

## Conclusioni dell'avvocato generale Cosmas del 29 maggio 1997

**Danmarks Aktive Handelsrejsende, che agisce per conto della signora Carina Mosbæk contro Lønmodtagernes Garantifond**

**Domanda di pronuncia pregiudiziale: Østre Landsret – Danimarca**

**Politica sociale - Tutela dei lavoratori in caso di insolvenza del datore del lavoro - Direttiva 80/987/CEE - Lavoratore che risiede e svolge la sua attività lavorativa subordinata in uno Stato membro diverso da quello della sede del datore di lavoro - Ente di garanzia**

**Causa C-117/96**

*raccolta della giurisprudenza 1997 pagina I-05017*

## Conclusioni dell'avvocato generale

### I - Osservazioni introduttive

1 Nel presente procedimento l'Østre Landsret chiede alla Corte, in forza dell'art. 177 del Trattato CE, di pronunciarsi in via pregiudiziale sull'interpretazione di talune 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 (1) (in prosieguo: la «direttiva»).

### II - Il contesto normativo

2 La direttiva mira a garantire ai lavoratori un livello minimo di tutela sociale in caso di insolvenza del datore di lavoro, senza impedire agli Stati membri di introdurre normative più favorevoli. A tal fine, impone agli Stati membri di istituire organismi che garantiscano ai lavoratori il pagamento di parte dei crediti, rimasti insoluti, che essi vantano nei confronti dei datori di lavoro insolventi.

3 L'art. 1 della direttiva dispone, in particolare, quanto segue:

«1. La presente 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.

2. Gli Stati membri possono, in via eccezionale, escludere dal campo di applicazione della presente direttiva i diritti di alcune categorie di lavoratori subordinati, 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.

L'elenco delle categorie di lavoratori subordinati di cui al primo comma è riportato nell'allegato.

3. (...)».

4 L'art. 2 dispone:

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

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

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

- ha deciso l'apertura del procedimento,

- 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.

2. La presente direttiva non pregiudica il diritto nazionale per quanto riguarda la definizione dei termini "lavoratore subordinato", "datore di lavoro", "retribuzione", "diritto maturato" e "diritto in corso di maturazione"».

5 L'art. 3 prevede che:

«1. Gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché gli organismi di garanzia assicurino, fatto salvo l'articolo 4, il pagamento dei diritti non pagati dei lavoratori subordinati, risultanti da contratti di lavoro o da rapporti di lavoro e relativi alla retribuzione del periodo situato prima di una data determinata.

2. La data di cui al paragrafo 1 è, a scelta degli Stati membri:

- o quella dell'insorgere dell'insolvenza del datore di lavoro;

- o quella del preavviso di licenziamento del lavoratore subordinato interessato, comunicato a causa dell'insolvenza del datore di lavoro;

- o quella dell'insorgere dell'insolvenza del datore di lavoro o quella della cessazione del contratto di lavoro o del rapporto di lavoro del lavoratore subordinato interessato, avvenuta a causa dell'insolvenza del datore di lavoro».

**6** Ai sensi dell'art. 4, gli Stati membri hanno la facoltà di limitare l'obbligo di pagamento degli organismi di garanzia di cui all'articolo 3 (n. 1), in conformità delle norme dettate dal n. 2 dello stesso articolo, mentre il n. 3 prevede che gli Stati membri possono fissare un massimale per la garanzia di pagamento dei diritti non pagati dei lavoratori subordinati, per evitare di versare delle somme che vanno oltre il fine sociale della direttiva.

**7** A norma dell'art. 5 della direttiva:

«Gli Stati membri fissano le modalità di organizzazione, di finanziamento e di funzionamento degli organismi di garanzia nel rispetto, in particolare, dei seguenti principi:

a) il patrimonio degli organismi deve essere indipendente dal capitale di esercizio dei datori di lavoro ed essere costituito in modo da non poter essere sequestrato in un procedimento in caso di insolvenza;

b) i datori di lavoro devono contribuire al finanziamento, a meno che quest'ultimo non sia integralmente assicurato dai pubblici poteri;

c) l'obbligo di pagamento a carico degli organismi esiste indipendentemente dall'adempimento degli obblighi di contribuire al finanziamento».

**8** Infine, a norma dell'art. 9,

«La presente direttiva non pregiudica la facoltà degli Stati membri di applicare e di introdurre disposizioni legislative, regolamentari o amministrative più favorevoli per i lavoratori subordinati».

### III - I fatti

Risulta dall'ordinanza di rinvio che la fattispecie che ha dato origine all'attuale questione pregiudiziale è la seguente:

Nel maggio del 1993 la società inglese Colorgen Ltd, con sede a Warrington, Cheshire, Inghilterra, ha assunto, a decorrere dal 1<sup>o</sup> luglio 1993, la signora Carina Mosbæk, residente in Danimarca, come «commercial manager» per la promozione delle sue vendite in Danimarca, Norvegia, Svezia, Finlandia e, più tardi, in Germania.

**9** Per tutta la durata del rapporto di lavoro, la Colorgen non è stata dichiarata come impresa in Danimarca, né vi ha stabilito una sede o una rappresentanza se non per mezzo della signora Mosbæk. In base al contratto di lavoro, la signora Mosbæk veniva retribuita in parte con uno stipendio fisso e in parte con una provvigione sulle vendite. La retribuzione, per tutta la durata del rapporto di lavoro, le è stata versata direttamente dalla Colorgen, direttamente dall'Inghilterra, senza alcuna trattenuta per imposte danesi né per i contributi previdenziali che, ai sensi della normativa danese, vengono trattenuti dai datori di lavoro in Danimarca, ivi compresi i datori di lavoro stranieri che abbiano una succursale o altro insediamento stabile in Danimarca.

Per i primi mesi la signora Mosbæk ha lavorato a domicilio, mentre dal settembre del 1993 la Colorgen ha preso in locazione un ufficio presso i locali di un'impresa danese, nel quale la signora Mosbæk ha da allora svolto le sue mansioni.

**10** Il 1<sup>o</sup> luglio 1994 la Colorgen è stata dichiarata fallita, e di conseguenza tutti i suoi dipendenti sono stati licenziati; tra loro, anche la signora Mosbæk, i cui crediti nei confronti della società, per stipendi, provvigioni e rimborso di spese professionali, ammontavano a 471 996 corone danesi.

**11** Lo stesso mese la signora Mosbæk ha dichiarato il suo credito sia al Lønmodtagernes Garantifond, l'ente di garanzia che in Danimarca assicura il pagamento dei crediti insoluti dei lavoratori subordinati, come previsto dalla direttiva, sia al curatore del fallimento della Colorgen in Inghilterra.

Inoltre, con lettera 22 agosto 1994 la signora Mosbæk ha dichiarato il suo credito al National Insurance Fund, l'ente inglese di garanzia ai sensi della direttiva, il quale, come risulta dall'ordinanza di rinvio, all'epoca del procedimento dinanzi al giudice a quo non aveva ancora preso una decisione in proposito (2).

**12** L'ente di garanzia danese si è rifiutato di rimborsare il credito della signora Mosbæk, affermando che l'organismo di garanzia competente era quello inglese. A seguito di questo provvedimento, il 19 dicembre 1994 la signora Mosbæk ha adito il tribunale di Hillerød, il quale data la rilevanza della causa, l'ha rinviata all'Østre Landsret.

**13** Dinanzi a quest'ultimo giudice la ricorrente, richiamandosi alla finalità della direttiva, ha sostenuto che l'ente di garanzia competente a soddisfare il suo credito fosse quello danese, giacché la sua residenza e la sede della prestazione dei servizi si trovavano in Danimarca, ove peraltro il datore di lavoro aveva preso in locazione un ufficio per lo svolgimento della sua attività, nonché in ragione delle difficoltà che la rivendicazione del suo credito avrebbe potuto incontrare dinanzi all'ente di garanzia inglese o ai giudici inglesi.

**14** L'ente di garanzia danese ha sostenuto invece che competente a versare la garanzia fosse l'ente dello Stato in cui era stabilito il datore di lavoro e la cui normativa detta la disciplina dell'insolvenza di quest'ultimo, vale a dire, nella fattispecie, l'organismo di garanzia inglese. Inoltre, ai sensi dell'art. 5 della direttiva, soltanto lo Stato in cui il datore di lavoro è stabilito può imporgli il pagamento di contributi per il finanziamento degli organismi di garanzia, in modo che questi ultimi siano in grado di risarcire i lavoratori in caso di insolvenza del datore di lavoro. Ha sottolineato inoltre che non potrebbe nemmeno, per ragioni di economia, risarcire la ricorrente e

rivolgersi poi in via di regresso nei confronti dell'organismo di garanzia inglese, giacché un sistema del genere non è previsto dalla direttiva.

**15** Come si evince dall'ordinanza di rinvio, il diritto danese non disciplina, né direttamente né indirettamente, la competenza dell'ente di garanzia danese a rimborsare crediti quali quello della ricorrente nella causa principale. Per questo motivo l'Østre Landsret chiede alla Corte un'interpretazione della direttiva che gli consenta di risolvere la questione dinanzi a lui pendente. Ha pertanto sottoposto alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

«Qualora il datore di lavoro non sia stabilito nello Stato membro di residenza del lavoratore e sia rappresentato in quest'ultimo esclusivamente mediante l'attività lavorativa del detto lavoratore, la quale viene svolta fra l'altro da un ufficio preso in locazione dal datore di lavoro per il lavoratore, se spetti all'organismo di garanzia dello Stato in cui è stabilito il datore di lavoro ovvero a quello dello Stato di residenza del lavoratore garantire, in caso di insolvenza del datore di lavoro ai sensi dell'art. 3 della direttiva 80/987/CEE, il pagamento delle spettanze dovute in forza del rapporto di lavoro di cui trattasi».

#### **IV - Nel merito**

**16** La direttiva non precisa se e quale ente di garanzia sia tenuto al pagamento dei crediti retributivi vantati da lavoratori subordinati, residenti e impiegati in uno Stato membro, nei confronti del datore di lavoro insolvente stabilito in un altro Stato membro.

**17** Ciò considerato, le parti nella causa a qua, così come i governi di Germania, Francia e Gran Bretagna nonché la Commissione, tanto nelle loro osservazioni scritte quanto in udienza, hanno affermato che dal complesso delle disposizioni della direttiva, e alla luce della sua finalità, si può e si deve dedurre una soluzione di diritto comunitario alla questione pregiudiziale.

**18** Ciononostante, le posizioni delle parti divergono poi quando si tratta di determinare quale sia l'organismo di garanzia tenuto, in definitiva, a corrispondere ai lavoratori le loro spettanze. In particolare, i governi francese e britannico nonché la Commissione sostengono che, date le circostanze, competente è l'organismo di garanzia dello Stato membro in cui il datore di lavoro è stabilito, vale a dire, nella fattispecie, l'ente britannico. Al contrario, la ricorrente nella causa principale e il governo tedesco ritengono competente l'organismo dello Stato membro in cui risiede e/o lavora il dipendente, cioè, nel caso di specie, l'ente danese.

**19** Gli argomenti principali a favore della prima tesi sono, a mio parere, i seguenti:

a) La direttiva è volta a ridurre le differenze esistenti tra le diverse legislazioni nazionali per quanto riguarda la tutela dei lavoratori subordinati in caso di insolvenza del datore di lavoro. Se la soluzione del problema fosse rimessa agli Stati membri, i lavoratori rimarrebbero sprovvisti di tutela in caso di conflitto negativo di leggi (3), mentre altre difficoltà sorgerebbero in caso di cumulo di leggi (4). Così, le divergenze esistenti si moltiplicherebbero. Il problema richiede pertanto una soluzione comunitaria uniforme.

b) Per l'accertamento dell'insolvenza del datore di lavoro, l'art. 2 della direttiva

rinvia alla legislazione e all'autorità competente dello Stato membro «interessato», vale a dire, logicamente, dello Stato membro in cui il datore di lavoro è stabilito. Giacché l'organismo di garanzia subentra nelle obbligazioni del datore di lavoro insolvente, ne deriva che debitore è l'organismo di garanzia dello Stato in cui il datore di lavoro è stabilito. D'altronde, è questo l'ente più idoneo a verificare la sussistenza e l'entità del debito del datore di lavoro.

c) Ai sensi dell'art. 5, lett. c), della direttiva, ciascuno Stato membro può obbligare a contribuire al finanziamento dell'ente nazionale di garanzia soltanto il datore di lavoro soggetto alla sua normativa, vale a dire quello stabilito sul suo territorio. Di conseguenza, soltanto questo ente deve e può adempiere le obbligazioni del datore di lavoro in caso di sua insolvenza. Se obbligato al pagamento della garanzia fosse l'ente dello Stato in cui risiede o è impiegato il lavoratore, quest'ultimo ente verrebbe colto di sorpresa da crediti che non aveva previsto e per la copertura dei quali non poteva giuridicamente imporre contributi al datore di lavoro. Risulterebbe così pregiudicato l'equilibrio economico degli enti di garanzia, esito questo che il legislatore comunitario non può aver voluto. La direttiva non prevede, peraltro, la possibilità di regresso tra i diversi enti di garanzia nazionali.

d) Nel caso dei lavoratori migranti, non è possibile sapere quale sia l'ente tenuto a rimborsarli, il che comprometterebbe la certezza del diritto e potrebbe eventualmente dar luogo ad abusi da parte dei lavoratori, in considerazione anche della citata inesistenza di norme sul regresso tra i diversi enti nazionali.

**20** D'altra parte:

a) Il governo tedesco afferma che gli enti di garanzia previsti dalla direttiva costituiscono «organismi di sicurezza sociale» in senso ampio, come quelli cui fa riferimento il regolamento n. 1408/71 (5). Ciò considerato, ritiene che, applicando in via analogica l'art. 13, n. 2, lett. a), o l'art. 14, n. 2, lett. b), di tale regolamento, l'ente tenuto alla garanzia risulterebbe essere, nella fattispecie, quello danese.

b) La ricorrente nella causa a qua, che non ha depositato osservazioni scritte, nel corso dell'udienza dinanzi alla Corte ha ribadito gli argomenti già dedotti dinanzi al giudice nazionale, sottolineando come, in conformità dei termini del contratto di lavoro, quest'ultimo avrebbe dovuto essere interpretato anche alla luce del diritto del lavoro danese. A sostegno della competenza dell'organismo danese in quanto ente del luogo in cui viene svolto il lavoro o del foro competente, la ricorrente fa valere rispettivamente gli artt. 4, n. 1, e 3, n. 3, della Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 (80/934/CEE; GU L 266, pag. 1), e l'art. 5, n. 1, della Convenzione di Bruxelles del 27 giugno 1968, concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, e si richiama altresì alle disposizioni del regolamento n. 1408/71.

**21** Non sono sufficientemente persuaso della correttezza dell'una o dell'altra tesi così da poterne suggerire l'accoglimento. Vero è che gli argomenti esposti non mancano di logica, ma presuppongono un'interpretazione

della finalità e del senso delle disposizioni della direttiva che, temo, eccede la lettera e lo spirito del diritto positivo, sconfinando nel «de iure condendo».

**22** Le premesse su cui si fonda l'intera argomentazione delle due parti sono, a mio parere, le seguenti:

in primo luogo, che dalle disposizioni della direttiva emergano le nozioni di «datore di lavoro» e di «lavoratore dipendente» e che esse valgano per tutti gli Stati membri;

in secondo luogo, che nell'ambito di applicazione *ratione personae* della direttiva rientrino tutti i lavoratori dipendenti, nel senso indicato, di tutti i datori di lavoro insolventi, ai sensi della direttiva, all'interno della Comunità, a prescindere dal loro collegamento con uno Stato membro;

in terzo luogo, che le disposizioni della direttiva siano sufficientemente chiare, per quanto riguarda la determinazione dell'ente tenuto al pagamento della garanzia e la portata di tale obbligo, in modo che i lavoratori possano richiamarsi direttamente, sia in mancanza di corrispondenti norme nazionali, sia contro norme nazionali eventualmente confliggenti; infine,

in quarto luogo, che, alla luce di quanto sopra, il legislatore comunitario abbia sostanzialmente perseguito una piena armonizzazione delle legislazioni nazionali nel settore della tutela dei lavoratori in caso di insolvenza del datore di lavoro.

**23** Mi sia consentito sostenere che nessuna di queste ipotesi corrisponde alla lettera e allo spirito della direttiva. La lacuna che essa contiene a proposito della questione sollevata dal giudice a quo è voluta e non può essere colmata con l'interpretazione suggerita dalle parti. In un caso come quello della causa principale spetta alle autorità competenti, e in definitiva ai competenti giudici degli Stati membri di volta in volta interessati, giudicare, sulla scorta della normativa nazionale, se il lavoratore sia tutelato dalla direttiva. Un'eventuale lacuna nella tutela o altre conseguenze sfavorevoli per i lavoratori sono la conseguenza necessaria della limitatezza degli obiettivi della progressiva armonizzazione perseguita dal legislatore comunitario nell'attuale fase di sviluppo del diritto comunitario.

### **Sulla finalità della direttiva**

**24** Inizierò analizzando quale sia la finalità della direttiva. A tal fine è utile risalire agli atti preparatori e paragonare l'iniziale proposta di direttiva della Commissione, del 13 aprile 1978 (6), con il testo infine adottato dal Consiglio.

**25** La proposta, che indica quale fondamento giuridico l'art. 100 del Trattato, al sesto «considerando» prevedeva che «(...) con la crescente penetrazione economica internazionale, è necessario che in tutti gli Stati membri, in caso di insolvenza del datore di lavoro, i lavoratori abbiano una tutela equivalente per quanto riguarda i diritti derivanti dal rapporto di lavoro (...)». Ai sensi del «considerando» successivo, era necessario operare una «parificazione nel progresso» delle disposizioni legislative ecc. degli Stati membri ai fini dell'art. 117 del Trattato (7).

Inoltre, per quanto riguarda l'ambito di applicazione della direttiva, ai sensi dell'art. 1 della proposta essa doveva applicarsi «ai diritti, derivanti da rapporti di lavoro o di formazione, esistenti nei confronti di datori di lavoro insolventi le cui imprese o stabilimenti si trovino entro i limiti territoriali del campo d'applicazione del Trattato» (8).

A norma dell'art. 2 della proposta, si ha «insolvenza» (9) ai sensi della direttiva quando sia stato avviato in base alle disposizioni legislative ecc. «degli Stati membri ed a carico del patrimonio del datore di lavoro un procedimento» volto a soddisfare collettivamente i creditori [lett. a)], o «si sia rinunciato ad avviare tale procedimento data l'insufficienza della massa patrimoniale» [lett. b)], ovvero «l'impresa del datore di lavoro sia stata chiusa a causa dell'insolvenza» (10).

Quanto al contenuto della garanzia, l'art. 3 della proposta prevedeva il pagamento dei diritti alla retribuzione sorti prima dell'inizio dello stato d'insolvenza [lett. a)] nonché di talune altre prestazioni sociali [lett. b)]. Si attribuiva poi agli Stati membri la possibilità di limitare l'obbligo di pagamento, al massimo, alla retribuzione di un trimestre, indipendentemente dal periodo di riferimento [art. 4, lett. a)], mentre le altre prestazioni sociali potevano essere limitate a quelle sorte negli ultimi dodici mesi prima dell'inizio dell'insolvenza (11).

Occorre sottolineare in particolare che la proposta di direttiva prevedeva [art. 5, lett. b)] che «il finanziamento [degli organismi di garanzia] non deve essere a carico dei soli lavoratori», il che significa che tale finanziamento incombeva appunto, in primo luogo, ai lavoratori (12).

**26** Il tenore di queste disposizioni, in particolare del preambolo e dell'art. 1, ancorché piuttosto generico e indeterminato, consente a mio parere di desumere che, nella concezione invalsa in fase preparatoria, la direttiva ambisse a tutelare tutti i lavoratori, a prescindere dal fatto che risiedessero nello stesso Stato membro del datore di lavoro, purché quest'ultimo fosse stabilito all'interno della Comunità.

D'altronde, dal complesso delle disposizioni della proposta, in combinato disposto con il parere del Parlamento, si evince che gli obiettivi perseguiti nella fase preparatoria della direttiva erano altrettanto ambiziosi per quanto riguarda la portata della tutela dei lavoratori, la quale, per giunta, avrebbe dovuto essere uguale in tutti gli Stati membri.

**27** Il Consiglio, alla fine, ha drasticamente modificato il testo proposto.

**28** Le modifiche sono evidenti già nel preambolo. Anzitutto, laddove il primo «considerando» enuncia che «sono necessarie disposizioni per tutelare i lavoratori subordinati in caso di insolvenza del datore di lavoro (...)», il secondo «considerando», dopo aver affermato che «tra gli Stati membri sussistono differenze per quanto riguarda

l'entità della protezione dei lavoratori subordinati in questo settore» (13), aggiunge semplicemente che «occorre tendere alla riduzione di tali differenze». A tal fine, in luogo della «parificazione» delle relative disposizioni nazionali, che era l'obiettivo della proposta della Commissione, il terzo «considerando» della direttiva si limita a dichiarare che «si deve quindi incoraggiare il ravvicinamento nel progresso delle legislazioni in materia (...)».

Infatti, come la Corte ha dichiarato, «(...) se, da un lato, il legislatore ha considerato in maniera generale che fossero necessarie disposizioni per tutelare i lavoratori subordinati in caso di insolvenza del datore di lavoro, dall'altro, esso ha limitato l'obiettivo concreto della sua azione ad una riduzione delle differenze esistenti tra gli Stati membri quanto alla tutela dei lavoratori subordinati in questo ambito» (14).

**29** Nella stessa sentenza, la Corte ha dichiarato che l'autolimitazione del legislatore comunitario si deve, manifestamente, tanto alle difficoltà insite in generale in ogni tentativo di armonizzazione di disposizioni nazionali diverse, intrapresa in forza dell'art. 100 del Trattato, quanto alle difficoltà specifiche legate all'introduzione di norme comuni nella specifica materia. Ciò si deve alla mancanza di una nozione comunemente accolta di insolvenza nell'ambito dei procedimenti fallimentari negli Stati membri, procedimenti che, proprio per le differenze esistenti (15), non sono stati finora oggetto di armonizzazione comunitaria (16).

**30** Con la direttiva, pertanto, il legislatore comunitario ha perseguito in definitiva un'armonizzazione a «carattere parziale» (17) o «graduale» (18) delle disposizioni nazionali di tutela dei lavoratori in caso di insolvenza del datore di lavoro. In altre parole, la direttiva costituisce un primo passo verso l'armonizzazione delle legislazioni nazionali in questo settore.

**31** Questa scelta del legislatore comunitario in favore di un'armonizzazione parziale o graduale è confermata dal testo stesso delle disposizioni della direttiva in ordine a due punti fondamentali, vale a dire la definizione dell'ambito di applicazione della direttiva e la portata della tutela dei lavoratori, cioè il contenuto della garanzia.

### **Sul contenuto della garanzia**

**32** Incominciando con il secondo punto, si deve osservare che il Consiglio ha sovvertito l'equilibrio della proposta della Commissione. Infatti, in luogo dell'ampia garanzia prestata da un'istituzione finanziata dai lavoratori stessi (o da loro principalmente), ha optato per una garanzia limitata, prestata da un ente finanziato congiuntamente dai datori di lavoro e dagli Stati membri.

**33** In considerazione, evidentemente, degli oneri economici che l'istituzione e il funzionamento di enti del genere comportano per i datori di lavoro e per gli Stati, è stata attribuita a questi ultimi la facoltà di introdurre, alla luce della situazione economico-sociale interna, sostanziali limitazioni all'estensione della garanzia. Gli Stati membri possono infatti: a) scegliere la data prima della quale è assicurato il pagamento dei crediti insoluti dei lavoratori (art. 3 della direttiva), b) introdurre un periodo di riferimento, sulla base della data scelta, imponendo che venga soddisfatta una determinata quota dei crediti insoluti rientrante in tale periodo (art. 4, n. 2); e c) imporre un massimale alla garanzia, già limitata nei termini sopra indicati, qualora l'importo di quest'ultima non sia giustificato dal fine sociale della direttiva (art. 4, n. 3), fatta salva, naturalmente, la facoltà per gli Stati membri di introdurre misure più favorevoli per i lavoratori (art. 9 della direttiva).

**34** Si tratta quindi, come la Corte ha ripetutamente dichiarato (19), di una «protezione comunitaria minima» che la direttiva mira ad assicurare ai lavoratori.

### **Sull'ambito di applicazione della direttiva**

**35** L'armonizzazione parziale o graduale perseguita dalla direttiva, comunque, emerge ancor più nitidamente ove si consideri il modo in cui ne è stato determinato l'ambito di applicazione della direttiva stessa. Il suo ambito di applicazione *ratione personae* nonché, come emergerà più avanti, quello territoriale, che assume particolare rilevanza nel caso di specie, sono definiti dalla direttiva in modo incompiuto, mediante rinvio, diretto o indiretto, alle disposizioni nazionali di ciascuno Stato membro.

**36** L'ambito di applicazione *ratione personae* della direttiva, vale a dire la sfera dei destinatari della garanzia, è delimitato agli artt. 1 e 2. In particolare, come la Corte ha dichiarato nella sentenza *Francovich I* (citata alla nota 19), «per quanto riguarda (...) la determinazione dei beneficiari della garanzia, va rilevato che, in base all'art. 1, n. 1, la direttiva si applica ai diritti dei lavoratori subordinati derivanti da contratti di lavoro o da rapporti di lavoro ed esistenti nei confronti di datori di lavoro che si trovino in stato di insolvenza ai sensi dell'art. 2, n. 1, ossia della disposizione che precisa le ipotesi in cui un datore di lavoro dev'essere considerato in stato d'insolvenza. L'art. 2, n. 2, rinvia al diritto nazionale per la determinazione delle nozioni di "lavoratore subordinato" e di "datore di lavoro". Infine, l'art. 1, n. 2, dispone che gli Stati membri possono, in via eccezionale e a determinate condizioni, escludere dall'ambito di applicazione della direttiva talune categorie di lavoratori elencati nell'allegato della direttiva» (20).

**37** Al punto successivo della motivazione, la Corte ha fissato i presupposti in base ai quali il giudice nazionale considera una determinata persona rientrante nell'ambito di applicazione della direttiva. In particolare, ha dichiarato che, per stabilire se un soggetto possa essere considerato destinatario della direttiva, il giudice deve verificare, in primo luogo, se l'interessato abbia lo status di lavoratore subordinato in forza del diritto nazionale e se non sia escluso, a norma dell'art. 1, n. 2, e del suo allegato, dall'ambito di applicazione della direttiva e, in secondo luogo, se ci si trovi in una delle ipotesi di insolvenza di cui all'art. 2 della direttiva (21).

**38** Il primo di tali presupposti è stato ulteriormente precisato dalla sentenza della Corte 16 dicembre 1993, causa C-334/92, *Wagner Miret* (22). In quella causa, il giudice spagnolo aveva domandato se il membro del

personale direttivo di un'impresa, non considerato lavoratore subordinato e di conseguenza escluso dalla garanzia in base alle disposizioni relative all'ente di garanzia, potesse essere ricompreso nella sfera della direttiva nel caso in cui fosse ritenuto lavoratore subordinato ai sensi delle disposizioni generali del diritto nazionale (23).

La Corte, dopo aver rammentato che:

«(...) in conformità all'art. 2, n. 2 [della direttiva], la nozione di lavoratore subordinato viene determinata in base al diritto nazionale» (punto 11) ha poi dichiarato che

«Ne consegue che la direttiva sull'insolvenza dei datori di lavoro può applicarsi a tutte le categorie di lavoratori subordinati definite come tali dal diritto nazionale di uno Stato membro, fatta eccezione per quelle elencate nel suo allegato» (punto 12).

Con questa motivazione, la Corte ha risolto la questione sottoposta dal giudice a quo nei seguenti termini:

«Il personale direttivo non può essere escluso dalla sfera di applicazione della direttiva 80/987/CEE (...) qualora il diritto nazionale qualifichi coloro che fanno parte di detto personale come lavoratori subordinati e tale personale non venga menzionato nella sezione I dell'allegato della direttiva» (punto 14).

39 Tuttavia, come risulta dal punto 14 della sentenza *Francovich I* (citato al paragrafo 37), questa constatazione non è sufficiente perché un soggetto sia considerato beneficiario della garanzia. Come ho già avuto modo di rilevare (24), questa constatazione costituisce il primo passo per l'assoggettamento dell'interessato all'ambito di applicazione della direttiva da parte del giudice nazionale. Per completare il suo ragionamento, quest'ultimo deve anche prendere in considerazione la figura del datore di lavoro. Pertanto, giacché «l'art. 2, n. 2 della direttiva rinvia al diritto nazionale per la determinazione delle nozioni di "lavoratore subordinato" e di "datore di lavoro"» (25), il giudice nazionale deve ulteriormente accertare, in primo luogo, se il datore di lavoro di cui trattasi debba essere considerato «datore di lavoro» ai sensi del diritto nazionale e, in secondo luogo, se si trovi in situazione di insolvenza ai sensi della direttiva.

**40** Per quanto attiene a quest'ultimo presupposto, la Corte, interpretando l'art. 2 della direttiva, ha dichiarato che:

«(...) dal tenore di quest'ultima norma risulta che, perché un datore di lavoro sia considerato in stato di insolvenza è necessario, innanzi tutto, che le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative dello Stato membro interessato prevedano un procedimento che riguardi il patrimonio del datore di lavoro e che sia volto a soddisfare collettivamente i suoi creditori, in secondo luogo, che sia consentita, nell'ambito di tale procedimento, la presa in considerazione dei diritti dei lavoratori subordinati derivanti da contratti di lavoro o da rapporti di lavoro, in terzo luogo, che l'apertura del procedimento sia stata chiesta e, in quanto luogo, che l'autorità competente in forza delle citate disposizioni nazionali abbia deciso l'apertura del procedimento ovvero constatato la chiusura definitiva dell'impresa o dello stabilimento del datore di lavoro, nonché l'insufficienza dell'attivo disponibile per giustificare l'apertura del procedimento.

E' pertanto chiaro che il legislatore comunitario ha espressamente limitato l'ambito di applicazione della direttiva in maniera tale che i diritti istituiti da quest'ultima non possano essere fatti valere dai lavoratori subordinati vincolati da un contratto o da un rapporto di lavoro nei confronti di un datore di lavoro che, secondo le disposizioni vigenti nello Stato membro interessato, non può essere assoggettato ad una procedura volta al soddisfacimento collettivo dei creditori. Un datore di lavoro del genere, infatti, non può trovarsi in "stato di insolvenza" nel senso specifico che tale espressione presenta nella direttiva» (26).

**41** Sulla scorta di quanto sopra, la Corte ha respinto l'argomento, dedotto tra gli altri anche dalla Commissione, secondo il quale la direttiva sarebbe volta a tutelare indistintamente tutti i lavoratori subordinati, eccetto quelli elencati nell'allegato (27). In particolare, la Corte ha chiarito che

«L'interpretazione letterale dell'art. 2 della direttiva, pur potendo avere come conseguenza che la tutela predisposta dalla direttiva differisca da uno Stato membro all'altro a causa dei diversi regimi nazionali di soddisfacimento collettivo dei creditori, non può essere messa in discussione da argomenti tratti dall'obiettivo enunciato nel suo primo "considerando". Infatti, se, da un lato, il legislatore ha considerato in maniera generale che fossero necessarie disposizioni per tutelare i lavoratori subordinati in caso di insolvenza del datore di lavoro, dall'altro esso ha limitato l'obiettivo concreto della sua azione ad una riduzione delle differenze esistenti tra gli Stati membri quanto alla tutela dei lavoratori subordinati in questo ambito. Tale interpretazione letterale è pertanto conforme al carattere parziale dell'armonizzazione perseguita dalla direttiva» (28).

Alla luce di quanto sopra, ha quindi dichiarato che

«la direttiva deve essere interpretata nel senso che si applica a tutti i lavoratori subordinati, ad eccezione delle categorie figuranti nel suo allegato, i cui datori di lavoro possono, secondo il diritto nazionale loro applicabile, essere assoggettati a procedimenti riguardanti il loro patrimonio volti a soddisfare collettivamente i creditori» (29).

**42** Da quanto sin qui esposto emerge, in primo luogo, che non vi è una nozione comunitaria di «datore di lavoro» e di «lavoratore subordinato» che possa desumersi dalla direttiva ed applicarsi uniformemente in tutti gli Stati membri. La definizione di tali nozioni è espressamente demandata agli Stati membri. Ai fini dell'applicazione della direttiva, queste nozioni sono accolte nel senso in cui vigono in ciascun diritto nazionale (30).

In secondo luogo, finalità della direttiva non è quella di tutelare tutti i lavoratori subordinati senza eccezione, come erroneamente paiono sostenere le parti, bensì soltanto dei lavoratori che: a) sono considerati lavoratori subordinati ai sensi del diritto nazionale e b) non sono espressamente esclusi dalla direttiva, i quali siano inoltre

vincolati a datori di lavoro che c) sono considerati datori di lavoro ai sensi del diritto nazionale e d) si trovano in stato di insolvenza ai sensi della direttiva.

In terzo luogo, non è possibile diagnosticare, fondandosi unicamente sulle norme della direttiva, se un soggetto rientri o meno nell'ambito di applicazione della stessa. Sarà il giudice nazionale a procedere a tale valutazione nel contesto del suo diritto nazionale.

### **Sull'obbligazione di pagamento degli enti di garanzia**

**43** Il fatto che un determinato lavoratore rientri nell'ambito di applicazione della direttiva basta quindi perché egli possa far valer la garanzia nei confronti dell'organismo competente o eventualmente anche dello Stato membro?

**44** La risposta è negativa. A tal fine, come si evince dalla giurisprudenza della Corte, occorre quanto meno che la direttiva sia stata trasposta in diritto nazionale.

Come la Corte ha dichiarato, infatti, nella sentenza *Francovich I*,

«Dalla formulazione della direttiva risulta che lo Stato membro è tenuto a predisporre tutto un sistema istituzionale di garanzia appropriato. (...) il fatto (...) che la direttiva preveda come una possibilità, fra le altre, che un sistema del genere sia finanziato integralmente dai pubblici poteri non può significare che si possa identificare lo Stato come debitore dei crediti non pagati» (31).

E inoltre

«Ne consegue che, anche se le disposizioni controverse della direttiva sono sufficientemente precise e incondizionate per quanto riguarda la determinazione dei beneficiari della garanzia e il contenuto della garanzia stessa, questi elementi non sono sufficienti perché i singoli possano far valere tali disposizioni dinanzi ai giudici nazionali. Infatti, da un lato, queste disposizioni non precisano l'identità di chi è tenuto alla garanzia e, dall'altro, lo Stato non può essere considerato debitore per il solo fatto di non aver adottato entro i termini i provvedimenti di attuazione» (32).

**45** Sulla scorta di questo ragionamento la Corte ha dichiarato che, in caso di mancata trasposizione della direttiva nel diritto interno, il lavoratore subordinato che per tale ragione risulti leso ha, in presenza di determinati presupposti, un diritto al risarcimento dei danni nei confronti dello Stato per la mancata attuazione della direttiva (punto 38 e ss. della stessa sentenza).

**46** Occorre a questo punto domandarsi: nel caso in cui la direttiva sia stata trasposta nel diritto nazionale e sia stato istituito il competente organismo di garanzia, l'interessato può pretendere da tale ente il pagamento della garanzia? In altre parole, dalle disposizioni della direttiva discende un'obbligazione di pagamento della garanzia a carico dell'ente?

**47** Si osservi in proposito che, nella causa *Wagner Miret* (citata al paragrafo 38), il giudice spagnolo aveva domandato se l'interessato potesse, in forza della direttiva, agire direttamente nei confronti dell'ente nazionale di garanzia o, addirittura, chiedere un risarcimento allo Stato nel caso in cui egli fosse considerato lavoratore dipendente ai sensi del diritto nazionale, ma non dalle disposizioni che disciplinano l'ente di garanzia.

La Corte, dopo aver ricordato la discrezionalità di cui gli Stati membri godono nell'organizzare in generale gli enti di garanzia e dopo aver sottolineato che l'art. 3, n. 1, rimette agli Stati membri il compito di adottare i provvedimenti necessari affinché gli organismi di garanzia assicurino il pagamento dei crediti non pagati dei lavoratori subordinati (33), ha infine dichiarato che

«(...) a) il personale direttivo non ha, ai sensi della direttiva 80/987/CEE, il diritto di chiedere il pagamento dei crediti retributivi all'organismo di garanzia istituito dal diritto nazionale per le altre categorie di lavoratori subordinati; b) nel caso in cui il diritto nazionale, pur se interpretato alla luce della suddetta direttiva, non consenta di estendere al personale direttivo le garanzie ivi previste, tale personale ha il diritto di chiedere allo Stato membro interessato il risarcimento dei danni subiti a causa della mancata attuazione della direttiva per quel che lo riguarda» (punto 23) (34).

**48** Tanto nella causa *Wagner Miret* quanto nelle cause *Francovich I* e *II* si trattava di crediti di lavoratori soggetti alla giurisdizione dello stesso Stato membro dei loro datori di lavoro. Dalle rispettive sentenze della Corte, segnatamente dalla sentenza *Wagner Miret*, risulta che la direttiva non determina essa stessa, bensì impone agli Stati membri di determinare, mediante provvedimenti di trasposizione, gli obblighi degli enti di garanzia. Non è dunque possibile diagnosticare, unicamente sulla scorta delle disposizioni della direttiva, se e in che misura un ente nazionale di garanzia sia tenuto a provvedere al pagamento dei crediti insoluti, vantati da una determinata categoria di lavoratori dipendenti o di determinati lavoratori. Questi ultimi, pur rientrando dal punto di vista oggettivo nell'ambito di applicazione della direttiva, non possono farne valere le disposizioni per obbligare un ente a versare loro la garanzia, ove ciò non sia previsto dalle misure di attuazione, ma hanno il diritto, in caso di scorretta trasposizione, di chiedere allo Stato membro il risarcimento dei danni.

**49** Pertanto, giacché non si può accertare, basandosi sulla direttiva, se un ente (che supponiamo istituito) sia tenuto a versare la garanzia allorché datore di lavoro e lavoratore sono soggetti alla giurisdizione dello stesso Stato, a maggior ragione non si può accertare se l'ente sia tenuto a provvedere alla garanzia allorché soggetto alla giurisdizione dello Stato è soltanto il datore di lavoro o soltanto il lavoratore. Di conseguenza, non è nemmeno possibile accertare, nel caso in cui datore di lavoro e lavoratore sono soggetti alla giurisdizione di Stati membri diversi, come sembra essere nella fattispecie, quale dei rispettivi enti sia tenuto a versare la garanzia prevista dalla direttiva.

**50** Alla luce di quanto sopra, un'interpretazione letterale della questione pregiudiziale imporrebbe una risposta come: «In un caso come quello della causa principale, al credito del lavoratore subordinato è tenuto a provvedere l'ente di garanzia dello Stato membro obbligato in tal senso in forza della normativa nazionale».

**51** E' evidente che una soluzione del genere non sarebbe né utile al giudice a quo, né soddisfacente, in quanto susciterebbe immediatamente una nuova questione, vale a dire: «Nel caso in cui non vi sia alcun organismo competente, qual è lo Stato membro tenuto, in base alla corretta applicazione della direttiva, a provvedere a un credito insoluto in circostanze come quelle della causa principale?». Pertanto, ciò che il giudice a quo in sostanza domanda è: «Se, in un caso come quello della causa principale, in cui il datore di lavoro è stabilito ed è stato dichiarato insolvente in uno Stato membro, mentre il lavoratore risiede e presta il suo lavoro in un altro Stato membro, la direttiva imponga ad uno dei due Stati membri - e in caso affermativo a quale - di garantire, mediante provvedimenti di trasposizione, il pagamento dei crediti insoluti del lavoratore» (35).

**52** Così posta, la questione, se la interpreto correttamente, verte sull'ambito di applicazione territoriale della direttiva.

A mio parere, dalle norme della direttiva, lette alla luce della sua finalità, emerge che il suo ambito territoriale coincide con i confini della giurisdizione di ciascuno Stato membro. La direttiva, cioè, si indirizza a ciascuno Stato membro imponendogli di garantire, mediante appositi enti di garanzia, il pagamento dei crediti insoluti dei lavoratori subordinati nei confronti dei datori di lavoro insolventi qualora entrambi siano soggetti alla giurisdizione dello Stato membro (36). Tutto ciò che eccede questi limiti non è imposto come obbligo, ma è consentito in quanto misura più favorevole per i lavoratori, in conformità dell'art. 9 della direttiva.

**53** Occorre sottolineare anzitutto che dal preambolo della direttiva è stato cancellato il riferimento alla «crescente compenetrazione economica internazionale» che compariva nel preambolo della proposta così come non è stato adottato il testo dell'art. 1 della proposta, che prendeva in considerazione, nel definire l'ambito di applicazione della direttiva, il fatto che le imprese dei datori di lavoro «si trovino entro i limiti territoriali del campo d'applicazione del trattato» (37). Se dal tenore di questa norma si può quindi desumere che la proposta ambiva a coprire anche i crediti nascenti da rapporti di lavoro aventi carattere internazionale, come ho sostenuto al paragrafo 26 delle presenti conclusioni, allora la soppressione o la modifica dei relativi punti non può significare altro che il legislatore comunitario ha abbandonato questa ambizione.

**54** Si deve osservare in secondo luogo che, negli artt. 1 e 2 della direttiva, il suo ambito di applicazione *ratione materiae* (crediti non pagati dei lavoratori subordinati ecc.) è definito in funzione del suo ambito di applicazione *ratione personae*. Per decidere quindi se un lavoratore rientri nell'ambito di applicazione *ratione personae* della direttiva, il giudice nazionale dovrà accertare, stando a quanto detto, da una parte, se il lavoratore subordinato può essere considerato tale ai sensi del diritto nazionale e se non rientra in una delle categorie escluse dall'allegato della direttiva, dall'altra, se vi è un datore di lavoro ai sensi del diritto nazionale e se questi si trova in stato di insolvenza ai sensi della direttiva (38). Giacché i due giudizi debbono essere effettuati in base allo stesso diritto nazionale, è logico desumerne che il legislatore comunitario intendeva far riferimento a lavoratori e a datori di lavoro soggetti allo stesso diritto nazionale.

**55** Si rilevi in terzo luogo che la facoltà, concessa agli Stati membri dagli artt. 4 e 10 della direttiva, di limitare in svariati modi l'obbligazione di pagamento a carico degli organismi di garanzia, presuppone la valutazione delle circostanze economico-sociali esistenti e dei rapporti di lavoro che si sviluppano in linea di principio all'interno del medesimo Stato. Se la direttiva avesse inteso obbligare gli Stati membri ad assicurare anche i crediti derivanti da rapporti di lavoro che presentano elementi di internazionalità, avrebbe sicuramente predisposto un sistema di coordinamento delle relative disposizioni degli Stati membri, e segnatamente un sistema di adeguamento della garanzia a seconda delle condizioni del luogo in cui dev'essere pagata.

**56** In quarto luogo, le modalità di finanziamento degli organismi di garanzia, ai sensi dell'art. 5, conducono alla stessa conclusione. Non v'è dubbio che il legislatore comunitario ha fatto riferimento a enti economicamente equilibrati, cioè in cui le spese coprano le entrate, in modo che essi siano in grado di far fronte alle loro obbligazioni. Delle entrate fa parte anche il finanziamento da parte dei datori di lavoro e/o dello Stato membro, mentre la principale spesa e obbligazione è il pagamento della garanzia ai lavoratori. D'altra parte, l'equilibrio economico di un sistema del genere è strettamente connesso alla possibilità di prevedere, per data e importo, le spese e le entrate e, ovviamente, di realizzare queste ultime. E' evidente che un equilibrio del genere può riuscire soltanto nell'ambito di uno stesso diritto nazionale. Infatti, in mancanza di norme espresse nella direttiva, in un caso come quello di specie, né i datori di lavoro soggetti alla giurisdizione di un altro Stato possono essere obbligati a contribuire al finanziamento dell'ente di garanzia dello Stato cui appartiene il lavoratore, né l'ente del primo Stato può essere obbligato a far fronte ai crediti di lavoratori soggetti alla giurisdizione di un altro Stato, che esso non poteva quindi prevedere.

Argomenti in favore della tesi contraria non possono trarsi dal testo dell'art. 5, lett. c), della direttiva, in quanto tale norma, se correttamente interpretata, scinde l'obbligazione di pagamento degli enti di garanzia dal versamento effettivo dei contributi dovuti dai datori di lavoro e non fa riferimento all'obbligazione del datore di lavoro di contribuire al finanziamento degli enti, imposta dallo Stato.

**57** Occorre infine rammentare gli artt. 6-8 della direttiva, collocati nella sezione III, intitolata «Disposizioni relative alla sicurezza sociale». Queste norme collegano l'obbligazione di pagamento a carico degli organismi di garanzia con i regimi nazionali di sicurezza o previdenza sociale. Impongono quindi un coordinamento tra enti di garanzia e regimi previdenziali nazionali ipotizzabile soltanto nell'ambito del diritto nazionale di uno Stato membro. Dall'art. 6, per esempio, si evince che l'obbligazione di pagamento imposta agli organismi di garanzia dagli artt. 3 e 5 della direttiva comprende, in via di principio, anche i contributi versati dai lavoratori ai regimi nazionali di sicurezza o previdenza sociale. Ciò presuppone, logicamente, che datori di lavoro e lavoratori siano soggetti allo stesso regime previdenziale nazionale e allo stesso ente di garanzia. Inoltre, l'ente di garanzia e il



regime previdenziale devono essere soggetti alla giurisdizione di uno stesso Stato membro e, quindi, datori di lavoro e lavoratori devono anch'essi essere soggetti alla giurisdizione di questo stesso Stato membro.

**58** Risulta da quanto innanzi esposto, a mio parere, che l'ambito di applicazione territoriale della direttiva coincide con i confini della giurisdizione di ciascuno Stato membro. Questa soluzione è conforme tanto alla lettera quanto alla ratio della direttiva, che si limita ad un'armonizzazione soltanto parziale delle legislazioni nazionali in caso di insolvenza del datore di lavoro.

L'adozione della soluzione opposta, cioè dell'una o dell'altra tra le soluzioni proposte, ancorché adattata al vero significato della questione pregiudiziale così come riformulata presuppone un coordinamento tra le disposizioni di diritto fallimentare, di diritto del lavoro e di diritto della previdenza sociale degli Stati membri, per non parlare del diritto internazionale privato, che è assolutamente estraneo alle finalità della direttiva.

**59** Questa soluzione, peraltro, è stata accolta dalla Corte anche con riferimento ad altre direttive di armonizzazione delle legislazioni nazionali.

Interpretando la sesta direttiva del Consiglio in materia di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri relative alle imposte sulla cifra di affari (39), la Corte ha dichiarato che «(...) il campo d'applicazione della direttiva coincide, per ciascuno di tali Stati, col campo d'applicazione delle rispettive leggi fiscali» (40), tuttavia la direttiva «(...) non limita in alcun modo la facoltà degli Stati membri di estendere il campo d'applicazione della propria legislazione fiscale al di là dei loro veri e propri limiti territoriali, purché non venga invasa la sfera di competenza di altri Stati» (41).

In tal senso, la direttiva impone sì agli Stati membri di assoggettare a imposta i servizi prestati all'interno dei loro confini territoriali, ma non anche i servizi prestati in navigazione in acque internazionali, anche qualora la nave colleghi due punti dello stesso territorio nazionale (42), senza tuttavia che ciò sia vietato (43).

Analogamente la Corte, interpretando la direttiva 77/143 (44), ha dichiarato che essa si fonda sull'ipotesi che uno Stato membro possa esercitare una vigilanza diretta solo sugli enti di controllo nel suo territorio e che, in considerazione dell'armonizzazione solo parziale dei criteri di controllo, esso è tenuto, a certe condizioni, a riconoscere determinati certificati di controllo rilasciati da altri Stati membri (45).

**60** Resta infine da sottolineare che la direttiva disciplina un tema specifico, e non può pertanto essere interpretata in via analogica, alla luce di altre disposizioni specifiche, come quelle menzionate dalla ricorrente nella causa a qua e dal governo tedesco. D'altronde, si tratta di testi anteriori alla direttiva, talché il legislatore comunitario, se avesse inteso farvi rinvio, lo avrebbe espressamente previsto nella direttiva stessa. Inoltre, le obbligazioni imposte agli Stati membri dalla direttiva hanno carattere imperativo e non possono essere influenzate dal contenuto di convenzioni private, come il contratto di lavoro cui fa riferimento la ricorrente nella causa a qua.

**61** Esaminiamo ora le conseguenze della soluzione che ho proposto nel caso di specie. Secondo tale soluzione, ogni Stato membro è tenuto ad assicurare la garanzia a tutti i lavoratori subordinati soggetti alla sua giurisdizione, allorché rientrano nell'ambito di applicazione della direttiva. La direttiva non gli impone, ma neppure gli vieta, di assicurare la garanzia a categorie di lavoratori più ampie, oltre a quelle strettamente soggette alla sua giurisdizione. Il giudice nazionale di ciascuno Stato membro, se del caso, accerterà se, in base ai predetti criteri, l'interessato soddisfi i presupposti per l'applicazione della direttiva.

In caso affermativo, accerterà inoltre se l'organismo competente gli assicuri la garanzia dovuta. Qualora le disposizioni dell'organismo competente non prevedano il versamento della garanzia, il lavoratore ha diritto al risarcimento (46).

**62** L'ordinanza di rinvio non precisa se la signora Mosbæk sia soggetta al diritto danese e se sia considerata «lavoratore subordinato» ai sensi di tale diritto. Ciononostante, dal contenuto dell'ordinanza, letto anche alla luce delle osservazioni scritte e orali del rappresentante dell'ente danese, che non sono state contestate, sembra risultare che la società Colorgen, datore di lavoro della ricorrente, non sia in alcun modo soggetta al diritto danese, e che pertanto non possa essere qualificata come «datore di lavoro» ai sensi di tale normativa. In tal caso, non si può assolutamente ritenere che la Danimarca, non avendo previsto una soddisfazione dei crediti della signora Mosbæk mediante l'ente di garanzia danese, abbia violato la direttiva. Di conseguenza la ricorrente, nell'ambito del diritto danese, non ha diritto né alla garanzia né al risarcimento.

**63** D'altra parte il governo britannico, tanto nelle sue osservazioni scritte quanto in udienza, ha confermato che la ricorrente ha diritto alla garanzia in conformità del diritto britannico. Non ha pertanto neanche esso infranto la direttiva.

Ignoro in che misura questa affermazione sia vincolante per l'organismo di garanzia britannico e per i giudici britannici i quali, eventualmente, saranno chiamati a conoscere della causa promossa dalla ricorrente. In ogni caso, questa questione non è necessaria alla soluzione della controversia pendente dinanzi al giudice a quo e di conseguenza la Corte non ha ragione di occuparsene.

## **VI - Conclusione**

**64** Alla luce di quanto sopra, propongo di risolvere la questione pregiudiziale nei seguenti termini:

«Le disposizioni della direttiva 80/987/CEE devono essere interpretate nel senso che non impongono a uno Stato membro di assicurare la garanzia prevista dalla direttiva in favore di un lavoratore subordinato, qualora questi o il suo datore di lavoro non sia soggetto alla sua giurisdizione, o qualora il datore di lavoro o il lavoratore subordinato non sia riconosciuto come tale dal diritto nazionale.

Nel caso in cui, come nella causa qua, il datore di lavoro sia stabilito e dichiarato insolvente in uno Stato membro, mentre il lavoratore subordinato risiede e lavora in un altro Stato membro, spetta ai giudici nazionali di ciascuno degli Stati membri interessati giudicare se, in tali circostanze, il lavoratore subordinato debba, in forza del rispettivo diritto nazionale, essere considerato soggetto all'ambito di applicazione della direttiva».

(1) - GU L 283, pag. 23.

(2) - Sottolineo che, come risulta dalle osservazioni scritte del governo britannico, da un'indagine condotta all'uopo non era emerso che una domanda del genere fosse stata presentata all'organismo britannico. In udienza, tuttavia, il rappresentante del governo britannico ha dichiarato che la domanda della signora Mosbæk era giunta all'ente britannico alcuni giorni prima.

(3) - Vale a dire nel caso in cui nessun organismo risultasse tenuto al versamento della garanzia.

(4) - Qualora cioè più organismi fossero tenuti, in conformità delle rispettive legislazioni nazionali, a versare la garanzia.

(5) - GU L 149 del 5 luglio 1971, pag. 2.

(6) - GU C 135, pag. 2.

(7) - Si rilevi che il preambolo della proposta di direttiva è stato accolto senza modifiche dal Parlamento europeo (v. risoluzione in GU C 39 del 12 febbraio 1979). Né, per quanto riguarda il preambolo, sono state sollevate obiezioni dal Comitato economico e sociale.

(8) - Anche su questo punto il Parlamento ha adottato la proposta della Commissione. [Nel testo francese della risoluzione del Parlamento il verbo «est sis» è stato sostituito da «se trouve», ma non v'è una modifica corrispondente nel testo italiano (NdT)].

(9) - La modifica rilevata nella presente nota non riguarda il testo italiano (NdT).

(10) - Da notare l'indeterminatezza della formulazione quanto all'indicazione dell'autorità competente e alle norme in base alle quali accertare che è stato avviato il relativo procedimento o si è rinunciato ad avviarlo ecc.

(11) - Il Parlamento «ha deplorato» il fatto che la Commissione si fosse limitata a norme minime di tutela (punto 4 del preambolo della sua risoluzione), ha considerato «assolutamente inaccettabile» la mancata estensione della garanzia anche ai diritti maturati dopo l'inizio dell'insolvenza (punto 5) e «assolutamente ingiusto» ridurre la portata della garanzia alla retribuzione di un trimestre (punto 6), proponendo invece la garanzia del pagamento di un importo corrispondente a un semestre [v. l'art. 4, lett. a), della proposta di direttiva, nella versione modificata dal Parlamento].

(12) - Al punto 7 del preambolo della sua risoluzione, il Parlamento ha sostenuto che «in nessun caso si debba richiedere la partecipazione dei lavoratori al finanziamento di un fondo di garanzia che ha il compito di soddisfare i loro diritti acquisiti legittimamente nei confronti del datore di lavoro», e ha suggerito che fossero i datori di lavoro ad accollarsi interamente le spese degli organismi di garanzia, comprese le spese di amministrazione [v. la proposta modificata del testo dell'art. 5, lett. b)]. Il Consiglio si è orientato verso questa posizione, avendo la direttiva previsto il finanziamento degli organismi di garanzia da parte dei datori di lavoro e degli Stati membri [art. 5, lett. b), della direttiva].

(13) - Constatazione che già aveva fatto la Commissione, sottolineando l'insufficienza del regime normativo vigente in materia in taluni Stati membri (v. quinto 'considerando' della proposta di direttiva).

(14) - Sentenza 9 novembre 1995, causa C-479/93, Francovich (Racc. pag. I-3843, punto 20; in prosieguo: «Francovich II»).

(15) - La Corte, con sentenza 7 febbraio 1985, causa 135/83, Abels (Racc. pag. 469), dopo aver sottolineato che «la specificità del diritto fallimentare, che sussiste in tutti gli ordinamenti giuridici degli Stati membri, è poi confermata nel diritto comunitario (...) [tra l'altro] nell'adozione della direttiva (...) 80/987 (...)» (punto 16), ha poi dichiarato che «le norme relative ai procedimenti fallimentari e ai procedimenti analoghi sono molto diverse nei vari Stati membri» (punto 17).

(16) - V. sentenza Francovich II, citata alla nota 14, punto 28.

(17) - Ibidem, punto 20, infra paragrafo 41.

(18) - Ibidem, punto 27.

(19) - V. sentenze 8 novembre 1990, causa C-53/88, Commissione/Grecia (Racc. pag. I-3917, punto 19), 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, Francovich (Racc. pag. I-5357, punto 3; in prosieguo: «Francovich I»), e 3 dicembre 1992, cause riunite C-140/91, C-141/91, C-278/91 e C-279/91, Suffritti e a. (Racc. pag. I-6337, punto 3).

(20) - Punto 13 della sentenza Francovich I (il corsivo è mio).

(21) - V. sentenze Francovich I, punto 14, e Francovich II, punto 17 (citare rispettivamente alle note 19 e 14).

(22) - Racc. pag. I-6911.

(23) - L'avvocato generale Lenz sottolineava, nelle conclusioni presentate nella causa di cui trattasi (nota 8), che dalle indicazioni fornite dal giudice a quo risultava che nel diritto spagnolo i membri del personale direttivo sono considerati lavoratori subordinati.

(24) - V. le mie conclusioni nella causa Francovich II (citata alla nota 14), paragrafo 22.

(25) - V. sentenza Francovich I (citata al paragrafo 36), punto 13.

(26) - V. sentenza Francovich II, citata, punti 18 e 19.

(27) - V. le mie osservazioni nella citata causa Francovich II, paragrafo 21 e ss.

(28) - Sentenza Francovich II, citata, punto 20.

(29) - Ibidem, punto 21.

(30) - Questa tecnica è frequente nel diritto comunitario derivato. V. sentenza 30 gennaio 1997, causa C-340/94, De Jaeck (Racc. pag. I-461), in cui la Corte ha dichiarato che le nozioni di «lavoratore subordinato» e di «attività subordinata» che si rinvencono nel regolamento n. 1408/71, vertente sulla sicurezza sociale dei lavoratori migranti, devono essere intese nel senso che esse rinviano alle definizioni date dalle normative previdenziali vigenti negli Stati membri, che prescindono dalla natura che l'attività lavorativa svolta può avere ai sensi del diritto del lavoro di tali Stati (punti 19 e 23), e non si riferiscono alla nozione comunitaria di lavoratore ai sensi dell'art. 48 del Trattato (punto 24 e ss.). Ci si domanda nella fattispecie se la direttiva rinvii a uno specifico ramo dei diritti nazionali per la precisazione dei termini «datore di lavoro» e «lavoratore subordinato». La direttiva riguarda appunto la tutela dei lavoratori subordinati in caso di insolvenza del datore di lavoro. Dev'essere pertanto presa in considerazione la normativa sull'insolvenza. Data la specificità delle relative disposizioni, tuttavia, è probabile che tale diritto non abbia previsto nozioni specifiche, ma le abbia mutuato dal diritto del lavoro. In tal caso, il giudice nazionale dovrà prendere in considerazione anche quest'ultimo. Infine la direttiva, agli artt. 6 e 7, contiene norme che si riferiscono ai regimi di previdenza sociale, legali o complementari, dei lavoratori. Di conseguenza, dovranno essere prese in considerazione anche le relative disposizioni del diritto previdenziale. Alla luce di quanto detto, concludo che spetta al giudice nazionale, che ha una visione d'insieme delle rispettive branche del diritto nazionale, precisare le nozioni di «datore di lavoro» e di «lavoratore subordinato», alla luce delle finalità della direttiva.

(31) - Punto 25.

(32) - Punto 26.

(33) - Punti 17-19 della sentenza Wagner Miret (citata alla nota 22).

(34) - Nelle conclusioni presentate nella causa di cui trattasi, l'avvocato generale Lenz ha sottolineato che, con la sentenza Francovich I, la Corte ha ritenuto che le disposizioni della direttiva, ancorché sufficientemente precise ed incondizionate quanto alla determinazione degli aventi diritto e del contenuto della garanzia, non ne individuano il debitore, e pertanto gli interessati non possono richiamarsi in mancanza di provvedimenti di trasposizione della direttiva. Esso si domandava poi se l'esistenza di un organismo di garanzia in Spagna attribuisse un effetto diretto alle disposizioni della direttiva. Concludeva in senso negativo, affermando che l'effetto diretto deve discendere dalla norma stessa, tenuto conto del contesto normativo, e non dal diritto di uno Stato membro (paragrafi 12-16 delle conclusioni). Condivido questa posizione. Ritengo peraltro che, con la citata sentenza Wagner Miret, la Corte l'abbia ratificata, indirettamente ma chiaramente, non avendo ritenuto che la norma di diritto nazionale che sottraeva l'interessato alla tutela predisposta dalla direttiva potesse o dovesse essere disapplicata in forza della direttiva.

(35) - La questione si articola logicamente in due parti: la prima riguardante il diritto danese, la cui soluzione è utile a dirimere la lite pendente dinanzi al giudice di rinvio; l'altra riguardante il diritto britannico, la cui soluzione non è rilevante da questo punto di vista. Atteso che, tuttavia, la questione, nel suo insieme, si presta a un'interpretazione compiuta della direttiva, esaminerò entrambi i profili insieme.

(36) - Vale a dire, in linea di principio, ma non necessariamente, dei datori di lavoro e dei lavoratori appartenenti ai confini geografici dello Stato membro.

(37) - V. supra, paragrafo 25.

(38) - V. supra, paragrafo 42.

(39) - Direttiva 17 maggio 1977, 77/388/CEE (GU L 145, pag. 1).

(40) - V. sentenza 4 luglio 1985, causa 168/84, Berkholz (Racc. pag. 2251, punto 16).

(41) - Sentenza 23 gennaio 1986, causa 283/84, Trans Tirreno Express (Racc. pag. 231, punto 20).

(42) - Sentenza 13 marzo 1990, causa C-30/89, Commissione/Francia (Racc. pag. I-691).

(43) - Sentenza Trans Tirreno Express (citata alla nota 41), punto 21.

(44) - Direttiva del Consiglio, del 29 dicembre 1976, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al controllo tecnico dei veicoli a motore e dei loro rimorchi (GU L 47, pag. 47).

(45) - Sentenza 5 ottobre 1994, causa C-55/93, Van Schaik (Racc. pag. I-4837, punti 20-22).

(46) - E' possibile ovviamente, in un caso come il presente, che le disposizioni nazionali di uno Stato membro non qualifichino come «lavoratori dipendenti» i lavoratori di un altro Stato membro in condizioni analoghe a quelle della ricorrente e che le disposizioni dello Stato in cui il lavoratore presta il suo lavoro non qualifichino come «datore di lavoro» un datore di lavoro come la Colorgen. In un caso del genere il lavoratore non potrebbe ottenere la garanzia, in quanto nell'ambito di ciascuno dei diritti nazionali coinvolti fa difetto un presupposto sostanziale per l'applicazione della direttiva. Ciò non stupisca. La stessa cosa può verificarsi persino nell'ambito di uno stesso diritto nazionale (come nella causa Francovich II) e si spiega con la limitatezza degli obiettivi perseguiti dalla direttiva. Può anche accadere che entrambi gli Stati si offrano di versare la garanzia. La disciplina di questo caso, tuttavia, esula dai limiti della direttiva e va risolta nell'ambito dei diritti nazionali.