

Il giudice come legislatore? *Lessons (to be) learned from the Bundesverfassungsgericht*

di Sonja Haberl

Abstract: Judges as law-makers? Lessons (to be) learned from the *Bundesverfassungsgericht* – The present article analyses a long-awaited and much discussed decision of the German Federal Constitutional Court, which in the specific context of the so-called *sachgrundlose Befristungen* (fixed-term employment contracts with no objective reason for the time limitation) defines both admissibility and limits of judicial law-making (*richterliche Rechtsfortbildung* or *schöpferische Rechtsfindung*). In the above decision the *Bundesverfassungsgericht* scolds the German Federal Labour Court for having “exceeded the limits of reasonable interpretation” with regard to a statutory provision regulating the possibility to use these types of contract. While the Federal Labour Court in the meanwhile has adapted to the new – rather vague – “guidelines” provided by the *Bundesverfassungsgericht*, these guidelines yet have created great legal uncertainty which most presumably only the legislator will be able to solve.

2439

Keywords: Judicial interpretation; Judicial law-making; Fixed-term employment contracts; Occupational freedom; State duties of protection.

1. Introduzione

Il fenomeno dell'attività di integrazione e sviluppo del diritto di matrice giurisprudenziale (*Richterrecht*, (*richterliche*) *Rechtsfortbildung*, *schöpferische Rechtsfindung*)¹, inserendosi nel più ampio contesto del sistema delle fonti di produzione del diritto, in Germania è oggetto di controversie “vecchie ed eterne”²,

¹ Questi solo alcuni dei concetti utilizzati in dottrina e giurisprudenza; in merito al loro sviluppo cfr. l'approfondita analisi di C. Fischer, *Topoi verdeckter Rechtsfortbildungen im Zivilrecht*, Tübingen 2007, in part. 34 ss. e 68 ss.; a detta dell'autore, sul tema in esame, esiste “un garbuglio terminologico” non solo in dottrina ma anche a livello giurisprudenziale ove manca una “terminologia chiara e uniforme”. Emblematica a tal proposito la nota sentenza Soraya (BVerfG del 14 febbraio 1973, in *Neue Juristische Wochenschrift* 1973, 1221 ss.) nella quale la Corte costituzionale discorre indistintamente di *schöpferische Rechtsfindung*, *schöpferische Fortbildung des Rechts* e *Auslegung*.

² Così U. di Fabio, *Grenzen der Rechtsfortbildung in Europa*, Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht, Referate im Rahmen der Vortragsreihe „Rechtsfragen der Europäischen Integration 2012“, reperibile a www.jura.uni-bonn.de/fileadmin/Fachbereich_Rechtswissenschaft/Einrichtungen/Sonstige/Zentrum_fuer_Europaeisches_Wirtschaftsrecht/Schriftenreihe/heft199difabio.pdf, 24.

riguardanti innanzitutto le funzioni³ nonché i limiti⁴ di un *judge-made law* e le problematiche di politica del diritto ad essi collegate.

Il presente contributo non è finalizzato ad analizzare e prendere posizione sull'intero novero delle problematiche coinvolte da un così ampio tema di discussione, peraltro già oggetto di innumerevoli contributi in dottrina⁵. La disamina che segue prende invece spunto da una specifica sentenza, sul tema, della Corte costituzionale federale, sentenza da tempo attesa e da subito molto discussa⁶. La pronuncia riguarda delle problematiche inerenti le condizioni da rispettare per la conclusione di contratti a tempo determinato cc.dd. acausali (*sachgrundlose Befristungen*), privi cioè dell'indicazione delle ragioni economico-produttive che legittimano il datore di lavoro a ricorrere a questo specifico strumento⁷. In seno alla decisione in oggetto il giudice delle leggi tedesco non solo affronta, nell'ambito di un controllo di costituzionalità c.d. incidentale (*konkrete Normenkontrolle*, art. 100 Grundgesetz), la questione della compatibilità con il Grundgesetz della regola sottoposta a esame (cfr. *sub par. 3*). Esso prende anche e soprattutto posizione in merito ai limiti oltre i quali la *richterliche Rechtsfortbildung* non può andare, fornendo approfondimenti di respiro insolitamente ampio proprio riguardo al tema qui di nostro interesse. Più precisamente, tale parte della sentenza – a sua volta originatasi da un ricorso costituzionale individuale (*Verfassungsbeschwerde*, art. 93 co. 4 Grundgesetz) – riguarda l'interpretazione da alcuni anni adottata dalla Corte federale del lavoro (*Bundesarbeitsgericht*⁸) in merito alla legislazione in tema dei contratti acausali dapprima menzionati: interpretazione nei risultati limitativa del divieto di "reiterazione" cui si dirà in seguito (cfr. *sub par. 2*), e che viene giudicata incostituzionale dal *Bundesverfassungsgericht* in quanto "eccedente i limiti di uno sviluppo giurisprudenziale ammissibile del diritto" (cfr. *sub par. 4*).

³ Ad esempio K. Larenz, C.-W. Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. ed., Berlin, 1995, in part. 163 ss.; B. Rüthers, C. Fischer, A. Birk, *Rechtstheorie mit juristischer Methodenlehre*, 8. ed., München, 2015, numeri a margine 883 ss.; G. Hirsch, *Der Richter wird's schon richten*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik* 2006, 161; W. Hassemer, *Gesetzesbindung und Methodenlehre*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik* 2007, 213.

⁴ Cfr. da ultimo F. Kruse, *Die verfassungsrechtlichen Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung*, Tübingen, 2019.

⁵ Si rinvia, per ulteriori riferimenti, a Kruse, *op. cit.*

⁶ Si tratta della decisione del 6 giugno 2018, in *Neue Juristische Wochenschrift* 2018, 2542 ss.

⁷ Si tratta di problematiche di grande attualità non solo in Germania. Cfr., per l'ordinamento italiano, l'art. 1 del D.L. n. 87/2018 (che modifica gli articoli dal 19, 21 e 28 del D.lgs. n. 81/2015), convertito, con modificazioni, dalla legge n. 96/2018, e sulla base del quale il primo contratto a tempo determinato può essere acausale fino a un termine massimo di 12 mesi. La nuova disciplina trova applicazione per i contratti di lavoro a tempo determinato stipulati successivamente al 14 luglio 2018, nonché ai rinnovi e alle proroghe dei contratti successivi al 31 ottobre 2018.

⁸ Nel sistema tedesco la giurisdizione è ripartita tra il livello regionale e quello federale. Mentre esistono, a livello dei *Länder*, per ciascuna delle cinque giurisdizioni previste (ordinaria, amministrativa, del lavoro, finanziaria e sociale) due gradi di giudizio (tranne per quella finanziaria, in cui è previsto un solo grado a livello regionale), la giurisdizione in ultima istanza è esercitata a livello federale (cfr. art. 95 co. 1 Grundgesetz che prevede cinque Corti Supreme federali (tra cui la Corte federale del lavoro - *Bundesarbeitsgericht*), equiordinate fra di loro e poste al vertice dei cinque ordini giurisdizionali).

La Corte federale nel frattempo ha imparato – e verrebbe da dire, per forza delle cose – la lezione impartitale: nei primi casi sottoposti alla sua attenzione successivamente alla sentenza della Corte costituzionale, ha infatti abbandonato l’orientamento interpretativo precedentemente adottato. Da queste sentenze traspare, tuttavia, che il cambiamento imposto dall’alto – contraddistinto, come si vedrà, dalla sostituzione di limiti temporali ben definiti con concetti piuttosto vaghi e (ancora) non meglio precisati – è causa di grande incertezza giuridica alla quale probabilmente solo il legislatore potrà adeguatamente rimediare (*sub par. 5*).

2. La Corte federale del lavoro come legislatore? La linea interpretativa adottata in merito ai contratti a termine “acausali”

L’interpretazione adottata dalla Corte federale del lavoro qui sotto esame riguarda il par. 14 del *Teilzeitbeschäftigungsgesetz (TzBfG)*⁹ – legge federale attuativa della direttiva 99/70/CE con oggetto il lavoro a tempo determinato – secondo cui è possibile concludere un contratto a termine c.d. acausale “fino alla durata di due anni”, e prevedere, fino a questo limite, anche la sua proroga “per un massimo di tre volte” (co. 2 (1)). È invece vietato ricorrere a questi tipi di contratto “qualora già in precedenza (*bereits zuvor*) fosse esistito, tra il lavoratore e il medesimo datore di lavoro, un rapporto di lavoro a tempo determinato oppure indeterminato” (co. 2 (2))¹⁰.

Si potrebbe a prima vista pensare che la regola legislativa contenuta nella seconda parte della disposizione appena riportata, non sia polisemantica e suscettibile di interpretazioni contrastanti. Difatti, fin dall’inizio della sua entrata in vigore nel 2001, la Corte federale del lavoro (precisamente la seconda sezione) giudicò illegittima *ogni* limitazione nel tempo, se priva di causale (*Sachgrund*), di un contratto di lavoro qualora tra le parti in questione fosse già esistito, in (un qualsiasi) passato, un rapporto professionale. La Corte precisò a tal proposito come “in linea di principio” (*grundsätzlich*) non giochi alcun ruolo né la distanza temporale esistente tra il rapporto di lavoro passato e quello nuovo a tempo determinato, né la natura dell’attività professionale precedentemente svolta¹¹. Tale impostazione giurisprudenziale venne salutata con favore dalla stragrande maggioranza della dottrina secondo cui la regola in questione contiene un divieto “a vita” ovvero “illimitato nel tempo” di concludere un contratto c.d. consecutivo (*Kettenvertrag*) a tempo determinato¹²: e questo nell’ottica dell’obiettivo di ridurre

⁹ Legge del 21 dicembre 2000, in *Bundesgesetzblatt I*, 1966 ss.

¹⁰ In merito alla genesi di tale disposizione cfr. E. Kocher, *Sachgrundlose Befristung nur bei Ersteinstellung: Auslegung im Wettstreit der Gerichte*, in *VerfBlog*, articolo del 19 giugno 2018, reperibile a verfassungsblog.de/sachgrundlose-befristung-nur-bei-ersteinstellung-auslegung-im-wettstreit-der-gerichte/.

¹¹ Ad esempio Bundesarbeitsgericht, sentenza del 6 novembre 2003, in *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht* 2005, 218 ss.

¹² La questione riguarda quindi la c.d. reiterazione del contratto a termine. Si veda per tutti N. Studt, in *Anwaltskommentar Arbeitsrecht*, vol. 2, Bonn, 2007, *sub par.* 14 TzBfG, numero a margine 91. Diversamente invece K. Löwisch, “Zuvor” bedeutet nicht: “In aller Vergangenheit”, in *Betriebsberater* 2001, 254 ss. e J.-H. Bauer, *Befristete Arbeitsverträge unter neuen Vorzeichen*, in *Betriebsberater* 2001, 2473 ss.

il più possibile l'esistenza di rapporti professionali a tempo determinato e di promuovere, in loro vece, la conclusione di contratti a tempo *indeterminato*.

Tale linea interpretativa della seconda sezione della Corte federale del lavoro fu inizialmente seguita anche da parte della settima sezione, divenuta competente per le problematiche in questione¹³. Essa subì tuttavia una modifica nel 2011¹⁴, quando si stabilì che “sulla base di un riesame delle problematiche coinvolte”, quest'ultima non era intenzionata a “mantenere l'idea di un divieto illimitato nel tempo”, ma a sponsorizzare, invece, un'interpretazione della norma contenente “un divieto non assoluto bensì limitato nel tempo”¹⁵.

Al proposito il *Bundesarbeitsgericht* evidenziò come la formula “già in precedenza” (*bereits zuvor*), contenuta nella disposizione in questione, non abbia “un significato univoco”, in quanto sarebbe accessibile a diverse interpretazioni: la si potrebbe ad esempio anche intendere nel senso di “immediatamente prima” (*unmittelbar zuvor*), piuttosto che di “una volta in passato” (*irgendwann zuvor* oppure *jemals zuvor*). La Corte ammise, poi, che la genesi della legge in questione fosse sì “indicativa di un divieto illimitato nel tempo”, sottolineando, tuttavia, che un'interpretazione in tal senso non sia “obbligatoria” (*zwingend*) e che, in generale, l'interpretazione storica “non debba essere sopravvalutata”. Ci sarebbero invero ragioni a favore di un'interpretazione restrittiva di detto divieto, rappresentate da “motivi di praticità e di certezza del diritto”, ma anche dal *telos* della norma e “soprattutto da considerazioni di natura costituzionale”: secondo i giudici del lavoro, infatti, se anche la norma è finalizzata ad impedire che “si abusi, tramite i cc.dd. *Kettenverträge* o *Befristungsketten* (contratti consecutivi), della possibilità di concludere contratti a termine acausali”, ciò non significa che tale scopo possa essere raggiunto solamente attraverso un divieto “a vita”. Al contrario, un divieto simile impedirebbe la realizzazione dell'obiettivo insito alla norma che è quello di costruire, a favore delle persone senza impiego, “un'alternativa alla disoccupazione e al contempo un ponte verso la continuità lavorativa (*Dauerbeschäftigung*)”. E a tal proposito un divieto illimitato nel tempo non sarebbe né adeguato (*geeignet*) né necessario al fine di evitare la conclusione di contratti consecutivi: perché di “contratto consecutivo” neanche si potrebbe e dovrebbe parlare qualora “sia passato un periodo di alcuni anni” tra un rapporto di lavoro e un altro riguardante le medesime parti.

Ma è soprattutto sulla base di considerazioni di natura costituzionale, e più precisamente sulla base di “un'interpretazione orientata alla Costituzione, che tenga conto dell'ordinamento dei valori (*Wertordnung*) insito al Grundgesetz”, che il *Bundesarbeitsgericht* giunge ad affermare la necessità di interpretare la disposizione nel senso di un divieto soltanto limitato nel tempo: nel caso in cui una

¹³ Bundesarbeitsgericht, sentenza del 13 maggio 2004 in *Betriebsberater* 2005, 383 ss., Bundesarbeitsgericht, sentenza del 29 luglio 2009, 7 AZN 368/09.

¹⁴ Il “cambio di rotta” sembra essere dovuto ad una modifica nella composizione della sezione competente, ove l'1 ottobre 2009 il presidente *Hans-Jürgen Dörner* fu sostituito da *Wolfgang Linsenmaier* (che a sua volta restò presidente fino al suo pensionamento il 30 settembre 2014).

¹⁵ Bundesarbeitsgericht, sentenza del 6 giugno 2011, in *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht* 2011, 905 ss.

norma legislativa sia accessibile a interpretazioni diverse, si deve infatti dare precedenza a quella che “corrisponde alle scelte di valore del Grundgesetz e che valorizzi al meglio, sulla base della c.d. concordanza pratica (*praktische Konkordanz*)” – intesa quale ragionevole conciliazione tra gli opposti diritti delle persone interessate – “i diritti fondamentali coinvolti”. E secondo la Corte federale del lavoro un divieto illimitato comprimerebbe “in maniera sproporzionata la libertà di professione (art. 12 co. 1 GG) e l’autonomia privata del lavoratore (art. 2 co. 1 GG)¹⁶” al quale anche in caso di un’attività lavorativa riguardante un passato molto risalente verrebbe impedito di concludere un (nuovo) contratto a tempo determinato acausale con il medesimo datore.

È per questi motivi che la Corte si pronuncia in favore di una limitazione temporale del divieto in questione la quale, a detta dei giudici, per “ragioni di certezza del diritto necessita di essere concretizzata”: a tal proposito la Corte ritiene che un arco di tre anni sarebbe “adatto, necessario e adeguato al fine di evitare, da un lato, che si abusì dei contratti consecutivi e, dall’altro, che venga limitata in modo sproporzionato la libertà di professione”. L’indicazione dell’arco di tre anni viene motivata tracciando un parallelo con il regolare termine – triennale, appunto – di prescrizione civilistico ai sensi del par. 195 BGB: un termine che “serve alla certezza del diritto e all’interesse del debitore il quale deve fare affidamento sul fatto che, una volta trascorso un determinato periodo, eventuali pretese nei suoi confronti si estinguano”. Secondo quanto affermato dai giudici del lavoro, riflessioni simili si devono svolgere in merito alla “necessaria limitazione temporale” del divieto contenuto nel par. 14, co. 2 (2) TzBfG: perché anche qui “una soluzione adeguata richiede di non far gravare sulle parti le difficoltà legate alla ricognizione di circostanze e fatti di un passato lontano”. E ancora: il limite dei tre anni sarebbe adeguato anche in considerazione del principio di tutela del legittimo affidamento (*Vertrauensschutz*) in quanto perlomeno da un punto di vista comune standardizzato (*typisierende Betrachtung*) sembra degno di tutela l’affidamento delle parti in merito al fatto che un contratto di lavoro, dalla cui fine sono passati più di tre anni non incida più sulla formazione di un nuovo contratto¹⁷.

Nel caso specifico esaminato dalla Corte federale del lavoro erano passati più di sei anni dalla fine del precedente rapporto di lavoro, motivo per cui, secondo quanto affermato dai giudici, il datore di lavoro era libero di concludere, con lo stesso lavoratore, un contratto a termine acausale.

¹⁶ Gli articoli costituzionali richiamati così recitano testualmente: “*Tutti i tedeschi hanno diritto di scegliere liberamente la professione, il lavoro e la formazione. L’esercizio della professione può essere regolato mediante leggi*” (art. 12 co. 1 GG) e “*Ognuno ha diritto al libero sviluppo della propria personalità, in quanto non violi i diritti degli altri e non trasgredisca l’ordinamento costituzionale o la legge morale*” (art. 2 co. 1 GG). È opinione unanime che l’art. 2 co. 1 GG contenga la garanzia dell’autonomia privata e della libertà contrattuale.

¹⁷ Descrive la fissazione del termine triennale quale „riferimento del tutto arbitrario al termine di prescrizione regolare” Höpfner, *op. cit.*, 895.

L'orientamento espresso dal *Bundesarbeitsgericht* nella sentenza testé illustrata, nonostante sia poi stato confermato in un caso poco successivo¹⁸, non è stato ben accetto da parte delle istanze inferiori, e in molti hanno opposto resistenza a una simile interpretazione¹⁹. Ciò innanzitutto sostenendo che la Corte federale ha “sorpasato i limiti di uno sviluppo giurisprudenziale del diritto” in quanto non rispettosa della volontà univoca del legislatore: volontà riscontrabile sulla base dei materiali preparativi della disposizione legislativa in questione che mostrerebbero molto chiaramente come il legislatore non abbia inteso introdurre nessun limite temporale in merito al divieto ivi stabilito. Inoltre si è sostenuto che in considerazione della diversa linea interpretativa adottata dalla seconda e dalla settima sezione, quest'ultima sarebbe stata in ogni caso obbligata a attivare il procedimento ai sensi del par. 45 co. 2 *Arbeitsgerichtsgesetz* (c.d. *Divergenzvorlage*)²⁰: un procedimento finalizzato alla “conservazione dell'unità giuridica” e che prevede la decisione della c.d. grande sezione (*Grosser Senat*), istituita all'interno della Corte federale del lavoro, ogniquale volta una sezione non intenda seguire la linea adottata da un'altra²¹.

2444

Aspre critiche sono poi pervenute anche da parte della dottrina, la quale – se anche la maggioranza ha giudicato l'interpretazione adottata come una soluzione “pragmatica” e “politicamente ragionevole”²² –, ha descritto la limitazione del divieto come “metodologicamente molto discutibile”: perché un conto è voler adottare “una decisione più ragionevole” rispetto a un divieto assoluto – divieto con il quale il legislatore, secondo molti, “si è decisamente spinto troppo oltre” e che viene ritenuto “incomprensibile dal punto di vista del mercato del lavoro” –, un altro conto è invece ragionare non in merito al *singolo* caso sotto esame, ma “inventare” un *generico* termine di tre anni da applicare indistintamente a *tutti* i casi contraddistinti dalle problematiche in esame²³ (su questo aspetto cfr. anche *infra* par. 4).

¹⁸ Bundesarbeitsgericht, sentenza del 21 settembre 2011, in *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht* 2012, 255 ss.

¹⁹ Ad esempio il Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg nelle sentenze del 26 settembre 2013, in *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2013, 2481, del 21 febbraio 2014, in *Betriebsberater* 2014, 883 ss., del 16 novembre 2016, 17a Sa 14/16 (inedita) e il Landesarbeitsgericht della Bassa Sassonia nelle sentenze del 20 luglio 2017, 6 Sa 1125/16 (inedita) e del 23 maggio 2017, 9 Sa 1154/16 (inedita); per ulteriori riferimenti giurisprudenziali cfr. Bayreuther, *op. cit.*, 909.

²⁰ Legge sui tribunali del lavoro nella versione del 2 luglio 1979, in *Bundesgesetzblatt* I, 853, 1036, da ultimo modificata sulla base dell'art. 5 co. 1 della legge del 21 giugno 2019, in *Bundesgesetzblatt*, I, 846.

²¹ Così il Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg nella sua sentenza del 26 settembre 2013 (cit. a nt. 19). La settima sezione aveva invece giustificato la mancata presentazione di una “*Divergenzvorlage*” sostenendo che il suo “nuovo” orientamento avrebbe rappresentato solamente una *limitazione* – e non una modifica – di un orientamento giurisprudenziale dalla stessa seconda sezione definito come mero orientamento “di principio” (*grundsätzlich*). Per approfondimenti su tale aspetto C. Höpfner, *Die Reform der sachgrundlosen Befristung durch das BAG – Arbeitsmarktpolitische Vernunft contra Gesetzestreue*, in *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht* 2011, 893 ss.

²² Ad es. J.-H. Bauer, *Das Verbot mehrfacher sachgrundloser Befristungen (§ 14 II 2 TzBfG) ist grundsätzlich verfassungsgemäß*, in *Arbeitsrecht Aktuell* 2018, 334.

²³ Cfr. per tutti, Höpfner, *op. cit.*, 893.

3. Il *Bundesverfassungsgericht* e il controllo di costituzionalità

Con sentenza del 6 giugno 2018, il *Bundesverfassungsgericht* ha preso posizione non solo in merito all'interpretazione adottata dalla Corte federale del lavoro, ma ha avuto modo di rispondere anche ad un'ordinanza di rinvio (*Vorlagebeschluss*) proposta dall'*Arbeitsgericht Braunschweig*, con la quale quest'ultimo chiedeva lumi in merito alla costituzionalità del par. 14 co. 2 (2) TzBfG.

Più precisamente, l'*Arbeitsgericht Braunschweig* – in linea con numerosi tribunali d'istanza, ma in disaccordo con la Corte federale del lavoro (cfr. *supra* par. 2) –, riteneva che la disposizione in questione contenesse un divieto *illimitato* nel tempo, sulla base del quale era quindi impossibile concludere un contratto a termine acausale con un lavoratore con il quale già in precedenza fosse esistito un rapporto professionale. Interpretata in tal modo i giudici però sostenevano che il divieto non fosse compatibile con la libertà di professione (art. 12 co. 1 GG), con l'autonomia privata (art. 2 co. 1 GG)²⁴, e con l'uguaglianza davanti alla legge (art. 3 co. 1 GG). Le prime due infatti conterrebbero il diritto di concludere, e di strutturare in un certo qual modo, i contratti di lavoro, e ciò includerebbe anche il diritto delle parti di prevedere un eventuale termine per il contratto concluso. Tale diritto verrebbe violato dal par. 14 co. 2 (2) TzBfG che in determinate circostanze stabilisce un divieto di concludere contratti a tempo determinato acausali: un divieto che sarebbe sproporzionato rispetto agli obiettivi perseguiti dalla norma – evitare cioè la conclusione di contratti cc.dd. consecutivi –, che si potrebbero ben raggiungere anche sulla base di misure meno restrittive (*mildere Mittel*). Così, ad esempio, un divieto limitato nel tempo rappresenterebbe sì una misura meno restrittiva, ma è cosa che – in base all'interpretazione adottata dal tribunale di prima istanza – il legislatore non ha voluto introdurre. La norma in questione sarebbe poi incompatibile anche con il principio dell'uguaglianza formale in quanto tratterebbe in maniera diversa tra di loro lavoratori con, e lavoratori senza, precedente rapporto di lavoro con il medesimo datore: un trattamento diverso che secondo i giudici, seguendo il percorso argomentativo appena esposto, non si giustifica sulla base dello scopo finalizzato ad evitare la conclusione di contratti consecutivi.

Nella sua decisione, la Corte costituzionale afferma la compatibilità con il Grundgesetz della disposizione controversa, a condizione però, come vedremo, di una sua “interpretazione conforme alla Costituzione” sulla cui base la norma non è da applicarsi in “casi eccessivamente onerosi”.

Nel dettaglio, il giudice delle leggi ammette che il divieto in questione pregiudichi, nell'ambito dell'art. 12 co. 1 GG, sia la libertà professionale del datore del lavoro, che quella del lavoratore: il primo interessato “ad una flessibilizzazione delle condizioni di lavoro” al fine di “poter reagire – in modo flessibile, appunto –, sulla base di nuove assunzioni, ad oscillanti flussi di ordini (*Auftragslagen*) nonché a condizioni di mercato in cambiamento”. Quanto al secondo, laddove si tratti di un lavoratore con alle spalle un precedente rapporto di lavoro, quest'ultimo,

²⁴ Cfr. nota 16.

rispetto ai lavoratori senza un tale precedente impiego, “avrà tipicamente meno *chances* nella concorrenza per un posto di lavoro a tempo determinato acausale”. Ed è per questo motivo che il divieto in esame intacca la libertà di professione. Tale limitazione della libertà professionale di entrambe le parti sarebbe però giustificata in considerazione del legittimo obiettivo perseguito, e cioè di voler “escludere il pericolo dell’istaurarsi di contratti consecutivi” – contratti di norma accettati da chi si trova “in una posizione di mercato strutturalmente inferiore” – al fine di garantire, in loro vece, “quale regola, impieghi a tempo indeterminato”. In modo insolitamente netto e pronunciato²⁵ la Corte costituzionale a tal proposito riafferma che l’art. 12 co. GG non contiene soltanto un diritto di natura difensiva (*Abwehrrecht*) ma anche un dovere di protezione a carico dello Stato (*staatliche Schutzpflicht*) il quale è chiamato a modellare (*gestalten*) il diritto del lavoro in modo tale da assicurare un “equo bilanciamento dei diritti fondamentali in collisione”.

Delineato in questo modo il contesto, il giudice delle leggi prosegue a sottolineare come il legislatore, nel tentativo di trovare una siffatta “ragionevole conciliazione tra i diritti fondamentali delle parti”, godi di un “ampio margine discrezionale” (*weiter Beurteilungs- und Gestaltungsspielraum*), e come la disposizione in esame, sulla base di quanto appena detto, soddisfi il bilanciamento richiesto. Il par. 14, co. 2 (2) TzBfG, interpretato nel senso di un divieto *illimitato* nel tempo (seppur, come fra poco vedremo, con le dovute eccezioni), non sarebbe infatti soltanto idoneo (*geeignet*), ma anche necessario (*erforderlich*) al fine di raggiungere suddetto obiettivo – e cioè la promozione di impieghi professionali a tempo indeterminato – in quanto non esisterebbe “un mezzo altrettanto efficace e meno restrittivo al fine di raggiungerlo”. Così, ad esempio, la fissazione di un limite temporale (*Karenzzeit*), sarebbe “sì un mezzo meno restrittivo ma non altrettanto idoneo che il legislatore sarebbe stato obbligato a preferire”²⁶: cosa che al contempo non significa che esso non sarebbe stato *legittimato* a introdurlo, sempre a condizione, naturalmente, di un equo bilanciamento degli interessi in collisione. Un eventuale limite infatti dovrebbe essere “sufficientemente ampio al fine di evitare che si cerchi di aggirare, sulla base della conclusione di rapporti a breve termine, la regola base della precedenza di rapporti professionali a tempo indeterminato”. A tal proposito in dottrina si è avanzata l’ipotesi che sarebbe allora “pensabile” – e cioè compatibile con la Costituzione –, l’introduzione (*legislativa!*) di un termine prefissato che potrebbe essere di tre o due anni²⁷, ma forse anche di soli dodici mesi²⁸.

Come già più sopra accennato, nell’affermare la costituzionalità del divieto in questione, la Corte costituzionale tuttavia precisa che le Corti di lavoro possono

²⁵ Così Kocher, *op. cit.*, 3.

²⁶ Contra B. Schiefer, *Entwurf eines Gesetzes über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverhältnisse und zur Änderung und Aufhebung arbeitsrechtlicher Bestimmungen oder: Überregulierung statt Deregulierung, Umverteilung statt Flexibilität*, in *Der Betrieb* 2000, 2118; K. Löwisch, *op. cit.*, 254; Bauer, *Befristete Arbeitsverträge unter neuen Vorzeichen*, *cit.*, 2475; che unanimemente valutano la *Karenzfrist* quale mezzo altrettanto idoneo.

²⁷ Così ad esempio Bayreuther, *op. cit.*, 906.

²⁸ Così Höpfner, *op. cit.*, 895.

– *rectius*: devono – escluderne l’applicazione, “sulla base di un’interpretazione conforme alla Costituzione”, in tutte quelle ipotesi specifiche in cui il ricorso ad esso risulterebbe “eccessivamente oneroso”.

Tali parole del giudice delle leggi in parte sono una conferma di quanto già sostenuto dal *Bundesarbeitsgericht* – e cioè la necessità di interpretare la norma “conformemente alla Costituzione” –, con la differenza però che l’interpretazione conforme intesa dal primo non corrisponde a quella di cui sino ad ora ha fatto uso la seconda (cfr. *infra* par. 4): la Corte costituzionale infatti sottolinea che l’interpretazione conforme alla Costituzione esige un’accurata valutazione della singola specifica fattispecie di volta in volta sottoposta a esame, al fine di verificare se l’applicazione del divieto sia davvero una cosa “eccessivamente onerosa”: e ciò significa, a detta della Corte, che il divieto non è da applicarsi in tutti quei casi in cui “non esiste il pericolo del concludersi di contratti consecutivi sulla base dello sfruttamento dell’inferiorità strutturale del lavoratore” e qualora il divieto “non sia necessario al fine di preservare il rapporto professionale a tempo indeterminato quale forma regolare di lavoro”. Più precisamente, di “eccessiva onerosità” si potrebbe ad esempio parlare qualora si tratti di un precedente rapporto di lavoro “radicato in un passato molto lontano”, “dalla natura molto diversa” oppure “di una durata brevissima”, come ad esempio nel caso di rapporti marginali esercitati durante il periodo degli studi universitari: oltre agli elementi temporali come la “lontananza” del precedente rapporto di lavoro, la Corte costituzionale introduce quindi anche elementi di carattere sostanziale, come dimostra il riferimento alla natura del lavoro svolto. Qualora si verificassero circostanze simili – si noti che i casi riportati dal giudice delle leggi sono comunque meramente esemplificativi e quindi non esaustivi –, i tribunali di istanza *possono e devono* limitare il campo di applicazione del par. 14 co. 2 (2) TzBfG. In dottrina si è a proposito parlato di una sorta di “*kleine teleologische Reduktion* della disposizione”²⁹ che il giudice delle leggi esige dalle corti del lavoro: un’interpretazione teleologica con la quale però la linea interpretativa sinora adottata dalla Corte federale del lavoro non è compatibile.

Vedremo ora il perché.

4. (segue). L’orientamento della Corte federale del lavoro al vaglio del *Bundesverfassungsgericht*: il ricorso costituzionale individuale

L’orientamento interpretativo della Corte federale del lavoro viene sottoposto a esame per mezzo di un ricorso costituzionale individuale (*Verfassungsbeschwerde*) ove se ne lamenta l’incompatibilità con l’art. 2 co. 1 GG³⁰ così come letto alla luce dell’art. 20 co. 3 GG³¹. Secondo quanto ritenuto dal ricorrente, l’interpretazione adottata dai giudici federali del lavoro infatti “non rispetta la volontà chiaramente ravvisabile del legislatore”, con ciò eccedendo i limiti di un ammissibile sviluppo giurisprudenziale del diritto. Il *Bundesverfassungsgericht* condivide il senso del

²⁹ Così Bayreuther, *op. cit.*, 908; simile anche Kocher, *op. cit.*, 3.

³⁰ Cfr. nota 16.

³¹ Secondo l’art. 20 co. 3 GG “la legislazione è soggetta all’ordinamento costituzionale, il potere esecutivo e la giurisdizione sono soggetti alla legge e al diritto”.

ricorso e, per conseguenza, “cassa” l’orientamento adottato dal *Bundesarbeitsgericht* sin dal 2011.

L’*iter* argomentativo della Corte costituzionale muove da considerazioni molto generali in merito alla *richterliche Rechtsfindung* o *Rechtsfortbildung*. A detta della Corte, quest’ultima rientra tra i “compiti delle Corti”, cosa che “dal legislatore viene riconosciuto da molto tempo”. E invero, è il legislatore stesso che ha attribuito tale compito alle (cinque) Corti federali, e così anche a quella del lavoro: sulla base del par. 45 co. 4 *Arbeitsgerichtsgesetz*, le sezioni al suo interno possono infatti rivolgersi alla (già nominata) c.d. grande sezione (*Grosser Senat*) affinché questa “si pronunci in merito a una questione di significato fondamentale quando lo si ritiene necessario *ai fini dello sviluppo del diritto* (ovvero al fine di garantire unitarietà nella giurisdizione)”. Nell’assolvere a questo compito dello sviluppo giurisprudenziale le Corti, tuttavia, non devono “sottrarsi al senso e allo scopo della legge fissati dal legislatore”, ma sono tenuti a rispettare “la decisione legislativa di base (*gesetzgeberische Grundentscheidung*) da esso adottata”. Un’interpretazione che trascura o falsifica la volontà chiaramente ravvisabile del legislatore, rappresenta, infatti, non solo “un’intervento inammissibile nelle competenze del legislatore” – costituendo, quindi, una violazione del principio della separazione dei poteri ai sensi dell’art. 20 co. 2 GG³² –, ma costituisce “anche violazione dell’art. 20 co. 3 GG, secondo cui la giurisdizione è soggetta alla legge”. Ipotesi che si sarebbe verificata anche nella fattispecie sotto esame, nella quale la Corte federale del lavoro “si allontana dalla decisione legislativa di base adottata al fine di sostituirla con un *proprio* modello regolatore che il legislatore indubbiamente non ha voluto”, con ciò “eccedendo i limiti ammissibili di uno sviluppo del diritto ad opera delle corti”.

A tale risultato la Corte costituzionale giunge non tanto sulla base della lettera della norma – qui il giudice delle leggi concorda con la Corte federale del lavoro secondo cui l’espressione “*bereits zuvor*” può essere interpretata in diversi modi³³ – o della sistematica della legge: secondo il *Bundesverfassungsgericht* entrambe infatti “non sono concepite in modo tale da portare ad un risultato obbligatorio” (*zwingendes Ergebnis*). Altro invece risulta, ad avviso dei giudici costituzionali, dai materiali della legge e dalla sua genesi che “mostrano con evidenza quale sia la concezione legislativa posta a base della norma in questione”: e cioè un divieto assoluto e non solo limitato nel tempo. A questi materiali va attribuito, a detta della Corte, un “effetto di indizio (*Indizwirkung*) tutt’altro che insignificante”, effetto che in fin dei conti finisce per essere un “vincolo obbligatorio” rispetto a quella che è “la volontà chiaramente ravvisabile” del legislatore³⁴. Non trova infatti il benessere del giudice delle leggi l’idea espressa

³² L’articolo costituzionale richiamato così recita testualmente: “*Tutto il potere statale emana dal popolo. Esso è esercitato dal popolo per mezzo di elezioni e di votazioni e per mezzo di organi speciali investiti di poteri legislativo, esecutivo e giudiziario*”.

³³ Cfr. *supra* par. 2. Tuttavia, in dottrina tale orientamento è stato criticato come “acrobazia interpretativa” (così Höpfner, *op. cit.*, 897), mentre nelle istanze inferiori si è parlato di “sforzi semantici” (*semantische Bemühungen*), cfr. *AG Baden-Württemberg*, nella sentenza del 26 settembre 2013 (cit. a nt. 19).

³⁴ Kocher, *op. cit.*, 2.

dalla Corte federale del lavoro la quale sostiene che l'interpretazione storica —su cui anch'essa si basa, giungendo tra l'altro alla stessa conclusione (*sic!*), e cioè che essa fosse “indicativa di un divieto illimitato nel tempo”³⁵ – “non debba essere sopravvalutata”: una valutazione simile sarebbe rappresentativa del fatto che la Corte del lavoro ha “del tutto messo da parte (*beiseite geschoben*)” la volontà del legislatore, e ciò, nel risultato, porta ad un'interpretazione che eccede i limiti ammissibili. In sostanza, il giudice delle leggi, con riferimento alla *Rechtsfortbildung* adoperata dalla Corte federale del lavoro, non critica tanto il metodo impiegato, quanto piuttosto il concreto risultato interpretativo da essa conseguito³⁶.

Per questi motivi, la posizione dimostrata dal *Bundesverfassungsgericht* non è stata descritta soltanto come un (rinnovato) monito rivolto ai tribunali di istanza di adoperare una sorta di *self-restraint* nel (sensibile) ambito dello sviluppo giurisprudenziale del diritto: un monito che sembra voler fissare limiti ancora più stretti di quelli da ultimo stabiliti nell'ambito della giurisprudenza (propriamente) civilistica³⁷. Il modo di argomentare da parte del giudice delle leggi è stato criticato anche in quanto ritenuto rappresentativo del fatto che il giudice delle leggi non voglia rispettare l'attribuzione alle Corti federali del compito della *Rechtsfortbildung*. Al contrario, la posizione espressa dalla Corte costituzionale dimostrerebbe come quest'ultima intenda riservare a sé stessa la competenza dell'ultima decisione da adottare in merito alle *modalità concrete* dello sviluppo giurisprudenziale del diritto. Operando in tal modo, si è detto, il *Bundesverfassungsgericht* si avvicina di non poco a quello che non dovrebbe – e che costantemente ribadisce di non (voler) – essere: e cioè una *Superrevisionsinstanz*, una “super Corte generale di ultima istanza” che sulla base di “un fitto controllo delle considerazioni svolte dai tribunali di istanza” (*engmaschige Kontrolle fachgerichtlicher Erwägungen*) interviene in merito a “questioni riguardanti l'applicazione corretta del diritto”³⁸.

³⁵ Anche in dottrina si sostiene che l'interpretazione storica dimostra *inequivocabilmente* che la volontà del legislatore è quella di limitare i contratti in questione alla prima assunzione; si veda per tutti Höpfner, *op. cit.*, 897; contro, ma sulla base di argomenti non del tutto comprensibili, solo Bayreuther, *op. cit.*, 907.

³⁶ Un risultato che – almeno secondo quanto affermato da una parte della dottrina – non sembra essere rappresentativo di una posizione “così fuori luogo e del tutto insostenibile da essere in contraddizione abissale con i metodi di interpretazione riconosciuti, cfr. Bayreuther, *op. cit.*, 907 e Kocher, *op. cit.*, 3. Diversamente invece Höpfner, *op. cit.*, 896, secondo cui la Corte federale del lavoro, attribuendo ai materiali legislativi “un valore soltanto secondario” muove da “una scorretta posizione metodologica”: questo in quanto disattende il riconoscimento, da parte della Corte costituzionale federale, del c.d. metodo interpretativo soggettivo (e non più oggettivo), adottato a partire da una decisione di principio (*Grundsatzbeschluss*) del 25 gennaio 2011 (in *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* 128, 2011, 193 ss.) e sulla cui base si deve fare riferimento - e attribuire un significato *fondamentale* – alla volontà del legislatore storico.

³⁷ Il riferimento è sempre alla sentenza del 25 gennaio 2011 (cfr. la nt. precedente) che ha dichiarato incostituzionale il metodo di tripartizione dell'obbligo alimentare (*unterhaltsrechtliche Dreiteilungsmethode*) adoperata dal Bundesgerichtshof (ad es. sentenza del 30 luglio 2008, in *Neue Juristische Wochenschrift* 2008, 3213 ss.).

³⁸ Così perlomeno secondo quella dottrina a detta della quale l'interpretazione della Corte federale del lavoro non è rappresentativa di un orientamento che eccede i limiti di un'interpretazione ammissibile: v. Bayreuther, *op. cit.*, 909 e Kocher, *op. cit.*, 3.

Con ciò non si intende dire che la linea interpretativa adottata dalla Corte federale del lavoro non sia criticabile. Lo è, ma sotto un altro aspetto, ovvero dal punto di vista metodologico: l'orientamento adottato dal *Bundesarbeitsgericht* è infatti rappresentativo di un atteggiamento da “legislatore sostitutivo” (*Ersatzgesetzgeber*) in quanto la Corte si è permessa di “inventare”, ovvero di introdurre una volta per tutte, un *generico* termine triennale, stabilendo una regola *astratta* laddove avrebbe dovuto limitarsi a sviluppare il diritto quale *case law* nel singolo caso specifico. Una specie di *reading-in*, potremmo dire, non riferito però ad una specifica fattispecie ma che astrae dal singolo caso per portare, in fin dei conti, ad uno sviluppo del diritto “simil-legislativo” (*gesetzesähnlich*)³⁹. È quindi sotto questo specifico aspetto che si verifica la violazione del principio della separazione dei poteri e del vincolo del giudice alla legge: perché se anche si volesse sostenere che si tratti di una sentenza emessa da giudici nel caso concreto dai più ritenuti “più saggi del legislatore”, in uno Stato di diritto democratico “non spetta al più saggio decidere, ma a chi è democraticamente legittimato”⁴⁰.

5. The lessons learned, ovvero: il nuovo orientamento della Corte federale del lavoro e le prospettive per il futuro

2450

La Corte federale del lavoro non ha dovuto aspettare a lungo per reagire a quanto dettato dalla Corte costituzionale. Già all'inizio dell'anno le si sono presentate due occasioni⁴¹, nell'ambito delle quali ha proceduto a quel cambio di rotta oramai diventato inevitabile. In entrambi i casi, difatti, le decisioni vengono descritte come “poco sorprendenti” in quanto conseguenza ovvia delle “direttive” dei giudici costituzionali: la stessa *Bundesarbeitsgericht* sottolinea come queste abbiano “forza di legge” e siano quindi la ragione per “l'ineluttabile abbandono dell'orientamento sinora adottato in merito all'interpretazione del par. 14 co. 2 (2) TzBfG”. Al contempo i giudici giuslavoristi ci tengono a precisare che, in linea con quanto affermato dal *Bundesverfassungsgericht*, sia possibile e necessario limitare l'ambito di applicazione del divieto in questione: sulla base di un'interpretazione della norma conforme alla Costituzione si deve infatti evitare che l'applicazione del divieto risulti “eccessivamente onerosa”.

Abbiamo già accennato al fatto che i casi esemplificativi a tal proposito riportati dal *Bundesverfassungsgericht* (cfr. *supra* par. 3) rimangano cosa piuttosto vaga e che essi non possano, quindi, rappresentare altro che una sorta di linea guida bisognosa di ulteriore precisazione. Dalla stessa sentenza della Corte costituzionale, difatti, non emerge che cosa si debba intendere con un passato “molto lontano”, una natura “molto diversa”, o una durata “brevissima”. Certo è

³⁹ S. Greiner, C. Senk, *Konzerndimensionales Vorbeschäftigungsverbot? Die Leitentscheidung des BVerfG zu § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG und ihre Konsequenzen für das Befristungsrecht*, in *Recht der Arbeit* 2019, 236.

⁴⁰ Così Höpfner, *op. cit.*, 899, citando J. Neuner, *Die Rechtsfindung contra legem*, 2005, 110.

⁴¹ Si tratta delle due sentenze „parallele“ del 23 gennaio 2019 (BAG 7 AZR 733/16, in *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht* 2019, 700 e BAG 7/AZR 13/17, reperibile a juris.bundesarbeitsgericht.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bag&Art=en&nr=22347).

che il giudice delle leggi ha negato un (qualsiasi) limite temporale che fosse *rigido*, preferendo in sua vece il ricorso a concetti ancora non meglio precisati che da più di qualcuno sono stati criticati perché nella prassi aiutano “poco o niente”⁴² e si sono, nel frattempo, già rivelati causa per una maggiore incertezza giuridica⁴³.

Per questo, nei casi sottoposti all’attenzione della Corte federale di lavoro, a quest’ultima non restava altro che affermare come “la Corte costituzionale non abbia meglio definiti” i concetti di cui sopra e come, per questo, la valutazione del caso esiga un’attenta “disamina della singola fattispecie” che prenda in considerazione “tutte le circostanze, tenendo conto delle ipotesi esemplificative fornite dal giudice delle leggi”.

Sulla base di queste considerazioni la Corte federale del lavoro giunge a ritenere, in entrambi i casi, che l’applicazione del divieto non risulti “eccessivamente onerosa”, in quanto non sono soddisfatti i presupposti per una sua limitazione: questo perché la Corte non nutre nessun dubbio, né in un caso né nell’altro, circa la natura molto simile degli impieghi in questione, nonché circa la durata del precedente rapporto, giudicato come “senz’altro non brevissimo”⁴⁴. Ma anche in merito al terzo caso esemplificativo fornito dal *Bundesverfassungsgericht* – ovvero l’idea che il divieto non si applichi qualora il precedente rapporto sia radicato in un “passato molto lontano” –, la Corte federale del lavoro non ritiene persistano i presupposti. A tal proposito essa sottolinea come la preconditione sia, appunto, un passato “*molto* lontano” e non soltanto “lontano”, e di questo non si tratterebbe nei casi *sub iudice*, riguardanti, rispettivamente, contratti di cinque e otto anni fa. Di più: i giudici lavoristi si orientano in questi termini anche in due casi successivi, con riferimento a contratti di quasi nove⁴⁵ e persino di quindici anni fa⁴⁶. Malgrado in queste ipotesi sia vero, a detta della Corte, che “il pericolo del concludersi di contratti consecutivi” è da ritenersi piuttosto “scarso”, sarebbe comunque messo a rischio l’obiettivo che il legislatore persegue con il divieto in questione: e cioè quello di “tutelare e preservare il rapporto professionale a tempo indeterminato quale forma principale di lavoro” e di prevedere solo in casi eccezionali la conclusione di *sachgrundlose Befristungen*. Tale obiettivo non verrebbe raggiunto se il datore di lavoro, una volta decorsi quindici anni (e a maggior ragione negli altri casi di cinque, otto e nove anni), avesse la possibilità di concludere nuovamente un contratto a tempo determinato in assenza di una ragione obiettiva.

⁴² Bauer, *Das Verbot mehrfacher sachgrundloser Befristungen*, cit.

⁴³ Bayreuther, *op. cit.*, 905.

⁴⁴ In un caso la durata del precedente rapporto era di diciotto mesi – si avvicinava quindi al limite massimo possibile di un contratto a tempo determinato (par. 14 co. 2 (1) TzBfG) e veniva, già per questo, giudicata come “non brevissima”. Nell’altro caso in cui era invece di nove mesi, la Corte traccia un parallelo con i termini di preavviso stabiliti dalla legge di tutela contro i licenziamenti (*Kündigungsschutzgesetz*). Essa prevede che „dopo sei mesi i lavoratori sono tutelati contro il licenziamento“, motivo per cui, a detta della Corte, „la durata di un rapporto professionale di nove mesi non è da considerarsi “brevissimo”.

⁴⁵ BAG, sentenza del 20 marzo 2019, in *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht* 2019, 1274 ss.

⁴⁶ BAG, sentenza del 17 aprile 2019, in *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht* 2019, 1271 ss.

Se un periodo di tempo di quindici anni a prima vista potrebbe anche sembrare un periodo “molto lungo”, diventa qui centrale, per il percorso argomentativo della Corte, un altro elemento di natura temporale. I giudici infatti spiegano il loro ragionamento sulla base del fatto che “una vita professionale, da un punto di vista comune standardizzato (*typisierende Betrachtung*), comprende almeno quarant’anni”: di conseguenza, un datore di lavoro, nello specifico caso dei quindici anni, potrebbe ricorrere a ben tre contratti a termine acausali della durata di due anni – più precisamente “all’inizio, a metà e alla fine della vita lavorativa” del lavoratore –, mentre negli altri casi questi contratti si ripeterebbero, lungo la vita lavorativa di un unico soggetto, persino per quattro, rispettivamente cinque volte. È sulla base di tali numeri, argomenta la Corte, che quei tipi di contratti non rappresenterebbero più – come dovrebbero – un caso eccezionale, finendo per mettere a rischio l’obiettivo dell’instaurarsi di rapporti professionali a lungo termine.

Cosa aspettarsi, dunque, in futuro? È possibile ipotizzare un limite dopo il quale il datore di lavoro potrà nuovamente ricorrere alla conclusione di un contratto a tempo determinato acausale?

Se la dottrina, all’indomani delle prime due sentenze emesse dalla Corte federale aveva sostenuto che una riduzione dell’ambito di applicazione del divieto “si avrà, presumibilmente, soltanto in casi rarissimi” – motivo per cui “era consigliabile, per il datore di lavoro, concludere contratti a tempo determinato soltanto in *presenza* di una causale (ove il divieto in questione non si applica) – già nell’ultima delle sentenze qui esposte un indizio i giudici lavoristi sembrano averlo fornito: in tale sentenza dell’aprile 2019⁴⁷, a (ulteriore) conferma del fatto che quindici anni “non rappresentano un periodo *molto* lungo”, la Corte traccia un parallelo con il par. 622 co. 2 BGB: disposizione sulla base della quale “il termine di preavviso (*Kündigungsfrist*) in assoluto più lungo possibile è stato previsto dal legislatore unicamente per rapporti professionali di una durata di venti, e non già di quindici anni”. Già tale – seppur brevissimo – riferimento, in dottrina è stato valutato come indicativo “per la direzione da seguire”: all’indomani della sentenza si era infatti ipotizzato che l’ambito di applicazione del divieto dovrà essere ridotto *soltanto* nel caso di contratti precedenti radicati in un passato di almeno vent’anni fa⁴⁸.

E sembra che non si sia andati completamente “fuori strada” con l’ipotesi prospettata: perché mentre si scrivono le presenti pagine è stato pubblicato un comunicato stampa che riassume brevemente l’esito della finora ultima (e ancora inedita) sentenza che la Corte federale del lavoro ha pronunciato in merito alle problematiche qui affrontate⁴⁹. Dalla sintesi presente nel comunicato risulta che i giudici lavoristi abbiano ritenuto che un contratto concluso ventidue anni fa risalga, perlomeno “in linea di principio” (*grundsätzlich*), a un passato “molto lontano”.

⁴⁷ Cfr. BAG, sentenza del 17 aprile 2019 (cit. alla nota precedente).

⁴⁸ J.-H. Bauer, *Sachgrundlose Befristung und Vorbeschäftigung*, in *Arbeitsrecht Aktuell* 2019, 488.

⁴⁹ Si tratta di BAG, sentenza del 21 agosto 2019, Az. 7 AZR 452/17.

L’orientamento della Corte, che quindi afferma un’“eccessiva onerosità”, e di conseguenza l’esigenza di ridurre l’ambito di applicazione del divieto – seppur soltanto “in linea di principio” qualora non ricorrano (nel comunicato stampa non meglio precisate) “circostanze particolari” – sostanzialmente permette al datore di lavoro di concludere, con lo stesso lavoratore, due contratti a termine acausali. Tornando quindi all’altro elemento temporale di cui sopra – i quarant’anni di una vita professionale media – si dovrebbe ritenere sufficiente anche un contratto radicato in un passato di diciotto anni fa: anche in questo caso, difatti, non sarebbero più di due i contratti a termine acausali con lo stesso lavoratore.

Comunque sia, per una maggiore concretizzazione dei limiti temporali in questione non resterà che aspettare i futuri interventi della Corte federale del lavoro. A meno che nel frattempo non decida il legislatore di intervenire: sollecitato più volte, e con veemenza da quando nel 2011 la Corte federale del lavoro aveva cambiato rotta, esso dovrebbe finalmente sfruttare l’occasione per definire al meglio i contorni del divieto in questione.

Una regola trasparente e legislativamente prescritta, che tenga conto degli elementi – di natura temporale e sostanziale – forniti dalla Corte costituzionale, al fine di vigilare al meglio sul possibile abuso dello strumento in questione, non solo porterebbe ad una maggiore certezza del diritto. Esso contribuirebbe anche a realizzare quanto prospettato nell’accordo di coalizione tra CDU, CSU e SPD del 2018, ove si discorre di “una vera e propria svolta” in riferimento ai *sachgrundlose Befristungen*, in quanto “destinati a scomparire, o perlomeno ridursi a casi eccezionali” e ciò, come sempre si legge nell’accordo, al fine del raggiungimento della piena occupazione, del “buon lavoro” e della partecipazione sociale⁵⁰.

⁵⁰ L’accordo è reperibile al sito www.bundesregierung.de/resource/blob/975226/847984/5b8bc23590d4cb2892b31c987ad672b7/2018-03-14-koalitionsvertrag-data.pdf?download=1.

