



Università degli Studi di Catania
Facoltà di Giurisprudenza

Massimo Pallini

La nuova disciplina comunitaria della tutela dei lavoratori in caso di insolvenza del datore: la direttiva 2002/74/CE

WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" N. 32/2004



© Massimo Pallini 2004
Facoltà di Scienze Politiche – Università di Milano
massimo.pallini@unimi.it

ISSN – 1594-817X
Centro Studi di Diritto del Lavoro Europeo “Massimo D’Antona”
Via Crociferi, 81 – 95124 Catania (Italy)
Tel: + + 39 095 230464 – Fax: + +39 095 313145
centrostudidantona@lex.unict.it
www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/presentazione

**La nuova disciplina comunitaria della tutela dei lavoratori in
caso di insolvenza del datore:
la direttiva 2002/74/CE**

**Massimo Pallini
Università di Milano***

1. La nuova base giuridica della tutela comunitaria dei lavoratori in caso di insolvenza del datore 2
2. L'ampliamento della nozione di "stato di insolvenza" 4
3. La compressione della discrezionalità degli Stati membri nel determinare la nozione di "lavoratore subordinato" e di "retribuzione" 11
5. L'insolvenza del datore con sede e/o dipendenza in altro Stato membro.. 20

* Il saggio è stato pubblicato sulla *Rivista del diritto della sicurezza sociale*, Giappichelli ed., 2003, n. 2, 695.

1. La nuova base giuridica della tutela comunitaria dei lavoratori in caso di insolvenza del datore

Con l'adozione della direttiva 2002/74¹ il legislatore comunitario è tornato, a distanza di oltre 20 anni, a occuparsi della tutela dei diritti dei lavoratori subordinati in caso di insolvenza del datore di lavoro, dettando modifiche non certo marginali all'originaria direttiva 80/987², intervenendo sia sugli ambiti di applicazione della tutela, sia sulla portata di questa, sino a mutarne le finalità ultime. Non è, infatti, per un mero atto di omaggio formale agli obiettivi di protezione sociale importati dal Trattato di Amsterdam³ in seno al Trattato istitutivo della Comunità che la nuova direttiva modifichi lo stesso titolo della direttiva 80/987 nel senso che l'obiettivo della disciplina comunitaria in materia non sia più "*il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri*" (come appunto recitava il titolo nel suo testo originario), bensì una disciplina comune "*relativa alla tutela dei lavoratori subordinati in caso d'insolvenza del datore di lavoro*". Tale modifica testuale è la conseguenza necessitata della variazione della base giuridica adottata: mentre la direttiva del 1980 si fondava sulle previsioni dell'art.94 TCE (ex art.100) che permette al Consiglio CE di adottare

¹ Pubblicata in GUCE n. L 270 del 8.10.2002, pag.10 e ss.; l'art.2 della direttiva ha fissato l'8 ottobre 2005 quale termine ultimo entro il quale gli Stati membri debbono conformare gli ordinamenti nazionali.

² In generale sulla disciplina dettata dalla direttiva 80/987 cfr. ROCCELLA, TREU, *Diritto del lavoro della comunità europea*, Padova,1995, 333 e ss., GONZALEZ BIEDMA, *Insolvenza del datore di lavoro*, in BAYLOS GRAU,CARUSO,D'ANTONA,SCIARRA (a cura di), *Dizionario di diritto del lavoro comunitario*, Bologna,1996,327 e ss.; ARRIGO, *Il diritto del lavoro dell'Unione europea*, Milano,2001,vol.II,122 e ss.; POCAR, VIARENGO, *Diritto comunitario del lavoro*, Padova,2001,342 e ss.; CINELLI, *Diritto della previdenza sociale*, Torino,1998,293 e ss..

³ V. sulla portata del Trattato di Amsterdam in materia di protezione sociale nell'ordinamento comunitario: BARBERA, *Dopo Amsterdam, i nuovi confini del diritto sociale comunitario*, Brescia,2000, spec. 101 e ss.; ARRIGO, *La politica sociale nel trattato di Amsterdam: una "riforma minore" destinata a crescere*, in *Dir.Lav.* 1998,I,40; FOGLIA, *La politica sociale dopo Amsterdam*, *ibidem*, 28; MAGNO, *Diritti sociali nell'ordinamento dell'Unione Europea dopo Amsterdam*, *ibidem*,124; BLAINPAIN, *Il Trattato di Amsterdam e le sue conseguenze: fine del modello sociale europeo*, *ibidem*,13; WEISS, *Il trattato di Amsterdam e la politica sociale*, in *Dir Rel.Ind.*,1998,1,3; BIAGI, *L'applicazione del Trattato di Amsterdam in materia di occupazione: coordinamento o convergenza?*, *ivi*,4,437.

all'unanimità direttive volte al ravvicinamento degli ordinamenti nazionali degli Stati membri in materia di regolazione e funzionamento del mercato comune, la nuova direttiva si basa, invece, sull'attuale disposto dell'art. 137 TCE che permette al Consiglio di dettare, mediante direttive approvate a maggioranza qualificata, delle prescrizioni, seppur "minimali", ma direttamente volte alla tutela e protezione delle "condizioni di lavoro". Sottolinea ulteriormente come sia mutato il bene protetto in via prioritaria rispetto alla originaria formulazione degli anni '80 il richiamo operato nel primo "considerando" della nuova direttiva alla Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori del 1989, che all'art.7 indica tra gli obiettivi del processo di realizzazione del mercato comune quello del miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro dei cittadini comunitari anche attraverso la regolamentazione delle procedure concernenti i licenziamenti collettivi e i fallimenti delle imprese.

E' pur vero che anche a seguito della novella del 2002 l'oggetto della tutela minimale che deve essere offerta dagli Stati membri rimane sostanzialmente circoscritto alla garanzia della corresponsione da parte di un organismo nazionale delle retribuzioni maturate negli ultimi tre mesi del rapporto di lavoro dai lavoratori subordinati che abbiano prestato la loro attività alle dipendenze di un datore di lavoro il cui patrimonio sia risultato incapiente per soddisfarli integralmente all'esito di una procedura concorsuale⁴. Il più ambizioso obiettivo della direttiva sotteso alla nuova

⁴ Come noto, l'Italia è stata condannata dalla Corte di giustizia in quanto non ha approntato entro il termine di attuazione previsto dalla direttiva 80/987 un sistema di garanzia che assicurasse automaticamente e con certezza queste spettanze minimali: cfr. Corte di giustizia 2.2.1989, C 22787, in *Foro it.*,1992,IV,22. Il giudice comunitario ha, inoltre, affermato il diritto al risarcimento del danno patito dai cittadini che, pur essendosi trovati nelle condizioni protette dalla direttiva dopo il termine ultimo di attuazione, non abbiano potute fruire delle prestazioni previste a causa della mancata attuazione da parte del legislatore italiano: cfr. Corte di giustizia 19.11.1991, C 6/90 e C 9/90, Francovich, Bonifaci c. Repubblica italiana, in *Foro it.*,1992,IV,146, con note di BARONE e PARDOLESI, PONZANELLI. V. al riguardo DE LUCA, *Salvaguardia dei diritti dei lavoratori, in caso d'insolvenza del datore di lavoro, nel diritto comunitario*,in *Foro it.*,1992,IV,23; ZAMBELLI, *Diritto comunitario e tutela conto l'insolvenza dell'imprenditore: l'ennesima inadempienza italiana*, in *Riv.it.dir.lav.*, 1991,II,275; FOGLIA, *Tutela dei lavoratori in caso d'insolvenza dell'imprenditore e*

base giuridica prescelta, però, non solo ha indotto il legislatore comunitario a ridisciplinare molti aspetti controversi della direttiva 80/987 nel senso di una significativa compressione dei margini di discrezionalità degli Stati membri nell'adozione della normativa nazionale di conformazione, ma è destinato ad assumere il ruolo di criterio ermeneutico fondamentale per sciogliere i nodi interpretativi che rimangono irrisolti nel nuovo testo.

La direttiva, inoltre, indica espressamente nei suoi "considerando" di porsi quale obiettivo anche quello di "consolidare" gli orientamenti giurisprudenziali espressi dalla Corte di giustizia in questi anni in merito alla portata della tutela avverso l'insolvenza del datore di lavoro offerta dall'ordinamento comunitario⁵.

2. L'ampliamento della nozione di "stato di insolvenza"

La novità più rilevante apportata dalla direttiva 2002/74 è senza dubbio la ridefinizione della nozione dello "stato di insolvenza", che disegna l'ambito di applicazione oggettiva delle tutele. La direttiva 80/987 aveva originariamente previsto che lo stato di insolvenza del datore si realizzasse esclusivamente nelle ipotesi in cui fosse stata disposta - secondo la disciplina nazionale degli Stati membri - l'apertura di un procedimento concorsuale volto a soddisfare collettivamente i creditori, ivi compresi i lavoratori, avvalendosi del patrimonio residuo dello stesso datore. Da tale definizione derivavano due importanti conseguenze: in primo luogo, che rientrassero nell'ambito di questa disciplina soltanto quelle procedure c.d. liquidatorie, volte cioè

disciplina comunitaria, in *Dir.Lav.*,1989,II,156. Il legislatore italiano ha, infine, disciplinato con il co.7 dell'art.2 del d.lgs. 27.1.1992 n. 80 le modalità di tale risarcimento facendo sostanzialmente ricorso a un'applicazione retroattiva dei criteri di concessione e di quantificazione delle prestazioni previste dallo stesso decreto legislativo e condizionandolo all'esercizio dell'azione - a pena di decadenza - entro un anno dall'entrata in vigore dello stesso.

⁵ Cfr. settimo "considerando" della direttiva 2002/74

allo spossessamento del patrimonio del datore e alla soddisfazione dei suoi creditori ai fini della chiusura e liquidazione dell'impresa; in secondo luogo, che i lavoratori alle dipendenze di datori non assoggettabili a procedure concorsuali secondo la disciplina nazionale applicabile non fossero ricompresi tra i soggetti protetti dalle tutele avverso l'inadempimento datoriale delle obbligazioni retributive e contributive offerte dalla direttiva⁶.

La dottrina ha immediatamente rilevato e severamente criticato il carattere riduttivo della nozione di "stato di insolvenza" adottato dalla direttiva 80/987. In particolare, per il primo aspetto, questa nozione ha circoscritto la tutela dei lavoratori alla sola garanzia di una quota dei loro crediti patrimoniali pregressi, facendo proprio un approccio tipicamente tatcheriano alla soluzione delle crisi aziendali, privilegiando l'opzione liquidatoria e selettiva e abdicando, invece, a qualsivoglia funzione di sostegno dell'impresa in procedimenti amministrati o concordati volti al risanamento e conseguentemente – sul piano occupazionale – alla protezione del bene più rilevante del (durevole) mantenimento del posto e del reddito di lavoro degli stessi lavoratori ivi

⁶ Questa esclusione non ha precluso ai legislatori nazionali di prevedere un ambito di applicazione delle tutele più ampio nella normativa statale di recepimento; in particolare il legislatore italiano ha previsto nel d.lgs. n. 80/92 di estendere la tutela dei crediti retributivi dei lavoratori offerta dalla direttiva anche a coloro che non sono alle dipendenze di un datore di lavoro che sia soggetto a procedure concorsuali qualora quest'ultimo risulti privo di garanzie patrimoniali sufficienti a seguito dell'esperimento dell'esecuzione forzata per il soddisfacimento di tali crediti (cfr. art.1 co.2): v. VALLEBONA, *La garanzia dei crediti di lavoro e della posizione previdenziale in caso di insolvenza del datore di lavoro*, in *Riv.it.dir.lav.*,1993,1,75 e s.. Il legislatore nazionale ha invece limitato il risarcimento del danno per mancata attuazione della direttiva al solo ambito soggettivo previsto dalla direttiva, non ricomprendendovi pertanto i crediti insoddisfatti dei lavoratori alle dipendenze dei datori non assoggettati a procedure concorsuali prima dell'entrata in vigore dello stesso decreto legislativo (cfr. art.3 co.1). Tale differenziazione tra ambito d'applicazione della disciplina "a regime" e di quella di indennizzo per il "periodo pregresso" è stata sia ritenuta costituzionalmente legittima in quanto fondata su una ragionevole giustificazione *ratione temporis* (cfr. Corte Cost. 16.12.1998 n. 409, in *Foro.it.*,1999,1,3144, con nota di RICCI), sia ritenuta rispettosa dell'obbligo di conforme attuazione che grava sugli Stati membri in quanto questi sono vincolati a garantire ai propri cittadini i soli diritti espressamente previsti dalla direttiva (cfr. Corte di giustizia, 3.12.1992, c 140/91, c 141/92, C 287/91 e C 279/91, Suffritti c. INPS, in *Giust. Civ.*,1993,1,301; Corte di giustizia 9.11.1995, C 479/93, Francovich c. Repubblica Italiana, in *Racc.* 1995, I-3843).

impiegati⁷. La direttiva 80/987 non ha escluso la possibilità degli Stati membri di disegnare un ambito di applicazione delle tutele più ampio, ricomprendendo nell'ipotesi dello "stato di insolvenza" anche le imprese assoggettate procedure che non abbiano (o quantomeno non necessariamente) una finalità dismissiva. Ad esempio, il legislatore italiano ha ricompreso tra i destinatari delle garanzie dei crediti non solo i lavoratori dipendenti da aziende assoggettate ai procedimenti concorsuali esecutivi previsti dal nostro ordinamento nazionale (fallimento, concordato preventivo, liquidazione coatta amministrativa), ma anche l'amministrazione straordinaria di cui alla legge 3.4.1979 n. 95⁸. E' indubbio, però, che la circostanza che la direttiva non ricomprendesse nel suo ambito oggettivo questa diversa tipologia di procedimenti volti a fronteggiare lo stato di crisi patrimoniale delle aziende non solo non ha incentivato, ma ha persino motivato qualche resistenza negli Stati membri, che ancora non prevedevano nell'ordinamento interno tutele analoghe, a estenderle oltre i confini tassativi imposti dalla disciplina comunitaria: d'altronde ciò avrebbe significato esporsi al pericolo, laddove la garanzia dei crediti dei lavoratori fosse assicurata da finanziamenti pubblici⁹, di incorrere di una violazione del divieto di aiuti di stato a norma degli artt. 87 e 88 TCE o piuttosto, se si vuol dare una lettura ancor più realista, privarsi di un vantaggio competitivo di economicità di sistema nei confronti degli altri Stati.

Orbene, la nuova formulazione della direttiva affronta espressamente il problema e formula una nozione di "stato di insolvenza" significativamente più ampia, la quale ricomprende anche quelle ipotesi in cui "... è stata chiesta l'apertura di una

⁷ V. DE LUCA, op.cit., 27 e s.

⁸ Prima dell'adozione del d.lgs 80/92 ci si era interrogati circa la riconducibilità o meno dei procedimenti di amministrazione straordinaria e controllata in seno alla nozione di insolvenza adottata dalla disciplina comunitaria. Cfr. VALLEBONA, op.ult.cit., 74 e s.; CIVALE, op.cit., 455.

procedura concorsuale fondata sull'insolvenza del datore di lavoro, prevista dalle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative di uno Stato membro, che comporta lo spossessamento parziale o totale del datore di lavoro stesso e la designazione di un curatore o di una persona che espliciti una funzione analoga"¹⁰. La disciplina comunitaria amplia in tal modo le proprie finalità rispondendo a obiettivi sia di garanzia della soddisfazione dei crediti patrimoniali dei lavoratori delle imprese in stato di insolvenza, sia di sostegno di queste laddove siano assoggettate a procedure pur sempre autoritative, ma volte al risanamento e alla prosecuzione dell'attività. La nuova direttiva prevede coerentemente - proprio perché ora interessa anche rapporti di lavoro che possono perdurare e sopravvivere allo stato (temporaneo) di insolvenza dell'impresa - che i crediti retributivi non pagati di cui l'organismo di garanzia deve assicurare la soddisfazione siano quelli maturati in un periodo che può essere non solo anteriore (come nella formulazione originaria), ma anche posteriore alla data prescelta dal legislatore come *dies a quo*¹¹.

Il legislatore italiano per adeguare l'ordinamento interno a questa nuova nozione di stato di insolvenza dovrà, dunque, prevedere l'applicazione della disciplina comunitaria anche ai datori di lavoro sottoposti ad amministrazione controllata, in aggiunta alla procedura di amministrazione straordinaria che - come detto - aveva già meritoriamente incluso nell'ambito di applicazione del d.lgs. 80/92 in occasione della prima (tardiva) attuazione della direttiva 80/987. La procedura di amministrazione controllata di cui all'art. 187 della legge fallimentare, infatti, risponde perfettamente alla nuova definizione di stato di insolvenza dettata dalla direttiva 2002/74: comporta, come è noto, la sospensione dell'esigibilità dei crediti per un periodo massimo di due

⁹ Si pensi alla responsabilità solidale dello Stato italiano nel caso dei crediti assunti durante l'amministrazione straordinaria v. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, Torino, 1995, 406.

¹⁰ Art.2 co. 1 della direttiva 80/987 come ora modificato dalla direttiva 2002/74.

anni nei confronti di un imprenditore che si trovi in una situazione di *“temporanea difficoltà di adempiere le proprie obbligazioni”*, ma con *“comprovate possibilità di risanare l’impresa”*, il quale è sottoposto - a garanzia dei creditori - alla vigilanza di un commissario giudiziale e alla direzione del giudice delegato nella gestione dell’impresa, nonché alla preventiva autorizzazione di quest’ultimo per l’adozione gli atti di straordinaria amministrazione.

Nulla, invece, viene modificato quanto alla garanzia dei crediti dei lavoratori alle dipendenze di datori che, pur in stato di insolvenza oggettiva, in base alla disciplina nazionale applicabile non sono soggetti a procedimenti concorsuali che comportano la spoliazione totale o parziale del datore della disponibilità patrimoniale e dei poteri di gestione dell’impresa. In questo caso la facoltà di una tale estensione rimane rimessa alla discrezionalità dei legislatori nazionali, anche se l’esplicita previsione di una *“clausola di non regresso”* preclude agli Stati che hanno già introdotto nell’ordinamento nazionale tutele più ampie (come appunto lo Stato italiano, seppur limitatamente ai crediti retributivi¹²) di abrogarle o modificarle in senso peggiorativo per i lavoratori.

Permane l’interrogativo¹³ se tale esclusione dei lavoratori dipendenti da imprenditori non soggetti a procedure concorsuali (esecutive e no) possa ritenersi

¹¹ Cfr. nuovo testo dell’art. 3 comma 2.

¹² Il d.lgs. 80/92 ha esteso l’ambito di applicazione della tutela anche ai dipendenti di soggetti imprenditoriali che nel nostro ordinamento non sono soggetti a procedura concorsuale: i datori non imprenditori, i piccoli imprenditori, gli imprenditori agricoli, gli enti pubblici: cfr. art. 1 della legge fallimentare. Tale estensione non è stata operata (almeno espressamente) per le omissioni dei datori del versamento dei contributi della previdenza obbligatoria e complementare cfr. artt. 3 e 5 d.lgs. 80/92.

¹³ Cfr. ARRIGO, op.cit., 126, il quale dubita della conformità al principio comunitario di parità trattamento di questa differenziazione delle tutele tra lavoratori dipendenti da datori soggetti alle procedure concorsuali e quelli dipendenti da datori che non lo sono.

rispettosa del principio di parità di trattamento¹⁴, che secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia è uno dei principi costituzionali comuni agli Stati membri che costituiscono elementi fondanti dell'ordinamento comunitario¹⁵. La Corte di giustizia ha risposto in senso affermativo a tale quesito in relazione al testo originario della direttiva, rilevando che questa era stata adottata appunto sulla base giuridica dell'art.100 TCE e, dunque, nell'ambito dell'esercizio dei poteri attribuiti alle istituzioni comunitarie in virtù di questa norma del Trattato "... occorre riconoscere a tali istituzioni un margine di valutazione, in particolare per quanto riguarda la possibilità di procedere ad un'armonizzazione solo per tappe, tenuto conto delle particolarità della materia oggetto del coordinamento e del fatto che l'introduzione di siffatte norme di armonizzazione è generalmente irta di ostacoli, presupponendo infatti l'elaborazione, da parte delle componenti istituzioni comunitarie, sulla base di norme nazionali disparate e complesse, di regole comuni conformi agli obiettivi sanciti dal trattato e capaci di ottenere l'accordo unanime dei membri del Consiglio"¹⁶. Mi sembra tuttavia che si possano ora legittimamente sollevare seri dubbi circa la validità di tali argomentazioni, una volta che queste tutele hanno trovato in seno all'ordinamento comunitario il proprio esclusivo fondamento giuridico nell'obiettivo di protezione sociale e non già in quello di ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri al

¹⁴ Cfr. Corte di giustizia 12.7.2001, C 189/01, *Jippes*, *Racc* 2001,I-5689; Corte di giustizia 23.11.1999, C 149/96, *Portogallo c. Consiglio*, *Racc*,1999,I-8359; Corte di giustizia sent. 13.12.1994, C 360/93, *SMW Winzersekt*, *Racc*, 1994, I-5555.

¹⁵ La genesi di questo orientamento giurisprudenziale della Corte di giustizia che ha legittimato l'importazione in seno all'ordinamento comunitario dei principi costituzionali comuni degli Stati membri si fa comunemente risalire alle sentenze Corte di giustizia 12.1.1969, C 29/1969, *Stauder c. Città di Ulm*, in *Racc.*,1969,I-419, e sent. 17.12.1970, C 11/70, *Internazionale Handelsgesellschaft*, in *Racc.*,1970,I-1125. Per quanto attiene alla natura e alla portata che i principi costituzionali comuni degli Stati membri assumono quali fonti del diritto comunitario v. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano 1995, 26 e ss.; SORRENTINO, *Profili costituzionali dell'integrazione comunitaria*, Torino,1996,28 e ss.; MENGOZZI, *Il diritto delle Comunità europee*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da GALGANO, Padova, vol. XV, 1990,254.

fine di garantire condizioni di parità di concorrenza e di funzionalità del mercato comune. Se si adotta questa nuova prospettiva di osservazione, riesce veramente arduo ravvisare una giustificazione che possa ragionevolmente dar conto – a fronte della medesima natura del credito garantito e della stessa esigenza di protezione in un equivalente stato di bisogno - della differenziazione delle tutele assicurate ai lavoratori delle imprese soggette a procedure concorsuali rispetto a quelle destinate ai dipendenti di datori nei confronti dei quali - secondo le insindacabili previsioni degli ordinamenti nazionali – tali procedure non trovano applicazione¹⁷. Insufficiente per sciogliere questo nodo problematico nello stesso senso prospettato in precedenza dalla Corte appare la circostanza che la nuova formulazione dell'art.2 della direttiva preveda espressamente, quasi come una sorta di sollecitazione, che nulla impedisce agli Stati membri di estendere le tutele ad altre situazioni di insolvenza rispetto a quelle "tipizzate" dalla direttiva.

¹⁶ punto 25 Corte di giustizia 9.11.1995, C 479/93, c.d. Francovich II, cit.

¹⁷ Cfr. al riguardo CINELLI, *Diritto della previdenza sociale*, op.cit.,300 e s., il quale ritiene che nel nostro ordinamento costituzionale ragioni sistematiche dovrebbero indurre a ritenere applicabili le tutele previste dagli artt.3 e 5 del d.lgs 80/92, in caso di omissioni di contribuzioni di previdenza rispettivamente obbligatoria e complementare, anche ai datori nei confronti dei quali non si applicano le procedure concorsuali, sebbene il testo della norma faccia riferimento esclusivamente ai datori cui tali procedure trovano applicazione. Ravvisa anche profili di illegittimità costituzionale in tale esclusione VALLEBONA,op.cit.,83 e s.. Tale questione di costituzionalità della norma secondo il canone di parità secondo il combinato disposto degli artt. 3 e 38 cost. non è stata mai sollevata dinanzi alla Corte cost. dai giudici nazionali. E' stato invece sottoposto al sindacato della Corte cost. la legittimità della differenziazione tra l'esclusione dall'indennizzo per la perdita di crediti retributivi a causa della mancata attuazione nei termini della direttiva 987/80 dei lavoratori di imprese non soggette a procedure concorsuali. Come detto, la Corte ha correttamente ritenuto tale questione infondata considerato che in tal caso si trattava del risarcimento del danno che poteva essere ravvisato in un rapporto di causalità diretta con il mancato recepimento del solo disposto della direttiva e non certo della sua discrezionale attuazione estensiva operata successivamente dal legislatore italiano cfr. Corte cost. 16.12.1998 n. 409, cit.

3. La compressione della discrezionalità degli Stati membri nel determinare la nozione di "lavoratore subordinato" e di "retribuzione"

La direttiva 80/987 ha circoscritto il suo ambito di applicazione ai crediti dei lavori subordinati rimettendo, però, agli Stati membri la qualificazione sia della nozione di "lavoratore subordinato" sia quella di "retribuzione". Questo rinvio della direttiva al diritto nazionale è stato aspramente criticato dalla dottrina, la quale ha rilevato il pericolo che in tal modo gli Stati membri potessero sostanzialmente sottrarsi all'applicazione delle previsioni minimali di tutela avvalendosi della possibilità di restringere l'ambito di applicazione della direttiva modellando a loro gradimento le nozioni di subordinazione e di retribuzione vigenti nei rispettivi ordinamenti. Aveva destato preoccupazioni di identico tenore¹⁸ la concessione agli Stati membri della facoltà di escludere dall'ambito di applicazione delle tutele i crediti di alcune categorie di lavoratori subordinati "in funzione della natura particolare del contratto di lavoro o del rapporto di lavoro"¹⁹ oppure "in funzione dell'esistenza di altre forme di garanzia che assicurano ai lavoratori subordinati una tutela equivalente a quella che risulta dalla presente direttiva"²⁰.

Tali timori, osservati oggi alla luce della giurisprudenza elaborata dalla Corte di giustizia, sebbene abbiano colto alcuni limiti indiscutibili della direttiva, appaiono

¹⁸ Cfr. POCAR, VIARENGO, *Diritto comunitario del lavoro*, Padova 2001,344; CIVALE, *Insolvenza dell'imprenditore e tutela dei crediti di lavoro*, in *Riv.giur.lav.*,1993,1,447 e s.

¹⁹ L'Italia non si è avvalsa di questa possibilità, mentre vi hanno fatto ricorso Irlanda, Gran Bretagna, Grecia e Paesi Bassi.

²⁰ L'Italia ha fatto ricorso a tale categoria di esclusione per 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 per "gli equipaggi delle navi marittime"; successivamente in occasione dell'attuazione della direttiva si è parzialmente avvalsa di queste facoltà di esclusione, prevedendo all'art.2 del d.lgs 80/92 che il trattamento straordinario di integrazione salariale percepito nell'arco dei dodici mesi anteriori all'apertura della procedura concorsuale non sia cumulabile con le spettanze dovute in attuazione delle direttiva 80/987.

tuttavia viziati da allarmismo. Il giudice comunitario, infatti, ha elevato una barriera di contenimento non facilmente valicabile, affermando il principio secondo cui le categorie che il legislatore nazionale ha la facoltà di escludere dalle tutele della direttiva – pur in presenza di una delle cause giustificatrici ivi previste – possano essere soltanto quelle previste nell'allegato della direttiva stessa²¹. In tal modo la Corte ha finito per attribuire una valenza tassativa all'enumerazione di eccezioni contenute in detto allegato e, conseguentemente, per impedire che nel diritto nazionale potessero essere sottratte all'applicazione delle tutele quelle categorie di lavoratori non denunciate in sede di approvazione della direttiva, le quali - pur caratterizzate da discipline speciali - siano comunque riconducibili al *genus* del lavoro subordinato così come qualificato nell'ordinamento di ogni Stato membro²².

Il medesimo orientamento restrittivo è stato adottato dalla Corte con riguardo alla facoltà dei legislatori nazionali di qualificare i crediti da "retribuzione" tutelati dalla direttiva. Ad avviso del giudice comunitario, è preclusa al legislatore nazionale la possibilità di decurtare la garanzia minima in misura pari alle somme che – pur corrisposte al lavoratore a causa del rapporto di lavoro – non rispondono a natura propriamente retributiva secondo la nozione adottata negli ordinamenti nazionali²³.

La nuova direttiva 2002/74 lascia inalterata la competenza degli Stati membri di qualificare la nozione di "lavoro subordinato" e di "retribuzione", ma segna

²¹ Cfr. allegato alla direttiva 80/987.

²² Cfr. Corte di giustizia 16.12.1993, C 334/92, Wagner Miret c. Fondo de Garantía Salarial, in *Not.giur.lav.*, 1994, 56 e ss., in cui la Corte ha ritenuto la legislazione spagnola realizzasse una non conforme attuazione della direttiva 80/987, escludendo dalla garanzia nei confronti del datore insolvente i dirigenti, sebbene questi in base al diritto nazionale fossero qualificati come lavoratori subordinati e non fossero stati indicati tra le categorie escluse nell'allegato della direttiva al momento della sua adozione.

²³ Cfr. Corte di giustizia 10.7.1997, C 373/95, Maso c. Inps e Repubblica italiana, in *Foro it.*, 1998, IV, 213 e ss., in cui la Corte ha ritenuto che non fosse conforme alle previsioni della direttiva 80/987 la previsione dell'art.2 co.4 del d.lgs 80/92 secondo cui la garanzia del pagamento delle ultime tre retribuzioni non sarebbe cumulabile a quanto percepito dal lavoratore a titolo di indennità di mobilità a norma degli artt.4 e 16 della legge 223/91.

comunque un passo in avanti nel percorso di progressiva omogeneizzazione delle discipline nazionali che il legislatore comunitario traccia apertamente nei "considerando" della direttiva, seppur senza voler imporre soluzioni traumatiche, incompatibili nell'immediato con i contesti normativi degli Stati membri. La nuova disciplina prevede, infatti, la soppressione di tutte le ipotesi di esclusione dall'ambito di applicazione delle garanzie dei crediti retributivi adottate nella versione originaria dagli Stati membri "in funzione della natura particolare del contratto di lavoro o del rapporto di lavoro", rimanendo in vigore due ipotesi di esclusione di rilevanza circoscritta (i lavoratori domestici e i pescatori retribuiti a percentuale) soltanto in quei diritti nazionali che avevano già adottato previsioni in tal senso, nonché le altre eccezioni contenute nell'allegato della direttiva 80/987 giustificate dalla sussistenza nell'ordinamento nazionale di altre garanzie equivalenti a quelle offerte dalla direttiva. In quest'ultima ipotesi la legittimità dell'esclusione nel diritto nazionale è condizionata all'equivalenza delle garanzie alternative offerte, condizione il cui effettivo rispetto da parte dei legislatori nazionali è comunque sindacabile sia dalla Commissione che dalla Corte di giustizia²⁴.

Per sgombrare il campo da qualsiasi perplessità sull'ambito soggettivo di applicazione nei confronti di tutti i lavoratori subordinati, la direttiva precisa che – sebbene già secondo la giurisprudenza della Corte non si potesse giungere a una difforme conclusione – gli Stati membri non possono escludere dal suo ambito di applicazione né i lavoratori a tempo parziale, né quelli con contratto a tempo determinato, né i lavoratori interinali, né tantomeno condizionare l'accesso alle tutele al possesso di una determinata anzianità di servizio.

²⁴ Cfr. Corte di giustizia 8.11.1990, C 53/88, Commissione c. Repubblica ellenica, in *Racc.*, 1990, I-3917.

Sul piano oggettivo dell'ambito di applicazione, inoltre, la direttiva ne prevede un ampliamento, precisando che tra i crediti del lavoratore da garantire debbano essere "...comprese le indennità dovute ai lavoratori a seguito dello scioglimento del rapporto di lavoro, se previste dal diritto nazionale", anticipando così le conclusioni cui, pochi mesi dopo l'adozione della novella del 2002, sarebbe giunta la Corte di Giustizia²⁵ sulla base, però, di un'interpretazione funzionale del disposto originario della direttiva del 1980 che trovava applicazione alla controversia decisa.

La nuova direttiva conferma la facoltà degli Stati membri di porre dei massimali alla garanzia assicurata dagli organismi nazionali al fine di evitare abusi e di assicurare la sostenibilità economica di questo sistema di tutele. La Corte di giustizia ha rilevato come l'entità del massimale debba essere determinata dagli Stati in misura compatibile con l'obiettivo di protezione sociale perseguito dalla direttiva evitando così di vanificarne la portata²⁶. Anche in questo caso il legislatore comunitario ha ritenuto di recepire nel nuovo testo tale condivisibile orientamento della Corte, precisando all'art.4 della direttiva che "tali massimali non devono essere inferiori ad una soglia compatibile con l'obiettivo sociale della presente direttiva".

Sotto quest'ultimo profilo la disciplina italiana di determinazione del massimale della garanzia non appare del tutto conforme alle previsioni della direttiva, soprattutto

²⁵ Cfr. Corte di giustizia 12.12.2002, C 442/00, Caballero c. Fondo de Garantía Salarial, in *Foro it.*, 2003, IV, 1, la quale prevede che tra i diritti conseguenti al rapporto di lavoro che sono ricompresi nella garanzia della direttiva debbono essere ricomprese anche le retribuzioni riconosciute a titolo di risarcimento del danno per illegittimo licenziamento.

²⁶ Cfr. Corte di giustizia, 10.7.1997, C 373/95, Maso, cit., punti 55-59; Corte di giustizia, 14.7.1998, C 125/97, Regeling c. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1999, 175 e ss., con nota di PAPPALARDO, in cui la Corte ha chiarito che l'obiettivo previdenziale della direttiva impone di imputare i pagamenti effettuati dal datore nel periodo di riferimento della garanzia con precedenza al soddisfacimento degli eventuali crediti pregressi del lavoratore e non possono essere decurtati dalla garanzia minimale offerta dall'ordinamento nazionale in attuazione della direttiva indipendentemente da quale sia la disciplina nazionale del criterio di imputazione dei pagamenti del

alla luce di tale espressa specificazione introdotta dalla novella. L'art .2 del d.lgs. n. 80/92 prevede – secondo l'interpretazione del giudice di legittimità²⁷ - che l'ente di garanzia sia tenuto a corrispondere al lavoratore le spettanze dovute entro un tetto pari a tre volte la misura massima del trattamento di integrazione salariale mensile e fino a concorrenza delle retribuzioni percepite nell'arco degli ultimi tre mesi, così che nulla deve esser erogato laddove, ad esempio, il lavoratore abbia percepito dal datore una sola retribuzione mensile, ma questa sia di importo più elevato del tetto massimo stabilito dalla norma. La stessa Corte di Cassazione ha da ultimo, però, iniziato a dubitare della conformità di questo sistema di determinazione del massimale alle previsioni della direttiva e ha ritenuto di dover sottoporre in via pregiudiziale la questione interpretativa alla Corte di giustizia²⁸. L'avvocato generale ha depositato recentemente le sue conclusioni²⁹ richiedendo ai giudici di Lussemburgo di risolvere la questione nel senso della non conformità della normativa italiana alle previsioni della direttiva, argomentando nel senso che la disciplina comunitaria imporrebbe agli Stati membri di determinare in misura "assoluta" la prestazione minima assicurata dall'organismo di garanzia ai lavoratori, la quale, pertanto, dovrebbe esser insuscettibile di qualsiasi decurtazione.

debitore; in senso contrario (per la soddisfazione *pro quota* di tutti i crediti retributivi del lavoratore) si era in precedenza espressa Cass. 21.2.1997 n. 1586, in *Mass.giur.lav.*,1997,575.

²⁷ Cfr.: Cass. 3.7.2001 n. 9008 in *Foro it., Rep.*,2001, Lavoro (rapporto),1907; Cass. 10.2.2001 n. 1908, in *Giur. It.*, 2001,2028; Cass. 19.2.2000 n. 1937, in *Inform.prev.*,2000,814; Cass. 19.10.2000 n. 13841, in *Foro it., Rep.*,2000, Lavoro (rapporto),1266; v. però isolata nel senso contrario secondo cui le retribuzioni percepite non vadano detratte dal massimale, bensì dall'importo che sarebbe spettato al lavoratore a titolo di retribuzione per le ultime tre mensilità: Cass. 7.4.1999 n. 3382, in *Mass.giur.lav.*,1999,724.

²⁸ V. Cass. ord. 18.1.2001 n. 38, in *Foro it., Rep.*,2001, Lavoro (rapporto),1165; la stessa questione è stata sollevata dal tribunale di Pisa e di Siena ed i relativi giudizi sono stati riuniti dinanzi alla Corte di giustizia.

²⁹ V. Conclusioni dell'avvocato generale Stix Hackl depositate il 15.5.2003 nelle cause riunite C 19/01, C 50/01, C 84/01, INPS c/ Barsotti, Castellani, Venturi, in <http://www.lex.unict.it/eurolabor/documentazione/altridoc/c84-01.htm>;

La direttiva 2002/74 ribadisce l'obbligo degli Stati membri di comunicare alla Commissione i criteri in base ai quali sia stato fissato il massimale. Poiché anche nel nuovo testo della direttiva non è stata prevista alcuna sanzione in caso di omissione di questa comunicazione, occorre ritenere ancor valido l'orientamento espresso dalla Corte secondo cui tale inadempimento non inficia di per sé la legittimità e l'operatività del massimale applicato dallo Stato inadempiente³⁰.

Un altro profilo di possibile differenziazione sostanziale delle tutele offerte ai lavoratori nei diversi Stati membri, che la nuova direttiva ha colpevolmente lasciato invariato, si ravvisa nella facoltà attribuita agli ordinamenti nazionali di escludere dalla garanzia approntata il pagamento dei contributi dovuti secondo i regimi interni di sicurezza sociale o dei regimi di previdenza complementare³¹. La direttiva assicura che tali omissioni non incidano negativamente sul diritto del lavoratore alle prestazioni previdenziali e assicurative offerte dai regimi nazionali soltanto a condizione che e nella misura in cui i contributi a carico del lavoratore siano stati effettivamente trattenuti dalle retribuzioni corrisposte³². Rimangono, pertanto, privi della garanzia dell'automaticità delle prestazioni di sicurezza sociale tutte quelle ipotesi di lavoro irregolare e sommerso in cui tali trattenute non vengono operate e il lavoratore si trova in uno stato di debolezza contrattuale e sociale tale che non gli consente di denunciare l'omissione datoriale³³.

³⁰ Cfr. Corte di giustizia 16.7.1988, C 235/95, *AGS Assedic Pas de Calais c. Dumon*, in *Racc.*, 1998, I-4557.

³¹ Cfr. art 6 della direttiva.

³² Cfr. art 7 della direttiva; cfr. in senso conforme a quello qui prospettato CINELLI, *op.cit.*, 299, il quale rileva come la garanzia minimale assicurata dalla direttiva sia circoscritta all'ipotesi in cui i contributi previdenziali siano stati trattenuti sulle retribuzioni e non versati dal datore; *contra v. CIVALE*, *op.cit.*, 452, il quale sottolinea che si tratta di una norma di "difficile lettura" e ne propone - a mio avviso - una eccessivamente "ottimistica" secondo cui gli Stati membri avrebbero la facoltà di escludere la tutela solo per quelle ipotesi in cui non sia imposto un obbligo contributivo alle parti: ad es. le ipotesi di fiscalizzazione della previdenza pubblica o di sostituzione di questa con la previdenza complementare.

³³ Il dlgs. 80/92 ha condizionato l'accreditamento o il versamento dei contributi rispettivamente al regime di previdenza obbligatoria per l'invalidità la vecchiaia e i superstiti e ai regimi di previdenza complementare

4. Il *dies a quo* del periodo di estensione temporale della garanzia

Come ho già sottolineato, la nuova direttiva, prevedendo che lo stato di insolvenza che legittima l'applicazione delle tutele dei crediti dei lavoratori si realizzi anche nell'ipotesi dell'apertura di procedure concorsuali prive di finalità liquidatorie, nelle quali l'attività di lavoro sia destinata a continuare, ha opportunamente previsto che il periodo di garanzia possa essere non soltanto anteriore ma anche posteriore a "una data determinata dagli Stati membri". La nuova formulazione dell'art. 4 della direttiva conferma l'estensione dell'arco temporale minimo da prendere in considerazione per individuare le retribuzioni dei lavoratori oggetto della garanzia e cioè: le retribuzioni maturate per lo meno negli ultimi tre mesi entro un periodo di riferimento che non può essere inferiore a sei mesi oppure in alternativa, qualora tale periodo di riferimento sia esteso dal legislatore nazionale a diciotto settimane, le retribuzioni delle otto settimane più favorevoli per il lavoratore. E' stata invece abrogata la previsione che rimetteva agli Stati membri la scelta fra tre date alternative predeterminate rispetto alle quali far decorrere a ritroso il periodo di operatività della garanzia: a) la data dell'insorgere dell'insolvenza del datore di lavoro³⁴; b) quella del preavviso di licenziamento del lavoratore a causa

non alla effettuazione della trattenuta salariale, ma alla sola prova dell'effettiva sussistenza e durata del rapporto di lavoro, nonché alla misura della retribuzione. Correttamente è stato rilevato come questo sistema ideato dal dlgs 80/92, sebbene estremamente garantista per molti aspetti, laddove il regime di previdenza complementare sia costituito da un fondo aziendale la garanzia del versamento dei contributi, non è invece in grado di assicurare al lavoratore il diritto alle prestazioni previdenziali maturate o in corso di maturazione come imporrebbe l'art. 8 della direttiva; v. VALLEBONA, op.cit., 85 e s.; CIVALE, op.cit., 453; DE LUCA, op.cit., 34; CINELLI, op.cit., 301.

³⁴ Il legislatore italiano ha adottato tra quelle possibili come date di decorrenza quella sub a) prevedendo all'art. 2 co. 1 del d.lgs 80/92 che *"Il pagamento effettuato dal Fondo di garanzia ai sensi dell'art. 1 è relativo ai crediti di lavoro, diversi da quelli spettanti a titolo di trattamento di fine rapporto, inerenti gli ultime tre mesi del rapporto di lavoro rientranti nei dodici mesi che precedono: a) la data del provvedimento che determina l'apertura di una delle procedure indicate nell'art. 1 comma 1; b) la data di inizio dell'esecuzione*

dell'insolvenza, c) quella della cessazione del contratto o del rapporto di lavoro a causa dell'insolvenza del datore. La previsione della data di decorrenza del periodo di garanzia è ora rimessa alla sola valutazione discrezionale del legislatore nazionale che ben può individuare diversi *dies a quo*.

Questa soluzione della nuova direttiva non può definirsi una scelta felice, considerato che già con l'espressa individuazione di date di decorrenza della garanzia, definite con un certo grado di precisione nel testo della direttiva 80/987, la Corte di giustizia è stata chiamata a sindacare ai sensi dell'art. 234 (ex 177) TCE la compatibilità delle normative nazionali di conformazione e a dover elaborare delle soluzioni ermeneutiche, anche azzardate, al fine di assicurare effettività alla tutela dei diritti dei lavoratori che la direttiva intendeva garantire loro in seno agli ordinamenti nazionali. In particolare la Corte si è espressa nel senso che l'insorgere dello stato di insolvenza non debba ravvisarsi nella decisione del giudice nazionale di apertura della procedura concorsuale, ma nella proposizione della domanda giudiziale volta a questo risultato processuale, poiché il tempo - a volte assai lungo - necessario per ottenere la pronuncia giudiziale di apertura della procedura concorsuale avrebbe potuto coprire l'intero periodo della garanzia dei crediti del lavoratore e, quindi, privare la direttiva in seno all'ordinamento nazionale di qualsiasi concreta valenza³⁵. Di diverso avviso sono, invece, la Corte costituzionale³⁶ e la Cassazione³⁷, che individuano il *dies a quo* nella

forzata; c) la data del provvedimento di messa in liquidazione o di cessazione dell'esercizio provvisorio ovvero dell'autorizzazione alla continuazione dell'esercizio di impresa per i lavoratori che abbiano continuato a prestare attività lavorativa, ovvero la data di cessazione del rapporto di lavoro, se questa è intervenuta durante la continuazione dell'attività dell'impresa.

³⁵ Cfr Corte di giustizia 10.7.1997, C 373/95, Maso, cit.; da ultimo Corte di giustizia 15.5.2003, C 160/01, Karen Mau c. Bundesanstalt fur Arbeit, in <http://www.lex.unict.it/eurolabor/documentazione/sentenze/causa160-01.htm>.

³⁶ Cfr. Corte Cost. 9.7.1996 n. 240, in *Giust.civ.*, 1996, I, 2813.

³⁷ Cfr. Cass. 4.6.1999 n. 5524, in *Mass.giur.lav.*, 1999, 1178; Cass. 20.6.1998 n. 6164, in *Foro it., Rep.*, 1998, Lavoro (rapporto), 1255; in senso contrario v. l'isolata sentenza: Cass. 9.2.1999 n. 1106, in *Foro it.*, 1999, I, 3248 e ss., con nota di RICCI, in cui il giudice di legittimità ha ritenuto – a mio avviso del

data di apertura della procedura concorsuale, ritenendo tale soluzione non solo perfettamente conforme al tenore testuale della disciplina nazionale di attuazione, ma anche rispettosa del dettato della direttiva e in alcun modo fonte di una disparità di trattamento apprezzabile negativamente sul piano giuridico tra quei lavoratori che riescono a beneficiare pienamente della garanzia delle tre mensilità di retribuzioni (essendo incorsi in una procedura concorsuale nei confronti del loro datore aperta in tempi ristretti) e quelli, invece, che rischiano di veder vanificata la possibilità di fruire della garanzia a causa dei tempi del procedimento giudiziale (ad esempio nel caso in cui la procedura concorsuale venga aperta dall'autorità giudiziale dopo oltre dodici mesi dalla proposizione della domanda da parte dei creditori).

Sarebbe stato opportuno cogliere l'occasione della novella per far tesoro delle condivisibili indicazioni della Corte di giustizia e trasferirle esplicitamente nella direttiva, così da sgombrare il campo dal pericolo della previsione nei diritti nazionali di diversi *dies a quo* che, anche laddove non siano in grado di annullare la garanzia della direttiva, possono comprimerla sostanzialmente e comportare un accentuarsi delle differenziazioni piuttosto che una omogeneizzazione delle tutele tra gli Stati membri. L'unico antidoto disponibile per scongiurare tale pericolo risulta la previsione della "clausola di non regresso", che in ogni caso vieta agli Stati membri di riformare le discipline nazionali già in vigore in senso deteriore per i lavoratori.

tutto correttamente – che il periodo di copertura della garanzia debba decorrere dalla data di presentazione della domanda di soddisfacimento dei crediti da parte dei lavoratori, giacché il giudice italiano è tenuto ad adottare un'interpretazione della norma nazionale di attuazione conforme alla lettura della direttiva adottata dalla Corte di giustizia nella sentenza *Maso* e, ove tale soluzione ermeneutica non sia percorribile, a disapplicare il disposto della norma nazionale in contrasto.

5. L'insolvenza del datore con sede e/o dipendenza in altro Stato membro

La direttiva 80/987 non ha dettato alcun criterio utile a determinare la disciplina nazionale applicabile e la competenza degli organismi di garanzia nazionali deputati a offrire le tutele previste dalla stessa nell'ipotesi in cui la procedura concorsuale per l'insolvenza dell'impresa datrice sia aperta in uno Stato membro diverso da quello in cui il lavoratore ha prestato la sua attività di lavoro. Tale carenza della direttiva ha comprensibilmente destato sorpresa tra gli interpreti più attenti ai profili di diritto privato internazionale³⁸ in quanto, sebbene – come rilevato dalla stessa Corte di giustizia³⁹ - originariamente la direttiva non si fosse posta l'obiettivo di creare un coordinamento tra le discipline nazionali a tutela dei crediti retributivi, ma soltanto di ridurre le distanze dettando delle previsioni minimali comuni, i lavoratori che prestano la loro attività presso dipendenze o sedi secondarie di imprese multinazionali che hanno sede in altro Stato membro sono assai numerosi e destinati ad aumentare con il progredire del processo di integrazione in seno al mercato comune.

Come era facile prevedere, dunque, la Corte di giustizia è stata investita del problema e si è pronunciata in due occasioni ma in senso parzialmente contrastante; occorre rilevare, invero, che le diverse soluzioni adottate appaiono in larga parte frutto del condizionamento che la diversità delle fattispecie esaminate ha esercitato sul ragionare della stessa Corte, conducendola a coltivare la giustizia del caso concreto, piuttosto che una salda soluzione sistematica.

³⁸ Cfr. VIARENGO, *Insolvenza del datore di lavoro e garanzia dei crediti del lavoratore nel diritto comunitario*, *Riv.dir.intern.priv.proc.*, 1999, 495 e s.; POCAR, VIARENGO, *Diritto comunitario del lavoro*, Padova, 2001, 345 e ss.

³⁹ Corte di giustizia 9.11.1995 C 479/93, *Francovich*, cit.

Dapprima, all'esito di un procedimento⁴⁰ in cui il giudice rimettente aveva manifestato perplessità nell'individuare quale fosse l'organismo nazionale tenuto a garantire i crediti vantati da una lavoratrice che aveva prestato stabilmente attività di lavoro subordinato in uno Stato membro in cui il suo datore di lavoro non solo non aveva la propria sede, ma non aveva neppure costituito una sede secondaria registrata ai fini tributari e doganali, la Corte di giustizia ha ritenuto di scegliere quale criterio di collegamento la *lex fori concursus* e cioè – secondo le previsioni dell'art.3 della Convenzione dell'Unione europea sulle procedure di insolvenza⁴¹ - la disciplina applicabile nello Stato in cui l'impresa ha la propria sede. Nella motivazione della sentenza il giudice di Lussemburgo afferma che, poiché le tutele offerte dalla direttiva 80/987 sono condizionate alla presentazione di un'istanza di apertura della procedura concorsuale volta a soddisfare i crediti dei lavoratori e all'effettiva apertura della

⁴⁰ Corte di giustizia 17.9.1997 C 117/96, *Mosbaek*, in Foro it., IV, 2000, 423 e ss.

⁴¹ Convenzione firmata a Bruxelles il 23.11.1995 dagli Stati membri della Comunità europea con esclusione di Gran Bretagna, Irlanda e Danimarca e ora trasfusa nel Regolamento n. 1346/2000 del 29 maggio 2000, in GUCE, n. L160 del 30.6.2000; l'art.3 della convenzione indica quale giudice competente ad aprire la procedura di insolvenza il giudice dello stato membro nel cui territorio è situato "il centro degli interessi principali del debitore. Per le società e le persone giuridiche si presume che il centro degli interessi principali sia, fino a prova contraria, il luogo in cui si trova la sede statutaria". Allo stesso criterio presuntivo è d'altronde ispirato il criterio di competenza territoriale dettato dall'art.9 comma 1 della legge fallimentare italiana. Lo stesso art.3 della convenzione comunitaria sulla procedura di insolvenza prevede, inoltre, che il giudice di uno Stato membro diverso da quello in cui il debitore ha la propria sede possa aprire una distinta procedura "territoriale", che produce effetti solo limitatamente ai beni del debitore che si trovano in quel territorio, nel caso in cui quest'ultimo vi abbia una propria dipendenza e l'apertura della procedura territoriale sia richiesta da un creditore che abbia domicilio residenza o sede nello Stato membro dove ritrova la dipendenza o il cui credito derivi dall'esercizio della dipendenza. La convenzione precisa che per dipendenza deve intendersi "qualsiasi luogo di operazioni in cui il debitore esercita in maniera non transitoria un'attività economica con mezzi umani e con beni". L'art.10 della convenzione garantisce comunque, indipendentemente da quale sia la giurisdizione nazionale competente per l'apertura della procedura concorsuale, che "Gli effetti della procedura di insolvenza sul contratto e sul rapporto di lavoro sono disciplinati esclusivamente dalla legge dello Stato membro applicabile al contratto di lavoro". Si esprimono nel senso della competenza del giudice fallimentare del luogo dove si trova la sede dell'impresa anche per i crediti dei lavoratori a norma della convenzione comunitaria sulle procedure di insolvenza: SALERNO, *Legge di riforma del diritto internazionale privato e giurisdizione fallimentare*, in *Riv.dir.int.priv.proc.*, 1998, 5 e ss.; DORDI, *La convenzione dell'Unione europea delle procedure di insolvenza*, *ivi*, 1997, 353 e s..

stessa, sussisterebbe un legame indissolubile tra luogo di apertura della procedura concorsuale e competenza dell'organismo nazionale deputato ad offrire dette tutele, così che quest'ultimo non potrebbe che ravvisarsi nell'organismo approntato nello Stato membro competente anche per l'apertura della procedura concorsuale. La Corte fa trasparire implicitamente le considerazioni di opportunità che sottendono alla sua decisione quando precisa che, poiché nel caso in esame la contribuzione previdenziale (e in particolare quella per il finanziamento del sistema di tutela avverso l'insolvenza datoriale) era stata effettuata dal datore di lavoro in favore del regime nazionale in cui aveva la propria sede, sia coerente ritenere che quest'ultimo debba esser tenuto a corrispondere le spettanze al lavoratore senza operare un'irrazionale dissociazione tra ente di garanzia che ha fruito della contribuzione ed ente che deve offrire le prestazioni, anche perché la direttiva non ha previsto alcun sistema di compensazione e di rimborso dei pagamenti fra gli enti di garanzia dei vari Stati membri⁴².

A breve distanza di tempo la Corte ha parzialmente corretto il tiro⁴³, ravvisando quale ente competente per il pagamento delle spettanze dovute ai lavoratori quello dello Stato in cui questi hanno esercitato la loro attività di lavoro presso una succursale o una sede secondaria dell'impresa, anche se quest'ultima abbia la propria sede principale in altro Stato membro nel quale sia stata aperta la procedura concorsuale⁴⁴. Invero la Corte è giunta a tale condivisibile conclusione sulla base di un percorso argomentativo eccessivamente laconico e in larga parte insoddisfacente nel merito. I giudici di Lussemburgo, infatti, hanno ritenuto di

⁴² Cfr. punti 24 – 27 della sentenza Corte di giustizia 17.9.1997 C 117/96, *Mosbaek*, cit.

⁴³ Corte di giustizia, sent. 16.12.1999 C 198/98, *Everson, Barrass c. Secretary of State for trade and Industry, Bell Lines Ltd*, in *Foro it.*, 2000, IV, 423 e ss.

⁴⁴ Cfr. POCAR, VIARENGO, *Diritto comunitario del lavoro*, cit., 346, ravvisano una linea di continuità tra le due pronunce in quanto in definitiva entrambe prescelgono quale criterio di collegamento alla legge applicabile la sussistenza o meno di una sede secondaria dell'impresa nel diverso Stato membro in cui ha prestato la propria attività il lavoratore.

valorizzare esplicitamente la circostanza che in questo caso, a differenza della sentenza *Mosbaek*, il datore di lavoro insolvente si avvalsesse di uno stabilimento ubicato nello Stato membro in cui prestavano permanentemente la loro attività subordinata i lavoratori i cui crediti erano rimasti insoddisfatti nella procedura concorsuale. Sebbene la Corte rilevi preliminarmente che la finalità sociale della direttiva debba far prediligere la competenza dell'ente di garanzia dello Stato membro in cui i lavoratori hanno prestato la loro attività in quanto "questo corrisponde, ..., nella maggior parte dei casi, all'ambiente sociale e linguistico che è loro familiare"⁴⁵, afferma poi che tale criterio ha una valenza meramente "supplementare" e finisce in sostanza per ravvisare quale unico elemento dirimente per la determinazione dell'ente di garanzia competente il fatto se l'impresa con sede in altro Stato membro abbia avuto o meno una sede secondaria registrata nel diverso Stato in cui sono stati impiegati i lavoratori insoddisfatti nella procedura concorsuale⁴⁶.

La direttiva 2002/74 è opportunamente intervenuta a disciplinare questo aspetto problematico della individuazione dell'ente di garanzia competente nell'ipotesi di rapporti di lavoro "transnazionali"; in questo caso, però, non ha recepito la soluzione da ultimo elaborata dalla Corte di Giustizia, ma ha adottato un diverso e, a mio avviso, più corretto criterio di attribuzione della competenza. La nuova direttiva ha previsto che, qualunque sia il luogo in cui venga aperta la procedura concorsuale avverso lo stato di insolvenza del datore di lavoro, "l'organismo di garanzia competente per il pagamento dei diritti non pagati dei lavoratori è quello dello Stato

⁴⁵ punto 22 della sentenza; VIARENGO, *Insolvenza del datore ...*, op.cit., 501 e s., sottolinea come non debba essere svalutata questa argomentazione giacché perfettamente in sintonia con l'obiettivo di abbattimento di tutte le barriere normative e fattuali che si frappongono all'effettività del principio di libera circolazione dei lavoratori nel mercato comune.

⁴⁶ cfr. punti 23 e 24 della sentenza.

membro sul cui territorio essi esercitano o esercitavano abitualmente il loro lavoro"⁴⁷. La direttiva precisa altresì che l'entità della garanzia offerta ai lavoratori è disciplinata dalla legge nazionale cui è soggetto l'organismo competente.

La novella, dunque, attribuisce rilevanza dirimente al luogo in cui il lavoratore ha prestato abitualmente la propria attività di lavoro, prescindendo del tutto dall'organizzazione dell'impresa datrice e, in particolare, dalla circostanza - valorizzata invece dalla Corte nella sua giurisprudenza - se l'impresa abbia o meno una succursale o uno stabilimento nel diverso Stato membro in cui il lavoratore sia stato impiegato rispetto a quello in cui la stessa impresa abbia la sede statutaria o, comunque, il centro dei suoi interessi. Come si è detto questa soluzione adottata dalla nuova direttiva deve ritenersi pienamente condivisibile non solo perché rispondente al fine sociale della tutela offerta dall'ordinamento comunitario avverso l'insolvenza del datore di lavoro, permettendo al lavoratore di veder soddisfatti i suoi diritti nel luogo in cui ha presumibilmente risieduto per il tempo in cui ha prestato attività di lavoro alle dipendenze di quel datore, ma anche perché - a differenza della soluzione prospettata dalla Corte - risulta perfettamente coerente con il sistema di determinazione del regime di sicurezza sociale applicabile al lavoratore con rapporti di lavoro transnazionali disegnato dal Regolamento n. 1408/71. Sorprendentemente, infatti, la Corte in entrambe le pronunce adottate sul problema non si è specificamente interrogata sulla natura delle garanzie assicurate ai lavoratori dalla direttiva 80/987 e - di conseguenza - non ne ha rilevato il carattere propriamente previdenziale. La Corte Costituzionale italiana⁴⁸ e un orientamento della Cassazione

⁴⁷ Art.8 bis ora aggiunto dalla direttiva 2002/74 al testo originario della direttiva 80/987.

⁴⁸ Cfr. Corte Cost. 5.12.1997 n. 374, in *Riv.giur.lav.*,1998,II,390, con nota di BOER.

(da ultimo però disatteso dalle Sezioni Unite)⁴⁹, invece, si sono espressi nel senso della natura previdenziale di dette garanzie in considerazione della previsione della direttiva secondo cui, sebbene gli Stati membri siano liberi di determinare in quale misura i datori di lavoro debbano contribuire al finanziamento, gli ordinamenti nazionali sono tenuti comunque ad assicurare ai lavoratori il pagamento delle prestazioni a carico degli organismi deputati indipendentemente dall'adempimento datoriale degli obblighi di contribuzione per il finanziamento del sistema di garanzia⁵⁰. La novella, pertanto, esplicita la conclusione cui si dovrebbe egualmente giungere sul piano sistematico, dato che - al fine di individuare la disciplina legale applicabile e l'organismo competente - non bisogna interrogarsi su quale sia la legge nazionale

⁴⁹ Cfr. Cass. 18.4.2001 n.5663, in *Dir.giust.*,2001,fasc.19,30; Cass. 22.5.2000 n. 5489, in *Foro it., Rep.*,2000, lavoro e previdenza (controversie),259; *contra* nel senso della natura retributiva delle spettanze garantite dal Fondo di cui alla legge n. 297 del 1982 cfr. Cass. 18.12.2001 n. 15995, in *Foro it., Rep.*,2001,Lavoro (rapporto),1609; Cass. 18.4.2001 n. 5658, in *Dir.giust.*,2001,fasc.19,28; Cass. 30.12.1999 n. 14761; in *Giust.civ. Mass.*,1999,2661; questo contrasto giurisprudenziale è stato da ultimo risolto dalle Sezioni Unite accogliendo quest'ultimo orientamento e, dunque, affermando la natura retributiva delle spettanze: cfr. Cass. SS.UU. 3.10.2002 n. 14220, inedita per quanto consta. Le argomentazioni spese dalle SS.UU. non appaiono - a mio avviso - pienamente convincenti e fortemente condizionate dalla circostanza che nel giudizio la Suprema Corte ha trattato congiuntamente e indifferentemente sia le spettanze garantite dai lavoratori per il trattamento di fine rapporto non corrisposto a norma della legge n. 297/82 che quelle per le ultime tra mensilità di retribuzione a norma del d.lgs n. 80/92. La Corte qualifica il meccanismo di garanzia di cui al d.lgs. 80/92 in termini di accollo *ex lege*, che lascerebbe quindi inalterata la natura giuridica delle obbligazioni accollate al Fondo; nel senso di tale qualificazione del meccanismo di garanzia si era già espresso in dottrina CINELLI, *op.cit.*,296. A mio avviso, però, la Corte non dà pienamente conto nella sua motivazione del fatto che il datore di lavoro sia tenuto a corrispondere durante tutta l'attività di lavoro un onere contributivo a finanziamento del Fondo, che - soprattutto - il d.lgs. preveda un termine prescrizione breve (1 anno) diverso da quello quinquennale previsto per i crediti retributivi, che l'art.2 comma 5 del d.lgs qualifichi espressamente le spettanze dovute ai lavoratori come "prestazioni", e, infine, che il d.lgs. garantisca sia avverso il rischio dell'inadempimento datoriale delle obbligazioni retributive ma anche di quelle contributive della previdenza obbligatoria e complementare. Per giungere alla pur corretta conclusione delle SS.UU., secondo cui gli importi dovuti ai lavoratori dal Fondo debbono essere computati secondo la disciplina propria dei crediti retributivi e quindi - in particolare - maggiorati di interessi e rivalutazione monetaria ai sensi dell'art.429 c.p.c., non è necessario affermarne la natura retributiva, ma soltanto chiarire che tali criteri di quantificazione si applicano perché l'oggetto della prestazione garantita è determinato dal decreto legislativo *per relationem* al credito retributivo insoddisfatto.

⁵⁰ Cfr. art.5 della direttiva 80/987 che è rimasto integralmente invariato.

applicabile alle obbligazioni inter-privati derivanti dal contratto di lavoro facendo ricorso ai criteri di collegamento dettati dagli artt. 3, 4 e 6 della Convenzione di Roma⁵¹, ma assume rilievo esclusivamente il luogo dove il lavoratore ha prestato stabilmente l'attività di lavoro dovendo trovare applicazione il disposto dell'art. 13 del Regolamento n. 1408/71. Questa norma non attribuisce alcuna rilevanza alla nazionalità dell'impresa datrice o alla circostanza se questa abbia eletto una sede secondaria nel diverso Stato membro in cui operano alcuni suoi dipendenti, ma condiziona l'assoggettamento al regime previdenziale obbligatorio vigente in quest'ultimo Stato alla sola prestazione nel suo territorio di attività lavoro di natura continuativa da parte di dipendenti dell'impresa⁵².

Nell'intento di assicurare la funzionalità del sistema di garanzia la novella prevede che gli Stati membri debbano adottare le misure necessarie affinché le decisioni giudiziali adottate nella procedura concorsuale aperta in altro Stato membro, prima fra tutte quella di dichiarazione dello stato di insolvenza, siano direttamente spendibili dai lavoratori nello Stato in cui hanno acceso alle prestazioni di tutela avendovi prestato la loro attività di lavoro. Al riguardo si segnala che il Regolamento sulle procedure d'insolvenza già prevede che la decisione di apertura di una procedura concorsuale produca in ogni altro Stato membro gli effetti previsti dalla legge del diverso Stato di apertura senza la necessità di alcuna altra formalità⁵³.

⁵¹ In q. senso anche VIARENGO, *Insolvenza del datore di lavoro ...*, op.cit.,501.

⁵² Cfr. per tutte Corte di giustizia 10.7.1986, C 60/85, Luijten c. Raad van Arbeid, in *Racc.*,1986,I-2365;

⁵³ Cfr. art.17 Regolamento CE n. 1346/2000.