amministrativ@mente

Rivista di diritto amministrativo

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Diretta da
Gennaro Terracciano, Stefano Toschei,
Mauro Orefice e Domenico Mutino

Direttore Responsabile
Marco Cardilli

Coordinamento
L. Ferrara, F. Rota, V. Sarcone

FASCICOLO N. 3-4/2015

estratto

Registrata nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009
ISSN 2036-7821

Comitato scientifico

Bonfiglio Salvatore, Carloni Enrico, Castiello Francesco, Cittadino Caterina, D'Alessio Gianfranco, Di Pace Ruggiero, Gagliarducci Francesca, Gardini Gianluca, Gattamelata Stefano, Greco Maurizio, Laurini Giancarlo, Mari Angelo, Marini Francesco, Mastrandrea Gerardo, Matera Pierluigi, Merloni Francesco, Nobile Riccardo, Palamara Luca, Palma Giuseppe, Panzironi Germana, Pasqua Simonetta, Patroni Griffi Filippo, Piazza Angelo, Pioggia Alessandra, Puliat Helene, Realfonzo Umberto, Schioppa Vincenzo, Sciascia Michel, Sestini Raffaello, Spagnoletti Leonardo, Staglianò Giuseppe, Storto Alfredo, Titomanlio Federico, Tomassetti Alessandro, Uricchio Antonio, Volpe Italo.

Comitato editoriale

Laura Albano, Daniela Bolognino, Caterina Bova, Silvia Carosini, Sergio Contessa, Marco Coviello, Ambrogio De Siano, Luigi Ferrara, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Concetta Giunta, Filippo Lacava, Masimo Pellingra, Carlo Rizzo, Francesco Rota, Stenio Salzano, Ferruccio Sbarbaro, Francesco Soluri, Marco Tartaglione, Stefania Terracciano, Angelo Vitale, Virginio Vitullo.

L'autodichia delle Camere dalla generale artificialità all'effettiva ma residuale specialità?
A margine della sentenza Corte Costituzionale n. 120 del 5.5. 2014

di Marco Maria Carlo Coviello*

Sommario

1. Premessa; 2. La questione; 3. Gli aspetti sostanziali: a) il criterio funzionale; b) il criterio funzionale nell'ambito del d.lgs. 165/2001; c) l'autodichia tra improbabili desistenze e conflitti di attribuzioni; 4. La Corte Costituzionale, l'Unione Europea e il d.lgs. 368/2001; 5. La libera circolazione dei lavoratori e la nozione di pubblica amministrazione; 6. Per un'interpretazione dinamica delle fonti del diritto del lavoro in una prospettiva costituzionalmente orientata all'integrazione dell'Unione Europea; 7. Conclusioni.

1. Premessa

Il potere di giudicare in via esclusiva e definitiva i ricorsi avverso gli atti e i provvedimenti adottati dall'amministrazione del Senato non trova fondamento in leggi o atti aventi forza di legge. L'autodichia è prevista nei regolamenti parlamentari adottati ai sensi dell'articolo 64 della Costituzione [1]. I regolamenti non rientrano nella previsione dell'articolo 134 Cost., che indica come sindacabili solo la legge e gli atti a essa equiparati.

2. La questione

La Corte Costituzionale con la sentenza n. 120 del 5 maggio 2014 riconferma così il tradizionale orientamento secondo cui sono insindacabili i regolamenti parlamentari in sede di giudizio di legittimità costituzionale. A fronte della questione posta dalla Cassazione[2] circa il contrasto che la previsione dell'autodichia realizzerebbe con gli articoli 3 e 24 Cost, si propone una ricostruzione sistematica del giudizio di costituzionalità che almeno formalmente disattende le motivazioni dell'ordinanza. L'adozione di tale ricostruzione sistematica neutralizza anche il riferimento agli altri parametri di legittimità costituzionale dei quali si afferma la violazione, rinvenibili negli articoli 102, 111 e 113 Cost.. Il pronunciamento della Corte Costituzionale è però più articolato e complesso di quanto potrebbe suggerirne una prima lettura, e si presta alla proposizione di ricostruzioni strumentali finalizzate a forzarne il percorso interpretativo[3].

3. Gli aspetti sostanziali: a) il criterio funzionale; b) il criterio funzionale nell'ambito del d.lgs. 165/2001; c) l'autodichia tra improbabili desistenze e conflitti di attribuzioni

a)Il criterio funzionale

Di là dal mero pronunciamento formale, la Corte Costituzionale sembra, in realtà, aderire sostanzialmente[4] alla ricostruzione/visione prospettica della Cassazione. Quest'ultima, infatti, cosi come riportato nella sentenza, rileva «*la differenza tra l'esercizio delle funzioni legislative e politiche e gli atti con cui le Camere provvedono alla propria organizzazione*». Il ridimensionamento del carattere di specialità o di garanzia della disciplina delle Camere è il presupposto logico della successiva argomentazione della Cassazione, secondo cui la necessità di garantirne una posizione d'indipendenza scevra da vincoli esterni non giustifica l'autodichia.

In altri termini, tale potere, quando si tratta di questioni riguardanti i dipendenti di Camera e Senato, non costituisce una prerogativa necessaria a garantire l'indipendenza delle istituzio-

---

* Il lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della *double blind peer review*.

[1] L'articolo 12 del regolamento 12.2.1971 attribuisce al Senato il potere di dirimere direttamente le controversie con il proprio personale senza alcuna verifica esterna.

[2] Cassazione Sez. Unite Civile ordinanza 6 maggio 2013, n. 10400, in www.cortedicassazione.it servizio novità

[3] R. DICKMANN, *Tramonto o rilegittimazione dell'autodichia delle camere, (nota a Corte cost. , 5 maggio 2014, n. 120),* in *www.federalismi.it*.

[4] L. TESTA, *La Corte salva (ma non troppo) l'autodichia del senato. Brevi note sulla sent. Corte cost. n. 120 del 2014*, in *www.federalismi.it*, pone l'accento sul fatto che «secondo la Corte, infatti, l'insindacabilità dei regolamenti non comporta che essi siano, come nel lontano passato, fonti puramente interne e con ciò s'intende chiarire che essi, pur sottratti all'area degli atti la cui legittimità costituzionale è custode la Consulta ex art 134, prima alinea Cost, non possono risolversi in una lesione, diretta o indiretta, del rispetto dei diritti fondamentali, tra i quali il diritto d'accesso alla giustizia , cosi come l'attuazione di principi inderogabili. L'indipendenza delle Camere non può, infatti, compromettere diritti fondamentali né pregiudicare l'attuazione di principi inderogabili. Se questo non bastasse a rendere chiaro l'orientamento della Corte, toglierà infine ogni perplessità la scelta di rilevare come peraltro negli ordinamenti costituzionali a noi vicini, come Francia, Germania, Regno Unito, Spagna l'autodichia sui rapporti di lavoro con i dipendenti e sui rapporti con i terzi non è più prevista. In definitiva, è soltanto, quindi, un mero ostacolo processuale quello che ha frenato la Corte dall'intervenire sul vivo della materia».

ni parlamentari e non è per niente coessenziale alla natura costituzionale di detti organi.
Quest'assunto costituisce il filo rosso che lega, accumunandoli, il percorso argomentativo della Cassazione con quello della Corte Costituzionale, la quale riprende le motivazioni sostanziali dell'ordinanza di rimessione quando rileva che la specialità dei regolamenti rende gli stessi insindacabili solo qualora tali norme si pongano a garanzia dell'indipendenza delle Camere da ogni altro potere. La specialità è giustificata dalla necessità di apprestare uno statuto di garanzia al procedimento legislativo. L'esatta delimitazione di tale statuto è rimessa al dinamico esercizio dei poteri costituzionali, cosicché la Corte si pone come arbitro dell'esercizio di tali poteri attraverso lo strumento del conflitto di attribuzioni[5].

In questo senso, la competenza regolamentare sulla disciplina del personale appare subordinata all'individuazione della «funzione» che la disciplina del rapporto di lavoro ha nell'ambito dello statuto di garanzia previsto per il processo legislativo. L'insussistenza di ragioni che giustificano l'attrazione della disciplina del lavoro nell'ambito dello statuto di garanzia non può, comunque, limitare, secondo la Corte, l'esercizio di diritti fondamentali. Il confine tra i due distinti valori dell'autonomia delle Camere e della legalità/giurisdizione andrebbe ravvisato «*nel nesso strettamente funzionale all'esercizio indipendente delle attribuzioni proprie del potere legislativo, mentre ricadrebbero sotto il dominio delle regole del diritto comune i comportamenti estranei alla ratio giustificativa dell'autonomia e dell'autodichia propria delle Camere*».[6]Inoltre, la Corte ricorda che la necessità di tale attrazione è stata superata negli ordinamenti costituzionali «*a noi più vicini*».

Analogamente, l'ambito dell'immunità parlamentare, secondo la convergente interpretazione della Corte Costituzionale e di quella di Strasburgo è stato individuato solo in presenza di un nesso funzionale fra l'opinione espressa e l'attività parlamentare proprio per limitare l'impedimento all'accesso al giudice naturale da parte di chi si ritenga leso[7].

[5] S. CICCONETTI, *Corte europea dei diritti dell'uomo e autodichia parlamentare*, in *Giurisprudenza.it*, 2010 *A* questo proposito centrale appare la ricostruzione dell'autore secondo cui «la riconosciuta posizione centrale del Parlamento non gli assicura quella posizione d'indipendenza assoluta nei confronti degli altri poteri dello Stato che la Corte considera invece come conseguenza necessaria; in realtà, la posizione del Parlamento è quella che risulta disegnata in positivo dalla Costituzione e tale disegno non esclude rilevanti possibilità di intervento di altri organi costituzionali nei confronti della Camere. Basti ricordare il potere di scioglimento anticipato delle Camere attribuito dall'art. 88 della Costituzione al Presidente della Repubblica, ma anche i poteri attribuiti a questo stesso organo rispettivamente dall'art 63 co. 2 e dall'art 59 co. 2, di convocazione straordinaria di ciascuna Camera e di nomina di cinque senatori a vita. Cosi come, per quanto riguarda il Governo, il diritto dei membri di tale organo , riconosciuto dall'articolo 64 co., di assistere alle sedute delle Camere , anche se non ne fanno parte, nonché il potere di rimessione di un progetto di legge all'assemblea previsto dall'articolo 72 co. 3 . E' innegabile che negli esempi citati ci si trovi di fronte a possibilità di interventi talvolta di estremo rilievo –si pensi al potere di scioglimento anticipato-da parte di altri organi costituzionali - nei confronti delle Camere: tali possibili interventi dall'esterno consentono un primo approdo in negativo al concetto di centralità del Parlamento: esso non significa indipendenza delle due Camere nei confronti degli altri organi costituzionali intesa come esclusione assoluta di ogni ingerenza esterna. La posizione delle Camere è analoga a quella di altri poteri dello Stato, nel senso che ognuno di essi ha diritto, nei rapporti reciproci, al rispetto delle proprie competenze nei limiti fissati dalle norme costituzionali».

[6] Corte costituzionale, sentenza 17 ottobre 1996, n. 379

[7] A. RUGGERI, *Novità in tema di insindacabilità dei regolamenti parlamentari in una pronunzia ponte della Consulta: a margine di Corte Cost. n.120 del 2014)*, in *www.giurcost.it.*, sottolinea che «insomma il soggetto ricorrente che lamenta la lesione del diritto ha, forse, ragione (diciamo pure, con ogni probabilità ce l'ha e lo lascia intendere lo stesso atto di rimessione della questione); sbagliata si è rilevata la scelta del mezzo processuale idoneo a farla valere. Se, di contro, la Cassazione si fosse avvalsa dello strumento giusto, con ogni probabilità la partita avrebbe preso un'altra piega».

In questa prospettiva è chiaro come il contenzioso fra il datore di lavoro Senato e un suo dipendente non può rivestire un carattere di specialità tale da limitare la competenza del giudice ordinario o il normale riparto di giurisdizione. La specialità insita nell'esercizio di funzioni pubbliche permea il riparto di giurisdizione previsto dal decreto legislativo 165/2001: il giudice ordinario si occupa del rapporto di lavoro, assimilabile a quello privato, mentre al giudice amministrativo è rimessa la giurisdizione per attività a più forte connotazione pubblicistica. Tale ripartizione non si ritrova nei regolamenti parlamentari, con la conseguenza evidente di attrarre nello statuto di garanzia finalizzato alla protezione del procedimento legislativo anche la prestazione di lavoratore (nel caso di specie, un geometra) che nulla a che vedere con l'autonomia degli organi costituzionali.

b)Il criterio funzionale nell'ambito del d.lgs. 165/2001

Come può evincersi dall'impostazione complessiva del decreto 165/2001, e già prima del decreto 29/1993, il riparto di giurisdizione adottato dal legislatore si adegua alla scelta di uniformare (in senso privatistico) la disciplina sostanziale del rapporto di lavoro, a prescindere dalla natura/qualificazione del datore di lavoro Tale impostazione trova riscontro non solo nella relazione al Consiglio di Stato[8] sullo schema di decreto del 1993, ma anche nella posizione di autorevole dottrina[9] che, anche con riferimento alla «seconda privatizzazione» del pubblico impiego, sottolineava la necessità di una corrispondenza tra sostanziale e disciplina processuale in virtù del nesso funzionale fra i due momenti. A fronte della posizione critica che affermava l'irriducibilità del lavoro pubblico a quello privato, il legislatore delegato all'epoca ha individuato i settori nei quali la specialità della funzione esercitata rende non conciliabile la generale applicazione della disciplina privatistica. Tale distinzione sembra attraversare l'intera disciplina del rapporto alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche, interessando il rapporto politica/amministrazione, il riparto di giurisdizione e financo l'applicabilità del divieto di conversione a tempo indeterminato dei contratti di lavoro. L'esercizio di funzioni pubblicistiche (autoritative) rende speciali determinate fattispecie, comportando la derogabilità della disciplina privatistica del rapporto di lavoro, che ha di per sé un ambito generale: quindi, non più la distinzione tra lavoro pubblico e privato, ma tra lavoro che riguarda funzioni prettamente pubblicistiche connesse all'esercizio del potere autoritativo e lavoro in ambiti che non integrano profili di specialità. L'applicazione di tale criterio è stata giudicata conforme a Costituzione dalla giurisprudenza amministrativa[10]

[8]Consiglio di Stato Adunanza plenaria, in Foro it., 1993 .

[9]M. D'ANTONA, *Lavoro pubblico e diritto del lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle «leggi Bassanini»*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 1998.

[10] Vedi TAR Veneto, 19 settembre 2002, n. 5607, secondo cui «è manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale relativa alla differenziazione di regime giuridico dei rapporti di lavoro inerenti alla carriera prefettizia (e il personale della Polizia di Stato) e l'assoggettamento, per converso, al regime privatistico del restante personale dell'amministrazione dell'Interno, giacché va riconosciuta unitarietà alla carriera prefettizia in ragione della natura delle specifiche funzioni dirigenziali attribuite ai funzionari che ne fanno parte. Non sussiste, quindi, uguaglianza e neppure omogeneità di situazioni tra la posizione giuridica del personale della carriera suddetta e quella dei collaboratori amministrativi in servizio presso le prefetture e, più in generale le condizioni del restante personale dell'amministrazione civile dell'interno».
La pronuncia del Consiglio di Stato 30 dicembre 2005, n. 7591, che ha disconosciuto il vizio di delega dell'articolo 2 del d.lgs. 29/1993 in quanto non si ricomprende nella privatizzazione del pubblico impiego il personale della carriera prefettizia dalla qualifica di vice consigliere di prefettura, e non anche il personale civile del Ministero dell'interno dell'area economica finanziaria, sulla base di

secondo cui è legittima l'impostazione che ha distinto l'ambito di attività che comporta l'esercizio di specifiche funzioni pubblicistiche da quello in cui non esiste esercizio di potere pubblico o attività autoritativa. Conseguentemente, il principio ha portato all'individuazione di categorie di lavoratori sottratte al regime di privatizzazione[11]: tale individuazione, peraltro, non è caratterizzata da un criterio uniforme e omogeneo, cosi come rilevato dalla giurisprudenza amministrativa e dalla stessa dottrina[12].

Tuttavia, immanente all'impianto sistemico della privatizzazione è il principio secondo cui la deroga in favore della disciplina di diritto pubblico è limitata ed è strettamente legata all'esercizio di funzioni pubblicistiche. Tale concetto rientra quindi tra quelli che sono riportati esplicitamente nel testo del decreto 29/1993, e acquistano il rilievo di principi di riforma economica sociale che vincolano, seppure in misura e con modalità diverse, tutte le componenti della Repubblica. Tanto più che una qualificata dottrina ha rilevato come «sull'intera riforma peserà sin dall'inizio la spada di Damocle di una sua inconciliabilità con la Carta fondamentale: con riguardo alla stessa privatizzazione per contrasto con l'articolo 97, comma 1, in ragione di un'incompatibilità ontologica condivisa dalla maggioranza della dottrina e della magistratura amministrativa ma non smentita dalla stessa Corte Costituzionale, e rispetto all'efficacia erga omnes della contrattazione collettiva per contrasto con l'art 39 della Costituzione. Una minaccia questa destinata a venir meno per una sorta di costituzionalizzazione della legislazione in parola operata dal giudice delle leggi attraverso una serie di decisioni».[13].

Ciò premesso, la stessa necessaria sussistenza della specialità delle funzioni esercitate anche nell'ambito dell'attività svolta a favore delle assemblee parlamentari sembrerebbe costituire criterio di legittimità della disciplina del rapporto di lavoro adottato.[14]. In una prospettiva meramente sostanziale, pur laddove si ritenesse l'attribuzione di competenza dei regolamenti parlamentari sulla gestione del personale legittima, sembrerebbe rimanere fermo il criterio secondo cui tale regolamentazione dovrebbe comunque distinguere l'attività a seconda della

una chirurgica separazione delle funzioni di rodine autoritative tipiche della carriera prefettizia dalle altre.

[11] A. POZZI, *Serve ancora una giurisdizione speciale del lavoro pubblico,* in *www.giustizia-amministrativa.it*, avanza «il dubbio circa la legittimità o l'utilità della conservazione della giurisdizione amministrativa nei confronti di categorie di lavoratori per le quali gli aspetti di tutela di diritti soggettivi, sia per quanto attiene i contenuti del rapporto di lavoro sia per quanto riguarda le fonti di disciplina sostanziale , rimesse comunque , direttamente o indirettamente, alla contrattazione collettiva, non si pongono con carattere differenziato rispetto alle categorie privatizzate».

[12] C. SILVESTRO, *La perimetrazione dell'area sottratta alla privatizzazione del pubblico impiego,* in *ilnuovodirittoamministrativo.it/rivista*, secondo cui «solo apparentemente l'elencazione dettata dal decreto 165/2001 può sembrare monolitica. Il compito di perimetrare l'area di esclusione della privatizzazione ha, invece, messo non poche volte in difficoltà gli interpreti, anche in ragione di due specifici fattori: a) la mancanza di una logica unitaria nell'individuazione delle categorie sottratte alla privatizzazione; b) dubbi e o oscillazioni sulla portata delle esclusioni, ora per successivi interventi legislativi ora per la frizione tra ordinamento generale del pubblico impiego e ordinamenti di settore delle singole categorie escluse».

[13] F. CARINCI, *Il pubblico impiego non privatizzato,* Milano, Giuffrè, 2007. Nello stesso senso ID., *Massimo D'Antona e la «contrattualizzazione» del pubblico impiego: un tecnico al servizio di un'utopia,* in W.C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 80/2008.

[14] In questa prospettiva appare emblematica anche la disciplina del personale del Cnel. A. TURSI, *L'ambito d'applicazione della riforma,* in F. CARINCI e L. ZOPPOLI (a cura di*) La riforma del lavoro pubblico.* L'autore considerava possibile l 'implementazione della privatizzazione nei confronti dei dipendenti degli organi ausiliari dello Stato e, in generale , degli organi di rilevanza costituzionale già ritenendo applicabile tale disciplina nel vigore del regime pubblicistico per il personale non di magistratura e non di avvocatura del consiglio di stato e della corte dei conti e per quello del Consiglio Nazionale dell' Economia e del lavoro.

presenza o meno di funzioni pubblicistiche. La sussistenza di funzioni pubblicistiche presuppone l'omogeneità del trattamento speciale per tutte le categorie di lavoratori che le esercitano, giacché è unico il criterio fondativo della specialità del rapporto, anche a prescindere del rilievo costituzionale dell'organo presso cui si presta servizio[15].

c)l'autodichia tra improbabili desistenze e conflitti di attribuzioni.

Riguardo ai profili messi in luce, non pare possibile concordare con alcune tesi avanzate dopo la pubblicazione della sentenza.

Nello specifico, partendo dall'assunto secondo cui soltanto le norme regolamentari possono impedire l'accesso al giudice esterno da parte di chi si ritenga danneggiato, si sostiene che «non può che essere che per tali diritti (patrimoniali o personali, di parlamentari o dipendenti o degli estranei) fuori dall'esecutività della capacità di qualificazione del diritto parlamentare rivive la competenza generale della giurisdizione ordinaria che se ostacolata dalle Camere in via di conflitto tra poteri può però essere riconosciuta dalla Corte Costituzionale».[16]

Tale impostazione attribuisce alla fattispecie un mero carattere processuale, e disconosce la valenza sostanziale della disciplina del rapporto di lavoro e dell'effettività della tutela giurisdizionale, patrimonio intangibile della Costituzione italiana e dell'ordinamento dell'Unione Europea. Subordinare l'accertamento del diritto alla mera facoltà delle Camere di avvalersi dell'autodichia verrebbe a ledere l'omogeneità, l'uniformità e l'effettività del riconoscimento dei diritti non comprimibili. La piena tutela dei diritti sembra impedire che possa considerarsi un risultato accettabile e conforme a Costituzione il fatto che «per via di acquiescenza, oltre che mediante la vittoria e la soccombenza in Corte Costituzionale, si andrà così disegnando un mosaico dei mille possibili punti di contatto tra ordinamento generale e micro–ordinamento par-

[15] R. IBRIDO, *In "direzione ostinata e contraria": la risposta della Corte costituzionale alla dottrina della sindacabilità dei regolamenti parlamentari* in *www.associazionecostituzionalisti.it*, il quale, seppur nell'attesa di adeguamento dell'autodichia ai principi del giusto processo afferma: «quale che sia il significato da attribuire a quest'ultima espressione, non vi è dubbio peraltro che la conformità delle regole processuali a Costituzione continui a costituire un prerequisito di un procedimento giurisdizionale che possa dirsi "giusto". In altre parole, devono prospettarsi due diversi scenari: se si ritiene l'autodichia compatibile sul piano sostanziale con il quadro costituzionale, dovrebbe allora essere la legge a disciplinarne le regole processuali, o almeno a contenere un'abilitazione normativa in favore di un Regolamento parlamentare "secondario", vale a dire quella categoria di Regolamenti "minori" i quali trovano la propria metanorma sulla produzione nella legge ordinaria (ad esempio il Regolamento della Commissione di Vigilanza RAI). In fondo, un modello non troppo dissimile è quello che caratterizza i rapporti fra l'art. 14, c. 3 della legge 11 marzo1953, n. 87 e il Regolamento per i ricorsi in materia di impiego della Corte costituzionale».

[16] G. BUONOMO, *Il diritto pretorio sull'autodichia tra resistenze e desistenze* in *www.giurcost.org*. *Forum di Quaderni costituzionali*, 2014, sottolinea come «la costruzione del confine tra guarentigia e diritto comune, fissata secondo il discrimine del nesso funzionale può avvenire non per via di ricorsi o resistenze ma mediante desistenze. In alcuni o molti dei casi ipotetici il confine potrebbe essere determinato da un'intelligente opera di discrimine, fatta a priori dalle amministrazioni parlamentari, su quanto vale perseverare nella difesa di un ambito nato durante la vigenza della tesi dell'autodichia e quando invece una sincera valutazione della sostenibilità dell'autodichia, alla luce della tesi funzionalista induca recedere da una vana difesa. La desistenza può, come in ogni caso di diritto pretorio, esprimersi in due diverse forme: o a monte, evitando di eccepire il giudizio l'autodichia (desistenza "silente"); o a valle, dinanzi ad una decisione giurisdizionale che disattenda l'eccezione non già con il sollevare il ricorso, ma semplicemente decidendo la regiudicanda (desistenza "soccombente"). Già è avvenuto che il giudice adito disattendesse la rivendicazione menomante della Camera, semplicemente respingendo l'eccezione. In questi casi, ovviamente, non è il fatto compiuto che prevale, ma semplicemente s'inverte l'onere del ricorso per conflitto di attribuzioni: invece del magistrato procedente, è la Camera o il Senato a dover fare il primo passo, ricorrendo a palazzo della Consulta».

lamentare giungendo con molta lentezza a un assestamento secondo le direttrici della sentenza 379 del 2 novembre 1996, che è la vera capostipite della sentenza della Corte Costituzionale n.120/2014».[17]. È evidente che anche l'eventuale fondatezza fattuale di una tale dinamica ricostruttiva giustificherebbe un'azione urgente del legislatore diretta a ridefinire i confini della fattispecie. Il possibile arbitrio o, comunque, l'esercizio di un potere incondizionato che si manifesti nella scelta di avvalersi in sede processuale della prerogativa di eccepire l'autodichia sembrerebbe quindi non rendere sostenibile nel lungo periodo una tale situazione d'indeterminatezza nella tutela dei diritti.

Altra dottrina ha rilevato, al contrario, che «di fronte ad una norma regolamentare che affida espressamente l'adozione dei provvedimenti concernenti il personale a organi interni alle Camere la possibilità di sollevare conflitto non sarà sfruttata tanto dai giudici comuni, quanto piuttosto dagli organi camerali di fronte alle decisioni dei primi, essendo comunque esistente una norma attributiva di una determinata funzione. Al giudice, infatti, basterebbe respingere l'eccezione di carenza di giurisdizione decidendo nel merito la questione controversa»[18]. Tutto ciò senza tenere conto che la stessa individuazione del conflitto d'attribuzione quale sede di verifica del fondamento costituzionale di un potere decisorio che limiti quello conferito dalla Costituzione ad altre autorità «solleva comunque perplessità perché la tutela dei diritti è perseguita dal giudice delle leggi, non attraverso lo strumento tipico del giudizio di legittimità costituzionale, ma in via mediata»[19].

A fronte di una ricostruzione giuridica e fattuale che evidenzia, comunque, una sorta d'iper-estensione dell'autonomia costituzionale delle Camere, lo strumento del conflitto d'attribuzione sembra essere quello più idoneo a intervenire nei casi singoli oggetto di contenzioso. Tale iper–estensione dell'autonomia delle Camere, almeno per quanto riguarda l'ordinamento del personale, costituisce lo schermo che impedisce l'esatta individuazione dei singoli elementi, qualificabili in termini di diritto soggettivo e interesse legittimo, che si combinano nell'ambito del rapporto di lavoro alle dipendenze delle assemblee elettive. L'effettiva esistenza di una problematica legata alla corretta definizione del perimetro proprio dell'autonomia parlamentare è testimoniata proprio dal reiterato promovimento della questione dal 1985[20] in poi.

L'automatica e ingiustificata applicazione di una disciplina «singolare/autonoma» del rapporto di lavoro, o meglio spuria, cioè non inquadrabile immediatamente ed esplicitamente né nel campo pubblicistico né in quello strettamente privatistico del decreto legislativo 165/2001, rende indistinti gli ambiti di applicazione dell'interesse legittimo e dei diritti soggettivi dei lavoratori delle assemblee parlamentari, con un nocumento diretto della loro tutela giurisdizionale. È pertanto evidente, almeno nel caso specifico che la mancata distinzione, nell'ambito di operatività del rapporto di lavoro con le assemblee parlamentari, dei diritti soggettivi dei lavoratori e dell'interesse legittimo connesso all'effettiva esistenza e necessità delle funzioni pubblicistiche porta a giustificare vistose disparità di trattamento. Si attribuiscono ai lavoratori, immotivatamente e a parità di attività svolta, indebite posizioni di vantaggio nei confronti della collettività caratterizzate da retribuzioni non comparabili né con il resto del settore pubblico né con quello

[17] BUONOMO, *op. cit.*

[18] A. LO CALZO, *Il principio di unicità della giurisdizione costituzionale e la giustizia domestica delle camere,* in *www.federalismi.it*

[19] Ibidem.

[20] Corte Costituzionale, sentenza n. 154/1985.

privato, per poi pregiudicarne comunque il più elementare diritto alla tutela giurisdizionale attraverso la giurisdizione domestica. In questo modo e in termini più generali le ragioni dell'estensione della privatizzazione anche a questi soggetti appaiono non solo evidenti e fondate, ma suscettibili di un'applicazione tempestiva che oltre a livellare indebite posizioni di privilegio garantiscano l'effettività della tutela giurisdizionale.

Del resto gli esempi proposti[21], seppure in via speculativa, nell'ambito del possibile instaurarsi del conflitto d'attribuzione mostrano come il nesso funzionale pubblicistico non sembra, giustifichi una disciplina sostanziale e processuale del rapporto di lavoro sottratta ai criteri del decreto legislativo 165/2001. La compatibilità del diritto alle ferie con le esigenze di servizio e la relativa turnazione non sembrano rappresentare un caso tipico ed eccezionale legato a funzioni pubblicistiche. Nello stesso senso, le controversie inerenti, il diritto alla corresponsione delle somme maturate a titolo d'indennità perequativa non sembrano aver legami con il dato funzionale pubblicistico alla cui presenza è subordinata la giustificazione di uno speciale regime del rapporto sostanziale e processuale. Tanto più i casi in cui «i collaboratori personali di senatori non si vedano accreditati sulla competente gestione previdenziale i contributi pensionistici dovuti del senatore e si rivolgono al giudice del lavoro del tribunale civile di Roma chiamando in garanzia il Senato[22]». Le tipologie riportate sembrano attenere alle normali dinamiche dei rapporti di lavoro senza avere alcuna necessaria ed esclusiva implicazione con lo svolgimento delle funzioni istituzionali dell'organo costituzionale.

[21] BUONOMO, *op. cit.*

[22] BUONOMO, *op cit.*

4. La Corte Costituzionale, l'Unione Europea e il d.lgs. 368/2001

Il percorso motivazionale della Corte Costituzionale è caratterizzato essenzialmente dall'individuazione della posizione in cui sono collocati i regolamenti parlamentari all'interno della gerarchia delle fonti[23]: non «più fonti puramente interne ma (fonti) produttive di norme sottoposte agli ordinari canoni interpretativi, alla luce dei principi e delle disposizioni costituzionali che ne delimitano la sfera di competenza.»[24]

Ma tali disposizioni costituzionali seppur attraverso il principio dei controlimiti[25] si combinano/integrano con il diritto comunitario[26].

Pertanto, il richiamo agli altri ordinamenti nazionali, nei quali il rapporto di lavoro con le assemblee parlamentari è privatizzato, appare fondato ma parzialmente riduttivo, giacché non sembra considerare l'evoluzione complessiva dell'ordinamento comunitario e i risultati cui la Corte di Giustizia Europea sta progressivamente giungendo. In altri termini, nel percorso argomentativo seguito dalla sentenza sembra mancare il giusto riferimento al patrimonio costituzionale comune – «desumibile dagli obblighi internazionali, dall'ordinamento

[23] RUGGERI, *op. cit.*; IBRIDO, *op. cit.*, sottolinea che «la sent. n. 120 del 2014 ha così esplicitamente accolto la concezione della natura di "atti fonte" dei Regolamenti parlamentari e implicitamente respinto la tesi secondo la quale il riconoscimento della natura normativa e "esterna" di questi atti risulterebbe contraddetta dalla riserva di legge in materia di diritti di libertà nonché dalla più generale riserva prevista dall'art. 23 Cost. Peraltro, il problema della riserva di legge in materia di diritti fondamentali non è affiorato né nelle prospettazioni delle parti né, tanto meno, nell'ambito del percorso motivazionale della Corte».

[24] Sentenza Corte Costituzionale 120/2014 punto 4.2.

[25] M. DE LUCA, *Quanto incide l'allargamento dei controlimiti sull'efficacia delle norme Cedu*, in *Foro it.*, 2013, I, 791.

[26] Pur nella consapevolezza che la configurazione dei due sistemi (eurounitario e interno) è controversa, giacchè sono considerati come integrati (Corte Giust Europea) oppure come coordinati (Corte cost.) tra loro.

comunitario e dalla legislazione nazionale» [27] – che garantisce tutela ai diritti dei lavoratori flessibili, anche alle dipendenze di amministrazioni pubbliche. «Tuttavia è il diritto comunitario (ora eurounitario) che, incluso nel patrimonio costituzionale comune, prevale sulle fonti, anche costituzionali, degli ordinamenti interni degli Stati membri– in dipendenza del proprio primato rispetto agli stessi ordinamenti – e assicura, così, la salvaguardia contro qualsiasi declino delle garanzie a livello nazionale»[28]. La giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea è caratterizzata da una serie di controversie aventi a oggetto il comportamento e le regole adottate dal datore di lavoro pubblico. L'oggetto di tali controversie è costituito ,direttamente o indirettamente, dallo scrutinio sulla compatibilità di un potere pubblico di gestione con i principi del diritto comunitario[29].

L'*acquis* comunitario che si va progressivamente costituendo riduce i poteri speciali del datore di lavoro pubblico in una prospettiva di assimilazione delle regole del settore privato integrazione che avviene attraverso la riaffermazione dei principi fondamentali dell'unione.

Risulta che in tale prospettiva solo l'esatta delimitazione di ciò che attiene alle potestà pubbliche speciali e residuali rispetto a ciò che attiene alla disciplina uniforme del rapporto di lavoro garantisce reale tutela ai lavoratori. In questo senso la piena applicazione dei meccanismi di tutela privatistica riduce gli spazi di autonomia speciale del datore di lavoro pubblico che permette di configurare la situazione soggettiva prestatori di lavoro nei termini d'interessi legittimi. L'indistinzione tra il regime speciale pubblicistico e quello privatistico, in sostanza, impedisce da un lato l'effettiva tutela dei diritti soggettivi dei lavoratori e dall'altra la reale individuazione del grado di «residuale specialità» nel rapporto di lavoro che effettivamente serve al sistema per il suo corretto funzionamento.

Qualora se individui la disciplina sostanziale in base alla natura della prestazione, le ragioni

[27] M. De Luca, *Diritti di lavoratori flessibili, anche alle dipendenze di amministrazioni pubbliche: patrimonio costituzionale comune versus declino delle garanzie* in WPCSDLE «Massimo D'Antona».IT– 211/2014

[28] M. De Luca, *Diritti dei lavoratori: patrimonio costituzionale comune versus declino delle garanzie*, in *Foro It.*, 2011.

[29] A questo proposito si possono citare tutte una serie di questioni che devono necessariamente essere valutate complessivamente e non in maniera episodica.

La controversia in cui si lamenta la violazione dell'articolo 4 del decreto legislativo 6 settembre 2001 n 368, per aver superato per l'ottava volta nella proroga del medesimo contratto a tempo determinato, non riguarda una fattispecie singola ascrivibile alla posizione di lavoratori delle assemblee parlamentari, ma rappresenta una costante problematica del diritto comunitario e della giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea. Limitare il problema alle assemblee parlamentari significa sottovalutare le dimensioni della questione, che attiene al lavoro presso le pubbliche amministrazioni e all'individuazione delle ragioni di specialità che giustificano deroghe ai principi ordinari che disciplinano nei vari Paesi europei il diritto del lavoro. Il decreto legislativo 368/2001 costituisce il recepimento dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, concluso il 18 marzo 1999, che figura in allegato alla direttiva 1999/70/CE del Consiglio Europeo del 28 giugno 1999.

La disciplina dell'articolo 2, co. 2, del decreto legislativo 165/2001 «impone l'applicazione alla fattispecie delle ripetute assunzioni del medesimo lavoratore delle norme valevoli per il lavoro privato e in particolare quelle di cui all'articolo 5 del dlgs 368/2001». La Corte di Giustizia nella decisione del 4 luglio 2006, n C 212/04, con riguardo alla situazione della Grecia ha affermato che «l'accordo quadro europeo osta all'applicazione di una normativa nazionale che vieta in maniera assoluta, nel solo settore pubblico, di trasformare in un contratto di lavoro a tempo indeterminato una successione di contratti a tempo determinato che, di fatto, hanno avuto il fine di soddisfare fabbisogni permanenti e durevoli del datore di lavoro e devono essere considerati abusivi»

«In altri termini, le ragioni obiettive per la giustificazione del rinnovo non possono essere integrate, in nessun caso, da ragioni permanenti e durevoli in materia di assunzione di personale». La *ratio* della direttiva è quella di ridurre le discriminazioni tra lavoro a tempo determinato e indeterminato, perimetrando gli spazi gestionali del datore di lavoro quale figura unitaria a prescindere dalla natura pubblica o privata dello stesso.

a sostegno di una regolamentazione omogenea per tutte o per la maggior parte delle prestazioni tecniche e serventi, a prescindere dal rilievo costituzionale dell'ente di appartenenza, appaiono evidenti. Identico discorso vale a proposito degli appalti, sui quali la dottrina[30] ha in termini generali segnalato la necessità di un superamento «della tesi secondo cui un'attività, ordinariamente compiuta da qualsiasi altro soggetto istituzionale (o addirittura privato), diviene "guarentigiata" se compiuta nel perimetro delle Camere (e sol per questo sottratta alla disciplina imperativa di legge, nonché alla valutazione giurisdizionale necessaria per sussumerla)».

Il principio d'effettività[31] della tutela e il divieto di non discriminazione nel rapporto di lavoro, per la giurisprudenza comunitaria[32] sono modulabili o derogabili a seconda delle caratteristiche delle diverse prestazioni lavorative. Solo la presenza di determinati indici di «pubblicità delle funzioni esercitate» permette deroghe all'ordinaria tutela dei diritti dei lavoratori. Pertanto, senza il concreto accertamento di tali indici anche l'esercizio della potestà regolamentare del Senato appare immotivato, almeno alla luce di un principio generale posto in ambito comunitario. Posta in questi termini, la questione[33] assume poi una valenza più ampia della mera individuazione del giudice competente, per estendersi all'esistenza del fondamento giuridico di una disciplina speciale del rapporto di lavoro alle dipendenze degli organi costituzionali qualora lo stesso non abbia caratteri di specialità, ovvero non sia strettamente connesso nel suo esercizio a funzioni pubblicistiche Del resto, le implicazioni «comunitarie» dell'autodichia, all'indomani della

[30] G. BUONOMO, *L'autodichia parlamentare di nuovo in Corte costituzionale,*in *Giust. civ*., 2013, 5-6, 0933. L'autore segnala pronunce come quella del TAR Lazio, sez. I, 6 giugno 2012, n. 5779, secondo cui «è indubitabile che il servizio di ristorazione, per cui è controversia, sia funzionale principalmente allo svolgimento dell'attività dell'Assemblea» sono destinate a diventare sempre più recessive, nel loro arrestare la tutela alla soglia delle Camere, sotto forma di apodittica presa d'atto della carenza di giurisdizione.

[31] A questo proposito si può ricordare che la Corte di Giustizia Europea, nell'ordinanza 13.12.2013 , causa C-50/13, ha avuto modo di chiarire che «il rispetto del principio di effettività, che è particolarmente evidenziato dalla questione proposta dal giudice del rinvio, dalla giurisprudenza della Corte si evince che accertare se una norma nazionale di procedura renda praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti attribuiti ai cittadini dal diritto dell'Unione implica un'analisi, chi tenga conto della collocazione della norma in questione nel complesso della procedura nonché dello svolgimento e delle particolarità che presenta quest'ultima nei diversi gradi di giudizio nazionali. Sotto tale profilo, si devono considerare, se necessario, i principi che sono alla base del sistema giurisdizionale nazionale, quali la tutela dei diritti della difesa, il principio della certezza del diritto e il regolare svolgimento del procedimento (v. sentenze del 21 febbraio 2008, Tele2 Telecommunication, C-426/05, Racc. pag. I-685, punto 55 e giurisprudenza ivi citata, e Pontin, cit., punto 47)». Pertanto la Corte ha stabilito che «L'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, concluso il 18 marzo 1999, che figura in allegato alla direttiva 1999/70/CE del Consiglio, del 28 giugno 1999, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, dev'essere interpretato nel senso che esso osta ai provvedimenti previsti da una normativa nazionale, quale quell'oggetto del procedimento principale, il quale, nell'ipotesi di utilizzo abusivo, da parte di un datore di lavoro pubblico, di una successione di contratti di lavoro a tempo determinato, preveda soltanto il diritto, per il lavoratore interessato, di ottenere il risarcimento del danno che egli reputi di aver sofferto a causa di ciò, restando esclusa qualsiasi trasformazione del rapporto di lavoro a tempo determinato in un rapporto di lavoro a tempo indeterminato, quando il diritto a detto risarcimento è subordinato all'obbligo, gravante su detto lavoratore, di fornire la prova di aver dovuto rinunciare a migliori opportunità d'impiego, se detto obbligo ha come effetto di rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio, da parte del citato lavoratore, dei diritti conferiti dall'ordinamento dell'Unione».

[32] Sia consentito rinviare a M.M.C. COVIELLO, *Nota all'Ordinanza della Corte di Giustizia Europea del 7.3.2013 C-393/11*, in *www.amministrativamente.com*, 6/2013.

[33] Sia consentito rinviare a M.M.C. COVIELLO, *Le inaspettate asimmetrie dell'imperfetta privatizzazione del pubblico impiego: equo indennizzo e pensioni privilegiate, in Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2013.

sentenza Cedu n. 14/2009 cd «Savino»[34], con una pronuncia che sostanzialmente non costituiva un precedente negativo sull'istituto, erano già state evidenziate con lucidità da quella dottrina che, oltre a individuare nel [35]conflitto di attribuzioni una delle possibili soluzioni, sembrava, seppure con toni diversi, considerare possibile l'alternativo 'intervento della Corte di Giustizia Europea[36].

5. La libera circolazione dei lavoratori e la nozione di pubblica amministrazione

All'impostazione delineata potrebbe obiettarsi che la scelta di una diversa disciplina dell'attività in base all'esistenza del nesso funzionale con l'esercizio dei poteri pubblici rappresenta solo una delle possibili scelte del legislatore ordinario. La ripartizione non avrebbe, pertanto, immediata vincolatività e sarebbe il risultato della scelta discrezionale del legislatore. Tutto ciò impedirebbe qualsiasi capacità espansiva del principio all'interno della cittadella fortificata dell'autonomia parlamentale e del fossato di difesa rappresentato dall'autodichia. Inoltre, anche le possibili divergenze con le dinamiche dell'ordinamento dell'Unione potrebbero essere ridimensionate. L'applicazione dell'accordo quadro sul divieto di discriminazione e le problematiche concernenti il divieto di conversione dei contratti a termine rinnovati reiteratamente potrebbero avere un rilievo limitato: i principi indicati costituirebbero dei limiti episodici ed esterni al potere di gestione del rapporto di lavoro, piuttosto che dei veri e propri criteri di organizzazione vincolanti gli Stati nazionali.

Tuttavia, l'accertamento della presenza del nesso funzionale con l'esercizio di potestà pubbliche è un criterio trasversale, che nascendo dall'ordinamento comunitario interessa l'organizzazione della pubblica amministrazione.

Cosi l'articolo 45 del TFUE nel garantire la libera circolazione delle persone, e in particolare dei lavoratori, quale principio fondamentale dell'Unione Europea, implica l'abolizione di qualsiasi discriminazione fondata sulla nazionalità, a prescindere dalla sua natura e dalla sua gravità, tra lavoratori degli Stati membri, per quanto riguarda l'impiego, la retribuzione e le altre condizioni di lavoro. Dall'ambito soggettivo di applicazione dell'articolo è esclusa la pubblica amministrazione, secondo, però, un'interpretazione della Corte di Giustizia Europea diretta a circoscriverne la portata a quanto strettamente necessario per la salvaguardia degli interessi che tale norma consente agli Stati membri di tutelare[37].

[34] Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza n 14 del 28 aprile 2009, caso Savino.

[35] S. CICCONETTI, *Lezioni di giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2006.

[36] S. CICCONETTI, *Corte europea dei diritti dell'uomo e autodichia parlamentare,* in *Giur. It*, 2010; Id., *Diritto parlamentare,* Torino, Giappichelli, 2005.
N. OCCHIOCUPO, *Alla ricerca di un giudice: a Berlino, ieri; a Strasburgo, oggi; a Lussemburgo e a Roma, domani,* in *www.forumcostituzionale.it*; Secondo l'autore «è da tenere presente che un segnale nella direzione di porre un limite all'espansione dell'autodichia può ricavarsi proprio dalla Corte di Giustizia, secondo cui le direttive sugli appalti pubblici si applicano "a tutti gli organi che esercitano il potere legislativo, esecutivo e giudiziario dello Stato", che, quindi, sono da qualificare "amministrazioni aggiudicatrici", ai sensi delle predette direttive (3 Corte di Giustizia, sentenza 17 settembre 1998, C. 323/96). Si tratta di un orientamento ben definito sulla nozione unitaria di Stato da valere, come dice la Corte, anche per organi di uno Stato a struttura federale, che potrebbe portare a sviluppi interessanti concernenti tutto il sistema delle amministrazioni degli organi supremi dello Stato italiano».

[37] Corte di Giustizia Europea, sentenza 66/85- Lawrie Blum, secondo cui «come la Corte ha ritenuto nella sentenza 3 giugno 1986 (causa 307/84 ,Commissione/Francia, Race 1986,pag 1725) l'accesso a taluni posti non può essere limitato per il fatto che in un determinato stato membro le persone nominate hanno lo status di dipendenti pubblici . Se, infatti, l'applicazione dell'articolo 48 fosse subordinata alla natura giuridica del rapporto esistente tra i lavoratori e l'amministrazione gli stati membri avrebbero la possibi-

La definizione di pubblica amministrazione deve, secondo la giurisprudenza comunitaria[38],

lità di determinare a loro piacimento i posti che rientrano in tale norma.

[38] Corte di Giustizia Europea, sentenza 30 settembre 2003 Anker C 47/02:«Secondo la giurisprudenza della Corte, la nozione di pubblica amministrazione ai sensi dell'art. 39, n. 4, CE deve ricevere un'interpretazione e un'applicazione uniformi nell'intera Comunità e non può pertanto essere rimessa alla totale discrezionalità degli Stati membri (v., segnatamente, sentenze 12 febbraio 1974, causa 152/73, Sotgiu, Racc. pag. 153, punto 5, e Commissione/Belgio, cit., punti 12 e 18). Essa riguarda gli impieghi che implicano la partecipazione, diretta o indiretta, all'esercizio dei pubblici poteri ed alle mansioni che hanno ad oggetto la tutela degli interessi generali dello Stato o delle altre collettività pubbliche e presuppongono pertanto, da parte dei loro titolari, l'esistenza di un rapporto particolare di solidarietà nei confronti dello Stato nonché la reciprocità di diritti e di doveri che costituiscono il fondamento del vincolo di cittadinanza (citate sentenze Commissione/Belgio, punto 10, e Commissione/Grecia, punto 2). Per contro, la deroga di cui all'art. 39, n. 4, CE non trova applicazione per posti che, pur dipendendo dallo Stato o da altri enti pubblici, non implicano tuttavia alcuna partecipazione a compiti spettanti alla pubblica amministrazione propriamente detta (citate sentenze Commissione/Belgio, punto 11, e Commissione/Grecia, punto 2) né, a fortiori, a impieghi alle dipendenze di un singolo o di una persona giuridica di diritto privato, quali che siano i compiti incombenti al lavoratore dipendente (citate sentenze Commissione/Spagna, punto 33, e 31 maggio 2001, Commissione/Italia, punto 25). Dalla giurisprudenza della Corte emerge altresì che l'art. 39, n. 4, CE, poiché prescrive una deroga al principio fondamentale della libera circolazione e della parità di trattamento dei lavoratori comunitari, deve ricevere un'interpretazione che ne limiti la portata a quanto è strettamente necessario per salvaguardare gli interessi che esso consente agli Stati membri di tutelare (v., in particolare, sentenza 16 giugno 1987, Commissione/Italia, cit., punto 7). Nel caso di specie, si deve constatare che il diritto tedesco attribuisce ai capitani di navi battenti bandiera tedesca poteri connessi al mantenimento della sicurezza e all'esercizio di poteri di polizia, in particolare in caso di pericolo a bordo, corredati, all'occorrenza, di poteri investigativi, coercitivi o sanzionatori, che vanno oltre il mero sostegno al mantenimento della sicurezza pubblica cui qualsiasi individuo può essere tenuto. Inoltre, sono attribuite al capitano alcune funzioni accessorie in materia di stato civile, che non si possono motivare solo sulla base delle necessità del comandante di nave, in particolare quella di ricevere la notifica della nascita o del decesso di una persona nel corso di un viaggio, anche se sulla terraferma rilasciare atti autentici incombe a un ufficiale di stato civile. Se possono sussistere alcuni dubbi, per quanto riguarda tali funzioni in materia di stato civile, in merito al se esse implichino una partecipazione diretta o indiretta all'esercizio di pubblici poteri, dubbio che spetta al giudice a quo dissipare, per contro è indiscusso che le funzioni collegate al mantenimento della sicurezza e all'esercizio di poteri di polizia rappresentano una partecipazione all'esercizio di poteri pubblici al fine di salvaguardare gli interessi generali dello Stato di bandiera. Il fatto che i capitani prestino servizio alle dipendenze di una persona fisica o giuridica di diritto privato di per sé non può escludere l'applicabilità dell'art. 39, n. 4, CE essendo assodato che, per assolvere missioni pubbliche loro affidate, gli stessi agiscono in qualità di rappresentanti dei pubblici poteri, al servizio degli interessi generali dello Stato di bandiera. Tuttavia, il ricorso alla deroga alla libera circolazione dei lavoratori, prevista dall'art. 39, n. 4, CE, non può essere giustificato dal mero fatto che l'ordinamento nazionale attribuisce poteri d'imperio ai titolari degli impieghi di cui trattasi. Inoltre, occorre che tali poteri vengano effettivamente esercitati in modo abituale dai suddetti titolari e non costituiscano una parte molto limitata delle loro attività. Infatti, come si è rammentato al punto 60 della presente sentenza, la portata di tale deroga deve essere circoscritta a quanto strettamente necessario alla salvaguardia degli interessi generali dello Stato membro interessato, che non si può porre a repentaglio qualora determinati poteri pubblici vengano esercitati solo in modo sporadico, o addirittura eccezionalmente, da parte di cittadini di altri Stati membri. Orbene, dalle osservazioni del giudice nazionale emerge che le attività di capitano di navi che praticano la piccola pesca d'altura, consistenti essenzialmente nel dirigere imbarcazioni di piccola stazza - che comportano un equipaggio ridotto - e nel partecipare direttamente alla pesca e alla trasformazione dei prodotti di quest'ultima, costituiscono impieghi nell'ambito dei quali la funzione di rappresentanza dello Stato di bandiera avrebbe in pratica un peso insignificante. Peraltro, come ha correttamente osservato l'avvocato generale al paragrafo 68 delle sue conclusioni, nella convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare non si prescrive che il comandante di nave possieda la cittadinanza dello Stato di bandiera. Occorre inoltre verificare se il requisito della cittadinanza cui sarebbe subordinato l'accesso alle categorie di impieghi di cui trattasi possa essere giustificato sulla base dell'art. 39, n. 3, CE. A tale riguardo è sufficiente rammentare che il potere degli Stati membri di limitare la libera circolazione delle persone per motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza e sanità pubblica non ha lo scopo di porre alcuni settori economici, come quello della pesca, o talune professioni, quale la professione di capitano di navi da pesca, al riparo dall'applicazione di questo principio, dal punto

di vista dell'accesso al lavoro, bensì mira a consentire agli Stati membri di negare l'accesso o il soggiorno sul loro territorio a persone il cui accesso o soggiorno sui detti territori costituirebbe, come tale, un pericolo per l'ordine pubblico, la pubblica sicurezza o la sanità pubblica (v., per quanto concerne la sanità pubblica, sentenza 7 maggio 1986, causa 131/85, Gül, Racc. pag. 1573, punto 17, e, per quanto riguarda la sicurezza privata, sentenza Commissione/Spagna, cit., punto 42). Di conseguenza, un'esclusione generale dall'accesso all'impiego di comandante di navi da pesca non può essere giustificata adducendo i motivi previsti dall'art. 39, n. 3, CE. Tenuto conto di quanto sopra esposto, si deve risolvere la questione pregiudiziale dichiarando che l'art. 39, n. 4, CE deve essere interpretato nel senso che autorizza uno Stato membro a riservare ai suoi cittadini l'impiego di comandante di navi battenti la sua bandiera adibite alla «piccola navigazione» («Kleine Seeschifffhart») solo a condizione che i poteri d'imperio attribuiti ai comandanti delle suddette navi vengano effettivamente esercitati in modo abituale e non costituiscano una parte molto limitata delle loro attività.
Si vedano anche le conclusioni dell' Avvocato Generale Christine Stix-Hacl, presentate il 12 giugno 2003 nella Causa C-47/02 Albert Anker e altri contro Repubblica Federale di Germania, secondo cui « Come ho avuto modo di osservare al riguardo al paragrafo 94 delle mie conclusioni concernenti la causa C-405/01, una valutazione d'assieme costituisce parimenti una necessità derivante dal fatto che, da un lato, è incontestabilmente facoltà degli Stati membri strutturare le rispettive amministrazioni secondo le rispettive concezioni attribuendo pubblici poteri a determinate attività, e che, dall'altro, occorre garantire un'applicazione restrittiva e uniforme della deroga prevista per gli impieghi nella pubblica amministrazione. Se si tiene così presente che l'art. 39, n. 4, CE costituisce un'eccezione al principio della libera circolazione, la cui portata va limitata alla misura assolutamente necessaria, mi pare incompatibile con una corretta applicazione di tal eccezione il fatto che un impiego, già in base ai pubblici poteri per esso normalmente previsti, debba essere sottratto al principio della libera circolazione dei lavoratori quale «impiego nella pubblica amministrazione. Dalle indicazioni del giudice a quo può desumersi che l'attività di comandante ovvero di capitano di un peschereccio impiegato nella piccola navigazione marittima dovrebbe verosimilmente costituire un'attività consistente nella conduzione di navi di piccola stazza con equipaggio ridotto e nella partecipazione alla cattura e alla lavorazione del pesce, nell'ambito del quale l'esercizio di funzioni di rappresentanza dello Stato resta quasi se non del tutto irrilevante. Nella valutazione d'assieme dei compiti e poteri effettivamente connessi all'attività lavorativa di comandante (capitano) di navi da pesca impiegate nella piccola navigazione marittima, pervengo quindi alla conclusione che tale attività non soddisfi le condizioni «molto rigorose» (19) cui è subordinata l'applicazione della deroga alla libera circolazione delle persone ai sensi dell'art. 39, n. 4, CE. Per quanto attiene ai motivi per i quali l'art. 39, n. 3, non può essere addotto a giustificazione di una riserva fondata sulla cittadinanza, rinvio ai paragrafi 98-100 delle mie conclusioni relative alla causa C-405/01, che valgono mutatis mutandis. Dall'art. 39, n. 3, CE non può pertanto derivarsi per l'esercizio dell'attività lavorativa di comandante di nave (capitano), l'ammissibilità di una riserva fondata sulla cittadinanza, come quella controversa nel caso di specie.

ricevere un'interpretazione unitaria e un'applicazione uniforme nell'intera Unione Europea, e non può pertanto essere rimessa alla discrezionalità degli Stati membri. In tal senso l'accesso agli impieghi pubblici per i cittadini europei e per i soggetti aventi il permesso di soggiorno, secondo le recenti modifiche apportate all'articolo 38 del decreto legislativo 165/2001, è subordinato a precise condizioni. L'acceso a impieghi pubblici è precluso laddove la prestazione lavorativa implichi la partecipazione, diretta o indiretta, all'esercizio dei pubblici poteri e l'adempimento di funzioni il cui fine sia la tutela dell'interesse generale dello Stato o delle altre collettività pubbliche[39].

[39] Sentenza Corte di Giustizia Europea C- 149/79, in cui la Corte di Giustizia dopo aver richiamato la pozione del governo Belga «in cui deduce ancora che le norme costituzionali di determinati Stati membri si richiamano espressamente al problema dell'impiego nella pubblica amministrazione e che il principio in materia è l'esclusione dei non cittadini, salvo eventuali deroghe. Questa sarebbe del pari la portata dell'art. 6 della Costituzione belga, ai sensi del quale "solo" i belgi "possono essere ammessi ai posti civili e militari, salve restando le eccezioni che possono essere stabilite per dei casi particolari". I l Governo belga ha lui stesso dichiarato di non contestare che "la norma comunitaria sia superiore alla norma nazionale", ma sostiene che la convergenza del diritto costituzionale di detti Stati membri dovrebbe servire come criterio interpretativo destinato a mettere in luce il significato dell'art. 48, n. 4, ed a far escludere l'interpretazione data a tale disposizione dalla Commissione, la quale avrebbe la conseguenza di determinare dei conflitti con le norme costituzionali cui ci si è richiamati», precisa che «il richiamarsi a disposizioni dell'ordinamento giuridico interno per limitare la portata delle norme di diritto comunitario avrebbe l'effetto di sminuire l'unità e l'efficacia di questo diritto ed è quindi

Inoltre, l'accesso non è escluso qualora l'esercizio di potestà pubbliche, nell'ambito della generale attività espletata, sia limitato, sporadico e non continuativo[40].

In questo senso la Corte[41] «ha costantemente adottato una definizione funzionale degli impieghi presso la pubblica amministrazione ai fini dell'articolo 45, paragrafo 4, TFUE. Quindi, »ciò che rileva veramente ai sensi di tale disposizione non è la designazione o lo status giuridico del posto, i suoi vincoli organici con le autorità pubbliche o la sua posizione all'interno della pubblica amministrazione, ma piuttosto la sua effettiva natura, le responsabilità e le sue funzioni»[42]. Tali ultimi elementi hanno un'importante ricaduta organizzativa, cosicché la libera circolazione dei lavoratori europei circoscrive necessariamente il potere organizzativo degli Stati nazionali che oggi ampliano tale facoltà di accesso agli impieghi anche ai familiari dei cittadini europei aventi il permesso di soggiorno e ai soggetti extra europei soggiornanti titolari dello status di rifugiato ovvero dello status di protezione sussidiaria.[43] In altri termini, l'esclusione dell'accesso

inammissibile. Questa massima, fondamentale per l'esistenza della Comunità, va applicata del pari per determinare la portata e i limiti dell'art. 48, n. 4, del Trattato (ora 45,comma 4 del TFUE) . Se è vero che questa disposizione tiene conto dell'interesse legittimo degli Stati membri di riservare ai propri cittadini un complesso di posti connessi all'esercizio dei pubblici poteri e alla tutela degli interessi generali, si deve al tempo stesso evitare che l'efficacia pratica e la portata delle disposizioni del Trattato relative alla libera circolazione dei lavoratori ed alla parità di trattamento dei cittadini di tutti gli Stati membri siano limitata da interpretazioni della nozione di pubblica amministrazione tratte dal solo diritto nazionale e che ostino all'applicazione delle norme comunitarie».

[41]Nils Hall, Conclusioni in causa C 270/13 Irakis Haramblisi/Calogero Casilli in http://curia.europea.eu/juris. A sostegno di tale ricostruzione si richiamate Corte di Giustizia, sentenza 307/84, Commissione Francia e Corte di giustizia c 405/2001 in cui il fatto che il soggetto che occupa tale posto sia impiegato da una persona fisica o giuridica di diritto privato non è idoneo, per questo solo motivo, a evitare l'applicabilità dell'articolo 45 TFUE, se può essere dimostrato che tale persona, con riguardo a determinate attività, agisce in qualità di rappresentante del poter d'imperio.

[42] Corte di Giustizia, sentenza C 473/93.

[43] L'articolo 38 del decreto 165/2001, è rubricato « Accesso dei cittadini degli Stati membri della Unione europea», (Art.37 d.lgs n.29 del 1993, come modificato dall'art.24 del d.lgs n.80 del 1998 e ora modificato dal decreto legge 2012 n 5, e dalla legge 6 agosto 2013 n. 97) dispone: «1. I cittadini degli Stati membri dell'Unione europea (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) possono accedere ai posti di lavoro presso le amministrazioni pubbliche che non implicano esercizio diretto o indiretto di pubblici poteri, ovvero non attengono alla tutela dell'interesse nazionale. 2. Con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, ai sensi dell'articolo 17 della legge 23 agosto 1988, n.400, e successive modificazioni ed integrazioni, sono individuati i posti e le funzioni per i quali non può prescindersi dal possesso della cittadinanza italiana, nonché i requisiti indispensabili all'accesso dei cittadini di cui al comma 1. 3. Nei casi in cui non sia intervenuta una disciplina adottata al livello dell'Unione europea, all'equiparazione dei titoli di studio e professionali provvede la Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento della funzione pubblica, sentito il Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca. Secondo le disposizioni del primo periodo è altresì stabilita l'equivalenza tra i titoli accademici e di servizio rilevanti ai fini dell'ammissione al concorso e della nomina. 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».

A tal proposito vedi il Dossier del Servizio Studi della Camera che sulle «Modifiche alla disciplina in materia di accesso ai posti di lavoro presso le pubbliche amministrazioni. Casi EU Pilot 1769/11/JUST e 2368/11/HOME apportate dall'articolo 7 della legge 97/013 all'articolo 38 del decreto 165/2001 che rilevava come l'articolo in questione estende l'accesso ai posti di lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche ai seguenti soggetti: familiari di cittadini dell'Unione europea; soggiornanti di lungo periodo; titolari dello status di protezione sussidiaria in http://documenti.camera.it/leg17/dossier/Testi/ID0004.htm .

agli impieghi pubblici nazionali per i cittadini dell'Unione Europea o per i titolari di protezione sussidiaria può essere legittimamente prevista qualora l'attività lavorativa implichi la partecipazione diretta o indiretta all'esercizio dei pubblici poteri e l'adempimento di funzioni il cui fine sia la tutela dell'interesse generale dello Stato o delle altre collettività pubbliche.

La nozione di esercizio dei pubblici poteri sembrerebbe ricomprendere il potere d'*imperium* nelle sue articolazioni legislativa, esecutiva, giudiziaria quali elementi della sovranità statale. Nell'ambito di tali poteri rientrano però anche le *potestates* intese quali prerogative che attribuiscono la capacità di adottare atti che sono giuridicamente vincolanti, indipendentemente e nonostante la volontà del destinatario e che sono imposti con mezzi coercitivi e sanzionatori. Tuttavia «il semplice esercizio di qualunque potere di natura amministrativa non può, per contro, essere automaticamente considerato comportare pubblici poteri. Invero posti che sono principalmente interessati dall'espletamento di mansioni di ufficio o dell'esercizio di funzioni tecniche e che non comportano poteri di valutazione o di decisione non rientrano in tale nozione».[44.] L'identificazione del nesso funzionale in presenza del quale si giustifica per la pubblica amministrazione la deroga alla libertà di circolazione dei lavoratori deve seguire ragioni obiettive. In considerazione di ciò gli elementi in base a quali identificare/accertare la presenza del nesso funzionale sono: « a) la prossimità o la connessione delle attività esercitate rispetto ai poteri d'*imperium* o di *potestas* ; b) se il posto comporti il trattamento di questioni che attengono alla tutela di interessi essenziali di sicurezza degli Stati membri; c) il livello di responsabilità che l'esercizio di tali poteri comporta in termini di superiorità di grado, o di funzioni direttive o ispettive; d) se questi poteri, nella società moderna, siano considerati in ragione dello loro stessa natura o tipicamente esercitati dallo Stato (testuale) ; f) gli effetti di vasta portata, oppure limitati, che le attività che il posto comporta possono avere sugli altri individui; g) se gli atti o misure adottate dal titolare del posto producono conseguenze giuridiche immediate e dirette nei confronti degli altri individui o se essi hanno una natura meramente ausiliaria o preparatoria. Tenendo conto di tutto ciò, l'esistenza del nesso funzionale giustifica non una generale e automatica disciplina pubblicistica ma quella particolare della singola fattispecie: l'esame della fattispecie va, pertanto, effettuato caso per caso riducendo, di fatto, la specialità delle funzioni pubbliche quale criterio generale e predefinito per diventare un elemento eventuale e non automatico, la cui esistenza dovrebbe costituire, per esempio, un onere a carico dello Stato nazionale. La disciplina statale per essere conforme a quella dell'Unione deve prevedere l'esercizio di poteri pubblicistici continuo e immediato ai fini del perseguimento dell'interesse generale[45]». Una partecipazione indiretta all'esercizio dei pubblici poteri potrebbe essere considerata sufficiente a integrare gli elementi della nozione di pubblica amministrazione. Tuttavia tale partecipazione indiretta non può essere talmente distante al punto che la connessione tra l'esercizio attuale dei poteri pubblici e il contributo di detto esercizio del titolare del posto appaia debole o di poca importanza[46].

Volendo trarre alcune conclusioni sembra di poter affermare, sulla base della giurisprudenza della Corte di Giustizia, che l'esistenza del

[44] N. WHAL, op. cit.

[45] Deve essere accertato che il titolare del posto eserciti nell'interesse della comunità in contrapposizione con l'espletamento di funzioni che perseguono un interesse privato

[46] N. WHAL, Conclusioni citate, dove si riposta l'orientamento della Corte espresso nella sentenze C-451/03 e C-114/97.

nesso funzionale si specifica nel livello di prossimità all'esercizio dei pubblici poteri, determinando l'ambito soggettivo in cui si riduce la specialità pubblica.

Esemplificativo è la fattispecie relativa alla nomina del presidente dell'Autorità Portuale di Brindisi. La questione verteva attorno alla legittimità della nomina quale presidente di detta Autorità di un cittadino greco. Mentre il Tar Puglia, sede di Lecce, con sentenza 26 luglio 2012, n 1138[47], né annullava la nomina considerando requisito inderogabile la cittadinanza italiana, il Consiglio di Stato, adito in appello, avanzava dubbi sulla compatibilità delle norme italiane richiamate con il diritto dell'unione [48]proponendo una domanda di pronuncia pregiudiziale alla Corte di Giustizia ex articolo 267 del TFUE. Tutto ciò sembra dimostrare come l'impostazione prospettata, oltre ad avere elementi di contatto evidenti con tutta la problematica attinente al potere della pubblica amministrazione di servirsi di contratti a termine senza limiti e con una limitazione di responsabilità conseguente alla limitazione delle modalità di risarcimento del danno, acquisti una valenza importante dal punto di vista degli Stati nazionali per quanto riguarda i profili organizzativi.

In più, il Consiglio di Stato nell'ordinanza con cui ha promosso la questione ai sensi dell'articolo 267 TFUE ricostruisce la fattispecie prendendo le mosse dalla qualificazione della natura giuridica dell'autorità portuale. In tale ricostruzione si richiama la giurisprudenza della cassazione secondo la quale le autorità portuale sarebbero enti pubblici economici in considerazione della natura privatistica del rapporto di lavoro del personale da loro dipendente[49].

[47] In *www.giustizia-amministrativa.it*.

[48] Consiglio di Stato, sentenza 2492/2013, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[49] Consiglio di Stato, sentenza 2492/2013, dove sui ricorda che «la Sez. II di questo Consiglio, infatti, con parere n. 2361 del. 25 luglio 2008, ha già avuto modo di evidenziare che le Autorità Portuali, in virtù della loro disciplina dettata dalla L. 28 gennaio 1994 n. 84 e successive modificazioni e integrazioni, non possono essere annoverate tra le pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, del D.L.vo 30 marzo 2001 n. 165, in quanto devono semmai considerarsi più accostabili alla figura dell'Ente pubblico economico. Più in dettaglio, secondo il parere medesimo, se da una parte non è possibile ricondurre le Autorità Portuali alla figura tradizionale dell'imprenditore pubblico, cioè a quella di una struttura avente caratteristiche tali da consentirne, in via di immediata ed agevole interpretazione, la definizione in termini di impresa riconducibile alla nozione classica dell'ente pubblico economico, neppure può affermarsi che le Autorità portuali siano pubbliche amministrazioni in senso propriamente soggettivo ed oggettivo, in quanto dotate esclusivamente di poteri pubblicistici di regolazione o erogazione di servizi ed attività *"amministrative"*, per soddisfare interessi di natura generale di carattere non industriale né commerciale, secondo la terminologia comunitaria riferita agli organismi di diritto pubblico; in sostanza, però, si tratta di soggetti che perseguono certamente anche il soddisfacimento di *"bisogni di natura industriale e commerciale"*, quali, ad esempio: indirizzo, programmazione, coordinamento, promozione e controllo delle operazioni portuali e delle altre attività commerciali ed industriali esercitate nei porti, manutenzione ordinaria e straordinaria delle parti comuni nell'ambito portuale, affidamento e controllo delle attività dirette alla fornitura a titolo oneroso agli utenti portuali di servizi di interesse generale, non coincidenti né strettamente connessi alle operazioni portuali.

Pertanto, sempre secondo tale parere, le Autorità Portuali sarebbero enti che, seppure non in possesso dei requisiti formali classici dell'Ente pubblico economico (agire per fini di lucro, perseguire finalità esclusivamente economiche, cioè operare con criteri di economicità, essere sottoposti alle procedure concorsuali speciali, ecc.) avrebbero una forte connotazione economica, che, in molte parti, non si discosterebbero da quella propria degli enti pubblici economici.

Più decisa sul punto è – viceversa - la giurisprudenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, segnatamente con le sentenze n. 12232 dd. 3 luglio 2004 e n. 13729 dd. 14 ottobre 2000 della propria Sezione lavoro: e ciò anche sulla scorta della sentenza n. 10729 dd. 28 ottobre 1998 resa dalle Sezioni Unite della Corte medesima, laddove – per l'appunto – si afferma che le Autorità Portuali rientrano

L'identità del nesso funzionale fra il criterio adottato dal decreto legislativo 165/2001 nel delimitare l'ambito soggettivo della privatizzazione e il criterio sancito dall'articolo 45 dello stesso decreto non pare poter essere derubricato a un caso di esercizio parallelo della potestà statale e delle prerogative comunitarie, ma sembra essere il risultato del processo d'integrazione, anche inconsapevole o indiretto che dir si voglia dell'Unione Europea. Il processo dinamico di tale convergenza ha effetti anche nell'ambito della ricostruzione delle fonti che disciplinano il rapporto di lavoro. Poiché la stessa ripartizione per ambiti di materia sembrerebbe appartenere a un momento successivo rispetto all'identificazione dell'area di specialità residuale che in prospettiva spetta all'effettivo esercizio dei poteri pubblici. In questo senso il processo di privatizzazione sembra essere un paradigma per l'ordinamento italiano come rilevato da autorevole dottrina[50], ma anche un parametro organizzativo «quantomeno» conforme al diritto dell'Unione.

Pertanto di là dalla risoluzione del caso singolo che la Corte darà sulla questione dell'autorità portuale di Brindisi, la sola configurazione della fattispecie nei termini sopra prospettati costituisce la prova di un graduale affermarsi di un modello d'azione dei pubblici poteri in cui la specialità dell'agire e delle sue fonti legittimanti è tendenzialmente recessivo. In questo senso testimonia il fatto che con il d.lgs. 150/2009[51] il legislatore pur avendo mirato a risanare quegli squilibri verificatesi in seno alle vicende applicative del processo di privatizzazione non ha inteso però procedere a una ripubblicizzazione del rapporto di lavoro, che rimane soggetto alle disposizioni del codice civile e alle leggi sul rapporto di lavoro subordinato dell'impresa. Scelta quella di conservare la devoluzione della materia alle fonti privatistiche, e tra queste, alla fonte negoziale collettiva- che conferma l'abbandono della concezione autoritaria del rapporto e la determinazione di dotare la pubblica amministrazione delle capacità e delle prerogative del privato datore di lavoro.

6. Per un'interpretazione dinamica delle fonti del diritto del lavoro.

Pur affermando la natura giuridica dei regolamenti parlamentari, attraverso l'esplicita l'inclusione nell'ambito delle fonti soggette all'ordinamento costituzionale la Corte non effettua nessuna distinzione all'interno del genus Regolamentare. Del resto sulla natura giuridica dei regolamenti è stato sottolineato come l'orientamento consolidato della Corte Costituzionale escluda al contempo «il carattere meramente interno di tali norme che le renderebbe assolutamente inidonee a produrre effetti giuridicamente rilevanti nell'ambito dell'ordinamento generale dello Stato e il loro carattere di atti aventi di forza di legge, e questo non soltanto per aver ritenuto idoneo a concretare un conflitto d'attribuzioni il regolamento del consiglio regionale del Friuli Venezia Giulia ma anche perché in altro caso la Corte ha dichiarato non già l'autonoma sindacabilità sotto il profilo della legittimità costituzionale di una norma regolamentare ma solo la possibilità di invalidare, per contrasto con la

nella categoria degli enti pubblici economici, soprattutto in considerazione della natura privatistica del rapporto di lavoro del personale da loro dipendente, «*tenuto conto*» – altresì, ma senza particolari approfondimenti – «*dei compiti loro assegnati: v., al riguardo, il suddetto art. 1, primo comma, lett. a, b,), con la conseguenza che siffatta qualifica incide …sull'assetto economico e organizzativo*».

[50] L. ZOPPOLI, *Bentornata realtà: il pubblico impiego dopo la fase onirica* in WP CSDLE «Massimo D'Antona».IT– 168/2013.

[51] M. FIORILLO, *Il sistema delle fonti : il primato della legge e il ruolo subalterno della contrattazione collettiva* ,in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, fasc.1/2012.

Costituzione, quella legge o quell'atto avente forza di legge il cui procedimento di formazione risultasse in contrasto con le norme della costituzione che lo regolano»[52]

In qualche modo la tradizionale disputa dottrinale[53] sulla giuridicità delle norme regolamentari e sulla loro capacità di concorrere a formare l'ordinamento giuridico sembrerebbe essere risolta con il superamento dell'orientamento tradizionale che ne sosteneva l'esclusiva rilevanza interna.[54] Anzi la dottrina, a seguito della sentenza 120/2014, ha evidenziato come «alla luce della difficoltà di ipotizzare in materia un vero e proprio caso di *vindicatio potestatis*, gli eventuali conflitti (da menomazione o da interferenza) potrebbero allora avere indirettamente a oggetto, in relazione a decisioni di specifiche controversie interne, proprio tali disposizioni "sub-regolamentari", con particolare riferimento a quelle che non garantiscano appieno l'indipendenza e l'imparzialità degli organi competenti in materia di autodichia»[55]. Gli atti di gestione del personale e tutti gli aspetti organizzativi non rientranti nella disciplina del processo legislativo sembrano rientrare nell'ambito dei sub-regolamenti soggetti anch'essi ai principi costituzionali. Giacché, come segnalato, è proprio dalla stessa sentenza in commento che si evince «non solo l'esplicito accoglimento della natura di "atti fonte" dei regolamenti parlamentari, ma anche la contemporanea reiezione della tesi secondo la quale il riconoscimento della natura normativa e "esterna" di questi atti risulterebbe contraddetta dalla riserva di legge in materia di diritti di libertà e dalla più generale riserva prevista dall'art. 23 Cost. Con particolare riferimento all'autodichia, quest'ultimo indirizzo dottrinario si era spinto a escludere nella maniera più netta la possibilità per i regolamenti parlamentari di disciplinare i rapporti fra le Camere e i propri dipendenti, trattandosi semmai di materia riservata alla legge»[56].

Tuttavia la materia, pur non rientrante nella riserva della legge, è comunque soggetta ai principi costituzionali e ai principi derivanti dai trattati dell'Unione Europea. Sulla base di tale influenza la generale, automatica e autoreferenziale specialità del lavoro presso le assemblee parlamentari pare poter essere messa in discussione non solo dal punto di vista speculativo e meramente comparativo, ma anche dal punto di vista della concreta attuazione dei principi del TFUE[57].

---

[52] S. TRAVERSO, *La natura giuridica delle norme dei regolamenti parlamentari,* in http://documenti.camera.it/bpr/3121_testo02.pdf. Corte costituzionale sentenze n. 66/1964 e n. 14/1965.

[53] In dottrina da un lato si è contestata l'unitarietà del fondamento e della natura delle norme e dei regolamenti parlamentari addivenendosi a differenziazioni qualitative delle norme medesime, dall'altro si è venuto affermando, in modo sempre più esteso, il carattere pienamente giuridico di gran parte di esse. A questo proposito vedi S. ROMANO, *Sulla natura dei regolamenti delle camere parlamentari*, in *Archivio giuridico*, Vol. LXXXV, 1906; ID., *L'ordinamento giuridico*, in Annali delle Università Toscane 1917 -1918; 2 Edizione, Firenze 1945; T. MARTINES, *La natura giuridica dei regolamenti parlamentari*, in *Studi nelle scienze giuridiche e sociali*, vol XXXIII, Università Pavia, 1953.

[54] A questo proposito una tesi mediana rispetto al principio degli *interna corporis* considerava l'esistenza di un sottosistema di fonti parlamentari - composto dal regolamento maggiore, adottato ai sensi dell'articolo 64 Cost., e da quelli secondari, al primo subordinati, che si inseriscono nell'ordinamento generale - quale assetto normativo tutto quanto dotato dell'efficacia di norme primarie. A proposito vedi M. MIDIRI, *L'incerta sorte dell'autonomia parlamentare,* in *www.associazionedeicostituzionalisti.it*.

[55] T.F. GIUPPONI, *La Corte e la «sindacabilità indiretta» dei regolamenti parlamentari: il caso dell'autodichia,* in *www.forumquadernicostituzionali.it*

[56] IBRIDO, *op.cit.*

[57] A. RUGGERI, *Gli «effetti politici» delle sentenze della Corte costituzionale emesse in occasione dei giudizi sulle leggi,* in *www.giurcost.org*. A proposito della disciplina del rapporto di lavoro con riferimento al settore pubblico è stato segnalato che «un padrone pubblico non può in alcun modo interpretare e praticare la minimizzazione dei principi e dei diritti costituzionali. Principi costituzionali (non solo nazionali) che comportano la libertà sindacale e contrat-

La stessa valenza dell'imperatività delle fonti del rapporto di lavoro con il datore pubblico, prevista dal decreto legislativo 165/2001[58], deve attenuarsi in considerazione dell'influenza progressiva della normativa comunitaria. L'implementazione della quale comporta la riduzione di tutti gli ambiti di specialità del lavoro pubblico, al di là del dato positivo di derivazione nazionale e della qualifica d'imperatività attribuita alle fonti pubblicistiche.

Cosicché, in questa prospettiva, nonostante la dottrina segnali che il riferimento all'imperatività svaluti il richiamo dell'art. 2 del decreto 165/2001 alla disciplina del codice civile e alle leggi del lavoro subordinato nell'impresa, mettendo in discussione la stessa prosecuzione del processo di convergenza degli assetti regolativi fra lavoro pubblico e privato, la dinamica del processo d'interpretazione del TFUE ridimensiona le ragioni della specialità della regolamentazione del lavoro presso il datore pubblico. Tale tendenza può essere evidenziata proprio con riferimento alla fattispecie dell'autodichia, il cui regime derogatorio sembrerebbe violare i principi del TFUE.

La tesi [59] secondo cui, a fronte dell'autodichia «una seconda possibilità d'intervento si verifica, inoltre, quando disposizioni contenute nei regolamenti parlamentari e, a maggior ragione, nei regolamenti minori relativi alla tutela giurisdizionale dei dipendenti camerali o di terzi, contrastino con norme comunitarie direttamente applicabili. In questo caso, in conformità a una ferma giurisprudenza della Corte di giustizia europea alla quale si è dovuta adeguare la Corte costituzionale italiana, la competenza non spetta a quest'ultima ma a ogni giudice mediante la disapplicazione della norma interna contrastante con la norma comunitaria».

Tale ricostruzione, seppur risalente rispetto alla pronuncia della Corte Costituzionale, raccorda comunque la fattispecie con le dinamiche dell'Unione Europea.

Per quanto detto sopra l'autodichia, cosi come ora formulata, più che essere un istituto «eccezionale» rappresenta l'ultimo residuo di specialità nell'ambito dei rapporti con un datore di lavoro pubblico. L'esatta delimitazione del perimetro di autonomia necessario allo svolgimento delle funzioni d'*imperium*, con l'eliminazione di situazioni di privilegio, risponde allora a ragioni di uguaglianza sostanziali e non solo a esigenze processuali. L'insostenibilità tendenziale dell'autodichia dimostra come, nonostante i cambiamenti formali[60] intervenuti sull'articolo 2, comma 2, del decreto 165/2001, la specialità del lavoro pubblico è, non solo fattualmente, in via di tendenziale superamento, seppure attraverso un processo lento e non sempre lineare.[61] Ciò sembra

tuale; il diritto di sciopero; un equilibrato dosaggio delle fonti di disciplina dei rapporti di lavoro; il diritto alla retribuzione di cui all'articolo 36; una tutela contro il licenziamento immotivato con adeguato apparato sanzionatori (art 4 Costituzione e articolo 30 Carta dei diritti fondamentali dei cittadini europei, qui non dissimilmente dal privato»

[58] FIORILLO, *op.cit.*, sulla proclamata imperatività delle norme del d.lgs. n 165/2001 afferma che «l'ammonimento che il delegante affida alla lettera del novellato meccanismo derogatorio di cui all'articolo2, 2 co. cit., è fatto proprio dal legislatore delegato, che anzi l'amplifica, servendosi della riscrittura di alcuni dei precetti del d.lgs. n 165/2001 per comprovare la radicale riconsiderazione degli assetti già sortita all'interno del sistema delle fonti. E' in questa chiave che va letto l'inserimento della locuzione per la quale diverse disposizioni contenute nel d.lgs. 165/2001 "costituiscono disposizioni di carattere imperativo"».

[59] S. CICCONETTI, *op. cit.*

[60] L. FIORILLO, *op. cit.*

[61] M. RUSCIANO e L. ZOPPOLI, *Art. 2 ,commi 2 e 3 (d.lgs. 29/93)*, in *La riforma dell'organizzazione dei rapporti di lavoro e del processo nelle pubbliche amministrazioni*, in *NLCCC*,1999, che nel commentare le alterne vicende dell'evoluzione del rinvio alla disciplina del codice civile sottolineavano come tale rinvio venisse consentito solo «in quanto compatibile con la specialità del rapporto e con il perseguimento

essere dimostrato dagli stessi richiami della Corte Costituzionale alle scelte dei legislatori nazionali a proposito del rapporto di lavoro dei dipendenti delle assemblee parlamentari e dal processo di omogeneizzazione di alcuni aspetti fondamentali della disciplina del lavoro in corso in ambito comunitario

E' evidente che l'inquadramento sistematico di tale processo dinamico rientra anche nella competenza delle corti, chiamate a razionalizzare e uniformare i processi che caratterizzano l'integrazione dell'Unione. In altri termini, sottovalutando l'interazione dei processi in corso si rischia di considerare l'orizzonte costituito da molti alberi senza riconoscere la foresta da essi composta.

7. Conclusioni

L'autodichia, quale riflesso dell'autonomia parlamentare, è circoscritta dalle modalità con cui l'ordinamento costituzionale s'implementa nella legislazione ordinaria e s'integra con il diritto dell'Unione Europea. Gli sviluppi di tali relazioni non sembrano consentire ancora per lungo tempo un'ipertrofica autonomia delle Assemblee parlamentari, almeno per quanto riguarda il rapporto di lavoro dei dipendenti che non esercitano potestà pubbliche. La speciale regolamentazione dell'attività lavorativa è possibile solo qualora esista una ragione oggettiva che rende speciale la prestazione svolta. Tale assunto lega la legislazione ordinaria e il diritto comunitario, portando inesorabilmente all'erosione di posizioni di privilegio, sostanziali e processuali, non più sostenibili in base al principio di legalità e all'attuale quadro di finanza pubblica.

E' vero, comunque, che «poiché la prevalenza del diritto comunitario sul diritto interno è stata riconosciuta dalla Corte costituzionale ad eccezione dei cosiddetti "controlimiti" – vale a dire quei principi supremi e immodificabili che caratterizzano l'ordinamento giuridico italiano – il giudice che si trovi a decidere sulla disapplicazione della norma interna dovrà pur sempre valutare se quest'ultima costituisce o no esecuzione di una norma costituzionale contenente un principio supremo. E dunque, anche per questa via, si ritornerebbe al problema della qualificazione o meno del principio dell'autonomia di ciascuna Camera, contenuto nell'art. 64 Cost., come uno dei principi supremi dell'ordinamento italiano»[62].

In questo senso il ricorso al conflitto d'attribuzione sembra lo strumento efficace per delimitare gli ambiti di competenza e quindi per individuare la proporzionale e giusta dose di specialità di cui i regolamenti di Camera e Senato necessitano per garantire le funzioni d'imperio in una prospettiva che sembrerebbe avere come esclusivo orizzonte la sola Costituzione . Il ricorso a tale strumento ha, però, di per sé un ambito di applicazione episodico ed effetti non sistematici. Il suo utilizzo sembra perciò rispondere più a un intervento di ordinaria manutenzione della carta costituzionale che a un'opzione interpretativa orientata a contribuire alla ricostruzione sistematica e unitaria del processo d'integrazione europea secondo un ordine «intercostituzionale»[63] che tuteli effettivamente i diritti dei lavoratori .

deli interessi generali» per poi invece essere sostituito ad opera di uno dei decreti correttivi (dlgs 546/1993) con una nuova formulazione che invece prevedeva la salvezza dei limiti posti dal decreto medesimo questa volta al fine del perseguimento degli interessi generali cui l'organizzazione e l'azione amministrativa era indirizzate. Tale ultima formulazione è stata poi eliminata ad opera dell'articolo 2, dlgs n. 80/1998. Vedi pure FIORILLO, *op. cit.*

[62] CICCONETTI, *op. cit.*

[62] CICCONETTI, *op. cit.*

[63] A. RUGGERI, *op.cit.*: «È mia opinione che il "dialogo" – come lo si è soliti chiamare – tra le Corti, laddove sia davvero tale (e non già una comunicazione tra parlanti lingue diverse e reciprocamente sconosciute), possa dar vita ad una sana competizione tra le Corti stesse (e, di riflesso, tra le Carte di cui le stesse si fanno garanti) a quale di esse si