

LA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA PERIODO LUGLIO 2015 - MARZO 2016

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

SOMMARIO: 1. Nozione di «lavoratore a tempo determinato» e principio di non discriminazione. — 2. Congedo parentale e diritti del padre lavoratore pubblico. — 3. Retribuzione dei giudici e discriminazione legata all'età. — 4. Mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda e nozione di «trasferimento di stabilimento». — 5. Lavoratori senza un luogo fisso o abituale di lavoro e nozione di «orario di lavoro». — 6. Corresponsione di un'indennità di fine rapporto di lavoro a termine destinata a compensare la precarietà e disparità di trattamento fondata sull'età. — 7. Libertà di circolazione dei lavoratori e nozione di «professione regolamentata». — 8. Lavoro a tempo parziale e diritto alle ferie annuali retribuite. — 9. Licenziamento collettivo: nozione. — 10. Ancora in tema di trasferimento d'azienda e mantenimento dei diritti dei lavoratori. — 11. Licenziamento discriminatorio e risarcimento del danno. — 12. Tutela dei lavoratori subordinati in caso di insolvenza del datore di lavoro. — 13. Lavoratori migranti (battellieri del Reno) e normativa previdenziale applicabile. — 14. Prestazioni di assistenza sociale e mantenimento dello *status* di lavoratore.

RAPPORTO DI LAVORO:

1. — *Nozione di «lavoratore a tempo determinato» e principio di non discriminazione* — Con la decisione del 9.7.2015 sul caso *Regojo Dans* (1) la Corte di Giustizia è intervenuta in relazione all'interpretazione della nozione di «lavoratore a tempo determinato» con riguardo alla vicenda di una lavoratrice spagnola, assunta presso il *Consejo de Estado* con la qualifica di «personale reclutato occasionalmente», ex art. 12 della *Ley n. 7/2007 del Estatuto básico del empleado público*, che si era vista respingere la domanda

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

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

(1) Corte di Giustizia Ue, sentenza 9.7.2015, C-177/14, *Maria José Regojo Dans c. Consejo de Estado* – Presidente M. Ilešič, Relatore A. Ó Caoimh, Avvocato Generale P. Mengozzi («Rinvio pregiudiziale – Politica sociale – Direttiva n. 1999/70/Ce – Accordo quadro Ces, Unice e Ceep sul lavoro a tempo determinato – Clausole 3 e 4 – Principio di non discriminazione – Personale «eventual» – Rifiuto di accordare una maggiorazione corrispondente allo scatto triennale di anzianità – Ragioni oggettive»).

volta a ottenere le maggiorazioni previste per gli impiegati pubblici dagli scatti triennali di anzianità.

La Corte di Giustizia ha in primo luogo puntualizzato come la nozione di «lavoratore a tempo determinato», ai sensi della clausola 3, punto 1, dell'Accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, concluso il 18.3.1999, contenuto in allegato alla Direttiva n. 1999/70/Ce, debba essere interpretata nel senso che si applica anche a una lavoratrice quale la ricorrente nel procedimento principale. Infatti, la mera circostanza che un lavoratore sia qualificato come «reclutato occasionalmente» sulla base del diritto nazionale o che il suo contratto di lavoro presenti taluni aspetti peculiari, quali un carattere temporaneo, una libera nomina o cessazione del rapporto di lavoro, o ancora la circostanza che si consideri che siffatto lavoratore svolga una missione di fiducia e di assistenza speciale, è priva di rilevanza sotto questo aspetto; diversamente opinando, si rischierebbe di rimettere seriamente in questione l'efficacia pratica dell'Accordo quadro e della Direttiva n. 1999/70 nonché la loro applicazione uniforme negli Stati membri, riservando a questi ultimi la possibilità di escludere, a loro discrezione, talune categorie di persone dal beneficio della tutela voluta da tali strumenti dell'Unione.

Di conseguenza, la Corte ha statuito che la clausola 4, punto 1, dell'Accordo quadro sul lavoro a tempo determinato deve essere interpretata nel senso che essa osti a una normativa nazionale che escluda, prescindendo da qualsiasi giustificazione per ragioni oggettive, il personale reclutato occasionalmente dal diritto di percepire una maggiorazione corrispondente allo scatto triennale di anzianità accordata, segnatamente, ai dipendenti di ruolo, quando, relativamente alla percezione della maggiorazione di cui trattasi, le due summenzionate categorie di lavoratori si trovano in situazioni comparabili; circostanza, quest'ultima, che spetta al giudice del rinvio verificare in concreto. Laddove il giudice nazionale ritenesse che la ricorrente abbia svolto, in qualità di personale reclutato occasionalmente, una funzione identica o analoga a quella svolta da un dipendente di ruolo del *Consejo de Estado* (o di un altro ente simile), l'unico elemento che sarebbe tale da differenziare la sua situazione da quella di un dipendente di ruolo sembrerebbe essere la natura temporanea del rapporto di lavoro. In un'ipotesi siffatta, la ricorrente in parola si troverebbe in una situazione comparabile a quella del menzionato dipendente di ruolo e si dovrebbe verificare se sussista o meno una ragione oggettiva che giustifichi la differenza di trattamento, non potendo tuttavia tale ragione oggettiva rinvenirsi unicamente nella natura temporanea del rapporto.

2. — *Congedo parentale e diritti del padre lavoratore pubblico* — Con la sentenza del 16.7.2015, sul caso *Maïstrellis* (2), la Corte di Giustizia – in relazione al caso di un magistrato greco, che si era visto respingere la domanda per la fruizione del congedo parentale retribuito in ragione del fatto che la moglie non lavorasse – ha statuito che le disposizioni delle Direttive n. 96/34/Ce del Consiglio, del 3.6.1996, come modificata dalla Direttiva n. 97/75/Ce del 15.12.1997, e n. 2006/54/Ce del 5.7.2006, riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego, debbono essere interpretate nel senso che le stesse ostano a una normativa nazionale – quale quella di cui all'art. 53, paragrafo 3, comma 3, del Codice greco del pubblico impiego – che neghi il diritto al congedo parentale a un dipendente pubblico quando la moglie non lavori o non eserciti alcuna professione, a meno che la stessa, a causa di grave malattia o disabilità, venga considerata non in grado di provvedere all'educazione di un bambino.

Alla luce dell'articolo 3 della Direttiva n. 2006/54, secondo la Corte, una disposizione quale quella di cui al procedimento principale, lungi dall'assicurare nella pratica la piena parità tra gli uomini e le donne nella vita lavorativa, è invece tale da perpetuare una distribuzione tradizionale dei ruoli tra gli uomini e le donne, mantenendo gli uomini in un ruolo sussidiario per quanto riguarda l'esercizio della funzione genitoriale e finendo quindi per realizzare una discriminazione diretta fondata sul sesso nei confronti dei padri dipendenti pubblici.

3. — *Retribuzione dei giudici e discriminazione legata all'età* — Con una decisione del settembre 2015 riguardante una vicenda tedesca, la Corte di Giustizia ha affrontato un caso di pretesa discriminazione in base all'età in relazione alla retribuzione dei giudici. Tema del contendere nel caso *Unland* (3) era la legge federale tedesca sul sistema retributivo dei pubblici

(2) Corte di Giustizia Ue, sentenza 16.7.2015, C-222/14, *Konstantinos Maïstrellis c. Ypourgos Dikaïosynis, Diafaneias kai Anthropinon Dikaïomaton* – Presidente L. Bay Larsen, Relatore M. Safjan, Avvocato Generale J. Kokott («Rinvio pregiudiziale – Politica sociale – Direttiva n. 96/34/Ce – Accordo quadro sul congedo parentale – Clausola 2, punto 1 – Diritto individuale al congedo parentale per la nascita di un bambino – Normativa nazionale che priva del diritto a un tale congedo il dipendente pubblico la cui moglie non lavora – Direttiva n. 2006/54/Ce – Parità di trattamento tra uomini e donne in materia di occupazione e impiego – Articoli 2, paragrafo 1, lettera a, e 14, paragrafo 1, lettera c – Condizioni di lavoro – Discriminazione diretta»).

(3) Corte di Giustizia Ue, sentenza 9.9.2015, C-20/13, *Daniel Unland c. Land Berlin* – Presidente R. Silva de Lapuerta, Relatore A. Arabadjiev, Avvocato Generale Y. Bot («Rinvio pregiudiziale – Politica sociale – Direttiva n. 2000/78/Ce – Parità di

dipendenti (*Bundesbesoldungsgesetz*), rimasta applicabile ai dipendenti pubblici e ai giudici federali sino al 30 giugno 2011, e ai dipendenti pubblici e giudici regionali del *Land Berlin* sino al 31 luglio 2011. Il signor Unland, giudice nel *Land* di Berlino, aveva proposto un ricorso contestando – nel passaggio dalla previgente legge federale sul sistema retributivo dei dipendenti pubblici al nuovo sistema retributivo – un’asserita discriminazione in base all’età in conseguenza del reinquadramento intervenuto.

La Corte di Giustizia, dopo aver osservato che l’articolo 3, paragrafo 1, lettera *c*, della Direttiva n. 2000/78/Ce dev’essere interpretato nel senso che le condizioni attinenti alla retribuzione dei giudici rientrano nell’ambito di applicazione di tale direttiva, ha stabilito che gli articoli 2 e 6, paragrafo 1, della Direttiva n. 2000/78 debbano essere interpretati nel senso che non ostano a una normativa nazionale, come quella di cui al procedimento principale, che definisca le modalità di avanzamento di carriera dei giudici già in servizio prima dell’entrata in vigore di tale normativa nell’ambito di un nuovo sistema di retribuzione, e che preveda che, a partire da un determinato livello retributivo, i giudici che alla data di riferimento stabilita per il passaggio al nuovo sistema avevano già raggiunto una determinata età beneficino di un incremento della retribuzione più rapido rispetto ai giudici di età inferiore alla data di riferimento stabilita per il passaggio al nuovo sistema. Inoltre, osserva la Corte, il diritto dell’Unione non obbliga a concedere con efficacia retroattiva ai giudici discriminati un importo pari alla differenza tra la retribuzione effettivamente percepita e quella corrispondente al livello massimo della loro classe retributiva, spettando comunque in ogni caso al giudice di rinvio verificare se sussistano tutti i presupposti stabiliti dalla giurisprudenza della Corte stessa affinché, ai sensi del diritto dell’Unione europea, possa sorgere una responsabilità della Repubblica federale di Germania. Quanto poi ai termini per fare valere i diritti, la Corte statuisce che il diritto dell’Unione non osta a una norma nazionale che preveda l’obbligo per un magistrato nazionale di far valere un diritto a prestazioni pecuniarie che non discendano direttamente dalla legge entro un termine relativamente breve, a condizione che tale norma rispetti i principi di equivalenza e di effettività. Spetterà naturalmente al giudice del rinvio verificare se tali condizioni siano soddisfatte.

trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro – Articoli 2, 3, paragrafo 1, lettera *c*, e 6, paragrafo 1 – Discriminazione diretta basata sull’età – Stipendio di base dei giudici – Regime transitorio – Nuovo inquadramento e successivo avanzamento di carriera – Perpetuazione della disparità di trattamento – Giustificazioni»).

4. — *Mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda e nozione di «trasferimento di stabilimento»* — Affrontando le questioni pregiudiziali nel caso portoghese *Ferreira da Silva e Brito et al.* la Corte di Giustizia, con la propria pronuncia del 9.9.2015 (4), ha in primo luogo puntualizzato che l'articolo 1, paragrafo 1, della Direttiva n. 2001/23/Ce del 12.3.2001, deve essere interpretato nel senso che la nozione «trasferimento di uno stabilimento» comprende anche una situazione nella quale un'impresa attiva nel mercato dei voli charter è liquidata dal suo azionista di maggioranza, che è a sua volta impresa di trasporto aereo, e nella quale, successivamente, quest'ultima subentra all'impresa liquidata riassumendone i contratti di locazione di aerei e i contratti di voli charter in vigore.

La Corte sottolinea come scopo della Direttiva n. 2001/23 quello di assicurare la continuità dei rapporti di lavoro esistenti nell'ambito di un'entità economica, a prescindere da un cambiamento del proprietario; il criterio decisivo, per stabilire se sussista un trasferimento, nel senso di tale direttiva, consiste dunque nel fatto che l'entità in questione conservi la sua identità, il che si desume in particolare dal proseguimento effettivo della gestione o dalla sua ripresa (5). La Corte ribadisce che, per determinare se questa condizione sia soddisfatta, si deve prendere in considerazione il complesso delle circostanze di fatto che caratterizzano l'operazione di cui trattasi, fra le quali rientrano in particolare il tipo d'impresa o di stabilimento in questione, la cessione o meno degli elementi materiali, quali gli edifici e i beni mobili, il valore degli elementi materiali al momento del trasferimento, la riassunzione o meno della maggior parte del personale da parte del nuovo imprenditore, il trasferimento o meno della clientela, nonché il grado di analogia delle attività esercitate prima e dopo la cessione e la durata di un'eventuale sospensione di tali attività. Questi elementi, tut-

(4) Corte di Giustizia Ue, sentenza 9.9.2015, C-160/14, *João Filipe Ferreira da Silva e Brito e altri c. Estado português*, Presidente e Relatore R. Silva de Lapuerta, Avvocato Generale Y. Bot («Rinvio pregiudiziale – Ravvicinamento delle legislazioni – Mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di imprese o di stabilimenti – Nozione di trasferimento di stabilimento – Obbligo di sottoporre una domanda di pronuncia pregiudiziale ai sensi dell'articolo 267, comma 3, TfUe – Pretesa violazione del diritto dell'Unione imputabile a un giudice nazionale avverso le cui decisioni non è possibile proporre un ricorso di diritto interno – Normativa nazionale che subordina il diritto al risarcimento del danno derivante da una simile violazione al previo annullamento della decisione che ha occasionato tale danno»).

(5) Vd., di recente, sul punto, la sentenza del 6.3.2014 sul caso italiano *Amatori et al.*, C-458/12.

tavia, sono soltanto aspetti parziali di una valutazione complessiva cui si deve procedere e non possono, perciò, essere valutati isolatamente.

La Corte inoltre precisa che l'articolo 267, comma 3, del TfUE deve essere interpretato nel senso che un giudice avverso le cui decisioni non siano esperibili ricorsi giurisdizionali di diritto interno è tenuto a sottoporre alla Corte di Giustizia dell'Unione europea una domanda di pronuncia pregiudiziale vertente sull'interpretazione della nozione di «trasferimento di uno stabilimento» di cui all'articolo 1, paragrafo 1, della Direttiva n. 2001/23, in circostanze quali quelle del procedimento principale, contraddistinte al contempo da decisioni divergenti di giudici di grado inferiore quanto all'interpretazione di tale nozione e da ricorrenti difficoltà d'interpretazione della medesima nei vari Stati membri. Infine, in materia di responsabilità dello Stato per i danni causati ai singoli a seguito di una violazione del diritto eurounitario commessa da un organo giurisdizionale avverso le cui decisioni non siano esperibili ricorsi giurisdizionali di diritto interno, la Corte statuisce che i principi sanciti dal diritto dell'Unione e dalla Corte stessa in materia devono essere interpretati nel senso che ostano a una normativa nazionale che richieda, come previa condizione, l'annullamento della decisione lesiva emessa da tale organo, allorché un simile annullamento è, in pratica, escluso.

5. — *Lavoratori senza un luogo fisso o abituale di lavoro e nozione di «orario di lavoro»* — Con la sentenza del 10.9.2015, C-266/2014 (6), la Corte di Giustizia ha affrontato una questione pregiudiziale sollevata nell'ambito di una controversia fra il sindacato spagnolo *Federación de Servicios Privados del sindicato Comisiones obreras (Cc.Oo.)*, da un lato, e un'impresa operante nel settore dell'installazione e manutenzione dei sistemi di sicurezza che aveva rifiutato di considerare che il tempo che i dipendenti impiegavano per gli spostamenti quotidiani tra il loro domicilio e i luoghi in cui si trovano il primo e l'ultimo cliente indicati dal datore di lavoro (il «tempo di spostamento domicilio-clienti») costituisse «orario di lavoro» ai sensi dell'articolo 2, punto 1, della Direttiva n. 2003/88/Ce.

(6) Corte di Giustizia Ue, sentenza 10.9.2015, *Federación de Servicios Privados del sindicato Comisiones obreras (Cc.Oo.) c. Tyco Integrated Security SL, Tyco Integrated Fire & Security Corporation Servicios SA*, Presidente M. Ileš, Relatore A. Ó Caoimh, Avvocato Generale Y. Bot («Rinvio pregiudiziale – Politica sociale – Direttiva n. 2003/88/Ce – Tutela della sicurezza e della salute dei lavoratori – Organizzazione dell'orario di lavoro – Articolo 2, punto 1 – Nozione di “orario di lavoro” – Lavoratori che non hanno un luogo di lavoro fisso o abituale – Tempo di spostamento tra il domicilio dei lavoratori e i luoghi in cui si trovano il primo e l'ultimo cliente»). Leggila in q. *Riv.*, 2016, n. 1, II, con nota di S. Zitti.

Secondo il giudice del rinvio, la distanza tra il domicilio di detti lavoratori e i luoghi dove essi erano chiamati a effettuare i loro interventi poteva variare considerevolmente e, a volte, superare anche i cento chilometri. I medesimi lavoratori dovevano inoltre recarsi una o più volte alla settimana presso gli uffici di un'agenzia logistica di trasporti nelle vicinanze del loro domicilio per ritirare del materiale, nonché le apparecchiature e i pezzi di ricambio di cui necessitavano per eseguire i loro interventi. Per l'espletamento delle proprie mansioni, i dipendenti disponevano ciascuno di un telefono cellulare che consentiva loro di comunicare a distanza con l'ufficio centrale di Madrid; un'applicazione installata sul loro telefono permetteva inoltre a tali lavoratori di ricevere quotidianamente, alla vigilia della giornata di lavoro, una tabella di viaggio con l'indicazione dei vari luoghi nei quali avrebbero dovuto recarsi nel corso di tale giornata, nell'ambito della loro zona territoriale e gli orari degli appuntamenti con i clienti; tramite un'altra applicazione, questi stessi lavoratori riportavano poi i dati relativi agli interventi effettuati e li trasmettevano al datore di lavoro, ai fini della registrazione degli incidenti incontrati e delle operazioni effettuate. La controversia era nata proprio dal fatto che la società datrice di lavoro non considerava come orario di lavoro il tempo di spostamento domicilio-clienti, assimilandolo dunque a un periodo di riposo.

La Corte di Giustizia ha chiarito che l'articolo 2, punto 1, della Direttiva n. 2003/88/Ce, del 4.11.2003, concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro, deve essere interpretato nel senso che, in circostanze come quelle appena descritte, nelle quali i lavoratori non hanno un luogo di lavoro fisso o abituale, debba considerarsi come «orario di lavoro», ai sensi di tale disposizione, anche il tempo impiegato dai lavoratori per gli spostamenti quotidiani tra il loro domicilio e i luoghi in cui si trovano il primo e l'ultimo cliente indicati dal loro datore di lavoro, osservando – in linea con le conclusioni dell'Avvocato Generale – che, poiché gli spostamenti richiesti sono intrinseci alla qualità di lavoratore che non ha un luogo di lavoro fisso o abituale, il luogo di lavoro di siffatti lavoratori non possa essere ridotto ai luoghi di intervento fisico degli stessi presso i clienti del loro datore di lavoro. Diversamente opinando, secondo la Corte, ci si porrebbe anche in contrasto con l'obiettivo di tutela della sicurezza e della salute dei lavoratori, perseguito dalla Direttiva n. 2003/88; obiettivo nel quale deve inquadrarsi la necessità di garantire ai lavoratori un periodo minimo di riposo: sarebbe, infatti, contrario a tale direttiva il fatto che il tempo di riposo dei lavoratori che non abbiano un luogo di lavoro abituale o fisso sia ridotto in ragione dell'esclusione dalla nozione di «orario di lavoro» del loro tempo di spostamento domicilio-clienti.

6. — *Corresponsione di un'indennità di fine rapporto di lavoro a termine destinata a compensare la precarietà e disparità di trattamento fondata sull'età* — Nel caso *O* (C-432/14) (7), la Corte ha affrontato nuovamente il principio di non discriminazione in ragione dell'età, con riguardo a un rinvio pregiudiziale proposto dal *Conseil de prud'hommes de Paris* nell'ambito di una controversia tra il lavoratore *O* e la società datrice di lavoro di quest'ultimo, in merito al rifiuto opposto dalla stessa di concedere al primo, al termine del suo contratto di lavoro a tempo determinato, un'indennità di fine rapporto, dal momento che la legislazione francese prevede che tale indennità non sia dovuta quando il contratto a termine venga concluso con un giovane per un periodo compreso nelle sue vacanze scolastiche o universitarie (8), come in effetti avvenuto nel caso di specie.

La Corte di Giustizia ha ritenuto che il principio di non discriminazione in ragione dell'età, sancito dall'articolo 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e al quale ha dato espressione concreta la Direttiva n. 2000/78/Ce del 27.11.2000, 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 esso non osta a una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, in virtù della quale un'indennità di fine rapporto, corrisposta a titolo di supplemento dello stipendio al termine di un contratto di lavoro a tempo determinato, quando il rapporto di lavoro non prosegua sulla base di un contratto a tempo indeterminato, non sia dovuta nel caso in cui il contratto sia stipulato con un giovane per un periodo compreso nelle sue vacanze scolastiche o universitarie.

La Corte ha infatti osservato che, considerando la situazione dei giovani che abbiano stipulato un contratto di lavoro a tempo determinato per un periodo compreso nelle loro vacanze scolastiche o universitarie non comparabile a quella delle altre categorie di lavoratori ammissibili all'indennità di fine rapporto, il legislatore nazionale non ha in alcun modo ol-

(7) Corte di Giustizia Ue, sentenza 1.10.2015, C-432/14, *O c. Bio Philippe Auguste Sarl*, Presidente J.C. Bonichot, Relatore A. Arabadjiev, Avvocato Generale E. Sharpston («Rinvio pregiudiziale – Politica sociale – Principi di parità di trattamento e di non discriminazione in ragione dell'età – Direttiva n. 2000/78/Ce – Parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro – Articolo 2, paragrafi 1 e 2, lettera a – Disparità di trattamento fondata sull'età – Comparabilità delle situazioni – Corresponsione di un'indennità di fine rapporto di lavoro a tempo determinato destinata a compensare la precarietà – Esclusione dei giovani che lavorano durante le loro vacanze scolastiche o universitarie»).

(8) Vd. art. L. 1243-10 del *Code du travail*.

trepassato i limiti del potere discrezionale di cui dispone in materia di politica sociale. Tale conclusione è apparsa alla Corte corroborata dalla circostanza che altre categorie di lavoratori dipendenti, che si trovano in situazioni comparabili in termini di precarietà ai sensi dell'articolo L. 1243-8, comma 1, del *Code du travail*, a quella del ricorrente nel procedimento principale, sono state parimenti escluse dall'articolo L. 1243-10 di detto codice dal beneficio dell'indennità di cui è causa: è quanto avviene, in particolare, per quanto riguarda i lavoratori dipendenti assunti in forza dell'articolo L. 1242-2, comma 1, del suddetto codice per assicurare, nelle condizioni previste da tale disposizione, la sostituzione di altri lavoratori dipendenti, o ancora dei lavoratori dipendenti assunti in base all'articolo L. 1242-2, comma 3, del medesimo codice per occupare posti di lavoro a carattere stagionale o per i quali, in determinati settori di attività definiti con decreto o mediante convenzione o accordo collettivo di lavoro esteso, sia uso costante non ricorrere a un contratto di lavoro a tempo indeterminato a motivo della natura dell'attività esercitata e del carattere per definizione temporaneo di tali posti di lavoro.

7. — *Libertà di circolazione dei lavoratori e nozione di «professione regolamentata»* — Con la decisione del 6.10.2015 nella causa *Brouillard* (9) la Corte di Giustizia ha affrontato una domanda di pronuncia pregiudiziale vertente sull'interpretazione degli artt. 45 e 49 TfUE e della Direttiva n. 2005/36/Ce, relativa al riconoscimento delle qualifiche professionali. La questione è stata sollevata nel quadro di una controversia tra il signor Brouillard e la commissione giudicatrice del concorso per l'assunzione di referendari presso la *Cour de Cassation* del Belgio, che aveva ritenuto di respingere la domanda dallo stesso presentata per l'iscrizione a detto concorso sulla base del fatto che, sebbene egli fosse titolare di diversi titoli di studio superiori, la Comunità francese del Belgio non aveva riconosciuto l'equipollenza del suo master a finalità professionale a uno dei gradi di dottorato, di laurea o di master in giurisprudenza conferiti in Belgio, e che egli non aveva seguito un programma di equipollenza presso un'università belga.

(9) Corte di Giustizia Ue, sentenza 6.10.2015, C-298/14, *Alain Brouillard c. Jury du concours de recrutement de référendaires près la Cour de Cassation, Stato belga*, Presidente e Relatore R. Silva de Lapuerta, Avvocato Generale E. Sharpston [«Rinvio pregiudiziale – Libera circolazione delle persone – Articoli 45 TfUE e 49 TfUE – Lavoratori – Impieghi nella pubblica amministrazione – Direttiva n. 2005/36/Ce – Riconoscimento delle qualifiche professionali – Nozione di “professione regolamentata” – Ammissione a un concorso per l'assunzione di referendari presso la *Cour de Cassation* (Belgio)»].

La Corte di Giustizia ha in primo luogo osservato come l'art. 45 TfUe debba essere interpretato nel senso che, da un lato, esso si applica a una situazione in cui il cittadino di uno Stato membro, residente e occupato in detto Stato membro, è titolare di un diploma ottenuto presso un altro Stato membro, di cui si avvale per chiedere la sua iscrizione a un concorso per l'assunzione di referendari presso la *Cour de Cassation* del primo Stato membro e, dall'altro, che una siffatta situazione non rientra nell'ambito dell'articolo 45, paragrafo 4, TfUe, relativo al possibile limite alla libertà di circolazione derivante dal carattere pubblico dell'impiego in questione, essendo il sig. Brouillard un cittadino dello Stato belga e riguardante l'eccezione in parola unicamente l'ipotesi dell'accesso di cittadini di *altri* Stati membri all'esercizio di determinate funzioni nell'amministrazione pubblica.

In secondo luogo, la Corte ha sostenuto che la Direttiva n. 2005/36/Ce debba essere interpretata nel senso che la funzione di referendario presso la *Cour de Cassation* non possa ritenersi una «professione regolamentata», ai sensi di tale direttiva, dal momento che la nozione di «professione regolamentata» abbraccia un'attività, o insieme di attività professionali, l'accesso alle quali e il cui esercizio, o una delle cui modalità di esercizio, sono subordinati direttamente o indirettamente, in forza di norme legislative, regolamentari o amministrative, al possesso di determinate qualifiche professionali. In mancanza di un'armonizzazione dei requisiti per l'accesso a una professione, gli Stati membri hanno il diritto di definire le conoscenze e le qualifiche necessarie all'esercizio di tale professione e di pretendere la produzione di un diploma che attesti il possesso di dette conoscenze e qualifiche (10): tuttavia, le disposizioni nazionali adottate a tale riguardo non possono costituire un ostacolo ingiustificato all'esercizio effettivo della libertà fondamentale garantita dall'art. 45 TfUe.

Di conseguenza, la Corte di Giustizia ha ritenuto che l'articolo 45 del TfUe debba essere interpretato nel senso che esso osti a che, in circostanze quali quelle di cui al procedimento principale, la commissione giudicatrice di un concorso per l'assunzione di referendari presso un organo giurisdizionale di uno Stato membro, quando esamina una domanda di partecipazione a tale concorso presentata da un cittadino di tale Stato membro, subordini tale partecipazione al possesso dei diplomi richiesti dalla normativa di detto Stato membro o al riconoscimento dell'equipollenza accademica di un diploma di master rilasciato dall'università di un altro Stato membro, senza prendere in considerazione l'insieme dei diplomi, certificati e altri titoli nonché l'esperienza professionale pertinente dell'interessato, effet-

(10) Cfr. le sentenze nei casi *Vlassopoulou*, C-340/89, e *Pešla*, C-345/08.

tuando un confronto tra le qualifiche professionali attestate da questi ultimi e quelle richieste da detta normativa. Spetterà al giudice del rinvio verificare se, in considerazione del complesso delle circostanze rilevanti nell'ambito del procedimento principale, la commissione giudicatrice si sia effettivamente conformata a quest'obbligo e, eventualmente, se l'interessato abbia adeguatamente dimostrato di possedere le qualifiche necessarie.

8. — *Lavoro a tempo parziale e diritto alle ferie annuali retribuite* — La sentenza dell'11.11.2015, sul caso inglese *Greenfield* (11), concerne il calcolo delle ferie annuali retribuite in relazione al lavoro reso con contratto a tempo parziale, laddove vi sia stato un aumento nell'orario di lavoro effettivamente svolto.

A fronte della domanda avanzata nei confronti del proprio datore di lavoro dalla signora Kathleen Greenfield per il pagamento di un'indennità per ferie non godute, il giudice britannico del rinvio (nella fattispecie, l'*Employment Tribunal* di Birmingham) aveva chiesto, in sostanza, se la clausola 4, punto 2, dell'Accordo quadro sul lavoro a tempo parziale e l'articolo 7 della Direttiva n. 2003/88/Ce sull'organizzazione dell'orario di lavoro dovessero essere interpretati nel senso che, in caso di aumento del numero di ore di lavoro effettuate da un lavoratore, gli Stati membri avessero l'obbligo o il divieto di prevedere che le ferie annuali retribuite già maturate, ed eventualmente godute, fossero ricalcolate (se del caso retroattivamente) sulla base del nuovo ritmo di lavoro di tale lavoratore e, nel caso in cui si dovesse procedere a un nuovo calcolo, se quest'ultimo dovesse riguardare unicamente il periodo durante il quale l'orario di lavoro di detto lavoratore fosse aumentato oppure tutto il periodo di riferimento.

La Corte, dopo aver rammentato che, secondo la propria costante giurisprudenza, il diritto di ogni lavoratore alle ferie annuali retribuite deve essere considerato un principio particolarmente importante del diritto sociale dell'Unione, al quale non si può derogare e la cui attuazione da parte delle autorità nazionali competenti può essere effettuata solo nei limiti esplicitamente indicati (12), ha ritenuto che la clausola 4, punto 2, dell'Accordo

(11) Corte di Giustizia Ue, sentenza 11.11.2015, C-219/14, *Kathleen Greenfield c. The Care Bureau Ltd*, Presidente e Relatore F. Biltgen, Avvocato Generale M. Szpunar («Rinvio pregiudiziale – Politica sociale – Accordo quadro sul lavoro a tempo parziale – Organizzazione dell'orario di lavoro – Direttiva n. 2003/88/Ce – Diritto alle ferie annuali retribuite – Calcolo delle ferie spettanti in caso di aumento dell'orario di lavoro – Interpretazione del principio “*pro rata temporis*”»).

(12) Vd. le sentenze 26.6.2001, *Bectu*, C-173/99, e 22.4.2010, *Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols*, C-486/08.

quadro sul lavoro a tempo parziale, concluso il 6.6.1997, contenuto nell'allegato della Direttiva n. 97/81/Ce del Consiglio, del 15.12.1997, come modificata dalla Direttiva n. 98/23/Ce del 7.4.1998, e l'articolo 7 della Direttiva n. 2003/88/Ce, del 4.11.2003, concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro, debbano essere interpretati nel senso che, in caso di aumento del numero di ore di lavoro effettuate da un lavoratore, gli Stati membri non abbiano l'obbligo di prevedere che le ferie annuali retribuite già maturate, ed eventualmente godute, siano ricalcolate retroattivamente sulla base del nuovo ritmo di lavoro di detto lavoratore. Tuttavia, la Corte ha puntualizzato che un nuovo calcolo deve essere effettuato per il periodo durante il quale l'orario di lavoro sia aumentato, come in effetti avvenuto nel caso di specie.

La Corte ha inoltre precisato che la clausola 4, punto 2, dell'Accordo quadro in materia di lavoro a tempo parziale e l'articolo 7 della già citata Direttiva n. 2003/88 devono essere interpretati nel senso che il calcolo delle ferie annuali retribuite spettanti al lavoratore dev'essere effettuato secondo gli stessi principi, indipendentemente dal fatto che si tratti di determinare l'indennità sostitutiva delle ferie annuali retribuite non godute dovuta nel caso in cui si ponga fine al rapporto di lavoro oppure di determinare il saldo delle ferie annuali retribuite in caso di mantenimento del rapporto di lavoro.

9. — *Licenziamento collettivo: nozione* — Con la sentenza *Pujante Rivera*, dell'11.11.2015 (13), la Corte di Giustizia, con riguardo a un caso spagnolo, interviene sulla nozione di licenziamento collettivo, chiarendo come l'articolo 1, paragrafo 1, comma 1, lettera *a*, della Direttiva n. 98/59/Ce del 20.7.1998, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di licenziamenti collettivi, debba essere interpretato nel senso che i lavoratori che beneficino di un contratto concluso a tempo determinato o per un compito determinato debbano essere considerati lavoratori «abituamente» impiegati, ai sensi di detta disposizione, nello stabilimento interessato. La Corte ricorda, infatti, che la nozione

(13) Corte di Giustizia Ue, sentenza 11.11.2015, C-422/14, *Cristian Pujante Rivera c. Gestora Clubs Dir Sl, Fondo de Garantía Salarial*, Presidente A. Tizzano, Relatore F. Biltgen, Avvocato Generale J. Kokott («Rinvio pregiudiziale – Politica sociale – Licenziamenti collettivi – Direttiva n. 98/59/Ce – Articolo 1, paragrafo 1, comma 1, lettera *a* – Nozione di “lavoratori abitualmente impiegati” nello stabilimento interessato – Articolo 1, paragrafo 1, comma 2 – Nozioni di “licenziamento” e di “cessazioni di contratti di lavoro assimilabili a un licenziamento” – Modalità di calcolo del numero di lavoratori licenziati»).

di «lavoratore» non può essere definita mediante rinvio alle normative degli Stati membri, bensì deve trovare autonoma e uniforme interpretazione nell'ordinamento giuridico dell'Unione (14). Tale nozione, secondo la giurisprudenza consolidata della Corte dalla stessa richiamata, deve essere definita in base a criteri obiettivi che caratterizzino il rapporto di lavoro sotto il profilo dei diritti e degli obblighi delle persone interessate, e la caratteristica essenziale del rapporto di lavoro è la circostanza che una persona fornisca, per un certo periodo di tempo, a favore di un'altra e sotto la direzione di quest'ultima, prestazioni in contropartita delle quali riceva una retribuzione (15): non può dunque esservi dubbio che anche le persone impiegate con un contratto a tempo determinato rientrino nella nozione di «lavoratore» come sopra specificata.

La Corte precisa poi che, al fine di accertare l'esistenza di un «licenziamento collettivo», ai sensi dell'articolo 1, par. 1, comma 1, lettera *a*, della Direttiva n. 98/59 (16), la condizione, prevista nel comma 2 di tale disposizione, che «i licenziamenti siano almeno cinque» dev'essere interpretata nel senso che essa non riguarda le cessazioni di contratti di lavoro *assimilate* a un licenziamento, bensì esclusivamente i licenziamenti in senso stretto. Gli eurogiudici chiariscono infine che la Direttiva n. 98/59 deve essere interpretata nel senso che il fatto che un datore di lavoro proceda, unilateralmente e a svantaggio del lavoratore, a una modifica sostanziale degli elementi essenziali del contratto di lavoro per ragioni non inerenti alla persona del lavoratore stesso rientra nella nozione di «licenziamento» di cui all'articolo 1, paragrafo 1, comma 1, lett. *a*, della medesima Direttiva.

10. — *Ancora in tema di trasferimento d'azienda e mantenimento dei diritti dei lavoratori* — In tema di trasferimento d'azienda, con la recente decisione del 26 novembre 2015 sul caso spagnolo *Administrador de Infraestructuras Ferroviarias* (di seguito Adif) (17), la Corte di Giustizia ha

(14) Cfr. sentenza 9.7.2015, *Balkaya*, C-229/14.

(15) Vd., di recente, anche la sentenza 13.2.2014, *Commissione c. Italia*, C-596/12.

(16) Trasposta nell'ordinamento spagnolo per mezzo dell'articolo 51 della legge sullo Statuto dei lavoratori – *Ley del Estatuto de los Trabajadores* – del 24.3.1995.

(17) Corte di Giustizia Ue, sentenza 26.11.2015, C-509/14, *Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (Adif) c. Luis Aira Pascual, Algepos Terminal Ferrovias SÍ, Fondo de Garantía Salarial*, Presidente e Relatore F. Biltgen, Avvocato Generale E. Sharpston («Rinvio pregiudiziale – Direttiva n. 2001/23/Ce – Articolo 1, paragrafo 1 – Trasferimenti d'impresa – Mantenimento dei diritti dei lavoratori – Obbligo di riassunzione dei lavoratori da parte del cessionario – Impresa pubblica incaricata di prestare un servizio pubblico – Fornitura del servizio da parte di un'altra impresa in for-

avuto modo di puntualizzare che l'articolo 1, paragrafo 1, della Direttiva n. 2001/23/Ce del Consiglio, del 12.12.2001, deve essere interpretato nel senso che rientra nell'ambito di applicazione di tale direttiva anche la situazione in cui un'impresa pubblica (come, appunto, nel caso di specie risultava essere l'Adif, operante a Bilbao), incaricata di esercitare un'attività economica di movimentazione di unità di trasporto intermodale, affidi, con un contratto di gestione di servizi pubblici, la gestione di tale attività a un'altra impresa (nel caso di specie, l'*Algeposa Sl*), mettendo a disposizione di quest'ultima le infrastrutture e le attrezzature necessarie di cui essa è proprietaria, e in seguito decida di porre termine a tale contratto senza riassumere il personale di quest'ultima impresa, con la motivazione che in futuro avrebbe gestito essa stessa detta attività con il proprio personale.

La Corte – con riferimento alla mancata riassunzione, da parte dell'Adif, del personale dell'*Algeposa* – rileva di aver già in passato dichiarato che la non avvenuta riassunzione, da parte del nuovo imprenditore, di una quota sostanziale, in termini di quantità e di competenze, del personale che il suo predecessore destinava all'esecuzione della stessa attività non è sufficiente a escludere l'esistenza di un trasferimento di un'entità che mantenga la sua identità ai sensi della Direttiva n. 2001/23 in un settore (come quello di cui trattasi nel procedimento principale) in cui l'attività si basa sostanzialmente sulle attrezzature; di conseguenza, la mancata riassunzione dei lavoratori dell'*Algeposa* da parte dell'Adif non consente di escludere che l'entità economica in esame nel procedimento principale abbia mantenuto la propria identità e quindi di escludere l'esistenza di un trasferimento d'impresa ai sensi della medesima direttiva.

11. — *Licenziamento discriminatorio e risarcimento del danno* — La sentenza del 17.12.2015 sul caso *Arjona Camacho* (18) interviene sul tema dell'adeguatezza degli strumenti riparatori/risarcitori in caso di licenziamento discriminatorio, statuendo che l'articolo 18 della Direttiva n.

za di un contratto di gestione di servizi pubblici – Decisione di non prorogare tale contratto dopo la scadenza – Mantenimento dell'identità dell'entità economica – Attività che si basa essenzialmente sulle attrezzature – Mancata riassunzione del personale»).

(18) Corte di Giustizia Ue, sentenza 17.12.2015, C-407/14, *Maria Auxiliadora Arjona Camacho c. Securitas Seguridad España SA*, Presidente L. Bay Larsen, Relatore M. Safjan, Avvocato Generale P. Mengozzi («Rinvio pregiudiziale – Politica sociale – Direttiva n. 2006/54/Ce – Parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego – Licenziamento a carattere discriminatorio – Articolo 18 – Risarcimento o riparazione del danno effettivamente subito – Carattere dissuasivo – Articolo 25 – Sanzioni – Danni punitivi»).

2006/54/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5.7.2006, riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego, deve essere interpretato nel senso che, affinché il danno subito a causa di una discriminazione fondata sul sesso sia effettivamente riparato o indennizzato in modo dissuasivo e proporzionato, tale articolo impone agli Stati membri che optano per la forma pecuniaria di introdurre nei rispettivi ordinamenti giuridici nazionali, secondo le modalità da questi fissate, disposizioni che prevedano il versamento alla persona lesa di un risarcimento che copra integralmente il danno subito.

Nel caso di specie, la signora Arjona Camacho risultava essere stata assunta nel 2012 in qualità di agente di sicurezza dalla *Securitas Seguridad España*, per lavorare a tempo pieno in uno stabilimento penitenziario minorile a Cordoba (Spagna) e, due anni dopo, la stessa lamentava di essere stata licenziata.

Il licenziamento era stato impugnato dalla lavoratrice davanti al giudice del lavoro di Cordoba (*Juzgado de lo Social*) contestandone il carattere discriminatorio in ragione del sesso. Il giudice del lavoro spagnolo, dovendo determinare l'entità del risarcimento da attribuire alla lavoratrice, aveva sollevato una questione pregiudiziale chiedendo alla Corte di Giustizia se, in applicazione dell'articolo 18 della Direttiva n. 2006/54, secondo la quale il danno deve essere riparato o indennizzato in modo *dissuasivo*, esso avrebbe dovuto concedere alla sig.ra Arjona Camacho un risarcimento superiore rispetto al risarcimento integrale del danno subito, sotto forma di *danni punitivi* (non contemplati nell'ordinamento spagnolo).

La Corte rileva come l'articolo 25 della Direttiva n. 2006/54 permette, ma non impone, agli Stati membri di adottare provvedimenti che prevedano il versamento (anche) di eventuali danni punitivi alla vittima di una discriminazione fondata sul sesso. Inoltre, viene ricordato come l'articolo 27, par. 1, della medesima Direttiva preveda che gli Stati membri possano introdurre o mantenere, per quanto riguarda il principio della parità di trattamento, disposizioni più favorevoli di quelle fissate nella direttiva stessa. Nel caso di specie, tuttavia, la Corte osserva come lo stesso giudice del rinvio spagnolo sottolinei l'assenza nel proprio ordinamento della nozione di «danni punitivi». In tali condizioni, in assenza di una disposizione dell'ordinamento nazionale che permetta il versamento di danni punitivi a una persona lesa da una discriminazione fondata sul sesso, la Corte puntualizza come l'articolo 25 della Direttiva n. 2006/54 non preveda che il giudice nazionale possa esso stesso condannare l'autore della suddetta discriminazione a risarcire danni di tale tipo.

12. — *Tutela dei lavoratori subordinati in caso di insolvenza del datore di lavoro* — Oggetto della pronuncia del 25.2.2016 nel caso *Grecia c. Stroumpoulis et al.* (19), è la Direttiva n. 80/987/Cee in materia di riavvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative alla tutela dei lavoratori subordinati in caso di insolvenza del datore di lavoro. Nella vicenda che ha originato il rinvio pregiudiziale i lavoratori, marinai greci residenti in Grecia e impiegati su nave battente bandiera di uno Stato terzo (Malta) avevano agito contro la Repubblica ellenica per ottenere il risarcimento del danno per l'asserita errata trasposizione della direttiva europea sopra citata, contestando il mancato riconoscimento della tutela sulla base di una pretesa applicazione di altra disposizione, concernente l'abbandono di marittimi all'estero.

Infatti, la nave su cui erano imbarcati era rimasta ferma nel porto del Pireo dal mese di settembre 1992 per sequestro e sarebbe dovuta andare in noleggio nell'estate del 1994. Non avendo percepito retribuzione per il periodo successivo all'assunzione durante il quale erano rimasti sulla nave in attesa del noleggio mai avvenuto, i resistenti nel procedimento principale avevano denunciato i relativi contratti e, con sentenza n. 1636/1995, il *Monomeles Protodikeio Peireos* (Tribunale monocratico di primo grado del Pireo) aveva condannava la società proprietaria della nave a versare ai resistenti le somme, maggiorate degli interessi legali, corrispondenti alla loro retribuzione, alle spese di sostentamento sulla nave, ai congedi e all'indennità di licenziamento. Dopo essere stata oggetto di una serie di misure cautelari, la nave in questione era stata venduta all'asta nel 1995, e nel medesimo anno la società proprietaria della nave era stata dichiarata fallita. Pur avendo dichiarato i loro crediti, i lavoratori non avevano però potuto, per mancanza di residui attivi, ricevere alcun pagamento nell'ambito del fallimento.

(19) Corte di Giustizia Ue, sentenza 25.2.2016, C-292/14, *Elliniko Dimosio c. Stefanos Stroumpoulis, Nikolaos Koumpanos, Panagiotis Renieris, Charalampos Renieris, Ioannis Zacharias, Dimitrios Lazarou, Apostolos Chatzizotiriou*, Presidente L. Bay Larsen, Relatore A. Prechal, Avvocato Generale P. Cruz Villalón («Rinvio pregiudiziale – Direttiva n. 80/987/Cee – Ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative alla tutela dei lavoratori subordinati in caso di insolvenza del datore di lavoro – Ambito di applicazione – Crediti retributivi non pagati di marinai che lavorano su nave battente bandiera di uno Stato terzo – Datore di lavoro con sede statutaria in tale Stato terzo – Contratto di lavoro regolato dalla legge del medesimo Stato terzo – Fallimento del datore di lavoro dichiarato in uno Stato membro nel quale abbia la sua sede effettiva – Articolo 1, paragrafo 2 – Allegato, punto II, A – Normativa nazionale che garantisce i crediti retributivi non pagati dei marinai unicamente in caso di abbandono di questi ultimi all'estero – Livello di tutela non equivalente a quello istituito dalla Direttiva n. 80/987»).

La Corte di Giustizia ha osservato che la Direttiva n. 80/987/Cee deve essere interpretata nel senso che, fatta salva l'eventuale applicazione dell'articolo 1, paragrafo 2, della stessa, marinai residenti in uno Stato membro e ingaggiati in detto Stato da una società che abbia sede statutaria in uno Stato terzo, ma sede effettiva nel medesimo Stato membro, per prestare lavoro subordinato a bordo di una nave da crociera appartenente a detta società e battente bandiera di detto Stato terzo, in esecuzione di un contratto di lavoro che designi come legge applicabile la legge di questo stesso Stato terzo, devono, qualora un organo giurisdizionale dello Stato membro interessato dichiari fallita detta società, poter beneficiare della tutela istituita da detta direttiva relativamente ai crediti retributivi non pagati che essi vantano.

Di conseguenza, l'articolo 1, paragrafo 2, della Direttiva n. 80/987/Cee deve essere interpretato nel senso che, nell'ipotesi di lavoratori che versino in una situazione come quella dei resistenti nel procedimento principale, non costituisce una «tutela equivalente a quella che risulta dalla [medesima] direttiva», ai sensi di detta disposizione, una tutela come quella istituita dall'articolo 29 della legge greca n. 1220/1981, che integra e modifica la normativa attinente all'ente di gestione del porto del Pireo, in caso di abbandono di marinai all'estero, intervenendo la stessa solo in caso di abbandono di marinai all'estero e non, come prescrive invece la Direttiva n. 80/987, al sopraggiungere dell'insolvenza del datore di lavoro. Si segnala che nel giudizio era intervenuto anche il Governo italiano, secondo il quale, in un caso quale quello di specie, la circostanza che il Considerando 1 della Direttiva n. 80/987 si riferisca alla necessità di un equilibrato sviluppo economico e sociale nella Comunità avrebbe dovuto portare alla conclusione che i crediti retributivi vantati da tali lavoratori verso un datore di lavoro quale quello di cui alla causa principale sarebbero dovuti essere esclusi dall'ambito di applicazione della tutela istituita dalla direttiva. La Corte di Giustizia ha tuttavia respinto tali argomentazioni.

SICUREZZA SOCIALE:

13. — *Lavoratori migranti (battellieri del Reno) e normativa previdenziale applicabile* — Con la decisione del 9.9.2015 nelle cause riunite C-72/14 e C-197/14 (20), la Corte di Giustizia è intervenuta in sede di rinvio pre-

(20) Corte di Giustizia Ue, sentenza 9.9.2015, in cause riunite C-72/14 e C-197/14, *X c. Inspecteur van Rijksbelastingdienst* (C-72/14), e *T.A. van Dijk c. Staatssecretaris van*

giudiziale in relazione a due vertenze assai peculiari concernenti la tutela previdenziale per i battellieri del Reno.

Con riguardo alla normativa previdenziale applicabile, la Corte ha chiarito che l'articolo 7, par. 2, lett. *a*, del Regolamento Cee n. 1408/71 del Consiglio, del 14.6.1971, nonché gli articoli da 10-*quater* a 11-*bis*, 12-*bis* e 12-*ter* del Regolamento Cee n. 574/72, del 21.3.1972, che stabilisce le modalità di applicazione del precedente, nella loro versione modificata e aggiornata dal Regolamento Ce n. 118/97 del 2.12.1996, quali modificati dal Regolamento Ce n. 647/2005, del 13.4.2005, devono essere interpretati nel senso che un certificato rilasciato dall'istituzione competente di uno Stato membro, al fine di attestare che un lavoratore è soggetto alla normativa in materia di previdenza sociale di tale Stato membro, laddove tale lavoratore rientri nell'Accordo concernente la sicurezza sociale dei battellieri del Reno, adottato dalla Conferenza governativa incaricata della revisione dell'Accordo del 13.2.1961 concernente la sicurezza sociale dei battellieri del Reno, firmato a Ginevra il 30.11.1979, non vincola le istituzioni degli altri Stati membri. Il fatto che l'istituzione emittente non intendesse rilasciare un vero e proprio certificato E 101, ma abbia utilizzato il formulario di tale certificato per motivi amministrativi, è irrilevante a tal riguardo. La Corte ha, infatti, sottolineato come i battellieri del Reno rientrino non nell'ambito di applicazione del Regolamento n. 1408/71, bensì in quello dell'Accordo dei battellieri del Reno, cosicché la determinazione della legislazione in materia di sicurezza sociale loro applicabile si effettua in forza di tale accordo.

Al di là del caso, estremamente specifico, di rilievo assai più generale è la seconda questione affrontata nella sentenza, concernente l'obbligo di rinvio pregiudiziale; sul punto, la Corte di Giustizia ha statuito che l'articolo 267, comma 3, del TfUE deve essere interpretato nel senso che un giudice nazionale avverso le cui decisioni non possa proporsi ricorso giurisdizionale di diritto interno (quale risultava essere il giudice del rinvio nella causa C-197/14) non è tenuto ad adire la Corte di Giustizia dell'Unione europea per il solo motivo che un giudice nazionale di grado inferiore abbia posto, in riferimento a una causa simile a quella dinanzi a esso pendente e vertente esattamente sulla medesima problematica, una questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione europea né ad

Financiën (C-197/14), Presidente e Relatore R. Silva de Lapuerta, Avvocato Generale N. Wahl («Rinvio pregiudiziale – Lavoratori migranti – Previdenza sociale – Normativa da applicare – Battellieri del Reno – Certificato E 101 – Efficacia probatoria – Rinvio alla Corte – Obbligo di rinvio»).

attendere la risposta a tale questione. Infatti, precisa la Corte, se è certamente vero che, in una situazione come quella di cui ai procedimenti principali, un giudice supremo di uno Stato membro deve prendere in considerazione nel suo esame la circostanza che un giudice di grado inferiore abbia posto una questione pregiudiziale, la quale è ancora pendente dinanzi alla Corte, resta comunque il fatto che una tale circostanza non può, da sola, impedire al giudice nazionale supremo di concludere, all'esito di un esame rispondente ai requisiti derivanti dalla nota sentenza sul caso italiano *Cilfit e al.* (sentenza 29.2.1984, C-283/81), che esso si trova in presenza di un «atto chiaro».

14. — *Prestazioni di assistenza sociale e mantenimento dello status di lavoratore* — Nel caso *Alimanovic* (21), materia del contendere è il mantenimento dello *status* di lavoratore con riguardo alla fruizione di prestazioni di assistenza sociale da parte di cittadini di uno Stato membro in cerca di occupazione che soggiornino nel territorio di altro Stato membro.

La signora Alimanovic, nata in Bosnia, ma cittadina svedese così come i suoi tre figli, nati però in Germania, lamentava che, dopo aver lavorato in quest'ultimo paese con una delle figlie tra il mese di giugno 2010 e il mese di maggio 2011, nell'ambito di impieghi di breve durata o comunque con opportunità di lavoro della durata inferiore a un anno, per il periodo compreso tra il 1° dicembre 2011 e il 31 maggio 2012, si era vista corrispondere assegni familiari e contributi di sussistenza per disoccupati di lungo periodo, oltre ad alcune prestazioni sociali per beneficiari inabili al lavoro per due dei figli, ma successivamente, in forza dell'articolo 48, paragrafo 1, prima frase, del Libro X del Codice tedesco della previdenza sociale (che prevede che, laddove sopravvenga un cambiamento significativo nei rapporti di fatto o di diritto che esistevano al momento dell'adozione di un atto amministrativo, quest'ultimo dev'essere annullato *ex nunc*), si era vista revocare dal Centro per l'impiego la decisione di concessione di tutte le prestazioni in questione per il mese di maggio 2012.

(21) Corte di Giustizia Ue, sentenza 15.9.2015, C-67/14, *Jobcenter Berlin Neukölln c. Nazifa Alimanovic, Sonita Alimanovic, Valentina Alimanovic, Valentino Alimanovic*, Presidente V. Skouris, Relatore M. Bergén, Avvocato Generale M. Wathelet [«Rinvio pregiudiziale – Libera circolazione delle persone – Cittadinanza dell'Unione – Parità di trattamento – Direttiva n. 2004/38/Ce – Articolo 24, paragrafo 2 – Prestazioni di assistenza sociale – Regolamento (Ce) n. 883/2004 – Articoli 4 e 70 – Prestazioni speciali in denaro di carattere non contributivo – Cittadini di uno Stato membro in cerca di occupazione che soggiornano nel territorio di un altro Stato membro – Esclusione – Mantenimento dello *status* di lavoratore»].

Su ricorso della famiglia Alimanovic, il *Sozialgericht Berlin* (Tribunale del contenzioso sociale di Berlino) aveva annullato tale decisione e aveva, tra l'altro, dichiarato che la sig.ra Alimanovic e sua figlia Sonita avevano diritto alle prestazioni di cui trattasi, in conformità, in particolare, dell'articolo 4 del Regolamento n. 883/2004, che vieta qualsiasi discriminazione dei cittadini dell'Unione rispetto ai cittadini dello Stato membro interessato, in combinato disposto con l'articolo 70 dello stesso Regolamento, che attiene alle prestazioni sociali in denaro di carattere non contributivo, quali quelle in discussione.

La Corte di Giustizia, dopo aver statuito che prestazioni quali quelle in questione non possono essere qualificate come prestazioni di natura finanziaria destinate a facilitare l'accesso all'impiego nel mercato del lavoro di uno Stato membro, ha precisato che l'art. 24 della Direttiva n. 2004/38/Ce e l'articolo 4 del Regolamento (Ce) n. 883/2004, come modificato dal Regolamento (Ue) n. 1244/2010 del 9.12.2010, non ostano alla normativa di uno Stato membro che escluda dal beneficio di talune «prestazioni speciali in denaro di carattere non contributivo», ai sensi dell'articolo 70, paragrafo 2, del Regolamento n. 883/2004, le quali sono altresì costitutive di una «prestazione d'assistenza sociale», ai sensi dell'articolo 24, paragrafo 2, della Direttiva n. 2004/38, i cittadini di altri Stati membri che si trovino nella situazione di cui all'articolo 14, paragrafo 4, lettera *b*, della stessa Direttiva, mentre dette prestazioni sono garantite ai cittadini di tale Stato membro che si trovino nella stessa situazione.

La Corte rileva che la signora Alimanovic e la figlia, che avevano conservato lo *status* di lavoratrici per almeno sei mesi dopo la fine del loro ultimo impiego, non disponevano più di detto *status* nel momento in cui il beneficio delle prestazioni di cui trattasi (da ritenersi, come la Corte ampiamente precisa, prestazioni di assistenza sociale) è stato loro negato. La Corte sottolinea che la Direttiva n. 2004/38, istituendo un sistema graduale di mantenimento dello *status* di lavoratore, che mira a tutelare il diritto di soggiorno e l'accesso alle prestazioni sociali, prende in considerazione diversi fattori che caratterizzano la situazione individuale di ogni richiedente una prestazione sociale e, in particolare, la durata dell'esercizio di un'attività economica. Consentendo agli interessati di conoscere senza ambiguità i loro diritti e doveri, nell'opinione della Corte di Giustizia il criterio previsto sia dall'articolo 7, paragrafo 1, del Libro II, del Codice di previdenza sociale tedesco, in combinato disposto con l'articolo 2, paragrafo 3, della legge sulla libera circolazione, sia dall'articolo 7, paragrafo 3, lettera *c*, della Direttiva n. 2004/38, vale a dire un periodo di sei mesi successivi alla cessazione di un'attività lavorativa durante la quale il diritto all'assistenza

sociale è mantenuto, è pertanto idoneo a garantire un livello elevato di certezza del diritto e di trasparenza nell'ambito della concessione di prestazioni di assistenza sociale dell'assicurazione di base, restando al contempo conforme al principio di proporzionalità.

Per conclusioni di segno analogo si segnala, da ultimo, anche la sentenza nel caso *García-Nieto* del 25.2.2016 (22), sempre in relazione alla normativa tedesca in materia di assistenza sociale (ma coinvolgente in questo caso cittadini spagnoli) in ordine al rifiuto, da parte di un Centro per l'impiego del *Land* Nord-Renania Westfalia, di concedere prestazioni dell'assicurazione di base (*Grundsicherung*) prevista dalla normativa tedesca, nel quale la Corte di Giustizia ha statuito che il già sopra richiamato articolo 24 della Direttiva n. 2004/38/Ce del 29.4.2004 (relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri) e l'articolo 4 del Regolamento (Ce) n. 883/2004, relativo al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale, come modificato dal Regolamento (Ue) n. 1244/2010 del 9.12.2010, vanno interpretati nel senso che non ostano a una normativa di uno Stato membro che escluda dal beneficio di talune «prestazioni speciali in denaro a carattere non contributivo», ai sensi dell'articolo 70, paragrafo 2, del Regolamento n. 883/2004, che sono parimenti costitutive di una «prestazione d'assistenza sociale», ai sensi dell'articolo 24, paragrafo 2, della Direttiva n. 2004/38, i cittadini di altri Stati membri che si trovino in una situazione come quella prevista dall'articolo 6, par. 1, della Direttiva medesima (che riconosce ai cittadini dell'Unione il diritto di soggiornare nel territorio di un altro Stato membro per un periodo non superiore a tre mesi senza alcuna condizione o formalità, salvo il possesso di una carta d'identità o di un passaporto in corso di validità).

(22) Corte di Giustizia Ue, sentenza 25.2.2016, C-299/14, *Vestische Arbeit Jobcenter Kreis Recklinghausen c. J. García-Nieto et al.*, Presidente A. Tizzano, Relatore M. Berger, Avvocato Generale M. Wathelet [«Rinvio pregiudiziale – Libera circolazione delle persone – Cittadinanza dell'Unione – Parità di trattamento – Direttiva n. 2004/38/Ce – Articolo 24, paragrafo 2 – Prestazioni di assistenza sociale – Regolamento (Ce) n. 883/2004 – Articoli 4 e 70 – Prestazioni speciali in denaro di carattere non contributivo – Esclusione dei cittadini di uno Stato membro durante i primi tre mesi di soggiorno nello Stato membro ospitante»].

LA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

PERIODO GENNAIO 2015 - GENNAIO 2016

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

SOMMARIO: 1. La Corte Edu e il diritto del lavoro. — 2. La visione allargata di «lavoro forzato» (art. 4 Cedu). — 3. Diritto del dipendente al rispetto della vita privata (art. 8 Cedu). — 4. La libertà di espressione del dipendente (art. 10 Cedu). — 5. La libertà di associazione (art. 11 Cedu). — 6. La protezione dei salari (art. 6 Cedu e art. 1, Protocollo 1). — 7. Conclusioni.

1. — *La Corte Edu e il diritto del lavoro* — Nell'ambito degli strumenti regolativi in materia sociale, una rinnovata attenzione meritano la Convenzione europea dei diritti dell'uomo (Cedu) (1) e la relativa giurisprudenza della Corte Edu. In un mondo caratterizzato dalla perdita di centralità del diritto del lavoro, a fronte di immani processi di globalizzazione e di espulsione delle persone dal contratto sociale, cardine delle democrazie occidentali (2), la giurisprudenza della Corte Edu appare come «*a beacon of light, providing guidance and orientation for those plying troubled waters*» (3). Benché in origine la Convenzione si sia imposta come un *corpus* regolativo rivolto principalmente ai diritti civili e politici, con uno spazio residuale riservato ai diritti sociali ed economici, grazie al gioco combinato dell'interpretazione evolutiva della Corte e dei protocolli addizionali, la Convenzione si è dimostrata vieppiù permeabile ai diritti sociali, nell'ambito di un più complessivo ripensamento dei diritti dell'uomo cd. di «seconda generazione» (4). Negli ultimi anni si è infatti sviluppato un considerevole dibattito sulla interconnessione tra i diritti sociali e i diritti umani, e la giurisprudenza della Corte Edu ha dimostrato chiaramente il valo-

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

(**) PhD presso la Saint Petersburg State University, Russia.

(1) Come è noto, ai sensi dell'art. 6 TUE, la Cedu ha lo stesso valore giuridico dei Trattati dell'Ue.

(2) Cfr. Sassen 2015.

(3) Dorssemont, Lörcher, 2014.

(4) Cfr. Sudre 1999, 103 ss.

re crescente dei diritti umani sul posto di lavoro. La Corte ha esplorato le crescenti sfaccettature del divieto di lavoro forzato e di discriminazione, ha sviluppato l'idea della privacy dei dipendenti e ha contribuito alla protezione delle loro libertà di religione, di espressione e di associazione, ha riconosciuto la situazione di «vulnerabilità» in cui versa il pretatore di lavoro subordinato e ha tratto da ciò il principio secondo cui una restrizione nelle pratiche di assunzione o determinate prassi di licenziamento possono avere un «*chilling effect*» nell'ambito dell'esercizio dei diritti previsti dalla Convenzione. In sostanza, grazie a una sensibilità verso la materia sociale e del lavoro, e per effetto dell'*integrated approach* adottato dalla Corte di Strasburgo, l'ambito di applicazione della Cedu si è sostanzialmente esteso ricomprendendo anche la tutela di taluni diritti sociali di matrice collettiva. In certi casi (come in *Airey v. Ireland*), la Corte Edu si è spinta sino a riconoscere che i diritti civili presentano anche una dimensione sociale e che «nessuna barriera impermeabile separa i diritti socio-economici dall'ambito coperto dalla Convenzione» (5). In tal prospettiva, la Corte ha piegato l'art. 3 Cedu (divieto di tortura e di trattamenti disumani e degradanti) al fine di tutelare la salute anche agli immigrati irregolari, e la stessa norma è stata mobilitata al fine di sostenere che l'assenza di una pensione sociale e/o di altre forme di sostegno al reddito si traduce nell'abbandono dell'individuo a una condizione «inumana e degradante».

In particolare, merita rilevare il riconoscimento e la protezione accordati dalla Cedu alla libertà sindacale, intesa come specificazione della libertà di associazione di cui all'art. 11 Cedu, che ha permesso alla Corte Edu di affrontare in modo più incisivo la questione dell'effettiva portata di tale diritto rispetto a quanto avvenuto nel sistema di diritto comunitario, dove la libertà sindacale affiorava come oggetto di protezione in occasione della trattazione giurisprudenziale del diritto della libertà di circolazione dei lavoratori e del divieto di intese restrittive della concorrenza o di abuso di posizione dominante. L'art. 11 Cedu, rubricato «Libertà di riunione e associazione» riconosce a ogni persona il *diritto alla libertà di riunione pacifica e alla libertà di associazione*, comprendendovi esplicitamente il diritto di partecipare alla costituzione dei sindacati e di aderirvi con il fine specifico di difendere i propri interessi. Il comma 2 dell'articolo in questione prevede poi che l'esercizio di questi diritti non possa «essere oggetto di restrizioni diverse da quelle che sono stabilite dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla pro-

(5) *Airey c. Irlanda*, sent. 9.10.1979.

tezione della salute o della morale e alla protezione dei diritti e delle libertà altrui. Il presente articolo non osta a che restrizioni legittime siano imposte all'esercizio di tali diritti da parte dei membri delle forze armate, della Polizia o dell'amministrazione dello Stato». In questo disposto si riconosce dunque una discrezionalità ai sistemi legislativi nazionali nell'applicare alle fattispecie concrete gli istituti e gli strumenti di garanzia della Convenzione, facendo uso del canone di *società democratica* come criterio valvola di riferimento delle legislazioni nazionali per limitare la libertà riconosciuta dalla Convenzione. La società democratica si connota per *pluralismo, tolleranza e spirito di apertura* ed esige un equilibrio che assicuri alle minoranze un giusto trattamento e che eviti qualsiasi abuso di posizione dominante. Rileva notare come sia la Cedu sia la Convenzione Onu sui diritti economici, sociali e culturali, attribuiscono alla nozione di società democratica un ruolo di particolare rilievo nella posizione di limiti alle tutele offerte dalle Convenzioni rispetto alle scelte di politica legislativa degli Stati membri: in molti articoli delle Convenzioni, infatti, le misure stabilite dalla legge nazionale possono integrare altrettanti limiti all'applicazione della norma convenzionale, ove rispondenti al canone della necessità di una società democratica. La libertà sindacale, così come riconosciuta dall'art. 11, è stata comunque nel tempo interpretata estensivamente dalla Corte Edu, da un lato, valorizzando la libertà sindacale negativa e, dall'altro, riconoscendo il diritto di sciopero come corollario inscindibile del diritto di associazione sindacale (6). Il riferimento è ai celebri casi *Demir e*

(6) C. Edu, *Demir e Baykara c. Turchia*, n. 34503/97, 12.11.2008; C. Edu *Enerji Yapı-Yol Sen c. Turchia*, n. 68959/01, 21.4.2009. Cfr. anche la recente sentenza del 14.11.2013 (*Case of Shmushkovych c. Ucraina, Application n. 3276/10*). Un cittadino ucraino che nel marzo del 2009 aveva organizzato un'assemblea pacifica davanti al Municipio della città di Odessa, per reclamare il completamento della costruzione di alcuni palazzi residenziali, è stato accusato di aver violato l'ordine pubblico per non aver dato sufficiente preavviso dell'azione. Il cittadino considerò però la restrizione dell'assemblea pacifica da lui organizzata illegittima e sproporzionata. La C. Edu, chiamata a pronunciarsi sul caso, dichiarò la violazione dell'art. 11 della Convenzione, ritenendo che il divieto di organizzare e tenere delle riunioni pacifiche costituisce «un'interferenza al diritto di riunione pacifica e alla libertà di associazione», spiegando che la locuzione «*prescribed by the law*» (restrizioni diverse da quelle che sono stabilite dalla legge) non richiede solamente che le misure restrittive abbiano una fondamento nella legislazione nazionale, ma che si riferiscano anche alla qualità della legge in questione, specificando che la legge debba essere «accessibile alla persona interessata» e «formulata con sufficiente previsione per permettere alla stessa di prevedere, con un certo grado di ragionevolezza, le conseguenze della propria azione» (p. 37 della sentenza). In tal senso dunque preme rilevare come l'applicabilità, la garanzia e la tutela di un diritto fondamentale quale la libertà di associazione sia ancora fortemente

Baykara c. Turchia, Grande Camera, sent. del 12.11.2008, sulla contrattazione collettiva ed *Enerji Yapi-Yol Sen c. Turchia*, del 21.4.2009, sullo sciopero (cui ha fatto seguito il caso *Danilenkov e altri c. Russia*, del 30.7.2009), in occasione dei quali la Corte Edu ha riconosciuto tutela «indiretta» al diritto di sciopero, attraverso la garanzia di uno dei pochi «diritti sociali» espressamente enunciati dalla Convenzione: il diritto a dar vita a sindacati e ad aderirvi *per la tutela dei propri interessi* (art. 11). La Corte in quell'occasione per la prima volta ha riconosciuto «*the organic link between freedom of association and freedom to bargain collectively*», e conseguentemente, la possibilità di invocare l'art. 11 Cedu quale ombrello protettivo per i diritti di azione collettiva. Prima della fondamentale svolta avutasi prima con il caso *Demir*, e poi con il caso *Enerji Yapi*, la Corte di Strasburgo era solita affermare che dall'art. 11 non era possibile estrapolare specifiche modalità di azione sindacale per ritenerle comprese nella generica tutela del diritto a fondare sindacati e di aderirvi, essendo sufficiente che l'ordinamento statale garantisse, *in un modo o nell'altro*, il diritto dei sindacati di «far sentire la propria voce» (7). Ciò in coerenza con quanto dichiarato in occasione del precedente più citato in materia, il noto caso *Airey*, ove la Corte ebbe modo di affermare che, «sebbene [la Convenzione] enunci essenzialmente diritti civili e politici, molti di questi hanno delle implicazioni di natura economica o sociale. [n]essuna barriera impermeabile separa i diritti socio-economici dall'ambito coperto dalla Convenzione» (8).

Venendo al contenuto delle sentenze, con riferimento al caso *Demir*, la Corte ha dichiarato la violazione compiuta dalla Turchia dell'art. 11 Cedu, in quanto le autorità nazionali avevano adottato comportamenti tali da dissuadere e ostacolare l'esercizio della libertà sindacale, riconosciuta dalle fonti internazionali e dalle prassi nazionali indifferentemente ai dipendenti pubblici e a quelli privati. La Corte, da un lato, identifica il diritto di contrattazione collettiva come un elemento essenziale del diritto di costituire e associarsi a un sindacato, tutelato dall'art. 11 Cedu; dall'altro, non ravvisa motivi validi per arrecare pregiudizio all'esercizio del diritto collettivo, posto che i pubblici dipendenti, fatta eccezione per alcuni ambiti particolari (forze di Polizia, esercito ecc.), devono essere trattati allo stesso mo-

legata alla realtà nazionale di appartenenza, mancando di una sua identità internazionale propria.

(7) A partire dal caso *Schmidt and Dahlström c. Svezia*, cit. Cfr. Guazzarotti 2012, 447.

(8) Caso *Airey c. Irlanda*, sent. del 9.10.1979, par. 26 (in tema di gratuito patrocinio, derivato dal generico diritto al «giusto processo», ex art. 6.1 Cedu). Vedi Guazzarotti 2012.

do dei dipendenti privati e, soprattutto, non esistono interessi pubblici che giustificano un'eventuale limitazione della libertà sindacale.

Analogamente, nel caso *Enerji*, la Corte ha statuito la violazione dell'art. 1 Cedu da parte della Turchia a fronte di un atto regolativo che inibisce al sindacato di organizzare uno sciopero finalizzato al riconoscimento del diritto di contrattazione collettiva. Il provvedimento è illegittimo in quanto introduce una restrizione all'esercizio di una libertà sindacale che, oltre a risultare ingiustificata, appare sproporzionata rispetto ai fini perseguiti (9). Se è vero che il *modus procedendi* della Corte Edu solleva alcuni problemi, specialmente in ordine alla limitazione del diritto di sciopero implicitamente derivante dalla sua funzionalizzazione rispetto alla soluzione negoziale di un problema di mutuo interesse (10), il *revirement* della Corte di Strasburgo rispetto all'estensione del campo di applicazione dell'art. 11 Cedu non può essere sottostimato. Esso infatti appare una significativa risposta, in termini di rafforzamento della tutela dei diritti collettivi, rispetto alle decisioni *Viking*, *Laval*, *Ruffert* e *Lussemburgo* della Corte Giust., nelle quali il bilanciamento tra libertà comunitarie e diritti di carattere sindacale è stato svolto nel senso di privilegiare il rispetto delle prime alla tutela dei secondi (11). La Corte Edu, nei casi sopra richiamati, ha dimostrato una sensibilità assai diversa rispetto alla Corte Giust., realizzando un bilanciamento diverso «perché la prima pone la Persona come termine essenziale di confronto, mentre la seconda non può trascurare che le libertà economiche sono i pilastri su cui si è cercato di edificare il mercato unico» (12). Il contenuto precettivo dell'art. 11 viene inoltre integrato dalle disposizioni di cui all'art. 14 in materia di divieto di discriminazione. La libertà di riunione e di associazione così come prevista dalla Cedu, deve essere dunque assicurata «senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate su [...] le opinioni politiche». Ne consegue che, qualunque sia lo strumento adottato dalle legislazioni nazionali a garanzia della libertà sindacale (diritto di sciopero, diritto all'informazione e alla consultazione, diritto alla contrattazione collettiva ecc.), l'esercizio dello stesso deve essere garantito alla luce della protezione del diritto del singolo lavoratore a non subire atti discriminatori in ragione della sua scelta (o non scelta) sindacale. Tale previsione di carattere generale, di cui all'art. 14, sul piano delle relazioni industriali tende a contrastare quei comportamenti antisindacali at-

(9) Brino 2012, 165-166.

(10) Per questa osservazione critica cfr. Hepple 2015, 38.

(11) Vedi De Michele 2011, 144.

(12) Vettori 2011, 640.

tuati dal datore di lavoro, nel riconoscere, ad esempio, trattamenti economici complessivamente più favorevoli ai lavoratori non sindacalizzati, con l'effetto di inibire e persuadere gli stessi dall'aderire e partecipare ai sindacati. Se così non fosse, il diritto individuale del lavoratore a proteggere i propri interessi attraverso il sindacato diverrebbe evanescente: *illusory* (13).

Nel corso del 2015 (e gennaio 2016), la Corte ha adottato circa 15 sentenze in cui ha implementato e ulteriormente elaborato il proprio approccio alla protezione dei diritti umani sul posto di lavoro. La seguente rassegna comprende l'analisi di casi considerati alla luce dell'art. 4 (divieto di lavoro forzato), dell'art. 8 (diritto al rispetto della vita privata), dell'art. 9 (libertà di pensiero, coscienza e di religione), dell'art. 10 (libertà di espressione) e dell'art. 1 del Protocollo 1 della Cedu (diritto di proprietà).

2. — *La visione allargata di «lavoro forzato» (art. 4 Cedu)* — La Cedu non definisce le nozioni di lavoro forzato od obbligatorio. La Corte interpreta questi concetti basandosi sulla Convenzione Oit n. 29, che è stata citata in tutti i casi considerati finora ai sensi dell'articolo 4-2 della Cedu. La Corte europea è tradizionalmente riluttante ad ampliare queste nozioni, perciò si è rifiutata di riconoscere il lavoro non retribuito come lavoro forzato (14) e il lavoro dei detenuti in Austria senza affiliazione al regime di pensione di vecchiaia (15). Nel 2015, tuttavia, la Corte europea ha riconosciuto un nuovo aspetto del lavoro forzato od obbligatorio. In *Cheetos c. Grecia* (16), il richiedente, un ufficiale dell'esercito, ha sostenuto che l'obbligo di pagare una tassa allo Stato al fine di dimettersi prima della fine del suo periodo di servizio costituisca lavoro forzato. In questa sentenza la Corte ha delimitato specificamente le eccezioni di cui all'articolo 4-3 (b), che prevede che il termine «lavoro forzato od obbligatorio» non comprenda alcun servizio di carattere militare o, nel caso degli obiettori di coscienza nei paesi dove sono riconosciuti, il servizio sostitutivo del servizio militare obbligatorio.

La Corte europea ha sottolineato che tale disposizione dovrebbe essere letta in modo tale da comprendere solo il servizio militare obbligatorio (17), permettendo questo assunto di ricondurre il caso del sig. Cheetos, un mili-

(13) Corte europea dei diritti dell'uomo, 2.7.2002, *Wilson e altri c. Regno Unito*.

(14) C. Edu, *Vnuchko c. Ukraine* (1198/04), 14.12.2006; *EurCommHR, Ackel and others c. Austria* (20781/92) 29.6.1994.

(15) Cedu, *Stummer c. Austria* (37452/02), 7.7.2011; per delle osservazioni critiche si veda Mantouvalou 2013, 153.

(16) C. Edu, *Chitos c. Greece* (51637/12), 4.6.2015.

(17) *Ivi*, par. 87.

tare a contratto, all'ambito di applicazione dell'articolo 4. La Corte osserva innanzitutto che il desiderio da parte dello Stato di garantire un ritorno del suo investimento nella formazione degli ufficiali dell'esercito ha giustificato il vietare le loro dimissioni dalle forze armate per un periodo determinato e di assoggettarsi al pagamento di una tassa per coprire le spese di soggiorno e di formazione (18). Nello stesso tempo, l'obbligo di pagare una tassa per un importo di 109,527 euro imposto al signor Cheetos è considerato, secondo il parere della Corte Edu, un onere sproporzionato. La Corte ha posto attenzione sul fatto che al ricorrente non è stata data la possibilità di pagare questa somma a rate e che l'interesse significativo per i ritardi di pagamento era stato ritenuto una violazione dell'articolo 4, par. 2.

Pertanto, la violazione dell'articolo 4-2 (b) è stata determinata dalle carenze della procedura prevista da parte dello Stato per il riscatto dei rimanenti anni di servizio. Questo giudizio dimostra che la Corte Edu interpreta l'articolo 4-2 (b) restrittivamente, escludendo dal suo campo di applicazione il servizio militare contrattuale, e introduce il principio di proporzionalità nel rapporto tra lo Stato e un ufficiale militare che desideri dimettersi prima del termine stabilito.

3. — *Diritto del dipendente al rispetto della vita privata (art. 8 Cedu)*
— Il diritto al rispetto della vita privata e familiare è il più complesso diritto Cedu nell'ambito dei rapporti di lavoro. Nel 2015 la Corte Edu ha completato la sua prospettiva del diritto del lavoratore al rispetto della vita privata. In *Soro v. Estonia* (19) ha esaminato la richiesta di un ex pilota del Kgb, il quale sosteneva che la divulgazione pubblica del suo lavoro passato avesse violato il suo diritto al rispetto della sua vita privata. Questo è uno di una più lunga lista di casi contro Stati postsovietici, dove sono state adottate diverse misure «per smantellare l'eredità degli ex sistemi totalitari comunisti» (20). In Lituania, ad esempio, agli ex ufficiali del Kgb sono state precluse occupazioni nel settore pubblico e alcuni posti di lavoro del settore privato (21); in Slovacchia alle persone che hanno collaborato con i servizi segreti è stato vietato di esercitare alcune funzioni pubbliche per un certo periodo di tempo (22). I ricercatori han-

(18) C. Edu, *Chitos c. Greece* (51637/12), 4.6.2015, par. 94.

(19) C. Edu, *Sõro c. Estonia* (22588/08), 3.9.2015.

(20) C. Edu, *Matyjek c. Poland* (38184/03), 30.5.2006, par. 36.

(21) C. Edu, *Sidabras e Dziautas c. Lithuania* (55480/00 59330/00), 27.7.2004; Cedu, *Rainys e Gasparavicius c. Lithuania* (70665/01 74345/01), 7.4.2005; *Sidabras e altri c. Lithuania* (50421/08, 56213/08), 23.6.2015.

(22) C. Edu, *Turek c. Slovakia* (57986/00), 14.2.2006.

no notato che la Corte europea ha elaborato una giurisprudenza abbastanza avanzata sulle norme sostanziali e procedurali dei diritti umani applicabili alla lustrazione (23).

Il caso *Soro* è un altro contributo giurisprudenziale rilevante. La Corte in tal caso ricorda che la normativa estone ha fornito la pubblicazione di informazioni su tutti i dipendenti degli ex servizi di sicurezza, a prescindere dalla specifica funzione che avevano eseguito e senza distinzione tra i diversi livelli di coinvolgimento passato con il Kgb (24). Ha quindi riscontrato che tale pubblicazione ha costituito l'interferenza con il diritto del sig. Soro al rispetto della sua vita privata e ha concluso che non vi era proporzione tra detta misura e i legittimi scopi perseguiti dallo Stato. Questo è il primo caso tra fattispecie simili riguardanti il processo di lustrazione negli Stati postsovietici, in cui la domanda del ricorrente è stata ritenuta fondata ai sensi dell'articolo 8, anche se questi non era stato né dimesso né gli è stato rifiutato un lavoro, avendo dimostrato che la sua reputazione è stata intaccata.

Un altro caso interessante riguardante la privacy di un dipendente è stato recentemente affrontato dalla Corte europea. In *Bărbulescu v. Romania* (25) il ricorrente, ingegnere responsabile delle vendite presso una società privata, è stato licenziato per l'uso della linea internet della società per motivi personali durante l'orario di lavoro in violazione dei regolamenti interni. Il caso riguardava messaggi privati che erano stati scoperti dal datore di lavoro (mediante il monitoraggio dell'*account* aziendale di messaggistica di *Yahoo*), e la loro trascrizione è stata utilizzata come un elemento di prova del licenziamento nel procedimento instaurato avanti al giudice del lavoro nazionale e relativo al licenziamento stesso (26).

In tali casi, la Corte esamina tradizionalmente se il ricorrente abbia avuto una ragionevole aspettativa di privacy; in altre parole, se egli si sarebbe aspettato che le sue comunicazioni non sarebbero state monitorate. La breve analisi della giurisprudenza precedente ci fa individuare i seguenti fattori necessari per riscontrare una ragionevole aspettativa di privacy sul posto di lavoro (27):

– avviso precedente circa la possibilità di monitorare l'uso dei locali di lavoro;

(23) Sweeney 2013, 143.

(24) C. Edu, *Soro c. Estonia* (22588/08), 3.9.2015, par. 61.

(25) C. Edu, *Bărbulescu c. Romania* (61496/08), 12.1.2016. Leggila in questo fascicolo di q. *Riv.*, II, 148 ss., con nota di Raimondi.

(26) *Ivi*, par. 44, 45.

(27) C. Edu, *Halford c. United Kingdom* (20605/92), 25.7.1997; *Copland c. the United Kingdom* (62617/00), 3.4.2007; *Peev c. Bulgaria* (64209/01), 26.7.2007.

- l'uso di locali appositamente designati per l'uso privato;
- la mancanza di una politica interna atta a scoraggiare i dipendenti da un uso personale dei locali aziendali.

In *Bărbulescu c. Romania*, la Corte ha sottolineato che il fatto del preavviso è rimasto contestabile, in quanto l'avviso, presentato dal Governo, non portava la firma del dipendente. Il giudice dissenziente Pinto de Albuquerque ha sottolineato che la mancanza di preavviso dovrebbe avere un significato decisivo in questo caso, e dovrebbe portare a riscontrare una violazione del diritto del ricorrente alla privacy (28). La maggioranza, tuttavia, non ha portato l'attenzione sulla mancanza di preavviso (29) e si è concentrata sul bilanciamento tra il diritto del ricorrente al rispetto della sua vita privata e gli interessi del suo datore di lavoro. La Corte ha ristretto l'ambito di applicazione al monitoraggio delle comunicazioni del ricorrente nell'ambito di un procedimento disciplinare (30), ignorando gli argomenti del ricorrente sul fatto che le sue comunicazioni di carattere personale e sensibili sono state rese note ad altri dipendenti e sono state discusse pubblicamente (31).

La Corte ha confermato ulteriormente la conclusione del giudice nazionale che il datore di lavoro non aveva altro metodo per verificare se il ricorrente avesse violato la *policy* interna nel momento in cui il ricorrente ha contestato il fatto di un uso personale del *messenger* di *Yahoo*. La Corte ha ritenuto fondato il fatto che il datore di lavoro avesse agito nell'ambito delle sue competenze disciplinari e ha sottolineato che il monitoraggio è stato di portata limitata e proporzionata (32).

Questo giudizio sembra essere un passo indietro nella tutela della privacy del dipendente. In casi precedenti, come *Halford* o *Copland*, la Corte ha sottolineato l'importanza di entrambe le normative, nazionali o interne, che individuano le circostanze in cui i datori di lavoro possono monitorare l'utilizzo di telefono, e-mail e internet da parte dei dipendenti. In *Bărbulescu c. Romania*, ha ritenuto che il divieto generale di uso personale

(28) Il giudice Pinto De Albuquerque si riferiva ad altri strumenti internazionali, quali, ad esempio, le linee guida Oecd, la raccomandazione n. R(89)2 del Consiglio d'Europa, Codice della prassi definito dall'Oil, la raccomandazione Rec (2015) del Consiglio d'Europa, che stabiliscono il principio del consenso espresso e informato ai fini della procedura di monitoraggio.

(29) C. Edu, *Bărbulescu c. Romania*, par. 43.

(30) *Ivi*, par. 55.

(31) C. Edu, *Bărbulescu c. Romania*, parr. 31, 55. Dissenziente il giudice Pinto De Albuquerque, questo punto non venne contestato dal Governo.

(32) C. Edu, *Bărbulescu c. Romania*, par. 60.

degli strumenti del datore di lavoro costituiva una giustificazione sufficiente per il monitoraggio dei messaggi privati del dipendente nel corso di un procedimento disciplinare. Questo approccio dimostra che sin da *Kopke c. Germania* (33), in cui la Corte richiedeva una giustificazione molto più significativa per la videosorveglianza del dipendente ai fini di un'indagine disciplinare, la Corte è diventata meno rigorosa nei confronti dei datori di lavoro. La presente sentenza potrebbe essere letta nel senso di consentire un accesso quasi illimitato alle comunicazioni effettuate dai dipendenti durante l'orario di lavoro e tramite l'utilizzo di beni di proprietà del datore se un tale uso è vietato dai regolamenti interni.

4. — *La libertà di espressione del dipendente (art. 10 Cedu)* — La Corte Edu, in molti casi, ha ammesso che un dipendente ha il diritto di criticare pubblicamente il proprio datore di lavoro, se la critica contribuisce in qualche modo allo sviluppo di una società democratica ed è espressa in una forma adeguata (34).

Le principali questioni che la Corte Edu pone nel trattare questi casi sono: chi, a chi, perché e in quale forma? La Corte ha avuto l'opportunità di applicare questo test in *Langner c. Germania* (35). Il ricorrente, un dipendente comunale, è stato licenziato per aver accusato il vicesindaco di intralcio alla giustizia.

La Corte prima ha indagato i motivi delle accuse e ha concordato con il giudice nazionale che le accuse erano state piuttosto motivate da sospetti personali del ricorrente nei confronti del vicesindaco. Sulla base di questa constatazione, la Corte ha distinto questo caso da casi di *whistleblowing*, in relazione ai quali i ricorrenti godono di una protezione speciale. Inoltre ha dichiarato che la denuncia di «intralcio alla giustizia» è stata una grave accusa di reato e che il ricorrente avrebbe dovuto essere consapevole delle implicazioni legali di questo termine (36). Ha inoltre preso atto che il tribunale del lavoro nazionale ha stabilito che le accuse del ricorrente erano infondate. Quanto alla forma delle accuse, la Corte ha indicato che le accuse orali nel corso della riunione sono state successivamente giustificate per iscritto; di conseguenza, il sig. Langner aveva avuto il tempo di riflettere sull'impatto delle sue affermazioni e ha avuto l'opportunità di verifica-

(33) C. Edu, *Kopke c. Germany* (420/07), 5.10.2010.

(34) C. Edu, *Predota c. Austria* (14621/06), inammissibile, 18.1.2000; *Di Giovanni c. Italy* (51160/06), 9.7.2013; *Wojtas-Kaleta c. Poland* (20436/02), 16.7.2009; *Fuentes Bobo c. Spain* (39293/98), 29.2.2000; *Matuz c. Hungary* (73571/10), 21.10.2014.

(35) C. Edu, *Langner c. Germany* (14464/11), 17.9.2015.

(36) *Ivi*, par. 49.

re la loro rilevanza giuridica (37). Ha inoltre indagato circa la proporzionalità del licenziamento come sanzione disciplinare e considerato che l'interferenza con il diritto del ricorrente alla libertà di espressione non era sproporzionata e non ha violato l'articolo 10 della Convenzione.

Altri tre casi considerati nel 2015-gennaio 2016, ai sensi dell'articolo 10 della Cedu e relativi alla libertà di espressione del personale accademico. Due casi più recenti – *Aurelian Oprea c. Romania* (38) e *Kharlamov c. Russia* (39) – hanno riguardato azioni civili nei confronti di professori universitari che pubblicamente hanno reso informazioni sulle carenze nella loro università. Nel terzo caso «accademico», *Rubins c. Lettonia*, la Corte ha dovuto valutare se il licenziamento del ricorrente, causato dalla critica pubblica sulla gestione dell'università, avesse violato l'articolo 10.

In *Aurelian Oprea c. Romania* il ricorrente, professore associato presso l'Università di Scienze Agronome e Medicina Veterinaria, ha pronunciato un discorso in una conferenza stampa riguardante la corruzione nelle università romene, criticando specificamente il vicerettore della sua università per aver appoggiato un libro plagiato, per la sua gestione di un programma di ricerca scientifica finanziata con fondi pubblici e per aver accumulato troppe posizioni dirigenziali. Queste accuse sono state successivamente ripetute in un articolo pubblicato da un settimanale. Nel procedimento civile, il sig. Oprea è stato ritenuto responsabile per il modo in cui aveva presentato le sue accuse nei confronti del vicedirettore ai giornalisti.

Considerando questo caso, la Corte ha rilevato che il ricorrente ha tentato di dimostrare che le sue dichiarazioni erano state ben fondate presentando ampie prove documentali nel procedimento nazionale e il tribunale nazionale ha osservato che non aveva agito con l'intenzione di danneggiare il vicerettore. È stato stabilito che il richiedente ha informato il rettore dell'università e il ministero della Pubblica Istruzione circa le carenze percepite da lui nella gestione del dipartimento del vicerettore prima di rivelarle alla stampa, ma ciò non ha cambiato la situazione.

La conclusione più interessante riguarda la posizione del vicerettore, il quale, a parere della Corte, «ci si aspettava tollerasse un più elevato livello di controllo pubblico piuttosto che uno privato, anche se il primo avesse potuto avere un impatto negativo sul suo onore e reputazione» (40). Tutti questi risultati in totalità portano la Corte a concludere che l'ordine di pa-

(37) C. Edu, *Langner c. Germany*, par. 50.

(38) *Aurelian Oprea c. Romania* (12138/08), 19.1.2016.

(39) C. Edu, *Kharlamov c. Russia* (27447/07), 8.10.2015.

(40) C. Edu, *Aurelian Oprea c. Romania* (12138/08), 19.1.2016, par. 74.

gare un risarcimento al vicerettore nella somma di euro 7.470 ha violato la libertà di espressione del richiedente, mentre questa interferenza non era «necessaria in una società democratica».

In *Kharlamov c. Russia* (41), il ricorrente, un professore universitario di Fisica, è stato citato per diffamazione dopo aver criticato la procedura di elezione del Senato dell'università.

La Corte ha sottolineato che un provvedimento che vieta dichiarazioni che criticano gli atti di un organo elettivo può essere giustificato con riferimento alla «tutela dei diritti o della reputazione altrui» solo in circostanze eccezionali (42). La Corte ha tenuto in speciale conto il contesto accademico in quanto presume la libertà dei docenti universitari di esprimere la propria opinione circa l'istituzione (43). La questione sollevata dal ricorrente rivestiva carattere di interesse generale, in quanto secondo la giurisprudenza della Corte europea sono necessarie ragioni molto forti per giustificare le restrizioni di tali dibattiti. La Corte si è concentrata principalmente sulle carenze dei procedimenti civili nazionali, notando che i tribunali nazionali non hanno effettuato un esercizio di bilanciamento tra la necessità di proteggere la reputazione dell'università e il diritto del ricorrente di diffondere informazioni su questioni di interesse generale. Poi la Corte, in contrasto con i tribunali nazionali, ha ritenuto che le affermazioni del ricorrente sulla illegittimità del Senato accademico erano un giudizio di valore, non un'accusa di fatto, e anche se lui ha fatto ricorso a un certo grado di iperbole, i limiti della critica ammissibile non erano stati oltrepassati.

Queste considerazioni hanno portato la Corte a concludere che una tale interferenza non era necessaria in una società democratica e non ha violato l'articolo 10 della Cedu.

Questo giudizio è un importante contributo per la tutela della libertà di espressione dei docenti universitari, poiché la Corte ancora una volta ha sottolineato la sua portata più ampia per quanto riguarda l'interesse pubblico e ha ribadito la necessità di bilanciare il diritto del datore di lavoro alla reputazione con la libertà di espressione del dipendente. È significativo notare che le affermazioni del ricorrente sono state trovate infondate dal giudice nazionale; tuttavia la Corte ha giudicato in favore del ricorrente in quanto la sua opinione aveva qualche fondamento di fatto ed è stato espresso nel pubblico interesse.

(41) C. Edu, *Kharlamov c. Russia* (27447/07), 8.10.2015.

(42) *Ivi*, par. 27.

(43) C. Edu, *Kharlamov c. Russia* (27447/07), 8.10.2015.

Un altro caso «accademico», *Rubins c. Lettonia* (44), considerato nel 2015, è un curioso esempio di abbondante attenzione della Corte alle circostanze del caso, che ha avuto scarsa rilevanza per la controversia di lavoro secondo il parere dei giudici nazionali.

Il ricorrente era un professore e capo del dipartimento della *State University*. Quest'ultima posizione è stata abolita a seguito della fusione di due dipartimenti della Facoltà. Dopo questa decisione, il ricorrente ha inviato una e-mail al rettore dell'Università degli Studi e a diversi altri destinatari, criticando la mancanza di democrazia e di responsabilità in ambito universitario, usando termini negativi parlando di alcuni manager della *University*. In seguito ha inviato al rettore dell'università la lettera in cui ha proposto di ritirare tutte le sue accuse, se l'università non avesse fuso i due dipartimenti o gli avesse pagato un compenso della somma di 123.000 euro. Il rettore ha rifiutato e il giorno seguente, il 23 marzo 2010, le affermazioni del ricorrente sono state pubblicate. Il ricorrente è stato licenziato poiché la lettera, inviata al rettore, era stata considerata assolutamente contraria al buon costume. La Corte d'Appello ha confermato il licenziamento. La Corte europea, tuttavia, ha deciso che il licenziamento ha violato l'articolo 10. La Corte Edu ha volto la propria attenzione sulla ricerca dell'importanza delle informazioni che il ricorrente stava per rivelare e che ha effettivamente rivelato (45). Questo giudizio è stato criticato dai giudici dissenzienti, ma è stato sostenuto dagli studiosi dei diritti umani (46).

Dal punto di vista dello studioso del diritto del lavoro, l'eccessiva attenzione alla divulgazione delle informazioni ha indotto in errore la Corte nel bilanciare la violazione delle regole di lavoro con la sanzione imposta e le ha fatto violare il principio di sussidiarietà, che è «una componente necessaria delle regole democratiche e dei diritti umani» (47).

5. — *La libertà di associazione (art. 11 Cedu)* — Nel 2015 la Turchia, come al solito, è stato il paese più di frequente convenuto in casi di violazione della libertà di associazione nel campo sindacale. In *Ismail Sezer c. Turchia* (48) e *Küçükbalaban e Kutlu c. Turchia* (49), *Dogan Altun c.*

(44) *Rubins c. Latvia* (79040/12), 13.1.2015.

(45) *Ivi*, par. 84.

(46) Voorhoof 2015.

(47) Shelton 2006, 4.

(48) C. Edu, *Sezer c. Turkey* (36807/07) 24.3.2015, e *Küçükbalaban e Kutlu c. Turkey* (29764/09 e 36297/09), 24.3.2015.

(49) C. Edu, *Küçükbalaban and Kutlu c. Turkey* (29764/09 e 36297/09), 24.3.2015.

Turchia (50) e *Özbent e altri c. Turchia* (51), la Corte ha ritenuto che sanzioni disciplinari o amministrative imposte ai membri del sindacato per aver partecipato ad attività sindacali costituissero violazioni dell'articolo 11 della Cedu. Nella maggior parte di questi giudizi la Corte Edu ha sottolineato che i giudici nazionali non hanno stabilito un ragionevole rapporto di proporzionalità tra l'interferenza nella libertà di associazione del ricorrente e lo scopo perseguito.

In *Ismail Sezer c. Turchia* il ricorrente, un insegnante che ha ricoperto un incarico in un sindacato, ha ricevuto un rimprovero per aver partecipato a una Tavola rotonda organizzata da un partito politico. La Corte ha tenuto conto del potenziale effetto intimidatorio della sanzione disciplinare inflitta al ricorrente sugli altri membri del sindacato e ha ritenuto che l'interferenza fosse sproporzionata rispetto allo scopo perseguito dallo Stato e violasse l'articolo 11 della Cedu (52).

In *Junta Rectora Del Ertzainen Nazional Elkartasuna (ER.N.E.) c. Spagna* (53) la Corte ha esaminato il ricorso del sindacato di Polizia, che ha sostenuto che il divieto legale del diritto di sciopero in rapporto ai sindacati di Polizia ha violato la loro libertà di associazione. La Corte ha già avuto l'opportunità di interpretare le eccezioni previste nella seconda parte dell'articolo 11. Così, in *Matelly c. Francia* (54) e *Adefdromil c. Francia* (55) ha dichiarato che le restrizioni del diritto di organizzarsi imposte ai militari non dovrebbero compromettere l'essenza stessa di questo diritto e ha ritenuto che l'esclusione generalizzata del diritto del personale militare di formare e aderire a un sindacato ha violato l'articolo 11. In *Junta Rectora del Ertzainen Nazional Elkartasuna (ER.NE) c. Spagna*, la Corte ha delimitato l'ambito di eventuali restrizioni al diritto di organizzarsi dei sindacati di Polizia (56). La Corte ha rilevato che la restrizione in questione è stata diffusa esclusivamente sui membri del Corpo delle Forze di sicurezza dello Stato come garanti della sicurezza pubblica e non su tutti i dipendenti pubblici (57) come, ad esem-

(50) C. Edu, *Dogan Altun c. Turkey* (7152/08), 26.5.2015.

(51) C. Edu, *Özbent and Others c. Turkey* (56395/08 e 58241/08), 9.6.2015.

(52) C. Edu, *Sezer c. Turkey* (36807/07), 24.3.2015, par. 55.

(53) C. Edu, *Junta Rectora Del Ertzainen Nazional Elkartasuna (ER.N.E.) c. Spain* (45892/09), 21.4.2015.

(54) C. Edu, *Matelly c. France* (10609/10), 2.10.2014.

(55) C. Edu, *Adefdromil c. France* (32191/09), 2.10.2014.

(56) Il carattere speciale delle attività di polizia era già stato stabilito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo: cfr. C. Edu, *Trade Union of the Police in the Slovak Republic e altri c. Slovakia* (11828/08), 25.9.2012.

(57) C. Edu, *Junta Rectora Del Ertzainen Nazional Elkartasuna (ER.N.E.) c. Spain* (45892/09), 21.4.2015, par. 37.

pio, in *Enerji Yapi-Yol Sen c. Turchia* (58). Essa ha anche sottolineato che gli Stati godono di un ampio margine di valutazione nel prevedere la portata dei diritti sindacali dei poliziotti. Le limitazioni di tali diritti sono giustificate da un carattere speciale della Polizia, che dovrebbe fornire un servizio ininterrotto nella sfera della sicurezza pubblica (59). Basandosi su queste considerazioni, la Corte ha giustificato il divieto di sciopero nei confronti degli agenti di Polizia.

Un'altra applicazione in materia di protezione del diritto di sciopero è stata presa in considerazione in *Trade Union in the farmer «4th november» c. «ex Repubblica jugoslava di Macedonia»* (60). Il ricorrente ha sostenuto che la decisione della Corte d'Appello macedone, che ha dichiarato illegale lo sciopero organizzato da questo sindacato, ha violato i loro diritti ai sensi dell'articolo 11. La Corte ha riconosciuto che il diritto di sciopero è protetto ai sensi dell'articolo 11 e ha considerato i fatti del caso di specie al fine di stabilire se quello sciopero fosse conforme alla legislazione nazionale. Ha stabilito che il sindacato ricorrente aveva scioperato nonostante il fatto che i negoziati erano ancora pendenti tra le parti. La normativa nazionale richiedeva una composizione stragiudiziale delle controversie di lavoro prima di fare ricorso allo sciopero. La Corte ha sottolineato che l'impugnata sentenza nazionale non vieta il diritto di sciopero in quanto tale, ma ha riconosciuto che il sindacato ricorrente aveva scioperato in contrasto con le regole. Queste conclusioni hanno indotto la Corte europea a dichiarare il ricorso inammissibile.

6. — *La protezione dei salari (art. 6 Cedu e art. 1, Protocollo 1)* — La Convenzione europea dei diritti dell'uomo non prevede disposizioni in materia di protezione dei salari. Tuttavia, il numero di casi riguardanti questioni di retribuzione dei dipendenti pubblici e privati che sono stati portati davanti alla Corte Edu sta crescendo col passare del tempo. Nel 2015, l'elenco di tali casi è stato accompagnato da due sentenze: *Jovičić e altri c. Serbia* (61) e *Solomun c. Croazia* (62). Entrambi i casi sono stati considerati alla luce dell'articolo 6, che prevede il diritto a un processo equo, e dell'articolo 1 del Protocollo 1 (A1P1), che fissa il diritto di

(58) C. Edu, *Enerji Yapi-Yol Sen c. Turkey* (68959/01), 21.4.2009.

(59) C. Edu, *Junta Rectora Del Ertzainen Nazional Elkartasuna (ER.N.E.) c. Spain*, parr. 38, 39.

(60) C. Edu, *Trade Union In The Factory «4th November» c. «The Former Yugoslav Republic Of Macedonia»* (15557/10), 8.9.2015.

(61) C. Edu, *Jovi i e altri c. Serbia* (37270/11 et al.), 13.1.2015.

(62) C. Edu, *Solomun c. Croatia* (679/11), 2.5.2015.

proprietà. Riguardo questi articoli, la Corte ha già affrontato numerosi ricorsi, concernenti la mancata esecuzione delle decisioni che riconoscono gli arretrati di stipendio (63), e ha affermato che gli Stati non possono giustificare la mancata applicazione con riferimento alla mancanza di fondi rilevanti (64).

In *Jovičić e altri c. Serbia* la Corte ha riconosciuto ancora una volta che lo Stato è direttamente responsabile per i debiti del datore di lavoro, derivanti da decisioni del tribunale, che diventano definitive prima della data in cui si perfeziona la privatizzazione finale del debitore e ha accertato la violazione sia dell'art. 6 (giusto processo) sia dell'A1P1.

La sentenza *Solomun* riguardava il diritto del ricorrente di ricevere un *bonus* di stipendio che era stato riconosciuto dalla Corte interna. Il sig. Solomun, ufficiale di Polizia, ha sostenuto che l'annullamento della sentenza finale di secondo grado contro lo Stato da parte della Corte Suprema all'esito di una revisione avesse violato il principio della certezza del diritto e il suo diritto di proprietà. La Corte ha affermato che «l'esistenza di un debito confermato da una sentenza vincolante ed esecutiva fornisce al beneficiario del giudizio un» legittimo affidamento «che il debito verrà pagato e costituisce uno dei» beni «del beneficiario ai sensi dell'articolo 1 del Protocollo n. 1» (65). Pertanto l'annullamento di tale sentenza è pari a un ostacolo con il diritto del ricorrente al pacifico godimento dei beni.

Queste conclusioni forniscono ulteriori garanzie di protezione dei salari per i dipendenti pubblici che hanno sofferto a causa dell'arbitrarietà dello Stato in caso di mancata esecuzione di sentenze definitive, annullate come risultato della revisione di legittimità.

7. — *Conclusioni* — L'analisi dei casi presentati conferma l'opinione espressa in dottrina secondo cui la Corte Edu rappresenta una sorta di nuova «Corte europea dei diritti sociali» (66). Mentre la Corte Giust. rimane saldamente ancorata a un approccio funzionale agli obiettivi economici dell'Ue, la Corte di Strasburgo appare molto più sensibile a un

(63) C. Edu, *Mykhaylenky e altri c. Ukraine* (35091/02, 35196/02, 35201/02), 30.11.2004, par. 60; *Fuklev c. Ukraine* (71186/01), 7.6.2005; *Adamovi c. Serbia* (41703/06), 2.10.2012; *Stoši c. Serbia* (64931/10), 1.10.2013.

(64) C. Edu, *Mykhaylenky e altri c. Ukraine*, par. 52; *Piven e Zhovner c. Ukraine* (56849/00, 56848/00), 29.6.2004. Il ritardo nel pagamento non può essere giustificato in tal maniera: cfr. *Voytenko c. Ukraine* (18966/02), 29.6.2004.

(65) C. Edu, *Solomun c. Croatia* (679/11), 2.5.2015, par. 60.

(66) Marguénaud, Mouly 2009, 742.

justice-oriented approach che valorizza l'interpretazione socialmente orientata dei diritti fondamentali. Con un approccio «integrato», la Corte Edu ha sviluppato una giurisprudenza significativa in materia sociale, affermando che gli standard progressivamente più elevati di tutela dei diritti fondamentali devono essere considerati con «fermezza», onde le limitazioni di quei diritti deve avvenire «nella misura più restrittiva possibile» (caso *Enerji Yapi v. Turkey*). Inoltre, la significativa metodologia intertestuale messa in opera dalla Corte Edu ha consentito di valorizzare la giurisprudenza *soft* degli organi di controllo Oil, che in tal modo «partecipano in chiave evolutiva al sistema di tutela multilivello» (67).

L'aspetto più significativo della recente giurisprudenza della Corte Edu in materia di diritto del lavoro consiste certamente nell'attenzione al corretto *bilanciamento* dei diritti dei lavoratori con i diritti dei datori di lavoro, o con l'interesse generale dello Stato. La Corte Edu esorta gli Stati ad adottare il medesimo approccio per controversie di lavoro considerate a livello nazionale e a tener conto dei diritti fondamentali dei lavoratori nel contesto del rapporto di lavoro.

Un altro punto importante che emerge dall'analisi dei più recenti casi è il graduale ampliamento del campo di applicazione della Convenzione in relazione a questioni di diritto del lavoro. Questo aspetto è stato illustrato dal giudizio *Cheetos*, in cui la Corte ha ampliato l'interpretazione del lavoro forzato. Il numero di casi in materia di tutela della privacy del dipendente e della libertà di espressione sembra suggerire un ruolo sostitutivo della Corte Edu a fronte di sistemi giuridici nazionali non sufficientemente attenti ai diritti umani fondamentali nel contesto delle controversie di lavoro. Ciò apre agli studiosi di diritto del lavoro, e agli stessi operatori pratici, nuove possibilità di tutela dei diritti dei lavoratori, laddove tali controversie venissero riguardate alla luce dei diritti umani.

La legislazione di diritto del lavoro è sensibilmente diversa nei 47 paesi del Consiglio d'Europa. Tuttavia, tutti questi Stati sono ugualmente tenuti a rispettare obblighi positivi, elaborati dalla giurisprudenza della Corte. Pertanto gli Stati dovrebbero assicurare che tutte le interferenze con la privacy del dipendente (monitoraggio di attività quali le chiamate telefoniche, le e-mail, la corrispondenza, l'uso di internet dai luoghi di lavoro, le ricerche di oggetti personali messi sul posto di lavoro e dati privati) siano lecite e proporzionate allo scopo legittimamente perseguito dal datore di lavoro e proteggano i diritti al rispetto della vita privata, la

(67) Durante in Caruso, Fontana 2015, 239.

libertà di religione, di espressione e di associazione, bilanciando queste libertà con i diritti dei datori quando si esamina una controversia di lavoro. Il diritto del lavoro può quindi guardare con rinnovato interesse alla giurisprudenza della Corte Edu in materie come la libertà di associazione (a fronte di una progressiva tendenza dei sistemi nazionali a deregolamentare la contrattazione collettiva), la vita privata *ex art. 8 Cedu* (capace di fornire nuove tecniche di tutela specie in materia di licenziamento), la protezione della proprietà (in materia pensionistica). Non sembra poco nell'attuale *momentum* in cui il «diritto europeo dell'emergenza» (68) proietta cupi influssi sulla dimensione sociale dell'Ue e degli Stati membri.

Riferimenti bibliografici

- Brino V. (2012), *Diritto del lavoro, concorrenza e mercato. Le prospettive dell'Unione europea*, Cedam, Padova.
- Bronzini G. (2014), *La sfida costituzionale dopo il primo «semestre europeo»*, in G. Allegri, G. Bronzini (a cura di), *Il tempo delle costituzioni*, La tala-manifestolibri, Roma.
- De Michele V. (2011), *Trattato di Lisbona e diritto del lavoro nazionale: un nuovo sistema costituzionale delle fonti e delle tutele*, in R. Foglia, R. Cosio, *Il diritto del lavoro nell'Unione europea*, Giuffrè Editore, Milano.
- Dorssemont F., Lörcher K. (2014), *The European Convention on Human Rights and the Employment relation*, in *The EU Charter of Fundamental Rights*, Hart Publishing, Oxford.
- Durante A. (2015), *I diritti sindacali nel circuito giurisdizionale multilivello. Un dialogo in lingue diverse*, in B. Caruso, G. Fontana (a cura di), *Lavoro e diritti sociali nella crisi europea*, Il Mulino, Bologna.
- Guazzarrotti A. (2012), *Giurisprudenza Cedu e giurisprudenza costituzionale sui diritti sociali a confronto*, Atti del Convegno annuale dell'Associazione «Gruppo di Pisa», Trapani 8-9 giugno 2012, in www.gruppodipisa.it.
- Hepple B. (2015), *The Freedom to Strike and its Rationale*, in B. Happle *et al.* (a cura di), *Laws Against Strikes*, Franco Angeli, Milano.
- Mantouvalou V. (2013), *The Prohibition of Slavery, Servitude and Forced and Compulsory Labour under Article 4 ECHR*, in F. Dorssemont *et al.* (a cura di), *The European Convention on Human Rights and the employment relation*, Hart Publishing, Oxford.
- Marguénaud J.P., Mouly J. (2009), *L'avènement d'une Cour européenne des droits sociaux*, in *Recueil Dalloz*, n. 11, 742 ss.
- Sassen S. (2015), *Espulsioni. Brutalità e complessità nell'economia globale*, il Mulino, Bologna.

(68) Bronzini 2014, 79.

- Shelton D. (2006), *Subsidiarity and Human Rights Law*, in *Human Rights Law Journal*, n. 27, 1/4, 4.
- Sudre F. (1999), *La perméabilité de la Convention européenne des droits de l'homme aux droits sociaux*, Mél. Mourgeon, Bruylant.
- Sweeney J.A. (2013), *The European Court of Human Rights in the Post-Cold War Era: Universality in Transition*, Routledge, Londra.
- Vettori G. (2011), *Diritti fondamentali e diritti sociali. Una riflessione fra due crisi*, in *Europa e diritto privato*, n. 3, 640 ss.
- Voorhoof D. (2015), *Response to comment on Rubins v. Latvia: adjudication is not erroneous at all*, 14 aprile, in strasbourgobservers.com/2015/04/14/response-to-comment-on-rubins-v-latvia-adjudication-is-not-erroneous-at-all/ (accesso del 20 dicembre 2015).

LAVORO PUBBLICO (*)

PERIODO AGOSTO 2015 - APRILE 2016

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

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. La riforma del lavoro pubblico: una «nuova» trama regolativa e i primi (provvisori) tasselli. — 2.1. La riforma Madia: un nuovo punto di partenza per la riforma del lavoro pubblico? — 2.2. L'ipotesi di contratto per la definizione dei nuovi comparti di contrattazione collettiva. — 2.3. Misurazione e valutazione delle *performance*: varato il d.P.R. sulle funzioni del dipartimento della Funzione Pubblica della Presidenza del Consiglio dei ministri. — 3. La riforma Renzi-Madia e l'alta dirigenza delle amministrazioni sanitarie: questioni e riflessioni. — 3.1. Alcune riflessioni d'insieme — 3.2. I criteri del conferimento degli incarichi di direttore. — 3.3. Il ruolo centrale della valutazione. — 4. Un primo passo della riforma in materia di responsabilità disciplinare: il decreto sull'assenteismo fraudolento. — 4.1. La responsabilità disciplinare dei dipendenti pubblici e i criteri direttivi della legge delega n. 124/2015. — 4.2. Il licenziamento disciplinare per falsa attestazione della presenza in servizio nello schema di decreto legislativo attuativo della delega. — 4.3. Il parere della Commissione speciale del Consiglio di Stato n. 864/2016. — 4.4. Brevi considerazioni a margine.

1. — *Premessa* — Il processo di revisione della disciplina del lavoro pubblico in Italia, che da oltre un ventennio sta attraversando fasi alterne, si è concretizzato, di recente, con la l. n. 124/15 (cd. riforma Madia). Quest'ultima, nell'ambito di un provvedimento ad ampio spettro sul sistema amministrativo italiano, configura un significativo intervento sulla «semplificazione» (art. 16), sulla dirigenza pubblica (art. 11) e, più in generale, sul riordino della normativa del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche (art. 17) (1). Poiché tale riforma comporta una pro-

(*) Il lavoro è frutto di una riflessione comune; tuttavia, la *Premessa* e la parte 2 sono ascrivibili a Paola Saracini, la parte 3 a Gabriella Nicosia e la parte 4 a Carla Spinelli.

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

(1) Sulla riforma Madia, in generale, vedi il numero monografico di q. *Riv.*, 2015, n. 3, I; Zoppoli 2016.

duzione di normativa delegata cospicua e dalle tempistiche differenziate – diretta finanche a produrre un «nuovo» Testo Unico sul lavoro pubblico – che sarà oggetto privilegiato di questa rubrica, appare utile, in questo primo numero dell’Osservatorio sul lavoro pubblico, richiamarne, seppure con estrema sintesi, i contenuti principali. Nelle pagine che seguono si darà conto anche dei primi decreti attuativi della legge delega in tema di dirigenza sanitaria e di responsabilità disciplinare; nonché dell’ipotesi di Accordo quadro sulla riforma dei comparti di contrattazione collettiva e dello schema di Regolamento delle funzioni del dipartimento della Funzione Pubblica sulla *performance* delle pubbliche amministrazioni: due provvedimenti, questi ultimi, non contemplati dalla delega ma, per le tematiche affrontate, con essa inevitabilmente collegati.

2. — *La riforma del lavoro pubblico: una «nuova» trama regolativa e i primi (provvisori) tasselli* —

2.1. — *La riforma Madia: un nuovo punto di partenza per la riforma del lavoro pubblico?* — I contenuti principali della riforma Madia possono essere aggregati in tre aree tematiche: la prima riguarda la dirigenza pubblica; la seconda il sistema degli accessi; la terza ricomprende una serie di istituti volti a incidere sull’efficacia organizzativa delle pubbliche amministrazioni.

Quanto alla riforma della dirigenza, la cui delega dovrà essere esercitata entro dodici mesi dall’entrata in vigore della legge, il legislatore delegato, innanzitutto, segna il passaggio dai ruoli ministeriali a un sistema di ruoli unici. Per il resto, dalla lettura del testo emerge la scelta di regolarla minuziosamente, marcando una netta differenza con la dirigenza «privatistica» e, pertanto, aprendo – almeno così sembrerebbe – una (parzialmente) nuova stagione regolativa, in cui si predilige una tecnica normativa molto dettagliata e in cui i principi dell’autonomia negoziale sono destinati a subire una notevole compressione. Com’è stato prontamente rilevato, bisognerà vedere se questa iperregolazione non presenti clamorose lacune proprio là dove occorrerebbe delineare «garanzie» di autonomia della dirigenza nei confronti del vertice politico (2): problema «atavico», come ben noto, della dirigenza pubblica. Va però anche segnalato il complesso quadro delle responsabilità dirigenziali disegnato dalla legge delega e l’intenzione di imputare alla dirigenza «in via esclusiva» «la responsabilità amministrativo-contabile per l’attività gestionale» (art. 11, lett. *m*, e art. 17, lett.

(2) Cfr. Barbieri, Bellavista 2015, 473 ss., e ivi Zoppoli, 517 ss.

t). Nell'ambito di questa macroarea, è stato emanato il primo dei decreti delegati che verrà esaminato in questo Osservatorio, ossia quello in materia di dirigenza delle amministrazioni sanitarie e per la cui analisi si rinvia al contributo di Gabriella Nicosia (vd. *infra*, parte 3).

La seconda tematica attiene al sistema degli accessi. Nel riordino della disciplina del lavoro pubblico, uno spazio specifico è dedicato alla riforma dell'intero sistema di reclutamento tramite concorsi. Esso mira a promuovere lo svolgimento delle prove concorsuali per tutte le amministrazioni pubbliche in forma centralizzata o aggregata. Anche in questo caso la delega, che dovrà essere attuata stavolta entro diciotto mesi dall'entrata in vigore della legge, è prodiga di dettagli, tra i quali si segnala quello della valorizzazione dell'esperienza maturata con lavori flessibili. Una scelta comprensibile, e quasi dovuta, potremmo dire, stante la complessa e intricata vicenda del precariato del pubblico impiego, al quale si cerca di attribuire un *valore* per lo meno nella fase dell'accesso al lavoro pubblico (art. 17, lett. *a-f*).

Infine la terza area ricomprende un insieme di istituti, sempre da attuare nei diciotto mesi, tra i quali si segnalano: la rilevazione delle «competenze» dei lavoratori pubblici (art. 17, lett. *i*); la definizione di obiettivi di contenimento delle assunzioni differenziati in base ai fabbisogni e correlati al superamento del limite «delle dotazioni organiche», anche al fine di favorire i processi di mobilità (lett. *m e q*); i lavori flessibili che, proprio in virtù della vicenda legata al precariato già richiamata, dovranno essere disciplinati con individuazione di limitate e tassative fattispecie (lett. *o*); la responsabilità disciplinare dei dipendenti pubblici, che ripropone l'ennesimo invito a rendere più frequente e celere l'esercizio dell'azione disciplinare (lett. *s*). Ed è in materia disciplinare che è stato emanato il secondo dei decreti legislativi che qui ci interessa, sebbene esso attenga a un profilo specifico – quello dell'assenteismo fraudolento –, che non esaurisce, certo, il tema della responsabilità disciplinare del dipendente pubblico e sul quale si rinvia al contributo di Carla Spinelli (vd. *infra*, parte 4).

Alla terza area è riconducibile anche l'istituto della valutazione: leva assolutamente strategica per migliorare l'efficienza organizzativa delle pubbliche amministrazioni (3). Qui, al di là di una pericolosa asimmetria cronologica tra riforma della dirigenza e rivisitazione dei sistemi di valutazione – da più parti segnalata –, le indicazioni legislative appaiono alquanto generiche: ciò rende, pertanto, difficile ipotizzare le linee di intervento dei relativi decreti delegati (lett. *r*). Infine, la l. n. 124/2015 si occupa anche di contrattazione collettiva. La riforma intende implementare il ruolo dell'A-

(3) Al riguardo, cfr., di recente, Monda P. 2016.

ran (in termini di assistenza alle amministrazioni nella stipula del contratto integrativo, anche rispetto ai sistemi di valutazione della *performance*) e detta norme dirette a riformare sedi, procedure e materie della contrattazione, sebbene, pure in questo caso, non è facile comprendere quale ruolo le si intenda attribuire (lettera *b*).

Sulla contrattazione collettiva e sulla valutazione devono essere segnalati due atti recenti, di estremo interesse, che, seppure non riconducibili alla l. n. 125/15, con essa inevitabilmente sono destinati a intrecciarsi; si tratta dell'Accordo sulla rivisitazione dei comparti e del d.P.R. sulla valutazione delle strutture pubbliche.

2.2. — L'ipotesi di contratto per la definizione dei nuovi comparti di contrattazione collettiva — Il 5 aprile 2016, Aran e confederazioni sindacali hanno sottoscritto l'ipotesi di contratto collettivo nazionale quadro per la definizione dei comparti e delle aree di contrattazione collettiva nazionale per il triennio 2016-2018. Ipotesi di accordo che si applica sia ai dipendenti sia ai dirigenti delle amministrazioni pubbliche indicate nell'art. 1, c. 2, del d.lgs. n. 165/2001 (art. 1).

Tale accordo trae origine dal d.lgs. n. 150/09, che, per semplificare il sistema contrattuale e sfoltire la rete di sigle e prerogative sindacali, fissò a quattro il numero massimo dei contratti, a partire dal successivo rinnovo contrattuale (art. 3). L'anno successivo, però, come ben noto, la crisi di finanza pubblica portò al blocco della contrattazione collettiva con una misura, poi, rinnovata due volte prima che la Corte costituzionale, con la sentenza n. 178/2015, si pronunciasse per l'illegittimità del blocco della contrattazione e degli automatismi stipendiali per i pubblici dipendenti. Di qui il riavvio delle trattative che hanno prodotto questa nuova aggregazione di comparti.

L'accordo, che sostituisce integralmente il Ccnq stipulato l'11.6.2007 e l'Accordo quadro del 1.2.2008, aggrega i precedenti 11 comparti, in cui fino a oggi è stato articolato il pubblico impiego, in quattro ambiti: «Funzioni centrali», «Funzioni locali», «Sanità» e «Istruzione e ricerca» (art. 2). Inoltre stabilisce le aree dirigenziali – riducendole da otto a quattro –: «Area delle Funzioni centrali», «Area delle Funzioni locali», «Area dell'Istruzione e della ricerca», «Area della sanità» (art. 7). Conserva, invece, tuttora una propria autonomia la Presidenza del Consiglio dei ministri.

Nel comparto delle Funzioni locali (che oggi si chiama «Regioni ed Enti locali») e in quello della Sanità non cambia in realtà quasi nulla; fatta eccezione per il fatto che i dirigenti sanitari del ministero della Salute confluiranno tra le «Funzioni centrali» – nell'apposita «Area delle funzioni centra-

li» –, e quelli di aziende sanitarie e ospedaliere fra l'«Area delle funzioni locali», in cui anche i segretari comunali e provinciali saranno insieme ai dirigenti (art. 7).

Le novità più rilevanti si concentrano invece nel comparto dell'Istruzione e della ricerca, chiamato a riunire i circa centomila dipendenti dell'università (con l'esclusione dei docenti, in regime di pubblico impiego) e i ventimila degli enti di ricerca al milione di persone che lavorano nella scuola (4). Altra novità importante attiene al comparto delle «Funzioni centrali», dove confluiranno Ministeri, agenzie fiscali, Enti pubblici come Inps, Inail, e numerosissimi altri istituti, tra loro notevolmente differenti (art. 3).

La fusione dei comparti ha poi ricadute importanti sul terreno sindacale, perché, come ben si sa, per partecipare alle trattative e alla divisione di permessi e distacchi, ogni sigla deve raggiungere il 5% nella media di voti e deleghe. Si tratta di un aspetto, per intuibili ragioni, molto delicato e che interessa soprattutto i sindacati più «settoriali». L'accordo, sul punto, per i comparti «Funzioni centrali» e «Istruzione e ricerca» – che indubbiamente risentono maggiormente dell'aggregazione operata dall'accordo –, costruisce un ponte tra vecchio e nuovo sistema che però non è privo di incognite. Dopo la firma definitiva dell'accordo, i sindacati avranno trenta giorni per comunicare all'Aran con «idonea documentazione» l'intenzione di «dar vita mediante fusione, affiliazione o in altra forma, a una nuova aggregazione associativa cui imputare le deleghe delle quali risultino titolari, purché il nuovo soggetto succeda effettivamente nella titolarità delle stesse che a esso vengono imputate». A tal fine, oltre alle deleghe potranno «essere sommati anche i voti ottenuti singolarmente nelle elezioni delle Rsu del 3-5 marzo 2015». Tempi stretti che, però, possono essere prolungati fino al 31 dicembre 2017 «in via eccezionale» e solo per la ratifica delle alleanze, fermo restando che la comunicazione deve avvenire entro il mese (art. 9). Da ultimo, sempre per i comparti «Funzioni centrali» e «Istruzione e ricerca» e per le corrispondenti aree della dirigenza (limitatamente ai rinnovi contrattuali per il triennio 2016-2018), l'accordo, con un formulazione che si apre a diverse interpretazioni (5) – ma con scopo chiaramente inclusivo –, prevede la «presenza» alle trattative nazionali anche delle organizzazioni sindacali che, pur non avendo attivato la procedura «aggregativa» di

(4) Il comparto Istruzione e ricerca conterà 1.111.000 dipendenti e 7.700 dirigenti. Quanto agli altri comparti: Funzioni centrali comprenderà circa 247.000 occupati, Funzioni locali, 457.000, Sanità, 531.000 (dati riferiti al 2014, Elaborazione Aran su dati conto annuale Rgs).

(5) Sul punto, vd. Russo 2016.

cui all'art. 9, abbiano raggiunto, sulla base dei dati associativi ed elettorali relativi all'ultima rilevazione effettuata, la soglia del 5%, in almeno uno dei comparti o delle aree preesistenti a questo nuovo accordo (art. 10).

Scrivere regole comuni per strutture così diverse non è impresa facile, e per questa ragione l'intesa prevede una sorta di doppio binario contrattuale formato da «una parte comune, riferita agli istituti applicabili ai lavoratori di tutte le amministrazioni del comparto o all'area e in parti speciali o sezioni, dirette a disciplinare peculiari aspetti che non siano pienamente e immediatamente uniformabili o che necessitano di una distinta disciplina» (art. 8). Sempre in quest'ottica, l'art. 8 stabilisce che quelle parti speciali possano anche disciplinare talune professionalità che continuino a richiedere una regolamentazione «peculiare». Ovviamente occorrerà attendere i nuovi contratti per comprendere come verrà calibrata la parte comune con le parti speciali e declinato l'aggettivo «peculiare»; è molto probabile che, almeno all'inizio, alle parti «speciali» toccherà regolare i temi più strettamente correlati alle dinamiche retributive: si consideri solo che, ad esempio, tra un'agenzia fiscale e un Ministero i livelli retributivi sono molto diversi e regolati da istituti costruiti spesso su misura delle singole amministrazioni.

Lo stanziamento previsto è quello della legge di stabilità dello scorso anno, ed è pari a 300 milioni di euro (a cui si aggiungono i fondi che Regioni ed Enti locali dovranno reperire autonomamente), ma ovviamente non è solo una questione economica. Importante sarà vedere come questo nuovo assetto, che aggrega all'interno dei singoli comparti amministrazioni con differenti dinamiche e relativi problemi, sia in grado di *innovare*. Ciò anche alla luce di quanto non si rinviene nella riforma Madia, dove, si è visto, alla contrattazione collettiva viene riconosciuto uno spazio «non ben definito», e nella quale, per quanto qui rileva, si punta a «definire le materie escluse dalla contrattazione integrativa, anche al fine di [...] valorizzare il merito e la parità di trattamento tra categorie omogenee» (art. 17, lett. *b*). Sul punto, allora, non ci resta che continuare a «osservare».

2.3. — *Misurazione e valutazione delle performance: varato il d.P.R. sulle funzioni del dipartimento della Funzione Pubblica della Presidenza del Consiglio dei ministri* — Nell'ennesimo tentativo di definire un nuovo modello di meritocrazia nelle amministrazioni pubbliche, lo scorso 29 aprile, il Consiglio dei ministri ha approvato, in esame definitivo, lo schema di d.P.R. recante il Regolamento di disciplina delle funzioni del dipartimento della Funzione Pubblica della Presidenza del Consiglio dei

ministri in materia di misurazione e valutazione della *performance* delle pubbliche amministrazioni.

Tale regolamento – che affonda le sue radici nel d.l. n. 90/2014 (art. 19, c. 10), convertito con modificazioni dalla l. n. 114/2014, che ha trasferito dall'Anac alla Funzione Pubblica i compiti sul tema della valutazione prima attribuiti alla Civit – disciplina le funzioni svolte dal dipartimento della Funzione Pubblica rispetto al ciclo delle *performance* e all'operato degli Organismi indipendenti di valutazione. Con le nuove norme, insomma, il dipartimento della Funzione Pubblica guiderà l'intero sistema di valutazione degli uffici.

Le principali novità della normativa in parola consistono nella previsione di un'operazione complessiva che consenta, da un lato, una semplificazione del quadro di regolazione con una riduzione degli oneri informativi posti a carico delle amministrazioni e, dall'altro, regimi differenziati in ragione delle dimensioni, del tipo di amministrazione e della natura delle attività delle diverse amministrazioni. A tal fine, il dipartimento della Funzione Pubblica dovrà predisporre linee guida, che semplifichino gli aspetti procedurali e documentali del ciclo della *performance*, e promuovere interventi presso le amministrazioni, che consentano un progressivo rafforzamento della capacità amministrativa nonché la sperimentazione e il confronto tra buone pratiche, anche assumendo a riferimento esperienze internazionali (artt. 2 e 3).

Inoltre, nello schema di d.P.R. è stabilito che il dipartimento della Funzione Pubblica si raccordi con il ministero dell'Economia e delle Finanze, per «allineare le indicazioni metodologiche sul ciclo della *performance*» con quelle relative alla predisposizione dei «documenti di programmazione e rendicontazione economico-finanziaria»; in altri termini, i risultati organizzativi saranno strettamente correlati alla programmazione economica dell'ufficio, che se positiva aumenterà le *performance* dell'ente (art. 3).

È prevista l'istituzione di una Commissione tecnica per la *performance*, strutturata come organo consultivo del dipartimento per l'indirizzo tecnico e metodologico necessario allo sviluppo delle attività di misurazione e valutazione della *performance*. Infine, al dipartimento della Funzione Pubblica è affidato il compito di promuovere la costituzione della Rete nazionale per la valutazione delle amministrazioni pubbliche, al fine di valorizzare le esperienze di valutazione esterna delle pubbliche amministrazioni.

Per accrescere l'efficacia dell'attività degli Organismi di valutazione e la trasparenza del processo di selezione dei suoi componenti, nello schema di decreto si rinviene una revisione delle funzioni svolte dai suddetti Organismi, nonché talune modifiche inerenti alle modalità di scelta dei

suoi componenti. Sul primo punto, oltre a ribadire che le funzioni da essi svolte sono rinvenibili nell'art. 14 del d.lgs. n. 150/2009, ne aggiunge altre, tra cui: la verifica della correttezza dei processi di misurazione, monitoraggio, valutazione e rendicontazione della *performance* organizzativa e individuale; la verifica dell'integrazione sostanziale tra programmazione economico-finanziaria e pianificazione strategico-gestionale; la promozione dell'utilizzo da parte delle amministrazioni dei risultati derivanti dalle attività di valutazione esterna delle amministrazioni. Sul secondo punto, si stabilisce che il dipartimento della Funzione Pubblica tenga e aggiorni un elenco nazionale dei componenti di tali organismi e ne favorisca la razionalizzazione anche al fine di contenerne il numero e accrescerne le funzionalità. Questa esigenza, come si evince dalla relazione illustrativa, nasce anche dal fatto che, nonostante la normativa vigente preveda per le amministrazioni di dotarsi di Organismi di valutazione in forma associata (art. 14, c. 1, d.lgs. n. 150/09), tale possibilità è stata realizzata raramente.

Un tassello importante nel sistema di valutazione, quindi, quello posto in essere da questo decreto, anche se la vera sfida si giocherà nel momento in cui le norme verranno declinate dal dipartimento della Funzione Pubblica in specifiche linee guida operative per le pubbliche amministrazioni dei diversi comparti e, soprattutto, quando verrà attuata la delega in materia dalla riforma Madia.

3. — *La riforma Renzi-Madia e l'alta dirigenza delle amministrazioni sanitarie: questioni e riflessioni* —

3.1. — *Alcune riflessioni d'insieme* — Nel complessivo ripensamento normativo-sistemico del governo Renzi non poteva certamente mancare l'attenzione per uno dei settori strategici del nostro apparato amministrativo, anche in ragione della peculiare tipologia di interesse pubblico perseguito e della stretta contiguità con le aspettative dei cittadini: cioè il settore della Sanità (6).

Di recente è stato così confezionato un decreto legislativo proprio allo scopo di riempire di contenuti la delega racchiusa nell'articolo 11, c. 1, l. n. 124 del 2015, con la quale il Governo è stato giusto delegato ad adotta-

(6) Sulle caratteristiche dell'interesse pubblico tutelato in questo ambito e sul peculiare intreccio con la disciplina del diritto del lavoro si rinvia al volume curato da Liguori, Zoppoli 2012; sul delicato compito delle dirigenze proprio in questo settore amministrativo, cfr. le riflessioni di Mazzotta 2003; Mazzotta 2012; e, più in generale, Carinci F, Mainardi 2005.

re uno o più decreti legislativi in materia di dirigenza pubblica e di valutazione dei rendimenti dei pubblici uffici, e, in particolare, le disposizioni contenute nella lettera *p*, recante principi e criteri direttivi per il conferimento degli incarichi di direttore generale, di direttore amministrativo e di direttore sanitario, nonché, ove previsto dalla legislazione regionale, di direttore dei servizi socio-sanitari delle aziende e degli enti del Servizio sanitario nazionale (7).

Il testo circola ancora in forma di bozza, corredata della relativa relazione tecnica di accompagnamento, ma si presenta, per molti versi, in una veste di definitività tale da consentire di sviluppare e prospettare alcune prime riflessioni di approfondimento.

La *ratio* sottesa al complessivo reticolato normativo in questione è espressamente dichiarata nella relazione illustrativa al decreto e si condensa nella intenzione di «riequilibrare i rapporti tra il vertice politico regionale e le apicalità direzionali delle aziende sanitarie, al fine di slegare la nomina dei direttori generali dalla “fiducia politica” per agganciarla a una valutazione di profilo tecnico finalizzata alla selezione delle professionalità ritenute maggiormente competenti e adeguate a ricoprire l’incarico».

Questo perché il pre-giudizio, nemmeno tanto celato dal legislatore, sta tutto nella percezione che l’inefficienza organizzativa che spesso ha caratterizzato la gestione del Servizio sanitario nazionale, in molte realtà regionali, affonda le proprie radici proprio nelle «distorsioni» che hanno accompagnato le scelte dei direttori generali, dei dirigenti sanitari delle Asl e delle aziende ospedaliere. In effetti, a quasi 20 anni dalla seconda privatizzazione del lavoro pubblico, ancora non si può certo dire che sia apparso qualcosa di nuovo sotto il sole della disciplina in materia.

3.2. — *I criteri del conferimento degli incarichi di direttore* — Tutte le criticità sembrano racchiuse in quel delicato momento sistemico ravvisabile nell’attribuzione dell’incarico di direzione e nella stretta interrelazione fiduciaria fra il direttore e la componente politica (8).

Ancora una volta il legislatore prova a rimaneggiare la fase esiziale del conferimento dell’incarico di direzione.

Sotto questo specifico aspetto, in piena armonia con il *trend* normativo in materia di dirigenza e conferimento di incarichi, ricavabile pure dall’art.

(7) Sulla riforma Renzi-Madia, in generale, vd. il numero monografico di *q. Riv.*, 2015, n. 3, I, e ivi il contributo di Barbieri, *Bellavista* 2015, 473 ss.; ma pure Boscato 2014; con specifico riguardo alle regole in tema di dirigenza, si legga invece Zoppoli 2015; ma sia pure consentito rinviare a Nicosia 2014.

(8) Sul tema, fra i lavori più recenti, si legga lo studio di Pioggia 2016.

11 del d.lgs. n. 124/2015, è previsto un doppio canale di verifica da parte di due Commissioni: nazionale e regionale.

Ai sensi dell'art. 1 del d.lgs. che qui si commenta è nominata, ogni due anni, una Commissione, composta da 5 esperti di comprovata competenza ed esperienza, con il compito specifico di formare un elenco nazionale dei soggetti idonei alla nomina di direttore generale delle aziende sanitarie locali, delle aziende ospedaliere e degli altri enti del Servizio sanitario nazionale.

L'elenco è aggiornato ogni due anni ed è alimentato con procedure informatizzate, oltre a essere pubblicato sul sito internet del ministero della Salute.

Proprio il modo in cui è costruito il processo di formazione dell'elenco e la relativa tenuta lascia ragionevolmente pensare che il legislatore abbia, in fin dei conti, voluto costituire un altro Ruolo unico accanto ai tre già previsti per la dirigenza dello Stato, delle Regioni e degli Enti locali.

In verità, pare sostenibile la lettura interpretativa, che personalmente si incoraggia da tempo, di chi, anche rispetto alla dirigenza sanitaria, aveva scorto la prospettiva concreta di tratteggiare un Ruolo con le stesse fattezze di quelli previsti *expressis verbis* per le altre dirigenze (9), e questo proprio al fine di accettare e chiarire una volta per tutte la diversità di questa dirigenza rispetto alle altre. Ciò proprio al fine di costruire un modello e un sistema di regole che, seppure speculari a quello delle altre dirigenze, sia in grado di valorizzare le differenze e le specificità della dirigenza inserita nelle amministrazioni sanitarie.

Le modalità di costituzione della Commissione nazionale, di formazione dell'elenco dei candidati e di tenuta del medesimo, depongono tutte a favore di questa lettura interpretativa.

Dal lavoro della Commissione nazionale, di cui all'art. 1 del decreto in commento, discende quello della Commissione regionale, anch'essa formata da esperti, prevista nel successivo articolo 2.

Questo organismo ha la funzione di avviare una valutazione per titoli e colloqui dei candidati e di proporre al presidente della Regione una terna di nomi al cui interno verrà scelto colui che presenta i requisiti maggiormente coerenti con le caratteristiche dell'incarico da attribuire.

Parrebbe anche in questo caso promossa una sorta di procedura selettivo-comparativa.

(9) Si rinvia ai ragionamenti di Zoppoli 2015, ma sia pure consentito rinviare allo studio in cui si è provato a concettualizzare il polimorfismo delle dirigenze pubbliche e la possibilità di individuare alcune macroaree omogenee di studio: quella relativa alla dirigenza statale, quella sanitaria e quella relativa alla dirigenza delle autonomie locali, Nicosia 2009.

Il fatto, tuttavia, che non sia prevista la formazione di una graduatoria (nemmeno nell'ambito dell'elenco nazionale) consente di mantenere un certo margine di autonomia al soggetto che alla fine eserciterà il potere di nomina e che potrà concretamente individuare, nell'ambito della rosa dei tre candidati preselezionati dalla Commissione, il soggetto da incaricare.

Il legislatore si premura di chiarire che nella terna proposta non possono essere inseriti coloro che abbiano ricoperto l'incarico di direttore generale per due volte presso la medesima azienda sanitaria locale. Ciò probabilmente per evitare incrostazioni *sine die*, spesso foriere di cointeressenze e contiguità territoriali contrarie ai generali principi della buona amministrazione.

Fra le disposizioni che provano a determinare una cesura (e un evidente cambio di passo) rispetto alle dinamiche di conferimento riconducibili alla disciplina attualmente ancora in vigore per la dirigenza statale (10), va pure menzionata quella che individua una soglia temporale minima dell'incarico, pari a tre anni, oltre ovviamente a quella massima di 5.

Il bisogno di individuare una durata minima dell'incarico è, anche rispetto a questa peculiare fattispecie, correlato alla necessità, da lungo tempo sottoposta all'attenzione del legislatore, di assegnare uno spazio temporale sufficiente e adeguato per l'espressione della *expertise* «direzionale» di ciascun destinatario dell'incarico.

Nella relazione illustrativa si legge, infatti, un passaggio che vale la pena riportare per intero in quanto enuncia la *ratio* sottesa all'introduzione delle soglie temporali di durata: «...l'attuale esperienza della nomina dei direttori generali delle aziende sanitarie evidenzia una durata media del relativo incarico di circa 20 mesi: tale dato finisce per frustrare la stessa logica dell'aziendalizzazione inibendo, sin dal nascere, qualsiasi programmazione dell'attività a medio e a lungo termine, finendo, invece, per favorire politiche aziendali di corto respiro».

Sotto questo specifico profilo, si può dunque affermare che le regole in materia di durata dell'incarico di direttore generale, direttore sanitario e direttore amministrativo, si allineino a quelle concernenti gli altri incarichi di funzione dirigenziale attualmente disciplinati nel d.lgs. n. 165/2001 ma non anche alle probabili regole del futuro scenario normativo, almeno per quello che è dato prevedere dal perimetro tratteggiato nella legge delega n. 124 del 2015.

(10) Racchiusa nella norma a tutti nota come norma pilota di tutta la disciplina in materia di regole per il conferimento degli incarichi di funzione dirigenziale: cioè l'art. 19, d.lgs. n. 165/2001.

La riforma Renzi-Madia prevede, infatti, una durata di 4 anni, senza ulteriori specificazioni, e una rinnovabilità con procedura di avviso pubblico preventiva o, senza procedura, solo per una durata di due anni e sempre che il dirigente abbia ottenuto una previa valutazione positiva.

Apparentemente la normativa in materia di alta dirigenza sanitaria sembra più attenta alle tradizionali questioni correlate alla durata dell'incarico. Basti ricordare che una durata troppo lunga rischia di svuotare di contenuti il potere di scelta degli organi politici specie, se rapportato alle ricadute in termini di implementazione dell'indirizzo politico; una durata troppo breve, invece, vanifica una seria valutazione dei risultati conseguiti dal dirigente, sottoponendolo, potenzialmente, al *pressing* politico (11).

La nomina, ma anche la conferma, e come si vedrà pure la revoca, prevedono una motivazione e la pubblicazione sul sito internet. Il ricorso al lemma «provvedimento», in combinato disposto con l'obbligo di motivazione, parrebbe non lasciare aperture con riguardo alla qualifica dell'atto di nomina e alla relativa riconducibilità nell'alveo degli atti a regime pubblicistico; ciò con tutto il corredo di implicazioni giurisdizionali che tale scelta normativa porta con sé. Tuttavia, non può essere egualmente sottaciuto che il legislatore fa riferimento allo scioglimento di un vincolo contrattuale, al momento della decadenza per cattiva gestione dopo il biennio, di cui si dirà nel successivo paragrafo.

Insomma si ripresenta, irrisolta, l'annosa questione relativa alla natura dell'atto di conferimento dell'incarico dirigenziale-direzionale correlata al connubio provvedimento-incarico su cui la giurisprudenza, com'è noto, negli anni ha provato con fatica a fare chiarezza.

Almeno con riguardo ad altre dirigenze sembrava acclarato il punto di approdo della giurisprudenza, che lo ha, pure di recente, considerato atto privato di organizzazione (12).

3.3. — *Il ruolo centrale della valutazione* — Fra gli aspetti di indubbio interesse che sembra opportuno sottoporre all'attenzione del lettore, va pure menzionato quello concernente le ragioni sottese all'interruzione dell'in-

(11) Così, condivisibilmente, Pioggia 2016.

(12) Cass. 30.10.2014, n. 23062, in *LPA*, 2014, n. 5, II, 801, con nota di Bolognino; Cass. 1.12.2009, n. 25254, S.U., in *LPA*, 2009, n. 6, II, 1053; ma anche il giudice amministrativo si è allineato: cfr. Cons. Stato, Sez. IV, sentenza 14.5.2014, n. 2495, consultabile al seguente indirizzo internet <http://www.altalex.com/documents/mas-simario/2014/06/18/pubblico-impiego-incarico-dirigenziale-conferimento-giurisdizione>. Sul tema, si legga Spinelli 2012. Per la ricostruzione della differenza fra micro e macro organizzazione si rinvia a Carabelli 2009.

carico, prima della scadenza fisiologica del medesimo: cioè la revoca o la decadenza dal medesimo.

Fra le ragioni che giustificano l'interruzione *ante tempus*, infatti, il legislatore annovera espressamente i cattivi risultati aziendali conseguiti.

Nonostante la soglia minima dell'incarico sia stata individuata nei tre anni, di cui sopra si è detto, il legislatore recupera egualmente i 24 mesi come arco temporale per fare un primo test delle capacità manageriali del direttore generale.

Ciò perché al comma 4 della bozza del decreto in commento è previsto che, «trascorsi 24 mesi dalla nomina di ciascun direttore generale, la Regione, entro sessanta giorni sentito il parere del sindaco o della Conferenza dei sindaci di cui all'art. 3, comma 14, del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502 [...] verifica i risultati aziendali conseguiti e il raggiungimento degli obiettivi di cui ai commi 2 e 3, e in caso di esito negativo dichiara, previa contestazione e nel rispetto del principio del contraddittorio, la decadenza immediata dall'incarico con risoluzione del relativo contratto».

Questa discrasia, fra la durata minima dell'incarico, le affermazioni prospettate nella relazione tecnica di cui sopra si è detto, da una parte, e la soglia temporale della prima verifica di idoneità manageriale (funzionale alla decadenza dall'incarico), dall'altra, lascia francamente perplessi. Di fatto è così vanificato il significato del limite minimo di durata per il primo «rendiconto» delle strategie manageriali messe in campo dal direttore neoincaricato.

Va bene il monitoraggio e la valutazione con cadenza temporale prestabilita, poiché queste sono regole generali già introiettate nel sistema con la riforma Brunetta, ma sventolare da subito la cessazione dall'incarico e soprattutto la risoluzione del contratto per incapacità manageriale (mancato raggiungimento degli obiettivi) di fatto significa rilanciare proprio quella logica di incertezza che il legislatore sembrava volere stemperare con l'introduzione di un arco temporale minimo (almeno sulla carta) prima dell'avvio di procedure destinate alla risoluzione del rapporto.

Quanto al metodo, il legislatore si premura di specificare quali dovrebbero essere gli indicatori di *performance* fondamentali da utilizzare per la valutazione dell'attività dei direttori generali. E proprio per determinare omogeneità di valutazione sulle attività di tutti i direttori generali in campo nazionale, entro 120 giorni dalla data di entrata in vigore del decreto in commento, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano devono costruire criteri e procedure per la valutazione in questione.

L'elencazione, a mio avviso non tassativa, invita a tenere conto: del raggiungimento di obiettivi di salute e funzionamento dei servizi, definiti nel

quadro della programmazione regionale, con particolare riferimento all'efficienza, all'efficacia, alla sicurezza, all'ottimizzazione dei servizi sanitari e al rispetto degli obiettivi economico-finanziari e di bilancio concordati; della garanzia dei livelli di assistenza e dei risultati del programma nazionale valutazione esiti dell'Agenzia nazionale per i servizi sanitari regionali; degli adempimenti in materia di adeguatezza (13) prescrittiva; degli obblighi in materia di trasparenza; degli ulteriori adempimenti previsti dalla legislazione vigente.

La valutazione di tutti questi elementi assume, nel sistema così disegnato, un ruolo centrale, visto che la verifica negativa determina, previa contestazione e contraddittorio, «la decadenza immediata dall'incarico con risoluzione del relativo contratto».

Si tratta di una fattispecie codificata di gravissima responsabilità dirigenziale che evoca le previsioni di cui all'art. 21 del d.lgs. n. 165/2001 e per la quale si prevede chiaramente la sanzione del recesso dall'incarico e dal contratto.

Ancora una volta il legislatore corrobora la scelta di voler assegnare alla responsabilità manageriale gestionale una connotazione oggettiva tale per cui non importa l'accertamento dell'elemento psicologico (14) ma il fatto obiettivo del mancato adempimento nei tempi e nei modi convenuti (15).

Proprio per tale ragione, vale qui la pena avvertire che sarà necessario costruire un doppio procedimento di verifica: uno destinato al monitoraggio e alla valutazione del *modus gerendi* e del raggiungimento degli obiettivi (insomma delle strategie manageriali e gestionali del direttore), e un altro procedimento, quello sanzionatorio, che si apre a seguito di esito negativo del primo, volto, invece, all'addebito della sanzione.

La stessa *ratio* di salvaguardia della buona amministrazione si rinviene nel successivo comma 5, che codifica la decadenza dall'incarico di direttore generale per «gravi e comprovati motivi» o se «la gestione presenta una situazione di grave disavanzo, o in caso di manifesta violazione degli obblighi in materia di trasparenza previsti dalle disposizioni vigenti».

Sebbene la norma in questo punto non appaia perspicua, è possibile, anche rispetto a questa fattispecie, ipotizzare il doppio canale del procedimento di valutazione nel quale emergono le causali sopra menzionate, cui

(13) In realtà, il legislatore usa il termine davvero poco elegante di «appropriatezza» prescrittiva, quando il d.l. n. 78/2015, da cui trae origine, ricorre invece alla terminologia di «adeguatezza».

(14) Indagine che può trovare luogo nell'ambito della fase precedente relativa alla valutazione delle prestazioni.

(15) Così già Zoppoli 2000; Nicosia 2011, spec. 349.

fa seguito l'attivazione, con contraddittorio, del procedimento per l'addebito della sanzione della «decadenza immediata».

4. — *Un primo passo della riforma in materia di responsabilità disciplinare: il decreto sull'assenteismo fraudolento* —

4.1. — *La responsabilità disciplinare dei dipendenti pubblici e i criteri direttivi della legge delega n. 124/2015* — Nell'ambito dei principi e criteri direttivi dettati dall'articolo 17, comma 1, della legge n. 124 del 2015, per la riforma del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni e dei connessi profili di organizzazione amministrativa, quanto alla responsabilità disciplinare dei pubblici dipendenti, si prevede l'introduzione di norme «finalizzate ad accelerare e rendere concreto e certo nei tempi di espletamento e di conclusione l'esercizio dell'azione disciplinare» (lettera s).

A distanza di pochi anni dalla riforma Brunetta del 2009, che aveva fondato sull'inasprimento del sistema sanzionatorio per i pubblici dipendenti la propria strategia di attacco ai «fannulloni» (16), il legislatore delegato viene chiamato nuovamente a intervenire sulle modalità di esercizio dell'azione disciplinare, in coerenza con l'idea che, nel lavoro pubblico, le sanzioni disciplinari non costituiscono semplicemente il rimedio contro gli inadempimenti della prestazione lavorativa, ma sono considerate espressamente strumento di potenziamento dell'efficienza organizzativa e della produttività del lavoro (17).

4.2. — *Il licenziamento disciplinare per falsa attestazione della presenza in servizio nello schema di decreto legislativo attuativo della delega* — Nonostante il tono generale della norma delegante, nello schema di decreto legislativo approvato per dare attuazione alla delega posta dall'articolo 17, c. 1, lett. s, legge n. 124/2015, il Governo, anche sull'onda di recenti vicende che hanno catalizzato l'attenzione mediatica sugli illeciti disciplinari di alcuni dipendenti pubblici, ha ritenuto di occuparsi solo ed esclusivamente del licenziamento per «falsa attestazione della presenza in servizio», formulando ben cinque commi aggiuntivi al testo dell'articolo 55-*quater* del decreto legislativo n. 165/2001.

Questa disposizione, al comma 1, lettera a, già prevede, in realtà, la sanzione del licenziamento disciplinare senza preavviso in caso di «falsa attestazione della presenza in servizio, mediante l'alterazione dei sistemi di ri-

(16) Ichino 2006.

(17) Cfr. art. 67, c. 1, d.lgs. n. 150/2009, e art. 7, c. 1, l. n. 15/2009.

levamento della presenza o con altre modalità fraudolente», oltre che per «giustificazione dell'assenza dal servizio mediante una certificazione medica falsa o che attesta falsamente uno stato di malattia» (18).

Lo schema di decreto legislativo provvede, tuttavia, a ridefinire la fattispecie, ampliandola e dettagliandola quanto alle possibili modalità di esecuzione dell'illecito. Si prevede, infatti, che qualunque modalità fraudolenta posta in essere per far risultare il dipendente in servizio o trarre in inganno l'amministrazione, presso la quale il dipendente presta servizio, circa il rispetto dell'orario di lavoro costituisce falsa attestazione della presenza in servizio. L'illecito disciplinare si configura anche nel caso in cui il dipendente si sia avvalso dell'aiuto di terzi, i quali sono ritenuti a loro volta responsabili della medesima violazione, per aver agevolato – con la propria condotta attiva ma anche solo omissiva – la condotta fraudolenta (c. 1-*bis*).

Con riferimento agli aspetti procedurali, lo schema di decreto interviene sul ricorso alle misure cautelari e sui termini del procedimento disciplinare.

Infatti, qualora la falsa attestazione della presenza sia accertata in flagranza ovvero mediante strumenti di sorveglianza o di registrazione degli accessi o delle presenze, il responsabile della struttura in cui il dipendente lavora oppure, ove ne venga a conoscenza per primo, l'ufficio per i procedimenti disciplinari dispongono la sospensione cautelare del dipendente, in via immediata e comunque non oltre 48 ore dal momento in cui ne hanno avuto conoscenza, senza obbligo di preventiva audizione dell'interessato. Il termine prescritto dalla norma ha carattere ordinatorio, e pertanto il suo mancato rispetto non determina la decadenza dell'azione disciplinare né l'inefficacia della sospensione cautelare, mentre si fa salva la responsabilità del dipendente a cui il ritardo sia imputabile. L'applicazione della misura cautelare determina la sospensione dell'obbligazione retributiva da parte dell'amministrazione nei confronti del dipendente che ha compiuto l'illecito (c. 3-*bis*).

Nel caso in cui il provvedimento di sospensione cautelare sia adottato dal responsabile della struttura in cui il dipendente lavora, questi deve contestualmente trasmettere gli atti all'ufficio competente per l'avvio del procedimento disciplinare; se è direttamente l'ufficio per i procedimenti disciplinari a essere venuto a conoscenza del fatto, dovrà avviare immediatamente il procedimento disciplinare, che deve in ogni caso concludersi entro 30 giorni (c. 3-*ter*).

(18) Sul licenziamento disciplinare si rinvia, tra gli altri, ai commenti sistematici di: Borgogelli 2009, 410 ss.; Calcaterra 2010, 226 ss.; Martelloni 2013, 558 ss.; Monda G.M. 2011, 1019 ss.; Ravelli 2013, 500 ss.; Spinelli 2011, 484 ss.

L'accertamento dell'illecito in flagranza ovvero mediante strumenti di sorveglianza o di registrazione degli accessi o delle presenze comporta, altresì, che, entro quindici giorni dall'avvio del procedimento disciplinare debba procedersi alla denuncia al Pubblico Ministero e alla segnalazione alla competente procura regionale della Corte dei conti. Quest'ultima dovrà accertare se sussistono le condizioni per promuovere un'azione di risarcimento per danno all'immagine dell'amministrazione, la quale dovrà essere esercitata entro 120 giorni dalla denuncia, senza possibilità di proroga. L'ammontare del danno sarà liquidato in misura equitativa dal giudice, il quale dovrà tener conto anche della rilevanza del fatto per i mezzi di informazione, e comunque non potrà essere inferiore a sei mensilità dell'ultimo stipendio in godimento, oltre interessi e spese di giustizia (c. 3-*quater*).

Sempre nei casi di flagranza della falsa attestazione della presenza, di cui al comma 3-*bis*, per i dirigenti, ovvero, negli enti privi di qualifica dirigenziale, per i responsabili di servizio competenti, l'omessa comunicazione all'ufficio per i procedimenti disciplinari, l'omessa attivazione del procedimento disciplinare e l'omessa adozione del provvedimento di sospensione cautelare costituiscono fattispecie disciplinare punibile con il licenziamento e configurano, altresì, omissione d'atti di ufficio (c. 3-*quinqüies*).

4.3. — *Il parere della Commissione speciale del Consiglio di Stato n. 864/2016* — Lo schema di decreto legislativo in esame è stato trasmesso al Consiglio di Stato per la formulazione di un parere, reso il 5 aprile scorso, nel quale, premessa una valutazione di generale condivisione della scelta operata dal Governo, nell'esercizio della delega, di concentrare l'attenzione sul fenomeno dell'assenteismo nei casi di falsa attestazione della presenza in servizio, il Collegio si è poi pronunciato sulle singole previsioni normative, ravvisando per alcune di esse gli estremi della carenza di un adeguato supporto di delega legislativa. In particolare, il Consiglio di Stato ha censurato per eccesso di delega la disposizione che si occupa della disciplina dell'azione di responsabilità per danno di immagine alla pubblica amministrazione (c. 3-*quater*, di cui è fatta salva solo la prima parte, che si concretizza in un mero obbligo di denuncia e segnalazione, rispettivamente al Pubblico Ministero e alla competente procura regionale della Corte dei conti, connesso al compimento dei fatti per cui si avvia il procedimento disciplinare) e quella che introduce una nuova fattispecie di reato per omissione di atti di ufficio, diversa rispetto a quella tipizzata dall'art. 328 c.p. (c. 3-*quinqüies*).

Con riferimento alle altre previsioni normative, il Collegio, pur ritenendole coerenti con i principi direttivi della delega, non ha mancato di formu-

lare alcuni suggerimenti al Governo, sia nel merito che riguardo alla tecnica redazionale dei testi. Così, ad esempio, è stata segnalata l'esigenza di un più adeguato coordinamento tra le nuove disposizioni e quelle previgenti, più precisamente tra quelle relative al procedimento disciplinare accelerato e la disciplina generale del procedimento disciplinare contenuta negli articoli 55 e seguenti del d.lgs. n. 165 del 2001, nonché, in ordine alla qualificazione della fattispecie, tra la nuova previsione del comma 1-*bis* e quella del comma 1, lett. *a*, dello stesso art. 55-*quater*. Altri rilievi hanno riguardato l'adeguatezza e la proporzionalità delle misure adottate, talora ritenute carenti. In tale prospettiva, si è evidenziata l'assenza di ogni riferimento alla corresponsione di un assegno alimentare a fronte della sospensione obbligatoria dal servizio, che risulterebbe invece coerente con la natura cautelare del provvedimento e la salvaguardia delle esigenze di sostentamento del dipendente privato della retribuzione, come del resto già previsto in caso di sospensione cautelare facoltativa dai contratti collettivi. Analoga considerazione viene riservata all'introduzione della sanzione disciplinare del licenziamento per i dirigenti e i responsabili di servizio che omettono di avviare il procedimento disciplinare nel caso di falsa attestazione della presenza in servizio accertata in flagranza ovvero mediante strumenti di sorveglianza o di registrazione degli accessi o delle presenze; tale previsione, per un verso, rende più gravosa la responsabilità disciplinare di questi soggetti in tale ipotesi specifica rispetto a quanto dispone l'art. 55-*sexies*, c. 3, per il mancato esercizio o la decadenza dell'azione disciplinare e, per altro verso, finisce sostanzialmente per equiparare il dirigente, quanto al trattamento sanzionatorio, a un soggetto che ha concorso al compimento dell'illecito.

4.4. — *Brevi considerazioni a margine* — Come si evince dalla relazione illustrativa dello schema di decreto, la nuova regolamentazione prospettata risponde fundamentalmente a una duplice esigenza: da un lato, colpire il maggior numero di comportamenti fraudolenti possibile, attraverso l'ampliamento della fattispecie fino a ricomprendere nell'illecito disciplinare anche le condotte omissive, che deve presumersi possano essere poste in essere tanto dai capi quanto dai colleghi; dall'altro, procedere rapidamente all'accertamento della violazione e all'applicazione della relativa sanzione, grazie alla riduzione dei termini del procedimento e all'introduzione della sospensione cautelare obbligatoria, che consentirebbe di fatto di anticipare gli effetti del licenziamento, nei casi di flagranza della falsa attestazione della presenza in servizio.

Ebbene, quand'anche si procedesse allo stralcio delle disposizioni censurate dal Consiglio di Stato per eccesso di delega, di cui si è dato conto,

questi obiettivi rimarrebbero salvaguardati, poiché le norme che li presidiano hanno passato tutte il vaglio del Consiglio stesso.

Due sole considerazioni si intendono formulare al riguardo. In primo luogo, per esigenze di coerenza sistematica, sarebbe stato preferibile non stralciare la disciplina di una singola fattispecie di illecito disciplinare, per quanto ritenuta particolarmente grave, dal ridisegno complessivo della disciplina del lavoro pubblico cui il legislatore delegato dovrà attendere e, ancor più, dalla revisione della disciplina del rapporto di lavoro dei dirigenti, ai quali l'esercizio del potere disciplinare è attribuito in quanto datori di lavoro (19). Di avviso contrario la Commissione lavoro del Senato, che, nelle osservazioni approvate il 10 maggio u.s., ha valutato lo schema di decreto come una «positiva anticipazione» della riscrittura della disciplina del Testo Unico del pubblico impiego, senza tuttavia potersi sottrarre alla necessità di formulare rilievi sull'articolato normativo, non solo al fine di recepire le osservazioni del Consiglio di Stato, ma anche per assicurare maggiore chiarezza e precisione delle nuove disposizioni, tanto per gli aspetti sostanziali quanto per quelli procedurali della disciplina.

Ma la questione più spinosa, alla quale la nuova regolamentazione, per quanto restrittiva e accelerata, non sembra idonea a dare risposta è: perché questa volta dovrebbe funzionare? In altri termini, non pare ci sia nulla di nuovo sul fronte delle leve attivabili per promuovere l'effettivo esercizio dell'azione disciplinare, da sempre carente nelle pubbliche amministrazioni. Già la legge Brunetta aveva previsto la responsabilità dei dirigenti in caso di mancato esercizio dell'azione disciplinare o di decadenza della stessa, eppure lo strumento predisposto non è servito allo scopo. Certo, la sanzione prevista dall'art. 55-*sexies*, c. 3, del d.lgs. n. 165/2001 è la sospensione fino a un massimo di tre mesi e non il licenziamento, ma, a parte la condivisibile obiezione del Consiglio di Stato circa la ragionevolezza e proporzionalità di questa previsione, resta la sensazione che si continui a perpetuare l'errore di riporre eccessiva fiducia nelle potenzialità della legge e, quindi, di credere che basti agire sulle regole per cambiare i comportamenti organizzativi. In tale prospettiva, suscita qualche perplessità, poiché appare contraddittoria, la proposta della Commissione lavoro del Senato di introdurre nello schema di decreto due nuove disposizioni: l'una che stabilisca l'obbligo per i vertici delle amministrazioni di prevedere, tra gli obiettivi da assegnare ai dirigenti, quello di contrastare l'assenteismo abusivo, e l'altra che disponga la revoca o il mancato rinnovo dell'incarico in caso di

(19) Su cui si rimanda alle considerazioni critiche di Carabelli 2010, 27 ss. Si rinvia, altresì, a Tullini 2014, e, sia consentito, a Spinelli 2012.

mancato conseguimento di tale obiettivo, a titolo di responsabilità dirigenziale. Se, infatti, la prima previsione – come si legge nella relazione che accompagna le osservazioni della Commissione (20) – appare coerente con una strategia organizzativa che miri a prevenire piuttosto che a reprimere, privilegiando il buon esempio, la motivazione dei dipendenti e la premialità, la seconda, invece, ripropone la leva punitiva – per quanto attenuata nella misura – quale unico strumento ritenuto idoneo a indurre la dirigenza a riappropriarsi delle prerogative manageriali.

Riferimenti bibliografici

- Barbieri M., Bellavista A. (2015), *Introduzione. Una riforma senz'anima*, in q. Riv., n. 3, I, 473 ss.
- Borgogelli F. (2009), *La responsabilità disciplinare del dipendente pubblico*, in L. Zoppoli (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Editoriale Scientifica, Napoli, 399 ss.
- Boscato A. (2014), *La politica del governo Renzi per il settore pubblico tra conservazione e innovazione: il cielo illuminato diverrà luce perpetua?*, in W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT, n. 228.
- Calcaterra L. (2010), *Il licenziamento individuale nel lavoro pubblico*, in U. Carabelli, M.T. Carinci (a cura di), *Il lavoro pubblico in Italia*, Cacucci, Bari.
- Carabelli U. (2009), *I poteri dirigenziali nel limbo della non contrattabilità*, in *Risorse umane*, n. 6, 29 ss.
- Carabelli U. (2010), *La «riforma Brunetta»: un breve quadro sistematico delle novità legislative e alcune considerazioni critiche*, in W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT, n. 101.
- Carinci F., Mainardi S. (2005) (a cura di), *La dirigenza nelle pubbliche amministrazioni. Dal modello unico ministeriale ai modelli caratterizzanti le diverse amministrazioni*, Giuffrè, Milano.
- Ichino P. (2006), *I nullafacenti*, Mondadori, Milano.
- Liguori F., Zoppoli A. (2012) (a cura di), *La sanità flessibile*, Editoriale Scientifica, Napoli.
- Martelloni F. (2013), *La responsabilità disciplinare del personale non dirigenziale*, in L. Fiorillo, A. Perulli (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, Giappichelli, Torino, 551 ss.
- Mazzotta O. (2003), *Attribuzioni e poteri del dirigente sanitario*, in LPA, n. 3-4, I, 471 ss.
- Mazzotta O. (2012), *Conclusioni*, in F. Liguori, A. Zoppoli, *La sanità flessibile*, Editoriale Scientifica, Napoli.

(20) [Http://www.pietroichino.it/?p=40085](http://www.pietroichino.it/?p=40085).

- Monda G.M. (2011), *Il licenziamento del dipendente pubblico*, in G. Amoroso et al. (a cura di), *Diritto del lavoro. Il lavoro pubblico*, vol. III, Giuffrè, Milano, 1019 ss.
- Monda P. (2016), *Contratto di lavoro pubblico, potere organizzativo e valutazione*, Giappichelli, Torino.
- Nicosia G. (2009), *Il polimorfismo delle dirigenze pubbliche e la buona amministrazione*, in *QDLRI*, n. 31, 65 ss., Utet.
- Nicosia G. (2011), *Le responsabilità dirigenziali e disciplinari del dirigente pubblico: due rette parallele destinate ad incontrarsi?*, in G. Amoroso, V. Di Cerbo et al. (a cura di), *Diritto del lavoro. Il lavoro pubblico*, vol. III, Giuffrè, Milano, 338 ss.
- Nicosia G. (2014), *«Sapere sapienziale» e gestione responsabile del capitale umano nella riforma «continua» del lavoro pubblico*, in *LPA*, n. 2, I, 351 ss.
- Pioggia A. (2016), *Le procedure per l'affidamento degli incarichi dirigenziali*, in *Libro dell'anno del diritto*, Edizioni Treccani.
- Ravelli F. (2013), *Sanzioni disciplinari e responsabilità dei dipendenti pubblici*, in M. Napoli, A. Garilli (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico*, Cedam, Padova, 479 ss.
- Russo C. (2016), *Aspettando Godot? Nuovi comparti e aree dirigenziali in attesa del rinnovo contrattuale 2016-2018*, in *DLM*, n. 2, in corso di pubblicazione.
- Spinelli C. (2011), *I limiti sostanziali all'esercizio del potere disciplinare nel lavoro pubblico. Il licenziamento disciplinare*, in F. Carinci, S. Mainardi (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico*, Ipsoa, Milano, 477 ss.
- Spinelli C. (2012), *Il datore di lavoro pubblico*, Cacucci, Bari.
- Tullini P. (2014), *L'inadempimento e la responsabilità disciplinare del dipendente pubblico: tra obblighi giuridici e vincoli deontologici*, in *W.P. Csalle «Massimo D'Antona».IT*, n. 229.
- Zoppoli A. (2000), *Dirigenza, contratto di lavoro e organizzazione*, Esi, Napoli.
- Zoppoli L. (2015), *Alla ricerca di una nuova riforma della dirigenza pubblica: reclutamento e incarichi tra confusione e rilegificazione*, in *q. Riv.*, n. 3, I, 517 ss.
- Zoppoli L. (2016), *L'impiego pubblico tra riforme urgenti (e serie), riforme apparenti (e inutili) e svalutazione del lavoro*, in *Economia e società regionale*, n. 1, 12 ss.