

O conteúdo deste arquivo provém originalmente do site na internet da Corte de Justiça da União Europeia.

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE
VERICA TRSTENJAK
presentate il 7 luglio 2011 (1)

Causa C-214/10

**KHS AG
contro
Winfried Schulte**

(domanda di pronuncia pregiudiziale, proposta dal Landesarbeitsgericht Hamm,
Germania)

«Condizioni di lavoro – Organizzazione dell'orario di lavoro – Art. 7 della direttiva
2003/88/CE – Diritto alle ferie annuali retribuite – Indennità sostitutiva delle ferie
annuali retribuite non godute al momento della cessazione del rapporto di lavoro –
Estinzione del diritto alle ferie annuali retribuite non godute per causa di malattia allo
scadere di un termine fissato dalla normativa nazionale»

Indice

I – Introduzione

II – Contesto normativo

A – Diritto dell'Unione

B – Diritto nazionale

III – Fatti, causa principale e questioni pregiudiziali

IV – Procedimento dinanzi alla Corte

V – Principali argomenti delle parti

VI – Valutazione giuridica

A – Osservazioni generali

B – Sulle questioni pregiudiziali nello specifico

1. I punti fondamentali della giurisprudenza in base alla sentenza Schultz-Hoff e a.

2. Sulla questione se la ratio dell'art. 7 della direttiva 2003/88 imponga un accumulo di diritti alle ferie e all'indennità sostitutiva

a) Argomenti a favore dell'accumulo di diritti

b) Argomenti contro l'accumulo di diritti

i) Necessità di un utilizzo vicino nel tempo

ii) Assenza di un evidente incremento dell'effetto ricreativo

iii) Svantaggi per l'integrazione economica e sociale del lavoratore

– Rischi connessi con l'integrazione del lavoratore nell'attività lavorativa

– Rischio relativo alla conservazione del rapporto di lavoro

iv) Rischio di oneri organizzativi e finanziari per le piccole e medie imprese

v) Rischio di snaturamento del diritto all'indennità sostitutiva delle ferie

c) Conclusione intermedia

3. Compatibilità con il diritto dell'Unione di una limitazione nel tempo della possibilità di riporto di diritti alle ferie e all'indennità sostitutiva

a) La sentenza Schultz-Hoff e a. come punto di partenza

b) Approcci alla limitazione nel tempo del periodo di riporto

c) Potere discrezionale degli Stati membri nella fissazione di un termine

d) Conclusione intermedia

4. Conclusioni finali

VII – Conclusione

I – Introduzione

1. Nel presente procedimento pregiudiziale, ai sensi dell'art. 267 TFUE, il Landesarbeitsgericht Hamm (in prosieguo: il «giudice del rinvio») sottopone alla Corte due questioni relative all'interpretazione dell'art. 7 della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 4 novembre 2003, 2003/88/CE, concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro (2).

2. Tali questioni sono state sollevate nell'ambito di una controversia tra il sig. Schulte, illo tempore lavoratore dipendente divenuto invalido al lavoro a seguito di una grave malattia e il suo ex datore di lavoro, la ditta KHS AG (in prosieguo: la «KHS») a proposito dell'indennità finanziaria sostitutiva delle ferie non godute per

causa di malattia. Con la sua domanda di pronuncia pregiudiziale, il giudice del rinvio solleva, in sostanza, la questione se il diritto dell'Unione, come interpretato dalla Corte nella propria giurisprudenza, imponga un accumulo dei diritti del lavoratore all'indennità sostitutiva delle ferie per diversi anni, anche quando quest'ultimo – in conseguenza di un'inabilità al lavoro protrattasi per un più lungo periodo – non sia stato nella condizione di far valere il proprio diritto alle ferie annuali retribuite.

3. La Corte è ora chiamata a sviluppare ulteriormente la propria giurisprudenza sul rapporto tra ferie annuali e congedo di malattia che trae origine dalla sentenza pronunciata nelle cause Schultz-Hoff e Stringer (3), nonché, eventualmente, a evidenziare i limiti del diritto alle ferie annuali retribuite conferito dal diritto dell'Unione e del suo correlativo diritto all'indennità sostitutiva nel caso di cessazione del rapporto di lavoro e, in particolare, per quanto riguarda le modalità con le quali rendere compatibili tra loro i rispettivi interessi del lavoratore e del datore di lavoro.

II – Contesto normativo

A – Diritto dell'Unione (4)

4. L'art. 1 della direttiva 2003/88 prevede quanto segue:

«Oggetto e campo di applicazione

1. La presente direttiva stabilisce prescrizioni minime di sicurezza e di salute in materia di organizzazione dell'orario di lavoro.

2. La presente direttiva si applica:

a) ai periodi minimi di (...) ferie annuali (...)

(...)».

5. A tenore dell'art. 7 della stessa direttiva:

«Ferie annuali

1. Gli Stati membri prendono le misure necessarie affinché ogni lavoratore benefici di ferie annuali retribuite di almeno 4 settimane, secondo le condizioni di ottenimento e di concessione previste dalle legislazioni e/o prassi nazionali.

2. Il periodo minimo di ferie annuali retribuite non può essere sostituito da un'indennità finanziaria, salvo in caso di fine del rapporto di lavoro».

6. L'art. 17 della direttiva 2003/88 prevede che gli Stati membri possano derogare a talune disposizioni della direttiva medesima. L'art. 7 della stessa non rientra tra le disposizioni alle quali è consentito derogare.

B – Diritto nazionale

7. Il Bundesurlaubsgesetz (legge federale sulle ferie minime per i lavoratori dipendenti) 8 gennaio 1963, nella versione del 7 maggio 2002 (in prosieguo: il «BUrlG»), stabilisce all'art. 1 («Diritto alle ferie») quanto segue:

«Tutti i lavoratori dipendenti hanno diritto, in ciascun anno solare, a ferie retribuite per riposarsi».

8. L'art. 3 («Durata delle ferie») del BUrlG dispone, al n. 1:

«Le ferie hanno una durata minima di 24 giorni lavorativi l'anno».

9. L'art. 7 («Periodo di godimento, riporto e monetizzazione sostitutiva delle ferie») del BUrlG prescrive ai nn. 3 e 4:

«3. Le ferie devono essere concesse e godute nell'anno solare in corso. Un riporto delle ferie al successivo anno solare è ammissibile solo qualora sussistano rilevanti ragioni legate alla gestione dell'impresa o alla persona del lavoratore. In caso di riporto, le ferie devono essere concesse e godute nei primi tre mesi del successivo anno solare (...).

4. Qualora le ferie non possano essere più concesse, integralmente o in parte, a causa della fine del rapporto di lavoro, esse devono essere monetizzate».

10. L'art. 13 del BUrlG stabilisce che i contratti collettivi possono derogare alle disposizioni precedenti, compreso l'art. 7, n. 3, del BUrlG stesso, qualora ciò non comporti un danno per il lavoratore.

11. Il contratto collettivo quadro unitario per l'industria metallurgica ed elettrotecnica della Renania settentrionale-Vestfalia del 18 dicembre 2003 (in prosieguo: il «contratto collettivo quadro») dispone, all'art. 11 («Principi relativi alla concessione delle ferie»):

«1. Il personale dipendente o in apprendistato ha diritto, in ogni anno di riferimento, a ferie retribuite, secondo quanto stabilito delle disposizioni che seguono. L'anno di riferimento è l'anno solare.

Il diritto alle ferie si estingue tre mesi dopo la fine dell'anno solare, a meno che esso sia stato fatto valere senza esito oppure che le ferie non siano state godute per ragioni di servizio.

Nel caso in cui le ferie non siano state godute a causa di malattia, il diritto ad esse si estingue dodici mesi dopo la fine del periodo di cui al n. 2.

(...)

3. Un'indennità sostitutiva del diritto alle ferie è ammissibile solo in caso di cessazione del rapporto di lavoro o di apprendistato».

III – Fatti, causa principale e questioni pregiudiziali

12. Secondo quanto affermato dal giudice del rinvio, le parti della causa principale, dopo la cessazione del rapporto di lavoro, controvertono sulla questione se la KHS debba versare al sig. Schulte l'indennità sostitutiva delle ferie per gli anni dal 2006 al 2008.

13. Dall'aprile del 1964, il sig. Schulte era impiegato come meccanico alle dipendenze della ditta KHS ovvero del suo predecessore. Il contratto collettivo quadro trovava applicazione al suo contratto di lavoro. Il diritto alle ferie annuali retribuite garantito dal contratto collettivo quadro consisteva in 30 giorni lavorativi l'anno.

14. Il 23 gennaio 2002, il ricorrente veniva colpito da infarto. Nel periodo dal 26 febbraio al 16 aprile 2002, egli si sottoponeva ad un trattamento di riabilitazione dal quale veniva dimesso con diagnosi di inabilità al lavoro. Dal 2002 il ricorrente è disabile grave. A partire dal 1° ottobre 2003 percepiva una pensione, di volta in volta a tempo determinato, in conseguenza della perdita totale della capacità lavorativa, nonché una pensione di invalidità.

15. Il 25 agosto 2008, le parti si sono accordate sulla cessazione del rapporto di lavoro con lo spirare del 31 agosto 2008.

16. Il 18 marzo 2009, il ricorrente presentava un ricorso dinanzi all'Arbeitsgericht (tribunale del lavoro) di Dortmund per ottenere l'indennità sostitutiva delle ferie non

godute per gli anni dal 2006 al 2008 equivalente a 35 giorni lavorativi per ciascun anno, complessivamente EUR 9 162,30. L'Arbeitsgericht, con sentenza 20 agosto 2009, gli riconosceva l'importo lordo di EUR 6 544,50, respingendo per il resto il ricorso. La condanna verte sull'indennità sostitutiva del diritto ad un periodo minimo di ferie stabilito per legge in 20 giorni lavorativi, nonché sul diritto per disabilità grave a 5 giorni per gli anni dal 2006 al 2008.

17. La KHS impugnava detta decisione dinanzi al giudice del rinvio. Essa sostiene che i diritti alle ferie per gli anni 2006 e 2007, in base alla disposizione di cui all'art. 11, punto 1, terzo comma, del contratto collettivo quadro, si erano in ogni caso già estinti per la scadenza del periodo di riporto. Sarebbe sproporzionato riconoscere a un lavoratore in malattia l'intero diritto alle ferie senza considerare i termini di riporto e di estinzione – nella fattispecie, per un periodo di riferimento di tre anni.

18. Il giudice del rinvio afferma che, nel caso in esame, il diritto alle ferie del sig. Schulte per l'anno 2006, basato sull'art. 11, punto 1, terzo comma, del contratto collettivo quadro, si è estinto il 3 marzo 2008. La Corte, con sentenza 20 gennaio 2009, cause riunite C-350/06 e C-520/06, Schultz-Hoff e a., avrebbe tuttavia determinato che la perdita di un diritto alle ferie allo scadere del periodo di riferimento o di un periodo di riporto è compatibile con l'art. 7, n. 1, della direttiva 2003/88, purché, però, il lavoratore interessato abbia effettivamente avuto la possibilità di esercitare questo diritto che la direttiva gli conferisce. Tale possibilità non sarebbe concessa, secondo la menzionata sentenza, a quei lavoratori in congedo per malattia per l'intera durata del periodo di riferimento e oltre il periodo di riporto fissato dalla normativa nazionale.

19. Secondo quanto sostenuto dal giudice del rinvio, il sig. Schulte, per motivi di salute, non solo presentava, oltre il periodo di riporto e sino alla cessazione del suo rapporto di lavoro, una totale incapacità lavorativa, ma era anche inabile al lavoro. Pertanto, come nel procedimento di cui alla causa Schultz-Hoff e a., egli non avrebbe potuto far valere il diritto alle ferie annuali retribuite fino al termine del suo rapporto di lavoro.

20. Nondimeno, il giudice del rinvio si chiede se, in un caso come quello in esame, debba disapplicare le disposizioni nazionali per violazione dell'art. 7, n. 1, della direttiva 2003/88. A suo avviso non è, in effetti, vincolante il fatto che la Corte abbia deciso anche, nella sentenza Schultz-Hoff e a., se l'art. 7, n. 1, della direttiva 2003/88 riconosca ai lavoratori affetti da patologie di lunga durata la possibilità di un accumulo di diritti alle ferie illimitato nel tempo. Esso fa presente che, se così fosse, il ricorrente nella causa principale avrebbe un diritto all'indennità sostitutiva di 60 giorni di ferie; facendo valere integralmente il diritto alle ferie per il periodo della sua inabilità al lavoro, il ricorrente avrebbe addirittura diritto ad un'indennità sostitutiva di 140 giorni lavorativi.

21. Il Landesarbeitsgericht Hamm ha pertanto sospeso il procedimento e sottoposto alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

Se l'art. 7, n. 1, della direttiva 2003/88/CE debba essere interpretato nel senso che osta a norme e/o prassi nazionali, per le quali il diritto a ferie minime retribuite si estingue per decorrenza del periodo di riferimento e/o di riporto, anche nel caso in cui il lavoratore sia inabile al lavoro per un periodo più lungo (e tale protratta inabilità al lavoro comporti che egli possa maturare diritti a ferie minime per diversi anni, qualora la possibilità di riportare tali diritti non sia limitata nel tempo).

In caso di soluzione negativa, se la possibilità di riporto debba sussistere per un periodo non inferiore ai 18 mesi.

IV – Procedimento dinanzi alla Corte

22. L'ordinanza di rinvio datata 15 aprile 2010 è pervenuta il 4 maggio 2010 presso la cancelleria della Corte.

23. LA KHS, il governo tedesco e il governo danese, nonché la Commissione hanno presentato osservazioni scritte entro il termine stabilito dall'art. 23 dello Statuto della Corte.

24. La Corte, nell'esercizio del suo potere di disporre misure di organizzazione del procedimento, ha rivolto al sig. Schulte ed alla KHS alcune domande sulle circostanze di fatto ai fini di una risposta scritta che è stata data entro il termine stabilito.

25. Nell'udienza del 3 maggio 2011, sono comparsi i rappresentanti processuali della KHS, del sig. Schulte, dei governi tedesco e danese, nonché della Commissione per presentare osservazioni orali.

V – Principali argomenti delle parti

26. Le tesi delle parti evidenziano numerose corrispondenze tanto per l'argomentazione quanto per le conclusioni.

27. In tal senso, *tutte le parti* sono concordi nel ritenere che la prima questione pregiudiziale debba essere risolta negativamente. Esse suggeriscono, in sostanza, che la prima questione pregiudiziale vada risolta nel senso che l'art. 7 della direttiva 2003/88 non osta a norme e/o prassi nazionali, secondo le quali il diritto alle ferie ovvero l'indennità finanziaria per le ferie di cui il lavoratore, a causa di una malattia di lunga durata, non abbia potuto godere prima della cessazione del rapporto di lavoro si estingue allo scadere di un certo termine.

28. Sia la KHS, sia il *governo tedesco* sostengono la limitazione a 18 mesi del periodo di riporto in cui il lavoratore può ancora godere delle sue ferie annuali, in quanto la direttiva 2003/88 non esigerebbe che i diritti alle ferie vengano sommati senza limiti. A tal riguardo, essi fondano la loro tesi sulla disposizione dell'art. 9, n. 1, della convenzione dell'Organizzazione internazionale del lavoro (in prosieguo: l'«OIL») 24 giugno 1970, n. 132, relativa ai congedi annuali pagati (nuova versione) (in prosieguo: la «convenzione n. 132»), che stabilisce un termine analogo. A loro avviso, detto termine realizza sia l'obiettivo di tutela della direttiva 2003/88, sia gli interessi di lavoratori e datori di lavoro. La fissazione di un termine ovierebbe, a loro parere, alle difficoltà dei datori di lavoro in merito all'organizzazione dell'orario di lavoro, ma eviterebbe altresì che essi siano tenuti eventualmente a separarsi da lavoratori affetti da patologie di lunga durata.

29. Il *governo danese* propende, del pari, per una limitazione nel tempo adeguata al fine di evitare che le ferie vengano accumulate senza limiti. A suo avviso, la ratio della direttiva 2003/88, vale a dire la garanzia della sicurezza e della salute del lavoratore, non impone di assicurare il pieno diritto alle ferie per diversi anni consecutivi. Analogamente alla KHS, il governo danese sottolinea inoltre gli oneri finanziari che ricadrebbero altrimenti sulle imprese, qualora venisse garantita, ai sensi dell'art. 7, n. 2, un diritto illimitato all'indennità. Diversamente dalla KHS e dal governo tedesco, il governo danese si astiene tuttavia dall'indicazione di un determinato limite temporale, ma invoca, al contrario, la libertà di azione degli Stati membri.

30. La Commissione afferma che non sussisterebbero elementi tali da suffragare l'ipotesi che il legislatore dell'Unione, nell'adottare la direttiva 2003/88, abbia inteso applicare *mutatis mutandis*, nei casi di patologia di lunga durata, il periodo massimo di riporto di 18 mesi dalla fine dell'anno di riferimento previsto dalla convenzione n. 132 e, a tal riguardo, realizzare un'armonizzazione delle norme e prassi nazionali. La determinazione di un periodo massimo di riporto rientrerebbe piuttosto nella competenza degli Stati membri i quali sarebbero tenuti a stabilire le modalità di applicazione dell'art. 7 della direttiva 2003/88. Detto termine dovrebbe però essere idoneo ad assicurare il conseguimento degli scopi della direttiva. Un periodo di 18 mesi è ad ogni modo, a suo avviso, compatibile con la direttiva. La Commissione segnala che dette considerazioni si estenderebbero anche al diritto all'indennità di cui all'art. 7, n. 2, tanto più che quest'ultimo costituirebbe un equivalente secondario e accessorio

rispetto al diritto primario alle ferie e pertanto sussisterebbe solo nella misura in cui da tale disposizione sia possibile derivare un diritto alle ferie.

31. Il sig. *Schulte*, nelle osservazioni espresse nel corso dell'udienza, affermava di aver richiesto un'indennità per le ferie di cui non ha potuto godere negli anni dal 2006 al 2008, ma precisava, a tal proposito, che, anche seguendo la tesi giuridica da lui sostenuta, i diritti alle ferie, come ogni altro diritto, non possono essere concessi illimitatamente. Sul punto, il ricorrente faceva riferimento alla normativa tedesca che contempla la prescrizione dei diritti alle ferie dopo il decorso di tre anni. Facendo ricorso a detta disciplina, egli avallava il potere dei giudici nazionali investiti della controversia principale di ridurre eventualmente i vantati diritti all'indennità. Nella sua replica, la *KHS* ha però contestato le menzionate osservazioni relative alla normativa tedesca e negato il potere giuridico dei giudici nazionali di procedere di loro iniziativa ad una riduzione dei diritti in questione.

32. Il sig. *Schulte* suggerisce di risolvere le questioni pregiudiziali nel senso che spetta agli Stati membri stabilire nelle proprie norme nazionali quando debbano estinguersi con precisione i diritti alle ferie di un lavoratore, prevedendo, in ogni caso, una possibilità di riporto di almeno diciotto mesi.

VI – Valutazione giuridica

A – Osservazioni generali

33. Con le sue questioni pregiudiziali, che saranno di seguito trattate congiuntamente, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se i principi giurisprudenziali enunciati dalla Corte nella sentenza *Schultz-Hoff* e a. concernenti l'interpretazione dell'art. 7 della direttiva 2003/88 siano applicabili anche in caso di congedo per malattia pluriennale di durata indeterminata che permane fino alla cessazione del rapporto di lavoro. Tali questioni mirano, dunque, fondamentalmente a chiarire se il diritto dell'Unione, in caso di malattia pluriennale del lavoratore, contempli la possibilità di un accumulo di diritti alle ferie ovvero all'indennità sostitutiva delle ferie oppure se sia consentito piuttosto agli Stati membri di disporre una limitazione nel tempo per i menzionati diritti.

34. Ai fini del chiarimento di detta questione, l'art. 7 della direttiva 2003/88 deve essere sottoposto ad un'approfondita interpretazione sulla scorta della giurisprudenza finora sviluppata dalla Corte sul rapporto tra il diritto alle ferie annuali garantito dalla normativa dell'Unione, da un lato, e il congedo per malattia, dall'altro. Tale giurisprudenza – in particolare, la summenzionata sentenza – deve essere chiarita nei suoi punti principali e inoltre esaminata per quanto riguarda le conseguenze che ne derivano per le questioni da trattare in questa sede.

35. In primo luogo, sono opportune alcune precisazioni circa l'oggetto dell'esame. Entrambe le questioni pregiudiziali riguardano, in base al loro tenore letterale, il diritto alle ferie annuali retribuite ai sensi dell'art. 7, n. 1, della direttiva 2003/88, sebbene possa essere chiaramente dedotto dall'ordinanza di rinvio che il giudice del rinvio chiede, in realtà, chiarimenti circa la portata del diritto all'indennità sostitutiva delle ferie di cui all'art. 7, n. 2, della direttiva 2003/88, tanto più che oggetto della causa principale è esclusivamente l'indennità ora fatta valere dal sig. *Schulte*, dopo la cessazione del rapporto di lavoro. A prescindere da ciò mi sembra ragionevole collegarmi immediatamente alle questioni pregiudiziali e, nell'ambito dell'esame, cominciare proprio dal diritto alle ferie annuali retribuite in base all'art. 7, n. 1. A favore di tale approccio depone la circostanza che quest'ultimo è concepito come diritto primario, mentre il diritto all'indennità sostitutiva delle ferie deve essere considerato un diritto secondario, in quanto esso deve essere garantito esclusivamente qualora non possa essere più soddisfatto il diritto alle ferie annuali retribuite a seguito della cessazione del rapporto di lavoro (5). Va aggiunto che il diritto all'indennità sostitutiva delle ferie si trova, in una certa misura, in rapporto di accessorialità rispetto al diritto alle ferie annuali retribuite, il che può evincersi, inter alia, dal fatto che la retribuzione ordinaria del lavoratore, cioè quella che deve essere mantenuta durante il periodo di riposo corrispondente alle ferie annuali retribuite, è parimenti determinante

ai fini del calcolo dell'indennità finanziaria sostitutiva delle ferie annuali non godute al momento della cessazione del rapporto di lavoro (6). Le conclusioni deducibili dall'interpretazione dell'art. 7, n. 1, della direttiva 2003/88 incideranno pertanto necessariamente sull'interpretazione dell'art. 7, n. 2.

B – *Sulle questioni pregiudiziali nello specifico*

1. I punti fondamentali della giurisprudenza in base alla sentenza Schultz-Hoff e a.

36. Come annunciato in premessa, mi dedicherò anzitutto alla questione di quali conseguenze derivino dalla sentenza Schultz-Hoff e a. relativamente alla limitazione nel tempo della possibilità di far valere diritti alle ferie ovvero all'indennità sostitutiva già acquisiti.

37. Si deve far riferimento, in limine, ai punti 22-25 della sentenza Schultz-Hoff e a., in cui la Corte ha sottolineato il rilievo assunto nella giurisprudenza del diritto alle ferie annuali retribuite. Secondo una costante giurisprudenza, esso deve essere considerato come un principio particolarmente importante del diritto sociale comunitario, al quale non si può derogare e la cui attuazione da parte delle autorità nazionali competenti può essere effettuata solo nei limiti esplicitamente indicati dalla direttiva 2003/88 (7). Attraverso l'agganciamento stabilito per legge del diritto alle ferie annuali retribuite al livello della normativa derivata, il legislatore dell'Unione intendeva garantire che un lavoratore, in ogni Stato membro, beneficiasse di un riposo effettivo, «per assicurare una tutela efficace della sua sicurezza e della sua salute» (8). Come affermato dalla Corte nelle proprie pronunce, lo scopo del diritto alle ferie annuali retribuite è di consentire al lavoratore di riposarsi e di beneficiare di un periodo di distensione e di ricreazione (9).

38. La Corte ha affermato, al punto 43 della sentenza Schultz-Hoff e a., che l'art. 7, n. 1, della direttiva 2003/88 non osta, in linea di principio, ad una normativa nazionale recante modalità di esercizio del diritto alle ferie annuali retribuite espressamente accordato dalla direttiva «che comprenda finanche la *perdita* del diritto in questione allo scadere del periodo di riferimento o di un periodo di riporto». Detto altrimenti, ciascuno Stato membro, secondo la Corte, è libero di disporre nel proprio ordinamento che il diritto del lavoratore alle ferie annuali retribuite possa essere esercitato solo entro un periodo più precisamente determinato e debba estinguersi alla scadenza di detto periodo. La Corte, nelle sue considerazioni, ha fatto specifico riferimento alla facoltà degli Stati membri di stabilire un periodo di riporto con il quale venga concessa al lavoratore impossibilitato a godere delle ferie annuali un'ulteriore possibilità di fruirne. La Corte ha motivato le sue affermazioni, in sostanza, con il fatto che «la determinazione di un siffatto periodo rientra nelle condizioni di esercizio e di attuazione del diritto alle ferie annuali retribuite e ricade, dunque, nell'ambito di competenza degli Stati membri» (10). Pertanto, la direttiva 2003/88 consente, in linea di massima, di prevedere un'estinzione del diritto alle ferie annuali retribuite.

39. Tuttavia, è importante notare che la Corte ha collegato la facoltà degli Stati membri di disporre l'estinzione del diritto alle ferie annuali retribuite ad una condizione essenziale e precisamente alla circostanza che il lavoratore che ha perso tale diritto «abbia effettivamente avuto la possibilità di esercitare questo diritto che la direttiva gli conferisce» (11).

40. La Corte non ha considerato sussistente detta condizione nella fattispecie sottostante alla causa Schultz-Hoff e a. In quel caso era in questione una possibilità di riporto di soli sei mesi (12). La Corte, tenendo conto delle peculiarità di quella causa, ha affermato che «un lavoratore il quale si trovi in congedo per malattia per l'intera durata del periodo di riferimento e oltre il periodo di riporto fissato dal diritto nazionale, non ha periodi di tempo in cui fruire delle ferie annuali retribuite» (13). Il procedimento argomentativo della Corte mi sembra evidentemente ispirato dall'idea del più ampio possibile effetto utile del diritto alle ferie annuali retribuite conferito dal diritto dell'Unione, la cui realizzazione non può essere frustrata da ostacoli posti dalla normativa nazionale. Esso si basa su due principali linee argomentative che tratterò brevemente di seguito.

41. Da un lato, si collega alla circostanza che il congedo per malattia mira esclusivamente alla finalità del ristabilimento (14) e che il lavoratore, durante la malattia, non sarà normalmente in grado di esercitare il proprio diritto alle ferie annuali retribuite. Ammettere – come fa la Corte al punto 45 della sentenza – che, nelle circostanze specifiche di inabilità al lavoro descritte al punto precedente, le disposizioni nazionali pertinenti, segnatamente quelle che fissano il periodo di riporto, possano prevedere l'estinzione del diritto del lavoratore alle ferie annuali retribuite, garantito dall'art. 7, n. 1, della direttiva 2003/88, senza che il lavoratore abbia avuto la possibilità effettiva di esercitare tale diritto, significherebbe accettare che queste disposizioni violino il diritto sociale direttamente conferito dall'art. 7 di detta direttiva ad ogni lavoratore.

42. Dall'altro lato, la Corte ha affermato, al punto 48 della sentenza, che gli Stati membri non possono escludere il sorgere del diritto alle ferie annuali retribuite, come non possono prevedere l'estinzione di tale diritto in una situazione come quella del ricorrente nella causa principale, il quale era in congedo per malattia per l'intera durata del periodo di riferimento e del periodo di riporto. Detta linea argomentativa si riallaccia alla giurisprudenza della Corte a partire dalla sentenza BECTU (15), secondo cui «gli Stati membri possono dunque definire, nella loro normativa interna, le condizioni di esercizio e di attuazione del diritto alle ferie annuali retribuite, ma non possono affatto condizionare la costituzione stessa del diritto, che scaturisce direttamente dalla direttiva 93/104».

43. La Corte considera pertanto la questione della possibilità di riporto nel tempo di diritti alle ferie come una *modalità di realizzazione*, la cui disciplina rientra nella competenza degli Stati membri. Tale competenza regolamentare degli Stati membri incontra, tuttavia, un limite laddove la disciplina adottata pregiudica l'effettività del diritto alle ferie annuali retribuite nella misura in cui non sia più garantito il conseguimento della finalità del diritto alle ferie.

44. Da quanto premesso la Corte, al punto 49 della sentenza, ha tratto la conclusione che l'art. 7, n. 1, della direttiva 2003/88 deve essere interpretato nel senso che osta a disposizioni o a prassi nazionali le quali prevedano che il diritto alle ferie annuali retribuite si estingua allo scadere del periodo di riferimento e/o di un periodo di riporto fissato dal diritto nazionale anche quando il lavoratore è stato in congedo per malattia per l'intera durata del periodo di riferimento e la sua inabilità al lavoro è perdurata fino al termine del rapporto di lavoro, ragione per la quale egli non ha potuto esercitare il suo diritto alle ferie annuali retribuite.

45. La Corte, al punto 62 della sentenza, ha stabilito che ciò deve valere *mutatis mutandis* per l'indennità finanziaria prevista dall'art. 7, n. 2, della direttiva 2003/88, richiamando nell'argomentazione, in sostanza, l'identità di funzione dei diritti disciplinati dall'art. 7 della direttiva 2003/88. Il pagamento di un'indennità finanziaria, da concedersi al lavoratore dopo la cessazione del rapporto di lavoro, evita che gli venga impedito, in ragione dell'impossibilità dell'esercizio del diritto alle ferie annuali, il godimento di tale diritto. Secondo quanto rilevato dalla Corte, la direttiva 2003/88 tratta il diritto alle ferie annuali e quello all'ottenimento di un pagamento a tal titolo come «due aspetti di un unico diritto». Per tale motivo essa ha affermato che tale disposizione della direttiva deve essere interpretata nel senso che osta a disposizioni o a prassi nazionali qualora, al momento della cessazione del rapporto di lavoro, il lavoratore nelle summenzionate circostanze non ottenga alcuna indennità finanziaria sostitutiva delle ferie annuali retribuite non godute.

46. Va però osservato che – diversamente dalla causa in esame – la Corte, nella causa Schultz-Hoff e a., non era tenuta a pronunciarsi sulla questione se una limitazione del periodo di riporto a diciotto mesi costituisse una condizione conforme al diritto dell'Unione ai fini dell'ottenimento del periodo minimo di ferie annuali ai sensi dell'art. 7, n. 1, della direttiva 2003/88. Occorre ricordare, a tal proposito, che il procedimento principale nella causa citata verteva sui diritti alle ferie del lavoratore per gli anni 2004 e 2005, essendo cessato il rapporto di lavoro alla fine di settembre del 2005. Pertanto, in quella causa, avrebbe potuto sollevarsi tutt'al più la questione se i controversi diritti alle ferie potessero cadere in prescrizione nel periodo di nove mesi.

Tuttavia, tale questione non ha costituito oggetto di quella domanda di pronuncia pregiudiziale. La situazione di partenza nella presente causa è sostanzialmente diversa. In considerazione del fatto che, nella fattispecie de qua, il sig. Schulte chiede l'indennità sostitutiva delle ferie per gli anni dal 2006 (a cominciare dal 1° gennaio 2006) (16) al 2008 (fino alla cessazione del rapporto di lavoro, verificatasi il 31 agosto 2008) e la realizzazione di tali diritti presupporrebbe un periodo di riporto della durata superiore ai diciotto mesi, la questione sollevata dal giudice del rinvio nella presente causa in relazione alla possibilità di una limitazione nel tempo si presenta senz'altro bisognosa di chiarimento.

47. Occorre dunque constatare che la Corte non ha finora preso espressamente posizione sulla questione se, allo stato attuale della normativa, sia imposto un accumulo temporalmente illimitato di diritti alle ferie e all'indennità sostitutiva risultante dall'assenza dei lavoratori dipendente da causa di malattia, benché la sentenza Schulz-Hoff e a. sia stata talvolta interpretata in tal senso. La presente causa offre ora alla Corte la possibilità di precisare la giurisprudenza finora sviluppata e di fare chiarezza su tale questione controversa.

2. Sulla questione se la ratio dell'art. 7 della direttiva 2003/88 imponga un accumulo di diritti alle ferie e all'indennità sostitutiva

48. Tenuto conto delle peculiarità del caso principale, in particolare alla luce degli interessi contrastanti delle parti della causa principale, si pone legittimamente la questione se un accumulo di diritti alle ferie e all'indennità sostitutiva sia in assoluto giuridicamente necessario per conseguire le finalità della direttiva. In occasione dell'ulteriore sviluppo della propria giurisprudenza sulla normativa in materia di ferie, la Corte deve prestare attenzione ad individuare una soluzione adeguata che tenga conto in ugual modo degli interessi del lavoratore e del datore di lavoro. Una precisazione in via interpretativa della portata dei diritti accordati al lavoratore dall'art. 7 della direttiva 2003/88 mi sembra opportuna al fine di evitare che tali diritti non conseguano, in ultima analisi, lo scopo loro assegnato dalla norma.

49. Nel prosieguo affronterò tale questione, illustrando una serie di ragioni sia favorevoli sia contrarie all'obbligo di un accumulo di diritti alle ferie che devono essere analizzate in base alla loro pertinenza ed eventualmente messe a confronto.

a) Argomenti a favore dell'accumulo di diritti

50. La stessa sentenza Schultz-Hoff e a. potrebbe fornire alcuni argomenti per sostenere l'opinione che, almeno in certe ipotesi, caratterizzate da periodi di malattia del lavoratore di lunga durata, sia necessario un accumulo illimitato di diritti alle ferie e all'indennità sostitutiva per periodi più lunghi.

51. A favore di ciò potrebbe deporre, da un lato, il fatto che detta sentenza abbia lasciato del tutto aperta la possibilità, in linea di principio, di estinzione e prescrizione di tali diritti nel caso di una malattia di lunga durata del lavoratore. Al riguardo, verrebbe però ignorata la circostanza che in quelle cause non si era presentata l'opportunità di pronunciarsi su tale aspetto. Pertanto, non trovo convincente tale argomento.

52. Dall'altro, si può addurre come argomento l'incertezza tipicamente connessa con uno stato patologico. Sebbene tale aspetto riguardi punti di fatto, alla luce delle conseguenze giuridiche connesse, esso deve essere tuttavia incluso nell'analisi. La Corte ha fatto riferimento a detto aspetto anche nel punto 51 della menzionata sentenza, in cui ha dichiarato correttamente che «la sopravvenienza di un'inabilità al lavoro per causa di malattia è imprevedibile». L'insorgere di uno stato patologico si presenta dunque non di rado altrettanto poco prevedibile della stessa fine della malattia. Non da ultimo per tale motivo un'inabilità al lavoro, cui fa riferimento anche il giudice del rinvio nella sua ordinanza (17), dovrà essere accertata positivamente facendo ricorso a indagini mediche. Ciò serve a creare certezza giuridica nel rapporto tra lavoratori e datori di lavoro. Infatti, se vi è incertezza – come nella fattispecie in

esame – sulla questione se il lavoratore possa ristabilirsi in futuro, allora non va escluso a priori che i diritti alle ferie ovvero all'indennità sostitutiva delle ferie vengano accumulati per anni senza che abbia luogo il reinserimento del lavoratore nella vita lavorativa. In ogni caso, dovrebbe risultare pacifico che, come una malattia non può costituire un motivo addebitabile al lavoratore per la sua assenza dal posto di lavoro, così la stessa malattia non può essere utilizzata come occasione per sottrargli il diritto alle ferie garantito dalla normativa dell'Unione. Sarebbe congruente con detta argomentazione il fatto di pretendere, in una situazione come quella di cui alla causa principale, un accumulo illimitato di diritti alle ferie.

53. L'opinione secondo cui dovrebbe essere necessario un accumulo illimitato di diritti alle ferie ovvero all'indennità sostitutiva non si può tuttavia confutare con l'argomento che sarebbe la stessa malattia a sottrarre al lavoratore la possibilità di esercitare il diritto conferitogli dalla direttiva. Come ha chiaramente precisato la Corte nella sentenza Schultz-Hoff e a., ad un lavoratore spettano i diritti derivanti dall'art. 7 della direttiva a prescindere dal fatto che nel periodo di riferimento o di riporto egli fosse malato oppure no. Ciò si evince dal punto 40 della sentenza, in cui la Corte ha dichiarato che la direttiva 2003/88 «non pone alcuna distinzione tra i lavoratori assenti dal lavoro a titolo di congedo per malattia, sia esso di durata breve oppure indeterminata, durante il periodo di riferimento, e quelli che hanno effettivamente lavorato nel corso di tale periodo». Come risulta ancora dal punto 41 della sentenza, ad avviso della Corte, «ne consegue che, per i lavoratori in congedo per malattia debitamente prescritto, il diritto alle ferie annuali retribuite, che scaturisce per ogni lavoratore dalla stessa direttiva 2003/88, non può essere subordinato da uno Stato membro all'obbligo di avere effettivamente lavorato durante il periodo di riferimento stabilito da detto Stato» (18). Pertanto, detta giurisprudenza potrebbe essere interpretata anche nel senso che uno stato patologico del lavoratore di lunga durata, di cui non sia a priori prevedibile la fine, non costituisce un motivo legittimo per negare un accumulo illimitato di diritti alle ferie ovvero all'indennità sostitutiva delle ferie.

54. Si potrebbe ancora fare un'osservazione di diverso tipo su tale aspetto al fine di sgombrare il campo da un equivoco che soggiace evidentemente all'argomentazione della KHS. Alla luce della chiara posizione assunta dalla Corte relativamente all'intangibilità del diritto alle ferie annuali persino nei casi di malattia di lunga durata, devono essere respinte le considerazioni della KHS che implicano il fatto di negare al lavoratore un diritto alle ferie a seguito della sua assenza dipendente dalla malattia. Sulla base della già descritta stretta connessione di entrambi i diritti (19), dovrebbe valere lo stesso, ai sensi dell'art. 7, n. 2, per il diritto all'indennità sostitutiva per le ferie annuali non godute, che non può di certo essere obliterato facendo riferimento all'impossibilità di realizzare il diritto all'indennità sostitutiva delle ferie in ragione di uno stato patologico che potrebbe risultare di lunga durata (20).

55. La sentenza Schultz-Hoff e a. potrebbe allora fornire elementi a sostegno dell'opinione per cui, in determinate ipotesi, caratterizzate da lunghi periodi di malattia del lavoratore, si ritenga necessario un accumulo illimitato di diritti alle ferie e all'indennità sostitutiva anche per lunghi periodi di tempo (21). L'applicazione di una siffatta interpretazione di detta giurisprudenza alla fattispecie della causa principale comporterebbe che al sig. Schulte spetta un diritto all'indennità sostitutiva delle ferie da lui non godute per gli anni 2006-2008.

b) Argomenti contro l'accumulo di diritti

56. Per anticipare il risultato della mia analisi, non condivido l'opinione secondo cui è giuridicamente necessario un accumulo di diritti alle ferie al fine di conseguire l'auspicato scopo ricreativo. Una siffatta interpretazione dell'art. 7 della direttiva 2003/88 mi sembra, in effetti, andar contro gli interessi sia dei lavoratori sia dei datori di lavoro. Nel prosieguo sarà esposta una serie di argomenti a sostegno della mia tesi.

i) Necessità di un utilizzo vicino nel tempo

57. Affinché le ferie esplicino pienamente il loro effetto positivo sulla sicurezza e sulla salute del lavoratore, esse devono essere prese, in linea di principio, come

affermato dalla Corte nella sentenza *Federatie Nederlandse Vakbeweging* (22), nell'anno all'uopo previsto, cioè l'anno in corso, sebbene tale periodo di riposo rimanga interessante sotto tale profilo anche se sia goduto in un momento successivo, ad esempio nel corso del periodo di riporto. Come giustamente osservano il governo tedesco (23), la Commissione (24) e la KHS (25), tale giurisprudenza deve essere intesa nel senso che è assolutamente necessaria una certa contiguità temporale tra il periodo di riferimento e l'effettivo godimento delle ferie annuali (26). Quantunque i periodi di malattia, come è stato confermato anche dalla giurisprudenza, non costituiscano di certo un motivo giuridicamente lecito per un rifiuto delle ferie annuali da parte del datore di lavoro, il diritto alle ferie esprime così incontestabilmente una determinata finalità. Quest'ultima consiste, in particolare, nel fatto che tra il lavoro precedentemente prestato e le ferie si riscontri una relazione sia temporale sia causale. In tale contesto non è comprensibile in che modo le ferie siano chiamate a svolgere la loro funzione qualora vengano utilizzate solo dopo un'assenza di diversi anni dal posto di lavoro. Lo scopo delle ferie annuali, consistente nel ritemperarsi dagli impegni e dallo stress dell'anno di lavoro e nel rigenerare energie per affrontare il resto dell'anno tramite il relax e il tempo libero disponibile durante le ferie, non viene conseguito attraverso il godimento di dette ferie solo dopo alcuni anni.

ii) Assenza di un evidente incremento dell'effetto ricreativo

58. D'altronde non si vede in che misura un accumulo di diritti alle ferie per diversi anni sia assolutamente necessario per garantire la finalità ricreativa. Normalmente il riposo cui sono finalizzate le ferie potrebbe essere ancora garantito ove vengano concesse le ferie nuovamente maturate nell'anno seguente. Non è stato esposto dalle parti né sembra oggettivamente provato che un raddoppio o addirittura una triplicazione del periodo minimo di ferie determini un incremento dell'effetto ricreativo (27). Piuttosto sembra pertinente e adeguato porre le ferie in un rapporto quantitativamente proporzionato all'effettivo bisogno di riposo. Un siffatto rapporto può essere raggiunto attraverso la concessione di ferie la cui durata superi il periodo minimo di ferie annuali di quattro settimane stabilito dall'art. 7, n. 1, della direttiva 2003/88, senza però costituirne un mero multiplo.

iii) Svantaggi per l'integrazione economica e sociale del lavoratore

– Rischi connessi con l'integrazione del lavoratore nell'attività lavorativa

59. Nell'ambito dell'analisi sulla necessità giuridica di un eventuale accumulo di diritti alle ferie, mi sembra inoltre necessario approfondire un altro aspetto sul quale la KHS, a mio avviso giustamente, ha attirato l'attenzione. Il riposo del lavoratore cui sono finalizzate le ferie annuali ha luogo, sotto il profilo economico, nel comune interesse del lavoratore e del datore di lavoro. Se si prende in considerazione il lavoro umano come fattore di produzione, sia nella forma di lavoro manuale sia di impiego di conoscenze (capitale umano), allora sussiste senza dubbio un interesse fondamentale del datore di lavoro a che il lavoratore, dopo aver fruito del suo diritto alle ferie annuali, si integri di nuovo nell'attività lavorativa e metta a disposizione dell'azienda le proprie capacità. Tale interesse potrebbe coincidere precisamente con quello del lavoratore, tanto più che deve ritenersi ragionevolmente che, al termine di periodi di assenza causata dalla malattia, la reintegrazione del lavoratore nella vita lavorativa costituisca normalmente una priorità. Occorre concordare con la KHS che deve essere concessa al lavoratore guarito una possibilità di reintegrarsi nell'attività lavorativa. Se questi vi venisse nuovamente sottratto al di là delle ferie annuali spettanti, ricorrendo a ferie di lunga durata e ininterrotte, si dovrebbe temere che ciò possa avere effetti controproducenti sulla sua carriera professionale (28).

60. Non può però essere stata nelle intenzioni del legislatore dell'Unione la concessione di un diritto sociale al lavoratore la cui attuazione abbia per effetto indiretto di aumentare la sua emarginazione economica e sociale. Va rammentato, a tal proposito, semplicemente che la direttiva 2003/88 è stata adottata sul fondamento dell'art. 137, n. 2, CE per proteggere la sicurezza e la salute dei lavoratori, per cui l'attività normativa del legislatore dell'Unione è destinata, in forza dell'art. 137, n. 1, CE, a contribuire al raggiungimento delle finalità menzionate nell'art. 136 CE. Detta

disposizione del Trattato ha bensì un carattere programmatico, ma ciò non vuol dire che non possa avere alcun effetto giuridico vincolante. Un riconosciuto ruolo essenziale le è assegnato nell'interpretazione di altre norme del Trattato e del diritto derivato nel settore sociale (29). Tale disposizione prescrive come obiettivi vincolanti «una protezione sociale adeguata» del lavoratore, ma anche la «promozione dell'occupazione», nonché «lo sviluppo delle risorse umane atto a consentire un livello occupazionale elevato e duraturo e la lotta contro l'emarginazione». È perciò necessario evitare un'interpretazione dell'art. 7 della direttiva 2003/88 che contrasti con un'integrazione del lavoratore in congedo per malattia di lunga durata nel mercato del lavoro.

– Rischio relativo alla conservazione del rapporto di lavoro

61. Un'interpretazione dell'art. 7 della direttiva 2003/88 favorevole ad un accumulo temporalmente illimitato di diritti alle ferie ovvero all'indennità sostitutiva potrebbe inoltre produrre gravi conseguenze che metterebbero in discussione, in ultima analisi, la natura prima facie protettiva del lavoratore di siffatta interpretazione. Come si può evincere dalle precedenti osservazioni, è il rapporto di lavoro ad essere e a rimanere la chiave per l'integrazione economica e sociale del lavoratore. A tal proposito, va considerato che gli svantaggi derivanti per il datore di lavoro sia da una lunga assenza del lavoratore, sia dall'onere finanziario costituito dall'accumulo di diritti alle ferie ovvero all'indennità sostitutiva – su cui mi soffermerò dettagliatamente nelle mie ulteriori osservazioni – sono potenzialmente idonei a indurlo, in certe circostanze, a liberarsi il più presto possibile dei lavoratori inabili al lavoro per lunghi periodi, in modo da prevenire tali inconvenienti (30). Al riguardo, si può concordare con la valutazione della KHS (31), secondo cui non è improbabile l'eventualità che proprio le imprese minori ricorreranno al licenziamento di lavoratori in congedo per malattie di lunga durata. Una siffatta evoluzione dannosa all'integrazione economica e sociale dei lavoratori contrasterebbe chiaramente con le summenzionate finalità dell'art. 136 CE.

iv) Rischio di oneri organizzativi e finanziari per le piccole e medie imprese

62. L'assenza di lavoratori in congedo per lunga malattia, cui si riferisce in modo pertinente il governo danese (32), è normalmente collegata con rilevanti difficoltà per l'organizzazione dell'orario di lavoro delle imprese, tanto più che tale circostanza le costringe ad adottare le misure organizzative necessarie per reperire un'adeguata sostituzione per il lavoratore in congedo per malattia (33). Laddove il lavoratore, subito dopo il suo ritorno dal congedo per malattia, eserciti per intero il suo diritto alle ferie annuali o persino, in una sola volta, quello relativo a più anni di riferimento, si potrebbe, in effetti, perpetuare la situazione originariamente considerata come provvisoria. Dette difficoltà potrebbero essere tanto più gravose quanto più piccola è l'impresa (34).

63. Non possono essere trascurati inoltre gli oneri finanziari che incomberebbero eventualmente sulle imprese se esse fossero tenute, al termine del rapporto di lavoro relativo ad un lavoratore in congedo per malattia di lunga durata, a pagare l'indennità per più anni consecutivi nei quali i diritti alle ferie siano stati accumulati (35). Essi potrebbero, infatti, essere rilevanti, il che è stato più volte rimarcato dalla KHS (36) nelle sue osservazioni scritte.

64. L'analisi delle disposizioni di diritto primario sulla politica sociale dell'Unione – anzitutto dell'art. 136 CE e dell'art. 137, n. 2, CE – rivela che, nell'attuazione di finalità di politica sociale, anche gli aspetti economici giocano un ruolo essenziale. In tal senso va dedotto da entrambe le disposizioni che non può aver luogo un miglioramento delle condizioni di lavoro mediante il ravvicinamento delle legislazioni, senza tener conto, nel contempo, della necessità di mantenere la competitività del sistema economico. Si evince inoltre dall'art. 137, n. 2, lett. b), CE, che le direttive basate su tale fondamento giuridico «[devono] evitare di imporre vincoli amministrativi, finanziari e giuridici di natura tale da ostacolare la creazione e lo sviluppo di piccole e medie imprese». Ciò sarebbe avvalorato dal secondo 'considerando' della direttiva 2003/88. Con tale disposizione il legislatore dell'Unione intende proteggere le piccole e medie imprese (37), in quanto si parte implicitamente dal presupposto che sulle imprese più

piccole, per diverse ragioni, per effetto delle condizioni di lavoro vigenti nello Stato, incombono spese comparativamente più gravose (38). Le disposizioni menzionate lasciano intendere che, nell'adottare direttive nel settore della normativa sociale, devono essere presi in considerazione anche gli effetti economici di tali norme. A mio avviso la Corte, nell'assolvimento dei suoi compiti, è tenuta del pari a chiarire, in via interpretativa, sia il contenuto sia la portata di una disposizione di diritto dell'Unione. Ad essa spetta interpretare l'art. 7 della direttiva 2003/88, tenendo conto delle summenzionate norme di diritto primario, in modo tale che gli interessi del lavoratore e del datore di lavoro vengano bilanciati l'un l'altro in un rapporto equilibrato.

65. Alla luce delle persuasive osservazioni del governo danese e della KHS, deve concludersi che un diritto del tutto illimitato alla concessione delle ferie per intero per diversi anni consecutivi equivarrebbe, in base alle circostanze del caso, ad un vincolo finanziario ai sensi dell'art. 137, n. 2, lett. b, CE che avrebbe effetti oltremodo gravosi sullo sviluppo delle piccole e medie imprese. In considerazione dei già descritti svantaggi per l'integrazione economica e sociale del lavoratore, nonché degli elementi a favore del fatto che un accumulo di diritti alle ferie ovvero all'indennità sostitutiva non faciliterebbe necessariamente il conseguimento dello scopo ricreativo, non vedo alcun motivo per cui debba essere imposto alle imprese un onere di questo tipo.

v) Rischio di snaturamento del diritto all'indennità sostitutiva delle ferie

66. Gli argomenti fin qui esposti, contrari all'accumulo, riguardano anzitutto il diritto alle ferie annuali retribuite e – solo in quanto rilevante – anche il diritto ad un'indennità finanziaria sostitutiva delle ferie non godute ai sensi dell'art. 7, n. 2, della direttiva 2003/88. C'è però bisogno di una trattazione più precisa degli effetti di un accumulo di diritti all'indennità sostitutiva, in particolare alla luce dell'obiezione avanzata dalla KHS, secondo cui un accumulo del genere determinerebbe, in ultima analisi, una «degenerazione delle ferie a mero bene economico» (39). Infatti, è il caso di prendere le distanze da un'interpretazione di detta disposizione che non tenga conto, se del caso, della funzione ordinaria dell'indennità finanziaria ivi prevista. L'obiezione della KHS non può essere immediatamente respinta qualora si tenga presente lo scopo di tale norma.

67. Il diritto all'indennità sostitutiva, in cui si converte il diritto alle ferie in caso di cessazione del rapporto di lavoro, non costituisce una generale pretesa risarcitoria o pecuniaria, ma un surrogato delle ferie che non possono essere più godute per effetto della cessazione del rapporto di lavoro (40). Tale natura giuridica del diritto all'indennità come surrogato è confermata anche dal tenore letterale dell'art. 7, n. 2, della direttiva 2003/88. Dunque, le ferie possono essere «sostituite» e non «risarcite» da un'indennità finanziaria. Essa mira a porre finanziariamente il lavoratore in una situazione che gli consenta di recuperare le sue ferie annuali a condizioni analoghe come se fosse ancora in attività e percepisse un'indennità sostitutiva delle ferie in forza dell'art. 7, n. 1, della direttiva 2003/88 (41). Pertanto, la retribuzione ordinaria, cioè quella che deve essere mantenuta durante il periodo di riposo corrispondente alle ferie annuali retribuite, è parimenti determinante ai fini del calcolo di detta indennità finanziaria sostitutiva. La Corte sottolinea tale importante aspetto finanziario dell'indennità sostitutiva delle ferie al punto 56 della sentenza Schultz-Hoff e a., ove chiarisce che l'indennità finanziaria prevista dall'art. 7, n. 2, è tesa ad evitare che, a causa dell'impossibilità, conseguente alla cessazione del rapporto di lavoro, di fruire effettivamente delle ferie annuali retribuite, il lavoratore non riesca in alcun modo a beneficiare di tale diritto, «neppure in forma pecuniaria».

68. La prospettiva di un accumulo illimitato di diritti all'indennità sostitutiva potrebbe ugualmente indurre il lavoratore, cui tale collegamento non sia di immediata evidenza, a fraintendere il senso di detta norma e suscitare in lui l'erronea aspettativa che gli competeva, invece del surrogato di un importo a titolo di ferie retribuite, un risarcimento in occasione della cessazione del suo rapporto di lavoro. Un'interpretazione siffatta comporterebbe l'attribuzione al diritto all'indennità sostitutiva delle ferie di un significato che non era stato ad esso assegnato dalla legge. Tale erronea interpretazione della natura giuridica dell'indennità finanziaria potrebbe generare effetti negativi, a seconda dell'ordinamento giuridico e della fattispecie in

esame, per il datore di lavoro, ad esempio qualora il lavoratore, nel negoziare accordi di risoluzione o transazioni giudiziarie, allo scopo di porre fine al rapporto di lavoro, dovesse insistere perché i diritti all'indennità sostitutiva non vengano indicati espressamente come tali, ma pagati a titolo di risarcimento, al fine di evitare che tali somme vengano sottoposte a tassazione oppure persino all'obbligo assicurativo. Nella misura in cui i diritti all'indennità sostitutiva non vengano identificati espressamente come tali nell'accordo transattivo, i lavoratori potrebbero, infatti, avere sempre la possibilità, anche dopo la conclusione della transazione, di far valere nuovamente tali diritti (42). Il datore di lavoro ha pertanto un interesse meritevole di tutela a che non sorga alcun equivoco circa la natura giuridica dei diritti all'indennità sostitutiva e ci sia certezza del diritto dopo la cessazione del rapporto di lavoro.

69. Tali pericoli devono essere contrastati con un'interpretazione dell'art. 7, n. 2, della direttiva 2003/88 strettamente ispirata alla ratio di detta normativa. Non può essere assegnata all'indennità finanziaria prevista dalla citata disposizione, come si può dedurre indirettamente dal secondo 'considerando', nonché dall'art. 1, n. 1, della direttiva, nessun'altra funzione che la protezione della sicurezza e della salute del lavoratore. Detta finalità dell'indennità finanziaria spiega altresì perché il legislatore dell'Unione conceda solo nel caso particolare della cessazione del rapporto di lavoro una compensazione finanziaria per il mancato godimento delle ferie annuali e non ammetta altrimenti alcuna deroga a tale disciplina in base all'art. 17, n. 1, della direttiva (43). Se si pensa dunque, alla luce dello stretto collegamento alla ratio della norma, che un accumulo di diritti alle ferie, come già esposto, non garantisce una moltiplicazione dell'effetto ricreativo delle ferie, non è allora chiaro in che modo un accumulo di diritti all'indennità sostitutiva debba intendersi come assolutamente necessario al conseguimento del menzionato obiettivo. Piuttosto detto accumulo non determinerebbe un vantaggio per il lavoratore ovvero un onere per il datore di lavoro non giustificabile con lo scopo della norma perseguito dal legislatore.

70. Pertanto un accumulo temporalmente illimitato di diritti all'indennità sostitutiva per diversi anni non è assolutamente necessario alla realizzazione della funzione ricreativa assegnata al diritto a ferie annuali retribuite.

c) Conclusione intermedia

71. Alla luce di tutte le suesposte considerazioni, giungo alla conclusione che un accumulo temporalmente illimitato di diritti alle ferie ovvero all'indennità sostitutiva non è necessaria in base al diritto dell'Unione per assicurare il conseguimento degli obiettivi dell'art. 7 della direttiva 2003/88.

3. Compatibilità con il diritto dell'Unione di una limitazione nel tempo della possibilità di riporto di diritti alle ferie e all'indennità sostitutiva

a) La sentenza Schultz-Hoff e a. come punto di partenza

72. Nella prima parte della mia analisi, ho avuto modo di constatare che la Corte non si è finora pronunciata sulla questione se sia necessario, in base al diritto dell'Unione, un accumulo temporalmente illimitato di diritti alle ferie e all'indennità sostitutiva derivanti dall'assenza dei lavoratori per causa di malattia. Nella seconda parte ho affrontato tale questione concludendo, tramite un'interpretazione sistematica e teleologica dell'art. 7 della direttiva 2003/88, che un siffatto accumulo non è necessario in base al diritto dell'Unione. Ora mi occuperò della questione sollevata dal giudice del rinvio ed esaminerò se sia compatibile con il diritto dell'Unione una limitazione nel tempo della possibilità di riporto ad un periodo di diciotto mesi.

73. Il riconoscimento della possibilità di limitazione nel tempo dei diritti alle ferie di lavoratori in congedo per malattia di lunga durata renderà necessario un ulteriore sviluppo della giurisprudenza. Punto di partenza della riflessione deve essere, a tal riguardo, la sentenza Schultz-Hoff e a. che ne stabilisce i necessari orientamenti. Tale sentenza è connotata dall'idea di fondo che al lavoratore debba essere comunque concessa la possibilità di esercitare il diritto alle ferie annuali conferito dalla direttiva,

affinché quest'ultimo, in quanto principio del diritto sociale dell'Unione che riveste una particolare importanza, non venga pregiudicato, in ultima analisi, nella sua concreta attuazione. Non può dirsi in generale in che modo si configuri un pregiudizio di detto principio, ma ciò dipende dalle circostanze del caso concreto. Sebbene lo stato patologico del lavoratore costituisca senza dubbio una circostanza essenziale che può pregiudicare l'esercizio del diritto alle ferie annuali, non può tuttavia ricavarsi dalla sentenza il fatto che tale stato patologico debba essere considerato come l'unico fatto determinante. Piuttosto qualcosa lascia intendere che dipenda in larga misura da quali siano le legislazioni e/o prassi nazionali cui è soggetto il lavoratore e dalla circostanza che esse consentano d'altra parte un effettivo esercizio del diritto alle ferie annuali.

74. Quanto statuito dalla Corte nella sentenza Schultz-Hoff e a. deve essere valutato, pertanto, nel contesto della legislazione nazionale applicabile nella fattispecie in esame verificatasi illo tempore. Decisivo per la negazione della possibilità di effettivo godimento delle ferie annuali era, da un lato, periodo di riporto, particolarmente breve, di pochi mesi, ma, dall'altro, anche la decadenza del diritto alle ferie previsto dal contratto collettivo, che non teneva sufficientemente conto dei casi di particolare disagio, quale ad esempio un'inabilità al lavoro del lavoratore.

75. In tale prospettiva non si può escludere, in linea di principio, che, qualora sussistano ulteriori circostanze che tengano conto adeguatamente dell'esigenza di ferie del lavoratore e non determinino una frustrazione del suo diritto, un'estinzione di tali diritti allo scadere di un certo termine appaia conforme al diritto dell'Unione alla luce della giurisprudenza della Corte (44). Laddove si intendano soddisfatte le condizioni per tale risultato, potrebbe configurarsi l'ipotesi, considerata dalla Corte come regola generale, cui ho fatto riferimento supra, nel paragrafo 38. Si pone solo la questione relativa alle condizioni alle quali ciò possa aver luogo. Nella ricerca di un approccio possibile devono essere scandagliati i limiti che l'art. 7 della direttiva pone alla discrezionalità operativa degli Stati membri.

b) Approcci alla limitazione nel tempo del periodo di riporto

76. Dal punto di vista qui sostenuto sarebbe da escludere assolutamente una totale decadenza di detti diritti, in quanto ciò significherebbe una perdita irrecuperabile per il lavoratore. La sentenza Schultz-Hoff e a. deve, pertanto, essere intesa nel senso che il diritto alle ferie non può essere messo a rischio dalla subordinazione della sua attuazione a condizioni difficilmente realizzabili. Una situazione del genere si verificherà normalmente però proprio nei casi di malattia di lunga durata del lavoratore, in quanto il lavoratore in malattia non potrà impedire l'automatica e totale decadenza dei diritti alle ferie per effetto del decorso del tempo. Normalmente dipenderà dal momento della sua guarigione se egli potrà ancora esercitare il suo diritto alle ferie. A tal riguardo, è opportuno che gli Stati membri adottino specifici provvedimenti. Al fine di evitare la frustrazione degli scopi della direttiva sembra perciò necessario concedere al lavoratore quantomeno un diritto residuale alle ferie che potrebbe eventualmente far valere in caso di guarigione e dopo il suo ritorno al posto di lavoro. A tale necessità ha giustamente fatto riferimento anche il governo tedesco (45) nelle sue osservazioni scritte. Verrebbe dunque in considerazione solo un'estinzione parziale dei diritti alle ferie.

77. Le precedenti considerazioni sollevano questioni relative alla durata sia del termine alla cui scadenza il diritto alle ferie può estinguersi, sia delle ferie residue. Entrambi gli aspetti si presentano, a ben vedere, strettamente connessi l'uno all'altro, poiché la fissazione di un termine, ad esempio, di più di dodici mesi, in ogni caso per un certo periodo in cui si sovrappongono il periodo di riporto per il primo anno e quello di riferimento per l'anno seguente, comporterebbe il fatto che i diritti alle ferie si sommino per almeno due anni. Solo con la scadenza del termine di decadenza per le ferie maturate nel primo anno l'entità dei diritti alle ferie verrebbe nuovamente ridotta ad un numero di giorni che corrisponde a quello delle ferie annuali minime.

78. Le parti, ad eccezione del sig. Schulte, convergono sulla necessità di una limitazione nel tempo dei diritti alle ferie. Una soluzione praticabile viene offerta, come hanno suggerito sia il giudice del rinvio, sia alcune delle parti del procedimento,

dall'applicazione analogica delle norme di cui alla convenzione n. 132 dell'OIL. Detta convenzione, la cui rilevanza per l'interpretazione della direttiva 2003/88 è stata da ultimo confermata espressamente dalla Corte nella sentenza Schultz-Hoff e a. (46), dispone all'art. 9, n. 1, che le ferie annuali retribuite «devono essere accordate e godute entro il termine di 18 mesi al massimo, a partire dalla fine dell'anno in cui è maturato il diritto alle ferie». Tale norma deve essere interpretata nel senso di un limite temporale massimo (47), che comporta che alla scadenza del termine ivi stabilito decadono i diritti alle ferie fino ad allora sussistenti.

79. In considerazione del fatto che la fissazione di un limite temporale per la possibilità di riporto dei diritti alle ferie all'anno successivo rientra nella competenza degli Stati membri nella determinazione delle modalità secondo le quali il lavoratore può esercitare il suo diritto alle ferie annuali, la competenza della Corte si limita a stabilire se una limitazione nel tempo sia compatibile con il diritto dell'Unione, badando, in particolare, che vengano promosse le finalità della direttiva (48).

80. Il diritto dell'Unione non osterebbe, in linea di principio, ad una limitazione nel tempo dei diritti alle ferie del lavoratore, come quella prevista dall'art. 9, n. 1, della convenzione n. 132, tanto più che in ogni caso l'art. 7 della direttiva 2003/88 non contempla espressamente la concessione di un diritto alle ferie indeterminato. Ciò corrisponde anche, come ho già esposto, all'interpretazione fornita dalla Corte, la quale, al punto 43 della sentenza Schultz-Hoff e a., ha stabilito che agli Stati membri spetta il potere di adottare normative che implicino addirittura la perdita del diritto a ferie annuali retribuite, ma a condizione che il lavoratore «abbia effettivamente avuto la possibilità di esercitare questo diritto che la direttiva gli conferisce». A favore della sostanziale applicazione dell'idea della limitazione nel tempo, già da molto tempo accolta in detta normativa internazionale, depone anche il sesto 'considerando' della direttiva, secondo cui conviene tener conto dei principi dell'OIL in materia di organizzazione dell'orario di lavoro.

81. Un termine come quello previsto dall'art. 9, n. 1, della convenzione n. 132 soddisferebbe comunque l'obiettivo di protezione dell'art. 7 della direttiva 2003/88, in quanto il lavoratore, grazie ad esso, avrebbe tempo a disposizione fino a due anni e mezzo (49) per utilizzare le sue ferie minime relative ad un determinato anno. Tale termine appare oggettivamente sufficiente per garantire un effettivo esercizio del diritto. Inoltre, egli beneficerebbe sempre della garanzia di disporre, al termine di una malattia di lunga durata, di un più lungo periodo di riposo. Al momento del ritorno al posto di lavoro disporrebbe ancora quantomeno di un diritto alle ferie di otto settimane (50), ove il ritorno abbia avuto luogo nella prima metà del terzo anno, addirittura di un diritto a ferie di dodici settimane (51). Un diritto residuale alle ferie sarebbe pertanto assicurato in ogni caso. In considerazione dei vantaggi che deriverebbero al lavoratore per effetto dell'applicazione di detta disciplina, occorre concludere che il requisito stabilito dalla Corte, alla cui soddisfazione è collegato il potere del legislatore nazionale di disporre per legge l'estinzione del diritto alle ferie, sarebbe effettivamente soddisfatto.

82. Una limitazione nel tempo a diciotto mesi della possibilità di riporto dei diritti alle ferie del lavoratore terrebbe in considerazione anche gli interessi del datore di lavoro e pertanto contribuirebbe in effetti ad un adeguato bilanciamento di entrambi. Infatti, mentre al lavoratore verrebbe garantito di disporre in ogni caso di un periodo adeguato di riposo, il datore di lavoro avrebbe la certezza che non si produca un accumulo senza fine di diritti alle ferie e le connesse difficoltà nell'organizzazione del lavoro. Analogamente varrebbe per gli oneri finanziari collegati ai diritti all'indennità sostitutiva accumulati per lunghi periodi di tempo. La prevedibilità e la computabilità di detti oneri finanziari consentirebbero al datore di lavoro, a seguito di una limitazione nel tempo dei diritti alle ferie, di costituire stanziamenti rientranti nell'ambito di quanto è ancora ragionevole sul piano finanziario. Alla luce dei vantaggi di una limitazione nel tempo dei diritti alle ferie, i datori di lavoro non avrebbero più alcun motivo per mettere da parte il «riserbo sociale» (52), finora assicurato ai lavoratori gravemente ammalati in una difficile fase della loro vita, e ricorrere agli strumenti del licenziamento ovvero dell'annullamento del contratto, non auspicabili sul piano della politica sociale e del personale.

c) Potere discrezionale degli Stati membri nella fissazione di un termine

83. Mentre nulla osta all'estensione dell'idea generale della limitazione nel tempo del diritto alle ferie annuali – come prevista dall'art. 9, n. 1, della convenzione n. 132 – alla struttura complessiva delle norme dell'Unione relative all'organizzazione dell'orario di lavoro, non si può peraltro concludere che l'applicazione del termine di diciotto mesi ivi prescritto sia obbligatoria *sub specie iuris*. A tal riguardo, si tratta di una disciplina molto specifica, non motivata nel dettaglio. Essa riflette piuttosto un certo consenso tra gli Stati firmatari della convenzione. Contro un'applicazione senza modifiche di tale norma – con cui si intende solo il termine di diciotto mesi – depone non da ultimo il tenore letterale del sesto 'considerando' della direttiva 2003/88, che impone, in materia di organizzazione dell'orario di lavoro, di «*tener conto dei principi dell'OIL*». Detta formulazione fa supporre, come esporrò nel prosieguo, che non può essere stata nelle intenzioni del legislatore dell'Unione l'applicazione di ogni norma adottata a livello internazionale nel settore del diritto del lavoro, prescindendo dal fatto se essa tenga o meno sufficientemente conto delle particolarità dell'ordinamento giuridico dell'Unione.

84. Anzitutto si può menzionare a sostegno di ciò la circostanza che, nella trasposizione della direttiva 2003/88, «conviene [solo] tener conto» dei principi dell'OIL, il che, dal punto di vista semantico, può alludere alla concessione di un certo margine discrezionale nella trasposizione. Inoltre, come ulteriore elemento, si può citare la nozione di «principio» impiegata dalla direttiva. I «principi» si caratterizzano, dal punto di vista della metodologia del diritto, per il fatto che vincolano, in quanto norme, a ciò che può consistere in un comando, un'autorizzazione, un divieto (53). Essi impongono che qualcosa venga realizzato nella più alta misura possibile, relativamente alle possibilità di fatto e di diritto. In tal senso, i principi costituiscono delle norme precettive di ottimizzazione caratterizzate dal fatto che possono essere attuate in gradi diversi e la misura prescritta della loro attuazione dipende non solo dalle possibilità di fatto, ma anche da quelle di diritto. L'ambito delle possibilità di diritto viene determinato da principi e norme contrastanti (54).

85. A mio avviso, l'autonomia dell'ordinamento giuridico dell'Unione istituito dai trattati costituisce un limite essenziale (55), la cui tutela spetta alla Corte di giustizia. A prescindere dalla pluriennale collaborazione tra l'Unione europea e l'OIL nel settore della politica economica e sociale, nonché dall'adesione di numerosi Stati membri, la stessa Unione europea, come organizzazione sovranazionale, non ha lo status né di parte contraente (56), né di osservatore all'interno dell'OIL. Pertanto, gli atti giuridici dell'Unione, con riguardo alla loro compatibilità con la normativa dell'OIL, possono essere valutati, in linea di principio, solo in base al criterio dell'autovincolo dell'Unione.

86. Senza tener conto di quanto considerato va sottolineato che un'applicazione analogica del termine di diciotto mesi, come correttamente osservato dalla Commissione, determinerebbe, in ultima analisi, un'armonizzazione parziale delle leggi e prassi nazionali, sebbene non possa ricavarsi dall'art. 7 della direttiva 2003/88 per quanto tempo debbano essere garantiti i diritti alle ferie e, alla cessazione del rapporto di lavoro, le indennità finanziarie in caso di patologia di lunga durata. Non si riscontrano dei pari elementi per sostenere che il legislatore dell'Unione intendesse ricorrere analogicamente, in un caso del genere, al termine di riporto massimo di diciotto mesi dalla fine dell'anno di riferimento, previsto dall'art. 9, n. 1, della direttiva 2003/88. In assenza di una disciplina vigente su tutto il territorio dell'Unione nell'art. 7 della direttiva 2003/88 tale termine deve essere considerato come oggetto delle modalità di realizzazione (57) e pertanto riservato alle norme e/o prassi nazionali, per cui esse devono risultare idonee ad assicurare il conseguimento degli scopi della direttiva.

87. Conformemente allo stato attuale del diritto dell'Unione, deve essere esaminato caso per caso se una norma o una prassi nazionale consenta al lavoratore di far valere i diritti conferitigli dalla direttiva 2003/88, per cui la portata di tali diritti deve essere determinata alla luce degli scopi perseguiti dall'art. 7, n. 1, della direttiva.

88. Una limitazione del periodo di riporto a diciotto mesi, come previsto dall'art. 9, n. 1, della convenzione n. 132, alla scadenza del quale decadano i diritti alle ferie del

lavoratore, sembra in ogni caso sufficientemente estesa nel tempo e pertanto, in ultima analisi, idonea a consentire al lavoratore l'esercizio effettivo del diritto alle ferie annuali ai sensi della sentenza Schultz-Hoff e a. Al riguardo, va sottolineato che tale periodo costituisce una misura indicativa cui gli Stati membri devono ispirarsi il più possibile nella trasposizione nel diritto interno. Ciò è disposto, a mio avviso, dalla già menzionata espressione contenuta nel sesto 'considerando' della direttiva 2003/88, che stabilisce un collegamento tra la normativa dell'Unione e quella dell'OIL.

89. Tale collegamento, tuttavia, per i predetti motivi (58) non arriva d'altra parte al punto che solo il limite massimo fissato dall'art. 9, n. 1, della convenzione n. 132 sia vincolante per il diritto dell'Unione, e non ha pertanto effetti giuridici in tal senso. Sembra anzi giuridicamente possibile una deroga di detto termine da parte dello Stato membro. Se, infatti, si considera che la direttiva 2003/88, ai sensi dell'art. 1, n. 1, stabilisce solo «prescrizioni minime di sicurezza e di salute in materia di organizzazione dell'orario di lavoro» e, ai sensi dell'art. 15, non pregiudica la facoltà degli Stati membri «di applicare o introdurre disposizioni legislative, regolamentari o amministrative più favorevoli alla protezione della sicurezza e della salute dei lavoratori o di favorire o consentire l'applicazione di contratti collettivi o accordi conclusi fra le parti sociali, più favorevoli alla protezione della sicurezza e della salute dei lavoratori», allora appare coerente concedere agli Stati membri all'interno dell'ordinamento giuridico dell'Unione la facoltà di introdurre disposizioni che prevedano eventualmente termini più favorevoli ai lavoratori. Gli Stati membri non possono in ogni caso negare la fissazione di termini più favorevoli facendo ricorso al limite massimo prescritto dall'art. 9, n. 1, della convenzione n. 132, dato che la convenzione dell'OIL stabilisce solo livelli minimi sul piano internazionale (59), che la stessa normativa dell'Unione può superare. Ciò vale senz'altro per la direttiva 2003/88 che supera in qualche luogo i requisiti minimi di cui alla convenzione n. 132, laddove ad esempio essa dispone ferie annuali minime di quattro settimane invece delle tre settimane lavorative previste dall'art. 3, n. 3 della convenzione.

90. Da quanto detto, ai fini del presente procedimento pregiudiziale, consegue che la possibilità di riporto relativa ai diritti alle ferie annuali può durare per un periodo di tempo di almeno diciotto mesi, ma non deve essere necessariamente prevista. Anche la seconda questione pregiudiziale deve essere risolta in tal senso.

d) Conclusione intermedia

91. In sintesi, va stabilito che, in una fattispecie come quella di cui alla causa principale, caratterizzata da lunghi periodi di malattia del lavoratore, devono essere armonizzati nel miglior modo possibile gli interessi dei lavoratori e dei datori di lavoro in considerazione degli scopi della direttiva, qualora venga stabilita una limitazione nel tempo che produca, allo scadere di un certo termine, l'estinzione dei diritti alle ferie sorti nel rispettivo anno di riferimento, laddove sia assicurato che la finalità del diritto alle ferie venga rispettata anche in caso di lavoratori affetti da patologie di lunga durata. Ciò implica che, alla cessazione del rapporto di lavoro, devono estinguersi, nella medesima misura, i rispettivi diritti all'indennità finanziaria. A titolo di diritto residuale rimarrebbe, a tal riguardo, il diritto alle ferie sorte ex novo nell'anno successivo.

92. La fissazione di un termine, allo scadere del quale i diritti alle ferie ovvero all'indennità sostitutiva si estinguono, costituisce una modalità attuativa riservata alle legislazioni e/o prassi nazionali; queste ultime devono essere tuttavia idonee ad assicurare il conseguimento degli scopi della direttiva. Ciò deve affermarsi nel caso di specie alla luce dell'art. 7, n. 1, della direttiva 2003/88. Una limitazione nel tempo a diciotto mesi realizza in ogni caso tali scopi. La possibilità di riporto di soli sei mesi, come nella causa Schultz-Hoff e a., non soddisfa invece tali requisiti (60).

4. Conclusioni finali

93. Infine, è necessario, in vista dell'ulteriore sviluppo della giurisprudenza, inquadrare il risultato interpretativo derivante dalla precedente analisi nel contesto delle conclusioni della Corte nella sentenza Schultz-Hoff e a.

94. In quella sentenza la Corte ha concluso, inter alia, quanto segue:

«L'art. 7, n. 1, della direttiva 2003/88 deve essere interpretato nel senso che osta a disposizioni o a prassi nazionali le quali prevedano che il diritto alle ferie annuali retribuite si estingua allo scadere del periodo di riferimento e/o di un periodo di riporto fissato dal diritto nazionale anche quando il lavoratore è stato in congedo per malattia per l'intera durata o per una parte del periodo di riferimento e la sua inabilità al lavoro è perdurata fino al termine del rapporto di lavoro, ragione per la quale egli non ha potuto esercitare il suo diritto alle ferie annuali retribuite».

95. A mio avviso, quanto dichiarato dalla Corte deve essere integrato con le seguenti affermazioni, al fine di tenere in considerazione le particolari circostanze del caso in esame e di prevedere la possibilità di una limitazione nel tempo dei diritti:

L'art. 7, nn. 1 e 2, della direttiva deve essere interpretato nel senso che non osta a legislazioni o prassi nazionali secondo le quali il diritto alle ferie ovvero all'indennità sostitutiva delle ferie si estingua per decorrenza del periodo di riferimento nonché di un periodo di riporto anche nel caso in cui il lavoratore sia inabile al lavoro per un periodo più lungo, laddove il periodo di riporto sia calcolato in modo tale che la finalità del diritto primario al riposo venga rispettata.

Una possibilità di riporto per un periodo di almeno diciotto mesi dalla fine dell'anno di riferimento soddisfa tale requisito ma non è necessaria in base al diritto dell'Unione. Gli Stati membri hanno piuttosto la facoltà di introdurre anche norme diverse nel rispetto dei limiti fissati dalla direttiva.

96. La prima affermazione nella mia proposta di decisione è di carattere generale e riflette il fatto che una limitazione del diritto alle ferie annuali ovvero all'indennità sostitutiva delle ferie è, in linea di principio, possibile in base al diritto dell'Unione, laddove essa sia ancora compatibile con la finalità ricreativa delle ferie annuali. Essa consente, inter alia, un'estinzione parziale di tali diritti a seguito della scadenza di un termine che deve essere fissato da parte dello Stato membro. Con la seconda affermazione viene risolta la seconda questione posta dal giudice del rinvio, per cui la limitazione della possibilità di riporto di diritti alle ferie per un periodo di diciotto mesi viene dichiarata compatibile con il diritto dell'Unione.

VII – Conclusione

97. Sulla base delle considerazioni sopra svolte, propongo alla Corte di risolvere le questioni pregiudiziali sottoposte dal Landesarbeitsgericht Hamm come segue:

- 1) L'art. 7, n. 1, della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 4 novembre 2003, 2003/88, concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro, deve essere interpretato nel senso che osta a disposizioni o a prassi nazionali le quali prevedano che il diritto alle ferie annuali retribuite si estingua allo scadere del periodo di riferimento e/o di un periodo di riporto fissato dal diritto nazionale anche quando il lavoratore è stato in congedo per malattia per l'intera durata o per una parte del periodo di riferimento e la sua inabilità al lavoro è perdurata fino al termine del rapporto di lavoro, ragione per la quale egli non ha potuto esercitare il suo diritto alle ferie annuali retribuite.
- 2) L'art. 7, nn. 1 e 2, della direttiva deve essere interpretato nel senso che non osta a legislazioni o prassi nazionali secondo le quali il diritto alle ferie ovvero all'indennità sostitutiva delle ferie si estingua per decorrenza del periodo di riferimento nonché di un periodo di riporto anche nel caso in cui il lavoratore sia inabile al lavoro per un periodo più lungo, laddove il periodo di riporto sia calcolato in modo tale che la finalità del diritto primario al riposo venga rispettata.
- 3) Una possibilità di riporto per un periodo di almeno diciotto mesi dalla fine dell'anno di riferimento soddisfa tale requisito ma non è necessaria in base al

diritto dell'Unione. Gli Stati membri hanno piuttosto la facoltà di introdurre anche norme diverse nel rispetto dei limiti fissati dalla direttiva.

1 – Lingua originale delle conclusioni: il tedesco.

Lingua processuale: il tedesco.

2 – GU L 299, pag. 9.

3 – Sentenza 20 gennaio 2009, cause riunite C-350/06 e C-520//06, Schultz-Hoff e a. (Racc. pag. I-179).

4 – In conformità delle denominazioni utilizzate nel TUE e nel TFUE, l'espressione «diritto dell'Unione» viene qui impiegata come nozione globale comprendente il diritto comunitario e il diritto dell'Unione. Laddove, in prosieguo, assumeranno rilievo singole norme di diritto primario, verranno indicate le disposizioni pertinenti *ratione temporis*.

5 – V. sentenze Schultz-Hoff e Stringer (cit. supra, nota 3, punto 23); 26 giugno 2001, causa C-173/99, BECTU (Racc. pag. I-4881, punto 30), e 18 marzo 2004, causa C-342/01, Merino Gómez (Racc. pag. I-2605, punto 30).

6 – Sentenza Schultz-Hoff e a. (cit. supra, nota 3, punto 61).

7 – V. sentenze BECTU (cit. supra, nota 5, punto 43); Merino Gómez (cit. supra, nota 5, punto 29), e 16 marzo 2006, cause riunite C-131/04 e C-257/04, Robinson-Steele e a. (Racc. pag. I-2531, punto 48); sulla direttiva 2003/88 v. sentenze Schultz-Hoff e a. (cit. supra, nota 3, punto 22); 10 settembre 2009, causa C-277/08, Vicente Pereda (Racc. pag. I-8405, punto 18), e 22 aprile 2010, causa C-486/08, Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols (Racc. pag. I-0000, punto 28).

8 – V. sentenze BECTU (cit. supra, nota 5, punto 44); Merino Gómez (cit. supra, nota 5, punto 30); Schultz-Hoff e a. (cit. supra, nota 3, punto 23), e Vicente Pereda (cit. supra, nota 7, punto 21).

9 – V. sentenze Schultz-Hoff e a. (cit. supra, nota 3, punto 25), e Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols (cit. supra, nota 7, punto 30).

10 – Sentenza Schultz-Hoff e a. (cit. supra, nota 3, punto 42).

11 – Ivi, punto 43.

12 – La legge federale tedesca sulle ferie minime per i lavoratori dipendenti (in prosieguo: il «BUrIG») 8 gennaio 1963, nella versione del 7 maggio

2002, disponeva all'art. 7, n. 3, che, in caso di riporto, le ferie dovevano essere concesse e godute *nei primi tre mesi dell'anno solare successivo*. In quella causa era rilevante però il contratto collettivo quadro per i dipendenti della Bundesversicherungsanstalt für Angestellte («MTAng-BfA»), il quale disponeva, all'art. 47, n. 7, che le ferie dovevano essere fruito entro il 30 aprile (dunque nei primi quattro mesi) dell'anno di riferimento successivo, nel caso in cui esse non potevano essere fruito entro la fine dell'anno di riferimento. Qualora le ferie non potessero essere fruito per motivi di servizio o a motivo dei periodi di tutela stabiliti dalla legge sulla maternità entro il 30 aprile, esse dovevano allora essere utilizzate entro il 30 giugno (dunque nei primi sei mesi).

13 – Sentenza Schultz-Hoff e a. (cit. supra, nota 3, punto 44).

14 – Ivi, punto 25.

15 – Sentenza BECTU (cit. supra, nota 5, punto 46).

16 – Conformemente alle risposte date dalle parti della causa principale alle domande poste dalla Corte.

17 – V. pag. 9 dell'ordinanza di rinvio.

18 – Tale affermazione della Corte è conforme al diritto internazionale del lavoro, come ho ampiamente esposto in precedenza nelle mie conclusioni presentate il 24 gennaio 2008 nella causa Schultz-Hoff e a. (sentenza cit. supra, nota 3, paragrafi 66 e seg.). Infatti, contro un collegamento fra diritto alle ferie e capacità lavorativa del lavoratore depone la circostanza che, secondo il testo non equivoco dell'art. 5, n. 4, della convenzione n. 132 dell'OIL, «le assenze dal lavoro per motivi indipendenti dalla volontà della persona impiegata interessata, come ad esempio le assenze per malattia, incidente o congedo per maternità, saranno calcolate nel periodo di servizio». Inoltre l'art. 6, n. 2, della medesima convenzione prescrive espressamente che «i periodi di inabilità al lavoro derivanti da malattie o incidenti non possono essere calcolati nel congedo pagato minimo annuale». In tal senso anche Leinemann, W., «Reformversuche und Reformbedarf im Urlaubsrecht», *Betriebs-Berater*, 1995, pag. 1958, che ritiene irrilevante ai fini della sussistenza del diritto il fatto che il lavoratore abbia prestato attività lavorativa. Né in base alla normativa tedesca, né in base alla convenzione dell'OIL n. 132, il diritto alle ferie risulta collegato alle prestazioni del lavoratore oppure le ferie risultano dovute a titolo di controprestazione per l'esercizio del diritto alle ferie.

19 – V. supra, paragrafo 35.

20 – V. Dornbusch, G./Ahner, L., «Urlaubsanspruch und Urlaubsabgeltung bei fortdauernder Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers», *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 4/2009, pag. 182, i quali rilevano che il diritto all'indennità sostitutiva sarebbe soggetto a restrizioni, in particolare nel

senso che il diritto alle ferie da sostituire sarebbe dovuto essere attuabile al momento della cessazione. Gli autori sostengono la tesi che, qualora il diritto alle ferie, in ragione della persistente inabilità al lavoro del lavoratore, non sia stato realizzabile, non possa essere prestato, in ultima analisi, neanche il suo surrogato.

21 – V. Eppinger, C., «Zur Bilanzierung von Urlaubsrückstellungen im Lichte der aktuellen arbeitsrechtlichen Rechtsprechung», *Der Betrieb*, 1/2010, pag. 10, che interpreta la nuova giurisprudenza della Corte nel senso che i giorni di ferie non goduti dal lavoratore e pertanto anche quelli maturati durante i periodi di assenza non vengono meno nell'anno successivo. Bauckhage-Hoffer, F./Buhr, M./Roeder, J.-J., «Aktuelle Entwicklungen im deutschen Urlaubsrecht unter europarechtlichem Einfluss», *Betriebs-Berater*, 8/2011, pag. 505, ritengono che la nuova giurisprudenza della Corte determini un'indiscriminata estensione dei diritti alle ferie dei lavoratori in malattia. Gaul, B./Josten, D./Strauf, H., «EuGH: Urlaubsanspruch trotz Dauerkrankheit», *Betriebs-Berater*, 2009, pag. 489, deducono dall'impossibilità della decadenza dei diritti alle ferie in ragione di una patologia di lunga durata del lavoratore il fatto che tali diritti, dopo la scadenza del periodo di riporto, vengano nuovamente riportati all'anno seguente.

22 – V. sentenze 6 aprile 2006, causa C-124/05, *Federatie Nederlandse Vakbeweging* (Racc. pag. I-3243, punto 30), nonché *Schultz-Hoff e a.* (cit. supra, nota 3, punto 30).

23 – V. paragrafo 29 della memoria del governo tedesco.

24 – V. paragrafo 27 della memoria della Commissione.

25 – V. pagg. 11 e 12 della memoria della KHS.

26 – In tal senso anche *Dornbusch, G./Ahner, L.*, op. cit. (supra, nota 20), pag. 182.

27 – In tal senso *Gaul, B./Josten, D./Strauf, H.*, op. cit. (supra, nota 21), pag. 501, i quali fanno notare che una moltiplicazione delle ferie annuali non produce un corrispondente incremento della ricreazione del lavoratore; in ogni caso tale riposo non sarebbe obbligatorio se si pensa alle ulteriori attività che si possono svolgere anche durante le ferie.

28 – V. pagg. 11 e 12 della memoria della KHS.

29 – V. sentenze 17 marzo 1993, causa C-72/91, *Sloman Neptun* (Racc. pag. I-927, punto 26), e 29 settembre 1987, causa 126/86, *Gimenez Zaera* (Racc. pag. 3697, punto 14). In tal senso *Krebber, S.*, *EUV/EGV – Kommentar* (a cura di Christian Calliess/Matthias Ruffert), terza edizione, München 2007, Art. 136 TCE, paragrafi 31 e 38, pagg. 1578 e seg., nonché *Rebhahn, R./Reiner, M.*, *EU-Kommentar* (a cura di Jürgen Schwarze), seconda edizione, Art. 136 TCE, paragrafo 6, pag. 1328, i quali

segnalano che la funzione principale dell'art. 136 CE consiste nel fornire un aiuto nell'interpretazione del diritto derivato, nonché di altre disposizioni di diritto primario.

30 – V. Dornbusch, G./Ahner, L., op. cit. (supra, nota 20), pag. 183, sostengono che i datori di lavoro pondereranno in futuro in ogni caso in maniera più attenta se proseguire il rapporto di lavoro con un lavoratore inabile al lavoro per un lungo periodo o, piuttosto, cercare di provocare una risoluzione del rapporto nel caso in cui il lavoratore, continuamente e senza precisi limiti temporali, accumuli diritti alle ferie monetizzabili in occasione della successiva cessazione del rapporto di lavoro. Gli autori ritengono la sentenza della Corte, emanata nella causa Schultz-Hoff e a., poco ispirata alla protezione del lavoratore, in quanto i lavoratori interessati dovrebbero attendersi licenziamenti più rapidi per causa di malattia. Secondo l'opinione di Krieger, S./Arnold, C., «Urlaub 1. + 2. Klasse – Das BAG folgt der Schutz-Hoff-Entscheidung des EuGH», *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 10/2009, pag. 533, le imprese, nel caso di lavoratori affetti da malattie di lunga durata, dovrebbero ponderare l'opportunità, al fine di prevenire futuri oneri, di anticipare la cessazione del rapporto di lavoro attraverso la monetizzazione delle ferie non godute e la costituzione di corrispondenti riserve. Gli autori non escludono però che anche in futuro possano verificarsi casi in cui i datori di lavoro, per motivi sociali, non pongano fine a tali rapporti di lavoro. Straube, G./Hilgenstock, C., «Jeder Urlaub ist eine kleine Kündigung – Schultz-Hoff in der Praxis», *Arbeitsrecht Aktuell*, 2010, pag. 333, ritengono non immotivati i timori che i datori di lavoro, in via precauzionale, sciolgano i rapporti di lavoro per motivi dipendenti dalla malattia, al fine di opporsi all'«ammassamento di ulteriori diritti». Glaser, R./Lüders, H., «§ 7 BUrlG auf dem Prüfstand des EuGH», *Betriebs-Berater*, 2006, pag. 2692, sono dell'avviso che, in caso di lavoratori abili al lavoro, il riporto senza limiti potrebbe determinare l'insorgere di una pressione nei confronti dei datori di lavoro a liberarsi anticipatamente, tramite licenziamento, dai lavoratori ammalati per lunghi periodi. Infatti, in caso contrario, si accumulerebbero consistenti diritti alle ferie eventualmente monetizzabili alla cessazione del rapporto di lavoro, il che potrebbe significare un rilevante pregiudizio degli interessi aziendali.

31 – V. pag. 11 della memoria della KHS.

32 – V. paragrafo 15 della memoria del governo danese.

33 – Anche l'avvocato generale Kokott ne fa menzione al paragrafo 32 delle sue conclusioni presentate il 12 gennaio 2006, nella causa Federatie Nederlandse Vakbeweging (sentenza cit. supra, nota 22), ove ella afferma che un eccessivo accumulo di ferie maturate può comportare problemi pratici all'atto del suo godimento. In particolare, in caso di ferie lunghe prese al di fuori del periodo usuale, spesso risulterebbe non agevole assicurare una sostituzione del lavoratore.

34 – V., a tal riguardo, Durán López, F., «Notas sobre la incidencia de la situación de incapacidad temporal en el disfrute del derecho a vacaciones - Comentario a las Sentencias del Tribunal de Justicia UE de

20 de enero de 2009 y de 10 de septiembre de 2009, y del Tribunal Supremo, Social, de 24 de junio de 2009», *Revista española de Derecho del Trabajo*, 2010, pag. 125, il quale sottolinea gli interessi contrastanti di lavoratori e datori di lavoro. Secondo la tesi dell'autore, l'esercizio del diritto alle ferie annuali retribuite deve aver luogo sempre in conformità con gli interessi del datore di lavoro. Di conseguenza, occorrerebbe tener conto, ad esempio nella determinazione del periodo di ferie, dei motivi imperativi derivanti dagli interessi dell'impresa.

35 – V. Eppinger, C., op. cit. (supra, nota 21), pag. 10, il quale fa menzione dei costi che le imprese dovrebbero attendersi in prospettiva dei diritti alle ferie che matureranno in futuro. Straube, G./Hilgenstock, C., op. cit. (supra, nota 30), pag. 333, sottolineano del pari che si manifesterebbero enormi rischi finanziari per i datori di lavoro derivanti dalla possibilità dell'accumulo di consistenti diritti alle ferie per diversi anni. Gaul, B./Josten, D./Strauf, H., op. cit. (supra, nota 21), pag. 500, ritengono che il riporto pluriennale di diritti alle ferie e i conseguenti diritti all'indennità sostitutiva delle ferie non godute possono determinare significativi oneri economici.

36 – V. pag. 10-13 della memoria della KHS.

37 – V. sentenza BECTU (cit. supra, nota 5, punto 60).

38 – V. Rebhahn, R./Reiner, M., op. cit. (supra, nota 29), Art. 137 TCE, paragrafo 73, pag. 1369.

39 – V. pag. 14 della memoria della KHS.

40 – In tal senso Dornbusch, G./Ahner, L., op. cit. (supra, nota 20), pag. 182, i quali rigettano una qualificazione del diritto all'indennità sostitutiva come una generale pretesa indennitaria o pecuniaria. Gaul, B./Josten, D./Strauf, H., op. cit. (supra, nota 21), pag. 489, definiscono il diritto all'indennità come un surrogato del diritto alle ferie. Ad avviso di Glaser, R./Lüders, H., op. cit. (supra, nota 30), pag. 2693, il diritto all'indennità sostitutiva costituisce un surrogato del diritto alle ferie ordinarie. Non costituirebbe una pretesa risarcitoria, ma un diritto al pagamento di una somma di denaro collegato ai requisiti normativi in materia di ferie. Il diritto del lavoratore all'esenzione dall'obbligo di lavorare, non più attuabile a seguito della cessazione del rapporto di lavoro, dovrebbe essere remunerato. Il diritto all'indennità – a prescindere dall'esenzione dall'obbligo di lavorare non più attuabile – sarebbe, pertanto, subordinato agli stessi presupposti del diritto alle ferie che esso va a sostituire.

41 – Tale conclusione si trae dalle sentenze Schultz-Hoff e a. (cit. supra, nota 3, punto 60) e Robinson-Steele e a. (cit. supra, nota 7, punto 58), nelle quali la Corte, da un lato, ha precisato che l'obbligo di monetizzare le ferie è volto a mettere il lavoratore, in occasione della fruizione delle stesse, in una situazione *che, a livello retributivo*, sia paragonabile ai periodi di lavoro, nonché dalle affermazioni contenute nella sentenza Schultz-Hoff e a. (punto 61), per cui l'indennità finanziaria prevista

dall'art. 7, n. 2, della direttiva 2003/88 deve essere calcolata in modo da porre il lavoratore in una situazione analoga a quella in cui si sarebbe trovato se avesse esercitato tale diritto nel corso del rapporto di lavoro.

42 – Straube, G./Hilgenstock, C., op. cit. (supra, nota 30), pag. 333, rilevano, facendo riferimento al diritto tedesco che i diritti all'indennità sostitutiva delle ferie sarebbero soggette ad imposta e contributi previdenziali.

43 – V. sentenze *Federatie Nederlandse Vakbeweging* (cit. supra, nota 22, punto 29), *Merino Gómez* (cit. supra, nota 5, punto 30) e *BECTU* (cit. supra, nota 5, punto 44).

44 – In tal senso *Mestre, B.*, «Evolution in continuity – the ECJ reinforces its protection of the right to annual leave», *European Law Reporter*, n. 2, 2009, pag. 62, il quale rileva che la decadenza del diritto alle ferie annuali retribuite dopo il decorso di un certo termine non è del tutto contrastante con il diritto dell'Unione, a condizione che il lavoratore abbia avuto effettivamente la possibilità di esercitare il diritto conferitogli dalla direttiva.

45 – V. paragrafo 35 della memoria del governo tedesco.

46 – Sentenza *Schultz-Hoff e a.* (cit. supra, nota 3, punto 38). V. il dibattito in dottrina circa la rilevanza della convenzione dell'OIL nell'ordinamento dell'Unione. *Korda, M./Pennings, F.*, «The legal character of international social security standards», *European Journal of Social Security*, fasc. 10 (2008), n. 2, pag. 132, secondo i quali l'Unione europea non ha la competenza di stabilire modelli di sicurezza sociale giuridicamente vincolanti. Per tale motivo le convenzioni firmate nell'ambito dell'OIL e del Consiglio d'Europa avrebbero un ruolo centrale nello sviluppo di modelli internazionali di sicurezza sociale. *Bercusson, B.*, «The European Court of Justice, Labour Law and ILO Standards», *50 Jahre EU – 50 Jahre Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zum Arbeits- und Sozialrecht*, Baden-Baden 2008, pagg. 58 e seg., è favorevole ad un ruolo più attivo della Corte nella costituzionalizzazione del modello sociale europeo che dovrebbe prendere in considerazione i modelli dell'OIL nell'interpretare il diritto primario e derivato dell'Unione. *Murray, J.*, «The Working Time Directive and Future Prospects for ILO Rules on Working Time», *Transnational Labour Regulation – The ILO and EC compared*, pag. 175, ritiene che tra la direttiva sull'orario di lavoro e la normativa dell'OIL sussista una forte convergenza per quanto riguarda l'oggetto e lo scopo delle norme.

47 – Così pure *Dornbusch, G./Ahner, L.*, op. cit. (nota 20), pag. 182, *Glaser, R./Lüders, H.*, op. cit. (nota 30), pag. 2692, nonché *Leinemann, W.*, op. cit. (nota 18), pag. 1959.

48 – V. supra, paragrafo 43.

49 – Risultanti dai dodici mesi dell'anno di congedo (periodo di riferimento) addizionati ai 18 mesi successivi al decorso dell'anno di congedo (periodo di riporto).

50 – Risultanti dalle ferie dell'anno attuale e di quello precedente.

51 – Risultanti dalle ferie dell'anno attuale e dei due anni precedenti.

52 – Nozione impiegata da Gaul, B./Josten, D./Strauf, H., op. cit. (nota 21), pag. 501.

53 – V. Alexy, R., *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden 1985, pag. 72.

54 – V. Alexy, R., *ivi*, pagg 75 (nota 53) e seg.; analogamente Röthel, A., *Europäische Methodenlehre* (cur. Karl Riesenhuber), § 12, paragrafo 37, pag. 289, la quale fa notare che i principi non garantiscono criteri «rigidi» e si trovano normalmente in correlazione interna secondo il modello di un «sistema mobile». Larenz, K., *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, sesta edizione, Heidelberg 1991, pag. 169, precisa che i principi non si applicano senza eccezioni e possono trovarsi in contrasto o contraddizione tra loro. Essi non pretendono esclusività – vale a dire, essi non possono essere formulati in base allo schema «solo nel caso in cui». L'autore rileva che i principi rivelano il loro autentico significato solo nella combinazione di reciproche integrazioni e limitazioni. Essi necessitano, per la loro realizzazione, della specificazione attraverso principi subordinati e valutazioni del caso concreto con contenuto sostanziale autonomo. Ad avviso di Frenz, W., *Handbuch Europarecht*, volume IV (*Europäische Grundrechte*), Berlin 2009, §11, pag. 133, paragrafo 438, i principi sono caratterizzati dal fatto che il loro contenuto non deve essere del tutto realizzato. Piuttosto essi sono orientati all'ottimizzazione. Devono essere adottati provvedimenti che promuovano l'obiettivo stabilito nei principi.

55 – V. sentenze della Corte 5 febbraio 1963, causa 26/62, Van Gend & Loos (Racc. pagg. 1, 3), e 15 luglio 1964, causa 6/64, (Racc. pagg. 1251, 1269). V. parere 14 dicembre 1991, n. 1/91 (Racc. I-6079, punto 35), nonché 8 marzo 2011, n. 1/09 (Racc. pag. I-0000, punto 67).

56 – V. Böhmert, S., *Das Recht der ILO und sein Einfluss auf das deutsche Arbeitsrecht im Zeichen der europäischen Integration*, pag. 211, che approfondisce la questione di un possibile accesso dell'allora Comunità europea all'OIL.

57 – V. supra, paragrafo 43.

58 – V. supra, paragrafi 84 e 85.

59 – V. Korda, M./Pennings, F., op. cit. (nota 46), pag. 134, i quali fanno notare che le convenzioni concluse nell'ambito dell'OIL nel periodo postbellico, stabiliscono esclusivamente livelli minimi. Similmente anche

Böhmert, S., op. cit. (nota 56), pag. 211, la quale considera un obiettivo dell'OIL quello di garantire in tutti gli Stati membri una misura minima di diritti. Detta conclusione si può dedurre dall'art. [1]9, n. 8, della costituzione dell'OIL, secondo cui «in nessun caso l'accettazione di una convenzione o di una raccomandazione da parte della conferenza, o la ratificazione di una convenzione da parte di un Membro devono essere interpretate nel senso che esse siano di pregiudizio a leggi, sentenze, usanze o accordi che garantiscono ai lavoratori condizioni più favorevoli di quelle previste nella convenzione o nella raccomandazione». Non è vietato dunque ai membri dell'OIL di conservare o di introdurre standard più alti. D'altro canto essi possono allineare le norme nazionali più rigorose al livello degli standard dell'OIL.