

Il pubblico impiego tra Corti supreme nazionali e Corti europee centrali¹

SOMMARIO: 1.- Introduzione. 2.- I limiti di competenza delle norme del sistema CEDU e della Corte europea dei diritti dell'uomo. 2.1.- La Carta sociale europea e il Comitato Europeo per i Diritti Sociali. 2.2.- La Corte europea dei diritti dell'uomo e diritti socio-economici. 2.3.- La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di pubblico impiego. 3.- I limiti di competenza del diritto UE e della giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di pubblico impiego. 4.- L'accesso al settore del pubblico impiego da parte dei cittadini di altri Stati membri della UE. 5.- L'accesso al settore del pubblico impiego da parte dei cittadini dei Paesi extra-UE e degli apolidi. 6.- Applicabilità al lavoro pubblico della c.d. direttiva appalti. Il caso ATA. 7.- L'abuso dei contratti a termine nell'ambito del lavoro pubblico. Rinvio. 8.- Conclusioni.

1.- Introduzione

Il tema del rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni tra diritto interno, CEDU e diritto UE è non soltanto molto “caldo” in questo momento, in ambito nazionale – anche per le modifiche legislative cui Governo e Parlamento stanno lavorando, con riguardo sia al nuovo assetto della PA sia alla annosa questione dei docenti precari della scuola pubblica – ma è pure un tema in cui i rapporti tra le Corti supreme nazionali e quelle europee centrali mostrano, a volte, delle notevoli “criticità”.

Nella presente relazione mi soffermerò su alcune tra le suddette criticità che, al momento, sono di maggiore impatto e non sono ancora del tutto risolte, partendo dall'idea che per cercare di risolvere tali questioni critiche – così come per prevenire il sorgere di ulteriori incomprensioni – è opportuno soffermarsi sulle origini del suddetto dialogo, a cominciare dai titoli e dall'ampiezza delle competenze nella materia del pubblico impiego, rispettivamente della Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte di giustizia UE e dalle possibili interferenze tra queste due giurisdizioni, con le relative ricadute sulla giurisprudenza della Corte costituzionale, della Corte di cassazione e, quindi, dei Giudici del merito nazionali.

2.- I limiti di competenza delle norme del sistema CEDU e della Corte europea dei diritti dell'uomo

In ordine logico e anche in considerazione dell'oggetto del relativo contenzioso, penso sia bene muovere dall'incidenza del sistema CEDU nella materia del pubblico impiego e dalla sua genesi.

Al riguardo, è bene partire dalla premessa che, nel sistema del Consiglio d'Europa, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo (d'ora in poi: CEDU) e, quindi, la Corte di Strasburgo, sono state concepite, nella loro originaria configurazione, come dirette ad offrire una forte protezione ai diritti civili e politici e, quindi, non ai diritti sociali ed economici.

¹ Da questo scritto è stata tratta la relazione tenuta all'Incontro di studio su “La riforma del rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni e il dialogo fra l'ordinamento comunitario e l'ordinamento nazionale”, svoltosi il 13 marzo 2015 in Perugia, Palazzo della Provincia - Sala Consiliare, per iniziativa della AGI – Associazione Giuslavoristi Italiani, Sezione Umbra.

La Convenzione, infatti, mentre non contiene alcuna norma diretta a tutelare i diritti connessi alla “sicurezza sociale”², per quel che riguarda i diritti dei lavoratori prende espressamente in considerazione soltanto i diritti sindacali (art. 11) e, nell’art. 4, le condizioni lavorative estreme del “lavoro forzato o obbligatorio o coatto”, ipotesi per le quali la Corte, con consolidato indirizzo, afferma la sussistenza di uno specifico obbligo positivo in capo agli Stati membri di incriminare e perseguire effettivamente ogni atto diretto a mantenere una persona in uno stato di schiavitù, servitù o lavoro forzato o coatto (vedi, per tutte: le sentenze C.N. c. Regno Unito del 13 novembre 2012 e Roda Bonfatti c. Italia del 21 novembre 2006).

2.1.- La Carta sociale europea e il Comitato Europeo per i Diritti Sociali

Peraltro, poco dopo l’istituzione della Corte EDU³, al fine di favorire maggiormente un comune progresso degli Stati membri del Consiglio d’Europa, si avvertì la necessità prendere in considerazione anche i diritti sociali ed economici.

Fu così adottata, 18 ottobre 1961 a Torino, la Carta Sociale Europea, (CSE) entrata in vigore nel 1965 dopo aver raggiunto il numero di ratifiche necessario.

I diritti riconosciuti dalla Carta, nella sua prima versione, riguardano sia le condizioni di impiego (il diritto di non discriminazione, il diritto ad una retribuzione equa, il diritto delle donne e degli uomini ad un eguale trattamento economico per uguale lavoro, il diritto all’eguale trattamento dei lavoratori migranti, la proibizione del lavoro minorile sotto i 15 anni e il diritto alla protezione della maternità; il diritto dei lavoratori alla partecipazione alla determinazione e al miglioramento delle condizioni e dell’ambiente di lavoro⁴), sia la protezione sociale quindi il diritto all’assistenza medica e sociale, il diritto alla sicurezza sociale e il diritto alla pensione per gli anziani.

In considerazione dello stretto legame esistente tra le condizioni socio-economiche dei singoli Stati e il pieno soddisfacimento dei diritti garantiti dalla Carta – legame che impedisce di riconoscere loro lo stesso carattere universale proprio dei diritti umani, sull’assunto secondo cui i diritti socio-economici non sono conseguibili in numerosi Paesi⁵ – il sistema di tutela ivi previsto non è stato – e tuttora non è – di tipo giurisdizionale, ma è politico.

Tale sistema⁶ è basato su rapporti periodici che gli Stati Parti devono sottomettere al Comitato Europeo per i Diritti Sociali (CEDS), previsto dalla Carta. Il Comitato è composto da esperti

² Con questa espressione, in ambito UE e CEDU, ci si riferisce alle indennità e prestazioni volte a tutelare tutte le fondamentali condizioni di bisogno degli individui, superando la distinzione tra previdenza sociale (finanziata dai contributi) e assistenza sociale ivi compresa quella sanitaria (finanziata dalla fiscalità generale), attualmente esistente in molti Stati UE, come l’Italia.

³ È noto che il 20 aprile 1959 il primo presidente della Corte, lord Arnold Duncan McNair, tenne il discorso inaugurale e che la prima sentenza fu emessa il 14 novembre 1960 nel caso *Lawless c/ Irlanda*.

⁴ Tale ultimo diritto è stato esplicitamente contemplato, insieme al divieto di discriminazioni basate sul sesso nel mondo del lavoro dal Protocollo addizionale della CSE fatto a Strasburgo il 5 maggio 1988, ratificato e reso esecutivo dall’Italia con legge 8 marzo 1994, n. 207.

⁵ Come di recente ribadito da M.BOSSUYT, *Judicial Activism in Strasbourg*, 2014, in www.openeurope.org.uk

⁶ Il sistema qui descritto nel testo è quello risultante dal primo potenziamento stabilito con il Protocollo di emendamento alla Carta sociale europea, fatto a Torino il 21 ottobre 1991, ratificato e reso esecutivo dall’Italia con legge 14 dicembre 1994, n. 705.

indipendenti che esaminano i rapporti e li girano ad un Comitato Intergovernativo, composto dai rappresentanti dei Governi degli Stati Parti.

Il Comitato Intergovernativo, in caso di violazioni, invia delle Raccomandazioni al Comitato dei Ministri, che, come è noto, è l'organo esecutivo del Consiglio d'Europa.

Nel 1995 il sistema è stato ulteriormente affinato con il Protocollo addizionale alla Carta Sociale Europea, fatto a Strasburgo il 9 novembre 1995, il quale, per gli Stati che lo hanno ratificato⁷, ha introdotto, come aggiuntivo, un sistema di ricorsi collettivi che consente ad organizzazioni internazionali dei lavoratori, sindacati internazionali, organizzazioni nazionali dei lavoratori rappresentative, sindacati nazionali rappresentativi e organizzazioni non governative di denunciare direttamente casi di violazioni al Comitato Europeo per i diritti sociali.

Da ultimo, il 3 maggio 1996, la Carta Sociale Europea è stata riveduta (CSER)⁸ al fine di aggiornare e adattare il contenuto materiale della originaria Carta, per tener conto in particolare dei fondamentali mutamenti sociali verificatisi dal momento della sua adozione, secondo le indicazioni della Conferenza ministeriale dei diritti dell'uomo, svoltasi a Roma il 5 novembre 1990, ove era stata sottolineata "la necessità, da un lato di preservare il carattere indivisibile di tutti i diritti dell'uomo, a prescindere se civili, politici, economici, sociali o culturali, e d'altro lato fornire un nuovo impulso alla Carta sociale europea".

Quanto alla efficacia della Carta riveduta, si è stabilito che essa fosse "destinata a sostituire progressivamente la Carta sociale europea" e che la suddetta tutela più incisiva dei diritti sociali ed economici dovesse riguardare, i diritti garantiti dalla Carta come emendata, i diritti garantiti dal Protocollo addizionale del 1988 e i nuovi diritti aggiunti.

Con la versione emendata è stato ancor più esaltato il carattere della Carta come diretta a tutelare i diritti propri di tutti gli individui "nella loro vita quotidiana", diversamente dalla CEDU volta a tutelare principalmente situazioni di particolare gravità, quali sono normalmente quelle che si collegano a violazioni di diritti umani (in cui rientrano anche il lavoro forzato o coatto).

Va, peraltro, osservato che, come ha rilevato anche il Presidente della Corte Dean Spielmann⁹, i Governi di un certo numero di Stati membri del Consiglio d'Europa – muovendo dal presupposto secondo cui assicurare i diritti economici e sociali è un problema nazionale e non regionale o internazionale – non hanno ancora ratificato la Carta sociale europea revisionata. Ciò si riscontra, ad esempio, per la Danimarca, la Germania, il Lussemburgo, la Polonia ed il Regno Unito.

⁷ Tra i quali è compresa l'Italia: legge 28 agosto 1997, n. 298.

⁸ L'Italia ha ratificato e reso esecutiva la CSER con legge 9 febbraio 1999, n. 30, formulando, al momento del deposito della ratifica, riserva per l'art. 25 della CSER, in base al quale: "Tutti i lavoratori hanno diritto alla tutela dei loro crediti in caso d'insolvenza del datore di lavoro".

⁹ Nel discorso tenuto in occasione della inaugurazione dell'anno giudiziario 2013 della Corte EDU.

Inoltre, in sede giurisdizionale, alla Carta sociale è riconosciuta un'efficacia più limitata rispetto alla CEDU¹⁰ e, di fatto, resta la originaria impostazione secondo cui gli impegni presi dagli Stati che hanno ratificato la Carta sono soprattutto di tipo politico.

Tuttavia, nel corso del tempo il lavoro di interpretazione e controllo del Comitato Europeo dei Diritti Sociali (CEDS) è diventato più incisivo e viene affidato a tre tipi fondamentali di documenti che compongono la sua "giurisprudenza": 1) le conclusioni dei rapporti periodici degli Stati nelle quali si tiene conto della legislazione interna e della prassi applicativa della Carta in ciascuno di essi; 2) le dichiarazioni interpretative contenute nelle introduzioni generali che aprono ogni ciclo di rapporti; 3) le decisioni sulla ricevibilità e sul merito dei reclami collettivi¹¹.

Così, ad esempio, a gennaio 2014, è stato pubblicato un corposo report sulle violazioni della Carta sociale europea da parte degli Stati membri del Consiglio d'Europa nel periodo compreso tra il primo gennaio 2008 e il 31 dicembre 2011.

In esso risultano rilevate in tutto 180 le violazioni nei Paesi aderenti alla Carta.

Per l'Italia sono state registrate 8 conformità alla Carta e 7 violazioni, sei delle quali riguardano il comparto di sicurezza e assistenza sociale, lotta alla povertà e protezione sociale.

Con riguardo alla sicurezza sul lavoro, il CEDS ha ritenuto la condizione dei luoghi di lavoro in Italia non conforme alle prescrizioni dell'articolo 3, § 1 (diritto a condizioni di lavoro sane e sicure), della Carta in conseguenza della mancanza di una politica della sicurezza e salute sul lavoro adeguata e di un adeguato sistema di organizzazione della prevenzione dei rischi sul lavoro.

Il Comitato ha affermato che la legislazione nazionale in materia di sicurezza sul lavoro prevede un sistema amministrativo unificato per consentire la formulazione di una strategia in materia di salute e sicurezza sul lavoro ma tale politica non risulterebbe adottata nel periodo di

¹⁰ Per la Corte costituzionale, vedi, per tutte: sentenze n. 163 del 1983 e n. 86 del 1994, nonché sentenza n. 46 del 2000, ove è stato sottolineato come la CSER, entrata in vigore il 1 settembre 1999, "contiene disposizioni volte a circondare di specifiche garanzie la posizione dei prestatori di lavoro contro i licenziamenti, prevedendo, in particolare (art. 24), l'impegno delle parti contraenti a riconoscere il diritto dei lavoratori a non essere licenziati senza un valido motivo; il diritto dei lavoratori licenziati senza valido motivo "ad un congruo indennizzo o altra adeguata riparazione"; il diritto dei lavoratori stessi a ricorrere davanti ad un organo imparziale".

Per la Corte di cassazione: Cass. 25 gennaio 2011, n. 1717 e Cass. 28 marzo 2014, n. 7377, nelle quali si precisa che i vincoli derivanti dall'art. 4, comma 1, della CSER in materia di determinazione dello straordinario si riferiscono solo allo straordinario legale e non quello contrattuale, nonché Cass. 14 febbraio 2012, la n. 2133, ove si afferma che: "le disposizioni della Carta non hanno efficacia diretta nell'ordinamento interno degli Stati contraenti, ma si concretano in impegni giuridici di carattere internazionale nei rapporti fra gli Stati medesimi, ai quali, perciò, è demandata l'attuazione dei principi e dei diritti in essa contemplati, con ampia discrezionalità quanto ai modi, ai tempi e ai mezzi".

¹¹ Per la Carta vedi, per tutti: G. GUIGLIA, *La rilevanza della carta sociale europea nell'ordinamento italiano: la prospettiva giurisprudenziale* in www.federalismi.it 2013; F. INGRAVALLE, *La Carta Sociale Europea 18 ottobre 1961 – 18 ottobre 2011* in www.coe.int; A. CASSESE, *I diritti umani oggi*, Roma-Bari, 2009; D. TEGA, *I diritti sociali nella dimensione multilivello tra tutele giuridiche e crisi economica*, in www.gruppodipisa.it; F. OLIVERI, *La lunga marcia verso l'effettività. La Carta sociale europea tra enunciazione dei diritti, meccanismi di controllo e applicazione nelle Corti nazionali*, in www.europeanrights.eu; E. STRAZIUSO, *La Carta sociale del Consiglio d'Europa e l'organo di controllo: il Comitato europeo dei diritti sociali. nuovi sviluppi e prospettive di tutela*, in www.gruppodipisa.it
Sugli strumenti internazionali di tutela dei diritti sociali fondamentali, vedi: C. DI TURI, *Globalizzazione dell'economia e diritti umani fondamentali in materia di lavoro: il ruolo dell'OIL e dell'OMC*, Milano, 2007, e ivi ampie citazioni di dottrina.

riferimento. Pertanto si chiede che la prossima relazione fornisca informazioni sui contenuti e l'obiettivo di questa politica, in particolare che si dimostri la coerenza con la strategia 2007-2012 dell'UE in materia di salute e sicurezza sul lavoro e se essa è destinata a promuovere e preservare una cultura della prevenzione.

Il Comitato, infine, ha espresso il desiderio di essere informato sul destino della procedura di infrazione in corso in ambito UE, a causa del dedotto mancato recepimento della direttiva 89/391/CEE del Consiglio, del 12 giugno 1989, concernente l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute dei lavoratori durante il lavoro (procedura d'infrazione n. 2010/4227 del 21 novembre 2012).

Per quel che riguarda le decisioni del CEDS in esito a reclami collettivi nei confronti dell'Italia – a parte la decisione del 7 dicembre 2005 emessa sul reclamo n. 27/2004 European Roma Rights Center c.Italia nella quale è stato affermato l'obbligo del nostro Stato di favorire l'accesso dei nomadi alle abitazioni pubbliche¹² – per avere un'idea del crescente rilievo del ruolo svolto dal CEDS è bene ricordare la decisione pubblicata il 10 marzo 2014, relativa al caso International Planned Parenthood Federation European Network (IPPF EN) c.Italia (reclamo n. 87/2012) nella quale il Comitato ha rilevato una violazione, da parte dell'Italia, dell'art. 11 (diritto alla salute) della CSER per la mancata garanzia dell'accesso all'interruzione di gravidanza, derivante dall'alto numero di medici obiettori di coscienza, che, di fatto, rende inefficace la legge nella legge n. 194 del 1978.

A tale ultima procedura se ne collega un'altra (n. 91/2013, avviata con denuncia della CGIL c. Italia che è stata registrata il 17 gennaio 2013 ed è tuttora pendente), con la quale, in sintesi, il sindacato ricorrente sostiene che, in Italia, l'elevato numero di medici obiettori di coscienza, oltre ad avere effetti negativi sulle donne che vogliono ricorrere all'aborto ne ha altresì sul personale medico e paramedico non obiettore che si ritroverebbe, non solo, a dover sostenere tutto il carico di lavoro necessario a garantire l'accesso all'interruzione di gravidanza, ma anche a rappresentare una minoranza esposta al rischio di subire discriminazioni sui luoghi di lavoro determinate, paradossalmente, dalla disponibilità ad adempiere gli obblighi previsti dalla legge n. 194 del 1978.

Altri importanti procedimenti su reclamo collettivo proposti contro l'Italia in materia di lavoro pubblico ancora pendenti sono:

a) quello introdotto dalla Associazione nazionale dei giudici di pace italiani, con il quale si lamenta il mancato riconoscimento del diritto alla sicurezza sociale, dell'assenza di protezione previdenziale certa per i giudici onorari nonché dell'assenza di assistenza in caso di malattia, infortuni e maternità e di retribuzione per le ferie. Tale reclamo collettivo è stato depositato il 2 agosto e registrato e diffuso il 22 ottobre 2013 (reclamo n. 103/2013). Per i ricorrenti, l'Italia avrebbe violato l'articolo 12, par. 4, lett. b, della CSER, in base al quale gli Stati sono tenuti ad assicurare "l'erogazione, il mantenimento ed il ripristino dei diritti alla sicurezza sociale con mezzi

¹² A tale decisione ha fatto espresso riferimento il Consiglio di Stato, sez. IV, n. 6866, del 4 novembre 2009, affermando la legittimità della delibera del Comune di Venezia relativa al progetto volto ad assegnare ai Sinti un'area residenziale dotata di unità immobiliari stabili corrisponde ai requisiti fissati dal Comitato europeo per i diritti sociali per favorire l'accesso delle popolazioni rom e sinti all'abitazione.

quali la totalizzazione dei periodi di contribuzione o di lavoro compiuti secondo la legislazione di ciascuna delle Parti”. Il reclamo ha superato il filtro di ricevibilità il 2 dicembre 2014 ed è quindi passato all’esame del Comitato europeo dei diritti sociali che dovrà accertare, sentito il Governo italiano, l’effettiva violazione della Carta sociale;

b) quello della Associazione sindacale “La Voce dei Giusti” c. Italia (n. 105/2014), con denuncia registrata il 22 aprile 2014, con il quale si sostiene che al personale docente in una determinata categoria (categoria III delle graduatorie a esaurimento) sarebbe impedito di intraprendere o proseguire gli studi specialistici occorrenti per accedere alla categoria degli insegnanti di sostegno in considerazione delle loro condizioni di lavoro, caratterizzate da un carico di lavoro in continua crescita, con violazione degli artt. 10 (diritto alla formazione professionale) della CSER, da leggere da solo o in combinazione con la clausola di non discriminazione di cui all’art E.

c) quello proposto dalla UIL Scuola - Sicilia c. Italia (n.. 113/2014), con denuncia protocollata il 14 novembre 2014, con il quale si deduce violazione degli artt. 12 (il diritto alla sicurezza sociale), 25 (il diritto dei lavoratori alla tutela dei loro crediti in caso di insolvenza del datore di lavoro), in combinazione con la clausola di non discriminazione di cui all’art E. della CSER, per il fatto che la normativa italiana in materia di protezione sociale – e, in particolare, il decreto interministeriale 1 agosto 2014, n. 83473 – esclude, in Sicilia, i dipendenti del settore della formazione dal sistema della Cassa Integrazione Guadagni in deroga, ivi prevista.

2.2.- La Corte europea dei diritti dell’uomo e diritti socio-economici

Nonostante la suddetta impostazione, va tuttavia osservato che, fin da epoca remota¹³, la Corte EDU si è mostrata aperta ad una lettura “socialmente orientata” della Convenzione, precisando che, anche se la migliore realizzazione dei diritti sociali ed economici è condizionata dalla situazione – specialmente finanziaria – dei singoli Stati, comunque la Convenzione deve essere interpretata tenendo conto delle condizioni del momento in cui viene emessa la decisione. Pertanto, sebbene essa enunci essenzialmente diritti civili e politici, molti di questi hanno delle implicazioni di natura economica o sociale e «nessuna barriera impermeabile separa i diritti socio-economici dall’ambito coperto dalla Convenzione».

Il cammino allora intrapreso, nel corso degli anni, ha avuto significativi sviluppi che hanno portato la Corte ad emanare una corposa giurisprudenza in materia di lavoro e sicurezza sociale – spesso di grande impatto, anche economico, sugli ordinamenti nazionali – ma non sulla base di norme della Convenzione direttamente volte a tutelare le principali prerogative del lavoro e della sicurezza sociale¹⁴, bensì attraverso norme della Convenzione utilizzate, in un certo senso, come “esche” per colpire, di volta in volta, per il tramite della rilevata violazione della disposizione convenzionale, le più disparate situazioni di mancato riconoscimento di diritti sociali ed economici.

¹³ Il precedente più noto è la sentenza *Airey c. Irlanda*, del 9 ottobre 1979

¹⁴ Come, ad esempio, accade, in ambito UE, con la Carta dei diritti fondamentali UE ex Carta di Nizza e con le numerose direttive che si occupano di tali diritti.

Un modo di operare che, a prima vista, può sembrare piuttosto inconsueto ma che trova la sua base nell'art. 32 della Convenzione stessa, secondo cui “la competenza della Corte si estende a tutte le questioni riguardanti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione e dei suoi Protocolli” ed è alla stessa Corte che spetta di decidere sulle contestazioni sulla sua competenza.

Con il manifestarsi della crisi economico-finanziaria che ha colpito l'Europa la giurisprudenza della Corte nel suddetto ambito si è implementata sul rilievo secondo cui un gran numero di diritti civili e politici garantiti dalla Convenzione ha delle ripercussioni di ordine economico o sociale, spesso molto incisive per gli interessati, che quindi non possono essere ignorate.

Così, in alcuni casi, la giurisprudenza della Corte ha fatto direttamente riferimento alle conseguenze della crisi economica, e, comunque, si è anche posta il problema delle ricadute della crisi economica sulla capacità degli Stati sia di corrispondere il risarcimento in caso di violazioni riconosciute, sia di assumere i necessari rimedi in caso di violazioni strutturali o sistematiche, ricordando che è allo studio della Corte di giustizia UE la compatibilità con la attuale crisi economica del sistema di pagamento di quanto dovuto in un'unica soluzione da parte di uno Stato membro colpito da una procedura di infrazione (vedi: caso Commissione Europea c.Irlanda del 19 dicembre 2012)¹⁵.

D'altra parte, per effetto della crisi, si è registrato un considerevole aumento delle persone in stato di “vulnerabilità”, anche in conseguenza delle minori risorse disponibili da parte degli Stati per la sicurezza socio-sanitaria oltre che a causa del tasso elevato di disoccupazione – che nell'UE è il più alto registratosi da oltre un decennio – che, in molti Paesi, si accompagna al blocco dei salari, così determinando situazioni sempre più frequenti di povertà ed esclusione sociale anche fra i cittadini europei. Situazioni tutte che si rivelano ancora più difficili se considerate in rapporto al fenomeno dell'immigrazione, anch'esso in crescita.

Nella descritta situazione è comprensibile che si registri un costante incremento delle pronunce della Corte di Strasburgo in materia di tutela dei diritti sociali e/o economici, in linea con il carattere “dinamico” che ne caratterizza la giurisprudenza.

Tuttavia è anche comprensibile che tale “dinamismo” applicato con sempre maggiore frequenza alla tutela dei diritti sociali ed economici – pur muovendo da lodevoli intenti e dimostrando in modo emblematico che la caratteristica essenziale della Convenzione è quella di essere, per la Corte, uno “strumento vivente” da interpretare alla luce delle condizioni di vita del momento, onde garantire costantemente un adeguato livello di protezione dei diritti e delle libertà presi in considerazione dalla Convenzione stessa – non sia scevro da criticità, derivanti principalmente dall'intervenire in ambiti nei quali va riconosciuta alle autorità degli Stati membri la discrezionalità necessaria ad operare le opportune operazioni di bilanciamento degli interessi in gioco, spesso di natura costituzionale.

Sicché, da questo punto di vista, si pone – non solo in Italia – il problema dell'impatto di tali decisioni sui bilanci statali spesso deficitari, a causa della crisi. Si tratta, ovviamente, di una

¹⁵ Intervento del Giudice della Corte Julia Laffranque effettuato in occasione della cerimonia di inaugurazione dell'anno giudiziario 2013 della Corte EDU.

questione molto seria e di carattere generale¹⁶, nella quale, come è stato autorevolmente sottolineato, non si può ignorare che: “l’inviolabilità dei diritti sociali non si può realizzare al di fuori di qualsiasi attenzione al profilo dei costi” e che, “anzi ... la sostenibilità delle politiche sociali è funzionale essa stessa ad una prospettiva di effettività dell’inviolabilità che ha bisogno di traduzioni realistiche e sostenibili (che non significa affatto arrendevoli o indifferenti ai bisogni essenziali delle persone)”, che muovano dalla consapevolezza del “nesso esistente tra disuguaglianza sociale, debito pubblico ed efficienza economica”¹⁷.

Un'altra criticità propria della suddetta giurisprudenza è rappresentata dal fatto che essa risulta – con riguardo alla configurazione delle situazioni sostanziali sottoposte, di volta in volta, a valutazione – del tutto a-sistematica e tale da esaltare, inevitabilmente, la natura “casistica” delle decisioni della Corte, proprio perché, nei singoli casi, vengono esaminate situazioni sostanziali tra loro molto diverse, per il tramite dell'applicazione delle norme della Convenzione considerate dalla Corte pertinenti, le quali, però, tranne che per l'art. 11, non contengono alcun riferimento espresso ai diritti socio-economici

Si tratta, infatti, di pronunce che – a maggior ragione se formulate come sentenze “pilota” o “quasi pilota” – sono molto legate alle specifiche circostanze della causa ed hanno, più che valore interpretativo, carattere incisivamente prescrittivo, sicché spesso nella loro esecuzione si verifica una dualità dell'obbligo – di risultato e di mezzi – sussistente in capo allo Stato convenuto di conformarsi alla pronuncia della Corte.

Ciò comporta che spesso esse, di fatto, rischiano di non essere conformi al canone della prevedibilità il quale, insieme con quello della accessibilità, è considerato dalla stessa Corte come un requisito fondamentale dell'esercizio della funzione giurisdizionale, posto a presidio della certezza del diritto, anche con specifico riguardo alla propria giurisprudenza (vedi, per tutte: Goodwin c. Regno Unito, Grande Camera, 11 luglio 2002; Bayatyan c. Armenia, Grande Camera, 7 luglio 2011; Koch c. Germania, 19 luglio 2012 e la giurisprudenza citata in tali sentenze).

Ne consegue che non è possibile dare conto di tale corposa e complessa giurisprudenza, neppure nelle sue principali e più recenti espressioni, con lo stesso metodo che si userebbe per la nostra giurisprudenza, in quanto le pronunce della Corte di Strasburgo sono di tipo casistico, sull'esempio di quelle proprie dei giudici dei Paesi di *common law* e di questo va tenuto conto anche quando se ne valuta il contenuto.

In linea generale va detto che, dal punto di vista sostanziale, l'apertura verso i diritti sociali ed economici operata dalla Corte, si fonda principalmente sulla interpretazione estensiva della nozione

¹⁶ Non va, del resto, dimenticato che l'Associazione Italiana dei Costituzionalisti ha scelto di dedicare il XXVIII Convegno annuale, svoltosi a Padova dal 17 al 19 ottobre 2013 al tema “Spazio costituzionale e crisi economica”, dedicando una apposita sezione all'approfondimento dell'impatto della crisi economica “sulla nostra dimensione costituzionale” e che, in questo contesto, la relazione di sintesi della professoressa Licia Califano si è concentrata sulle ricadute della crisi sulla tutela dei diritti fondamentali della persona, sottolineando che è necessario riflettere sul versante dei costi dei diritti – specialmente di quelli sociali – “poiché il tema aperto è la scarsità delle risorse e la ricerca di soluzioni possibili” per assicurare la tutela dei diritti medesimi.

¹⁷ Le parole tra virgolette sono tratte dalla relazione della professoressa Califano, citata nella nota precedente. Vedi al riguardo L. TRIA, *La qualifiche per la protezione internazionale (e umanitaria) dei migranti nella giurisprudenza italiana – Linee di tendenza* in www.europeanrights.eu

di “bene” di cui all’art. 1 Protocollo n. 1, che spesso viene letto in combinato disposto con il principio di non discriminazione sancito nell’art. 14.

Un altro importante pilastro di tale giurisprudenza è rappresentato dall’applicazione dell’art. 6 della Convenzione, effettuata sul presupposto secondo cui, in base alla giurisprudenza della Corte, le prestazioni sociali sono qualificabili come diritti di natura civile la cui violazione premette l’accesso alle garanzie del giusto processo, di cui appunto all’art. 6. Va soggiunto che tale applicazione può dare luogo a pronunce le quali, attraverso la sanzione delle norme interpretative che incidono su diritti sociali quesiti (e già configurati in sede giudiziaria), hanno notevoli riflessi sul piano economico per il bilancio dello Stato destinatario (situazione frequente per l’Italia).

Ovviamente, in alcuni casi, i suddetti parametri vengono tra loro combinati.

2.3.- La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo in materia di pubblico impiego

Quella sommariamente descritta è la cornice in cui va inserita la giurisprudenza della Corte di Strasburgo in materia di pubblico impiego, giurisprudenza che, per quel che si è detto, riguarda gli argomenti più vari.

In alcune di queste pronunce la Corte fa riferimento all’art. 8 della Convenzione con riguardo sia al riconoscimento del “diritto al lavoro” sia alla utilizzabilità del diritto al rispetto della vita privata e familiare in termini di “prolungamento sociale” dei diritti umani a beneficio dei più indigenti, con applicazioni in ambiti molto differenti.

Peraltro, come è stato acutamente osservato in dottrina¹⁸, il riconoscimento, da parte della Corte di Strasburgo, del “diritto al lavoro” (espressamente previsto dalla Carta sociale europea all’art. 1, par. 2 e, ovviamente, dall’art. 4 della nostra Costituzione), avviene sempre nell’ottica “liberale” cui si ispira la Convenzione e, quindi, nella dimensione puramente “negativa” di tale diritto, “inteso quale libertà di scelta di un’attività lavorativa o di una professione che vale come limite al potere legislativo statale di sanzionare determinati soggetti attraverso l’interdizione di molte (troppe) professioni”.

E va sottolineato che – anche se qualche volta lo si dimentica – questo tipo di impostazione influenza tutta la giurisprudenza della Corte EDU che – per come è stata concepita – proviene da un “Giudice” voluto in un trattato fra Stati diversi e quindi, per sua natura, non è “indifferente” ai rapporti politici fra gli Stati stessi, oltre a fare riferimento ad atti – la CEDU e i suoi Protocolli aggiuntivi – che sono, anch’essi, il frutto di una mediazione politica fra Stati diversi tra loro e nei quali la logica “liberale” ha un rilievo preminente.

Basti pensare che, per esempio, in base all’art. 1 del Protocollo n. 1 il diritto di proprietà in quanto tale è incluso tra i diritti dell’uomo, in conformità con il pensiero liberale moderno – che nasce con il filosofo John Locke, secondo cui il diritto di proprietà rientra, insieme con quello alla

¹⁸ vedi, per tutti: A. GUAZZAROTTI, *Giurisprudenza CEDU e giurisprudenza costituzionale sui diritti sociali a confronto* in www.gruppodipisa.it

vita e alla libertà, tra i “diritti naturali” – mentre ciò non accade nella nostra Costituzione, in quanto essa – nascendo dalla combinazione del pensiero liberale con le concezioni solidaristiche della dottrina sociale della Chiesa cattolica e con quelle socialiste – colloca la proprietà privata in un titolo – il terzo, dedicato ai «rapporti economici» – separato rispetto al regime dei diritti della persona umana.

In tale modo la Costituzione del 1948 non solo segna la cesura rispetto alle Carte liberali – cui, invece, tuttora si ispirano le Costituzioni di molti Stati europei – ma, col rompere il nesso tra libertà e proprietà, apre la via ad una disciplina costituzionale della proprietà che contempla – questa è l’effettiva frattura nella configurazione del diritto – un ampio potere di regolazione del legislatore. Un potere, a sua volta, vincolato non a specifici interessi, come avviene per i diritti della personalità umana, ma a scopi assolutamente generali che si trovano espressi nella clausola generale della “funzione sociale” (art. 42, terzo comma, Cost.)¹⁹.

E, giusto per chiudere questa breve digressione, va aggiunto che, anche per una migliore comprensione della normativa UE e della giurisprudenza della CGUE non andrebbe dimenticato che il nobile e senz’altro proficuo “progetto europeo” ha preso concretamente l’avvio con la creazione della Comunità europea del carbone e dell’acciaio (CECA) effettuata con lo scopo di mettere in comune le produzioni di delle due suindicate materie prime, fra i sei Paesi fondatori²⁰, molti dei quali avevano – e tuttora hanno – Costituzioni fortemente influenzate dalla tradizione liberale, come si è detto.

Pertanto, l’esigenza che, fin dall’inizio, è servita da “collante” fra i diversi Paesi europei è stata un’esigenza di tipo mercantile e, nei fatti, tale tipo di impostazione continua a farsi sentire nella UE – e anche nella giurisprudenza della CGUE – nonostante la creazione dell’Eurozona, il Trattato di Lisbona e la emanazione della Carta dei diritti fondamentali della UE.

Detto questo, tra le pronunce della Corte di Strasburgo, in materia di pubblico impiego, per noi più interessanti, anche se emesse non necessariamente nei confronti del nostro Stato, si possono ricordare:

■ la sentenza della Grande Camera, 12 giugno 2014, sul caso *Fernández Martínez c. Spagna*, nella quale è stata esclusa la violazione dell’art. 8 della Convenzione. La vicenda riguardava il mancato rinnovo del nulla osta all’insegnamento di religione e morale cattolica, tenuto in un liceo pubblico da vent’anni, da un prete spagnolo – munito di regolare (canonica) dispensa dal celibato e quindi sposato e padre di cinque figli – in conseguenza della diffusione, da parte dell’interessato, di un articolo che rendeva pubblica la sua appartenenza al “Movimento pro-celibato opzionale“, alle cui riunioni era stato visto partecipare insieme alla sua famiglia. Affermata la discriminazione, il giudice del lavoro nazionale ne aveva ordinata la reintegrazione, ma la decisione era stata poi riformata in ragione del rapporto fiduciario che legava il docente e il vescovo (non il datore di lavoro dunque) nonché delle prerogative del vescovo nella materia. Fra i parametri invocati dal

¹⁹ Vedi, per tutti: *Il diritto di proprietà nella giurisprudenza costituzionale*, Lisbona, 8-9 ottobre 2009 in www.cortecostituzionale.it

²⁰ Belgio, Francia, Germania Occidentale, Italia, Lussemburgo e Paesi Bassi.

ricorrente la Corte ha ritenuto prevalente l'art. 8 ed ha considerato il suddetto mancato rinnovo del contratto come una misura legittima e proporzionata in quanto, data la materia insegnata, il ricorrente poteva essere considerato come un esponente della Chiesa cattolica e la frequentazione del suindicato Movimento, oltretutto resa pubblica, non era compatibile con il suo ruolo;

■ la decisione Dahlab c. Svizzera del 15 febbraio 2001, con la quale la Corte ha dichiarato manifestamente infondato il ricorso di una insegnante di una scuola pubblica cui era stato vietato di portare il velo islamico nello svolgimento del proprio lavoro. La Corte ha rilevato che il suddetto divieto è necessario in una società democratica, in quanto la laicità, che presuppone la neutralità confessionale, è un principio, che, nella specie, è espresso nella Costituzione cantonale svizzera (nello stesso senso: Leyla Sahin c. Turchia, Grande Camera, 10 novembre 2005). Al riguardo va precisato che, in riferimento all'art. 9 CEDU, (libertà di pensiero, di coscienza e di religione), che era stato invocato nei suddetti casi, la linea di tendenza della Corte è quella di una interpretazione restrittiva;

■ la molto nutrita giurisprudenza riferita all'art. 10 della Convenzione (libertà di espressione) la cui applicazione, in ambito lavoristico, riguarda principalmente, per il lavoro privato, l'attività giornalistica e, per il lavoro pubblico, i limiti alla libertà di espressione dei pubblici dipendenti. In questo ultimo ambito si può distinguere tra: a) pronunce relative alla libertà di espressione dei pubblici dipendenti in genere; b) pronunce relative alla libertà di espressione degli insegnanti.

■ ■ Nel primo gruppo si può ricordare la consolidata giurisprudenza della Corte secondo cui le tutele dell'art. 10 si estendono alla sfera professionale in generale e ai dipendenti pubblici in particolare (Vogt c. Germania, 26 settembre 1995; Wille c. Liechtenstein, Grande Camera, 28 ottobre 1999; Fuentes Bobo c. Spagna, 29 febbraio 2000; Guja c. Moldova, Grande Camera, 12 febbraio 2008; Kayasu c. Turchia, 13 novembre 2008; Heinisch c. Germania 21 luglio 2011, quest'ultima relativa al licenziamento di un infermiere geriatrico a seguito delle denunce penali da quest'ultimo presentate contro il datore di lavoro in ragione di carenze di assistenza), anche quando lo Stato ritiene legittimo sottoporre i propri dipendenti ad un obbligo di riservatezza, essi, comunque, a questo titolo, possono beneficiare della tutela di cui all'art. 10 della Convenzione, a certe condizioni.

Inoltre, in base ad un indirizzo generale, la Corte afferma che è proprio compito, tenendo conto delle circostanze proprie di ciascuna fattispecie, verificare se sia stato rispettato un giusto equilibrio tra il diritto fondamentale dell'individuo alla libertà di espressione e l'interesse legittimo di uno Stato democratico a vigilare affinché i suoi funzionari pubblici operino per le finalità enunciate all'art. 10 § 2. Peraltro, quando viene in gioco il diritto alla libertà di espressione dei dipendenti pubblici, i «doveri e le responsabilità» di cui all'articolo 10 § 2 assumono un significato speciale che giustifica un certo margine di apprezzamento lasciato alle autorità dello Stato convenuto per stabilire se l'ingerenza controversa sia o meno proporzionata allo scopo enunciato (vedi Vogt c. Germania sopra citata e Ahmed e altri c. Regno Unito, 2 settembre 1998).

I limiti della critica ammissibile possono in alcuni casi essere più ampi per i funzionari che agiscono nell'esercizio dei loro poteri rispetto ai semplici privati. Tuttavia, non si può dire che i

funzionari si espongono consapevolmente a un controllo minuzioso delle loro azioni e dei loro atteggiamenti al pari degli uomini politici e dovrebbero pertanto essere trattati su un piano di eguaglianza rispetto a questi ultimi quando vengono mosse critiche al loro comportamento. Per assolvere al loro compito, i funzionari devono beneficiare della fiducia del pubblico senza essere indebitamente infastiditi; può pertanto risultare necessario tutelarli da attacchi privi di fondamento serio (Janowski c. Polonia, Grande Camera, cit.; Nikula c. Finlandia cit.).

In particolare, le questioni che riguardano il funzionamento della giustizia – istituzione che la Corte considera essenziale in qualsiasi società democratica – rientrano nell'interesse generale. È tuttavia opportuno tener conto della particolare missione del potere giudiziario nella società. Come garante della giustizia, valore fondamentale in uno Stato di diritto, la sua azione ha bisogno della fiducia dei cittadini per prosperare (De Haes e Gijssels c. Belgio cit.; Schöpfer c. Svizzera, 20 maggio 1998; Sgarbi c. Italia (dec.), 21 ottobre 2008). Può anche risultare necessaria una tutela dagli attacchi distruttivi privi di un serio fondamento, soprattutto quando l'obbligo di riservatezza vieta ai magistrati coinvolti di reagire (Prager e Oberschlick c. Austria, 26 aprile 1995). L'espressione «autorità del potere giudiziario» riflette soprattutto l'idea che i tribunali costituiscono gli organi appropriati per decidere sulle controversie giuridiche e per pronunciarsi, per quanto riguarda la materia penale, sulla colpevolezza o innocenza di una persona accusata, in modo coerente a come li considera il pubblico e al rispetto e alla fiducia riposta nei loro confronti nello svolgimento del suddetto compito (Worm c. Austria, 29 agosto 1997). Tale espressione comprende anche la fiducia che i tribunali di una società democratica devono suscitare non soltanto nelle parti in giudizio, ma anche nell'opinione pubblica (Koudechkina c. Russia, 26 febbraio 2009; si veda anche, *mutatis mutandis*, Fey c. Austria, 24 febbraio 1993). In particolare, ci si può ragionevolmente attendere che i funzionari dell'ordinamento giudiziario facciano uso della loro libertà di espressione con riserbo ogniqualvolta l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario possano essere chiamati in causa (Wille c. Liechtenstein sopra citata).

Nella sentenza del 9 luglio 2013, Di Giovanni c. Italia la Corte ha esaminato il caso di un magistrato cui era stata inflitta la sanzione disciplinare dell'ammonizione per le dichiarazioni rese alla stampa in merito alle manovre asseritamente compiute da un suo collega magistrato per favorire la propria figlia nel concorso pubblico per l'accesso alla magistratura.

La Corte ha escluso la violazione dell'art. 10 in danno del magistrato perché, alla luce delle dichiarazioni controverse e tenuto conto del contesto generale nel quale erano state espresse, non ha considerato irragionevole la conclusione dei giudici nazionali secondo la quale la ricorrente non aveva dato prova della discrezione richiesta ad un magistrato. Al riguardo la Corte ha sottolineato che gli imperativi superiori della giustizia e l'importanza della funzione giudiziaria (si veda, *mutatis mutandis*, Buscemi c. Italia, 16 settembre 1999; Kayasu c. Turchia, 13 novembre 2008; Poyraz c. Turchia, 7 dicembre 2010) impongono alle autorità giudiziarie il massimo riserbo, il che deve indurle a non utilizzare la stampa, neanche per rispondere alle provocazioni. La Corte ha anche rammentato l'importanza per i magistrati di beneficiare della fiducia del pubblico nell'esercizio delle loro funzioni (Poyraz c. Turchia, 7 dicembre 2010).

In sintesi, la Corte, per plurime ragioni, è pervenuta alla conclusione di ritenere pertinenti e adeguati i motivi posti a base della decisione della Sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura di infliggere la sanzione dell'ammonizione alla ricorrente Di Giovanni, sottolineando che si trattava della più lieve tra le sanzioni previste dal diritto nazionale e che, quindi, come tale, essa non appariva come sproporzionata rispetto allo scopo perseguito, sicché l'ingerenza poteva essere considerata «necessaria in una società democratica» ai sensi dell'art. 10 § 2 della Convenzione (vedi, per tutte: Laranjeira Marques da Silva c. Portogallo, 19 gennaio 2010).

■ ■ Diverse sono le sentenze in cui la Corte ha esaminato casi riguardanti la libertà di espressione degli insegnanti di scuole pubbliche.

Così, nella sentenza *Vogt c. Germania* del 26 settembre 1995 la Corte ha affermato l'illegittimità dell'interferenza dello Stato nella libertà di espressione del lavoratore pubblico (nella specie, si trattava di un insegnante con idee politiche estremiste), riassumendo (anche attraverso il richiamo dei propri precedenti, a partire da *Sunday Times c. Regno Unito* (n. 2), 26 novembre 1991), i principali orientamenti della propria giurisprudenza relativa all'art. 10 della Convenzione, basati sulla configurazione della libertà di espressione come uno dei fondamenti essenziali di una società democratica, una delle condizioni fondamentali per il suo progresso e sviluppo individuale.

■ Abbiamo già detto che l'art. 11 CEDU è l'unica norma che della Convenzione che si riferisce alla materia lavoristica, tutelando in particolare la libertà di riunione ed associazione sindacale, configurata come una forma o un aspetto speciale della libertà di associazione che – secondo il costante indirizzo della Corte EDU, da sempre (*Sindacato nazionale della polizia belga c. Belgio* 27 ottobre 1975 e *Sindacato svedese dei conduttori di locomotive c. Svezia* 6 febbraio 1976) – è destinato essenzialmente a proteggere l'individuo da interferenze arbitrarie da parte delle autorità pubbliche nell'esercizio dei diritti ivi sanciti, sicché il suo riconoscimento può comportare anche l'obbligo positivo di assicurare il godimento di tali diritti.

La Corte ha sottolineato che laddove l'art. 11, § 1 afferma il diritto di ogni persona di partecipare alla costituzione di sindacati e di aderire ad essi “per la difesa dei propri interessi”, non usa una locuzione ridondante, ma sottolinea che la Convenzione protegge la libertà del sindacato di difendere gli interessi professionali degli aderenti mediante l'azione collettiva. Gli Stati contraenti devono, pertanto, rendere possibile l'intervento del sindacato a tutela degli interessi di coloro che vi aderiscono, in quanto ciascuno degli aderenti ha il diritto che il proprio sindacato sia ascoltato. Inoltre, il diritto di formare un sindacato include tutte le attività necessarie al fine di garantire l'operatività interna dell'associazione stessa, quali l'adozione di norme autonome idonee a disciplinare i rapporti interni al sindacato, la costituzione di organi adeguati al funzionamento della struttura organizzativa e le procedure amministrative.

Peraltro, se, in un primo momento, la giurisprudenza di Strasburgo riteneva che l'art. 11 non estendesse la propria protezione alle relazioni interne tra l'organizzazione sindacale e i suoi membri, successivamente ha attenuato tale interpretazione restrittiva, conformandosi alla giurisprudenza costituzionale degli Stati membri ed alla Convenzione n. 87 dell'OIL, la quale garantisce ai membri di un sindacato il diritto di eleggere i propri rappresentanti in piena libertà ed

ha affermato che la violazione dell'art. 11 può discendere anche dalla minaccia di licenziamento subita da un rappresentante sindacale.

La “svolta storica” avutasi in materia è rappresentata dalla importante sentenza Demir e Baykara c. Turchia, Grande Camera, 12 novembre 2008, dove è stato affermato il diritto dei sindacati di partecipare alla contrattazione collettiva, così modificando il precedente indirizzo secondo cui era stato escluso che il diritto a partecipare alla contrattazione collettiva fosse coesistente a quello di associazione sindacale²¹.

Il caso riguardava il sindacato Tum Bel Sen, fondato da funzionari di vari Comuni soggetti alla disciplina sul pubblico impiego; Tum Bel Sen aveva concluso con la città di Gaziantep, per un periodo di due anni, un contratto collettivo, che copriva gli aspetti delle condizioni di lavoro nei servizi del comune di Gaziantep, inclusi gli stipendi, indennità e servizi di assistenza sociale. Tuttavia, ai funzionari comunali era stato vietato di formare un sindacato, sicché era stato disposto l'annullamento con effetto retroattivo del contratto collettivo firmato dal sindacato in questione, misure che ad avviso della Corte, hanno realizzato una ingerenza non necessaria in una società democratica, non corrispondendo la limitazione ad un “bisogno sociale imperioso”. Da qui la violazione dell'art. 11 della Convenzione.

Per giungere a tale risultato la Corte – dopo avere ribadito che la Convenzione è uno strumento vivo da interpretare alla luce delle condizioni del momento in rapporto alla domanda crescente di tutela dei diritti umani – ha sottolineato che i principi affermati nella propria giurisprudenza non devono essere intesi staticamente, essendo destinati ad evolversi, nello specifico con gli sviluppi che caratterizzano il mondo del lavoro.

Tale interpretazione “dinamica” implica una maggiore fermezza nel valutare le violazioni dei valori fondamentali delle società democratiche e nel contempo la necessità di interpretare restrittivamente le limitazioni dei diritti umani, in modo da garantire una loro protezione concreta ed efficace (vedi, *mutatis mutandis*, Refah Partisi (Partito del Welfare) e altri c. Turchia, Grande Camera, 31 luglio 2001; Selmouni c. Francia, Grande Camera, 28 luglio 1999).

Conseguentemente, la Corte ha affermato la necessità di superare il proprio tradizionale orientamento – secondo cui il diritto di negoziare e concludere contratti collettivi non era incluso tra gli elementi essenziali della tutela fornita dall'art. 11 – facendo espresso riferimento agli sviluppi riscontrati in materia sia nel diritto internazionale sia nei sistemi giuridici nazionali.

In particolare, nella sentenza, la Corte ha sanzionato il divieto imposto a funzionari comunali di formare un sindacato nonché la disposta soppressione, con effetto retroattivo, del contratto collettivo firmato dal sindacato in questione. Ai suddetti funzionari era stato impedito, dalla Corte suprema nazionale, di far valere i diritti loro riconosciuti dal contratto collettivo firmato, sull'assunto secondo cui i funzionari pubblici, pur potendo costituire dei sindacati, non potevano,

²¹ Tra i molteplici commenti, vedi: G. BRONZINI, *Diritto alla contrattazione collettiva e diritto di sciopero entrano nell'alveo protettivo della Cedu: una nuova frontiera per il garantismo sociale in Europa?*, in *Riv. it. dir. lav.* 2009, 970.

tuttavia, sottoscrivere contratti collettivi, in assenza di una legge *ad hoc* per i pubblici dipendenti, nella specie mancante.

La Corte ha determinato i contenuti dei diritti protetti dall'art. 11 della Convenzione, muovendo dalla premessa che eventuali limitazioni dell'esercizio di tali diritti nei confronti dei membri delle forze armate, della polizia o dell'amministrazione dello Stato, sono compatibili con la suddetta disposizione solo se intese in senso restrittivo e comunque non incidenti sul diritto di organizzarsi.

La Corte ha anche fatto riferimento agli strumenti internazionali più rilevanti in materia – precisando che, al fine di tale richiamo, non è necessario che lo Stato convenuto abbia ratificato tutti gli strumenti pertinenti nel settore specifico – e ha, così, richiamato: la Convenzione OIL n. 87 sulla libertà di associazione sindacale dei lavoratori, l'articolo 5 della Carta sociale europea (riveduta), garantisce la libertà dei lavoratori e dei datori di lavoro di costituire organizzazioni locali, nazionali o internazionali, per la tutela dei loro interessi economici e sociali; la Raccomandazione R (2000)-6 del Comitato dei Ministri sullo stato dei dipendenti pubblici in Europa (secondo cui, in linea di principio, i dipendenti pubblici devono avere gli stessi diritti di tutti i cittadini e i loro diritti sindacali possono essere legalmente limitati solo nella misura in cui le limitazioni siano necessarie per il corretto svolgimento delle funzioni pubbliche); la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, il cui art. 12 riconosce a tutti, senza distinzioni, il diritto di costituire sindacati e aderirvi per la difesa dei loro interessi.

Nella sentenza, seguendo un indirizzo consolidato specialmente nella materia (Sigurdur A. Sigurjónsson c. l'Islanda, 30 giugno 1993; Sørensen e Rasmussen c. Danimarca, Grande Camera, 11 gennaio 2006), la Corte ha, fra l'altro, richiamato la prassi degli Stati europei, ponendo l'accento sia sul generalizzato riconoscimento da parte di tutti gli Stati contraenti del diritto dei lavoratori di organizzarsi in sede sindacale (con limitate eccezioni per determinate categorie di personale) sia sul diritto dei sindacati di stipulare contratti collettivi, riconosciuto sia a livello internazionale (specialmente in ambito OIL) sia nella maggior parte degli Stati del Consiglio d'Europa. Ciò ha portato la Corte ad affermare che, nella specie, la cancellazione del contratto collettivo disposta dalle autorità nazionali non poteva ritenersi consentita in una società democratica.

I principi affermati nella sentenza Demir hanno ricevuto molteplici ulteriori applicazioni (vedi, per tutte, di recente: Unione nazionale lavoratori ferroviari, marittimi e dei trasporti c. Regno Unito, 8 aprile 2014).

Tra le varie pronunce successive si può ricordare la sentenza Aizpurua Ortiz c. Spagna 2 febbraio 2010, relativa ad un caso in cui veniva in considerazione, a proposito della misura del trattamento pensionistico, il problema della successione di contratti collettivi nel tempo.

È importante sottolineare che l'elemento più rilevante che ha portato la giurisprudenza di Strasburgo ad ampliare l'ambito della tutela dei diritti sindacali è rappresentato dalla connessione che la Corte ha instaurato tra la Convenzione e altri strumenti di tutela internazionale ed europea di tali diritti, quali le Convenzioni OIL e la Carta sociale, fin dalla sua originaria stesura.

Agli albori della giurisprudenza CEDU, l'esistenza della Carta sociale (come si è detto, di 11 anni posteriore alla Convenzione) aveva paradossalmente inibito l'interpretazione evolutiva dell'art. 11 e di altri articoli potenzialmente aperti alla garanzia di diritti sociali, con un argomento che più o meno suonava così: se gli Stati del Consiglio d'Europa hanno concepito uno strumento di *soft law* come la Carta sociale per la tutela dei diritti sociali e sindacali, rifiutando di affidarli alla supervisione della Corte, non può la stessa Corte surrettiziamente farli rientrare nello sistema *hard law* della Convenzione (Sindacato nazionale della polizia belga c. Belgio cit. e Sindacato svedese dei conduttori di locomotive c. Svezia cit.).

La stessa linea era stata seguita, sia pure con i dovuti distinguo, nel caso Schmidt e Dahlström c. Svezia del 6 febbraio 1976, riguardante un militare ed un professore di diritto presso l'Università di Stoccolma che lamentavano che, in sede di rinnovo contrattuale (operato all'esito di alcuni scioperi che avevano interessato solo alcuni sindacati, ma non anche quello cui essi aderivano), era stata negata ai lavoratori nelle loro condizioni la retroattività di alcuni benefici; tali benefici erano stati infatti concessi agli iscritti ai sindacati partecipanti alle azioni collettive e negati invece ai dipendenti iscritti ai sindacati (quale quelli dei ricorrenti, pur federati nell'ambito di organizzazione che rappresentava in genere i dipendenti dello Stato svedese) che non avevano partecipato agli scioperi. La Corte aveva escluso la violazione dell'art. 11 della Convenzione, sull'assunto secondo cui tale norma esige solo che la legislazione nazionale consenta ai membri del sindacato la lotta attraverso il canale delle loro organizzazioni per difendere i loro interessi professionali, mentre, nel caso esaminato, le modalità del rinnovo contrattuale non erano state tali da incidere su tale diritto dei ricorrenti.

Da allora le cose sono progressivamente cambiate: il primo *overruling* sull'art. 11 e la libertà sindacale si è avuto nel caso **Sigurdur A. Sigurjónsson c. l'Islanda**, 30 Giugno 1993, ove la Corte, per garantire la libertà negativa di non appartenere a un sindacato, si appoggiò sulla specifica "giurisprudenza" del Comitato della Carta sociale che aveva già "condannato" l'Islanda per le stesse prassi oggetto di ricorso a Strasburgo.

È bene sottolineare che, ai fini della evoluzione della giurisprudenza della Corte in tema di diritti dei sindacati e dei lavoratori nonché di diritti sociali *tout court*, un vero e proprio spartiacque è rappresentato dalla entrata in vigore nel 1999 della Carta sociale riveduta, nella quale sono stati previsti sia un ampliamento dei diritti sostanziali garantiti dalla Carta sia un rafforzamento del meccanismo di supervisione sugli Stati firmatari. La Corte ne ha tratto la conclusione che la volontà degli Stati del Consiglio d'Europa di operare tale rafforzamento del meccanismo di supervisione della Carta sociale dimostrasse «l'esistenza di un consenso tra gli Stati circa la promozione dei diritti sociali ed economici. Non è interdetto alla Corte tener conto di tale volontà generale degli Stati quando essa interpreta le disposizioni della Convenzione».

Pertanto, se fino al 1998 sono pochissime le decisioni di merito della Corte che citano la Carta sociale (da sola o con le convenzioni OIL), dal 1999 in poi tali citazioni sono sempre più frequenti e non sono meramente formali, ma corrispondono ad un'evoluzione qualitativa: la Carta Sociale e le Convenzioni OIL viaggiano sempre, o quasi, con il "diritto vivente" fornito dai rispettivi Comitati di esperti che vigilano sull'implementazione statale dei diritti sindacali e dei lavoratori.

La suindicata evoluzione ha portato la Corte ad affermare che l'ingerenza dello Stato nel godimento dei diritti protetti dall'art. 11 è consentita solo se: a) è "prevista dalla legge"; b) persegue uno o più scopi legittimi; c) può considerarsi, in una società democratica, necessaria per il raggiungimento di tali scopi. Peraltro, per giudicare dell'esistenza di una "necessità" e quindi un "bisogno sociale imperioso" ai sensi dell'articolo 11, § 2, agli Stati va riconosciuto, ai fini della determinazione delle suddette restrizioni, un limitato margine di apprezzamento, che resta sempre soggetto ad una supervisione rigorosa europea (Yazar e altri c. Turchia, 9 aprile 2002). Ciò significa che benché, in linea di principio, lo Stato contraente sia libero di decidere quali azioni intende intraprendere per garantire il rispetto dell'articolo 11, tuttavia resta obbligato a includere in tali iniziative gli elementi ritenuti essenziali dalla giurisprudenza della Corte. La Corte precisa, quindi, che dalla propria giurisprudenza – per sua natura dinamica e influenzata dall'evoluzione del diritto internazionale – emerge che "allo stato attuale" sono da considerare essenziali dei diritti sindacali i seguenti elementi:

a) il diritto di formare un sindacato e di associarsi (Tüm Haber Sen e Çınar c. Turchia, 21 febbraio 2006); b) il divieto di accordi di monopolio sindacale (si veda, ad esempio, Sørensen e Rasmussen c. Danimarca cit.); c) il diritto di un sindacato di cercare di convincere il datore di lavoro per ascoltare cosa ha da dire a nome dei suoi membri (Schettini e altri c. Italia, decisione 9 Novembre 2000 nonché Wilson, Sindacato Nazionale giornalisti e a. c. Regno Unito, 2 luglio 2002, ove la Corte ha ribadito l'indirizzo tradizionale secondo cui la contrattazione collettiva è solo uno degli strumenti posti a disposizione dei sindacati, ma ciò non esclude che il sindacato ed i suoi membri debbano comunque essere liberi, in un modo o nell'altro, di cercare di persuadere il datore di lavoro ad ascoltare ciò che hanno da dire in favore dei propri assistiti).

Peraltro, l'inclusione del diritto alla contrattazione collettiva nell'ambito di applicabilità dell'art.11 non esclude che gli Stati restino liberi di organizzare il loro sistema per riconoscere, eventualmente, uno status speciale ai sindacati rappresentativi, inoltre se anche i dipendenti pubblici, al pari degli altri lavoratori, salvo casi molto particolari, dovrebbero beneficiare dei diritti sindacali, tuttavia ciò deve essere riconosciuto senza pregiudizio per gli effetti di "restrizioni legali" che possono essere imposte ai "membri dell'amministrazione dello Stato" ai sensi dell'articolo 11 § 2.

■ ■ Nella stessa ottica, nella giurisprudenza della Corte, **lo sciopero** – che permette ad un sindacato di far sentire la sua voce – viene considerato un aspetto importante per i membri di un sindacato nella protezione dei loro interessi, ai sensi dell'art. 11. Spesso, si soggiunge che il diritto di sciopero è riconosciuto dagli organi di controllo della Organizzazione internazionale del lavoro (OIL) come corollario indissolubile del diritto di associazione sindacale tutelato dalla Convenzione C87 dell'OIL concernente la libertà sindacale e la protezione del diritto sindacale e che la Carta sociale europea riconosce anche il diritto di sciopero come mezzo per assicurare l'effettivo esercizio del diritto di negoziazione collettiva.

Tra queste sentenze merita di essere ricordata per prima la sentenza Enerji Yapi-Yol Sen c. Turchia del 21 aprile 2009 – relativa al ricorso di un sindacato di dipendenti pubblici del settore del catasto e dell'energia come pure nei servizi di infrastrutture e di costruzione di autostrade, nel quale

si denunciava che, ad alcuni esponenti del sindacato, erano state inflitte sanzioni disciplinari in ragione della loro partecipazione ad uno sciopero (volto al riconoscimento del diritto ad un accordo collettivo per i pubblici dipendenti) – la Corte ha ravvisato la violazione dell’art. 11, sul principale rilievo che lo Stato convenuto non aveva dimostrato l’esistenza di altri strumenti pacifici con cui il sindacato avrebbe potuto difendere i diritti degli impiegati pubblici ad esso iscritti, vietando la legislazione turca in modo generale le azioni collettive dell’indicata categoria di lavoratori. La Corte ha anche richiamato la Convenzione C87 dell’OIL concernente la libertà sindacale e la protezione del diritto sindacale nonché la Carta sociale europea, ove è riconosciuto il diritto di sciopero, come mezzo utile ad assicurare l’effettivo esercizio del diritto di negoziazione collettiva.

Nella sentenza *Kaya e Seyhan c. Turchia*, del 15 settembre 2009, la Corte ha del pari ravvisato una violazione dell’art. 11 nella punizione di alcuni insegnanti per la partecipazione a giornate nazionali di scioperi organizzati dal sindacato di appartenenza.

La Corte ha esaminato le misure disciplinari al fine di determinare, in particolare, se erano proporzionate allo scopo perseguito, rilevando che la sanzione in questione, per quanto piccola fosse, era tale da scoraggiare gli aderenti al sindacato dal partecipare a giornate di sciopero legittimo o ad azioni per difendere gli interessi dei loro membri.

La Corte ha così constatato che le sanzioni disciplinari inflitte alle ricorrenti non soddisfacevano un “bisogno sociale imperioso” e ha concluso, quindi, che esse realizzavano una ingerenza non “necessaria in una società democratica”, e dunque una interferenza sproporzionata con il godimento da parte dei ricorrenti del loro diritto alla libertà di manifestare, ai sensi dell’articolo 11 della Convenzione.

■ Nella descritta cornice vanno inserite anche le diverse pronunce relative alla libertà di manifestazione del pensiero dei sindacati e dei sindacalisti, spesso emanate più che direttamente con riferimento all’art. 11, all’art. 10 interpretato alla luce dell’art. 11 della Convenzione.

Nel caso *Şişman e altri c. Turchia* 27 settembre 2011, alcuni lavoratori pubblici avevano subito sanzioni disciplinari per avere affisso, non nelle bacheche sindacali ma sulle pareti dei loro uffici, dei documenti sindacali che celebravano la Giornata Internazionale del Lavoro del primo maggio. La Corte ha ritenuto la violazione dell’art. 11 che tutela la libertà di associazione in una società democratica, essendo le sanzioni disciplinari (per quanto modeste) contrarie all’esercizio della libertà di associazione (nello stesso senso, vedi, *mutatis mutandis*, *Karaçay c. Turchia* 27 marzo 2007).

Nella sentenza del 20 settembre 2005 *Akat c. Turchia*, la Corte ha esaminato un caso in cui i ricorrenti avevano impugnato il loro trasferimento deducendo che era stato effettuato a causa della loro appartenenza al sindacato. In coerenza con la propria giurisprudenza, secondo cui, in linea di principio, agli Stati è riconosciuta ampia discrezionalità nella regolamentazione del rapporto di lavoro dei dipendenti pubblici, la Corte ha escluso la violazione degli invocati artt. 11 e 13 della Convenzione, ponendo l’accento sulla normale soggezione dei dipendenti pubblici a trasferimenti derivanti dalle esigenze dell’amministrazione, nonché sulla possibilità di svolgere attività sindacale anche nel luogo di destinazione.

■ Quanto alle pronunce riferite all'art 14 (divieto di discriminazione), va precisato che nella giurisprudenza della Corte in genere le sentenze riguardanti le ipotesi di trattamento discriminatorio nelle materie di sicurezza sociale occupano una posizione di primo piano, per qualità e quantità.

Prima di illustrarne le linee di tendenza principali è opportuno precisare che l'attuale art. 14 ha, anche in base alla giurisprudenza della Corte, un ambito applicativo limitato, nel senso che vieta unicamente la discriminazione nel godimento di uno qualsiasi dei diritti garantiti dalla Convenzione.

Al precipuo fine di attribuire al principio di non discriminazione una portata generale – cioè non limitata ai diritti previsti dalla Convenzione – è stato fatto il Protocollo n. 12 alla Convenzione, aperto alla firma degli Stati membri firmatari del Trattato il 4 novembre 2000 ed entrato in vigore (in ambito internazionale) il 1° aprile 2005. L'Italia l'ha firmato, ma non ratificato.

Il Protocollo prevede, infatti, un divieto generale della discriminazione, eliminando così la suindicata limitazione e garantisce che nessuno possa subire discriminazioni per nessuna ragione da parte di nessuna autorità pubblica. Esso rende, quindi, giustiziabili presso la Corte di Strasburgo anche i diritti sociali – proprio in conseguenza della previsione di un diritto di non discriminazione generale – e quindi collega in modo più stretto la Corte con il Comitato europeo dei diritti sociali, dando alla Corte la possibilità di fare diretta applicazione della Carta sociale europea.

Al momento, tuttavia, vi sono state soltanto 18 ratifiche/adesioni al Protocollo. Invece, la maggior parte degli Stati – tra i quali l'Italia e la Germania – si sono limitati a firmarlo ed alcuni – tra i quali la Francia, il Regno Unito e la Danimarca – non lo hanno neppure firmato.

Ne consegue che tuttora l'ambito applicativo dell'art. 14 è limitato al perimetro dei diritti riconosciuti dalla Convenzione. Ciò comporta che, per costante orientamento della Corte, l'art. 14 è considerato una norma che completa le altre clausole normative della Convenzione e dei suoi Protocolli e che, quindi, non ha un'esistenza autonoma, in quanto vale unicamente per «il godimento dei diritti e delle libertà» che esse sanciscono (vedi, per tutte: *Dhahbi c. Italia*, 8 aprile 2014). Peraltro, tale articolo può certamente entrare in gioco anche in assenza di una inosservanza delle esigenze che poste dalle indicate clausole e, in tal senso, ha una portata autonoma, ma non trova applicazione se i fatti della causa non rientrano nelle previsioni di almeno una di tali clausole (si vedano, tra molte altre, *Van Raalte c. Paesi Bassi*, 21 febbraio 1997; *Petrovic c. Austria*, 27 aprile 1998; *Zarb Adami c. Malta*, 20 giugno 2006).

Peraltro, dalla combinazione dell'art. 1 del Protocollo n. 1 con l'art. 14 deriva la contrarietà alla Convenzione del rifiuto di fornire le prestazioni di sicurezza sociale, se esistenti nell'ordinamento nazionale, per motivi legati al sesso, alla etnia, al colore, alla lingua, alla religione, alle opinioni politiche o di altro genere, all'origine nazionale o sociale, all'appartenenza a una minoranza nazionale, alla ricchezza, alla nascita o a ogni altra condizione.

Ovviamente, il vaglio relativo alla sussistenza o meno di una discriminazione – analogamente a quello operato, in ambito nazionale, con riguardo al principio di uguaglianza, consacrato nell'art. 3 della nostra Costituzione – presuppone che le situazioni poste a confronto siano analoghe o molto

simili e per questo confrontabili (D.H. e Altri c. Repubblica Ceca del 13 novembre 2007), ove, la Grande Camera, ribaltando il precedente verdetto della seconda sezione, ha affermato che la prassi, all'epoca in vigore nella Repubblica Ceca, di inviare molti alunni rom, sulla base di test di capacità intellettuale, in scuole speciali per alunni con deficit intellettuale, costituiva violazione del divieto di discriminazioni combinato con il diritto all'istruzione, sottolineando che il consenso espresso dai genitori non era sufficiente a evitare la discriminazione, perché essi, come appartenenti a una comunità svantaggiata, non erano in grado di valutare tutti gli aspetti della situazione e le conseguenze del loro consenso e perché comunque non è ammissibile la possibilità di rinunciare al diritto di non essere discriminati.

In altri termini, perché una differenza di trattamento, anche in materia di prestazioni sociali, non sia discriminatoria è necessario che essa abbia una giustificazione oggettiva e ragionevole, il significa che essa deve perseguire uno scopo legittimo o comunque deve essere tale per cui vi sia un ragionevole rapporto di proporzionalità tra l'obiettivo che ci si è prefissi e le modalità impiegate per raggiungerlo.

■ Un altro parametro molto utilizzato è rappresentato dall'art. 1 del Protocollo n. 1, che è la norma cui si fa riferimento (da sola o in combinazione con l'art. 14 della Convenzione) per il riconoscimento delle prestazioni di "sicurezza sociale" (comprensiva di assistenza e previdenza sociale), ciò nell'ambito di una giurisprudenza nella quale il campo di applicazione della suindicata disposizione è, in linea generale, molto esteso, includendo qualsiasi misura che interferisca con una situazione giuridica di contenuto patrimoniale²².

E, al riguardo, va considerato che, lungo le linee tracciate dalla propria consolidata giurisprudenza, di recente la Corte ha affrontato la questione relativa alla possibilità di includere nel concetto di "possesso" – ai sensi dell'art. 1 cit. – un'aspettativa di diritto, maturata a seguito di pronunce giudiziarie definitive o in conformità a disposizioni legislative.

Nella sentenza della Grande Camera Ichtigiaroglou c. Grecia del 19 giugno 2008 la Corte ha risolto in senso affermativo la suddetta questione, ritenendo incluso nell'ambito di protezione della norma il diritto al godimento della pensione di anzianità, nella specie intesa come strumento di protezione dei diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione.

Sempre in riferimento al citato art. 1, negli ultimi tempi, la Corte è stata chiamata ad esaminare alcune situazioni nelle quali veniva denunciata la restrizione di diritti socio-economici derivante dall'applicazione di misure anticrisi adottate dagli Stati.

Nella decisione di irricevibilità Mihaies e Sentes c. Romania del 6 dicembre 2011, la Corte ha ritenuto che una riduzione del 25% degli stipendi del settore pubblico come parte del programma di austerità del governo rumeno rientrava nel legittimo margine di apprezzamento dello Stato, in

²² Per questa parte, vedi, per tutti: A. GUAZZAROTTI, *Giurisprudenza CEDU* cit.; G. CINELLI, *I diritti sociali nella recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo* in www.europeanrights.eu; G. TURATTO, *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in relazione ai temi della previdenza e della protezione sociale*, in *Rivista giuridica del Lavoro e della Previdenza sociale*, 2012, 679 e ss.; G. ROMEO, *Civil Rights v. Social Rights nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: c'è un giudice per i diritti sociali a Strasburgo?*, in www.europeanrights.eu

applicazione del principio secondo cui la Corte tendenzialmente riconosce agli Stati un margine di apprezzamento con riguardo alle misure economiche e sociali, a meno che le scelte del legislatore nazionale siano manifestamente prive di fondamento ragionevole.

■ Un'altra norma della Convenzione molto utilizzata è l'art. 6, che ai nostri fini rileva come tutela del trattamento processuale da garantire ai titolari dei diritti socio-economici. A partire dalla sentenza *Airey c. Irlanda*, del 9 ottobre 1979 è stata estesa l'applicazione dell'art. 6 cit. al diritto di accedere alla giustizia da parte dei soggetti più bisognosi, al fine di tutelare i diritti socio-economici visti come necessario prolungamento dei diritti civili e politici riconosciuti dalla Convenzione e sottolineandosi che, seppure l'art. 6 garantisca un diritto incondizionato ad una giustizia interamente gratuita, tuttavia la Corte reputa inammissibili ostacoli finanziari sproporzionati che s'interpongono tra la giustizia e le parti in situazione di precarietà (orientamento consolidato).

Del resto, il problema dell'accesso alla giustizia è ugualmente sentito anche in ambito UE. Infatti, l'Agenzia dei diritti fondamentali (FRA) ha dedicato la sua Conferenza annuale nel 2012 proprio al tema: "Giustizia in tempi di austerità: sfide e opportunità per l'accesso alla giustizia" e il direttore dell'Agenzia, Morten Kjaerum, nella sua relazione conclusiva, con grande chiarezza ha affermato che la crisi rappresenta il momento per rinforzare l'accesso alla giustizia, laddove una semplice riduzione di bilancio in questo settore mancherebbe di una visione di prospettiva e di lungo termine.

■ Si deve sottolineare, a proposito dell'applicazione dell'art. 6 CEDU, che l'esigenza di tutela dei diritti socio-economici è sentita dalla Corte di Strasburgo in modo particolarmente incisivo laddove la fattispecie esaminata si caratterizzi per la presenza di norme nazionali retroattive sopravvenute²³.

Al riguardo, l'indirizzo generale e consolidato della Corte è nel senso che, in linea di principio, è consentito al legislatore nazionale di intervenire in materia civile con nuove disposizioni aventi effetti retroattivi e, in quanto tali, incidenti sui diritti riconosciuti da leggi in vigore. Tuttavia il principio della certezza del diritto e la nozione di processo equo sanciti dall'art. 6 della Convenzione ostano all'ingerenza del potere legislativo nell'amministrazione della giustizia al fine di influenzare l'esito giudiziario di una controversia, salvo che per imperative ragioni di interesse generale (vedi, per tutte, sentenze: *Scanner de L'Ouest Lyonnais e altri c. Francia*, 21 giugno del 2007; *Raffinerie Greche Stran e Stratis Andreadis c. Grecia* del 9 dicembre 1994; *Papageorgiou c. Grecia*, 22 ottobre 1997; *Zielinski e altri c. Francia*, 28 ottobre 1999). Al riguardo, la Corte, in particolare, ritiene che l'esigenza della parità delle armi implichi l'obbligo di offrire a ciascuna parte una ragionevole possibilità di far valere in giudizio le proprie pretese senza trovarsi in una situazione di netto svantaggio rispetto alla controparte, come può accadere nel caso di norme retroattive emanate con riguardo ai diritti socio-economici, nelle quali spesso la controparte è un ente o una autorità amministrativa.

²³ Per una interessante sintesi delle questioni che si pongono nel suddetto ambito vedi: B. RANDAZZO, *Retroattività della legge e ingerenza del legislatore nell'attività giurisdizionale: i "motivi imperativi di interesse generale"*. *Giurisprudenze a confronto*, Atti dell'incontro svoltosi a Genova il 12 ottobre 2012, in *Nuova Giur. Ligure* 2012; 29 e ss.

Non mancano, peraltro, pronunce nelle quali la Corte EDU ha, eccezionalmente, affermato la compatibilità con la Convenzione dell'emanazione di una norma retroattiva.

Si tratta però di casi in cui l'intervento del legislatore, avente effetti retroattivi, non aveva inteso sostenere la posizione assunta dall'Amministrazione dinanzi ai giudici, ma porre rimedio ad un errore tecnico di diritto, al fine di garantire la conformità all'intenzione originaria del legislatore, nel rispetto di un principio di uguaglianza (vedi, per tutte: sentenze *National & Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society e Yorkshire Building Society c. Regno Unito* 23 ottobre 1997, *OGIS-Institut Stanislas e altri c. Francia*, 27 maggio 2004).

Benché tale orientamento restrittivo della Corte EDU sia noto da tempo, purtroppo il nostro ordinamento continua ad essere caratterizzato, specialmente in ambito socio-economico, da molteplici norme retroattive, che si espongono a dare luogo a violazioni dell'art. 6 della CEDU.

Ne consegue che, nell'ambito della copiosa giurisprudenza della Corte EDU in materia, una parte rilevante è occupata da sentenze di condanna del nostro Stato, che spesso hanno notevoli riflessi sul piano economico e, quindi, della spesa pubblica.

Tra i molteplici casi, quelli più noti ancora parzialmente "aperti" sono quello delle c.d. pensioni svizzere e il c.d. caso ATA.

Il primo esula dal tema della presente relazione, mentre del secondo tratterò più avanti, visto che, in esso, vi è stato anche l'intervento della CGUE.

3.- I limiti di competenza del diritto UE e della giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di pubblico impiego

Quanto alle origini della giurisprudenza della Corte di giustizia UE in materia di lavoro pubblico, va ricordato che fin dal lontano 1919, anno in cui venne istituita – nell'ambito della Società delle Nazioni – l'Organizzazione Internazionale del Lavoro (OIL o ILO), poi divenuta – dopo l'istituzione dell'ONU, del 26 giugno 1945 – l'agenzia delle Nazioni Unite diretta a promuovere il lavoro dignitoso e produttivo in condizioni di libertà, uguaglianza, sicurezza e dignità umana per uomini e donne, la Comunità internazionale e il nostro Stato – che entrò a far parte subito, come Paese fondatore (la Costituzione dell'OIL fa parte dei Trattati di pace della Prima Guerra mondiale), della Organizzazione – ²⁴ hanno avvertito la necessità di creare dei collegamenti tra le diverse discipline nazionali dei rapporti di lavoro, in modo da tutelare meglio la dignità dei lavoratori.

In particolare è stata sentita l'importanza di rafforzare il dialogo, in ambito internazionale ed europeo, sulle problematiche del lavoro al fine di promuovere in modo più efficace i diritti dei lavoratori e di incoraggiare il diffondersi di condizioni di occupazione dignitose, senza necessariamente ricorrere all'intervento dei giudici quanto piuttosto puntando sul miglioramento della qualità delle relazioni industriali.

²⁴ Basta pensare che l'Organizzazione aprì il proprio ufficio di Roma nel 1920 e che la partecipazione italiana all'OIL, a parte una sospensione nel periodo dal 1937-1945, è sempre stata assidua e apprezzata ed è stata potenziata dal 1993 in poi.

Non è, infatti, un caso che l'OIL abbia la particolarità di essere l'unica agenzia delle Nazioni Unite con una struttura tripartita, il che significa che le politiche ed i programmi dell'Organizzazione sono il frutto di determinazioni congiunte di rappresentanti dei Governi, degli imprenditori e dei lavoratori.

Il rafforzamento del dialogo tra gli Stati nella materia del lavoro privato, nel tempo – con la istituzione della Comunità europea e poi della Unione europea – ha, su questo fronte, prodotto una serie di positivi risultati, che si sono tradotti nella emanazione di importanti direttive e sentenze della Corte di Giustizia, alcune delle quali hanno rivoluzionato il nostro mercato del lavoro e hanno contribuito, in modo significativo, all'evoluzione della giurisprudenza nazionale.

Ma, in tutto questo, il rapporto di “pubblico impiego” – anche quello, da noi, contrattualizzato, per effetto del d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29 – è stato, in linea generale, sempre lasciato da parte, in conformità con i Trattati, salvo che venissero in considerazione violazioni di diritti fondamentali dell'Unione, come quello di discriminazione, ma sempre con alcune limitazioni.

Insomma, un tipo di impostazione analoga – *mutatis mutandis* – a quella della Corte di Strasburgo, secondo cui, come si è detto, in linea di principio, agli Stati è riconosciuta ampia discrezionalità nella regolamentazione del rapporto di lavoro dei dipendenti pubblici (vedi, per tutte: sentenza del 20 settembre 2005 Akat c. Turchia, cit.).

Questa situazione non è cambiata con il Trattato di Lisbona.

Infatti, l'art. 4, paragrafo 1, TUE stabilisce che “qualsiasi competenza non attribuita all'Unione nei trattati appartiene agli Stati membri” e la CGUE, richiamando questa norma, ha sempre riconosciuto il potere degli Stati membri di organizzare e razionalizzare le rispettive pubbliche amministrazioni, anche con riguardo alle modalità di reclutamento del personale.

Tale *self restraint* delle Istituzioni UE rispetto al pubblico impiego è stato concepito in modo così rigoroso da comportare:

a) una deroga addirittura al principio della libera circolazione dei lavoratori all'interno della UE, secondo quel che dispone il paragrafo 4 dell'art. 45 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (art. 45 TFUE, già art. 39 TCE), che esclude l'applicabilità delle disposizioni in esso previste “agli impieghi nella pubblica amministrazione”;

b) analoga esclusione dall'applicazione delle disposizioni dell'intero secondo Capo del TFUE, sul diritto di stabilimento, per quanto riguarda lo Stato membro interessato, delle “attività che in tale Stato partecipino, sia pure occasionalmente, all'esercizio dei pubblici poteri” (v. art. 51, comma 1, TFUE, ex art. 45, comma 1, Trattato CE).

Pertanto, per quel che riguarda il nostro Paese, è sempre stata pacifica l'attribuzione alla competenza del legislatore nazionale della regolazione del rapporto di lavoro del personale delle pubbliche amministrazioni, sulla base dell'art. 97 Cost., che al terzo comma stabilisce che il pubblico concorso è l'ordinaria modalità di instaurazione del rapporto di impiego o lavoro pubblico.

In questo quadro, peraltro, per effetto della giurisprudenza della CGUE si sono aperti alcuni “varchi” in favore della normativa UE, con riferimento ad talune specifiche situazioni – tuttora non del tutto risolte – tra le quali si possono ricordare le seguenti:

1) accesso al settore del pubblico impiego da parte dei cittadini di altri Stati membri della UE;

2) accesso al suddetto settore da parte di cittadini di Paesi extra-UE;

3) applicabilità, o meno, nel settore del pubblico impiego, della direttiva n. 77/187/CEE, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di stabilimenti, nonché della 2001/23/CE, avente il medesimo oggetto e sostitutiva della precedente;

4) criteri e ambito di applicazione, ai rapporti di pubblico impiego, dell’accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, siglato il 18 marzo 1999, allegato alla direttiva 1999/70/CE, relativa all’accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato.

Al riguardo va osservato che se, da un lato, l’apertura di questi “varchi” non è stata, da parte della CGUE, sempre effettuata con modalità riconducibili a sistema – in quanto, nel corso degli anni, le decisioni della Corte spesso sono state via via più incisive – d’altra parte, di frequente, esse hanno comportato un certo travaglio nella giurisprudenza nazionale e, in tutto questo, molte delle suindicate questioni sono ancora “aperte”, visto che, in tanti casi – come, ad esempio in quello dell’abuso dei contratti a termine – solo un chiaro intervento del legislatore nazionale potrebbe realmente risolvere tutte le molteplici problematiche che si pongono, in modo garantire il rispetto del fondamentale principio di uguaglianza.

La situazione, inoltre, è stata, a volte, resa ancora più complessa dall’intervento, nella stessa materia trattata dalla CGUE, della Corte di Strasburgo.

Sulla base di queste premesse si cercherà ora di tratteggiare le caratteristiche salienti delle prime tre questioni “critiche”, facendo solo un breve accenno alla quarta (sui contratti a termine), visto che sarà oggetto di successive relazioni.

4.- L’accesso al settore del pubblico impiego da parte dei cittadini di altri Stati membri della UE

Abbiamo detto che gli artt. 45 e 51 TFUE, eccettuano dall’applicabilità del principio di libertà circolazione e di libertà di stabilimento coloro che svolgono impieghi presso le pubbliche amministrazioni²⁵.

²⁵ Vedi, per tutti: *Pubblico impiego e cittadini dell’Unione Europea*, Scheda a cura di GIULIA PERIN e PAOLO BONETTI (aggiornata al 7 ottobre 2011) in www.asgi.it

In assenza di una specifica normativa, le questioni che possono porsi in ordine alla facoltà dei cittadini dell'Unione – che abbiano esercitato il diritto alla libera circolazione e al soggiorno – di accedere al settore del pubblico impiego vanno risolte sulla base della giurisprudenza della CGUE.

Tale giurisprudenza, fin dalla sentenza 17 dicembre 1980, Commissione c. Belgio, ha precisato che: a) la possibilità di riservare ai cittadini di uno Stato membro i posti nel pubblico impiego deve essere interpretata in modo restrittivo, al pari di ogni eccezione alle libertà di circolazione e di stabilimento sancita dal Trattato; b) la definizione della nozione di amministrazione pubblica ai sensi dell'art. 45, comma 4, TFUE non può essere lasciata agli Stati membri, ma deve essere autonomamente definita a livello dell'Unione: in caso contrario, gli Stati avrebbero la possibilità di determinare, a loro piacimento, i posti che rientrano nella suddetta disposizione derogatoria.

Nella stessa sentenza la Corte di Giustizia ha anche precisato che le eccezioni opponibili al principio di libera circolazione riguardano soltanto gli impieghi che “comportino una partecipazione, diretta o indiretta, all'esercizio di prerogative dei pubblici poteri o alla responsabilità per la tutela degli interessi generali dello Stato o di altre collettività pubbliche”, come, ad esempio, le amministrazioni comunali.

La successiva giurisprudenza della CGUE ha soggiunto che l'accesso ad un pubblico impiego può essere legittimamente consentito soltanto ai cittadini dello Stato membro UE di appartenenza qualora l'impiego di cui si tratta sia caratterizzato da entrambi i seguenti due elementi: 1) partecipazione all'esercizio di prerogative dei pubblici poteri; 2) responsabilità per la tutela degli interessi generali dello Stato o di altre collettività pubbliche.

La Corte ha aggiunto che l'integrazione dei suddetti requisiti deve essere valutata caso per caso in funzione della natura dei compiti e delle responsabilità implicati nel posto di cui si tratta.

Alla luce di tale nozione, la CGUE ha escluso che uno Stato membro possa, ad esempio, riservare ai propri cittadini gli impieghi nelle poste (sentenza 12 febbraio 1974, Sotgiu v. Deutsche Bundespost, C-152/73), o nelle ferrovie, o ancora gli impieghi di idraulico, di giardiniere o di elettricista, di professore (sentenza Bleis c. Ministère de l'Education National C-4/91, Commissione c. Lussemburgo, C-473/93), di infermiere (Commission c. Francia, C-307/84), lettore universitario (Allué e Coonan c. Università degli Studi di Venezia, C-33/88) e di ricercatore civile (Commissione c. Italia, C-225/85), guardie giurate nel settore privato (Commissione c. Italia, C-283/99).

La CGUE ha ulteriormente ristretto l'ambito applicativo dell'art. 45, paragrafo 4, TFUE stabilendo che tale disposizione trova applicazione solo quando i poteri di imperio connessi alla funzione pubblica sono esercitati con regolarità e non quando essi costituiscano una parte molto limitata dell'impiego che si intende precludere ai cittadini dell'Unione. Pertanto, è stata, ad esempio, ritenuta illegittima la normativa italiana prevedente per i soli cittadini italiani la possibilità di accedere al ruolo di capitani e ufficiali (comandanti in seconda) di navi che battono bandiera italiana (sentenza 11 settembre 2008, Commissione c. Italia, C-447/07).

La Commissione europea, nelle comunicazioni del 18 marzo 1988 e dell'11 dicembre 2002 e nel documento di lavoro sulla "Libera circolazione dei lavoratori nel settore pubblico" del 14 dicembre 2010, ha fornito agli Stati membri delle ulteriori indicazioni esemplificative utili alla corretta applicazione dell'art. 54 TFUE, riassumendo i principali orientamenti della Corte di Giustizia, sulla base della duplice premessa secondo cui, in linea di massima, i settori dell'impiego pubblico devono essere aperti a tutti i cittadini dell'Unione e che, anche i settori che comprendono impieghi legittimamente riservabili ai cittadini nazionali, non possono essere del tutto preclusi ai cittadini dell'Unione per lo svolgimento di attività che non prevedono l'esercizio di poteri pubblici.

Così, ad esempio, se è legittimo riservare ai cittadini dello Stato di appartenenza impieghi nei seguenti settori della PA: Forze armate, polizia, forze di mantenimento dell'ordine, Autorità giudiziarie e fiscali, Corpo diplomatico, Posti nei Ministeri statali, presso autorità governative regionali, enti locali, banche centrali e altri organismi di diritto pubblico, che si occupano della preparazione degli atti legislativi e della loro attuazione, tuttavia, a questi stessi settori, dovrebbero potere accedere i cittadini dell'Unione per impieghi che comportano lo svolgimento di funzioni amministrative, la consulenza tecnica, la manutenzione nonché per tutti gli impieghi che non implicano l'esercizio dell'autorità pubblica e la salvaguardia dell'interesse generale dello Stato.

Da ciò si deduce che l'accesso alla grande maggioranza dei posti nella pubblica amministrazione dovrebbe essere consentito a tutti i cittadini dell'Unione.

Inoltre, per gli impieghi non riservati ai cittadini autoctoni non solo non è ammessa alcuna discriminazione nell'accesso al lavoro, ma neppure è lecita alcuna disparità di trattamento una volta instaurato il rapporto di lavoro (CGUE; sentenza Schöning, C-15/96).

Così, per la professione di insegnante, ove non vi siano riserve, i cittadini dell'Unione devono godere non solo del diritto ad accedere al concorso, ma anche di quello alla parità di trattamento nella retribuzione, nella valutazione dei titoli, dell'anzianità pregressa (nel cui calcolo entrano anche esperienze di insegnamento svolte in altri Paesi UE), dell'esperienza professionale (CGUE, sentenze Scholz C-419/92, Schöning C-15/96, Commissione c. Grecia C-187/96; Österreichischer Gewerkschaftsbund C-195/98 ; Köbler C-224/01, Commissione c. Italia, C-278/03, Commissione c. Spagna C-205/04, Commissione c. Italia C-371/04).

Tali principi sono applicabili anche:

1) ai cittadini italiani che abbiano esercitato la libera circolazione (che avranno dunque diritto a vedersi riconosciuta l'equivalenza di eventuali titoli conseguiti all'estero comparabili a quelli italiani ai fini dell'accesso al pubblico impiego in Italia);

2) ai familiari dei cittadini dell'Unione o dei cittadini italiani non aventi a loro volta la cittadinanza dell'Unione che siano titolari del diritto di soggiorno o del diritto di soggiorno permanente, ai sensi degli artt. 23 e 24 della direttiva 2004/38/CE (relativa al diritto dei cittadini

dell'Unione e loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri), recepita d.lgs. 6 febbraio 2007, n. 30²⁶;

L'art. 19, commi 1 e 2, del suddetto d.lgs. n. 30 del 2007 prevede che “i cittadini dell'Unione e i loro familiari hanno diritto di esercitare qualsiasi attività economica autonoma o subordinata, escluse le attività che la legge, conformemente ai Trattati dell'Unione europea ed alla normativa comunitaria in vigore, riserva ai cittadini italiani. Fatte salve le disposizioni specifiche espressamente previste dal Trattato CE e dal diritto derivato, ogni cittadino dell'Unione che risiede, in base al presente decreto, nel territorio nazionale gode di pari trattamento rispetto ai cittadini italiani nel campo di applicazione del Trattato”.

Un'applicazione specifica di tale principio all'ambito del pubblico impiego si trova nell'art. 5 del d.l. 8 aprile 2008, n. 59, convertito con modificazioni dalla legge 6 giugno 2008, n. 101 – e rubricato “Disposizioni in materia di riconoscimento del servizio pubblico svolto nell'ambito dell'Unione europea. Esecuzione della sentenza della Corte di giustizia resa in data 26 dicembre 2006 nella causa C-371/04. Procedura di infrazione n. 2002/4888” – che stabilisce quanto segue²⁷:

“1. Le amministrazioni pubbliche tenute al rispetto del principio di libera circolazione dei lavoratori di cui agli articoli 39 del Trattato che istituisce la Comunità europea e 7 del regolamento (CEE) n. 1612/68 del Consiglio, del 15 ottobre 1968, salve più favorevoli previsioni, valutano, ai fini giuridici ed economici, l'esperienza professionale e l'anzianità acquisite da cittadini comunitari nell'esercizio di un'attività analoga a quella considerata rilevante e svolta presso pubbliche amministrazioni di un altro Stato membro, anche in periodi antecedenti all'adesione del medesimo all'Unione europea, o presso organismi dell'Unione europea secondo condizioni di parità rispetto a quelle maturate nell'ambito dell'ordinamento italiano. Relativamente al personale delle aree della dirigenza medica, veterinaria e sanitaria che presta servizio presso le strutture sanitarie pubbliche, per le quali l'ordinamento italiano richiede, ai fini del riconoscimento di vantaggi economici o professionali, che l'esperienza professionale e l'anzianità siano maturate senza soluzione di continuità, tale condizione non si applica se la soluzione di continuità dipende dal passaggio dell'interessato da una struttura sanitaria, di cui alla legge 10 luglio 1960, n. 735, di uno Stato membro a quella di un altro Stato membro. Sono inapplicabili le disposizioni normative e le clausole dei contratti collettivi contrastanti con il presente comma. Ai fini dell'accesso rimane fermo quanto previsto dall'articolo 38 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165”.

Il citato art. 38 del d.lgs. 20 marzo 2001, n. 165, rappresenta la base della normativa italiana in materia.

Esso, al comma 1, prevede, in termini generali, che i cittadini degli Stati membri dell'Unione europea possono accedere ai posti di lavoro presso le amministrazioni pubbliche che non implicano

²⁶ Il d.lgs. 6 febbraio 2007, n. 30 è stato più volte integrato e modificato, prima dal d.lgs. 28 febbraio 2008, n. 32 e poi dall'art. 1, comma 1 del d.l. 23 giugno 2011, n. 89; convertito dalla legge 2 agosto 2011, n. 129 e, da ultimo, dall'art. 1, comma 1, della legge. 6 agosto 2013, n. 97.

²⁷ Il suddetto testo è quello risultante dalle modifiche introdotte prima dalla legge di conversione 6 giugno 2008, n. 101 e, successivamente, dall' art. 44, comma 1, d.l. 21 giugno 2013, n. 69, convertito, con modificazioni, dalla L. 9 agosto 2013, n. 98.

esercizio diretto o indiretto di pubblici poteri ovvero non attengono alla tutela dell'interesse nazionale. Il comma 2 rinvia ad un regolamento del Presidente del Consiglio dei Ministri per la individuazione dei posti e delle funzioni per i quali non può prescindersi dal possesso della cittadinanza italiana, nonché per la fissazione dei requisiti indispensabili per l'accesso ai pubblici impieghi da parte dei cittadini UE.

Attualmente tale regolamento è costituito dal d.P.C.m. 7 febbraio 1994, n. 174 (Regolamento recante norme sull'accesso dei cittadini degli Stati membri dell'Unione europea ai posti di lavoro presso le amministrazioni pubbliche), in base al quale gli impieghi delle amministrazioni pubbliche il cui accesso è riservato a coloro che possiedono la cittadinanza italiana sono i seguenti (art. 1):

1) posti di dirigenti delle amministrazioni dello Stato e posti dei corrispondenti livelli delle altre pubbliche amministrazioni;

2) posti con funzioni di vertice amministrativo delle strutture periferiche delle amministrazioni pubbliche dello Stato, anche ad ordinamento autonomo, degli enti pubblici non economici, delle province e dei comuni nonché delle regioni e della Banca d'Italia;

3) posti di magistrati ordinari, amministrativi, militari e contabili, avvocati e procuratori dello Stato;

4) posti dei ruoli civili e militari della Presidenza del Consiglio dei Ministri, del Ministero degli affari esteri, del Ministero dell'interno, del Ministero di grazia e giustizia, del Ministero della difesa, del Ministero delle finanze (oggi Ministero dell'Economia e delle finanze) e del Corpo forestale dello Stato, eccettuati i posti a cui si accede, con il solo requisito del superamento della scuola dell'obbligo, mediante avviamento previa iscrizione nelle liste di collocamento.

Secondo l'art. 2 del d.P.C.m. cit. i tipi di funzioni delle amministrazioni pubbliche per il cui esercizio si richiede il requisito della cittadinanza italiana sono le seguenti: a) funzioni che comportano l'elaborazione, la decisione, l'esecuzione di provvedimenti autorizzativi e coercitivi; b) funzioni di controllo di legittimità e di merito.

Peraltro, nel caso sussista un dubbio sul fatto che un determinato impiego comporti o meno l'esercizio di una di tali funzioni, il Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro per la Funzione pubblica, sentita l'Amministrazione competente, entro sessanta giorni dalla ricezione della domanda dell'interessato, esprime, se del caso, diniego motivato all'accesso a specifici impieghi o all'affidamento di incarichi che comportino esercizio di una di tali funzioni. Tale decreto è pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana e ha efficacia preclusiva sino a che non intervengano modifiche della situazione di fatto o di diritto che facciano venir meno l'impedimento all'accesso.

Il successivo art. 3 del decreto stabilisce che i cittadini degli Stati membri UE, ai fini dell'accesso ai posti della pubblica amministrazione, devono possedere i seguenti requisiti:

a) godimento dei diritti civili e politici anche negli Stati di appartenenza o di provenienza; b) possesso di tutti i requisiti, specificamente, richiesti ai cittadini italiani, ad eccezione della titolarità della cittadinanza italiana; c) adeguata conoscenza della lingua italiana.

In relazione al punto b), tra i vari requisiti richiesti per l'accesso ad un concorso pubblico, vi è quello del possesso di un determinato titolo di studio.

Poiché però spesso il titolo di studio posseduto dal cittadino dell'Unione è stato acquisito in uno Stato diverso dall'Italia il cittadino dell'Unione può chiederne l'equiparazione al corrispondente titolo italiano necessario ai fini dell'ammissione al pubblico impiego, secondo quanto dispone la nota del 14 luglio 2000 del Dipartimento per la funzione pubblica della Presidenza del Consiglio dei Ministri (Ufficio P.P.A./ROM - Servizio Reclutamento).

Come ricorda il vademecum "Guida all'utente - Direttiva 2005/36/CEE relativa al riconoscimento delle qualifiche professionali", pubblicato l'8 maggio 2011 dal Dipartimento per le politiche europee della Presidenza del Consiglio dei Ministri, la suindicata procedura di riconoscimento dei titoli di studio – di attuazione dell'art. 38 del d.lgs. n. 165 del 2001 – consente ad ogni cittadino di uno Stato membro UE possessore di un titolo di studio estero (dell'UE o extra-UE), di qualsiasi livello (scuola secondaria, istruzione superiore) di essere in condizione di partecipare a concorsi per posti di lavoro presso le amministrazioni pubbliche italiane.

5.- L'accesso al settore del pubblico impiego da parte dei cittadini dei Paesi extra-UE

Per quanto riguarda, specificamente, extracomunitari e apolidi si deve, in primo luogo, sottolineare che il nostro legislatore mostra di considerare — in accordo con la UE — i suddetti stranieri come categorie fortemente a "rischio discriminazione", tanto da richiamare il t.u. dell'immigrazione nelle premesse di tutti i decreti legislativi attuativi di direttive antidiscriminazione emanate e recepite negli ultimi anni.

Ciò detto, va anche tenuto presente che uno dei fattori di discriminazione più sentiti dagli stranieri, nel nostro Paese, è quello dell'accesso al lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, ovviamente in riferimento all'accesso ai posti di lavoro «che non implicano esercizio diretto o indiretto di pubblici poteri, ovvero non attengono alla tutela dell'interesse nazionale», in analogia con quanto dispone il citato art. 38 d.lgs. n. 165 del 2001 per i cittadini degli Stati membri UE.

La questione è ancora dibattuta nella giurisprudenza nazionale.

Infatti, a fronte di alcune aperture della Corte costituzionale e dei giudici di merito, il Consiglio di Stato, sia in sede consultiva sia in sede giurisdizionale (vedi, in particolare, il parere n. 2592 del 2003), e la Corte di cassazione hanno seguito una linea diversa.

In particolare, la Corte costituzionale, in un primo momento, con la sentenza n. 249 del 1995, ha affermato — con riguardo alla fase dello svolgimento del rapporto di lavoro — che, grazie al principio di parità, anche agli extracomunitari si devono applicare i principi derivanti dalla legislazione comunitaria. Pertanto, la Corte ha ritenuto che parità ed eguaglianza di diritti debbano

trovare immediata applicazione nell'ordinamento, non essendo necessaria una norma specifica di affermazione del diritto del lavoratore extracomunitario a godere di singoli diritti, essendo la garanzia legislativa sufficiente di per sé ad equiparare i cittadini extracomunitari ai cittadini italiani, ai suddetti fini.

Invece, la Corte di cassazione – a partire dalla nota e contestata sentenza 13 novembre 2006, n. 24170 – si è espressa nel senso di non ritenere illegittima e/o discriminatoria l'esclusione degli stranieri extracomunitari dall'accesso al lavoro pubblico, pur se privatizzato.

Peraltro, tale indirizzo è stato molto criticato in dottrina²⁸ e buona parte della giurisprudenza di merito se ne è via via discostata, ritenendolo poco coerente con il diritto antidiscriminatorio, di provenienza UE.

In questa ottica, seguendo percorsi differenti, si muove dalla premessa di individuare nella natura della attività svolta – anziché in quella del datore di lavoro – l'elemento determinante per giustificare il mantenimento del requisito della cittadinanza per l'accesso al rapporto di lavoro pubblico e quindi, sostanzialmente, si ritiene necessario adottare una nozione di pubblica amministrazione in senso funzionale, estendendosi così l'applicazione del d.P.C.m. n. 174 del 1994 cit. anche ai cittadini di Paesi terzi non rientranti nelle categorie di cui all'art. 38 del d.lgs. n. 165 del 2001.

A questa conclusione si perviene sulla base di una ricostruzione del quadro normativo di riferimento nella quale viene attribuita prevalenza ex art. 117 Cost. alle fonti internazionali, sul piano immediatamente precettivo o su quello del vincolo all'interpretazione conforme, conseguentemente escludendosi che gli artt. 98 e 51 Cost. possano impedirne l'operatività e, così, circoscrivendosi il limite dello "interesse nazionale" a un limite sostanziale di interessi di pari o maggior valore, rispetto ai quali soltanto il principio di non discriminazione per nazionalità, razza, origine etnica etc. (Convenzione OIL n. 143 del 1975, TU n. 286 del 1998, direttiva 2000/43/CEE, d.lgs. n. 215 del 2003) può recedere.

Questo tipo di costruzione trova implicita conferma nella ordinanza n. 139 del 2011 della Corte costituzionale, pronunciata in un giudizio introdotto da una ordinanza di rimessione del Tribunale di Rimini, nel corso di un giudizio instaurato ex articolo 44 del TU dell'immigrazione da una cittadina colombiana, che aveva chiesto di essere ammessa al concorso pubblico per l'assunzione di un assistente amministrativo indetto dalla AUSL locale, previo accertamento del carattere discriminatorio del comportamento tenuto dalla Azienda Ospedaliera, consistente nella avvenuta esclusione dal suddetto concorso per difetto della cittadinanza italiana o della cittadinanza di uno dei Paesi UE.

²⁸ In *Foro it.* 2007, I, 61; *Dir. imm. citt.* 2006, 4, 56; *Riv. crit. lav.* 2006, 1100, con nota di S. RUSSI, *Un brusco stop della Cassazione all'accesso dell'extracomunitario al pubblico impiego*; *Dir. giust.* 2006, 44, 19, con nota di F. DI PIETRO, *Pubblico impiego solo per i cittadini Ue*; *Riv. it. dir. lav.* 2007, 302, con nota di M. AGOSTINI, *Il cittadino straniero extracomunitario non può accedere all'impiego pubblico*; *Riv. giur. lav. prev.* 2007, 2, 218, con nota di M. GRASSO, *Gli ostacoli all'accesso degli stranieri al lavoro pubblico*; *Corr. giur.* 2007, 3, 357, con nota di R. FOGLIA, *Sull'accesso degli extracomunitari agli impieghi pubblici*.

Il remittente aveva sollevato (per contrasto con gli articoli 4 e 51 della Costituzione) questione di legittimità costituzionale dell'articolo 38, comma 1, del d.lgs. n. 165 del 2001, nella parte in cui, contrariamente a quanto previsto per i cittadini appartenenti agli Stati membri UE, « non consente di estendere l'accesso ai posti di lavoro presso le amministrazioni pubbliche anche ai cittadini extracomunitari ».

Nel sollevare la questione, il Tribunale aveva fatto espresso riferimento all'indirizzo restrittivo della Corte di cassazione, espresso nell'indicata sentenza n. 24170 del 2006, in senso contrario alla sentenza n. 454 del 1998 della Corte costituzionale, ove è stato affermato il diritto degli stranieri extracomunitari regolari al godimento di tutti i diritti riconosciuti ai lavoratori italiani.

Erano state anche richiamate, ma solo dalle parti costituite, la Convenzione OIL n. 143 del 1975 sui lavoratori migranti e l'art. 15 della Carta fondamentale dell'Unione europea.

Con la suddetta ordinanza il Giudice delle leggi ha dichiarato la questione manifestamente inammissibile per mancata sperimentazione da parte del remittente di una (pur doverosa) interpretazione della norma impugnata in senso conforme a Costituzione, sottolineando, in motivazione, come il mero richiamo di una isolata sentenza della Corte di cassazione non possa rappresentare un ostacolo ad effettuare una simile interpretazione, che il remittente mostra di preferire.

La suddetta decisione, molto significativa, non ha però avuto grande risalto, forse perché adottata nella forma dell'ordinanza.

Rimane il fatto che, dopo di essa, quello che fino a quel momento sembrava un nodo difficilmente districabile pareva essersi sciolto, attraverso un – sia pur implicito – richiamo al *decisum* e al *modus decidendi* della sentenza n. 454 del 1998 cit., nella quale è stata dichiarata la non fondatezza, nei sensi di cui in motivazione, della questione di legittimità costituzionale della normativa che non prevedeva espressamente il diritto dei lavoratori extracomunitari invalidi civili di ottenere l'iscrizione nell'elenco degli invalidi civili disoccupati aspiranti al collocamento obbligatorio a norma della legge 2 aprile 1968, n. 482 (Disciplina generale delle assunzioni obbligatorie presso le pubbliche amministrazioni e le aziende private).

In tale sentenza la Corte era pervenuta alla conclusione della insussistenza della lacuna normativa denunciata dal remittente, « potendosi dalle disposizioni legislative in vigore trarre la conclusione, costituzionalmente corretta, della spettanza ai lavoratori extracomunitari, aventi titolo per accedere al lavoro subordinato stabile in Italia in condizioni di parità con i cittadini, e che ne abbiano i requisiti, del diritto ad iscriversi negli elenchi di cui all'art. 19 della legge n. 482 del 1968 ai fini dell'assunzione obbligatoria ».

Infatti, nell'ambito della nostra legislazione in materia « non solo [...] lo straniero regolarmente soggiornante gode in linea di principio dei “diritti in materia civile attribuiti al cittadino italiano” (art. 2, comma 2, del testo unico n. 286 del 1998), ma gli stranieri titolari di carta di soggiorno o di permesso di soggiorno di durata non inferiore ad un anno “sono equiparati ai

cittadini italiani ai fini della fruizione delle provvidenze e delle prestazioni, anche economiche, di assistenza sociale, incluse quelle previste”, fra l’altro, “per gli invalidi civili” (art. 41 del testo unico n. 286 del 1998), e, più in generale, gli stranieri aventi stabile dimora nel territorio nazionale sono tra i soggetti cui si applica la legge contenente i principi dell’ordinamento in materia di diritti e assistenza delle persone handicappate (art. 3, comma 4, della legge 5 febbraio 1992, n. 104)».

Nel frattempo, sia pure nell’ambito di un regolamento di giurisdizione, Cass., SU 30 marzo 2011, n. 7186 cit. ha ritenuto « devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario l’azione promossa contro la decisione dell’Amministrazione datrice di lavoro di escludere dalle procedure di stabilizzazione, previste dalla legge finanziaria del 2007, alcuni lavoratori extracomunitari perché privi della cittadinanza italiana, dovendosi ritenere che le questioni relative a dette procedure riguardino solo la fase successiva all’esercizio dell’azione antidiscriminatoria, restando esclusa ogni asserita violazione del principio del giudice naturale ».

Va anche tenuto presente che la suddetta evoluzione della giurisprudenza nazionale si è verificata nel medesimo periodo in cui la Commissione europea ha instaurato nei confronti nel nostro Paese i procedimenti preliminari di infrazione EU Pilot 1769/11/JUST e 2368/11/HOME sull’assunto secondo cui la prassi generalizzata di esclusione dai concorsi pubblici dei cittadini di Paesi terzi familiari di cittadini UE, dei rifugiati e dei titolari di protezione sussidiaria e dei lungo soggiornanti, risultava in contrasto rispettivamente con le direttive europee 2004/38, 2004/83 e 2003/109.

Il nostro Governo, al fine di evitare una vera e propria procedura di infrazione, con l’art. 7 della legge 6 agosto 2013, n. 97 (Legge europea 2013, in vigore dal 4 settembre 2013) ha stabilito che:

“1. All’articolo 38, comma 1, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) al comma 1, dopo le parole: «Unione europea» sono inserite le seguenti: «e i loro familiari non aventi la cittadinanza di uno Stato membro che siano titolari del diritto di soggiorno o del diritto di soggiorno permanente»;

b) dopo il comma 3 sono aggiunti i seguenti:

«3-bis. Le disposizioni di cui ai commi 1, 2 e 3 si applicano ai cittadini di Paesi terzi che siano titolari del permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo o che siano titolari dello status di rifugiato ovvero dello status di protezione sussidiaria.

3-ter. Sono fatte salve, in ogni caso, le disposizioni di cui all’articolo 1 del decreto del Presidente della Repubblica 26 luglio 1976, n. 752, in materia di conoscenza della lingua italiana e di quella tedesca per le assunzioni al pubblico impiego nella provincia autonoma di Bolzano».

2. All’articolo 25, comma 2, del decreto legislativo 19 novembre 2007, n. 251, dopo la parola: «rifugiato» sono inserite le seguenti: «e dello status di protezione sussidiaria»”.

Peraltro, ancorché la nuova normativa sia stata espressamente diretta ad adeguare la disciplina interna sul lavoro alle dipendenze delle Pubbliche amministrazioni e sull'accesso ai concorsi e alle selezioni pubbliche agli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione europea, tuttavia essa non ha risolto tutte le questioni, salvo restando che il trattamento riservato ai rifugiati, nel silenzio della legge, si deve considerare da estendere anche agli apolidi, cui sono riconosciuti gli stessi diritti dei rifugiati.

A parte questa lacuna colmabile, va rilevato che la normativa di settore non è stata riformata con riferimento ad altre due categorie di cittadini di Paesi terzi non membri UE ai quali ugualmente dovrebbe essere riconosciuto il diritto di accedere al lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni in base alla legislazione europea, ovvero: 1) ai titolari di Carta Blu UE di cui alla direttiva 2009/50, attuata in Italia con il d.lgs. n. 108/2012 (art. 12, comma 3, direttiva 2009/50); 2) ai titolari di permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo rilasciato da altro Stato membro e che hanno acquisito il diritto di soggiorno in Italia per motivi di lavoro (art. 21 direttiva n. 109/2003).

In tutto questo travaglio, la controversa questione di fondo – riguardante l'accesso al lavoro pubblico dei cittadini extra-UE – che pur cominciava ad assestarsi nel senso suddetto è stata inaspettatamente “riaperta” dalla Corte di cassazione, con la recente sentenza 2 settembre 2014, n. 18523²⁹, nella quale, ricalcando l'impostazione di Cass. 13 novembre 2006, n. 24170 – incentrata sulla natura pubblica del soggetto datore di lavoro – la Corte ha affermato il principio secondo cui: “è legittimo il bando di concorso pubblico per l'assunzione di lavoratori disabili che riservi la partecipazione ai soli cittadini italiani e comunitari, in quanto applicativo del coordinato disposto della norma dell'art. 38 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 (come modificata dall'art. 7, comma 1, lett. a) della legge 6 agosto 2013, n. 97) con le previsioni di cui all'art. 70, comma 13, del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, e di cui all'art. 2 del d.P.R. 9 maggio 1994, n. 487, le quali complessivamente limitano l'accesso ai pubblici impieghi ai cittadini italiani, ai cittadini degli Stati membri dell'Unione europea – fatte salve le eccezioni di cui al d.P.C.m. 7 febbraio 1994, n. 174 – nonché alle categorie di cittadini extracomunitari espressamente indicate nell'art. 3 bis della legge n. 97 del 2013. Né l'esclusione degli altri stranieri non comunitari dall'accesso al lavoro pubblico si pone in contrasto con i principi espressi dalla normativa sovranazionale, da quella costituzionale, dal T.U. delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero o dalla disciplina antidiscriminatoria dettata dal d.lgs. 9 luglio 2003, n. 215, in considerazione della particolarità e delicatezza della funzione svolta alle dipendenze dello Stato”.

Vedremo, pertanto, quali saranno gli effetti di tale ultima sentenza, emanata, peraltro, quasi contemporaneamente con la nota ordinanza 1 ottobre 2014, n. 20661 con la quale le Sezioni Unite della Corte di cassazione hanno sollevato questione di legittimità costituzionale, in riferimento agli artt. 2, 3 e 76 Cost., dell'art. 3, comma 1, del d.lgs. 5 aprile 2002, n. 77, nella parte in cui, prevedendo il requisito della cittadinanza italiana, esclude i cittadini stranieri regolarmente soggiornanti nello Stato italiano dalla possibilità di essere ammessi a prestare il servizio civile

²⁹ Per un commento fortemente critico della sentenza vedi: A. TERZI, Cittadini stranieri ed accesso ai pubblici impieghi: una questione ormai risolta? in www.questionegiustizia.it – 10 febbraio 2015.

nazionale, così precludendo loro, con misura non proporzionata, né ragionevole, il pieno sviluppo della personalità nella comunità di accoglienza.

6.- Applicabilità al lavoro pubblico della c.d. direttiva appalti. Il caso ATA

Abbiamo detto che vi sono delle situazioni in cui i rapporti fra le Corti supreme nazionali e quelle centrali europee danno luogo a notevoli “criticità”.

In materia di lavoro pubblico, il famoso “caso ATA”, si può considerare “emblematico” per avere un’idea delle difficoltà di dialogo che possono verificarsi nei rapporti tra la giurisprudenza delle Corti supreme nazionali – Corte costituzionale e Corte di cassazione – e quella della Corte di giustizia UE e della Corte di Strasburgo, nonché, sia pure indirettamente, nei rapporti reciproci tra queste due Corti europee³⁰.

Per una migliore comprensione della questione sottoposta all’attenzione della Corte di Strasburgo è opportuno ricordare che per “caso ATA” si intende quello del personale non docente della scuola – indicato con l’acronimo ATA (amministrativo, tecnico ed ausiliario) – che a decorrere dal 1° gennaio 2000 è stato trasferito dai ruoli degli enti locali ai ruoli del personale dello Stato-Comparto Scuola.

Si tratta di una vicenda che, proprio per le anzidette caratteristiche, è molto nota non solo ai lavoratori, ma anche agli studiosi di diritto costituzionale ed europeo.

La questione controversa – in varie fasi, sotto diversi profili e davanti a Giudici diversi, nazionali, sovranazionali e internazionali (Corte EDU) – è stata, ed è, quella dei criteri di computo dell’anzianità maturata nel Comparto enti locali dopo il trasferimento nei ruoli del personale dello Stato-Comparto Scuola, cioè, in estrema sintesi: una questione di differenze di trattamento retributivo (per semplificare), alimentata anche dall’emanazione di una norma retroattiva.

La soluzione di tale questione ha dato vita ad un ingente contenzioso – tuttora in corso, almeno in parte – in quanto quasi tutti gli interessati hanno dedotto in sede giudiziaria l’erroneità dei criteri di calcolo applicati dalla PA.

Per avere un’idea dell’impatto giudiziario ed economico della vicenda è da considerare che, secondo le stime dei sindacati di categoria degli interessati, questi ammontano a circa 80.000-90.000 dipendenti e l’eventuale accoglimento completo delle loro richieste potrebbe comportare una spesa di circa 600 milioni di euro, che presumibilmente andrebbe a gravare sul bilancio del MIUR.

Già da questi dati si comprende l’importanza “fattuale” della vicenda, che ha avuto un peculiare rilievo giuridico e, soprattutto, un complesso percorso giudiziario.

Non è certo questa la sede in cui soffermarsi sulle diverse fasi di tale percorso, però, proprio per il valore “emblematico” di cui si è detto, è opportuno avere presente che tale cammino, dopo

³⁰ Per un eventuale approfondimento mi permetto di rinviare a L. TRIA, *Il caso del personale ATA: groviglio delle decisioni delle Corti supreme, ma illuminante esempio per l’adozione di una corretta tecnica di redazione delle ordinanze di rinvio pregiudiziale* in www.europeanrights.eu.

aver coinvolto Giudici del merito, Corte di cassazione, Corte costituzionale, Corte di Strasburgo e Corte di Lussemburgo, dal maggio del 1999, quando ha avuto inizio, non si è ancora concluso.

Infatti, ciò che è importante rilevare è come tutto questo insieme di interventi di Giudici diversi, che ha comportato l'intrecciarsi e il succedersi di molteplici decisioni – non del tutto armoniche tra loro – non abbia ancora consentito di chiudere una storia che, forse, non doveva mai cominciare.

Basti pensare che, fin dagli esordi della vicenda, un Accordo stipulato tra l'ARAN e i rappresentanti delle organizzazioni sindacali, forniva della normativa legislativa da applicare una interpretazione sostanzialmente contraria alle pretese azionate in giudizio dai dipendenti, ponendo l'accento sul vantaggio comunque per loro esistente nel passare dal Comparto di contrattazione collettiva Regioni-Autonomie locali al Comparto Scuola del personale statale.

Inoltre, l'analisi del caso ATA ci porta anche a mettere a fuoco alcuni punti critici – del nostro ordinamento giuridico e anche del sistema giuridico europeo c.d. multilivello – che, se isolatamente considerati non determinano particolari problemi, tuttavia, laddove vengono a sommarsi, sono forieri di molte difficoltà, di carattere non solo giuridico o giudiziario ma anche economico, aspetto quest'ultimo che non può essere trascurato specialmente in un momento di crisi epocale come quello che l'Italia e l'Europa stanno vivendo, ormai da molti anni.

Tra tali “punti caldi”, per quanto riguarda la realtà nazionale, spicca la necessità di ridurre drasticamente il numero eccessivo di norme retroattive che, nel nostro ordinamento, sono presenti specialmente nei settori che coinvolgono diritti sociali – quali il lavoro e la previdenza sociale – e che, invece, di regola, non hanno “cittadinanza europea”, come si desume specialmente dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, ma anche da quella della Corte di Lussemburgo.

D'altra parte, il caso ATA dimostra come sia difficile per tutti i Giudici – di ogni ordine e grado, nazionali e non nazionali – chiamati ad affrontare questioni afferenti, anche indirettamente, la tutela di diritti fondamentali pervenire a soluzioni realmente rispondenti all'“equo bilanciamento” tra principi e tra gli stessi diritti fondamentali, che è connaturato a tale tipo di questioni, come autorevolmente sostenuto, fra gli altri, da Luigi Mengoni, alla fine del suo mandato di Giudice costituzionale³¹.

E tale bilanciamento deve essere effettuato con la piena cognizione della fattispecie da esaminare in tutti i suoi elementi – ivi comprese le ricadute economiche, rapportate al momento storico in cui viene emessa la decisione – il che certamente non significa che la risposta alla relativa domanda di giustizia debba essere asservita alle logiche di mercato e data con il “metro delle compatibilità economiche”, significa soltanto che si deve trattare di una risposta consapevole dell'essenza dei regimi democratici, rappresentata dal fatto che il benessere di ciascuno è la misura del benessere dell'intero corpo sociale di appartenenza³².

³¹ L. MENGONI, *Il diritto costituzionale come diritto per principi* in *Ars interpretandi* 1996, 95

³² Sul punto vedi: G. VETTORI, *I principi comuni del diritto europeo dalla CEDU al Trattato di Lisbona* in www.europeanrights.eu nonché G. RAIMONDI, *L'esperienza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, intervento alla

Nella vicenda del personale ATA, ad esempio, le due Corti europee – con le rispettive sentenze diverse ma armoniche, emanate nel pieno della crisi economico-finanziaria che ha colpito il nostro Paese come tutti gli altri Paesi europei – hanno, di fatto, prodotto il perpetuarsi nel tempo di una vicenda nella quale non erano – e non sono – in gioco diritti fondamentali primari, intervenendo entrambe, sia pure in virtù delle differenti normative di riferimento loro proprie e quindi con un *modus operandi* diverso.

Ciò dimostra, quindi, con grande evidenza, come sia necessario delineare con chiarezza i rapporti tra le decisioni della Corte di Strasburgo e quelle della Corte di Lussemburgo in materia di diritti fondamentali e sociali, specialmente da quando, a seguito della adozione del Trattato di Lisbona, nel comma 1 dell'art. 6 del TUE, sono stati riconosciuti i diritti, le libertà e i principi sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali UE, alla quale si è stato attribuito “lo stesso valore giuridico dei Trattati”. Ma dimostra anche come, in realtà, a parte quanto ricevuto come ristoro dalla Corte di Strasburgo, nei fatti il diritto azionato non abbia avuto riconoscimento, mentre, in compenso, il caso è tuttora “aperto”.

Dopo questa lunga premessa ci si limita a sottolineare che, nell'annosa vicenda del personale ATA, l'elemento che ha dato luogo a maggiori problemi è stato l'emanazione di una norma retroattiva (art. 1, comma 218, della legge 23 dicembre 2005, n. 266 - finanziaria 2006) che ha determinato il trattamento economico complessivo da attribuire agli interessati facendo riferimento a quello in godimento all'atto del trasferimento, con una riduzione del computo dell'anzianità di servizio.

La Corte costituzionale, chiamata una prima volta a valutare tale disposizione, con la sentenza n. 234 del 2007, ritenne che sin trattasse di una norma che era genuina espressione della funzione di interpretazione autentica e che, quindi, come tale, essa non era lesiva dei principi costituzionali di ragionevolezza, di tutela del legittimo affidamento e di certezza delle situazioni giuridiche, giacché si limitava ad assegnare alla disposizione interpretata un significato riconoscibile come una delle possibili letture del testo originario.

Successivamente, la Corte costituzionale è stata nuovamente investita del vaglio di compatibilità della suddetta disposizione con la Costituzione, questa volta con riferimento all'art. 117, primo comma, Cost. e, per suo tramite, all'art. 6, par. 1, della CEDU.

Con la nota e articolata sentenza n. 311 del 2009 i Giudici delle leggi hanno dichiarato non fondata anche questa nuova questione, sinteticamente afferente il profilo dell'ingerenza legislativa in controversie giudiziarie in corso.

Nel frattempo, alcuni degli interessati, benché intanto la Corte di cassazione si fosse uniformata a tale ultima sentenza della Corte costituzionale n. 311 del 2009 (vedi, per tutte: Cass. 9 novembre 2010, n. 22751), hanno portato le loro istanze, rispettivamente, dinanzi alle Corti di Strasburgo e di Lussemburgo, ovviamente attraverso percorsi diversi.

tavola rotonda, *Diritti fondamentali e libertà economiche: principi europei e tradizioni giuridiche nazionali*, Perugia, 25 e 26 marzo 2011, ove viene posto l'accento sul diverso approccio, rispettivamente della Corte di Strasburgo e di quella di Lussemburgo, alla tecnica della proporzionalità e del bilanciamento applicate da entrambe.

La prima tra le due Corti europee a pronunciarsi è stata la Corte di Strasburgo, con la famosa sentenza 7 giugno 2011, Agrati c. Italia, nella quale, con succinta motivazione, ha ritenuto fondati i ricorsi per entrambi i profili di censura prospettati (art. 6, paragrafo 1, della Convenzione e art. 1 del Protocollo n. 1)³³.

In particolare, con riferimento all'art. 6, la Corte ha ribadito il proprio consolidato indirizzo secondo cui: “se, in linea di principio, nulla vieta al potere legislativo di regolamentare in materia civile, con nuove disposizioni dalla portata retroattiva, diritti risultanti da leggi in vigore, il principio della preminenza del diritto e il concetto di processo equo sanciti dall'articolo 6 ostano, salvo che per imperative ragioni di interesse generale, all'ingerenza del potere legislativo nell'amministrazione della giustizia al fine di influenzare l'esito giudiziario di una controversia” (sentenze Raffinerie greche Stran e Stratis Andreadis c. Grecia 9 dicembre 1994; Zielinski e Pradal & Gonzalez c. Francia, Grande Camera 28 ottobre 1999).

La Corte ha rammentato inoltre che “l'esigenza della parità delle armi implica l'obbligo di offrire a ciascuna parte una ragionevole possibilità di presentare la propria causa senza trovarsi in una situazione di netto svantaggio rispetto alla controparte (si vedano in particolare le sentenze Dombo Beheer B.V. c. Paesi Bassi del 27 ottobre 1993; Raffinerie greche Stran e Stratis Andreadis)”.

Con riferimento all'art.1 del Protocollo n. 1, la Corte – dopo aver dichiarato di nutrire “dubbi sul fatto che l'ingerenza nel rispetto dei beni dei ricorrenti servisse una «causa di pubblica utilità»” – ha ricordato che, comunque, “l'ingerenza nel diritto al rispetto dei beni deve garantire un giusto equilibrio tra le esigenze dell'interesse generale della comunità e gli imperativi della salvaguardia dei diritti fondamentali dell'individuo (si veda, tra altre, Sporrang e Lönnroth c. Svezia, 23 settembre 1982) e che deve esistere un ragionevole rapporto di proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo perseguito da qualsiasi misura privativa della proprietà (Pressos Compania Naviera S.A. ed altri c. Belgio, 3 dicembre 1999).

La Corte ha sottolineato che, nel caso di specie, l'intervento legislativo controverso ha impedito definitivamente ai ricorrenti di vedersi riconoscere l'anzianità maturata presso gli enti locali almeno fino all'adozione dell'articolo 1 della legge finanziaria 2006. Ad avviso della Corte, l'adozione dell'articolo 1 della legge finanziaria 2006 ha gravato i ricorrenti di un «onere anomalo ed esorbitante» e l'attacco portato ai loro beni è stato sproporzionato e tale da rompere il giusto equilibrio tra le esigenze dell'interesse generale e la salvaguardia dei diritti fondamentali degli individui (si veda, *mutatis mutandis*, Lecarpentier ed altro c. Francia 14 febbraio 2006).

Va, infine, precisato che la Corte, con riferimento alla fattispecie al suo esame, non ha dato alcun valore alla precedente sentenza n. 311 del 2009 della Corte costituzionale – cui aveva fatto espresso riferimento il nostro Governo, nelle sue difese – ed ha proceduto, in piena autonomia, a valutare – e, nella specie, ad escludere – la sussistenza di “motivi imperativi di interesse generale” che potessero rendere la norma compatibile con l'art. 6 della Convenzione.

³³ Tra i numerosi commenti, vedi: G. BRONZINI, *Le Corti europee rimettono in gioco i diritti del personale Ata*, in *Riv. giur. lav. prev. soc.* 2011, 491 e ss.

Poco dopo la sentenza Agrati, la Corte di giustizia UE, con sentenza della Grande Sezione del 6 settembre 2011, nel caso Scattolon contro MIUR (C-108/10), ha affermato il contrasto del “pregiudizio retributivo” subito dal personale scolastico ATA transitato dagli enti locali allo Stato con la normativa in materia di trasferimento di azienda e tutela dei lavoratori, di cui alla direttiva 77/187/CEE, modificata dalla direttiva 98/50/CE e successivamente abrogata dalla direttiva 2001/23/CE del 12 marzo 2001, che ne ha ripreso i contenuti.

A tale risultato la CGUE è pervenuta sul principale presupposto dell'applicabilità, nella specie, della direttiva n. 77/187/CEE, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di stabilimenti, *ratione temporis* nella sua versione originaria (anteriore alla 2001/23/CE, avente il medesimo oggetto e sostitutiva della precedente).

A tale ultimo riguardo, la CGUE ha affermato che, nella specie:

1) si poteva ritenere esistente una “impresa”, visto che la nozione di «impresa», ai sensi dell'art.1, n. 1, della direttiva 77/187, comprende qualsiasi entità economica organizzata stabilmente, a prescindere dallo status giuridico e dalle modalità di finanziamento della medesima, sicché costituisce un'entità siffatta qualsiasi complesso di persone ed elementi che consenta lo svolgimento di un'attività economica che persegua un proprio obiettivo e che sia sufficientemente strutturata e autonoma (sentenze 10 dicembre 1998, cause riunite C 127/96, causa C 229/96 e C 74/97, Hernández Vidal e a., punti 26 e 27; 26 settembre 2000, causa C 175/99, Mayeur, punto 32, nonché Abler e a., cit., punto 30; vedi, altresì, relativamente all'art. 1, n. 1, della direttiva 2001/23, sentenze 13 settembre 2007, causa C 458/05, Jouini e a, punto 31, nonché 29 luglio 2010, causa C 151/09, UGT FSP, punto 26);

2) benché siano escluse, in linea di principio, dalla qualificazione di attività economica, presente nella suddetta definizione di impresa, le attività che si ricollegano all'esercizio delle prerogative dei pubblici poteri (vedi, in particolare, sentenza 1° luglio 2008, causa C-49/07, MOTOE, punto 24 e giurisprudenza ivi citata, nonché, per quanto riguarda la direttiva 77/187, sentenza 15 ottobre 1996, causa C-298/94, Henke, punto 17) – perché per attività economica si intende una qualsiasi attività consistente nell'offerta di beni o servizi su un determinato mercato (sentenze 25 ottobre 2001, causa C-475/99, Ambulanz Glöckner, punto 19; 24 ottobre 2002, causa C-82/01 P, Aéroports de Paris/Commissione, punto 79, nonché 10 gennaio 2006, causa C-222/04, Cassa di Risparmio di Firenze e a., punto 108) – tuttavia nella specie è stata ravvisata l'esistenza di una simile attività;

3) infatti, è stato ricordato che la Corte ha qualificato come attività economiche servizi che, senza essere ricollegati all'esercizio delle prerogative dei pubblici poteri, sono garantiti nell'interesse pubblico e senza fini di lucro e si trovano in concorrenza con quelli offerti da operatori che agiscono con fini di lucro (vedi, in proposito, sentenze 23 aprile 1991, causa C-41/90, Höfner e Elser, punto 22; Aéroports de Paris/Commissione, cit., punto 82, nonché Cassa di Risparmio di Firenze e a., cit., punti 122 e 123);

4) in particolare, dall'art. 8 della legge n. 124 del 1999, è stato desunto che il gruppo di lavoratori oggetto di riassunzione da parte dello Stato era costituito dal personale ATA degli enti locali occupato presso le scuole pubbliche, personale che svolgeva attività consistenti nel garantire i servizi ausiliari – di pulizia e manutenzione dei locali, nonché “compiti di assistenza amministrativa” – necessari alle scuole per perseguire, in condizioni ottimali, i loro compiti di insegnamento.

Questi elementi, unitamente alla considerazione del fatto che i suddetti servizi, oltre a non essere collegati con l'esercizio di prerogative dei pubblici poteri, “sono affidati, in determinati casi, ad operatori economici privati mediante subappalto”, hanno portato la CGUE ad affermare che, con evidenza: “le attività svolte dai lavoratori sottoposti al trasferimento di cui trattasi nella causa principale hanno carattere economico ai sensi della citata giurisprudenza e perseguono un proprio obiettivo, che consiste nell'inquadramento tecnico e amministrativo delle scuole”, Aggiungendo che: “del resto, è pacifico che il personale ATA è stato concepito come un complesso strutturato di lavoratori dipendenti”.

Sulla principale base di tale ultima osservazione la CGUE ha poi ritenuto che ricorresse una “impresa”, basata essenzialmente sulla manodopera e che, infine, benché si fosse in presenza di una «riorganizzazione amministrativa di enti pubblici» e di un «trasferimento di funzioni amministrative tra pubbliche amministrazioni» – ipotesi che, prima la CGUE, e poi l'art. 1, n.1, della direttiva 77/187, nella versione modificata con la direttiva 98/50 e, infine, l'art. 1, n.1, della direttiva 2001/23, hanno escluso dall'applicabilità della direttiva 77/187 e successive modifiche – tuttavia, come affermato dalla stessa CGUE nella sentenza 14 settembre 2000, Collino e Chiappero, C-343/98 e come ricordato dall'avvocato generale nelle sue conclusioni, la portata di queste espressioni deve essere limitata alle ipotesi in cui il trasferimento riguarda attività rientranti nell'esercizio di pubblici poteri.

In seguito alle due suddette sentenze della Corte EDU e della CGUE, la Corte di cassazione ha nuovamente esaminato la vicenda nelle sentenze “gemelle” Cass. 12 ottobre 2011, n. 20980 e Cass. 14 ottobre 2011, n. 21282, nelle quali è stato affermato il principio secondo cui «in tema di personale degli enti locali trasferito nel ruolo del personale ATA (amministrativo, tecnico, ausiliario) dello Stato ai sensi dell'art. 8, comma 2, legge n. 124 del 1999 (autenticamente interpretato dall'art. 1, comma 218, legge n. 266 del 2005), il legislatore – come precisato dalla Corte di giustizia dell'Unione Europea con la sentenza 6 settembre 2011 (procedimento C-108-10) – è tenuto ad attenersi allo scopo della direttiva 77/187/CEE consistente “nell'impedire che i lavoratori coinvolti in un trasferimento siano collocati in una posizione meno favorevole per il solo fatto del trasferimento”.

In base a tale orientamento in tutti i giudizi riguardanti la vicenda pendenti presso la Corte di cassazione è stata disposta la cassazione con rinvio alle diverse Corti d'appello competenti.

Pertanto, allo stato, la vicenda, in ambito nazionale, non si è ancora chiusa, anche se, nella maggior parte dei casi, le Corti d'appello non hanno accolto le domande dei lavoratori.

Peraltro, la questione non si è chiusa neppure davanti alla Corte di Strasburgo, che, con riguardo ad altri gruppi di ricorrenti ATA, ha confermato la decisione presa nel caso Agrati con le sentenze De Rosa e altri c. Italia dell'11 dicembre 2012; Montaldo e altri c. Italia 14 gennaio 2014; Biasucci c. Italia del 25 marzo 2014; Marino e Colacione c. Italia nonché Bordoni e altri c. Italia entrambe del 13 maggio 2014; Caligiuri e altri c. Italia 9 settembre 2014 etc.

Insomma, “tanto rumore per nulla” o quasi, per i dipendenti, ma, al contempo, tante risorse umane e materiali impiegate, molto tempo trascorso quasi inutilmente.

E soprattutto una ulteriore dimostrazione della complicatezza del nostro ordinamento – e, quindi, della inaffidabilità del nostro Paese – agli altri Stati UE, in molti dei quali una simile vicenda, se mai fosse nata, si sarebbe risolta in sede sindacale.

E, in effetti, questo avrebbe potuto – e dovuto – accadere anche nel nostro Stato che, da sempre, è membro dell'OIL, ove, come si è detto, si punta molto sulla diffusione di un modello di relazioni industriali che consenta di considerare residuale la via giudiziaria per la soluzione delle vertenze in materia di lavoro.

7.- L'abuso dei contratti a termine nell'ambito del lavoro pubblico. Rinvio.

Sulla questione dell'abuso dei contratti a termine mi limito ad alcune brevi notazioni, non riguardanti il settore della scuola, visto che il tema sarà affrontato nelle relazioni successive.

Poiché, però, da più parti, si parla di un “contrasto” verificatosi nella giurisprudenza della Corte di cassazione tra la sentenza 23 dicembre 2014, n. 27363 e la sentenza 30 dicembre 2014, n. 27481 e si fa anche notare che le udienze in cui sono state discusse le cause decise con tali sentenze “opposte” sono anteriori alla sentenza della CGUE del 26 novembre 2014, Mascolo e a. (cause riunite C-22/13, da C-61/13 a C-63/13 e C-418/13), vorrei limitarmi a chiarire che:

a) la citata sentenza n. 27363 del 2014 ha esaminato una vicenda riguardante una infermiera professionale che, dopo tre contratti a termine della durata di pochi mesi, è stata assunta a tempo indeterminato a seguito di concorso e che ha chiesto, in giudizio, il risarcimento del danno, ma la sua domanda è stata rigettata sia in primo grado sia in appello e anche il ricorso per cassazione è stato respinto, essendosi, fra l'altro affermata l'insussistenza della illegittimità dei contratti a termine de quibus, “neppure sotto il profilo dell'abuso, trattandosi di soli tre contratti a tempo determinato della durata di pochi mesi, così come in sostanza ritenuto dalla Corte di merito”;

b) questo e non altro è il contenuto decisorio della pronuncia, sicché non ne fa parte – e non può dare luogo ad alcun “contrasto” – il semplice richiamo alle decisioni della CGUE in materia di abuso dei contratti a termine, visto che di tale ipotesi la Corte di cassazione ha escluso espressamente la ricorrenza nella specie;

c) il caso esaminato dalla sentenza n. 27481 del 2014 – e così come quelli esaminati dalle sentenze 22 gennaio 2015, n. 1181; 23 gennaio 2015, n. 1260 e 1261; 26 gennaio 2015, n. 1334; 4 febbraio 2015 n. 2024, n. 2025 e n. 2026; 11 febbraio 2015, n. 2685 – sono del tutto diversi da quello esaminato nella precedente sentenza citata, riguardando tutti situazioni di lavoratrici che, per

lunghe periodi di tempo, hanno lavorato per la Regione autonoma Valle d'Aosta, con mansioni corrispondenti ai due diversi profili di operatore di sostegno presso le scuole oppure di assistente alle manifestazioni, senza essere mai state assunte a tempo indeterminato per effetto del superamento di un pubblico concorso;

d) in tutte le anzidette cause la Corte d'appello di Torino aveva affermato la indubbia illegittimità dei contratti a termine in oggetto e quindi la ricorrenza della fattispecie dell'abuso, ma respinto sia la domanda volta ad ottenere la stabilizzazione sia quella risarcitoria;

e) a tale ultimo proposito, la Corte torinese, aveva richiamato l'indirizzo della giurisprudenza di legittimità in base al quale le lavoratrici avrebbero dovuto fornire deduzioni o allegazioni in merito al danno patito, con riguardo ad occasioni di lavoro alternative non coltivate a causa della prestazione di lavoro con la PA e/o a spese sostenute in previsione della stabilizzazione del rapporto, mentre, nella specie, le ricorrenti si erano limitate a fare riferimento alle retribuzioni che sarebbero maturate in virtù della conversione del rapporto in rapporto a tempo indeterminato;

f) la Corte di cassazione, ha, in primo luogo, preso atto della sopravvenuta ordinanza 12 dicembre 2013, C-50/13, Papalia, (riguardante una domanda di pronuncia pregiudiziale, presentata dal Tribunale di Aosta nell'ambito di una controversia tra Rocco Papalia e il Comune di Aosta), che come è noto, ha, nella sostanza, ritenuto incompatibile con la normativa comunitaria proprio il suddetto orientamento della giurisprudenza di legittimità, in base al quale, in caso di ricorso abusivo ai contratti a termine da parte della PA, il diritto al risarcimento del danno era subordinato all'obbligo, gravante sul lavoratore, "di fornire la prova di aver dovuto rinunciare a migliori opportunità di impiego", avendo la CGUE sottolineato che detto obbligo può avere "come effetto di rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio, da parte del citato lavoratore, dei diritti conferiti dall'ordinamento dell'Unione";

g) su queste premesse, la Corte di cassazione – con un Collegio di cui facevano parte anche due componenti del Collegio che aveva emanato la sentenza n. 27363 del 2014, compreso il relatore di tale ultima sentenza – ha cassato con rinvio, facendo riferimento, per la prima volta, alla nozione di "danno comunitario" e, in particolare, affermando il seguente principio di diritto:

"in base al generale canone ermeneutico dell'obbligo degli Stati UE della interpretazione del diritto nazionale conforme al diritto comunitario, come interpretato dalla CGUE, per effetto dell'ordinanza della Corte di giustizia UE in data 12 dicembre 2013, Papalia, C- 50/13 – fermo restando che la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori, da parte delle pubbliche amministrazioni, non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le medesime pubbliche amministrazioni, salva l'applicazione di ogni responsabilità e sanzione – il D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 36, comma 5, nella parte in cui prevede 'il lavoratore interessato ha diritto al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative', deve essere interpretato – con riferimento a fattispecie diverse da quelle del precariato scolastico – nel senso che la nozione di danno applicabile nella specie deve essere quella di 'danno comunitario', il cui risarcimento, in conformità con i canoni di adeguatezza, effettività, proporzionalità e dissuasività rispetto al ricorso abusivo alla stipulazione da parte della PA di contratti a termine, è configurabile come una sorta di sanzione ex

lege a carico del datore di lavoro. Per liquidazione del suddetto danno da perdita del lavoro è utilizzabile come criterio tendenziale, quello indicato dalla L. 15 luglio 1966, n. 604, art. 8 apparendo, invece, improprio, il ricorso in via analogica sia al sistema indennitario onnicomprensivo previsto dalla L. n. 183 del 2010, art. 32 sia al criterio previsto dall'art. 18 St.lav., trattandosi di criteri che, per motivi diversi, non hanno alcuna attinenza con l'indicata fattispecie".

Non spetta a me analizzare questo secondo gruppo di sentenze, ma vorrei solo sottolineare che non è ipotizzabile configurare alcuna "confusione sui diritti" né l'emanazione di «due sentenze "opposte" della Corte di legittimità che fanno pensare alla presenza di un "conflitto" interno della Cassazione e alla difficoltà nella eliminazione di retaggi del passato non conformi ai principi e alla nuova giurisprudenza comunitaria»³⁴. Come qualche commentatore ha sostenuto.

Le sentenze – tutte – si possono commentare, con la massima libertà, ma partendo dalla lettura del loro contenuto decisorio.

Se, invece, si danno messaggi sbagliati allora non si fa un buon servizio in favore di coloro che si dice di voler tutelare e questo genere di equivoci non solo toglie credibilità alle Istituzioni, ma può anche far nascere strane "illusioni" e determinare un ulteriore aumento del nostro "mastodontico" contenzioso, spesso "artificiale", come risulta dal notevolissimo numero di ricorsi dichiarati inammissibili e/o infondati dalla Corte di cassazione.

E tutto questo danneggia il Paese, nel suo complesso.

8.- Conclusioni

Per concludere, secondo la giurisprudenza costituzionale, in particolare successiva alle sentenze "gemelle" n. 348 e n. 349 del 2007, il giudice nazionale è chiamato a porsi l'obiettivo del raggiungimento della migliore tutela possibile dei diritti fondamentali della cui violazione è chiamato ad occuparsi, e questo lo porta, il più delle volte, a dovere effettuare il correlativo bilanciamento tra principi e diritti fondamentali rilevanti nella specie, sulla base dell'esame di normative di fonte diversa (interne, e/o UE, e/o CEDU, e/o Convenzioni internazionali, in particolare, ONU), da considerare nel loro complesso e nel fisiologico rapporto di integrazione.

In questa operazione sia la CEDU sia le norme UE vanno intese come interpretate dalle rispettive Corti europee centrali.

Ebbene, se molte volte ciò ha consentito – e consente – di pervenire a risultati realmente più garantisti e conformi al principio di razionalità-equità (art. 3 Cost.), non mancano casi i cui ciò non si verifica.

E, nel pubblico impiego, si tratta di casi particolarmente rilevanti, ove si consideri che nessuna delle due Corti europee centrali, a ben guardare, ha uno specifico titolo di competenza in materia, sicché, come è accaduto nel caso ATA, le relative decisioni non risultano conformi al canone della "prevedibilità" che è una colonna sia del sistema CEDU sia della UE.

³⁴ Vedi P. VOLPE, *Contratti a termine nella PA. Se la Cassazione fa "confusione" sui diritti* in www.quotidianosanita.it

Infatti, la Corte di Strasburgo considera tale canone, insieme con quello della accessibilità, come un requisito fondamentale dell'esercizio della funzione giurisdizionale, posto a presidio della certezza del diritto, anche con specifico riguardo alla propria giurisprudenza (vedi, per tutte: Goodwin c. Regno Unito, Grande Camera, 11 luglio 2002; Bayatyan c. Armenia, Grande Camera, 7 luglio 2011; Koch c. Germania, 19 luglio 2012 e la giurisprudenza citata in tali sentenze).

E pure secondo la consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia UE: a) il principio della tutela del legittimo affidamento costituisce il corollario del principio della certezza del diritto, che esige che le norme giuridiche siano chiare e precise e che è diretto a garantire la prevedibilità delle situazioni e dei rapporti giuridici rientranti nella sfera del diritto comunitario (sentenza 15 febbraio 1996, causa C-63/93, Duff e a., punto 20, per un caso di violazione del principio, sentenza, 28 aprile 1988, causa 120/86, Mulder, punto 26); le regole procedurali relative alla struttura dei mezzi di ricorso interni perseguono un interesse generale di buona amministrazione della giustizia e di prevedibilità delle decisioni (sentenze 12 febbraio 2015, Baczó e Vizsnyiczai, C-567/13; 5 dicembre 2013, Asociación de Consumidores Independientes de Castilla y León, C-413/12, punto 38).

Ne deriva che, pur non mettendosi in dubbio il ruolo determinante che hanno avuto le Corti europee centrali per una diffusione di standard di tutela più elevati dei diritti fondamentali, per una migliore comprensione e “metabolizzazione” delle relative decisioni è sempre opportuno avere presente, da un lato, la loro rispettiva modalità di giudizio – più vicina al common law che al civil law – e, d'altra parte, muovere da una profonda conoscenza del diritto e della giurisprudenza interni.

Infatti, se il nostro continente è considerato la “culla del diritto”, il nostro Paese se ne può considerare la prova più lampante.

Purtroppo siamo affogati da un mare di norme – pari a circa un decuplo di quelle degli altri Stati europei – e questo genera molti guasti, però sarebbe bene avere fiducia di potere, con il nostro impegno, modificare le cose piuttosto che attendere che sia sempre l'Europa a costringerci a mettervi mano.

Comunque dovremmo farlo senza distruggere le cose positive che abbiamo, a partire dal controllo accentratore di costituzionalità o dalla funzione di nomofilachia della Corte di cassazione, in quanto questi istituti – che molti degli altri Stati UE ignorano – sono finalizzati a garantire il principio di uguaglianza nell'esercizio della funzione giurisdizionale e sono stati concepiti ad uso e consumo di un ordinamento evoluto e democratico di civil law come il nostro.

Non dare il giusto peso a queste nostre positive peculiarità vuol dire non vivere nel giusto modo l'Unione con gli altri Stati e questo, in ultima analisi, significa, anziché farsi portatori della propria identità per migliorare la UE, esserne succubi.

Non è questo che si voleva al momento della nascita del “progetto europeo” e non è questo che si richiede oggi ad uno degli Stati fondatori della CECA, quale è il nostro, tanto più che, come molti illustri studiosi sostengono, è in giuoco lo Stato sociale democratico e per salvarlo tutti noi

dovremmo cercare di replicare quel “soprassalto di dignità” che ha consentito di rialzarci dopo le tristi vicende della dittatura e della guerra.

È, quindi, evidente che per cercare di uscire da una situazione così grave di ingiustizia e disagio sociale, è necessario, a mio avviso, un mutamento di comportamento, individuale e collettivo, di tutti i cittadini dei singoli Stati UE, specialmente di quelli dell’Europa mediterranea e, tra questi, specialmente dell’Italia.

Ma perché questo accada ed abbia gli effetti incisivi sperati bisogna crederci. E questo è un fatto di autostima, dei singoli e della nostra popolazione nel suo complesso, storicamente poco coesa, anche quando si tratta di tutelare l’interesse nazionale in sedi internazionali o comunitarie.

Da un recente studio è emerso che noi italiani primeggiamo nella scarsità di autostima³⁵.

Forse si dovrebbe partire da questo risultato, per iniziare una seria riflessione sulla nostra attuale situazione complessiva, non solo giuridica o giudiziaria.

Del resto, il diritto è una scienza sociale, quindi anche chi se ne occupa può contribuire in modo significativo alla evoluzione della società in cui opera.

Tanto più che, come efficacemente diceva Francesco Carnelutti: “chi sa soltanto il diritto non sa neppure il diritto”.

³⁵ Si tratta dell’ultima analisi, per il 2014, del *Reputation Institute* – società USA di *advisor* che, da una quindicina di anni, studia e vende agli investitori privati una specie di *rating* della onorabilità internazionale dei 55 Paesi del mondo con il PIL più alto, basandosi su questionari sottoposti ad un campione di 26 mila consumatori residenti nei Paesi del G8 – dalla quale è emerso che l’indice di autostima dell’Italia (cioè di gradimento da parte dei suoi cittadini) è del 50,6%, mentre l’indice di gradimento degli stranieri verso l’Italia è pari al 65,8%, sicché il nostro Paese si colloca all’ultimo posto per self confidente, con un indice negativo di -15,2% (pari alla differenza tra come gli stranieri ci vedono e come crediamo in noi stessi). Per comprendere le ricadute funeste di questo dato – anche nelle relazioni internazionali oltre che in economia – si può riflettere sul fatto che viceversa i Paesi che maggiormente si sopravvalutano sono la Russia (+35,6%), l’India (+30,4%), la Cina (+27,7%), la Corea del Sud (+17,5%) e che, tra i Paesi UE, quelli in cui l’indice di autostima è più alto sono il Regno Unito (+5,1%) e la Germania (+5%).