltà per il lavoratore ricorrente di chiedere al giudice l'accertamento di un vizio sostanziale del licenziamento e la conseguente applicazione di una delle tutele più incisive previste, per l'appunto, per

indennitario c.d. dimezzato⁶⁵⁸, comunque la legge assegna ad essa un ruolo importante, soprattutto a seguito della riforma Fornero del 2012 che la ha resa un onere contestuale alla redazione della comunicazione del licenziamento⁶⁵⁹.

La disciplina sulla motivazione, del resto, non trova applicazione solo con riguardo ai lavoratori licenziabili oralmente *ad nutum* e ai dirigenti, per i quali è dovuta per legge la forma scritta ma non l'indicazione dei motivi sottesi al recesso, imposta solo dai contratti collettivi ove applicabili.

I requisiti della motivazione non sono indicati dall'art. 2 della legge n. 604; la giurisprudenza ha costruito tale onere affermando che essa deve essere specifica ed essenziale, ed idonea a far comprendere al lavoratore le effettive ragioni poste alla base del recesso, onde consentirne la verificabilità in un eventuale giudizio di impugnazione.

I motivi comunicati possono essere plurimi; in tal caso la giustificazione del licenziamento può risultare dalla fondatezza anche di uno solo di essi.

I motivi comunicati, infine, sono immodificabili: ciò significa che in un eventuale giudizio di impugnazione del licenziamento promosso dal lavoratore, il datore di lavoro non potrà invocarne altri, ma soltanto aggiungere qualche circostanza confermativa⁶⁶⁰.

Ferma restando la forma scritta, e pertanto la predisposizione di un atto negoziale corredato dall'indicazione dei motivi sostanziali sottesi all'estinzione del rapporto, la legge non pone altri oneri in capo al datore di lavoro. Pertanto, egli potrà liberamente individuare le modalità con cui materialmente consegnare la lettera di licenziamento al suo destinatario, se spedirla per posta o consegnarla a mano del lavoratore. In altre parole, in via generale la legge non prevede degli oneri procedurali legati alle modalità di comunicazione dell'atto scritto in cui si sostanzia il licenziamento.

Sono, tuttavia, previste delle ipotesi specifiche in cui la legge pone degli oneri anche procedurali in capo al datore di lavoro che intenda licenziare un proprio dipendente:

a- in caso di licenziamento disciplinare, in cui si applica la procedura preventiva delineata dall'art. 7 St. Lav.⁶⁶¹;

b- in caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, è prevista l'applicazione di una procedura preventiva solo con riferimento ai lavoratori assunti precedentemente all'entrata in vigore del d. lgs. n. 23/2015 e dipendenti delle c.d. "grandi imprese".

Ai sensi dell'art. 7 della legge n. 604/1966, come modificato dalla legge n. 92/2012, nel caso in cui il datore di lavoro abbia l'intenzione di procedere al licenziamento per giustificato motivo oggettivo, prima di intimare il licenziamento deve convocare il lavoratore interessato dal proposito estintivo dinanzi alla Direzione Territoriale del Lavoro territorialmente competente.

le ipotesi di licenziamento nullo (per esempio in quanto discriminatorio) od ingiustificato; facoltà prevista rispettivamente dall'art. 18, comma 6, St. Lav. e dall'art. 4 del d. lgs. n. 23/2015.

658 Che prevede la condanna del datore di lavoro al pagamento di un importo risarcitorio compreso tra le 6 e le 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto per i lavoratori assunti prima del 7 marzo 2015, e di un importo quantificato in misura di una mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio, da un minimo di 2 a un massimo di 12 mensilità, per i lavoratori assunti a tutele crescenti. Invece, per i c.d. vecchi assunti esclusi dal campo di applicazione dell'art. 18 St. Lav. (cioè per i lavoratori dipendenti delle imprese prive dei requisiti dimensionali di cui al comma 8 del medesimo art. 18 St. Lav.), la legge tace e si applica dunque ancora il meccanismo dell'inefficacia del licenziamento non motivato (in applicazione della c.d. tutela reale di diritto comune).

659 In precedenza, invece, l'art. 2, comma 2, della legge 604/1966 consentiva al datore di lavoro di intimare il licenziamento per iscritto senza alcuna motivazione. Sussisteva tuttavia, in questo caso, la facoltà per il lavoratore di chiedere entro 15 giorni dalla ricezione dell'atto di recesso i motivi determinanti il medesimo, che il datore di lavoro doveva comunicare per iscritto entro i 7 giorni successivi. La disposizione è stata modificata dall'art. 1, comma 37, della legge 92/2012, che ha inserito l'onere di comunicazione contestuale della motivazione del licenziamento, che deve contenere la specificazione dei motivi che lo hanno determinato.

660 Il principio dell'immutabilità della causa di licenziamento contestata, peraltro, si riferisce solo agli elementi di fatto e non alla qualificazione giuridica dei medesimi (che spetta al giudice).

661 Sulla quale si rinvia al Capitolo Terzo, paragrafo b).

Tale procedura preventiva si applica ai soli datori di lavoro aventi i requisiti dimensionali per l'applicazione delle disposizioni dell'art. 18 St. Lav. Come noto, la norma continua a trovare applicazione, e il rispetto della procedura continua a costituire un requisito di legittimità del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, con riferimento ai lavoratori assunti prima dell'entrata in vigore del d. lgs. n. 23/2015, mentre non si applica più per i lavoratori assunti con contratto a tutele crescenti.

Le uniche ipotesi eccezionali in cui il datore di lavoro rientrando nel campo di applicazione dell'art. 7 della legge n. 604 può procedere direttamente all'intimazione del licenziamento dipendente da motivazioni di natura economica, senza essere onerato dal previo svolgimento della procedura in esame, riguarda i casi in cui (i) il recesso dipende dal superamento del periodo di comporto di cui all'art. 2110 c.c., (ii) l'estinzione del rapporto dipenda da un'ipotesi di cambio appalto (art. 2, comma 34, legge 92/2012), ed infine (iii) per i licenziamenti od interruzioni per "fine lavori" nelle costruzioni edili.

Nei casi di applicabilità della procedura, il datore di lavoro deve inviare una comunicazione alla Direzione Territoriale del Lavoro, e per conoscenza al lavoratore interessato, contenente l'indicazione dell'intenzione di licenziare il dipendente, i motivi del preannunciato licenziamento e le eventuali misure di assistenza alla ricollocazione. L'ufficio amministrativo, che svolge un ruolo di mediazione tra le parti⁶⁶², entro il termine di sette giorni dalla richiesta del datore di lavoro deve convocare innanzi alla Commissione di Conciliazione le parti, che possono essere assistite da un rappresentante sindacale, da un legale o da un consulente del lavoro; la procedura, salvo diversa concorde volontà delle parti, deve concludersi entro venti giorni dalla convocazione della Direzione Territoriale del Lavoro⁶⁶³.

Il licenziamento può essere intimato per i motivi indicati dal datore di lavoro nella comunicazione di avvio della procedura se la Direzione Territoriale del Lavoro non effettua la convocazione nel termine di sette giorni o se la procedura si conclude senza conciliazione; a fini anti-elusivi il licenziamento produce effetto sin dal giorno della comunicazione con cui il procedimento è stato avviato.

c- in caso di licenziamento collettivo (art. 4 della legge n. 223/1991, la quale, come si è visto nel Capitolo Terzo, al quale si rinvia, prevede il necessario coinvolgimento delle rappresentanze sindacali aziendali, dei sindacati "esterni" nel cui ambito queste sono costituite e della Direzione Territoriale del Lavoro, che riveste funzioni di mediazione tra le parti contrapposte).

In tutti e tre questi casi la violazione della procedura è sanzionata, al pari della violazione dell'onere motivazionale, con la tutela indennitaria dimezzata (art. 18, comma 6, St. Lav.; art. 4 d. lgs. n. 23/2015).

E' possibile quindi notare che, con riferimento al licenziamento individuale, la legge italiana pone una regolamentazione abbastanza semplice dal punto di vista procedurale, in quanto coinvolge solo i due soggetti del rapporto, con l'intervento della Direzione Territoriale del Lavoro nei casi di ragione oggettiva alla base dell'intenzione di procedere al licenziamento, un intervento avente finalità conciliativa tra le esigenze datoriali poste alla base di tale intenzione e il contrapposto interesse del lavoratore al mantenimento dell'impiego.

662 Tanto nella finalità di pervenire ad una soluzione alternativa al licenziamento (come per esempio l'adibizione del lavoratore ad altre mansioni, la modifica di altri elementi del contratto, la risoluzione consensuale del rapporto – che non impedisce il godimento della Naspi), quanto in un'ottica deflattiva del contenzioso. Il legislatore mostra di credere nelle capacità della Commissione di Conciliazione di aiutare le parti ad addivenire ad una soluzione alternativa al recesso, come dimostra la disposizione secondo la quale il comportamento delle parti nel corso della procedura, quale risultante dai verbali degli incontri, è valutato dal giudice, in ipotesi di successivo contenzioso sul licenziamento, sia ai fini della quantificazione dell'eventuale indennità risarcitoria da riconoscere al lavoratore in caso di accertamento dell'illegittimità del licenziamento stesso, sia ai fini delle spese processuali (art. 18, comma 7, St. Lav.). Le parti cioè sono responsabilizzate nell'avere un comportamento pro-attivo e conciliante nell'individuazione di possibili alternative all'estinzione unilaterale del rapporto di lavoro.

663 Con possibilità di sospensione, per un periodo massimo di 15 giorni, in caso di impedimento del lavoratore.

Solo allorché venga in rilievo la dimensione collettiva del licenziamento (*rectius*, del proposito datoriale di intimare il licenziamento, posto che in tutte e tre le ipotesi sopra ricordate la procedimentalizzazione si colloca in una fase preventiva rispetto all'intimazione del recesso) il legislatore ha avvertito la necessità, alla luce delle conseguenze sociali che un'operazione di riduzione del personale può comportare, di prevedere l'intervento delle rappresentanze sindacali aziendali o, in mancanza, delle associazioni sindacali maggiormente rappresentative, a tutela della posizione dei lavoratori che potrebbero essere esposti alla perdita dell'impiego.

Nell'**ordinamento cinese**, invece, **il sindacato è coinvolto in ogni caso di licenziamento**, anche in quello individuale, e non solo nelle ipotesi di licenziamento collettivo per riduzione di personale ai sensi dell'art. 41.

La disciplina procedurale del licenziamento individuale, che trova applicazione a prescindere dalla causale giustificatrice di volta in volta rilevante, si rinviene in varie disposizioni della *Employment Contract Law*, la principale delle quali, prevista a livello generale, si rinviene all'**art. 43**, di cui si riporta il testo.

“Where an employing unit intends to revoke a labor contract unilaterally, it shall notify the trade union of the reasons in advance⁶⁶⁴. If the employing unit violates the provisions of laws or administrative regulations or the labor contracts, the trade union shall have the right to demand that the employing unit put it right. The employing unit shall consider the trade union’s opinion and notify the trade union in writing of the settlement of the matter”.

La disciplina procedurale posta dalla disposizione riportata è abbastanza semplice da comprendere, pur nelle notevoli differenze rispetto alla disciplina italiana.

Innanzitutto, trattasi di una **procedura preventiva** al licenziamento: il datore di lavoro, prima di intimare il recesso al dipendente, deve comunicarne al sindacato le **ragioni**.

Trattasi pertanto di un **onere di motivazione preventivo rispetto al licenziamento**.

Così, se in Italia soltanto dal 2012 vige la contestualità dell'indicazione delle ragioni sottese al recesso rispetto all'atto di licenziamento, mentre in precedenza la loro indicazione era soltanto eventuale e, in ogni caso, successiva rispetto all'avvenuta estinzione del rapporto, in Cina dal 2008 l'onere motivazionale addirittura precede l'intimazione del licenziamento, e ha come destinatario un ente collettivo quale il sindacato⁶⁶⁵.

Ci si può chiedere se il coinvolgimento del sindacato debba avvenire necessariamente prima che il datore di lavoro abbia maturato l'intenzione irrevocabile di procedere al licenziamento, come esplicitamente affermato dall'art. 7 della legge n. 604/1966 che, allo scopo di chiarire la natura preventiva della procedura da esso delineata, afferma che il datore di lavoro deve comunicare

664 用人单位单方解除劳动合同,应当事先将理由通知工会, yòng rén dān wèi dān fāng jiě chú láo dòng hé tóng, yīng dāng shì xiān jiāng lǐ yóu tōng zhī gōng huì, letteralmente: “l'unità del datore di lavoro [quando] termina unilateralmente il contratto di lavoro, deve prima comunicare al sindacato le ragioni”. Occorre notare che, sebbene nella traduzione della disposizione in inglese sia utilizzato il termine “*notify*”, non si tratta di una “notificazione” come intesa in maniera tecnica secondo le norme del codice di procedura italiano, in quanto nel testo originale è impiegato il vocabolo 通知, tōng zhī, che indica una mera “comunicazione”.

665 In difetto di assolvimento di detto onere, il licenziamento – pur sussistendo la causale giustificatrice sostanziale ad esso sottesa – verrà giudicato illegittimo dalla Corte giudicante. Ciò è avvenuto, per esempio, nel caso della sentenza dell'agosto 2011 della Corte Distrettuale di Yancheng, la quale ha affermato l'illegittimità del licenziamento disciplinare disposto da una società di trasporti ad un suo dipendente che svolgeva mansioni di autista, per avere egli venduto due biglietti invalidi in violazione del regolamento disciplinare aziendale, vincolante nei confronti dei dipendenti perché predisposto in ottemperanza alle prescrizioni di cui all'art. 4 della *Employment Contract Law* – sul quale cfr. *infra*, Capitolo Terzo. La Corte, tuttavia, pur affermando la vincolatività del regolamento interno, ritenendo soddisfatto l'onere probatorio gravante su parte datoriale relativamente alla dimostrazione della condotta tenuta dal dipendente, ed accertata quindi la sussistenza e l'effettività della ragione disciplinare sottesa al recesso, non ha potuto far altro che prendere atto della circostanza per cui il dipendente era stato licenziato senza che la società avesse previamente informato la *labor union* dell'intenzione di procedere all'estinzione in tronco del rapporto di lavoro, in violazione quindi dell'art. 43.

l'“intenzione” del licenziamento alla Direzione Territoriale del Lavoro: l'utilizzo di tale espressione ha appunto lo scopo di chiarire come la procedura possa essere effettiva soltanto se intervenga *prima* della formazione in capo al datore di lavoro *della decisione* di estinguere il rapporto⁶⁶⁶.

La disposizione cinese, invece, si limita ad affermare che il datore di lavoro “*deve comunicare al sindacato le ragioni*” del licenziamento: dal tenore letterale non è dato inferire se tale comunicazione possa essere effettuata anche a seguito dell'irrevocabile decisione di licenziare il dipendente⁶⁶⁷. Invero, dalla *ratio* della norma è comunque possibile inferire che l'intenzione del legislatore sia stata quella di consentire al sindacato di intervenire nel corso del processo decisionale del datore di lavoro, dal momento che quest'ultimo ha l'onere di replicare alle eventuali osservazioni proposte dal primo⁶⁶⁸.

L'organismo destinatario dell'atto consiste nella *labor union* costituita all'interno dell'azienda; solo in caso di mancata costituzione di essa nell'azienda del datore di lavoro, l'onere di comunicazione preventiva sussistente in capo a questo andrà assolto nei confronti del sindacato esterno, al livello di base.

Sussiste, tuttavia, un orientamento giurisprudenziale che legittima il mancato espletamento della procedura dell'art. 43 in caso di mancata costituzione di una *labor union* in seno all'azienda⁶⁶⁹.

Il legislatore cinese, pertanto, ha ritenuto opportuno coinvolgere le associazioni sindacali in ogni caso di licenziamento, anche nelle ipotesi che non presentano problematiche sociali come invece ha

666 Sebbene, infatti, la traduzione in inglese della norma rinvenibile sul sito governativo cinese utilizzi l'espressione “*where the employment unit intends to revoke a labor contract*”, con l'utilizzo cioè del verbo *to intend*, “intendere”, “avere l'intenzione” – verbo che renderebbe la norma assolutamente omologa a quella, citata nel testo, di cui all'art. 7 della legge n. 604/1966 italiana – in realtà nella versione in lingua originale della legge esso non compare, limitandosi la disposizione ad affermare “*quando il datore di lavoro estingue il contratto*”, senza alcun riferimento al momento relativo alla maturazione della sua intenzione, che avrebbe richiesto l'utilizzo di un verbo servile.

667 L'utilizzo della locuzione 事先, *shìxiān*, “per prima cosa, in anticipo” non aiuta a tal fine in quanto può essere intesa anche come “prima” rispetto alla comunicazione del licenziamento al suo destinatario naturale, cioè al lavoratore.

668 Ritengo cioè che la pur possibile interpretazione letterale alternativa, di cui alla nota precedente, non possa essere condivisa, ma che la norma, nonostante letteralmente il carattere preventivo della procedura possa essere inteso tanto rispetto alla deliberazione finale e decisiva dell'intimazione del licenziamento, quanto semplicemente rispetto alla sua comunicazione al lavoratore in forma scritta, intenda – al pari dell'art. 7 della legge n. 604/1966 italiana modificato nel 2012 – costruire la procedura come *step* necessario che consenta al sindacato di avanzare le proprie osservazioni in merito al progetto datoriale di licenziamento. Del resto, se l'intervento del sindacato fosse previsto soltanto come passaggio necessario situato temporalmente tra la decisione datoriale di licenziare il lavoratore e la comunicazione del recesso a quest'ultimo, sarebbe dall'effettività limitata e non avrebbe che scarso senso pratico. Non risulterebbe giustificata, inoltre, la parte della disposizione che pone in capo al datore di lavoro l'onere di tenere in considerazione le osservazioni avanzate dal sindacato in merito alle ragioni del prospettato licenziamento.

669 Si può dare atto di una sentenza della Corte Intermedia di Chongqing dell'aprile 2014, la quale nel caso indicato nel testo ha ritenuto insussistente la violazione dell'art. 43 lamentata dal lavoratore licenziato, e così proceduralmente legittimo il licenziamento. Nel caso di specie, il ricorrente era stato licenziato per motivi disciplinari per aver provocato una rissa sul luogo di lavoro. Dal momento che nessuna *labor union* era costituita all'interno dell'azienda, il datore di lavoro procedette direttamente al licenziamento del dipendente, senza notificare previamente le ragioni sottese all'intenzione di procedere al recesso unilaterale al livello di base del sindacato esterno all'azienda. Ragion per cui il lavoratore, dolendosi proprio di tale ultima circostanza, aveva impugnato il licenziamento dinanzi al Collegio Arbitrale in prima istanza e poi dinanzi alla Corte di Chongqing, Distretto di Yubei, e alla Corte Intermedia di Chongqing in ultima istanza. Le Corti, tuttavia, in maniera univoca hanno rigettato l'impugnazione del licenziamento, ritenendo ingiustificata la pretesa di accertamento della violazione dell'art. 43, posto che – hanno sostenuto – il datore di lavoro non è tenuto alla costituzione di una *labor union* al suo interno, e che la disposizione invocata dal ricorrente pone l'onere di preventiva motivazione esclusivamente a vantaggio di tale organo di rappresentanza interno all'azienda, e non anche a favore di un sindacato esterno. Pertanto, la condotta della società è stata dichiarata legittima. L'orientamento – che pure non è condiviso dalla generalità delle Corti – appare criticabile in primo luogo per ragioni letterali, in quanto l'art. 43 pone l'obbligo motivazionale preventivo al recesso a vantaggio non della rappresentanza sindacale presente all'interno dell'azienda, ma in generale al 工会, *gōnghuì*, “sindacato”, che, indicato generalmente, deve essere inteso, in mancanza di *labor union*, come comprendente anche il sindacato esterno. A ciò si aggiunga il rilievo che se, mediante la mancata costituzione di una *labor union*, il datore di lavoro può essere esentato dal rispetto della procedura preventiva dell'art. 43, ciò a sua volta potrebbe costituire un ulteriore incentivo per l'azienda per non costituire una rappresentanza sindacale al suo interno. Come la generalità delle norme previste con finalità di tutela dell'attività sindacale, pertanto, anche l'art. 43 non gode di un *enforcement* adeguato da parte della giurisprudenza.

ritenuto il legislatore italiano del 1991 in materia di licenziamento collettivo. Così, per esempio, anche nel caso di licenziamento da intimare nei confronti di un unico dipendente, per ragioni non suscettibili di destare preoccupazione dal punto di vista sociale ed occupazionale (come per motivi disciplinari), sarà comunque da coinvolgere l'organismo rappresentativo della generalità dei dipendenti. L'intervento della *labor union*, quindi, è considerato come forma di tutela in ogni ipotesi di estinzione del rapporto, probabilmente proprio alla luce della forte concezione di debolezza in capo al lavoratore da parte del legislatore della *Employment Contract Law* che in tal modo ha inteso introdurre un bilanciamento e un riequilibrio tra le forze in gioco, non lasciando il singolo dipendente "in balia" del datore di lavoro ma affiancando a lui un organo maggiormente idoneo ad intervenire in sua tutela, perdipiù già in una fase preventiva rispetto all'estinzione del rapporto. Evidentemente, il legislatore del 2007/2008 ha ritenuto che l'intervento necessario del sindacato nella procedura di licenziamento (di ogni licenziamento, per qualsiasi ragione e per qualsiasi lavoratore) sia uno strumento in capo a tale organo con il quale questi possa meglio attendere alla funzione demandatagli dall'art. 78 della *Employment Contract Law*, di "*protect the legitimate rights and interests of the workers in accordance with law and supervise the performance of labor contracts and collective contracts by the employing units*".

Così, l'art. 43, laddove prevede la facoltà della *Labor Union* di domandare al datore di lavoro di astenersi dal licenziamento nel caso in cui ritenga che questo non sia sorretto dalle condizioni di legge, altro non fa che specificare la previsione generale del medesimo art. 78, secondo cui "*where an employing unit violates the labor laws or regulations or breaches a labor contract or a collective contract, the trade union concerned shall have the right⁶⁷⁰ to put forward its opinions or request rectification*".

Peraltro, ci si può domandare in che modo assicurare effettività alla previsione secondo la quale il datore di lavoro deve tenere in considerazione i rilievi avanzati dalla rappresentanza sindacale ("*the employing unit shall consider the trade union's opinion*"⁶⁷¹). Il legislatore ha ritenuto di assicurare effettività a tale previsione, e così allo stesso sistema di coinvolgimento di un soggetto rappresentativo nella fase precedente all'intimazione del licenziamento, prevedendo l'onere datoriale di replica alle osservazioni avanzate da quest'ultimo.

Il mancato assolvimento di tale onere da parte del datore di lavoro viene sanzionato con l'**illegittimità del licenziamento**, come dispongono le *Interpretations (IV)* del 2013, emanate dalla Suprema Corte, all'art. 12.

Secondo la Corte, infatti, qualora il datore di lavoro nel cui ambito sia stata costituita una *Labor Union* ponga in essere un licenziamento ai sensi dell'art. 39 o dell'art. 40 della *Employment Contract Law* "*but fails to notify the labor union in advance in accordance with Article 43 of the Labor Contract Law, if the employee claims compensation from the employer on the ground that the employer illegally rescinds the labor contract, the people's court shall support such a claim, unless the employer has undergone the required relevant procedures before the lawsuit is filed*".

Tale disposizione si rivela interessante – oltre che nella parte in cui contempla l'illegittimità del licenziamento posto in essere senza il rispetto della procedura preventiva di confronto con la *labor union* – anche laddove afferma che la Corte debba accogliere la richiesta del lavoratore di compensazione. Si badi: non la richiesta del lavoratore di applicazione dell'art. 48 della legge, nella sua duplice alternativa tra tutela reintegratoria e tutela risarcitoria, né a maggior ragione la richiesta del lavoratore di pronunciare a suo favore il *continuous fulfillment of the labor contract*, ossia la

670 工会有权要求用人单位纠正, gōnghuì yǒu quán yāoqiú láodòng dānwèi jiūzhèng, letteralmente: "il sindacato ha il diritto (权, quán) di chiedere all'unità del datore di lavoro una correzione". In capo alla *labor union* o al sindacato esterno, pertanto, l'art. 43 riconosce il vero e proprio diritto di ricevere la comunicazione preventiva dell'intenzione del licenziamento e di intervenire nella relativa procedura.

671 用人单位应当研究工会的意见, 并将处理结果书面通知工会, láodòng dānwèi yīngdāng jánjiū gōnghuì de yìjian, bìng jiāng chǔlǐ jiéguǒ shūmiàn tōngzhī gōnghuì, letteralmente: "l'unità del datore di lavoro deve studiare/considerare l'idea/opinione/obiezione del sindacato, e deve disporre il risultato e comunicarlo per iscritto al sindacato".

reintegrazione nel posto di lavoro, ma solo la sua richiesta di *compensation*, ossia di risarcimento del danno.

Ne deriva che in caso di violazione dell'onere procedurale posto a suo carico da parte del datore di lavoro, questi incorrerà in una condanna di pagamento dell'importo duplicato della *economic severance* di cui all'art. 46, ma non nella condanna al *reinstatement* del dipendente nel posto di lavoro.

La violazione dell'art. 43, pertanto, è sanzionato mediante l'applicazione della sola tutela economico/indennitaria, non anche mediante la tutela reintegratoria.

Questa conclusione è stata ulteriormente sostenuta dalla Suprema Corte con una più recente circolare del 10 agosto 2016, nella quale ha ribadito che tra i casi in cui l'applicazione della tutela reintegratoria risulta "impossibile" ai sensi dell'art. 48 – e in cui, quindi, l'unica "conseguenza" dell'accertamento dell'illegittimità dell'atto estintivo del rapporto consiste nella condanna datoriale al (mero) risarcimento del danno mediante corresponsione della *economic compensation* – deve essere considerato anche il caso in cui il difetto di legittimità del recesso dipenda da una violazione di natura procedurale.

In tal modo, pur con una presa di posizione della Suprema Corte criticabile in punto di stretto diritto⁶⁷², per effetto di tale regolamentazione la tutela applicabile a favore del lavoratore per l'ipotesi in cui il licenziamento sia illegittimo per motivi meramente procedurali coincide con la tutela indennitaria prevista, nell'ordinamento italiano, da un'apposita valutazione del legislatore (*ex art. 18, comma 6, St. Lav. e art. 4 d. lgs. n. 23/2015*).

Peraltro, l'art. 12 delle *Interpretations (IV)* desta perplessità laddove esclude che la Corte debba accogliere la domanda del lavoratore al risarcimento nell'ipotesi in cui "*the employer has undergone the required relevant procedures before the lawsuit is filed*".

Con tale esenzione finale, la Suprema Corte sembra dare la possibilità al datore di lavoro – nell'ipotesi in cui questi abbia omesso di svolgere la procedura preventivamente all'intimazione del licenziamento, al quale abbia provveduto cioè senza il previo coinvolgimento della *labor union* – di rimediare all'errore procedurale commesso, mediante un coinvolgimento dell'organismo sindacale prima che il lavoratore promuova il procedimento di impugnazione del licenziamento.

L'inciso finale sembra cioè prevedere una possibilità di *sanatoria*, alla stessa stregua di quella introdotta dalla legge n. 92/2012 in materia di licenziamento collettivo. Previsione che lascia leggermente perplessi, in quanto l'intimazione del licenziamento dimostra come comunque l'intenzione estintiva in capo a parte datoriale sia intervenuta prima dell'intervento "postumo" del sindacato, il cui margine di azione appare quindi francamente ridotto.

Si noti che in certe ipotesi è astrattamente ben possibile che solo a questo punto il lavoratore sia informato dell'intenzione datoriale di estinguere il rapporto di lavoro con lui intercorrente, in quanto l'esame congiunto della situazione che lo riguarda sia stato effettuato congiuntamente dal datore di lavoro e dal sindacato senza il suo intervento.

Nella prassi, tuttavia, accade che la *labor union* tenti comunque di coinvolgere nella procedura anche il dipendente interessato dal possibile licenziamento; d'altronde, il suo intervento in taluni casi è reso obbligatorio per legge. Si pensi al licenziamento con preavviso motivato dal radicale mutamento delle condizioni oggettive poste alla base della stipulazione del contratto di lavoro: l'art. 40, num. 3), che prevede tale ragione giustificatrice del recesso, pone anche l'onere di *repechage* consistente nella previa modificazione di elementi del contratto di lavoro in maniera tale da renderne possibile la prosecuzione; come si è visto a suo tempo, tale condizione richiede che il datore di lavoro prospetti al lavoratore interessato le modifiche contrattuali che potrebbero evitare il licenziamento per motivi oggettivi (un mutamento di mansioni, un trasferimento della sede di lavoro, una modifica all'orario contrattualmente previsto, così via). È chiaro, pertanto, che in questa fattispecie il lavoratore dovrà essere coinvolto in prima persona prima del licenziamento⁶⁷³.

672 Si rinvia a quanto già notato nel Capitolo Quinto.

673 Anche se nemmeno in questa fattispecie la successione temporale richiede necessariamente il coinvolgimento del lavoratore contemporaneamente alla *labor union*. Infatti, il datore di lavoro può proporre la modifica contrattuale da lui

Dopo aver sollecitato l'intervento del sindacato e replicato alle sue eventuali osservazioni, il datore di lavoro può intimare il licenziamento comunicandolo per iscritto al lavoratore.

Purtroppo, in materia di **forma del licenziamento** la *Employment Contract Law* è stata formulata in maniera altamente imprecisa, e si rivela essere fonte di confusione.

Infatti, non c'è alcuna norma di carattere generale che imponga la forma scritta del licenziamento a pena di illegittimità del medesimo.

Si è visto che nell'ordinamento italiano c'è una disposizione ben precisa, l'art. 2 della legge n. 604/1966, che prevede la forma scritta necessaria per il licenziamento individuale, per qualunque sua tipologia (dipenda esso da giusta causa piuttosto che da giustificato motivo). Allo stesso modo, l'art. 4 della legge n. 223/1991 prevede la forma scritta per il licenziamento collettivo, anche in questo caso per ogni sua tipologia (per riduzione o trasformazione di attività e di lavoro *ex art. 24* o per le mancate possibilità di riassorbimento a seguito del godimento del trattamento di integrazione salariale *ex art. 4*). In entrambi i casi, così, la necessità della forma scritta costituisce un punto di partenza indiscutibile ed inequivocabile, tant'è che l'art. 18, comma 1, e l'art. 2 del d. lgs. n. 23/2015 affermano che, nel novellato regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo, uno dei casi di residua applicabilità della tutela reintegratoria piena consiste proprio nel licenziamento "*inefficace perché intimato in forma orale*".

Nella *Employment Contract Law*, invece, manca una norma generale in materia di forma del licenziamento.

L'onere della forma scritta, così, è previsto di volta in volta, dalle singole norme recanti la disciplina delle singole causali giustificatrici del recesso.

Il problema si pone in quanto, in mancanza di una norma generale che prescriva la forma scritta del licenziamento, per le ipotesi in cui essa non sia prevista dalla singola norma disciplinatrice della specifica ipotesi di recesso datoriale, ci si può chiedere se tale forma sia effettivamente prescritta o meno a pena di illegittimità.

Il problema, in altri termini, sussiste in quanto, mentre l'art. 40, che contempla le fattispecie sostanziali legittimanti il licenziamento individuale con preavviso per motivi oggettivi, espressamente stabilisce "*the employer may terminate the labour contract with a written notice*"⁶⁷⁴, l'art. 39 (recante l'elenco delle fattispecie rilevanti di licenziamento senza preavviso per motivi disciplinari) e l'art. 41 (che contempla le ipotesi di licenziamento collettivo per riduzione di personale) non contengono alcun accenno all'onere di comunicare il recesso con un documento avente forma scritta.

Se per quanto riguarda l'art. 41 non si pongono problemi di sorta, in quanto un atto scritto è comunque necessario (quantomeno, in forma empirica, in vista della predisposizione di una prova relativa all'assolvimento di detto onere di previa informazione dell'organismo sindacale) in vista del coinvolgimento del sindacato e della sottoposizione del piano di riduzione del personale all'organo amministrativo, con riferimento all'art. 39 ci si può chiedere, invece, se il silenzio del legislatore possa essere inteso come recante la possibilità di ritenere legittimo il licenziamento disciplinare senza preavviso intimato oralmente.

Invero, non è dato comprendere né il motivo di questa previsione differenziata da parte del legislatore, né per quale ragione – come pure secondo un'interpretazione strettamente letterale si

considerata alternativa al licenziamento (così assolvendo al proprio onere di *repechage*) al lavoratore, il quale in ipotesi la rifiuta. A questo punto il datore di lavoro, legittimato al licenziamento (beninteso in caso di effettiva sussistenza della ragione sostanziale indicata dall'art. 40, num. 3), intima la sua intenzione a procedervi alla *labor union*. A seguito dell'esame con questa, egli può inviare la lettera di licenziamento al lavoratore, il cui coinvolgimento all'interno della procedura relativa al licenziamento (e non più in generale relativa alla necessità aziendale di porre in essere un mutamento delle condizioni del contratto di lavoro), quindi, comunque segue quello del sindacato.

674 L'onere di forma scritta è previsto anche per le dimissioni del lavoratore dall'art. 37.

dovrebbe concludere – il licenziamento disciplinare sarebbe svincolato dal rispetto della forma scritta e potrebbe così ritenersi intimabile oralmente⁶⁷⁵.

Così, appare preferibile avanzare un'interpretazione unificatrice delle varie ipotesi legali di recesso datoriale, ritenendole tutte accomunate dall'onere, per il datore di lavoro, di intimare il licenziamento per forma scritta. Solo così si riesce a dare coerenza al sistema normativo di cui al Capitolo Quinto della legge in esame. La giurisprudenza, del resto, è pacifica nel richiedere il rispetto dell'onere di forma scritta anche con riguardo alle fattispecie di cui all'art. 39, di talché non ci si debbono porre dubbi di sorta nell'affermare che **anche in Cina il licenziamento deve avvenire in forma scritta a pena di illegittimità**.

Inoltre, sebbene nessuna previsione generale della *Employment Contract Law* richieda la forma scritta del licenziamento a pena di inefficacia del medesimo, occorre dare atto di come la legge preveda invece, a livello generale, l'obbligo del datore di lavoro di predisporre un atto scritto collegato al licenziamento, avente funzioni di carattere amministrativo.

Infatti, ai sensi dell'art. 50 della *Employment Contract Law*, “*an employing unit shall issue a certificate⁶⁷⁶ of revocation or termination of the labor contract at the time of its revocation or termination and shall, within 15 days, undergo the formalities for the transfer of the worker's personal file and social insurance account*”.

La disposizione onera il datore di lavoro della predisposizione di un certificato amministrativo, in quanto collegato all'espletamento delle formalità richieste a fini previdenziali. E, del resto, la circostanza per cui un tale certificato scritto sia previsto dall'art. 50, norma collocata in chiusura del Capitolo della *Employment Contract Law* dedicato all'estinzione del rapporto di lavoro, conferisce carattere generale ad esso, che dovrà quindi essere predisposto dal datore di lavoro in ogni ipotesi di venir meno del rapporto, anche diversa dal licenziamento (e così in ipotesi di dimissioni, risoluzione automatica per scadenza del termine, risoluzione consensuale, e così via).

L'art. 50, pertanto, non è norma che pone la necessità di forma scritta dell'atto unilaterale di licenziamento.

Ma è comunque una norma che pone in capo a parte datoriale un onere certificatorio importante, essendo tale disposizione rafforzata dal disposto dell'art. 89, ai sensi del quale “*where in violation of the provisions of this Law, an employing unit fails to issue to a worker a written statement proving the revocation or termination of the labor contract, the administrative department of labor shall order it to rectify. If harm is caused to the worker, the unit shall be liable for compensation*”.

Ne emerge che il licenziamento (*rectius*, più in generale, ogni ipotesi di estinzione del rapporto) deve essere provato, appunto, mediante un certificato, un *written statement*, documento che non consente, tuttavia, di supplire alla mancanza di una norma generale che affermi che il licenziamento in sé e per sé sia un atto a forma scritta necessaria.

E, del resto, stupisce che mentre la mancanza del certificato amministrativo⁶⁷⁷ può essere oggetto di *warning* da parte del Dipartimento Amministrativo del Lavoro (evidentemente, a seguito della

675 Incomprendibilità che a ben vedere viene accentuata dalla mancata predisposizione, nella stessa *Employment Contract Law*, di un procedimento preventivo di contestazione dell'addebito quale requisito procedimentale del licenziamento disciplinare.

676 证明, zhèngmíng, letteralmente “certificato”, ossia documento con finalità probatorie (il vocabolo 证, zhèng, significa appunto “prova”, il vocabolo 明, míng “chiaro”, donde 证明 indica un atto scritto che dia chiara prova – di un fatto, di una circostanza, di un negozio, etc.).

677 La norma infatti prevede proprio la mancata predisposizione del certificato di estinzione del rapporto, non la mera mancata consegna della sua comunicazione scritta al lavoratore: 用人单位违反本法规定未向劳动者出具解除或者终止劳动合同的书面证明, yòngnèndānwèi wéi fǎnběnfǎguīdìng wèi xiàng láodòngzhě chūjù jiěchú huòzhě zhōngzhǐ láodòng hétóng de shūmiàn zhèngmíng, letteralmente: “l'unità del datore di lavoro in violazione della legge non forma/prepara/emana un certificato scritto al lavoratore della risoluzione o dell'estinzione del contratto di lavoro”. Il vocabolo 出具, chūjù, indica l'emanazione (come è reso evidente dal radicale 出, chū, che significa “fuori”): la norma

segnalazione da parte del sindacato o dello stesso lavoratore) – ed in tal caso, il datore di lavoro potrà adeguarsi alle indicazioni ricevute, provvedendo a “rettificare”⁶⁷⁸ la propria omissione predisponendo il certificato e consegnandolo al lavoratore che ne sia interessato, al quale, in caso contrario, dovrà risarcire il danno⁶⁷⁹ – una similare disposizione sanzionatoria generale relativa alle conseguenze derivanti dalla mancanza di redazione di un atto scritto del licenziamento non è prevista all’interno della legge.

Ne deriva il carattere poco coerente della *Employment Contract Law*, che sembra attribuire maggiore importanza ad un certificato avente funzioni amministrative – pur fondamentale, in quanto idoneo a produrre effetti in capo alla posizione previdenziale del lavoratore – rispetto all’atto stesso di estinzione del rapporto di lavoro.

Da quanto si è osservato risulta, pertanto, che l’ordinamento cinese assegna un’importanza molto maggiore alla procedura preventiva del licenziamento, disciplinata *funditus* dall’art. 43, che alla forma della sua manifestazione, alla quale non è dedicata alcuna disposizione generale, ma l’inciso relativo alla necessità dell’esternalizzazione del licenziamento mediante una *written notice* in solo alcune delle norme legittimatrici del medesimo.

Così, se nell’ordinamento italiano il recesso orale è *tamquam non esset*, espressamente definito “inefficace” e parificato, quanto a conseguenze, alle ipotesi di nullità (con applicazione della tutela reintegratoria piena), in Cina, invece, la mancata forma scritta rileva quale qualsiasi altra ipotesi di illegittimità del licenziamento, anzi ad essa è attribuita minore importanza rispetto alle cause sostanziali di illegittimità (cioè rispetto all’ipotesi di ingiustificatezza), in quanto il datore di lavoro può predisporre la lettera di licenziamento in un secondo momento e in quanto comunque tale mancanza è sanzionata con l’applicazione della mera tutela indennitaria.

Inoltre, quanto alle modalità con cui portare a conoscenza del lavoratore l’atto scritto di licenziamento, vige la più ampia libertà per il datore di lavoro, che potrà procedervi con ogni mezzo, come la consegna a mano (in presenza di due testimoni per premunirsi nel caso in cui il dipendente rifiuti la ricezione della comunicazione), la spedizione al domicilio via posta, l’invio per e-mail, persino un messaggio sul cellulare⁶⁸⁰.

La giurisprudenza, tuttavia, tenta di bilanciare tale libertà, assicurando che il lavoratore sia effettivamente posto a conoscenza dell’avvenuto recesso. Così, nel caso in cui il datore di lavoro invii la comunicazione di licenziamento ad un indirizzo diverso da quello indicato nel contratto di lavoro, il licenziamento stesso verrà giudicato illegittimo⁶⁸¹.

quindi prevede il vizio della mancata predisposizione della lettera di licenziamento, non della mera mancata consegna di questo al lavoratore.

678 改正, gǎizhèng, letteralmente “correggere, emendare” (sottointeso: 终止劳动合同的书面证明, zhōngzhǐ láodòng héntóng de shūmiàn zhèngmíng: la mancata predisposizione del certificato attestante l’estinzione del rapporto di lavoro).

679 In questo caso il danno da risarcire non è quello derivante dall’illegittimità del licenziamento, ma quello che il lavoratore dimostri di avere sofferto in conseguenza della mancata predisposizione e consegna tempestiva del certificato amministrativo.

680 In un recente caso giudiziario concluso con una pronuncia della Corte di Pechino del 2015, il licenziamento fu dichiarato illegittimo in quanto il datore di lavoro aveva comunicato il licenziamento tramite un’inserzione in un quotidiano di stampa (si trattava di un licenziamento disciplinare dovuto all’assenza ingiustificata del dipendente il quale, a seguito di un alterco con il suo responsabile, non si era più presentato a lavorare). La Corte ha affermato che il datore di lavoro in primo luogo deve tentare di comunicare il licenziamento al lavoratore in maniera personale e diretta, tramite posta tradizionale od e-mail o posta elettronica certificata, messaggio telefonico, convocazione anche via telefono per recarsi a ritirare la comunicazione di licenziamento consegnata a mani, prima di poter pubblicare la notizia riguardante l’estinzione del rapporto di lavoro con quel dipendente in un giornale. Solo qualora la comunicazione di licenziamento non possa essere consegnata in alcune delle modalità sopra citate, il datore di lavoro potrà assolvere al suo onere mediante la pubblicazione via stampa di tale atto scritto.

681 In un caso giudicato dalla Corte di Pechino nel 2015, un licenziamento disciplinare per assenza ingiustificata (nel caso di specie, il lavoratore aveva omesso di rispettare la *policy* aziendale in materia di *sick leave*, in quanto non aveva fatto pervenire all’azienda il certificato medico attestante lo stato di malattia) è stato giudicato illegittimo per violazione

La *Employment Contract Law*, infine, si dimostra poco coerente anche per quanto riguarda l'**onere motivazionale** sotteso al recesso datoriale.

Con riferimento anche alla motivazione, infatti, manca una disposizione avente carattere generale (al pari dell'art. 2, comma 2, della legge italiana n. 604/1966, recentemente novellata) che prescriva che l'atto unilaterale con il quale il datore di lavoro ponga fine al rapporto debba essere corredato dall'indicazione delle ragioni sottese a tale provvedimento.

E questo appare tanto più inconcepibile in quanto un siffatto onere è previsto preventivamente rispetto all'intimazione del licenziamento, ai sensi dell'art. 43 che si è analizzato, e avente come destinatario dell'informazione la *labor union*.

L'incoerenza della legge in tale contrasto è da ravvisare nel fatto che mediante questa disciplina differenziata può accadere che le ragioni illustrate al sindacato prima del licenziamento divergano da quelle effettivamente sottese all'estinzione del rapporto di lavoro, e che di tale discostamento non vi sia traccia, alla luce, appunto, della mancata indicazione dei motivi all'interno della comunicazione di licenziamento⁶⁸².

Inoltre, ai sensi dell'art. 21 l'onere di motivazione contestuale all'estinzione del rapporto di lavoro è previsto con riferimento al licenziamento del lavoratore in prova (*"In case that the employer terminates a labour contract during the probation period, the reasons shall be notified to the concerned employee"*).

Invero, non si comprende come mai il legislatore abbia avvertito l'esigenza di prevedere il rispetto dell'onere motivazionale soltanto con riferimento al licenziamento intimato durante il periodo di prova, e non con una previsione di carattere generale. La circostanza per cui il licenziamento del lavoratore in prova è limitato alle ben precise fattispecie indicate nel primo capoverso dell'art. 21 non può essere individuata come causale di tale soluzione differenziata, dal momento che il licenziamento di ogni lavoratore può essere intimato solo in presenza di causali determinate. Conseguentemente, se l'indicazione della motivazione nell'atto di recesso serve a valutare l'effettiva sussistenza di una delle ragioni giustificatrici nel caso concreto, tale necessità si sarebbe dovuta prevedere in generale, e non con esclusivo riferimento al licenziamento di un lavoratore in prova, sebbene per quest'ultimo le fattispecie legittimanti il recesso datoriale siano in numero limitato rispetto agli altri lavoratori.

Ad ogni modo, nonostante la mancata previsione generale relativa alla sussistenza di un onere motivazionale, deve concludersi che anche nell'ordinamento cinese la motivazione assurga a requisito di legittimità del recesso datoriale.

Ne risulta convinta la giurisprudenza, che espressamente afferma che l'atto scritto di licenziamento dovrà contenere anche le indicazioni delle ragioni sottese allo stesso.

In altre parole, l'onere motivazionale, oltre a dispiegarsi in maniera preventiva nei confronti della *labor union*, deve essere soddisfatto anche con riferimento al lavoratore destinatario del provvedimento datoriale. La giurisprudenza, infatti, giudica illegittimo il licenziamento che non contenga l'esplicitazione dei motivi sottesi⁶⁸³.

procedurale in quanto il datore di lavoro aveva spedito la relativa comunicazione alla residenza del lavoratore indicata nel suo documento di identità anziché in quello indicato nel contratto di lavoro.

682 Un pericolo, quello della mancanza di immutabilità dei motivi, che forse può essere stemperato affermando che le ragioni indicate nella comunicazione alla *labor union* ai sensi dell'art. 43 cristallizzano la motivazione del recesso, di talché in un eventuale successivo giudizio il datore di lavoro non possa individuarne di diverse, a prescindere da quelle indicate nell'atto di licenziamento.

683 Come dimostra una recente sentenza del 2016 della Corte Intermedia di Shenzhen, che ha accertato l'illegittimità del licenziamento – e condannato il datore di lavoro al pagamento dell'indennità risarcitoria di cui all'art. 48 – in un caso in cui la società datoriale aveva bensì licenziato il dipendente per iscritto, ma senza corredare l'atto scritto dell'indicazione dei motivi sulla base del quale il recesso si giustificava. La società tentava di difendersi allegando e dimostrando per testimoni di aver provveduto a comunicare oralmente al dipendente le ragioni disciplinari sottese al recesso in tronco, e che quindi questi ne era venuto a conoscenza e che dunque non fosse da paventarsi la lesione di alcun suo diritto. La Corte naturalmente non ha accolto tale argomento difensivo e quindi ha accertato l'illegittimità del licenziamento.

Si può quindi affermare che l'onere datoriale consistente nella motivazione del licenziamento sussista anche all'interno dell'ordinamento cinese, nonostante la sua mancata previsione normativa esplicita con riferimento alla generalità dei casi⁶⁸⁴.

684 Essendo tale onere previsto in maniera espressa soltanto con riferimento al licenziamento collettivo, dovendo questo essere preceduto dalla comunicazione per iscritto di un atto contenente le ragioni per le quali l'azienda reputa necessario il ricorso all'operazione di riduzione del personale, atto che, come si è visto in precedenza (cfr. *supra*, Capitolo Terzo, par. d), la giurisprudenza richiede sia corredato, per l'appunto, delle motivazioni sottese al prospettato *lay-off*.

Capitolo Settimo

Impugnazione del licenziamento e disciplina processuale

Sommario:

7.1 Premessa: la crescente valorizzazione della mediazione e le fonti della normativa del processo del lavoro in Cina

7.2 Il campo di applicazione del rito del lavoro

7.3 Il procedimento del lavoro e le sue fasi:

7.3.1 La fase della mediazione;

7.3.2 La fase dinanzi al Collegio Arbitrale del Lavoro;

7.3.3 La fase dinanzi alla Corte del Popolo.

* * *

7.1 Premessa: la crescente valorizzazione della mediazione e le fonti della normativa del processo del lavoro in Cina.

Si è analizzata, nei capitoli precedenti, la disciplina sostanziale e formale del licenziamento contenuta nella *Employment Contract Law*, ponendo l'accento, conformemente allo scopo di questo lavoro, sulle modalità con cui il legislatore cinese tutela il lavoratore quale parte debole del rapporto. Così, si è potuto osservare come sotto certi versi (in primo luogo per quanto riguarda la necessaria sussistenza di una causale giustificatrice legittimante il recesso, con l'abolizione del licenziamento *ad nutum*) l'ordinamento giuslavoristico offra una incisiva tutela al prestatore di lavoro, tutela che invece per altri versi appare meno efficace rispetto al nostro ordinamento e meritevole di una adeguata implementazione (si pensi alla disciplina formale del licenziamento, in cui non è prescritta la forma scritta ma solo una forma qualunque di comunicazione dell'atto espulsivo al lavoratore, sia pure accompagnato dall'indicazione dei motivi posti alla base).

In questo capitolo, si analizzeranno ora i diversi strumenti che la normativa cinese vigente pone a favore del lavoratore in una fase successiva alla ricezione del licenziamento, nella fase cioè in cui egli intenda opporsi al medesimo mediante la sua **impugnazione**.

Appare superfluo premettere che naturalmente una tale analisi dovrà essere effettuata tenendo sempre a mente quale possa essere l'esito di un eventuale giudizio favorevole per il lavoratore, ovverosia quali siano le tutele approntate dalla legge per l'ipotesi in cui il recesso sia dichiarato illegittimo dalla Corte, tutele che, come si è visto, sono nettamente meno incisive rispetto a quelle delineate nell'ordinamento italiano, nel quale pure si è assistito, negli ultimi anni, ad una loro significativa riduzione.

Invero, il rango di eccezione rivestito dalla tutela reintegratoria – che come abbiamo visto può essere disposta dalla Corte giudicante soltanto laddove sia da essa ritenuta *possibile*⁶⁸⁵ – e il conseguente imperare di una riparazione meramente indennitaria, sono fattori che appaiono idonei a prestare riflessi importanti anche sul versante processuale, in quanto in grado di indurre il ricorrente ad una definizione della controversia già nel corso della sua fase pre-processuale. Dal momento, infatti, che la posta in palio è esclusivamente di natura economica, il lavoratore può essere indotto ad accettare l'importo eventualmente offerto dal datore di lavoro nel corso delle fasi della

685 Concetto, quello di possibilità della reintegrazione in servizio del lavoratore licenziato, che è stato specificato dalla Suprema Corte in recenti *Interpretations*; sul punto, si rinvia *supra*, Capitolo Quinto.

mediazione e dell'arbitrato, pur di ottenere la disponibilità monetaria resa per lui necessaria dalla perdita del posto di lavoro e quindi della retribuzione, sua fonte primaria di reddito, così di fatto anticipando quello che sarebbe comunque stato l'esito di una pronuncia favorevole nei suoi confronti; se egli potesse invece aspirare alla reintegrazione nel posto di lavoro, risulterebbe forse più incentivato a proseguire il procedimento sino alla pronuncia di una sentenza da parte della Corte, seguendo l'*iter* che verrà di seguito illustrato.

Ciò spiega il dato statistico secondo il quale nel corso dell'anno 2014 circa la metà dei procedimenti in materia di lavoro sono stati conclusi mediante il raggiungimento di un accordo conciliativo tra le parti⁶⁸⁶; aldilà degli sforzi dei Collegi Arbitrali del Lavoro e delle Corti Civili nel tentare di raggiungere un accordo conciliativo, vedremo nel corso della trattazione in che modo le procedure preventive alla fase processuale vera e propria previste dalla legge⁶⁸⁷ siano idonee in tal senso, dotate quindi di effettiva capacità deflattiva del ricorso avanti la Corte, come da intendimento del legislatore cinese.

In via di introduzione al presente capitolo, si deve ricordare sin da ora come la disciplina procedimentale dell'impugnazione del licenziamento trovi le proprie fonti, oltre che in talune disposizioni specifiche della *Labor Law*, soprattutto nella *People's Republic of China Labor Dispute Mediation and Arbitration Law*, promulgata il 29 dicembre 2007⁶⁸⁸ ed entrata in vigore il 1° maggio 2008, pochi mesi dopo la *Employment Contract Law*, della quale costituisce, pertanto, quasi un'appendice, da quanto stretto è il legame tra la disciplina sostanziale del contratto e del rapporto di lavoro e la disciplina del rito lavoristico.

Peraltro, così come la *Employment Contract Law* è dedicata al rapporto di lavoro in generale, nella molteplicità dei suoi aspetti, e non solo al licenziamento, così anche la *Labor Dispute Mediation and Arbitration Law* disciplina il procedimento del lavoro in generale, senza essere specificamente dedicata all'impugnazione del licenziamento. A quest'ultima, infatti, si applica il rito giuslavoristico nella sua integralità, a partire dalla fase eventuale della mediazione fino alla procedura di arbitrato necessaria.

Del resto, anche nell'ordinamento italiano al processo di impugnazione del licenziamento si applica la disciplina del rito del lavoro generale di cui agli articoli 409 ss. c.p.c., ad eccezione dei licenziamenti intimati a seguito del 18 giugno 2012 ai lavoratori assunti prima del 7 marzo 2015⁶⁸⁹.

686 Dei 711.004 procedimenti promossi avanti i Collegi Arbitrali del Lavoro nel 2014, infatti, in ben 321.598 le parti hanno raggiunto un accordo conciliativo, o davanti il Collegio Arbitrale stesso o, a seguito dell'emanazione della decisione da parte di quest'ultimo e della sua impugnazione, dinanzi alla Corte. A tale percentuale devono inoltre aggiungersi i casi in cui le parti hanno raggiunto un accordo conciliativo già in fase pre-processuale, cioè nella fase della mediazione (sulla quale v. *infra*).

687 Secondo la seguente successione: fase della mediazione (facoltativa); fase dell'arbitrato (obbligatoria, nel senso che la competenza in primo grado per le controversie del lavoro è appunto in capo al Collegio Arbitrale del Lavoro); fase giudiziaria vera e propria (avanti la Corte del Popolo di base ed eventualmente, in fase di appello, avanti la Corte del Popolo Intermedia).

688 In sostituzione del precedente *Regulation of Settlement of Labor Disputes in Enterprises* del 1993, contestualmente abrogato.

689 Con riferimento a tali categorie di lavoratori (vecchi assunti licenziati dopo l'entrata in vigore della c.d. riforma Fornero), infatti, per "le controversie aventi ad oggetto l'impugnativa dei licenziamenti nelle ipotesi regolate dall'articolo 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni, anche quando devono essere risolte questioni relative alla qualificazione del rapporto di lavoro", trova applicazione il c.d. rito Fornero, disciplinato all'art. 1, commi 48 e ss., della legge n. 92 del 2012, che consiste in un procedimento dal primo grado bifasico (nel quale, cioè, ad una fase sommaria, conclusa con ordinanza dal Giudice del Lavoro, seguiva una fase a cognizione piena) e dalle minori formalità rispetto al processo del lavoro "generale" di cui agli articoli 409 e ss. c.p.c. (minori formalità evidenti soprattutto per effetto del comma 49, secondo il quale "il giudice, sentite le parti e omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione indispensabili richiesti dalle parti o disposti d'ufficio, ai sensi dell'articolo 421 del codice di procedura civile, e provvede, con ordinanza immediatamente esecutiva, all'accoglimento o al rigetto della domanda"). Nonostante la disciplina della legge Fornero avesse dato adito a qualche dubbio interpretativo, il rito specificamente dedicato all'impugnazione del licenziamento era stato giudicato in maniera favorevole dagli addetti ai lavori; tuttavia, per i lavoratori assunti a seguito del 7 marzo 2015, per i quali si applica il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti di cui al d. lgs. n. 23 del 2015, il rito Fornero non trova più applicazione.

Vediamo dunque gli aspetti salienti del rito del lavoro nell'ordinamento cinese, non senza aver prima sottolineato come nell'ultimo decennio, a partire dal varo della nuova legge processuale, il numero di controversie di lavoro risulti sensibilmente aumentato⁶⁹⁰, soprattutto con riferimento alla retribuzione, al pagamento degli oneri contributivi a carico del datore di lavoro e – appunto – al licenziamento⁶⁹¹. Uno dei fattori rilevanti che hanno portato all'aumento del ricorso dei lavoratori alla giustizia in caso di violazione dei propri diritti appare senza dubbio la novità apportata dalla *Labor Dispute Mediation and Arbitration Law* che ha reso completamente gratuita, per le parti, la procedura arbitrale⁶⁹². Un'altra motivazione è da ricercare nella progressiva consapevolezza dei propri diritti che i lavoratori stanno acquisendo anche in Cina⁶⁹³: processo che viene considerato come un effetto positivo da ricollegare indirettamente alla recente predisposizione di un *corpus* normativo di diritto positivo avvenuta negli ultimi anni ad opera del Governo cinese⁶⁹⁴.

* * *

7.2 Il campo di applicazione del rito del lavoro

Come accennato, la normativa di riferimento in questa materia è rappresentata dalla *People's Republic of China Labor Dispute Mediation and Arbitration Law*. Si è ricordato come essa sia entrata in vigore nel 2008, a pochi mesi di distanza dalla legge di riforma del diritto del lavoro sostanziale: anch'essa, pertanto, costituisce uno degli elementi della riforma del sistema giuslavoristico varata dal legislatore nella seconda metà dello scorso decennio, a voler significativamente sottolineare come la predisposizione di una normativa volta alla tutela del lavoratore non può prescindere dalla predisposizione di un assetto procedimentale che gli permetta di ottenere giustizia nel caso in cui il diritto riconosciuto a suo favore dalla legge sia stato violato dalla controparte datoriale, nella convinzione, cioè, della necessità di approntare forme di accesso alla giustizia che, pur in un necessario tentativo di bilanciamento volto alla deflazione dei casi di ricorso alle Corti, consentano comunque di rimediare alla lesione dei suoi diritti⁶⁹⁵.

690 Già nel corso del 2008, il numero di procedimenti sul lavoro promossi è aumentato di 1,94 volte (pressoché raddoppiato) rispetto a quelli fatti registrare nel 2007, coinvolgendo 1,2 milioni di lavoratori; il *trend* di crescita è proseguito negli anni successivi. Nel 2012, per esempio, le dispute in materia di lavoro sono state circa 1.512.000, con un aumento del 7,9% rispetto all'anno precedente (cfr. <http://www.labournet.com.cn/ldzy/ckzl/t24.htm>=2013-4-11).

691 Queste tipologie di controversie rappresentano insieme circa l'80% delle controversie di lavoro presentate nell'ordinamento cinese.

692 Ma il problema dei costi da sostenere quale deterrente di natura economica per l'accesso alla giustizia continua a sussistere egualmente, posto che, se per la procedura arbitrale non è richiesto il pagamento di alcuna somma od imposta (quale il contributo unificato dell'ordinamento italiano), e nonostante gli sforzi delle associazioni collettive nell'offrire la difesa legale gratuita ai lavoratori, vi sono comunque altri oneri importanti legati alla proposizione di un processo del lavoro (rimborsi spese per i testimoni, spese per l'eventuale accesso alla fase dinanzi alla Corte del Popolo, giornate di lavoro perdute a causa della partecipazione alle udienze, etc.), ben idonee a scoraggiare la proposizione di un procedimento arbitrale e così a indurre il lavoratore a conciliare la controversia già in fase di mediazione preventiva.

693 Sulla mancanza di percezione dei propri diritti e degli strumenti legali per la tutela di essi da parte della manodopera cinese (si pensi ai milioni di lavoratori migranti, o ai milioni di operai che lavorano nei contesti industriali delle grandi metropoli cinesi), quale problema endemico del mondo del lavoro in Cina, appare interessante il saggio di I. Franceschini, *I lavoratori cinesi e il diritto: consapevolezza e percezioni*, in *Cina: diritto e rovescio*, Riv. Mondo Cinese, Aprile 2011, 75 ss.

694 "One of the constant criticism of China's labor laws is the lack of consistent enforcement by the government. However, labor disputes in China are resolved mostly by individual workers through local governmental mediation and arbitration. The number of these cases has risen dramatically every year as new laws are passed and an increased awareness of labor rights takes hold in the workforce. In the heavy manufacturing area of Guangzhou in 2008 there was a more than 200 percent increase in the number of labor disputes after the new Labor Contract Law took effect": così R. Brown, *Understanding Labor and Employment Law in China*, Cambridge University Press, 212, 6.

695 Certo, la predisposizione della tutela dal punto di vista anche procedimentale non può comunque evitare che l'*enforcement* delle norme sostanziali poste a tutela del prestatore di lavoro rimanga, purtroppo, ben lungi dal costituire un obiettivo sufficientemente realizzato: e ciò per i motivi più diversi, in parte già evidenziati, quali la scarsa

Prima di analizzare quali siano gli strumenti processuali che tale legge pone a favore del lavoratore che ritenga di essere stato licenziato illegittimamente, occorre in primo luogo comprendere cosa debba intendersi con il concetto di “*Labor Disputes*” che compare nella rubrica della legge stessa; occorre in altre parole identificare il campo di applicazione della normativa oggetto di esame, operazione che non può che costituire un’indagine *a priori* necessaria.

Occorre prendere atto che in tale ambito la *Labor-dispute Mediation and Arbitration Law* non denota la stessa precisione definitoria rispetto all’omologa normativa italiana⁶⁹⁶.

Nel nostro ordinamento, infatti, la disciplina processuale delle controversie in materia di impiego si rinviene all’interno del Codice di Procedura Civile, al Titolo Quarto del Libro Secondo, articoli 409 e ss., dedicato per l’appunto alla disciplina “*Delle controversie individuali di lavoro*”.

Con il fondamentale art. 409, il c.p.c. identifica i casi nei quali si applica il rito del lavoro davanti la magistratura del lavoro, affermando che “*si osservano le disposizioni del presente capo nelle controversie relative a:*

- 1) *rapporti di lavoro subordinato privato, anche se non inerenti all’esercizio di una impresa;*
- 2) *rapporti di mezzadria, di colonia parziaria, di compartecipazione agraria, di affitto a coltivatore diretto, nonché rapporti derivanti da altri contratti agrari, salva la competenza delle sezioni specializzate agrarie;*
- 3) *rapporti di agenzia, di rappresentanza commerciale ed altri rapporti di collaborazione che si concretino in una prestazione di opera continuativa e coordinata, prevalentemente personale, anche se non a carattere subordinato;*
- 4) *rapporti di lavoro dei dipendenti di enti pubblici che svolgono esclusivamente o prevalentemente attività economica;*
- 5) *rapporti di lavoro dei dipendenti di enti pubblici ed altri rapporti di lavoro pubblico, sempreché non siano devoluti dalla legge ad altro giudice”.*

Anche all’interno della *Labor Dispute Mediation and Arbitration Law* esiste una simile norma definitoria, che individua quali siano le tipologie di controversie che possano essere ricomprese nel concetto di “*labor dispute*”.

La finalità di tale definizione, tuttavia, è diversa, in quanto nell’ordinamento cinese dalla natura lavoristica o meno di una determinata controversia non deriva la competenza funzionale di una sezione specializzata del tribunale civile, come in Italia, ma la necessità del previo esperimento della procedura arbitrale. L’individuazione delle controversie in materia di lavoro, pertanto, le distingue dalle ordinarie controversie civili solo per quanto riguarda tale previsione di un passaggio procedurale ulteriore rispetto all’immediato ricorso davanti la Corte del Popolo civile.

consapevolezza dei propri diritti da parte della maggior parte dei lavoratori, soprattutto nei contesti rurali e nei contesti fortemente industrializzati caratterizzati dalla presenza di manodopera scarsamente istruita, i costi per rivolgersi alla giustizia, le difficoltà legali legate allo stato di migrante del lavoratore, che magari sia privo dell’*hukou* della località nel quale presta la propria attività lavorativa, con conseguente negazione di certe tutele riconosciute invece agli altri lavoratori, etc.; sul punto, cfr. Y. L. Zheng, *It’s not what is on paper, but what is in practice: China’s new Labor Contract Law and the Enforcement Problem*, in *Washington University Global Studies Law Review*, 2009, Vol. 8, 3.

696 Del resto, già in ambito sostanziale né la *Labor Law* né la *Employment Contract Law* contengono una definizione che non sia apodittica di rapporto di lavoro. Invero, dal contenuto delle norme nelle quali si esplicano tali provvedimenti legislativi può affermarsi senza tema di errore che il legislatore si riferisce al rapporto di lavoro “subordinato”, ma senza preoccuparsi di darne una definizione, al contrario dello scrupolo del codice civile italiano che, all’art. 2094 c.c., definisce prestatore di lavoro subordinato “*chi si obbliga mediante retribuzione a collaborare nell’impresa, prestando il proprio lavoro intellettuale o manuale alle dipendenze e sotto la direzione dell’imprenditore*”, così ravvisando nel potere direttivo del datore di lavoro il principale dei criteri discretivi tramite il quale poter distinguere tra lavoro subordinato e altre forme di collaborazione tra le parti. Tale considerazione mi induce a ritenere che nell’ordinamento cinese il concetto di “**rapporto di lavoro**” (劳动关系, *láodòng guānxi*) **consista nel rapporto di lavoro subordinato tout court**: in altre parole, il legislatore non si pone alcun problema qualificatorio proprio in quanto il normotipo di rapporto di lavoro cui fa riferimento è il solo rapporto di lavoro subordinato, senza bisogno di ulteriori specificazioni.

Ora, l'art. 2 della legge afferma che “*This Law is applicable to the following labor disputes arising between employing units and workers within the territory of the People’s Republic of China:*”

a) *disputes arising from the confirmation of labor relations.*

Rientra sicuramente nell'ambito di applicazione del rito del lavoro l'accertamento circa la costituzione, tra le parti, di un rapporto di lavoro.

Tale serie di controversie riguarda, pertanto, i casi in cui l'insorgenza di un rapporto non è chiara, in primo luogo in quanto non sia stato stipulato un contratto di lavoro in forma scritta, contrariamente al disposto di cui all'art. 10 della *Employment Contract Law*.

Ai sensi del num. 1) dell'art. 2, così, dovrà agire dinanzi al Collegio Arbitrale il lavoratore che domandi l'accertamento del rapporto che lo lega al datore di lavoro in via di mero fatto, senza formalizzazione per iscritto con apposito contratto e, quindi, senza le tutele legali (prima di tutto dal punto di vista previdenziale) che a lui spetterebbero e che non possono sorgere senza tale formalizzazione.

La disposizione ricomprende, in secondo luogo, le ipotesi in cui si discuta se il rapporto intercorrente tra le parti costituisca, o meno, un rapporto di lavoro (subordinato), con la conseguente applicazione delle tutele poste dalla *Employment Contract Law*, dalla *Social Insurance Law*, e in generale da ogni normativa sul tale tipologia di rapporto.

Come si è già avuto modo di sottolineare, infatti, il legislatore cinese non utilizza mai un aggettivo che denoti la *subordinazione* del lavoratore nei confronti del datore di lavoro quale carattere determinante ai fini della stipulazione di un rapporto di lavoro, ma si limita sempre a parlare di 劳动关系,

láodòng guānxi, per l'appunto *labor relationship*, rapporto di lavoro, ma senza provvedere a darne una definizione come quella di cui all'art. 2094 del codice civile italiano⁶⁹⁷. In altri termini, la lettera del testo nella lingua originaria⁶⁹⁸ permette di comprendere come la prima categoria di cause contemplate dalla *Labor Dispute Mediation and Arbitration Law* consista proprio nelle cause in cui la questione controversa riguardi la circostanza che le parti abbiano o meno dato vita ad un rapporto di lavoro (sottinteso: subordinato, proprio perché la subordinazione, intesa anche in Cina come assoggettamento del lavoratore alle direttive del datore di lavoro, costituisce un carattere inseparabile da tale relazione tra le parti).

Il problema principale consiste per l'appunto nel fatto che né la *Labor Law* del 1994 né la *Employment Contract Law* del 2008 indicano quali siano i requisiti perché si possa ritenere realizzata una *labor relationship*, dandoli evidentemente per scontati. Né a tal fine soccorre l'art. 16 della *Labor Law* che, definendo il contratto di lavoro come “*an agreement that establishes the labour relationship between a worker and an employing unit and defines the rights and obligations of respective parties*”, all'evidenza nulla aggiunge circa l'individuazione dei criteri con i quali verificare se un contratto che rechi obbligazioni tra le parti sia o meno inquadrabile come contratto di lavoro (subordinato) piuttosto che come diversa tipologia contrattuale (contratto di lavoro autonomo, nell'ambito del più ampio contratto di servizi), che esula dalla tutela apportata dal complesso normativo analizzato nel presente lavoro.

Personalmente ritengo che il problema definitorio in esame dipenda dalla **mancata sistematizzazione**, da parte delle due leggi lavoristiche, **del potere direttivo** del datore di lavoro, potere che a ben vedere è considerato, dalla dottrina e dalla giurisprudenza dominanti nel nostro Paese, come il vero fattore individuatore del rapporto di lavoro subordinato ai sensi dell'art. 2094

697 Ciò in quanto, per l'appunto, in Cina il rapporto di lavoro è considerato, per sua natura, subordinato, nel senso che costituisce una sua caratteristica principale l'assoggettamento del lavoratore agli ordini impartiti dall'impresa (anche se il potere direttivo, come già rilevato, non viene sistematizzato, ma di esso si rinvencono di volta in volta tracce in disposizioni normative specifiche).

698 因确认劳动关系发生的争议, yīn quèrèn láodòng guānxi fāshēng de zhēngyì, letteralmente: una disputa [sorta] a causa dell'identificazione con certezza (il carattere 认, rèn, denota la conoscenza) [del fatto che] sia sorta una relazione di lavoro.

c.c.; ma che esso costituisca comunque il fattore discrezionale tra il lavoro subordinato ed altre forme contrattuali è reso evidente, a tacer d'altro, dall'art. 19 della *Labor Law*⁶⁹⁹ e dall'art. 8 della *Employment Contract Law*, laddove fanno riferimento all'indicazione delle mansioni (“*work assignment*”) all'interno del contratto di lavoro quale necessaria obbligazione posta a carico del datore di lavoro.

Del resto, se la questione definitoria non è stata risolta dal legislatore – lo stesso art. 2 della *Labor Law* si limita a stabilire che “*this Law shall apply to enterprises, individual economic organizations (hereinafter referred to as employing units) and labourers who form a labour relationship therewith within the territory of the People’s Republic of China*”, senza appunto definire il concetto di rapporto di lavoro –, un tentativo qualificatorio in tal senso è stato effettuato dal Ministero delle Risorse Umane e della Sicurezza Sociale, nella *Notice of certain issues on establishing a labor relationship* emanata nel 2005.

Tale documento afferma che “*a labor relationship is deemed established even when there is not a written labor contract*⁷⁰⁰ *if the following conditions exists:*

- 1) *the employer and the employee met the legal qualification prescribed by laws and regulations*⁷⁰¹;
- 2) *various workplace rules made by the employer in accordance with the law are applicable to the employee, and the employee is under control of the employer and performs paid labor assigned by the employer;*
- 3) *labor provided by the employee is a part of the business of the employer*”.

Secondo l'interpretazione ministeriale, quindi, due sono i fattori che debbono sussistere per il riconoscimento circa l'esistenza di un rapporto di lavoro:

- (i) il **potere datoriale di controllo** dell'attività svolta dal lavoratore, il quale deve essere soggetto alle regole (nonché, è da ritenere, alle “direttive”), poste dall'impresa ed applicabili nel luogo di lavoro; e
- (ii) l'inserimento, la **funzionalizzazione** dell'attività svolta dal dipendente **all'interno del business dell'impresa** stessa.

699 In base a tale disposizione, il contratto di lavoro deve indicare, *inter alia*, (2) i compiti assegnati dal datore di lavoro al prestatore. Il riferimento, da parte tanto dell'art. 19 quanto dal già citato art. 16, dei “*work assignments*” come elemento fondamentale del rapporto induce comunque a ritenere, pur in assenza di una sistematizzazione generale, che il potere direttivo in capo al datore di lavoro costituisca anche nell'ordinamento cinese, come in quello italiano, uno dei criteri fondamentali per poter configurare il rapporto intercorrente tra le parti come una *labor relationship*.

Un altro elemento importante che si può rinvenire nell'art. 19 della *Labor Law*, letteralmente previsto quale elemento contenutistico necessario del contratto di lavoro, ma in pratica in grado di assumere anche rilevanza qualificatoria, consiste nella dovuta indicazione, all'interno del testo contrattuale, (5) della disciplina del lavoro. Come vedremo, l'assoggettamento del dipendente al potere di controllo e al potere disciplinare di parte datoriale è il fattore principalmente valorizzato dal Ministero delle Risorse Umane e della Sicurezza Sociale a fini qualificatori.

700 I problemi si pongono, quindi, quando le parti non hanno stipulato un contratto di lavoro (oltre che, è da ritenere, nel caso in cui abbiano fatto ricorso ad una diversa tipologia contrattuale in grado di “mascherare” il rapporto sotteso onde consentire a parte datoriale di eludere le tutele apprestate dalla legge a favore del prestatore).

701 Ai sensi dell'art. 2 della *Employment Contract Law*, possono ricoprire la posizione di “datore di lavoro” unicamente “*the enterprises, individual economic organizations and private non-enterprise units in the People’s Republic of China*”, con esclusione, quindi, dei singoli individui al di fuori dell'esercizio della loro attività imprenditoriale. Ne deriva, pertanto, che il lavoro domestico non può dar luogo, nell'ordinamento cinese, a una *labor relationship* tutelata dalle leggi in materia di diritto del lavoro. Come affermato in dottrina, infatti, “*in China there are no specific legal provisions governing the working conditions of domestic workers. In fact, in Article 2, Law of the Explanation of Certain Provisions of Labor Law issued by the Ministry of Labor in 1994 it was expressly provided that the Labor Law was not applicable to domestic workers*” (così R. Brown, *Chinese “Workers without benefits”*, *Richmond Journal of Global Law & Business*, Vol. 15, 1, 2016, 44). Ciò risulta confermato dalla “*Interpretation of the Supreme People’s Court on Several Issues about the Application of Laws for the Trial of Labor Dispute Cases (II)*”, entrata in vigore il 1° ottobre 2006, che nella serie di materie escluse dall'ambito di applicazione della legge sul processo di lavoro, contenute all'art. 7, indica anche il lavoro domestico, che dunque non gode delle tutele approntate dalla legislazione giuslavorista. Con la conseguenza che “*domestic work is regarded as informal employment; [...] without legal employment status, most domestic workers cannot be guaranteed their wages, working hours, labor protection or social security and are workers without benefits*” (cfr. ancora R. Brown, *Chinese “Workers without benefits”*, cit., *ibidem*).

Come sottolineato in dottrina⁷⁰², “according to this rule, an employee and a labor relationship can only exist under the condition that the employee is under the control and the management of the employer and the work of the employee is part of the employer’s business”; così che “primary consideration should be given whether the employer exerts substantial control on the employee. At the same time, other factors should be taken into consideration, including whether the employee joins the employer and becomes its member and **who takes the risks of the losses of the business**”.

Soggezione del lavoratore al potere direttivo (riferimento ai *work assignments*), al potere di controllo e al potere disciplinare di parte datoriale; svolgimento verso corrispettivo di un’attività funzionale ad essere inserita nel contesto imprenditoriale del datore di lavoro; assunzione del rischio di impresa da parte di quest’ultimo: sono questi i criteri utilizzati nell’ordinamento cinese per valutare se il rapporto invalso tra le parti costituisca o meno una 劳动关系, láodòng guānxi⁷⁰³.

Nella *Notice of certain issues on establishing a labor relationship*, il Ministero ha individuato anche taluni indici fattuali identificativi della sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato, ravvisandoli nei seguenti elementi: (a) il possesso, da parte del lavoratore, di moduli attestanti il ricevimento della retribuzione, o il suo inserimento nei registri di sicurezza sociale; (b) il possesso, da parte del lavoratore, del tesserino o del cartellino consegnato dall’azienda ai suoi dipendenti; (c) i registri della procedura di *recruitment*, come la candidatura del lavoratore o la compilazione, da parte sua, dell’*application form*; (d) le attestazioni della presenza in servizio; (e) la testimonianza dei colleghi che attestino che il lavoratore svolgeva attività lavorativa all’interno dell’azienda.

Anche talune Corti del Popolo hanno emanato dei documenti interpretativi allo scopo di indicare i criteri con cui svolgere l’accertamento relativo alla sussistenza o meno, nel caso di specie, di un rapporto di lavoro subordinato.

Si possono citare, a titolo di esempio, le *Answers to the Questions Concerning Labor Disputes* emanate dall’Alta Corte di Shanghai nel 2002. Il paragrafo 8 di tale documento afferma che anche in assenza di un contratto scritto di lavoro, il rapporto intercorrente tra due parti deve essere considerato come 劳动关系, láodòng guānxi, qualora sussistano simultaneamente i seguenti elementi: (i) il pagamento della retribuzione; (ii) il fatto che l’esecuzione della prestazione da parte del lavoratore avvenga sotto la supervisione e il controllo dell’unità datoriale non solo in relazione all’oggetto della prestazione dovuta, ma anche con riferimento alle sue modalità; (iii) la circostanza che il lavoratore sia in possesso di una c.d. *work card* o *service card* di provenienza datoriale, idonea a dimostrare l’identità del lavoratore medesimo.

La Corte di Shanghai specifica altresì che non potrà viceversa ritenersi sussistente un rapporto di lavoro qualora la prestazione oggetto dell’obbligazione non avvenga sotto la gestione, la disciplina, il controllo e la direzione dell’unità datoriale.

Nella prassi giudiziaria, così, le Corti cinesi guardano principalmente all’assetto concreto del rapporto: “*In practice, Chinese courts generally follow three steps to make a decision on whether one person is in need of protection or not. First of all, review of eligibility for labor relationships. Under the Labor Contract Law, a worker should be eligible to employ a worker. At the same time, the worker must be within the scope of labor rules and regulations, which has been stipulated in judicial notices or interpretations. Secondly, review of exterior appearance. In order to make a right decision on whether one person is a protective worker or not, detailed information on how the relationship between the parties is structured must be gathered and assessed. Records of wages and worker cards are the most important exterior information. Finally, review of control. Even though the control test is not an exclusively efficient tool for courts to make a decision on a person’s legal*

702 Z. Xie, *Labor law in China: progress and challenges*, 2015, 3.

703 Criteri che coincidono con quelli cui si fa riferimento, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, all’interno del nostro ordinamento: cfr. per tutti A. Vallebona, *Istituzioni di diritto del lavoro. II. Il rapporto di lavoro*, Cedam, 2015, 4 ss.

*status, it is still the leading tool for courts. The above steps mean that Chinese courts follow the logic from exterior appearance review to substantial review*⁷⁰⁴.

La giurisprudenza, in altre parole, si focalizza soprattutto sull'accertamento dell'indice consistente nel controllo esercitato dall'azienda sull'attività svolta dal prestatore di lavoro: *"it seems that courts prefer control test rather than subordination test in practice. In my view, the reason is that it's easy for judges to find convincing evidence of how the work unit has exercised the right to control over a worker. When a work unit has the right to state not only what needs to be done, but also how it should be done, the control over workers by work units has the same meaning of direction, management, requirement. It's no doubt that a work unit's active direction decides when his worker perform his liabilities, where to do it, how to do it, what to do and with who to do it. In a degree, a worker's performance is just a reaction to the work unit's will"*⁷⁰⁵.

Può conclusivamente ritenersi, pertanto, che nell'ambito del num. 1) dell'art. 2 della *Labor Dispute Mediation and Arbitration Law* rientrano tanto i casi in cui si discute della natura subordinata del rapporto⁷⁰⁶, quanto le fattispecie in cui il lavoratore irregolare (per la mancata stipulazione di un contratto di lavoro avente forma scritta) pretenda il riconoscimento giuridico della sua *labor relationship* con parte datoriale⁷⁰⁷.

b) disputes arising from the conclusion, performance, alteration, cancellation or termination of labor contracts.

Si tratta di tutte le ipotesi comunque legate all'esecuzione del contratto di lavoro (si pensi ad ogni questione che può sorgere in caso di modificazione di un elemento contrattuale, come per esempio il mutamento di mansioni o il trasferimento), tra le quali rientra, naturalmente, anche la fattispecie della risoluzione del contratto e della conseguente estinzione del rapporto di lavoro.

È ai sensi del num. 2) dell'art. 2, pertanto, che il giudizio di impugnazione del licenziamento rientra nell'ambito di applicazione della *Labor Dispute Mediation and Arbitration Law* e trova in essa la sua disciplina – una disciplina, lo si ripete, generale, nel senso che a tale categoria di controversie si applica la normale regolamentazione del processo del lavoro, senza che la particolare natura della questione giustifichi l'applicazione di norme processuali specifiche.

c) disputes arising from expulsion, charge, resignation or severance.

In questa categoria rientra anche, secondo l'esegesi della Suprema Corte consacrata nelle *Interpretation of the Supreme People's Court on Several Issues about the Application of Laws for the Trial of Labor Dispute Cases (III)*, entrate in vigore il 14 settembre 2010, il caso in cui la controversia abbia ad oggetto *"an employee's claim for additional compensation from his/her*

704 Cfr. Hu Dawu, *The criteria for Employment Relationship in China*, 2013, rinvenibile online al sito www.upf.edu, pag. 10.

705 *Ibidem*, 12.

706 Così, nell'ipotesi in cui un soggetto che abbia una relazione contrattuale o di fatto con il supposto datore di lavoro formalmente diversa da una *labor relationship* (per esempio un contratto di prestazione d'opera) e che pretenda di ricondurla ad un rapporto di lavoro, anche nell'ordinamento cinese si fa questione relativamente alla natura (subordinata o meno) del rapporto: il soggetto istante, pertanto, agirà, al fine di ottenere i diritti che il rapporto di lavoro comporta (retribuzione, pagamento della contribuzione, etc), con una domanda di accertamento circa la reale natura del rapporto, e di conseguente condanna al riconoscimento dei diritti che dalla 劳动关系 derivano. In tal caso, quindi, sarà scontata la necessità del previo esperimento della procedura arbitrale, in quanto il soggetto, con la sua domanda, dà per scontato che nei fatti un rapporto di lavoro sia stato instaurato, anche se non formalizzato in un contratto scritto come pretende l'art. 10 della *Employment Contract Law*.

707 Riconoscimento che già è assicurato dalla *Employment Contract Law* la quale, come più volte osservato, è stata animata proprio da un intendimento di rafforzare la tutela del lavoratore in caso di mancata formalizzazione contrattuale del rapporto (cfr. art. 82, ai sensi del quale se il contratto di lavoro non viene concluso in forma scritta entro un mese dall'instaurazione del rapporto – cioè dal momento in cui il lavoratore comincia a prestare la propria opera a favore del datore di lavoro – il lavoratore ha diritto al 200% della retribuzione dovuta; e art. 14, secondo cui se il rapporto prosegue per più di un anno senza che il datore di lavoro provveda alla sua debita formalizzazione contrattuale per iscritto, il rapporto di considera a tempo indeterminato).

employer due to its failure to pay wages in full and on time, failure to pay overtime wages or severance pay or pay wages below the minimum wage standard”.

Da tale specificazione è dato comprendere che la *Labor Dispute Mediation and Arbitration Law* concerne in generale ogni ipotesi in cui il lavoratore agisca per l’ottenimento di una qualsiasi indennità risarcitoria da parte del datore di lavoro (per esempio l’indennità di fine rapporto che gli spetta nei casi di cui all’art. 46 della *Employment Contract Law*⁷⁰⁸).

d) disputes arising from working hours, the period of rest and vacation, social insurance, welfare benefits, training and occupational protection.

Trattasi di categorie normative di agevole identificazione, tranne quella di *social insurance*, che costituisce un concetto vago che, secondo le *Interpretations (III)* del 2010 citate sopra, ricomprende – oltre naturalmente al caso in cui il datore di lavoro abbia ommesso di versare i contributi previdenziali posti a suo carico e il lavoratore chieda il risarcimento dei danni per l’effetto patiti⁷⁰⁹ – anche il caso dubbio in cui “*an employee’s claim for compensation from his/her employer on the ground that he/she cannot enjoy social insurance benefits as a result of the employer’s failure to undertake the social insurance formalities for him/her and the social insurance agency cannot make up such formalities*”.

e) disputes arising from labor remuneration, medical expenses for job-related injury, economic compensation or damages, etc.

Trattasi di categoria “speciale” di controversie, in quanto – come si vedrà nel paragrafo seguente – in relazione ad esse la legge in esame prevede un regime impugnatorio differenziato tra lavoratore e datore di lavoro, oltre che la possibilità per il primo di ottenere un provvedimento arbitrale che lo autorizzi ad agire immediatamente in esecuzione nei confronti del secondo anche nel corso del prosieguo del giudizio arbitrale, qualora il suo diritto alla retribuzione o al rimborso delle spese mediche sostenute a seguito di un infortunio professionale, o alle altre indennità economiche, sia considerato certo.

f) other labor disputes prescribed by laws and regulations.

L’elencazione che precede permette di comprendere come la *Labor Dispute Mediation and Arbitration Law* si applichi a tipologie di controversie relative al rapporto di lavoro che ben si possono definire “classiche”: così, in via del tutto generale può ritenersi che, anche nell’ordinamento cinese, rientrino nel concetto di “*labor dispute*” le controversie che vedono contrapposte, per motivi inerenti il rapporto di impiego, il lavoratore e il datore di lavoro relativamente ad argomenti quali l’accertamento di un rapporto di lavoro subordinato, la formazione, l’esecuzione, le modificazioni, l’annullamento e la risoluzione del contratto di lavoro; l’estinzione del rapporto di lavoro per licenziamento o dimissioni; il pagamento dei contributi previdenziali; l’accertamento della spettanza del diritto al godimento di talune prestazioni previdenziali in capo al dipendente.

La definizione di cui all’art. 2, peraltro, non ha impedito che sorgessero comunque contrasti interpretativi con riferimento a determinate ipotesi, con la conseguente formazione di orientamenti giurisprudenziali differenti⁷¹⁰ in merito alla natura lavoristica o meno di determinate controversie,

708 Sulla quale cfr. il Capitolo Quinto.

709 Spesso in questo caso può accadere che la competenza della Corte del Lavoro sia resa più evidente dal fatto che a tale omissione datoriale siano conseguite le dimissioni del dipendente, in ordine alle quali si discuta della sussistenza o meno della giusta causa.

710 Nel corso della trattazione si sono visti alcuni esempi di tale difformità; si pensi alle diverse pronunce relativamente alla sussistenza o meno della competenza della Corte nel giudicare sui ricorsi presentati direttamente dinanzi ad essa, senza prima esperire il procedimento arbitrale preventivo, da candidati ad una posizione lavorativa per forme di discriminazione poste in essere nei loro confronti. Sulla questione, taluni Collegi Arbitrali del Lavoro ritengono che tale fattispecie non possa rientrare nel concetto di “*Labor Dispute*”, sulla base del fatto che essa verte sulla mera fase pre-

con conseguente necessità del previo esperimento della procedura arbitrale prima che possa ritenersi sorta la propria competenza a giudicare del caso sottoposto al loro accertamento⁷¹¹.

Ciò ha reso necessarie, di volta in volta, prese di posizione da parte della Suprema Corte, la quale, nelle “*Interpretation of the Supreme People’s Court on Several Issues about the Application of Laws for the Trial of Labor Dispute Cases (II)*”, entrate in vigore il 1° ottobre 2006, all’art. 7 ha provveduto ad escludere dalla normativa procedimentale in esame determinate e ben specifiche materie⁷¹².

Così, alla luce della volontà definitoria del legislatore e delle specificazioni della Suprema Corte, può ritenersi che nell’ambito della normativa posta in essere dalla *Labor Dispute Mediation and Arbitration Law* rientri ogni controversia tra le parti del contratto di lavoro legata al rapporto di impiego subordinato, che non sia ricompresa nell’elencazione delle fattispecie escluse predisposta dalla Suprema Corte.

L’ambito di applicazione del rito del lavoro può ritenersi, pertanto, sostanzialmente coincidente tra l’ordinamento cinese e l’ordinamento italiano, con la rilevante eccezione dei rapporti di natura para-subordinata che costituiscono forme di collaborazione sconosciuta al complesso normativo vigente in Cina.

* * *

7.3 Il procedimento del lavoro e le sue fasi

Ciò premesso in relazione al campo di applicazione oggettivo della *Labor Dispute Mediation and Arbitration Law*, veniamo ora a tratteggiare le varie fasi delle quali si compone il *procedimento*⁷¹³

assuntiva, su una fase cioè in cui deve ancora essere instaurato un rapporto di lavoro e non si può quindi che affermare la natura non già giuslavoristica, ma meramente (e generalmente) civilistica della controversia, e rifiutano pertanto di poter esercitare il proprio potere cognitivo. Ma nel contempo alcune Corti affermano la natura giuslavoristica della controversia, e rifiutano quindi di procedere all’accertamento richiesto senza che prima le parti esperiscano la fase arbitrale. La questione è stata trattata approfonditamente nel Capitolo Quarto, cui si rinvia.

711 Si noti, infatti, che – a seguito del rituale esperimento della fase arbitrale, fase a svolgimento necessario – dotata di competenza a giudicare le controversie di lavoro è la Corte Civile potremmo dire *tout court*. Nell’ordinamento giudiziario cinese, infatti, non vi è la presenza, come invece in quello italiano, di una sezione specializzata nella cognizione delle controversie di lavoro. Donde ne risulta la mancata previsione, all’interno della *Law of the People’s Republic of China on Labor-dispute Mediation and Arbitration*, di disposizioni simili agli articoli 426 e 427 del c.p.c. italiano che consentono il passaggio dal rito ordinario al rito speciale e viceversa senza l’instaurazione di un nuovo giudizio, e quindi con la salvezza degli effetti sostanziali e processuali già prodotti grazie alla proposizione della domanda sia pure avanti l’organo errato (esempio, impedimento della decadenza, interruzione della prescrizione, etc.). Pertanto, si deve tenere a mente che l’*actio finium regundorum* delle controversie alle quali si applica il rito lavoristico non comporta problemi di competenza di una specifica sezione della Corte, ma soltanto problemi inerenti l’individuazione dei casi nei quali la proposizione di un ricorso avanti il Giudice dello Stato (appunto, la Corte Civile) deve essere preceduto, a pena di improcedibilità della domanda, dallo svolgimento della fase arbitrale avanti il Collegio Arbitrale del Lavoro.

712 E precisamente (i) le controversie tra il lavoratore e l’istituto previdenziale, (ii) le controversie sorte tra lavoratore e datore di lavoro relativamente alla concessione di unità abitative di proprietà pubblica ai sensi della normativa vigente in materia di sistema di previdenza abitativa, (iii) le controversie sorte a seguito dell’opposizione di un lavoratore alle risultanze degli esami delle commissioni mediche che si siano pronunciate sul suo grado di invalidità a seguito di un infortunio o di una malattia professionali patiti dal medesimo; (iv) le controversie sorte tra una famiglia o un individuo e il lavoratore che svolga le faccende domestiche (*housekeeper*) – ciò conferma quanto evidenziato alla precedente nota 691, cioè che il lavoro domestico, quantomeno ai fini dell’applicazione del rito del lavoro, non è considerato lavoro subordinato; (v) le controversie tra un artigiano privato e il suo apprendista o tirocinante; (v) le controversie tra un imprenditore rurale e i suoi dipendenti.

713 Utilizzo volutamente il termine “procedimento” per rendere evidente, con una terminologia presa a prestito dal diritto processuale penale, che il “processo” del lavoro – per tale intendendo la fase avanti la Corte del Popolo – costituisce solo un segmento logico e temporale (perdipiù eventuale e comunque cronologicamente secondario) del più ampio e complesso percorso che la controversia dovrà seguire, e che dovrà iniziare con la proposizione dell’istanza o davanti all’organismo di mediazione, ovvero davanti al Collegio Arbitrale del Lavoro.

del lavoro in Cina, non prima di aver chiarito che la proposizione di una domanda deve avvenire entro il **termine** (sulla cui natura decadenziale piuttosto che prescizionale si può disquisire, come si vedrà) **di un anno**⁷¹⁴ dal momento in cui il soggetto che agisce per reagire ad una pretesa violazione di un suo diritto ha o dovrebbe avere la **consapevolezza** di tale violazione.

Ai sensi dell'art. 27, infatti, “*the limitation period for application for arbitration of a labor dispute is one year, which shall be calculated from the date a party comes to know or is expected to know the infringement of its rights*”⁷¹⁵.

A prima vista, si tratta di un termine di natura decadenziale, in quanto letteralmente è connesso alla possibilità di presentare la propria domanda dinanzi al Collegio (e quindi, stante la natura di *step* necessario del giudizio arbitrale, anche dinanzi alla Corte), nel senso che al decorso infruttuoso di tale termine consegue il venir meno della proponibilità in giudizio della domanda, e non l'estinzione del diritto per prescrizione. La lettera della legge a tutta prima sembra sostenere tale interpretazione, in quanto condiziona al rispetto del termine annuale la proponibilità della domanda (“*the limitation period for application [...] of a labor dispute*”), e non l'esistenza del diritto.

Considerato il carattere generale della disposizione, tale termine opera a prescindere dall'oggetto della domanda avanzata dal ricorrente, e pertanto vale sia che il lavoratore intenda dolersi del mancato pagamento della retribuzione, o delle condizioni di lavoro contrarie alle disposizioni legislative in materia di sicurezza, o di un qualsiasi aspetto inerente lo svolgimento del rapporto (mutamento di mansioni, trasferimento, etc.), sia che egli intenda impugnare il licenziamento subito.

Peraltro, in questo ultimo caso – nell'ipotesi cioè in cui il lavoratore sia stato licenziato ed intenda impugnare il licenziamento – egli può proporre direttamente la domanda dinanzi al Collegio Arbitrale del lavoro, **senza** essere onerato a porre in essere alcuna **impugnazione stragiudiziale**.

In Italia, invece, fermo restando l'aspetto relativo alla prescrizione del diritto fatto valere in giudizio, il processo di impugnazione del licenziamento è soggetto ad un duplice termine decadenziale specificamente dettato per tale materia⁷¹⁶, mentre per quanto riguarda altri possibili oggetti del contenzioso, legati allo svolgimento del rapporto di impiego, non è prescritto alcun onere decadenziale dotato di efficacia generale. L'art. 6 della legge n. 604 del 1966 sul licenziamento individuale, infatti, sottopone solo l'impugnazione del recesso (oltre alle altre domande individuate dall'art. 32 della legge n. 183 del 2010), e non ogni pretesa del prestatore di lavoro, ad un duplice termine decadenziale. Il meccanismo decadenziale ideato dal collegato lavoro del 2010, che ha introdotto tale onere modificando l'art. 6 citato, consta di un doppio onere impugnatorio in capo al lavoratore: entro sessanta giorni dal ricevimento della comunicazione di licenziamento, infatti, egli dovrà impugnarlo in forma stragiudiziale, mentre nei successivi 180 giorni egli dovrà proporre il relativo giudizio di impugnazione mediante deposito del ricorso nella cancelleria del Giudice del Lavoro.

Si ripete quindi la differenza normativa: nel nostro Paese il lavoratore licenziato che intenda opporsi al recesso dovrà inviare al datore di lavoro, entro 60 giorni dalla ricezione della relativa comunicazione, un atto scritto idoneo nel rendere nota la sua volontà di opporsi al licenziamento (impugnazione stragiudiziale); nei successivi 180 giorni, dovrà agire in via giudiziale depositando il

714 Termine così esteso dalla *Labor Dispute Mediation and Arbitration Law*; precedentemente, infatti, si applicava l'art. 82 della *Labor Law*, che onerava la parte che intendesse promuovere una controversia in materia di lavoro a presentare un'istanza scritta avanti il Collegio entro 60 giorni dal sorgere della controversia con la controparte.

715 Il riferimento al momento in cui il lavoratore “*is expected to know*” quale momento dell'inizio del decorso del termine di un anno entro il quale proporre la domanda giudiziale – ovvero il riferimento non solo alla conoscenza effettiva che egli abbia della lesione del suo diritto, ma anche della conoscibilità che egli dovrebbe averne – pone qualche problema di individuazione negli illeciti datoriali connotati da abitualità, soprattutto in relazione a quelli che cagionano malattie professionali a lunga insorgenza e a lunga latenza.

716 Nonché per altre specifiche materie (cfr. art. 32 della legge n. 183 del 2010, c.d. collegato lavoro). Quel che conta, comunque, è che l'onere decadenziale di impugnazione giudiziale vale solo con riferimento ai giudizi aventi ad oggetto specifiche materie, mentre in Cina il *litigation period* è stabilito dall'art. 27 con riferimento a qualsiasi domanda, a prescindere dal suo oggetto.

ricorso ex art. 414 c.p.c. (o, per i soggetti ai quali ancora si applica il c.d. rito Fornero, ex art. 1, comma 49, legge n. 92 del 2012, che comunque all'art. 414 c.p.c. rinvia). In Cina, invece, il lavoratore non ha alcun onere di preventiva impugnazione stragiudiziale, e potrà quindi ricorrere direttamente avanti il Collegio Arbitrale del Lavoro nelle forme che si vedranno successivamente.

Rispetto all'art. 6 della legge n. 604 del 1966 italiana, infatti, l'art. 27 della *Labor Dispute Mediation and Arbitration Law* prevede un termine decadenziale dalla durata maggiore (un anno anziché complessivi 240 giorni) e, soprattutto, lo fa con riferimento a qualsiasi domanda il lavoratore intenda presentare, cioè a prescindere dall'oggetto della medesima, e non limitatamente al solo procedimento di impugnazione del licenziamento.

Peraltro, se la citata locuzione terminologica impiegata dall'art. 27, par. 1 (“*the limitation period for application [...] of a labor dispute*”), sembra far protendere per la natura di termine decadenziale del *litigation period*, occorre sottolineare come in realtà vi siano, all'interno dello stesso art. 27, elementi che potrebbero portare l'interprete a ritenere che esso abbia in realtà natura prescrizioneale. Infatti, sebbene ai sensi del par. dell'art. 27 esso sia letteralmente connesso solamente alla possibilità di esercitare il proprio diritto presentando la propria domanda dinanzi al Collegio Arbitrale, senza che dal suo infruttuoso decorso possa desumersi il venir meno del diritto stesso, il paragrafo successivo del medesimo art. 27 sembra connotarlo come un termine prescrizioneale, in quanto prevede che esso possa essere **interrotto** qualora la parte lesa abbia avanzato la propria pretesa nei confronti della controparte in via stragiudiziale o qualora quest'ultima ne abbia riconosciuto la pretesa dichiarandosi d'accordo di eseguire la propria obbligazione, con la precisazione per cui il verificarsi di una di tali ipotesi comporta il calcolo del termine di un anno *ex novo*.

Inoltre, il par. 3 dell'art. 27 prevede anche **cause di sospensione** del termine, ravvisando nella forza maggiore o in altre ragioni che rendano giustificabile la mancata proposizione della domanda entro il termine cause per le quali il *litigation period* può essere sospeso; in questo caso, conformemente alla disciplina sulla prescrizione, a seguito del venir meno della causa di sospensione il termine non comincerà a decorrere dall'inizio, ma ad esso dovrà sommarsi il periodo di tempo già decorso prima del venire in essere dell'evento di forza maggiore o dell'altro evento idoneo a sospendere il termine. La questione appare davvero rilevante, in quanto qualificare il termine *de quo* come ipotesi di prescrizione anziché come ipotesi di decadenza comporta non solo l'impossibilità di agire per la tutela giurisdizionale del diritto, ma altresì l'estinzione del diritto stesso.

Invero, dal momento che la lettera della disposizione, nel testo in lingua originale, appare univoca nel connettere all'infruttuoso decorso del termine soltanto l'improponibilità della domanda⁷¹⁷, e non anche il venir meno del diritto sotteso, ritengo che la soluzione preferibile sia di attribuire **natura autenticamente decadenziale** al *limitation period*, che costituirebbe un termine di decadenza relativamente al quale la legge cinese attribuisce rilevanza a cause di sospensione (in luogo del quale potrebbe ritenersi con più precisione applicabile l'istituto della *remissione in termini*) e a cause di interruzione⁷¹⁸.

717 劳动争议申请仲裁的时效期间为一年, láodòng zhēngyì shēngqǐng zhòngcái de shíxiào qījiān wèi yī nián, laddove il vocabolo rilevante, 时效, shíxiào, è composto, letteralmente, dai due caratteri legati al “tempo” e all’“efficacia”, e potrebbe quindi tradursi con “tempo, termine di efficacia per proporre una controversia arbitrale di lavoro”. Il profilo letterale, pertanto, sembra configurare un elemento decisivo per risolvere la questione propendendo per la natura decadenziale piuttosto che prescrizioneale del termine annuale.

718 Del resto, l'ordinamento cinese non conosce differenza tra l'istituto della prescrizione e l'istituto della decadenza. Sotto il nome di “*limitation of action*”, infatti, esso regolamenta un istituto di natura ibrida. La sua disciplina si rinviene nel Capitolo Settimo (articoli da 135 a 141) dei *General Principles of the Civil Law of the People's Republic of China* del 1986, dedicato appunto alla “*limitation of action*”. Come evidente dalla sua denominazione, tale istituto è da accostare alla nostra decadenza, in quanto non comporta l'estinzione del diritto, ma solo l'impossibilità di farlo valere in giudizio. Recita infatti l'art. 135 che “*except as otherwise stipulated by law, the limitation of action regarding applications to a people's court for protection of civil rights shall be two years*”, che decorrono, ai sensi dell'art. 137, dal momento in cui “*the entitled person knows or should know that his rights have been infringed upon*”. Si noti quindi come la legge ricollegghi all'infruttuoso decorso del termine biennale l'estinzione della possibilità di presentare

Appare molto interessante notare altresì come l'ultimo paragrafo dell'art. 27 disciplini espressamente un rilevante aspetto che invece in Italia non è coperto da alcuna disposizione di diritto positivo, e che si trova regolato soltanto dal diritto vivente, rappresentato da un orientamento consolidato della Corte Costituzionale del quale però, a seguito dell'entrata in vigore della riforma Fornero e del d. lgs. n. 23 del 2015 che hanno relegato la tutela reintegratoria da regola ad eccezione, da più parti si è chiesta la revisione⁷¹⁹. Ci si riferisce alla questione relativa al **decorso della prescrizione nel caso in cui la violazione del diritto al pagamento della retribuzione avvenga nel corso del rapporto di lavoro**.

Ora, l'ultimo paragrafo dell'art. 27 espressamente afferma che “*where, during the existence of the labor relations, a dispute arises over the default in payment of labor remuneration, application for arbitration by the worker concerned shall not be restricted by the limitation period for arbitration prescribed in the first paragraph of this Article*”, specificando altresì che tuttavia il termine debba ricominciare a decorrere “*where the labor relations are terminated*”.

Tale disposizione evita il sorgere dei noti problemi che si sono posti nel nostro ordinamento e che, come si accennava, sono stati risolti dalla Consulta⁷²⁰ per effetto della distinzione tra l'ipotesi nella quale il rapporto di lavoro sia connotato da stabilità (intesa come applicabilità della reintegrazione nel posto di lavoro per il caso in cui alla pretesa del lavoratore segua il suo licenziamento da parte del datore di lavoro), nel qual caso la prescrizione del diritto leso corre anche durante il rapporto, e rapporti privi di stabilità, per i quali, essendo il lavoratore esposto alla reazione datoriale consistente nel licenziamento nei confronti del quale non è previsto l'annullamento *ope judicis*, si ritiene che il lavoratore non possa essere onerato della proposizione della domanda già durante lo svolgimento del rapporto e, pertanto, la prescrizione non debba cominciare a decorrere che dal momento della cessazione di questo⁷²¹.

un'azione giudiziale per ottenere la tutela del proprio diritto, ma senza che di tale diritto sia affermata l'estinzione (contrariamente all'art. 2934 del nostro codice civile, significativamente rubricato “*Estinzione dei diritti*”, che al comma 1 recita perentoriamente che “*ogni diritto si estingue per prescrizione, quando il titolare non lo esercita per il tempo determinato dalla legge*”). Il problema definitorio per il giurista europeo sussiste in quanto le norme successive dei *General Principles of the Civil Law* attribuiscono a questo istituto di natura decadenziale taluni caratteri che nel nostro ordinamento sono propri del diverso istituto della prescrizione. Così, ai sensi dell'art. 139, il termine può essere sospeso durante gli ultimi sei mesi se il titolare del diritto non può esercitarlo a causa di forza maggiore o di altri ostacoli individuati dalla legge, e ricomincia a decorrere dal momento in cui tali cause vengono meno; e ai sensi dell'art. 140, esso viene interrotto, e ricomincia successivamente a decorrere dall'inizio, in caso di esercizio del diritto in via giudiziarie o in caso di riconoscimento da parte della controparte. Una decadenza, dunque, suscettibile di sospensione e di interruzione: questo è l'istituto conosciuto dall'ordinamento civilistico cinese, mentre in Italia, come noto, l'art. 2964 c.c. esclude che alla decadenza si applichino le norme relative all'interruzione e alla sospensione della prescrizione. Onde ne derivano i dubbi esegetici di cui si è dato atto nel testo, che possono essere superati soltanto laddove si tenga conto di questa fondamentale differenza di approccio.

719 Autorevole dottrina invocava, già a seguito della riforma Fornero, che la materia fosse regolata anche dal punto di vista legislativo anziché affidarsi soltanto al diritto vivente: cfr. C. Cester, in C. Cester (a cura di), *Il licenziamento all'indomani della legge 18 giugno 2012*, n. 92, Cedam, 2012, 78 e ss. A maggior ragione tale osservazione appare valida ed opportuna a seguito del “rafforzamento” delle coordinate giuridiche (in punto di conseguenze sanzionatorie a seguito di licenziamento illegittimo) della riforma Fornero da parte del c.d. *Jobs Act* e del d. lgs. n. 23 del 2015.

720 Il riferimento è *in primis* alla nota sentenza 10 giugno 1966, n. 63 (in *Mass. giur. lav.*, 1966, 133), con la quale la Corte Costituzionale ha ritenuto che il lavoratore potrebbe non esercitare il proprio credito retributivo per il timore reverenziale nutrito nei confronti del datore di lavoro e, pertanto, ha differito l'inizio della decorrenza della prescrizione al momento della cessazione del rapporto di lavoro. La pronuncia con la quale la Consulta ha stabilito che il principio della non decorrenza della prescrizione dei crediti retributivi opera solo per quei rapporti che non sono assistiti dalla garanzia della stabilità è la successiva sentenza 20 novembre 1969, n. 143 (in *Mass. giur. Lav.*, 1969, 391), poi ribadita da altre pronunce anche della Corte di Cassazione (Cass., Sez. Un., 12 aprile 1976, n. 1268, in *Foro it.*, 1976, I, 915).

721 Infatti, si è notato che se per effetto del consolidato orientamento giurisprudenziale il decorso della prescrizione in corso di rapporto dei crediti retributivi del lavoratore è stato ancorato al presupposto/requisito della stabilità reale del rapporto di lavoro (rinvenibile nel rimedio reintegratorio nel posto di lavoro a fronte del riscontro giudiziale di ingiustificatezza del licenziamento, insufficiente risultando il risarcimento monetario tipico della cd. stabilità obbligatoria), sin dall'emanazione della legge Fornero del 2012 si è assistito ad una marginalizzazione legislativa della tutela reintegratoria (presupposto della stabilità reale) a vantaggio dell'ampliamento della cd. stabilità obbligatoria (caratterizzata dalla monetizzazione del licenziamento). Ciò ha portato a chiedersi se tale marginalizzazione non abbia

Si noti, peraltro, che l'art. 27, con una limitazione invero difficilmente comprensibile, pone la regola del decorso del termine prescrizione soltanto a seguito dell'estinzione del rapporto di lavoro esclusivamente nel caso in cui l'oggetto della domanda "presupposta" consista nel pagamento della retribuzione.

Per quanto riguarda, ora, il procedimento del lavoro nello specifico, la *Labor-dispute Mediation and Arbitration Law* ha inaugurato un sistema che, in via generale⁷²², può essere definito come "one mediation, one arbitration, two trials"⁷²³ come sistema formale di risoluzione delle controversie legate all'impiego. Infatti, in caso di disputa di lavoro, le parti saranno coinvolte in un procedimento che complessivamente può snodarsi per un massimo di quattro fasi: la fase – facoltativa – della mediazione, tenuta dinanzi ad apposite commissioni endo-aziendali o di natura pubblicistica; la fase – obbligatoria – dell'arbitrato, il cui previo svolgimento costituisce una condizione di proponibilità della lite dinanzi alla Corte togata; ed infine la fase giudiziale dinanzi alla Corte del Popolo, sino a due gradi di giudizio. Di ciascuno di questi passaggi previsti dalla legge in ordine successivo, si passano ora a tratteggiare gli aspetti più rilevanti.

7.3.1 La fase della mediazione

In primo luogo, è previsto che le parti pongano in essere un tentativo di mediazione; a tale fase è dedicato il Capitolo 2 della *Labor Dispute Mediation and Arbitration Law* (articoli da 10 a 16), delle quali si possono così sintetizzare le previsioni più salienti.

È opportuno premettere che la fase in parola riveste comunque **carattere di facoltatività**⁷²⁴, posto che l'art. 79 della *Labor Law*, dopo aver affermato che "after a labour dispute arises, the parties may apply to the labour dispute mediation committee of their unit for mediation", prevede espressamente che "either party may also directly apply to the labour dispute arbitration committee for arbitration"⁷²⁵.

implicato la reviviscenza dell'originario orientamento (senza correttivi) in tema di prescrizione affermato dalla sentenza n. 63/1966 della Corte costituzione, ovvero la conseguenza automatica della sospensione della prescrizione in corso di rapporto con conseguente possibilità di differimento a fine rapporto delle rivendicazioni dei lavoratori per i loro crediti retributivi maturati e non onorati dall'impresa. La questione – tutt'altro che pacifica al momento dell'entrata in vigore della riforma Fornero e del d. lgs. n. 23 del 2015, in quanto alla maggioranza della dottrina orientata nel senso appena detto non mancavano voci contrarie (per esempio quella della Fondazione Studi Consulenti del Lavoro, che con circolare n. 4 del 18 febbraio 2015, ha ipotizzato, invece, una differente conclusione, alla luce del fatto che "il contratto a tutele crescenti, pur depotenziando la tutela reale, delinea comunque il diritto alla reintegra per i licenziamenti disciplinari in cui si dimostri l'insussistenza del fatto contestato e per quelli affetti da nullità", con la conseguenza che "potrebbe ritenersi... che nelle aziende più grandi la prescrizione continui a decorrere durante il rapporto di lavoro") - è stata presa in considerazione dalla prima giurisprudenza di merito, che ha mostrato di condividere l'opinione dottrinale maggioritaria: cfr. Tribunale di Milano, sent. 16 dicembre 2015, n. 3460.

722 Vedremo infatti che vi sono determinate categorie di controversie, elencate dall'art. 47, in relazione alle quali la decisione del Collegio è tendenzialmente definitiva, potendo essere impugnate per ragioni di merito soltanto dal lavoratore.

723 Secondo la definizione di Li Hua, già Direttore del Dipartimento dell'Amministrazione per la Mediazione e l'Arbitrato costituita in seno al Ministero delle Risorse Umane e della Sicurezza Sociale, in un *working paper* pubblicato nel 2012, "China's Labor Dispute Resolution System", rinvenibile online. Sulla natura tripartita del procedimento del lavoro cinese, cfr. anche R. Brown, *Understanding Labor and Employment Law in China*, 2012, Cambridge University Press, 2012, 169: "the laws make available a three-steps process of mediation, arbitration, and litigation".

724 "The mediation process is voluntary, and usually the employee has no explicit right to an individual representative": R. Brown, *Understanding Labor and Employment Law in China*, cit., 171.

725 Nonostante la sua facoltatività e le problematiche legate allo scarso grado di preparazione giuridica dei componenti dei collegi di mediazione, tale strumento conosce comunque, nella prassi, una grande diffusione, le cui ragioni principali sono da ricercare in primo luogo nella mentalità tipica della società cinese, oltre che nella parvenza di maggiore imparzialità delle commissioni rispetto ai collegi arbitrali e agli organi giudiziari. Come nota Lin Li, *The China legal development yearbook*, 2014, 380, "the Chinese society is a society of human feelings, many workers and

Per quanto riguarda gli organismi di mediazione, la legge ne conosce tre tipologie.

L'art. 10, infatti, prevede che essi le funzioni di mediazione possano essere svolte o da una commissione appositamente costituita in seno all'azienda⁷²⁶ (mediazione c.d. interna), o da una commissione di natura pubblicistica stabile e generale⁷²⁷, la cui costituzione è stabilita dalla *People's Mediation Law of the People's Republic of China*, adottata il 28 agosto 2010 ed entrata in vigore il 1° gennaio 2011, oppure, infine, da un organo pubblico costituito ai sensi di legge nei contesti locali⁷²⁸ (mediazione c.d. esterna).

Invero, nonostante questa previsione, la legge sembra tenere in considerazione quasi esclusivamente la prima tipologia di organismi di mediazione, quasi non confidando sulle idoneità pubbliche a porre in essere organi aventi tali funzioni⁷²⁹, limitandosi a rinviare, per quanto riguarda le commissioni di conciliazione pubblicistiche, alle leggi vigenti in materia, ma senza disciplinarle espressamente come invece fa con gli organismi endo-aziendali che pure trovavano già una disciplina ad opera della *Labor Law*.

Con riferimento allora agli organismi di mediazione endo-aziendali, l'art. 10, par. 2, prevede che essi debbano essere composti da rappresentanti dell'azienda e da rappresentanti dei lavoratori; questi ultimi, in particolare, debbono essere membri sindacali o soggetti scelti dall'intera forza lavoro occupata dall'impresa. La presidenza dell'organismo deve essere affidata ad un soggetto che, pur dovendo essere anch'egli membro della *trade union*, deve comunque ricoprire una posizione *super partes*, dal momento che deve essere scelto di comune accordo tra le parti della controversia.

La procedura avanti all'organismo di mediazione è costruita senza alcuna formalità; addirittura, la proposizione di una istanza avanti ad essa può avvenire anche oralmente⁷³⁰; lo scopo di essa, infatti, consiste esclusivamente nell'esperire un tentativo di addivenire ad una conciliazione tra le parti, senza che l'organismo possa emanare una decisione nel merito della questione.

Nel caso in cui la mediazione abbia esito positivo e le parti riescano a raggiungere un accordo, questo, debitamente sottoscritto da entrambe⁷³¹, sarà vincolante per esse. Nel caso in cui una di

employers do not want to resort to arbitration and courts for disputes, but hope to take a more temperate way to maintain their own rights and interests. In addition, the high cost and complex procedure of arbitration and courts litigation also causes many workers and employers to be more willing to choose non-arbitration and non-lawsuit methods for settlement of contradictions and disputes. [...] Compared with other mediation organizations, the labor dispute mediation center has its own superiority so that it is more advantageous to settle problems in basic units and at an embryonic stage to fundamentally abate and reduce labor conflicts". L'Autore sottolinea che conseguenza della fiducia che la commissione di conciliazione riesce ad instaurare nelle parti è che, qualora venga raggiunto un accordo in tale sede preventiva rispetto alla fase arbitrale e processuale, è più alta la probabilità "*consensus reached in mediation of labor dispute mediation center is based on both parties respect, therefore, generally this kind of mediation has high execution rate, and sometimes may even reach 100%*".

726 La cui costituzione in seno all'azienda è comunque connotata da facoltatività, come stabilisce l'art. 80 della *Labor Law*, secondo cui "*a labour dispute mediation committee may be established within the employing unit*".

727 Che gode di una valutazione positiva per quanto riguarda la professionalità dei propri dipendenti, al contrario delle commissioni costituite a livello di villaggio e di distretto; cfr. ancora Lin Li, *The China legal development yearbook*, cit., 377: "*compared with mediation organizations set up legally by villages, towns, and streets, the labor dispute mediation center is more specialized. The mediators of labor dispute mediation center are professional labor law lawyers with lawyer practicing qualification. Before obtaining mediator qualifications, they must pass through tripartite training and examination of the General Trade Union, the Human Resources and Social Security Bureau, and the Judicial Bureau, and only after being qualified can they be appointed as mediators of the labor dispute mediation center*".

728 A livello cittadino o anche distrettuale.

729 Mentre invece sono proprio esse ad "attirare" la fiducia del lavoratore, a causa della loro maggiore indipendenza rispetto alle commissioni costituite a livello aziendale, per le quali "*without the involvement of a third party, such as an official, such organizations are far from fair and lack credibility*" in capo ai lavoratori: cfr. Lin Li, *The China legal development yearbook*, cit., 376.

730 Ai sensi dell'art. 12: in questo caso dovrà essere l'organismo stesso a predisporre un atto scritto nel quale siano riportati la questione sostanziale sottesa alla disputa, le ragioni avanzate dalla parte istante e il giorno della proposizione dell'istanza.

731 Oltre che sottoposto ad una sorta di omologazione da parte della Corte del Popolo di base, dinanzi al quale l'accordo deve essere depositato da una qualunque delle parti. Così dispone la *Interpretation (IV) on Several Issues on*

esse, successivamente, ometta di dare esecuzione a tale accordo, l'altra parte potrà agire di fronte al Collegio Arbitrale del Lavoro; solo nel caso in cui l'accordo abbia ad oggetto il pagamento della retribuzione, le spese mediche per un infortunio professionale patito dal lavoratore o il risarcimento di indennità risarcitorie quali l'indennità di fine rapporto⁷³², nell'eventualità di mancata ottemperanza da parte dell'impresa alle obbligazioni consacrate all'interno dell'accordo, il lavoratore potrà agire direttamente nei confronti della Corte del Popolo per ottenere l'emanazione di un ordine di pagamento ai sensi di legge (art. 16)⁷³³.

La fase in parola può durare al massimo 15 giorni; decorso tale termine senza che le parti abbiano raggiunto un accordo conciliativo, ciascuna parte potrà ricorrere al Collegio Arbitrale del Lavoro⁷³⁴ (art. 14).

7.3.2 La fase dinanzi al Collegio Arbitrale del Lavoro

Prevista dal Capitolo Terzo della *Law on Labor-dispute Mediation and Arbitration* (articoli da 17 a 51, Capitolo a sua volta diviso in tre Sezioni), la fase arbitrale costituisce il vero tratto distintivo del rito lavoristico rispetto al processo ordinario di cognizione in materia civilistica.

Si è già ricordato, infatti, che le controversie in materia di impiego, quando possono approdare dinanzi al Giudice Togato (la Corte del Popolo), non sono soggette alla cognizione di una Sezione specializzata in seno alla Corte Civile stessa, come succede in Italia: l'elemento caratteristico del procedimento del lavoro, così, consiste essenzialmente proprio nella previsione di tale fase come fase procedimentale necessaria per la stessa proponibilità dell'azione avanti la Corte.

Tale fase, invece, può o meno essere preceduta dal previo esperimento della mediazione, o nella sua variante "interna", avanti l'organismo di mediazione endo-aziendale, o nella sua variante "esterna", dinanzi a uno degli organismi pubblici costituiti a livello locale. Ora, nel caso in cui le parti abbiano deciso di sottoporre la loro controversia al previo esame della commissione di conciliazione, il Collegio Arbitrale del Lavoro potrà essere adito qualora entro 15 giorni dall'instaurazione della controversia dinanzi la stessa le parti non siano giunte ad alcun accordo, ovvero anche nel caso in cui l'accordo, pur raggiunto, non sia poi stato eseguito da una parte. In caso contrario, il ricorrente potrà decidere di agire direttamente dinanzi al Collegio Arbitrale, senza il previo svolgimento della fase di mediazione.

I **principi** della riforma operata con la *Labor Dispute Mediation and Arbitration Law* del 2008 con riferimento alla fase arbitrale possono essere sintetizzati come di seguito.

the Application of Law in Trial of the Labor Dispute Cases (c.d. "Interpretation IV") emanata dalla Suprema Corte nel 2013.

732 Si tratta delle stesse materie per le quali l'art. 47 della *Labor Mediation and Arbitration Law*, come si vedrà, prevede un regime differenziato di impugnazione e la possibilità per il Collegio arbitrale di pronunciare l'esecutività immediata della decisione che accerti il diritto del lavoratore alla corresponsione di tali importi.

733 In altre parole, l'esito positivo della mediazione conduce alla stipulazione di un accordo di natura contrattuale che, vertendo in materia lavorativa, necessita, per ottenere esecutività, di essere sottoposto alla normale procedura procedimentale prevista dall'ordinamento giuslavoristico, ad eccezione di una serie di casi in cui l'oggetto della lite è costituito dai particolari diritti del lavoratore indicati nel testo. "If either party fails to fulfill the mediation agreement, the other party may apply for arbitration. However, a mediation agreement on certain subjects, including agreements on payment of overdue labor remuneration, medical bill for a work-related injury, severance pay, or damages, is directly enforceable by the courts": R. Brown, *Understanding Labor and Employment Law in China*, cit., 171.

734 Il ricorso alla procedura facoltativa di mediazione in generale costituisce un rimedio scarsamente appetibile per i lavoratori, in quanto si teme da un lato la mancanza di imparzialità nei membri delle commissioni interne alle aziende, dall'altro una scarsa preparazione giuridica da parte dei membri degli organismi di mediazione di stampo pubblicistico. Eppure, laddove tale procedura venga azionata, secondo le statistiche ufficiali sembra dare buona prova di sé: per esempio, nel 2011 la percentuale di controversie nelle quali è stata raggiunta una conciliazione in fase di mediazione preventiva è stata pari al 52,6%.

(i) Celerità e snellezza del giudizio.

Ai sensi dell'art. 45, il procedimento arbitrale – che si compone delle tre fasi introduttiva, dell'udienza, e della deliberativa – deve concludersi entro 45 giorni dal momento in cui il Collegio⁷³⁵ ha accettato l'istanza del ricorrente (ovverosia, da quando ha ritenuto sussistente la propria competenza). È prevista peraltro la possibilità che il Collegio, previa approvazione da parte del proprio Presidente, decida di estendere il termine di ulteriori 15 giorni, quindi con durata massima del procedimento sino a 60 giorni, nei casi in cui ritenga che la questione posta al proprio esame sia connotata da particolare complessità.

Naturalmente il termine è di natura meramente ordinatoria; tuttavia, allo scopo di assicurare un concreto impegno dei Collegi Arbitrali nel rispettare questa norma – come in effetti succede, essendo il procedimento effettivamente molto celere nella prassi –, nel caso in cui il Collegio non renda la propria decisione entro il termine, ciascuna parte può portare la controversia avanti la giurisdizione della Corte del Popolo.

Il proposito della *Labor Dispute Mediation and Arbitration Law* di assicurare celerità al procedimento arbitrale è perseguita, ed assicurata nella prassi, dalla decisione di disciplinare il procedimento stesso in maniera volutamente snella. Come vedremo, infatti, a parte la fase preliminare, caratterizzata dalla costituzione delle parti e dal deposito degli atti introduttivi al giudizio, per il resto il Collegio è autorizzato ad agire in maniera svincolata da ogni formalità che non sia necessaria ad una rapida definizione del giudizio.

(ii) L'onere della prova.

Prima dell'entrata in vigore della *Labor Dispute Mediation and Arbitration Law*, nessuna delle fonti normative che disciplinavano il procedimento del lavoro (il già citato *Regulation on Settlement of Labour Disputes in Enterprises* e la *Labor Law*) prendeva posizione in ordine all'allocazione dell'onere della prova.

Sul punto assumeva così rilevanza un documento emanato dalla Suprema Corte, le *Rules of the Supreme People's Court on Evidence in Civil Procedures*, entrate in vigore il 1° aprile 2002, il cui art. 6 era dedicato espressamente al rito del lavoro ed affermava che fosse il datore di lavoro ad essere gravato dell'onere della prova qualora la controversia vertesse in materia di licenziamento, dimissioni, riduzione della retribuzione, calcolo dell'anzianità di servizio del dipendente. Pur nella discutibile omissione di alcune materie da parte della Suprema Corte⁷³⁶, la sua conclusione è interessante perché poneva già prima dell'entrata in vigore della *Labor Dispute Mediation and Arbitration Law* l'onere di dimostrare la legittimità del licenziamento in capo al suo autore, cioè in capo al datore di lavoro, esattamente come nel nostro ordinamento fa l'art. 5 della legge n. 604 del 1966, ai sensi del quale “l'onere della prova della sussistenza della giusta causa o del giustificato motivo di licenziamento spetta al datore di lavoro”.

La nuova legge ha colmato la lacuna precedentemente sussistente a livello di diritto positivo, prevedendo ora una disciplina espressa in materia di allocazione dell'onere della prova.

735 Per quanto riguarda la struttura degli organismi arbitrali e la loro distribuzione sul territorio, l'art. 17 prevede che a livello nazionale viene pianificata l'istituzione delle commissioni arbitrali locali, secondo il criterio di una distribuzione geografica congrua secondo le necessità del singolo ente territoriale. Spetta poi al Governo delle Province e delle Regioni Autonome la decisione di istituire commissioni arbitrali anche a livello di singole città o di singoli distretti. Le commissioni sono formate da rappresentanti del dipartimento amministrativo del lavoro del territorio in cui esse sono costituite, da rappresentanti sindacali e da rappresentanti delle associazioni imprenditoriali. Si può affermare che alle commissioni arbitrali territoriali spettano compiti di gestione generale delle attività arbitrali, come la nomina degli arbitri e la loro rimozione (gli arbitri possono essere a tempo pieno o a tempo parziale), la decisione sull'accettazione dei casi sorti con la proposizione delle istanze, la discussione dei casi più complessi e la supervisione dell'attività arbitrale da parte dei Collegi costituiti in seno alle medesime. Spetta ad esse, infine, la nomina dei singoli collegi arbitrali ai quali viene devoluta la singola controversia.

736 L'elencazione di tali materie appariva invero arbitraria e discutibile, posto che non era dato comprendere come mai la Suprema Corte non ritenesse che il datore di lavoro dovesse offrire la prova della legittimità anche in altre fattispecie, per esempio aventi ad oggetto il contestato mancato pagamento della retribuzione.

Così, l'art. 6 della *Labor Dispute Mediation and Arbitration Law* stabilisce che “*where a labor dispute arises, the parties have the responsibility to give evidence for their own claims*”.

A livello generale, pertanto, la norma – al pari di quella del nostro ordinamento di cui all'art. 2697 c.c. – condivide il principio secondo il quale *onus probandi incumbit ei qui dicit*, e questo vale anche nel corso del processo del lavoro oltre che nell'ordinario processo civilistico⁷³⁷.

Ma tale principio, a causa della specificità del settore e della differente posizione delle parti del rapporto di lavoro, non può restare muto di fronte alla situazione di concreta disegualianza sostanziale tra le parti, e così l'art. 6 prosegue recitando che “*where the evidence relevant to the matter under dispute is kept and controlled by the employing unit, the said unit shall provide such evidence. Where the employing unit refuses to do so, it shall bear any unfavorable consequences*”.

Tale disposizione è rilevante sotto molteplici punti di vista.

Innanzitutto, pone l'onere della prova a carico della parte datoriale al di là delle sole ipotesi in precedenza individuate dalla Suprema Corte (e così anche al di là dell'ipotesi di licenziamento), in maniera cioè generale ogniqualvolta la controversia verta su una questione che dipenda da una decisione e dal controllo del datore di lavoro. Viene codificato, con questa espressione, il **principio della disponibilità e della vicinanza della prova**, in base al quale l'onere della prova merita di essere ripartito tenendo conto in concreto della possibilità per l'uno o per l'altro dei contendenti di provare circostanze che ricadono nelle rispettive sfere d'azione, per cui è ragionevole gravare dell'onere probatorio la parte a cui è più vicino il fatto da provare⁷³⁸.

⁷³⁷ Nel quale la disciplina della prova si rinviene al Capitolo Sesto della *Civil Procedure Law* (articoli da 63 a 81). L'art. 65 di questa, in particolare, analogamente all'art. 2697 del nostro c.c., pone a carico di ciascuna parte l'onere di provare i fatti sui quali si basa la pretesa dalla stessa fatta valere in giudizio (“*the parties concerned shall provide evidence in a timely manner to support their claims*”).

I principi in materia di prova all'interno dell'ordinamento civilistico cinese vengono declinati dalla giurisprudenza in maniera simile a quanto avviene in Italia, con applicazione, per esempio, del principio secondo il quale il rifiuto di una parte di sottoporsi ad un mezzo di ricerca della prova richiesta dalla corte giudicante viene giudicato a suo sfavore – a tal proposito rilevano gli articoli 67 (“*The people's court shall have the authority to obtain evidence from any relevant units or individuals, and such units or individuals may not refuse to provide evidence*”) e 75 (“*The people's court shall examine the statements of the parties in connection with other evidence of the case to decide whether such statements can be taken as a basis for finding the facts*”, soprattutto nel suo par. 2, ai sensi del quale “*The refusal of a party to make a statement shall not prevent the people's court from finding the facts of a case based on other evidence*”) della *Civili Procedure Law*. Come esempio, può citarsi una sentenza emanata nel 2012 dalla Corte di Shanghai, distretto di Pudong, che ha rigettato l'azione del dipendente volta alla condanna del suo ex datore di lavoro al pagamento della somma di RMB 27.000: nel caso di specie, l'istante era stato licenziato per assenza ingiustificata di due giorni (comportamento vietato dal codice disciplinare endo-aziendale e quindi rilevante ex art. 39, n. 2, della *Employment Contract Law*) con un atto scritto in cui la società provvedeva ad estinguere il rapporto in tronco senza il pagamento di alcuna indennità economica. Il lavoratore, invece, agiva per ottenere il pagamento della somma sopra indicata sulla base di una lettera che gli sarebbe asseritamente stata spedita dalla società, in cui quest'ultima gli offriva l'importo appunto di RMB 27.000 quale indennità di fine rapporto. Nel contrasto tra i due documenti depositati in giudizio dalle parti, la Corte ritenne che l'onere della prova gravante sull'istante non potesse ritenersi soddisfatto in quanto egli rifiutò di sottoporre il proprio documento all'esame poligrafico richiesto dalla Corte. Tale rifiuto, unitamente alle considerazioni per le quali, dal momento che il lavoratore era stato licenziato per ragioni disciplinari, era da ritenersi irragionevole che l'azienda intendesse spontaneamente versargli un'indennità di fine rapporto, e che, a seguito di una ricerca svolta dalla medesima Corte, emerse che quel dipendente aveva già, in passato, instaurato una pluralità di cause contro i suoi datori di lavoro precedenti avanzando richieste economiche per importi notevoli, secondo il collegio giudicante poneva per una valutazione nel senso della falsità del documento depositato dall'istante, con il conseguente rigetto della sua pretesa.

⁷³⁸ Il principio viene sovente invocato, in particolare, nelle controversie aventi ad oggetto un licenziamento per giustificato motivo oggettivo, precipuamente per quanto concerne la dimostrazione dell'assolvimento, da parte del datore di lavoro, dell'onere di *repechage* quale condizione di legittimità del recesso (si veda *supra*, Capitolo Terzo). Cfr., tra le più recenti, Corte di Cass., 11 ottobre 2016, n. 20436, la quale ha affermato che “in materia di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, spetta al datore di lavoro l'allegazione e la prova dell'impossibilità di *repechage* del dipendente licenziato, in quanto requisito di legittimità del recesso datoriale, senza che sul lavoratore incomba alcun onere di allegazione dei posti assegnabili” (*in tal modo, come si è visto, creando un contrasto interpretativo in seno alla stessa Corte di Cassazione*). Per quanto qui interessa, nella sentenza in esame la Corte ha dato atto di aver fatto piena applicazione del principio di vicinanza della prova, atteso che mentre il lavoratore non ha accesso al quadro complessivo della situazione aziendale per verificare dove e come potrebbe essere ricollocato, il datore di lavoro ne

Inoltre, l'art. 6 regola il caso in cui l'impresa non riesca o rifiuti di depositare in giudizio gli elementi utili a provare la legittimità del recesso: in tal caso, dovrà subirne le conseguenze sfavorevoli, derivanti dalla mancata dimostrazione dei fatti rilevanti⁷³⁹.

Lo stesso principio viene ripetuto dall'art. 39, collocato nella Sezione dedicata alla disciplina del procedimento avanti il Collegio e dell'udienza. Tale disposizione, oltre a quanto già affermato dall'art. 6, aggiunge la regola fondamentale secondo cui il Collegio può richiedere al datore di lavoro di fornire la prova (non è specificato, ma nella prassi si tratterà perlopiù della prova documentale) in tutti i casi, appunto, in cui *“a worker cannot provide the evidence, which is kept and controlled by the employing unit and is relevant to his arbitration claim”*.

Tale disposizione è importante in quanto, oltre a ribadire il principio della vicinanza della prova, pone anche quello della rilevanza della stessa: il Collegio pertanto ha il potere di rifiutare di dare seguito alla richiesta probatoria formulata dal lavoratore nel caso in cui il fatto da provare non sia necessario ai fini dell'accertamento del diritto in contestazione.

Anche in questo caso, per l'ipotesi in cui l'impresa non sia in grado o si rifiuti di fornire la documentazione richiesta, dovrà subire le conseguenze sfavorevoli che a suo carico deriveranno per effetto del mancato assolvimento dell'onere probatorio su di sé gravante.

(iii) La composizione del Collegio Arbitrale e la competenza territoriale

Il Collegio Arbitrale del Lavoro consiste in una commissione composta da tre membri⁷⁴⁰, rispettivamente rappresentanti del *Labor Bureau*, cioè dell'amministrazione statale competente in materia di lavoro, delle associazioni di imprenditori, e delle associazioni sindacali (art. 19).

La *Labor Dispute Mediation and Arbitration Law* si preoccupa di proclamare l'indipendenza dei membri del Collegio⁷⁴¹, e tenta di assicurarne la preparazione giuridica prevedendo dei criteri rigidi per la loro nomina⁷⁴².

dispone agevolmente e, conseguentemente, ha maggiore possibilità e facilità nell'allegare e provare tali elementi: ne consegue che è solo in capo a quest'ultimo che debbono essere allocati gli oneri probatori nel corso del giudizio di accertamento della legittimità del recesso datoriale. Il principio di vicinanza della prova viene espressamente citato dalla Corte nella sentenza n. 5592 del 2016: *“il datore di lavoro è onerato della prova del fatto estintivo (legittimo esercizio del diritto di recesso per giustificato motivo oggettivo nella ricorrenza dei suoi presupposti, tra i quali, come detto, anche l'impossibilità di repechage), in coerenza con i principi di persistenza del diritto (art. 2697 c.c.) e di riferibilità o vicinanza della prova”*.

739 E questo vale, in primo luogo, per un'espressa previsione della Suprema Corte, in relazione alle controversie in cui si discute del lavoro straordinario che il lavoratore asserisca di aver svolto (per una sintetica panoramica sulla disciplina dell'orario di lavoro e del lavoro straordinario all'interno dell'ordinamento cinese, cfr. il Capitolo Terzo). Infatti, ai sensi dell'art. 9 della già citata *“Interpretation of the Supreme People's Court on Several Issues about the Application of Laws for the Trial of Labor Dispute Cases (III)”* del settembre 2010, qualora la questione sottoposta all'accertamento del Collegio Arbitrale sia costituita dalla pretesa del lavoratore al pagamento delle ore di lavoro straordinario svolte, con le maggiorazioni previste dalla *Labor Law* e dalle altre norme vigenti in materia, in via di principio spetta al lavoratore dimostrare di aver effettivamente lavorato oltre l'orario di lavoro contrattualmente previsto (mediante disposizioni ricevute dal datore di lavoro contenente l'invito a lavorare *over-time*, o le buste paga). La regola generale, tuttavia, viene temperata dalla precisazione secondo cui se il lavoratore ricorrente asserisce che è il datore di lavoro a detenere (come nella prassi avviene frequentemente) le registrazioni relative al numero di ore svolte da ciascuno dei suoi dipendenti, sarà questi a dover depositarle tali registrazioni in giudizio onde dimostrare l'infondatezza della pretesa avversaria. Nel caso in cui il Collegio ordini al datore di lavoro di depositare tali documenti ma questi si rifiuti, il Collegio può accogliere la domanda del ricorrente anche in mancanza di una dimostrazione diretta da parte di quest'ultimo delle ore di lavoro svolte, dimostrazione che costituisce la base per la pretesa giuridica all'integrazione del pagamento.

740 Un solo membro per i casi connotati da particolare semplicità (art. 31).

741 Prevedendo anche la possibilità per i membri di astenersi, oltre che per le parti di chiedere la ricusazione di alcuni di essi al ricorrere delle circostanze di cui all'art. 33, che sono le seguenti: 1) essere una parte in causa o un parente di una parte o di un suo rappresentante; 2) avere un interesse nella causa; 3) avere altre relazione con una delle parti in causa o con un rappresentante di questa, che possa far dubitare della sua imparzialità; 4) avere avuto con una parte o con il suo rappresentante degli incontri non autorizzati o avere accettato inviti a cena o doni da questa. Trattasi di cause del tutto assimilabili alle ipotesi di ricusazione degli arbitri stabilite dall'art. 815 del c.p.c. italiano; soprattutto l'ipotesi

L'art. 21 della legge definisce la **competenza territoriale** dei Collegi Arbitrali, affermando che il ricorso deve essere proposto avanti il Collegio del distretto in cui il contratto di lavoro ha trovato esecuzione o nel quale è situata l'unità produttiva che ha impiegato il lavoratore⁷⁴³.

I criteri di competenza territoriale, pertanto, sono rappresentati dal luogo di svolgimento del rapporto – in altre parole, dal luogo in cui il lavoratore presta la propria attività lavorativa⁷⁴⁴ – e dalla sede dell'unità produttiva, e pertanto coincidono con due dei tre criteri stabiliti nell'ordinamento italiano dall'art. 413 c.p.c. che, come noto, consistono nel luogo in cui “*si trova l'azienda o una sua dipendenza alla quale è addetto il lavoratore o presso la quale egli prestava la sua opera a momento della fine del rapporto*”. La norma italiana prevede anche l'ulteriore criterio del luogo in cui è sorto il rapporto (ovvero del luogo in cui le parti hanno concluso il contratto di lavoro, c.d. *forum contractus*), criterio invece assente nella corrispondente norma cinese.

(iv) Gli atti preliminari al giudizio: la *application* dell'istante e la sua accettazione da parte del Collegio Arbitrale

Il procedimento arbitrale⁷⁴⁵ inizia mediante una *application*⁷⁴⁶ da parte dell'istante, consistente nel deposito da parte dello stesso di un documento scritto⁷⁴⁷ nel quale debbono essere chiaramente indicati, ai sensi dell'art. 28, i seguenti elementi:

di cui al num. 4) riecheggia chiaramente la “commensalità abituale” prevista quale causa di ricusazione dell'arbitro nel nostro ordinamento processuale.

742 Ai sensi dell'art. 20, infatti, possono essere nominati membri del Collegio Arbitrale soltanto coloro che abbiano già svolto le funzioni di giudice, o di avvocato con svolgimento della pratica professionale per almeno tre anni, o che siano stati ricercatori o professori di diritto a livello di scuola intermedia, ovvero, essendo in possesso di conoscenze legali, abbiano svolto una carriera come manager delle risorse umane, o abbiano lavorato all'interno di un sindacato per almeno cinque anni.

743 L'art. 1 delle *Interpretations (IV) of the Supreme People's Court of Several Issues on the Application of Law in the Trial of Labor Dispute Cases*, adottate dalla Suprema Corte il 31 dicembre 2012, contiene la disciplina delle possibilità per la parte istante di impugnare il provvedimento con il quale il Collegio Arbitrale declini la propria competenza territoriale. In tale evenienza, la parte può agire dinanzi alla Corte del Popolo, la quale, nel caso condivide la valutazione del Collegio, indica il Collegio territorialmente competente, avanti il quale la parte può riassumere il giudizio. Nel caso opposto, in cui la Corte ritenga che il Collegio adito dalla parte sia territorialmente competente, la Corte notifica la sua decisione per iscritto a tale organismo; se questo permane nella propria idea circa la propria mancanza di competenza, il processo si svolgerà sin dall'inizio dinanzi alla Corte del Popolo. In altre parole, nel caso di contrasto tra la Corte togata e il Collegio Arbitrale circa la sussistenza o meno della competenza territoriale di quest'ultimo, non vige il principio di prevalenza della valutazione della Corte del Popolo, né è previsto un meccanismo che deferisca la questione ad altro organo giudicante di rango superiore quale potrebbe essere la Corte Intermedia o la Corte Suprema (alla stessa stregua del regolamento di competenza regolato dal nostro codice di procedura civile), bensì il procedimento arbitrale è da intendersi comunque esperito e pertanto il processo potrà iniziare sin da subito avanti la Corte togata.

744 Criterio che riveste carattere di principalità, in quanto nel caso in cui “*one of the two parties applies for arbitration to the labor-dispute arbitration commission at the place where the labor contract is performed and the other does so at the place where the employing unit is located*”, il conflitto di competenza non dovrà essere risolto sulla base della priorità della domanda (non esiste cioè, per quanto riguarda la procedura arbitrale, la regola della litispendenza), ma “*the labor dispute shall be subject to the jurisdiction of the former*”: sarà cioè competente il Collegio del luogo dell'esecuzione del contratto di lavoro.

745 Del quale l'art. 53 della *Labor Dispute Mediation and Arbitration Law* ha previsto, innovando rispetto al sistema previgente, la totale gratuità per le parti, stabilendo che i costi della procedura siano coperti dallo Stato. La *ratio* della novità normativa – e dell'impegno per la finanza statale che ne consegue – consiste chiaramente nel tentativo di superare uno degli attuali ostacoli fattuali al ricorso alla giustizia da parte dei lavoratori in caso di violazione dei propri diritti da parte datoriale, ed è stato uno degli elementi che hanno permesso l'aumento dei procedimenti di lavoro nell'ultimo decennio.

746 L'ordinamento processuale cinese è (anch'esso) meno preciso di quello italiano, e non distingue tra le varie forme di atti introduttivi del giudizio (ricorso od atto di citazione). Ad ogni modo, l'*application* in esame – con la quale si può tradurre il termine cinese 申请(*shēngqǐng*), petizione – coincide con il nostro **ricorso**, in quanto deve essere depositato dalla parte istante e in seguito essere notificato al convenuto. Da notare, tuttavia, che prima della notificazione di tale atto alla controparte ha luogo (a differenza rispetto all'ordinamento italiano) il giudizio del Collegio Arbitrale

- i dati identificativi delle parti (nome, genere, età, domicilio, occupazione, e unità produttiva di appartenenza per quanto riguarda il lavoratore; denominazione e sede dell'azienda, e nome e posizione del rappresentante legale, per quanto riguarda il datore di lavoro);
- la pretesa che l'istante aziona in giudizio e i fatti e le ragioni di diritto sulle quali essa si basa (*petitum e causa petendi*);
- le prove e le fonti di prova, e – già sin da questo momento – il nome e il domicilio dei soggetti che la parte intende chiamare come testimoni.

Si noti che la nomina di un avvocato, a prescindere dal valore della controversia, non è obbligatoria⁷⁴⁸, e le parti possono presenziare da sole in prima persona avanti il Collegio⁷⁴⁹. Naturalmente, qualora la parte decida di stare in giudizio mediante un avvocato, dovrà depositare anche la procura *ad litem*, che contenere specificamente anche il potere alla rappresentanza in giudizio.

L'istanza dovrà poi essere notificata entro cinque giorni, a cura del Collegio⁷⁵⁰, alla parte nei cui confronti è rivolta la pretesa azionata in giudizio, la quale ha poi dieci giorni di tempo per poter depositare a sua volta una memoria di replica⁷⁵¹ (art. 30).

La regolamentazione – precisa nei suoi atti essenziali, anche se come si è detto un certo margine di informalità è comunque riconosciuto in capo al Collegio, soprattutto per quanto concerne la ricerca degli elementi di prova –, da parte della *Labor Dispute Mediation and Arbitration Law*, del procedimento dinanzi al Collegio Arbitrale comporta che la forma di arbitrato prevista sia un **arbitrato rituale**⁷⁵². La decisione emanata, infatti, ha gli stessi effetti della sentenza emessa dalle

relativamente alla sussistenza della propria competenza giurisdizionale: una valutazione che il Collegio deve compiere d'ufficio, in una fase che la norma considera ancora preliminare rispetto all'instaurazione del giudizio vero e proprio (tant'è che il termine massimo di 45 giorni entro i quali il Collegio deve rendere la decisione decorre proprio dal momento in cui esso esprime la propria valutazione in merito alla competenza, e non dal momento del coinvolgimento del convenuto tramite la notificazione dell'*application* nei suoi confronti).

747 书面仲裁申请 (shūmiàn zhòngcái shēngqǐng, letteralmente, una petizione di arbitrato in forma scritta); in realtà, nella prassi accade frequentemente che il lavoratore presenti oralmente la propria 申请, cui seguirà la relativa redazione per iscritto con l'assistenza dei funzionari dell'istituto di arbitrato, mediante la compilazione di un modulo standard: ciò è espressamente previsto e consentito dall'art. 28, ultimo paragrafo.

748 Invece nel nostro ordinamento l'art. 417 c.p.c. consente al lavoratore di stare in giudizio senza il patrocinio di un avvocato soltanto per le controversie di valore non superiore a 129,11 Euro, e, per quanto riguarda parte datoriale, soltanto agli enti facenti parte della Pubblica Amministrazione, che limitatamente al giudizio di primo grado possono stare in giudizio in persona di propri dipendenti, salvo che l'Avvocatura dello Stato competente per territorio, ove vengano in rilievo questioni di massima o aventi notevoli riflessi economici, determini di assumere direttamente la trattazione della causa dandone immediata comunicazione ai competenti uffici dell'amministrazione interessata, nonché al Dipartimento della funzione pubblica (art. 417-bis c.p.c.).

749 Ed è proprio in questo caso che il lavoratore frequentemente presenta la propria *application* oralmente, come è possibile in quanto il requisito della forma scritta viene soddisfatto, come notato precedentemente, mediante la compilazione di un modulo standard prestampato direttamente nell'ufficio.

750 E dopo che questo avrà accertato positivamente la propria competenza nel decidere la controversia (cioè che l'istanza riguarda una materia afferente il rapporto di lavoro nelle materie sopra ricordate. Tale valutazione dovrà avvenire entro cinque giorni; in caso di esito negativo della stessa, il Collegio dovrà notificare all'istante per iscritto il rifiuto di decidere la controversia, corredato delle relative motivazioni. In tale evenienza – oltre che nell'ipotesi di inerzia del Collegio entro il termine di cinque giorni – l'applicante potrà rivolgere la propria pretesa alla Corte del Popolo (non si tratta di una impugnazione della decisione di rigetto della propria competenza emanata dal Collegio, in quanto la Corte in tal caso viene investita della questione sostanziale e non del punto relativo alla competenza del Collegio; l'art. 29 recita infatti che “*where the labor-dispute arbitration commission rejects an application or fails to make a decision within the specified time limit, the applicant may initiate a litigation to a people's court with respect to the labor dispute in question*”; si tratta pertanto di un'istanza volta a sollecitare la decisione del merito da parte della Corte, e non di un'istanza paragonabile ai nostri regolamento di giurisdizione e regolamento di competenza).

751 答辩书, dābiànshù, in cui il concetto di “replica” è evidente nel carattere 答, dā, che significa “risposta”; la necessità di forma scritta è specificata dall'utilizzo del termine 书, shù, letteralmente “libro”.

752 Del resto, la stessa *Arbitration Law of the People's Republic of China*, adottata nel 1994 ed entrata in vigore il 1° gennaio 1995, all'art. 8 espressamente stabilisce che “*arbitration shall be conducted in accordance with the law,*

Corti del Popolo, quanto ad esecutività e a possibilità, in caso di mancata impugnazione, di passare in giudicato (come si vedrà subito oltre).

(v) Lo svolgimento del giudizio e la decisione del Collegio Arbitrale

Ricevuta l'istanza presentata dalla parte ricorrente, ritenuto sussistente il proprio potere decisionale⁷⁵³, e provveduto alla notificazione degli atti introduttivi, il Collegio fissa la data dell'udienza, della quale deve dare comunicazione alle parti almeno cinque giorni prima del relativo svolgimento.

Nella prima udienza, nel caso in cui il convenuto si sia costituito, il Collegio dovrà tentare una **conciliazione** tra le parti; in caso di esito positivo della stessa, verrà formalizzato un accordo⁷⁵⁴ vincolante per le parti⁷⁵⁵, altrimenti la procedura seguirà il suo corso sino all'emanazione della

independent of any intervention by administrative organs, social organizations or individuals”, di fatto chiudendo le porte alla possibilità di un arbitrato di natura irrituale. Nell'ordinamento italiano, invece, all'arbitrato *rituale*, che ricorre quando le parti di una controversia demandano agli arbitri l'esercizio di una giurisdizione, concorrente con quella ordinaria, per la risoluzione della lite, e il cui procedimento è disciplinato dal codice di procedura civile, si contrappone l'arbitrato c.d. *irrituale*, che ricorre allorché agli arbitri viene conferita la risoluzione di un rapporto controverso mediante una dichiarazione di volontà che viene imputata alle stesse parti del rapporto. La prima forma di arbitrato, quindi, si conclude con la pronuncia, da parte del collegio, di un lodo, il quale ha dalla data della sua ultima sottoscrizione gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria (art. 824-bis c.p.c.) e diventa esecutivo a seguito dell'emanazione di un decreto da parte del tribunale nel cui circondario è la sede dell'arbitrato, su istanza della parte interessata (art. 825 c.p.c.). In caso di arbitrato irrituale o libero, invece – che non trova un'esplicita regolamentazione legislativa e si concretizza nell'accordo con il quale agli arbitri viene affidato il compito di risolvere la controversia con una dichiarazione sostanzialmente transattiva o accertativa dei diritti e degli obblighi delle parti – il collegio risolve la controversia ad esso devoluta soltanto attraverso lo strumento negoziale, mediante una composizione amichevole o un negozio di accertamento riconducibile alla volontà delle parti stesse, le quali si impegnano a considerare la decisione degli arbitri come espressione della loro volontà; tale forma di lodo è impugnabile dinanzi al tribunale in funzione di giudice del lavoro che decide con sentenza pronunciata in primo ed unico grado, ricorribile esclusivamente per cassazione.

753 Sulla base di una valutazione positiva in ordine ai profili relativi alla possibilità di configurare la lite come una “*labor dispute*” rientrante nell'elenco di cui all'art. 2; al rispetto del termine annuale; al contenuto dell'istanza e della relativa documentazione depositate dal ricorrente.

754 Nel silenzio della *Labor Dispute Mediation and Arbitration Law* sul punto, si può ritenere che si applichino per analogia le norme della più generale *Arbitration Law*, la quale, dopo aver affermato (art. 51) il compito del collegio arbitrale di tentare una conciliazione prima di rendere la decisione, stabilisce che se questa riesce esso dovrà “*make a written conciliation statement or make an arbitration award in accordance with the result of the settlement agreement. A written conciliation statement and an arbitration award shall have equal legal effect*”. Il successivo art. 52 specifica il contenuto del verbale di conciliazione, stabilendo che esso deve “*specify the arbitration claim and the results of the settlement agreed upon between the parties*”, e che diviene vincolante per entrambe le parti dopo essere stato sottoscritto dai membri del collegio arbitrale e dalle parti stesse.

755 Vincolante in un duplice senso: in primo luogo in quanto, a differenza dalla decisione del Collegio Arbitrale, non può essere impugnata dinanzi alla Corte del Popolo, provenendo dalla volontà concorde di ciascuna parte; in secondo luogo, in quanto nell'eventualità in cui una delle parti non esegua la prestazione oggetto dell'obbligazione formalizzata nell'accordo, la controparte potrà chiederne l'esecuzione dinanzi alla Corte ai sensi della *Civil Procedure Law*. Questo carattere dell'accordo intervenuto dinanzi al Collegio Arbitrale lo distingue nettamente dall'accordo che dovesse essere raggiunto dalle parti durante lo svolgimento (come si è visto, connotato da eventualità) della fase della mediazione. Mentre quest'ultimo, infatti, per divenire esecutivo richiede la predisposizione di una domanda apposita secondo l'ordinario schema procedimentale, e così dinanzi al Collegio Arbitrale (tranne per alcune materie, sopra elencate, per le quali la parte che intende ottenere l'esecuzione dell'accordo può domandarla direttamente dinanzi alle corti togate), l'accordo intervenuto nella fase arbitrale è già di per sé stesso vincolante e dotato di esecutorietà: “*the Labor Arbitral Tribunal will attempt mediation before issuing its award, and if a resulting written mediation agreement is signed by the arbitrator(s) and the parties, it is enforceable in the courts; [tale accordo] has the binding force of an employment contract and can be the basis for the judgment of the people's court, [mentre invece] where the parties involved only reach a mediation agreement under the labor dispute mediation commission, if the employer fails to perform the payment obligation determined in the mediation agreement and the laborer lodges a lawsuit directly with the people's court, the people's court can accept it as a common civil dispute*”: R. Brown, *Understanding Labor and Employment Law in China*, cit., 178. Nel caso di raggiungimento di un accordo conciliativo favorito dal Collegio Arbitrale, il procedimento si estinguerà per sopravvenuta cessazione della materia del contendere.

decisione entro 45 giorni dalla notificazione dell'accettazione della causa da parte del Collegio stesso (o 60 in caso di richiesta di proroga nei casi più complessi).

Per quanto riguarda l'udienza, essa deve avvenire oralmente con necessità di verbalizzazione; è inoltre prevista la possibilità di deferire una perizia ad un esperto su richiesta di una delle parti o qualora il Collegio lo ritenga necessario.

L'art. 44 pone una importantissima regola che consente al lavoratore di agire in esecuzione preventivamente rispetto all'emanazione del giudizio arbitrale finale al ricorrere di determinati presupposti.

In particolare, in primo luogo dovrà trattarsi di una controversia concernente la pretesa del lavoratore al pagamento della retribuzione, il suo diritto al rimborso delle spese mediche sostenute a seguito di un infortunio professionale, e di compensazioni economiche o di risarcimento danni (il tipico esempio è costituito dal caso in cui sia in discussione il diritto del lavoratore ad ottenere il pagamento dell'indennità economica in caso di licenziamento o di dimissioni per giusta causa).

In tali materie – evidentemente considerate dal legislatore come particolarmente delicate in quanto coinvolgono il diritto essenziale del lavoratore legato al rapporto di lavoro, quale l'ottenimento della retribuzione o diritti ad esso correlati, che in quanto tali permettono al lavoratore il sostentamento economico proprio e della propria famiglia⁷⁵⁶ – il Collegio Arbitrale può, nel corso del procedimento sottoposto alla sua cognizione, emanare una **statuizione anticipata** rispetto alla decisione finale, con la quale **autorizzare l'esecuzione**, e trasmettere la causa alla Corte del Popolo per la relativa esecuzione⁷⁵⁷.

La lettera della legge non permette di risolvere ogni dubbio relativamente alla natura del provvedimento in esame.

In particolare, non è chiaro se esso costituisca un provvedimento cautelare emanato in corso di causa, ovvero una decisione non definitiva di merito con la quale il Collegio prende posizione soltanto sul diritto al pagamento della retribuzione o del rimborso delle spese mediche o delle altre indennità economiche e contestualmente dispone la prosecuzione del procedimento avanti a sé per l'accertamento delle altre questioni sottoposte alla sua cognizione.

A mio parere, è quest'ultima soluzione quella preferibile.

L'art. 44, infatti, dal punto di vista letterale non sembra contemplare un provvedimento di natura cautelare, ma una vera e propria **decisione anticipata** e riguardante non l'intero merito della causa, ma solo la debenza da parte datoriale dei diritti ivi indicati⁷⁵⁸. Infatti, il primo dei due requisiti cui la

756 Si vedrà oltre che il giudizio di “delicatezza” e di importanza espresso dal legislatore nei confronti di tali tipologie di diritti oggetto di controversie di lavoro è esteso anche alla disciplina del regime impugnatorio delle decisioni emesse dal Collegio Arbitrale. L'art. 47, infatti, limita, per le stesse materie per le quali l'art. 44 permette l'esecuzione preventiva, l'impugnazione del datore di lavoro solo con riferimento ad alcuni motivi, e mai per motivi di merito.

757 La competenza in materia di esecuzione, infatti, è in capo esclusivamente alla Corte del Popolo.

758 La motivazione che mi conduce a interpretare in tale maniera l'art. 44 è di natura puramente letterale/testuale. Infatti, uno dei due presupposti che la norma in esame prevede per l'emanazione della decisione anticipata di condanna consiste nel fatto che la sussistenza del diritto del lavoratore al pagamento della retribuzione o delle spese mediche sostenute a causa di infortunio o delle altre indennità economiche sia **inequivoca**. Recita infatti l'art. 44 che la possibilità per il Collegio Arbitrale di emanare tale decisione anticipata e di disporre l'esecuzione immediata è legata alla circostanza che 当事人之间权利义务关系明确, dānshìrén zhījiān quánlì yìwù guānxi míngquè: letteralmente, la relazione (关系, guānxi) dei diritti e degli obblighi tra le parti coinvolte è **inequivoca** (明确, míngquè). Ora, il carattere 明 míng esprime, nella lingua cinese, l'idea della “chiarezza”, intesa come luminosità, chiarezza visiva (明天, míngtiān indica il giorno chiaro, luminoso, rischiarato dal sole, in cui è possibile “vederci chiaro”), tant'è che il verbo “comprendere” contiene tale carattere, 明白 míngbai. Ne deriva che il diritto del lavoratore deve essere non più oggetto di contestazione, o perché non contestato da controparte nella memoria, o perché in relazione ad esso il Collegio ritiene già raggiunta la prova.

Il tenore letterale dell'art. 44, pertanto, sembra ostare ad un'interpretazione del provvedimento in esame come provvedimento cautelare, proprio perché, se così fosse, uno dei suoi requisiti sarebbe quello che noi siamo soliti chiamare *fumus boni juris*. Ma altro è la verosimiglianza del diritto (ancora) in contestazione, la sua prognosticamente probabile sussistenza (nel che consiste il *fumus boni juris*), altro invece è la sua esistenza *inequivoca*. In altre parole, con l'utilizzo del vocabolo 明确, míngquè, il legislatore cinese ha inteso riferirsi ad una situazione in cui il diritto al

disposizione in esame ancora l'emanazione di tale provvedimento consiste nell'inequivocità del diritto del lavoratore istante⁷⁵⁹.

I dubbi esegetici, peraltro, sono fondati sulla circostanza per cui il secondo requisito sostanziale di previsto dall'art. 44 consiste, invece, nel pregiudizio che il ritardo nella soddisfazione del suo diritto cagionerebbe in capo al lavoratore in relazione alle sue condizioni di vita⁷⁶⁰: requisito che sembra avvicinare la pronuncia anticipata del Collegio ad un provvedimento di natura cautelare⁷⁶¹, in quanto altrimenti non si vede il motivo per il quale negare la possibilità del lavoratore di ottenere la soddisfazione immediata del proprio credito retributivo nel caso in cui la sua mancata esecuzione non sia comunque in grado di pregiudicare il sostentamento suo e della famiglia.

La questione resta aperta. Quel che è certo è che il provvedimento del Collegio Arbitrale che, ritenendo ricorrenti questi due requisiti, emana una decisione provvisoria immediatamente esecutiva, consente al lavoratore di agire *in executivis* avanti la Corte del Popolo.

A seguito dello svolgimento dell'udienza (o di più udienze qualora sia necessario procedere all'audizione di testimoni o all'effettuazione di una perizia o all'assunzione delle altre fonti di prova previste dalla legge⁷⁶²), il Collegio è chiamato ad emanare la propria decisione, presa a maggioranza dei propri membri, che dovrà contenere espressamente le pretese delle parti, i fatti posti alla base del giudizio, le ragioni della statuizione⁷⁶³.

È proprio con riferimento alla decisione emanata al termine del procedimento arbitrale, e alla sua valenza, che è dato rilevare le novità più dirimpenti della *Labor Dispute Mediation and Arbitration Law*.

Questa, infatti, prevede che il Collegio possa emanare due tipologie di giudizi, diversificati a seconda della loro impugnabilità dinanzi alla Corte del Popolo.

(1) La prima categoria di decisioni è prevista dall'art. 47, e riguarda le controversie posta all'esame del Collegio che abbiano per oggetto (i) il recupero di somme dovute a titolo retributivo, o a titolo di spese mediche, o di indennità (per esempio per il pagamento della *severance* per il caso di

pagamento della retribuzione o dei rimborsi medici o delle altre indennità economiche sia (non già meramente probabile, bensì) accertato come sussistente con certezza, e pertanto non abbia senso procrastinare l'esecutorietà della decisione *in parte qua* sino al termine della procedura arbitrale e all'emanazione della decisione del Collegio. Il provvedimento in esame, quindi, mi sembra assimilabile alle ordinanze di cui agli articoli 186-bis/423, comma 1, e 186-quater/423, comma 2, del nostro c.p.c., più che ad un provvedimento cautelare.

759 Cfr. nota precedente.

760 不先予执行将严重影响申请人的生活, bù xiān yù zhíxíngjiāng yánzhòng yǐngxiǎng shēngqǐngrén de shēnghuó: alla lettera, la mancata esecuzione in anticipo [del diritto accertato nella decisione] influenza la vita dell'istante.

761 Essendo all'evidenza assimilabile al *periculum in mora*. Peraltro, forse la preoccupazione del legislatore di assicurare l'esecutorietà immediata della decisione di condanna alla soddisfazione dei crediti retributivi del lavoratore può essere considerata sovra-stimata, alla luce della brevissima durata, anche per legge, del procedimento arbitrale (massimo 45 o 60 giorni).

762 L'art. 63 della *Civil Procedure Law* conosce in generale le seguenti fonti di prova: (1) affermazioni delle parti in causa (che dunque sono considerate al rango di una prova, mentre il nostro ordinamento processuale più correttamente distingue tra le *allegazioni* proposte dalle parti e le relative *prove* idonee a dimostrarne la veridicità); (2) prova documentale; (3) prova fisica (come può essere lo stato dei luoghi, debitamente accertato); (4) materiali audio-visivi (come una registrazione); (5) dati elettronici od informatici (tipico il caso della e-mail); (6) prova testimoniale; (7) opinione di un esperto (equivalente alla nostra perizia); (8) verbali delle ispezioni effettuate su ordine della Corte.

Per quanto riguarda la prova costituita da dati informatici, occorre dare atto del più recente orientamento giurisprudenziale formatosi in materia. Con la *Interpretation on the Application of the PRC Civil Procedure Law* entrata in vigore il 4 febbraio 2015, la Corte Suprema ha chiarito che le e-mail, i record dei messaggi informatici (sms, o nelle chat di internet, o nei social network quali whatsapp o wechat), i blog, in generale tutti gli strumenti informatici ed elettronici, così come pure le registrazioni audio o video, possono tutti essere utilizzati come mezzi di prova e depositati a tal fine dinanzi all'organo giudicante. Tale interpretazione si pone senza dubbio in chiave agevolatrice per il datore di lavoro per quanto riguarda la prova dei fatti contestati al lavoratore nei procedimenti del lavoro.

763 Il Collegio arbitrale può decidere solo secondo diritto, e non anche secondo equità come invece è possibile, a determinate condizioni, nell'ordinamento italiano. Ciò ai sensi della generale disposizione di cui all'art. 54 della *Arbitration Law*, secondo la quale "*an arbitration award shall specify the arbitration claim, the facts of the dispute, the reasons for the decision, the results of the award, the allocation of arbitration fees and the date of the award*" (data dalla quale la decisione diviene vincolante, ai sensi dell'art. 57).

licenziamento), qualora l'importo preteso non ecceda quello del salario minimo mensile individuato localmente moltiplicato per 12⁷⁶⁴; (ii) pretese relative all'orario di lavoro – ivi compreso il pagamento delle ore di lavoro straordinario che il lavoratore asserisce di aver svolto –, al periodo di riposo e di ferie, e al pagamento dei contributi previdenziali.

Per queste tipologie di questioni, la legge prevede che il giudizio del collegio sia dotato di definitività⁷⁶⁵ e di esecutorietà⁷⁶⁶, ma la definizione ha un significato estremamente diverso da quello cui il giurista italiano è abituato a ragionare nel nostro ordinamento processuale.

La definitività, infatti, riguarda soltanto il lato datoriale, in quanto il lavoratore è comunque legittimato, anche in queste ipotesi, ad impugnare la decisione avanti la Corte del Popolo per qualunque motivo, anche legato al merito del giudizio, entro il termine di 15 giorni dalla sua comunicazione (art. 48)⁷⁶⁷.

Il datore di lavoro, invece, qualora non sia soddisfatto dal contenuto del giudizio arbitrale, può impugnarlo (entro il termine di 30 giorni) solo per un limitato ventaglio di vizi: egli, infatti, può adire la Corte soltanto per ottenere la revocazione della decisione arbitrale, non la sua riforma, e solamente al ricorrere delle seguenti ipotesi:

- 1 – erronea applicazione del diritto positivo (leggi e regolamenti) da parte del Collegio,
- 2 – mancata giurisdizione del Collegio Arbitrale sulla controversia;
- 3 – violazioni di natura procedurale;
- 4 – falsificazione della prova sulla quale la decisione del Collegio è basata;
- 5 – ipotesi per cui la controparte ha nascosto una prova idonea a prestare rilevanza ai fini di una decisione imparziale;
- 6 – è emerso che uno degli arbitri ha estorto o accettato somme di denaro od altre utilità dalla controparte, o ha in altri modi agito con parzialità per un vantaggio personale (in altre parole, caso di corruzione di uno dei componenti del collegio da parte del lavoratore istante).

Emerge quindi, da tale struttura, che per le materie individuate dall'art. 47 il datore di lavoro che non condivida il contenuto di merito della decisione del Collegio Arbitrale abbia a propria

764 In relazione a tale materie, peraltro, si dà atto che il Ministero delle Risorse Umane e della Sicurezza Sociale ha emanato, in data 13 febbraio 2017, una proposta di Regolamento con la quale ha specificato che le “indennità” che costituiscono l'oggetto delle decisioni arbitrali cui si applica il regime impugnatorio di cui all'art. 47 – che non consente l'impugnazione della decisione emessa dal Collegio arbitrale da parte del datore di lavoro se non nei casi che si vedranno – sono le seguenti: le compensazioni dovute al lavoratore in corrispettivo di un patto di non-concorrenza post contrattuale; le indennità derivanti dall'estinzione del rapporto di lavoro (tanto dal lato datoriale, sotto forma di *economic severance* di cui all'art. 48, quantificato ai sensi dell'art. 87 – cfr. Capitolo Quinto – tanto dal lato del prestatore di lavoro, qualora questi si dimetta per giusta causa ed abbia quindi il diritto alla corresponsione della *severance* ai sensi dell'art. 38); le indennità cui il lavoratore ha diritto in caso di mancata formalizzazione con contratto scritto del rapporto di lavoro.

765 Così, se il sistema procedurale delineato dalla *Labor Dispute Mediation and Arbitration Law* può essere definito, in via generale, come “*one mediation, one arbitration, two trials*”, con riferimento a queste specifiche materie di cui all'art. 47 si è invece in presenza di un sistema di “*one arbitration, final ruling*”, secondo la definizione dello stesso Li Hua, “*China's Labor Dispute Resolution System*”, cit.

766 Nel testo originale: 仲裁裁决为终局裁决, zhòngcái cáijué wèi zhōngjú cáijué (letteralmente: la decisione dell'arbitrato diventa una decisione finale); 裁决书自作出之日起发生法律效力, cáijuéshū rìzìzuò chūzhīrì qǐ fāshēng fǎlù xiàolì (letteralmente: la decisione dal giorno in cui è emessa comincia ad avere efficacia di legge). Dal tenore letterale del testo originale sembra che nelle controversie indicate nell'articolo in esame il giudizio del Collegio Arbitrale rappresenti in ogni caso la parola “fine” della vicenda processuale, mentre così non è: si vedrà subito nel testo infatti come in realtà la decisione possa essere impugnata dal lavoratore senza limiti, mentre dal datore di lavoro soltanto per motivi di legittimità e per motivi attinenti la mancanza di imparzialità da parte di alcuni componenti del Collegio. In realtà, quindi, la “definitività” è soltanto parziale e riguarda la possibilità per il datore di lavoro di impugnare la decisione arbitrale per motivi di fatto.

767 Curioso il termine impiegato nella lingua originaria per indicare la volontà impugnatoria del lavoratore: si legge che può presentare una doglianza, e così instaurare il giudizio dinanzi alla Corte del Popolo, il lavoratore che 不服, bùfú, letteralmente “non obbedisce” alla decisione arbitrale.

disposizione un rimedio impugnatorio che potremmo definire come collocato a metà strada tra il ricorso per cassazione⁷⁶⁸ e la revocazione⁷⁶⁹.

Ricorso per cassazione per i motivi relativi alla lamentata erroneità nell'applicazione delle norme di legge e di regolamento, o delle norme relative alla giurisdizione del Collegio, o per violazioni di carattere procedurale, commesse dal Collegio arbitrale; *revocazione* per la falsificazione o il nascondimento di una prova decisiva o comunque rilevante per l'esito della decisione, o per l'emersione di comportamenti di uno o più membri del Collegio che, in spregio alla loro imparzialità, facciano propendere per la distorsione della decisione nel merito.

In entrambi questi casi, il datore di lavoro potrà presentare alla Corte Intermedia del medesimo distretto in cui aveva sede la Commissione Arbitrale che ha reso la decisione della quale è chiesta la revocazione, entro il termine di 30 giorni dal momento in cui ha ricevuto la comunicazione della decisione⁷⁷⁰, una istanza per ottenere il solo annullamento della decisione, non anche una sua riforma nel merito. La Corte, qualora condivide la doglianza presentata dall'istante e ravvisi quindi l'effettiva sussistenza di uno dei gravi vizi di cui all'art. 49, dovrà pronunciare la revocazione della decisione: in tal caso, le parti potranno, entro 15 giorni dalla comunicazione della decisione di revoca, introdurre la controversia avanti la Corte del Popolo, senza che sia richiesto lo svolgimento *ex novo* della procedura arbitrale.

(2) Per la generalità delle materie non ricomprese nell'elencazione dell'art. 47, invece, entrambe le parti sono legittimate ad impugnare⁷⁷¹ dinanzi alla Corte Distrettuale del Popolo la decisione resa dal Collegio Arbitrale, entro 15 giorni dalla sua comunicazione: si apre così la fase giudiziale vera e propria, disciplinata dall'art. 50.

In mancanza di impugnazione da una qualsiasi delle parti, la decisione arbitrale diventa definitiva⁷⁷², esecutiva e vincolante⁷⁷³ per entrambe, con conseguente possibilità di agire in

768 Per i motivi di cui ai numeri 1, 2 e 3, che riecheggiano i motivi di cui ai numeri 1, 2, 3 e 4 dell'art. 360 del c.p.c. italiano.

769 Per i motivi di cui ai numeri 4, 5 e 6, che riecheggiano i motivi di cui ai numeri 2, 3 e 6 dell'art. 395 del c.p.c. italiano.

770 Il momento iniziale della decorrenza del termine di 30 giorni per il datore di lavoro per presentare l'istanza per i motivi di cui ai numeri 4, 5 e 6 dell'art. 49 pone invero un grave problema di coerenza della disposizione. Infatti, la conoscenza del datore di lavoro circa la falsità della prova o il nascondimento di un ulteriore elemento di prova da parte della controparte o ancora del fatto da cui si può desumere la parzialità del Collegio o di un suo componente può avvenire anche a distanza dall'emanazione del giudizio arbitrale. Non appare quindi corretto limitare la sua possibilità di ricorrere alla Corte del Popolo nei 30 giorni successivi alla conoscenza che egli abbia della decisione, anziché del fatto che impone la revocazione della medesima. Ben più preciso è l'art. 326 c.p.c. italiano, il quale per l'appunto stabilisce che il termine di 30 giorni per presentare istanza di revocazione decorre non già dalla notificazione della sentenza, bensì "dal giorno in cui è stato scoperto il dolo o la falsità o la collusione o è stato recuperato il documento", cioè per l'appunto dal momento in cui la parte ha avuto notizia del fatto che rende necessaria la revocazione della sentenza.

771 La legge dedicata specificamente al procedimento del lavoro non specifica i motivi per i quali le parti possono impugnare avanti la Corte del Popolo la decisione resa dal Collegio arbitrale. Sul punto, può ritenersi quindi applicabile analogicamente l'art. 58, secondo cui "A party may apply for setting aside an arbitration award to the intermediate people's court in the place where the arbitration commission is located if he can produce evidence which proves that the arbitration award involves one of the following circumstances: [...] (3) The formation of the arbitration tribunal or the arbitration procedure was not in conformity with the statutory procedure; (4) The evidence on which the award is based was forged; (5) The other party has withheld the evidence which is sufficient to affect the impartiality of the arbitration; or (6) The arbitrators have committed embezzlement, accepted bribes or done malpractices for personal benefits or perverted the law in the arbitration of the case". Non rilevano, invece, i motivi di impugnazione di cui ai numeri 1) e 2) in quanto essi riguardano l'esistenza della clausola arbitrale, di cui invece non c'è bisogno, naturalmente, nel processo del lavoro, posto che qui l'esperimento del procedimento arbitrale costituisce un passaggio necessario ai sensi di legge. I motivi per cui le parti possono impugnare la decisione arbitrale secondo la *Arbitration Law*, come si vede, attengono sia a ragioni di merito, sia a motivi legati all'indipendenza del collegio.

772 "Uncontested arbitration awards will be final after the fifteen-days appeal period": R. Brown, *Understanding Labor and Employment Law in China*, cit., 182.

773 裁决书发生法律效力, cáijúeshū fāshēng fǎlù xiàoli, letteralmente "ha efficacia di legge".

esecuzione secondo le norme della *Civil Procedure Law* in caso di mancata ottemperanza alla medesima⁷⁷⁴.

Peraltro, con i recentissimi “*Minutes of the Eighth National Working Conference on the Courts’ Trial of Civil and Commercial Cases*”, pubblicati il 30 novembre 2016, la Suprema Corte ha per la prima volta attribuito espressamente la natura di *res iudicata* al giudizio del Collegio Arbitrale che non sia stato impugnato nei termini di legge.

L’art. 26 dei *Minutes*, infatti, afferma che se una parte adisce il Collegio Arbitrale (lo stesso che ha emanato il giudizio poi divenuto definitivo, o un altro) o la Corte del Popolo per una questione già affrontata in sede arbitrale e decisa con un giudizio non impugnato tempestivamente, l’organo adito dovrà rigettare la domanda, stante la identità delle questioni presentate in momenti diversi dinanzi agli organi giudicanti. La Corte, pertanto, fa leva sul concetto di “giudicato” per impedire che la stessa controversia possa essere giudicata più di una volta nel caso in cui la parte abbia lasciato decorrere inutilmente il termine per impugnare la statuizione resa dal Collegio Arbitrale.

7.3.3 La fase dinanzi alla Corte del Popolo⁷⁷⁵

Si è già detto come la *Labor Dispute Mediation and Arbitration Law* configuri un sistema di risoluzione delle controversie in materia di lavoro che può essere definito come “*one mediation, one arbitration and two trials*”.

In effetti, a seguito dell’eventuale svolgimento infruttuoso della procedura di mediazione e del necessario esperimento del procedimento arbitrale, può avere inizio la fase giudiziale vera e propria, in cui la protagonista è la Corte del Popolo, ossia la Corte togata, composta da giudici di professione.

Nel processo del lavoro, dunque, la Corte del Popolo sarà chiamata a decidere nei seguenti casi:

a – nel caso (patologico) in cui il Collegio Arbitrale ometta di pronunciarsi nel termine di 45 (o di 60, nei casi di proroga) giorni dalla comunicazione alle parti dell’avvenuta accettazione della propria competenza giurisdizionale;

b – nel caso (fisiologico) in cui una delle parti contesti la decisione resa dal Collegio Arbitrale e intenda, pertanto, impugnarla onde ottenerne una riforma;

c – nel caso (patologico) in cui il datore di lavoro, nelle materie per le quali è a lui preclusa la legittimazione ad impugnare nel merito la pronuncia arbitrale (art. 47), si rivolga alla Corte per ottenerne la revocazione per i motivi di cui all’art. 50;

d – infine, nella fase di esecuzione, richiesta da una delle parti per il caso di mancata ottemperanza della controparte all’accordo raggiunto in fase di mediazione preventiva o nella fase arbitrale durante la conciliazione esperita dal Collegio, oppure al giudizio arbitrale non impugnato tempestivamente e pertanto divenuto definitivo.

La fase dinanzi alla Corte del Popolo non trova la sua disciplina nella *Labor Dispute Mediation and Arbitration Law*, in quanto viene considerata come una ordinaria ipotesi di procedimento civile, come tale regolato dalla *Civil Procedure Law*.

Questo spiega anche il motivo per il quale l’ordinamento processuale cinese non conosce una sezione della Corte civile specializzata in materia di lavoro, con la conseguenza per cui competente alla cognizione delle controversie in materia di impiego è la ordinaria Corte del Popolo civile⁷⁷⁶.

774 Ne deriva l’interessante notazione per cui l’esecutorietà della decisione non comincia dal momento della sua emanazione, bensì dal momento in cui essa diviene definitiva, e in quanto tale si distingue notevolmente dal principio invaalso nel nostro ordinamento della provvisoria esecutorietà della sentenza di primo grado (art. 282 c.p.c.), rafforzato per quanto riguarda le sentenze di condanna emesse a favore del lavoratore (art. 431 c.p.c).

775 Sulle caratteristiche fondamentali del sistema giudiziario cinese si rinvia al Capitolo Introduttivo.

776 Le uniche **differenze** che nell’ordinamento processuale cinese sussistono tra le ordinarie controversie civili e le controversie in materia di lavoro riguardano dunque:

- il necessario esperimento della procedura arbitrale preventiva;

Il sistema civilistico prevede un doppio grado di giudizio⁷⁷⁷, il primo dei quali tenuto dinanzi ad una Corte distrettuale, e il secondo, di natura naturalmente eventuale, dinanzi alla Corte Intermedia del medesimo distretto nel quale è situata la Corte di base che ha emanato la sentenza oggetto di impugnazione. In entrambi i casi, è previsto che la sentenza debba essere emanata entro il termine di sei mesi dall'inizio del giudizio.

La possibilità di impugnare la sentenza della Corte di primo grado è prevista dall'art. 147 della *Civil Procedure Law*, che prevede il termine decadenziale di 15 giorni dalla pubblicazione della sentenza⁷⁷⁸.

Anche nella fase giudiziale il legislatore prevede lo svolgimento di un tentativo di conciliazione, che dovrà essere effettuato tanto dalla Corte di prima istanza, quanto dalla Corte Intermedia.

- le regole sulla competenza territoriale, posto che mentre l'art. 21 della *Civil Procedure Law* pone il criterio generale della competenza della Corte del luogo in cui il convenuto ha il domicilio o, nel caso in cui questo sia differente dalla sua residenza abituale, del luogo di quest'ultima, la *Labor Dispute Arbitration and Mediation Law* pone i criteri di competenza particolari sopra visti (il luogo in cui il contratto di lavoro ha avuto esecuzione o il luogo in cui ha sede l'unità produttiva che ha impiegato il lavoratore, *ex art. 21*);

- il differente atteggiarsi dell'onere della prova. Per quanto riguarda quest'ultimo, infatti, mentre nel processo civile ordinario l'onere di dimostrazione dei fatti sui quali si basa il diritto fatto valere in giudizio grava sull'attore (art. 65 della *Civil Procedure Law*: "*The parties concerned shall provide evidence in a timely manner to support their claims*"), nel processo del lavoro esso è disciplinato, anche per quanto riguarda la fase giudiziale vera e propria, dall'art. 6 della *Labor Dispute Mediation and Arbitration Law*, anche se per il resto questa legge non contiene la regolamentazione anche della fase avanti la Corte togata;

- le norme in materia di impugnazione, posto che per determinate tipologie di controversie giuslavoristiche la possibilità impugnatoria del datore di lavoro nei confronti del giudizio reso dal Collegio Arbitrale è limitata a particolari vizi (artt. 47 e 50).

⁷⁷⁷ Tra i principi enucleati dalla *Civil Procedure Law*, infatti, vi è anche quello del duplice grado di giudizio, espressamente affermato dall'art. 10: "*when adjudicating civil cases, the people's courts shall apply the systems of collegial panel, recusal, public trial, and 'two trials and the second one is final'*".

⁷⁷⁸ Il termine, pertanto, coincide con quello previsto per l'impugnazione avanti la Corte di prima istanza del giudizio emesso dal Collegio Arbitrale.

Capitolo Ottavo

Le dimissioni e la risoluzione consensuale del rapporto di lavoro

Sommario:

8.1 Le clausole contrattuali limitative del potere di dimissioni

8.2 La disciplina legale delle dimissioni:

8.2.1 Il preavviso;

8.2.2 La disciplina sostanziale delle dimissioni. La rilevanza della giusta causa;

8.2.3 La disciplina formale delle dimissioni.

8.3 La risoluzione consensuale del rapporto di lavoro.

* * *

8.1 Le clausole contrattuali limitative del potere di dimissioni

Le dimissioni costituiscono un atto unilaterale del lavoratore, con il quale egli manifesta la propria intenzione di porre termine al rapporto di lavoro. Tecnicamente, si tratta di un atto negoziale recettizio, in quanto tale idoneo ad avere efficacia solo una volta giunto a conoscenza del datore di lavoro, suo destinatario.

Se la legge, tanto in Italia quanto in Cina, pone una regolamentazione severa circa il potere del datore di lavoro di estinguere il rapporto mediante il licenziamento, prevenendo per esso limiti di natura procedurale e soprattutto sostanziale, lo stesso non può dirsi per il potere di dimissioni, che, come vedremo, risulta essere sottoposto a limitazioni meno stringenti.

La causa di tale differenza di approccio è evidente, e consiste nel diverso grado di tutela che il legislatore avverte opportuno riconoscere alle parti del rapporto di lavoro, come conseguenza della loro diversa forza contrattuale. Così, tradizionalmente si riconosce che il lavoratore rappresenta la parte debole del rapporto, che quindi merita maggiore tutela da parte della legge dello Stato: ecco, le dimissioni certo costituiscono uno degli atti tipici in cui questa diversa attenzione nella predisposizione di una tutela efficace da parte del legislatore si avverte più sensibilmente.

Tuttavia, la facoltà del lavoratore di dimettersi, se non è limitata dalla legge – con l'unica eccezione, per quanto riguarda la *Employment Contract Law*, dell'art. 22, che si analizzerà nel prossimo paragrafo –, può essere circoscritta per effetto di clausole inserite nel contratto di lavoro che limitino, per l'appunto, il potere del dipendente di rassegnare le proprie dimissioni.

Occorre quindi valutare se clausole di tal genere, volte ad introdurre in capo al lavoratore limitazioni o complicazioni in ordine al sorgere del suo potere di estinguere il rapporto, siano o meno legittime.

Una prima categoria di clausole volte a limitare il potere di dimissioni del lavoratore si risolve in quelle pattuizioni con le quali le parti concordino che il lavoratore non possa dimettersi per un determinato periodo temporale successivo all'assunzione (c.d. **clausole di durata minima garantita**).

La funzione di clausole di siffatto tipo consiste nell'assicurare al datore di lavoro che il candidato che sta per assumere rimanga alle sue dipendenze per il periodo minimo indicato, oppure, in caso contrario – nell'eventualità cioè che egli si dimetta nonostante la pattuizione impeditiva del suo

recesso unilaterale, cioè contrariamente alla clausola di durata minima garantita da lui stesso concordata e sottoscritta al momento dell'assunzione –, risarcisca il danno pagando una penale.

Nell'ordinamento italiano la giurisprudenza, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità delle clausole di durata minima garantita, ha a più riprese affermato che si deve distinguere tra quelle pattuite a favore di entrambe le parti del rapporto, da quelle che invece prevedono l'obbligazione negativa di astenersi dal recesso per un determinato periodo successivo all'instaurazione del rapporto di lavoro solo in capo al lavoratore.

Quanto alle prime, che impediscono, per il periodo considerato, l'esercizio non solo del potere di dimissioni del lavoratore, ma anche del potere datoriale di licenziamento, ne viene ammessa pacificamente la legittimità.

La Corte di Cassazione, infatti, osserva che se la clausola che prevede la stabilità del rapporto per un periodo minimo di tempo successivo all'assunzione viene prevista a carico non solo del lavoratore, ma anche del datore di lavoro⁷⁷⁹, questo comporta un evidente vantaggio pure in capo al primo, il quale per il periodo di tempo stabilito non può così essere licenziato per giustificato motivo e, tanto meno, per riduzione di personale.

Naturalmente tale clausola di stabilità, introduttiva di una durata minima garantita del rapporto, non pone il lavoratore al riparo dal licenziamento, per il relativo periodo di efficacia, in maniera assoluta, in quanto essa incontra il limite della giusta causa *ex art. 2119 cod. civ.*, la quale continuerà a legittimare un eventuale recesso datoriale anticipato. Specularmente, anche il lavoratore potrà dimettersi, nonostante la previsione di una clausola di durata minima garantita, qualora l'atto estintivo sia sorretto da una ipotesi di giusta causa⁷⁸⁰.

Più controversa appare invece l'ipotesi della previsione di una clausola di durata minima vincolante il solo lavoratore.

A seguito di talune pronunce contrastanti, negli ultimi anni la giurisprudenza italiana di legittimità sembra propendere, anche in questo caso, per la soluzione positiva. La Cassazione, infatti, da ultimo afferma che *“non è ravvisabile alcun contrasto della clausola con norme e principi dell'ordinamento giuridico. Nessun limite è infatti posto dalla legge all'autonomia privata per quanto attiene alla facoltà di recesso dal rapporto attribuita al lavoratore, di cui egli può liberamente disporre”*⁷⁸¹.

Il lavoratore potrà, così, pattuire una garanzia di durata minima del rapporto che comporti, fuori dell'ipotesi di giusta causa di recesso di cui all'art. 2119 c.c., il venir meno del suo potere di dimettersi anzitempo, con obbligo di risarcimento del danno a favore del datore di lavoro per il caso di mancato rispetto del periodo minimo di durata del rapporto⁷⁸².

Non può infatti prospettarsi che la stipulazione di una clausola di siffatto tenore comporti una limitazione della libertà contrattuale del lavoratore, in violazione della tutela assicurata dai principi dell'ordinamento; del resto, la *ratio* di tali clausole consiste nell'assicurare al datore di lavoro che il

⁷⁷⁹ La causa di una clausola di stabilità minima nel contesto di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato è da ravvisare non certo in un intento di liberalità, ma nel perseguimento di ben individuabili interessi di natura (anche indirettamente) patrimoniale, come lo specifico interesse di una società ad assicurarsi la collaborazione di un dirigente o di un altro *key worker*, considerato di particolare capacità ed esperienza, e di garantirsi la continuità delle prestazioni di questi per un tempo prestabilito.

⁷⁸⁰ Sulle ipotesi suscettibili di rilevare quale giusta causa di dimissioni tanto nell'ordinamento italiano quanto in quello cinese, si veda oltre, nel paragrafo secondo di questo stesso Capitolo.

⁷⁸¹ Cass. 11 febbraio 1998, n. 1435; più di recente, nello stesso senso, Cass. 7 settembre 2005, n. 17817 e Cass. 19 agosto 2009, n. 18376.

⁷⁸² A ben vedere, questa garanzia datoriale è analoga a quella destinata ad operare nel contratto di lavoro a tempo determinato, che consente il recesso anticipato del dipendente solo per giusta causa.

È legittima la previsione che gli importi della penale che il lavoratore dovrà corrispondere se rassegna le dimissioni prima del termine concordato siano decrescenti in relazione alla durata del rapporto stesso; è infatti evidente come il danno subito dalla società in caso di dimissioni anticipate di un lavoratore al quale abbia garantito una determinata formazione si attenui nel tempo, di mese in mese, man mano che ci si avvicini alla scadenza della clausola di stabilità, in quanto il passare del tempo giustifica progressivamente, sino ad “annullarlo”, il costo dell'addestramento (è una sorta di ammortamento degli oneri sostenuti per l'investimento formativo operato nei confronti del lavoratore).

suo investimento nell'assunzione di quel lavoratore (investimento che può derivare dall'elevata retribuzione offertagli per strapparlo alla concorrenza, o nelle spese sostenute per offrirgli percorsi di addestramento o corsi formativi che ne elevino la professionalità, o più semplicemente anche negli oneri connessi all'attività di *recruitment*) abbia una certa durata temporale, in assenza della quale l'investimento medesimo si rivelerebbe sostanzialmente inutile.

Il Giudice, peraltro, è riconosciuto titolare del potere di ridurre l'importo della penale pattuita a carico del lavoratore dimissionario *ante tempus*: in tale operazione egli è chiamato a valutare le peculiarità del caso posto alla sua attenzione⁷⁸³, potendo anche assumere come parametro l'equivalente dell'indennità di mancato preavviso e a ridurre equitativamente la penale ad una somma pari a tale indennità.

Si può fare l'esempio⁷⁸⁴ del pilota di aeromobili che si era obbligato a rimanere alle dipendenze di una compagnia aerea per un periodo di cinque anni dal momento dell'assunzione, prevedendosi altresì un obbligo risarcitorio in caso di recesso anticipato, che rappresentava il corrispettivo dei costi sostenuti dalla datrice di lavoro per la partecipazione del pilota al corso di abilitazione alla guida degli aeromobili.

La Corte di legittimità ha precisato altresì che la pattuizione del genere indicato non è ascrivibile alla categoria delle clausole vessatorie, e non richiede pertanto l'onere formale della doppia ed espressa sottoscrizione di cui all'art. 1341, comma 2, c.c.

Si può dunque osservare come la giurisprudenza riconosca la legittimità delle clausole di durata minima volte a limitare per un determinato periodo di tempo la facoltà di dimissioni, purché tali clausole:

- vincolino in egual misura anche il potere di recesso datoriale, oppure
- rinvengano un corrispettivo nella natura della prestazione o in particolari investimenti economici e/o formativi del datore di lavoro, di modo che la compressione del bene rappresentato dalla libertà personale del lavoratore, cui la libertà di dimissioni accede come corollario, trovi giustificazione nella tutela di un bene di pari dignità.

La questione della legittimità delle clausole di durata minima garantita è destinata a porsi anche nell'ordinamento cinese.

La *Employment Contract Law* le vieta solo indirettamente. L'art. 25 della stessa, infatti, non dichiara *tout court* illegittime tali clausole, ma si limita a vietare la previsione che obblighi il lavoratore a pagare una penale in caso di loro violazione: "*With the exception of the circumstances specified in Articles 22 and 23 of this Law, an employing unit shall not enter into an agreement with a worker on payment of penalty by the worker for breach of contract*".

Naturalmente, questa previsione legislativa, pur formalmente non vietando l'inserimento nel contratto di lavoro di una clausola di durata minima garantita, in realtà indirettamente ne impedisce, in pratica, la diffusione, perché è evidente che essa non ha alcuna utilità, per il datore di lavoro, se non viene contestualmente prevista una forma di penale per il lavoratore in caso di sua violazione.

In altre parole, senza la pattuizione di una penale, il lavoratore potrà comunque dimettersi prima del termine previsto: ma poiché la penale costituisce l'unico strumento giuridico in grado di rendere effettiva la clausola di durata minima garantita, è evidente che vietare l'inserimento di una penale equivale a vietare, sia pur in maniera mediata, la clausola stessa.

783 Un interessante precedente si rinviene nella sentenza del Tribunale di Venezia 23 ottobre 2003, n. 663, secondo cui "è valida la clausola c.d. di durata minima garantita con la quale il lavoratore, quale corrispettivo degli investimenti formativi fatti dal datore di lavoro, si obblighi a permanere alle dipendenze di quest'ultimo per un determinato periodo e a risarcire il medesimo, nel caso di dimissioni rassegnate *ante tempus*, nei termini convenzionalmente stabiliti mediante la stipulazione di un'apposita clausola penale, per importi decrescenti in relazione alla durata del rapporto stesso; la penale può essere diminuita dal giudice nell'esercizio del potere equitativo di cui all'art. 1384 c.c. apprezzando le peculiarità del caso concreto".

784 Caso deciso dalla Corte di Cassazione con la sentenza n. 1435/1998, citata nella precedente nota 771.

Peraltro, nonostante la presenza dell'art. 25 della legge, alquanto netto sul punto, la giurisprudenza cinese pone delle aperture interessanti, soprattutto nel caso in cui il lavoratore dimostri di non meritare la tutela posta nei suoi confronti dall'art. 25 perché si trova in una posizione connotata da mala fede.

Appare utile riportare qui un recente caso giudiziario, conclusosi con una pronuncia della Corte di Pechino del 2016, particolarmente interessante perché riguarda una fattispecie che si verifica abbastanza di frequente nella prassi.

A Pechino e in generale nei grandi centri urbani, le imprese spesso “attragono” i lavoratori aiutandoli ad ottenere la registrazione all'anagrafe (c.d. *hùkǒu*⁷⁸⁵), in cambio della stipulazione di clausole ad esse favorevoli.

Per impedire che i lavoratori si dimettano subito dopo aver ottenuto l'*hùkǒu*, molte imprese ricorrono allora all'inserimento nel contratto di lavoro delle clausole di durata minima del rapporto per un determinato numero di anni successivamente al rilascio dei documenti di registrazione anagrafica, clausole spesso assistite da penali da pagare in caso di loro violazione.

Nel caso ora in esame, nel mese di luglio 2012 il Sig. Zhou, un giovane neodiplomato, fu assunto da una società di servizi di sicurezza a Pechino, la quale gli assicurò l'ottenimento dell'*hùkǒu* della capitale. Le parti sottoscrissero un accordo *a latere*, non espressamente richiamato nel contratto di lavoro, con il quale il lavoratore si impegnava a non dimettersi per un periodo di cinque anni dall'ottenimento del certificato di registrazione anagrafica. In tale accordo separato, fu prevista anche la penale di 100.000 RMB per l'eventualità delle dimissioni rilasciate prima del termine quinquennale concordato, con una riduzione del 20% per ogni anno di servizio regolarmente rispettato.

Zhou, ottenuta la registrazione anagrafica nel novembre del 2012, si dimise dall'azienda nel giugno del 2014, e pagò spontaneamente la penale di 60,000 RMB, secondo quanto previsto nell'apposito patto. Tuttavia, Zhou poi promosse un giudizio avanti il Collegio Arbitrale del Distretto di Xicheng domandando la ripetizione della penale pagata da parte della società, sulla base dell'art. 25 della *Employment Contract Law*, che, come appena visto, vieta la pattuizione di una clausola che obblighi il lavoratore al pagamento di una penale in caso di interruzione del rapporto di lavoro.

Il Collegio Arbitrale accolse la domanda del lavoratore, condannando la società a restituire i 60,000 RMB. Il Collegio, infatti, ritenne che la clausola di durata minima garantita, pur contenuta in un accordo separato e non richiamato all'interno del contratto individuale di lavoro, fosse da considerare come funzionalmente collegata a questo e che pertanto a tale accordo dovesse applicarsi la disciplina vigente in materia di lavoro, ivi compreso quindi l'art. 25 della *Employment Contract Law* che vieta la previsione che obblighi il lavoratore al pagamento di una penale per il caso di risoluzione del rapporto di lavoro prima che sia trascorso il periodo minimo concordato. Conseguentemente, la previsione della clausola di durata minima garantita del rapporto, basata sulla condizione che il lavoratore ricevesse dal datore di lavoro la registrazione anagrafica, è stato ritenuto in violazione dell'art. 25 della *Employment Contract Law*, con l'ulteriore conseguenza che l'azienda difettava di una base legale per ritenere la penale.

La società, invece, argomenta che Zhou, al momento della sottoscrizione dell'accordo, avesse pienamente compreso il contenuto e il significato del medesimo e le obbligazioni cui andava incontro, ivi inclusa quella di pagare una penale in caso di dimissioni prima del decorso di cinque anni dall'ottenimento dell'*hùkǒu*, come confermava il fatto che egli avesse adempiuto spontaneamente a detto accordo pagando la penale, e che dunque non fosse meritevole di protezione, avendo disposto liberamente dei propri diritti.

A seguito dell'impugnazione della società, sia la Corte di base di Xicheng che la Corte Intermedia di Pechino hanno riformato la statuizione del Collegio Arbitrale e respinto la domanda di Zhou.

785 Per quanto riguarda la nozione di *hùkǒu*, si rinvia all'approfondita definizione contenuta in nota nel Capitolo Quarto, paragrafo 1, relativamente al divieto per il datore di lavoro di porre in essere atti di natura discriminatoria basati sulla mancanza dell'*hùkǒu* da parte del lavoratore.

La Corte di prima istanza e la Corte Intermedia concordano sul fatto che la clausola di durata minima garantita facesse parte del contratto di lavoro, e pertanto si dovesse applicare ad essa l'art. 25 della *Employment Contract Law*, che in effetti vieta l'apposizione di penali in caso di dimissioni del lavoratore. Tuttavia, la domanda del lavoratore di ripetere la penale versata è stata giudicata **contraria al principio di buona fede**, sia in quanto egli al momento della sottoscrizione dell'accordo era ben consapevole del suo contenuto e delle sue conseguenze, sia in quanto egli aveva pagato la penale spontaneamente, salvo poi "cambiare idea" e promuovere un giudizio per ottenerne il rimborso.

Da questo caso emblematico si possono trarre utili considerazioni in merito alla validità di clausole di durata minima garantita.

Contrariamente a quanto potrebbe apparire dall'esito del giudizio nel caso di specie, infatti, è necessario concludere che **la previsione di clausole di durata minima garantita**, assistite dal pagamento di una penale da parte del lavoratore per il caso di loro violazione, **non è consentita**, neppure nel caso in cui essa intervenga in un accordo separato rispetto al contratto di lavoro, financo precedentemente all'assunzione del lavoratore.

Tale conclusione è confermata dall'orientamento espresso dalla *Supreme Court* nei *Meeting Minutes of the Beijing Higher People's Court and the Beijing Labor Dispute Arbitration Commission on Law Application in Labor Dispute Cases*, emanata nel 2015, il cui art. 33 statuisce che "*if an employer and an employee agree on the service period and liquidated damages based on providing household registration quota, the employer's demand for liquidated damages from the employee under the agreement will not be supported*".

Come regola generale, pertanto, il datore di lavoro non avrà il titolo per agire in giudizio per ottenere il pagamento della penale concordata per il caso di dimissioni antecedenti il periodo concordato, essendo la clausola complessiva da ritenere invalida⁷⁸⁶.

Il medesimo art. 33 dei *Meeting Minutes*, tuttavia, prosegue affermando che "*if the employee violates the good faith principle, and in turn causes losses to the employer, then he or she should compensate the employer*": la società potrà, perciò, ottenere il **risarcimento del danno** cagionato dal lavoratore che si sia dimesso *ante tempus*, nel caso in cui egli si sia comportato in mala fede.

Conseguentemente, se datore di lavoro e lavoratore stipulano una clausola di durata minima garantita del rapporto di lavoro, che vieta al lavoratore di dimettersi prima di un certo periodo, e liquidano i danni anticipatamente con una clausola penale forfettaria, il complessivo accordo difficilmente potrà essere considerato legittimo e il datore di lavoro non avrà titolo per ottenere il pagamento della penale, a meno che il lavoratore non abbia violato il principio di buona fede e abbia cagionato dei pregiudizi economici in capo all'azienda.

Nella vicenda giudiziaria sopra riportato, del resto, l'azienda ha vinto la causa soltanto per la violazione della buona fede da parte di Zhou, la dimostrazione della quale era da ravvisare nella circostanza che egli, prima di adire il Collegio Arbitrale, aveva spontaneamente adempiuto al pagamento della penale cui liberamente si era obbligato per l'eventualità di sue dimissioni prima del termine minimo concordato.

Peraltro, dato che l'art. 22 della *Employment Contract Law* inibisce alle parti di inserire nel contratto un'obbligazione risarcitoria in caso di recesso anteriore al termine concordato (solo) se prevista a carico del lavoratore, una previsione di tenore opposto, secondo la quale il soggetto onerato del pagamento della penale sia il datore di lavoro, è ammissibile e legittima.

Infatti, in un altro caso giudiziario la Corte di Guangzhou ha affermato l'illegittimità di una clausola di durata minima garantita del rapporto sanzionata dall'obbligo delle parti di pagare una penale a titolo risarcitorio in caso di violazione della durata minima, solo nella parte in cui essa pone l'obbligazione risarcitoria a carico del lavoratore, lasciandola invece in vita dal versante opposto, e

786 Soprattutto nel caso in cui la previsione di una durata minima del rapporto sia funzionalmente collegata all'ottenimento della registrazione anagrafica, questa previsione risponde naturalmente all'esigenza di evitare una sostanziale alterazione del sistema di ottenimento dell'*hukōu*.

condannando così la società datrice ad onorare il contratto e a pagare la penale concordata quale conseguenza dell'estinzione del rapporto di lavoro *ante tempus*.

Nel caso di specie, il contratto di lavoro, a tempo determinato con durata decennale, sanciva il divieto delle parti di estinguere il rapporto di lavoro prima della scadenza del termine apposto al contratto stesso se non in presenza di un'ipotesi di giusta causa, prevedendo altresì che in caso di violazione di questo divieto la parte inadempiente avrebbe dovuto corrispondere all'altra parte una penale di importo pari al 200% della retribuzione che sarebbe stata dovuta per il periodo rimanente. A seguito del licenziamento subìto, il lavoratore ha adito il Collegio Arbitrale per ottenere sia una pronuncia di illegittimità del licenziamento, sia la condanna del datore di lavoro al pagamento del 200% della retribuzione per i sei anni che ancora rimanevano prima dell'estinzione del termine, in applicazione della clausola penale concordata. Il datore di lavoro si opponeva ad entrambe le richieste, ritenendo il licenziamento sorretto da una giusta causa di recesso (nella specie, la condotta contestata al dipendente consisteva in una complessiva attività di *deception*, una sorta di inganno nell'ottenimento del posto di lavoro, avendo egli falsamente dichiarato di essere un esperto di commercio estero, circostanza che secondo la società era inveritiera – si osservi che tale contestazione è palesemente affetta da tardività: ci doveva impiegare quattro anni la società per accorgersi di una condotta del lavoratore a suo dire fraudolenta, di una dichiarazione del lavoratore relativa alle competenze in suo possesso non suffragata dal rendimento dimostrato durante il rapporto?).

La Corte di Guangzhou ha asserito che la *Employment Contract Law* vieta alle parti di imporre una penale a carico del dipendente in casi diversi dall'unica ipotesi, di natura eccezionale, prevista dall'art. 22 della stessa. Tuttavia, stante il tenore letterale della legge – che proibisce l'inserimento nel contratto di una siffatta clausola solo se è prevista a carico del lavoratore –, è invece ben possibile che le parti stabiliscano una clausola di durata minima garantita assistita da una penale a carico del datore di lavoro. La Corte ha così condannato la società alla corresponsione della penale indicata in contratto, pari al 200% della retribuzione dei sei anni che ancora mancavano alla scadenza del termine minimo garantito che era stato pattuito.

Questa differenza di prospettiva – legittimità della clausola se prevista a favore del dipendente e illegittimità se prevista a suo carico, a favore del datore di lavoro – è motivata dalla Corte come necessario bilanciamento della maggiore forza contrattuale propria del datore di lavoro rispetto ai lavoratori, bilanciamento che richiede una forma di tutela aggiuntiva a favore di questi ultimi.

Peraltro, occorre notare come il **giudizio di invalidità** delle clausole di durata minima garantita **non sia condiviso all'unanimità** da parte della giurisprudenza.

Due pronunce della Corte di Haidian, entrambe del 2015, pur in presenza di un esito differenziato del giudizio, chiariscono bene la questione.

La prima riguardava un contenzioso sorto tra un *senior manager* e la società datrice che avevano sottoscritto un contratto, allegato al contratto di assunzione, in virtù del quale veniva inibito al primo di dimettersi per il periodo di un anno a partire dall'instaurazione del rapporto di lavoro: correlativamente, la società avrebbe mensilmente versato al lavoratore un corrispettivo in denaro. Il contratto prevedeva altresì che, per il caso di dimissioni anticipate rispetto al periodo di durata minima garantita convenuto, il lavoratore avrebbe dovuto integralmente restituire alla società quanto percepito.

La società aveva regolarmente provveduto alla periodica corresponsione del corrispettivo concordato per la previsione della durata minima garantita del rapporto di lavoro, ma il *manager* si dimetteva dopo solo quattro mesi dall'instaurazione del rapporto.

A seguito del ricorso proposto dalla società volto all'ottenimento di una condanna dell'ex dipendente alla restituzione del corrispettivo *medio tempore* versatogli, la Corte di Haidian ha affermato che il contratto in parola non violava alcuna norma imperativa, e poiché il lavoratore non aveva dimostrato che la società avesse agito con frode o mala fede al momento della sottoscrizione dell'accordo, quest'ultimo avrebbe dovuto essere considerato del tutto legittimo ed efficace e vincolante per entrambe le parti. Inoltre, la Corte ha rilevato che il *bonus* era espressamente

condizionato al fatto che il *manager* restasse in servizio presso l'azienda per almeno un anno: dal momento che egli si era dimesso, doveva ritenersi venuta meno la condizione di trattenimento, da parte sua, di quanto percepito a tale titolo. Per tali ragioni, la Corte ha condannato il lavoratore alla restituzione dell'ammontare del *bonus* che aveva ricevuto.

In un altro caso del medesimo anno, tuttavia, la stessa Corte di Haidian ha condiviso le prospettazioni del dipendente. In tale ultima fattispecie, il lavoratore aveva sottoscritto con la società una lettera di intenti, allegata al contratto di lavoro, alla luce della quale egli assumeva l'obbligo di rimanere alle dipendenze della medesima per un periodo di tempo di almeno tre anni: in cambio, la società non si impegnavo al pagamento di un corrispettivo in danaro, bensì prometteva al lavoratore di garantirgli l'ottenimento dell'*hùkǒu* di Pechino. L'accordo in parola prevedeva altresì che se il dipendente si fosse dimesso precedentemente rispetto al periodo concordato, avrebbe dovuto rimborsare alla società i costi da questa sostenuti per la richiesta dell'*hùkǒu*, oltre a pagare una penale. A seguito delle dimissioni del lavoratore nel secondo anno di servizio, la società rifiutava di consegnargli i documenti personali relativi all'*hùkǒu* ottenuto grazie al proprio intervento, e fu per questo chiamata in causa dal lavoratore. La società propose una domanda riconvenzionale volta ad ottenere la condanna del ricorrente al pagamento della penale concordata e forfettizzata nell'accordo.

Questa volta, la Corte ha accolto la prospettazione del lavoratore relativamente alla illegittimità dell'accordo sottoscritto.

Tuttavia, il diverso esito dei due giudizi non è indice di incoerenza da parte della Corte.

Questa, infatti, ha affermato che l'invalidità dell'accordo relativo alla penale stabilita in caso di violazione da parte del dipendente dell'obbligo di durata minima garantita derivava, nel caso di specie, da una lettura coerente della *Employment Contract Law*, ai sensi della quale tale penale può essere solo di carattere pecuniario, non anche relativa al rifiuto di restituzione dei documenti personali del lavoratore, ed inoltre può avere per oggetto soltanto il rimborso delle spese di formazione sostenute per quel lavoratore (oltre che per la violazione delle obbligazioni di non-concorrenza previste in un *non-compete agreement*), mentre ogni altra clausola recante una penale in capo al lavoratore deve essere ritenuta invalida.

Quest'ultimo rilievo della Corte di Haidian, tuttavia, non è condiviso dalla generalità delle Corti cinesi. L'Alta Corte di Shanghai, per esempio, con una pronuncia del 2009 aveva affermato che se il datore di lavoro fornisce determinati benefici – pur di natura non monetaria – al lavoratore (si pensi alla concessione di un'auto aziendale, o la messa a disposizione di un'unità abitativa) quale corrispettivo di un obbligo di durata minima di servizio in capo a quest'ultimo, tali benefici debbono essere considerati come una sorta di trattamento retributivo anticipato, con la conseguenza che il datore di lavoro ha il diritto di domandare la restituzione del relativo valore *pro quota* in ogni caso di violazione da parte del lavoratore della clausola in esame.

Il giudizio di invalidità che la *Employment Contract Law* offre in materia di clausole di durata minima garantita e di clausola penale per le dimissioni *ante tempus* del lavoratore soffre – come riportato in apertura di art. 25 – l'**eccezione** rappresentata dall'**art. 22** della legge.

Esso, cioè, prevede un'ipotesi in cui tale previsione è consentita.

Trattasi della circostanza in cui “*an employer pays special training expenses for the special technical training of his employees*”: in tal caso egli “*may enter an agreement with his employees for breach of contract; the amount of the penalty shall not exceed the training fees provided by the employer*”.

Si tratta di un'ipotesi in cui l'esigenza sottesa alla norma è chiaramente comprensibile, e consiste nell'opportunità di consentire al datore di lavoro di non perdere le spese sostenute per l'addestramento del dipendente sul quale, evidentemente, aveva effettuato un investimento.

Essendo questa la *ratio* della norma, si capisce che l'importo della penale convenuta non potrà superare le spese sostenute per tale *training*, e che al giudice è riconosciuto il potere di ridurre di conseguenza la penale che sia stata stipulata per un importo superiore⁷⁸⁷.

Peraltro, giova evidenziare che la lettera dell'art. 22 richiede che l'addestramento offerto al lavoratore dal datore di lavoro sia “*special*”⁷⁸⁸: è da escludere, pertanto, che in tale nozione possa rientrare l'ordinario *training* vocazionale che viene offerto alla generalità dei dipendenti dell'impresa. Per “*special technical training*” deve intendersi, invece, un insieme di corsi formativi condotti a favore della specifica persona (o categoria di lavoratori), in maniera distinta da quelli che costituiscono ordinari eventi formativi effettuati *in-house*.

In tal senso sembra deporre la disposizione di cui all'art. 16 del *Regulation on the Implementation of the Employment Contract Law*, ai sensi della quale “*the training expenses as mentioned in Paragraph 2, Article 22 of the Employment Contract Law include the training expenses spent by the employer on providing professional technical trainings for an employee, the travel expenses during the training, and other direct expenses spent on the employee as a result of the training*”: il riferimento a spese di viaggio e altre spese non specificate, sembra confermare il presupposto per cui la formazione contemplata dall'art. 22 non possa ricomprendere anche la formazione offerta ordinariamente all'interno dell'azienda alla generalità dei dipendenti dell'impresa.

* * *

8.2 La disciplina legale delle dimissioni

8.2.1 L'onere di preavviso

Come riportato in apertura, le dimissioni sono un atto unilaterale, in quanto dipendono dalla mera volontà del lavoratore, che decida di interrompere il rapporto di lavoro a tempo indeterminato.

Dal momento che, nell'ordinamento italiano, tale atto prescinde dalla sussistenza di una ragione giustificatrice – è cioè un **atto libero**, in quanto non rileva la necessaria presenza di una giusta causa o di un giustificato motivo quali elementi legittimanti il potere del lavoratore di dimettersi⁷⁸⁹ – la legge tutela il destinatario dell'atto, ovvero il datore di lavoro, prevedendo a carico del lavoratore dimissionario l'**onere di preavviso**.

Tale onere si rinviene nella disciplina codicistica (ormai residuale dal versante del licenziamento, ma ancora pienamente operativa invece per quanto riguarda l'estinzione del rapporto da parte del lavoratore dal punto di vista sostanziale), e precisamente nell'art. 2118 c.c., che consente alle parti di recedere dal rapporto di lavoro a tempo indeterminato “*dando il preavviso nel termine e nei modi stabiliti dalle norme corporative, dagli usi o secondo equità*”; con la precisazione, al comma 2, che “*in mancanza di preavviso, il recedente è tenuto verso l'altra parte a un'indennità equivalente all'importo della retribuzione che sarebbe spettata per il periodo di preavviso*”.

Nel rapporto di lavoro dipendente, pertanto, il preavviso si pone come condizione di liceità del recesso, la cui inosservanza è sanzionata dall'obbligo di corrispondere da parte del recedente una

787 Potere equivalente a quello riconosciuto dall'art. 1384 del Codice Civile italiano nel caso in cui la clausola penale stipulata dalle parti sia di importo troppo elevato in relazione all'oggetto complessivo del contratto. Nel caso dell'art. 22 della *Employment Contract Law*, tuttavia, il potere giudiziale di ridurre l'importo della penale risulta specificato da parametri oggettivi (riduzione al totale delle spese sostenute dal datore di lavoro per il training impartito al lavoratore), mentre l'art. 1384 c.c. risulta privo di parametri oggettivi facilmente individuabili e, pertanto, attribuisce al giudice una maggiore discrezionalità.

788 用人单位为劳动者提供专项培训费用, yònggrén dānwèi wèi láodòngzhě tígōng zhuāngxiàng péixùn fèiyòng, letteralmente: “l'unità del datore di lavoro fornisce al lavoratore le spese/i costi per un addestramento speciale”.

789 Nell'ordinamento cinese la questione, come vedremo, è particolarmente controversa, e verrà approfondita *funditus* in questo stesso paragrafo dopo l'analisi della disciplina italiana.

indennità sostitutiva: ne consegue che esso non può essere preventivamente escluso dalla volontà delle parti né essere limitato nella sua durata rispetto a quello fissato ai sensi della disposizione codicistica citata.

La quantificazione del termine di preavviso obbligatorio, infatti, è rimessa alla contrattazione collettiva; il datore di lavoro, tuttavia, potrebbe essere interessato ad allungare il termine così individuato, allo scopo di assicurarsi un periodo maggiore per fronteggiare la perdita del dipendente in organico (provvedendo alla sua sostituzione o ad altri accorgimenti organizzativi in grado di superare le difficoltà create dal vuoto così venutosi a creare). Egli, pertanto, potrebbe inserire nel contratto individuale un'apposita clausola con la quale le parti concordino sull'estensione del periodo di preavviso applicabile secondo il contratto collettivo (c.d. **clausola di estensione del preavviso**).

Sulla legittimità di una clausola siffatta si è dubitato, in quanto essa appare idonea ad arrecare senz'altro pregiudizio al lavoratore, perlomeno nel caso in cui sia prevista soltanto a suo carico.

In merito alla facoltà datoriale di prolungare il preavviso di dimissioni del lavoratore, la giurisprudenza italiana ha ormai da tempo chiarito che, mentre non è possibile ritenere sussistente la possibilità di escludere il preavviso, *“è lecito invece, mediante accordo individuale, pattuirne una maggior durata giacché tale pattuizione può giovare al datore di lavoro, come avviene nel caso in cui non è agevole la sostituzione del lavoratore recedente, ed è sicuramente favorevole a quest'ultimo che resta avvantaggiato dal computo dell'intero periodo agli effetti della indennità di anzianità [oggi trattamento di fine rapporto, n.d.s.] e dei miglioramenti retributivi e di carriera”*⁷⁹⁰.

La maggior durata del preavviso – beninteso, se prevista in capo ad entrambe le parti – non deve essere pertanto giudicata aprioristicamente in contrasto con gli interessi del lavoratore purché, e la giurisprudenza sul punto è chiara, tale maggior durata vincoli entrambe le parti contraenti.

Ne deriva, quindi, la legittimità di una pattuizione volta a regolamentare il periodo di preavviso a prescindere dalla previsione o meno di tale deroga da parte del contratto collettivo, essendo posta come condizione la sola sussistenza di un interesse effettivo per entrambe le parti del rapporto di lavoro al prolungamento del periodo di preavviso.

In via generale deve invece essere considerato illegittimo un eventuale vincolo gravante, in via unilaterale ed esclusiva, sul solo lavoratore⁷⁹¹.

Infine, viene pacificamente considerata legittima la clausola di estensione del preavviso con la quale le parti stabiliscano un apposito compenso aggiuntivo – avente natura di vero e proprio *superminimo* – quale corrispettivo del maggior onere in capo al dipendente e, soprattutto, eliminino consensualmente la penale legale (indennità di mancato preavviso) sostituendola, per il caso di violazione da parte del lavoratore dell'obbligo pattuito, con la mera perdita o restituzione del compenso aggiuntivo, a questo punto rimasto privo di causa. Una pattuizione di tal genere, infatti, non è ritenuta violatrice di alcuna norma inderogabile.

Nell'ordinamento cinese si rinvencono alcune peculiarità rispetto all'ordinamento italiano.

⁷⁹⁰ Corte di Cassazione, sentenza 12 marzo 2015, n. 4991.

⁷⁹¹ Sul punto, peraltro, si segnala che, in un caso molto specifico, una sentenza della Corte di Cassazione (Cass., 3 novembre 2009, n. 23235), con riferimento ad un rapporto lavorativo in ambito creditizio, ha ammesso che la maggiore durata possa vincolare il solo prestatore di lavoro, ma unicamente nel caso in cui ricorrano entrambe le seguenti due condizioni: (i) la facoltà di deroga sia attribuita alle parti dal contratto collettivo (nella fattispecie decisa dalla sentenza, l'art. 73 del C.c.n.l. per i quadri direttivi e per il personale delle aree professionali dipendenti dalle imprese creditizie, finanziarie e strumentali prevedeva che le dimissioni debbano essere presentate per iscritto con il preavviso di un mese “salvo diverso termine concordato”); (ii) il lavoratore abbia ricevuto, quale corrispettivo per il maggior termine di preavviso su di sé gravante, un compenso in denaro (sotto forma di superminimo individuale).

Trattasi di soluzione che lascia perplessa la dottrina maggioritaria, che in contrario è perlopiù propensa a sostenere “la nullità dell'accordo individuale di prolungamento del termine di preavviso di dimissioni previsto dal contratto collettivo e dalla legge sull'impiego privato”, con soluzione drasticamente indifferenziata rispetto alla vincolatività unilaterale (cioè limitata alle sole dimissioni) o bilaterale (ossia estesa anche al licenziamento) della maggior durata del preavviso; in tal senso, cfr. A. Vallebona, *Preavviso di dimissioni e accordi individuali*, in *Lav. Giur.*, 2001, 1120.

In primo luogo, il periodo di preavviso è non solo previsto, ma anche espressamente quantificato dalla legge, all'art. 37 della *Employment Contract Law*, il quale dispone che “*the employee may terminate the labour contract with a written notice to the employer 30 days in advance. During the probation period, the employee may terminate the labour contract with a three-day prior notice*”.

Il periodo di preavviso, così, è uguale per tutti i rapporti di lavoro, a prescindere dal contratto collettivo applicabile, ed è quantificato in trenta giorni⁷⁹², con l'unica eccezione per il lavoratore in prova per il quale il preavviso è ridotto a soli tre giorni⁷⁹³.

La circostanza per la quale l'art. 37 provvede ad indicare in maniera diretta, senza rinviare a fonti eteronome, la durata del periodo di preavviso, unitamente all'assenza, all'interno di tale disposizione, di alcuna facoltà derogatoria in capo alle parti, costituisce il primo motivo per ritenere che all'interno dell'ordinamento cinese **non sia legittima una clausola che estenda il periodo di preavviso**, a maggior ragione se prevista a carico del solo dipendente.

Inoltre, occorre notare che l'art. 37 – a differenza dall'art. 2118 c.c. – non afferma che, in caso di mancato assolvimento dell'onere di preavviso, il lavoratore sia tenuto a versare alla controparte datoriale l'indennità di mancato preavviso (intesa come penale, cioè come risarcimento di un danno sofferto da controparte dalla liquidazione preventivamente forfetizzata in un importo pari alla mensilità di retribuzione che egli avrebbe ricevuto nel caso, speculare, in cui fosse stato licenziato senza il rispetto dell'onere di preavviso da parte del datore di lavoro), piuttosto che altre somme aventi natura risarcitoria.

L'orientamento maggioritario ritiene quindi che il datore di lavoro non abbia titolo per pretendere il pagamento di alcuna somma in caso di dimissioni in tronco del dipendente⁷⁹⁴. E ciò si ricava sulla base di un duplice argomento.

(i) In primo luogo, l'art. 40 della *Employment Contract Law* – che come noto contempla e regola le ipotesi in cui il datore di lavoro può porre in essere un licenziamento con il necessario rispetto dell'onere di preavviso – prevede espressamente che, in luogo del preavviso, il datore di lavoro può recedere immediatamente, con il pagamento di una mensilità aggiuntiva di retribuzione (“*the employer may terminate the labour contract with a written notice given to the concerned employee 30 days in advance, or one month's wage in lieu of notice paid to the employee*”⁷⁹⁵).

792 Di durata eguale a quello cui è tenuto il datore di lavoro nelle ipotesi di licenziamento con preavviso, previsto dagli articoli 40 e 41.

793 Sebbene il preavviso richiesto al lavoratore durante il periodo di prova sia minimo, comunque v'è da riscontrare una difformità riguardante le parti del rapporto, in quanto il datore di lavoro è legittimato a licenziare il lavoratore in prova in tronco, senza essere tenuto al rispetto di alcun preavviso (ai sensi dell'art. 39, num. 1, nel solo caso in cui il lavoratore abbia dimostrato di non possedere le competenze poste alla base della sua assunzione; in proposito, si rinvia a quanto osservato *supra*, nel Capitolo Terzo).

794 Ovviamente in caso di difetto di giusta causa. Nel caso, infatti, in cui il lavoratore si dimetta senza rispettare il periodo di preavviso al ricorrere di una delle ipotesi di cui all'art. 38 (ipotesi assimilabili alla giusta causa sistematizzata nel nostro ordinamento), non solo non sarà tenuto, naturalmente, al pagamento di alcuna somma al datore di lavoro, ma anzi avrà il diritto di esigere da questi il pagamento dell'indennità di cui all'art. 46 della *Employment Contract Law* (per la quale si rinvia al Capitolo Quinto).

795 有下列情形之一的，用人单位提前三十日以书面形式通知劳动者本人或者额外支付劳动者一个月工资后，可以解除劳动合同，yǒu xiàliè qíngxíng zhīyī de, yòng rén dānwèi tíqián sānshí rì yī shūmiàn xíngshì tōngzhī láodòngzhě běnrén huòzhě éwài zhīfù láodòngzhě yī gè yuè gōngzī hòu, kě yǐ jiěchú láodòng héng, letteralmente: “al ricorrere di una delle situazioni sotto indicate, l'unità del datore di lavoro, con una comunicazione scritta al lavoratore in persona con un anticipo di trenta giorni, oppure pagando al lavoratore la retribuzione di un mese extra, può terminare il contratto di lavoro [...]”. L'espressione rilevante è 或者额外支付劳动者一个月工资, huòzhě éwài zhīfù láodòngzhě yī gè yuè gōngzī, “oppure pagare al lavoratore un mese extra di retribuzione”, in quanto essa non compare nell'art. 37 che pone l'onere di preavviso a carico del lavoratore che intenda dimettersi.

A parte l'assenza di tale espressione, il testo dell'art. 37 relativamente al preavviso è in tutto e per tutto coincidente: 劳动者提前三十日以书面形式通知用人单位，可以解除劳动合同, “il lavoratore può terminare il contratto di lavoro con comunicazione scritta all'unità del datore di lavoro, con un anticipo di trenta giorni”. Non può che concludersi, quindi, che la presenza dell'indennità sostitutiva nell'art. 40 anziché nell'art. 37 non può essere stata causale, e rifletta invece una scelta intenzionale da parte del legislatore.

In altre parole, la “sanzione” per il caso di mancato rispetto dell’onere di preavviso è prevista soltanto a carico del datore di lavoro, e non anche a carico del lavoratore. In virtù del fondamentale principio interpretativo secondo cui *lex, ubi voluit dixit, ubi noluit tacuit*, è da ritenere che la mancata previsione dell’onere del pagamento di un’indennità per l’eventualità di dimissioni in tronco sia stata intenzionale da parte del legislatore, proprio in quanto è stata invece inserita nella disposizione normativa che regola il caso speculare in cui il recesso interviene da parte del datore di lavoro.

Se questo è vero, ne deriva che la richiesta del pagamento di un’indennità sostitutiva del preavviso (o di altra forma di risarcimento del danno da dimissioni immediate) in capo al lavoratore non sia coerente con la *ratio* della *Employment Contract Law*, che in numerose ipotesi tenta di bilanciare la situazione di disegualianza sostanziale tra le parti del rapporto di lavoro prevedendo una posizione privilegiata a favore del dipendente/parte debole. A maggior ragione alla luce del fatto che, per l’appunto, lo stesso onere risarcitorio è previsto dall’art. 40 per il caso speculare di licenziamento con preavviso per ragioni oggettive, caso nel quale il datore di lavoro può procedere all’estinzione immediata mediante la corresponsione di una mensilità di retribuzione “*in lieu of notice*”. Ne deriverebbe che il lavoratore può dimettersi semplicemente dandone comunicazione per iscritto al datore di lavoro, senza che l’eventuale richiesta di questo al risarcimento del danno subito per il mancato rispetto del preavviso possa ottenere accoglimento da parte delle Corti.

(ii) A ciò si deve aggiungere che il concetto di “*payment in lieu of notice*”⁷⁹⁶ contenuto nell’art. 40 costituisce, tecnicamente, una penale avente la funzione di risarcimento forfetizzato del danno subito dal lavoratore per effetto del mancato assolvimento datoriale all’onere di preavviso.

Ma se l’indennità sostitutiva viene ad essere configurata come una penale, subentra l’applicabilità della già citata disposizione di cui all’art. 25 della *Employment Contract Law*, secondo il quale al lavoratore non può essere richiesto il pagamento di alcuna penale per il caso di dimissioni.

È vero che l’art. 25 testualmente si riferisce a penali di natura contrattuale e non di natura legale, ma il silenzio serbato in proposito dall’art. 37 – soprattutto se confrontato con l’espressa previsione del “*payment in lieu of notice*” dell’art. 40 – pone dei seri dubbi riguardo la natura legale di una penale (o comunque di un obbligo risarcitorio) non prevista espressamente dalla legge.

Se ne può concludere, quindi, che l’obbligo di preavviso di dimissioni previsto in capo al lavoratore costituisca un *obbligo di natura imperfetta*, in quanto nella pratica una sua eventuale violazione non viene sanzionata obbligando il lavoratore al pagamento di alcuna indennità risarcitoria, tanto forfetizzata in una mensilità di retribuzione, quanto da liquidare a seguito della dimostrazione, da parte del datore di lavoro, del danno subito per effetto di tale violazione⁷⁹⁷.

796 额外支付劳动者一个月工资, éwài zhīfù láodòngzhě yī gè yuè gōngzī, letteralmente “pagare al lavoratore un mese extra di retribuzione”, laddove il concetto di “extra” corrisponde al termine 额外, éwài, che significa “extra”, “addizionale”, laddove il concetto di “fuori dell’ordinario” insito nel suo significato è conferito dal carattere 外, wài, che vuol dire per l’appunto “fuori”, “esterno”.

797 Di fatto, quindi, la situazione del lavoratore che si dimetta senza preavviso e addirittura senza comunicazione scritta inviata al datore di lavoro (pensiamo al dipendente che semplicemente non si rechi più nella sede di lavoro) può essere accostata alla situazione del dipendente che semplicemente risulti assente dal lavoro per un periodo di tempo indefinito, e quindi può essere licenziato per assenteismo. Tale accostamento, peraltro, rende la posizione del datore di lavoro particolarmente pericolosa. La soluzione migliore, per quest’ultimo, sarebbe quella di ottenere comunque la manifestazione di volontà della volontà del lavoratore di dimettersi, sia pure non in forma scritta (in difetto di 书面形式, shūmiàn xíngshì, cioè di comunicazione per iscritto, l’azienda potrà utilizzare la testimonianza di altro dipendente che abbia assistito alle dimissioni a voce, oppure registrare tale comunicazione con uno strumento audio o visivo da depositare in un eventuale giudizio successivamente instaurato dal lavoratore che pretenda di essere stato licenziato). Altrimenti, nel caso in cui il lavoratore semplicemente “scompaia”, dimettendosi per fatti concludenti senza neanche darne comunicazione orale (o nel caso in cui l’azienda non sia riuscita a predisporre la prova di questa), il datore di lavoro sarà costretto, per non mantenere in vita un rapporto solo sulla carta, a licenziare il dipendente, ma in maniera assolutamente rispettosa dell’art. 39 in modo da non esporsi ai rischi di una successiva impugnazione da parte del lavoratore stesso (così, dovrà fare riferimento, nella comunicazione del licenziamento, al codice disciplinare interno o all’*handbook*, i quali dovranno espressamente prevedere che l’assenza ingiustificata dal lavoro per un tot numero di giorni costituisce causa di licenziamento). Anche in questo caso, peraltro, sussisteranno problemi relativi alla

Conclusivamente, è dunque possibile affermare che in Cina una domanda del datore di lavoro volta al pagamento dell'indennità sostitutiva del preavviso da parte del lavoratore dimissionario che abbia violato l'onere di preavviso a suo carico difficilmente sarà accolta dal Collegio Arbitrale o dalla Corte del Popolo⁷⁹⁸.

8.2.2. *La disciplina sostanziale delle dimissioni. La rilevanza della giusta causa.*

Si è detto in premessa che nell'ordinamento italiano le dimissioni del lavoratore costituiscono un atto libero, che prescinde cioè dalla necessaria sussistenza di una causale giustificatrice che sia ricompresa in una serie tassativa di ipotesi normativamente previste.

In altre parole, il lavoratore può dimettersi *ad nutum*, per qualunque motivo e financo senza addurre alcuna giustificazione al proprio atto estintivo.

Egli è tenuto soltanto al rispetto del periodo di preavviso applicabile al rapporto in virtù del contratto collettivo o di una clausola di estensione di cui si è parlato in precedenza; oppure, in caso di estinzione immediata del rapporto, al pagamento della relativa indennità sostitutiva, costituita – come noto – dalla retribuzione che egli avrebbe percepito se avesse lavorato durante il periodo di preavviso.

Infatti, la libertà personale del lavoratore esige che questi, salva la stipulazione di una lecita clausola di durata minima garantita, possa recedere dal contratto a tempo indeterminato in qualsiasi momento, fermo restando l'obbligo del preavviso a tutela del datore di lavoro: pertanto, per le dimissioni è rimasto intatto il regime codicistico (artt. 2118 e 2119 c.c.), a differenza che per il licenziamento per il quale, come si è ampiamente visto nel Capitolo Terzo, tale coppia di disposizioni ha mantenuto una funzione solo residuale, venendo in rilievo esclusivamente nei pochi e tassativi casi in cui non trovino applicazione le disposizioni della legge n. 604/1966 sul licenziamento individuale.

Una conseguenza di questo assetto normativo è che le dimissioni costituiscono un atto unilaterale del lavoratore e pertanto non necessitano dell'accettazione da parte del datore di lavoro.

Pertanto, tale conclusione nel senso della libertà di dimissioni vale solo se il dipendente è assunto con contratto a tempo indeterminato.

Se, invece, il lavoratore è assunto a termine, egli può dimettersi solo per giusta causa. Con l'assunzione a termine, infatti, le parti si sono impegnate a garantire la permanenza del rapporto per tutto il periodo concordato, fino alla scadenza del termine finale apposto al contratto di lavoro: e ciò vale non solo per il datore di lavoro – che non potrà licenziare il dipendente per nessuna ragione se non per giusta causa – ma anche per il lavoratore, che potrà procedere al recesso, anche in questo caso, soltanto in presenza di un'ipotesi configurante giusta causa ai sensi dell'art. 2119 c.c.

Naturalmente, anche in ipotesi di estinzione di un rapporto di lavoro a tempo determinato in assenza di giusta causa la parte recedente sarà tenuta al risarcimento del danno a favore della controparte,

comunicazione del licenziamento al lavoratore: se l'azienda non riesce ad ottenere la prova che quest'ultimo abbia ricevuto la lettera di licenziamento per assenza ingiustificata, non è escluso che questi si ripresenti al lavoro e pretenda che il licenziamento sia invalido appunto per difetto di comunicazione del medesimo, in violazione dell'art. 43 (sul quale cfr. Capitolo Sesto).

Trattasi di problemi pratici che nell'ordinamento italiano non si pongono, sia per la previsione, anche a carico del lavoratore dimissionario, dell'onere di preavviso, sia soprattutto a seguito dell'entrata in vigore del d. lgs. n. 151/2015, il quale all'art. 26 ha introdotto una disciplina procedurale delle dimissioni che – seppure giudicata eccessivamente dettagliata e sovrabbondante di oneri burocratici – intende proprio evitare ogni problema di accertamento in relazione all'effettiva volontà del lavoratore di dimettersi, ed alla sua manifestazione.

798 La conclusione cui pervengo nel testo mi è stata confermata, sia pure in maniera naturalmente ufficiosa, da funzionari dei *Labor Bureau* delle città di Guangzhou e di Shenzhen ai quali ho avuto l'occasione di chiedere, appunto, se il datore di lavoro ha titolo per agire nei confronti del lavoratore che si sia dimesso senza rispetto del periodo di preavviso e senza darne comunicazione scritta all'azienda.

quantificato nell'importo della retribuzione che sarebbe stata dovuta per il periodo residuo di durata del servizio.

Appare pertanto evidente che la presenza della **giusta causa di dimissioni** assume un rilievo diverso a seconda che il contratto sia o meno a tempo determinato.

Infatti:

- (i) nel primo caso (contratto a tempo determinato), la giusta causa costituisce requisito di legittimità delle dimissioni, ed in assenza della stessa il lavoratore dimissionario è tenuto al pagamento a favore del datore di lavoro, a titolo di risarcimento danni, di una somma pari alla retribuzione che gli sarebbe spettata sino alla scadenza del termine;
- (ii) nel caso opposto (contratto a tempo indeterminato), la giusta causa assume una rilevanza completamente differente, in quanto non configura un presupposto di legittimità dell'atto di dimissioni – che in questo caso sono del tutto libere causalmente –, ma permette al lavoratore di estinguere il rapporto di lavoro con efficacia immediata, senza il rispetto dell'obbligo di preavviso. In assenza di giusta causa, quindi, il dipendente è tenuto al pagamento solo dell'importo che egli avrebbe percepito a titolo retributivo per il periodo di preavviso da lui non rispettato. Pertanto, se le dimissioni dal rapporto a tempo indeterminato avvengono per giusta causa, il lavoratore non è tenuto né al preavviso né all'indennità sostitutiva; anzi, a suo favore sorge il diritto al pagamento da parte del datore di lavoro della medesima indennità sostitutiva del preavviso che, in assenza di giusta causa, sarebbe stata a proprio carico.

La nozione di giusta causa è la medesima che abbiamo analizzato parlando del licenziamento, trovando anch'essa definizione nell'art. 2119 c.c. quale causa che non consenta la prosecuzione nemmeno provvisoria del rapporto di lavoro.

Data la rilevanza, in tema di dimissioni, del concetto di giusta causa, si passano ora ad individuare talune ipotesi che, nel nostro ordinamento, vengono ritenute idonee ad integrare tale fattispecie, precisando che solo in alcuni casi precise disposizioni di diritto positivo espressamente definiscono una determinata circostanza come giusta causa di dimissioni, prevedendo in caso di sua evenienza il diritto del lavoratore ad estinguere il rapporto con decorrenza immediata.

Nella molteplicità dei casi, invece, l'accertamento della sussistenza o meno di un'ipotesi di giusta causa costituisce l'esito di un'operazione esegetica dell'interprete, chiamato a valutare se il fatto lamentato dal dipendente costituisca un fattore impeditivo della prosecuzione anche temporanea del rapporto di lavoro.

Un'ipotesi in cui è la stessa legge a prevedere, almeno quanto alle conseguenze, che le dimissioni del lavoratore siano da considerare dotate di giusta causa, si rinviene all'art. 2112 c.c., dedicato alla tutela del lavoratore in caso di **trasferimento d'azienda**. Il comma 1 di tale articolo prevede che il lavoratore alle dipendenze del cedente al momento in cui avviene il trasferimento d'azienda, conservi il suo impiego alle dipendenze del nuovo datore di lavoro – cioè dell'impresa cessionaria – alle stesse condizioni lavorative (retribuzione, mansioni, contratto collettivo applicato, etc.) che caratterizzavano il suo rapporto con il datore di lavoro originario⁷⁹⁹. Il successivo comma 4 del

799 A proposito della fattispecie del trasferimento di azienda all'interno dell'ordinamento cinese, si osserva quanto segue.

Ad essa la *Employment Contract Law* dedica una disciplina simile a quella italiana di cui all'art. 2112 c.c.; all'art. 34, infatti, essa prevede che “*in case of merger or split the original labor contracts of the employer still remain valid. Such labor contracts shall be performed by the new employer who succeeds the rights and obligations of the aforesaid employer*”. Trattasi, come si vede, di una disposizione molto più generica rispetto alla rispettiva italiana, ma l'ispirazione ad essa sottesa è la medesima, e consiste nell'esigenza di impedire che da qualunque ipotesi di mutamento della titolarità del datore di lavoro (anche se la *Employment Contract Law* contempla soltanto le ipotesi di fusione, merger, e di scissione, split) possano derivare pregiudizi in capo al lavoratore derivanti dal suo mancato passaggio al nuovo imprenditore, alle cui dipendenze egli dovrà transitare con il riconoscimento integrale dell'anzianità di servizio già maturata nei confronti del datore di lavoro originario.

In verità, il diritto del lavoratore al riconoscimento dell'anzianità di servizio pregressa non è individuato dall'art. 34 della *Employment Contract Law*, ma è riconosciuto dalla Suprema Corte di Pechino con le *Interpretations (IV)* emanate nel 2013. L'art. 5 di tale provvedimento recita, infatti, che “*where an employee is transferred from the original*

medesimo articolo stabilisce che, qualora al trasferimento d'azienda faccia seguito una modifica sostanziale delle condizioni di lavoro, il prestatore passato alle dipendenze del cessionario ha la facoltà, entro il termine di 3 mesi dal trasferimento d'azienda, di dimettersi senza preavviso e con diritto a un'indennità pari a quella sostitutiva del preavviso di licenziamento, di fatto contemplando implicitamente un'ipotesi di giusta causa, stante l'identità delle conseguenze.

Altre ipotesi di giusta causa di dimissioni sono state per così dire "codificate" nella prassi, pur in assenza di una espressa definizione ad opera di una specifica disposizione normativa.

Si tratta, in generale, di ogni ipotesi in cui si verifichi un **grave inadempimento del datore di lavoro** in grado di ledere la fiducia del lavoratore nella successiva regolare esecuzione del contratto: in tali casi, così, è ammesso che il lavoratore non sia tenuto a rispettare il termine di preavviso e anzi il datore di lavoro è tenuto a pagargli l'indennità di mancato preavviso.

Nella pratica, assumono grande rilievo alcune Circolari dell'INPS, quali la n. 163 del 20 ottobre 2003, la n. 142 del 18 dicembre 2012 e da ultimo la n. 94 del 2015, che individuano alcune ipotesi esemplificative di giusta causa di dimissioni (con conseguente diritto del lavoratore all'erogazione del trattamento di disoccupazione ordinaria – cfr. oggi la NASpI), tra le quali si ricordano:

a) il mobbing, intendendosi per tale la lesione dell'equilibrio psico-fisico del lavoratore cagionata da comportamenti vessatori da parte dei superiori gerarchici o dei colleghi (Cass., sentenza n. 143/2000; Cass., 25 maggio 2006, n. 12445);

b) la querela da parte del datore di lavoro per motivi inesistenti o non gravi (Cass., 28 ottobre 2008, n. 25886);

c) le molestie subite sul luogo di lavoro;

d) la dequalificazione o il demansionamento unilateralmente adottati dal datore di lavoro (Cass., 8 novembre 2005 n. 21673; Cass., 11 luglio 2005 n. 14496);

e) il **mancato pagamento della retribuzione**. A tale proposito, si pone il problema di comprendere dopo quante mensilità di retribuzione non pagate le dimissioni del dipendente possano dirsi sorrette da giusta causa. Trattasi di questione rilevante e problematica, in quanto:

(i) da un lato la mancata ricezione dello stipendio per una mensilità o due potrebbe essere giudicato non idoneo a far venire meno la tollerabilità del rapporto (e quindi si potrebbe pretendere in capo al lavoratore un'attesa per un numero più significativo di mensilità mancate);

(ii) dall'altro lato, però, se è vero che la giusta causa è definita dall'art. 2119 c.c. come causa che non consenta la prosecuzione nemmeno temporanea del rapporto, essa vanta, quale proprio presupposto, quello dell'immediatezza: ne deriva che se il dipendente che non riceva la retribuzione periodica al momento dovuto non reagisce tempestivamente con le dimissioni per giusta causa, potrebbe vedersi imputata una tolleranza su tale situazione tale da rendere le eventuali dimissioni

employer to a new employer for reasons not attributable to the employee [...], if the employee requests the consolidation of his or her length of service in the original employer and that in the new employer in the calculation of the length of service for the purpose of payment of economic indemnity or compensation, the people's court shall support such a request". Il riconoscimento dell'anzianità è funzionalizzato dalla Suprema Corte all'individuazione della base retributiva cui fare riferimento in ogni caso in cui al lavoratore spetti il diritto all'indennità economica ex art. 48 a seguito dell'estinzione del rapporto di lavoro, per avere egli rassegnato le dimissioni ai sensi dell'art. 38 o per essere stato licenziato in assenza di una delle ragioni giustificatrici individuate dalla legge.

Per quanto qui interessa, l'art. 5 delle *Interpretations (IV)*, inoltre, enuclea una serie di ipotesi in cui l'interprete deve accertare la sussistenza di una ipotesi di trasferimento d'azienda – con la conseguente applicazione dell'art. 34 della *Employment Contract Law* – in fattispecie non chiare, in cui il lavoratore potrebbe trovarsi in una situazione di sostanziale passaggio alle dipendenze di altro imprenditore ma formalmente "ancorato" al suo datore di lavoro originario. Infatti, ai sensi del paragrafo 2 dell'art. 5, si dovrà applicare la disciplina vigente in materia di trasferimento d'azienda – in quanto "*it shall be determined that 'an employee is transferred from the original employer to a new employer for reasons not attributable to the employee'*" - nei seguenti casi (che costituiscono, dunque, indici presuntivi della fattispecie del trasferimento d'azienda): "*(1) The employee still works in the original work place and post, and one party to the labor contract changes from the original employer into the new employer. (2) The employer transfers the employee in the form of delegation or appointment. (3) The employee's work transfer is caused by a merger, split or any other modification of the employer. (4) The employer and its affiliated enterprises enter into labor contracts with the employee in turn. (5) Other reasonable circumstances"*. Trattasi di ipotesi nelle quali la Corte ha avvertito l'esigenza di introdurre una sorta di presunzione di trasferimento d'azienda, con conseguente applicazione della relativa disciplina.

successive come prive di giusta causa in quanto tardive e quindi indipendenti da una causa che impedisca al rapporto di proseguire, sia pure provvisoriamente.

Invero, numerose pronunce intervenute in proposito affermano come il principio di immediatezza, soprattutto in tema di dimissioni, debba essere inteso in senso relativo, in quanto è naturale che il lavoratore ricorra a queste ultime solo in casi estremi, essendo normalmente interessato a conservare l'occupazione e il relativo reddito potenziale. Per questo la giurisprudenza ritiene che il principio in oggetto possa ritenersi rispettato anche quando le dimissioni per giusta causa siano differite di qualche tempo nella speranza di superamento della situazione pregiudizievole. In via generale, comunque, la giurisprudenza ritiene che già il mancato pagamento di due mensilità costituisca un fatto idoneo ad integrare giusta causa di dimissioni, non invece il mancato pagamento di una sola mensilità o della 13^o mensilità⁸⁰⁰;

f) l'illegittima riduzione della retribuzione (Cass., 8 maggio 2008, n. 11362);

g) il **trasferimento** ad una sede di lavoro distante più di 50 km. dalla residenza del lavoratore o che si trovi in località raggiungibile mediamente in più di 80 minuti con i mezzi pubblici. Questa ipotesi non è prevista normativamente da alcuna disposizione legislativa, ma è ormai entrata a far parte del diritto vivente per effetto di un orientamento omogeneo dell'Inps, a partire dalla Circolare n. 108/2006, da ultimo confermato dalla Circolare n. 142/2015. Con tali provvedimenti amministrativi l'Istituto ha affermato che le dimissioni presentate dal lavoratore per effetto del trasferimento in altra sede aziendale a una distanza così individuata non costituiscono ipotesi ostativa all'ottenimento della Naspi⁸⁰¹.

Pur non costituendo, ontologicamente, un'ipotesi di dimissioni per giusta causa, ad esse sono equiparate le dimissioni poste in essere dalla **lavoratrice madre** nello stesso periodo in cui la legge vieta il suo licenziamento (ovvero, dal momento di inizio dello stato di gravidanza sino al compimento di un anno di età del figlio), o dal **lavoratore padre** che abbia goduto del congedo di paternità per lo stesso periodo.

L'art. 55, commi da 1 a 3, del d. lgs. 26 marzo 2001, n. 151 (c.d. Testo Unico in materia di sostegno della maternità e della paternità), infatti, prevede che tali soggetti, nel periodo di tempo coperto dalla tutela legata allo stato di maternità/paternità⁸⁰², possano dimettersi senza rispetto del periodo di preavviso applicabile e vantino, inoltre, il diritto alla corresponsione dell'indennità sostitutiva del preavviso (*"In caso di dimissioni volontarie presentate durante il periodo per cui è previsto, a norma dell'articolo 54, il divieto di licenziamento, la lavoratrice ha diritto alle indennità previste da disposizioni di legge e contrattuali per il caso di licenziamento. La lavoratrice e il lavoratore che si dimettono nel predetto periodo non sono tenuti al preavviso"*).

Evidentemente, in questa ipotesi si prescinde dalla sussistenza di una giusta causa di estinzione del rapporto (in quanto non vi è alcuna condotta del datore di lavoro che abbia condotto il dipendente alla scelta estintiva), ma gli effetti sono i medesimi, in quanto la legge intende tutelare i lavoratori in questione durante un periodo particolarmente delicato dal punto di vista personale e familiare.

Come si vedrà, le dimissioni presentate dalla lavoratrice madre o dal lavoratore padre in questo periodo sono tutelate anche sotto il profilo formale e procedurale, allo scopo di rendere l'atto estintivo autentico e scevro da eventuali illeciti condizionamenti o pressioni datoriali.

800 Cfr. Cass., 4 dicembre 2014, n. 25678; Cass., 8 novembre 1983, n. 6599; per la giurisprudenza di merito cfr. Trib. Padova, 14 maggio 2010; Trib. Milano, 7 maggio 2014.

801 Né, bisogna aggiungere, costituisce causa di decadenza della stessa tutela contro la disoccupazione involontaria il caso di rifiuto del lavoratore ad iniziative di politica attiva che si svolgano, per l'appunto, in località situata a più di 50 chilometri di distanza dalla sua residenza o in località mediamente raggiungibile in più di 80 minuti con i mezzi pubblici, né la sua mancata accettazione di un'offerta di lavoro congrua da parte di un'azienda situata a tale distanza.

802 La tutela in esame opera anche in caso di adozione e affidamento, fino ad un anno dall'ingresso del minore nel nucleo familiare. In caso di adozione internazionale il divieto di licenziamento, e conseguentemente il regime di dimissioni tutelate, opera dal momento della comunicazione della proposta di incontro con il minore adottato ovvero dalla comunicazione dell'invito a recarsi all'estero per ricevere la proposta di abbinamento.

Nell'ordinamento cinese, varie sono le differenze rispetto al nostro in materia di dimissioni. La disciplina dell'estinzione del rapporto di lavoro da parte del lavoratore si rinviene agli articoli 37 e 38 della *Employment Contract Law*, che si riportano di seguito:

Art. 37:

*“The employee may terminate the labour contract with a **written notice** to the employer 30 days in advance. During the probation period, the employee may terminate the labour contract with a three-day prior notice.”.*

L'art. 37 si limita a stabilire il generale obbligo di **preavviso**, la cui durata – come per il caso del licenziamento, *ex art. 40* – è individuata dalla legge stessa, e non (come invece nell'ordinamento italiano) da fonti extra-legislative, contratti collettivi *in primis*.

Si noti peraltro la piena corrispondenza della durata di preavviso tra licenziamento e dimissioni: per entrambi, infatti, esso è fissato in **trenta giorni**, tranne che nel caso di lavoratore in prova, ipotesi in cui il preavviso è ridotto a tre giorni.

La disposizione in esame, peraltro, specifica che le dimissioni costituiscono un atto che richiede sempre la **forma scritta**.

In questo, esse si differenziano dal licenziamento, per il quale si è visto⁸⁰³ come la forma scritta sia richiesta dalla *Employment Contract Law* quale requisito di legittimità solo per quanto riguarda il licenziamento con preavviso (art. 40), e non anche, invece (per lo meno in maniera esplicita), il licenziamento disciplinare in tronco di cui all'art. 39⁸⁰⁴.

Art. 38:

“The employee may terminate the labour contract in case that the employer meet any of the following circumstances:

- (1) The employer fails to provide labour protection or working conditions as specified in the labour contract;*
- (2) The employer fails to pay labour remuneration on time and in full amount;*
- (3) The employer fails to make social insurance contributions for the employee in accordance with the law;*
- (4) The employer's internal rules and regulations violate the laws or regulations, and thereby have harmed the employee's rights and interests;*
- (5) The labour contract becomes invalid due to the circumstance specified in the first paragraph of Article 26 hereof;*

803 Si rinvia all'analisi della disciplina formale del licenziamento contenuta nel Capitolo Sesto.

804 Può trarsi la conclusione secondo cui la forma scritta si accompagna al preavviso, nel senso che il legislatore ha richiesto che l'atto estintivo del rapporto – tanto dal lato datoriale, quanto da parte del dipendente – debba essere posto in essere mediante una comunicazione scritta (书面形式, *shūmiàn xíngshì*) qualora in relazione ad esso sussista in capo al suo autore l'obbligo del preavviso. In altri termini, il legislatore cinese evidentemente ha concepito la forma scritta come modo di assolvimento dell'obbligo di 提前三十日...通知, *tíqián sānshí rì ... tōngzhī*, letteralmente “informare (通知) trenta giorni in anticipo”, probabilmente ai fini di predisposizione della prova di assolvimento di tale obbligo. Nei casi in cui invece è consentito il recesso in tronco (art. 39), la forma scritta non è richiesta proprio in quanto non vi è alcun obbligo di comunicazione preventiva da assolvere, e dunque non sussiste la necessità di avere una prova a tal riguardo. Sono consapevole che forse questa conclusione si spinge troppo oltre. Ad essa potrebbe infatti obiettersi che anche nei casi di licenziamento in tronco il datore di lavoro deve comunicarne in anticipo (ma senza obbligo espresso di forma scritta, *ex art. 43*) la ragione alla Labor Union: anche in questo caso, pertanto, la forma scritta potrebbe essere funzionalizzata alla formazione della prova in ordine all'assolvimento di tale obbligo procedimentale. E comunque una differenza tra le parti sussiste, in quanto in capo al lavoratore dimissionario l'onere di forma scritta è previsto in via generale dall'art. 37, anche nei casi in cui al lavoratore è consentito di dimettersi senza rispetto del preavviso (ai sensi dell'art. 38); mentre esso non è previsto dall'art. 39 per il caso, appunto, di licenziamento in tronco intimato dal datore di lavoro per motivazioni di natura disciplinare.

(6) *Other circumstances as stipulated by relevant laws and regulations that permit the employee to terminate the labour contract.*

In case that the employer resorts to violence, threats or illegal restriction of personal freedom to force the employee to work, or that the employee is instructed in violation of rules and regulations or peremptorily ordered by the employer to perform dangerous operations which will threaten his personal safety, the employee may terminate the labour contract immediately without giving a notice in advance to the employer”.

L’art. 38 pone la regolamentazione delle ipotesi in cui la ragione sottesa alle dimissioni è da rinvenire in un comportamento del datore di lavoro che renda il rapporto non più perseguibile da parte del lavoratore: una regolamentazione che tuttavia, se considerata in combinato disposto con l’art. 37, pone un rilevante **problema** interpretativo, difficilmente risolvibile sulla base del solo tenore testuale della disposizione.

Si faccia attenzione a quanto segue.

L’unica funzione dell’art. 37 è quella di ricollegare le dimissioni ad un obbligo di preavviso, senza specificare se il lavoratore sia legittimato a dimettersi esclusivamente al ricorrere di una determinata ragione giustificatrice, ovvero se abbia la facoltà di estinguere il rapporto del tutto liberamente.

In altri termini, l’art. 37 non prende posizione in ordine alla natura libera o meno delle dimissioni, non specifica se il lavoratore possa o meno dimettersi *ad nutum*, a prescindere cioè dall’esistenza di una causale predeterminata.

La disposizione si limita a prevedere – e a quantificare – l’obbligo di preavviso in capo al lavoratore che intenda rassegnare le proprie dimissioni.

Il successivo art. 38 si compone di due paragrafi:

1 – il primo indica le ipotesi nelle quali il lavoratore è legittimato, ha la facoltà, di dimettersi (“*its employee may dissolve the labor contract*”⁸⁰⁵);

2 – il secondo indica le ipotesi nelle quali il lavoratore è legittimato a dimettersi immediatamente, senza il rispetto del periodo di preavviso⁸⁰⁶.

La difficoltà interpretativa consiste in ciò: considerato che il paragrafo 2 dell’art. 38 pone una deroga rispetto all’art. 37 (individuando i casi in cui il lavoratore non è tenuto a dare il preavviso), se ne deve concludere che il paragrafo 1, non disponendo alcunché rispetto al preavviso, preveda cause di dimissioni per le quali il lavoratore è pure tenuto a dare il preavviso.

Se questo è vero, però, significa che l’unica funzione del paragrafo 1 dell’art. 38 consiste nel circoscrivere il potere di dimissioni del lavoratore alle sole ipotesi sostanziali da esso individuate. Ne deriva che le dimissioni non costituirebbero un atto libero, *ad nutum*, del lavoratore, ma potrebbero essere rassegnate esclusivamente nei casi indicati dal paragrafo 1 dell’art. 38.

A ritenere altrimenti, si dovrebbe affermare la totale inutilità della previsione contenuta in tale disposizione.

Detto in altri termini, l’art. 38 letteralmente ha lo scopo di chiarire, al paragrafo 1, in quali ipotesi il lavoratore possa (可以, kěyǐ) dimettersi, prevedendo altresì, al paragrafo 2, alcune ipotesi in cui la sua facoltà di estinguere il rapporto di lavoro risulta svincolata dall’obbligo di preavviso altrimenti sussistente.

805 用人单位有下列情形之一的, 劳动者可以解除劳动合同, yònggrén dānwèi yǒu xiàliè qíngxíng zhīyīde, láodòngzhě kěyǐ jiěchú láodòng héntóng, “quando l’unità del datore di lavoro si trova in una delle circostanze sotto elencate, il lavoratore può terminare il contratto di lavoro”. Il vocabolo 可以, kěyǐ, indica la facoltà, intesa come “situazione in cui una determinata azione è consentita”: leggendo tale facoltà alle ipotesi sostanziali indicate nei 6 numeri, il paragrafo 1 dell’art. 38, dal punto di vista letterale, condiziona il potere di dimissioni alla (necessaria) sussistenza di una delle ipotesi giustificatrici in esso previste.

806 劳动者可以立即解除劳动合同, 不需事先告知用人单位, láodòngzhě kěyǐ lìjí jiěchú láodòng héntóng, bùxū shìxiān gàozhī yònggrén dānwèi, “il lavoratore può dimettersi immediatamente, senza dovere prima informare l’unità del datore di lavoro”.

Si deve concludere che il lavoratore non è legittimato a dimettersi al di fuori delle ipotesi di cui all'art. 38.

Ne risulta un regime delle dimissioni che, alla lettera, è articolato come segue:

a - nelle ipotesi di cui al paragrafo 2 dell'art. 38 (il datore di lavoro costringe il lavoratore a prestare la propria attività lavorativa con violenza, minaccia, o restrizione illegale della libertà personale, oppure viola le regole in materia di sicurezza allo scopo di costringere il lavoratore a svolgere attività pericolose in grado di mettere a rischio la sua incolumità personale), il dipendente può dimettersi senza il rispetto dell'obbligo di preavviso;

b - nelle sei ipotesi di cui al paragrafo 1 dell'art. 38, il lavoratore può dimettersi con rispetto dell'obbligo di preavviso;

c - al di fuori delle ipotesi di cui all'art. 38, il lavoratore non può dimettersi.

Tale conclusione – lo si ripete: imposta dal tenore letterale del combinato disposto degli articoli 37 e 38 – risulta però, oltre che oggettivamente sconcertante, anche in contrasto con lo spirito e la *ratio* della *Employment Contract Law*, che intende predisporre una protezione adeguata al lavoratore, differenziandone la posizione, laddove necessario, rispetto a quella del datore di lavoro in senso maggiormente protettivo rispetto alla posizione di quest'ultimo. Orbene, con tale *ratio* è difficile conciliare un'interpretazione degli articoli 37 e 38 tale per cui il potere di dimissioni del lavoratore sussisterebbe soltanto al ricorrere di determinate ipotesi, e non sarebbe quindi un potere riconosciuto *ad nutum*. Invero, impedire al prestatore di lavoro a tempo indeterminato di estinguere liberamente – fermo il rispetto dell'obbligo di preavviso – il rapporto lavorativo che lo lega al datore di lavoro, porterebbe a dover prendere atto della sua necessaria dipendenza, per tutta la sua vita lavorativa, dalla medesima impresa. E questa sembra una soluzione contraria non solo rispetto alla *ratio* complessiva della legge, quanto anche ad ogni principio di civiltà giuridica, sembrando quasi adombrare e riecheggiare la sussistenza dei vincoli di natura feudale, sussistenti vita natural durante.

E che tale soluzione non possa essere condivisa è dimostrato dalla circostanza per cui nell'ordinamento cinese, in realtà, nessuno dubita che le dimissioni costituiscano un atto *ad nutum*. Si consideri per esempio quanto scritto dalla Professoressa Z. Xie⁸⁰⁷, dell'*Institute of Law* della *Chinese Academy of Social Sciences* di Pechino:

*“According to the law, the employee can terminate a labor contract with a 30-days written notice to the employer. So while a resignation need have no cause, the employee has a duty of prior notice and in case of violation of this duty, the employee is liable for the employer’s loss. Thus **Chinese labor law gives the employee complete freedom of resignation**. In some European countries, there are some restrictions on the employee’s right to resign, depending on wheter the contract is fixed-term or non-fixed-term⁸⁰⁸. In China, as long as the employee fulfills the duty of notice, **the employee can resign without giving any reasons**”.*

Da tale passo emerge come la dottrina cinese non ponga troppa attenzione all'elemento testuale sopra evidenziato, quasi dando per scontato che nella moderna società non possa non riconoscersi il potere del lavoratore di dimettersi anche senza una giusta causa.

Sottesi a questa interpretazione, quindi, più che elementi testuali o giuridici, sovengono fattori di natura quasi sociologica, se è vero che

“Some people are critical to this provision, arguing it gives the employee too much freedom and is unfair to the employer. But from the point of view of freedom of work and prohibition of forced

807 Cfr. Z. Xie, *Labor Law in China: progress and challenges*, 2015, 107.

808 Tra questi, naturalmente, anche l'Italia, visto che nel nostro ordinamento il lavoratore a tempo determinato non può dimettersi che per giusta causa.

*labor, if the employee is not willing to work, it does not seem that the law should be able to force the employee to continue to do so*⁸⁰⁹.

L'interpretazione invalsa nella prassi con riguardo alla coppia di disposizioni in esame si attesta, dunque, nel medesimo senso che siamo soliti attribuire anche al combinato disposto degli articoli 2118 e 2119 del codice civile italiano⁸¹⁰.

Invero, due dati letterali a favore dell'interpretazione della libertà delle dimissioni comunque sussistono.

(i) Ai sensi dell'**art. 46** della *Employment Contract Law*, al momento dell'estinzione del rapporto di lavoro il lavoratore ha diritto al pagamento di una indennità di fine rapporto⁸¹¹ solo in una serie determinata di casi.

Tra questi casi, in cui "*the employer shall be liable to pay the employee economic compensation*", il legislatore ha previsto, al num. 1), l'ipotesi in cui "*the labor contract is terminated by the employee pursuant to the stipulations in Article 38*".

Il punto rilevante è che l'art. 46 non distingue tra le ipotesi del paragrafo 1 e quelle del paragrafo 2 dell'art. 38, ma le accomuna, evidentemente sulla base di una riconduzione causale delle dimissioni del lavoratore ad un comportamento datoriale che si sia posto come antecedente eziologico nei confronti delle stesse, ed in quanto tale originante il diritto del lavoratore dimissionario alla corresponsione dell'indennità economica⁸¹².

Ne deriva che *tutte* le ipotesi di cui all'art. 38 – e non solo quelle elencate al paragrafo 2 – sono connotate da un *disvalore insito nella condotta datoriale sottesa alla volontà estintiva del lavoratore*, tale da indurre il legislatore a prevedere a favore di questo (lo si ripete: in *tutte* le ipotesi di cui all'art. 38) il pagamento dell'indennità di fine rapporto di cui all'art. 46.

Ma allora *tutte* le ipotesi di cui all'art. 38, dipendendo da un disvalore della condotta datoriale, sono riconducibili al nostrano concetto di "giusta causa" quale causa che legittima l'estinzione immediata del rapporto, senza il necessario rispetto dell'obbligo di preavviso da parte del dipendente.

Possiamo quindi concludere che l'elemento specializzante dell'art. 38, tanto del paragrafo 1 quanto del paragrafo 2, rispetto alla norma generale dell'art. 37 è da rinvenire nella riconduzione delle dimissioni del lavoratore ad una giusta causa; ma al di fuori di questi casi connotati da specialità, la disposizione generale di cui all'art. 37 consente le dimissioni anche per motivi diversi⁸¹³.

Certo, si tratta di una interpretazione forse forzata dal punto di vista letterale, ma recante con sé un elemento importante a favore di un'esegesi della norma che impedisca la conclusione – inaccettabile ed infatti, come si è visto, non accettata dalla dottrina cinese, sia pure senza motivazioni di carattere propriamente tecnico-giuridico – secondo la quale in assenza di giusta causa il lavoratore non potrebbe dimettersi, conclusione che invece sembrerebbe l'unica imposta dal tenore letterale delle disposizioni normative in materia.

(ii) In secondo luogo, ai fini dell'unica interpretazione accettabile del combinato disposto degli articoli 37 e 38 soccorre l'art. 18 del *Regulation on the Implementation of the Employment Contract Law*, come noto entrato in vigore contestualmente alla legge sul contratto di lavoro.

809 Ancora Zengyi Xie, *Labor Law in China: Progress and Challenges*, cit., 107.

810 A parte il fatto che questi ultimi sono previsti per ogni ipotesi di estinzione del rapporto di lavoro, e quindi anche in tema di licenziamento, mentre gli omologhi cinesi sono specificamente dedicati alle dimissioni.

811 Sulla quale ci si è soffermati nel Capitolo Quinto, cui si rinvia per l'analisi dell'istituto.

812 Al pari dei casi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo o di licenziamento collettivo.

813 Se così non fosse, il num. 1) dell'art. 46 avrebbe potuto riferirsi semplicemente alle dimissioni del lavoratore, senza ritenere necessario specificare "*pursuant to the stipulations in Article 38*". In altri termini, il rinvio da parte dell'art. 46, num. 1), alle dimissioni rese in base all'art. 38 anziché alle dimissioni tout court o all'art. 37 (che costituisce la disposizione generale in materia di dimissioni), impone di considerare l'art. 38 come dotato di un elemento di specialità rispetto all'art. 37. Un elemento di specialità da rinvenire, come si è detto nel testo, nella rilevanza causale che nelle ipotesi previste dall'art. 38 riveste un comportamento del datore di lavoro.

Tale disposizione prevede che “*Under any of the following circumstances, an employee may, according to the conditions and procedures prescribed in the Employment Contract Law, dissolve an employment contract with a fixed term, an employment contract without a fixed term or an employment contract that sets the completion of a specific task as the term of the contract concluded with the employer:*

[...]

2. *the employee has notified the employer of the dissolution in writing at least 30 days in advance;*

3. *the employee has notified the employer of the dissolution three days in advance during probation;*

[...]”.

Si deve notare che, tra le ipotesi nelle quali tale disposizione prevede la facoltà del dipendente di dimettersi, quelle riportate, di cui ai numeri 2) e 3), sono del tutto indipendenti dalla sussistenza di una causa di natura sostanziale, prevedendo soltanto l’onere del preavviso in capo al lavoratore dimissionario. I numeri successivi dell’art. 18 non fanno altro che contemplare le ipotesi di dimissioni già elencate nei due paragrafi dell’art. 38 della *Employment Contract Law*.

Ne emerge quindi che il *Regulation on the Implementation* afferma, in maniera diversa, quello che già dice la legge cui si riferisce: ma lo fa chiarendo che il lavoratore può estinguere il rapporto anche in ipotesi in cui non sussiste alcuna causa che giustifichi la sua volontà estintiva, in cui al lavoratore stesso è richiesto soltanto di dare il preavviso. Dunque, **secondo tale *Regulation* le dimissioni costituiscono un atto libero.**

Si arriva, così, per tale via, all’unica soluzione accettabile, a prevedere cioè che il lavoratore possa dimettersi *ad nutum*, e che la giusta causa, lungi dal costituire un requisito sostanziale del sorgere di tale potere, rappresenta solo un elemento idoneo a svincolare tale potere dal rispetto dell’onere di preavviso⁸¹⁴.

L’art. 18 del *Regulation on the Implementation of the Employment Contract Law* chiarisce anche un altro concetto fondamentale, che sinora avevamo soltanto accennato.

Nell’ordinamento cinese può dimettersi, senza giusta causa, anche il lavoratore assunto con contratto a tempo determinato.

Ciò emerge chiaramente dal testo della norma, secondo la quale al ricorrere delle ipotesi in essa contemplate il lavoratore può estinguere “*an employment contract with a fixed term, an employment contract without a fixed term or an employment contract that sets the completion of a specific task as the term of the contract concluded with the employer*”.

Da tale disposizione si evince come la normativa delle dimissioni sia la medesima a prescindere dal fatto che il lavoratore sia inquadrato con contratto a tempo indeterminato piuttosto che con contratto a termine.

Anche il lavoratore assunto a tempo determinato, cioè, potrà dimettersi – esattamente come il lavoratore assunto a tempo indeterminato – anche in assenza di una delle ipotesi previste dall’art. 38, cioè anche in assenza di giusta causa.

Questa costituisce una differenza notevole rispetto alla disciplina delle dimissioni che si rinviene nell’ordinamento italiano, e dipende probabilmente dal fatto per cui, come si è visto, il contratto a termine non ha, tra i suoi requisiti legali, il limite relativo alla sua durata massima, con la conseguenza che un lavoratore potrebbe essere assunto a tempo determinato per un periodo estremamente lungo, per esempio di dieci anni. Ora, una simile estensione temporale del rapporto chiaramente fa sì che al lavoratore debba essere concesso di potere estinguere il rapporto stesso del tutto liberamente, al pari di un lavoratore assunto senza la fissazione di un termine finale di efficacia del rapporto di lavoro; in altre parole, l’inquadramento a termine di un lavoratore non può comportare l’assunzione, da parte sua, di alcuna forma di responsabilità in ordine al mantenimento del rapporto per tutto il periodo concordato, proprio in quanto la possibile lunghezza di tale periodo

814 Il problema interpretativo sopra affrontato e risolto deriva quindi esclusivamente dall’estrema imprecisione linguistica nella formulazione letterale dell’art. 38 della *Employment Contract Law* da parte del legislatore.

– ben oltre i trentasei mesi che rappresentano il massimo in Italia ai sensi dell’art. 19 del d. lgs. n. 81 del 2015 – non consente l’applicabilità del ragionamento insito, invece, nella norma italiana che consente le dimissioni del lavoratore a termine soltanto in presenza di una giusta causa di estinzione del rapporto.

Proprio per questo, del resto, l’art. 26 del *Regulation on the Implementation of the Employment Contract Law* afferma che, qualora il lavoratore assunto con contratto a tempo determinato si dimetta *ante tempus* in uno dei casi “di giusta causa” di cui all’art. 38 della *Employment Contract Law*, la presenza di una di tali ipotesi vale ad escludere che l’estinzione del rapporto anteriormente alla scadenza indicata nel contratto da parte del lavoratore costituisca un inadempimento contrattuale (“*when the employee dissolves the employment contract according to Article 38 of the Employment Contract Law, it is not against the stipulation of the period of service, and the employer is not entitled to ask the employee to pay a penalty for breach of contract*”).

Veniamo ora all’analisi delle ipotesi contemplate dall’art. 38, non prima rilevare che la premessa metodologica già riportata trattando del licenziamento in tronco di cui all’art. 39⁸¹⁵ può essere estesa anche alla materia delle dimissioni.

Si è visto che nell’ordinamento italiano la coppia di articoli 2118 e 2119 c.c. prevede, in generale, la facoltà del dipendente di dimettersi anche a prescindere dalla sussistenza di una ben precisa ragione giustificatrice, con il limite rappresentato dal rispetto del preavviso a tutela della controparte, salvo poi consentire un recesso immediato in determinati casi, in cui la prosecuzione del rapporto non sia più funzionalmente possibile nemmeno in via provvisoria a causa di un grave inadempimento da parte del datore di lavoro. Il potere di dimissioni è espressamente costruito come potere libero, in cui l’eventuale sussistenza di una fattispecie rientrante nella nozione di “giusta causa” ex art. 2119 c.c. non rileva quale elemento condizionante il sorgere in capo al lavoratore del potere di estinguere il rapporto, ma solo come elemento tale da escludere l’obbligo del preavviso a suo carico e da far sorgere, a suo favore, il diritto alla corresponsione dell’indennità sostitutiva del preavviso, della quale viene contestualmente onerata parte datoriale.

Nell’ordinamento cinese, invece, con il consueto *modus operandi* già segnalato, il legislatore non procede ad individuare le ipotesi di dimissioni svincolate dall’onere del preavviso e dal diritto del lavoratore all’indennità di fine rapporto di cui all’art. 46 in maniera generale, tramite la definizione di un concetto astratto di “giusta causa” definito con una formula elastica, ma opera in via casistica, individuando cioè una serie tassativa di ipotesi che consentono, rispettivamente, le dimissioni con preavviso e le dimissioni immediate, a scapito di una precisa costruzione sistematica.

Aldilà, però, delle differenze metodologiche, anche la *Employment Contract Law* consente le dimissioni immediate solo al ricorrere di determinate ipotesi fattuali, alla sussistenza delle quali consegue per il lavoratore anche il diritto di ottenere il pagamento della *economic compensation* contemplata dall’art. 46.

Ciò premesso, e chiarito quindi che anche nell’ordinamento cinese, come in quello italiano, la facoltà del prestatore di lavoro di estinguere il rapporto *ad nutum* costituisce un principio indiscusso, la casistica individuata dall’art. 38 è all’evidenza accostabile senza problemi alla casistica emersa nell’ordinamento italiano, salvo scontare il problema legato alla necessaria tipicità delle ipotesi di giusta causa di dimissioni, le quali debbono necessariamente essere previste da una specifica disposizione di legge o regolamentare, con un conseguente irrigidimento del sistema.

Peraltro, la tassatività delle ipotesi di dimissioni contemplate dall’art. 38 appare probabilmente più apparente che reale.

Se è vero, infatti, che le dimissioni del dipendente possono essere considerate sorrette da giusta causa (*rectius*, svincolate dal rispetto dell’onere del preavviso, e sorrette dal diritto del lavoratore alla corresponsione dell’indennità di fine rapporto) solo nei casi individuati dall’art. 38, è anche

815 Si rinvia a quanto detto nel Capitolo Terzo, paragrafo b.

vero che le fattispecie astratte inserite in tale elenco sono perlopiù di portata molto estesa, e come tali idonee a consentirne l'applicazione in un'ampia serie di casi.

Si pensi al num. 1, che contempla il caso in cui il datore di lavoro non fornisca le *working conditions as stipulated in the labor contract*: è evidente che esso può venire in rilievo in un numero potenzialmente illimitato di fattispecie concrete, potendo sostanzialmente ricomprendere al suo interno qualsiasi discostamento del rapporto rispetto a quanto previsto nel contratto di lavoro, a prescindere dalla gravità dell'inadempimento ravvisabile in capo al datore di lavoro.

Così, per esempio, esso può venire in rilievo per il caso di illegittimo demansionamento o dequalificazione operati nei confronti del lavoratore, o in caso di suo trasferimento, in tutti i casi cioè in cui il concreto dispiegarsi del rapporto di lavoro differisca in modo evidente, e pregiudizievole per il lavoratore, da quanto stabilito nel contratto.

A mio avviso, questa formulazione così ampia nel num. 1) è stata intesa dal legislatore cinese come strumento con il quale potenziare il sistema contrattuale inaugurato con la *Employment Contract Law*: se il disegno legislativo è stato quello di portare al centro del rapporto di lavoro il **principio di negoziazione**, concretantesi nella stipulazione negoziale tra le parti da operare per iscritto – intento di cui si sono viste le implicazioni in numerosi casi nei Capitoli precedenti – giocoforza si è reso necessario l'inserimento di una disposizione che rendesse effettivo il principio della centralità del contratto e della parità delle parti nelle fasi di negoziazione, consentendo al lavoratore di reagire in ogni caso di discostamento datoriale dalle pattuizioni intercorse tra di esse. Il complessivo disegno del legislatore è così dotato di un'intima coerenza.

Il problema, semmai, è dato dalla **mancaza di specificazione** in merito al **grado della violazione datoriale** alle pattuizioni contrattuali che consente al dipendente di potersi dimettere per giusta causa.

Stando alla lettera della disposizione, infatti, sembra che il lavoratore possa dimettersi per giusta causa in ogni ipotesi di discostamento, anche minimo, dalle norme contrattuali o di legge che regolano il rapporto.

Tale impressione risulta confermata dal confronto con il successivo art. 39, il quale – trattando, come si è visto, delle fattispecie che legittimano un licenziamento in tronco per motivi disciplinari che possano metodologicamente essere ricondotti all'interno del concetto di “giusta causa” – nel caso opposto consente il recesso immediato da parte del datore di lavoro soltanto nelle ipotesi in cui la violazione commessa dal lavoratore sia dotata di una certa gravità: l'art. 39 infatti contempla il caso del lavoratore che *seriously violates the rules and procedures set up by the employer*, mentre l'art. 38, nell'ipotesi simmetrica, non richiede un'altrettanta gravità dell'inadempimento della controparte datoriale. La **mancaza dell'avverbio seriously nell'art. 38**, a fronte della sua presenza nell'art. 39, sembra così introdurre un regime diversificato a seconda dell'autore dell'inadempimento.

Tale differenza non può non essere stata intenzionale e ritengo che sia quindi significativa dell'approccio garantista proprio del legislatore cinese al complesso di disciplina del rapporto di lavoro, costituendo forse un tentativo di arginare lo sfruttamento di manodopera che della recente legge è stato occasione.

Peraltro, l'indeterminatezza dell'art. 38 della *Employment Contract Law* dal punto di vista letterale viene arginata dalla giurisprudenza, la quale tende comunque a richiedere un determinato grado di gravità del discostamento del comportamento datoriale da quanto previsto nel contratto di lavoro, per giudicare le dimissioni del lavoratore effettivamente sorrette da giusta causa e condannare di conseguenza il datore di lavoro a corrispondere l'indennità di cui all'art. 46.

Da ultimo, merita sottolineare che in materia è intervenuto un documento interpretativo emanato congiuntamente dall'Alta Corte e dalla Commissione Arbitrale di Pechino il 24 aprile 2017, le c.d. *Answers to Questions of Law Application in the Handling of Employment Disputes*, che hanno preso posizione in relazione ai confini di legittimità di un mutamento contrattuale effettuato unilateralmente dal datore di lavoro. Lo scopo di tale documento consiste nel comprendere quando la modificazione di una clausola contrattuale (per esempio relativamente alla sede di lavoro – e

quindi il trasferimento del lavoratore – oppure alle mansioni – e quindi il demansionamento o la promozione) costituisca un inadempimento datoriale, con conseguente facoltà del lavoratore di dimettersi ai sensi dell’art. 38, e quando invece sia legittima, ed impedisca quindi di considerare sorretta da giusta causa l’estinzione del rapporto di lavoro operata dal dipendente.

Le *Answers* indicano due criteri con i quali effettuare tale indagine.

(i) In primo luogo, occorre valutare se nel contratto di lavoro sia previsto un tale potere modificativo in capo a parte datoriale. Se, al momento della stipulazione del contratto di lavoro, le parti hanno convenuto nel riconoscere al datore di lavoro la facoltà di mutare unilateralmente certe condizioni del contratto al ricorrere di determinati requisiti o presupposti fattuali, allora una tale modificazione dovrà essere considerata legittima⁸¹⁶.

(ii) Nel caso in cui le parti nel contratto non abbiano preso posizione in ordine al potere datoriale di modificare unilateralmente alcune clausole contrattuali, sarà legittimo soltanto un mutamento di condizioni di lavoro “ragionevole”.

Secondo le *Answers*, la valutazione in ordine alla ragionevolezza del mutamento è da compiere avendo riguardo alle seguenti circostanze: se esso sia o meno necessario per le esigenze imprenditoriali del datore di lavoro; (in caso di mutamento di mansioni) se il dipendente sia o meno competente per lo svolgimento delle nuove mansioni; infine, se le condizioni di lavoro, come la retribuzione e i *benefit*, siano o meno mutate in peggio per il lavoratore.

Qualora queste tre condizioni siano realizzate (cioè: il mutamento di sede di lavoro, o di orario, o di mansioni, si riveli necessario per fronteggiare specifiche esigenze imprenditoriali del datore di lavoro; il lavoratore sia competente anche in relazione alle nuove mansioni; il mutamento non comporti un peggioramento del complesso delle condizioni lavorative, quali la retribuzione e i *benefit* accordati al dipendente), la modificazione unilaterale della clausola del contratto di lavoro disposta da parte datoriale è da considerare legittima, e pertanto le dimissioni del lavoratore che ne conseguano non possono ritenersi sorrette da giusta causa.

Ai fini della comprensione di quanto si è detto, appare utile offrire una panoramica generale sulla possibilità di ritenere sorrette da giusta causa le dimissioni rassegnate dal lavoratore a seguito del **trasferimento** disposto nei suoi confronti dal datore di lavoro.

La *Labor Law* e la *Employment Contract Law* sono silenti in materia di trasferimento, o meglio, si riferiscono ad esso soltanto indirettamente, mediante la previsione in esame, la quale consente le dimissioni del lavoratore in ogni caso di *mutamento delle condizioni di lavoro consacrate nel contratto individuale*.

Non si dimentichi che l’art. 35 richiede che una qualsiasi modifica del contratto di lavoro⁸¹⁷ sia possibile soltanto “*upon agreement through consultations and negotiations*”⁸¹⁸, in virtù del principio di libera negoziazione e di pari posizione delle parti che costituisce uno dei principi ispiratori della legge. Ed è a tale disposizione che l’art. 38, num. 1), sembra implicitamente fare riferimento quando prevede l’ipotesi del datore di lavoro che “*non offre le condizioni di sicurezza o*

816 Naturalmente sarà richiesto al datore di lavoro, in un eventuale giudizio, di provare adeguatamente il ricorrere del presupposto indicato in contratto. Per esempio, se nel contratto di lavoro viene inserita la clausola secondo la quale il datore può mutare unilateralmente la sede di lavoro del proprio dipendente nel caso in cui abbia chiuso la sede o l’ufficio nel quale quest’ultimo era impiegato in precedenza, la legittimità del trasferimento intimato potrà essere ritenuta sussistente soltanto nel caso di dimostrazione dell’avvenuta chiusura della sede originaria.

817 Che deve avvenire in forma scritta.

818 用人单位与劳动者协商一致，可以变更劳动合同约定的内容，yònggrén dānwèi yǔ láodòngzhě xiéshāng yīzhì, kěyǐ biàngēng láodòng hétóng yuédìngde nèiróng, letteralmente: “l’unità del datore di lavoro e il lavoratore consultandosi identicamente [cioè in una posizione paritetica], possono modificare il contenuto condiviso del contratto di lavoro”. Il cuore pulsante della disposizione consiste nel ricollegare la facoltà di apportare modifiche al contratto di lavoro alla previa 协商一致, consultazione in una posizione di parità.

Conseguentemente, anche il trasferimento della sede di lavoro, qualora venga disposto unilateralmente da parte datoriale senza essere stato previamente condiviso dal lavoratore che lo abbia approvato, costituisce una modificazione del contenuto del contratto di lavoro alla quale il lavoratore stesso che l’abbia subita può reagire con le dimissioni ex art. 38, num. 1, della *Employment Contract Law*.

le condizioni lavorative previste nel contratto”⁸¹⁹, cioè che pone in essere una modifica contrattuale in via di fatto, senza la sua previa condivisione con il lavoratore e senza il rispetto della forma scritta pure contemplata dall’art. 35, oppure modifica uno degli elementi contrattuali in maniera unilaterale, senza prima ottenere il necessario consenso del lavoratore.

Ora, dal momento che ogni ipotesi di trasferimento della sede di lavoro è più che idonea, a rigore, a rientrare nell’ambito applicativo dell’art. 38, dal momento che costituisce una modifica unilaterale delle condizioni contrattuali, alla quale, per quanto si è appena detto, il lavoratore può reagire dimettendosi e pretendendo il pagamento della *severance* nella sua misura raddoppiata ai sensi dell’art. 48, ecco che diviene fondamentale comprendere se tale possibilità possa venire temperata, in giurisprudenza, chiedendo comunque la dimostrazione, da parte del lavoratore, della causazione di un pregiudizio nei suoi confronti per effetto del trasferimento, tenendo ben presente comunque che questo tipo di provvedimento datoriale, per essere legittimo, dovrebbe sempre richiedere il previo consenso da parte del dipendente, posto che la legge non prevede che esso, al ricorrere di alcune ipotesi o di alcune esigenze aziendali sottese al provvedimento, possa essere disposto, appunto, unilateralmente (a differenza di quanto stabilito, nel nostro ordinamento, dall’art. 2103, ultimo comma, c.c.).

Nel caso, infatti, in cui il contratto individuale di lavoro preveda una determinata sede lavorativa, senza disporre il potere datoriale di trasferire tale sede per esigenze aziendali, nel silenzio della *Labor Law* sul punto il provvedimento datoriale con il quale si muti il luogo di svolgimento dell’attività lavorativa può essere interpretato come un inadempimento del contratto di lavoro.

Del resto, ad eccezione di un numero limitato di città, la maggior parte dei Regolamenti Locali non contiene una disciplina precisa in ordine alla legittimità o meno del trasferimento stesso, disciplina che costituirebbe l’unico modo per prendere posizione in ordine all’esistenza o meno della giusta causa delle dimissioni del lavoratore trasferito che dipendano da tale provvedimento unilaterale del datore di lavoro, con diritto al pagamento dell’indennità di cui all’art. 46 della *Employment Contract Law*.

In assenza di una regolamentazione del problema da parte del diritto positivo, le Corti tendono ad analizzare le circostanze concrete che hanno condotto alla decisione imprenditoriale di trasferire la sede di lavoro, e valutano (giocoforza discrezionalmente, stante la mancanza di disciplina positiva sul punto) se la ricollocazione sia idonea a cagionare un pregiudizio sulla sfera personale dei dipendenti coinvolti, comportando un mutamento *considerevole* delle circostanze obiettive sulle quali si basava il contratto di lavoro⁸²⁰.

819 未按照劳动合同约定提供劳动保护或者劳动条件的, wèi ànzhào láodòng hétóng yuèdìng tígōng láodòng bǎohù huòzhě láodòng tiáojiānde, letteralmente: “non fornisce le la protezione sul lavoro o le condizioni di lavoro in base al contratto di lavoro concordato/condiviso”.

820 La valutazione relativa alla causazione o meno di un pregiudizio in capo al lavoratore per effetto di un provvedimento datoriale inerente la sede di lavoro, peraltro, non ha attinenza esclusivamente in relazione al tragitto che egli deve percorrere per recarsi dalla propria abitazione al luogo di lavoro e viceversa, con tutto ciò che ne consegue (impossibilità di dedicarsi ad occupazioni di natura familiare o ricreativa), come nelle sentenze che verranno analizzate nel corpo del testo, ma può prestare rilevanza anche riguardo ad altri elementi relativi al rapporto di lavoro nella sua unitarietà. Si pensi al seguente caso, deciso dalla Corte Intermedia di Suzhou con sentenza del marzo 2014. Un lavoratore addetto alle vendite godeva di una paga base davvero minimale (RMB 3,000) a fronte di una retribuzione provvigionale di notevole importo. La società datrice, improvvisamente, gli richiese di lavorare dal proprio domicilio, senza più recarsi alla precedente sede lavorativa (dalla quale egli svolgeva tutti gli incontri con la clientela). Per effetto di tale provvedimento datoriale, il lavoratore si trovava in forte difficoltà nel mantenimento dei rapporti con la clientela (anche perché contestualmente gli erano stati ritirati tutti i beni aziendali concessigli fino a quel momento), e quindi ad ottenere le provvigioni basate sul volume delle vendite da lui realizzate. A seguito delle dimissioni del lavoratore, la società si difendeva sostenendo che nulla era cambiato degli accordi contrattuali, posto che lo stipendio base e il livello di provvigioni non erano stati oggetto di alcuna modifica. Tuttavia, la Corte affermò che la disposizione dell’azienda di far lavorare il dipendente dalla propria abitazione comprometteva di fatto le possibilità di quest’ultimo di raggiungere gli obiettivi di vendita prefissati e pertanto di ottenere le ricche provvigioni stipulate nel contratto: ne conseguiva che la società non aveva mantenuto le condizioni contrattuali convenzionalmente stipulate nel contratto di lavoro, realizzando di fatto un inadempimento nei cui confronti le dimissioni del lavoratore sono state dichiarate come sorrette da giusta

Solo in caso di valutazione affermativa in ordine all'esistenza di un pregiudizio concreto in capo al lavoratore, le Corti accertano la sussistenza di una giusta causa di dimissioni ed accolgono la richiesta di condanna al pagamento dell'indennità.

A titolo di esempio, si possono citare le seguenti pronunce, che possono aiutare a comprendere come ragionano le Corti cinesi investite di una questione simile.

Appare interessante notare preliminarmente che le Corti delle Province del Sud e dell'Ovest del territorio cinese in genere condividono, relativamente alla questione del trasferimento della sede lavorativa, una posizione di favore per il datore di lavoro, mentre le Corti delle Province e delle Municipalità del Nord e dell'Est (Pechino e Shanghai *in primis*) sono più rigide e propense a configurare il trasferimento come un'ipotesi di inadempimento datoriale.

1) In primo luogo, rileva una sentenza emessa dalla Corte di Zhongshan (città che si trova nel Guangdong, Provincia del Sud Ovest della Cina, una delle più floride Province Cinesi dal punto di vista industriale e soprattutto commerciale, anche alla luce della sua favorevole posizione geografica) in un caso in cui l'azienda aveva trasferito la sua sede legale, e la sede di lavoro dei suoi dipendenti impiegatizi, all'interno dello stesso distretto cittadino in cui si trovava la sede precedente, provvedendo puntualmente a notificare la comunicazione con preavviso a tutti i lavoratori coinvolti dal trasferimento.

Uno dei lavoratori, considerando il provvedimento datoriale come un inadempimento rilevante ai sensi dell'art. 38, num. 1), della *Employment Contract Law*, ha agito (per il riconoscimento della giusta causa di dimissioni⁸²¹ nonché) per il pagamento della *economic severance* quantificata nel doppio dell'indennità di fine rapporto. Il lavoratore, infatti, riteneva che, siccome ai sensi dell'art. 17 della *Employment Contract Law* il contratto di lavoro deve recare indicazione “[...] (4) delle descrizioni delle mansioni e della sede di lavoro”, il mutamento unilaterale della sede di lavoro, senza il consenso del lavoratore, sia da considerare una modificazione unilaterale del contratto, con conseguente applicabilità dell'art. 38, num. 1), qualora sia posto in essere dall'impresa senza un previo accordo con il dipendente nel rispetto dell'art. 35.

Peraltro, deve considerarsi che, come accennato, il diritto del lavoro in Cina è molto differenziato a livello locale, alla luce della vigenza di Regolamenti amministrativi emanati dai Governi delle varie Province, Municipalità e financo delle varie Città. Così, nella Provincia del Guangdong è previsto espressamente (art. 2 delle “*Opinions of Guangdong Human Resources and Social Security Ministry on Prevention and Management of the Labor Disputes during the Process of Enterprise Restructuring and Upgrading*”, entrato in vigore nel 2013) che se la nuova sede di lavoro a seguito del trasferimento è situata nella stessa città della sede precedente e il trasferimento non è idoneo a cagionare al lavoratore un serio pregiudizio, il contratto di lavoro continua ad essere efficace e, pertanto, le eventuali dimissioni del lavoratore non debbono essere ritenute sorrette da giusta causa. Per esempio, se il lavoratore può agevolmente recarsi presso la nuova sede di lavoro con i mezzi pubblici, è da escludere che il trasferimento abbia cagionato ai suoi danni un grave pregiudizio.

In applicazione della norma locale, quindi, la Corte di Zhongshan ha ritenuto le dimissioni prive di giusta causa, dal momento che la nuova sede di lavoro era nella stessa città rispetto alla precedente e che il lavoratore poteva agevolmente raggiungerla con i mezzi pubblici senza grave detrimento personale.

causa e rientranti nell'ambito di applicazione dell'art. 38, con conseguente suo diritto alla corresponsione dell'indennità di fine rapporto in misura raddoppiata ai sensi dell'art. 48 della *Employment Contract Law*.

821 Utilizzo la parentesi in quanto la legge cinese non parla mai di giusta causa, quindi i lavoratori che agiscono in giudizio ai sensi dell'art. 38 propongono una sola domanda di condanna al pagamento dell'indennità economica, senza “transitare” prima per l'accertamento della sussistenza della giusta causa. Nell'ordinamento cinese non si discute di giusta causa, ma solo del fatto che ci si trovi o meno in presenza di una delle ipotesi previste dalle disposizioni normative rilevanti. Il concetto di giusta causa può essere utilizzato dal giurista occidentale a mero scopo definitorio, per avere una comprensione immediata dell'ambito del problema.

Da notare, tuttavia, come il riferimento all'utilizzo dei mezzi pubblici sia privo di riferimenti di natura oggettiva (come per esempio il numero di chilometri o il tempo medio di percorrenza⁸²²), e costituisce quindi un criterio altamente discrezionale nel valutare se comporti o meno un grave pregiudizio in capo al lavoratore.

2) Nella Municipalità di Pechino, non esiste alcuna norma che prenda posizione su tale questione.

Così, con una sentenza del 2014, la Terza Corte Intermedia di Pechino ha accertato la giusta causa di dimissioni del lavoratore in un'ipotesi di trasferimento della sede di lavoro, nonostante la nuova sede fosse situata nella stessa città rispetto alla precedente. Trattasi di pronuncia dal contenuto diametralmente opposto a quella sopra citata della Corte di Zhongshan.

3) Anche a Shanghai, in mancanza di alcuna disposizione regolamentare, vige un orientamento giurisprudenziale propenso a considerare il trasferimento della sede di lavoro come una modificazione del contratto di lavoro che, ai sensi dell'art. 35, necessita del consenso del lavoratore. In assenza di questo, dunque, il trasferimento è illegittimo e le conseguenti dimissioni del dipendente devono essere considerate (sorrette da giusta causa e) rientranti nell'ambito applicativo dell'art. 38, num. 1): e tale conclusione non può essere disattesa mediante la considerazione della circostanza per cui il dipendente non abbia a soffrire alcun pregiudizio a seguito del provvedimento datoriale.

In altre parole, il fatto che il lavoratore nei cui confronti è stato disposto un trasferimento unilaterale, senza il previo ottenimento del suo consenso *ex art. 35*, soffra un pregiudizio rilevante in conseguenza del provvedimento datoriale, può costituire una circostanza idonea a "rafforzare" il convincimento della corte giudicante in ordine alla sussistenza della giusta causa di dimissioni; ma al contrario non può affermarsi che la mancanza in concreto di un pregiudizio in capo al lavoratore valga a rendere legittimo il trasferimento e, conseguentemente, privi le dimissioni di giusta causa, con venir meno del diritto del lavoratore ad ottenere la corresponsione dell'indennità economica di cui all'art. 46.

Può citarsi la sentenza della Corte di Shanghai, Distretto di Jiading, la quale ha condannato a corrispondere ai propri dipendenti dimissionari l'indennità raddoppiata *ex art. 48* la società che aveva trasferito la sede di lavoro pur all'interno del medesimo distretto. Più in particolare, la Corte ha rilevato che tale provvedimento comportava in capo ai lavoratori un tragitto più lungo, con conseguenze pregiudizievoli sul piano della loro vita personale e familiare, e il datore di lavoro lo aveva posto in essere senza prima provare a concordare con i dipendenti delle forme atte a mitigare tali conseguenze pregiudizievoli, come per esempio delle indennità per trasporti o la predisposizione di un servizio aziendale di "navetta" dalla sede originaria alla nuova sede⁸²³.

⁸²² A differenza di quanto fa, più correttamente in quanto ancorata a criteri più oggettivi, la normativa amministrativa italiana, per esempio in materia di Naspi (cfr., per esempio, la Circolare Inps n. 142/2015, citata sopra nel testo, secondo la quale il trasferimento costituisce giusta causa di dimissioni qualora la nuova sede si trovi ad una distanza superiore a 50 km. dalla residenza del lavoratore o sia raggiungibile da questi, con i mezzi pubblici, in un tempo mediamente maggiore a 80 minuti).

⁸²³ Ma la stessa Corte di Shanghai, nel 2013, aveva emesso una decisione di tenore opposto, in un caso in cui il trasferimento unilaterale del lavoratore in una diversa sede lavorativa aveva comportato il rifiuto di questi ad ottemperare al provvedimento datoriale, continuando a recarsi a lavorare presso la sede originaria risultando così assente nella nuova sede assegnatagli e venendo quindi licenziato per assenteismo. La fattispecie, pertanto, riguarda un licenziamento disciplinare e non un caso di dimissioni del lavoratore, ma può essere qui riportata in quanto comunque ha postulato un accertamento della Corte relativamente alla legittimità o meno di un provvedimento datoriale di trasferimento unilaterale della sede di lavoro.

Nel caso di specie, nel gennaio 2012 il dipendente (si trattava di un istruttore in una palestra), era stato trasferito da una sede ad un'altra della società datrice. Le due palestre, entrambe situate nella Municipalità di Shanghai, si trovavano però in due distretti diversi della città, ad una distanza di 12 chilometri. Il lavoratore, non accettando la disposizione datoriale e ritenendola illegittima, continuava a recarsi al lavoro nella prima palestra, indicata nel contratto di assunzione. Conseguentemente la società, contestandogli l'assenza ingiustificata dal lavoro, gli inviava una lettera di richiamo e, a seguito dell'ulteriore assenza del lavoratore dalla nuova palestra, lo licenziava per assenteismo, ai sensi dell'art. 39 della *Employment Contract Law*, per violazione della norma disciplinare interna che prevedeva il licenziamento in caso di assenza ingiustificata superiore a due giorni lavorativi. Invero, il contratto di lavoro recava, come sede lavorativa, soltanto la città di Shanghai, e non anche il distretto o la palestra nel quale l'istruttore avrebbe

4) Con sentenza dell'aprile 2016, la Corte di Chongqing (nella Provincia del Sichuan, nell'area centro-occidentale della Cina) ha rigettato la domanda del lavoratore volta ad ottenere il pagamento dell'indennità che l'art. 46 prevede in caso di dimissioni per giusta causa, motivata sulla base di un trasferimento unilaterale disposto dal datore di lavoro nei suoi confronti.

Nel caso sottoposto all'esame della Corte, infatti, il lavoratore si era dimesso per asserita giusta causa, basata su un suo trasferimento. La nuova sede di lavoro, tuttavia, era situata nello stesso distretto dell'unità produttiva presso la quale aveva lavorato sino a quel momento e che era indicata nel contratto di lavoro quale sede lavorativa. La distanza tra la nuova sede e la precedente era di appena tre chilometri, ma il lavoratore aveva asserito che il datore di lavoro *failed to provide work conditions as stipulated in the labor contract* (art. 38, num. 1), anche se tale circostanza non era idonea a cagionargli alcun serio pregiudizio; agiva pertanto in giudizio per ottenere il pagamento dell'indennità economica. La Corte di Chongqing esclude che il datore di lavoro abbia commesso una violazione del contratto, in quanto la collocazione della nuova sede di lavoro era nello stesso distretto di quella precedente, motivo per il quale si doveva ritenere che il trasferimento non fosse idoneo a cagionare un concreto pregiudizio in capo al lavoratore, la cui domanda di condanna è stata pertanto respinta.

Chiaramente questa recente pronuncia della Corte di Chongqing risente anch'essa del tributo della legislazione laburistica cinese alla valorizzazione della buona fede, inserendosi così perfettamente nel filone interpretativo inaugurato, a seguito dell'intervento normativo del 2008, della giurisprudenza anche in materia delle clausole di durata minima garantita, di cui si è parlato nel paragrafo precedente. Tale orientamento, però, come abbiamo visto non è univoco, in quanto altre Corti (soprattutto quelle di Pechino e Shanghai) viceversa non sono propense ad attribuire un certo margine di flessibilità in capo a parte datoriale, e a considerare legittimo il trasferimento seppure intimato senza il consenso del lavoratore, qualora una tale possibilità di trasferimento "unilaterale" fosse stata convenuta all'interno del contratto di lavoro e qualora da siffatto provvedimento non sia derivato in concreto alcun pregiudizio in capo al lavoratore poi dimessosi.

L'ipotesi num. 1) dell'art. 38 della *Employment Contract Law*, anche per effetto del suo combinato disposto con le misure di tutela della donna contenute nella *Law on the Protection of Women's Rights and Interests*⁸²⁴, ricomprende anche i casi in cui la lavoratrice subisca **molestie di natura sessuale** sul luogo di lavoro.

Nel caso in cui le molestie provengano dal datore di lavoro in persona, nessun dubbio circa la configurabilità di un'ipotesi di giusta causa di dimissioni.

dovuto prestare la propria attività; inoltre, prevedeva espressamente che la società si riservava il diritto di assegnare il dipendente in altre palestre situate a Shanghai sulla base delle esigenze aziendali derivanti dal flusso della clientela. Dopo il rigetto della sua istanza dal parte del Collegio Arbitrale, il lavoratore ha ottenuto una pronuncia negativa anche da parte della Corte del Popolo, la quale ha rigettato la sua domanda di pagamento della severance per licenziamento illegittimo sulla base delle seguenti motivazioni: (i) in primo luogo, valorizzando il fatto che la nuova palestra fosse situata a Shanghai, ciò che costituiva un elemento rispettoso delle disposizioni del contratto di lavoro; (ii) in secondo luogo, ritenendo che, dal momento che entrambe le palestre erano situate nel centro città, fosse da escludere che l'adibizione alla nuova sede fosse idonea a cagionare pregiudizi in capo al dipendente; (iii) infine, la società si era dimostrata in buona fede in quanto, pur potendo licenziare subito il dipendente a seguito dei primi due giorni di assenza ingiustificata, gli aveva prima inviato una lettera di richiamo. Così, il rifiuto del dipendente di ottemperare alla direttiva datoriale, e di conseguenza le sue assenze dalla nuova sede di lavoro, è stato accertato come ingiustificato, e quindi il licenziamento giudicato legittimo.

Questa fattispecie dimostra come alcune Corti ritengano opportuno assegnare in capo al datore di lavoro un certo margine di flessibilità per quanto riguarda il trasferimento del lavoratore ad una sede di lavoro diversa da quella espressamente indicata nel contratto, introducendo elementi di valutazione non previsti dalla legge quali la distanza tra la sede originaria e quella di destinazione e il pregiudizio cagionato dal provvedimento al lavoratore nel caso concreto, e soprattutto il fatto che nel contratto di lavoro fosse espressamente convenuto la facoltà per la società di trasferire il lavoratore ad altra sede al ricorrere di determinate esigenze aziendali.

824 Sulla quale, più nello specifico, si veda il Capitolo Quarto.

Problematico è, invece, il caso in cui la lavoratrice sia molestata da un altro dipendente: in questa circostanza, infatti, perché le dimissioni siano sorrette da giusta causa ed ella possa essere ritenuta titolare del diritto alla *economic severance*, la stessa dovrà provare, oltre al reale accadimento del fatto concreto, anche la responsabilità del datore di lavoro, che avrebbe potuto e dovuto prendere misure di protezione adeguate nei confronti della sua dipendente per evitare la commissione del fatto. Non può infatti – sostengono le Corti cinesi – affermarsi indistintamente la responsabilità oggettiva del datore di lavoro in ogni caso di molestia subito dalla lavoratrice sì sul luogo di lavoro, ma ad opera di altri soggetti (come i colleghi) diversi dal datore di lavoro.

Responsabilità datoriale che è stata esclusa in una recente pronuncia della Corte di Zhejiang del 2015 in un caso di specie che vedeva la lavoratrice dimissionaria ricorrente vittima di una forma singolare di molestia sessuale da parte di un suo collega⁸²⁵.

La responsabilità della società datrice in tale fattispecie è stata esclusa dalla Corte sulla base della circostanza per cui questa aveva immediatamente licenziato il responsabile del gesto sconsiderato (che altri non era che il *manager* diretto superiore della ricorrente).

La Corte ha riconosciuto che la *Law on the Protection of Women's Rights and Interests* pone in capo al datore di lavoro l'obbligazione di fornire un posto di lavoro sicuro a tutti i dipendenti e, con specifico riguardo alle donne, di prevenire molestie sessuali nei loro confronti da parte anche degli altri lavoratori. Ma ciò non significa, secondo la Corte, che si possa ritenere responsabile il datore di lavoro di ogni atto illegale che avvenga sul luogo di lavoro. Così, nella fattispecie posta al suo esame, se è vero che l'autore della molestia era un dipendente del datore di lavoro, è anche vero che egli aveva compiuto il fatto del tutto spontaneamente ed autonomamente, oltre che in maniera assolutamente improvvisa e non preventivabile. Del resto, il datore di lavoro, appena messo al corrente dell'accaduto, aveva prontamente reagito sia consegnando alla lavoratrice le risultanze delle videoregistrazioni perché ella potesse procedere alla denuncia del responsabile, sia licenziando quest'ultimo. La responsabilità del datore di lavoro sarebbe, invece, stata riconosciuta come sussistente nel caso in cui egli avesse già avuto sentore della possibile commissione, da parte del suo dipendente, di un atto di molestia che avrebbe potuto cagionare un disagio di natura personale alla lavoratrice, e ciò nonostante non avesse prontamente agito al fine di impedirne l'esecuzione. Così, l'assoluta stravaganza del gesto, da parte di un dipendente fino a quel momento esente da responsabilità disciplinari di qualunque genere, ha fatto ritenere non prevedibile l'evento e ha quindi condotto la Corte a rigettare la richiesta della lavoratrice all'ottenimento della *economic severance* di cui all'art. 46, alla luce del fatto che al datore di lavoro nessun rilievo poteva essere posto riguardo ad un mancato assolvimento dell'obbligo di "*provide labor protection*" ai sensi dell'art. 38, num. 1), della *Employment Contract Law*.

Per quanto riguarda il **mancato pagamento della retribuzione** quale circostanza integrante giusta causa di dimissioni (num. 2 dell'art. 38, che recita il diritto del lavoratore di recedere dal contratto di lavoro nel caso in cui il datore "*fails to timely pay the full amount of remunerations*"), si deve notare che, a differenza dall'ordinamento italiano, in Cina anche il mancato pagamento di una semplice mensilità di retribuzione può costituire giusta causa di dimissioni.

Come più volte evidenziato, infatti, la legislazione cinese non opera mediante il ricorso a clausole elastiche e a concetti e nozioni generali come quello di giusta causa, ma procede in maniera casistica. Così, nel caso in cui una disposizione di legge o di regolamento preveda un certo effetto al ricorrere di una determinata e ben specifica fattispecie, tale disposizione è da ritenere applicabile senza che sia necessario interrogarsi sulla presenza o meno della *ratio* unificatrice sottesa a tutte le ipotesi applicative contemplate. Così, in materia di dimissioni in tronco, ciò significa che, nel caso in cui il datore di lavoro non paghi la retribuzione in tempo, il lavoratore può dimettersi per giusta causa, senza che l'interprete debba indagare se tale inadempimento datoriale sia o meno idoneo a

825 Il quale aveva versato dello sperma nella tazza della lavoratrice, collocata sopra la sua scrivania.

far venir meno la fiducia tra le parti e, così, ad impedire la prosecuzione anche temporanea del rapporto.

Del resto, la specificità della disposizione in esame, secondo cui rientra nella fattispecie delle dimissioni senza preavviso l'ipotesi in cui il datore di lavoro non adempia *timely*⁸²⁶ al pagamento integrale (*full*) della retribuzione, è accentuata dalla rispettiva norma di cui all'art. 18, num. 5), del *Regulation on the Implementation of the Employment Contract Law*, ai sensi della quale il lavoratore può dimettersi nel caso in cui il datore di lavoro "*fails to pay labor remunerations timely or in full amount*". Il legislatore ripete l'aggettivo *full* e l'avverbio *timely*: ne deriva che anche il ritardo di un solo giorno, ovvero il mancato pagamento di una parte anche minima della retribuzione, può legittimare il dipendente a dimettersi per giusta causa.

L'unico argomento che si potrebbe spendere per opporsi a tale, forse eccessiva, soluzione e difendere la posizione del datore di lavoro in siffatta fattispecie, potrebbe consistere nel ritenere tali dimissioni contrarie a buona fede.

Infatti, ogni comportamento delle parti del contratto di lavoro deve essere ispirato dal fondamentale principio di buona fede (art. 3 *Employment Contract Law*): questo vale anche nell'esercizio dei propri diritti. Come reso chiaro dal divieto degli atti emulativi, infatti, costituisce violazione del principio di buona fede l'esercizio di un proprio diritto finalizzato unicamente ad arrecare pregiudizio ad altra parte. Così, il lavoratore che, a seguito di un ritardo minimo del datore di lavoro nel pagamento della retribuzione, ritardo che non gli cagioni alcun danno, si dimetta, potrebbe vedersi respinta la domanda di accertamento della giusta causa di dimissioni proprio per il rango superiore di un principio generale quale quello della buona fede, che costituisce espresso riferimento interpretativo della legge in commento.

Peraltro la questione è complicata dalla forte differenziazione normativa dovuta ai diversi regolamenti locali che si sovrappongono alle fonti di diritto statali. Anche in materia di pagamento della retribuzione, vi sono significative differenze tra le varie discipline implementate dai vari Governi locali.

Il Regolamento della Provincia di Shenzhen, per esempio, prevede che il pagamento della retribuzione debba avvenire entro il termine di sette giorni dal giorno stabilito per legge, con un ritardo massimo, per qualsivoglia ragione, di cinque giorni, che potranno essere elevati sino a quindici solo in caso di difficoltà finanziarie del datore di lavoro e comunque previo accordo scritto tanto con il lavoratore quanto con la *labor union* (quindi se il contratto prevede che il datore di lavoro debba pagare lo stipendio al lavoratore il giorno 15 di ciascun mese, egli sarà tenuto a provvedervi entro il giorno 22, salvo poter ritardare al massimo fino al giorno 27 o di altri dieci giorni in caso di stipulazione di un accordo in tal senso anche con il sindacato).

Ciò premesso, in un caso recentemente deciso dalla Corte di Shenzhen sulla base di tale disposizione regolamentare, le parti avevano convenuto che la retribuzione avrebbe dovuto essere corrisposta non mese per mese, ma entro il giorno 20 del mese successivo a quello nel quale il lavoratore aveva prestato la propria attività lavorativa. Il datore di lavoro aveva sempre puntualmente adempiuto a tale obbligazione senza alcun ritardo, ma dopo le dimissioni del lavoratore veniva convenuto in giudizio per il pagamento della *economic compensation* di cui all'art. 46 della *Employment Contract Law*, basata sul fatto che le dimissioni sarebbero state sorrette da giusta causa, avendo il datore di lavoro pagato con un ritardo di più di 20 giorni rispetto al mese di riferimento. La Corte di Shenzhen, chiamata a valutare se dovesse prevalere la norma di legge o quella contrattuale, sulla base del Regolamento locale sopra citato condivise la prospettiva del lavoratore: la normativa legale, infatti, prevede causali tassative per il differimento del pagamento della retribuzione, tra le quali non è contemplata l'eventualità che le parti abbiano contrattualmente stabilito altrimenti. Così, le dimissioni sono state giudicate sorrette dalla giusta causa e il datore di lavoro condannato al pagamento della compensazione "di fine rapporto" di cui all'art. 46.

826 及时, jǐshí, letteralmente "in tempo".

Come nel caso relativo all'*handbook* e al Regolamento disciplinare interno all'azienda, che non possono prevedere ipotesi di licenziamento per *serious misconduct* del lavoratore in contrasto con norme di legge, così anche per quanto riguarda il momento in cui deve avvenire il pagamento della retribuzione le parti per lo più non possono essere considerate libere di prevedere un assetto di interessi contrario alla normativa di diritto positivo.

Infine, si deve ricordare come il mancato pagamento della retribuzione dovuta, oltre a prestare effetti rilevanti sul rapporto di lavoro, costituisce anche, a certe condizioni, un reato.

La *Criminal Law of the People's Republic of China*⁸²⁷, infatti, all'art. 276 prevede la responsabilità penale del datore di lavoro nel caso di mancato pagamento della retribuzione, qualora sussistano certe condizioni.

Il testo della norma recita che “*Whoever evades payment of a relatively large amount of labor remunerations by transferring property or escaping and hiding or refuses to pay a relatively large amount of labor remunerations though capable, and still refuses to pay even after being ordered by the relevant government department to pay, shall be sentenced to imprisonment of not more than 3 years or criminal detention and/or a fine; and if there are serious consequences, shall be sentenced to imprisonment of not less than 3 years but not more than 7 years and a fine*”.

La disposizione pone rilevanti problemi interpretativi a causa di una certa genericità, contenendo elementi vaghi e non specifici che sembrano contrastare con il fondamentale principio penale di determinatezza della norma incriminatrice. Tale principio impone che le disposizioni incriminatrici siano formulate chiaramente, al duplice scopo di evitare che il giudice assuma un ruolo creativo e discrezionale nell'individuazione del confine tra il lecito e l'illecito e, per altro verso, di garantire la libera autodeterminazione individuale, permettendo al destinatario della norma penale (in questo caso, al datore di lavoro⁸²⁸) di apprezzare *a priori* le conseguenze giuridico-penali della propria condotta.

In particolare, non è chiaro quando l'entità della retribuzione non pagata sia da considerare un “*relatively large amount*”, non comprendendosi se tale concetto debba essere inteso in riferimento alle capacità economico-finanziarie di parte datoriale ovvero di quelle del lavoratore; e se il mancato pagamento dello stipendio magari per un numero elevato di mensilità – e così per un importo notevole – ma a un solo dipendente (magari perché lo si ritiene inadempiente, svogliato, assente ingiustificato, e così via), sia un comportamento suscettibile di integrare la fattispecie.

Altro motivo di incertezza, in ragione dell'indeterminatezza della disposizione, consiste nell'evento circostanziale la cui evenienza in concreto determina un aumento di pena, dalla detenzione per massimo tre anni come pena base fino al massimo di sette anni, elemento che consiste nella produzione di “*serie conseguenze*”. Ora, non si comprende se esse debbano essere riferite alla sfera del lavoratore – il quale per l'appunto a causa della mancata corresponsione della retribuzione cui ha maturato il diritto non riesce a trarre il sostentamento di sé e della propria famiglia – ovvero all'ordine sociale – avendo quindi rilevanza il numero di dipendenti rimasti senza stipendio, con il che si potrebbe ritenere integrata la circostanza delle serie conseguenze anche in caso di mancato pagamento di una mensilità però a centinaia di dipendenti, con il rischio di tensioni sociali.

La norma, poi, configura il reato soltanto in presenza di ulteriori presupposti oltre al fatto del mancato pagamento della retribuzione in sé e per sé considerato:

- l'art. 276 sembra configurare un reato a forma vincolata, posto che il mancato pagamento della retribuzione rileva penalmente quando la condotta omissiva è posta in essere con modalità fraudolente, “*by transferring property or escaping and hiding*”, cioè distraendo denaro all'impresa (in modo da farla apparire incapiente) o “*dandosi alla macchia*”; oppure rifiutando di effettuare il pagamento (come nell'esempio fatto in precedenza, in cui il datore di lavoro volontariamente rifiuta

827 Pubblicata ed entrata in vigore nel 1979 e modificata più volte, l'ultima delle quali nel 2011. La recente modifica, in particolare, è intervenuta proprio sull'art. 276, riportato nel testo.

828 Il soggetto concretamente responsabile è da identificare con il rappresentante dell'impresa e, nelle società di maggiori dimensioni, anche con l'amministratore delegato.

di pagare lo stipendio nella misura integrale ad un dipendente che ritiene sfaccendato o nullafacente);

- il reato non è integrato se non dopo che il datore di lavoro abbia ricevuto un ordine di effettuare il pagamento da parte del dipartimento governativo (*in primis* il Dipartimento Amministrativo del Lavoro, ma potrebbe essere anche altro Dipartimento, quale quello fiscale che accerti l'omissione a seguito di controlli di natura tributaria);

- il reato è a dolo necessario, in quanto la condotta omissiva deve essere volontaria. Infatti, l'espressione "*though capable*"⁸²⁹ dimostra che la fattispecie non è integrata qualora il mancato pagamento dello stipendio ai dipendenti derivi da ragioni di forza maggiore o da ragioni di incapacità (la quale naturalmente deve essere involontaria, e per esempio in quanto derivante da investimenti rivelatisi errati, e non cagionata da condotte distrattive) dell'impresa datrice, la quale nel rischio datoriale gravante su di essa non sia materialmente in grado di onorare i propri debiti retributivi.

Peraltro, il dolo è da ritenere sussistente anche qualora il datore di lavoro non reagisca tempestivamente alla situazione di difficoltà o di impossibilità economica di pagare la retribuzione (per esempio, presentando un'istanza di fallimento o di sottoposizione alla procedura di ristrutturazione prevista dalla *Enterprise Bankruptcy Law*, oppure presentando un progetto di piano di rientro all'approvazione della *labor union* costituita in seno all'azienda o alla generalità dei dipendenti, e così via);

- infine, l'ultimo paragrafo dell'art. 276 prevede la possibilità di diminuire la pena o di escludere la perseguibilità del reo qualora la condotta omissiva non abbia cagionato serie conseguenze e l'agente abbia corrisposto le retribuzioni dovute prima dell'inizio del procedimento penale. Trattasi, tecnicamente, di una causa di estinzione del reato.

Quanto all'ipotesi relativa al **mancato pagamento dei contributi sociali e dei premi assicurativi** quale giusta causa di dimissioni, può premettersi che essa può rivestire tale funzione anche in Italia: in entrambi gli ordinamenti infatti esso costituisce un'obbligazione del datore di lavoro funzionalmente collegata all'obbligazione principale di pagare la retribuzione.

A questo punto della trattazione, è opportuno tracciare un quadro sintetico del sistema previdenziale cinese, onde comprendere quali siano gli oneri contributivi posti a carico del datore di lavoro e il cui mancato adempimento possa colorare di giusta causa le dimissioni del lavoratore.

Cenni sul sistema previdenziale cinese

In Cina, in materia previdenziale vige la *Social Security Law* del 2011, con la quale il legislatore ha recentemente inteso porre rimedio ai più rilevanti problemi che erano stati riscontrati relativamente al sistema previdenziale previgente, i quali derivavano principalmente dalle scelte politiche del Governo nel secolo scorso.

Il crollo di un sistema basato sull'economia centralizzata a livello statale e del sistema impiegatizio c.d. della "ciotola di riso", con il quale lo Stato assicurava a ciascun lavoratore il soddisfacimento dei bisogni primari quali l'impiego, l'abitazione, le cure mediche fondamentali e la pensione, nonché l'adozione della politica del figlio unico a partire dall'inizio degli anni Ottanta, hanno comportato la devoluzione ai privati delle fonti di finanziamento del sistema previdenziale prima di

829 有能力支付而不支付劳动者的劳动报酬, yǒu nénglì zhīfù ér bù zhīfù láodòngzhě de láodòng bàochou, letteralmente: "avendo la capacità di pagare non paga la retribuzione del lavoro del lavoratore", laddove il concetto di "capacità" inteso come "possibilità economica" è trasmesso dal vocabolo 能力, nénglì, appunto abilità, possibilità, capacità. La prima parte della frase riportata, dunque, è particolarmente efficace nell'indicare come la condotta omissiva debba essere volontaria, cioè non debba dipendere da cause di forza maggiore o da altri eventi idonei a far venire meno – temporaneamente, altrimenti scatterebbe l'onere di promuovere le procedure previste dalla *Enterprise Bankruptcy Law* – la 能力, nénglì, di onorare i propri debiti retributivi.

finanziamento totalmente statale, perdipiù restringendo la base dei lavoratori che, con il versamento dei contributi, avrebbero mantenuto la tutela pensionistica delle precedenti generazioni. Così, contemporaneamente allo sviluppo economico e all'introduzione di un'economia di mercato negli anni Novanta e Duemila, la Cina ha dovuto fare i conti con i problemi di insostenibilità di un sistema previdenziale per il quale le strutture statali e le prospettive sociali e demografiche avevano dimostrato l'impossibilità di mantenimento.

Conseguentemente, allo scopo di dar vita ad un nuovo sistema di sicurezza sociale e di *welfare*, dopo la *Labor Law* del 1994 e la *Employment Contract Law* del 2008, il Governo del Partito Comunista è intervenuto con la ***Social Insurance Law***, in vigore dal 2011.

I principi base del sistema previdenziale cinese, inaugurato con la recente legge, sono i seguenti:

1. il nuovo sistema mira alla copertura previdenziale di tutti i lavoratori, inclusi i migranti provenienti dalle zone rurali;
2. il finanziamento del sistema pubblico di previdenza è realizzato mediante il pagamento dei contributi da parte dei privati. A questo riguardo, mentre per i fondi pensionistici, per la tutela contro la disoccupazione, per la previdenza sanitaria e per la tutela del diritto all'abitazione, il pagamento dei contributi è ripartito, in differenti percentuali, tra il datore di lavoro e il lavoratore, invece il finanziamento del fondo per la tutela contro gli infortuni professionali (in Italia di competenza dell'Inail) e del fondo per la tutela della maternità proviene dal pagamento di contributi da parte del solo datore di lavoro;
3. i vari fondi di previdenza sono gestiti dai governi locali e sono divisi in fondi provinciali o municipali;
4. i contributi versati in relazione ad un dipendente "seguono" gli eventuali spostamenti di tale dipendente da una località all'altra: il nuovo datore di lavoro, pertanto, al momento dell'assunzione ha anche l'onere burocratico di provvedere alla richiesta di trasferimento dei contributi versati dal datore di lavoro precedente dal fondo locale di competenza per il previo rapporto di lavoro al nuovo fondo localmente competente.

Tale sistema ha incontrato molte difficoltà di realizzazione, non ultimo a causa della sua natura fortemente localizzata, che aumenta gli oneri burocratici, soprattutto con riferimento ai lavoratori migranti dalle zone rurali, e drammatizza le differenze normative e regolamentari da località a località, differenze che riguardano persino le aliquote contributive da versare.

Ancor più di recente, il Governo ha tentato di aumentare le garanzie di finanziamento del sistema non solo implementando le sanzioni a carico dei datori di lavoro inadempienti, ma anche riducendo, in particolare nell'ultimo anno (cfr. il *13° Piano Quinquennale del Dipartimento Nazionale per lo Sviluppo Economico e Sociale*, svoltosi nel maggio 2016), i contributi che i datori di lavoro e i lavoratori debbono versare ai vari fondi.

Di seguito, si presenta una breve sintesi delle varie forme di tutela previdenziale previste dalla *Social Insurance Law* del 2011, con i conseguenti vari tipi di contributi che il datore di lavoro deve versare in pendenza del rapporto di lavoro.

a) **Tutela pensionistica.**

I contributi pensionistici sono di competenza di entrambe le parti del rapporto di lavoro, sia pure in misure differenti.

I lavoratori contribuiscono in una percentuale della retribuzione da essi percepita determinata localmente dal governo di ciascuna Regione o Municipalità, in misura comunque non superiore all'8%. I contributi a carico delle aziende, invece, si attestano attorno alla percentuale media del 20% (anche se, per effetto del 13° Piano Quinquennale sopra richiamato, il Governo centrale ha deliberato una riduzione di un punto percentuale, e molti Governi locali – per esempio quello della Municipalità di Pechino – si sono già conformati riducendo la percentuale al 19%).

Al momento del raggiungimento dell'età pensionistica, il lavoratore che abbia diritto a tale prestazione previdenziale ottiene il pagamento mensile di un importo pari al totale dei contributi

versati nel corso della sua vita lavorativa, aumentato degli interessi previsti legalmente, diviso per 120 (in sostanza, si presume che il lavoratore viva e possa godere della tutela pensionistica per dieci anni dopo essere andato in pensione).

In aggiunta a tale importo – che dipende dall’entità dei contributi versati dal lavoratore e, nei suoi confronti, dai suoi datori di lavoro e che dunque riflette un sistema di tipo **contributivo** – il lavoratore ha diritto ad un c.d. *general pension payment*, che gli spetta non solo per dieci anni ma fino alla sua morte: trattasi di un ulteriore *benefit* la cui entità è determinata a livello locale sulla base del numero di anni lavorati dal soggetto, della media delle retribuzioni e dell’aspettativa di vita nella Regione di riferimento.

Soltanto questi “benefit extra” sono pagati dallo Stato a prescindere dal montante contributivo del soggetto, mentre la pensione “ordinaria” (quella calcolata sulla base dei contributi versati nel corso degli anni) non viene erogata in caso di mancato versamento dei contributi da parte dello stesso lavoratore o del datore di lavoro, con la conseguenza che nel caso in cui il datore di lavoro ometta di versare i contributi di sua competenza, il lavoratore godrà di una pensione inferiore rispetto a quanto avrebbe diritto per quanto lavorato (così si spiega lo sciopero di enormi proporzioni, che ha avuto rilevanza mondiale nell’aprile 2014, avendovi partecipato per due settimane i circa 40,000 dipendenti della fabbrica di scarpe Yue Yuen di Dongguan, a causa del mancato pagamento integrale, da parte dell’azienda, dei contributi previdenziali dovuti: tale inadempimento aziendale infatti aveva come conseguenza quella di privare migliaia di lavoratori, che avevano trascorso la vita lavorativa alle dipendenze dell’azienda, dell’importo pensionistico ordinario cui essi avrebbero avuto diritto).

I lavoratori maturano il diritto alle prestazioni pensionistiche alla presenza di due requisiti fondamentali: il raggiungimento dell’età pensionabile e il versamento dei contributi per un periodo di almeno 15 anni. Coloro che difettano di tale requisito, non avendo diritto ad ottenere alcuna prestazione pensionistica, possono ritardare la quiescenza fino al raggiungimento dei 15 anni di contributi versati, oppure pagare l’importo dei contributi mancanti per raggiungere tale soglia, oppure ancora ricevere l’intero importo dei contributi versati con riferimento alla loro posizione lavorativa in un’unica soluzione (si tratta di una sorta di “restituzione” dallo Stato al lavoratore dei contributi versati da quest’ultimo e, per quest’ultimo, dal datore di lavoro, nel caso in cui il lavoratore stesso non raggiunga il diritto ad ottenere la pensione).

Si segnala inoltre che solo nel 2015, per effetto della *Decision on the Reform of the State Employee Pension System*, sono stati unificati il settore pubblico e il settore privato; solo per effetto di tale recente riforma anche i dipendenti pubblici dovranno ora versare i contributi di propria spettanza.

Quanto all’età pensionabile, essa è fissata in 60 anni per gli uomini, in 50 anni per le donne che lavorano alle dipendenze di privati e in 55 anni per le donne dipendenti pubbliche.

La soglia di età, fissata negli anni Cinquanta del secolo scorso, non è mai stata aggiornata sulla base dei nuovi dati sulla vita media e sull’aspettativa di vita della popolazione e questo costituisce, all’evidenza, il principale problema per la sostenibilità del sistema. Per questo motivo, il Governo ha fatto sapere ufficiosamente che l’età pensionabile sarà oggetto di un generale innalzamento per effetto di una riforma che verrà emanata nel 2017, sia pure con un “periodo cuscinetto” di cinque anni.

b) Tutela contro la disoccupazione.

Per quanto riguarda la previdenza per le ipotesi di disoccupazione, la *Social Insurance Law* ha in larga parte recepito il Regulations on Unemployment Insurance del Consiglio di Stato del 1999, ai sensi del quale le obbligazioni contributive sono a carico sia dei datori di lavoro che dei lavoratori.

I relativi contributi originariamente erano determinati a livello centrale, con la “solita” possibilità per gli enti periferici di discostarsi entro certi limiti da tale aliquota, nella percentuale rispettivamente del 2% e dell’1%, soglie oggi ridotte da molti Governi regionali e municipali in ottemperanza al 13° Piano Quinquennale del Governo centrale dell’aprile 2016 quale incentivo alle assunzioni (per esempio, nella Regione del Guangdong la misura a carico del datore di lavoro è

stata ridotta dall'1,5% allo 0,8% e quella a carico del lavoratore dallo 0,5 allo 0,2%)⁸³⁰.

La prestazione contro la disoccupazione – che alla fine del 2015 copriva circa 173 milioni di lavoratori, ivi inclusi 42 milioni di lavoratori migranti – prevede anche la prosecuzione della previdenza medica per i soggetti che perdono l'occupazione. La durata della prestazione dipende dalla lunghezza del periodo per il quale il lavoratore ha versato i contributi per tale sistema previdenziale, con un massimo di 24 mesi per coloro che sono stati impiegati e hanno versato i contributi per dieci o più anni.

La misura dei benefici pagate in caso di disoccupazione è piuttosto bassa. Già il Regolamento del 1999, con previsione recepita dalla *Social Insurance Law*, prevedeva che essa non poteva in alcun caso superare il livello minimo dei salari individuati a livello locale (livello già di per sé non certo elevato).

c) **Previdenza sanitaria.**

Il finanziamento del sistema di previdenza sanitaria (*China's employee medical insurance system*, inaugurato nel 1998) si basa sulla contribuzione tanto dei lavoratori quanto dei datori di lavoro. Come la tutela pensionistica, anche tale sistema accorpa un profilo personale di ogni singolo contribuente (alimentato dai contributi versati personalmente dal soggetto beneficiario e dal suo datore di lavoro) con fondi "generalisti", che costituiscono una tutela aggiuntiva che prescinde dal montante contributivo del singolo.

Sebbene l'importo dei contributi vari da Regione a Regione, a carico dei lavoratori è prevista una percentuale che solitamente si aggira sul 2% della retribuzione, mentre a carico delle aziende i contributi oscillano tra il 6% e il 12% della media dei salari versati alla loro forza lavoro complessiva. Si nota, quindi, che per tale forma di tutela i contributi versati dal datore di lavoro non dipendono dall'importo della retribuzione del soggetto con riferimento al quale vengono versati i contributi, ma dall'ammontare complessivo delle retribuzioni pagate mensilmente dal datore di lavoro a tutti i propri dipendenti.

Della quota versata dalle aziende, solo il 30% serve ad accrescere il montante contributivo del singolo lavoratore, mentre la parte residua è destinata al finanziamento del sistema generale.

Una volta che il lavoratore ha versato i contributi per il numero di anni minimo previsto, diviene titolare del diritto alla prestazione senza dover pagare altri contributi addizionali.

Quanto alle prestazioni erogate agli aventi diritto, è previsto che l'*account* personale del singolo lavoratore copra il costo di ogni trattamento medico fino al massimo del 10% della retribuzione annuale media locale. Il fondo di previdenza sanitaria generale, invece, copre ogni costo sopra tale soglia del 10%, fino al quintuplo della media delle retribuzioni annue.

La *Social Insurance Law* prevede che il fondo di previdenza sanitaria copra i costi dei trattamenti medici per i lavoratori pagando direttamente le prestazioni erogate dai fornitori del servizio sanitario (l'ospedale o la clinica); tuttavia, in molti casi, nella pratica sono prima i lavoratori a dover pagare i trattamenti sanitari ricevuti e poi chiedere il rimborso delle spese sostenute entro i limiti fissati dalla legge.

Naturalmente la legge contempla un elenco, aggiornato periodicamente dal Ministero, dei trattamenti sanitari che soli rientrano nella tutela previdenziale in esame e quindi che soli possono essere rimborsati ai lavoratori. Per quanto riguarda gli altri trattamenti, i costi delle relative prestazioni rimangono a carico dei lavoratori, che tuttavia potranno farvi fronte con i contributi che in quel momento formano il loro profilo personale (che viene così ridotto), oltre che naturalmente

830 Con Circolare pubblicata il 16 febbraio 2017 ("*Circular on relevant issues concerning the periodic reduction of unemployment insurance premium rate*"), il Ministero delle Finanze ha stabilito che dal 1° gennaio 2017 le Province in cui l'aliquota contributiva per il fondo contro la disoccupazione si attesti all'1,5%, hanno tempo sino al 18 aprile 2018 per ridurla sino all'1% con regolamento amministrativo; tale aliquota non potrà invece essere abbassata qualora sia già pari all'1% o inferiore. Con il medesimo provvedimento il Ministero ha stabilito, inoltre, che ogni Provincia dovrà provvedere ad unificare le aliquote contributive (sempre con riferimento alla tutela contro la disoccupazione) a carico del datore di lavoro e del lavoratore.

pagando le spese di tasca propria.

Il sistema garantisce anche la copertura di trattamenti non ambulatoriali o il rimborso delle spese sostenute per l'acquisto di medicinali, ma in maniera ancor più limitata, così da essere di efficacia pressoché nulla. Si spiega così il ricorso sempre più esteso alla stipulazione di assicurazioni mediche private da parte dei cittadini.

d) Assicurazione contro gli infortuni sul lavoro.

I contributi per la tutela assicurativa contro gli infortuni sul lavoro sono versati solo dal datore di lavoro, in una percentuale compresa tra lo 0,5% e il 2% della retribuzione del lavoratore di riferimento. La misura percentuale in concreto varia sulla base di dati statistici di due tipi: in primo luogo, alla luce della media di infortuni riscontrati a livello locale negli ultimi anni; in secondo luogo, alla luce del settore di attività della singola azienda e alla sua "pericolosità": per questo, le aziende vengono classificate in base all'attività produttiva da esse svolta (analogamente a quanto funziona nel nostro ordinamento).

In particolare, la Social Security Law *prevede che l'aliquota assicurativa in materia di infortuni sul lavoro sia determinata*, appunto, sulla base dei rischi di infortuni esistenti per ciascuna azienda, prendendo in considerazione fattori statistici quali il ricorso alle prestazioni erogate dal fondo assicurativo negli anni precedenti e la frequenza di infortuni sul lavoro accorsi all'interno della stessa.

In passato, la maggior parte dei Governi locali aveva instaurato un sistema classificatorio distinto in tre categorie, sulla base dei differenti livelli di rischi potenziali per la salute e l'integrità fisica dei lavoratori, e le aliquote contributive venivano individuate alla luce dell'appartenenza ad una piuttosto che ad un'altra di tali categorie; non mancavano, però, Regioni (per esempio Shanghai e Suzhou) nelle quali la determinazione delle aliquote contributive avveniva in maniera indifferenziata per tutte le imprese, a prescindere dal livello di rischi legati all'attività concretamente svolta da ciascuna di essa.

Recentemente, tuttavia, si è assistito a un mutamento del sistema classificatorio, in quanto sulla base della *Notice on Adjusting the Work Injury Insurance Premium Rates*, emanata congiuntamente dal Ministero delle Risorse Umane e della Sicurezza Sociale e dal Ministero delle Finanze ed entrata in vigore nell'ottobre 2015, le aziende vengono ora classificate in otto differenti gradi, a ciascuno dei quali corrisponde un'aliquota contributiva diversa, da un minimo dello 0,2% ad un massimo dell'1,9%. Tali otto differenti categorie sono state inizialmente individuate sulla base del settore di attività produttiva e dei rischi potenziali per la salute umana registrati per ciascuna azienda, e verranno poi periodicamente aggiornate (ogni triennio) alla luce del numero e della gravità di infortuni fatti registrare in ciascuna azienda. Così, è possibile, per un'azienda "virtuosa" in seno alla quale si sia verificato un numero limitato di eventi coperti dal Fondo assicurativo, ottenere una classificazione più favorevole in modo da dover versare, per il triennio successivo, dei contributi inferiori. Tale sistema mira anche ad incoraggiare le imprese a prendere misure di salvaguardia della salute e dell'integrità fisica dei propri dipendenti, ponendo in essere ogni misura potenzialmente il più efficace possibile – con ricorso anche a strumenti tecnologicamente avanzati – allo scopo di diminuire gli infortuni e la loro entità.

Se il datore di lavoro omette il versamento dei contributi dovuti, dovrà pagare lui stesso le prestazioni sanitarie cui il lavoratore avrebbe diritto in caso di infortunio.

I lavoratori maturano il diritto a tale prestazione previdenziale se subiscono un infortunio professionale, collegato cioè alla prestazione di lavoro. Peraltro, il processo burocratico per ottenere il riconoscimento della maturazione di tale diritto è lungo e complesso, e riduce il grado di effettività di tale sistema previdenziale: una volta che la commissione medica localmente competente abbia accertato il nesso funzionale tra l'evento lesivo e lo svolgimento dell'attività lavorativa propria dell'azienda, la medesima commissione stabilisce il grado di invalidità in una scala da 1 a 10, sulla base del quale, naturalmente, varia la misura della prestazione da erogare.

Un'elencazione tassativa degli eventi lesivi che vengono considerati infortuni connotati da eziologia

professionale, come tali coperti dalla tutela previdenziale, è contenuta dal *Regulation on Work Injury Insurance* promulgato dal Consiglio di Stato, da ultimo aggiornato al 2013.

In base al medesimo, sono considerati infortuni professionali quelli in cui:

- il lavoratore subisce l’evento lesivo mentre sta svolgendo la propria prestazione lavorativa durante l’orario di lavoro e sul luogo di lavoro;
- il lavoratore subisce l’infortunio per un incidente accorso mentre si preparava al lavoro o subito dopo il termine dell’orario di lavoro, in entrambi i casi all’interno del luogo di lavoro;
- l’infortunio è dovuto ad episodi di violenza o ad altri incidenti sorti per effetto dello svolgimento dell’attività di lavoro, in orario di lavoro e sul luogo di lavoro;
- il lavoratore incorre in una malattia “occupazionale”⁸³¹;
- il lavoratore subisce degli infortuni durante una trasferta di lavoro;
- l’infortunio è cagionato da un veicolo a motore lungo il tragitto per recarsi a lavoro o per tornare alla propria abitazione dal luogo di lavoro⁸³²;

831 Evidente peraltro la tautologia in cui incorre il Regolamento laddove non definisce, a sua volta, cosa debba intendersi per “*occupational disease*”.

832 A tal proposito, si sono poste anche in Cina le questioni, sorte in Italia, relative al c.d. infortunio in itinere. Relativamente ad esse, preso atto delle differenti interpretazioni sorte a livello locale, il Ministero del Lavoro ha recentemente emanato un Regolamento Amministrativo, le c.d. “*Second Opinions of Several Issues concerning the Implementation of the Regulation on Work-Related Injury Insurance*”, pubblicate il 28 marzo 2016, con lo scopo di tentare di uniformare l’interpretazione relativa, per l’appunto, alla possibilità di considerare o meno di natura professionale gli infortuni che colpiscono la persona del lavoratore in momenti successivi rispetto al termine dell’orario di lavoro, mentre egli si trova ancora sul luogo di lavoro ovvero mentre egli si stia allontanando da esso. Ai sensi dell’art. 6 di tale Regolamento, se la natura professionale dell’infortunio deve essere riconosciuta qualora esso avvenga durante il trasferimento del dipendente dal luogo di lavoro alla propria abitazione e viceversa, tale ipotesi deve ritenersi configurata qualora egli, al momento in cui è avvenuto l’infortunio, si trovasse lungo un “percorso ragionevole” ed entro un “termine di tempo ragionevole” successivamente all’uscita dal lavoro. È evidente che la specificazione di cosa debba intendersi per i concetti di “percorso ragionevole” e di “termine ragionevole” quali requisiti per ritenere sussistente la natura professionale dell’infortunio costituisca spesso un’operazione equivoca nella prassi, stante la discrezionalità sottesa alle definizioni usate dal Ministero.

Alla luce dell’orientamento invalso presso la giurisprudenza cinese, può sintetizzarsi quanto segue.

(i) Per quanto riguarda il concetto di “termine di tempo ragionevole” entro il quale l’infortunio deve avvenire a seguito dell’uscita dal lavoro, si distingue a seconda che il dipendente rimanga per un periodo sul luogo di lavoro o si metta immediatamente in strada per tornare alla propria abitazione. Nel primo caso, il presupposto è ritenuto sussistente qualora il dipendente si trattiene sul luogo di lavoro al termine dell’orario di servizio per ragioni attinenti a quest’ultimo, come per esempio per cambiarsi di vestito (il c.d. “tempo tuta”, secondo l’espressione terminologica invalsa nella prassi italiana) o per lavarsi; oppure qualora egli si trattienga nel luogo di lavoro per altri motivi ragionevoli, come nel caso in cui egli finisca il proprio turno a notte inoltrata ed attenda di tornare alla propria residenza al mattino; se invece egli si trattiene per ragioni personali, come per esempio per aspettare un collega, o per consumare un pasto in un locale vicino alla sede di lavoro, il requisito non è considerato sussistente e l’infortunio patito dal lavoratore non è considerato di natura professionale. Peraltro, la maggior parte delle Corti (come per esempio quelle di Chengdu e di Suzhou) sono del parere che la circostanza che il lavoratore si rechi a consumare il pasto fuori dalla sede di lavoro anche allorché il datore di lavoro abbia predisposto un servizio di mensa aziendale, non valga ad escludere la natura professionale dell’infortunio eventualmente accorso, in quanto il dipendente non può essere obbligato a pranzare o cenare nella mensa aziendale. Di contrario avviso le Corti di Shanghai.

(ii) Per quanto riguarda l’accertamento del concetto di “percorso ragionevole”, in esso rientra il percorso svolto dal lavoratore dal luogo di lavoro tanto al dormitorio eventualmente assegnato dalla società, quanto alla propria abitazione o a quella dove vivono i membri della sua famiglia. Qualora egli viva durante la settimana nel dormitorio predisposto dall’azienda e si rechi presso la residenza familiare soltanto nei week end (pratica invero diffusissima in Cina), anche l’incidente accorso durante il suo spostamento verso quest’ultima potrà essere qualificato come professionale, ai sensi dell’art. 6, num. 1) e 2), delle *Provisions of the Supreme People’s Court on Several Issues concerning the Trial of Administrative Cases on Work-Related Injury Insurance*. Tale conclusione è condivisa dalle Corti di rango inferiore. Invece, qualora l’infortunio avvenga mentre il lavoratore si stia dirigendo verso luoghi diversi dalla propria abitazione, ai sensi del num. 3) e 4) dell’art. 6 delle citate *Provisions of the Supreme People’s Court*, il requisito della “strada ragionevole” è da ritenere rispettato in caso di esigenze di natura familiare (come andare a prendere i figli a scuola o recarsi a fare la spesa), mentre non sussiste nel caso in cui lo spostamento del lavoratore sia diretto verso luoghi o incontri attinenti la sfera prettamente personale (come andare a fare visita ad amici o a fare shopping).

- il lavoratore muore improvvisamente o entro 48 ore da un intervento di emergenza salvavita per un evento avvenuto durante l'orario di lavoro e sul posto di lavoro;
- il lavoratore subisce l'infortunio mentre si trova in un'attività di protezione dell'interesse pubblico nazionale espletato durante opere di soccorso;
- in ogni altra circostanza in cui l'infortunio viene definito professionale da disposizioni di legge o di regolamento.

Il Regolamento specifica altresì che viceversa non sono connotati da derivazione professionale le ipotesi in cui la morte del lavoratore o l'infortunio da lui subito siano dovuti ad attività criminose ovvero ad attività poste in essere in violazione di norme amministrative di sicurezza, ovvero sia dovuta ad un suo stato di alcolismo, nonché nelle ipotesi di suicidio o di automutilazione (è da ritenere, naturalmente, volontaria) del lavoratore stesso.

Nei casi in cui sia accertato che l'infortunio sia di natura professionale, l'ammontare esatto delle prestazioni erogabili è determinata in larga misura dalla Social Insurance Law, dai Regolamenti locali sull'Assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e dalla Law on the Prevention and Treatment of Occupational Diseases.

Infine, si ricorda come, per effetto dell'espresso divieto contenuto nell'art. 42 della *Employment Contract Law*, al datore di lavoro è inibito il licenziamento del lavoratore che abbia subito un infortunio la cui eziologia professionale sia stata accertata dalla commissione medica o dall'autorità competente⁸³³.

e) **Previdenza per la tutela della maternità.**

Il sistema previdenziale per la tutela della maternità è finanziato da contributi posti a carico della sola parte datoriale, in quanto i lavoratori non sono onerati di alcun versamento contributivo.

Le aliquote contributive a carico del datore di lavoro, nonché le basi imponibili, sono determinate dai singoli Governi locali (a Pechino, per esempio, i contributi richiesti si attestano su una percentuale dello 0,8% del complessivo importo delle retribuzioni pagate dalla singola azienda all'intera forza lavoro da essa occupata, mentre a Guangzhou la soglia è dell'1% della retribuzione media mensile della città, non della singola azienda, mentre ancora a Chengdu è dello 0,6% delle retribuzioni di tutti i dipendenti della città).

La tutela copre tutti i costi sanitari connessi alla maternità, ivi compresi i vari controlli e le varie cure prenatali, così come le indennità economiche cui le lavoratrici hanno diritto durante il congedo di maternità⁸³⁴.

Tale sistema di tutela è – non c'è bisogno di dirlo – ben lungi dall'essere effettivo. Basti pensare che secondo i dati ufficiali relativi al 2015, di fronte ai 178 milioni di lavoratrici teoricamente coperte dalla *maternity insurance*, soltanto 6,4 milioni hanno ricevuto le prestazioni cui avrebbero avuto diritto, e ciò a causa delle condotte discriminatorie poste in essere dalle aziende.

Invero, la piaga delle discriminazioni di genere in Cina è ancora molto diffusa: si va dalla prassi dei colloqui pre-assuntivi, in cui le interviste delle candidate sono orientate sulle loro intenzioni familiari, alla stipulazione di clausole del contratto di lavoro con le quali le lavoratrici assumono l'impegno di non rimanere incinte, ai comportamenti datoriali che inducono le lavoratrici in gravidanza alle dimissioni forzate (assegnando ad esse turni di lavoro non sostenibili o carichi di lavoro eccessivi o attività lavorative pericolose), al rifiuto di concessione del congedo di maternità con conseguente licenziamento per assenza ingiustificata della lavoratrice.

Trattasi ovviamente di condotte illecite e pienamente vietate tanto dalla *Labor Law* e dalla *Employment Contract Law*, quanto dalla *Employment Promotion Law*⁸³⁵, quanto ancora dal

Naturalmente trattasi di concetti generali, che possono offrire all'interprete soltanto una chiave interpretativa di lettura generale, e che si prestano inevitabilmente a soluzioni differenziate nella pratica, a seconda della diversa sensibilità degli operatori e delle Corti.

833 Per l'analisi di questa ipotesi di divieto di licenziamento, si rinvia al Capitolo Quarto.

834 Sulle quali cfr. supra, Capitolo Quarto, ove si sono approfondite le tutele legali e regolamentari predisposte a favore delle lavoratrici madri.

*Regulation on the Scope of Prohibited Labour for Female Workers*⁸³⁶, ma l'*enforcement* di tali provvedimenti legislativi in questo campo è appena iniziato, grazie a quell'orientamento giurisprudenziale in via di consolidamento di cui si è già dato atto⁸³⁷, e con il quale le Corti cinesi hanno accertato la sussistenza della discriminazione subita dalle donne in fase pre-assuntiva e condannato l'azienda responsabile al risarcimento del danno (sia pure in maniera perlopiù simbolica). Non resta che sperare che da questo primo riconoscimento derivi un ampliamento maggiore e viepiù generale dei diritti delle lavoratrici contro ogni pratica discriminatoria a loro

835 In particolare dal suo art. 27, il quale ai commi 2 e 3 vieta alle aziende rispettivamente di prevedere condizioni di *recruitment* sfavorevoli per le donne e di inserire clausole che vietino alle lavoratrici di sposarsi o di fare figli; sulla *Employment Promotion Law* e la tutela da essa predisposta nei confronti delle condotte discriminatorie del datore di lavoro, si rinvia a quanto già evidenziato al Capitolo Quarto.

836 Regolamento del Governo centrale, entrato in vigore il 28 aprile 2012, che ha sostituito il precedente *Regulation on Labor Protection of Female Employees*.

Tale Regolamento integra le disposizioni di cui al Capitolo Settimo della *Labor Law* del 1994 ("*Special protection for Female Staff and Workers and Juvenile Workers*", articoli da 58 a 65), in particolare quelle di cui agli articoli 59-63, prevedendo determinati diritti a favore delle lavoratrici madri, come si può di seguito sintetizzare:

- aumento del periodo di congedo di maternità a 98 giorni – ammontare dunque inferiore rispetto a quello previsto nel nostro ordinamento per effetto del c.d. Testo Unico sulla maternità e la paternità, di cui al d. lgs. n. 151/2001, ma con possibilità dei Governi locali di prevedere disposizioni più favorevoli (si segnala per esempio il Regolamento Amministrativo del Governo della Provincia del Guangdong entrato in vigore nel settembre 2016, che ha elevato il congedo di maternità a 178 giorni);
- concessione del congedo di maternità anche in caso di aborto, rispettivamente di 15 o di 42 giorni a seconda che l'aborto sia intervenuto entro i 4 mesi dall'inizio dello stato di gravidanza o successivamente;
- divieto di ogni atto di discriminazione e molestie sessuali nei confronti delle donne sul luogo di lavoro;
- obbligo del datore di lavoro di organizzare corsi di formazione e di addestramento professionale, appositamente dedicati alle lavoratrici, in materia di sicurezza sul lavoro;
- obbligo del datore di lavoro di notificare per iscritto alle proprie dipendenti nel caso in cui uno o più dei compiti loro assegnati faccia parte delle mansioni vietate per le donne dal medesimo Regolamento (agli articoli 1 e 2 dell'Allegato).

Per quanto riguarda i diritti delle donne in gravidanza, il Regolamento prevede:

- che le assenze delle lavoratrici per le visite pre-natali debbano essere integralmente retribuite dal datore di lavoro;
- che il datore di lavoro abbia l'obbligo di ridurre il carico di lavoro nei loro confronti, assegnando loro mansioni compatibili con le loro condizioni di salute;
- un diritto a pause durante la giornata lavorativa a partire dal settimo mese di gravidanza;
- che le lavoratrici a partire dal settimo mese di gravidanza non possano effettuare lavoro straordinario o lavorare in orario notturno né svolgere le mansioni di cui all'art. 3 dell'Allegato.

Sono poi previsti diritti speciali a favore delle donne nel periodo di allattamento (un'ora di pausa al giorno per ogni giornata lavorativa e il divieto di lavoro straordinario e di adibizione al lavoro notturno o nelle mansioni di cui all'art. 4 dell'Allegato).

Ogni violazione alle prescrizioni del Regolamento sono sanzionate con una multa compresa tra RMB 1,000 e RMB 5,000. Nell'ipotesi in cui il datore di lavoro richieda ad una sua dipendente in gravidanza o durante il periodo di allattamento di svolgere una delle mansioni vietate dall'Allegato, opera la più afflittiva sanzione compresa tra RMB 50,000 e RMB 300,000. È previsto, infine, che, nei casi più gravi, le autorità governative possano disporre provvedimenti di chiusura dell'attività aziendale.

Le disposizioni del Regolamento emanato dal Governo centrale sono poi integrate da appositi Regolamenti locali.

Si segnala, per esempio, che la Provincia del Guangdong ha emanato un Regolamento amministrativo, entrato in vigore il 1° febbraio 2017, che si affianca (in senso migliorativo) a quello nazionale, prevedendo misure che aumentano la tutela della lavoratrice donna nei seguenti casi:

- per la prima volta, è previsto il diritto della lavoratrice a godere di una pausa (la cui durata, peraltro, inspiegabilmente non viene specificata) qualora, nei giorni del ciclo mestruale, abbia lavorato per più di quattro ore in posizione eretta;
- viene prevista la possibilità, per la lavoratrice, di godere di un periodo di aspettativa al termine del congedo di maternità, fino al compimento di un anno di età del figlio. La retribuzione per il periodo di aspettativa, secondo il Regolamento, sarà oggetto di apposita negoziazione tra le parti;
- fino al compimento di un anno di età del figlio, la lavoratrice potrà godere di pause retribuite per allattamento.

Il Regolamento specifica anche che, in caso di violazione datoriale a tali diritti della lavoratrice, l'autorità amministrativa avrà il potere di sanzionarlo con sanzioni amministrative e con previsione di misure risarcitorie a favore della lavoratrice stessa.

837 Cfr. *supra*, Capitolo Quarto, nell'exkursus relativo alla tutela anti-discriminatoria prevista dalla legislazione giuslavoristica cinese.

danno.

Infine, si può dar atto della proposta governativa del 14 aprile 2016 del Ministero delle Risorse Umane e della Sicurezza Sociale, avente ad oggetto la fusione del sistema previdenziale per la tutela della maternità con quello per la previdenza sanitaria di base; tuttavia, la bozza di regolamento ufficiale deve ancora essere pubblicata.

f) **Previdenza abitativa.**

Il c.d. *Housing Fund* (letteralmente, “fondo abitativo”), conosciuto anche come *Housing Provident Fund*, ufficialmente non costituisce parte integrante del sistema cinese di previdenza sociale.

Esso, infatti, non è amministrato e gestito dal Ministero delle Risorse Umane e della Sicurezza Sociale, come i cinque sistemi previdenziali illustrati sopra, ma dal Ministero dell’Abitazione e dello Sviluppo Urbano e Rurale. Tuttavia, può essere accostato ai cinque programmi ufficiali di previdenza sociale in quanto il suo funzionamento è simile a quello di questi ultimi, dal momento che anch’esso prevede obbligazioni contributive a carico di lavoratori e datori di lavoro, e in cambio garantisce l’erogazione delle prestazioni previdenziali previste.

Il Fondo è stato inaugurato nel 1999, in un momento cruciale per l’economia cinese, in transito dal sistema centralizzato a direzione statale all’economia di mercato (ricordiamo che la Cina sarebbe stata accolta all’interno della *World Trade Organization* due anni dopo, per entrare a far parte ufficialmente di tale Organizzazione nel 2015), in una fase in cui il Governo centrale non poteva più affidarsi alle imprese a partecipazione statale per soddisfare le esigenze abitative dei lavoratori: così, con la costituzione dell’*Housing Fund* si è tentato di creare un sistema con il quale assistere i lavoratori nel reperimento delle risorse economiche necessarie per soddisfare le proprie esigenze abitative (a tal proposito, tuttavia, si segnala che il diritto all’abitazione è sancito nella Costituzione cinese solo quale garanzia contro le sue violazioni, ai sensi dell’art. 39, secondo cui “*l’abitazione dei cittadini della Prc è inviolabile*”, ma non prevede espressamente un diritto alla proprietà privata della casa⁸³⁸).

I contribuenti di tale Fondo che maturano il diritto alla prestazione previdenziale da questo erogata possono avanzare richiesta di ottenere mutui agevolati, di coprire i costi di ristrutturazione e di mantenimento della propria abitazione e di avere sussidi economici per pagare l’affitto. Se il complessivo ammontare dei contributi versati dal lavoratore e dal datore di lavoro e che sono entrati a far parte dell’*account* personale del lavoratore non viene utilizzato nel corso della vita lavorativa, questi può riscattare i contributi versati a suo favore al momento del raggiungimento dell’età pensionabile: in tal modo il suo profilo personale costituito nell’*Housing Fund* viene a rappresentare per lui una sorta di pensione aggiuntiva. Inoltre, recenti interventi a livello locale

838 Solo con la riforma costituzionale del marzo 2004 è stata sancita la tutela della proprietà privata del cittadino, ai sensi del nuovo testo dell’art. 13 della Costituzione, che recita: “*la proprietà privata del cittadino non può essere violata*”. Invero, in base alla Costituzione, la proprietà urbana è dello Stato mentre la proprietà rurale è in mano alle collettività agricole, e quindi sotto il controllo del Governo. Il diritto di proprietà è stato riformato per effetto della Legge sui diritti reali della Repubblica Popolare Cinese, entrata in vigore il 1° ottobre 2007. Tale nuova legge, tuttavia, lungi dal prevedere la possibilità per i cittadini di possedere un immobile, ha introdotto il trasferimento di un mero diritto d’uso della proprietà immobiliare dallo Stato al singolo cittadino. In base a questa legge, si distingue il titolo della proprietà dall’uso della stessa, e si attua una forma di liberalizzazione indiretta, nel senso che la proprietà degli immobili abitativi rimane in capo allo Stato, non ai privati cittadini: il singolo individuo, infatti, può ottenere soltanto l’“uso” della proprietà attraverso una “concessione” a lungo termine stipulata con l’autorità statale. Si tratta di un sistema che potremmo definire come leasehold, ossia una forma di diritto di superficie acquistato da una parte per un determinato periodo di tempo. Il richiedente/acquirente firma un contratto con l’autorità locale dietro il pagamento di una quota. L’uso del diritto è garantito per il termine stabilito dal contratto, che in genere varia dai 40 anni per uso commerciale, 50 anni per uso industriale o 70 anni per uso residenziale. La legge non specifica la “sorte” del diritto d’uso concesso dallo Stato al privato al termine del periodo di tempo della concessione; nella prassi, pertanto, si porranno gravi problemi al momento in cui verranno a scadenza le prime concessioni stipulate all’indomani dell’entrata in vigore della recente legge. È stato sottolineato, tuttavia, che “*con la nuova legge le concessioni sono rinnovabili e quindi, di fatto, la regola dello Stato Socialista per cui i terreni sono dello Stato finisce con l’essere ormai nulla più che una forma e un modo per esigere una tassa*” (G. Pisacane, *Manuale pratico di diritto privato e commerciale cinese*, Nuova Giuridica, 2011, 18).

hanno consentito, in alcune Regioni, di utilizzare il fondo anche per scopi diversi da quelli abitativi, come per esempio per sostenere spese per interventi sanitari urgenti.

Per quanto riguarda l'ammontare dei contributi da versare con riferimento a questo sistema "parallelo" di previdenza abitativa, il *Regulations on the Administration of Housing Funds* stabilisce che l'aliquota contributiva sia determinata dal governo locale in misura non inferiore al 5% della retribuzione media mensile della totalità dei dipendenti dell'azienda.

Anche in questo caso, quindi, si registrano significative differenze di imposizione tra diversi contesti locali, sia per quanto riguarda l'importo dell'aliquota contributiva che per quanto riguarda la base di calcolo. A Pechino, per esempio, il datore di lavoro e il lavoratore devono versare entrambi contributi corrispondenti al 12% della retribuzione ricevuta dal singolo lavoratore nell'anno precedente; a Shanghai, invece, le aliquote sono rispettivamente del 7% della media delle retribuzioni pagate dal datore di lavoro nell'anno precedente con riferimento alla totalità dei propri dipendenti e del 7% dello stipendio medio goduto dal lavoratore, anche qui nell'anno precedente.

A differenza rispetto ai cinque fondi previdenziali gestiti dal Ministero delle Risorse Umane e della Sicurezza Sociale, la diffusione di questo sistema di tutela ha registrato un *trend* decrescente negli ultimi anni. Data la recente impennata dei costi per le abitazioni in Cina, infatti, il Fondo in esame è considerato poco rilevante dalla maggior parte dei lavoratori, che traggono maggior beneficio dalla politica di molte aziende di concedere ad essi e alle loro famiglie di abitare in abitazioni dal canone di affitto agevolato e vicini al luogo di lavoro (tipico il caso di Dongguan citato in apertura al presente lavoro), prassi incoraggiata politicamente anche a livello costituzionale (l'art. 43 della Costituzione, infatti, dopo aver sancito il diritto al riposo dei lavoratori, prevede che "*lo Stato sviluppa impianti per il riposo e per il ristoro dei lavoratori*", con ciò incoraggiando la nascita delle c.d. "città dormitorio").

Se questo è, in via di estrema sintesi, il complesso della tutela previdenziale riconosciuta dalla legge a favore dei lavoratori, i riflessi che essa pone sul rapporto di lavoro coinvolgono anche la possibilità di estinguere il medesimo nel caso in cui il datore di lavoro ometta di versare i contributi previsti dalla legge, causando così un grave detrimento in capo al lavoratore (abbiamo visto che, per esempio in tema di previdenza pensionistica, se il datore di lavoro non provvede al versamento integrale dei contributi dovuti, il dipendente perde il diritto alla prestazione previdenziale, o potrà godere di una prestazione ridotta, parametrata all'importo effettivo dei versamenti parziali effettuati dall'azienda). L'art. 38 della *Employment Contract Law*, così, contempla proprio tale fattispecie come una delle ipotesi tassativamente individuate di dimissioni per giusta causa, che il lavoratore può rassegnare senza essere tenuto al rispetto del preavviso e con diritto al pagamento dell'indennità economica di natura risarcitoria.

Peraltro, all'ipotesi più semplice, in cui l'azienda *sic et simpliciter* omette il versamento dei contributi dovuti, si possono affiancare ipotesi più articolate e complesse, come quella in cui al momento dell'assunzione le parti stipulino un'apposita clausola contrattuale con la quale il datore di lavoro si impegna a corrispondere al lavoratore le somme che avrebbe dovuto versare agli appositi fondi previdenziali come contributi. In tal caso, il lavoratore avrà lo stesso il potere di dimettersi per giusta causa, anche se il mancato versamento dei contributi deriva da un accordo negoziale?

In un recente caso giudiziario, un'azienda farmaceutica, al momento dell'assunzione di un nuovo dipendente, su richiesta di quest'ultimo aveva stipulato con lui un accordo, consacrato all'interno del contratto di lavoro, in base al quale l'azienda acconsentiva a corrispondere a quest'ultimo gli importi dei contributi sociali e dei premi assicurativi anziché versarli all'Istituto competente. Nell'accordo era anche specificato che il lavoratore non si sarebbe dimesso, né avrebbe agito contro l'azienda, per il mancato pagamento di contributi e premi assicurativi, visto che comunque ne aveva ricevuto personalmente il relativo importo. Tale clausola specificava altresì che era stata inserita su espressa richiesta del dipendente, che la sottoscriveva di sua spontanea volontà e nella piena e libera disposizione dei suoi diritti.

Dopo due anni di svolgimento del rapporto, il lavoratore si è dimesso per giusta causa a causa del mancato pagamento, da parte dell'azienda, dei contributi sociali e dei premi assicurativi maturati a suo favore, e ha adito il Collegio Arbitrale per ottenere – oltre alla ricostruzione del proprio profilo previdenziale mediante il versamento di tali somme all'Istituto competente – la *economic compensation* legata all'estinzione per giusta causa del rapporto di lavoro, ai sensi dell'art. 46 della *Employment Contract Law*. Nonostante l'allegazione e la produzione in giudizio, da parte della società, del contatto di lavoro recante la clausola di cui sopra, e di tutti i pagamenti delle somme corrispondenti ai contributi non versati effettuati direttamente nelle mani del lavoratore, il Collegio Arbitrale ha accolto la domanda di quest'ultimo.

Alla base del giudizio del Collegio Arbitrale vi è la considerazione secondo la quale, dal momento che la *Social Security Law* prevede che entrambe le parti debbano versare i contributi pensionistici, sanitari, assicurativi, di disoccupazione e di maternità di propria spettanza, il datore di lavoro deve spontaneamente dichiarare e prontamente pagare integralmente i contributi di propria competenza, oltre a versare ai Fondi competenti le trattenute effettuate sulla retribuzione del lavoratore con riferimento ai contributi a carico di quest'ultimo. Il datore di lavoro che non provveda a versare i contributi è soggetto a sanzioni amministrative molto pesanti. Ora, ai sensi dell'art. 52 della *Employment Contract Law*, un contratto di lavoro deve essere ritenuto nullo qualora siano stipulate clausole che violino disposizioni imperative di legge o dei regolamenti amministrativi. In questo caso, il lavoratore aveva firmato un accordo che poneva in essere una rinuncia volontaria alle obbligazioni del datore di lavoro discendenti da una disposizione imperativa di legge, in violazione dell'art. 52 della *Employment Contract Law*: ne deriva che tale pattuizione delle parti è da ritenere contraria ad una disposizione imperativa di legge e, conseguentemente, affetta da nullità.

Inoltre, ai sensi dell'art. 38 della *Employment Contract Law*, laddove il datore di lavoro non adempia al versamento dei contributi come per legge, il lavoratore ha il potere di estinguere il rapporto di lavoro con diritto all'ottenimento dell'indennità di cui all'art. 46: per tale motivo, il Collegio Arbitrale ha condannato l'azienda al pagamento di tale indennità e alla ricostruzione della posizione contributiva ed assicurativa del dipendente.

Il Collegio non ha preso però posizione sul diritto della società di ottenere la ripetizione delle somme versate al lavoratore nel corso del rapporto in ottemperanza alla clausola del contratto dichiarata nulla; a proposito di tale sentenza, inoltre, può osservarsi come essa non tenga in debita considerazione il profilo relativo alla condotta in mala fede del lavoratore, che agisce per la ricostruzione della propria posizione previdenziale dopo che il mancato versamento dei contributi come per legge era stato posto in essere sulla base ed in ottemperanza ad una clausola contrattuale da lui condivisa, e soprattutto dopo che egli stesso aveva ricevuto il pagamento delle somme corrispondenti, senza obiettare alcunché, per due anni, con ciò manifestando una certa acquiescenza alla condotta dell'azienda. Sotto tale profilo, pertanto, la pronuncia appare fortemente discutibile, discostandosi pure dall'orientamento giurisprudenziale affermatosi all'indomani dell'entrata in vigore della *Employment Contract Law* del 2008, che pone dichiaratamente al centro del sistema proprio la buona fede, e di cui si sono analizzati alcuni esempi anche nel corso del presente Capitolo.

Un'altra causa di dimissioni senza preavviso e con diritto al pagamento dell'indennità di cui all'art. 46 (e quindi, sostanzialmente, per giusta causa) prevista dall'art. 38 della *Employment Contract Law* (al num. 4: “*The employer’s internal rules and regulations violate the laws or regulations, and thereby have harmed the employee’s rights and interests*”) è ravvisata nella previsione, da parte del regolamento aziendale interno, di **disposizioni contrarie alla legge o ai regolamenti** dei Governi locali che comportino una **lesione ai diritti e agli interessi propri dei lavoratori**.

Se alcune ipotesi rientranti in questa disposizione normativa sono pacifiche (soprattutto in caso di contrarietà alle norme di diritto positivo in materia di tutela della maternità, pensiamo per esempio al caso in cui il regolamento interno prevedesse l'obbligo della lavoratrice di recarsi al lavoro per tutto il tempo della gravidanza, senza l'attribuzione del diritto ad un congedo, sotto pena di sanzioni

disciplinari per il caso di assenza), si pongono rilevanti problemi se il regolamento aziendale pone una disposizione pregiudizievole per il lavoratore *praeter legem*.

A ben vedere, la tassatività delle ipotesi di dimissioni per giusta causa previste dall'art. 38 della *Employment Contract Law* sembra impedire tale possibilità. La lettera dell'art. 38 parla di violazione di una disposizione di legge, e così sembra prendere in considerazione i soli casi in cui il regolamento aziendale interno disponga *contra legem*, e non anche *praeter legem*.

Si potrebbe obiettare che la *ratio* della norma in commento consiste senza dubbio nel sanzionare il datore di lavoro (condannandolo a subire le dimissioni in tronco del lavoratore senza preavviso e a corrispondere a quest'ultimo la *severance* economica) che abbia agito in maniera pregiudizievole nei suoi confronti senza il conforto della legge; ed affermare quindi che tale *ratio* sia ben idonea a ritenere ricompresa all'interno dell'area delle dimissioni per giusta causa anche la reazione del lavoratore a provvedimenti datoriali basati sul regolamento interno che non si basi sulla legge e che quindi, pur non contrario formalmente ad essa, non possa essere ritenuto idoneo a comportare un pregiudizio in capo al dipendente.

Per quanto riguarda altra ipotesi di dimissioni con diritto al pagamento della *economic severance* contemplata dall'art. 38 della *Employment Contract Law*, il num. 5) rinvia alle ipotesi di cui all'art. 26, ovvero ai casi in cui il datore di lavoro abbia, “*by means of deception or coercion or by taking advantage of the employee's difficulties, force[d] the employee to conclude a labor contract or to make an amendment to a labor contract, which is contrary to the employee's true will*”.

In questi casi, la condotta approfittatrice del datore di lavoro può avere ad oggetto tanto la stipulazione di un contratto di lavoro (ipotesi francamente di scuola), quanto (e il caso appare di molto più probabile evenienza nella pratica) una modifica ad una o più condizioni del contratto individuale di lavoro (trasferimento della sede lavorativa, modifica delle mansioni, mutamento dell'orario di lavoro, e così via)⁸³⁹.

Trattasi, all'evidenza, di un problema di prova, dovendo il lavoratore che si dimetta invocando tale disposizione dimostrare rigorosamente tanto la contrarietà della modifica contrattuale alla propria volontà, quanto la modalità con cui il datore di lavoro vi abbia provveduto.

Così, non sarà ricompreso all'interno della fattispecie legale il mutamento di mansioni non gradito al dipendente, se non viene posto in essere mediante una minaccia⁸⁴⁰ o una violenza alla persona del lavoratore, o mediante l'approfittamento delle sue difficoltà (principalmente di natura economica).

La disciplina di cui all'art. 38 della *Employment Contract Law*, in punto di individuazione delle ipotesi di giusta causa di dimissioni, è completata, quanto a fattispecie, dall'art. 18 del *Regulation on the Implementation of the Employment Contract Law*, che dopo aver previsto, ai numeri da 4) a 8), le stesse causali previste all'art. 38, aggiunge anche le seguenti:

“9. *the employer disclaims its legal liability or denies the employee's rights in the employment contract;*

10. *the employer violates the mandatory provisions of any law or administrative regulation;*

839 Come è dimostrato anche dal linguaggio, ancora più generico, del *Regulation on the Implementation of the Employment Contract Law*, che all'art. 18, num. 8, si limita ad utilizzare l'espressione “*change the employment contract*”.

840 Ci si potrebbe chiedere se rientri nel concetto di “minaccia” la prospettazione, da parte del datore di lavoro al lavoratore, che in caso di mancata accettazione della proposta di modifica contrattuale a lui non gradita l'azienda procederà al licenziamento nei suoi confronti. Salvo ipotesi estreme, il fatto che il licenziamento per motivazioni economiche richieda l'effettuazione di un previo tentativo di impiego alternativo del lavoratore in posizioni disponibili all'interno dell'azienda, anche in mansioni diverse, sembra poter far propendere in via di massima per la risposta negativa, salvo, lo si ripete, che il caso concreto dimostri che tale prospettazione oltrepassi una semplice constatazione e rappresentazione dei fatti ma trascenda con efficacia vincolante in un subdolo tentativo di coercizione.

11. *the employer compels the employee to work by force, threat or illegally restricting the personal freedom of the employee;*

12. *the employer gives orders in violation of the safety regulations or forces the employee to risk his life*”,

per poi terminare con l’ordinaria formula di chiusura di cui al num. 13), “*other circumstances under which the employee can dissolve the employment contract as set forth in laws or administrative regulations*”.

Trattasi a ben vedere di ipotesi per le quali la facoltà del lavoratore di dimettersi per giusta causa sussiste pacificamente anche in Italia, e per le quali non si pongono problemi di sorta.

Basti ricordare come le causali di cui ai num. 11) e 12) coincidono con quelle di cui al paragrafo Secondo dell’art. 38 della *Employment Contract Law*, che sono considerate dal legislatore particolarmente gravi⁸⁴¹ in quanto solo per esse è espressamente previsto che il lavoratore si possa dimettere in tronco, senza essere onerato del rispetto del periodo di preavviso di trenta giorni previsto in via generale dall’art. 37.

8.2.3 *La disciplina formale delle dimissioni*

Al termine di questo Capitolo, appare opportuno soffermarsi anche sugli oneri procedurali in materia di dimissioni.

La questione è tanto più importante in quanto in Italia la disciplina formale dell’atto di dimissioni è stata oggetto di una recente riforma – operata con l’art. 26 del d. lgs. n. 151/2015⁸⁴² – criticata unanimemente dagli addetti ai lavori a causa delle complicazioni che essa pone, spesso giudicate inutili o comunque esorbitanti rispetto alle esigenze sottese.

Si deve ricordare come il codice civile non preveda una determinata forma, a pena di nullità, per le dimissioni, con conseguente applicazione della norma generale in materia di atti negoziali di cui all’art. 1325, num. 4, ai sensi del quale la forma costituisce un requisito del negozio soltanto “*quando risulta che è prescritta dalla legge sotto pena di nullità*”. Non vigendo, antecedentemente rispetto alla recente riforma sopra ricordata, alcuna disposizione che prevedesse per le dimissioni il requisito della forma scritta, erano da ritenere valide anche le dimissioni orali o per fatti concludenti.

Ciò, naturalmente, comportava una notevole incertezza, *in primis* in ordine alla necessità di comprendere se l’estinzione del rapporto derivasse effettivamente da un atto negoziale del lavoratore, o se invece fosse da ricondurre ad un licenziamento intimatogli dal datore di lavoro⁸⁴³.

841 Tanto da costituire un reato, ai sensi dell’art. 244 della *Criminal Law*, che prevede che “*Whoever forces any other person to work by violence, threat or restriction of personal freedom shall be sentenced to imprisonment of not more than 3 years or criminal detention and a fine; or if the circumstances are serious, be sentenced to imprisonment of not less than 3 years but not more than 10 years and a fine*”. La norma incriminatrice in esame utilizza lo stesso lessico del paragrafo 2 dell’art. 38 della *Employment Contract Law*.

L’art. 244, al paragrafo 2, incrimina anche chi consapevolmente collabora nella commissione del reato, assumendo consapevolmente dei lavoratori per poi inviarli a lavorare alle dipendenze di altro soggetto che pone materialmente in essere la condotta di cui al paragrafo 1.

842 Emanato in attuazione della legge delega n. 183/2014, la quale sulle dimissioni pone il seguente principio e criterio direttivo: “*previsione di modalità semplificate per garantire data certa nonché l’autenticità della manifestazione di volontà della lavoratrice o del lavoratore in relazione alle dimissioni o alla risoluzione consensuale del rapporto di lavoro, anche tenuto conto della necessità di assicurare la certezza della cessazione del rapporto nel caso di comportamento concludente in tal senso della lavoratrice o del lavoratore*”.

843 Problema qualificatorio che veniva perlopiù risolto collocando l’onere probatorio in capo al datore di lavoro: in caso di ricorso del lavoratore contro un supposto e contestato licenziamento orale intimato nei suoi confronti, avrebbe pertanto dovuto essere il datore a dimostrare che il rapporto era cessato in virtù delle dimissioni rassegnate dal ricorrente senza forma scritta, cioè dimostrare l’abbandono volontario del posto di lavoro da parte di quest’ultimo.

L'evoluzione della disciplina *in subiecta materia*, dunque, ha avuto lo scopo da un lato di eliminare l'incertezza causata dalla mancata previsione della forma scritta quale requisito delle dimissioni, dall'altro di tutelare determinate categorie di lavoratori dalla possibilità di subire abusi da parte datoriale: si fa riferimento, in primo luogo, al c.d. **meccanismo della volontà assistita**, inaugurato dal d.lgs. n. 151/2001, che ha introdotto un'espressa e specifica tutela solo per le dimissioni rilasciate in concomitanza con maternità e paternità. Ai sensi dell'art. 55 del provvedimento citato, le dimissioni rassegnate dalla lavoratrice in gravidanza debbono essere necessariamente convalidate dal servizio ispettivo del Ministero del lavoro competente per territorio, a pena di inefficacia della risoluzione del rapporto di lavoro⁸⁴⁴.

Il meccanismo della volontà assistita, in base al quale tuttavia le dimissioni rimanevano libere nella forma, dovendo solo essere convalidate dall'ente ministeriale competente (che si limita a verificare la genuinità della volontà estintiva della lavoratrice) è stato rafforzato ad opera della c.d. riforma Fornero del 2012, a seguito del quale il periodo di protezione è stato ampliato sino ai tre anni dalla nascita del bambino (o dall'ingresso del minore adottato in famiglia), oltre che mediante l'estensione della necessità della convalida presso la Direzione Territoriale del Lavoro anche alla risoluzione consensuale del rapporto di lavoro.

Al di fuori di questo caso specifico, comunque, si poneva in generale il problema relativo all'incertezza creata dalla forma libera delle dimissioni, con vari tentativi di risoluzione da parte del legislatore, da ultimo mediante il c.d. *Jobs Act* e il decreto delegato n. 151/2015.

La novità principale di tale provvedimento consiste nell'introduzione, per la prima volta, della **forma scritta** delle dimissioni **quale requisito di efficacia** delle medesime⁸⁴⁵, prevedendo che esse (oltre alla risoluzione consensuale del rapporto di lavoro) debbono essere effettuate esclusivamente con modalità telematiche, avvalendosi di appositi moduli resi disponibili dal Ministero del lavoro. La procedura prevede il necessario accesso del lavoratore, anche a mezzo di patronati, organizzazioni sindacali, enti bilaterali o commissioni di certificazione, al sito del Ministero del lavoro, la compilazione dell'apposito modulo e l'invio dello stesso al datore di lavoro e alla Direzione territoriale del lavoro.

L'aspetto che più merita di essere segnalato è che la nuova procedura incide sulla forma delle dimissioni, in quanto il modello telematico non ha la funzione di convalidare dimissioni rese in altra forma (come avveniva nel vigore della legge Fornero), ma introduce la "forma tipica" delle dimissioni, che per essere efficaci devono essere presentate secondo le modalità introdotte dall'articolo 26 del d.lgs. n. 151/2015.

Pertanto, nell'ordinamento italiano attualmente le dimissioni non costituiscono più un negozio a forma libera, ma debbono necessariamente essere poste in essere per iscritto e secondo la procedura amministrativa introdotta nel 2015.

Anche l'ordinamento cinese prevede l'onere della forma scritta per il negozio di dimissioni, ma senza alcuna procedura amministrativa tipizzata come quella recentemente coniata dal legislatore italiano.

La forma scritta è richiesta in generale, per qualunque tipo di rapporto di lavoro, dall'art. 37 della *Employment Contract Law*, che afferma espressamente che "*an employee may dissolve the labor contract if he notifies in writing the employer 30 days in advance*". Trattasi di disposizione

844 Tale previsione amplia inoltre la tutela in capo alla lavoratrice in gravidanza (e al lavoratore padre), nei rispettivi periodi di tutela contro il licenziamento, esonerandoli dal preavviso e permettendo loro di godere delle "indennità previste da disposizioni di legge e contrattuali per il caso di licenziamento".

845 Con le esclusioni previste in parte dallo stesso d. lgs. n. 151/2015 ed in parte da altre più specifiche disposizioni di legge. In particolare, la nuova procedura non si applica – oltre che, naturalmente, alle dimissioni rassegnate dai genitori lavoratori che richiedono la convalida presso gli Uffici territoriali competenti – al lavoro domestico, alle dimissioni intervenute in sede protetta, ai casi di recesso durante il periodo di prova (Circ. INPS 12/2016), ai rapporti di lavoro marittimo (Circ. 12/2016), ai rapporti di lavoro del pubblico impiego (Circ. 12/2016), nonché ai rapporti di lavoro non subordinati (per esempio, in caso di recesso anticipato del collaboratore coordinato e continuativo o di interruzione anticipata del tirocinio).

specifica, che prevale e si aggiunge così al principio generale della libertà della forma, vigente in materia contrattuale⁸⁴⁶.

Ne deriva che le dimissioni rese in forma orale saranno del tutto inefficaci e *tamquam non essent*, richiedendo tale atto un atto scritto dal contenuto non equivoco.

Peraltro, se con tale norma il legislatore cinese ha eliminato ogni problema causato dall'incertezza in ordine alla corretta qualificazione da dare all'estinzione del rapporto di lavoro (problema sopra segnalato, di comprendere se la volontà estintiva non emergente da un documento scritto ma manifestata in forma orale o per fatti concludenti provenga effettivamente dal lavoratore ovvero se la cessazione del rapporto non sia da ricondurre invece ad un licenziamento), non si è invece preoccupato di scongiurare il fenomeno delle dimissioni in bianco⁸⁴⁷.

* * *

8.3 La risoluzione consensuale

Il rapporto di lavoro, oltre che per volontà unilaterale di una delle parti costituente recesso (licenziamento o dimissioni), può estinguersi anche per mutuo consenso.

La c.d. risoluzione consensuale del rapporto costituisce un istituto conosciuto tanto nell'ordinamento italiano quanto in quello cinese.

In entrambi, esso è previsto da norme generali in materia contrattuale, rispettivamente dall'art. 1372, comma 1, c.c. (ai sensi del quale "*Il contratto [...] non può essere sciolto che per mutuo consenso o per cause ammesse dalla legge*") e dall'art. 93 della *Contract Law of the People's Republic of China*, secondo cui "*The parties may terminate a contract if they have so agreed*".

La norma civilistica cinese detta una disposizione ulteriore, rispetto a quella italiana, sull'estinzione del contratto per mutuo consenso.

Infatti, il paragrafo 2 dell'art. 93 – che prevede che "*The parties may prescribe a condition under which one party is entitled to terminate the contract. Upon satisfaction of the condition for termination of the contract, the party with the termination right*⁸⁴⁸ *may terminate the contract*" – esplicita che le parti possono anche prevedere, al momento della stipulazione di un contratto, un evento futuro al compimento del quale sorge il diritto di una di esse ad estinguere il contratto. Si tratta di una sorta di "mutuo consenso anticipato", in quanto interviene già al momento della formazione dell'accordo principale, e consiste in una clausola dello stesso in virtù della quale le parti concordano sull'esistenza di un evento condizionante il diritto di una di esse a risolvere il contratto⁸⁴⁹.

846 Sancito dall'art. 11 della legge sui contratti della Repubblica Popolare Cinese (*Contract Law of People's Republic of China*), entrata in vigore nel 1999.

847 Fenomeno che consiste, come noto, nella "strategia" datoriale di far firmare la lettera di dimissioni al lavoratore al momento dell'assunzione, in modo da poter poi recedere liberamente dal rapporto di lavoro "mascherando" il licenziamento con le dimissioni fittizie ottenute in questo modo preventivo e non genuino. Sono altresì noti i tentativi, periodicamente succedutisi nel tempo, del legislatore italiano volti ad arginare il fenomeno, a partire dalla legge n. 188/2007, presto abrogata, fino all'ultimo *step* rappresentato dall'art. 26 d.lgs. n. 151/2015, oltre all'incriminazione penale di tale condotta.

848 La norma cinese parla di 权, quán, right, diritto, ma tecnicamente si tratta dell'attribuzione di un diritto potestativo a favore della parte intitolata ad estinguere il contratto, con conseguente posizione di soggezione in capo alla controparte.

849 La dottrina civilistica cinese distingue, infatti, tra i due paragrafi dell'art. 93 della *Contract Law*, giustamente osservando come il paragrafo 1 contenga un *dissolution agreement*, cioè un nuovo accordo, diverso rispetto a quello alla cui risoluzione è finalizzato, con il quale le parti intendono porre termine all'efficacia di altro contratto tra di esse precedentemente stipulato: "*dissolution agreement refers a consensual conduct of the parties as a result of negotiation to bring their contract relationship to an end after the contract is concluded, but before the contract is performed or before the performance is completed*". Il paragrafo 2, invece, prevede delle *agreed conditions*, le quali, intervenendo già durante la stipulazione del contratto "principale", attribuiscono ad una delle parti il potere di scioglierlo: "*agreed*

Ovviamente, la disposizione di cui al paragrafo 2 dell'art. 93 della *Contract Law*, non può trovare applicazione in materia di contratto di lavoro, posto che l'art. 13 del *Regulation on the Implementation of the Employment Contract Law* al contrario prevede che “*an employer and an employee may not agree on any other term for the termination of the employment contract beyond the circumstances for the termination of employment contracts as prescribed in Article 44 of the Employment Contract Law*”, ed è destinata a trovare applicazione in virtù del principio di specialità. Con la stipulazione dell'accordo di cui al paragrafo 2 dell'art. 93 della *Contract Law*, infatti, le parti altro non fanno che accordarsi sull'attribuzione ad una di esse del diritto potestativo di recedere dal contratto in una circostanza diversa da quelle previste dalle norme giuslavoristiche vigenti, e costituisce pertanto proprio quel tipo di accordo che la norma del *Regulation on the Implementation* intende vietare.

Ciò premesso, dal punto di vista sostanziale la risoluzione consensuale del rapporto di lavoro per mutuo consenso non pone soverchie problematiche, dal momento che con tale negozio le parti si accordano in ordine ad una sistemazione soddisfacente dell'intero assetto del rapporto tra di esse intercorso.

Dal punto di vista formale, nell'ordinamento italiano tradizionalmente la risoluzione consensuale non richiedeva alcuna forma particolare, al pari delle dimissioni, così che l'accordo risolutivo poteva essere raggiunto anche oralmente o per fatti concludenti (come per esempio nel caso di lunga inerzia del lavoratore dopo la scadenza del termine nullo o dopo la sentenza di reintegrazione in servizio)⁸⁵⁰.

Tuttavia, questo mezzo di estinzione del rapporto di lavoro era riguardato con un certo sospetto, paventandosi una elusione della disciplina limitativa del licenziamento. Sicché è intervenuto il legislatore (dapprima con l'art. 4, commi 16 e ss., della legge n. 92/2012, e poi con la sopra cennata disciplina di cui all'art. 26 del d. lgs. n. 151/2015), prevedendo per la risoluzione consensuale le stesse regole contestualmente imposte per le dimissioni in generale: ne deriva che anche per essa è necessaria la forma scritta.

In Cina, tale tipologia di estinzione del rapporto di lavoro è espressamente prevista come causa di risoluzione del rapporto dall'articolo di apertura del Capitolo Quarto della *Employment Contract Law*, dedicato all'estinzione del rapporto di lavoro: trattasi dell'art. 36, secondo il quale “*the labour contract may be terminated upon agreement through consultations and negotiations between the employer and the employee*”.

Anche nell'ordinamento cinese l'accordo con il quale le parti concordano sulla risoluzione consensuale del rapporto dovrà rivestire forma scritta, per espressa previsione di legge.

L'art. 36, così, non rappresenta nient'altro che la concretizzazione del principio di libera e pari negoziazione tra le parti, cristallizzata in un accordo scritto, che costituisce principio guida dell'intero intervento riformatore del legislatore del 2007 con il varo della legge sul contratto di lavoro.

conditions involve the events agreed upon by the parties in a contract, an occurrence of which would enable a party to dissolve the contract. [...] The major distinction of the agreed conditions [rispetto al dissolution agreement, n.d.s.] is that the agreed conditions are contractually provided, and are purposed to give a party the right to end the contract upon satisfaction of the conditions provided by the parties. Note that the agreed conditions are the events that may happen in the future”; in tal senso Mo Zhang, *Chinese Contract Law: Theory and Practice*, Boston, 2006, 258.

850 In tal caso si sarebbe dovuta accertare, sulla base del lasso di tempo trascorso dopo la conclusione dell'ultimo contratto a termine, nonché del comportamento tenuto dalle parti e di eventuali circostanze significative, una chiara e certa comune volontà delle parti medesime di porre definitivamente fine ad ogni rapporto lavorativo.

Bibliografia

ALLEVA, P.

- *Punti critici della riforma del mercato del lavoro*, 2012, rinvenibile online sul sito <http://www.paneacqua.info/2012/04/punti-critici-della-riforma-del-mercato-del-lavoro/>;

ALPA, G.

- *Codice civile commentato*, 2006

ANDRELINI, J. – DYER, G.

- *Cautious Welcome for China Labour Law*, in *Financial Times, Asia-PacificChina Edition*, 1° luglio 2007, rinvenibile online al link [http://www.ft.com/cms/s/73ff9edc-27f7](http://www.ft.com/cms/s/73ff9edc-27f7;);

ANTONELLI, F. R.

- *La “Legge sulla legislazione” ed il problema delle fonti nel diritto cinese*”, in *Mondo cinese*, n. 119, 2004;

BERTINELLI, R.

- *Verso lo stato di diritto in Cina*, Giuffrè, Milano, 1989;

BIANCA, C. M.

- *Diritto civile. 3. Il contratto*, Giuffrè, 2000;

BISCARETTI DI RUFFIA, P.

- *La Costituzione della Repubblica Popolare Cinese del 1982: principi generali e ordinamento dello Stato*, in *Mondo Cinese*, 1983, n. 43;

BOSCATI, A.

- *Obbligo di fedeltà ed il patto di non concorrenza*, in M. Persiani e F. Carinci (a cura di), *Trattato di diritto del lavoro*, Volume Quarto, 2012, 1041 ss.;

BOOTH, C. D.

- *The 2006 PRC Enterprise Bankruptcy Law: The Wait is Finally Over*, *Singapore Academy of Law Journal*, Vol. 20, 2008, 275 ss.;

- *Elements of Bankruptcy Law and Business Rescue in China*, 2014;

- *Japan & China (including Hong Kong): Introduction to the Tools Available for Corporate Rescue & CrossBorder Insolvency*, 2016;

BRANIGAN, T.

- *Chinese workers link sickness to n-hexane and Apple iPhone screens*, in *The Guardian*, 7 maggio 2010;

BRANDT, L. – RAWSKI, T.

- *China's great economic transformation*, Cambridge University Press, 2008;

BROWN, R. C.

- *Understanding Labor and Employment Law in China*, Cambridge University Press, 2012;

- *Chinese “Workers without benefits”*, *Richmond Journal of Global Law & Business*, Vol. 15, 1, 2016;

CAIRNS, D. S. S.

- *New formalities for casual labor: addressing unintended consequences of China's Labor Contract Law*, in *Washington International Law Journal*, 2015, Vol. 24, 1, 219 ss.

CARINCI F. – CESTER C. (A CURA DI)

- *Il licenziamento all'indomani del d.lgs. n. 23/2015*, *Adapt Labour Studies* n. 46/2015;

CARINCI, F.

- *Un contratto alla ricerca di una sua identità: il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti, ai sensi della bozza del decreto legislativo 24 dicembre 2014*, in F. Carinci, M. Tiraboschi (a cura di), *I decreti attuativi del Jobs Act: prima lettura e interpretazioni*, Modena, 2015, 65 ss.;

CAVALIERI, R.

- *Diritto dell'Asia Orientale*, Editrice Cafoscarina, 2008;

CECC PAPER (CONGRESSIONAL-EXECUTIVE COMMISSION ON CHINA)

- *China's Household Registration System: Sustained Reform Needed to Protect China's Rural Migrants*, 2005, rinvenibile online al sito www.cecc.gov.cn;

CESTER, C.

- *Diligenza e obbedienza del prestatore di lavoro*, in F. Busnelli (a cura di), *Il Codice Civile, Commentario*, Giuffrè, 2007, 199 ss.;

- *La riforma della disciplina dei licenziamenti: principi generali e tecniche normative*, in C. Cester (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, Padova, Cedam 2013, 1 ss.;

- *I quattro regimi sanzionatori del licenziamento illegittimo tra tutela reale rivisitata e nuova tutela indennitaria*, in C. Cester (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, Padova, Cedam, 2013, 59 ss.;

- *Giustificato motivo di licenziamento e difficoltà economiche: a proposito di una recente presa di posizione della Corte di Cassazione*, nota a Cass., 7 dicembre 2016, n. 25201, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2017, II, 153 ss.;

CHEN, G. B.

- *Law Without Lawyers, Justice Without Courts. On traditional Chinese mediation*, Ashgate, 2002

CHINÉ, G. – FRATINI, M. – ZOPPINI, A.

- *Manuale di diritto civile*, Nel Diritto Editore, 2014;

CLARKE, S. – LEE, C. – LI, Q.

- *Collective Consultation and Industrial Relations in China*, *British Journal of Industrial Relations*, 2004;

CONSOLO, C.

- *Spiegazioni di diritto processuale civile, Vol. 3, Il giudizio di primo grado e le impugnazioni delle sentenze*, Giappichelli, 2011;

COONEY, S. – BIDDULPH, S. – KUNGANG, L. – ZHU, Y.

- *China's new Labour Contract Law: responding to the growing complexity of labour relations in the PRC*, *UNSW Law Journal*, 2007, Vol. 30, 786 ss.;

COYNE, C.

- *All Bark and No Bite: How Attorney Fee Shifting Can Solve China's Poor Enforcement of Employment Regulations*, in *Brookling Journal of International Law*, 2014, Vol. 39, 3, 1143 ss.;

CRESPI REGHIZZI, G.

- *Cina 2003: l'osservatorio del giurista*, in *Mondo cinese*, 2003, n. 117;

DAVID, R. – SPINOSI, C. J.

- *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, Cedam, 2004;

DAWU, H.

- *The criteria for Employment Relationship in China*, 2013;

DE LUCA, G.

- *La Corte di Giustizia dell'Unione Europea prende posizione: non è discriminatorio il licenziamento a causa dell'obesità*, *Lav. giur.*, 2016, 2, 139 ss.;

- *Legittimo il licenziamento della RSU che va a fare la spesa durante i permessi sindacali: nota a Trib. Di Belluno, 1 luglio 2015, Guida al lavoro*, n. 27/2015;

DEAN, J.

- *Apple, HP to examine Asian Supplier after string of deaths at factory*, *The Wall Street Journal*, 27 maggio 2010;

DUHIGG, C. – BARBOZA, D.

- *In China, Human costs are built into an Ipad*, in *The New York Times*, 25 gennaio 2012;

EBELING, R.

- *The Great Chinese Inflation*, Freeman, 2004;

FILÌ, V.

- *Strumenti "glocal" di tutela dei diritti dei lavoratori*, in L. Montuschi (a cura di), *Un diritto in evoluzione. Studi in onore di Yasuo Suwa*, Giuffrè, 2008, 107 ss.;

FRANCESCHINI, I.

- *I lavoratori cinesi e il diritto: consapevolezza e percezioni*, in *Cina: diritto e rovescio*, *Riv. Mondo Cinese*, aprile 2011, 75 ss.;

GALLAGHER, M. E.

- *Authoritarian Legality in China: Law, Workers, and the State*, Cambridge University Press, 2017;

GALLINO, L.

- *Il lavoro non è una merce*, Laterza, 2007;

GAROFALO, M. G. – CHIECO, P.

- *Licenziamenti collettivi e diritto europeo*, in AA.VV., *I licenziamenti per riduzione di personale in Europa*, Bari, Cacucci, 2001, 10 ss.;

GIUGNI, G.

- *Diritto sindacale* (a cura di L. Bellardi e P. Curzio), Cacucci Editore, 2014;

GLOBAL LABOR STRATEGIES

- *Behind the Great Wall of China. U.S. Corporations Opposing New Rights for Chinese Worker*, Harvard University, Cambridge, ottobre 2006;

- *Undue Influence: Corporations Gain Ground in Battle over China's New Labor Law – But Human Rights and Labor Advocates Are Pushing Back*, Harvard University, Cambridge, marzo 2007;

HALLIDAY, T. C.

- *The making of China's Corporate Bankruptcy Law*, collana *The Foundation for Law, Justice and Society*, Oxford University, 2008;

HUA, L.

- *China's Labor Dispute Resolution System*, 2012;

ICHINO, P.

- *Sullo scarso rendimento come fattispecie anfibia, suscettibile di costituire al tempo stesso giustificato motivo oggettivo e soggettivo di licenziamento*, nota a Cass., 5 marzo 2003, n. 3250, in *Riv. It. dir. lav.*, 2003, II, 694 ss.;

- *La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori*, in L. Nogler, L. Corazza, *Risistemare il diritto del lavoro. Liber amicorum Marcello Pedrazzoli*, Franco Angeli, 2013, 792 ss.;

ILO PAPER

- *Policies and regulations to combat precarious employment*, 2011;

IRTI, N.

- *La Cina verso l'unità di un Codice Civile*, in *Il Corriere della Sera*, 30 gennaio 2017;

JIANG, Y.

- *The Curious Case of Inactive Bankruptcy Practice in China: A Comparative Study of U.S. and Chinese Bankruptcy Law*, in *Northwestern Journal of International Law & Business*, 2014, Vol. 34;

KAHN, J. – BARBOZA, D.

- *China Passes a Sweeping Labor Law*, in *New York Times*, 30 giugno 2007;

KUNGANG, L.

- *Practice and problems: the Fixed-term Employment Contract in China*, in R. Blanpain, H. Nakakubo e T. Araki (a cura di), *Regulation of Fixed-term Employment Contracts: A Comparative Overview*, 2010, *Kluwer Law International BV*;

LAMA, R.

- *Trent'anni dopo le Sezioni Unite: la Cassazione riesuma l'eccessiva morbilità come giustificato motivo di licenziamento*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2014, n. 4, II, 969, nota a Corte di Cass., 4 settembre 2014, n. 18678;

LENG, J. – SHEN, W.

- *National Report on PRC Contract Law*, atti del convegno *2014 Annual Conference Asian Law & Economics Association*, 2014, 30, rinvenibile online al sito <http://www.law.ntu.edu>;

LEUNG, P. P.

- *Labor Activists and the Next Working Class in China*, Palgrave-MacMillan, New York, 2015;

LEUNG, S.

- *China's Labor Contract System from Planned to Market Economy*, 3 *J. L. Ethics And Intellectual Property*, 1, 1-2, 2012;

LI, L.

- *The China legal development yearbook*, 2014, 380;
- *Corruption in China's Courts*, in *Judicial Independence in China: Lessons for Global Rule of Law Promotion*, Cambridge University Press, New York, 2010;

LI, Y.

- *The judicial system and reform in Post-Mao China: stumbling towards justice*, 2014;

LUBMAN, S. B. – WAJNOWSKI, G. C.

- *International Commercial Dispute Resolution In China: A Practical Assessment*, American Review of International Arbitration, 1993, 4, 112-113;

MACCORMACK, G.

- *The spirit of Traditional Chinese Law*, The University of Georgia Press, Athens & London, 1996;

MARAZZA, M.

- *L'art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei Lavoratori*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2012, 3, I, 612 ss.;

MARESCA, A.

- *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche all'articolo 18 statuto dei lavoratori*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2012, I, 417 ss.;

MASSI, E.

- *Il licenziamento per superamento del periodo di comporto per i nuovi assunti*, editoriale www.dottrinalavoro.com;

MATT, W.

- *Foxconn audit finds illegal overtime and unpaid wages at Apple factory*, *The Guardian*, 29 marzo 2012;

MATTAROLO, M. G.

- *Obbligo di fedeltà del prestatore di lavoro*, in *P. Schlesinger (diretto da), Commentario al codice civile, Milano, 2000*;
- *Le conseguenze risarcitorie ed indennitarie del licenziamento illegittimo*, in *F. Carinci – C. Cester (a cura di), Il licenziamento all'indomani del d. lgs. n. 23/2015, Adapt Labour Studies*” n. 46/2015, 118 ss.;

MAZZA, M.

- *Le istituzioni giudiziarie cinesi. Dal diritto imperiale all'ordinamento repubblicano e alla Cina Popolare*, Giuffrè, 2011;
- *Lineamenti di diritto costituzionale cinese*, Giuffrè, 2006;

MOORE, M.

- *Protest at Chinese iPad maker Foxconn after 11th suicide attempt this year*, *The Telegraph*, 25 maggio 2012;

OGLETREE, C. J. – R. DE SILVA DE ALWIS

- *When Gender Differences Become a Trap: The Impact of China's Labor Law on Women*, in *Yale Journal of Law & Feminism*, Vol. 14: Iss. 1, Article 3, 2002;

PADERNI, P.

- *Recenti studi sull'amministrazione della giustizia e sul diritto nella Cina del XVIII e XIX secolo*, in *Mondo cinese*, 1998, n. 97, 3 ss.;

PAGNATTARO, M.A.

- *Is labor really cheap in China? Compliance with Labor and Employment Laws*, *San Diego International Law Journal*, 2009, Vol. 10, Num. 2, 357 ss.;

PALER, L.

- *China's Legislation Law and the Making of a More Orderly and Representative Legislative System*, *The China Quarterly*, 2005, 301 ss.;

PASQUALETTO, E.

Il licenziamento discriminatorio e nullo nel 'passaggio' dall'art. 8 St. Lav. all'art. 2, d. lgs. n. 23/2015, in F. Carinci – C. Cester (a cura di), *Il licenziamento all'indomani del d.lgs. n. 23/2015*, *Adapt Labour Studies*, e-book series, n. 46/2015, 48 ss.;

PAZZAGLINI, H.

- *La recezione del diritto civile nella Cina del nostro secolo*, in *Mondo cinese*, 1991, n. 76, 49 ss.;

PEGORARO, L. – RINELLA, A.

- *Sistemi costituzionali comparati*, Giappichelli, 2017;

PISACANE, G.

- *Manuale pratico di diritto privato e commerciale cinese*, Nuova Giuridica, 2011;

- *Study on Employment Termination by Employer in China*, in <http://www.altalex.eu/content/study-employment-termination-employer-china-part-2>, 2013;

PISANI, C.

- *L'ingiustificatezza qualificata del licenziamento: convincimento del giudice e onere della prova*, in *Mass. giur. lav.*, 2012, 741 ss.;

- *La nuova disciplina del mutamento delle mansioni*, Giappichelli, 2015;

POMFRET, J.

- *Foxconn worker plunges to death at Cina plant: report*, *Reuters*, 5 novembre 2010;

PORCELLI, S.

- *Approvazione della Parte Generale del Codice Civile. Il realizzarsi di un sogno durato 60 anni*, rinvenibile online sul sito <http://italian.cri.cn/1881/2017/03/22/301s292471.htm>;

ROSENBERG, M.

- *The Chinese Legal System Made Easy: A Survey of the Structure of Government, Creation of Legislation, and the Judicial System Under the Constitution and Major Statutes of the People's Republic of China*, *Miami International and Comparative Law Review*, 2000;

ROWE, E. A. – SANDEEN, S. K.

- *Trade secrecy and International transactions*, Cheltenham 2015;

SCARPELLI, F.

- *Un primo commento alla nuova disciplina dei rapporti di lavoro a tempo indeterminato: cambia profondamente il quadro delle tutele*, in Newsletter di Wikilabour, 20 febbraio 2015;

SCHIPANI, S.

- *Diritto romano in Cina*, in *XXI Secolo Norme e idee*, Roma, Enciclopedia Treccani, 2009;

SITZIA, A.

- *I licenziamenti collettivi*, in C. Cester (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, Cedam, Padova 2012, 315 ss.;

SPEZIALE, V.

- *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2012, I, 542 ss;

- *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra law and economics e vincoli costituzionali*, in W.P. C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona” IT, 2015, 259;

SUPPIEI, G. – DE CRISTOFARO, M. – CESTER, C.

- *Diritto del lavoro. Il rapporto individuale*, Cedam, 2008;

TATARELLI, M.

- *Il licenziamento individuale e collettivo*, Cedam, 2015;

TOPO, A.

- *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, in C. Cester (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, Cedam, Padova, 2012, 139 ss.;

TRAUB-MERZ, R.

- *All China Federation of Trade Unions: Structure, Functions and the Challenge of Collective Bargaining*, ILO Paper, 2011;

TREMOLADA, M.

- *Il licenziamento per giusta causa e per giustificato motivo soggettivo*, in C. Cester (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, Cedam, Padova 2013, 107 ss.;

- *Il campo di applicazione del d. lgs. 4 marzo 2015, n. 23*, in F. Carinci, C. Cester (a cura di), *Il licenziamento all’indomani del d. lgs. n. 23/2015*, Adapt Labour Studies, e-book series, n. 46/2015, 4 ss.;

VALLEBONA, A.

- *Preavviso di dimissioni e accordi individuali*, in *Lav. Giur.*, 2001, 1120;

- *La Riforma del Lavoro 2012*, Torino, 2012;

- *L’ingiustificatezza qualificata del licenziamento: fattispecie e pnerio probatori*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2012, 3, 621 ss;

- *Istituzioni di diritto del lavoro. I. Il diritto sindacale*, Cedam, 2015;

- *Istituzioni di diritto del lavoro. II. Il rapporto di lavoro*, Cedam, 2015;

VOZA, R.

- *Licenziamento e malattia: i silenzi del legislatore*, in W.P. C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona” IT, 2015, 248;

WANG, F. L.

- *Organizing through Division and Exclusion: China's Hukou System*, 2005;
- WANG, J.
 - *Court funding and Judicial Corruption in China*, in *The China Journal*, 2013, 69, 43-63;
- WANG, J. T.
 - "Article 14 of China's new Labor Contract Law: using open-term contracts to appropriately balance worker protection and employer flexibility", *Pacific Rim Law and Policy Journal*, 2009, Vol. 18, num. 2, 433 ss.;
- WONG, E.
 - *As China Aids Labor, Unrest Is Still Rising*, in *New York Times*, 20 giugno 2010;
- WU, V.
 - *University Fires Firing Professor*, *South China Morning Post*, 28 marzo 2006;
- XIE, Z.
 - *Labor Law in China: Progress and Challenges*, 2015;
- YANG, H. – MORGAN, S. – WANG, Y.
 - *The strategies of China's Firms: resolving dilemmas*, 2015;
- ZHANG, M.
 - *Chinese Contract Law: Theory and Practice*, Boston, 2006;
- ZHANG, Z. – TOMASIC, R.
 - *Corporate Reorganization Reform in China: Findings from an Empirical Study in Zhejiang*, Cambridge University Press, 2016;
- ZHENG, Y. L.
 - *It's not what is on paper, but what is in practice: China's new Labor Contract Law and the Enforcement Problem*, in *Washington University Global Studies Law Review*, 2009, Vol. 8, 3;
- ZHIGANG, X.
 - *Job Hunt a Battl for Female Grads*, in *China Daily*, 3 aprile 2004, http://www.chinadaily.com.cn/english/doc/2004-04-02/content_320244.htm;
- ZHOU, L. W.
 - *Labor Union Leader's Wrongful Employment Termination Case*, in *China Law and Practice*, maggio 2007;
- ZHOU, Y.
 - *The State of Precarious Work in China*, *57 American Behavioral Scientist*, 2013.