1. L'esclusione delle piccole imprese da un regime nazionale di tutela dei lavoratori contro il licenziamento illegittimo, con la conseguenza che le stesse sono esentate dall'obbligo di versare le indennità previste in caso di licenziamento socialmente ingiustificato e di sostenere le spese normalmente afferenti alle controversie relative al licenziamento di lavoratori, non costituisce aiuto ai sensi dell'art. 92, n. 1, del Trattato.

   Infatti, un provvedimento di tal genere non dà luogo ad alcun trasferimento, diretto o indiretto, di risorse statali verso tali imprese, ma costituisce solo il frutto di una scelta legislativa volta a prevedere una specifica disciplina giuridica dei rapporti fra datori di lavoro e lavoratori nelle piccole imprese e ad evitare che queste ultime siano gravate da oneri finanziari tali da ostacolarne lo sviluppo.

2. Il principio della parità di trattamento dei lavoratori e delle lavoratrici riguardo alle condizioni di licenziamento, quale risulta dagli artt. 2, n. 1, e 5, n. 1, della direttiva 76/207, non osta all'applicazione di una disposizione nazionale che, all'atto di stabilire se una impresa deve o no applicare il regime di tutela contro il licenziamento illegittimo, non prenda in considerazione i dipendenti che lavorano per un numero di ore uguale o inferiore a 10 alla settimana o 45 al mese, qualora non sia appurato che le imprese escluse da tale regime impiegano un numero notevolmente maggiore di donne che di uomini. Anche se questo fosse il caso, tale misura potrebbe essere giustificata da ragioni obiettive ed estranee al sesso dei lavoratori, in quanto tendente ad alleviare gli oneri gravanti sulle piccole imprese.

RELAZIONE D'UDIENZA
presentata nella causa C-189/91 *

I — Antefatti e procedimento

1. *La normativa nazionale*

Il Kündigungsschutzgesetz [legge in materia di tutela contro il licenziamento illegittimo, nella versione risultante dal primo Arbeitsrechtsbereinigungsgesetz (legge di modifica in materia di diritto del lavoro) 25 agosto 1969, BGBl. I, pag. 1317, in prosieguo: il «KSchG»], stabilisce, come principio fondamentale, che i licenziamenti «socialmente ingiustificati» sono privi di effetti giuridici.

Ai sensi dell'art. 1 del KSchG, un licenziamento è socialmente ingiustificato allorché

* Lingua processuale: il tedesco.

non si basa «su motivazioni inerenti alla persona o al comportamento del lavoratore, oppure su esigenze preminenti dell'impresa che impediscano la prosecuzione del rapporto di lavoro del lavoratore con l'impresa stessa». In caso di controversie concernenti il licenziamento di un lavoratore subordinato, compete ai Tribunali del lavoro sindacare le motivazioni concrete che hanno indotto il datore di lavoro al licenziamento.

Se il Tribunale ritiene che il licenziamento di un lavoratore è socialmente ingiustificato, il rapporto di lavoro deve, in linea di principio, proseguire (principio della «tutela dei diritti acquisiti»). Tuttavia, qualora il Tribunale non reputi opportuna la continuazione del rapporto di lavoro, può dichiararne la risoluzione su richiesta del lavoratore o, in determinati casi, del datore di lavoro. In quest'ultimo caso, il datore di lavoro è tenuto a corrispondere al lavoratore un'indennità, il cui ammontare può raggiungere l'equivalente di un anno di retribuzione (artt. 9 e 10 del KSchG) [1].

Ai sensi dell'art. 23, n. 1, seconda e terza frase, del KSchG [2] il regime di tutela contro il licenziamento illegittimo testé descritto non si applica

«alle imprese o agli enti in cui siano normalmente occupati non più di cinque dipendenti, esclusi coloro i quali prestino attività lavorativa a fini di formazione professionale. Per la determinazione del numero dei lavoratori occupati ai sensi della seconda frase, si deve tener conto esclusivamente dei lavoratori il cui orario di lavoro normale sia superiore alle 10 ore settimanali o alle 45 ore mensili».

In tali imprese ed enti (in prosieguo: le «piccole imprese»), il datore di lavoro può effettuare un licenziamento nel rispetto del periodo di preavviso previsto dalla normativa generale, senza che il motivo del licenziamento possa essere sindacato in via giurisdizionale.

2. *La causa a quo e le questioni pregiudiziali*

La signora Kirsammer-Hack lavorava come assistente odontoiatrica presso lo studio dentistico della signora Sidal, il cui organico totale comprendeva due dipendenti a tempo pieno, due dipendenti con orario di lavoro superiore alle 10 ore settimanali, fra cui la signora Kirsammer-Hack, e quattro dipendenti occupati, in media, meno di 10 ore settimanali o di 45 ore mensili.

Il 13 febbraio 1991 la signora Kirsammer-Hack veniva licenziata, con effetto dal 31 marzo 1991. Ritenendo il licenziamento socialmente ingiustificato ai sensi del KSchG, la signora Kirsammer-Hack adiva l'Arbeitsgericht di Reutlingen al fine di far dichiarare la perdurante efficacia del contratto di lavoro con la signora Sidal anche oltre il 31 marzo 1991.

La convenuta nella causa a quo ritiene che le disposizioni del KSchG siano inapplicabili in quanto nella sua impresa sarebbero occupati

1 — Secondo il giudice di rinvio, in pratica, la maggior parte delle controversie relative al licenziamento dei lavoratori si conclude con la stipulazione di una «transazione d'indennità», in virtù della quale il datore di lavoro si impegna a versare al lavoratore un'indennità di ammontare pari agli anni di anzianità del lavoratore moltiplicato per una somma compresa fra la metà e il totale della retribuzione mensile del lavoratore interessato. Il giudice nazionale osserva che i datori di lavoro accettano di stipulare tali transazioni, da un lato, in quanto si riconoscono debitori nei confronti del lavoratore in forza di una sorta di «obbligo morale» e, dall'altro, per evitare un giudizio lungo e costoso.

2 — La terza frase è stata aggiunta dall'art. 3 del Beschäftigungsförderungsgesetz (legge sulla promozione dell'occupazione) 26 aprile 1985 (BGBl. I, pagg. 710 e seguenti).

meno di cinque lavoratori ai sensi dell'art. 23, n. 1, del KSchG.

Il giudice nazionale concorda con la convenuta. Egli ritiene tuttavia che l'art. 23, n. 1, del KSchG potrebbe essere in contrasto con il diritto comunitario.

Il giudice nazionale osserva che le piccole imprese rappresentano il 10% di tutte le imprese tedesche, occupano circa il 10% del totale dei lavoratori attivi della Repubblica federale di Germania [3] e rivestono particolare importanza in settori come l'artigianato, l'agricoltura, il commercio e la pulizia degli edifici. Esso fa inoltre notare che imprese di grandi dimensioni potrebbero rimanere escluse dal campo di applicazione del regime di protezione contro il licenziamento illegittimo assumendo un gran numero di lavoratori ad orario di lavoro inferiore alla soglia minima prevista dall'art. 23, n. 1, terza frase, del KSchG (in prosieguo: i «lavoratori ad orario ridotto»).

Il giudice nazionale osserva che, alla stregua di quanto è disposto dall'art. 23, n. 1, seconda frase del KSchG, le piccole imprese non dovrebbero essere tenute a indennizzare i lavoratori il cui licenziamento sia socialmente ingiustificato. Tenuto conto dell'ammontare delle indennità dovute in caso di licenziamento socialmente ingiustificato e delle spese processuali alle quali occorre far fronte in caso di controversia relativa al licenziamento di un lavoratore, le piccole imprese fruirebbero di un notevole vantaggio concorrenziale nei confronti delle altre imprese. Tale situazione risponde, del resto, a uno degli obiettivi perseguiti dal legislatore tedesco.

Il giudice nazionale, rifacendosi all'ordinanza dell'Arbeitsgericht di Brema 9 ottobre 1990, nella causa Sloman Neptun (cause riunite C-72/91 e C-73/91, attualmente pendenti) ritiene che l'art. 23, n. 1, seconda frase, del KSchG potrebbe costituire un aiuto per le piccole imprese, incompatibile con il mercato comune e, dunque, contrastante con l'art. 92, n. 1, del Trattato CEE.

Tuttavia, secondo il giudice nazionale, anche qualora l'art. 23, n. 1, del KSchG non costituisca aiuto nel senso dell'art. 92 del Trattato, la stessa disposizione potrebbe risultare incompatibile con il diritto comunitario per un altro motivo. L'art. 23, n. 1, terza frase, del KSchG comporta infatti, a suo parere, una discriminazione indiretta nei confronti delle donne.

Il giudice nazionale ricorda che, ai sensi dell'art. 5, n. 1, della direttiva del Consiglio 9 febbraio 1976, 76/206/CEE, relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento fra uomini e donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionali e le condizioni di lavoro (GU L 39, pag. 40; in prosieguo: la «direttiva 76/207») «l'applicazione del principio della parità di trattamento per quanto riguarda le condizioni di lavoro, comprese le condizioni inerenti al licenziamento, implica che siano garantite agli uomini e alle donne le medesime condizioni, senza discriminazioni fondate sul sesso». Inoltre, l'art. 2, n. 1,

3 — Secondo il giudice nazionale tali cifre sono destinate ad aumentare in avvenire. Tre fattori determinano tale crescita: 1) la maggiore possibilità di sostituire il fattore capitale al fattore umano, 2) i vantaggi che comporta per il datore di lavoro l'utilizzo di lavoratori ad orario ridotto (risparmio di oneri sociali) e 3) i vantaggi che comporta il lavoro ad orario ridotto per il lavoratore (riduzione dell'aliquota fiscale).

della direttiva 76/207 precisa che, nell'ambito di tale direttiva, il divieto di discriminazioni basate sul sesso riguarda non solo le discriminazioni dirette, ma anche quelle indirette.

Peraltro, il giudice nazionale rileva che la stragrande maggioranza (90%) di lavoratori il cui orario di lavoro è inferiore al limite minimo previsto dall'art. 23, n. 1, terza frase, del KSchG, sono donne. Di conseguenza, la maggior parte delle imprese escluse dal campo di applicazione del regime di tutela contro il licenziamento illegittimo, in considerazione del numero dei lavoratori ad orario ridotto che esse occupano, sono imprese che impiegano a tempo parziale personale di sesso femminile. Atteso quanto sopra, il giudice nazionale ritiene che l'art. 23, n. 1, terza frase, del KSchG comporti una discriminazione indiretta nei confronti delle donne, in contrasto con il combinato disposto degli artt. 2 e 5 della direttiva 76/207, che la ricorrente nella causa a quo può pertanto invocare.

Con ordinanza 3 maggio 1991 l'Arbeitsgericht di Reutlingen ha deciso di sospendere il procedimento e di deferire alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se l'esclusione delle cosiddette piccole imprese dal regime di tutela contro il licenziamento illegittimo, disposta dall'art. 23, n. 1, seconda frase, del Kündigungsschutzgesetz [legge in materia di tutela contro il licenziamento illegittimo, KSchG; nella versione di cui al primo Arbeitsrechtsbereinigungsgesetz (legge di modifica in materia di diritto del lavoro) 25 agosto 1969, BGBl. I, pag. 1317] sia compatibile con l'art. 92, n. 1, del Trattato CEE.

In caso di soluzione negativa della prima questione:

2) Se la disposizione dell'art. 23, n. 1, terza frase, del KSchG [nella versione dell'art. 3 della Beschäftigungsförderungsgesetz (legge sulla promozione dell'occupazione) 26 aprile 1985, BGBl. I, pagg. 710 e seguenti] rappresenti una discriminazione indiretta ai danni delle donne in contrasto con gli artt. 5 e 2 della direttiva del Consiglio 9 febbraio 1976, 76/207/CEE, relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento tra gli uomini e le donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionali e le condizioni di lavoro».

3. *Procedimento*

L'ordinanza di rinvio è stata registrata nella cancelleria della Corte il 25 luglio 1991.

Conformemente all'art. 20 del Protocollo sullo Statuto CEE della Corte di giustizia, hanno presentato osservazioni scritte per il governo tedesco, il signor Ernst Röder, Ministerialrat presso il ministero federale dell'Economia, e il signor M. Joachim Karl, Regierungsdirektor presso il medesimo ministero, in qualità di agenti; per la Commissione delle Comunità europee, il signor Michel Nolin, membro del servizio giuridico, assistito dal signor M. Claus-Michael Happe, funzionario tedesco in distacco presso la Commissione nell'ambito degli scambi con i funzionari nazionali, in qualità di agenti.

Su relazione del giudice relatore, sentito l'avvocato generale, la Corte ha deciso di passare alla fase orale senza procedere ad istruttoria.

II — Osservazioni scritte depositate davanti alla Corte

Sulla prima questione

In via preliminare, il *governo tedesco* ricorda la finalità dell'art. 23, n. 1, seconda frase, del KSchG. Esso sottolinea anzitutto come nelle piccole imprese i rapporti fra datore di lavoro e lavoratore siano soprattutto di tipo personale. L'esclusione di tali imprese dal campo di applicazione della normativa sulla tutela contro il licenziamento illegittimo risponde alla preoccupazione di evitare che, in caso di controversia fra il datore di lavoro e il lavoratore, il rapporto di lavoro debba proseguire per l'intera durata del procedimento che potrebbe essere intentato davanti al Tribunale, e forse anche oltre. Il governo tedesco aggiunge inoltre che sarebbe difficile per il datore di lavoro titolare di una piccola impresa far fronte agli oneri finanziari e amministrativi causati da una controversia avente ad oggetto l'asserita illegittimità del licenziamento del lavoratore. Di conseguenza le piccole imprese, poiché si trovano in una situazione diversa rispetto alle altre imprese, non possono essere assoggettate alla disciplina in materia di tutela contro il licenziamento illegittimo applicabile a tali altre imprese.

Quanto alla questione se una norma quale l'art. 23, n. 1, seconda frase, del KSchG costituisca un aiuto incompatibile con il mercato comune, il governo tedesco osserva in primo luogo che l'accertamento dell'incompatibilità di un aiuto con il mercato comune rientra, in ogni caso, nella competenza esclusiva della Commissione, fermo restando il controllo successivo esercitato dalla Corte. Di conseguenza, fintantoché l'esame della Commissione non si sia concluso, i singoli non possono far valere dinanzi ai giudici nazionali l'incompatibilità di un aiuto con il mercato comune (v. sentenza 22 marzo 1977, causa 78/76, Steinike & Weinlig, Racc. pag. 595, punti 9 e 10 della motivazione).

Il governo tedesco ricorda poi che il concetto di aiuto, ai sensi dell'art. 92, n. 1, del Trattato, riguarda non solo le prestazioni positive, ma anche l'esenzione dagli oneri normalmente gravanti sulle imprese. A tal proposito, esso riconosce che l'esclusione delle piccole imprese dal campo di applicazione del regime di tutela contro il licenziamento illegittimo si traduce, per queste ultime, in un duplice risparmio: per un verso, esse non devono sopportare le spese di un giudizio che le veda opposte a un lavoratore che adduca il carattere socialmente ingiustificato del suo licenziamento; per l'altro, esse non possono essere obbligate a corrispondere un'indennità al lavoratore il cui licenziamento non sia socialmente giustificato. Ciò non di meno, secondo il governo tedesco, le economie in tal modo conseguite dalle piccole imprese non implicano affatto che la loro esclusione dal campo di applicazione del regime di tutela contro il licenziamento illegittimo costituisca un aiuto.

Per quanto riguarda il risparmio delle spese processuali da parte delle piccole imprese — e la mancata riscossione delle corrispondenti somme da parte dello Stato — il governo tedesco sostiene che tale risparmio non costi-

tuisce una conseguenza diretta dalla non applicazione della disciplina in materia di tutela contro il licenziamento illegittimo. Infatti, nei casi in cui una tale disciplina è applicabile, l'esperimento di un'azione giudiziaria mirante a far dichiarare che il licenziamento non è socialmente giustificato è rimesso all'iniziativa del lavoratore interessato. Peraltro, benché la disciplina in materia di tutela contro il licenziamento illegittimo non sia applicabile alle piccole imprese, queste sono comunque assoggettate a varie disposizioni, quali quelle relative al preavviso di licenziamento e al licenziamento nell'ambito del trasferimento d'azienda. Di conseguenza, anche le piccole imprese potrebbero dover sopportare le spese di una controversia relativa al licenziamento di un lavoratore.

Quanto all'esonero dalle indennità da versare al lavoratore il cui licenziamento non sia socialmente giustificato, il governo tedesco fa notare che la corresponsione di tali indennità non rappresenta la diretta conseguenza dell'applicazione della disciplina in materia di tutela contro il licenziamento illegittimo: da un lato, quando il licenziamento non sia socialmente giustificato, tale disciplina mira a garantire la continuazione del rapporto di lavoro e non il versamento di un'indennità al lavoratore; dall'altro, sempre nel caso in cui il licenziamento non sia socialmente giustificato, il datore di lavoro è tenuto a corrispondere l'indennità solo qualora il rapporto di lavoro non possa essere proseguito o il contratto venga risolto su richiesta di una delle parti. Peraltro non è affatto escluso che nelle piccole imprese il datore di lavoro offra un'indennità al lavoratore licenziato. Infine, nell'ambito del regime di tutela contro il licenziamento illegittimo, l'indennità eventualmente dovuta al lavoratore viene versata dal datore di lavoro e non finanziata da fondi pubblici. Nel caso in cui la disciplina in materia di tutela contro il licenziamento illegittimo venga estesa alle piccole imprese, il governo tedesco ritiene che, in considerazione dell'entità dell'onere finanziario derivante dalle indennità, il suo finanziamento dovrebbe avvenire tramite un sistema di contribuzioni posto a carico di tutte le imprese interessate e rileva, a tale riguardo, che un sistema del genere penalizzerebbe le imprese i cui lavoratori vengano licenziati solo raramente.

Per contro, il governo tedesco sostiene che l'art. 23, n. 1, seconda frase, del KSchG, lungi dal configurare un'esenzione dagli oneri legali disposti in favore delle piccole imprese, rappresenti una regolamentazione dei rapporti di lavoro fra datori e lavoratori. Questa regolamentazione costituisce espressione di una politica economica generale per lo sviluppo delle piccole e medie imprese. Tale politica è conforme a uno degli obiettivi della Comunità, contemplato dall'art. 118A del Trattato, e ha trovato riscontro nella decisione del Consiglio 28 luglio 1989 concernente il miglioramento del contesto dell'attività e la promozione dello sviluppo delle imprese nella Comunità, in particolare di quelle piccole e medie (GU L 239, pag. 33).

Infine, il governo tedesco ritiene che l'art. 23, n. 1, seconda frase, del KSchG non sia in contrasto con l'art. 117, n. 1, del Trattato. Tale norma, ai sensi della quale «Gli Stati membri convengono sulla necessità di promuovere il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro della mano d'opera che consenta la loro parificazione nel progresso», riveste infatti un carattere programmatico e non è di natura tale da imporre obblighi concreti agli Stati membri (v. sentenza 8 luglio 1978, causa 149/77, Defrenne, Racc. pag. 1365, punti 19-23 e 30-32 della motivazione).

Per i motivi suddetti, il governo tedesco propone alla Corte di rispondere al giudice nazionale che l'art. 23, n. 1, seconda frase, del KSchG non costituisce un aiuto vietato dall'art. 92 del Trattato.

La *Commissione* ritiene che le piccole imprese, essendo escluse dal campo di applicazione della disciplina generale in materia di tutela contro il licenziamento illegittimo, non siano quasi mai disposte a versare un'indennità al lavoratore licenziato. Orbene, anche se il KSchG prevede il pagamento delle indennità solo in via eccezionale, la Commissione ritiene che tali indennità costituiscano un costo gravante normalmente sul bilancio delle imprese e che esso debba essere considerato come misura statale in quanto il suo versamento costituisce la diretta conseguenza della disciplina, di applicazione generale, introdotta dal KSchG.

Tuttavia, richiamandosi alla sentenza 2 luglio 1974, causa 173/73, Italia/Commissione (Racc. pag. 709, punto 33 della motivazione), la Commissione ritiene che l'esclusione delle piccole imprese dal campo di applicazione della disciplina in materia di tutela contro il licenziamento illegittimo costituirebbe un aiuto ai sensi dell'art. 92 del Trattato solo se tale esclusione non fosse giustificata da motivazioni inerenti al sistema di tutela posto in essere.

A tal proposito, essa ricorda che il sistema istituito dal KSchG si basa sul principio della «tutela dei diritti acquisiti», in forza del quale il licenziamento di un lavoratore da parte del suo datore di lavoro impedisce la continuazione del rapporto di lavoro solo nel caso in cui il licenziamento sia socialmente giustificato. Orbene, nelle piccole imprese, «fra il lavoratore e il datore di lavoro esiste un rapporto di fiducia basato sull'*intuitus personae*, onde (...) le controversie nascenti nell'ambito di tali imprese trovano difficilmente composizione» («Diritto del lavoro e relazioni professionali nelle piccole e medie imprese degli Stati membri della Comunità», Rapporto di ricerca della Commissione, Lussemburgo, 1988, pag. 51). Risulta pertanto difficile che il rapporto di lavoro fra il datore di lavoro di una piccola impresa e il lavoratore che questi ha licenziato possa proseguire nel caso in cui il licenziamento non appaia socialmente giustificato. In una piccola impresa, il datore di lavoro preferirà generalmente versare un'indennità al lavoratore il cui licenziamento non sia socialmente giustificato. Di conseguenza, un'applicazione generalizzata del KSchG alle imprese, a prescindere dalle dimensioni di queste ultime, svantaggerebbe notevolmente le piccole imprese. A tal proposito, il fatto che le controversie relative al carattere socialmente giustificato di un licenziamento si concludano generalmente in via transattiva attraverso la pattuizione di un'indennità è del tutto irrilevante in quanto tale forma di composizione non è contemplata dal KSchG e non può quindi essere presa in considerazione nel contesto dell'esame della disciplina introdotta da tale normativa.

A parere della Commissione, esistono pertanto delle motivazioni obiettive che rendono ragione di un'applicazione della disciplina in materia di tutela contro il licenziamento illegittimo limitata alle imprese che non siano piccole imprese e che siano in grado di continuare a mantenere alle proprie dipendenze il lavoratore il cui licenziamento non sia socialmente giustificato. La Commissione ritiene pertanto che l'esclusione delle piccole imprese dal campo di applicazione della disciplina in materia di tutela contro il licenziamento illegittimo non costituisca aiuto ai sensi dell'art. 92 del Trattato. Appare di conseguenza superfluo, a parer suo, stabilire se tale esclusione falsi il gioco della concorrenza o pregiudichi gli scambi fra gli Stati membri.

In considerazione di quanto precedentemente esposto, la Commissione propone di rispondere alla prima questione posta dal giudice nazionale nel seguente modo:

«L'esclusione delle cosiddette piccole imprese dal regime di tutela contro il licenziamento illegittimo, prevista dall'art. 23, n. 1, seconda frase, del Kündigungsschutzgesetz (nella versione del primo Arbeitsrechtsbereinigungsgesetz 25 agosto 1969) è compatibile con l'art. 92, n. 1, del Trattato CEE».

Sulla seconda questione

Il *governo tedesco* ricorda che una normativa nazionale dà luogo a una discriminazione indiretta a danno delle donne qualora, pur essendo formulata in modo imparziale, pregiudichi un numero maggiore di donne rispetto a quello degli uomini, salvo che tale disparità di trattamento si fondi su fattori obiettivi ed estranei a qualsiasi discriminazione basata sul sesso (v. sentenza 7 febbraio 1991, causa C-184/89, Nimz, Racc. pag. I-297). Secondo il governo tedesco, l'art. 23, n. 1, terza frase, del KSchG non comporta alcuna discriminazione nei confronti dei lavoratori di sesso femminile.

Il governo tedesco ritiene anzitutto che l'art. 23, n. 1, terza frase, del KSchG favorisca la creazione di posti di lavoro a orario ridotto. Infatti, la circostanza che i lavoratori a orario ridotto non vengano presi in considerazione nel calcolo del numero di lavoratori di cui all'art. 23, n. 1, seconda frase, del KSchG permette alle imprese con più di cinque dipendenti a tempo pieno di aumentare, se necessario, il proprio organico mediante l'assunzione di lavoratori a orario ridotto, senza che questi vengano considerati ai fini dell'applicazione della disciplina in materia di tutela contro il licenziamento illegittimo.

Il governo tedesco fa inoltre rilevare come la possibilità di applicare la disciplina in materia di tutela contro il licenziamento illegittimo a un dato lavoratore non dipenda affatto dalla circostanza che il suo orario di lavoro superi il limite minimo previsto dall'art. 23, n. 1, terza frase, del KSchG. Infatti, a prescindere dal suo orario di lavoro, un lavoratore si gioverà o meno della tutela contro il licenziamento illegittimo contemplata dal KSchG a seconda che l'impresa presso la quale presta lavoro abbia più o meno di cinque dipendenti il cui orario di lavoro sia superiore al limite minimo previsto dall'art. 23, n. 1, terza frase, del KSchG.

A parere del governo tedesco, l'art. 23, n. 1, terza frase, del KSchG potrebbe avere un effetto discriminatorio nei confronti delle donne qualora le imprese escluse dal campo di applicazione del KSchG in forza delle disposizioni dell'art. 23, n. 1, terza frase, assumessero un numero notevolmente più alto di donne che di uomini. Il governo tedesco osserva in proposito che non esiste nessuna statistica che indichi il numero di lavoratori a orario ridotto, o la ripartizione di tali lavoratori fra i due sessi, nelle imprese occupanti più di cinque lavoratori (quale che sia l'orario di lavoro di questi ultimi). I soli dati disponibili mostrano che, nel 1987, le imprese con un numero di dipendenti compreso fra 5 e 9 avevano un numero all'incirca uguale di lavoratori di sesso femminile

(1 612 067 lavoratrici) e di sesso maschile (1 578 919 lavoratori).

Di conseguenza, il governo tedesco propone di rispondere in senso negativo alla seconda questione deferita dal giudice nazionale.

In via preliminare, la *Commissione* osserva che la discriminazione alla quale darebbe luogo il KSchG riguarda la tutela dei lavoratori contro il licenziamento illegittimo, e non la loro retribuzione. Tuttavia essa ritiene che, data l'importanza fondamentale che il diritto comunitario riserva al principio della parità di trattamento, la giurisprudenza della Corte relativa al divieto di qualsiasi discriminazione indiretta in materia di retribuzioni, di cui all'art. 119 del Trattato, possa trasporsi al divieto di qualsiasi discriminazione nelle condizioni di licenziamento, di cui all'art. 5, n. 1, della citata direttiva 76/207. Essa fa però notare che, se è pur vero che a tale disposizione è stata riconosciuta efficacia diretta dalla sentenza 26 febbraio 1986, causa 152/84, Marshall (Racc. pag. 723), non è mai accaduto che alle disposizioni di una direttiva sia stata riconosciuta un'efficacia diretta orizzontale. Di conseguenza essa sostiene che la ricorrente nella causa principale non potrebbe far valere in nessun caso l'eventuale incompatibilità dell'art. 23, n. 1, del KSchG con l'art. 5, n. 1, della direttiva 76/207.

Nondimeno, dato che nel caso di specie spetta al giudice nazionale pronunciarsi sulla rilevanza della seconda questione pregiudiziale per la soluzione della controversia sottoposta alla sua cognizione, la Commissione ritiene necessario prendere posizione sul punto.

A parere della Commissione, l'art. 23, n. 1, del KSchG non svantaggia, in senso proprio, i lavoratori a orario ridotto rispetto agli altri lavoratori. Essa ritiene che ciò sia dimostrato dal fatto che, nel caso in esame, la ricorrente nella causa principale non fruisce affatto della tutela contro il licenziamento illegittimo, pur essendo il suo orario di lavoro superiore alla soglia minima prevista dall'art. 23, n. 1, terza frase, del KSchG.

L'art. 23, n. 1, del KSchG stabilisce tuttavia una disparità di trattamento fra le due categorie di lavoratori. Infatti, mentre i lavoratori occupati nelle piccole imprese sono tutelati contro il licenziamento illegittimo, quelli occupati presso le altre imprese fruiscono di tale tutela. Di conseguenza, la disciplina di cui all'art. 23, n. 1, del KSchG potrebbe dar luogo a una discriminazione nei riguardi delle donne, in contrasto con l'art. 5, n. 1, della direttiva 76/207, qualora le piccole imprese occupassero più donne che uomini.

La Commissione ritiene che, conformemente alla giurisprudenza della Corte, spetti al giudice nazionale accertare se ciò accada effettivamente (v., in particolare, sentenza 13 maggio 1986, causa 170/84, Bilka, Racc. pag. 1607).

La Commissione ricorda d'altronde che, supponendo che la disciplina dettata dal KSchG comporti una disparità di trattamento fra gli uomini e le donne, occorrerebbe esaminare se tale disparità sia o meno giustificata da fattori obiettivi, che escludano qualsiasi discriminazione basata sul sesso. La Commissione, facendo riferimento alla sentenza 13 luglio 1989, causa 171/88, Rinner-Kühn (Racc. pag. 2743), fa inoltre osservare che spetta al giudice nazionale procedere a tale esame.

Di conseguenza la Commissione propone di risolvere come segue la seconda questione sottoposta al giudice nazionale:

«Le disposizioni dell'art. 23, n. 1, del Kündigungsschutzgesetz rappresenterebbero una discriminazione indiretta ai danni delle donne, in contrasto con l'art. 2, n. 1, della direttiva 76/207/CEE, qualora dessero luogo alla conseguenza di escludere le donne, in misura maggiore degli uomini, dalla tutela generale contro il licenziamento illegittimo, a meno che lo Stato in questione non dimostri che tali disposizioni sono giustificate da fattori obiettivi, estranei a qualsiasi discriminazione fondata sul sesso. Una donna pregiudicata da una tale discriminazione non può far valere l'efficacia diretta della direttiva rispetto a un datore di lavoro privato».

III — Risposte ai quesiti della Corte

La Corte ha invitato il governo tedesco ad indicare

1) il numero totale di lavoratori subordinati di sesso maschile e il numero totale di lavoratori subordinati di sesso femminile occupati nella Repubblica federale tedesca;

2) il numero totale di lavoratori subordinati di sesso maschile e il numero totale di lavoratori subordinati di sesso femminile occupati nella Repubblica federale tedesca in imprese escluse dal campo di applicazione del Kündigungsschutzgesetz, vale a dire in imprese con cinque o meno di cinque lavoratori il cui orario di lavoro sia superiore alle 10 ore settimanali ovvero alle 45 ore mensili;

3) limitatamente alle imprese indicate al precedente punto 2, il numero totale di lavoratori subordinati di sesso maschile e il numero totale di lavoratori subordinati di sesso femminile il cui orario di lavoro sia superiore alle 10 ore settimanali o alle 45 ore mensili (ivi compresi i lavoratori a tempo pieno);

4) limitatamente alle imprese indicate al precedente punto 2, il numero totale di lavoratori subordinati di sesso maschile e il numero totale di lavoratori subordinati di sesso femminile il cui orario di lavoro sia inferiore alle 10 ore settimanali o alle 45 ore mensili.

In risposta al *primo quesito*, il governo tedesco ha dichiarato che, su un totale di 26 176 000 lavoratori subordinati occupati nella Repubblica federale di Germania nell'aprile 1990, 15 543 000 lavoratori (pari al 59,38%) erano di sesso maschile. I lavoratori di sesso femminile ammontavano a 10 633 000 (pari al 40,62% del totale dei lavoratori). Nello stesso periodo, 1 617 000 lavoratori effettuavano meno di 10 ore di lavoro a settimana. Fra di essi, 704 000 erano di sesso maschile e 913 000 erano di sesso femminile.

In ordine al *secondo, terzo e quarto quesito*, il governo tedesco ha dichiarato che le statistiche esistenti non forniscono alcun dato relativo alle aziende alle quali non sono applicabili le disposizioni del KSchG. Il censimento effettuato nel 1987 ha messo in luce unicamente i dati seguenti (il numero di imprese ed enti e il numero di lavoratori sono espressi in migliaia):

Aziende		Numero di lavoratori			
		Uomini		Donne	
Dimensioni	Numero	Totale	di cui a orario ridotto	Totale	di cui a orario ridotto
1 — 4 lav. [1]	1 608	2 608 75,0%	201	854 25,0%	551
5 — 9 lav.	495	1 579 49,5%	182	1 612 50,5%	627
Più di 9 lav.	398	11 995 59,1%	520	8 311 40,9%	2 323
Totale	2 581	16 182 60%	903	10 777 40%	3 501

J. L. Murray

giudice relatore

1 — Lav. = lavoratori