

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE

ANTONIO TIZZANO

presentate il 30 giugno 2005¹

1. Con ordinanza del 26 febbraio 2004, l'Arbeitsgericht München (in prosieguo: l'«Arbeitsgericht») ha sottoposto alla Corte, ai sensi dell'art. 234 CE, tre quesiti pregiudiziali relativi all'interpretazione delle direttive 1999/70/CE del Consiglio, del 28 giugno 1999, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato², e 2000/78/CE del Consiglio, del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro³ (in prosieguo: la «direttiva 1999/70» e la «direttiva 2000/78» o, collettivamente, le «direttive»).

2. In buona sostanza, il giudice nazionale vuole sapere se — nell'ambito di una controversia tra privati — le direttive citate ostano ad una normativa nazionale che ammette senza limiti contratti a tempo determinato con lavoratori anziani.

I — Quadro normativo

A — Diritto comunitario

La direttiva 1999/70 che attua l'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato

3. Convenendo che «i contratti di lavoro a tempo indeterminato rappresentano la forma comune dei rapporti di lavoro», ma riconoscendo altresì che quelli a tempo determinato possono «in alcuni settori, occupazioni e attività (...) soddisfare sia i datori di lavoro sia i lavoratori» (considerazioni generali, punti 6 e 8), il 18 marzo 1999 le organizzazioni sindacali di livello comunitario (CES, UNICE e CEEP) hanno concluso un accordo quadro sul lavoro a tempo determinato (in prosieguo: l'«accordo quadro»), il quale è stato poi attuato, ai sensi dell'art. 139, n. 2, CE, dalla direttiva 1999/70.

1 — Lingua originale: l'italiano.

2 — GU L 175, pag. 43.

3 — GU L 303, pag. 16.

4. Per quanto qui interessa va in particolare ricordata la clausola 5, paragrafo 1, dell'accordo quadro, che così dispone:

«Per prevenire gli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, gli Stati membri, previa consultazione delle parti sociali a norma delle leggi, dei contratti collettivi e dell[e] prassi nazionali, e/o le parti sociali stesse, dovranno introdurre, in assenza di norme equivalenti per la prevenzione degli abusi e in un modo che tenga conto delle esigenze di settori e/o categorie specifici di lavoratori, una o più misure relative a:

- a) ragioni obiettive per la giustificazione del rinnovo dei suddetti contratti o rapporti;
- b) la durata massima totale dei contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi;
- c) il numero dei rinnovi dei suddetti contratti o rapporti».

5. Ai sensi della clausola 8, paragrafo 3:

«L'applicazione del presente accordo non costituisce un motivo valido per ridurre il livello generale di tutela offerto ai lavoratori nell'ambito coperto dall'accordo stesso».

La direttiva 2000/78

6. La direttiva 2000/78 «mira a stabilire un quadro generale per la lotta alle discriminazioni fondate sulla religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali, per quanto concerne l'occupazione e le condizioni di lavoro al fine di rendere effettivo negli Stati membri il principio della parità di trattamento» (art. 1).

7. Dopo aver definito all'art. 2, n. 2, la nozione di discriminazione, all'art. 6, n. 1, la direttiva prevede che:

«Fatto salvo l'articolo 2, paragrafo 2, gli Stati membri possono prevedere che le disparità di trattamento in ragione dell'età non costituiscano discriminazione laddove esse siano oggettivamente e ragionevolmente

giustificate, nell'ambito del diritto nazionale, da una finalità legittima, compresi giustificati obiettivi di politica del lavoro, di mercato del lavoro e di formazione professionale, e i mezzi per il conseguimento di tale finalità siano appropriati e necessari.

dicembre 2003 ovvero complessivamente di sei anni al massimo, per attuare le disposizioni relative alle discriminazioni basate sull'età o sull'handicap. In tal caso essi informano immediatamente la Commissione (...)».

Tali disparità di trattamento possono comprendere in particolare:

- a) la definizione di condizioni speciali di accesso all'occupazione e alla formazione professionale, di occupazione e di lavoro, comprese le condizioni di licenziamento e di retribuzione, per i giovani, i lavoratori anziani e i lavoratori con persone a carico, onde favorire l'inserimento professionale o assicurare la protezione degli stessi;

9. Poiché la Germania si è avvalsa di tale facoltà, la trasposizione nell'ordinamento tedesco delle disposizioni relative all'età e all'handicap della direttiva 2000/78 dovrà avvenire entro il 2 dicembre 2006.

(...)».

B — *Diritto nazionale*

8. Ai sensi del primo comma dell'art. 18, la trasposizione della direttiva doveva avvenire entro il 2 dicembre 2003. Tuttavia, ai sensi del secondo comma di tale disposizione:

«Per tener conto di condizioni particolari gli Stati membri possono disporre se necessario di tre anni supplementari, a partire dal 2

10. Prima della trasposizione della direttiva 1999/70, la legge tedesca poneva due limiti ai rapporti di lavoro a tempo determinato: essa ammetteva l'apposizione di un termine ai contratti di lavoro solo in presenza di una ragione obiettiva ovvero, in alternativa, ne restringeva le possibilità di rinnovo (al massimo tre) e la durata complessiva (al massimo due anni).

11. Tali limiti non valevano però per i rapporti con persone anziane. Secondo la legge tedesca, infatti, anche senza le limitazioni descritte potevano comunque essere conclusi contratti a tempo determinato, qualora il lavoratore avesse già compiuto *60 anni* [v. art. 1 del Beschäftigungsförderungsgesetz (legge volta a promuovere l'impiego), del 26 aprile 1985⁴, come modificato dalla legge sul diritto del lavoro volta a promuovere la crescita e l'impiego del 25 settembre 1996⁵].

12. Tale situazione è in parte cambiata con l'approvazione della legge sul lavoro a tempo parziale e a tempo determinato, del 21 dicembre 2000, attuativa della direttiva 1999/70 (in prosieguo: il «TzBfG») ⁶.

13. L'art. 14, n. 1, del TzBfG ha ribadito la regola generale secondo cui un contratto a tempo determinato è ammissibile solo in presenza di una ragione obiettiva⁷. Ai sensi dell'art. 14, n. 2, in assenza di questa la

durata massima complessiva del contratto è di nuovo limitata a due anni e, nell'ambito di tale durata, sono ancora consentiti fino a tre rinnovi contrattuali.

14. Tuttavia, ai sensi dell'art 14, n. 3, del TzBfG:

«Non è richiesta una ragione obiettiva per stipulare un contratto di lavoro a tempo determinato qualora il lavoratore all'inizio del rapporto abbia già compiuto *58 anni*. Non è consentito stipulare un contratto a tempo determinato qualora vi sia una stretta connessione obiettiva con un precedente contratto a tempo indeterminato con il medesimo datore di lavoro. Una tale stretta connessione obiettiva deve ritenersi in particolare sussistente qualora tra i due contratti di lavoro vi sia un intervallo di tempo inferiore ai sei mesi» ⁸.

4 — BGBl. 1985, I, pag. 710.

5 — BGBl. 1996, I, pag. 1476.

6 — Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge und zur Änderung und Aufhebung arbeitsrechtlicher Bestimmungen, del 21 dicembre 2000 (BGBl. 2000, I, pag. 1966).

7 — L'art. 14, n. 1, del TzBfG così dispone: «L'apposizione di un termine ad un contratto di lavoro è consentita quando sia giustificata da una ragione obiettiva. In particolare, una ragione obiettiva sussiste qualora:

1. l'azienda necessiti della prestazione di lavoro in questione solo in via temporanea;

2. la durata a tempo determinato del contratto sia connessa ad attività di formazione o di studio al fine di agevolare il passaggio del lavoratore ad un'occupazione connessa;

3. il lavoratore venga assunto per sostituire un altro lavoratore;

4. le caratteristiche della prestazione lavorativa giustifichino la durata a tempo determinato;

5. la durata a tempo determinato sia in funzione di un periodo di prova;

6. ragioni inerenti alla persona del lavoratore giustifichino la durata a tempo determinato;

7. il lavoratore venga remunerato con risorse di bilancio finanziariamente destinate per un'occupazione a tempo determinato ed assunto in conformità a tale destinazione, oppure

8. la durata a tempo determinato sia dovuta ad una transazione giudiziale».

15. A seguito dei lavori di una commissione governativa, la quale ha accertato che «la probabilità per un disoccupato ultracinquantenne di trovare un nuovo lavoro si attesta intorno al 25%», quest'ultima disposizione è stata emendata. Ai sensi della prima legge per le prestazioni di servizi moderni sul

8 — Il corsivo è mio.

mercato del lavoro, del 23 dicembre 2002 (c. d. «legge Hartz»), infatti:

«(...) Fino al 31 dicembre 2006 l'età di 58 anni indicata nella prima frase [dell'art. 14, n. 3, del TzBfG] è sostituita con quella di 52 anni»⁹.

II — Fatti e procedura

16. La controversia principale vede contrapposti il signor Mangold e l'avvocato Helm.

17. Il 26 giugno 2003, all'età di 56 anni, il signor Mangold è stato assunto con un contratto di lavoro a tempo determinato dall'avvocato Helm.

18. L'art. 5 di tale contratto così recita:

«Scadenza

1. Il rapporto di lavoro inizia il 1° luglio 2003 e scade il 28 febbraio 2004.

2. La limitazione nel tempo del presente contratto si basa sulla disposizione di legge relativa alla facilitata conclusione di contratti a tempo determinato con lavoratori anziani di cui all'art. 14, n. 3, quarta frase, in combinato disposto con la prima frase, del TzBfG (legge sul lavoro a tempo parziale e a tempo determinato), in quanto il lavoratore ha più di 52 anni.

3. Le parti concordano che la sopraindicata ragione di limitazione nel tempo costituisce l'unica sulla quale si basa il patto di durata a tempo determinato del presente contratto. Altre ragioni che consentono la conclusione di contratti a tempo determinato, in via di principio ritenute ammissibili dalla legge e dalla giurisprudenza, vengono espressamente escluse e non costituiscono oggetto del presente patto di durata a tempo determinato».

19. Ritenendo che l'art. 14, n. 3, del TzBfG fosse contrario alle direttive 1999/70 e 2000/78 e che quindi la clausola di scadenza del proprio contratto fosse inefficace, poche settimane dopo l'assunzione il sig. Mangold ha convenuto il proprio datore di lavoro davanti all'Arbeitsgericht. A sua volta, quest'ultimo, avendo ugualmente dubbi sull'interpretazione delle direttive, ha deciso di sospendere il giudizio e di sottoporre alla Corte i seguenti quesiti pregiudiziali:

«(1) a) Se la clausola 8, n. 3, dell'accordo quadro (direttiva del Consiglio 28 giugno 1999, 1999/70/CE, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato) debba essere interpretata nel

9 — BGBl. 2002, I, pag. 4607. Il corsivo è mio.

senso che nell'ambito della sua attuazione nell'ordinamento interno essa vieta una *reformatio in peius* attraverso un abbassamento dell'età da 60 a 58 anni.

- b) Se la clausola 5, n. 1, dell'accordo quadro (direttiva del Consiglio 28 giugno 1999, 1999/70/CE, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato) debba essere interpretata nel senso che essa osta ad una normativa nazionale la quale — come quella controversa nel caso di specie — non contenga alcuna limitazione ai sensi delle tre alternative previste al n. 1.

- 2) Se l'art. 6 della direttiva del Consiglio 27 novembre 2000, 2000/78/CE, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, debba essere interpretato nel senso che esso osta ad una normativa nazionale la quale — come quella controversa nel caso di specie — consenta di concludere contratti a tempo determinato con lavoratori che abbiano compiuto i 52 anni in assenza di una ragione obiettiva, così derogando al principio della necessaria presenza di una ragione obiettiva.

- 3) Se, nel caso in cui una delle tre precedenti questioni venga risolta affermativamente, il giudice nazionale debba disapplicare la normativa nazionale contrastante con il diritto comunitario e se trovi quindi applicazione il principio generale di diritto interno secondo cui un contratto di lavoro a tempo determinato è ammissibile solo in presenza di una ragione obiettiva».

20. Nel procedimento così instauratosi, hanno presentato osservazioni scritte le parti del giudizio principale e la Commissione.

21. Il 26 aprile 2005 la Corte ha tenuto un'udienza alla quale hanno partecipato le parti del giudizio principale, il governo tedesco e la Commissione.

III — Analisi giuridica

1) Sulla asserita natura fittizia del giudizio principale

22. Prima di entrare nel merito dei quesiti posti dall'*Arbeitsgericht*, ritengo di dover rispondere ai dubbi manifestati dal governo tedesco sulla natura "reale" o "fittizia" della controversia da cui è nato il giudizio principale, dubbi che, se fondati, potrebbero mettere in questione la stessa ricevibilità dell'ordinanza di rinvio. Preciso inoltre, per completezza, che su tale ricevibilità sono state sollevate due contestazioni anche da parte della Commissione, ma, poiché esse riguardano aspetti molto puntuali, me ne occuperò in sede di esame dei quesiti cui attengono.

23. Concentrandomi per ora sul dubbio manifestato dal governo tedesco, ricordo che in udienza quest'ultimo ha attirato l'attenzione della Corte su alcuni aspetti alquanto singolari della vicenda che ha dato origine al giudizio principale. In particolare, esso ha insistito sul fatto che la valutazione da parte dell'avv. Helm della legge tedesca oggi in discussione non sarebbe diversa da quella del sig. Mangold, essendosi anche il primo pubblicamente pronunciato in più occasioni contro detta legge. Ad avviso del governo tedesco, questa coincidenza di valutazioni potrebbe autorizzare qualche sospetto sulla reale natura del giudizio principale. Si potrebbe cioè supporre che tanto l'attore (il sig. Mangold) quanto il convenuto (l'avv. Helm), concordando nell'obiettivo di far pronunciare l'incompatibilità dell'art. 14, n. 3, del TzBfG, avrebbero artificialmente instaurato detto giudizio al solo scopo di pervenire a tale risultato.

24. Dico subito che, anche alla luce di altre circostanze di questo caso (su cui v. infra paragrafo 29), i dubbi del governo tedesco non mi sembrano del tutto privi di fondamento. Non credo però, per le ragioni che passo ora ad esporre, che essi siano sufficienti a fondare una pronuncia di irricevibilità dei quesiti sottoposti alla Corte. E del resto, lo stesso governo tedesco non si è spinto fino ad avanzare formalmente una simile richiesta.

25. In proposito, mi pare anzitutto opportuno ricordare che, ai sensi dell'art. 234 CE, un giudice nazionale può domandare alla Corte di giustizia di pronunciarsi su una questione pregiudiziale qualora reputi la risposta a tale questione «necessaria» per emanare la propria decisione.

26. Nella ripartizione di competenze voluta dal Trattato, spetta quindi al giudice nazionale, che «è l'unico ad avere conoscenza diretta dei fatti della causa» e si trova quindi «nella situazione più idonea» per farlo, valutare «la necessità di una pronuncia pregiudiziale»¹⁰. Investita di una questione considerata «necessaria» da quel giudice, la Corte è pertanto, «in via di principio», «tenuta a statuire»¹¹.

27. È pure noto tuttavia che la funzione della Corte è «quella di contribuire all'amministrazione della giustizia negli Stati membri e non di esprimere pareri consultivi su questioni generali o ipotetiche». Allo scopo quindi di preservare tale funzione, la Corte si è sempre riservata di «esaminare le condizioni in cui [viene] adita dal giudice nazionale»¹², giungendo in casi eccezionali

10 — Sentenze 29 novembre 1978, causa 83/78, Pigs Marketing Board (Racc. pag. 2347), 28 novembre 1991, causa C-186/90, Durighello (Racc. pag. I-5773), e 16 luglio 1992, causa C-83/91, Meilicke (Racc. pag. I-4871, punto 23).

11 — Sentenza 8 novembre 1990, causa C-231/89, Gmurzynska-Bscher (Racc. pag. I-4003, punto 20).

12 — Sentenza 3 febbraio 1983, causa 149/82, Robards (Racc. pag. 171), e sentenza Meilicke, cit., punto 25.

fino ad escludere la ricevibilità del rinvio, qualora appaia «*in modo manifesto*»¹³ che l'interpretazione del diritto comunitario richiesta «non risponde ad una necessità obiettiva inerente alla definizione di una controversia»¹⁴.

28. Ed è appunto nell'esercizio di questo suo eccezionale potere di controllo che in alcuni casi, ormai celebri, la Corte non ha risposto al giudice nazionale proprio perché interrogata nell'ambito di controversie c.d. «fittizie»¹⁵. Ma anche quando, come in altri casi, più recenti e meno famosi, essa ha invece risposto, ciò è avvenuto solo perché era stato accertato che «dagli elementi di fatto indicati nella [decisione] di rinvio non emerg[eva] *in modo palese* che, in realtà, ci si trov[ava] di fronte ad una controversia fittizia»¹⁶. E ancora sulla stessa linea di pensiero, ma con minor rigidità, la Corte ha più recentemente precisato che l'accordo delle «parti nella causa principale (...) sul risultato da ottenere non incide sull'effettività [della] controversia» e non esclude quindi la ricevibilità della questione pregiudiziale, se risulta che detta questione «risponde ad un bisogno oggettivo inerente alla soluzione della causa principale»¹⁷.

29. Tutto ciò posto, e tornando al caso di specie, devo anzitutto ribadire che oggettivamente alcuni elementi del fascicolo in esame sembrano avallare i sospetti del governo tedesco sul carattere fittizio della causa principale. Penso ad esempio al fatto, emerso in udienza, che il contratto del sig. Mangold prevedesse un'attività lavorativa limitata a poche ore settimanali; e penso pure al fatto che tale contratto precisasse in maniera forse anche troppo dettagliata che la clausola di scadenza si basava esclusivamente sull'art. 14, n. 3, TzBfG, escludendo qualsiasi altra possibile giustificazione del rapporto a termine, come pur era ipotizzabile in base alla legge e alla giurisprudenza tedesche. Infine, cosa certo non frequente, già poche settimane dopo l'assunzione, il sig. Mangold si è rivolto all'Arbeitsgericht per far dichiarare l'inefficacia della suddetta clausola contrattuale.

30. Come ha notato la Commissione, tuttavia, il giudice del rinvio aveva già preso in considerazione le circostanze sopra indicate, prospettandosi quindi egli stesso l'eventualità che la causa principale fosse stata artificialmente preconstituita dalle parti. Tale eventualità è stata però scartata dall'Arbeitsgericht dopo aver valutato tutti gli altri elementi a sua disposizione e dopo aver ascoltato direttamente il sig. Mangold.

31. Stante questa specifica valutazione del giudice nazionale, la Commissione deduce che la causa principale non potrebbe essere

13 — Sentenza 13 luglio 2000, causa C-36/99, *Idéal tourisme* (Racc. pag. I-6049, punto 20). V. anche sentenze 16 luglio 1992 causa C-343/90, *Lourenço Dias* (Racc. pag. I-4673, punti 17 e 18); *Meilicke*, cit., punto 25; 15 dicembre 1995, causa C-415/93, *Bosman* (Racc. pag. I-4921, punto 61); e 9 marzo 2000, causa C-437/97, *EKW e Wein & Co.* (Racc. pag. I-1157, punto 52). Il corsivo è mio.

14 — Sentenza 16 dicembre 1981, causa 244/80, *Foglia/Novello* (Racc. pag. 3045, punto 18).

15 — Sentenze 11 marzo 1980, causa 104/79, *Foglia/Novello* (Racc. pag. 745); 16 dicembre 1981, *Foglia/Novello*, cit.

16 — Sentenza 21 settembre 1988, causa 267/86, *Van Eycke* (Racc. pag. 4769, punto 12). Il corsivo è mio.

17 — Sentenza 9 febbraio 1995, causa C-412/93, *Leclerc-Siplec* (Racc. pag. I-179, punti 14 e 15).

considerata «palesemente» fittizia e che il conseguente rinvio dovrebbe pertanto essere dichiarato ricevibile, conformemente all'indirizzo della Corte, sopra richiamato (v. paragrafo 28), che per l'appunto condiziona l'irricevibilità all'evidenza dell'artificio.

32. Per quanto mi riguarda, condivido tale conclusione, ma ritengo preferibile ancorarla a quell'orientamento più recente della Corte che, ai fini del sindacato di ricevibilità, attenua l'incidenza di un possibile accordo tra le parti sul risultato del giudizio principale e insiste piuttosto sulla effettiva rilevanza della questione pregiudiziale ai fini della soluzione del giudizio principale (v., sempre *supra*, paragrafo 28).

33. Ritengo infatti che tale approccio sia più rispettoso della ripartizione di competenze tra Corte di giustizia e giudice nazionale voluta dal Trattato e, soprattutto, più coerente con quello «spirito di collaborazione» tra dette giurisdizioni che è presupposto dall'art. 234 CE¹⁸ ed è sempre stato sottolineato dalla nostra Corte. Mi sembrerebbe invero difficile non fare discendere da tale approccio un atteggiamento di pregiudiziale fiducia sulle valutazioni del giudice nazionale e la presunzione che esso non è «un mero "strumento" nelle mani delle parti»¹⁹, da queste utilizzato a piacimento per le loro convenienze.

18 — Sentenza Leclerc-Siplec, cit., punto 12.

19 — V. conclusioni dell'avvocato generale Tesauro nella causa C-408/95, Eurotunnel (Sentenza 11 novembre 1997, Racc. pag. I-6315, paragrafo 10).

34. Mi pare d'altra parte che, per preservare il ruolo della Corte, ancor più che tentare di verificare il grado di evidenza di un artificio che, per definizione, è spesso di difficile e discutibile accertamento, sia importante accertare, specie se la causa è "sospetta", che l'interpretazione che viene richiesta del diritto comunitario realmente risponda «ad una necessità obiettiva inerente alla definizione di una controversia».

35. Alla luce di tali considerazioni ritengo pertanto che la contestazione della natura fittizia della causa principale non possa di per sé determinare l'irricevibilità dei quesiti pregiudiziali sottoposti, e che occorra invece concentrarsi, anche in modo particolarmente rigoroso, sull'esame della rilevanza di tali quesiti.

2) Sulla direttiva 1999/70

i) Sulla clausola 5

36. Con il quesito 1b), che conviene affrontare per primo, il giudice nazionale chiede se la clausola 5 dell'accordo quadro osti ad una normativa nazionale, quale quella di cui all'art. 14, n. 3, del TzBfG, che non pone alcun limite alla conclusione di contratti di lavoro a tempo determinato con i lavoratori ultracinquantadenni.

37. Calandoni nell'ottica rigorosa sopra annunciata, dico subito che, a mio avviso, ha ragione la Commissione quando sostiene che tale quesito è irricevibile.

38. Come emerge chiaramente dalla lettera e dallo scopo della norma, la clausola 5 disciplina infatti l'ipotesi di più contratti a termine reiterati e, di conseguenza, la sua interpretazione non è affatto rilevante nel caso di specie, dato che questo riguarda invece il primo ed unico contratto di lavoro concluso dal sig. Mangold con l'avv. Helm.

39. Quanto alla lettera della disposizione, osservo che detta clausola impone agli Stati membri di introdurre negli ordinamenti nazionali misure quali la «presenza di ragioni obiettive per la giustificazione del rinnovo» dei contratti a termine (lett. a), la «durata massima totale» dei contratti «*successivi*» (lett. b) ovvero il «numero dei rinnovi» sempre dei contratti successivi (lett. c). Tale disposizione richiede quindi misure restrittive in presenza di *più* contratti *successivi* e non riguarda invece l'ipotesi di un'unica assunzione a termine del lavoratore.

40. Tale argomento letterale è poi confermato dalla finalità della direttiva, che è di «creare un quadro per la prevenzione degli abusi derivanti dall'utilizzo di una *successione*

sione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato» (quattordicesimo 'considerando'). Non si vuole quindi incidere sulla conclusione del primo contratto a termine, ma piuttosto sull'impiego ripetuto di questa forma contrattuale, ritenuto foriero di abusi e prevaricazioni.

41. Ora, come hanno confermato il sig. Mangold e l'avv. Helm, quello da essi concluso è il *primo ed unico contratto* di lavoro. Ne consegue, in base a quanto detto sopra, che a tale contratto non si applica la clausola 5, e che quindi di tutta evidenza l'interpretazione di tale clausola diviene irrilevante per la soluzione del giudizio principale.

42. Per questo motivo, propongo che la Corte dichiari di non essere competente a pronunciarsi sul quesito 1b).

ii) Sulla clausola 8, n. 3 (c.d. clausola di non regresso)

43. Con il quesito 1a) l'Arbeitsgericht chiede se la clausola 8, n. 3, dell'accordo quadro osti ad una disposizione nazionale, quale l'art. 14, n. 3, del TzBfG, che nel trasporre la direttiva

1999/70 ha abbassato da 60 a 58 anni l'età oltre la quale possono essere conclusi senza limiti contratti di lavoro a tempo determinato.

Premessa

44. Per meglio comprendere detto quesito ricordo preliminarmente che nell'ordinamento tedesco si sono succeduti i seguenti atti normativi:

- la legge volta a promuovere l'impiego del 1985, come modificata dalla legge sul diritto del lavoro volta a promuovere la crescita e l'impiego del 1996, che ha ammesso senza limiti la conclusione di contratti a termine con lavoratori di età superiore a *60 anni*;
- l'art. 14, n. 3, del TzBfG, attuativo della direttiva 1999/70, che nel 2000 ha portato la soglia d'età in questione da 60 a *58 anni*;
- la legge Hartz, che ha modificato la norma citata del TzBfG, abbassando ulteriormente tale soglia a *52 anni*.

45. Considerata l'evoluzione normativa sopradescritta, la Commissione ritiene che anche il quesito 1a) potrebbe sollevare un problema di ricevibilità. In effetti, osserva la Commissione, il sig. Mangold non è stato assunto dopo il compimento di 58 anni in base alla previsione originaria dell'art. 14, n. 3, del TzBfG (con riferimento alla quale il giudice nazionale pone il presente quesito), bensì all'età di 56 anni come consentito dalla successiva legge Hartz che quella disposizione ha modificato. Secondo la Commissione, soltanto in relazione a quest'ultima legge una pronuncia della Corte sarebbe quindi rilevante.

46. Da parte sua, l'Arbeitsgericht ha sommarariamente spiegato che l'interpretazione della versione originaria dell'art. 14, n. 3, del TzBfG sarebbe comunque utile, in quanto un'eventuale dichiarazione di incompatibilità di detta norma travolgerebbe inevitabilmente anche la successiva disposizione della legge Hartz, invocata dall'avv. Helm per giustificare l'apposizione di un termine al contratto di lavoro concluso con il sig. Mangold.

47. Ora, ad un esame rigoroso, quale quello che mi sono ripromesso di svolgere nel caso di specie (v. *supra*, paragrafo 35), tale spiegazione appare lacunosa e poco convincente. In effetti, essa non fa capire alla Corte le ragioni per cui, anziché interrogare la Corte con riferimento alla normativa applicabile nel caso di specie (quella risultante

dalle modifiche della legge Hartz), il giudice del rinvio abbia preferito formulare il quesito in esame con riferimento alla normativa preesistente, che non sembra strettamente pertinente a questo caso.

[dell'accordo [quadro] non costituisce un motivo valido per ridurre il livello generale di tutela offerto ai lavoratori nell'ambito coperto dall'accordo stesso».

48. Ciò nonostante, poiché il giudice del rinvio ha comunque fornito alla Corte tutti gli elementi di diritto necessari per rispondere utilmente ai suoi dubbi, ritengo — al pari della Commissione — che il quesito 1a) non debba essere dichiarato irricevibile, ma che si possa piuttosto seguire la prassi, cui in questi casi la Corte spesso ricorre, di riformulare il quesito stesso al fine di chiarire ciò che a quel giudice realmente è utile sapere. Si tratta cioè di indicargli se la clausola 8, n. 3, dell'accordo quadro osti o meno ad una disposizione nazionale, quale l'art. 14, n. 3, del TzBfG, *come modificato dalla legge Hartz*, che, *successivamente alla trasposizione della direttiva 1999/70*, ha abbassato da 58 a 52 anni l'età oltre la quale possono essere conclusi senza limiti contratti di lavoro a tempo determinato.

Osservazioni delle parti

49. Così riformulato il quesito 1a), osservo che, in sede di esame dello stesso, un posto di primo piano è stato occupato dalla discussione sul significato e la portata della clausola 8, n. 3, secondo cui «l'applicazione

50. In particolare, i soggetti che hanno presentato osservazioni su tale clausola si sono in special modo spesi per dimostrare che con gli interventi normativi sopra ricordati il legislatore tedesco avrebbe (o non avrebbe) ridotto il livello generale di tutela garantito ai lavoratori nell'ordinamento interno prima della trasposizione della direttiva 1999/70.

51. Secondo il sig. Mangold una riduzione sarebbe avvenuta, in quanto è stata considerevolmente ridotta l'età oltre la quale cadono le limitazioni per la conclusione di contratti a termine. Di diverso avviso è, invece, il governo tedesco, il quale sottolinea che il contestato abbassamento d'età sarebbe stato più che compensato dal riconoscimento ai lavoratori a termine di nuove garanzie quali la previsione di un divieto generale di discriminazione e l'estensione delle limitazioni fissate per questo tipo di contratti anche alle piccole imprese ed anche alle relazioni di lavoro di breve durata.

52. Per parte mia, mi chiedo se con tali osservazioni le parti abbiano focalizzato in modo appropriato la problematica centrale del caso di specie. Esse sembrano infatti dare

per scontato che la clausola 8, n. 3, debba essere letta come una disposizione vincolante, che vieterebbe in assoluto agli Stati membri una riduzione del livello generale della tutela già garantito. A mio parere, invece, la portata e la natura di clausole siffatte non sono per niente scontate, e costituiscono al contrario oggetto di un vivo dibattito in dottrina.

53. Alla loro analisi occorre quindi dedicare anche in questa sede la necessaria attenzione.

Sulla natura giuridica della clausola

54. Comincio col ricordare che siamo qui in presenza di disposizioni, tradizionalmente denominate *clausole di non regresso*, introdotte nelle direttive sociali comunitarie sin dalla fine degli anni ottanta²⁰, allo scopo di sancire, sia pure con formulazioni differenziate, che l'attuazione di una specifica direttiva non deve costituire «giustificazione», «motivo» o «ragione» per un peggioramento dei trattamenti già in atto nei vari Stati membri²¹.

55. Ai fini della nostra analisi, possiamo distinguere due categorie di clausole di non regresso: quelle inserite soltanto nei 'considerando' dei pertinenti atti²² e quelle presenti nel corpo stesso delle direttive o degli accordi raggiunti fra le parti sociali a livello comunitario ed attuati mediante direttive²³.

20 — Una clausola di questo tipo è rinvenibile anche nella Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori, la quale al suo ultimo 'considerando' afferma che «la proclamazione solenne dei diritti sociali fondamentali a livello della Comunità europea non può giustificare, in sede di attuazione, un regresso rispetto alla situazione esistente in ciascuno Stato membro».

21 — Per la definizione di tali clausole, v. per tutti Martin P., *Le droit social communautaire: droit commun des États membres de la Communauté européenne en matière sociale?*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 1994, n. 4, pag. 627.

22 — V., ad esempio, secondo 'considerando' della direttiva 89/391/CEE del Consiglio, del 12 giugno 1989, concernente l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute dei lavoratori durante il lavoro (GU L 183, pag. 1); quarto 'considerando' della direttiva 2002/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 giugno 2002, sulle prescrizioni minime di sicurezza e di salute relative all'esposizione dei lavoratori ai rischi derivanti dagli agenti fisici (vibrazioni) (sedicesima direttiva particolare ai sensi dell'articolo 16, paragrafo 1, della direttiva 89/391/CEE) — Dichiarazione congiunta del Parlamento europeo e del Consiglio (GU L 177, pag. 13); e quinto 'considerando' della direttiva 2004/40/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, sulle prescrizioni minime di sicurezza e di salute relative all'esposizione dei lavoratori ai rischi derivanti dagli agenti fisici (campi elettromagnetici) (diciottesima direttiva particolare ai sensi dell'articolo 16, paragrafo 1 della direttiva 89/391/CEE) (GU L 159, pag. 1).

23 — V., ad esempio, art. 18, n. 3, della direttiva 93/104/CE del Consiglio, del 23 novembre 1993, concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro (GU L 307, pag. 18); art. 16 della direttiva 94/33/CE del Consiglio, del 22 giugno 1994, relativa alla protezione dei giovani sul lavoro (GU L 216, pag. 12); art. 6 della direttiva 97/80/CE del Consiglio, del 15 dicembre 1997, riguardante l'onere della prova nei casi di discriminazione basata sul sesso (GU 1998, L 14, pag. 6); clausola 6, n. 2, della direttiva 97/81/CE del Consiglio, del 15 dicembre 1997, relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo parziale concluso dall'UNICE, dal CEEP e dalla CISC (GU 1998, L 14, pag. 9); art. 6, n. 2, della direttiva 2000/43/CE del Consiglio, del 29 giugno 2000, che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica (GU L 180, pag. 22); art. 8 n. 2, della direttiva 2000/78/CE; art. 9, n. 4, della direttiva 2002/14/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 marzo 2002, che istituisce un quadro generale relativo all'informazione e alla consultazione dei lavoratori (GU L 80, pag. 29); art. 23 della direttiva 2003/88/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 novembre 2003, concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro (GU L 299, pag. 9).

56. A questa seconda categoria, cui appartiene anche la clausola 8, n. 3, dell'accordo quadro, la dottrina maggioritaria riconosce *natura giuridica vincolante*. Altra parte della dottrina le attribuisce invece una valenza squisitamente politica: si tratterebbe in buona sostanza di un semplice invito rivolto ai legislatori nazionali affinché, in occasione della trasposizione delle direttive in materia di politica sociale, non riducano le tutele già riconosciute dall'ordinamento interno.

57. Per parte mia ritengo preferibile, anche nel caso di specie, il primo orientamento, e ciò per ragioni di carattere letterale e sistematico²⁴.

58. Per il primo aspetto, osservo che l'uso del verbo all'indicativo («l'applicazione [dell'] accordo [quadro] non *costituisce* un motivo valido per ridurre il livello generale di tutela»²⁵) induce a ritenere, stando ai consueti canoni interpretativi seguiti in questi casi²⁶, che si è inteso privilegiare una formulazione precettiva e imporre quindi agli Stati membri un vero e proprio

obbligo di contenuto negativo, consistente nel non utilizzare la trasposizione come motivo per ridurre le tutele già garantite ai lavoratori nell'ordinamento nazionale.

59. Tale valutazione sembra poi altresì confermata dalla collocazione della clausola nel contesto della direttiva. Essa infatti non è stata inserita tra i 'considerando' (come talvolta avveniva in passato), bensì nel corpo stesso della direttiva. Al pari quindi di tutte le disposizioni normative di tale atto, anche la clausola in questione, per effetto dell'art. 249, terzo comma, CE, vincola gli Stati membri quanto al risultato da raggiungere, risultato che in questo caso è per l'appunto quello di evitare che la trasposizione possa costituire una giustificazione valida per un eventuale peggioramento delle tutele già esistenti a livello nazionale.

Sulla portata dell'obbligo «di non regresso»

60. Ciò chiarito, vorrei ora tentare di approfondire la portata dell'obbligo derivante dalla clausola 8, n. 3.

61. A tal riguardo, dico subito che, diversamente da quanto ritiene il sig. Mangold, non si è qui in presenza di una clausola di stand-

24 — Segnalo che dello stesso avviso è anche la Corte costituzionale italiana, la quale nella sentenza n. 45/2000 ha ritenuto che la clausola di non regresso contenuta nella clausola 6, n. 2, della direttiva 97/81 sia fonte di uno «specifico obbligo comunitario» (Corte cost. 7 febbraio 2000, n. 45, in Mass. giur. Lav., 2000, pag. 746 ss.).

25 — Il corsivo è mio.

26 — In tal senso v. ad esempio la sentenza 20 gennaio 2005, causa C-245/03, Merck, Sharp & Dohme (Racc. pag. I-637, punto 21).

still che vieti in assoluto un abbassamento del livello di protezione esistente nel diritto nazionale al momento dell'attuazione della direttiva.

rebbe anche con il sistema di ripartizione delle competenze voluto dal Trattato, il quale nel campo della politica sociale riserva alla Comunità il compito di «sost[enere] e complet[are] l'azione degli Stati membri» in specifici settori (art. 137 CE).

62. Si tratta invece, a mio avviso, di una *clausola di trasparenza*, vale a dire di una clausola che, allo scopo di evitare abusi, vieta agli Stati membri di approfittare dell'occasione dell'attuazione della direttiva per operare, in un settore delicato come quello della politica sociale, una riduzione delle tutele già garantite nel proprio ordinamento, addebitandola (come purtroppo tante volte accade!) ad inesistenti obblighi comunitari piuttosto che ad una autonoma scelta nazionale.

65. In effetti, se la clausola in esame venisse considerata non, come si è detto, un vincolo di trasparenza, bensì un vero e proprio obbligo di stand-still, gli Stati membri, a partire dall'applicazione della direttiva, si vedrebbero preclusa la possibilità non solo — com'è ovvio — di contravvenire agli obblighi derivanti dalla stessa, ma anche, ed in assoluto, di modificare in peius, sulla base di giustificati motivi, la materia regolata dalla direttiva. Ma questo non sarebbe né un sostegno né un completamento, bensì una vera e propria paralisi (verso il basso) della loro azione in materia di politica sociale.

63. Ciò emerge anzitutto dalla lettera della clausola, la quale non preclude in generale la riduzione del livello di protezione assicurato ai lavoratori, ma esclude che «l'applicazione» della direttiva possa essa stessa costituire «un motivo valido» per operare tale riduzione. Fermo restando il rispetto delle prescrizioni della direttiva, un arretramento delle tutele a livello nazionale è quindi ben possibile, ma solo per motivi *diversi* dalla necessità di attuare la direttiva stessa e la cui sussistenza spetta allo Stato membro dimostrare.

66. Ciò posto, sotto il profilo dell'individuazione della portata della clausola 8, n. 3, resta ancora da stabilire se, quando parla di «applicazione» della direttiva, essa faccia riferimento alla «prima applicazione» della direttiva medesima o, più in generale, a qualsiasi atto, anche ad essa successivo, che intervenga nel suo campo di applicazione.

64. A ben vedere, una diversa interpretazione non solo contraddirebbe la lettera, assai chiara, della clausola, ma contraste-

67. Il governo tedesco sembra sposare la prima soluzione. A suo dire, infatti, la clausola in questione vincolerebbe i legislatori nazionali solo al momento della *prima* attuazione della direttiva 1999/70, mentre non spiegherebbe alcun effetto sui successivi interventi statali. Nel caso di specie, quindi, una violazione della clausola andrebbe comunque esclusa, in quanto essa non avrebbe alcuna incidenza sulla legge Hartz, qui in discussione, che è stata approvata soltanto nel 2002, due anni dopo la trasposizione formale della suddetta direttiva ad opera del TzBfG.

68. Ritengo però che tale posizione non possa essere accolta e che invece, a giusto titolo, per ragioni sia letterali sia teleologiche, il sig. Mangold sostenga l'opposta soluzione.

69. Per quanto riguarda la lettera della clausola, rilevo che questa, quando dispone che l'«applicazione» della direttiva non costituisce motivo valido per il regresso, utilizza un'espressione del tutto generica, capace quindi di coprire qualsiasi normativa interna diretta a conseguire i risultati che la direttiva stessa persegue. Quindi non solo le disposizioni nazionali che attuano gli obblighi da essa derivanti, ma anche quelle successive che, allo stesso scopo, integrano o modificano le norme già adottate, devono rispettare l'obbligo di trasparenza sopra descritto.

70. Per quanto riguarda poi le finalità da essa perseguite, ribadisco ancora una volta che la clausola mira ad evitare che il legislatore nazionale utilizzi la direttiva 1999/70 come giustificazione per ridurre le tutele garantite ai lavoratori, addebitando alla direttiva medesima la responsabilità di provvedimenti che sono invece il frutto di una sua autonoma scelta legislativa.

71. Ora, è chiaro che il rischio di un siffatto comportamento da parte dello Stato è più alto al momento della prima trasposizione, quando una chiara distinzione, all'interno di un medesimo atto, tra norme che attuano gli obblighi comunitari e quelle estranee a tale finalità risulta molto difficile e, quindi, maggiore può essere la tentazione di «mascherare» le seconde tra le prime.

72. Tuttavia, a me sembra che tale rischio sussista anche successivamente, in particolare quando — come nel caso di specie — il legislatore integra o modifica l'atto di prima trasposizione inserendovi norme nuove. In effetti, anche per queste norme, che si confondono con quelle esistenti, può non essere chiaro se esse siano ancora imputabili ad un'imposizione comunitaria o, viceversa, alla volontà autonoma del legislatore interno.

73. Per tale motivo, a me sembra che anche le leggi successive all'atto di prima trasposi-

zione, qual è nel caso di specie la legge Hartz, che modificano o integrano tale atto devono rispettare il vincolo di trasparenza fissato dalla clausola 8, n. 3. Anche la legge Hartz, che ha modificato il TzBfG, attuativo della direttiva 1999/70, deve quindi essere sindacata sotto questo profilo.

Applicazione al caso di specie

74. Tutto ciò posto, e tornando ora al caso di specie, dico subito che, a mio avviso, approvando la legge Hartz la Germania non ha violato la clausola 8, n. 3.

75. Infatti, dall'ordinanza di rinvio e dalle osservazioni presentate in udienza dal governo tedesco, emergono vari elementi idonei a dimostrare che l'abbassamento, operato dalla legge Hartz, da 58 a 52 anni, dell'età oltre la quale è ammessa senza limiti la conclusione di contratti a termine, è basato su un motivo chiaramente distinto dalle esigenze di applicazione della direttiva 1999/70, vale a dire la necessità di promuovere l'impiego delle persone anziane in Germania.

76. Un primo elemento in tal senso risulta dall'esistenza, sia prima che dopo l'attuazione

della direttiva, di diversi interventi normativi che hanno progressivamente ridotto la soglia d'età in questione. Come si è visto, infatti, il legislatore tedesco ha adottato a tal fine: nel 1996, la legge sul diritto del lavoro *volta a promuovere* la crescita e *l'impiego*, che ha fissato il limite a 60 anni; nel 2000, il TzBfG, che ha spostato tale limite a 58 anni; e, infine, nel 2002, la legge Hartz, che lo ha ulteriormente anticipato a 52 anni. Il legislatore tedesco quindi, già prima dell'applicazione della direttiva, ha deciso autonomamente di ridurre la tutela garantita in materia ai lavoratori anziani allo scopo di favorirne l'impiego e ha persistito in questa sua scelta anche dopo l'applicazione medesima, dimostrando così di voler perseguire una propria scelta di politica economica e sociale indipendente dai vincoli comunitari.

77. Un secondo elemento, specificamente legato alla legge Hartz, è costituito poi dal fatto che questa è stata adottata a seguito dei lavori di una commissione governativa, la quale ha accertato che «la probabilità per un disoccupato ultracinquantacinquenne di trovare un nuovo lavoro si attesta intorno al 25%» (v. *supra*, paragrafo 15). L'abbassamento della soglia d'età risulta quindi chiaramente legato a precise valutazioni sull'occupazione e non ad un uso strumentale degli obblighi posti dalla Comunità.

78. Alle luce di questi elementi, ritengo quindi che la clausola 8, n. 3, dell'accordo quadro non osti ad una disposizione nazionale, quale l'art. 14, n. 3, del TzBfG, come modificato dalla legge Hartz, che, per giu-

stificati motivi di promozione dell'impiego indipendenti dalla trasposizione della direttiva 1999/70, ha abbassato da 58 a 52 anni l'età oltre la quale possono essere conclusi senza limiti contratti di lavoro a tempo determinato.

79. Resta però ancora da esaminare se tale abbassamento sia compatibile con l'altra direttiva (la 2000/78) richiamata dal giudice nazionale nel suo secondo quesito pregiudiziale, che passo ora ad esaminare.

3) Sulla direttiva 2000/78

80. Con il suo secondo quesito, il giudice nazionale chiede se l'art. 6 della direttiva 2000/78 osti ad una norma nazionale, quale l'art. 14, n. 3, del TzBfG, come modificato dalla legge Hartz, che ammette senza limiti la conclusione di contratti a tempo determinato con lavoratori ultracinquantaduenni anche in assenza di una ragione obiettiva, derogando così al principio generale di diritto interno secondo cui una giustificazione di questo tipo deve di regola sussistere.

81. A tal riguardo ricordo anzitutto che, ai sensi dell'art. 6, n. 1, della direttiva citata, «gli Stati membri possono prevedere che le *disparità di trattamento* in ragione dell'età non costituiscano discriminazione laddove

esse siano *oggettivamente e ragionevolmente giustificate*, nell'ambito del diritto nazionale, *da una finalità legittima*, compresi giustificati obiettivi di politica del lavoro, di mercato del lavoro e di formazione professionale, e *i mezzi per il conseguimento di tale finalità siano appropriati e necessari*».

82. Ai sensi della lett. a) del medesimo articolo, tali disparità di trattamento possono in particolare comprendere «la definizione di condizioni speciali di accesso all'occupazione e alla formazione professionale, di occupazione e di lavoro, comprese le condizioni di licenziamento e di retribuzione, per (...) i lavoratori anziani (...), onde *favorire l'inserimento professionale* o assicurare la protezione degli stessi».

83. Ricordo altresì che, anche prima dell'adozione della direttiva 2000/78 e delle specifiche disposizioni in essa contenute, è stata riconosciuta dalla Corte l'esistenza di un principio generale d'eguaglianza, che vincola gli Stati membri «quando essi danno esecuzione alle discipline comunitarie» e che può quindi essere da quella impiegato per sindacare le normative nazionali che «rientra [no] nella sfera di applicazione del diritto comunitario»²⁷. Secondo tale principio, è vietato «trattare situazioni analoghe in

²⁷ — Sentenza 12 dicembre 2002, causa C-442/00, Caballero (Racc. pag. I-11915, punti 30-32). Altri casi di controllo di compatibilità con il principio generale di eguaglianza di disposizioni nazionali adottate in esecuzione di atti comunitari, in particolare di regolamenti, sono dati dalle sentenze 25 novembre 1986, cause riunite 201 e 202/85, Klensch (Racc. pag. 3477, punti 9-10); 14 luglio 1994, causa C-351/92, Graff (Racc. pag. I-3361, punti 15-17); e 17 aprile 1997, causa C-15/95, EARL de Kerlast (Racc. pag. I-1961, punti 35-40).

maniera differenziata e situazioni diverse in maniera uguale, a meno che un tale *trattamento* non sia *obiettivamente giustificato*»²⁸ dal perseguimento di una finalità legittima e sempre che esso «sia *adeguato e necessario* per raggiungere» tale finalità²⁹.

84. Come appare dal loro confronto, le due regole — quella specifica della direttiva e quella generale ora citata — in buona sostanza coincidono, di modo che l'analisi della compatibilità di una normativa quale quella tedesca ben potrebbe essere condotta alla luce dell'una e dell'altra con analoghi risultati. Il ricorso al principio di eguaglianza — evocato, sia pure incidentalmente, anche dal giudice del rinvio — sarebbe forse preferibile poiché, proprio in quanto principio generale del diritto comunitario il cui precetto è preciso e incondizionato, esso spiega i propri effetti su tutti i consociati e, a differenza della direttiva, potrebbe quindi essere invocato direttamente dal sig. Mangold nei confronti dell'avv. Helm e così applicato dall'Arbeitsgericht nel giudizio principale.

85. Ma il risultato non cambierebbe neppure se si volesse risolvere la questione sotto il

28 — Sentenze 29 giugno 1995, causa C-56/94, SCAC (Racc. pag. I-1769, punto 27); EARL de Kerlast, cit supra, punto 35; 17 luglio 1997, causa C-354/95, National Farmers' Union e a. (Racc. pag. I-4559, punto 61); e 13 aprile 2000, causa C-292/97, Karlsson (Racc. pag. I-2737, punto 39).

29 — Sentenza 19 marzo 2002, causa C-476/99, Lommers (Racc. pag. I-2891, punto 39).

profilo dell'art. 6 della direttiva 2000/78. Anche in tal caso, infatti, per valutare se una normativa nazionale quale l'art. 14, n. 3, del TzBfG determini una discriminazione in base all'età si deve pur sempre verificare se sussista una disparità di trattamento, se tale eventuale disparità risulti oggettivamente giustificata da una finalità legittima e se essa sia comunque adeguata e necessaria a perseguire tale finalità.

86. Prima di effettuare questa verifica, ricordo che l'art. 14, n. 3, del TzBfG a seguito della modifica della legge Hartz così dispone: «[n]on è richiesta una ragione obiettiva per stipulare un contratto di lavoro a tempo determinato qualora il lavoratore all'inizio del rapporto abbia già compiuto 58 anni. Non è consentito stipulare un contratto a tempo determinato qualora vi sia una stretta connessione obiettiva con un precedente contratto a tempo indeterminato con il medesimo datore di lavoro. (...) Fino al 31 dicembre 2006 l'età di 58 anni indicata nella prima frase è sostituita con quella di 52 anni».

87. Ciò posto, passo quindi a svolgere l'esame sopra descritto, il quale, ripeto, richiede che si accerti l'eventuale esistenza di una disparità di trattamento e, in tal caso, se ci sia una giustificazione obiettiva e sia stato rispettato il principio di proporzionalità.

88. Quanto al primo punto, non mi pare che sussistano molti motivi di perplessità. Come ha sottolineato il giudice nazionale, la possibilità di stipulare senza limiti, in particolare anche in assenza di una ragione obiettiva, contratti a tempo determinato è prevista soltanto per i lavoratori con più di 52 anni. La disparità di trattamento in base all'età è quindi del tutto evidente.

89. Nonostante il tenore letterale della disposizione in questione, abbastanza chiara mi sembra anche l'esistenza di una giustificazione oggettiva, sia pure implicita, di tale disparità.

90. In effetti, se si va oltre la formulazione in un certo senso ingannevole della disposizione (che sembra escludere la necessità di una «ragione obiettiva» per stipulare un contratto a termine con i lavoratori ultracinquantaduenni) e si considerano invece — come ho già fatto sopra — i lavori della commissione governativa che hanno portato all'adozione della legge Hartz (v. *supra*, paragrafi 15, 76 e 77), ci si accorge che tanto la disposizione in esame quanto quelle che l'hanno preceduta hanno una ben precisa giustificazione. Tutte infatti sono volte a favorire l'inserimento professionale dei lavoratori anziani disoccupati, i quali, anche secondo le statistiche ufficiali rilevate da detta commissione, incontrano maggiori difficoltà nel trovare un nuovo impiego.

91. Più difficile è invece stabilire se tale finalità sia stata perseguita con mezzi appropriati e necessari. Mi sembrano però persuasive le argomentazioni svolte su questo punto dal giudice del rinvio, che si è chiaramente pronunciato nel senso che l'art. 14, n. 3, del TzBfG va oltre quanto necessario per favorire il reinserimento professionale dei lavoratori anziani.

92. In primo luogo, detto giudice ha osservato che la disposizione controversa ammette che «con un lavoratore di 52 anni si [possa] stipulare un contratto di lavoro a tempo determinato con durata praticamente illimitata (ad esempio 13 anni, quindi fino [all'età pensionabile di] 65 anni)» ovvero «un numero indeterminato di contratti di lavoro a tempo determinato di breve durata con uno o con diversi datori di lavoro» fino a quell'età³⁰.

93. Inoltre, esso ha sottolineato che la soglia dei 52 anni, peraltro più bassa di quella di 55 anni indicata dalla commissione governativa già ricordata (v. *supra*, paragrafo 15), risulta in pratica ridotta di altri due anni, in quanto la norma contestata esclude un'assunzione a termine qualora con il lavoratore cinquantaduenne «vi sia stato un precedente rapporto *a tempo indeterminato*», non invece quando

30 — V. ordinanza di rinvio, pag. 12.

con esso vi sia stato in precedenza un contratto a tempo determinato, che, in base alle altre disposizioni del TzBfG³¹, può durare appunto fino a due anni³².

94. In definitiva, secondo la ricostruzione del giudice nazionale, la norma contestata finisce col consentire che i lavoratori assunti a tempo determinato per la prima volta dopo il compimento del cinquantesimo anno di età possano essere ulteriormente impiegati a termine senza alcuna limitazione fino al loro pensionamento.

95. In tali condizioni, a me sembra che detto giudice abbia ragione quando sostiene che ciò vada oltre quanto necessario per favorire l'inserimento professionale dei lavoratori anziani nel mercato del lavoro. In effetti, detti lavoratori sono sì facilitati nella ricerca di una nuova occupazione, ma al prezzo di essere, in via di principio, esclusi *permanente* dalla garanzia del rapporto a tempo indeterminato che, secondo le intenzioni delle parti sociali fatte proprie dal legislatore comunitario, deve invece continuare ad essere per tutti «la forma comune dei rapporti di lavoro» (punto 6 delle considerazioni generali dell'accordo quadro allegato alla direttiva 1999/70; v. paragrafo 3).

96. Né d'altra parte si può obiettare che l'abbassamento da 58 a 52 anni previsto dalla legge Hartz vale solo fino al 31 dicembre 2006. Tale obiezione, infatti, cade se sol si considera che a quella data gran parte dei lavoratori soggetti a detta legge (e tra questi anche il sig. Mangold) avranno compiuto 58 anni e ricadranno quindi ancora nel regime speciale previsto dall'art. 14, n. 3, del TzBfG. Almeno per questi quindi l'esclusione dalla garanzia del rapporto stabile è già ora definitiva e pertanto sproporzionata.

97. Alla luce delle valutazioni svolte dall'Arbeitsgericht, a me sembra pertanto che la finalità del reinserimento professionale dei lavoratori anziani sia perseguita con mezzi largamente sproporzionati e che quindi il trattamento riservato dall'art. 14, n. 3, del TzBfG ai lavoratori che hanno compiuto 52 anni dia luogo ad una vera e propria discriminazione in base all'età.

98. Per tali motivi, ritengo che l'art. 6 della direttiva 2000/78 e più in generale il principio generale di non discriminazione ostino ad una normativa nazionale, come quella controversa nel caso di specie, che ammette la possibilità di concludere senza limiti contratti di lavoro a tempo determinato con persone che abbiano compiuto 52 anni d'età.

31 — Art. 14, n. 2, del TzBfG

32 — V. ordinanza di rinvio, pagg. 6 e 12.

4) *Sulle conseguenze dell'interpretazione resa dalla Corte*

99. Prima di concludere, restano ancora da precisare le conseguenze giuridiche che il giudice nazionale dovrà trarre dalla decisione della Corte in circostanze, come quelle di cui alla causa principale, in cui si chiede l'interpretazione di una direttiva nell'ambito di una controversia tra privati.

100. Si deve cioè ancora rispondere al terzo quesito, con il quale il giudice del rinvio vuole appunto sapere quale sia l'incidenza sul giudizio principale di un'eventuale sentenza che dichiari l'incompatibilità di una normativa come quella nazionale in discussione, e in particolare se, a seguito di tale sentenza, esso possa disapplicare detta normativa.

101. A ben vedere, tale quesito risulterebbe superato qualora la Corte — seguendo quanto da me proposto — accettasse di pronunciare l'incompatibilità di una legge, quale quella in questione, utilizzando come parametro d'interpretazione il principio generale di eguaglianza, il cui precetto chiaro, preciso e incondizionato, si rivolge a tutti i soggetti dell'ordinamento e può quindi

essere invocato dai privati sia verso lo Stato³³ sia nei confronti di altri privati (v. *supra*, paragrafo 84). Non c'è dubbio infatti che, in tal caso, il giudice del rinvio dovrebbe disapplicare la normativa nazionale contraria a detto principio ritenuto appunto direttamente efficace.

102. Il quesito riemerge invece in tutta la sua importanza se la Corte decide — come ho indicato in alternativa — di dichiarare l'incompatibilità alla luce della regola di non discriminazione codificata all'art. 6 della direttiva 2000/78. In tal caso la risposta al quesito risulterebbe invero ancor più complicata dal fatto che, al momento dei fatti di causa, il termine per la trasposizione di quella direttiva non era ancora scaduto (v. *supra*, paragrafi 8 e 9).

103. A tal riguardo, l'*Arbeitsgericht* e, in buona sostanza, anche la Commissione sostengono che, qualora le direttive 1999/70 e 2000/78 ostassero ad una disposizione, quale l'art. 14, n. 3, del *TzBfG*, come modificato dalla legge Hartz, che ammette senza limiti rapporti a tempo determinato con i lavoratori ultracinquantadueni, quest'ultima disposizione dovrebbe essere disapplicata e al suo posto dovrebbe trovare applicazione la regola generale di cui dell'art. 14, n. 1, del *TzBfG*, che permette la conclusione di questo tipo di contratti solo in presenza di una ragione obiettiva.

33 — Cfr. sentenza 15 aprile 1997, causa C-27/95, *Bakers of Nailsea* (Racc. pag. I-1847, punto 21).

104. Secondo l'Arbeitsgericht e la Commissione, la disapplicazione della norma nazionale contestata dovrebbe avvenire anche nel caso in cui questa fosse considerata incompatibile con la sola direttiva 2000/78, benché il termine di trasposizione di questa non sia ancora spirato. In tal caso, se ben capisco, questo tipo di conseguenza costituirebbe la naturale sanzione per la violazione dell'obbligo gravante sugli Stati membri di astenersi, in pendenza di detto termine, dall'adottare disposizioni — com'è a loro avviso quella in discussione — che possono compromettere gravemente il risultato prescritto dalla direttiva.

105. È vero — continua la Commissione — che, essendo destinate agli Stati membri, le direttive comunitarie, comprese quelle non scadute, non possono produrre effetti diretti c.d. orizzontali, effetti cioè nei confronti di un privato, quale l'avv. Helm, convenuto in giudizio da un altro privato. Tuttavia, nel caso di specie, l'applicazione delle direttive invocate, non produrrebbe effetti di questa natura; una volta accantonato l'art. 14, n. 3, del TzBfG, troverebbe infatti applicazione ancora una norma dell'ordinamento nazionale, vale a dire l'art. 14, n. 1, del TzBfG e non, di per sé, una disposizione delle direttive richiamate.

106. Dico subito che, a mio avviso, tale posizione non può essere accolta. Essa invero

trascura il fatto che nelle ipotesi in considerazione la disapplicazione della norma nazionale in causa sarebbe in realtà un effetto diretto dell'atto comunitario e sarebbe quindi proprio quest'ultimo a precludere al soggetto interessato di avvalersi dei diritti concessigli dalla norma del suo ordinamento.

107. Per prendere a riferimento proprio il caso di specie, la conseguenza dell'opposta tesi sarebbe che l'avv. Helm si vedrebbe preclusa da una direttiva la possibilità di far valere dinanzi all'Arbeitsgericht la facoltà a lui riconosciuta dal diritto nazionale di concludere senza limiti contratti a tempo determinato con lavoratori ultracinquantadueni³⁴.

108. Ciò sarebbe, evidentemente, in contrasto con la consolidata giurisprudenza della Corte secondo cui, essendo rivolte formalmente agli Stati membri, le direttive «non [possono] di per sé creare obblighi a carico di un singolo e non [possono] quindi essere fatti [e] valere in quanto tal[i] nei suoi confronti»³⁵.

34 — In tal caso, non potrebbe quindi essere invocata (cosa che peraltro l'Arbeitsgericht e la Commissione non fanno) la sentenza 26 settembre 2000, causa C-443/98, Unilever (Racc. pag. I-7535), in cui la Corte ha ammesso la disapplicazione di una regola tecnica nazionale adottata durante il periodo di rinvio di adozione previsto all'art. 9 della direttiva 83/189, ma soltanto perché essa ha ritenuto che detta direttiva «non creava né diritti né obblighi per i singoli» e «non defm[iva] [quindi] in alcun modo il contenuto sostanziale della norma giuridica sulla base della quale il giudice nazionale [doveva] risolvere la controversia dinanzi ad esso pendente» (punto 51).

35 — V., in particolare, sentenze 26 febbraio 1986, causa 152/84, Marshall (Racc. pag. 723, punto 48); 14 luglio 1994, causa C-91/92, Faccini Dori (Racc. pag. I-3325, punto 20); 7 gennaio 2004, causa C-201/02, Wells (Racc. pag. I-723, punto 56); e 3 maggio 2005, cause riunite C-387/02, 391/02 e 403/02, Berlusconi (Racc. pag. I-3565, punto 73).

109. Ma non è tutto. Com'è noto, tale principio vale, ed è stato più volte affermato, per le ipotesi in cui il termine di trasposizione della direttiva invocata era già scaduto e l'obbligo gravante sugli Stati membri era quindi sotto questo profilo incondizionato. A maggior ragione, ovviamente esso deve valere quando detto termine non è ancora spirato.

preclusione appare ovviamente ancor più giustificata quando, come nella specie, il giudizio principale oppone due privati.

111. A mio avviso, quindi, nella controversia principale che vede contrapposti il sig. Mangold e l'avv. Helm, l'Arbeitsgericht non può disapplicare, a danno di quest'ultimo, l'art. 14, n. 3, del TzBfG, come modificato dalla legge Hartz, perché giudicato incompatibile con la direttiva 1999/70 o — secondo la soluzione da me accolta — con la direttiva 2000/78.

110. Né tale conclusione è contraddetta, a mio avviso, da quella giurisprudenza invocata dall'Arbeitsgericht e dalla Commissione in cui la Corte ha riconosciuto l'obbligo degli Stati membri di astenersi, in pendenza del termine di trasposizione, dall'adottare disposizioni che possano compromettere gravemente il risultato prescritto da una direttiva³⁶. Al contrario, proprio recentemente la Corte ha chiarito che l'esistenza di tale obbligo gravante sugli Stati membri non implica il diritto (che è anzi espressamente escluso) dei singoli di invocare «dinanzi ai giudici nazionali» la direttiva non scaduta «per far disapplicare una disposizione di diritto interno con essa contrastante»³⁷. Tale

112. Ciò posto, devo però aggiungere che — sempre secondo la consolidata giurisprudenza comunitaria — la predetta conclusione non esime il giudice nazionale dal dovere di interpretare il proprio diritto in modo conforme alle direttive.

113. In effetti, per l'ipotesi in cui una direttiva non possa produrre effetti diretti nel giudizio principale, la Corte ha già da tempo chiarito che il giudice nazionale deve comunque «fare tutto ciò che rientra nella sua competenza», «prendendo in considerazione tutte le norme del diritto nazionale» mediante tutti i «metodi di interpretazione ad esso riconosciuti», per «conseguire il

36 — Sentenze 18 dicembre 1997, causa C-129/96, Inter-Environnement Wallonie (Racc. pag. I-7411, punto 45); 8 maggio 2003, causa C-14/02, ATRAL (Racc. pag. I-4431, punto 58).

37 — Sentenza 5 febbraio 2004, causa C-157/02, Rleser (Racc. pag. I-1477, punto 69).

risultato perseguito» dalla direttiva medesima³⁸. Anche su di esso, infatti, al pari degli altri organi degli Stati membri, grava l'obbligo derivante dall'art. 249, terzo comma, CE, che sancisce la portata vincolante delle direttive, e più in generale dall'art. 10, secondo comma, CE, che impone agli stessi organi «di adottare tutti i provvedimenti generali o particolari» necessari ad assicurare il rispetto del diritto comunitario³⁹.

(più rilevante nella mia ricostruzione; v. *supra*, paragrafo 98), già entrate in vigore al momento dei fatti di causa, ma il cui termine di trasposizione non sia ancora scaduto in quel momento⁴⁰.

116. Ciò per i motivi che passo qui di seguito ad esporre.

114. L'obbligo di interpretazione conforme sopra indicato vale senz'altro rispetto alla direttiva 1999/70, già scaduta al tempo della conclusione del contratto di lavoro tra il sig. Mangold e l'avv. Helm, la quale, però, nella mia analisi non assume un rilievo particolare, in quanto, a mio avviso, i quesiti ad essa relativi devono o essere dichiarati irricevibili (quesito 1b; v. *supra*, paragrafo 42) oppure ricevere una risposta negativa (quesito 1a; v. *supra*, paragrafo 78).

115. Ma, a ben vedere, tale obbligo vale anche rispetto alle direttive, come la 2000/78

117. Anzitutto va ricordato che l'obbligo di interpretazione conforme costituisce uno degli effetti «strutturali» della norma comunitaria che consente, assieme allo strumento più «invasivo» dell'efficacia diretta, l'adeguamento del diritto interno ai contenuti e agli obiettivi dell'ordinamento comunitario. Proprio in ragione della sua indicata natura, detto obbligo si impone con riguardo a tutte le fonti dell'ordinamento, si traducano esse in norme primarie⁴¹ o di diritto derivato⁴², in atti produttivi di effetti giuridici vincolanti⁴³ o non. Perfino per le raccomandazioni, infatti, la Corte ha affermato che «i giudici nazionali *sono tenuti* a prender[le] in

38 — Sentenza 5 ottobre 2004, cause riunite C-397/01 a C-403/01, Pfeiffer (Racc. pag. I-8835, punti 113, 115, 116 e 118).

39 — V., in particolare, sentenze 13 novembre 1990, causa C-106/89, Marleasing (Racc. pag. I-4135, punto 8); Faccini Dori, cit., punto 26; Inter-Environnement Wallonie cit., punto 40, e 25 febbraio 1999, causa C-131/97, Carbonari e a. (Racc. pag. I-1103, punto 48).

40 — In tal senso v. sentenza 8 ottobre 1987, causa 80/86, Kolpinghuis Nijmegen (Racc. pag. 3969, punti 15 e 16).

41 — V. sentenza 4 febbraio 1988, causa 157/86, Murphy (Racc. pag. 673, punto 11).

42 — V. sentenze citate alle note 34-35.

43 — V. sentenze citate alle note 34-35.

considerazione ai fini della soluzione delle controversie sottoposte al loro giudizio»⁴⁴.

118. È evidente allora che il medesimo obbligo va riconosciuto anche in relazione alle direttive il cui termine di trasposizione non sia ancora scaduto, visto che esse si inseriscono tra le fonti dell'ordinamento e producono effetti giuridici non già a partire da quel termine, ma fin dal momento della loro entrata in vigore, cioè, ai sensi dell'art. 254 CE, alla data da esse stabilita ovvero, in mancanza, nel ventesimo giorno successivo alla loro pubblicazione.

119. In questo senso, del resto, milita pure la citata giurisprudenza della Corte (v. *supra*, paragrafi 104 e 110), secondo cui, «anche se gli Stati membri non sono tenuti ad adottare [le] misure [attuative di una direttiva] prima della scadenza del termine per la trasposizione», dal combinato disposto degli artt. 10, secondo comma, e 249, terzo comma, CE risulta che, «in pendenza di tale termine, essi devono astenersi dall'adottare disposizioni che possano compromettere gravemente il risultato prescritto dalla direttiva stessa»⁴⁵.

120. Ora, è fuor di dubbio che tale obbligo di astensione, al pari di quello positivo di

assumere tutti i comportamenti necessari a conseguire il risultato voluto dalle direttive, grava su *tutti gli organi degli Stati membri*, ivi compresi, nell'ambito di loro competenza, i giudici nazionali. Ne discende quindi che, in pendenza del termine di trasposizione, anche tali giudici devono fare tutto il possibile, nell'esercizio delle loro competenze, per evitare che il risultato voluto dalla direttiva possa essere compromesso. In altri termini, essi devono ugualmente sforzarsi di privilegiare l'interpretazione del diritto interno più aderente alla lettera e allo spirito della direttiva.

121. Venendo ora al caso di specie e tirando le fila dell'analisi sin qui svolta, ritengo che, nella causa che vede contrapposti il sig. Mangold e l'avv. Helm, l'Arbeitsgericht, l'art. 14, n. 3, del TzBfG, come modificato dalla legge Hartz, perché incompatibile con il divieto di discriminazione in base all'età previsto dall'art. 6 della direttiva 2000/78. Tuttavia, anche se il termine per la trasposizione di questa direttiva non è ancora scaduto, tale giudice deve prendere in considerazione tutte le norme del diritto nazionale, comprese quelle di rango costituzionale, che dispongono lo stesso divieto, per addivenire, laddove possibile, ad un risultato conforme a quello prescritto dalla direttiva.

44 — Sentenza 13 dicembre 1989, causa 322/88, Grimaldi (Racc. pag. 4407, punto 18). Il corsivo è mio.

45 — Sent. Inter-Environnement Wallonie, cit., punto 45.

122. Per tutte le ragioni sopra esposte, ritengo quindi che un giudice nazionale, cui sia sottoposta una controversia che ha luogo esclusivamente tra singoli, non possa disapplicare, a danno di questi ultimi, le norme del diritto interno contrarie ad una direttiva. Tuttavia, stanti gli obblighi derivanti dagli artt. 10, secondo comma, e 249, terzo

comma, CE, il giudice nazionale è tenuto ad interpretare dette norme, per quanto possibile, alla luce del testo e dello scopo della direttiva, in modo da conseguire il risultato da essa perseguito; e questo vale anche rispetto alle direttive per le quali non sia ancora scaduto il termine per la trasposizione nel diritto nazionale.

IV — Conclusioni

Alla luce delle considerazioni che precedono propongo alla Corte di rispondere all'Arbeitsgericht München che:

- «1 a) La clausola 8, n. 3, della direttiva 1999/70/CE del Consiglio, del 28 giugno 1999, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, non osta ad una disposizione nazionale, quale l'art. 14, n. 3, della legge sul lavoro a tempo parziale e a tempo determinato, del 21 dicembre 2000 (TzBfG), come modificato dalla legge per le prestazioni di servizi moderni sul mercato del lavoro, del 23 dicembre 2002 (c.d. «legge Hartz»), che, per giustificati motivi di promozione dell'impiego indipendenti dalla trasposizione della direttiva medesima, abbassi da 58 a 52 anni l'età oltre la quale possono essere conclusi senza limiti contratti di lavoro a tempo determinato.

- b) La Corte non è competente a pronunciarsi sul quesito 1b).
- 2) L'art. 6 della direttiva 2000/78/CE del Consiglio, del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, e più in generale il principio generale di non discriminazione, ostano ad una normativa nazionale, come l'art. 14, n. 3, del TzBfG, come modificato dalla legge Hartz, che ammette la possibilità di concludere senza limiti contratti di lavoro a tempo determinato con persone che abbiano compiuto 52 anni d'età.
- 3) Un giudice nazionale, cui sia sottoposta una controversia che ha luogo esclusivamente tra singoli, non può disapplicare, a danno di questi ultimi, le norme del diritto interno contrarie ad una direttiva.

Tuttavia, stanti gli obblighi derivanti dagli artt. 10, secondo comma, e 249, terzo comma, CE, il giudice nazionale è tenuto ad interpretare dette norme, per quanto possibile, alla luce del testo e dello scopo della direttiva, in modo da conseguire il risultato da essa perseguito; e questo vale anche rispetto alle direttive per le quali non sia ancora scaduto il termine per la trasposizione nel diritto nazionale».