

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE
GEORGIOS COSMAS

presentate l'11 luglio 1995 *

1. La controversia tra Andrea Francovich e lo Stato italiano nel cui ambito erano insorte le questioni pregiudiziali risolte dalla Corte con la sentenza 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, Francovich e altri ¹ (in prosieguo: la «prima sentenza Francovich») continua ad esser pendente dinanzi al Pretore di Vicenza. Per la sua soluzione il giudice nazionale ha ritenuto necessario sottoporre alla Corte di giustizia due nuove questioni pregiudiziali, vertenti questa volta sull'interpretazione e sulla validità dell'art. 2 della direttiva 80/987/CEE ².

nei confronti dei datori di lavoro che si trovano in stato di insolvenza, ai sensi dell'art. 2, n. 1. Quest'ultima disposizione recita:

«1. Ai sensi della presente direttiva, un datore di lavoro si considera in stato di insolvenza:

I — Sfondo giuridico e di fatto del procedimento nazionale

a) quando è stata chiesta l'apertura di un procedimento previsto dalle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative dello Stato membro interessato, che riguarda il patrimonio del datore di lavoro ed è volto a soddisfare collettivamente i creditori di quest'ultimo e che permette di prendere in considerazione i diritti di cui all'articolo 1, paragrafo 1, e

2. La direttiva 80/987/CEE (in prosieguo: la «direttiva») si applica, conformemente a quanto dispone il n. 1 dell'art. 1, ai diritti dei lavoratori subordinati derivanti da contratti di lavoro o da rapporti di lavoro ed esistenti

b) quando l'autorità competente in virtù di dette disposizioni legislative, regolamentari e amministrative

— ha deciso l'apertura del procedimento,

* Lingua originale: il greco.

¹ — Racc. pag. I-5357.

² — Direttiva del Consiglio 20 ottobre 1980, 80/987/CEE, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative alla tutela dei lavoratori subordinati in caso di insolvenza del datore di lavoro (GU L 283 del 20 ottobre 1980, pag. 23).

— o ha constatato la chiusura definitiva dell'impresa o dello stabilimento del datore di lavoro e l'insufficienza dell'attivo disponibile per giustificare l'apertura del procedimento».

3. Al n. 2 dell'art. 1 della direttiva si è previsto tra l'altro che gli Stati membri possono, in via eccezionale, escludere dalla sfera d'applicazione della norma i diritti di talune categorie di dipendenti «in funzione della natura particolare del contratto di lavoro o del rapporto di lavoro dei lavoratori subordinati o in funzione dell'esistenza di altre forme di garanzia che assicurano ai lavoratori subordinati una tutela equivalente a quella che risulta dalla presente direttiva». Conformemente alla stessa disposizione, le categorie di lavoratori subordinati di cui sopra sono indicate nell'allegato della direttiva: per quel che riguarda l'Italia, si citano come dipendenti i cui diritti possono venir esclusi dalla sfera d'applicazione della direttiva (v. parte II, lett. C, dell'allegato), da un lato, «i lavoratori subordinati che beneficiano delle prestazioni previste dalla vigente legislazione in materia di garanzia del reddito in caso di crisi economica dell'impresa» e, dall'altro, «gli equipaggi delle navi marittime».

4. L'art. 3 ha imposto agli Stati membri l'obbligo di istituire enti di garanzia che assicurano ai lavoratori «il pagamento di diritti non pagati» che risultano da contratti di lavoro o da rapporti di lavoro e relativi alla retribuzione del periodo situato prima di una data determinata fissata dagli Stati membri in

base a quanto contemplato in materia al n. 2 dell'art. 3. L'art. 4 determina i presupposti in base ai quali gli Stati membri possono ridurre gli obblighi degli enti di garanzia nei confronti dei lavoratori subordinati, mentre negli artt. 7 e 8 si disciplinano questioni relative alla conservazione e alla tutela, in caso di insolvenza del datore di lavoro, dei diritti dei lavoratori nell'ambito dei regimi nazionali obbligatori di previdenza sociale o dei regimi di previdenza facoltativa professionale o interprofessionale. Infine all'art. 9 si stabilisce che la direttiva non limita la facoltà degli Stati membri di applicare e di istituire norme di legge o disposizioni regolamentari o amministrative più favorevoli per i lavoratori subordinati.

5. La Repubblica italiana non ha adottato entro il termine prescritto agli Stati membri dall'art. 11 della direttiva, scaduto il 23 ottobre 1983, i provvedimenti necessari per la trasposizione della direttiva nel proprio ordinamento giuridico. Accogliendo la domanda della Commissione, la Corte, con sentenza 2 febbraio 1989, causa 22/87, Commissione/Italia³, ha constatato l'inadempimento.

6. Poco dopo la pronuncia della sentenza della Corte e mentre la direttiva continuava a

3 — Racc. pag. 143.

rimanere lettera morta per l'ordinamento italiano, Andrea Francovich adiva il Pretore di Vicenza citando lo Stato italiano. Secondo la sua domanda:

a) il signor Francovich aveva lavorato come lavoratore subordinato presso una società vicentina, ma aveva riscosso solo alcune mensilità di stipendio;

b) esperita azione giurisdizionale contro il suo datore di lavoro, questi era stato condannato dal giudice a versargli 6 000 000 di LIT circa;

c) non era stato possibile dare esecuzione a detta sentenza e l'ufficiale giudiziario era stato costretto a procedere ad un pignoramento infruttuoso. Così stando le cose, il signor Francovich chiedeva, con la nuova domanda, la condanna dello Stato italiano a versargli, in applicazione della direttiva, quanto gli era dovuto dal datore di lavoro insolvente o, in subordine, il risarcimento del danno patito per la mancata trasposizione della direttiva.

7. Per la soluzione della controversia, il giudice nazionale riteneva necessario sottoporre alla Corte, con ordinanza 9 luglio 1989, una prima serie di questioni pregiudiziali, risolte con la prima sentenza Francovich. Secondo il dispositivo di detta sentenza:

«1) Le disposizioni della direttiva del Consiglio 20 ottobre 1980, 80/987/CEE, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative alla tutela dei lavoratori subordinati in caso di insolvenza del datore di lavoro, che definiscono i diritti dei lavoratori devono essere interpretate nel senso che gli interessati non possono far valere tali diritti nei confronti dello Stato dinanzi ai giudici nazionali in mancanza di provvedimenti di attuazione adottati entro i termini.

2) Uno Stato membro è tenuto a risarcire i danni derivanti ai singoli dalla mancata attuazione della direttiva 80/987/CEE».

8. Allorché, dopo la pronuncia di quest'ultima sentenza della Corte, è stata riassunta la causa dinanzi al Pretore di Vicenza, era stato emanato nel frattempo, per trasporre la direttiva nell'ordinamento nazionale, il decreto legislativo 27 gennaio 1992, n. 80⁴. L'art. 1, n. 1, di questa legge dispone che, nel caso in

4 — GURI del 13.2.1992, n. 36.

cui sia stato promosso un procedimento contro il datore di lavoro per dichiararne il fallimento, per ottenere il concordato preventivo, o la liquidazione coatta amministrativa o la procedura dell'amministrazione straordinaria prevista dal decreto legge 30 gennaio 1979, n. 26, il lavoratore da esso dipendente o i suoi aventi diritto possono ottenere a domanda il pagamento, a carico del Fondo di garanzia istituito e funzionante ai sensi della legge 29 maggio 1982, n. 297, dei crediti di lavoro non corrisposti di cui all'art. 2. Il n. 2 dello stesso articolo prevede tra l'altro che, nel caso di datore di lavoro non assoggettabile ad una delle procedure indicate nel comma 1, il lavoratore da esso dipendente o i suoi aventi diritto possono chiedere al Fondo di garanzia il pagamento dei crediti di lavoro non corrisposti di cui all'art. 2, sempre che, a seguito dell'esperimento dell'esecuzione forzata per la realizzazione di tali crediti, le garanzie patrimoniali siano risultate in tutto o in parte insufficienti. Lo stesso decreto legislativo all'art. 2, nn. 1-6, fissa il criterio per la determinazione dell'esatto ammontare delle somme da corrispondersi agli aventi diritto da parte dell'ente di garanzia nazionale, mentre al n. 7 dello stesso articolo si stabilisce che per la determinazione dell'indennità eventualmente spettante, in relazione alle procedure di cui all'art. 1, n. 1, per il danno derivante dalla mancata trasposizione della direttiva 80/987/CEE, si applicano le disposizioni previste ai nn. 1, 2 e 4 dello stesso art. 2.

9. Nell'ordinanza del 16 dicembre 1993, il Pretore di Vicenza sottolinea che, a suo avviso, dalle ricordate disposizioni del decreto legislativo 27 gennaio 1992, n. 80, si desume che, mentre per il futuro si garantiscono, in caso di insolvenza del datore di

lavoro, i diritti di tutti i dipendenti, compresi anche quelli che siano vincolati da un rapporto o da un contratto di lavoro a datori di lavoro non assoggettabili alle procedure concorsuali, il risarcimento del danno conseguente alla mancata trasposizione della direttiva nell'ordinamento nazionale entro il termine prescritto è stato invece previsto solo per i dipendenti vincolati da contratto o rapporto di lavoro a datori di lavoro assoggettati a dette procedure. Secondo il giudice nazionale, il fatto che il legislatore abbia introdotto questa distinzione è dovuto ad un'interpretazione letterale dell'art. 2 della direttiva, che «sembra escludere dal novero dei soggetti ricompresi nel campo di sua applicazione i lavoratori alle dipendenze di datori di lavoro che, in forza delle legislazioni degli Stati membri di appartenenza, non siano assoggettati a procedure volte alla soddisfazione collettiva dei loro creditori, pure versando in stato di insolvenza». Come si dichiara nel provvedimento di rinvio, il datore di lavoro del signor Francovich, anche se è in indiscusso «stato di insolvenza», dimostrato, tra l'altro, dal fatto che non hanno dato alcun risultato i provvedimenti esecutivi posti in atto nei suoi confronti, non può venir assoggettato a procedura concorsuale, giacché fa parte di una classe di imprenditori per i quali il diritto italiano esclude l'applicazione di siffatti procedimenti⁵. Partendo da questi elementi, il Pretore di Vicenza ha ritenuto che la soluzione della causa attualmente dinanzi a lui pendente e più particolarmente l'accoglimento della domanda del signor Francovich mirante al risarcimento del danno arrecato dalla mancata trasposizione nell'ordinamento italiano entro i termini prescritti della direttiva in

5 — V. l'art. 1 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267 (GURI n. 81 del 6.4.1942), ricordato al punto 8 delle osservazioni Francovich dinanzi alla Corte di giustizia. Come esempi di datori di lavoro per i quali l'ordinamento italiano esclude l'applicazione della procedura concorsuale si citano nel provvedimento di rinvio «gli imprenditori agricoli, i datori di lavoro non imprenditori (liberi professionisti), gli imprenditori che abbiano cessato l'impresa da più di un anno».

questione dipendesse dalla «conclusione in ordine al problema dell'individuazione precisa dei soggetti protetti dalla direttiva».

II — Sulla prima questione pregiudiziale

10. Per questi motivi ha sottoposto alla Corte, con l'ordinanza già ricordata del 16 dicembre 1993, le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) L'art. 2 della direttiva 80/987/CEE deve interpretarsi nel senso che i lavoratori presi in considerazione e tutelati dalla direttiva sono *solo ed esclusivamente* quelli che dipendono da datori di lavoro che, secondo gli ordinamenti nazionali di appartenenza, sono assoggettabili a procedimenti riguardanti il loro patrimonio volti a soddisfare collettivamente i creditori?

2) In caso di risposta positiva al quesito di cui al precedente punto n. 1 — e cioè nel caso in cui la direttiva tuteli solamente i lavoratori dipendenti da datori di lavoro assoggettati a procedimenti riguardanti il loro patrimonio volti a soddisfare collettivamente i creditori —, deve ritenersi la validità dell'art. 2 della direttiva alla luce del principio di uguaglianza e non discriminazione?».

11. Mi pare che il punto di partenza per la comprensione e la soluzione delle questioni sollevate dal giudice nazionale debba essere la constatazione che, nella sezione I della direttiva, la definizione dei contenuti delle nozioni fondamentali e, di conseguenza, della sfera di applicazione della direttiva, si opera mediante richiamo, diretto o indiretto, a nozioni e discipline degli ordinamenti degli Stati membri.

12. La disposizione dell'art. 1, n. 1, secondo la quale la direttiva «si applica ai diritti dei lavoratori subordinati derivanti da contratti di lavoro o da rapporti di lavoro ed esistenti nei confronti dei datori di lavoro che si trovano in stato di insolvenza ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 1» non comprende in effetti nessuna limitazione autonoma: a norma dell'art. 2, n. 2, della direttiva, questa non scalfisce la facoltà degli Stati membri di porre limitazioni alle nozioni di «lavoratore subordinato» e di «datore di lavoro»⁶, mentre per la definizione della nozione «stato di insolvenza» l'art. 1, n. 1, rinvia espressamente all'art. 2, n. 1, il quale, a sua volta, definisce detta nozione in modo tale che la sua composizione dipende dal contenuto e dall'appli-

6 — V. sentenza 16 dicembre 1993, causa C-334/92, Wagner Miret (Racc. pag. I-6911, punto 12). V., inoltre, conclusioni dell'avvocato generale Sir Gordon Slynn nella causa 105/84, Foreningen af Arbejdsledere i Danmark, conclusa con la sentenza dell'11 luglio 1985 (Racc. pag. 2639, in particolare pag. 2643).

cazione della legislazione del rispettivo Stato membro interessato.

che la stessa autorità abbia accertato che l'impresa o lo stabilimento del datore di lavoro è stato definitivamente chiuso o che l'insufficienza di attivo disponibile non giustifica l'instaurazione della procedura.

13. Dalla lettera della contestata disposizione dell'art. 2, n. 1, emerge infatti che, affinché un datore di lavoro sia considerato «ai sensi della presente direttiva» in stato di insolvenza, è necessario:

a) che sia prevista dalle disposizioni di legge, regolamentari e amministrative dello Stato membro interessato una procedura mirante a bloccare il patrimonio del singolo datore di lavoro e a soddisfare collettivamente i suoi creditori;

b) che sia consentito, nell'ambito di detta procedura, tener conto dei diritti dei lavoratori conseguenti a contratti o rapporti di lavoro;

c) che sia stata richiesta l'instaurazione di detta procedura e

d) che sia stata decisa dall'autorità competente, designata da detta normativa nazionale, l'instaurazione di detta procedura o

14. Di conseguenza, la lettera dell'art. 2, n. 1, porta direttamente alla conclusione che, sempre salvo restando — certamente — il potere discrezionale degli Stati membri (v. art. 9 della direttiva) di applicare o di adottare norme più favorevoli ai lavoratori subordinati, non possono invocare i diritti scaturenti dalla direttiva i lavoratori subordinati vincolati da contratto o rapporto di lavoro ad un datore di lavoro il quale, conformemente alla normativa vigente nello Stato membro di cui è cittadino, non è assoggettabile a procedura concorsuale, dato che il datore di lavoro stesso non può venirsi a trovare in una «situazione di insolvenza» nel senso stretto in cui il termine viene impiegato nella direttiva.

15. Questa constatazione sconcerata. Il termine «insolvenza del datore di lavoro» è usato tanto nel titolo della direttiva quanto nel preambolo che precede il testo, senza ulteriori specificazioni. Si potrebbe perciò pensare che ha il senso più esteso e comprende qualsiasi caso nel quale il datore di lavoro non può far fronte agli impegni che gli derivano nei confronti del dipendente da un contratto o da rapporto di lavoro.

16. Tuttavia, dalla cronistoria della proposta avanzata in merito dalla Commissione al Consiglio il 13 aprile 1978⁷ emerge che la sfera di applicazione della direttiva *in fieri* era stata direttamente delineata fin dall'inizio come elemento di tutela dei lavoratori in caso di insolvenza del datore di lavoro, accertata nel corso di una procedura concorsuale. Se il primo 'considerando' della proposta, sotto questo aspetto, manca di chiarezza, in quanto si riferisce alla necessità di tutela dei lavoratori «in caso di fallimento o di altre forme di insolvenza del datore di lavoro», il secondo 'considerando' lascia solo un esiguo margine di dubbio in quanto i termini di cui si avvale si ricollegano a procedure di soddisfazione collettiva dei creditori. Conformemente a questo 'considerando', la necessità di tutela dei lavoratori subordinati in caso di insolvenza del datore di lavoro emerge dal fatto che sovente l'attivo del patrimonio del datore di lavoro che può venir *ripartito* non è sufficiente a soddisfare le rivendicazioni dei dipendenti vincolati da rapporto di lavoro, anche se la legge le annovera tra i crediti *privilegiati*. D'altro canto, conformemente al terzo 'considerando' della proposta, la necessità di tutela dei dipendenti è dovuta anche al fatto che «le procedure da seguire in caso di insolvenza del datore di lavoro di regola sono lunghe e rimangono (...) pressoché incomprensibili per il lavoratore». Infine il collegamento della direttiva *in fieri* con le procedure di soddisfazione collettiva dei creditori affiora, credo, anche dai termini dell'art. 1 della proposta, che determinava la sfera di applicazione della direttiva col riferirsi al datore di lavoro che si trova in «situazione di cessazione dei pagamenti», avvalendosi cioè di una nozione che, in alcuni Stati

membri quanto meno, si ricollega al presupposto della dichiarazione di fallimento⁸.

17. I dati di cui sopra, tratti dai lavori preparatori della direttiva, portano dunque alla conclusione che si ottiene dall'interpretazione letterale della disposizione controversa dell'art. 2, n. 1, del testo finale: non rientrano nella sfera di applicazione della direttiva i diritti dei dipendenti sorti, per contratto o per rapporto di lavoro, nei confronti di datori di lavoro che, conformemente alla legislazione dello Stato membro al quale appartengono, non sono assoggettabili a procedure concorsuali.

18. Il giudice a quo avanza marcate riserve quanto alla correttezza di questa interpreta-

8 — V. sentenza 22 febbraio 1979, causa 133/78, Gourdain (Racc. pag. 733, punto 4), pronunciata su domanda pregiudiziale relativa all'interpretazione di norme della convenzione del 27 settembre 1968, concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale. In merito v., inoltre, Woodland Philippe: «Observations sur les orientations des droits européens de la faillite», *La Semaine Juridique*, 1984, n. 10, Doctrine, col. 3137, n. 11. Sotto questo aspetto la sostituzione, nelle norme della versione finale della direttiva nelle quali si definisce la sua sfera d'applicazione (art. 1, n. 1, e 2, n. 1), del termine «cessazione dei pagamenti» con il termine «insolvenza» può essere dovuto alla necessità di evitare difficoltà che potevano forse insorgere al momento dell'applicazione della direttiva negli Stati membri il cui diritto di soddisfazione collettiva dei creditori ignora la nozione di «cessazione dei pagamenti» [v., ad esempio, per il diritto italiano, l'art. 5 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267 (GURI n. 81 del 6.4.1942), che è ricordato nelle osservazioni scritte presentate dal signor Franco-vich dinanzi alla Corte. Conformemente a questa norma, viene dichiarato fallito l'imprenditore che «si trova in stato di insolvenza» (il corsivo è mio)].

7 — GU C 135, pag. 2.

zione, contestata anche dal signor Francovich e dalla Commissione nelle loro osservazioni scritte dinanzi alla Corte. Analogo è l'orientamento del governo britannico, che ha partecipato soltanto alla fase orale senza presentare osservazioni scritte.

19. In base al primo degli argomenti svolti in merito, dalla prima sentenza Francovich, nella quale la Corte ha esaminato questioni pregiudiziali relative alla direttiva litigiosa e alle conseguenze della mancata trasposizione della stessa nell'ordinamento giuridico nazionale, emergerebbe indirettamente che quest'ultima si applica anche ai lavoratori subordinati che, come il signor Francovich, sono vincolati da un rapporto di lavoro a un datore di lavoro non assoggettabile a procedura concorsuale.

20. Detto argomento non ha consistenza. Secondo la giurisprudenza⁹, allorché la Corte si pronuncia su una questione pregiudiziale sottoposta a norma dell'art. 177 del Trattato, la sua valutazione delle questioni d'interpretazione e di validità della normativa comunitaria viene formulata in base agli elementi di fatto segnalati dal giudice nazionale. Quindi, per ipotizzare che con la prima sentenza Francovich la Corte abbia preso indirettamente posizione sul punto che ci

interessa, sarebbe necessario, quantomeno, che risultasse che il giudice nazionale aveva espressamente dichiarato alla Corte che il datore di lavoro del signor Francovich non era assoggettabile, a norma della legge italiana, a procedura concorsuale. Né il punto 5 della sentenza (che il signor Francovich invoca a questo proposito) né alcun altro elemento consente un'affermazione del genere. In queste circostanze, perde rilevanza il fatto che, come emerge dal paragrafo 11 delle conclusioni presentate nella suddetta causa dall'avvocato generale Mischo, il governo italiano e la Commissione avevano espresso dubbi sulla legittimazione del signor Francovich ad invocare la direttiva, posto che «non è chiaro se il suo ex datore di lavoro si trova in palese situazione di insolvenza». D'altronde, nello stesso paragrafo delle sue conclusioni, l'avvocato generale si era limitato a rilevare, quanto alle osservazioni di cui sopra del governo italiano e della Commissione, che spettava al giudice nazionale accertare se l'ex datore di lavoro del signor Francovich si trovasse o meno in stato di insolvenza ai sensi dell'art. 2, n. 1, della direttiva.

21. Con un secondo gruppo di argomenti, il signor Francovich, il governo britannico e la Commissione sostengono che l'orientamento interpretativo secondo il quale l'art. 2, n. 1, esclude dalla sfera d'applicazione della direttiva i dipendenti che sono vincolati da contratto o da un rapporto di lavoro a datori di lavoro non assoggettabili a procedura concorsuale stride con lo scopo della direttiva. A loro giudizio, condiviso pure dal giudice nazionale, la direttiva mira alla tutela di tutti

9 — V. sentenze 2 giugno 1994, causa C-30/93, AC-ATEL Electronics Vertriebs (Racc. pag. I-2305, punto 16), e 16 marzo 1978, causa 104/77, Oehlschläger (Racc. pag. 277, punto 4).

i lavoratori subordinati, indistintamente, salvo quelli appartenenti alle categorie di dipendenti che sono menzionati nell'allegato della direttiva e sono stati esclusi dagli Stati membri dalla sfera d'applicazione della stessa in applicazione della norma derogatoria di cui all'art. 2, n. 1.

restrittivamente, come è stato dichiarato¹², non è sufficiente ad escludere la possibilità di ulteriori limitazioni della sfera d'applicazione con la disposizione dell'art. 2, n. 1, nella quale si definisce il contenuto della nozione di «datore di lavoro insolvente», parametro altrettanto necessario per l'applicazione della direttiva.

22. Non concordo con questo modo di vedere. La Corte ha indubbiamente dichiarato che la direttiva mira «a garantire una tutela minima a tutti i lavoratori¹⁰», e inoltre che si applica a tutte le categorie di dipendenti che rientrano nella nozione di «lavoratore subordinato», definita dalle normative degli Stati membri, ad eccezione di quelli elencati nell'allegato della direttiva¹¹. Tuttavia queste considerazioni non possono avere altro senso che quello che la direttiva mira alla tutela di tutti i lavoratori subordinati che rientrano nella sfera d'applicazione della stessa, come definita non solo dalle disposizioni dell'art. 1, ma anche da quelle, del pari fondamentali, dell'art. 2. Di conseguenza, l'art. 1, n. 1, che, combinato con l'art. 2, n. 2, definisce la nozione di «lavoratore subordinato» introducendo il criterio che come lavoratori subordinati per l'applicazione della direttiva si intendono tutti coloro che si considerano lavoratori subordinati a norma della legge nazionale degli Stati membri, non costituisce che il primo gradino per la determinazione della sfera d'applicazione. Quindi il fatto che la deroga a questa norma specifica apportata dal n. 2 dell'art. 1 vada interpretata

23. A questo proposito la Commissione ricorda che, tenuto conto del tenore dell'art. 2, n. 1, questo modo di vedere offre agli Stati membri una diversa possibilità, oltre a quella contemplata dall'art. 1, n. 2, di limitare la sfera d'applicazione della direttiva, questa volta mediante la legislazione nazionale che determina i soggetti ai quali si applica la procedura concorsuale. Questa inquietudine è condivisa anche dal governo britannico. Penso che queste procedure mirino, per definizione, alla conciliazione di interessi contrapposti così diversi¹³, che il pericolo che uno Stato membro limiti la cerchia di datori di lavoro assoggettata a procedura concor-

12 — V. la già citata (nota 3) sentenza Commissione/Italia, punto 23.

13 — V. sentenza 7 febbraio 1985, causa 135/83, Abels (Racc. pag. 469, punto 15). Con questa sentenza si è dichiarato (richiamandosi tra l'altro alla specificità del diritto fallimentare, che si riscontra in tutti gli ordinamenti giuridici degli Stati membri e nell'ordinamento giuridico comunitario, nonché alle grandi differenze che si riscontrano nelle nozioni specifiche in materia negli Stati membri) che in mancanza di una norma esplicita in materia nella direttiva del Consiglio 14 febbraio 1977, 77/187/CEE, che riguarda la tutela dei lavoratori in caso di alienazione dell'impresa, detta direttiva va disapplicata in caso di trasferimento di imprese effettuato nell'ambito di procedure fallimentari o di tipo analogo (punti 14-17).

10 — V. la già ricordata (nota 3) sentenza Commissione/Italia, punto 23, nonché la sentenza 8 novembre 1990, causa C-53/88, Commissione/Grecia (Racc. pag. I-3917, punto 19).

11 — V. la già citata (nota 6) sentenza Wagner Miret, punto 12.

suale al solo scopo di limitare la cerchia di lavoratori assoggettati alla direttiva può considerarsi evento raro e piuttosto improbabile. Non nego di certo che questo pericolo esista. Osservo però che esso costituisce soltanto la diretta e inevitabile conseguenza del fatto che il legislatore comunitario non offra una definizione autonoma e unitaria per tutti gli Stati membri della nozione «datore di lavoro insolvente», ma definisca questa nozione in modo tale che, come si è detto, in definitiva il suo contenuto dipende dal contenuto e dall'applicazione di norme del diritto nazionale. D'altro canto, il pericolo che vari a seconda dello Stato membro la gamma dei rapporti che rientra nella sfera d'applicazione della direttiva sussiste non solo in considerazione del contenuto dell'art. 2, n. 1, ma anche del fatto che, conformemente alla disposizione espressa dell'art. 2, n. 2, la direttiva non scalfisce il diritto degli Stati membri di determinare anche il contenuto di altre nozioni, del pari significative per la sua applicazione, come quelle di «datore di lavoro» e di «retribuzione».

- a) che, in questa disposizione, l'insolvenza del datore di lavoro si intende come semplice situazione di fatto, consistente nell'impossibilità del soggetto di soddisfare regolarmente le sue obbligazioni nei confronti del dipendente;
- b) che, in considerazione di quanto precede, il termine impiegato in detto articolo «procedura volta a soddisfare collettivamente i creditori» non deve venir inteso nel suo senso tecnico rigoroso ¹⁴ e
- c) che, di conseguenza, il senso preciso dell'art. 2, n. 1, è che, se un dipendente chiede di fruire delle garanzie contemplate dalla direttiva, non basta che nella sua domanda svolga argomenti vertenti sull'insolvenza del datore di lavoro, ma è necessario che lo stato di insolvenza sia comprovato dalla promozione, quantomeno, di una procedura formale.

Il signor Francovich, che intende nella stessa maniera la finalità della direttiva e ritiene, come la Commissione, che nell'art. 2, n. 1, il

24. La Commissione, invocando ancora una volta la finalità della direttiva, che, immagino, intende costituita dalla tutela di tutti i lavoratori senza eccezioni, salvo coloro che rientrano nelle categorie di dipendenti contemplate nell'allegato della direttiva, sostiene (v. le osservazioni presentate alla Corte, punto C 10) che, per interpretare la disposizione dell'art. 2, n. 1, in modo conforme alla finalità di cui sopra, si deve ammettere:

14 — In relazione a questo punto, la Commissione si è richiamata, nella fase orale, all'osservazione dell'avvocato generale Sir Gordon Slynn nella già ricordata causa Abels (nota 13) nella quale si fa richiamo (Racc. 1985, pag. 473) alla direttiva 80/987/CEE, che «comprende imprese in liquidazione per insolvenza, benché, come dimostra l'art. 2, n. 1, includa una gamma di procedimenti per insolvenza che va oltre la liquidazione in senso tecnico». Credo che il senso di questa frase sia che il termine «procedura mirante alla soddisfazione collettiva dei creditori», che compare all'art. 2, n. 1, della direttiva, comprende non solo il fallimento, ma anche tutte le altre procedure di soddisfazione collettiva dei creditori (v. anche il tenore dell'ultima frase del punto 16 della sentenza Abels).

termine «insolvenza» indichi una semplice situazione di fatto, considera (n. 21 delle osservazioni presentate alla Corte) che, secondo il senso corretto di questa disposizione, un datore di lavoro deve ritenersi in stato di insolvenza allorché sussistono «in teoria» i presupposti per promuovere una procedura concorsuale nei suoi confronti, anche se non è possibile applicare le disposizioni in materia alla categoria dei datori di lavoro alla quale appartiene quel determinato datore di lavoro.

25. Come ho detto al paragrafo 22, la finalità della direttiva non può essere individuata facendo astrazione dalla sfera d'applicazione della stessa, quale risulta tanto dal suo art. 1 quanto dal suo art. 2. Di conseguenza, l'esattezza delle interpretazioni proposte, per la norma contestata, dal signor Francovich e dalla Commissione non deve venir vagliata in base al criterio se garantiscano l'assoggettamento alla direttiva di tutti i dipendenti indistintamente, salvo le categorie elencate nell'allegato, ma in base alla possibilità di conciliarle, in maggior o minor misura, con la lettera della norma da interpretare. A mio avviso, quest'ultimo problema va risolto nel senso che tale possibilità non esiste.

26. Ricordo che la norma contestata presuppone, sempreché si ritenga esserci insolvenza da parte del datore di lavoro:

a) che sia stata promossa una determinata procedura di un genere particolare («pro-

cedura per la soddisfazione collettiva dei creditori», nel cui ambito sia indiscutibilmente consentito tener presenti i diritti dei dipendenti per contratto o per rapporto di lavoro), contemplata dalla normativa dello Stato membro interessato [art. 2, n. 1, lett. a¹⁵];

b) che sia stata decisa, dall'organo designato come competente dalla legislazione di cui sopra, l'instaurazione della procedura [art. 2, n. 1, lett. b), primo trattino] e che sia stato accertato, dallo stesso organo, che l'impresa è definitivamente chiusa e che l'insufficienza dell'attivo non giustifica la promozione di un procedimento [art. 2, n. 1, lett. b), secondo trattino]¹⁶.

15 — Questo richiamo ad una precisa procedura priva di sostegno — mi pare — l'interpretazione della norma litigiosa suggerita dal governo britannico nella fase orale, secondo la quale, se la normativa di uno Stato membro accoglie la nozione dell'insolvenza *de facto*, detto Stato non può escludere dalla sfera d'applicazione della direttiva un lavoratore subordinato il cui datore di lavoro non è assoggettato a procedure di soddisfazione collettiva dei creditori, pur se è giunto a trovarsi nella situazione di insolvenza *de facto* di cui sopra.

16 — Tanto il signor Francovich quanto la Commissione invocano detta norma come argomento a sostegno dell'assunto secondo il quale nell'ambito della direttiva il termine insolvenza si intende come semplice stato di fatto. Non penso però si possa ignorare che questa norma contempla essa pure l'accertamento di taluni elementi di fatto da parte dell'organo competente in base a una disposizione dello Stato membro interessato, che rientra nel sistema normativo che regge i procedimenti di soddisfazione collettiva dei creditori. Sotto questo aspetto è interessante il confronto tra la norma di cui sopra, nella versione vigente, e quella iniziale dell'art. 2 della proposta della Commissione al Consiglio, allorché si prevedeva che sussistesse la «cessazione dei pagamenti» (termine che, ricordo, figurava nella proposta invece di «insolvenza») tra l'altro anche quando l'impresa del datore di lavoro chiudeva per cessazione dei pagamenti, senza che fosse richiesto, in questo caso, un accertamento ad hoc da parte di un organo competente.

Dato quanto precede, non è possibile accogliere le proposte di interpretazione del signor Francovich e della Commissione, senza ignorare radicalmente la lettera della disposizione. In realtà, la sostanza di detti punti di vista, al di là del diverso modo di esporli, consiste, se ben comprendo, nell'assunto che la norma in questione stabilisce, a stretto rigor di termini, che il dipendente interessato può promuovere un procedimento concorsuale nei confronti del suo datore di lavoro, anche se quel determinato datore di lavoro non è assoggettabile, a norma della legge nazionale, a detta procedura: l'organo adito con la domanda di procedura si limiterà a vagliare se sussistano «in teoria» i presupposti per instaurare la procedura. Accogliere questo punto di vista vorrebbe dire che, sempreché gli Stati membri traspongano correttamente la direttiva, dovrebbero inoltre procedere a corrispondenti, specifiche modifiche della legislazione nazionale sulla soddisfazione collettiva dei creditori, sicché sia possibile, su istanza del dipendente interessato, l'accertamento della «teorica» sussistenza dei presupposti per instaurare la procedura ad hoc nei confronti del datore di lavoro¹⁷. Non vi sono elementi che corroborino questa interpretazione della direttiva. Come emerge dalla lettera della disposizione contestata [«(...) apertura di un procedimento *previsto* dalle disposizioni (...) dello Stato membro interessato»] detta disposizione si riferisce alle procedure concorsuali, esattamente come sono configurate nelle norme in materia vigenti nei vari Stati membri, senza richiedere la modifica o l'integrazione di queste ultime discipline per le esigenze di applicazione della direttiva.

17 — Se ho ben compreso, il governo britannico ha sostenuto, nella fase orale, che non si deve escludere un'interpretazione in questo senso della norma contestata.

27. Dato quanto precede, suggerisco alla Corte di risolvere come segue la prima questione: «Dall'art. 2, n. 1, della direttiva del Consiglio 20 ottobre 1980, 80/987/CEE, emerge che non rientrano nella sfera d'applicazione della direttiva in questione i lavoratori subordinati i cui datori di lavoro non sono assoggettati, a norma delle legislazioni dei rispettivi Stati membri, alle procedure concorsuali».

III — Sulla seconda questione pregiudiziale

28. Vista la soluzione proposta per la prima questione, sorge l'interrogativo se la disposizione dell'art. 2, n. 1, della direttiva, dalla quale, come ho detto in precedenza, si desume che sono soggetti alle norme di tutela della direttiva solo i lavoratori subor-

dinati vincolati da contratto o da rapporto di lavoro a un datore di lavoro assoggettato a procedure concorsuali, rimanendone dunque esclusi gli altri dipendenti, può considerarsi valida se analizzata alla luce del principio di parità e del divieto di discriminazione.

29. Il principio generale di parità rientra tra i principi generali di rango superiore del diritto comunitario, che vincolano le autorità comunitarie nell'esercizio di tutte le competenze, senza eccezione, loro conferite dalle disposizioni del Trattato e del diritto derivato. A questo vincolo, gli organi comunitari devono perciò considerarsi soggetti anche nell'esercizio delle competenze loro attribuite dal Trattato al fine di armonizzare le legislazioni degli Stati membri¹⁸. Anche in questo settore dunque è vietato, in virtù del principio di parità, il trattamento diverso di situazioni analoghe, salvoché non vi sia una ragione oggettiva che giustifichi la discriminazione¹⁹.

18 — V., quanto al sindacato giurisdizionale dell'osservanza, da parte degli organi comunitari, dei principi generali del diritto comunitario nell'esercizio di competenze in materia di armonizzazione delle normative, sentenza 13 novembre 1990, causa C-331/88, Fedesa e a. (Racc. pag. I-4023, in particolare punti 20 e 21, nonché 7 e segg., 12 e segg. e 41 e segg.).

19 — V. sentenza 18 aprile 1991, causa C-63/89, Assurances du crédit/Consiglio e Commissione (Racc. pag. I-1799, punti 22 e 23). V. anche il paragrafo 11 delle conclusioni dell'avvocato generale Tesouro nella stessa causa.

30. Tuttavia, quando si controlla, sul piano giurisdizionale, se, nell'adozione delle norme di armonizzazione, gli organi comunitari hanno osservato i dettami che scaturiscono dal principio di parità, si deve tener conto delle particolari condizioni nelle quali si esercita questa loro competenza²⁰. Infatti la Corte ha dichiarato²¹ che, nell'ambito dell'esercizio delle facoltà conferite agli organi comunitari al fine di ravvicinare le legislazioni degli Stati membri, si deve riconoscere a dette autorità un margine discrezionale, specie per quel che riguarda la possibilità di giungere ad un'armonizzazione graduale, date le caratteristiche della materia oggetto dell'armonizzazione. Come ha riconosciuto la Corte (in materia di adozione di norme di armonizzazione in virtù dell'art. 57, n. 2, del Trattato), il conferimento di detto margine agli organi comunitari è dovuto al fatto che «(...) l'attuazione di siffatte norme di armonizzazione è generalmente irta d'ostacoli, presupponendo infatti l'elaborazione, da parte delle competenti istituzioni comunitarie, sulla base di norme nazionali disparate e complesse, di regole comuni conformi agli obiettivi sanciti dal Trattato (...)»²². Visto quanto precede, mi pare si debba riconoscere che vanno ammessi, in linea di massima, come motivi oggettivi, atti a giustificare un trattamento differenziato di situazioni simili, motivi che si ricollegano alle esigenze speci-

20 — Quanto all'influenza della vasta discrezionalità di cui dispone il legislatore comunitario in un determinato settore nel valutare se una certa misura stride con il principio del divieto di discriminazione, v. sentenze 21 febbraio 1990, cause riunite da C-267/88 a C-285/88, Wuidart e a. (Racc. pag. I-435, punti 13, 14 e 18).

21 — Sentenze 29 febbraio 1984, causa 37/83, Rewe-Zentrale (Racc. pag. 1229, punto 20), e 20 giugno 1991, causa C-39/90, Denkavit (Racc. pag. I-3069, punto 26), come pure la già ricordata (nota 19) Assurances du crédit/Consiglio e Commissione, punto 11.

22 — V. sentenza, già citata alla nota 19, Assurances du crédit/Consiglio e Commissione, punto 10.

fiche e alle difficoltà che insorgono nell'elaborazione di norme di armonizzazione.

31. Non nutro dubbi quanto al fatto che tanto i dipendenti il cui datore di lavoro è assoggettato alle procedure concorsuali quanto i dipendenti il cui datore di lavoro non è soggetto a tali procedure si trovano in condizioni identiche allorché il loro datore di lavoro non è in grado di assolvere i suoi impegni quanto ai diritti che gli interessati traggono da contratti o da rapporti di lavoro con il primo: nessuna delle due categorie può infatti ritenersi più bisognosa di tutela dell'altra allorché il datore di lavoro viene a trovarsi nella situazione sopra descritta. Gli argomenti con i quali tentano di controbatte il Consiglio, il governo italiano e quello greco non mi pare siano consistenti. Il Con-

siglio ritiene, in particolare, che le due categorie di dipendenti non si trovino nelle stesse condizioni, poiché i lavoratori il cui datore di lavoro è soggetto alle procedure concorsuali devono esser più tutelati in quanto procedimenti di questo tipo durano sovente a lungo e, dopo la loro instaurazione, i dipendenti non possono rivendicare individualmente l'adempimento delle obbligazioni nei loro confronti. Non concordo con questo orientamento. Se, per i motivi di cui sopra, il dipendente viene a trovarsi in un vicolo cieco allorché si instaura una procedura concorsuale nei confronti del datore di lavoro, nello stesso vicolo (e anche senza alcuna speranza, nemmeno remota, di uscirne) si viene a trovare il dipendente il cui datore di lavoro non è assoggettabile a detta procedura e che ha esaurito, senza successo, i rimedi giuridici che gli offre il diritto nazionale per ottenere l'esecuzione delle obbligazioni scaturenti, in suo favore, dal rapporto di lavoro. L'argomento che, d'altra parte, svolge il governo greco, secondo il quale i dipendenti il cui datore di lavoro è soggetto a procedura concorsuale necessitano di un maggior grado di tutela, giacché il datore di lavoro in questo caso ha la qualità di commerciante ed è esposto quindi a maggiori rischi professionali, si fonda sulla base eccezionalmente instabile del fatto che, secondo le normative nazionali degli Stati membri, i datori di lavoro non assoggettati alle procedure concorsuali di regola non hanno la qualifica di commerciante. Su una base altrettanto instabile, sotto il profilo dei dati di fatto, si fonda anche l'argomento del governo italiano, secondo il quale i dipendenti il cui datore di lavoro è soggetto alle procedure concorsuali costituiscono una categoria speciale rispetto agli altri, poiché di regola detti datori di lavoro sono imprese commerciali, la cui attività ha ripercussioni sul funzionamento del mercato comune. Ma, pur se il fondamento di fatto di questo argomento è preciso, non vedo perché detti dipendenti dovrebbero essere più protetti degli altri allorché il datore di lavoro viene a trovarsi in stato di insolvenza.

32. Ritengo tuttavia che la distinzione tra le due categorie di dipendenti di cui sopra, tra loro affini, e l'assoggettamento, sotto il profilo della sfera d'applicazione della direttiva, dei soli dipendenti il cui datore di lavoro è soggetto alle procedure concorsuali, si giustifichi per ragioni che si rifanno a difficoltà provocate dall'adozione di norme di armonizzazione nel settore specifico. In realtà il problema più complesso che fa sorgere l'armonizzazione delle normative degli Stati membri in materia di tutela dei lavoratori subordinati in caso di insolvenza del datore di lavoro è, per l'appunto, quello della definizione della nozione di «datore di lavoro insolvente» e della fissazione delle norme in base alle quali si accertano i dati di fatto la cui sussistenza è necessaria per la costituzione della nozione. Sotto questo aspetto, la definizione della nozione di «datore di lavoro insolvente» in relazione a datori di lavoro assoggettati, a norma della legislazione degli Stati membri, alle procedure concorsuali, farebbe insorgere, in proporzione, i minori problemi: oltre alle grandi differenze dei regimi in materia praticati in molti Stati membri²³, vi è sempre un minimo denominatore comune, in quanto le normative nazionali contemplan procedure ad hoc, nel cui ambito organismi designati ad hoc accertano, secondo criteri ben determinati, la sussistenza dei presupposti che giustificano l'instaurazione di dette procedure. Al contrario, la constatazione dell'insolvenza di un datore di lavoro non assoggettato a dette procedure presenta difficoltà molto maggiori. La scelta del criterio di insolvenza più evidente, per quella determinata categoria di datori di lavoro, l'impossibilità cioè di dar esecuzione a una sentenza pronunciata dal giudice che condanna il datore di lavoro su domanda dei dipendenti concernente diritti derivanti dal rapporto di lavoro, fa infatti insorgere problemi specifici, complessi e sottili, in quanto l'adozione di norme di armonizzazione in

questo settore viene a collidere con l'autonomia dei sistemi giurisdizionali degli Stati membri e con le diversità che li contraddistinguono. I dati di cui sopra costituiscono, credo, una ragione obiettiva che può giustificare la limitazione ai dipendenti il cui datore di lavoro è soggetto, a norma della legislazione del proprio Stato membro, alle procedure concorsuali, della sfera d'applicazione della direttiva 80/987/CEE, adottata in virtù dell'art. 100 del Trattato, la quale, come si desume direttamente dal suo preambolo, costituisce soltanto il primo stadio di armonizzazione delle legislazioni in materia di tutela dei lavoratori subordinati in caso di insolvenza del datore di lavoro²⁴. La disposizione dell'art. 2, n. 1, della direttiva, dalla quale consegue detta limitazione, non può quindi considerarsi incompatibile con il principio generale di parità.

33. In conclusione, propongo alla Corte di risolvere la seconda questione pregiudiziale come segue: «Dall'esame dell'art. 2, n. 1, della direttiva del Consiglio 20 ottobre 1990, 80/987/CEE, non sono emersi elementi atti a inficiarne la validità».

24 — V. il secondo 'considerando', da cui risulta che la direttiva è stata adottata in considerazione della necessità di tentare di ridurre le differenze tra Stati membri quanto al grado di tutela dei lavoratori subordinati in caso di insolvenza del datore di lavoro.

23 — V. la già ricordata (nota 13) sentenza Abels, punto 17.

Conclusioni finali

34. Premesso quanto precede, propongo alla Corte di risolvere come segue le questioni pregiudiziali ad essa sottoposte:

- «1) Dall'art. 2, n. 1, della direttiva del Consiglio 20 ottobre 1980, 80/987/CEE, si desume che non rientrano nella sfera d'applicazione della direttiva i lavoratori subordinati i cui datori di lavoro non sono assoggettati, conformemente a quanto dispone il diritto nazionale dello Stato membro cui appartengono, alle procedure concorsuali.
- 2) Dall'esame dell'art. 2, n. 1, della direttiva del Consiglio 20 ottobre 1980, 80/987/CEE, non sono emersi elementi atti ad inficiarne la validità».