



Il ruolo dell’effettività nella giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di diritto alle ferie: l’emersione di nuovi obblighi (positivi?)

Valeria Salese*

SOMMARIO: 1. Rilievi introduttivi. – 2. Le lacune dell’art. 7 della direttiva 2003/88: introduzione ai problemi di effettività del diritto alle ferie. – 3. L’effettività nel *judicial reasoning* della CGUE in materia di diritto alle ferie. – 3.1. Il rapporto del diritto alle ferie con gli altri congedi. – 3.2. La componente retributiva del congedo per ferie. – 3.3. Le condizioni di riconoscimento dell’indennità *in lieu*. – 4. Considerazioni conclusive sulla funzione del principio di effettività e sulla natura degli obblighi a garanzia del diritto alle ferie.

1. Il principio di effettività ha avuto un ruolo di capitale importanza nello sviluppo del diritto dell’Unione per come oggi lo conosciamo¹. Infatti, se l’effettività è un attributo necessario di qualsiasi ordinamento

* Dottoranda di ricerca in Public, European and International Law presso Università degli Studi di Milano-Bicocca.

¹ Per una ricostruzione accurata dell’elaborazione e dell’evoluzione del principio si veda, per tutti, T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, Oxford, 2006, p. 418.

giuridico, lo è ancora di più riferito all’ordinamento dell’Unione il cui funzionamento è caratterizzato da un sistema di *enforcement* decentralizzato² che poggia sull’attività delle autorità nazionali. Non si tratta di una caratteristica imposta, ma di un tratto fisiologico del sistema UE le cui norme sono destinate ad operare all’interno degli ordinamenti nazionali.

Per queste ragioni il principio di effettività rappresenta un elemento chiave per il corretto funzionamento del sistema servendo in prima battuta ad assicurare che l’operatività dei precetti di fonte UE sia garantita a livello nazionale³.

Nonostante l’indubbio rilievo che esso possiede nella giurisprudenza della Corte di giustizia (“Corte” o “CGUE”), nei Trattati non è presente né una sua menzione, né alcuna definizione.

L’assenza di indicazioni e la sua difficile concettualizzazione hanno contribuito a stimolare l’interesse a indagare sul significato e la portata di questo principio⁴. Nel vasto panorama delle ricostruzioni del concetto di effettività in cui non è possibile addentrarsi⁵, il presente contributo si concentra sull’effettività intesa come un

² Per tutti, si veda F. BECKER, *Application of Community Law by Member States’ Public Authorities: Between Autonomy and Effectiveness*, in *Common Market Law Review*, 2007, p. 1035.

³ M. ACCETTO, S. ZLEPTNIG, *The Principle of Effectiveness: Rethinking Its Role in Community Law*, in *European Public Law*, 2005, p. 375.

⁴ Sull’effettività come limite all’autonomia procedurale degli Stati membri, ad esempio, A. ADINOLFI, *The “Procedural Autonomy” of the Member States and the Constraints Stemming from the ECJ’s Case Law: is Judicial Activism still Necessary?*, in H.-W. MICKLITZ, B. DE WITTE (eds.), *The European Court of Justice and the Autonomy of the Member States*, Cambridge-Antwerp-Portland, 2012, p. 281. Sull’effettività come attributo della tutela giurisdizionale, *ex plurimis*, G. VITALE, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale nella Carta dei diritti fondamentali*, in *federalismi.it*, n. 5, 28 febbraio 2018; S. PRECHAL, *Redefining the Relationship between ‘Rewe-effectiveness’ and Effective Judicial Protection*, in *Review of European Administrative Law*, 2011, p. 31; A. M. ROMITO, *La tutela giurisdizionale nell’Unione europea tra effettività del sistema e garanzie individuali*, Bari, 2015. Per altri studi riguardo ai vari possibili significati di effettività si vedano, ad esempio, P. NEBBIA, *Double Life of Effectiveness*, in *Cambridge Yearbook of European legal Studies*, 2008, p. 287 ss.; M. ROSS, *Effectiveness in the European Legal Order(s): beyond Supremacy to Constitutional Proportionality?*, in *European Law Review*, 2006, p. 1.

⁵ Per una ricostruzione dei diversi approcci dottrinali al tema dell’effettività si rinvia a M. E. MENDEZ-PINEDO, *The Principle of Effectiveness of EU Law: a Difficult Concept in Legal Scholarship*, in *Juridical Tribune*, 2021, p. 5.

sinonimo/declinazione del concetto di *effet utile*⁶ e, dunque, nella sua veste di criterio di interpretazione⁷ utilizzato per monitorare l'attuazione e il rispetto⁸ del diritto UE a livello nazionale.

In quest'ultima accezione l'effettività non solo appare come argomento fondante di molte delle decisioni della Corte di “impatto costituzionale”⁹, ma il suo utilizzo è talmente diffuso che si condivide l'opinione di chi la definisce un “dominant *leitmotiv* in judicial reasoning”¹⁰.

Infatti, l'approccio marcatamente funzionalistico che connota il mandato interpretativo della CGUE favorisce l'utilizzo di una tecnica interpretativa di tipo teleologico¹¹ e fa sì che tra le possibili interpretazioni di una medesima disposizione sia prediletta quella tesa a garantirne l'*effet utile*¹².

Con questa premessa sullo sfondo, lo scritto tenta di affrontare lo studio dell'effettività in funzione di parametro interpretativo della normativa UE in materia di diritto alle ferie disciplinato all'art. 7 della direttiva 2003/88 concernente taluni aspetti dell'orario di lavoro¹³ e

⁶ U. SADL, *National Courts and the Effectiveness of EU Law*, in B. DE WITTE, J. MAYORAL, U. JAREMBA, M. WIND, K. PODSTAWA (eds.), *National Courts and EU Law*, Cheltenham, 2016, p. 68, che chiama l'effettività intesa come effetto utile “Type 1 effectiveness” opponendola alla “Type 2 effectiveness” della giurisprudenza *Rewe-Comet*.

⁷ Così A. ADINOLFI, *La Corte di giustizia dell'Unione europea dinanzi ai principi generali codificati*, in A. ANNONI, S. FORLATI, F. SALERNO (a cura di), *La codificazione nell'ordinamento internazionale e dell'Unione europea. XXIII Convegno SIDI Ferrara 6-8 giugno 2018*, Napoli, 2018, p. 553.

⁸ F. SNYDER, *The Effectiveness of European Community Law: Institutions, Processes, Tools and Techniques*, in *Modern Law Review*, 1993, p. 26, secondo cui il parametro dell'effettività si riferisce a quattro distinti profili: “implementation, enforcement, impact and compliance”.

⁹ Così G. CONWAY, *The Limits of Legal Reasoning and the European Court of Justice*, New York, 2012, spec. p. 26 ss.

¹⁰ M. ROSS, *op. cit.*

¹¹ Per tutti, cfr. A. ALBORS-LLORENS, *European Court of Justice, More than a Teleological Court*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 1999, p. 373; K. LENAERTS, J. GUTIÉRREZ-FONS, *To Say What the Law of the EU Is: Methods of Interpretation and the European Court of Justice*, in *Working Paper AEL*, 2013.

¹² Cfr. S. MAYR, *Putting a Leash on the Court of Justice? Preconceptions in National Methodology v Effet Utile as a Meta-Rule*, in *European Journal of Legal Studies*, 2012, p. 8.

¹³ Direttiva 2003/88/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 novembre 2003, concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro.

sancito all’art. 31, par. 2, della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea (“Carta” o “CDFUE”).

L’indagine è stimolata dal fatto che il diritto alle ferie ha assunto un valore particolarmente importante nell’ordinamento dell’Unione tanto da essere definito la *grundnorm* dei diritti sociali¹⁴. Infatti, identificato sin da tempi ormai risalenti come “principio particolarmente importante del diritto sociale comunitario¹⁵”, esso è oggi considerato – grazie all’avvento della Carta – un diritto sociale fondamentale¹⁶ capace di dispiegare effetti diretti¹⁷.

Nonostante l’indiscusso rilievo riconosciutogli, il diritto alle ferie non va esente dalle problematiche applicative legate al suo essere disciplinato da una direttiva e, quindi, subordinato al recepimento da parte delle legislazioni nazionali per poter operare negli ordinamenti degli Stati membri¹⁸.

E infatti, i problemi di effettività, in generale connessi alle direttive, si manifestano anche rispetto all’implementazione della previsione legislativa sul diritto alle ferie. Quest’ultimo postulato è provato dal

¹⁴ A. BOGG, M. FORD, *Article 31*, in S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, A. WARD (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, London, 2021, p. 875.

¹⁵ Espressione utilizzata per la prima volta nella sentenza della Corte del 26 giugno 2001, causa C-173/99, *BECTU*, punto 43, poi ribadita in plurime occasioni tra cui: sentenza della Corte del 29 novembre 2017, causa C-214/16, *King*, punto 32; sentenza della Corte del 8 novembre 2012, cause riunite C-229/11 e C-230/11, *Heimann e Toltschin*, punto 22; del 21 giugno 2012, causa C-78/11, *ANGED*, punto 16; del 22 novembre 2011, causa C-214/10, *KHS*, punto 23.

¹⁶ Conclusioni dell’Avvocato generale Tizzano, dell’8 febbraio 2001, causa C-173/99, *BECTU*, punti 28 e 36.

¹⁷ Cfr. M. CONDINANZI, *Le direttive in materia sociale e la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea: un dialogo tra fonti per dilatare e razionalizzare (?) gli orizzonti sull’effetto diretto. Il caso della giurisprudenza “sulle ferie”*, in *federalismi.it*, n. 10, 22 maggio 2019; M. CONDINANZI, *L’invocabilità della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea nei rapporti orizzontali*, in C. AMALFITANO, M. D’AMICO, S. LEONE (a cura di), *La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea nel sistema integrato di tutela. Atti del convegno svoltosi nell’Università degli Studi di Milano a venti anni dalla sua proclamazione*, Torino, 2022, p. 125; R. PALLADINO, *Diritti, principi ed effetto diretto orizzontale delle disposizioni (in materia sociale) della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, in *Il diritto dell’Unione europea*, 2019, p. 175.

¹⁸ Per tutti, si veda S. PRECHAL, *Directives in EC Law*, Oxford, 2005, in particolare si vedano i capitoli 3 e 5 dove l’autrice esamina alcune caratteristiche necessarie per la corretta implementazione delle direttive e, dunque, individua alcuni dei limiti alla discrezionalità nazionale ricavati dalla giurisprudenza in materia di direttive.

ricco contenzioso sorto in materia che ha portato all'attenzione dei giudici di Lussemburgo molti quesiti relativi alla portata di tale diritto¹⁹.

Alla luce di queste criticità, dopo aver esaminato alcuni profili problematici, *rectius* di effettività, del diritto alle ferie annuali a cui il testo della direttiva dà origine (§ 2), saranno prese in considerazione alcune pronunce della Corte marcatamente caratterizzate da un approccio esegetico improntato all'effettività (§ 3). L'esame degli esiti cui quest'approccio ha condotto tende a suggerire che, in diverse occasioni, la Corte (eventualmente alla luce di una lettura congiunta della direttiva col precetto della Carta) ha massimizzato l'ampiezza delle garanzie poste a tutela del diritto alle ferie fino a, di fatto, enunciare profili della disciplina delle ferie non affrontati dalla disciplina legislativa. Anche se nel contesto di questo studio il rapporto tra la Carta e la direttiva non costituirà oggetto di specifiche riflessioni, si cercherà di dare atto dei casi in cui il risultato interpretativo è influenzato anche dall'utilizzo della Carta²⁰.

Infine, si svolgeranno alcune riflessioni conclusive sul significato di questa giurisprudenza (§ 4).

2. La direttiva 2003/88 persegue l'obiettivo di migliorare le condizioni di vita e di lavoro dei lavoratori per garantirne la salute e la sicurezza²¹. A tal fine – su espressa previsione del vincolo posto dalla sua base giuridica, l'attuale art. 153, par. 2, TFUE – essa stabilisce alcune prescrizioni minime in materia di orario di lavoro lasciando agli Stati la facoltà di applicare o introdurre misure più favorevoli alla protezione dei lavoratori²².

¹⁹ Basti menzionare che inserendo l'art. 7 della direttiva 2003/88 come voce sul modulo di ricerca della giurisprudenza della Corte (www.curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?language=it) compare un elenco di 66 cause concluse.

²⁰ Per alcune riflessioni sul rapporto tra Carta e direttive nella tutela dei diritti fondamentali si rinvia a L. S. ROSSI, *La relazione fra Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea e direttive nelle controversie orizzontali*, in *federalismi.it*, n. 10, 22 maggio 2019.

²¹ Si veda il Preambolo della direttiva, in particolare i considerando nn. 2-4; 7-11 e 15.

²² Si veda l'art. 16 della direttiva intitolato "Disposizioni più favorevoli".

Tra le sue disposizioni, col più specifico obiettivo di consentire al lavoratore di riposarsi e di beneficiare di un periodo di distensione e di ricreazione, si inserisce l’obbligo per gli Stati membri di garantire un periodo minimo di ferie annuali retribuite.

L’art. 7, par. 1, della direttiva recita: “Gli Stati membri prendono le misure necessarie affinché ogni lavoratore benefici delle ferie annuali retribuite di almeno 4 settimane, *secondo le condizioni di ottenimento o di concessione previste dalle legislazioni e/o prassi nazionali* (corsivo aggiunto)”.

Il paragrafo 2 reca poi la previsione secondo cui, solo nell’ipotesi di cessazione del rapporto di lavoro, il lavoratore ha diritto ad un’indennità sostitutiva. Tale indennità finanziaria ed il diritto alle ferie sono stati definiti come due componenti dello stesso diritto²³ con l’effetto che i due paragrafi dell’art. 7 devono essere letti in rapporto di complementarità.

Il diritto alle ferie annuali così definito ha poi natura inderogabile. Ciò si deduce *a contrario* dal testo della direttiva che non menziona il diritto alle ferie tra le disposizioni a cui gli Stati membri hanno facoltà derogare²⁴.

Alla luce di quanto sin qui illustrato è possibile sintetizzare gli elementi che compongono la disciplina – dichiaratamente minima – in materia di diritto alle ferie: una durata minima di quattro settimane; la necessità di corrispondere un pagamento a titolo di retribuzione per tale congedo; la natura inderogabile del diritto; la cadenza annuale; l’esistenza di un’indennità sostitutiva subordinata alla duplice condizione della mancata fruizione e della cessazione del rapporto di lavoro. Viceversa, ogni altro aspetto connesso all’esercizio di tale diritto non è fissato dalla direttiva ed è perciò inevitabilmente delegato a quanto stabilito dalle legislazioni e prassi nazionali espressamente richiamate al paragrafo 1 dell’art. 7.

Per integrare i contorni della disciplina di questo diritto non è di aiuto nemmeno una sua interpretazione in combinato disposto con la

²³ *Ex plurimis*, sentenza della Corte del 25 novembre 2021, causa C-233/20, *WD*, punto 29.

²⁴ Si veda l’art. 17 della direttiva intitolato “Deroghe” nonché la conferma della Corte sul punto in, *inter alia*, sentenza della Corte del 12 giugno 2014, causa C-118/13, *Bollacke*, punto 15.

corrispondente disposizione della Carta. Infatti, l'art. 31, par. 2, si limita a menzionare il diritto alle ferie annuali retribuite insieme ad altri due diritti connessi alla durata dell'orario di lavoro, mentre la sua spiegazione recita che tale previsione “si basa sulla direttiva 93/104/CE”, ossia la precedente versione della direttiva 2003/88. Perciò, nonostante la Carta abbia permesso di estendere i confini della tutela di questo diritto²⁵, la concisione del testo dell'art. 31, par. 2, e la formulazione della relativa spiegazione suggeriscono semmai che sia la più dettagliata disciplina della direttiva a dover guidare l'interpretazione della Carta²⁶.

Ad ogni modo, poiché anche la direttiva contiene solo prescrizioni minime, l'operatività delle sue regole è affidata ad un'attività di recepimento considerevolmente discrezionale. Per tale ragione si è andato consolidando un filone giurisprudenziale teso a definire (e a restringere) i contorni dell'autonomia di implementazione.

Così, ad esempio, mentre è ammesso che “le modalità di esecuzione e di applicazione necessarie per attuare le prescrizioni della direttiva [...] possono differire quanto alle condizioni di esercizio del diritto alle ferie annuali retribuite²⁷”, la Corte ha chiarito che “tale direttiva non consente agli Stati membri di escludere la nascita stessa di un diritto espressamente conferito a tutti i lavoratori²⁸”. Similmente, si legge che la definizione dei concetti preliminari al godimento dei diritti sanciti dalla direttiva, come quello di “orario di lavoro” e “periodo di riposo”, non può essere esercitata in piena autonomia a discapito dell'*effet utile* della direttiva²⁹.

Questi chiarimenti, nel delimitare i margini di discrezionalità entro cui le prassi e legislazioni nazionali devono muoversi, preparano il terreno per ulteriori interventi della Corte volti a monitorare l'attuazione della direttiva.

²⁵ Si rinvia alle note 17 e 20 e, *infra*, § 3.3.

²⁶ Sul rapporto tra la direttiva 2003/88 e l'art. 31, par. 2 della Carta alla luce della sua spiegazione si rinvia integralmente a E. MUIR, *The Horizontal Effects of Charter Rights Given Expression to in EU Legislation, from Mangold to Bauer*, in *Review of European Administrative Law*, 2019, p. 185.

²⁷ Sentenza della Corte del 24 gennaio 2012, causa C-282/10, *Dominguez*, punto 19 e sentenza *BECTU*, cit., punto 55.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ Sentenza della Corte del 9 marzo 2021, causa C-344/19, *D. J.*, punto 31.

Sebbene, a giudizio della Commissione, la disposizione sul diritto alle ferie risulti complessivamente *ben recepita* a livello nazionale, nella Relazione sull’attuazione della direttiva³⁰ ne sono messi in luce alcuni aspetti critici. I rilievi segnalati riguardano essenzialmente le condizioni imposte dalle legislazioni nazionali per maturare e fruire le ferie nel primo anno di lavoro e il rapporto tra il congedo per ferie e il congedo per malattia. In linea con queste notazioni, alcuni quesiti pregiudiziali rivolti alla Corte (si veda *infra*) evidenziano più nel dettaglio le problematiche di recepimento confermando l’esistenza di alcuni aspetti pratici essenziali all’esercizio del diritto alle ferie su cui il testo legislativo non offre indicazioni³¹.

Così, ad esempio, oltre al rapporto delle ferie con gli altri congedi, tra gli aspetti problematici che la casistica rappresenta emergono anche quello della retribuzione e quello concernente le condizioni di esercizio del diritto all’indennità *in lieu* stabilito dall’art. 7, par. 2, della direttiva.

In mancanza di puntuali indicazioni da parte della direttiva e (a maggior ragione) della Carta, questi quesiti non trovano immediata risposta nel testo legislativo³². Questo fattore ha comportato che la Corte, mossa dalla percepita necessità di sopperire alle lacune legislative, abbia adottato un approccio interpretativo molto estensivo esplicitamente votato a garantire l’effettività del diritto alle ferie e dei suoi corollari.

3. Una ricerca testuale svolta in relazione alla giurisprudenza della CGUE in materia di diritto alle ferie rivela un uso diffuso dell’avverbio “effettivamente” e dell’aggettivo “effettivo” riferiti a vari concetti

³⁰ Relazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo sull’attuazione da parte degli Stati membri della direttiva 2003/88 concernente taluni aspetti dell’organizzazione dell’orario di lavoro, COM (2017) 254final.

³¹ Per una ricognizione esemplificativa che mette in luce lo scollamento tra la disciplina di recepimento e la normativa dell’Unione nell’ordinamento croato cfr. Z. POTOČNJAK, A. GRGIĆ, I. CATIPOVIĆ, *The Right to Annual Leave: The Implications of Accession*, in *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, 2014, p. 159.

³² A. BOGG, M. FORD, *op. cit.*, sono dell’opinione che l’enorme contenzioso sul diritto alle ferie sia una proiezione delle “regulatory complexities of that provision of the Directive”.

afferenti al regime del diritto alle ferie³³. Nel tentativo di ricostruire alcuni dei contesti in cui questa tendenza si manifesta, si osserva che, in primo luogo, il concetto di effettività è associato all'attività lavorativa che dev'essere svolta ai fini della maturazione del diritto alle ferie. Detto altrimenti, data la finalità di riposo e ricreazione sottostante la previsione di un periodo di ferie retribuite, viene costantemente sottolineato che il riconoscimento del diritto si fonda sulla premessa che il lavoratore, salvo eccezioni³⁴, abbia preventivamente svolto un periodo di lavoro effettivo³⁵.

Per tutelare efficacemente la sua salute e la sua sicurezza, ossia gli obiettivi perseguiti dalla direttiva 2003/88, è poi ricorrentemente affermato che deve essere “effettivo” anche il riposo di cui il lavoratore fruisce quando si trova in congedo per ferie³⁶.

Nonostante l'indubbio interesse che i frequenti riferimenti all'effettività di questa giurisprudenza suscitano, ciò che dev'essere anzitutto connotato da effettività è il godimento delle ferie³⁷. Ciò equivale a dire che per valutare la corretta implementazione della direttiva, non basta che il diritto sia astrattamente sancito e conferito ai lavoratori dalla normativa nazionale di recepimento. Al contrario, il diritto UE impone alle autorità nazionali di attivarsi affinché il lavoratore titolare del diritto sia in grado di fruirne in concreto.

A tal proposito, e, dunque, per far sì che il godimento sia effettivo, la Corte ha costantemente affermato che “effettive” devono essere le condizioni per il suo esercizio: il lavoratore dev'essere preventivamente ed effettivamente posto nelle condizioni di avvalersi del diritto di cui è

³³ Il campione su cui si è svolta la ricerca testuale consta delle pronunce già oggetto di menzione nella precedente nota 19.

³⁴ Si veda *infra*, § 3.1.

³⁵ Sentenza della Corte del 22 settembre 2022, causa C-518/20, *XP*, punti 28, 29, 38, 45 e 46; dell'11 novembre 2021, causa C-514/20, *Koch*, punti 10, 19, 33, 40, 42, 44; sentenza *WD*, cit., punti 28 e 33; del 13 dicembre 2018, causa C-385/17, *Hein*, punti 27, 29, 36, 41, 44, 52, 53; del 4 ottobre 2018, causa C-12/17, *Dicu*, punto 28; del 25 giugno 2020, cause riunite C-762/18 e C-37/19, *QH e CV*, punti 58 e 66; del 9 dicembre 2021, causa C-217/20, *XXXX*, punto 25.

³⁶ *Ex multis*, sentenza *XXXX*, cit., punto 24; sentenza *Koch*, cit., punto 31; sentenza della Corte del 6 novembre 2018, causa C-619/16, *Kreuziger*, punti 40 e 49 e sentenza della Corte del 6 novembre 2018, cause riunite C-569/16 e C-570/16, *Bauer*, punto 42.

³⁷ Sentenza *Koch*, cit., punto 33; sentenza della Corte del 4 giugno 2020, causa C-588/18, *FETICO e a.*, punti 32 e 34; sentenza *Hein*, cit., punto 44.

titolare³⁸. Detto in altre parole, l’effettività si riferisce anche alla possibilità di esercizio e, quindi, costituisce un requisito da soddisfare in un momento anteriore a quello dell’esercizio vero e proprio del diritto.

In quest’abbondanza di riferimenti all’effettività e alle sue derivazioni, alcuni di essi hanno assunto rilievo nel definire il percorso logico della Corte in risposta alle problematiche attuativo-applicative evidenziate nel precedente paragrafo. Di seguito si tenterà di dimostrare come le problematiche emerse dai rinvii pregiudiziali si sono risolte nell’enunciazione da parte della CGUE di regole che integrano il regime normativo tratteggiato dalla direttiva ben al di là di quanto sarebbe consentito svolgendo un’interpretazione letterale della norma.

3.1. Tra gli aspetti problematici della disciplina in esame, uno è connesso al rapporto del congedo per ferie con congedi di altro tipo. Ciò, come visto, non solo emerge dalla relazione della Commissione, ma è conclamato dalle numerose sentenze che la Corte, adita in via pregiudiziale, ha reso sul punto³⁹. Questo aspetto che la normativa scritta non affronta, lungi dal rimanere su un piano astratto, ha molteplici implicazioni pratiche che si ripercuotono sull’esercizio del diritto in esame. Poiché un presupposto logico per il riconoscimento del diritto alle ferie è l’aver svolto un periodo di lavoro effettivo⁴⁰, la fruizione di altri congedi durante il c.d. periodo di riferimento – ossia il periodo di lavoro determinato nel quale si colloca il congedo per ferie – riguarda anzitutto le condizioni per la maturazione del diritto. In secondo luogo, poi, un profilo critico concerne la possibilità di fruire del congedo per ferie (già maturato) nell’ipotesi in cui detto periodo si sovrapponga alla fruizione di congedi di altra natura. Quest’ultimo

³⁸ Sentenza della Corte del 22 settembre 2022, causa C-120/21, *LB*, punto 48 dove si fa riferimento all’omissione del datore di lavoro di mettere il lavoratore nelle condizioni di esercitare il suo diritto. Si vedano anche sentenza *XP*, cit., punto 39; sentenza *XXXX*, cit., punto 33; sentenza *Kreuziger*, cit., punti 42, 45, 52, 53 e 56; sentenza *Bauer*, cit., punti 46 e 49; sentenza della Corte del 30 giugno 2016, causa C-178/15, *Sobczyszyn*, punto 22; sentenza *KHS*, cit., punti 26 e 28; sentenza della Corte del 10 settembre 2009, causa C-277/08, *Vicente Pereda*, punti 43 e 45.

³⁹ Cfr. nota 19 e *infra* per l’analisi di alcuni casi specifici.

⁴⁰ Si veda la nota 35.

scenario apre alla questione, anch'essa non considerata dalla direttiva, relativa alla prescrizione, posposizione, cumulo e riporto delle ferie.

Data la capacità di queste situazioni non regolate dalla direttiva di compromettere l'effettività della tutela del lavoratore, la Corte ha predisposto alcune indicazioni di coordinamento.

La prima di queste *regole* risale al caso *Schultz-Hoff* e consiste nel divieto di distinguere i lavoratori assenti a titolo di congedo per malattia da quelli che hanno effettivamente lavorato con la conseguenza che “il diritto alle ferie che scaturisce per ogni lavoratore dalla stessa direttiva 2003/88 [...] non può essere subordinato da uno Stato membro all'obbligo di avere effettivamente lavorato⁴¹”. La *ratio* risiede nel fatto che la malattia è una causa di assenza non solo “imprevedibile” ma, soprattutto, “indipendente dalla volontà del lavoratore⁴²”. L'effetto è quello di equiparare l'assenza per malattia ad un periodo di lavoro effettivo.

Quanto all'ulteriore profilo dell'impossibilità di godimento delle ferie dovuta all'assenza per malattia, in un altro passaggio della sentenza *Schultz-Hoff* viene chiarito che la prescrizione del diritto – allo scadere del periodo di riferimento o di un periodo di riporto – non è di per sé incompatibile con la direttiva. Ciò, però, a condizione che “il lavoratore che ha perso il diritto alle ferie annuali abbia *effettivamente* avuto la possibilità di esercitare questo diritto⁴³ (corsivo aggiunto)”.

Pur non dettando una regola precisa in punto di riporto e posposizione delle ferie, l'ammissibilità di qualsiasi disciplina nazionale in tema di ferie e altri congedi viene implicitamente subordinata dalla Corte ad una verifica caso per caso che riguarda l'*effettiva possibilità di esercizio*.

Sulla scorta di quest'impostazione, sono stati successivamente enunciati precetti più dettagliati. Così, in *Vicente Pereda*, mentre è ribadito che l'estinzione delle ferie rimane condizionata al fatto che il beneficiario “abbia effettivamente avuto la possibilità di esercitare tale diritto⁴⁴”, viene annunciata una sorta di obbligo di consentire il riporto

⁴¹ Sentenza della Corte del 20 gennaio 2009, causa C-350/06, *Schultz-Hoff*, punti 40-41.

⁴² *Ex plurimis*, sentenza *King*, cit., punto 49 e sentenza *Dicu*, cit., punto 32.

⁴³ *Ibidem*, punto 43.

⁴⁴ Sentenza *Vicente Pereda*, cit., punto 19.

delle ferie non godute a causa di un concomitante congedo per malattia⁴⁵.

Nonostante le pronunce della Corte si siano principalmente concentrate su questo aspetto, il quadro delle ipotesi che richiedono il coordinamento delle ferie con i congedi di diversa natura non si esauriscono con l’assenza per malattia; infatti, problemi di analogo tenore si manifestano con riferimento a congedi di altra natura. Mentre alcuni di essi sono stati considerati al di fuori dell’ambito di applicazione della direttiva⁴⁶, altri, come il congedo di maternità e quello parentale, sono stati oggetto di un attento esame da parte della Corte. Nella sentenza *Dicu*, prendendo atto che il congedo di maternità costituisce, al pari di quello per malattia, una causa di assenza necessaria dal lavoro⁴⁷, è stato sancito l’obbligo di consentire che il godimento delle ferie avvenga in un momento diverso e successivo a quello in cui la lavoratrice ha concluso il periodo di maternità⁴⁸, c.d. periodo di riporto.

Altri interventi hanno aggiunto che il regime del riporto deve comunque poter essere soggetto a limiti temporali. Se così non fosse, si legge in *KHS*, il sistema di riporto si porrebbe in contrasto alla finalità stessa della direttiva⁴⁹ e imporrebbe un onere eccessivo per l’organizzazione aziendale⁵⁰. Occorre però sottolineare come, anche alla conclusione di detto periodo di riporto, la perdita del diritto rimane condizionata al fatto che il titolare “abbia effettivamente avuto la possibilità di esercitare il diritto stesso⁵¹”.

Mentre alcune ulteriori ricadute della fruizione di congedi che si intrecciano col tema della retribuzione e dell’indennità sostitutiva di cui all’art. 7, par. 2, della direttiva, saranno affrontate nella parte a seguire

⁴⁵ *Ibidem*, punto 25. Si vedano anche le pronunce successive che confermano quest’impostazione, tra cui, sentenza *ANGED*, cit., punto 24 e sentenza *Sobczyszyn*, cit., punto 32.

⁴⁶ Si veda la sentenza *FETICO e a.*, cit., sui congedi cc.dd. speciali.

⁴⁷ Sentenza *Dicu*, cit., punto 34 sulla funzione di siffatto congedo. Critica sul punto E. CARACCILOLO DI TORELLA, *Here We Go Again: The Court, the Value of Care and Traditional Roles within the Family*, in *Common Market Law Review*, vol. 57, 2020, p. 888.

⁴⁸ Sentenza *Dicu*, cit., punto 30.

⁴⁹ Sentenza *KHS*, cit., punti 30 e 34.

⁵⁰ *Ibidem*, punto 39.

⁵¹ *Ibidem*, punto 28.

specificamente dedicata a questi ultimi aspetti, si può provvisoriamente osservare che le regole individuate dalla Corte per coordinare le ferie con gli altri congedi hanno l'effetto di integrare i parametri di attuazione rivolti alle autorità nazionali ricavabili in base ad un'interpretazione letterale della disciplina della direttiva.

3.2. L'articolo 7, par. 1, della direttiva – così come la corrispondente disposizione della Carta di cui all'art. 31, par. 2, – definisce le ferie “retribuite”. Questa locuzione lascia intendere che i lavoratori debbano beneficiare di un salario mentre si trovano in congedo per ferie, ma nessun altro aspetto connesso alla retribuzione è compiutamente, né incidentalmente affrontato. Difatti, la Corte afferma che la direttiva “*in linea di principio* [...] non si applica alla retribuzione dei lavoratori” (corsivo aggiunto)⁵². Tuttavia, ciò non ha ostacolato alcuni interventi sul tema.

Il primo esempio si rinviene nella sentenza *Robinson-Steele* dove i due concetti di ferie e retribuzione sono definiti due aspetti dello stesso diritto⁵³ cosicché alla retribuzione è esplicitamente riconosciuta la funzione di “consentire al lavoratore di prendere *effettivamente* le ferie a cui ha diritto” (corsivo aggiunto)⁵⁴.

La questione pregiudiziale oggetto del rinvio verteva infatti sul se l'art. 7 dell'allora direttiva 93/104/CE ostasse a un sistema di *rolled-up pay* in funzione del quale il pagamento delle ferie, anziché mediante un versamento nel periodo determinato durante il quale il lavoratore fruisce delle ferie, avviene attraverso versamenti parziali scaglionati nel corso del corrispondente periodo di lavoro.

La centralità del concetto di effettività nella valutazione della Corte era preannunciata sin dalle conclusioni dell'Avvocato generale Stix-Hackl dove veniva proposto un *test* funzionale incentrato sulla verifica

⁵² Sentenza della Corte del 17 marzo 2021, causa C-585/19, *Accademia de Studii Economicae*, punto 31. Similmente si veda anche sentenza della Corte del 20 novembre 2018, causa C-147/17, *Sindicatul Familia Costanta e a.*, punto 35.

⁵³ Sentenza della Corte del 16 marzo 2006, cause riunite C-131/04 e C-257/04, *Robinson-Steele*, punto 58.

⁵⁴ *Ibidem*, punto 49.

della “possibilità effettiva”⁵⁵ di godere delle ferie alla luce della modalità retributiva.

La sentenza – discostandosi parzialmente dall’impostazione dell’Avvocato generale – conferma che certe tempistiche retributive come quelle del caso *de quo* sono idonee a dissuadere l’esercizio del diritto alle ferie minandone l’effettività⁵⁶. Da ciò coglie la regola secondo cui le misure nazionali in materia di ferie devono assicurare che il salario venga corrisposto contestualmente alle ferie stesse, pena l’effettività del diritto.

Questa statuizione non rimane isolata. Infatti, in altre decisioni, la Corte ha avuto modo di elaborare ulteriori implicazioni del chiarito rapporto di condizionalità tra ferie e retribuzione. In particolare, diverse pronunce si sono concentrate sul diverso profilo relativo al livello della retribuzione. Nel caso *Lock*, pur ribadendo che la retribuzione non ricade nell’ambito materiale della direttiva⁵⁷, viene affermato che il mantenimento della retribuzione ordinaria è una condizione “che consente al lavoratore di fruire *effettivamente* delle ferie a cui ha diritto”⁵⁸. A questa premessa consegue che la riduzione della retribuzione nel periodo di ferie – ad esempio non calcolando la componente del salario basata sulle provvigioni come nel caso *Lock* – produce “un effetto dissuasivo sull’*effettiva* capacità di fruire delle ferie”⁵⁹ (enfasi aggiunta), ponendosi in contrasto con l’obiettivo perseguito dall’art. 7 della direttiva 2003/88.

Il concetto di effettività del diritto in rapporto alla retribuzione è rimarcato anche nei casi *Hein* e *XXXX* che confermano che la diminuzione della retribuzione, per qualsiasi causa, rappresenta un ostacolo all’esercizio effettivo del diritto alle ferie⁶⁰ e che, quindi, l’art. 7, par. 1, della direttiva sull’orario di lavoro dev’essere interpretata nel senso di precludere legislazioni e prassi nazionali che, ai fini del calcolo

⁵⁵ Conclusioni dell’Avvocato generale Sixth-Hackl, del 27 ottobre 2005, cause riunite C-131/04 e C-257/04, *Robinson-Steele*, punto 75 ss. Sul punto, cfr. A. BOGG, *The Right to Paid Annual Leave in the Court of Justice: The Eclipse of Functionalism*, in *European Law Review*, 2006, p. 892.

⁵⁶ Sentenza *Robinson-Steele*, cit., punto 63.

⁵⁷ Sentenza *Lock*, cit., punto 16.

⁵⁸ *Ibidem*, punto 20.

⁵⁹ *Ibidem*, punti 21 e 22.

⁶⁰ Sentenza *Hein*, cit., punto 44; sentenza *XXXX*, cit., punto 33.

della retribuzione delle ferie, prendono in considerazione la riduzione dell'importo percepito nel periodo di riferimento in conseguenza dell'inabilità al lavoro del beneficiario⁶¹.

Quanto sin qui descritto rivela un chiaro divieto di prevedere qualsivoglia forma di diversificazione della retribuzione rispetto a quella corrisposta durante il periodo di lavoro⁶² che si aggiunge all'obbligo di pagamento contestuale annunciato in *Robinson-Steele*. Anche in questo caso è di chiara evidenza come, nel silenzio della direttiva, le indicazioni offerte concorrono a delineare dei più rigorosi parametri a cui il regime retributivo delle ferie – solo apparentemente delegato dalla direttiva alle scelte discrezionali delle legislazioni e prassi nazionali – deve conformarsi.

3.3. Nel contesto dell'interpretazione della disciplina della direttiva 2033/88, è stato chiarito che la funzione a cui l'indennità sostitutiva prevista dall'art. 7, par. 2, è preposta è precisamente quella di garantire l'*effetto utile* del diritto alle ferie⁶³. Ciò ha anzitutto implicato di negare qualsiasi rilevanza alla causa di cessazione del rapporto di lavoro⁶⁴ facendo di questo diritto-corollario del diritto alle ferie un diritto sostanzialmente incondizionato. Oltre alla cessazione (per qualsiasi causa) del rapporto di lavoro, l'unica condizione a cui il diritto all'indennità rimane subordinato è che il titolare non abbia fruito delle ferie, *rectius* non abbia avuto la possibilità *effettiva* di fruirne entro il periodo di tempo previsto.

È da questo aspetto, ossia ancora una volta sul presupposto della possibilità effettiva per il lavoratore di esercitare il diritto, che la giurisprudenza della Corte ha tratto spunto per alcune affermazioni di spiccato rilievo.

Anzitutto, nei casi *Bauer* e *Max Planck* è stata affermata l'invocabilità del diritto al pagamento dell'indennità nei rapporti di

⁶¹ *Ibidem*, punto 41.

⁶² Si veda anche sentenza *King*, cit., punto 35 e la sentenza della Corte del 15 settembre 2011, causa C-155/10, *Williams e a.*, punti 17-18 dove anche se le conclusioni in punto di livello di retribuzione sono analoghe, la Corte non ricorre al principio di effettività.

⁶³ Sentenza *Bollacke*, cit., punto 24.

⁶⁴ Sentenza della Corte del 20 luglio 2016, causa C-341/15, *Maschek*, punto 28.

lavoro tra privati e, per di più, anche da parte degli eredi dei lavoratori titolari del diritto alle ferie⁶⁵. In entrambe le decisioni l’argomento dell’effettività, in particolare riferita alla possibilità di esercizio del diritto nel periodo in cui il rapporto di lavoro era in vigore, ha assunto un ruolo pregnante per condurre la Corte alle sue conclusioni⁶⁶. La logica è chiara: “l’estinzione del diritto maturato da un lavoratore alle ferie annuali retribuite o del suo correlato diritto al pagamento di un’indennità finanziaria [...] *senza che l’interessato abbia effettivamente avuto la possibilità di esercitare detto diritto* [...] arrecherebbe pregiudizio alla sostanza stessa del diritto medesimo”⁶⁷ (corsivo aggiunto).

È il rischio per l’effettività del diritto che fa da premessa al riconoscimento di effetti diretti orizzontali del diritto alle ferie *ex art. 31, par. 2, della Carta* sotto cui viene sussunto anche il diritto all’indennità espressamente previsto solo dall’art. 7, par. 2, della direttiva. Detto altrimenti: il diritto alle ferie non sarebbe effettivo se l’attivazione della pretesa della sua componente patrimoniale, l’indennità pecuniaria, fosse preclusa agli eredi dei lavoratori nei confronti dei loro datori di lavoro privati.

Su questa falsa riga, a quella relativa agli effetti orizzontali si affiancano enunciazioni sull’esistenza di altri obblighi specifici (non identificati dalla direttiva) in capo ai datori di lavoro. La *ratio* di questa previsione già ben articolata dall’Avvocato generale Tanchev⁶⁸ è recepita in *Max Planck*. In quest’ultima pronuncia prima viene escluso che “l’onere di assicurarsi dell’esercizio effettivo del diritto alle ferie annuali retribuite sia interamente posto a carico del lavoratore⁶⁹” per poi concludere che, “il datore di lavoro è tenuto [...] al fine di assicurare l’*effetto utile* dell’articolo 7 della direttiva 2003/88, ad assicurarsi concretamente e in piena trasparenza che il lavoratore sia

⁶⁵ Sentenza *Bauer*, cit., e sentenza della Corte del 6 novembre 2018, causa C-684/16, *Max Planck*. Sul punto si rinvia a M. CONDINANZI, *Le direttive in materia sociale e la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, cit.

⁶⁶ Cfr. sentenza *Bauer*, cit., in particolare punti 46 e 49 e sentenza *Max Planck*, cit., in particolare punti 22, 26, 31, 35, 38, 40, 45-47, 55, 56 e 61.

⁶⁷ Sentenza *Bauer*, cit., punto 49.

⁶⁸ Conclusioni dell’Avvocato generale Tanchev, dell’8 giugno 2017, causa C-214/16, *King*, punti 52 e 55.

⁶⁹ Sentenza *Max Planck*, cit., punto 43.

effettivamente in grado di fruire delle ferie annuali retribuite, *invitandolo, se necessario formalmente, a farlo, e nel contempo informandolo*” (enfasi aggiunta)⁷⁰. In un’altra decisione emanata lo stesso giorno di *Bauer e Max Planck*, la sentenza, è ribadita l’esistenza di siffatto dovere di informazione e invito corredato anche dall’onere della prova del suo adempimento⁷¹. Occorre però sottolineare che, nel caso *Kreuziger*, la controversia vedeva contrapposto un lavoratore al suo datore di lavoro pubblico, il Land di Berlino.

La conferma che la Corte intenda seguire quest’impostazione anche in relazione a rapporti di lavoro di tipo orizzontale è giunta in due decisioni dello scorso settembre 2022, le sentenze nei casi *XP* ed *LB*. In queste sentenze, stavolta sulla base di un’annunciata lettura congiunta dell’art. 31, par. 2, della Carta con la direttiva⁷², viene inequivocabilmente convalidata l’esistenza di tale obbligo di *facere* in capo al datore di lavoro⁷³.

L’approccio interpretativo osservato presenta dei tratti di novità rispetto ai precedenti in materia di retribuzione e rapporto con altri congedi. Se il fattore comune rimane un atteggiamento della Corte teso a massimizzare la tutela del diritto alle ferie e dei suoi corollari, è la modalità che cambia. Una delle ragioni si rinviene nella valorizzazione della Carta come fonte autonoma del diritto alle ferie. Detto altrimenti, a differenza di quanto osservato in materia di retribuzione e di altri congedi – dove, anche nei casi in cui la Carta viene menzionata, il ragionamento della Corte si concentra prevalentemente sulla direttiva⁷⁴ – la giurisprudenza in tema di indennità appare considerevolmente più influenzata dalla presenza della Carta il che, in alcuni casi, si traduce in una sua lettura in combinato disposto con la direttiva. Questa tecnica si apprezza a partire dalle tre sentenze esaminate che sono state emanate nello stesso giorno – *Max Planck*, *Bauer* e *Kreuziger* – tutte accomunate

⁷⁰ *Ibidem*, punto 45.

⁷¹ Sentenza *Kreuziger*, cit., punti 52-53 e sentenza *Max Planck*, cit., punto 46.

⁷² Sentenza *XP*, cit., punti 25, 26, 33, 36, 37, 41, 45, 46 e sentenza *LB*, cit., punti 32, 33, 35, 36, 37, 41, 52, 56 e 57.

⁷³ Sentenza *XP*, cit., punto 42 e sentenza *LB*, punto 44.

⁷⁴ La Carta è menzionata in alcune pronunce della Corte analizzate *supra* (si vedano ad esempio *Lock*, *Hein*, *Dicu*, *King*, *Sobczyszyn*, citt.), ma solo come fonte aggiuntiva del diritto senza che ciò porti ad esiti interpretativi che non sarebbero stati possibili alla luce della sola direttiva.

da un’interpretazione estensiva del diritto dell’Unione. Nel contesto di queste pronunce, la formulazione dell’obbligo di invito e informazione⁷⁵ si sovrappone al riconoscimento della capacità dell’art. 31, par. 2, della Carta di dispiegare effetti diretti orizzontali⁷⁶. In sostanza, le circostanze temporali di questa giurisprudenza suggeriscono che il ruolo assunto dal diritto primario nell’apparato argomentativo della Corte abbia avuto più di una ricaduta significativa. Oltre ad aver permesso di riconoscere l’invocabilità del diritto nei rapporti tra privati, la Carta ha ispirato anche l’elaborazione di un ulteriore presidio ad integrazione della disciplina della direttiva rappresentato dall’obbligo di invito e informazione. Mentre nella sentenza *Kreuziger* riguardante un rapporto di lavoro di tipo verticale la Carta è solo menzionata⁷⁷, nelle più recenti decisioni in *XP* ed *LB* aventi sullo sfondo controversie pendenti tra soggetti privati la conferma dell’obbligo di invito e informazione è permessa dall’interpretazione della Carta e della direttiva in combinato disposto⁷⁸.

Secondo questa lettura, la Carta costituisce un rimedio alle problematiche applicative del diritto alle ferie che derivano dai limiti intrinseci delle direttive nonché, in particolare, dalla formulazione della direttiva 2003/88.

In connessione con questa valorizzazione della Carta, ciò che rende significative le affermazioni della Corte riguarda i soggetti a cui sono destinate. Mentre le pronunce rese in tema di retribuzione e di coordinamento tra le ferie e gli altri congedi interessano primariamente il modo di redigere e di interpretare le disposizioni nazionali di attuazione della direttiva e, dunque, sono in primo luogo indirizzate ai giudici e ai legislatori degli Stati membri, le decisioni sul dovere di invito e informazione individuano obblighi di *facere* specifici idonei ad operare direttamente nei confronti dei privati.

⁷⁵ Sentenza *Max Planck*, cit., punto 46 e sentenza *Kreuziger*, cit., punto 52.

⁷⁶ *Ibidem*, rispettivamente, sentenza *Max Planck*, punti 79-80 e sentenza *Bauer*, punti 84-90.

⁷⁷ Sentenza *Kreuziger*, cit., punto 29.

⁷⁸ Cfr. nota 73.

4. Le conseguenze del carattere minimo della disciplina legislativa, tradotti dalla Corte di giustizia in rischi per l'effettività del diritto alle ferie, sono state superate con alcuni interventi correttivi nel segno della valorizzazione della sua tutela.

La chiave di lettura del ruolo del principio di effettività nell'interpretazione della direttiva 2003/88 risiede nella natura dei suoi precetti. Infatti, come viene osservato, l'intensità dell'utilizzo del parametro interpretativo dell'effettività dipende in gran parte dal grado di dettaglio della normativa a cui si riferisce: tanto più le disposizioni legislative sono formulate in termini dettagliati, quanto meno si rende necessario il ricorso all'argomento dell'effettività per chiarirne la portata e il significato⁷⁹. Così, nell'impianto argomentativo osservato, le lacune lasciate dalle prescrizioni minime contenute nell'articolo 7 della direttiva (§ 2) hanno senz'altro esaltato la funzione di "gap-filling"⁸⁰ del principio di effettività col risultato di permettere alla giurisprudenza della Corte di arricchire il quadro legislativo di riferimento con alcune ulteriori prescrizioni in tema di retribuzione, rapporto con altri congedi e condizioni per l'indennità.

I confini del processo interpretativo della CGUE che sono già particolarmente difficili da tracciare, lo sono ancor di più quando lo scrutinio riguarda "abstract or open-textured constitutional provisions, such as human rights norms"⁸¹. Perciò, unitamente al carattere di armonizzazione minima della disciplina legislativa della direttiva 2003/88, è la natura stessa delle prescrizioni poste a tutela dei diritti fondamentali che spiega perché la CGUE nel contesto della loro interpretazione sia portata a ricorrere a concetti altrettanto astratti o incommensurabili come l'effettività e l'uniformità del diritto UE⁸².

Proposte alcune delle possibili ragioni che rendono l'effettività così centrale nel *judicial reasoning* in materia di diritto alle ferie, un'ulteriore riflessione riguarda il significato delle statuizioni della Corte. Tale valutazione si inserisce nel quadro delle più ampie

⁷⁹ M. ELIANTONIO, E. MUIR, *The Principle of Effectiveness: under Strain?*, in *Review of European Administrative Law*, 2019, p. 255.

⁸⁰ K. LENAERTS, J. GUTIÉRREZ-FONS, *The Constitutional Allocation of Powers and General Principles of EU Law*, in *Common Market Law Review*, 2010, p. 1669.

⁸¹ G. CONWAY, *op. cit.*, p. 12 ss.

⁸² *Ibidem*.

considerazioni sulla qualificazione degli obblighi di tutela e promozione dei diritti umani e, più in particolare, della categoria dei diritti sociali a cui quello alle ferie appartiene⁸³.

I diritti sociali, infatti, sono tradizionalmente contraddistinti dal fatto che il loro godimento presuppone, più marcatamente di altri diritti, il dovere di attivarsi per l’adozione delle misure necessarie al loro soddisfacimento. Nella dottrina internazionalistica in tema di diritti umani questo assunto si riflette nell’elaborazione della dicotomia tra obblighi positivi e negativi⁸⁴.

E, difatti, l’assunto che dalle fonti internazionali poste a tutela dei diritti umani discendano anche obblighi di *facere* è recepita nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo dove si è consolidata una dottrina degli obblighi positivi⁸⁵ in base alla quale la Corte desume in via interpretativa le misure necessarie a soddisfare i diritti garantiti dalla CEDU. I giudici di Lussemburgo, esplicitamente sollecitati sul punto, hanno ammesso che da alcune disposizioni della Carta corrispondenti a quelle della CEDU derivino obblighi positivi volti in un’ultima analisi alla repressione di alcuni reati⁸⁶. Ciò nonostante, manca in seno alla CGUE l’elaborazione in termini espliciti

⁸³ Cfr. M. SEPÚLVEDA, *The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Antwerpen-Oxford-New York, 2003. Si veda in particolare p. 115 ss., dove sono esaminate le ragioni che hanno condotto alla divisione in due testi separati – il Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici ed il Patto internazionale relativo ai diritti economici, sociali e culturali – essenzialmente basate sulla diversa natura degli obblighi posti a tutela dei diritti, civili e politici da una parte e, sociali, culturali ed economici dall’altra.

⁸⁴ *Ibidem*. Si veda anche R. PISILLO MAZZESCHI, *Sulla natura degli obblighi internazionali di tutela e promozione dei diritti economici, sociali e culturali*, in F. BESTAGNO (a cura di), *I diritti economici, sociali e culturali. Promozione e tutela nella comunità internazionale*, Milano, 2009, p. 3.

⁸⁵ Per tutti, si veda A. R. MOWBRAY, *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Oxford-Portland-Oregon, 2004; P. VAN DIJK, F. VAN HOOF, A. VAN RIJN, L. ZWAAK, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Cambridge-Antwerp-Portland, 2018.

⁸⁶ Sentenza della Corte del 6 ottobre 2020, cause riunite C-511/18, C-512/18 e C-520/18, *La Quadrature du Net*, punti 127-128 in cui la CGUE, dopo aver confermato l’esistenza di obblighi positivi finalizzati a reprimere alcuni reati che abbiano come vittime i minori o altre persone vulnerabili derivino dagli artt. 3 e 8 CEDU, ha riconosciuto che tali obblighi discendano anche dalle corrispondenti disposizioni della Carta (artt. 4 e 7).

di un'analogia dottrina⁸⁷. Questo profilo desta maggior attenzione laddove le pronunce della CGUE possono interessare direttamente i soggetti privati. Infatti, oltre alle linee guida attuative offerte in tema di retribuzione e cumulo/riporto delle ferie non godute (§ 3.1 e 3.2) che sono in prima battuta rivolte ai soggetti pubblici tenuti al recepimento, attuazione e interpretazione del diritto UE, alcune decisioni si ripercuotono direttamente sui datori di lavoro, a cui sono imposti gli obblighi di condotta necessari a rendere il diritto alle ferie e i suoi corollari effettivi in concreto⁸⁸ (§ 3.3).

Come è stato suggerito⁸⁹, la ragione dell'assenza di una dottrina degli obblighi positivi potrebbe risiedere nelle caratteristiche proprie dell'ordinamento UE che, a differenza del sistema istituito dalla CEDU, è dotato di un apparato di competenze legislative che possono essere esercitate anche allo scopo di dare concreta disciplina ai diritti fondamentali riconosciuti nel diritto primario. Non è infatti inconsueto che la Corte si riferisca alle misure legislative che disciplinano i diritti fondamentali spiegando che esse "concretizzano" le disposizioni della Carta e/o i principi generali⁹⁰.

Nonostante questa spiegazione si presti a motivare la differenza di approccio tra le due Corti, è altrettanto evidente che, nella prassi, la giurisprudenza della CGUE è capace di individuare obblighi aggiuntivi rispetto a quelli ricavabili dalla lettera della norma interpretata. Come

⁸⁷ B. DE WITTE, *The Trajectory of Fundamental Social Rights in the EU*, in G. DE BÚRCA, B. DE WITTE (eds.), *Social Rights in Europe*, Oxford, 2005, p. 153, poi confermato da B. DE WITTE, *The Strange Absence of a Doctrine of Positive Obligations under the Eu Charter of Rights*, in *Quaderni costituzionali*, 2020, p. 854.

⁸⁸ Dapprima quest'approccio si nota nella sentenza della Corte del 22 gennaio 2019, causa C-193/17, *Cresco*, punti 85 e 89 dove la Corte, sulla base dell'articolo 21 CFR e della direttiva 2000/78, ha ritenuto che, al fine di ripristinare la parità di trattamento, un datore di lavoro privato fosse obbligato a concedere ai dipendenti diversi da quelli appartenenti alle Chiese contemplate dalla legislazione nazionale un giorno di festività il Venerdì Santo.

⁸⁹ *Ibidem*.

⁹⁰ Tra i molteplici esempi, si veda la sentenza della Corte del 17 aprile 2018, causa C-414/16, *Egenberger*, punto 47, sul rapporto tra la direttiva 2000/78 e l'art. 21 della Carta. Analoghe espressioni sono utilizzate con riferimento al rapporto tra la direttiva 2003/88 e l'art. 31, par. 2, della Carta. Cfr., *ex plurimis*, sentenza della Corte del 24 febbraio 2022, causa C-262/20, *VB*, punto 39. Sono usate anche formule analoghe come "riflette e precisa" nella sentenza *LB*, cit., punto 32, e nella sentenza *XP*, cit., punto 26.

illustrano le considerazioni svolte, la giurisprudenza sulla direttiva 2003/88 costituisce un esempio particolarmente eloquente. Oltre alle decisioni in materia di diritto alle ferie, anche nella sentenza resa nel caso *CCOO* sul diritto al riposo settimanale garantito dall’art. 5 della direttiva, la Corte ha interpretato la Carta e la direttiva nel senso di imporre “l’obbligo di istituire un sistema che consenta la misurazione della durata dell’orario di lavoro giornaliero svolto da ciascun lavoratore”⁹¹. Lungi dal trovare alcun appiglio nel testo della direttiva, quest’obbligo specifico si pone sullo stesso piano di quello di informazione ed invito. In entrambi i casi le statuizioni della Corte arricchiscono il testo legislativo assumendo carattere “quasi-legislativo”⁹².

Sebbene sia pacifico che l’interpretazione del diritto UE “also constitutes a legislative work”⁹³, si osserva che su una stessa misura legislativa si sono concentrati numerosissimi e significativi interventi della CGUE. Dunque, al di là della natura delle statuizioni della Corte, questo dato è sintomo della necessità di un intervento in via legislativa che modifichi ed integri il testo della direttiva offrendo degli spunti testuali più precisi sia ai legislatori e ai giudici che ai soggetti, tra cui sussistono i rapporti di lavoro regolati dalla direttiva. Per ora, le iniziative di emendamento della direttiva assunte – anche allo scopo dichiarato di arginare la giurisprudenza creativa della CGUE – non hanno avuto l’esito sperato⁹⁴. Mentre nel 2017 la Commissione ha optato per una strategia non-legislativa adottando una comunicazione interpretativa in gran parte basata sulle sentenze della CGUE⁹⁵, le problematiche applicative del diritto alle ferie non cessano di essere

⁹¹ Sentenza della Corte del 14 maggio 2019, causa C-55/18, *CCOO*, punto 60. Di quest’avviso anche B. DE WITTE, *The Trajectory of Fundamental Social Rights in the EU*, cit.

⁹² G. CONWAY, *op. cit.* Si veda in particolare il capitolo III e le posizioni degli autori ivi citati.

⁹³ A. BREDIMAS, *Methods of Interpretation and Community Law*, Amsterdam-New York-Oxford, 1978, p. 179.

⁹⁴ Per un’accurata ricostruzione delle vicende della direttiva, inclusi i falliti tentativi di modifica, si veda T. NOWAK., *The Turbulent Life of the Working Time Directive*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2018, p. 118.

⁹⁵ Comunicazione interpretativa sulla direttiva 2003/88/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 novembre 2003, concernente taluni aspetti dell’organizzazione dell’orario di lavoro (2017/C 165/01).

sentite. Le persistenti criticità applicative sono testimoniate dai numerosi rinvii pregiudiziali che continuano ad essere proposti a distanza di quasi vent'anni dall'adozione della direttiva e anche dopo la pubblicazione della relazione della Commissione.

Alla luce di tutto quanto sopra, ed in attesa che il legislatore dell'Unione riesca nel proposito di emendamento della disciplina vigente, conviene forse guardare con favore alla giurisprudenza sul diritto alle ferie come ad una manifestazione di *judicial-lawmaking* più che di *judicial activism*⁹⁶. In questa chiave, la giurisprudenza della Corte non dev'essere intesa ad aggirare ma, piuttosto, ad integrare le prescrizioni (minime) poste dalla disciplina legislativa che, come la prassi dimostra, si prestano ad essere frustrate dalle diverse regole di esercizio poste dagli Stati membri.

E in effetti, se non altro in controtendenza con l'approccio talvolta poco generoso che connota la giurisprudenza in tema di diritti sociali⁹⁷, le decisioni della Corte sul diritto alle ferie realizzano a pieno l'obiettivo di valorizzarne le garanzie.

⁹⁶ *Ex multis*, A. ARNULL, *Judicial Activism and the European Court of Justice: How Should Academics Respond?*, in M. DAWSON, B. DE WITTE (eds.), *Judicial Activism at the European Court of Justice*, Cheltenham, 2013, p. 211.

⁹⁷ Per tutti, N. JÄÄSKINEN, *Fundamental Social Rights in the Charter – Are They Rights? Are They Fundamental?*, in S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, A. WARD (eds.), *op. cit.*, 2021, p. 1855.