

# OSSERVATORI ONLINE

## LA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA PERIODO OTTOBRE 2018 - MARZO 2019

*Luigi Menghini* (\*), *Roberta Nunin* (\*\*)

SOMMARIO: 1. Congedo parentale e diritto alle ferie. — 2. Lavoro a termine e fondazioni lirico-sinfoniche. — 3. Ferie non godute e richiesta di fruizione del lavoratore. — 4. Discriminazione diretta fondata sulla religione. — 5. Misure di *austerità* e riduzione delle retribuzioni dei dipendenti pubblici. — 6. Insegnanti neoassunti e discriminazione indiretta fondata sull'età. — 7. Prestazioni per familiari residenti in altri Stati membri. — 8. Prestazioni compensative per la disabilità. — 9. Libertà di circolazione, inabilità al lavoro e potenziali svantaggi per i lavoratori migranti.

— *Rapporto di lavoro* —

1. — *Congedo parentale e diritto alle ferie* — Con la sentenza del 4.10.2018 (1), la Corte di Giustizia è intervenuta in relazione all'interpretazione dell'art. 7 della Direttiva n. 2003/88/Ce, concernente alcuni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro. Nel caso di specie la ricorrente nella causa principale, magistrato presso un tribunale superiore della Romania, lamentava di aver subito una riduzione rispetto ai giorni di ferie fruibili, riconducibile al godimento di un periodo di congedo parentale legato alla nascita di un figlio, non essendo questo considerato quale periodo di lavoro effettivo ai fini del calcolo della durata e della maturazione delle ferie nella normativa nazionale di riferimento. Nell'esaminare la questione, la Corte sottolinea preliminarmente la centralità delle ferie quale principio cardine del diritto sociale europeo; quanto però alla possibilità di considerare il congedo parentale come periodo di lavoro effettivo ai fini del calcolo delle ferie annuali retribuite, i giudici di Lussemburgo – rilevata la diversità di tale situazione rispetto a quelle, rispettivamente, della malattia e del con-

---

(\*) Professore ordinario di Diritto del lavoro presso l'Università di Trieste.

(\*\*) Professoressa associata di Diritto del lavoro presso l'Università di Trieste.

(1) C. Giust., sentenza 4.10.2018, *Dicu*, C-12/17, Grande Sezione – Pres. Lenaerts, Est. Levits; Avv. Gen. Mengozzi.

gedo di maternità, sia per quanto concerne la finalità dei relativi congedi sia per il diverso rapporto di questi ultimi con il diritto alle ferie – osservano come l'art. 7 della citata Direttiva non osti a una disposizione nazionale che non consideri la durata di un congedo parentale fruito da un lavoratore o da una lavoratrice nel corso del periodo di riferimento per il calcolo delle ferie annuali retribuite come periodo di lavoro effettivo. La Corte considera, in particolare, come da un lato il congedo parentale non presenti i caratteri di imprevedibilità e involontarietà tipici del congedo di malattia, e dall'altro non giustifichi il fine protettivo, per la lavoratrice e il bambino, riconducibile al congedo di maternità; il congedo parentale – come la Corte ha sottolineato nella sentenza *Kiiski* (vd. C. Giust. 20.9.2007, C-116/06) – si configura invece come un'astensione facoltativa, volta a tutelare la volontà della lavoratrice o del lavoratore di prendersi cura dei figli. Tale diverso carattere giustifica, nell'opinione della Corte, l'esclusione di tale tipologia di congedo dai periodi utili per la determinazione delle ferie.

2. — *Lavoro a termine e fondazioni lirico-sinfoniche* — Sulle ben note vicende italiane relative all'abuso nell'utilizzo del lavoro a tempo determinato è nuovamente intervenuta la Corte, nel recente caso *Sciotto* (2), in relazione alla peculiare fattispecie dell'impiego a termine nelle fondazioni liriche, sottolineando come la clausola 5 dell'Accordo quadro sul lavoro a tempo determinato (concluso il 18 marzo 1999 e allegato alla Direttiva n. 1999/70/Ce del 28 giugno 1999) debba essere interpretata nel senso che essa osti a una normativa nazionale, come quella italiana di cui al procedimento principale, in forza della quale le norme di diritto comune disciplinanti i rapporti di lavoro e intese a sanzionare il ricorso abusivo a una successione di contratti a tempo determinato, tramite la conversione automatica del contratto a tempo determinato in un contratto a tempo indeterminato se il rapporto di lavoro perduri oltre una data precisa, non siano ritenute applicabili al settore di attività delle fondazioni lirico-sinfoniche; ciò, precisa la Corte, qualora non esista nessun'altra misura effettiva nell'ordinamento giuridico interno che sanzioni gli abusi constatati in tale settore. Nel caso di specie la ricorrente lamentava di essere stata impiegata per più di quattro anni (tra il 2007 e il 2011), con una successione di contratti a termine, come tersicorea di fila dalla Fondazione Teatro dell'Opera di Roma e aveva agito in giudizio davanti al giudice del lavoro per ottenere l'accertamento dell'illegittimità dell'apposizione del termine e la conversio-

---

(2) C. Giust., sentenza 25.10.2018, *Sciotto*, C-331/17, S. X – Pres. ed Est. Biltgen, Avv. Gen. Saugmandsgaard Øe.

ne del contratto, oltre al risarcimento del danno. Soccombente in primo grado, sulla base del motivo che la disciplina nazionale specifica applicabile alle fondazioni lirico-sinfoniche avrebbe escluso l'applicazione a queste ultime delle norme che disciplinano i contratti di lavoro «di diritto comune» e avrebbe pertanto ostato alla richiesta conversione, la lavoratrice aveva proposto impugnazione davanti alla Corte d'Appello di Roma, che aveva sollevato la questione pregiudiziale poi risolta nei termini sopra indicati dai giudici di Lussemburgo.

3. — *Ferie non godute e richiesta di fruizione del lavoratore* — In relazione al caso tedesco *Kreuziger c. Land Berlin* (3), la Corte ha precisato come l'articolo 7 della Direttiva n. 2003/88/Ce del 4 novembre 2003 (concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro) debba essere interpretato nel senso che esso osti a una normativa nazionale – come quella oggetto del procedimento principale – nei limiti in cui essa implichi che, se il lavoratore non abbia chiesto, prima della data di cessazione del rapporto di lavoro, di poter esercitare il proprio diritto alle ferie annuali retribuite, l'interessato perda (automaticamente e senza previa verifica del fatto che egli sia stato effettivamente posto dal datore di lavoro, con un'informazione adeguata, in condizione di esercitare il proprio diritto alle ferie prima di tale cessazione) i giorni di ferie annuali retribuite cui aveva diritto ai sensi del diritto dell'Unione alla data di tale cessazione e, correlativamente, il proprio diritto a un'indennità finanziaria per le ferie annuali retribuite non godute.

Nell'analogo caso *Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften eV c. Tetsuji Shimizu* (4), la Corte ha ulteriormente sottolineato come il giudice del rinvio sia tenuto a verificare, prendendo in considerazione il diritto interno nel suo complesso e applicando i metodi di interpretazione riconosciuti da quest'ultimo, se gli sia possibile pervenire a un'interpretazione di tale diritto che sia in grado di garantire la piena effettività del diritto dell'Unione. Qualora non sia possibile – continua la Corte – interpretare una normativa nazionale come quella tedesca in discussione in modo da garantirne la conformità all'art. 7 della Direttiva n. 2003/88 e all'art. 31, par. 2, della Carta dei diritti fonda-

---

(3) C. Giust., sentenza 6.11.2018, *Kreuziger c. Land Berlin*, C-619/16, Grande Sezione – Pres. Lenaerts, Est. Prechal, Avv. Gen. Bot.

(4) C. Giust., sentenza 6.11.2018, *Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften eV c. Tetsuji Shimizu*, C-684/16, Grande Sezione – Pres. Lenaerts, Est. Prechal, Avv. Gen. Bot.

mentali, deriva da quest'ultima disposizione che il giudice nazionale, investito di una controversia tra un lavoratore e il suo ex datore di lavoro avente qualità di privato, debba disapplicare tale normativa nazionale e assicurarsi che, ove detto datore di lavoro non sia in grado di dimostrare di aver esercitato tutta la diligenza necessaria affinché il lavoratore fosse effettivamente in condizione di fruire delle ferie annuali retribuite alle quali aveva diritto ai sensi del diritto dell'Unione, il lavoratore medesimo non possa essere privato dei diritti da lui maturati a dette ferie annuali retribuite, né, correlativamente, e in caso di cessazione del rapporto di lavoro, possa essere privato dell'indennità finanziaria per le ferie non godute, il cui pagamento è direttamente a carico, in tal caso, del datore di lavoro interessato.

4. — *Discriminazione diretta fondata sulla religione* — Nel recente caso *Cesco Investigation* (5), la Corte ha interpretato gli articoli 1 e 2, par. 2, della Direttiva n. 2000/78/Ce del Consiglio, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, nel senso che costituisce una discriminazione diretta fondata sulla religione una normativa nazionale (quale quella austriaca di cui alla causa del rinvio) in virtù della quale, da un lato, il Venerdì Santo sia un giorno festivo solo per i lavoratori appartenenti a talune chiese cristiane e, dall'altro, solo tali lavoratori abbiano diritto, se chiamati a lavorare in tale giorno festivo, a un'indennità complementare alla retribuzione percepita per le prestazioni svolte in tale giorno. Ha osservato infatti la Corte che le misure previste da tale normativa nazionale non possono considerarsi né misure necessarie alla preservazione dei diritti e delle libertà altrui, ai sensi dell'articolo 2, par. 5, della citata Direttiva, né misure specifiche destinate a compensare svantaggi correlati alla religione, ai sensi dell'art. 7, par. 1, della medesima. I giudici di Lussemburgo hanno ulteriormente puntualizzato che l'articolo 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea deve essere interpretato nel senso che, finché lo Stato membro interessato non abbia modificato, al fine di ripristinare la parità di trattamento, la propria normativa che concede il diritto a un giorno festivo il Venerdì Santo solo ai lavoratori membri di talune chiese cristiane, un datore di lavoro privato soggetto a detta normativa abbia l'obbligo di accordare anche agli altri suoi lavoratori il diritto a un giorno festivo il Venerdì Santo (purché

---

(5) C. Giust., sentenza 22.1.2019, *Cesco Investigation*, C-193/17, Grande Sezione – Pres. Lenaerts, Est. Lycourgos, Avv. Gen. Bobek.

questi ultimi abbiano chiesto in anticipo a detto datore di lavoro di non dover lavorare quel giorno) e, di conseguenza, di riconoscere a tali lavoratori il diritto a un'indennità complementare alla retribuzione percepita per le prestazioni svolte in tale giorno, quando detto datore di lavoro non abbia accolto siffatta richiesta.

5. — *Misure di austerità e riduzione delle retribuzioni dei dipendenti pubblici* — Con la decisione sul caso spagnolo *Escribano Vindel* (6), la Corte ha stabilito che l'articolo 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nonché l'articolo 2, par. 1 e 2, lett. b, della Direttiva n. 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), devono essere interpretati nel senso che (fatte salve le verifiche del giudice di rinvio) essi non ostino a una normativa nazionale che, nell'ambito di misure generali di riduzione salariale associate a esigenze di eliminazione di un disavanzo eccessivo di bilancio, abbia fissato percentuali di riduzione salariale differenti per le retribuzioni di base e le retribuzioni integrative dei membri della magistratura giudicante. La Corte ha altresì ritenuto che l'articolo 19, par. 1, comma 2, TUE debba essere interpretato nel senso che il principio dell'indipendenza dei giudici non osti all'applicazione al ricorrente nel procedimento principale di una normativa nazionale che, nell'ambito di misure generali di riduzione salariale associate a esigenze di eliminazione di un disavanzo eccessivo di bilancio, abbia fissato, senza riguardo alla natura delle funzioni esercitate, all'anzianità o all'importanza degli incarichi svolti, percentuali di riduzione salariale differenti per le retribuzioni di base e le retribuzioni integrative dei membri della Magistratura giudicante, purché il livello di retribuzione che, in applicazione della riduzione salariale oggetto del procedimento principale, il ricorrente nel procedimento principale percepisce sia adeguato all'importanza delle funzioni che egli esercita e garantisca, pertanto, la sua indipendenza di giudizio; circostanza, questa, che spetterà al giudice del rinvio verificare.

6. — *Insegnanti neoassunti e discriminazione indiretta fondata sull'età* — Con la decisione sul caso irlandese *Horgan e Keegan* (7), la Corte di

---

(6) C. Giust., sentenza 7.2.2019, *Escribano Vindel*, C-49/18, S. II – Pres. ed Est. Arabadjiev, Avv. Gen. Saugmandsgaard Øe.

(7) C. Giust., sentenza 14.2.2019, *Horgan e Keegan*, C-154/18. S. II – Pres. ed Est. Arabadjiev, Avv. Gen. Bot.

Giustizia ha affermato come l'articolo 2, par. 2, lett. *b*, della Direttiva n. 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), debba essere interpretato nel senso che una misura la quale, a partire da una determinata data, preveda l'applicazione, al momento dell'assunzione di nuovi insegnanti, di una tabella salariale e di un inquadramento retributivo meno favorevoli di quelli applicati, ai sensi di una normativa precedente alla misura in questione, nel caso di insegnanti assunti prima di tale data, non costituisca una discriminazione indiretta fondata sull'età ai sensi della disposizione sopra citata. Nel caso di specie, due insegnanti elementari neoassunti lamentavano l'applicazione nei loro confronti di nuove condizioni retributive sfavorevoli, introdotte dalla legislazione irlandese a far tempo dal 2011, ritenendole indirettamente discriminatorie sulla base della considerazione che gli insegnanti neoassunti fossero mediamente più giovani di quelli assunti prima della riforma. La Corte ha tuttavia osservato come l'unico criterio pertinente ai fini dell'applicazione delle nuove norme irlandesi in materia di tabella salariale e inquadramenti retributivi degli insegnanti fosse la qualità di «dipendente pubblico neoassunto dal 1° gennaio 2011», indipendentemente dall'età del dipendente pubblico al momento della sua assunzione. Subordinando tale criterio l'applicazione delle nuove norme alla sola data di assunzione quale elemento obiettivo e neutro, lo stesso è stato considerato estraneo a ogni considerazione relativa all'età delle persone assunte (cfr. anche C. Giust., sentenza del 22.12.2008, *Centeno Mediavilla et. al.*, C-443/07, punti 81 e 83). Inoltre, la Corte ha rilevato come il giudice del rinvio avesse precisato che, anche se al momento della loro assunzione il sig. Horgan, la sig.ra Keegan e gli altri insegnanti assunti dopo il 1° gennaio 2011 erano in prevalenza più giovani degli insegnanti assunti prima di tale data (in quanto, a tale data, circa il 70% di loro aveva non più di 25 anni), fosse altresì pacifico che, indipendentemente dall'anno di assunzione, sia gli insegnanti assunti dopo il 1° gennaio 2011, sia quelli assunti prima di tale data, avessero in media non più di 25 anni. Di conseguenza, la Corte ha osservato come le nuove condizioni di retribuzione introdotte dall'Irlanda non potessero considerarsi basate su un criterio indissolubilmente o indirettamente legato all'età degli insegnanti, per cui non si può ritenere che la nuova normativa introduca una disparità di trattamento fondata sull'età.

— *Sicurezza sociale* —

7. — *Prestazioni per familiari residenti in altri Stati membri* — La Corte, nel caso *Bogatu* (8), ha di recente statuito che il Regolamento (Ce) n. 883/2004 del 29 aprile 2004, relativo al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale, e in particolare il suo art. 67, letto in combinato disposto con l'art. 11, par. 2, dello stesso, deve essere interpretato nel senso che l'ammissibilità di una persona a prestazioni familiari nello Stato membro competente non richiede che tale persona eserciti un'attività professionale subordinata in tale Stato membro né che quest'ultimo le versi una prestazione in denaro a motivo o in conseguenza di tale attività. Nel caso di specie il ricorso era stato proposto dal sig. Bogatu, cittadino rumeno padre di due bambini residenti in Romania, il quale risiedeva in Irlanda dal 2003 e ivi aveva prima lavorato e poi si era trovato in situazione di disoccupazione, e si era visto negare l'accoglimento della domanda per il diritto alle prestazioni familiari per i due figli sulla base della considerazione che lo stesso non esercitava un'attività professionale in Irlanda o, comunque, non vi percepiva una prestazione di carattere contributivo.

8. — *Prestazioni compensative per la disabilità* — Con la decisione sul caso francese *Dreyer* (9), la Corte ha interpretato l'articolo 3 del Regolamento (Ce) n. 883/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativo al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale, nel senso che prestazioni quali l'assegno per l'indipendenza personale e la prestazione compensativa della disabilità debbano essere considerate, ai fini della loro qualificazione, come «prestazioni di sicurezza sociale» a norma di tale disposizione, concesse al di fuori di ogni valutazione individuale delle esigenze personali del beneficiario, considerato che le risorse di quest'ultimo rilevano ai soli fini del calcolo dell'importo effettivo delle prestazioni medesime sulla base di criteri oggettivi e legalmente definiti.

9. — *Libertà di circolazione, inabilità al lavoro e potenziali svantaggi per i lavoratori migranti* — Con la decisione sul caso *Vester* (10), la Corte

---

(8) C.Giust., sentenza 7.2.2019, *Bogatu*, C-322/17, S. III – Pres. Vilaras, Est. Malenovský, Avv. Gen. Mengozzi.

(9) C. Giust., sentenza 14.3.2019, *Dreyer*, C-372/18, S. VII – Pres. von Danwitz, Est. Vajda, Avv. Gen. Bobek.

(10) C. Giust., sentenza 14.3.2019, *Vester*, C-134/18, S. VIII – Pres. ed Est. Biltgen, Avv. Gen. Bot.



di Giustizia ha interpretato gli articoli 45 e 48 TfUE nel senso che gli stessi ostino a una situazione come quella di cui al procedimento principale, relativo a una cittadina olandese residente in Belgio, la quale, dopo un periodo di un anno di inabilità al lavoro, era stata riconosciuta invalida dall'istituzione competente dello Stato membro di residenza, senza però la possibilità di beneficiare di un'indennità di invalidità in base alla normativa di tale Stato, essendo alla stessa imposto, dall'istituzione competente dello Stato membro nel quale aveva maturato la totalità dei suoi periodi di assicurazione, un periodo di inabilità al lavoro per un anno supplementare ai fini del riconoscimento dello *status* di invalido e della concessione del beneficio di prestazioni di invalidità *pro rata*, senza che tuttavia fosse prevista la possibilità di percepire un'indennità per inabilità al lavoro durante detto periodo. Nel caso di specie, dal fascicolo sottoposto alla Corte risultava che i sistemi di assicurazione di invalidità belga e olandese subordinassero il riconoscimento dello *status* di invalido al maturare, da parte del lavoratore interessato, di un «periodo preliminare di inabilità al lavoro», durante il quale quest'ultimo percepisse un'indennità per inabilità al lavoro. Soltanto alla scadenza di questo periodo al lavoratore interessato è riconosciuto lo *status* di invalido ed esso percepisce un'indennità di invalidità: le normative belga e olandese, tuttavia, divergono per quanto riguarda la durata di tale periodo, dal momento che questo dura, rispettivamente, uno e due anni. La Corte osserva come, di fronte a una divergenza di normative, il principio di leale collaborazione, sancito nell'articolo 4, par. 3, TUE, obbliga le competenti autorità nazionali a mettere in atto tutti i mezzi di cui dispongono per realizzare l'obiettivo di cui all'articolo 45 TfUE (cfr. C. Giust., sentenza 1.10.2009, *Leyman*, C-3/08, punto 49). Rilevano inoltre i giudici di Lussemburgo che, secondo la costante giurisprudenza della Corte, qualora il diritto nazionale preveda un trattamento differenziato tra vari gruppi di persone in violazione del diritto dell'Unione, i membri del gruppo sfavorito devono essere trattati allo stesso modo degli altri interessati e il regime applicabile ai membri del gruppo favorito, in mancanza della corretta applicazione del diritto dell'Unione, resta il solo sistema di riferimento valido (cfr. C. Giust., sentenza 13.7.2016, *Pöpperl*, C-187/15, punto 46; C. Giust., sentenza 28.6.2018, *Crespo Rey*, C-2/17, punto 73). Osserva la Corte che i lavoratori stanziali che non abbiano esercitato il loro diritto alla libertà di circolazione e che maturino l'intero periodo di inabilità al lavoro, in forza della legislazione olandese percepiscono un'indennità per inabilità al lavoro durante tutto tale periodo; conclusivamente, statuisce la Corte, se è vero che spetta alle autorità nazionali competenti degli Stati membri

interessati determinare quali siano, nel diritto nazionale, i mezzi più adeguati per raggiungere la parità di trattamento fra lavoratori migranti e stanziali, tuttavia tale obiettivo potrebbe essere raggiunto, *a priori*, concedendo anche ai lavoratori migranti che si trovino in una situazione come quella di cui trattasi nel procedimento principale un'indennità per incapacità al lavoro nel corso del secondo anno di inabilità al lavoro loro imposto dalla normativa olandese.

## LA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

PERIODO GENNAIO - DICEMBRE 2018

*Adalberto Perulli* (\*), *Elena Sychenko* (\*\*)

SOMMARIO: Premessa. — 1. Casi esaminati ai sensi dell'art. 4 della Convenzione. — 2. Casi esaminati alla luce dell'art. 6 della Convenzione. — 3. Casi considerati ai sensi dell'articolo 8 della Convenzione. — 3.1. Casi riguardanti il rifiuto discriminatorio di assunzione. — 3.2. Casi riguardanti la *privacy* sul posto di lavoro. — 3.3. Casi riguardanti il diritto alla reputazione. — 4. Casi considerati ai sensi dell'articolo 11 della Convenzione. — 5. Conclusioni.

— *Premessa* — Il numero di casi relativi al 2018 della Corte europea dei diritti dell'uomo (di seguito, C. Edu) rilevanti per il diritto del lavoro non è significativamente aumentato rispetto all'anno precedente. Vale tuttavia segnalare l'importanza delle pronunce e il ruolo crescente del dialogo fra le Corti e fra la C. Edu e gli altri strumenti del diritto internazionale del lavoro (Oil, Comitato europeo dei diritti sociali), come avvenuto nelle sentenze relative all'art. 11.

La Corte ha principalmente affrontato questioni inerenti la violazione di diritti procedurali nelle controversie di lavoro, il diritto alla *privacy* sul luogo di lavoro, la protezione dal lavoro forzato e dalla tratta di esseri umani, la libertà di espressione sul luogo di lavoro e le libertà di associazione. Non v'è chi non veda come questi diritti fondamentali, di natura individuale e collettiva, godano di una speciale protezione sotto l'ombrello della Cedu, nonostante la Convenzione non contenga una sezione dedicata ai diritti sociali. La C. Edu, lungi dall'essere muta di fronte ai diritti collegati al lavoro, conferma non solo l'approccio, condotto da oltre 50 anni, della integrazione tra diritti civili, politici e sociali, ma anche la specificità dei diritti del lavoro come diritti umani suscettibili di essere ricompresi direttamente ed espressamente (come nel caso del lavoro forzato, incluso nell'art. 4) o indirettamente e implicitamente (come nel caso della libertà di associazione sindacale *ex art. 11*) nell'ambito delle norme contenute nella

---

(\*) Professore ordinario presso l'Università di Venezia «Ca' Foscari».

(\*\*) Associate Professor presso Saint Petersburg State University

Convenzione. Questa rassegna intende continuare a testimoniare l'importante ruolo svolto dalla Corte nello sviluppo di un approccio realmente internazionale alla tutela dei diritti del lavoro.

1. — *Casi esaminati ai sensi dell'art. 4 della Convenzione* — Quest'anno la C. Edu ha esaminato tre casi alla luce delle disposizioni di cui all'art. 4, relativo al divieto di schiavitù, lavoro servile e lavoro forzato e obbligatorio, emanando una sentenza e due decisioni. Ricordiamo che, ai sensi dell'art. 4: «*no one shall be held in slavery or servitude*» e «*no one shall be required to perform forced or compulsory labour*». Il divieto così posto appare assoluto e senza eccezioni, al pari di quanto statuito dall'art. 3 con riferimento al divieto di tortura e di trattamenti disumani e degradanti. Ai sensi dell'art. 4, neppure il perseguimento di finalità legittime di ordine economico o di interesse pubblico può legittimare i comportamenti vietati dalla norma, diversamente da quanto accade per l'art. 8 Cedu con riferimento alla tutela della vita privata. Tuttavia, il comma 3 dell'art. 4 relativamente al solo lavoro forzato e obbligatorio prevede alcune eccezioni, riguardanti la definizione della fattispecie di riferimento (vi si prevede che non costituisce lavoro forzato od obbligatorio quello reso durante la detenzione carceraria, durante il servizio militare, in caso di emergenze o calamità naturali, nonché quello rientrante nelle normali obbligazioni civiche) che hanno generato controversie sia nell'ambito delle decisioni della Corte sia in dottrina.

La decisione nel caso *S.M. c. Croazia* (1) è un esempio interessante di come la Corte abbia operato un'ulteriore estensione rispetto a quali debbano essere considerati atti vietati ai sensi dell'art. 4. Una donna croata, che aveva denunciato di essere stata costretta a prostituirsi, nel settembre 2012 presentava un formale atto di denuncia, sostenendo che un uomo l'aveva costretta a prostituirsi per diversi mesi attorno alla metà del 2011, obbligandola a trasferirgli la metà dei soldi guadagnati fornendo prestazioni sessuali e minacciandola e punendola qualora non avesse rispettato le sue richieste. Alla fine del 2012, in seguito all'incriminazione del soggetto, alla ricorrente veniva ufficialmente riconosciuto lo *status* di vittima della tratta di esseri umani. Tuttavia lo sfruttatore successivamente veniva assolto dall'accusa di induzione alla prostituzione poiché la procura non era riuscita a fornire prove sufficienti per una condanna, onde il Tribunale concludeva che la ricorrente aveva prestato servizi sessuali volontariamente.

---

(1) C. Edu 19.7.2018, *S.M. c. Croazia*, ricorso n. 60561/14.

La ricorrente lamentava l'inadeguatezza del quadro giuridico nazionale e la mancanza di un'adeguata risposta procedurale da parte delle autorità nazionali alle sue accuse, secondo le quali era stata sottoposta a pressioni o sfruttamento attraverso la prostituzione, sulla base delle disposizioni di cui agli articoli 3, 4 e 8 della Convenzione. La Corte, tuttavia, decideva di esaminare le sue denunce solo ai sensi dell'articolo 4 della Convenzione, che pur non riguardando la tratta di esseri umani è già stato in passato esteso dalla Corte a questo crimine in *Rantzev c. Cipro e Russia* (2) e nel recente caso *Chowduri c. Grecia* (3). In particolare, in questo ultimo caso, al ricorrente sono stati riconosciuti lo *status* di vittima di tratta di esseri umani e la necessaria e conseguente protezione.

Come si è detto, i giudici nazionali croati, avendo sussunto la fattispecie concreta del caso di specie in quella astratta della prostituzione forzata, avevano stabilito che la donna avesse fornito volontariamente i servizi sessuali. La C. Edu si è trovata quindi nella posizione di dover fornire un solido percorso argomentativo per l'esame di questo caso alla luce dell'articolo 4; tuttavia, la sentenza presenta alcune lacune logico-argomentative che avrebbero dovuto essere colmate. In particolare, la Corte ha sottolineato che «non vi è alcun dubbio che la tratta e lo sfruttamento della prostituzione minaccino la dignità umana e le libertà fondamentali delle sue vittime e non possano essere considerati compatibili con una società democratica e con i valori esposti nella Convenzione». Ha inoltre aggiunto che, in considerazione del suo obbligo di interpretare la Convenzione alla luce delle condizioni attuali, «la Corte ritiene che non sia necessario stabilire se il trattamento lamentato dal richiedente costituisca “schiavitù”, “servitù” o “lavoro forzato e obbligatorio”», concludendo che «il traffico stesso e lo sfruttamento della prostituzione [...] rientrano nell'ambito di applicazione dell'articolo 4 della Convenzione e pertanto verranno valutati, nella presente causa, in base a tale disposizione».

Questa presa di posizione porta a chiederci se, a partire da questo caso, qualsiasi altro atto che «minacci la dignità umana e le libertà fondamentali» possa essere considerato ai sensi dell'articolo 4 senza alcuna ulteriore indagine per accertare se gli atti rientrino tra quelli proibiti come «schiavitù», «servitù» o «lavoro forzato e obbligatorio». Può l'obbligo di interpretare la Convenzione alla luce delle condizioni attuali essere interpretato come un incentivo per una discrezionalità giudiziaria troppo pregnante della Corte?

Riteniamo che la Corte, tenendo in debito conto gli elementi del ca-

---

(2) C. Edu 7.1.2010, *Rantzev c. Cipro e Russia*, ricorso n. 25965/04.

(3) C. Edu 30.3.2017, *Chowdury e altri c. Grecia*, ricorso n. 21884/15.

so, avrebbe potuto fornire una giustificazione diversa per l'esame alla luce dell'art. 4. Sebbene la ricorrente abbia sostenuto la presenza di tutti e tre i fattori della tratta di esseri umani – azione, mezzi e scopo (4) –, il fattore determinante, vale a dire la coercizione, non è stato dimostrato durante i procedimenti nazionali (5). Talché la C. Edu ha sviluppato un ragionamento secondo il quale, dato che la ricorrente ha affermato di essere vittima di tratta di esseri umani, lo Stato avrebbe dovuto indagare a fondo sui fatti, interrogando le persone che potevano contribuire a stabilire gli elementi determinanti; avrebbe altresì dovuto sentire i clienti, i vicini e le persone che l'hanno aiutata a fuggire. Le Corti nazionali, invece, sono giunte alla conclusione che la donna aveva fornito volontariamente i servizi sessuali senza raccogliere le testimonianze di quelle persone, e quindi lo Stato non ha adempiuto ai suoi obblighi procedurali ai sensi dell'articolo 4 della Convenzione. Pare, dunque, che la C. Edu abbia correttamente considerato questo caso alla luce dell'articolo 4, in quanto lo Stato non ha investigato in modo efficace sulla presunta tratta di esseri umani.

La C. Edu, peraltro, ha anche sottolineato che, secondo la legge croata, in accordo con la Convenzione delle Nazioni Unite per la repressione del traffico di persone e lo sfruttamento della prostituzione e la Convenzione antitratta del Consiglio d'Europa, il consenso della vittima è irrilevante in ipotesi di traffico di esseri umani. E a questo riguardo il giudice dissenziente Koskelo ha espresso l'opinione secondo cui questo risultato, nel contesto del caso specifico, rappresenta un fraintendimento della norma. La norma in questione implica che, «laddove sia stata stabilita la coercizione o un'altra forma dell'elemento» determinante «della tratta, il consenso della vittima non può operare come difesa valida per l'esonero dell'autore» (6); e, in effetti, la coercizione è un elemento cruciale per determinare la tratta di esseri umani. L'articolo 4 della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla lotta contro la tratta di esseri umani definisce questi fenomeni come «il reclutamento, il trasporto, il trasferimento, l'alloggio o l'accoglienza di persone *con la minaccia dell'uso o con l'uso stesso della forza o di altre forme di coercizione, con il rapimento, con la frode, con l'inganno, con l'abuso di autorità o della condizione di vulnerabilità o con l'offerta o l'accettazione di pagamenti o vantaggi per ottenere il consenso di una persona che ha autorità su un'altra* ai fini di sfruttamen-

---

(4) Elliott 2014.

(5) Par. 18.

(6) Opinione dissenziente del giudice Koskelo, par. 38.

to». Tutte le azioni elencate in corsivo rappresentano diverse forme di coercizione e, inoltre, l'articolo 4 stabilisce che il consenso di una vittima di «tratta di esseri umani» allo sfruttamento così come delineato dalla disposizione è irrilevante nel caso in cui sia stato utilizzato uno dei mezzi sopra indicati; di conseguenza, l'*ulteriore* consenso della vittima è irrilevante. Tuttavia, non avendo lo Stato, come accertato, interrogato il primo o qualsiasi altro cliente della ricorrente, così come le persone che le vivevano vicino e che avrebbero potuto confermare le sue parole, la C. Edu ha ritenuto di dover ravvisare una violazione degli obblighi procedurali, sottolineando l'importanza di dimostrare il fattore determinante della coercizione in tali casi.

È per questo che le parole dei giudici sull'irrelevanza del consenso sembrano essere davvero un segno di una certa contraddizione.

Questo giudizio è un contributo importante ma non ancora definitivo (7) alla lotta contro la prostituzione forzata. Portando questi casi nell'alveo di applicazione dell'articolo 4 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, la Corte esorta gli Stati a indagare adeguatamente sulla presenza della coercizione, interrogando tutte quelle persone che, secondo le affermazioni delle vittime, potrebbero essere testimoni dell'esistenza del «fattore determinante» del traffico.

Due ricorsi vagliati ai sensi dell'articolo 4 e giudicati inammissibili indicano, poi, che la Corte sta mantenendo saldo un approccio tradizionale al lavoro forzato, non includendovi il lavoro svolto senza retribuzione.

In *Adigüzel c. Turchia* (8), la Corte ha respinto il ricorso di un ufficiale medico che si è trovato a dover svolgere attività al di fuori del normale orario di lavoro senza compenso per circa dieci anni. Ha sottolineato che il ricorrente, abbracciando quella professione, sapeva che il suo *status* gli avrebbe imposto di intervenire al di fuori dell'orario di lavoro, durante la notte o anche nei fine settimana e che sarebbe potuto essere chiamato a rilasciare un atto come un certificato di morte senza retribuzione supplementare. Pertanto, la Corte ha ravvisato che le prestazioni in questione non costituivano un lavoro «forzato od obbligatorio», cioè imposto al ricorrente contro la sua volontà, ma anzi ha sottolineato che il ricorrente poteva godere di giorni di riposo compensativi; ed è questa la ragione per cui non poteva affermare di essere stato soggetto a un onere sproporzionato. Questa decisione è in linea con altre in cui le parti ricor-

---

(7) Il 3 dicembre 2018, il Panel della Grande Camera ha accettato la richiesta del governo croato che la causa fosse sottoposta alla Grande Camera.

(8) C. Edu 6.2.2018, *Adigüzel c. Turquie*, ricorso n. 7442/08.

renti ritenevano che la mancanza di pagamento costituisse l'elemento determinante di lavoro forzato, ma la loro opinione non era stata condivisa dalla Corte, la quale ha in più occasioni ribadito che il fattore determinante è rappresentato dalla coercizione (9).

Il secondo caso (10) verteva invece sugli obblighi di un liquidatore di una società che aveva presentato ricorso, sostenendo che il Tribunale commerciale avesse ommesso di esaminare la sua richiesta di essere sollevato dall'incarico di liquidatore entro un tempo ragionevole, imponendogli di rivestire ancora la carica e le funzioni connesse sotto la minaccia di azioni di responsabilità, il che, per lui, equivaleva a lavoro forzato od obbligatorio. Sosteneva inoltre che la legge gli imponeva di rimanere a capo della società in bancarotta, poiché non era previsto che l'incarico potesse essere sospeso unilateralmente. Nell'esaminare il ricorso, la Corte ha fatto riferimento ai suoi criteri per valutare ciò che poteva essere considerato normale nel rispetto dei doveri che incombono su quanti esercitino una particolare professione, e che di conseguenza non poteva essere considerato «lavoro forzato od obbligatorio». Ha osservato che la preventiva accettazione della nomina di liquidatore da parte del ricorrente non garantisce di per sé che la situazione non possa assumere le sembianze del lavoro forzato od obbligatorio. Il ricorrente, a parere della Corte, non ha spiegato chiaramente quale particolare lavoro gli è stato richiesto in qualità di liquidatore e non ha nemmeno specificato le ragioni esatte per le quali desiderava interrompere tali attività. Queste omissioni hanno indotto la Corte a ritenere le informazioni fornite dal richiedente come del tutto insufficienti per valutare l'onere che a causa della situazione contestata insisteva su di lui e ha pertanto dichiarato il ricorso irricevibile. Tuttavia, il ragionamento della Corte ci fa supporre che, nell'ipotesi in cui il ricorrente fosse stato in grado di dimostrare che dal ritardo con cui era stata presa in considerazione la sua richiesta di esonero erano derivati oneri sproporzionati, allora si sarebbe potuta ravvisare l'ipotesi di lavoro forzato.

2. — *Casi esaminati alla luce dell'art. 6 della Convenzione* —  
Relativamente all'art. 6 – disposizione che garantisce il diritto a un equo processo – si riportano quattro pronunce che rilevano sotto un profilo giuridico-slavoristico.

---

(9) Come anche: C. Edu 14.12.2006, *Vnuchko c. Ucraina*, ricorso n. 1198/04; C. Edu 14.12.2006, *Popov c. Ucraina*, ricorso n. 23892/03; C. Edu 26.11.2002, *Sokur c. Ucraina*, ricorso n. 29439/02.

(10) C. Edu 27.3.2018, *Barbarov c. Ucraina*, ricorso n. 75577/17.



Il caso *Mirković e altri c. Serbia* (11) riguarda alcune pronunce fra loro contrastanti emanate dalla Corte di ultima istanza in relazione a una serie di benefici accordati al personale di Polizia penitenziaria della Serbia. I 13 ricorrenti, tutti di nazionalità serba e impiegati in diverse case circondariali del paese, alla stregua di altri colleghi in un arco di tempo a cavallo tra il 2011 e il 2013, instauravano un procedimento civile contro lo Stato, chiedendo che venisse loro indennizzata la differenza retributiva, giacché per un periodo di quattro anni avevano percepito meno di quanto invece avrebbero avuto diritto a percepire. Nel giudizio di primo grado venivano accolte le domande di alcuni ricorrenti, mentre in secondo grado tutte venivano respinte. Al contrario, alcuni colleghi dei ricorrenti riuscivano a far valere le loro ragioni innanzi ai tribunali di secondo grado, ottenendo l'indennizzo richiesto. I ricorrenti adivano pertanto la Corte costituzionale, lamentando fra le altre cose, che i giudici di merito nazionali, decidendo in maniera contraddittoria casi simili, avevano violato il diritto a un processo equo e certo. Ma la Corte adita respingeva tutti gli appelli poiché infondati. I ricorrenti si rivolgevano pertanto ai giudici di Starsburgo, lamentando che costituiva una violazione dell'art. 6, par. 1, che tutela la certezza del diritto, il fatto che solo alcuni dei tribunali civili aditi avessero respinto le pretese dei ricorrenti, mentre le medesime pretese fossero state accolte da altri tribunali. La Corte ha accolto le pretese dei ricorrenti riscontrando la violazione contestata, poiché per un tempo prolungato le Corti nazionali hanno emanato decisioni profondamente discordanti che hanno creato uno stato di continua incertezza, che a sua volta ha contribuito a ridurre la fiducia dei ricorrenti nei confronti del potere giudiziario, laddove tale fiducia è una delle componenti essenziali di uno Stato che voglia dirsi di diritto (12).

Il caso *Sultan c. Repubblica moldava* (13), invece, riguarda il diritto a un giusto processo garantito dall'art. 6, par. 1, nell'accezione specifica di diritto di accesso alla giustizia, concernendo il rifiuto della Suprema Corte di Giustizia moldava di esaminare l'appello presentato dal ricorrente.

Il signor Alexei Sultan è nato e abita in Moldavia, nella città di Holercani, nella quale lavorava presso l'ufficio comunale. Il sig. Sultan in-

---

(11) C. Edu 26.6.2018, *Mirković e altri c. Serbia*, ricorsi n. 27471/15, n. 27288/15, n. 27751/15, n. 27779/15, n. 27790/15, n. 28156/15, n. 28418/15, n. 30893/15, n. 30906/15, n. 32933/15, n. 35780/15, n. 40646/15, e n. 55066/15.

(12) C. Edu 20.10.2011, *Nejdet Şahin e Perihan Şahin c. Turkey*, ricorso n. 13279/05, Grande Camera.

(13) C. Edu 5.6.2018, *Sultan c. Repubblica moldava*, ricorso n. 17047/07.

tentava contro il sindaco della città di Holercani e tutto il consiglio comunale un procedimento civile in cui chiedeva il pagamento di stipendi da lui non percepiti e, congiuntamente, il pagamento delle spese processuali e un risarcimento per il danno subito. Il Tribunale distrettuale di Dubăsari respingeva la domanda reputandola infondata e Sultan adiva la Corte d'Appello di Chişinău, che però respingeva la domanda sulla base delle medesime motivazioni. Presentava allora un ulteriore appello innanzi la Suprema Corte di Giustizia che rigettava il ricorso senza nemmeno esaminarlo, informando il ricorrente che la decisione della Corte d'Appello era divenuta irrevocabile, conformemente all'art. 421 del codice di procedura civile moldavo.

La Corte di Strasburgo ha osservato che, ai sensi della legge processuale moldava, sussisteva in capo al ricorrente la possibilità, dopo il giudizio innanzi al tribunale e alla Corte d'Appello, di impugnare quest'ultimo davanti alla Suprema Corte di Giustizia, mezzo di cui effettivamente il sig. Sultan si è avvalso. Peraltro, lo stesso Governo moldavo aveva riconosciuto che vi era stato un errore della cancelleria della Corte Suprema, che aveva rinviato il giudizio alla Corte d'Appello senza nemmeno esaminarlo. Questo mancato esame, in effetti, ha privato il ricorrente del suo diritto di adire l'ultimo grado di giudizio e di averne altresì una pronuncia (14); né può, a questo fine, ritenersi sufficiente la possibilità attribuita ai cittadini moldavi di intentare un giudizio civile contro il sindaco e il consiglio comunale (15). Il diritto di accesso alla giustizia ai sensi dell'art. 6, par. 1, non può dirsi soddisfatto sol perché al cittadino è garantita la possibilità di adire un giudice, poiché deve essere anche garantito il diritto a ottenere, da quello stesso giudice, una soluzione giurisdizionale alla controversia (16). Queste considerazioni hanno condotto la Corte a ravvisare, in accoglimento della domanda della parte ricorrente, la violazione dell'art. 6, par. 1, della Carta.

Si riferisce invece alla disposizione del secondo par. dell'art. 6 della Convenzione il caso *Seven c. Turchia* (17), relativo alla violazione della presunzione di innocenza della persona accusata di un reato fino al momento

---

(14) C. Edu 11.2.2010, *Platakou c. Grecia*, ricorso n. 38460/97, parr. 36-39; C. Edu 25.6.2013, *Anghel c. Italia*, ricorso n. 5968/09, par. 61, e C. Edu *Bochan c. Ucraina* (n. 2), ricorso n. 22251/08, Grande Camera, parr. 61-62; cfr. C. Edu 5.4.2018, *Zubac c. Croazia*, ricorso n. 40160/12, Grande Camera, parr. 90-95 e 114-121.

(15) C. Edu 28.5.1985, *Ashingdane c. Regno Unito*, ricorso n. 8225/78, par. 57, serie A, n. 93.

(16) C. Edu 1.3.2000, *Kutić c. Croazia*, ricorso n. 48778/99, par. 25.

(17) C. Edu 23.1.2018, *Seven c. Turchia*, ricorso n. 60392/08.

in cui la sua eventuale colpevolezza non sia legalmente accertata. Nello specifico, un cittadino turco che lavorava nelle forze di polizia veniva licenziato a seguito di un'imputazione per reati a suo carico, nonostante al termine del processo penale fosse stato completamente scagionato.

Il sig. Hamit Seven, di Ankara, lavorava come capo dell'ufficio della polizia quando, nel 2002, veniva accusato dei reati di stupro e abuso d'ufficio. A suo carico venivano parallelamente intrapresi sia il procedimento disciplinare sia il procedimento penale, e quest'ultimo, nel 2005, si concludeva con l'assoluzione dell'imputato. Tuttavia il Consiglio disciplinare supremo, provate le accuse mosse contro il sig. Seven, lo riteneva colpevole dei due reati a egli ascritti e lo licenziava dal suo ruolo e dalle forze di polizia. La decisione veniva confermata dapprima dalla Corte amministrativa di Ankara e in seguito anche dalla Suprema Corte amministrativa, la quale rigettava il ricorso del sig. Seven, sebbene il giudice penale lo avesse ritenuto non colpevole.

Adendo la Corte di Strasburgo, il ricorrente ha lamentato che il licenziamento subito in seguito al procedimento disciplinare aveva violato il principio della presunzione di innocenza come sancito dall'art. 6, par. 2, e che al termine dei due procedimenti paralleli si era ritrovato a essere colpevole per uno e innocente per l'altro. Sulle doglianze del ricorrente, i giudici della C. Edu hanno ritenuto che non spetti a loro valutare se costui, al termine del procedimento penale, avesse il diritto a ottenere l'annullamento del licenziamento o di essere reintegrato nelle forze di polizia, poiché questi sono profili che possono essere trattati in modo indipendente rispetto all'assoluzione in sede penale. Infatti, hanno sottolineato i giudici, l'art. 6, par. 2, della Convenzione non garantisce a una persona prosciolta da un reato il diritto di essere reintegrato nel posto di lavoro che copriva in precedenza, anche laddove sussista un legame tra il procedimento penale e il procedimento disciplinare (18). Talché la questione sottoposta alla C. Edu non è se il rifiuto di annullare il licenziamento del ricorrente a seguito dell'assoluzione nel procedimento parallelo di per sé rappresenti una violazione della presunzione di innocenza, bensì se l'argomentazione e il linguaggio utilizzati dalle autorità amministrative e disciplinari sia compatibile con il principio della presunzione di innocenza. Già in casi simili precedenti la Corte ha avuto modo di ricordare che la finalità del par. 2 dell'art. 6 non è quello di impedire alle autorità investite di un potere disciplinare di imporre sanzioni a un funzionario accusato di reati che vengono debi-

---

(18) Si veda, *mutatis mutandis*, C. Edu 12.7.2013, *Allen c. Regno Unito*, ricorso n. 25424/09, Grande Camera, par. 82.

tamente accertati (19), ma viola la norma di specie, in assenza di una condanna penale definitiva, una imputazione di responsabilità penale addebitata all'imputato in sede di procedimento disciplinare (20). Benché fosse inevitabile che in una certa misura entrambi i procedimenti vertessero sugli stessi addebiti (lo stupro mentre il funzionario era in servizio), il principio della presunzione di innocenza impone che le autorità disciplinari rimangano nel loro alveo di competenza, astenendosi dall'attribuire responsabilità penale a un ricorrente se questa non sia stata accertata da un tribunale penale competente. I giudici hanno accertato che, nel caso di specie, i confini tra responsabilità disciplinare e responsabilità penale erano confusi fin dall'inizio (21), tanto che le autorità disciplinari avevano violato il diritto del ricorrente perché non avevano tenuto conto del principio della presunzione di innocenza nel procedimento penale parallelo. Inoltre, hanno continuato i giudici di Strasburgo, l'art. 6, par. 2, richiede che una persona debba essere trattata in modo coerente con la sua innocenza accertata al termine di un procedimento penale concluso con un'assoluzione (22), al fine di evitare che le persone, in questo caso un funzionario pubblico, vengano trattate come se di fatto fossero state condannate nel procedimento penale. In ragione di ciò, la C. Edu ha pienamente riscontrato, accogliendo le istanze della parte ricorrente, la violazione dell'art. 6, par. 2.

La vicenda processuale del sig. Drassich innanzi alla C. Edu si suddivide in due momenti (23), posto che il ricorrente, un giudice fallimentare presso il Tribunale di Pordenone, ha adito la medesima due volte e con esiti diversi. Accusato per i reati di corruzione, abuso d'ufficio e falso, con sentenza confermata nei primi due gradi di giudizio, il dig. Drassich ricorreva alla Corte di Cassazione, che mutava *ex officio* la qualificazione giuridica

---

(19) Vd. sentenza *Allen*, cit., par. 124. La Corte ribadisce che anche l'esonero dalla responsabilità penale non esclude, in quanto tale, l'insorgere di forme civili o di altro tipo di responsabilità derivanti dagli stessi fatti sulla base di un onere della prova meno rigido [si veda, ad esempio: C. Edu 11.2.2003, *Ringvold v. Norvegia*, ricorso n. 34964/97, par. 38.; C. Edu 18.7.2006, *Jakumas v. Lituania*, ricorso n. 6924/02, par. 57; C. Edu 12.4.2011, *Çelik (Bozkurt) c. Turchia*, ricorso n. 34388/05, par. 30, e C. Edu 11.2.2014, *Vella c. Malta*, ricorso n. 69122/10, par. 56].

(20) C. Edu 28.3.2017, *Kemal Coşkun*, ricorso n. 45028/07, par. 53, e i casi ivi citati.

(21) Basti pensare che nella decisione di licenziarlo le autorità si riferivano al ricorrente come «imputato», descrivendo la sua condotta come integrante una «violenza sessuale» senza che una tale condotta fosse stata analizzata all'interno del procedimento disciplinare.

(22) Cfr. C. Edu, *Allen c. Regno Unito*, cit., par. 103.

(23) C. Edu 22.2.2018, *Drassich c. Italia* (n. 2), ricorso n. 65173/09.

del fatto di reato, ritenendolo responsabile del reato di corruzione in atti giudiziari. Il sig. Drassich si rivolgeva, pertanto, la prima volta, alla C. Edu lamentando di essere stato parte di un ingiusto processo, nel quale non aveva avuto modo e tempo di potersi adeguatamente difendere vista la modifica del capo di imputazione effettuata dal giudizio della Corte di Cassazione. La Corte di Strasburgo, l'11.12.2007, condannava l'Italia per violazione dell'art. 6, parr. 1 e 3, lett. *a* e *b*, e prevedeva la celebrazione di un nuovo processo. Il ricorrente, riaperto e celebrato il nuovo processo, si ritrovava a lamentare nuovamente innanzi la C. Edu la violazione dell'art. 6, parr. 1 e 3, lett. *a* e *b*, per non aver avuto la possibilità e il tempo di preparare un'adeguata difesa né il diritto di comparire personalmente. Ma la Corte di Strasburgo, in questo caso, ha negato che vi fossero state tali violazioni. In particolare, la Corte non ha ravvisato che sia stato pregiudicato il diritto del ricorrente a difendersi e di avere un adeguato lasso di tempo per farlo, e prova di ciò è il fatto che il sig. Drassich, per mezzo del suo difensore, aveva presentato due memorie scritte (24). La C. Edu ha viepiù negato che potesse recare pregiudizio a un giusto processo la mancata presenza dell'imputato all'udienza innanzi alla Corte di Cassazione poiché, trattandosi di discussione su questioni di mero diritto, essa era da ritenersi non necessaria (25). Infine, non avendo mai il ricorrente richiesto la riapertura della fase istruttoria, la stessa Corte ha negato che gli fosse stato impedito di acquisire nuove prove.

3. — *Casi considerati ai sensi dell'articolo 8 della Convenzione* — I casi decisi alla luce dell'articolo 8 della Cedu sono tradizionalmente molto diversi e offrono spunti interessanti per gli studiosi. Quest'anno la Corte ha esaminato, sulla base di questo articolo, casi relativi al rifiuto discriminatorio di assumere una donna per il posto di agente di sicurezza e al suo successivo licenziamento (26), alla *privacy* sul luogo lavoro (27) e al diritto alla reputazione nei confronti della persona accusata di molestie sul lavoro (28).

---

(24) Si vedano C. Edu 1.3.2001, *Dallos c. Ungheria*, ricorso n. 29082/95, par. 52, e, *a contrario*, C. Edu 24.7.2012, *D.M.T. e D.K.I. c. Bulgaria*, ricorso n. 29476/06, par. 84.

(25) C. Edu 26.7.2002, *Meftah e altri c. Francia*, ricorsi n. 32911/96, n. 35237/97 e n. 34595/97, Grande Camera, par. 41; C. Edu 6.3.2003, *De Jorio c. Italia* (decreto), ricorso n. 73936/01, e C. Edu 18.10.2006, *Hermi c. Italia*, ricorso n. 18114/02, Grande Camera, parr. 58-67.

(26) C. Edu 22.2.2018, *Libert c. Francia*, ricorso n. 588/13.

(27) C. Edu 19.6.2018, *Hülya Ebru Demirel c. Turchia*, ricorso n. 30733/08.

(28) C. Edu 6.11.2018, *Vicent Del Campo c. Spagna*, ricorso n. 25527/13.

3.1. — *Casi riguardanti il rifiuto discriminatorio di assunzione* — Il caso *Hülya Ebru Demirel c. Turchia* riguarda il rifiuto di assumere una donna come agente di sicurezza e il suo successivo licenziamento, motivato dal fatto che questa non soddisfacesse i requisiti di «essere un uomo» e «aver completato il servizio militare» (29). Anzitutto la ricorrente aveva contestato il rifiuto innanzi al Tribunale di primo grado, che aveva dapprima sospeso la decisione del datore di lavoro di non assumerla, e poi deciso in suo favore, disponendone l'assunzione, che in effetti era stata effettuata. Il datore di lavoro presentava allora ricorso chiedendo che venisse sospesa la sentenza del Tribunale di primo grado. La Corte d'Appello accoglieva la domanda del datore di lavoro e la donna pertanto veniva licenziata.

Nella domanda presentata innanzi la C. Edu, la ricorrente sosteneva la violazione dell'articolo 14 sul divieto di discriminazione e dell'articolo 11 della Convenzione sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne, il quale vieta altresì le forme di discriminazione nei confronti delle donne sul lavoro. La Corte ha esaminato la richiesta alla luce degli articoli 8 e 14 della Cedu.

Questo caso è molto simile a quello *Emel Boyraz c. Turchia*, vagliato dalla C. Edu nel 2014, con la sola differenza che, in quel caso, il rifiuto di assumere una donna non era stato considerato una violazione della Convenzione. Anche Emel Boyraz era stata licenziata perché non soddisfaceva i requisiti di «essere un uomo» e «aver completato il servizio militare». Ma il convenuto, in quell'occasione, aveva dichiarato che il posto in questione era stato riservato ai candidati di sesso maschile in considerazione della natura del servizio e della necessità di assumere personale di sesso maschile. La C. Edu, in quel caso, aveva riconosciuto che possano sussistere esigenze legittime per determinate attività professionali, per la natura o il contesto in cui sono svolte. Tuttavia, il semplice fatto che gli agenti di sicurezza dovessero coprire anche turni di notte e lavorare in aree rurali e che potesse essere loro richiesto di usare armi da fuoco e forza fisica, ad avviso della Corte, di per sé non poteva giustificare una tale differenza di trattamento tra uomini e donne. Secondo la C. Edu, solo l'incapacità personale del ricorrente a svolgere tali compiti avrebbe potuto giustificare il licenziamento (30).

La C. Edu è particolarmente rigorosa nel suo approccio alla giustificazione della discriminazione basata sul genere o sull'orientamento sessuale.

---

(29) C. Edu 19.6.2018, *Hülya Ebru Demirel c. Turchia*, ricorso n. 30733/08, par. 9.

(30) C. Edu 2.12.2014, *Emel Boyraz c. Turchia*, ricorso n. 61960/08.

In nessuno di questi casi il Governo ha fornito argomenti sulla necessità di una misura discriminatoria. Lo Stato ha invece sostenuto che le norme della Convenzione non sono applicabili nel caso in cui si tratti di un diritto non contemplato e garantito dalla Convenzione, vale a dire il diritto al reclutamento come dipendente pubblico (in *Demirel c. Turchia* il riferimento era all'assenza di un diritto di accedere a una determinata professione).

Nel caso *Boyraz*, la Corte ha osservato che in effetti il diritto al reclutamento al servizio civile è stato deliberatamente omissso dalla Convenzione (31). Ma ha ritenuto che la ricorrente dovesse essere considerata come un funzionario che era stato affidato al servizio civile e successivamente licenziato e ha riscontrato la violazione di entrambi gli articoli 8 e 14 della Cedu (32).

Quindi, 4 anni dopo, quando la Corte ha esaminato il caso *Demirel c. Turchia*, c'erano già spunti per considerare il caso come licenziamento per motivi discriminatori alla luce della Cedu. Tuttavia non era abbastanza chiaro come giustificare la valutazione di un rifiuto di essere assunti in una particolare posizione ai sensi dell'articolo 8, tanto che la Corte ha evitato questa difficoltà trattando il caso in maniera identica rispetto al caso *Emel Boyraz* e statuendo che, «per le ragioni elaborate in *Emel Boyraz*» (33), vi è stata una violazione dell'articolo 14 in combinato disposto con l'articolo 8 derivante dal rifiuto delle autorità di selezionare la ricorrente per il posto di agente di sicurezza e dal conseguente licenziamento.

Rimane discutibile se il rifiuto di essere impiegato possa costituire una violazione separata degli articoli 8 e 14. In molti casi, la C. Edu ha sottolineato che la Cedu non garantisce il diritto di ottenere un lavoro (34). Tuttavia, questa omissione non può essere interpretata come la riluttanza della Convenzione a riconoscere il carattere essenziale o fondamentale del diritto al lavoro; diritto che potrebbe essere ravvisato nell'articolo 8 alla luce dell'interpretazione che considera il lavoro come una parte in-

---

(31) *Ivi*, par. 41.

(32) Un anno prima, in *Volkov c. Ukraine* (C. Edu 9.1.2013, *Oleksandr Volkov c. Ukraine*, ricorso n. 21722/11), l'ingiustificato licenziamento di un giudice era stato ritenuto lesivo del diritto al rispetto della vita privata, con la conseguenza che lo Stato era stato obbligato a garantire la reintegrazione del ricorrente.

(33) *Ivi*, par. 35.

(34) C. Edu 20.3.2012, *Panfile c. Romania*, ricorso n. 13902/11, par. 18; C. Edu 10.2.2000, *Sobczyk c. Polonia*, ricorsi n. 25693/94 e n. 27387/95; C. Edu 15.9.2003, *Dragan Cakalic c. Croazia*, ricorso n. 17400/02; C. Edu 24.1.2012, *Torri e altri c. Italia*, ricorso n. 11838/07, e *Bucciarelli c. Italia*, ricorso n. 12302/07.



trinseca della vita privata. Come ha affermato A. Sen: «L'occupazione può essere un elemento di rispetto per se stessi e anche del rispetto delle altre persone nei confronti degli altri» (35). La stessa C. Edu ha affermato che, «nel corso della vita lavorativa, la maggior parte delle persone ha un'opportunità rilevante, se non la più rilevante, di sviluppare relazioni con il mondo esterno» (36). È inoltre diventata meno categorica sull'assenza di questo diritto all'interno della disposizione, riconoscendo in essa diritti dei ricorrenti strettamente connessi al diritto al lavoro. Ad esempio, in *Campagnano c. Italia* (37), la C. Edu ha riscontrato la violazione dell'articolo 8 poiché il ricorrente non era in grado di esercitare alcuna attività professionale o commerciale a causa dell'iscrizione del suo nome nel registro fallimentare. In *Mateescu c. Romania* (38) ha riscontrato la violazione dell'articolo 8 in quanto il richiedente non era autorizzato a praticare contemporaneamente due professioni nell'ambito dell'impiego privato.

La conclusione della Corte nella causa *Demirel c. Turchia* potrebbe essere aggiunta a questa giurisprudenza; tuttavia, la parte della sentenza che ha ritenuto il rifiuto di assumere la ricorrente in violazione della Cedu è rimasta priva di argomentazione (39). Il ragionamento ipotetico potrebbe coinvolgere anche l'articolo 3, che vieta il trattamento degradante, sviluppando ulteriormente l'argomentazione che si fonda sulla dignità del diritto al rispetto della vita privata, sancita dall'articolo 8, le cui basi potrebbero essere riscontrate in quel diritto, già riconosciuto, allo sviluppo personale e di stabilire e sviluppare relazioni con altri esseri umani e il mondo esterno (40). Forse questa opportunità è sembrata troppo discrezionale anche per la C. Edu, già nota per una certa discrezionalità giudiziaria.

Anche se non viene fornita alcuna motivazione per considerare un rifiuto discriminatorio di assumere una donna come violazione dell'articolo 8, questo giudizio è un passo significativo verso l'uguaglianza nel mercato del lavoro. I divieti di assumere donne in determinati mestieri o professioni esistono ancora in un certo numero di paesi europei. In Russia c'è una lista

---

(35) Sen 1996.

(36) C. Edu 16.12.1992, *Niemietz c. Germania*, ricorso n. 13710/88, par. 29.

(37) C. Edu 23.3.2006, *Campagnano c. Italia*, ricorso n. 77955/01.

(38) C. Edu 14.1.2014, *Mateescu c. Romania*, ricorso n. 1944/10.

(39) Si vedano i commenti di Timmer (2019).

(40) C. Edu 16.12.1992, *Niemietz c. Germania*, ricorso n. 13710/88, par. 29; C. Edu 9.1.2013, *Oleksandr Volkov c. Ukraine*, ricorso n. 21722/11, parr. 165-167.



di 456 posti di lavoro proibiti per le donne (41), e lo stesso si riscontra in alcuni altri Stati postsovietici come la Bielorussia, l'Azerbaigian, il Tagikistan, il Turkmenistan, il Kirghizistan, mentre in Ucraina (42), Georgia e Armenia tali liste sono state recentemente abrogate (43). Questa sentenza rappresenta un sostegno per le donne che lottano per la parità di diritti, dimostrando il pensiero unanime degli organismi internazionali che considerano le norme che vietano alle donne di svolgere determinate professioni o attività come violazioni dei loro diritti umani.

3.2. — *Casi riguardanti la privacy sul posto di lavoro* — Nel 2018, la C. Edu ha pubblicato una scheda informativa sulla sorveglianza in un luogo di lavoro che costituisce certamente una prova convincente dell'attenzione che la Corte dedica al tema della *privacy* sul luogo di lavoro e, in particolare, sulla questione dell'*e-monitoring* (44). Il numero crescente di casi — *Libert c. Francia* (45), *Bărbulescu c. Romania* (46), *Antović e Mirković c. Montenegro* (47), *López Ribalda c. Spagna* (48) — dimostra senza dubbio che lo sviluppo delle tecnologie porta inevitabilmente a un aumento delle modalità e delle forme di sorveglianza sul lavoro.

Nel 2018 la Corte ha esaminato due casi importanti: uno di questi (*Libert c. Francia*) aveva tratti simili al caso *Bărbulescu*, mentre l'altro (*López Ribalda c. Spagna*) aveva molto in comune con *Köpke c. Germania* (49). Il confronto di questi casi è utile per determinare i cambiamenti nell'approccio della Corte in relazione all'argomento della *privacy* sul posto di lavoro.

Nel 2016 la C. Edu non ha riscontrato la violazione dell'articolo 8 nel caso di un ingegnere che era stato licenziato per l'uso della rete internet

---

(41) Decreto del Governo della Federazione russa del 25 febbraio 2000, n. 162, «sull'approvazione della lista dei lavori pesanti e lavori con l'uso delle armi o pericolosi, la cui esecuzione è proibita alle donne».

(42) Decreto del ministro della Sanità dell'Ucraina, n. 256, del 21 dicembre 2017.

(43) *Professions Prohibited to Women - Gender Discrimination Human Rights Report of the Adc «Memorial»*, marzo 2018, disponibile su [https://adcmemorial.org/wp-content/uploads/forbidden\\_2018RUwww.pdf](https://adcmemorial.org/wp-content/uploads/forbidden_2018RUwww.pdf), 20 febbraio 2019.

(44) [https://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Workplace\\_surveillance\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Workplace_surveillance_ENG.pdf), 18 novembre.

(45) C. Edu 22.2.2018, *Libert c. Francia*, ricorso n. 588/13.

(46) C. Edu 5.9.2017, *Bărbulescu c. Romania*, ricorso n. 61496/08, Grande Camera, par. 80.

(47) C. Edu 28.11.2017, *Antović e Mirković c. Montenegro*, ricorso n. 70838/13.

(48) C. Edu 9.1.2018, *López Ribalda e altri c. Spagna*, ricorsi nn. 1874/13 e 8567/13.

(49) C. Edu 5.10.2010, *Köpke c. Germania*, ricorso n. 420/07.

aziendale per scopi personali dopo che i suoi messaggi personali erano stati letti dal datore di lavoro (*Bărbulescu c. Romania*). La Grande Camera ha riesaminato la causa e nel 2017 ha emesso la sentenza, decidendo, con 11 voti favorevoli, che lo Stato avesse violato gli obblighi positivi previsti ai sensi dell'articolo 8 ed elaborando un quadro dettagliato di ciò che dovrebbe essere tenuto in considerazione dai tribunali nazionali in tali casi (50).

Nel 2018 la Corte ha esaminato il caso *Libert c. Francia*, in cui il ricorrente è stato licenziato dopo che il sequestro del suo computer di lavoro aveva rivelato la conservazione di archivi pornografici e certificati falsi redatti per conto di terzi. A differenza di quanto affermato in *Bărbulescu*, questo ricorso è stato esaminato alla luce degli obblighi negativi e positivi dello Stato ai sensi dell'articolo 8, in quanto il ricorrente era impiegato in una società di proprietà statale. La Corte ha ritenuto che il controllo dei *file* nel computer del richiedente perseguisse il legittimo scopo di proteggere i diritti dei datori di lavoro, che legittimamente possono assicurarsi che i dipendenti utilizzino le strutture lavorative in linea con i loro obblighi e le normative pertinenti. Ha preso poi ad esempio la legge francese sulla protezione della *privacy* sul posto di lavoro, ritenendo che quella disciplina ha determinato una cornice adeguata per la protezione di tali diritti, in quanto i datori di lavoro non possono aprire *file* identificati come «privati» (*privé*) in assenza del dipendente. Qui dobbiamo notare che i *file* in questione erano stati contrassegnati dal ricorrente come «personali» e non «privati». Queste parole possono essere facilmente considerate come sinonimi, tanto che la Corte ha precisato che «è vero che, usando il termine “personale” piuttosto che “privato”, il richiedente ha utilizzato la stessa parola di quella contenuta nella giurisprudenza della Corte di Cassazione secondo cui un datore di lavoro non può, in linea di principio, aprire il *file* identificato come “personale” dal dipendente» (51), ma ciò nonostante ha proceduto alla conclusione che non vi fosse stata alcuna violazione, avendo preso in considerazione il caso nella sua «interezza» e considerando come sufficiente il ragionamento dei tribunali nazionali. Ha inoltre posto in evidenza la quantità di spazio di archiviazione sul suo computer di lavoro per memorizzare i *file* in questione (1.562 *file* che rappresentano un volume di 787 megabyte).

Crediamo che questo ragionamento sia piuttosto confuso, in particolare dopo l'adozione della sentenza della Grande Camera nel caso

---

(50) C. Edu 5.9.2017, *Bărbulescu c. Romania*, ricorso n. 61496/08, Grande Camera, par. 121.

(51) *Ibidem*, par. 52.

*Bărbulescu*. Non è chiaro a una prima lettura perché la Corte conceda meno protezione ai *file* personali memorizzati sul computer del datore di lavoro rispetto ai messaggi privati inviati attraverso l'*account* del datore di lavoro. Il riferimento della Corte alla «totalità» del caso lascia molto spazio alla speculazione; infatti uno dei motivi per il quale ha adottato un approccio meno rigoroso rispetto alla protezione della *privacy* sul posto di lavoro, se confrontato con altri casi, potrebbe derivare dalla natura stessa dei *file* scoperti dal datore. Laddove il caso *Bărbulescu* riguardava messaggi personali con parenti stretti su argomenti privati sensibili, nel presente caso sono stati trovati *file* pornografici e le prove delle frodi commesse dal richiedente. Presumibilmente il fatto che i giudici si siano focalizzati sulla semantica delle parole intese a mostrare la natura privata dei *file* invece di seguire il senso comune delle parole «privato» o «personale» ha consentito al tribunale nazionale di decidere in favore del datore di lavoro, che altrimenti non sarebbe stato in grado di scoprire la palese cattiva condotta del dipendente. La C. Edu ha sostenuto il suo punto di vista, suggerendo in tal modo che l'interpretazione del diritto al rispetto della vita privata sul lavoro potrebbe essere molto rigorosa e formale a fronte di atti illegali dei dipendenti.

In questo contesto, un'altra pronuncia della Corte è particolarmente interessante. *López Ribalda e altri c. Spagna* (52) ha riguardato azioni illecite commesse dai dipendenti di un supermercato, che sono stati licenziati dopo che la videocamera di sorveglianza segreta aveva registrato i loro furti. In questo caso, e in contrasto rispetto a quanto deciso nel caso *Köpke c. Germania*, in cui non c'erano regolamenti di monitoraggio sul posto di lavoro, lo Stato ha adottato l'interpretazione che ammetteva solo il sistema di videosorveglianza aperto. La Corte non ha condiviso il punto di vista dei tribunali nazionali sulla proporzionalità delle misure adottate dal datore di lavoro con l'obiettivo di proteggere il suo interesse e il suo diritto alla proprietà, perché ha considerato tali atti non conformi ai requisiti stabiliti nella legge sulla protezione dei dati. In particolare, il datore di lavoro non ha rispettato l'obbligo di informare preventivamente e in modo esplicito, preciso e inequivocabile gli interessati circa l'esistenza e le caratteristiche particolari di un sistema che raccoglie dati personali. Questo ha condotto la Corte a concludere che i tribunali nazionali non sono riusciti a trovare un giusto equilibrio tra il diritto dei richiedenti al rispetto della loro vita privata ai sensi dell'articolo 8 della Convenzione e l'interesse del loro datore

---

(52) Il caso è stato riesaminato dalla Grande Camera il 28.11.2018, ma la sentenza non è ancora disponibile.

di lavoro a proteggere i suoi diritti di proprietà (53). Supponiamo che questo sia un buon punto per escludere la videosorveglianza segreta sul posto di lavoro in quanto tale. In effetti, il datore di lavoro ha sempre altri modi e metodi meno intrusivi per stabilire il comportamento scorretto dei dipendenti.

3.3. — *Casi riguardanti il diritto alla reputazione* — *Vicent Del Campo c. Spagna*, cit., ha una rilevanza indiretta per il diritto del lavoro poiché concerne il diritto di un presunto autore di molestie sul lavoro a partecipare al procedimento civile contro il suo datore di lavoro.

Il ricorrente era stato accusato di molestie da parte di una collega che ha intentato una causa legale contro l'amministrazione regionale, in quanto la sua richiesta di risarcimento con il Dipartimento dell'istruzione del Governo regionale non era stata accolta entro il termine massimo. La Corte si è pronunciata a favore della vittima e ha concluso che la pubblica amministrazione fosse responsabile in quanto l'autorità per l'educazione non aveva fatto nulla per prevenire le molestie. La sentenza della Corte aveva citato il nome del signor Vicent Del Campo più volte e considerava come accertato che avesse molestato la collega. Appreso il caso sulla stampa locale, il ricorrente ha chiesto di accedere al fascicolo e di divenire parte del procedimento, ma la sua domanda è stata respinta in quanto in tali casi solo la pubblica amministrazione poteva intervenire come parte convenuta nel procedimento. Il ricorrente ha presentato allora ricorso dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo ritenendo che il suo diritto a un equo processo fosse stato violato, così come il diritto alla vita privata e a un ricorso effettivo. Affermava che la sentenza in cui si sosteneva che lui avesse commesso molestie, in un procedimento in cui lui non era parte, aveva costituito un'interferenza ingiustificata con il suo diritto all'onore e alla reputazione. La Corte ha esaminato il caso alla luce dell'articolo 8 solo dopo aver rilevato che esisteva in effetti un interesse pubblico alla trasparenza delle vicende giudiziarie, ma i tribunali nazionali avrebbero potuto omettere di menzionare il nome completo del richiedente invece di stigmatizzarlo e di conseguenza incidere in modo rilevante sulla sua professione, sul suo onore e la sua reputazione.

Pertanto, la C. Edu ha rilevato che, rispetto agli scopi legittimi perseguiti, l'ingerenza nel diritto del ricorrente al rispetto della sua vita privata era stata del tutto sproporzionata, e riteniamo che questo caso porterà alla

---

(53) C. Edu 9.1.2018, *López Ribalda e altri c. Spagna*, ricorsi n. 1874/13 e n. 8567/13, par. 69.

luce alcune lacune nella gestione dei casi di molestie sul lavoro. L'accento sull'obbligo del datore di lavoro di garantire condizioni di lavoro sicure potrebbe in alcuni casi portare all'esclusione del presunto colpevole dal procedimento instaurato innanzi il tribunale e quindi pregiudicare non solo i suoi diritti procedurali, ma anche il diritto alla reputazione.

4. — *Casi considerati ai sensi dell'articolo 11 della Convenzione* — Quest'anno, la Corte ha esaminato diversi casi relativi alla libertà di riunione pacifica. Nel caso *United Civil Aviation Trade Union e Csorba c. Ungheria* (54), la C. Edu ha rilevato che vietare una manifestazione di due ore per protestare contro i tagli programmati per i lavoratori aeroportuali da parte della polizia era stata un'ingerenza sproporzionata nei diritti dei sindacati e realizzava pertanto una violazione dell'articolo 11 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Altre due cause contro la Turchia hanno riguardato la sanzione imposta ad alcuni esponenti del sindacato per aver preso parte o aver promosso attività sindacali. Così, nella sentenza *Sadrettin Güler c. Turchia* (55), la Corte ha riscontrato che la sanzione disciplinare comminata a un rappresentante sindacale per aver partecipato a una manifestazione costituiva un'interferenza con il suo diritto previsto dall'articolo 11. In *Akarsubaşı e Alçiçek c. Turchia* (56), la stessa conclusione è stata raggiunta poiché erano stati multati alcuni dipendenti pubblici per il sol fatto di aver appeso un avviso di sciopero sul muro esterno di una scuola secondaria.

Relativamente al diritto di sciopero, i casi *Association of Academics c. Islanda* (57) e *Ognevenko c. Russia* (58) sono, a nostro avviso, di particolare interesse.

Nel primo caso, il sindacato ricorrente, rappresentato da 18 dei suoi sindacati membri, molti nel settore sanitario, ha sostenuto che la restrizione del diritto di sciopero durante il processo di contrattazione collettiva e l'introduzione di un arbitrato obbligatorio nella legge adottata nel 2015 ha violato la loro libertà di associazione. La C. Edu ha sottolineato che i tribunali nazionali hanno giustamente tenuto conto degli effetti dello sciopero nel settore sanitario e hanno concluso che le misure con-

---

(54) C. Edu 23.5.2018, *United Civil Aviation Trade Union e Csorba c. Ungheria*, ricorso n. 27585/13.

(55) C. Edu 24.4.2018, *Sadrettin Güler c. Turchia*, ricorso n. 56237/08.

(56) C. Edu 23.1.2018, *Akarsubaşı e Alçiçek c. Turchia*, ricorso n. 19620/12.

(57) C. Edu 7.6.2018, *Association of Academics c. Islanda*, ricorso n. 2451/16.

(58) C. Edu 20.11.2018, *Ognevenko c. Russia*, ricorso n. 44873/09.

testate potrebbero essere considerate come «necessarie in una società democratica». Come da tradizione, la Corte ha osservato che il diritto di sciopero non è assoluto (59) e ha sottolineato che le associazioni sindacali sono state comunque poste nelle condizioni di esercitare due degli elementi essenziali della libertà di associazione: il diritto di cercare di persuadere il datore di lavoro a sentire ciò che le stesse avevano da dire e il diritto di condurre negoziati nella contrattazione collettiva. Per queste ragioni, la Corte ha concordato con il giudizio complessivo operato dal Tribunale islandese e ha dichiarato la domanda irricevibile.

Il secondo caso riguardava il licenziamento di un macchinista che aveva preso parte a uno sciopero dal momento che la legge russa proibiva espressamente lo sciopero per il personale ferroviario. La C. Edu ha preso in considerazione le norme nazionali in materia, il diritto internazionale, la giurisprudenza delle organizzazioni internazionali per la tutela dei diritti umani e ha riscontrato che le norme russe che vietano il diritto di sciopero per il personale ferroviario non corrispondono agli standard internazionali. La Corte è stata restia a constatare che la ferrovia era un servizio essenziale e ha fatto riferimento alle conclusioni dell'Oil e del Comitato europeo dei diritti sociali a tale riguardo. La C. Edu ha osservato che il sindacato aveva notificato in anticipo alle ferrovie russe lo sciopero, che non era stato dichiarato illegale dai tribunali russi. Ha anche affermato che il licenziamento come sanzione aveva avuto un «effetto dissuasivo» sui membri del sindacato che partecipavano ad azioni sindacali. Queste constatazioni hanno portato la C. Edu alla conclusione che il licenziamento costituiva una restrizione sproporzionata del diritto alla libertà di associazione del ricorrente, violando l'articolo 11 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Va sottolineato che la Corte non ha menzionato che il divieto stesso equivaleva a una violazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo ed era una misura sproporzionata; tuttavia, questa posizione, implicitamente potrebbe essere letta tra le righe.

Nel 2007, la Corte costituzionale russa aveva esaminato la costituzionalità delle disposizioni che vietano il diritto di sciopero per il personale ferroviario e non aveva riscontrato alcuna violazione, in quanto il

---

(59) C. Edu 21.4.2015, *Junta Rectora Del Ertzainen Nazional Elkartasuna (Erne) c. Spagna*, ricorso n. 45892/09, par. 33; C. Edu 8.9.2015, *Trade Union in the Factory «4th November» c. ex Repubblica jugoslava di Macedonia*, ricorso n. 15557/10; C. Edu 21.4.2009, *Enerji Yapı-Yol Sen c. Turchia*, ricorso n. 68959/01, par. 32.

divieto era stato ritenuto giustificato dalla necessità di proteggere i diritti degli altri (60).

Pertanto, questa decisione è di notevole interesse per gli studiosi del diritto del lavoro in quanto concretizza un rapporto dialogico tra i diversi organismi per i diritti umani e rappresenta un nitido esempio dell'uso di altri strumenti internazionali da parte della C. Edu. In questa sentenza, la Corte ha esaminato le opinioni del Comitato europeo dei diritti sociali, del Comitato degli esperti dell'Oil e della Commissione per la libertà di associazione dell'Oil (61), che, unanimi nella definizione di servizi essenziali, sollecitavano la Russia a modificare la legislazione che vieta gli scioperi per personale ferroviario.

È auspicabile che questo giudizio spinga almeno (e finalmente) il Governo ad adottare un elenco di figure professionali del personale ferroviario a cui verrà indirizzato il divieto di sciopero, poiché difficilmente il divieto sarà completamente abrogato. Non sorprende invece che la C. Edu non abbia richiesto modifiche legislative come misura generale, poiché, secondo le nuove norme della legge costituzionale federale sulla Corte costituzionale della Federazione russa adottata nel 2015, quest'ultima ha ora la giurisdizione per decidere se è possibile eseguire una sentenza della C. Edu alla luce delle disposizioni della Costituzione russa. Pertanto, tenendo conto del fatto che la posizione della Corte costituzionale, espressa nel 2005, era contraria al parere della Corte europea dei diritti dell'uomo nel presente caso, è molto improbabile che venga applicata una misura generale di modifica della legislazione sul diritto di sciopero in Russia.

5. — *Conclusioni* — L'analisi dei casi rilevanti in materia di diritto del lavoro esaminati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nel 2018 conferma due tendenze, peraltro già evidenziate nella nostra precedente rassegna: da un lato, la Corte continua sulla strada dell'interpretazione estensiva dell'articolo 4, che ricomprende la concezione di tratta di esseri umani; dall'altro, i casi che hanno riguardato la *privacy* sul posto di lavoro diventano più frequenti, anche alla luce dell'applicazione delle nuove tecnologie digitali in ambiente lavorativo. Tuttavia, a nostro avviso, questi casi presentano alcune ambiguità nella definizione dei confini della *privacy* dei dipendenti sul luogo di lavoro.

Quest'anno la Corte ha espresso il suo atteggiamento negativo rispetto

---

(60) Sentenza della Corte costituzionale della Federazione russa 8.2.2007, n. 275-OP.

(61) C. Edu 20.11.2018, *Ognevenko c. Russia*, ricorso n. 44873/09, parr. 20-23, 26.

alle pratiche discriminatorie nei confronti delle donne, purtroppo ancora presenti in alcuni paesi, specie in relazione ai casi in cui l'impiego di manodopera femminile in specifiche professionalità è vietato senza una legittima giustificazione (cfr. *Hülya Ebru Demirel c. Turchia*, cit.). L'ultimo, ma non meno importante, passo in avanti della Corte riguarda il fatto che il riconoscimento indiretto del divieto di sciopero imposto sull'ampia lista del personale ferroviario in Russia è stato giudicato non in linea con l'articolo 11 della Cedu.

#### *Riferimenti bibliografici*

- Elliott J. (2014), *The role of consent in human trafficking*, Routledge.
- Sen A. (1996), *Emploi, Institutions et technologie: Quelques problèmes de politique générale*, in *Revue internationale de travail*, vol. 135, n. 3-4, 488 ss.
- Timmer A. (2019), *Of firearms and weak women: sex discrimination in Hülya Ebru Demirel c. Turchia*, 31.7.2018, in <https://strasbourgobservers.com/2018/07/31/of-firearms-and-weak-women-sex-discrimination-in-hulya-ebru-demirel-v-turkey/#more-4206>, accesso 20 febbraio.



## LAVORO PUBBLICO (\*)

PERIODO GENNAIO - APRILE 2019

*Gabriella Nicosia, Paola Saracini, Carla Spinelli (\*\*)*

SOMMARIO: 1. I primi passi del Governo gialloverde verso le pubbliche amministrazioni. — 2. La delega per la riforma del lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione: tempi, procedure e campo di applicazione. — 3. Gli spazi della contrattazione collettiva e il rapporto tra le fonti. — 4. L'annosa questione del risarcimento del danno derivante da prestazioni di lavoro in violazione di disposizioni imperative. — 5. Nuovi equilibri tra reclutamento e mobilità per soddisfare il fabbisogno di personale. — 5.1. Principi e criteri direttivi in materia di reclutamento. — 5.2. La rivisitazione della rilevanza strategica della mobilità. — 6. Ancora una riforma che scommette sulla meritocrazia. — 7. Un nuovo progetto per la dirigenza? Appunti per il legislatore che verrà.

1. — *I primi passi del Governo gialloverde verso le pubbliche amministrazioni* — Il percorso di riforma del lavoro alle dipendenze delle nostre amministrazioni – intrapreso dal governo Renzi e proseguito dal ministro Madia sotto l'egida del governo Gentiloni (1) – è appena concluso che eccoci, di nuovo, dinanzi a un progetto di complessivo rimaneggiamento delle regole che si spinge a coinvolgere anche il rapporto di lavoro dirigenziale. E così, dopo il d.d.l. Concretezza (2) e alcune norme contenute nei decreti Semplificazione (3) e Crescita (4), il 14 febbraio 2019, su proposta

---

(\*) Il lavoro è frutto di una riflessione comune, come il par. 1; i paragrafi 2, 3 e 4 sono ascrivibili a Paola Saracini, il paragrafo 5 a Carla Spinelli e i paragrafi 6 e 7 a Gabriella Nicosia.

(\*\*) Gabriella Nicosia è professoressa associata di Diritto del lavoro presso l'Università di Catania; Paola Saracini è professoressa associata di Diritto del lavoro presso l'Università del Sannio; Carla Spinelli è professoressa associata di Diritto del lavoro presso l'Università di Bari.

(1) Per il quale si rinvia a Nicosia *et al.* 2018, e ai *Quaderni di RGL*, n. 4, reperibile all'indirizzo <https://www.ediesseonline.it/quaderni-rgl/>.

(2) Per il quale si rinvia all'*Osservatorio del lavoro pubblico* pubblicato in *RGL*, n. 4.

(3) Nel decreto Semplificazioni sono stati apportati alcuni minimali correttivi al sistema dei vincoli sul salario accessorio (art. 11, d.l. n. 135/2018).

(4) Nel decreto Crescita si prevede, per Regioni e Comuni, la modifica dei limiti sulle assunzioni per il personale a tempo indeterminato (d.l. n. 34/2019, art. 33).

del ministro della p.a., Bongiorno, il Consiglio dei ministri ha approvato il d.d.l. intitolato «Deleghe al Governo per il miglioramento della pubblica amministrazione» e, successivamente, il 5 marzo 2019, il testo è stato presentato alla Presidenza del Senato della Repubblica (n. 1122/2019) (5). Questo Osservatorio è dedicato all'analisi delle diverse norme che lo compongono, ritenendo opportuno fornire al lettore una puntuale informazione sui passi già compiuti e sui possibili scenari futuri alla luce dei criteri e principi direttivi in esso contenuti.

Più in generale, due considerazioni sul metodo e nel merito.

Quanto al metodo, come già segnalato dalle parti sociali e in particolare dalla Cgil, su una materia così delicata e che coinvolge un numero tanto importante di lavoratori, si stigmatizza sia l'assenza di qualsiasi confronto prodromico alla presentazione del documento in esame, sia l'uso dello strumento della delega, che per sua natura limita la discussione parlamentare e il confronto democratico.

Venendo al merito, si segnala da subito il fatto che, sebbene i criteri e i principi non sempre siano declinati con estrema chiarezza, a una prima lettura sembrerebbe che il d.d.l. riproponga un «ritorno al passato» sia in termini di assetto tra le fonti, dove, almeno tra le righe, parrebbe riemergere il principio dell'inderogabilità della legge da parte della contrattazione collettiva, sia in riferimento al sistema di valutazione.

2. — *La delega per la riforma del lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione: tempi, procedure e campo di applicazione* — I decreti legislativi attuativi della delega sono destinati a intervenire su diverse fonti legislative. Questi, infatti, mirano a riformare la disciplina sul lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, c. 2, del d.lgs. n. 165 del 2001, anche mediante modifiche allo stesso decreto, ai d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, 18 agosto 2000, n. 267, 30 dicembre 1992, n. 502, e a ogni altra disposizione in materia. A tal proposito, è bene evidenziare come le deleghe in esame possano dar luogo anche a testi unici; infatti, tra i principi e i criteri direttivi contenuti nel d.d.l. si rinviene anche quello di «coordinare le disposizioni vigenti in materia di pubblico impiego apportando le modifiche necessarie per garantire la coerenza giuridica, logica e sistematica della normativa, anche attraverso l'elaborazione di testi unici» (art. 6, c. 2, lett. f). Un obiettivo, quest'ultimo già presente nella legge delega Madia, ma poi rimasto inattuato.

I tempi per l'emanazione dei decreti non sono particolarmente stretti,

---

(5) Il testo è reperibile in <http://www.senato.it/leg/18/BGT/Schede/Ddliter/51407.htm>.

dovendo essere adottati entro diciotto mesi dall'entrata in vigore della legge delega, fatto salvo il meccanismo di proroga contemplato dalle norme procedurali contenute nel comma 2 dell'art. 1. Quest'ultimo prevede, tra l'altro, la previa intesa in sede di Conferenza unificata Stato-Regioni-Province autonome-città e autonomie locali, nonché un secondo invio alle Camere, qualora il Governo non intenda conformarsi ai pareri espressi dalle Commissioni parlamentari sugli schemi di decreto originariamente trasmessi. Sul punto, com'è stato prontamente rilevato nel dossier dei Servizi e degli Uffici del Senato della Repubblica e della Camera dei deputati (A.S. n. 1122/2019), sarebbe opportuno valutare, anche alla luce della sentenza della Corte costituzionale del 25.11.2016, n. 251 (6), se la sede in cui sanire le suddette intese sia da individuare, per tutte le deleghe o per una parte di esse, anziché nella Conferenza unificata, nella Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome.

Si stabilisce altresì che, entro dodici mesi dall'entrata in vigore dei decreti legislativi richiamati, il Governo, sempre nel rispetto dei medesimi principi e criteri direttivi, potrà adottare uno o più decreti legislativi recanti disposizioni integrative e correttive (art. 1, c. 3).

Infine, il d.d.l. esplicita che le disposizioni richiamate dallo stesso si applicano anche al personale dei comparti dell'Istruzione e Ricerca e di quello della Sanità, ma solo qualora compatibili e ferma restando la specificità dei rispettivi ordinamenti.

3. — *Gli spazi della contrattazione collettiva e il rapporto tra le fonti* — Il comma 1 dell'art. 6 del d.d.l. recita: «L'esercizio della delega nella materia di cui al presente articolo è finalizzato a ridefinire gli ambiti di intervento della legge, della contrattazione collettiva e della contrattazione individuale, nella disciplina del rapporto di lavoro del personale pubblico non dirigenziale, valorizzando il principio per cui i dipendenti pubblici sono al servizio esclusivo della nazione». Nel comma 2 del medesimo articolo sono specificati i seguenti principi e criteri direttivi a cui, nell'esercizio della delega, il Governo dovrà attenersi: «specificare le ipotesi di inderogabilità delle disposizioni di legge da parte della contrattazione collettiva e individuale, nonché le ipotesi di inderogabilità delle disposizioni della contrattazione collettiva da parte dei contratti individuali di lavoro» (lett. a); «ridefinire gli ambiti di intervento della contrattazione collettiva integrativa, specificando i rapporti con la contrattazione collettiva nazionale e con le disposizioni di legge e semplificando il sistema dei controlli sulla stessa» lett. c.

---

(6) In [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

A una prima lettura non sembrano emergere particolari indicazioni. Se però consideriamo l'attuale assetto delle fonti recentemente ridisegnato dalla riforma Madia, che, nel riscrivere l'art. 2, c. 2, del d.lgs. n. 165/2001 (con il d.lgs. n. 75/2017), aveva riportato i rapporti tra legge e contrattazione collettiva (7) a un assetto più simile a quello precedente al 2009 in cui – come si ricorderà – si stabilì che le normative unilaterali potevano essere derogate da parte dei contratti soltanto nel caso in cui ciò fosse «espressamente previsto dalla legge», non sembra arcana la possibilità – già sollevata da qualcuno – che l'intento governativo sia quello di riportare le lancette dell'orologio indietro, per lo meno al periodo brunettiano, andando anche al di là del testo originario del d.lgs. n. 165/2001. Infatti, non si comprende che altro senso potrebbe avere la previsione che consente alla legge «di specificare le ipotesi di derogabilità [...] da parte della contrattazione collettiva», se non quello di un ritorno al passato. E ciò, tra l'altro, dovrebbe essere realizzato «ferma restando l'inderogabilità delle disposizioni di legge da parte della contrattazione individuale». Risultato abbastanza scontato e ribadito da un'espressione, quale quella appena riportata, che consentirebbe, però, al legislatore delegato di prevedere, *a contrario*, la derogabilità della contrattazione collettiva da parte del contratto individuale.

Mentre sui sistemi di controllo della contrattazione collettiva integrativa nella recente riforma non vi erano stati particolari interventi, in merito ai suoi spazi negoziali vi è da chiedersi cosa si voglia fare rispetto a quanto più recentemente previsto dalla riforma Madia. Come si ricorderà, infatti, quella riforma, oltre a ribadire un principio ormai consolidato nella disciplina del lavoro pubblico circa la subordinazione gerarchica del livello decentrato rispetto a quello nazionale (art. 40, c. 3-*bis*, d.lgs. n. 165/2001), prevede una serie di vincoli alla contrattazione integrativa non mediati dal contratto nazionale, ma posti direttamente dal legislatore, sia là dove indi-

---

(7) L'attuale formulazione dell'art. 2, c. 2, del d.lgs. 165/2001 recita infatti che: «le disposizioni di legge, regolamento o statuto, che introducano o che abbiano introdotto discipline dei rapporti di lavoro la cui applicabilità sia limitata ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche, o a categorie di essi, possono essere derogate nelle materie affidate alla contrattazione collettiva ai sensi dell'articolo 40, comma 1, e nel rispetto dei principi stabiliti dal presente decreto, [...] da successivi contratti o accordi collettivi nazionali e per la parte derogata non sono ulteriormente applicabili» In tal modo, veniva superata la formulazione introdotta con la legge n. 150/2009, secondo cui le normative unilaterali potevano essere derogate da parte dei contratti soltanto nel caso in cui ciò fosse «espressamente previsto dalla legge», e si andava anche al di là del testo originario del decreto del 2001, dove la derogabilità era prevista facendo salva «la legge [che] disponesse espressamente in senso contrario».

vidua (confermando rispetto alle scelte passate) una serie di materie escluse dalla contrattazione nazionale o consentite con precisi limiti (sanzioni disciplinari, valutazioni delle prestazioni per la corresponsione del trattamento accessorio, mobilità), sia ribadendo che le materie oggetto di partecipazione sono escluse dalla contrattazione integrativa. Quanto agli spazi negoziali della contrattazione integrativa, quindi, già oggi esistono precisi vincoli posti dallo stesso legislatore e dal contratto nazionale. In questa sede si può semplicemente rilevare che, guardando ai recenti contratti di comparto, si è visto che alcune materie oggetto di confronto (la forma più spinta di partecipazione) spesso si pongono in situazione di contiguità rispetto ad altre oggetto, al contrario, di contrattazione integrativa; scelta che potrebbe generare serie problematiche. Sul punto, però, tenuto conto della delicatezza e complessità del principio di libertà sindacale che anima le relazioni sindacali pure nel lavoro pubblico, forse sarebbe stato opportuno riprendere quanto già previsto nella legge delega Madia circa un potenziamento della «funzione di assistenza dell'Aran ai fini della contrattazione integrativa» (art. 17, c. 1, lett. *b*), e di cui non si rinviene traccia.

Il d.d.l., infine, si propone inoltre di «definire criteri e limiti per la determinazione dei vincoli finanziari alla contrattazione collettiva anche ai fini di cui all'articolo 48 del decreto legislativo n. 165 del 2001» (lett. *b*).

4. — *L'annosa questione del risarcimento del danno derivante da prestazioni di lavoro in violazione di disposizioni imperative* — Tra i principi e criteri direttivi cui il Governo deve attenersi nell'esercizio della delega, si rinviene anche la definizione dell'«entità e [del]le modalità di quantificazione del risarcimento del danno a favore del lavoratore nelle ipotesi di violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori mediante tipologie contrattuali flessibili o di lavoro autonomo» (art. 6, c. 2). Una questione che, specie in riferimento ai numerosissimi lavoratori della pubblica amministrazione assunti con contratti a tempo determinato, ha aperto la strada, negli anni, a un cospicuo contenzioso giudiziario anche in ambito europeo.

Come si ricorderà, l'art. 36, c. 5, d.lgs. n. 165/2001, applicabile anche al lavoro autonomo, prevede che «la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori, da parte delle pubbliche amministrazioni, non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le medesime pubbliche amministrazioni [...]». Il lavoratore interessato ha diritto al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative». Il d.d.l. Bongiorno dovrebbe, quindi, intervenire su questa norma andando a defi-

nire l'entità e le modalità di quantificazione del risarcimento del danno. Si tratta, a parere di chi scrive, di un'azione auspicabile in quanto una presa di posizione più netta circa l'esatta quantificazione del danno in caso di violazione di disposizioni imperative si porrebbe in linea con quanto richiede l'Unione europea. Quest'ultima, infatti, attraverso diverse sentenze della Corte di Giustizia, pur ritenendo legittimo un sistema sanzionatorio che non preveda la trasformazione di quei rapporti a tempo indeterminato, pretende che la sanzione risponda ai parametri della *dissuasività* e dell'*effettività*.

Andrà pertanto seguito con particolare attenzione l'*iter* attraverso cui si arriverà ad attuare questa parte del d.d.l. Infatti, per un verso, vi è da considerare la giurisprudenza interna che, in maniera diversificata, è andata via via quantificandola, sino ad arrivare a un orientamento della Cassazione a Sezioni Unite (8) – da molti a dire il vero criticato – che ha avallato la costruzione del cd. «danno comunitario», ossia il riconoscimento automatico di una somma a titolo di risarcimento del danno (da quantificarsi ai sensi dell'art. 28, c. 2, d.lgs. n. 81/2015) unita all'eventuale maggiore pregiudizio sofferto (la cui allegazione e dimostrazione spetterebbe, però, al lavoratore). Per altro verso, vi è da chiedersi come si relazionerà il Legislatore con quanto stabilito nella recente sentenza della Consulta n. 194 del 2018. Quest'ultima, come si ricorderà, pur riferendosi al meccanismo di risarcimento del danno in caso di licenziamento ingiustificato, ha dichiarato illegittimo un meccanismo automatico che, «nel prestabilire interamente la misura dell'indennità, la connota, oltre che come “certa”, anche come rigida, perché non graduabile in relazione a parametri diversi»; insomma, ad avviso della Corte costituzionale, nella determinazione del risarcimento del danno deve residuare un margine di discrezionalità non essendo possibile adoperare meccanismi fondati esclusivamente sull'automatismo del ristoro. E di questa conclusione occorrerà tener conto pure nel metter mano alla quantificazione del risarcimento nelle ipotesi di violazione di norme imperative in materia di lavori flessibili e di lavoro autonomo nelle pubbliche amministrazioni, in quanto le conclusioni cui giunge la Consulta in materia di risarcimento rischiano di essere applicabili anche all'ipotesi di risarcimento qui trattata.

5. — *Nuovi equilibri tra reclutamento e mobilità per soddisfare il fabbisogno di personale* — Per conseguire l'obiettivo che si è prefisso e, cioè, il miglioramento della pubblica amministrazione, il Legislatore delegante ha

---

(8) Cass. n. 5072 del 2016, S.U., e, più di recente, Cass. 30.3.2018. n. 7982.

ritenuto necessario intervenire anche con riferimento agli strumenti regolativi di cui le pubbliche amministrazioni si avvalgono per soddisfare il proprio fabbisogno di personale, dettando, quindi, principi e criteri direttivi in materia di reclutamento (art. 2) e mobilità (art. 5).

5.1. — *Principi e criteri direttivi in materia di reclutamento* — La finalità esplicitata nell'art. 2 del disegno di legge delega è ridefinire le modalità di accesso al pubblico impiego – anche con riferimento alle categorie dirigenziali, ma con l'esclusione del personale non contrattualizzato (art. 3, d.lgs. n. 165/2001) – intervenendo, tra l'altro, sulla riduzione dei costi e dei tempi delle procedure concorsuali.

Al tal proposito, assume rilievo, ad esempio, la previsione intesa a promuovere (ulteriormente) la diffusione dell'utilizzo degli strumenti informatici nelle prove selettive (art. 2, c. 2, lett. e), prioritariamente intesi ad accelerarne l'espletamento, ma che pure non mancano di risolversi in meccanismi – chi può dire quanto virtuosi – di contingentamento dei potenziali candidati.

È singolare rilevare come diverse disposizioni di indirizzo relative alla modernizzazione dei sistemi di reclutamento contenute nella legge Renzi-Madia n. 124 del 2015 (art. 17, c. 1, lett. a-f), che non sono state recepite nel d.lgs. n. 75/2017, in quanto il legislatore delegato ha adottato una linea di *self restraint* rispetto alle possibilità di azione offerte dalla delega (9), siano riproposte con caratteristiche alquanto simili nella legge delega di riforma della pubblica amministrazione del Governo in carica.

Si consideri, al riguardo, con riferimento alle modalità di accertamento delle competenze possedute dai candidati che partecipano alle procedure di reclutamento, l'indicazione di istituire prove differenziate, non solo di tipo teorico ma anche pratico, in relazione alle professionalità da reclutare.

Del tutto originale, invece, risulta l'indicazione di introdurre, tanto nella fase del reclutamento quanto in occasione delle progressioni di carriera, verifiche psico-attitudinali, per appurare il possesso di adeguate capacità di relazione e lavoro di gruppo. Al riguardo, nel dossier dei Servizi e degli Uffici del Senato della Repubblica e della Camera dei deputati, si esprimono condivisibili perplessità circa la valenza generale da assegnare a tale principio, tenuto conto che, ai sensi dell'art. 35, c. 3, lett. c, d.lgs. n. 165/2001, «le procedure di reclutamento sono intese a verificare il possesso dei requisiti attitudinali e professionali richiesti *in relazione alla posizione da ricoprire*».

---

(9) Riccobono 2018.



In continuità con gli indirizzi della legge Madia si pone anche l'opzione di favore per un modello di gestione delle procedure concorsuali centralizzato e valevole per tutte le amministrazioni. Così, si prevedono incentivi per le Regioni e gli enti territoriali (Province, città metropolitane, Comuni, comunità montane e loro consorzi e associazioni, nonché enti da questi controllati) che decidano di assumere dirigenti e figure professionali omogenee mediante concorsi pubblici unici, su base territoriale, da espletarsi secondo le modalità previste dall'art. 4, d.lgs. n. 101/2013, convertito con modifiche dalla l. n. 125/2013, e integrate dalla stessa legge delega (art. 2, c. 2, lett. *f*).

L'opzione di favore per la gestione accorpata delle procedure di reclutamento non è costituita tanto dalla previsione di incentivi, che, come si precisa nella relazione tecnica governativa, non saranno di ordine economico, ma emerge piuttosto dalle specifiche modalità di espletamento contemplate. In particolare, si prevede che tali concorsi unici saranno esentati dal previo esperimento delle procedure di mobilità volontaria (art. 30, d.lgs. n. 165/2001) e che sarà compito del Dipartimento della funzione pubblica curare gli adempimenti amministrativi connessi alla mobilità collettiva (art. 34-*bis*, d.lgs. n. 165/2001), verificando, dunque, preventivamente, la possibilità di ricollocare il personale eccedentario posto in disponibilità. La disposizione che suscita maggiore interesse, tuttavia, attiene all'individuazione dei commissari d'esame, che dovrà avvenire esclusivamente tra gli appartenenti all'albo nazionale dei componenti delle commissioni esaminatrici di concorso, da istituire presso il Dipartimento della funzione pubblica. All'albo, che potrà essere articolato anche su base regionale e per aree tematiche omogenee, potranno iscriversi anche soggetti collocati in quiescenza da non più di 4 anni, purché dotati di comprovata competenza ed elevata professionalità, nonché in possesso dei requisiti di compatibilità e moralità, in ossequio alle prescrizioni dell'art. 35, c. 3, lett. *e*, d.lgs. n. 165/2001, nonché dell'art. 35-*bis* dello stesso decreto, per finalità di contrasto alla corruzione. Vale la pena di segnalare che forme di preselezione dei componenti delle commissioni esaminatrici erano auspiccate anche dalla legge delega n. 124/2015.

La disposizione contenuta nell'art. 2 del disegno di legge delega Bongiorno che desta maggiori perplessità concerne la reintroduzione del giuramento, quale strumento di «rafforzamento dello spirito di servizio dei dipendenti pubblici nello svolgimento delle relative funzioni» (c. 2, lett. *g*). Tale previsione fa ridondare sulla causa del contratto individuale di lavoro del dipendente pubblico le previsioni costituzionali in tema di responsabilità dei dipendenti pubblici (art. 28), di disciplina e onore nell'adempimento



mento delle funzioni pubbliche (art. 54), di servizio esclusivo alla nazione da parte dei pubblici impiegati (art. 98), evocando un persistente rilievo dell'interesse pubblico nella relazione contrattuale, incompatibile con il modello regolativo privatistico (10) che, neanche in occasione di questa nuova proposta di riforma, è stato abbandonato dal Legislatore.

5.2. — *La rivisitazione della rilevanza strategica della mobilità* — Per quanto riguarda l'esercizio della delega in materia di procedure di mobilità, l'obiettivo che il legislatore dichiara di voler perseguire consiste nel «razionalizzare» la relativa disciplina. L'art. 5 del disegno di legge delega contiene, infatti, principi e criteri direttivi che riguardano le diverse tipologie di mobilità del personale attualmente disciplinate dal d.lgs. n. 165/2001.

La mobilità volontaria, come noto, è un istituto che permette di ricoprire posti vacanti in organico mediante passaggio diretto di personale tra amministrazioni (art. 30, d.lgs. n. 165/2001). Si configura quale ipotesi di cessione del contratto di lavoro, che si perfeziona con il rilascio del nulla osta da parte dell'amministrazione di appartenenza. Il legislatore prima e poi la giurisprudenza hanno confermato l'opzione di favore dell'ordinamento per la mobilità quale strumento privilegiato per coprire il fabbisogno di personale delle amministrazioni, rendendone obbligatorio il ricorso, rispettivamente, prima dell'espletamento di una procedura concorsuale (artt. 30, c. 2-*bis*, e 34, c. 6, d.lgs. n. 165/2001), nonché dello scorrimento di una graduatoria (11).

Il disegno di legge Bongiorno si propone di semplificare e rendere omogenee le procedure di mobilità volontaria (lett. *a*), limitando i casi che la rendono obbligatoria rispetto a nuove assunzioni ed eliminando la necessità del nulla osta dell'amministrazione di appartenenza (12), mantenendo sempre fermo, invece, l'obbligo di permanenza nella sede di prima destinazione per 5 anni. Quelle che possono sembrare mere modificazioni di carattere procedurale rivelano, in realtà, seppure non senza qualche contraddizione, la volontà di un profondo ripensamento delle finalità dell'istituto, che allo stato soddisfa l'interesse dell'amministrazione, sia in termini di risparmio di spesa che di compensazione tra carenze ed esuberi di personale (13). Quanto all'interesse del lavoratore, a sua maggior tutela si pongono i principi e criteri direttivi che promuovono trasparenza e pub-

---

(10) Barbieri 2018.

(11) Cass. 18.5.2017, n. 12559, in *FA Cons. Stato*, 2017, n. 7-8, 1515 ss.

(12) Ma vd., già, quanto dispone l'art. 30, c. 1, d.lgs. n. 165/2001.

(13) D'Onghia 2018.

blicità delle procedure di mobilità, tramite la loro pubblicazione sul sito delle amministrazioni e del Dipartimento della funzione pubblica (lett. *b*), e sanciscono criteri di preferenza per i soggetti che beneficiano delle tutele previste dalla l. n. 104/1992, oltre che per coloro che hanno figli di età inferiore ai tre anni (lett. *c*).

Con riferimento alla mobilità collettiva (lett. *d*) e, quindi, al collocamento in disponibilità del personale eccedentario, l'intervento del legislatore appare ispirato da un intento sanzionatorio, laddove stabilisce che debba essere prevista la risoluzione definitiva del rapporto di lavoro se il dipendente pubblico rifiuta due proposte di ricollocazione nell'arco temporale di 24 mesi. Per altro verso, in caso di conferimento di incarichi dirigenziali a personale esterno all'amministrazione, non sarà più necessario esperire la preventiva verifica dell'impossibilità di ricollocare il personale in disponibilità, iscritto nell'apposito elenco. Ancora, dunque, un'ipotesi di sterilizzazione del ricorso alla mobilità come strumento prioritario di soddisfacimento del fabbisogno di personale da parte delle amministrazioni.

Un altro tipo di mobilità è, poi, contemplata dalla nuova delega (lett. *ff*). Si prevede, infatti, l'estensione della disciplina posta dall'articolo 23-*bis* del d.lgs. n. 165 del 2001, per cui tutti i dipendenti pubblici (e non più solo i dirigenti e le categorie assimilate) potranno chiedere di essere collocati in aspettativa senza stipendio per maturare esperienze lavorative in organismi pubblici o privati. Se la mobilità è verso il privato, l'aspettativa potrà avere una durata massima di cinque anni e potrà essere rinnovata per una sola volta. La finalità sottesa alla previsione di questa forma di mobilità sembra potersi ricondurre alla promozione di un arricchimento delle competenze del personale, pur non potendosi escludere che si guardi, altresì, alla predisposizione di un viatico per la successiva cessazione del rapporto di lavoro con l'amministrazione di appartenenza.

È da sottolineare che la maggior parte delle disposizioni sin qui esaminate è già prevista nel d.d.l. Concretezza, a conferma dell'intendimento del legislatore di stabilizzarne la portata nel contesto di una revisione sistematica della vigente disciplina del lavoro pubblico contrattualizzato.

Una specifica previsione (lett. *e*), infine, di poco chiara collocazione in questo contesto, concerne la revisione della disciplina delle incompatibilità, di cui all'art. 53, d.lgs. n. 165/2001, per la quale si introducono ulteriori restrizioni. In particolare, si dispone di aggiornare e coordinare la disciplina degli incarichi ai dipendenti pubblici, riducendo i tipi di incarichi che non richiedono l'autorizzazione da parte della p.a. di appartenenza e stabilendo limiti al numero di quelli che possono essere autorizzati ogni 5 anni, in base alla natura, alla durata e al compenso. Si tratta di una previ-

sione che si potrebbe definire in un certo senso sintonica, nell'ispirazione, con quella relativa alla reintroduzione del giuramento; rispetto a quella, però, qui resta salvaguardata la dimensione contrattuale del rapporto di lavoro, con l'effetto di rafforzare l'obbligo di fedeltà dei pubblici dipendenti.

6. — *Ancora una riforma che scommette sulla meritocrazia* — Con riguardo alle parti del d.d.l. in commento che coinvolgono il rapporto di lavoro dirigenziale, va subito detto che diversi aspetti del sistema richiedevano, da tempo, un riordino ai fini della migliore chiarezza applicativa e che, quindi, un progetto di riforma è comunque da salutare con favore. Tuttavia, è spontaneo chiedersi se davvero sia proprio questo il progetto di riforma capace di risolvere tutte le criticità applicative emerse, nel tempo, rispetto alla disciplina del lavoro dirigenziale nelle p.a. Ma veniamo alla disamina di quella parte del disegno di legge a firma del ministro Bongiorno che coinvolge il rapporto di lavoro dei dirigenti (14). Di seguito, l'attenzione sarà indirizzata specificamente sugli articoli 3 e 4 del d.d.l. citato, rubricati rispettivamente «Delega per favorire il merito e la premialità» e «Delega per il riordino della disciplina della dirigenza»: ciò con la consapevolezza, già dichiarata, che si tratta, in generale, di un progetto di assegnazione di deleghe al Governo per il consueto «miglioramento della pubblica amministrazione».

Non avendo percezione dell'andamento temporale di questo progetto *in itinere*, né consapevolezza della reale potenzialità del medesimo di confluire in un testo di legge delega, e poi nei consequenziali decreti delegati, ci si limiterà, per il momento, a cogliere solo il *mood* normativo sotteso a questa nuova iniziativa riformatrice concernente la dirigenza pubblica, riservandoci di sviluppare un lavoro più puntuale di commento, in uno dei prossimi numeri dell'Osservatorio, magari quando il sistema potrà dirsi «a bocce ferme»: con una legge delega adottata.

Volendo provare a formulare una valutazione d'insieme del disegno di legge in questione, sembra possibile sostenere che il nuovo legislatore abbia lavorato mantenendo un piede saldamente ancorato nel passato e lo sguardo rivolto a un possibile futuro (15). Dalla lettura complessiva

---

(14) D.d.l. Atto Senato n. 1122, presentato il 5 marzo 2019, «Deleghe al governo per il miglioramento della pubblica amministrazione», in <http://www.senato.it/leg/18/BGT/Schede/Ddliter/51407.htm>.

(15) Secondo una eloquente immagine che ho già utilizzato in passato (Nicosia 2014) e che attinge a piene mani dalla nota canzone del cantautore Pierangelo Bertoli *A muso duro*.

del d.d.l. emerge, infatti, assai chiaro l'intento di voler salvaguardare molte delle disposizioni relative al passato impianto normativo in materia, sia pure intrecciandole con indubbie novità.

Dalla lettura delle norme qui in esame si deduce subito che anche questo nuovo progetto di riforma scommette sulla cultura del merito nonché sullo spasmodico bisogno di individuare e premiare i migliori, nel mai sopito bisogno di inoculare motivazione nelle p.a. e sanzionare in modo fisiologico i fannulloni. Attraverso, cioè, le leve motivazionali correlate ai processi di valutazione.

Da qui il tessuto normativo racchiuso nell'art. 3 del d.d.l. *de quo*. Questa norma promette di rilanciare metodologie e percorsi del monitoraggio e valutazione delle *performance* in modo da valorizzare chi ha lavorato meglio e premiarlo anche con incarichi migliori.

Nella relazione di accompagnamento si legge, infatti, che «... la delega ha la volontà di incentivare il riconoscimento e la valorizzazione del merito dei dipendenti pubblici rispetto al contributo prestato, anche in funzione del conferimento, rinnovo o revoca degli incarichi dirigenziali, nonché dell'individuazione di specifici sviluppi di carriera del personale dirigenziale e non».

Leggendo la norma si ha l'impressione di una volontà normativa finalizzata a conservare l'esistente e a rilanciare alcuni aspetti del sistema su cui sinora, in verità, poca attenzione è stata posta nelle amministrazioni.

Interessante pare, infatti, la tendenza ad affinare alcuni aspetti delle precedenti riforme in materia, rimasti ancora inattuati.

Si investe molto sui percorsi di *benchmarking*, oververosia della raccolta di dati sulle buone pratiche da confrontare e mettere a disposizione di tutte le amministrazioni, e si pone molta enfasi anche sulla *performance* organizzativa. Probabilmente, una volta che gli attori del sistema hanno accettato la valutazione della *performance* individuale, come tassello sistematico di routine, si ritiene di potere spingere con la rilevazione anche delle prestazioni dell'organizzazione complessivamente considerata. Insomma, l'odierno legislatore pare ritenere il sistema maturo anche per implementare questo aspetto rimasto nel limbo dell'incertezza all'indomani della riforma Brunetta.

Altro aspetto degno di attenzione è certamente quello correlato alla riaffermazione della necessaria concatenazione fra la possibilità, per i dirigenti, di percepire la retribuzione di risultato e l'avvenuta valutazione in modo differenziato dei propri collaboratori. Si dà mandato al legislatore delegato di inserire una vera presunzione (*iuris et de iure*) di valutazione negativa del dirigente ogniqualvolta il medesimo non abbia proce-

duto all'applicazione delle disposizioni in materia di valutazione specie con riguardo alla valutazione differenziata dei collaboratori.

Altro aspetto interessante è il mandato di coordinamento fra le nuove disposizioni e quello che resta del d.lgs. n. 286/1999. Finalmente ci si accorge che resistono previsioni ormai obsolete che si pongono anche in contrasto con tutte le riforme che dal 1999 in poi si sono succedute in materia di valutazione delle *performance*. Potrebbe essere questa l'occasione per chiarire definitivamente che ai percorsi di valutazione, posto che si tratta di atti che incidono sui rapporti di lavoro, non si applica la disciplina in materia di procedimento amministrativo.

Quanto poi ai soggetti preposti alla valutazione va segnalato che il d.d.l. in commento si pone certamente in linea di continuità con le precedenti riforme visto che rilancia la partecipazione dei soggetti utenti della p.a. Qualche dubbio emerge rispetto alla disposizione che rinvia a soggetti anche esterni alla p.a., dotati di particolare *expertise*, che dovrebbero svolgere una funzione di supporto. Si tratta di capire a chi si riferisce il legislatore, ma soprattutto quali saranno le modalità per individuarli.

7. — *Un nuovo progetto per la dirigenza? Appunti per il legislatore che verrà* — Non si può negare che la parte di maggior interesse nel disegno di legge, specie perché circondata da un'attesa che parte da lontano, è da ravvisare nel progetto di riforma del rapporto di lavoro dirigenziale.

Anche sotto questo profilo non si ravvisano grandi novità. Ciononostante, pare trattarsi pur sempre di un'occasione da cogliere, magari in sede di legislazione delegata, almeno per mettere ordine nelle parti della disciplina attuale che hanno determinato distonie applicative.

Accanto alle molte conferme dell'assetto esistente (16) si colgono alcune *chance* di opportuno rinnovamento. Va posta subito in evidenza quella correlata alla delega alla rielaborazione della fattispecie della responsabilità dirigenziale e di quella disciplinare.

Sicuramente va salutata con favore l'evidente voglia di distinguere le due fattispecie, e magari questo legislatore ha anche in mente di disciplinare in modo chiaro i due tipi di addebito, superando tutte le commistioni che sino a oggi hanno determinato una complicata applicazione delle correlate norme.

Si ricordi, infatti, che i due procedimenti sono diversi nelle modalità

---

(16) È assai ricorrente in molte norme l'indicazione di «confermare» le previsioni e i principi già esistenti, come quella relativa al principio di separazione fra indirizzo politico e gestione amministrativa, solo per fare un esempio.

di impostazione ma anche di attivazione, presupponendo il procedimento di addebito per responsabilità dirigenziale l'esperimento della preventiva valutazione, che non è, invece, necessario per procedere all'addebito della responsabilità disciplinare.

Chi scrive non nasconde la soddisfazione di verificare che è prevalsa la tesi della duplicità dei tipi di addebito rispetto alla diversa tesi che voleva la responsabilità dirigenziale espressione di quella disciplinare. Ciò rende più lineari i percorsi sul piano applicativo.

Occupandoci più da vicino delle disposizioni indirizzate al rapporto di lavoro dirigenziale nelle fasi costitutive e di sviluppo, vale la pena mettere in evidenza la previsione esplicita di una «presenza quotidiana nella sede di lavoro», che parrebbe sconfessare anni di affermazione dell'abbandono dell'obbligazioni di mezzi a vantaggio dell'obbligazione di risultato collegata all'incarico. Nel progetto originario della seconda privatizzazione degli anni 1997-1998, la mera presenza in ufficio non equivaleva certo al raggiungimento dell'obiettivo.

Nell'osservare poi complessivamente i vari commi dell'art. 4, in generale, seppure come si è detto non vi siano novità dirompenti, va evidenziata, per un verso, la sparizione del corso concorso come modalità di accesso alla categoria dirigenziale, almeno così pare, e, per l'altro, il ritorno al criterio della rotazione negli incarichi.

Si registra una inopportuna sovrapposizione fra accesso al rapporto di lavoro di base e accesso all'incarico di funzione dirigenziale. Quasi che il legislatore faccia fatica a focalizzare la dialettica elaborata dalla seconda privatizzazione degli anni 1997-1998 fra i due contratti (di base e di incarico).

Spiace, poi, verificare che non si è tenuta nel dovuto conto la diversificazione delle dirigenze afferenti alle diverse amministrazioni. Va detto, infatti, che se non si accetta il polimorfismo della figura dirigenziale (17) e il diverso modo di atteggiarsi dei relativi rapporti di lavoro, a seconda dell'amministrazione considerata, qualunque riforma del rapporto di lavoro dei dirigenti pubblici è destinata a incontrare indubbi problemi applicativi. Si pensi, solo per fare un esempio, alla questione della dirigenza scolastica.

---

(17) Sia consentito rinviare a Nicosia 2014.

*Riferimenti bibliografici*

- Barbieri M. (2018), *Il sinallagma nei contratti di lavoro per le pubbliche amministrazioni: un percorso storico-critico*, Cacucci, Bari.
- Carabelli U. (a cura di) (2019), *Il lavoro pubblico e la riforma Madia: organizzazione, gestione e valutazione*, in *Quaderni di RGL*, n. 4.
- D'Onghia M. (2018), *Organizzazione degli uffici e superamento delle dotazioni organiche*, in Esposito M. et al. (a cura di), *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Giappichelli, Torino, 77 ss.
- Nicosia G. (2014), *Sapere sapienziale e gestione responsabile del capitale umano nella riforma continua del lavoro pubblico*, in *LPA*, 351 ss.
- Nicosia G. et al. (2018), *Introduzione*, in *RGL*, n. 3, I, 403 ss.
- Riccobono A. (2018), *La nuova disciplina sugli organici tra opportunità e occasioni mancate*, in Garilli A. et al. (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze della p.a. dopo la «riforma Madia»*, Giappichelli, Torino, 21 ss.