



22 MAGGIO 2019

Diritti sociali fondamentali nazionali e  
europei. A proposito di diritto alle ferie  
retribuite

di Silvana Sciarra  
Giudice della Corte costituzionale



# Diritti sociali fondamentali nazionali e europei. A proposito di diritto alle ferie retribuite \*

**di Silvana Sciarra**

Giudice della Corte costituzionale

**Sommario:** 1. Una breve premessa storica: un *ordre public relatif*. 2. Le Conclusioni dell'Avvocato generale in C-55/18. 3. Efficacia diretta orizzontale dell'art. 31(2) CDFUE: i casi *Bauer* e *Max-Planck*

## 1. Una breve premessa storica: un *ordre public relatif*

La recente giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (CGUE) in materia di diritto alle ferie retribuite fa riflettere sui tempi lunghi – forse necessari – di evoluzione che talune materie richiedono, tempi che conducono a veri e propri snodi interpretativi. Le decisioni della Grande camera *Bauer*<sup>1</sup> e *Max-Planck*<sup>2</sup>, commentate in un seminario svoltosi presso la Corte di Cassazione il 7 febbraio 2019, hanno risvegliato in me l'anima, in verità mai sopita, della giuslavorista. Le note che seguono riprendono il filo del dibattito svoltosi in quell'occasione.

Sono tornata con la memoria al confronto che si accese fra i giuslavoristi europei verso la metà degli anni 2000, incentrato sulla funzione delle norme inderogabili a fronte dell'espandersi di contratti di lavoro non-standard e, più in generale, sulle opinioni che si intrecciarono intorno al tema della flessibilità quale tecnica di gestione dei rapporti di lavoro. La disciplina europea dell'orario di lavoro si rivelò centrale in quel confronto e molto controversa, anche per la forte ostilità del Regno Unito, che ne rese difficile l'adozione e accese i toni di scontri mai attutiti sulle politiche sociali europee. La Corte di Lussemburgo ha più volte riscontrato in quell'ordinamento violazioni del diritto europeo nella materia dell'orario di lavoro e, più in generale, della tutela della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro.<sup>3</sup>

---

\* Riceviamo e volentieri pubblichiamo. Il testo prende le mosse da un convegno in tema di diritti fondamentali e Corti, tenutosi presso la Corte di Cassazione.

<sup>1</sup> Casi riuniti Corte giust. (Grande sezione) 6 novembre 2018, C-569/16 e C-570/16, *Stadt Wuppertal c. M.E. Bauer e Volker Willmeroth*.

<sup>2</sup> Corte giust. (Grande sezione) 6 novembre 2018, C-684/16, *Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften e V c. Tetsuji Schimizū*.

<sup>3</sup> Si veda, a mo' di esempio, C-131/04 e C-257/04 *Robinson-Steele c. R.D. Retail Services LTD* e *Michael Jason c. Franck Staddon LTD* relative tra l'altro a una c.d. indennità per ferie non bene chiarita nella sua funzione. La CGUE si sofferma sulla natura inderogabile del diritto alle ferie e sul suo godimento effettivo che non può essere limitato da misure legislative che tendano a limitarlo.

Non si può non ricordare che fu l'allora Avvocato generale (AG) Tizzano a evocare per la prima volta la Carta dei diritti fondamentali (CDFUE) – a quel tempo non vincolante – nel caso BECTU, anch'esso un caso inglese, che riguardava lavoratori dello spettacolo assunti con contratti a termine di breve durata e per questo esclusi dal godimento del diritto alle ferie. L'AG mise in luce la "evidente vocazione" della Carta, quando è consentito dalla natura delle disposizioni che essa prevede, a fungere da sostanziale parametro di riferimento per tutti gli attori della scena europea e suscitò commenti molto positivi da parte della dottrina.<sup>4</sup>

In particolare la dottrina francese che si occupò in quegli anni del rapporto sempre più critico fra legge e contratto collettivo richiamò, in vista del progressivo affievolirsi delle norme inderogabili, la nozione molto evocativa di *ordre public relatif* e perfino *ordre public social*, per descrivere la cornice ordinamentale complessa entro cui si sviluppa il diritto del lavoro, sempre attento, soprattutto al tempo della flessibilità, a non dimenticare il contraente debole e a farlo attraverso una trama di rinvii fra legge e contratto. Questa connessione fra fonti, che tanto positivamente ha segnato la storia del diritto del lavoro europeo, consente di contenere le tecniche regolative flessibili entro canoni normativi predeterminati e comunque tali da preservare il bene primario posto al centro delle tutele, la salute e sicurezza del lavoratore.

La sentenza *Pfeiffer*,<sup>5</sup> relativa ai lavoratori della Croce Rossa tedesca, fu accolta con interesse in quegli anni proprio perché aprì anche ai contratti collettivi lo scrutinio del giudice tenuto a interpretare il diritto nazionale in modo conforme al diritto europeo. Il rapporto virtuoso fra legge e contratto collettivo, nelle situazioni in cui taluni diritti inderogabili si prestavano a un parziale affievolimento, non rimase in quel caso fuori dall'angolo visuale della CGUE.

Vi è un'indubbia attualità di quel dibattito dottrinale e giurisprudenziale alla luce di nuove fragilità che si manifestano oggi nel mercato del lavoro. L'attenzione ora rivolta ai così detti *riders* e a quanti lavorano tramite piattaforme digitali è diffusa, data la pervasività di questo nuovo modello organizzativo, che si riflette su condizioni di lavoro singolari. In questo nuovo mondo dominato dagli algoritmi si allontanano, fino a sfumare del tutto, i canoni interpretativi utili a circoscrivere il lavoro subordinato e con esso le tutele riservate ai lavoratori, sia pure in regimi flessibili di organizzazione del lavoro. Nei nuovi lavori, tra sé molto diversi, si rintracciano con fatica i centri decisionali da cui emanano i tipici poteri del datore di lavoro e può risultare problematico determinare la nozione di luogo di lavoro e di orario, nonché provvedere all'adozione di misure per la tutela della salute e sicurezza. Queste dirompenti novità, che potrebbero disorientare l'interprete, privandolo di strumenti tradizionali di lavoro, riaprono una

---

<sup>4</sup> Concl. AG Tizzano, 8 febbraio 2001, C-173/99, *BECTU*, par. 28.

<sup>5</sup> Casi riuniti Corte giust. 5 ottobre 2004, C-397/01 a C-403/01, *Pfeiffer c. Deutsches Rotes Kreuz, Kreisverband Waldshut eV*.

riflessione sui diritti sociali e sulla loro più ampia definizione come diritti umani, adattabili a qualsiasi situazione lavorativa. In circostanze in cui potrebbe essere oscurata qualunque tutela, entrano in gioco tutti gli strumenti – nazionali, sovranazionali e transnazionali – utili a tracciare le linee dei diritti azionabili. Queste sono le premesse da tenere sullo sfondo nell'avviare una breve analisi delle recenti decisioni della CGUE in materia di diritto alle ferie retribuite, che appaiono quanto mai incisive nell'osservare fenomeni contemporanei. Si deve, infatti, auspicare che una Corte sovranazionale sappia attivare le sue potenti antenne per intercettare il tempo del cambiamento, valutando la complessiva coerenza interna dell'ordinamento europeo e la maturità degli ordinamenti nazionali a tenere alto il confronto, ogniqualevolta si avverte una qualche criticità nel garantire immediatezza alla tutela dei diritti e aumenta lo scontento dei cittadini, soprattutto con riferimento ai diritti sociali.<sup>6</sup>

A tal fine, è opportuno valorizzare interpretazioni sistematiche del diritto sociale europeo in stretto raccordo con le fonti internazionali che più rilevano nell'apprestare tutele adeguate, così da creare sinergie e rafforzare gli strumenti dell'integrazione attraverso il diritto. Il messaggio racchiuso in queste mie pagine è che tali interpretazioni sistematiche siano possibili anche al di fuori del laboratorio che il diritto sociale europeo propone nella sua lenta ma durevole evoluzione.

## **2. Le Conclusioni dell'Avvocato generale in C-55/18**

Per entrare nel merito dei temi cui intendo dare rilievo in questo mio contributo, è utile partire dalle Conclusioni dell'A.G. Pitruzzella in C-55/18<sup>7</sup>, Conclusioni in cui si evidenziano con chiarezza concetti e categorie cardine per il diritto del lavoro, quasi a volerne ribadire l'inoscidabilità. Esse sembrano raccogliere il messaggio lanciato dalle già citate sentenze della CGUE in materia di diritto alle ferie retribuite, che analizzerò in seguito.

L'A.G. parte dal presupposto che l'obbligo per gli Stati membri di introdurre una disciplina dell'orario di lavoro, tale da assicurare l'effettivo rispetto dei limiti alle prestazioni da rendere e della misurazione del lavoro prestato, è direttamente funzionale a garantire l'effetto utile della Direttiva 2003/88/CE<sup>8</sup>. Quest'ultima, nel prevedere prescrizioni minime in vista della tutela della salute e della sicurezza sui luoghi

---

<sup>6</sup> Si veda ora la Proposta di Direttiva adottata il 16 Aprile 2019 dal Parlamento Europeo *Transparent and predictable working conditions in the European Union*, che nel Considerando n. 1 richiama l'art. 31 CDFUE e nel Considerando n. 2 il Principio n. 5 del Pilastro europeo dei diritti sociali

<sup>7</sup> Concl. AG Pitruzzella, 31 gennaio 2019, C-55/18, *Federación de Servicios de Comisiones Obreras (CCOO) c. Deutsche Bank SAE*.

<sup>8</sup> Dir. 2003/88/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 4 novembre 2003, concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro.

di lavoro, attua l'art. 31 della CDFUE che al paragrafo 1 recita: "Ogni lavoratore ha diritto a condizioni di lavoro sane, sicure e dignitose" e al paragrafo 2 precisa "Ogni lavoratore ha diritto a una limitazione della durata massima del lavoro e a periodi di riposo giornalieri e settimanali e a ferie annuali retribuite". Si tratta di diritti direttamente riconducibili alla tutela della dignità umana, in altre parole al Titolo I della CDFUE, art. 1.

La disciplina europea dell'orario di lavoro nel prevedere limiti all'orario massimo e periodi di pausa e riposo, è diretta espressione delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri. Si crea dunque, in questa come in altre materie, un circolo virtuoso di fonti, peraltro già prefigurato nel Preambolo della CDFUE, a conferma del raccordo che, nell'impianto originario di quest'ultima fonte, si intendeva istituire con gli ordinamenti nazionali e in particolare con le carte fondamentali.

L'AG tiene a rimarcare che la CGUE ha riconosciuto l'importanza delle regole enunciate dalla Direttiva 2003/88, ritenendole parte essenziale della normativa sociale europea, che garantiscono a ogni lavoratore prescrizioni minime a tutela della salute e sicurezza, tutela che, a ben vedere, si estende anche al datore di lavoro e rispecchia un più diffuso interesse generale. Si viene dunque a creare un 'nesso di strumentalità' che collega la Direttiva 2003/88 con i diritti sociali fondamentali in questione riconosciuti dalla Carta. La tutela del contraente debole deve tradursi nel porre limiti all'esercizio dei poteri del datore di lavoro, anche per evitare che si attuino comportamenti dissuasivi nei confronti dei lavoratori che intendono esercitare i loro diritti.<sup>9</sup>

Il quadro integrato di tutele così tracciato è tale da garantire il bene primario della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro. Proprio questo obiettivo rafforza gli argomenti che riguardano l'effettività e la concretezza delle misure da adottare, in attuazione dell'art. 31 della CDFUE, norma di diritto primario di cui la Direttiva 2003/88/CE è concreta specificazione. A tale fonte secondaria si fa dunque risalire "l'obbligazione di risultato precisa e incondizionata" che vincola gli Stati ad adottare tutte le misure attuative della Direttiva.<sup>10</sup>

Per assicurare effettività alla tutela del lavoratore, l'AG prende in considerazione anche la gravosità dell'onere probatorio in giudizio, nel caso in cui gli Stati non si adoperino per rendere pienamente conoscibili i criteri adottati nel misurare l'orario di lavoro. Si crea, in tal modo, un nesso importante con gli obblighi di informazione che fanno capo al datore di lavoro, in forza dell'art. 27 della CDFUE.<sup>11</sup>

---

<sup>9</sup> Concl. AG, *cit.* nt. 6, par. 39-43.

<sup>10</sup> Concl. ult. cit., par. 52.

<sup>11</sup> Concl., ult. cit., par. 64 e 71.

Da quanto detto si comprende che l'interpretazione della Direttiva, così come proposta dall'AG, è teleologicamente orientata alla tutela dell'intero patrimonio di diritti riconducibili alla tutela della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro.

Si può quindi affermare, come si vedrà meglio in seguito, che quando si configura un'obbligazione positiva dello Stato, da cui dipende la garanzia effettiva di un bene primario, la disapplicazione – o non applicazione, a voler essere più precisi – da parte del giudice comune della disposizione interna contrastante con i principi fondamentali che si prefiggono di tutelare tale bene, rappresenta, oltre che un preciso obbligo per il giudice, uno stimolo pungente per il legislatore a intervenire. Questo adempimento, che si giustifica anche in ragione delle comuni finalità di armonizzazione cui gli Stati membri sono chiamati nel trasporre le Direttive, diviene tanto più pressante quanto più forte e significativa è l'appartenenza del diritto fondamentale di cui si discute alle tradizioni costituzionali comuni.

È evidente che a questa soluzione il giudice nazionale giunge dopo aver sperimentato l'interpretazione conforme al diritto europeo e dunque dopo aver utilizzato tutti gli strumenti ermeneutici di cui dispone. Il passo successivo, per sanare qualunque aporia dell'ordinamento, non può che spettare al legislatore nazionale.

Il fatto che la CGUE si sia ripetutamente pronunciata nel riconoscere al diritto europeo secondario un rilievo centrale nella definizione di nozioni europee di orario di lavoro e di istituti a esso connessi – quali le ferie retribuite – spiana la strada per interpretazioni dei giudici nazionali non creative, ma di pura conformazione degli standard interni, nella consapevolezza che l'armonizzazione richiesta dal legislatore europeo è sempre orientata al buon funzionamento del mercato interno.

Dentro lo schema stringente di un *ordre public* europeo si collocano i diritti inderogabili riconducibili a principi generali del diritto europeo, orizzontalmente interpretabili dalla CGUE e, allo stesso tempo, oggetto dell'interpretazione conforme dei giudici comuni. I diritti fondamentali, enucleabili dai principi generali, rappresentano per i cittadini la più concreta espressione della partecipazione democratica e politica nell'Unione.<sup>12</sup> Le norme imperative che si applicano al rapporto di lavoro hanno margini di adattabilità legati alla flessibilità della prestazione di lavoro, ma non tradiscono del tutto la loro funzione primaria, che consiste – per i casi di cui ci occupiamo – nel riequilibrare le posizioni dei contraenti nel contratto di lavoro.

Il diritto sociale europeo, nato sulle solide fondamenta di un diritto del lavoro con forti agganci alle tradizioni costituzionali comuni, si conferma un laboratorio affatto peculiare per elaborare criteri interpretativi orientati alla finalità originaria dei padri fondatori, quella di integrare i mercati nazionali

---

<sup>12</sup> Già in questo senso A. VON BOGDANDY, *Reverse Solange*, CMLR 2012, p. 491 con riferimento all'art. 2 e 7 del TUE.

intorno a valori fondamentali condivisi. La Corte Costituzionale, investita recentemente di una questione riguardante la parità di trattamento fra uomo e donna in materia pensionistica, ha mostrato considerazione nei confronti della CGUE nella – peraltro assai lunga – attesa che quest’ultima si pronunciasse circa la diretta invocabilità dei diritti fondamentali riconosciuti dalla Carta. Lo ha fatto senza sottovalutare la portata delle norme di diritto europeo primario che, lette in modo sistematico alla luce del diritto secondario, si atteggiano quali principi generali del diritto europeo e si prestano in quanto tali a essere oggetto di interpretazione da parte del giudice comune, cui spetta, come *ultima ratio*, non applicare la norma nazionale in contrasto con gli stessi.<sup>13</sup>

Questo costruttivo confronto fra corti non cessa, come si vede, di mostrare le sue molte valenze, tutte dense di significati istituzionalmente apprezzabili, proprio perché volte verso l’obiettivo condiviso di favorire la partecipazione dei giudici comuni al processo di integrazione e di includere in questo percorso di costante apprendimento anche le corti costituzionali, custodi al tempo stesso dei diritti fondamentali nazionali e europei.

### **3. Efficacia diretta orizzontale dell’art. 31(2) CDFUE: i casi *Bauer* e *Max-Planck***

La CGUE affronta ora con nuova energia il tema dell’efficacia diretta dei diritti sanciti dalla CDFUE, nei casi *Bauer*<sup>14</sup> e *Max-Planck*<sup>15</sup>, con un’apertura significativa della Grande Camera all’efficacia diretta orizzontale. A ben vedere, questo cammino è iniziato qualche tempo fa, con una decisione tutt’altro che marginale, che ha attratto su di sé attenzione per la drastica – e ancora una volta ribadita – distinzione fra diritti e principi nella CDFUE. Per tracciare questo percorso, che in queste pagine è limitato al cammino di alcuni rilevanti diritti sociali, è opportuno aprire una breve parentesi.

In *AMS*<sup>16</sup> si dibatteva del diritto dei lavoratori e dei loro rappresentanti all’informazione e consultazione di cui all’art. 27 CDFUE. La Corte sostenne che questa norma della Carta non è di per sé sufficiente per conferire ai singoli un diritto invocabile in quanto tale, il che comporta che la norma nazionale non conforme al diritto europeo secondario – in quel caso la Direttiva 2002/14<sup>17</sup> – non poteva essere disapplicata. Il ‘principio’ enucleabile dall’art. 27 poteva sostanziarsi soltanto attraverso le disposizioni della Direttiva. Al contrario, il principio di non discriminazione in base all’età, contenuto nell’art. 21

---

<sup>13</sup> Corte costituzionale sentenza n. 111/2017, 12maggio 2017

<sup>14</sup> Cit. alla nt 1.

<sup>15</sup> Cit. alla nt 2.

<sup>16</sup> *Association de médiation sociale*, Corte di giust., 15 gennaio 2014, causa C- 176/12.

<sup>17</sup> Direttiva 2002/14/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell’11 marzo 2002, che istituisce un quadro generale relativo all’informazione e alla consultazione dei lavoratori - Dichiarazione congiunta del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione sulla rappresentanza dei lavoratori.

CDFUE, come interpretato nel caso *Kücükdeveci*,<sup>18</sup> era, secondo la Corte, ‘di per sé sufficiente per conferire ai singoli un diritto soggettivo invocabile in quanto tale’.<sup>19</sup>

Si noti che a quest’ultima decisione la CGUE approdò dopo l’assai controverso caso *Mangold*,<sup>20</sup> che segnò in modo problematico i pur apprezzabili sforzi espansivi della giurisprudenza nella materia dei divieti di discriminazione per età. Quel caso è, ancora una volta, rivelatore dei tempi fisiologicamente lenti, necessari per la maturazione di nuovi orientamenti. Utili, e per certi versi premonitrici, le parole dell’AG Cruz Villalón in un altro caso riguardante il divieto di discriminazione in ragione dell’età, un divieto – si afferma – che non è “meno degno degli altri”, ma, proprio per la sua modernità, è “in fase di consolidamento, sottoposto ad un processo di creazione del consenso sociale e politico per alcune delle sue forme”.<sup>21</sup>

Tuttavia, la riproposizione della dicotomia fra diritti e principi – peraltro enucleabile dall’art. 51(1) CDFUE – servì a valorizzare, per lo meno da parte di alcuni commentatori orientati a vedere il bicchiere mezzo pieno, una qualche apertura della CGUE nel considerare che i principi generali del diritto europeo possono trovare fondamento nella Carta o per lo meno rinvenire in essa un completamento necessario. A seguito di *AMS* questa attenzione positiva e costruttiva della dottrina e degli interpreti si concentrò sulla sentenza *Glatzel*,<sup>22</sup> in cui erano richiamati gli articoli 21 e 26 della CDFUE in un caso di divieto di discriminazione di soggetti disabili. La Corte non mancò in quell’occasione di rimarcare che, per rendere effettivi i diritti dei disabili, gli Stati devono intervenire con azioni precise e complete.<sup>23</sup>

Da un caso controverso, quale *AMS*, in cui la Corte aveva trascurato di esaminare la portata normativa dei principi e non si era soffermata sugli obblighi che gli stessi pongono in capo agli Stati,<sup>24</sup> si passò, a distanza di poco tempo, a *Glatzel* e alla definizione di un diritto azionabile, che si traduce in circostanziate pretese dei singoli affinché lo Stato adotti misure a sostegno della disabilità. Si ritenne dunque in quel caso di specificare, a livello europeo e a livello nazionale, misure applicative di un diritto inconfutabile nella sua essenza. La natura inderogabile di questa misura antidiscriminatoria può dunque ritenersi parallela a quella individuata dalla CGUE con riferimento alla sentenza *Kücükdeveci*. Entrambe le situazioni

---

<sup>18</sup> Corte giust. 19 gennaio 2010, C-555/07, *Seda Küçükdeveci c. Swedex GmbH & co. KG*.

<sup>19</sup> *AMS*, cit. par. 47.

<sup>20</sup> Corte giust. 22 novembre 2005, C-144/04, *Werner Mangold c. Rüdiger Helm*. Questa decisione ha influenzato la posizione molto critica della Corte suprema danese in seguito alla sentenza della Corte giust. 19 aprile 2016, C-441/14, *Dansk Industri (DI) c. Successione Karsten Eigil Rasmussen*, C- Rinvio a S. SCIARRA, *Certezza del diritto e principi fondamentali del diritto europeo*, in *Liber Amicorum Antonio Tizzano*, Torino 2018, p. 879 ss., per un’analisi più dettagliata di questa complessa vicenda.

<sup>21</sup> Conclusioni dell’AG Cruz Villalón 19 maggio 2011, C-447/09, *Reinhard Prigge, et al c. Deutsche Lufthansa*, par. 32

<sup>22</sup> Corte giust. 22 maggio 2014, C-356/12, *Wolfgang Glatzel c. Freistaat Bayern*.

<sup>23</sup> *Glatzel*, par. 78.

<sup>24</sup> Come ampiamente argomentato dall’AG Cruz Villalón nelle sue Conclusioni relative alla sent. *AMS*, cit.



soggettive che danno luogo a diritti fondamentali azionabili ampliano il perimetro dell'*ordre public* e contemporaneamente circoscrivono gli ambiti dell'*ordre public relatif*. I diritti di cui si discute, inclusi nel catalogo della CDFUE, si caratterizzano per una loro trasversalità all'interno degli ordinamenti dell'UE, sia perché armonizzati, a seguito di recepimento delle Direttive,<sup>25</sup> sia per essere collegati con altre fonti internazionali. Non vi è dubbio, dunque, che in tutti questi casi si versi 'nell'attuazione del diritto dell'Unione', come indicato dall'art. 51 CDFUE.

Questa breve parentesi è servita a tracciare i passi mossi dalla CGUE sul terreno dei diritti fondamentali e a verificare la loro azionabilità, così da misurare il suo sguardo lungo, orientato verso la Carta. Non è un caso che l'AG Bot muova proprio da questa giurisprudenza nelle sue Conclusioni, ponendo in evidenza che fra le righe della sentenza *AMS* si poteva già rintracciare un'apertura verso l'efficacia diretta di disposizioni della Carta nell'ambito di controversie orizzontali, laddove si sostiene che vi sono articoli che conferiscono ai singoli "un diritto invocabile in quanto tale".<sup>26</sup>

D'altronde – lo ricorda sempre l'AG – la Corte aveva ripreso questo stesso linguaggio in *Egenberger*, a proposito di una discriminazione basata su motivi religiosi.<sup>27</sup> Nel riferirsi all'art. 21, questa volta invocato nella singolare situazione di una impresa di tendenza, la Corte ne conferma il carattere imperativo e afferma che esso è invocabile in quanto tale e deve essere letto in combinazione con l'art. 47 CDFUE, relativo a una tutela giurisdizionale effettiva, norma quest'ultima autosufficiente, che non necessita di specificazioni nel diritto dell'Unione, né in quello nazionale. Si noti che l'invito che la Corte rivolge al giudice nazionale a sperimentare l'interpretazione conforme e, in ultima analisi a disapplicare le disposizioni contrastanti, si affianca a una valutazione circa la proporzionalità del requisito occupazionale che l'impresa di tendenza adduce per negare l'assunzione.

La Corte, infatti, si fa carico di citare le fonti che garantiscono la tutela della libertà religiosa (art. 17 TFUE e 10 CDFUE, che corrisponde all'art. 9 CEDU), per rafforzare l'esigenza di bilanciare queste garanzie con le eccezioni poste dalla già citata Direttiva 2000/78 (art. 4 paragrafo 2), al fine di tutelare i lavoratori contro comportamenti discriminatori del datore di lavoro, e chiarisce che i requisiti occupazionali devono essere essenziali, legittimi e giustificati. La Corte irrobustisce ulteriormente le sue argomentazioni circa il carattere imperativo del diritto dei lavoratori a non essere discriminati proprio con il riferimento all'art. 47 della Carta che, al pari dell'art. 21, "è sufficiente di per sé e non deve essere precisato mediante

---

<sup>25</sup> La tutela dei disabili rientra fra gli obblighi relativi alla parità di trattamento di cui alla Direttiva 2000/78 CE del Consiglio, del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro. Nella stessa Direttiva rientra il divieto di discriminazione per età.

<sup>26</sup> Concl. AG Bot, 29 maggio 2018, cause riunite C-569/16, *Stadt Wuppertal, Maria Elisabeth Bauer, C-570/16, Volker Wilmeroth als Inhaber der TWI Technische Wartung und Instandsetzung Volker Wilmeroth e K. Martina Broßonn*, par. 73.

<sup>27</sup> Corte giust. 17 aprile 2018, C-414/16, *Vera Egenberger c. Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung e V.*

disposizioni del diritto dell'Unione o del diritto nazionale per conferire ai singoli un diritto invocabile in quanto tale". Pertanto, l'obbligo del giudice di applicare il principio della proporzionalità nel bilanciamento fra "diritti fondamentali concorrenti" che, in una controversia tra privati, le parti traggono dal TFUE e dalla CDFUE, "non incide in alcun modo sull'invocabilità, in una simile controversia, dei diritti in questione".<sup>28</sup>

Un'impostazione analoga, che tiene conto dell'opportuno equilibrio da instaurare fra l'etica dominante in un'impresa di tendenza e i contenuti essenziali della prestazione di lavoro, è nuovamente proposta in *IR*. Nella controversia fra un'organizzazione privata di ispirazione cattolica e un medico divorziato e poi nuovamente sposato senza che il matrimonio precedente fosse stato annullato, si ribadisce che "il divieto di qualsiasi discriminazione fondata sulla religione o sulle convinzioni personali riveste carattere imperativo in quanto principio generale del diritto dell'Unione ora sancito dall'articolo 21 della Carta", tale da conferire agli individui un diritto invocabile anche nelle controversie fra privati, nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione.<sup>29</sup>

E' ora tempo di analizzare in dettaglio le recenti sentenze in materia di diritto alle ferie retribuite e misurare la profondità del nuovo orizzonte che si va profilando.<sup>30</sup>

Alcuni elementi sono di tutta evidenza in entrambe le sentenze. Innanzi tutto un accenno deve essere fatto al linguaggio adottato dalla Corte, che definisce il diritto alle ferie annuali retribuite 'principio essenziale del diritto sociale dell'Unione' e, nel contempo, 'diritto fondamentale'. In *Bauer* si afferma, quasi a voler rimarcare una doppia funzione del diritto esaminato, che la componente patrimoniale entra a far parte del nucleo fondamentale del diritto, tanto che è da intendersi trasmissibile per via successoria agli eredi.<sup>31</sup> Non vi è dunque soltanto l'obiettivo di badare a che il lavoratore riacquisti, con il riposo, le energie e tuteli in tal modo la sua salute. Vi è anche da perseguire una compensazione patrimoniale delle ferie non godute, a causa del decesso del lavoratore. Il diritto fondamentale appartiene dunque alla sfera dei diritti incompressibili del lavoratore, tanto da svolgere un effetto – secondario rispetto a quello

---

<sup>28</sup> *Egenberger*, cit. a n. 23, par. 78 e 80. Si rinvia per un'analisi della giurisprudenza della CGUE che fa leva sull'art. 47 soprattutto in materia di diritti sociali a J. PRASSL, *Article 47 CFR and the effective enforcement of EU labour law: teeth for paper tigers?*, un contributo redatto per la Commissione europea, Centre of Excellence in labour law, Aprile 2019

<sup>29</sup> Corte giust. 11 settembre 2018, C-68/17, *IR c JQ*, par. 69. Si veda anche Corte giust. (Grande Sezione) 22 gennaio 2019, C-193/17, *Cresco Investigation GmbH c Markus Achatzi*, sempre relativa all'applicazione in via diretta dell'art. 21 CDFUE

<sup>30</sup> La novità è sottolineata nei primi commenti. Si veda E. Frantziou, *Joined cases C-569/16 and C-570/16 et al: (most of) the Charter of Fundamental Rights is Horizontally Applicable*, European Law Blog, 19 Novembre 2018; <http://europeanlawblog.eu/2018/11/19/joined-cases-c-569-16-and-c-570-16-bauer-et-al-most-of-the-charter-of-fundamental-rights-is-horizontally-applicable/>; C. Marzo, *La valeur ajoutée de la charte des droits fondamentaux en droit social européen, retour sur l'affaire Bauer*, blogdroiteuropeen <https://blogdroiteuropeen.com/2018/12/07/la-valeur-ajoutee-de-la-charte-des-droits-fondamentaux-en-droit-social-europeen-retour-sur-laffaire-bauer-par-claire-marzo/>.

<sup>31</sup> *Bauer*, cit., par. 62-63.

primario del godimento effettivo delle ferie – consistente nella sua commutazione in un bene economicamente rilevante.

In *Max-Planck* la questione è incentrata sulla fruibilità di una indennità sostitutiva di ferie non godute al momento della cessazione del rapporto di lavoro – in questo caso una serie di contratti a termine – per ragioni indipendenti dalla volontà del lavoratore. La Corte si sofferma sul pregiudizio arrecato alla sostanza stessa del diritto che in tal modo graverebbe sulla parte debole nel rapporto di lavoro. Proprio una tale condizione di debolezza comporta che non si debba far ricadere esclusivamente sul lavoratore l'onere probatorio circa la mancata richiesta di ferie annuali retribuite e la conseguente pretesa al versamento dell'indennità sostitutiva.

In entrambe le sentenze si richiamano gli “atti internazionali ai quali gli Stati membri hanno partecipato o aderito”, tra cui la Carta Sociale Europea, menzionata all'art. 151 TFUE, e la Convenzione 132 dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro del 1970, relativa ai congedi annuali retribuiti, come riveduta, e richiamata dal considerando 6 della Direttiva 2003/88 come testo di cui tener conto.<sup>32</sup> Questi raccordi con fonti internazionali rilevanti servono a dimostrare che sia l'art. 7 della Direttiva 2003/88, sia l'art. 31 CDFUE non nascono dal nulla, ma si agganciano a una risalente disciplina ‘ispiratrice’ dei precetti incardinati nel diritto UE. Il tema dell'integrazione delle tutele è quanto mai rilevante per il diritto sociale europeo, corroborato dall'esperienza di organizzazioni internazionali autorevoli, anche in ragione dell'elevato numero di stati che a esse aderiscono, e presenti sulla scena da lungo tempo.

Comuni alle due sentenze sono anche le precisazioni circa il regime delle deroghe al principio fondamentale di cui all'art. 31, paragrafo 2, rigorosamente limitate a quanto prescrive l'art. 52, paragrafo 1, CDFUE, cosicché il diritto in questione è da intendersi imperativo e incondizionato.

Infine, in entrambi i casi si evidenzia l'omogeneità di contenuti dell'art. 7 della Direttiva 93/104<sup>33</sup> e dello speculare art. 7 della Direttiva 2003/88, quest'ultima da intendersi quale fonte di “codificazione” della precedente,<sup>34</sup> e si richiama l'esatta riproposizione degli obblighi in capo agli Stati membri di adottare misure che consentono a ogni lavoratore di beneficiare “di ferie annuali retribuite di almeno 4 settimane”, secondo le leggi o le prassi nazionali.

<sup>32</sup> In tal senso anche la sentenza *Schultz-Hoff* C-350/06 e C-520/06, par. 37e 38.

<sup>33</sup> Dir. 93/104/CE del Consiglio del 23 novembre 1993, concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro.

<sup>34</sup> In *Maribel Dominguez c. Centre informatique du Centre Ouest Atlantique, Préfet de la région Centre*, 24 gennaio 2012, C-282/10, la CGUE ha dichiarato che l'art. 7 della Direttiva 2003/88 risponde a criteri di chiarezza e di precisione tali da far sorgere per gli Stati membri un obbligo di risultato incondizionato, che consiste nella previsione di ferie annuali retribuite per almeno 4 settimane. La discrezionalità lasciata agli Stati nel regolare le condizioni per accedere a questo diritto non incide sull'obbligo incondizionato che grava sugli Stati.

È di tutto rilievo questo segnale di continuità e di interna coerenza nel sistema del diritto europeo secondario, che si completa nel confronto che la Corte opera fra la formulazione letterale delle Direttive e dell'art. 31 paragrafo 2 della CDFUE. La concordanza dei termini “ferie annuali retribuite” si pone nel ragionamento della Corte come argomento di interpretazione letterale che rende ancora più chiara l'applicazione del diritto fondamentale in una situazione inequivocabilmente disciplinata dal diritto dell'Unione.<sup>35</sup>

La chiave interpretativa prescelta, come si vede, è di natura sistematica, legata tra l'altro alla complessa struttura della disciplina in materia di orario di lavoro, che prevede, per taluni istituti, quali i turni di lavoro, i riposi, l'orario straordinario, parziali scostamenti dagli obblighi inderogabili posti in capo al datore di lavoro, purché compensati da misure adeguate a tutelare la salute del lavoratore. Ebbene, l'art. 7 della Direttiva 2003/88 non rientra fra quelli evocati dall'art.17, norma quest'ultima che consente agli Stati membri di introdurre le limitate deroghe ora ricordate e di rimodulare gli orari in senso flessibile. La Corte non manca di richiamare anche questo dettaglio, a conferma della portata imperativa del diritto alle ferie retribuite.

La CGUE si fa guidare da una lettura del diritto secondario, che contiene “disposizioni incondizionate e sufficientemente precise”, in stretta connessione con l'art. 31, paragrafo 1 della CDFUE, per approdare a una soluzione innovativa. Il principio di sussidiarietà, che si impone nell'interpretazione dell'art. 51, paragrafo 1 CDFUE – secondo cui la stessa si applica alle istituzioni e agli organi dell'Unione e agli Stati membri solo nell'attuazione del diritto dell'Unione – non “esclude sistematicamente” la possibilità che essa obblighi anche soggetti privati. Nel fare riferimento alle Conclusioni dell'AG, la Corte sostiene un'applicazione estensiva della disposizione anche nei rapporti fra privati.<sup>36</sup> In tal modo essa espande e precisa l'interpretazione già molto incisiva offerta nei già citati casi *Egenberger* e *IR* e procede a una sorta di ottimizzazione dei regimi che governano i diritti sociali sanciti dalla CDFUE. Nel disegnare un quadro meno frammentario delle situazioni in cui si può invocare l'effetto diretto orizzontale di norme che appartengono al diritto primario e secondario dell'Unione, la Corte dà corpo a un “nesso di strumentalità”<sup>37</sup> che, indipendentemente dalla natura pubblica o privata del datore di lavoro, serve a garantire l'intima coerenza delle tutele riservate al contraente debole.

Non deve sorprendere l'uso, peraltro già riscontrabile in altre decisioni,<sup>38</sup> di questa espressione e la sua riscoperta con riferimento agli obblighi che gravano sul datore di lavoro, cui spetta gestire

---

<sup>35</sup> *Bauer*, par. 51-52; *Max-Planck*, par. 72.

<sup>36</sup> *Bauer*, par. 87-88; *Max-Planck*, par. 76-77.

<sup>37</sup> Di cui si è detto citando le Conclusioni dell'AG Pitruzzella *supra*, nota 6

<sup>38</sup> S veda, per esempio, sempre con riferimento al godimento delle ferie, Corte giust. (Grande sezione) 6 novembre 2018, C- 619/16 *Sebastian W Kreuziger c Land Berlin*, par.48

L'organizzazione del lavoro e con essa la disciplina dell'orario e delle ferie annuali retribuite. A proposito del regime dell'onere probatorio circa l'effettivo godimento delle ferie, l'AG Bot rileva che si deve tenere conto “della realtà dei rapporti di lavoro che si traduce in uno squilibrio tra il datore di lavoro e il lavoratore, giacché quest'ultimo può essere incentivato, in vari modi, a lavorare di più, in particolare quando spera in un rinnovo del proprio contratto”.<sup>39</sup>

In realtà la scelta operata dalla Corte non si risolve in un mero compiacimento linguistico, né in un ritorno al passato, verso l'impianto originario del diritto del lavoro. I limiti sostanziali posti ai poteri organizzativi del datore di lavoro, che si ricavano da una disciplina protettiva del contraente debole, così come il divieto di comportamenti discriminatori, rispondono a criteri di coerenza interna dell'ordinamento dell'Unione, che in questi casi si fonda sulle tradizioni costituzionali comuni e su altre fonti internazionali rilevanti. L'invocabilità dei diritti fondamentali “in quanto tali” – a voler seguire il linguaggio della CGUE – anche nei rapporti fra privati e anche in presenza di un diritto secondario compenetrato nel diritto primario, si presenta con contorni più precisi dopo le recenti decisioni qui esaminate, proprio perché i diritti che emergono sono diritti della persona.

In questa prospettiva si rafforza il riferimento che la Corte opera all'art. 47 CDFUE, collegato a uno scrutinio più severo se vi sono situazioni squilibrate fra i contraenti. L'art. 47, così interpretato, rafforza l'apparato sanzionatorio che è tipico di ciascun ordinamento nazionale, al fine di garantire una tutela effettiva ai diritti fondamentali.

La tecnica regolativa dell'armonizzazione, prediletta dal legislatore europeo fin dal primo avvio delle politiche sociali, conduce, nelle materie che qui abbiamo esaminato, all'adozione di chiari standard normativi, ben diversi dalle formule procedurali proposte nelle Direttive – sui licenziamenti collettivi e sui trasferimenti d'impresa – che videro la luce nella seconda metà degli anni Settanta dello scorso secolo. Orientate a promuovere l'efficace integrazione del mercato, attraverso un sostegno alle imprese colpite dalla crisi successiva al primo *shock* petrolifero, quelle Direttive diedero luogo a un ravvicinamento delle legislazioni nazionali che, pur riguardando la tutela dei lavoratori, si prestavano ad applicazioni flessibili, che non consentivano di individuare principi imperativi del diritto sociale europeo.

Centrale, nell'armonizzazione che qui esaminiamo, è invece la garanzia di diritti essenziali della persona, simili nella sostanza e nelle ricadute ordinarie, al principio fondamentale della libera circolazione, che comporta il divieto di discriminazione in base alla nazionalità, e al principio di parità retributiva fra uomo e donna. Non si può dimenticare che soprattutto quest'ultimo principio, presente già nel Trattato istitutivo della CEE, si è imposto quale diritto concretamente azionabile solo dopo una clamorosa

---

<sup>39</sup> Concl. AG Bot 29 maggio 2018, C- 684/16, *Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften eV*, par. 56.

decisione della Corte di giustizia,<sup>40</sup> che ne sancì l'efficacia diretta e sortì l'effetto di risvegliare i legislatori nazionali, fino ad allora rimasti inattivi.

Anche questa vicenda, come si è già detto per la lenta emersione dei divieti di comportamenti discriminatori, ci ricorda che i diritti fondamentali si consolidano attraverso la formazione di un vasto consenso sociale. Questo fenomeno di integrazione fra diritto dell'UE e società è più urgente nella materia dei diritti sociali e rispecchia un orientamento sostanzialista della CGUE, attenta con molta probabilità, all'eco più generale che le sue decisioni possono provocare in una fase difficile per l'Europa. Una tale urgenza si avverte in tutte le aree del diritto europeo in cui entrano in gioco diritti fondamentali già consolidati o in via di consolidamento, in particolare quelli che attengono alla tutela dello stato di diritto e dei principi democratici.

Fa dunque riflettere la recente giurisprudenza della CGUE in materia di ferie retribuite, poiché riapre un capitolo che credevamo di avere già letto e rimette in primo piano le più tradizionali tecniche regolative del diritto del lavoro, poste a tutela del contraente debole. Un ricorso storico, quest'ultimo, che ora si pone nel più ampio corso evolutivo del diritto europeo.

---

<sup>40</sup> Corte giust. 8 aprile 1976 C-43/75 *Defrenne II*