

indice

editoriale

- 237 MARCO ESPOSITO
Quel che resta del Covid

saggi

- 243 CARLO ZOLI
Il giustificato motivo oggettivo per ragioni organizzative nella recente giurisprudenza
- 269 MARIA TERESA SALIMBENI
Ammortizzatori sociali e crisi d'impresa: le opposte scelte di politica del diritto in alcune norme recenti
- 291 MICHELE FAIOLI
Il potere del sindacato senza potere. Terziario, contrattazione, rappresentatività
- 323 ANDREA GENTILE
D.lgs. 231/2001, sicurezza sul lavoro e responsabilità delle imprese: giurisprudenza recente ed emergenza Coronavirus
- 343 OSCAR GENOVESI
Sulle misure di contrasto alla povertà nell'ordinamento italiano

giurisprudenza

- 363 ARIANNA AVONDOLA
Se la sola diversa collocazione geografica del rapporto di lavoro giustifica un nuovo patto di prova
(Commento a Cassazione 9 marzo 2020 n. 6633)
- 375 PASQUALE MONDA
Covid-19 e riders: primi sussulti della giurisprudenza di merito
(Commento a Tribunale di Firenze 1° aprile 2020)

osservatorio

- 391 SILVIA BORELLI, MAURA RANIERI
Lavoro e criminalità organizzata di origine mafiosa
- 409 PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE
Diritti dei lavoratori, lavoratori migranti e associazioni sindacali nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo
- 437 SILVIA BORELLI
Company Package e diritto del lavoro

recensioni

- 451 LORENZO GAETA
Interposizione e subordinazione. Una recensione un po' tardiva
- 469 LORENZO ZOPPOLI
Silvana Sciarra e Gino Giugni: un libro e una recensione tempestivi
- 479 *Notizie sugli autori*
- 481 *Abbreviazioni*

table of contents

editorial

- 237 MARCO ESPOSITO
What's Left of Covid

articles

- 243 CARLO ZOLI
The Justified Objective Motivation for Dismissal for Organizational Reasons in Recent Case law
- 269 MARIA TERESA SALIMBENI
Social Safety Nets and Corporate Crisis: the Opposite Choices of Legal Policy in Some Recent Provisions
- 291 MICHELE FAIOLI
The Power of Trade Union without Power. Tertiary, Bargaining, Representativeness
- 323 ANDREA GENTILE
Legislative Decree 231/2001, Workplace Safety and Corporate Responsibility: Recent Case law and the Coronavirus Emergency
- 343 OSCAR GENOVESI
On the Measures to Combat Poverty in the Italian Legal Order

case law

- 363 ARIANNA AVONDOLA
If the Mere Different Geographical Location of the Employment Relationship Justifies a New Trial Agreement
(Comment to Cassazione's judgment 9 March 2020 n° 6633)

- 375 PASQUALE MONDA
Covid-19 and Delivery Workers: First Jolts of the Case law
(Comment to Florence Tribunal's judgment 1 April 2020)

observatory

- 391 SILVIA BORELLI, MAURA RANIERI
The Mafia Crime and Labour Law
- 409 PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE
*The Rights of Workers, Migrant Workers and Trade Union under the Euro-
pean Convention on Human Rights*
- 437 SILVIA BORELLI
Company Package and Labour Law

reviews

- 451 LORENZO GAETA
Interposition and Subordination. A Somewhat Late Review
- 469 LORENZO ZOPPOLI
Silvana Sciarra and Gino Giugni: a Timely Book and Review
- 479 *Authors' information*
- 481 *Abbreviations*

Paulo Pinto de Albuquerque
Diritti dei lavoratori, lavoratori migranti
e associazioni sindacali nella Convenzione europea
dei diritti dell'uomo*

Sommario: **1.** Premessa. **2.** Diritti dei lavoratori. **3.** *Segue.* Il diritto del lavoratore alla protezione contro la sospensione ed il licenziamento. **4.** *Segue.* Il diritto dei lavoratori alla vita privata e familiare. **5.** *Segue.* La libertà religiosa dei lavoratori. **6.** *Segue.* La libertà di espressione dei lavoratori. **7.** I diritti dei lavoratori migranti. **8.** I diritti di associazione sindacale. **9.** Misure di *austerity* e diritti dei lavoratori. **10.** Conclusione: orientamenti restrittivi nella giurisprudenza della Corte e possibile soluzione.

I. *Premessa*

I diritti sociali, e segnatamente i diritti che afferiscono alla sfera lavorativa, hanno tratto beneficio dalla loro ricomprensione nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale ne ha chiarito i limiti ed ha circoscritto l'incondizionata discrezionalità degli Stati nella relativa regolamentazione. Ad ogni modo, è evidente una tendenza: mentre all'inizio la tutela dei diritti e delle libertà dei lavoratori ha subito un'impennata, come corroborato da certe decisioni storiche della Corte, attualmente è percepibile un andamento regressivo, che timidamente ha ad oggetto le leggi sul lavoro, dilata il margine di discrezionalità dei Governi e limita in concreto l'effettività delle valutazioni della Corte in materia.

Questa tendenza regressiva non dev'essere vista come irreversibile: io sottolineerò come l'effettiva considerazione dei principi di *soft law* consenta

* Il presente testo corrisponde al discorso tenuto in occasione dell'accettazione del Dottorato Onorario conferito dalla *Edge Hill University* (UK) il 6 dicembre 2019. Le opinioni sono riferibili all'Autore e non vincolano la Corte europea dei diritti dell'uomo. La traduzione dall'inglese è di Rossella Giuliano.

alla Corte di assumere una posizione progressista e rispettosa dei diritti del lavoro e possa continuare ad aiutarla a salvaguardare i diritti dei lavoratori.

2. Diritti dei lavoratori

Al centro dell'integrazione dei diritti dei lavoratori nella sfera della Convenzione vi è il principio d'indivisibilità dei diritti umani, come ribadito dalla Dichiarazione di Vienna del 1993¹. L'indivisibilità richiede un "metodo ermeneutico integrato"², allo scopo di "incorporare specifici diritti socio-economici in documenti relativi ai diritti civili e politici"³. La lettura della Convenzione – che pone l'accento sui diritti civili e politici – come strumento estendibile ai diritti sociali si basa sul carattere dinamico della Convenzione stessa, la quale funge da "strumento vivente"⁴ e garantisce "diritti concreti ed effettivi", anziché meramente "astratti ed illusori"⁵.

La dottrina dello "strumento vivente" è accreditata non soltanto dai principi interpretativi correlati con l'affermazione di un consenso europeo⁶, ma altresì dalla reale considerazione degli istituti di *soft law* che rafforzano la legittimazione dell'attività decisionale della Corte⁷. Il ricorso ai principi di *soft law* è particolarmente incisivo allorché la Corte si scontra con la mancanza di consenso a livello europeo; peraltro una sorta di effetto orizzontale dei diritti definiti dalla Convenzione sulle controversie private, come quelle di lavoro⁸ o di altro genere⁹, può scaturire dalla peculiarità della giurispru-

¹ V. Assemblea Generale delle Nazioni Unite, Dichiarazione di Vienna e Programma d'azione, 12 luglio 1993, A/CONF.157/23, che sancisce: "Tutti i diritti umani sono universali, indivisibili, interdipendenti ed interconnessi. [...]". Analogamente, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea riconosce che l'Unione si fonda sui "valori indivisibili e universali di dignità umana, di libertà, uguaglianza e di solidarietà [...]".

² Cfr. MANTOUVALOU, *Labour Rights in the European Convention on Human Rights: An Intellectual Justification for an Integrated Approach to Interpretation*, in *HRLR*, 2013, p. 529 ss.

³ MANTOUVALOU, *op.cit.*, e FRANZ EBERT-MARTIN OELZ, *Bridging the gap between labour rights and human rights: the role of ILO law in regional human rights courts*, ILO, DP/212/2012.

⁴ C. Eur. Dir. Uomo, 25 aprile 1978, *Tyler c. Regno Unito*, ricorso n. 5856/72.

⁵ C. Eur. Dir. Uomo, 9 ottobre 1979, *Airey c. Irlanda*, ricorso n. 6289/73, pt. 24.

⁶ C. Eur. Dir. Uomo, 30 aprile 2009, *Glor c. Svizzera*, ricorso n. 3444/04, pt. 75.

⁷ C. Eur. Dir. Uomo, 27 marzo 2008, *Shtukaturov c. Russia*, ricorso n. 44009/05, pt. 95.

⁸ C. Eur. Dir. Uomo, 13 agosto 1981, *Young, James e Webster c. Regno Unito*, ricorsi nn. 7601/76 e 7806/77, pt. 49.

⁹ C. Eur. Dir. Uomo, 9 dicembre 1994, *Lopez-Ostra c. Spagna*, ricorso n. 16798/90 pt. 52.

denza della Corte di Strasburgo, che impone obblighi positivi alle Alte Parti contraenti.

Questi notori principi non sottendono altrettanti approcci innovativi della Corte, atteso che vengono impiegati da oltre quattro decenni e sono di fondamentale importanza per la realizzazione di un'effettiva tutela nell'ambito della Convenzione: ciò risulterà più chiaro all'esito della trattazione delle questioni che seguono.

3. Segue. *Il diritto del lavoratore alla protezione contro la sospensione ed il licenziamento*

La sospensione e l'estinzione del rapporto di lavoro devono conformarsi alla tutela dei diritti civili ai sensi dell'art. 6 CEDU¹⁰: ciò include, in particolare, il diritto del lavoratore all'accesso effettivo alla giustizia, alla ragionevole durata del processo (senza ritardi giudiziari) ed all'esecuzione del giudicato¹¹.

L'art. 6 CEDU concerne altresì i diritti collegati alla protezione dal licenziamento irrogato in violazione della presunzione d'innocenza¹²; inoltre, il disposto dell'art. 6 esige che il recesso del datore di lavoro sia motivato.

Nella controversia *Lombardi Vallauri c. Italia*¹³, l'irrogazione del licenziamento sulla base della manifestazione di opinioni "in netto contrasto con la dottrina cattolica" e la conseguente impossibilità per i giudici nazionali di porre rimedio all'omissione delle motivazioni da parte del Consiglio di Facoltà (quale datore di lavoro, n.d.t.) si sono posti in conflitto con la necessità che siano esplicitate ragioni sufficienti, nonché con la possibilità di impugnare la decisione datoriale illegittima dinanzi all'autorità competente¹⁴.

¹⁰ *Ex multis*, C. Eur. Dir. Uomo, 10 marzo 1980, *König c. Germania*, ricorso n. 6232/73/19802; C. Eur. Dir. Uomo, 23 giugno 1981, *Le Compte, Van Leuven e De Meyere c. Belgio*, ricorsi nn. 6878/75 e 7238/75; C. Eur. Dir. Uomo, 28 giugno 1990, *Obermeier c. Austria*, ricorso n. 11761/85, pt. 70; C. Eur. Dir. Uomo, 27 giugno 2000, *Frydlender c. Francia*, ricorso n. 30979/96, pt. 45.

¹¹ C. Eur. Dir. Uomo, 30 settembre 2004, *Pramov c. Bulgaria*, ricorso n. 42986/98; C. Eur. Dir. Uomo, 12 giugno 2001, *Delgado c. Francia*, ricorso n. 38437/97; C. Eur. Dir. Uomo, 26 gennaio 2010, *Aurelia Popa c. Romania*, ricorso n. 1690/05; C. Eur. Dir. Uomo, 29 giugno 2011, *Sabeh El Leil c. Francia*, ricorso n. 34869/05.

¹² C. Eur. Dir. Uomo, 4 giugno 2013, *Teodor c. Romania*, ricorso n. 46878/06.

¹³ C. Eur. Dir. Uomo, 20 ottobre 2009, *Lombardi Vallauri c. Italia*, ricorso n. 39128/05.

¹⁴ *Lombardi Vallauri c. Italia*, cit., pt. 52.

L'autonomia delle comunità religiose, pertanto, non è assoluta e dev'essere prudentemente bilanciata con i concorrenti interessi in gioco¹⁵.

4. Segue. *Il diritto dei lavoratori alla vita privata e familiare*

A norma dell'art. 8 CEDU la Corte ha trattato casi concernenti il controllo del dipendente, la sorveglianza sulle comunicazioni del medesimo ed i rischi professionali per la salute ai quali costui è esposto, nonché il licenziamento per motivi legati alle scelte private del lavoratore¹⁶. Io li discuterò brevemente e singolarmente.

Con riguardo all'obbligatorietà del test antidroga per i dipendenti, la Corte ha precisato in *Madsen c. Danimarca*, così come in *Wretlund c. Svezia*, che una lesione del diritto alla *privacy* può, a determinate e circoscritte condizioni, essere legittima qualora sia stato raggiunto un prudente equilibrio tra "il disagio [...] del singolo lavoratore"¹⁷ e l'interesse alla preservazione dell'integrità personale, da un lato, e la salvaguardia della pubblica sicurezza e dei diritti e libertà degli altri¹⁸, dall'altro.

L'art. 8 altresì interseca gli artt. 9 ed 11 della Convenzione, come testimoniato dalle opposte controversie *Obst e Schüth c. Germania*, relative alla rimozione dei ricorrenti dall'impiego in un ente religioso sulla base del loro coinvolgimento in una relazione extraconiugale.

La *Weltanschauung* di un'organizzazione determina sensibilmente il peso attribuito al livello di fedeltà ed alle aspettative circa il comportamento del lavoratore nei confronti della Chiesa¹⁹; le aspettative di fedeltà sono ancora più intense quando si tratta di dipendenti titolari di funzioni apicali, come dimostrato in *Obst*²⁰.

¹⁵ *Lombardi Vallauri c. Italia*, cit., pt. 51.

¹⁶ V., tra gli altri, C. Eur. Dir. Uomo, 7 novembre 2002, *Madsen c. Danimarca*, ricorso n. 58341/00, sull'obbligo del dipendente di sottoporsi ad esami delle urine casuali per accertare l'assunzione di sostanze stupefacenti. Per un ulteriore approfondimento in materia di verifiche antidroga sul luogo di lavoro v. C. Eur. Dir. Uomo, 9 marzo 2004, *Wretlund c. Svezia*, ricorso n. 46210/99.

¹⁷ *Wretlund c. Svezia*, cit.

¹⁸ *Wretlund c. Svezia*, cit.

¹⁹ *Lombardi Vallauri c. Italia*, cit., pt. 41; v. anche, in ordine alla generale aspettativa di una condotta secondo correttezza e buona fede nei riguardi del datore di lavoro, C. Eur. Dir. Uomo, 16 settembre 2008, *Pay c. Regno Unito*, ricorso n. 32792/05.

²⁰ C. Eur. Dir. Uomo, 23 settembre 2010, *Obst c. Germania*, ricorso n. 425/03, pt. 48-51.

La Corte opera comunque un accurato bilanciamento degli interessi: in *Schüth*, dunque, la Corte ha appurato che la motivazione del giudice interno difettava di pregnanti valutazioni sulla vita familiare collegata *de facto* alla relazione extraconiugale e sulla protezione legale riconosciuta.

Diversamente dal ricorrente in *Obst*, l'istante in *Schüth* avrebbe incontrato rilevanti difficoltà nel trovare un'altra occupazione²¹: ne discende che l'attività di contemperamento della Corte in relazione all'art. 8 richiede un attento esame delle specifiche funzioni esercitate dal lavoratore, dell'entità del disagio sopportato dal ricorrente per effetto dell'ingerenza in sé e per sé considerata nonché delle conseguenze di quest'ultima, compresa la portata della compromissione della vita privata e familiare, affinché non si configuri "l'impegno personale ed inequivocabile di osservare l'astinenza in caso di separazione o divorzio", il quale vulnererebbe il nucleo del diritto al rispetto della vita privata²².

Nel solco di questa giurisprudenza, la causa *Fernandez Martinez c. Spagna* ha reso manifesto l'intreccio tra sfera privata e sfera professionale, dato che le valutazioni sulla vita privata avevano effettivamente inciso sulla possibilità di assunzione da parte della Chiesa. L'esigua maggioranza ha sottolineato la consapevolezza del ricorrente di partecipare ad attività private contrarie alla dottrina della Chiesa: assumendo un atteggiamento prudenziale in sede di bilanciamento degli opposti interessi in gioco²³, la Corte ha conferito notevole importanza alla possibilità dell'individuo di "abbandonare liberamente la comunità"²⁴.

In *I.B. c. Grecia* la Corte ha adottato un approccio basato sul modello sociale nel concludere che un licenziamento discriminatorio fondato sullo stato di salute aveva concretamente stigmatizzato il ricorrente, arrecando un pregiudizio prevalentemente sociale²⁵. È stato così ribadito quanto i giudici di Strasburgo avevano evidenziato in *Kiyutin c. Russia*, stabilendo che "allo Stato dovrebbe essere concesso esclusivamente un ristretto margine discrezionale nella scelta delle misure che individuano un gruppo destinatario di un trattamento differenziale per ragioni di sieropositività (...)"²⁶.

²¹ C. Eur. Dir. Uomo, 23 settembre 2010, *Schüth c. Germania*, ricorso n. 1620/03.

²² *Schüth c. Germania*, cit., pt. 71.

²³ C. Eur. Dir. Uomo, 15 maggio 2012, *Fernandez Martinez c. Spagna*, ricorso n. 56030/07, pt. 151.

²⁴ *Fernandez Martinez c. Spagna*, cit., pt. 128.

²⁵ C. Eur. Dir. Uomo, 3 ottobre 2013, *I.B. c. Grecia*, ricorso n. 552/10, pt. 72 e 80.

²⁶ *I.B. c. Grecia*, cit., pt. 72 e 80.

Il licenziamento per ragioni di sesso intimato alla luce di una totale assenza di indizi in ordine all'incapacità della funzionaria di assolvere i propri doveri, come evidenziato in *Emel Boyraz c. Turchia*, ha condotto poi ad una condanna ancora più esplicita da parte della Corte²⁷.

Gli ultimi due casi pongono in risalto la crescente sensibilità della Corte verso la dannosità della stigmatizzazione, degli stereotipi e della disparità di trattamento dei dipendenti. Nello stesso senso, nella storica sentenza *Konstantin Markin c. Russia* è stato riaffermato il medesimo orientamento in materia di disparità di trattamento: “La differenza di trattamento tra soldati e soldatesse in merito alla fruizione del congedo parentale non ha sicuramente lo scopo di rimediare alla posizione di svantaggio delle donne nella società o alle ‘diseguaglianze di fatto’ tra uomini e donne (...) La Corte concorda con l’istante e la terza parte sulla circostanza che una tale difformità sortisce l’effetto di perpetuare gli stereotipi di genere e penalizza sia la carriera delle donne, sia la vita familiare degli uomini”²⁸; la controversia non soltanto ha significativamente influenzato la giurisprudenza della Corte sulla discriminazione sessuale, ma ha anche coniugato il diritto sociale alla tutela della propria posizione lavorativa con il diritto civile protetto dalla Convenzione di costruire una famiglia.

Per quanto concerne i rischi per la salute derivanti dal particolare settore di attività, la Corte ha sottolineato l’importanza che lo Stato “assicuri che i ricorrenti ricevano le informazioni essenziali (...) idonee a permettere a costoro di vagliare i rischi per la salute e la sicurezza”²⁹: il mancato accesso alle informazioni riguardanti i rischi può conseguentemente risolversi in una violazione dell’art. 8 CEDU, secondo quanto emerge da *Vilnes et a. c. Norvegia*³⁰; analogamente, *Brincat et a. c. Malta* ha rimarcato che grava sui Governi l’obbligo di rendere accessibili e prontamente disponibili le diffuse evidenze scientifiche sulla pericolosità dell’amianto³¹.

Estendendosi dalla sfera privata a quella lavorativa, l’art. 8 è inoltre divenuto sempre più incisivo con riferimento all’ambito, estremamente pro-

²⁷ C. Eur. Dir. Uomo, 2 dicembre 2014, *Emel Boyraz v Turkey*, ricorso n. 61960/08, pt. 53-56.

²⁸ C. Eur. Dir. Uomo, 22 marzo 2012, *Konstantin Markin v Russia*, ricorso n. 30078/06, pt. 141.

²⁹ C. Eur. Dir. Uomo, 24 marzo 2014, *Vilnes et a. c. Norvegia*, ricorsi nn. 52806/09 e 22703/10, pt. 245.

³⁰ *Vilnes et a. c. Norvegia*, cit., pt. 245.

³¹ C. Eur. Dir. Uomo, 24 luglio 2014, *Brincat et a. c. Malta*, ricorsi nn. 60908/11, 62110/11, 62129/11, 62312/11 e 62338/11, pt. 114.

blematico, degli strumenti di sorveglianza sul luogo di lavoro³². *Copland c. Regno Unito* ha posto le basi per la tutela dei diritti del dipendente nell'eventualità del controllo dei suoi dispositivi di comunicazione³³: qui la Corte ha evidenziato la necessità di una regolamentazione nazionale che fissi i limiti della lecita intromissione, nell'esercizio del potere datoriale di controllo, nella *privacy* dei lavoratori, senza tuttavia fornire precise direttive.

Barbulescu c. Romania ha rappresentato un'ottima opportunità per chiarire le possibili legittime interferenze nel diritto alla riservatezza, e segnatamente rispetto ad una politica di controllo degli accessi ad Internet. A seguito di un'insoddisfacente decisione pronunciata dalla IV sezione, la Grande Camera ha affermato che la conservazione dei dati inerenti alle comunicazioni del dipendente lede il diritto alla vita privata³⁴, ed ha biasimato le autorità interne per non aver verificato che il ricorrente avesse ricevuto il previo avviso del monitoraggio – come pure dell'ampiezza dello stesso – sulle sue comunicazioni private³⁵.

Nel constatare la lesione del diritto alla *privacy* la Corte ha fatto ampio ricorso alle conferenti statuizioni di diritto internazionale e di *soft law*; la Grande Camera ha soprattutto definito i criteri che consentono ai giudici comuni di accertare se un datore di lavoro ha violato il diritto alla riservatezza di un prestatore³⁶.

A causa della persistente confusione tra vita professionale e vita privata, questi criteri erano attesi da tempo; i prestatori di lavoro non rinunziano al loro diritto alla *privacy* allorché varcano la soglia della sede di lavoro: quando si connettono ad Internet sul luogo di lavoro, essi continuano ad avere una “ragionevole aspettativa di riservatezza”³⁷.

Ad onta delle direttive previste in *Barbulescu*, la Corte deve prestare “maggiore attenzione”³⁸ alla perdurante sorveglianza dei lavoratori da parte dei datori di lavoro. Il controllo costante produce inevitabilmente un “effetto

³² V., *ex multis*, C. Eur. Dir. Uomo, 16 dicembre 1992, *Niemietz c. Germania*, ricorso n. 13710/88, pt. 29; C. Eur. Dir. Uomo, 5 ottobre 2010, *Köpke c. Germania*, ricorso n. 420/07; C. Eur. Dir. Uomo, 25 giugno 1997, *Halford c. Regno Unito*, ricorso n. 20605/92, pt. 42.

³³ C. Eur. Dir. Uomo, 3 aprile 2007, *Copland c. Regno Unito* (2007), ricorso n. 62617/2000, pt. 42.

³⁴ C. Eur. Dir. Uomo, 5 settembre 2017, *Barbulescu c. Romania*, ricorso n. 61496/08, pt. 139.

³⁵ *Barbulescu c. Romania*, cit., pt. 136 e 140.

³⁶ *Barbulescu c. Romania*, cit., pt. 120 e 121.

³⁷ *Halford c. Regno Unito*, cit., pt. 44-45; *Copland c. Regno Unito*, cit., pt. 43.

³⁸ *Köpke c. Germania*, cit.

di autocensura”, se non “dissuasivo”³⁹, in grado di vulnerare il diritto del soggetto alla libertà d’espressione, così come alla privacy⁴⁰: a tal proposito, Bernal ha sottolineato che “la privacy non è importante soltanto per i giornalisti, ma cruciale per la libera manifestazione del pensiero in una molteplicità di situazioni (...). Senza una ragionevole aspettativa di riservatezza, molte persone semplicemente deciderebbero di non esprimersi”⁴¹.

Da ultimo *López Ribalda et a. c. Spagna*, avente ad oggetto la videosorveglianza segreta dei dipendenti⁴², quale meccanismo di accertamento dell’illecito da cui era dipeso il licenziamento dei ricorrenti, purtroppo mostra che la Corte è ancora propensa ad interpretare estensivamente il margine di discrezionalità rimesso agli Stati: il “ragionevole sospetto di una condotta gravemente scorretta”⁴³, con il quale la maggioranza dei suoi componenti ha inteso giustificare la compressione dell’art. 8 CEDU ha finito per consentire l’elusione degli *standards* legali nazionali ed internazionali che richiedono di informare i lavoratori del loro assoggettamento a sistemi di sorveglianza.

I giudici dissenzienti in questo caso hanno manifestato insoddisfazione per il fallimento di un equo bilanciamento⁴⁴: in particolare hanno messo in guardia dalla “facilità con cui la videosorveglianza può essere effettuata e trasmessa, dal momento che moltiplica significativamente la potenziale lesione dei diritti in materia di privacy ai sensi dell’art. 8 della Convenzione”⁴⁵.

In particolare, è stato sostenuto che la cornice normativa esistente, la

³⁹ Il concetto di “effetto dissuasivo” era già conosciuto nel 1978, quando Schauer tentò di definirlo come “ciò che si verifica quando gli individui che cercano di svolgere un’attività protetta dal primo emendamento sono dissuasi dall’intraprenderla da una regolazione governativa non specificamente rivolta a quell’attività protetta”. SCHAUER, *Fear, Risk and the First Amendment: Unravelling the Chilling Effect*, in *BULR*, 1978, p. 693; v. anche EIDE, *Chilling Effects on Free Expression: Surveillance, Threats and Harassment*, in KROVEL, THOWSEN, *Making Transparency Possible. An Interdisciplinary Dialogue*, Cappelen Damm Akademisk, 2019, p. 228; PENNEY, *Internet surveillance, regulation and chilling effects online: a comparative case study*, in *IPR*, 2017, p. 13, sulle conseguenze della normazione per gli utenti Internet.

⁴⁰ V., a questo riguardo, C. Eur. Dir. Uomo, 6 settembre 1978, *Klass et a. c. Germania*, ricorso n. 5029/71, pt. 37.

⁴¹ BERNAL, *Data gathering, surveillance and human rights: recasting the debate*, in *JCP*, 2016, p. 254.

⁴² C. Eur. Dir. Uomo, 17 ottobre 2019, *López Ribalda et a. c. Spagna*, ricorso n. 1874/13 e 8567/13.

⁴³ *López Ribalda et a. c. Spagna*, cit., pt. 134.

⁴⁴ V. l’opinione dissenziente dei Giudici de Gaetano, Yudkivska e Grozev in *López Ribalda et a. c. Spagna*, cit., pt. 1.

⁴⁵ L’opinione dissenziente dei Giudici de Gaetano, Yudkivska e Grozev in *López Ribalda et a. c. Spagna*, cit., pt. 4.

quale esige il previo avviso legale dell'impiego di misure di sorveglianza, non ammetteva eccezioni alla regola. Ciò è particolarmente rilevante nel contesto del rapporto di lavoro subordinato, che inesorabilmente dà vita ad uno squilibrio di potere ed aumenta le probabilità di abusi⁴⁶: se ai datori di lavoro fosse permesso di agire fuori del quadro giuridico di riferimento, ne deriverebbero verosimilmente arbitrarietà ed incertezza del diritto.

5. Segue. *La libertà religiosa dei lavoratori*

Proseguendo nella trattazione, passerò all'analisi della libertà di religione ed al suo coordinamento con i diritti dei lavoratori.

Le sanzioni disciplinari a carico dei lavoratori connesse all'uso di simboli religiosi sono state prese in considerazione sia con riguardo alla sfera pubblica, sia con riferimento a quella privata. In *Eweida et a. c. Regno Unito* la Corte sembra tollerare che i datori di lavoro giustifichino il licenziamento di un dipendente se l'esternazione della fede religiosa contrasta con l'interesse del datore di lavoro alla salvaguardia dell'ordine nel luogo di lavoro: in questo caso, la Corte si è mostrata favorevole al primo ricorrente, tenuto conto della discretezza del simbolo religioso e della flessibilità con la quale l'azienda normalmente adattava il proprio codice di abbigliamento all'esibizione di collane a carattere religioso, quali circostanze indicative dell'assenza di una reale lesione degli interessi datoriali⁴⁷.

Quanto al secondo ricorrente, invece, la Corte ha ritenuto giustificato il divieto d'indossare simboli religiosi in virtù della tutela della salute dell'istante⁴⁸.

In generale, si può dedurre che il margine di discrezionalità nel settore privato è più ristretto di quello operante nel settore pubblico⁴⁹; nell'ambito

⁴⁶ L'opinione dissidente dei Giudici de Gaetano, Yudkivska e Grozev in *López Ribalda et a. c. Spagna*, cit., pt. 5.

⁴⁷ C. Eur. Dir. Uomo, 15 gennaio 2013, *Eweida et a. c. Regno Unito*, ricorsi nn. 48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10, pt. 94-95.

⁴⁸ *Eweida et a. c. Regno Unito*, cit., pt. 98-100.

⁴⁹ In senso difforme da *Eweida et a. c. Regno Unito*, cit. v. C. Eur. Dir. Uomo, 24 gennaio 2006, *Kurtulmus c. Turchia*, ricorso n. 65500/01, riguardante le indagini disciplinari ed i richiami per l'ostentazione di simboli religiosi negli spazi pubblici, segnatamente le Università. V. anche C. Eur. Dir. Uomo, 26 novembre 2015, *Ebrahimian c. Francia*, ricorso n. 64846/11, in merito ai provvedimenti disciplinari adottati per aver indossato il velo in un ospedale. La Corte ha am-

delle riflessioni sulla legittima compressione dell'art. 9, la Corte ha manifestato particolare sensibilità per i principi di laicità ed eguaglianza⁵⁰.

In *Leyla Sahin c. Turchia* la Corte ha ravvisato la discrezionalità dello Stato nella “limitazione della libertà di estrinsecare la propria confessione religiosa, ad esempio mediante l'adozione del velo islamico, se l'esercizio di quella libertà collide con la finalità di protezione dei diritti e delle libertà altrui, dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica”⁵¹. Nella controversa pronuncia *Dahlab c. Svizzera* la Corte ha concesso un esteso margine di apprezzamento allo Stato e, nel contemperare gli eterodossi interessi, ha accolto l'argomentazione del Governo, imperniata sulla circostanza che l'impiego del velo da parte di una maestra elementare può, in una certa misura, sortire un effetto proselitistico sui giovani studenti⁵².

Per giunta è stato osservato che il velo era “difficilmente inquadrabile nel principio di eguaglianza di genere” e che “il messaggio di tolleranza, rispetto per il prossimo e, soprattutto, eguaglianza e non discriminazione (...)”⁵³ potrebbe essere incompatibile con la scelta d'indossare il velo⁵⁴. Il bilanciamento avrebbe dovuto determinare in quale misura “le credenze religiose erano state compiutamente tenute in considerazione rispetto alle esigenze di protezione dei diritti e delle libertà altrui e di preservazione dell'ordine e della sicurezza pubblici”⁵⁵; *Dahlab*, quindi, circoscrive la tutela di taluni gruppi re-

piamente favorito gli Stati tollerando il divieto d'indossare il velo, non soltanto in rapporto alle insegnanti, che possono influenzare giovani suggestionabili, ma anche in relazione a tutti gli impiegati statali (v. *Kurtulmus c. Turchia*, ricorso n. 65500/01, cit.).

⁵⁰ Per un approfondito esame della giurisprudenza della Corte, talvolta contraddittoria, v. PINTO DE ALBUQUERQUE, KATZ, *Is Religion a Threat to Human Rights? Or is it the other way around?*, in UERPMANN-WITZZACK, LAGRANGE, OETER, *Religion and International Law*, Brill Nijhoff, 2018, pp. 277-293.

⁵¹ C. Eur. Dir. Uomo, 10 novembre 2005, *Leyla ahin c. Turchia*, ricorso 44774/98, pt. III, e C. Eur. Dir. Uomo, 13 febbraio 2003, *Refah Partisi et a. c. Turchia*, ricorsi nn. 41340/98, 41342/98, 41343/98 e 41344/98, pt. 92.

⁵² *Leyla ahin c. Turchia*, cit., pt. III.

⁵³ C. Eur. Dir. Uomo, 15 febbraio 2001, *Dalhab c. Svizzera*, ricorso n. 42393/98.

⁵⁴ Al di fuori del campo degli istituti d'istruzione, v. la sentenza C. Eur. Dir. Uomo, 1° luglio 2014, *SAS c. Francia*, ricorso n. 43835/11, pt. 121, 142 e 157, in cui la Corte ha reputato fondato l'argomento del Governo francese a tenore del quale “a certe condizioni il rispetto delle prescrizioni minime di convivenza sociale” può assurgere a legittimo obiettivo di tutela dei diritti e delle libertà dei consociati e persino giustificare il divieto d'indossare veli che travisino il volto nei luoghi pubblici.

⁵⁵ *SAS c. Francia*, cit., pt. 121, 142 e 157.

ligiosi nella manifestazione della libertà religiosa, specialmente quando i loro membri lavorano nel settore pubblico: in termini pratici, ciò può tradursi nell'esclusione di alcune minoranze religiose dal pubblico impiego⁵⁶.

Prescindendo dalle considerazioni in tema di eguaglianza e non discriminazione, la Corte altresì riconosce l'ampia discrezionalità dello Stato in materia di difesa del principio costituzionale di laicità nelle scuole pubbliche⁵⁷: tale principio, consacrato nelle Carte fondamentali di Francia, Svizzera e Turchia, estende il divieto d'indossare simboli non solo ai dipendenti scolastici ma anche agli studenti⁵⁸.

Il rilievo attribuito dalla Corte alla capacità del dipendente di recedere liberamente dai rapporti di lavoro ha condizionato anche l'analisi dell'art. 9, come testimoniato in *Kontinnen c. Finlandia*; in tal senso, il licenziamento intimato per aver lasciato in anticipo il lavoro a causa delle credenze religiose del ricorrente è stato ritenuto legittimo, dal momento che "il ricorrente era libero di dimettersi"⁵⁹.

Similmente in *Sessa Francesco c. Italia*, i giudici di Strasburgo si sono pronunciati a favore dello Stato, poiché all'istante, un avvocato ebreo osservante,

⁵⁶ Questa linea interpretativa è stata criticata da diversi autori in ragione della tangibile esclusione delle donne che indossano veli dalle relazioni sociali, oltre che dall'accesso agli impieghi nelle Pubbliche Amministrazioni. V. BREMS, *Face veil bans in the European Court of Human Rights: the importance of empirical findings*, in *JLP*, 2014, p. 540: "(...) invece di potenziare l'integrazione, il divieto in questione produce l'effetto di deteriorare la vita sociale di queste donne, le loro interazioni con la società nel suo complesso, e la loro mobilità"; FREEDMAN, *Women, Islam and Rights in Europe: Beyond a Universalist/Culturalist Dichotomy*, in *RIS*, 2007, p. 43: "(...) sostenere la proibizione del velo delle donne musulmane può in concreto cagionare ad esse un maggior danno, atteso che impedisce una delle loro forme di espressione identitaria e di ribellione contro la discriminazione, e che provoca la loro ulteriore emarginazione, cui consegue la negazione dei diritti sociali ed economici"; ABDELGADIR, FOUKA, *Political Secularism and Muslim Integration in the West: Assessing the Effects of the French Headscarf Ban*, in *Stanford University Working Paper*, 2019, p. 29,

<<https://vfouka.people.stanford.edu/sites/g/files/sbiybj4871/f/abdelgadirfoukajan2019.pdf>>, [Pubblicato il 12 novembre 2019]: "Eliminando questo meccanismo di segnalazione, l'interdizione del velo può pertanto avere l'effetto perverso d'incrementare la religiosità e di indebolire l'integrazione".

⁵⁷ *Leyla ahin v Turkey*, cit., pt. 116; v., anche, C. Eur. Dir. Uomo, 4 dicembre 2008, *Dogru e Kervanci c. Francia*, ricorsi nn. 27058/05, 31645/04, pt. 72.

⁵⁸ C. Eur. Dir. Uomo, 30 giugno 2009, *Ranjit Singh c. Francia*, ricorso n. 27561/08.

⁵⁹ C. Eur. Dir. Uomo, 15 maggio 1996, *Kontinnen c. Finlandia*, ricorso n. 24950/94. La Commissione si è basata su *Kontineen* nella pronuncia di ammissibilità di C. Eur. Dir. Uomo, 9 aprile 1997, *Stedman c. Regno Unito*, ricorso 29107/95.

che aveva chiesto ai giudici italiani di rinviare un'udienza in virtù dei suoi doveri religiosi, non era stato impedito di professare liberamente la propria fede né gli era stata fatta pressione affinché cambiasse religione o convinzioni, avendo la possibilità di delegare la rappresentanza del suo cliente ad un collega⁶⁰; oltretutto, la Corte è pervenuta alla conclusione che “anche assumendo che vi sia stata la lesione dei diritti del ricorrente sanciti dall'art. 9, par. 1, questa era prevista dalla legge e giustificata sulla base della tutela dei diritti e delle libertà concorrenti – ed in particolare del diritto dei cittadini alla regolare amministrazione della giustizia e del principio di durata ragionevole dei processi”⁶¹.

La riluttanza della Corte ad ingerirsi nei licenziamenti disposti da organizzazioni religiose si è palesata anche in *Duda e Dudova c. Repubblica Ceca*. La Corte ha sottolineato la sua incompetenza a pronunciarsi sull'estromissione di sacerdoti al fine di non violare “i principi di autonomia e indipendenza delle Chiese”⁶²; quest'approccio è stato adottato altresì in tema di trasferimento di parroci, di collocamento in aspettativa e di prepensionamento coattivo di chierici, e di cessazione del servizio missionario di due presbiteri⁶³.

In *Siebenhaar c. Germania* sono stati portati alla cognizione della Corte casi analoghi ad *Obst e Schueth*, eccettuato il fatto che sia il ricorrente sia il Governo convenuto invocavano il diritto alla libera professione di fede. La Corte ha aderito all'argomentazione dei giudici interni nel senso che la difesa della credibilità della Chiesa protestante, parallelamente al rischio che i bambini venissero influenzati con principi contrari alla dottrina protestante, pesava più dell'interesse del singolo a non essere destituito per la sua appartenenza ad un'altra istituzione ecclesiale⁶⁴; in ogni caso, la Corte è intervenuta anche nel senso di ritenere illegittima la misura espulsiva fondata su ragioni occulte, prestando attenzione alla “politica d'intolleranza” nei confronti del credo e delle affiliazioni religiose del dipendente, e valorizzando il fatto che il ricorrente abbia dato prova di possedere le qualità necessarie per l'assolvimento dei doveri connessi all'impiego⁶⁵.

⁶⁰ C. Eur. Dir. Uomo, 3 aprile 2012, *Sessa Francesco c. Italia*, ricorso n. 28790/08, pt. 37.

⁶¹ *Sessa Francesco c. Italia*, cit., pt. 38.

⁶² C. Eur. Dir. Uomo, 30 gennaio 2001, *Dudova e Duda c. Repubblica Ceca*, ricorso n. 40224/98.

⁶³ V. C. Eur. Dir. Uomo, 23 settembre 2008, *Ahtinen c. Finlandia*, ricorso n. 48907/99, pt. 41.

⁶⁴ C. Eur. Dir. Uomo, 3 febbraio 2011, *Siebenhaar c. Germania*, ricorso n. 18136/02, pt. 45 e 46.

⁶⁵ C. Eur. Dir. Uomo, 12 aprile 2007, *Ivanova c. Bulgaria*, ricorso n. 52435/99, pt. 85.

6. Segue. *La libertà di espressione dei lavoratori*

Discorrendo in termini generali, i prestatori di lavoro subordinato godono di una diffusa protezione avverso le minacce alla loro libertà d'espressione.

La Corte ha ritenuto che il Governo spagnolo non abbia adempiuto la sua obbligazione positiva quando un ricorrente è stato licenziato per aver espresso in modo critico la propria opinione sull'impresa televisiva spagnola per la quale lavorava⁶⁶: siffatta obbligazione di salvaguardare il diritto alla libera manifestazione del pensiero da indebite interferenze di soggetti privati, tuttavia, va controbilanciata con il dovere del prestatore di essere fedele, riservato e discreto nei riguardi del proprio datore di lavoro⁶⁷, un dovere che trova applicazione nei rapporti di lavoro pubblici e privati⁶⁸.

La sentenza della Grande Camera *Vögt c. Germania*, riguardante un'insegnante sospesa dall'insegnamento a causa della sua adesione al Partito comunista tedesco, la quale adesione, secondo quanto riportato, confliggeva con il "dovere gravante su tutti gli impiegati statali di difendere il libero sistema democratico"⁶⁹, si è occupata della questione delle scelte private e delle convinzioni personali. La Corte ha rilevato che essere "insegnante di tedesco e francese in una scuola secondaria non è un lavoro intrinsecamente foriero di rischi per la sicurezza e, conseguentemente, ciò innalza la soglia dell'intromissione accettabile nel diritto consacrato dagli artt. 10 ed 11 CEDU. Inoltre, è stato dato peso al fatto che la severità del provvedimento disciplinare (espulsivo), aveva infangato la reputazione dell'interessata e causato la perdita dei mezzi di sussistenza e della possibilità di essere assunta in altre scuole⁷⁰.

Per converso, le cause *Kosiek e Glasenapp c. Germania* hanno descritto un orientamento meno restrittivo seguito dalla Corte nel valutare il rifiuto di assunzione nel settore pubblico alla luce dei diritti garantiti dalla Convenzione: ambedue i dipendenti avevano in precedenza ricevuto incarichi di prova e si erano visti conseguentemente negare lo *status* di impiegati statali

⁶⁶ C. Eur. Dir. Uomo, 27 febbraio 2000, *Fuentes Bobo c. Spagna*, ricorso n. 39293/98, pt. 38.

⁶⁷ C. Eur. Dir. Uomo, 19 febbraio 2019, *Marchenko c. Ucraina*, ricorso n. 4063/04, pt. 45 e 46.

⁶⁸ C. Eur. Dir. Uomo, 21 luglio 2011, *Heinisch c. Germania*, ricorso n. 28274/08, pt. 64.

⁶⁹ C. Eur. Dir. Uomo, 26 settembre 1995, *Vögt c. Germania*, ricorso n. 17851/91, pt. 44.

⁷⁰ *Vögt c. Germania*, cit., pt. 60.

a tempo indeterminato; gli stessi infine erano stati sollevati dalla loro posizione temporanea.

Queste controversie differivano dalla pronuncia *Vogt* in quanto vertevano sull'accesso al pubblico impiego e non sulla rimozione da un'occupazione a tempo indeterminato, come in *Vogt*⁷¹.

Nel settore privato, la Corte ha reputato opportuno decidere un certo numero di casi relativi al licenziamento quale conseguenza della manifestazione di opinioni contrarie all'interesse del datore di lavoro. In *De Diego Nafria c. Spagna* la Corte ha ritenuto che i provvedimenti disciplinari fossero conformi all'art. 10, par. 2, CEDU in ragione delle oltraggiose, gravi ed infondate accuse di commissione d'illeciti mosse dal dipendente agli amministratori della Banca di Spagna⁷²; il dissenziente Giudice Casadevall ha istituito un parallelo con la controversia *Fuentes Bobo c. Spagna* e segnalato che anche in questo caso le denunce avevano rappresentato il tentativo di fare luce su irregolarità nella condotta di figure di spicco della Banca: peraltro, i dissenzienti hanno posto in evidenza che la Banca centrale spagnola, in quanto ente pubblico, deve accettare maggiormente le critiche e che la posizione subalterna del dipendente nei confronti del datore di lavoro dev'essere tenuta in considerazione⁷³.

Analogamente, sussiste un effettivo interesse pubblico alla pubblicazione della dichiarazione dei redditi del presidente di una grande società nel contesto del dibattito sulla trasparenza retributiva e sull'eccessiva remunerazione delle persone che dirigono grandi aziende⁷⁴.

Da queste vicende giudiziarie scaturiscono i parametri per stabilire quando lo Stato abbia la legittima aspettativa di poter limitare la libertà di espressione: attacchi personali che importino toni offensivi, immoderati, ingiustificati ed eccessivi non saranno protetti dall'art. 10⁷⁵.

⁷¹ C. Eur. Dir. Uomo, 28 agosto 1986, *Kosiek c. Germania*, ricorso n. 9704/1982, pt. 38 e 39. V. anche C. Eur. Dir. Uomo, 28 agosto 1986, *Glaserapp c. Germania*, pt. 50-53.

⁷² C. Eur. Dir. Uomo, 14 marzo 2002, *De Diego Nafria c. Spagna*, ricorso n. 46833/99, pt. 40.

⁷³ V. l'opinione dissenziente del Giudice Casadevall, condivisa dal Giudice Zuoancic, in *De Diego Nafria c. Spain*, ricorso n. 46833/99, cit., pt. 2.

⁷⁴ C. Eur. Dir. Uomo, 21 gennaio 1999, *Fressoz e Roire c. Francia*, ricorso n. 29183/95.

⁷⁵ C. Eur. Dir. Uomo, 8 dicembre 2009, *Aguilera Jiménez et a. c. Spagna*, ricorso n. 28389/06 ed altri, pt. 28-30, e C. Eur. Dir. Uomo, 12 settembre 2011, *Palomo Sanchez et a. c. Spagna*, ricorso n. 28955/06 ed altri, nella quale la Grande Camera ha fatto riferimento al precedente pronunciato in *Aguilera Jimenez* e parimenti non ha riscontrato alcuna violazione dell'art. 10, sebbene in disaccordo con il Governo circa la rilevanza pubblica della questione.

Piuttosto, essa ha reiterato il suo atteggiamento restrittivo sui modi arbitrari e ed irrispet-

Per quanto concerne i *whistle-blowers*, la Corte ha chiarito che la segnalazione di comportamenti illeciti ovvero irregolari sul lavoro dev'essere presidiata. Più precisamente ha enucleato sei rilevanti requisiti che devono essere soddisfatti per rientrare nell'ambito di tutela dell'art. 10 della Convenzione:

La rivelazione deve corrispondere ad un forte interesse pubblico⁷⁶;

Non devono esserci altri effettivi strumenti per porre rimedio alla trasgressione che il dipendente intende svelare;

L'interesse generale sotteso a quella specifica informazione dev'essere così intenso da prevalere sul dovere di mantenere il segreto imposto dalla legge;

Il danno, eventuale, procurato dalla divulgazione non deve superare l'interesse della collettività alla pubblicità dell'informazione;

La segnalazione non deve fondarsi su motivi personali⁷⁷; ed in ultimo

Il *whistle-blower* deve aver agito in buona fede e nella convinzione che l'informazione fosse attendibile e che fosse nell'interesse pubblico fornirla⁷⁸.

In una pronuncia del 2008, la Corte ha ravvisato all'unanimità la violazione dell'art. 10 CEDU in seguito al licenziamento del responsabile dell'ufficio stampa della Procura generale moldava per aver spedito ad un giornale le copie di due lettere che erano state precedentemente inviate all'ufficio del Procuratore generale: in particolare, è stato rilevato che la lacuna legislativa in materia di segnalazione di illeciti da parte di dipendenti, come

tosì di esercizio del diritto alla libertà di espressione ed ha dichiarato che una condotta così fortemente illecita non sarebbe stata tutelata dall'art. 10 della Convenzione.

⁷⁶ V. C. Eur. Dir. Uomo, 12 febbraio 2008, *Guja c. Moldavia*, ricorso n. 14277/04, pt. 88.

⁷⁷ V. C. Eur. Dir. Uomo, 17 settembre 2015, *Langner c. Germania*, ricorso n. 14464/11, pt. 47, nella quale la Corte ha riscontrato che la motivazione insisteva su animosità personale e non sull'interesse a contribuire ad una significativa discussione pubblica.

⁷⁸ V. *Heinisch c. Germania*, cit., ove la Corte ha tenuto conto della condizione di vulnerabilità dei pazienti che erano stati trascurati mentre la collettività era rimasta all'oscuro di ciò. Qui ricorre una solida ipotesi di pubblico interesse alla rivelazione di un'informazione altrimenti riservata.

anche la persistente condotta illecita dei funzionari, giustificava l'azione informativa intrapresa dal ricorrente⁷⁹.

Similmente, in *Matuz c. Ungheria* la Corte ha ritenuto che il licenziamento intimato ad un giornalista per aver pubblicato un libro in cui criticava il suo datore di lavoro fosse illegittimo, in considerazione del ruolo rivestito dai giornalisti in una società democratica e del loro dovere di promuovere il dibattito pubblico: benché fosse stato concluso un accordo di riservatezza dalle parti del rapporto di lavoro subordinato, questo non avrebbe potuto impedire al ricorrente di diffondere idee ed informazioni, soprattutto alla luce dell'importanza dell'interesse pubblico a ricevere informazioni su quanto appreso dal giornalista⁸⁰.

Infine, vorrei menzionare il caso *Heinisch c. Germania*, il quale appalesa che i principi affermati in *Guja c. Moldavia* in relazione ai dipendenti pubblici sono del pari applicabili al settore privato.

7. I diritti dei lavoratori migranti

Vorrei poi discutere di come i diritti dei lavoratori migranti siano protetti dalla Convenzione. Alcuni casi balzano agevolmente alla mente, i quali evidenziano la capacità della Convenzione di preservare i diritti fondamentali dei lavoratori migranti.

Il primo è quello di *Rantsev c. Cipro e Russia*. La Corte ha ampliato la portata della Convenzione tramite il richiamo alle norme di diritto internazionale ed ai principi di *soft law*⁸¹: in tal modo ha potuto applicare la Convenzione “in armonia con le altre regole di diritto internazionale, nel cui quadro essa s'iscrive”⁸², il che ha in concreto agevolato la qualificazione del caso di specie, quello precisamente di una vittima di tratta che era morta in conseguenza del fallimento della procedura che avrebbe dovuto proteggerla dai pericoli del *business* derivante dal traffico di esseri umani; per l'effetto, la Corte ha unanimemente convenuto sul fatto che la tratta di persone, sebbene

⁷⁹ *Guja c. Moldavia*, cit., pt. 81-82.

⁸⁰ C. Eur. Dir. Uomo, 21 gennaio 2015, *Matuz c. Ungheria*, ricorso n. 73571/10, pt. 38-39.

⁸¹ Per una critica dell'espansione dell'ambito di operatività dell'art. 4 CEDU, v. ALLAIN, *Rantsev v Cyprus and Russia: the European Court of Human Rights and Trafficking as Slavery*, in *HRLR*, 2010, p. 555.

⁸² C. Eur. Dir. Uomo, 7 gennaio 2010, *Rantsev c. Cipro e Russia*, ricorso n. 25965/04, pt. 274.

non espressamente menzionata, ricada nell'ambito di operatività dell'art. 4 CEDU.

In precedenza, la Corte aveva soltanto una volta affrontato le questioni attinenti al traffico di esseri umani nel prisma della Convenzione, vale a dire in *Siliadin c. Francia*⁸³. In questa circostanza, per di più, la Corte invocò le conclusioni dell'Assemblea parlamentare, che rappresentavano come “gli schiavi moderni sono prevalentemente donne e di solito lavorano presso abitazioni private, esordendo come lavoratori domestici immigrati...”⁸⁴, e ribadì che poiché “la Convenzione non ha definito i termini ‘servitù’ o ‘lavoro forzato o obbligatorio’, ci si deve riferire alle pertinenti convenzioni internazionali in materia per determinare il significato di questi concetti (...)”⁸⁵.

Una pronuncia che ha similmente riconosciuto i diritti dei lavoratori migranti coinvolgendo i principi di *soft law* è stata *Chowdhury et a. c. Grecia*. L'uccisione di lavoratori immigrati che scioperavano per ricevere i salari arretrati in un'azienda produttrice di fragole e la conseguente assoluzione degli imputati avanti ai tribunali greci hanno integrato una scandalosa, inaccettabile mancanza di tutela dei lavoratori migranti e, più precisamente, la Corte ha individuato obblighi a norma dell'art. 4 della Convenzione, che includevano misure preventive e protettive: “Gli Stati devono, in primo luogo, assumere la responsabilità di apprestare un impianto legislativo ed amministrativo tale da assicurare una concreta ed efficace protezione dei diritti delle vittime di tratta di essere umani. In secondo luogo, la disciplina nazionale in materia d'immigrazione deve fronteggiare i problemi dell'istigazione, del favoreggiamento ovvero della tolleranza nei riguardi del traffico di esseri umani... in talune circostanze, lo Stato dovrà adempiere l'obbligo di adottare provvedimenti operativi per salvaguardare le vittime – attuali o potenziali – di trattamenti contrari all'art. 4”⁸⁶.

In *J. et a. c. Austria*, la Corte ha applicato criteri ermeneutici maggiormente restrittivi e dedotto che il Governo austriaco non aveva alcun obbligo di indagare sul reclutamento dei ricorrenti e sul presunto sfruttamento verificatosi fuori del territorio austriaco⁸⁷. La Corte ha considerato favorevol-

⁸³ C. Eur. Dir. Uomo, 26 luglio 2005, *Siliadin c. Francia*, ricorso n. 73316/01.

⁸⁴ *Siliadin c. Francia*, cit., pt. 88.

⁸⁵ *Siliadin c. Francia*, cit., pt. 91.

⁸⁶ C. Eur. Dir. Uomo, 30 marzo 2017, *Chowdhury et a. c. Grecia*, ricorso n. 21884/15, pt. 87-88.

⁸⁷ C. Eur. Dir. Uomo, 17 gennaio 2017, *J. et a. c. Austria*, ricorso n. 58216/12, pt. 114. Nel giungere a questa conclusione la Corte ha citato il Protocollo di Palermo e la Convenzione

mente l'iniziativa delle autorità interne, ossia disporre colloqui con poliziotti specializzati e regolarizzare la permanenza degli istanti in Austria⁸⁸, affermando che “per le finalità dell’art. 4 CEDU, è di primaria importanza che le richieste dei ricorrenti, nella loro totalità, siano state tenute in debito conto e che l’assetto normativo vigente abbia trovato applicazione (...)”⁸⁹.

8. I diritti di associazione sindacale

La terza area che esemplifica l’inclusione dei diritti del lavoro nella Convenzione è quella della tutela collettiva dei lavoratori.

La dimensione collettiva poggia saldamente sull’art. 11 CEDU, che enuncia il diritto alla libera associazione. Secondo *Demir e Baykara*, esso comprende il diritto di costituire ed aderire ad un’associazione sindacale (v., quale recente caposaldo, *Tüm Haber Sen and Çınar...*), il divieto di *closed-shop agreements* (si v., ad esempio, *Sørensen e Rasmussen...*) ed il diritto del sindacato di tentare di persuadere il datore di lavoro ad ascoltare ciò che ha da dire per conto dei suoi componenti (*Wilson, National Union of Journalists ed altri...*)⁹⁰; peraltro, l’elenco non tassativo include il diritto di non affidarsi ad un sindacato⁹¹, ed il diritto delle organizzazioni sindacali di “elaborare proprie regole e di amministrare i propri affari”⁹².

La dimensione collettiva dei diritti dei lavoratori è sottoposta ad uno scrutinio particolarmente severo ad opera delle corti interne ed internazio-

sulla lotta contro la tratta di esseri umani, i quali limitano la giurisdizione “ad ogni reato di tratta commesso nel proprio territorio o da un cittadino o contro un cittadino (...)”.

⁸⁸ *J. et a c. Austria*, cit., pt. 110.

⁸⁹ *J. et a c. Austria*, cit., pt. 111.

⁹⁰ C. Eur. Dir. Uomo, 12 novembre 2008, *Demir e Baykara c. Turchia*, ricorso n. 34503/97, pt. 145; v., anche, C. Eur. Dir. Uomo, 21 aprile 2009, *Enerji Yapi-Yol Sen c. Turchia*, ricorso n. 68959/01, pt. 24, 31-32.

⁹¹ C. Eur. Dir. Uomo, 11 gennaio 2006, *Sorensen e Rasmussen c. Danimarca*, ricorsi nn. 52562/99 e 52620/99, pt. 73; *contra* C. Eur. Dir. Uomo, 2 settembre 1998, *Ahmed et a. c. Regno Unito*, ricorso n. 22954/93, pt. 53 e 63, ove la restrizione a norma dell’art. 11 della Convenzione è stata ritenuta opportuna per garantire la neutralità politica degli alti funzionari di governo locali. Dunque, un divieto assoluto di associazione sindacale non è ammissibile ai sensi dell’art. 11, ma limitazioni possono essere previste, in particolare, per il mantenimento dell’imparzialità politica.

⁹² C. Eur. Dir. Uomo, 27 febbraio 2007, *Associated Society of Locomotive Engineers and Firemen c. Regno Unito*, ricorso n. 11002/05, pt. 38.

nali: ciò è in parte dovuto alla circostanza che le associazioni sindacali hanno l'attitudine ad esercitare una considerevole pressione sui datori di lavoro, imponendo il cambiamento; in alcune occasioni la Corte ha manifestato la propensione ad accettare la violazione del diritto, in virtù delle giustificazioni mosse dalle autorità nazionali, finendo per rendere il campo di applicazione dell'art. 11 un contenitore pieno di cose tra loro diverse.

La giurisprudenza della Corte presenta elementi sia progressivi sia regressivi, un fenomeno che O'Connell ha definito "movimento a dondolo"⁹³. Quest'andamento ha recato incertezza in ordine al metodo seguito dalla Corte; ciò che è emerso, comunque, è che l'art. 11 non soltanto si applica alle persone o alle associazioni portatrici di vedute generalmente accettate, ma deve altresì, analogamente a quanto richiesto dall'art. 10, fornire protezione alle persone o alle associazioni le cui opinioni indignino, sgomentino o perturbino⁹⁴.

Del pari, gli Stati devono assicurare che il sistema giudiziario interno possa garantire una concreta ed efficace tutela contro la discriminazione fondata sull'appartenenza ad un'organizzazione sindacale⁹⁵.

A titolo esemplificativo, in *Danilenkov et a. c. Russia*, membri dell'Unione russa dei lavoratori portuali, dipendenti da una società privata, avevano effettuato uno sciopero infruttuoso e conseguentemente erano stati licenziati in forza di una ristrutturazione aziendale. Dato che i ricorrenti non avevano potuto avviare un'indagine tramite le autorità giudiziarie nazionali, la Corte ha rimarcato l'importanza di espungere qualsivoglia discriminazione basata sull'affiliazione sindacale e la facoltà di promuovere un'azione legale⁹⁶.

Prima di citare i casi che hanno dimostrato un aumento della pressione sui diritti collettivi dei sindacati, vorrei segnalare talune pronunce storiche, che hanno rivoluzionato il campo dei diritti dei lavoratori ed agevolato l'autotemancipazione della parte debole del rapporto di lavoro subordinato.

Un esempio basilare di approccio progressista è rappresentato dalla causa *Demir e Baykara c. Turchia*. Il presidente ed un associato del sindacato *Tüm Bel Sen* avevano invano protestato avverso il mancato rispetto di un contratto

⁹³ O'CONNELL, *Judges of the world united? Collective aspects of the right to work in regional human rights systems*, in BUCKLEY (a cura di), *Towards Convergence in International Human Rights Law*, Brill, 2016, p. 223.

⁹⁴ C. Eur. Dir. Uomo, 6 novembre 2012, *Redfearn c. Regno Unito*, ricorso n. 47335/06, pt. 56; C. Eur. Dir. Uomo, 9 luglio 2013, *Vona c. Ungheria*, ricorso n. 35943/10, pt. 57.

⁹⁵ C. Eur. Dir. Uomo, 30 luglio 2009, *Danilenkov et a. c. Russia*, ricorso n. 67336/01, pt. 124 e 136.

⁹⁶ *Danilenkov et a. c. Russia*, cit., pt. 130.

collettivo biennale da parte del datore di lavoro poiché l'organizzazione sindacale “non era competente a stipulare contratti collettivi secondo la legge vigente”⁹⁷; in difetto di un coerente ed unitario indirizzo degli Stati membri europei, la Corte “può e deve tener conto di elementi ricavabili da norme internazionali pattizie diverse da quelle della Convenzione, dell'interpretazione di tali elementi ad opera degli organi competenti e della prassi degli Stati europei che rispecchia i loro valori comuni. Il consenso che affiora da appositi strumenti internazionali e dalla prassi delle Alte Parti contraenti può costituire un referente rilevante per la Corte allorché interpreta le previsioni della Convenzione in specifiche ipotesi”⁹⁸.

La Corte ha configurato come violazione dell'art. 11 “l'ingerenza nel diritto dei ricorrenti, in qualità di impiegati municipali, di costituire un sindacato (...)” e “l'annullamento *ex tunc* del contratto collettivo sottoscritto dall'associazione sindacale del ricorrente in seguito alla negoziazione collettiva con l'Autorità”⁹⁹.

Demir e Baykara ha avuto un impatto decisivo su una serie di controversie, le quali possono testimoniare che un orientamento rispettoso dei diritti sociali ed attento al diritto internazionale e comparato può essere effettivamente adoperato per far evolvere la giurisprudenza della Corte¹⁰⁰. In sostanza “la Corte ha aperto la porta ad una dimensione maggiormente sociale, che ribalta la sua precedente (alquanto restrittiva) giurisprudenza”¹⁰¹; quest'ampia portata sviluppata dalla attività interpretativa del giudice di Strasburgo sui diritti sindacali produce effetti tanto orizzontali quanto verticali, “con significative conseguenze per le corti nazionali nei casi riguardanti i limiti al diritto di sciopero dettati dal principio di proporzionalità”¹⁰².

⁹⁷ *Demir e Baykara c. Turchia*, cit., pt. 19.

⁹⁸ *Demir e Baykara c. Turchia*, cit., pt. 85.

⁹⁹ *Demir e Baykara c. Turchia*, cit., pt. 169 e 183.

¹⁰⁰ V., *ex plurimis*, C. Eur. Dir. Uomo, 14 maggio 2013, *N.K.M. c. Ungheria*, ricorso n. 66529/11, pt. 20 e 21; C. Eur. Dir. Uomo, 25 giugno 2013, *Gáll c. Ungheria*, ricorso n. 49570/11, pt. 20, e C. Eur. Dir. Uomo, 2 luglio 2013, *R.SZ c. Ungheria*, ricorso n. 41838/11, pt. 19.

¹⁰¹ DORSEMONT, LOERCHER, SCHÖMANN, *The European Convention on Human Rights and the Employment relation*, Bloomsbury Publishing, 2013, p. 418.

¹⁰² LOPEZ, *Collective Bargaining and Collective Action: Labour Agency*, Bloomsbury Publishing, 2019, p. 47. Per ulteriori commenti sull'impatto della sentenza *Demir e Baykara*, v. EWING, HENDY, *The Dramatic Implications of Demir and Baykara*, in *ILJ*, 2010, p. 41, i quali affermano che “si tratta di una decisione in cui i diritti sociali ed economici sono stati definitivamente combinati con i diritti civili e politici, all'esito di un procedimento che teoricamente non è null'altro

In linea con quest'interpretazione estensiva dei diritti sindacali alla stregua dei diritti della Convenzione, e riconoscendo l'importanza capitale dei diritti collettivi del lavoro, la Corte ha ravvisato una violazione dell'art. 11 CEDU in *Hrvatski Liječnicki Sindikat c. Croazia*, ove è stato dichiarato che “quando non ricorrono circostanze eccezionali, la Corte trova difficile accettare che la salvaguardia del principio di parità nella contrattazione collettiva sia un obiettivo (...) idoneo a giustificare il fatto di privare un sindacato, per 3 anni ed 8 mesi, del più influente strumento di tutela degli interessi occupazionali dei suoi membri”¹⁰³.

A dispetto di questi spunti sulle tendenze progressive della Corte in tema di diritti sociali, la stessa ha simultaneamente manifestato derive regresive, le quali di fatto hanno neutralizzato alcune delle conquiste della summenzionata giurisprudenza. Un esempio calzante è *National Union of Rail, Maritime and Transport Workers c. Regno Unito*, inerente al divieto di azioni secondarie¹⁰⁴ che il Regno Unito ha imposto per oltre due decenni e che aveva suscitato reazioni critiche della Commissione di esperti dell'OIL e del Comitato europeo dei diritti sociali (ECSR)¹⁰⁵.

La Corte ha preso in considerazione il diritto comparato e rilevato che “l'azione secondaria è soggetta a diversificate restrizioni e condizioni, nella maggior parte degli Stati membri dell'Unione europea”¹⁰⁶. Nell'esaminare il caso, la Corte ha altresì dato contezza dell'esistenza di norme di diritto internazionale pertinenti e delle interpretazioni operate dagli organismi di volta in volta competenti: le sue conclusioni, tuttavia, hanno evidenziato un'eccessiva dipendenza dal margine di discrezionalità delle autorità interne, malgrado la consapevolezza che l'interdizione assoluta di lotte sindacali secondarie ad opera del Regno Unito riflettesse la forma più restrittiva di regolazione nazionale¹⁰⁷.

La Corte ha registrato il forte affidamento del ricorrente sulle condizioni rigidamente individuate in *Demir e Baykara* ai fini della limitazione della libertà

che la socializzazione dei diritti civili e politici”; e BARROW, *Demir and Baykara v. Turkey: Breathing Life into Article 11*, in *EHRLR*, 2010, p. 419.

¹⁰³ C. Eur. Dir. Uomo, 27 novembre 2014, *Hrvatski Liječnicki Sindikat c. Croazia*, ricorso n. 36701/09, pt. 59.

¹⁰⁴ V. sciopero di solidarietà, n.d.T.

¹⁰⁵ C. Eur. Dir. Uomo, 8 aprile 2014, *National Union of Rail, Maritime and Transport Workers c. Regno Unito*, ricorso n. 31045/2010, pt. 31-37.

¹⁰⁶ *National Union of Rail, Maritime and Transport Workers c. Regno Unito*, cit., pt. 38.

¹⁰⁷ *National Union of Rail, Maritime and Transport Workers c. Regno Unito*, cit., pt. 91.

di associazione sindacale, ma ha preso le distanze da questa linea di pensiero avvertendo che *Demir e Baykara* si riferiva ad una più profonda lesione della libertà di associazione, attinente allo scioglimento del sindacato¹⁰⁸.

La Corte ha puntualizzato che “se non è un aspetto essenziale, bensì secondario o accessorio, dell’attività sindacale ad essere colpito, la discrezionalità è più estesa ed è più probabile che l’interferenza, per sua natura, sia proporzionata rispetto alle sue conseguenze per l’esercizio della libertà sindacale”¹⁰⁹. La penetrante interferenza ed il portato del divieto sugli scioperi secondari, che in concreto hanno dimidiato la capacità del sindacato di tutelare gli interessi dei suoi membri, sono stati trascurati; peraltro, la Corte ha preso le distanze dai rilievi degli organi internazionali investiti dell’interpretazione dei rispettivi documenti¹¹⁰.

Queste risultanze contrastano con l’orientamento precedentemente espresso, che aveva preso atto della circostanza che in una società democratica lo strumento più efficace per convincere il datore di lavoro ad ascoltare le istanze dei lavoratori è indubbiamente lo sciopero. L’esito del procedimento in parola integra davvero una sconfitta per i diritti dei sindacati e rafforza esclusivamente la parte già forte al tavolo negoziale – i datori di lavoro, che beneficeranno della vasta discrezionalità assestatasi nel settore della politica economica e sociale; l’effetto di quest’indirizzo regressivo sarà attestato nella mia ultima trattazione, relativa alle misure di *austerity*.

9. Misure di *austerity* e diritti dei lavoratori

Negli ultimi anni si è assistito ad un incremento dei ricorsi aventi ad oggetto gli effetti delle misure di *austerity* invocate dai Governi attraverso programmi di adeguamento strutturale, comprensivi di un aumento della pressione fiscale e di riduzioni della spesa per il welfare. Le misure di *austerity* hanno notevolmente macchiato l’encomiabile immagine della Corte come “roccaforte della protezione dei diritti socioeconomici”¹¹¹: le misure in causa non solo tendenzialmente depotenziano la tutela dei diritti sotto l’egida della

¹⁰⁸ *National Union of Rail, Maritime and Transport Workers c. Regno Unito*, cit., pt. 86.

¹⁰⁹ *National Union of Rail, Maritime and Transport Workers c. Regno Unito*, cit., pt. 87.

¹¹⁰ *National Union of Rail, Maritime and Transport Workers c. Regno Unito*, cit., pt. 98.

¹¹¹ BARAGGIA, GENNUSA, *Social Rights Protection in Europe in Times of Crisis? A Tale of Two Cities*, in *VJICL*, 2017, p. 479.

Convenzione, ma possono anche intaccare e conseguentemente peggiorare la qualità della protezione dei componenti più deboli della società¹¹².

La Corte ha tentato di demarcare confini che indicassero che certi diritti non possono essere ignorati, indipendentemente dalla sussistenza di difficoltà economiche dovute ad una crisi finanziaria interna o financo globale¹¹³; ciononostante alcune tra le più recenti pronunce non dipingono un ritratto particolarmente fulgido dell'intendimento d'incorporare le valutazioni sui diritti sociali all'interno della Convenzione. Desidero porre in risalto questo punto perché, specialmente in tempi di crisi, è indispensabile che il giudice di Strasburgo sia consapevole del suo ruolo nella difesa dei diritti della Convenzione, inclusa la dimensione sociale di questa, oramai consolidata.

L'esperto indipendente delle Nazioni Unite in tema di ripercussioni del debito estero e di altre obbligazioni finanziarie internazionali degli Stati sul pieno godimento dei diritti umani, in particolare dei diritti economici, sociali e culturali, ha sottolineato l'indivisibilità dei diritti dell'uomo e segnalato quanto le misure di *austerità* non soltanto siano potenzialmente deleterie per la salvaguardia dei diritti economici e sociali, ma soprattutto possano incidere sulla sostanza dei diritti civili e politici: "I tagli all'erogazione dei servizi pubblici (...) possono risolversi nell'impossibilità di garantire i diritti civili al giusto processo, alla vita familiare, alla non discriminazione, alla libertà dalla tortura e dai trattamenti crudeli, inumani e degradanti, o persino il diritto alla vita"¹¹⁴.

¹¹² V. LUSIANI, CHAPARRO, *Assessing Austerity: Monitoring the Human Rights Impacts of Fiscal Consolidation* in *Center for Economic and Social Rights* 2018, p. 20: "Il fine ultimo di qualsiasi misura fiscale – sia essa espansiva o restrittiva – dev'essere la realizzazione dei diritti umani".

¹¹³ V., *ex multis*, C. Eur. Dir. Uomo, 18 giugno 2013, *Nencheva et a. c. Bulgaria*, ricorso n. 48609/06, pt. 117, concernente la morte di 15 bambini in una comunità familiare, nel contesto di una crisi economica e la conseguenziale privazione di beni necessari per la sopravvivenza.

¹¹⁴ È stato peraltro osservato che è necessario che gli Stati siano "guidati dall'apparato di protezione dei diritti umani esistente (...) che annovera i principali trattati internazionali in materia di diritti dell'uomo nonché la loro interpretazione autorevole in commenti di carattere generale, dichiarazioni, lettere aperte, decisioni, osservazioni conclusive e raccomandazioni emananti dagli organismi preposti alla sorveglianza sull'esecuzione dei trattati". V. United Nations Human Rights Council, *Guiding principles on human rights impact assessment of economic reforms – Report of the Independent Expert on the effects of foreign debt and other related international financial obligations of States on the full enjoyment of human rights, particularly economic, social and cultural rights*, A/HRC/40/57, 19 dicembre 2018, Principio 5; v. anche lo Studio di fattibilità del Consiglio d'Europa sull'impatto della crisi economica e delle misure di austerità sui diritti umani in Europa, approvato dal Comitato direttivo per i diritti dell'uomo (*Steering Committee for Human Rights*, CDDH), l'11 dicembre 2015, par. 20.

Queste conclusioni sono coerenti con le controversie sottoposte al sindacato della Corte in conseguenza delle misure di *austerità*. Nella causa *Koufaki ed ADEDY c. Grecia*, riguardante l'indiscriminato taglio del 20% degli stipendi e delle pensioni dei dipendenti pubblici¹¹⁵, la Corte si è pronunciata in favore del Governo convenuto ed ha sostenuto che la Grecia aveva agito entro i limiti della discrezionalità attribuitale¹¹⁶, stabilendo che la decurtazione dello stipendio del primo ricorrente non costituiva una misura draconiana che avrebbe posto questi in una condizione inferiore ad un livello di sussistenza generalmente accettato¹¹⁷: constatando “la ricorrenza di una straordinaria crisi economica senza precedenti nella storia greca”¹¹⁸, la Corte ha riconosciuto la violazione dell'art. 1 del Protocollo n. 1, ma l'ha giustificata mediante la corretta ponderazione dell'interesse generale rispetto a quello dell'istante.

Pervou ha censurato la prospettiva della Corte sostenendo che “in qualità di tribunale dei diritti umani, la Corte europea dei diritti dell'uomo avrebbe dovuto adottare il campo di applicazione del diritto come proprio punto di partenza, e successivamente valutare l'ampiezza della violazione. Del resto, la compressione dei diritti umani dovrebbe essere l'eccezione, mentre la loro protezione è la regola nel sistema della CEDU”¹¹⁹.

È altresì riprovevole che la Corte abbia ignorato quanto rilevato da altri organi internazionali. In precedenza il Comitato europeo dei diritti sociali aveva vagliato le misure di *austerità* apprestate dalla Grecia ed individuato la lesione dei diritti risultante dall'“effetto cumulativo delle misure restrittive e delle procedure delineate per predisporle”¹²⁰; la decisione in *Koufaki*, pertanto, è stata raggiunta ponendo l'accento sul margine di discrezionalità degli Stati nella regolamentazione interna ed in particolare il pregnante interesse pubblico: una simile enfasi sminuisce la pesante lesione del diritto di pro-

¹¹⁵ C. Eur. Dir. Uomo, 7 maggio 2013, *Koufaki ed ADEDY c. Grecia*, ricorsi nn. 57665/12 e 57657/12, pt. 20.

¹¹⁶ *Koufaki ed ADEDY c. Grecia*, cit., pt. 31.

¹¹⁷ C. Eur. Dir. Uomo, 12 ottobre 2004, *Kjartan Asmundsson c. Islanda*, ricorsi n. 60669/00, pt. 45. Decurtazioni delle pensioni potrebbero essere giustificate laddove rappresentassero una “ragionevole e proporzionata riduzione in confronto alla privazione totale dei diritti”.

¹¹⁸ *Kjartan Asmundsson c. Islanda*, ricorso n. 60669/00, cit., pt. 37.

¹¹⁹ PERVOU, *Human Rights in Times of Crisis: The Greek Cases before the ECtHR, or the Polarisation of a Democratic Society*, in *CJICL*, 2016, p. 119-120.

¹²⁰ V. Comitato europeo dei diritti sociali, decisione del 24 settembre 2012, *Pensioners' Union of the Agricultural Bank of Greece (ATE) c. Grecia*, ricorso n. 80/2012, pt. 78.

prietà garantito ad ogni persona fisica o giuridica dall'art. 1 del Protocollo n. 1, ed oltretutto svislisce la giurisprudenza internazionale *soft* che avrebbe potuto contribuire alla valutazione dell'impatto delle misure.

Loercher ha inoltre sottolineato l'omessa considerazione delle sentenze pronunciate dalle Corti costituzionali europee¹²¹.

L'impostazione della Corte in sostanza confligge con *Demir e Baykara* ed affievolisce la protezione approntata dalla Convenzione. Analogamente, il caso *Giavi c. Grecia*¹²² è paradigmatico di una tendenza regressiva dei giudici di Strasburgo circa la natura indissolubilmente interconnessa dei diritti civili, politici, economici e sociali.

In contrasto con la "carta bianca" concessa in *Koufaki*, la decisione *da Silva Carvalho Rico c. Portogallo* ha fornito un approccio maggiormente esigente con riguardo all'attuazione delle misure di *austerità*. La Corte, sebbene alla fine abbia dichiarato il ricorso irricevibile, ha accuratamente analizzato le conseguenze delle misure di *austerità* ed ha peraltro enucleato due importanti requisiti che erano stati soddisfatti dal Governo portoghese: in primo luogo, diversamente da *Koufaki*, le misure restrittive erano state previste in via transitoria; in secondo luogo, le misure di *austerità* non erano state attuate in modo omogeneo, il che avrebbe gravato in maniera sproporzionata sui cittadini meno abbienti.

Per di più la Corte costituzionale portoghese aveva recepito il concetto tedesco del "limite del possibile", noto in tedesco come *Vorbehalt des Möglichen*¹²³, il quale, a sua volta, corrobora il principio di proporzionalità¹²⁴: alla stregua di tale dottrina, i diritti economici, sociali e culturali sono realizzati "nei limiti del possibile", e dunque sulla base delle risorse economiche disponibili.

Il principio riposa sul postulato che lo Stato non è sempre rigorosamente soggetto al dovere di tutelare i diritti sociali, dal momento che questo

¹²¹ V. LOERCHER, *EGMR prüft drastische Sparmaßnahmen*, <https://www.hugo-sinzheimer-institut.de/hsi-newsletter/europaeisches-arbeitsrecht/2013/newsletter-022013.html> [Pubblicato il 20 novembre 2019].

¹²² C. Eur. Dir. Uomo, 3 ottobre 2013, *Giavi c. Grecia*, ricorso n. 25816/2009, pt. 43, relativa alla diminuzione delle integrazioni ed indennità salariali.

¹²³ V., ad esempio, BVerfGE 43, 291 (314f); 33, 303 (333): "Il limite del possibile va inteso rispetto a ciò che il singolo può ragionevolmente pretendere dalla società".

¹²⁴ C. Eur. Dir. Uomo, 1° settembre 2015, *Da Silva Carvalho Rico c. Portogallo*, ricorso n. 13341/14, pt. 21.

dovere è suscettibile di temperamenti in dipendenza dalle condizioni generali di benessere finanziario dello Stato medesimo; inoltre il principio circoscrive la compressione dei diritti sociali precisando che il nucleo di ciascun diritto sociale non può essere dismesso: ne discende che persino in tempi di crisi una protezione minima dei diritti sociali dev'essere garantita e che i principi di eguaglianza e dignità umana devono rimanere inalterati.

La Corte ha riconosciuto tutto ciò verificando che le restrizioni non comportassero “una privazione totale dei diritti produttiva della perdita dei mezzi di sussistenza”¹²⁵. In *da Silva Cavalho Rico* questo livello non è stato raggiunto e la Corte ha concluso che in un momento di grave crisi finanziaria, la quale affliggeva il Portogallo al tempo del ricorso, le previsioni che riducevano l'ammontare del trattamento pensionistico erano legittime in ragione di preminenti interessi pubblici¹²⁶.

La sfumata valutazione della proporzionalità delle misure di austerità operata dalla Corte è stata perfezionata in *N.K.M. c. Ungheria*¹²⁷. La ricorrente, un'impiegata statale a tempo indeterminato, aveva subito un prelievo fiscale del 98% sul suo trattamento di fine rapporto a causa di una novella legislativa entrata in vigore poco prima del suo licenziamento.

La Corte ha riconosciuto la “sostanziale privazione del reddito” sofferta dalla ricorrente, che costituiva “un onere eccessivo per l'istante”¹²⁸: conseguentemente ha stabilito che i lavoratori devono essere salvaguardati dal licenziamento e che pertanto lo Stato non gode di un'illimitata libertà d'azione quando si tratta di tassare la retribuzione spettante ai lavoratori per l'estinzione del rapporto di lavoro, anche in tempi di crisi; la Corte ha opportunamente asserito che “seri dubbi permangono sul fatto che le giustificazioni generali si applichino alla ricorrente, in quanto la stessa non avrebbe potuto esser ritenuta responsabile dei problemi fiscali ai quali lo Stato intendeva far fronte”¹²⁹.

Questa controversia, unitamente a quella *R.SZ c. Ungheria*¹³⁰, si distingue per il fatto che la Corte ha tenuto conto della dimensione sociale del diritto di proprietà e conferma che il diritto in questione è determinante nell'am-

¹²⁵ *Da Silva Cavalho Rico c. Portogallo*, cit., pt. 42.

¹²⁶ *Da Silva Cavalho Rico c. Portogallo*, cit., pt. 40.

¹²⁷ *N.K.M. c. Ungheria*, cit., pt. 40.

¹²⁸ *N.K.M. c. Ungheria*, cit., pt. 70 e 72.

¹²⁹ *N.K.M. c. Ungheria*, cit., pt. 59.

¹³⁰ *R.SZ. c. Ungheria*, ricorso n. 41838/II, cit., pt. 31-34.

bito della protezione dei diritti dei lavoratori, segnatamente nella malaugurata ipotesi di un licenziamento. Occupandosi delle misure di *austerity*, la Corte è andata abbastanza lontano nel tentativo di fare chiarezza sul procedimento ermeneutico seguito quando si tratta di violazioni dei diritti derivanti da crisi; è maggiormente probabile che la tassazione progressiva delle famiglie con redditi più elevati si conformi al principio di proporzionalità¹³¹, laddove misure socialmente “cieche”, che effettivamente colpiscono tutti i cittadini come se versassero nella medesima situazione finanziaria, non possono considerarsi rientranti nella discrezionalità statale.

10. *Conclusioni: orientamenti restrittivi nella giurisprudenza della Corte e possibile soluzione*

La tendenza regressiva nella giurisprudenza della Corte è rimarchevole, ma non inarrestabile. *Demir and Baykara c. Turchia*, *Konstantin Markin c. Russia* e *Barbulescu c. Romania* rappresentano tre pronunce storiche che hanno apportato significativi contributi alla dimensione sociale dei diritti dei lavoratori alla luce della Convenzione: dopo di esse la giurisprudenza della Corte non è stata lineare ed elementi regressivi si sono insinuati in numerose decisioni, principalmente nel campo dei diritti sindacali e delle misure di *austerity*.

In generale, può essere osservato che quando la Corte adotta un approccio equilibrato ed integrato ai fini dell'interpretazione di un diritto sancito dalla Convenzione e prende autenticamente in considerazione gli attuali rilievi degli organismi internazionali, oltre che gli indirizzi europei, affronta la sfida della difesa dei diritti della Convenzione – specialmente in tempi burrascosi alterati dalla precarietà sociale ed economica. Alexy ha acutamente affermato: “è proprio in tempi di crisi che financo una minima protezione costituzionale dei diritti sociali appare indefettibile”¹³².

¹³¹ C. Eur. Dir. Uomo, 8 ottobre 2013, *Mateus et a c. Portogallo*, ricorsi nn. 62235/12 e 57725/12, pt. 29; *Da Silva Cavalho Rico c. Portogallo*, ricorso n. 13341/14, cit.

¹³² ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford University Press, 2002, p. 344.

Key words

Corte europea dei diritti dell'uomo, libertà di associazione, lavoratori migranti.

European Court of Human Rights, freedom of association, migrant workers.