



Rapporto di lavoro, diritti sociali e Carte europee dei diritti. Regole di ingaggio, livello di protezione, rapporti tra le due Carte

WP CSDLE "Massimo D'Antona".INT – 118/2015

© Giuseppe Bronzini 2015
Sezione lavoro della Corte di cassazione
pa.bronzini@tiscali.it

WP CSDLE MASSIMO D'ANTONA.IT - ISSN 1594-817X
Centre for the Study of European Labour Law "MASSIMO D'ANTONA" , University of Catania
On line journal, registered at Tribunale di Catania n. 1/2012 – 12.1.2012
Via Gallo, 25 – 95124 Catania (Italy)
Tel: +39 095230855 – Fax: +39 0952507020
csdle@lex.unict.it
<http://csdle.lex.unict.it/workingpapers.aspx>



**Rapporto di lavoro, diritti sociali e Carte europee dei
diritti. Regole di ingaggio, livello di protezione,
rapporti tra le due Carte^α**

**Giuseppe Bronzini
Corte di Cassazione**

1. Introduzione.	2
2. Considerazioni generali in ordine alla Carta di Nizza.	3
3. Gli obiettivi della codificazione: il controllo di legittimità diffusa alla luce della Carta.	4
4. L'art. 6 del TUE e la ripartizione di competenze tra Unione e Stati.....	8
5. L'ambito di applicazione della Carta.	11
6. L'efficacia della Carta di Nizza ed il rapporto con la giurisprudenza di Strasburgo.	15
7. Il rilievo della Cedu in campo sociale: qualche perplessità metodologica.....	18
8. Le ipotesi più significative della tutela Cedu dei diritti sociali: le regole d'ingresso.....	24
9. Le linee di convergenza e il contenuto del dissenso tra le Corti in materia di leggi di interpretazione autentica: una sintesi.....	28
10. Il Giudice ordinario: quale interpretazione "conforme"?	38
11. Qualche esempio nella più recente giurisprudenza di legittimità	44
12. Evoluzioni?	51

^α Relazione, rivista ed ampliata, tenuta alla Scuola della Magistratura il 21.4.2015

1. Introduzione.

Il richiamo alle due Carte europee dei diritti, quella dell'Unione europea sui diritti fondamentali – conosciuta anche come Carta di Nizza- e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo- propria dell'ordinamento del Consiglio d'Europa- nelle aule giudiziarie non è più, certamente, un fenomeno raro o eccezionale ma tende ad essere la regola. Le parti (seguite spessissimo dai Giudici) invocano sempre più spesso protezione e tutela anche alla luce di Codici sui diritti continentali, non si accontentano di indicare una fonte interna, anche di natura costituzionale, come fondamento della pretesa avanzata in giudizio. Un ex Presidente della Corte di cassazione, Ernesto Lupo, osservò qualche anno fa che la maggioranza dei casi esaminati dalle Sezioni unite, presentava problemi di applicazione del "diritto europeo"(in senso lato), ma la mia impressione è che, con l'intensificarsi del richiamo nella giurisprudenza della Corte di giustizia ai diritti della Carta di Nizza (oltre trecento decisioni dal 1.12.2009) e con un indubbio incremento dell'attenzione della Corte di Strasburgo per le questioni sociali (di cui i recenti casi *Stefanetti* e *Dhabi* sono un buon esempio), questa incidenza delle due Carte si sia di molto incrementata anche nel settore sociale. Diventa quindi indispensabile per il Giudice ordinario disporre di un chiaro quadro di insieme, quantomeno in termini di linee orientative, per stabilire quando e come le due Carte siano applicabili e con quali effetti nel conformare il diritto di cui si discute nel processo. La *vis expansiva* di cui parlavamo è, peraltro, vistosa anche nel settore sociale nonostante la Cedu, come noto, non preveda espressamente la tutela di diritti sociali (che vengono protetti in via solo indiretta, come si dirà più avanti) e malgrado il capitolo sociale dell'Unione europea- introdotto con il Trattato di Amsterdam - non abbia conosciuto significativi incrementi negli ultimi anni, dopo la stagione delle grandi direttive della seconda metà degli anni 90 (orario di lavoro, part-time, contratti a termine) e dopo il varo della Strategia di Lisbona nel 2000, rinnovata ma senza un grande slancio propositivo con Europa 20-20 che, a sua volta, a metà strada dovrebbe essere rivista alla luce di obiettivi più realistici. Per chi deve *ius dicere* in questo settore le questioni sembrano talvolta duplicarsi se non triplicarsi: da un lato occorre tenere presente le specifiche regole d'ingaggio delle Carte europee, dall'altro lato però la materia sociale presenta problemi ulteriori posto che le questioni sociali sono nella Ue a competenza condivisa e le linee di ripartizione di questa non sono sempre chiarissime

(¹) (a ciò si aggiunge la questione dell'efficacia orizzontale delle direttive in campo sociale quando il destinatario non sia lo Stato o un ente pubblico); infine la giurisprudenza della Corte di giustizia, su tale aspetto torneremo, è molto meno disponibile nel farsi orientare da quella di Strasburgo (come in linea teorica dovrebbe avvenire ex 52 terzo comma della Carta di Nizza) rispetto ad altri campi del diritto, posto che una diretta tutela sociale dell'Unione esiste (sia pure con confini troppo ristretti) mentre quella offerta da Strasburgo è indiretta, episodica e molto controversa (²).

2. Considerazioni generali in ordine alla Carta di Nizza.

Nonostante il momento di grave difficoltà in cui versa il processo di integrazione, l'operazione "Carta di Nizza" e quindi l'avvenuta codificazione del settore dei diritti fondamentali (di matrice sovranazionale) sembra poggiare su gambe molto più solide e meno problematiche delle riforme istituzionali realizzate dopo un decennio di convulse trattative con il Trattato di Lisbona e della stessa, affannosa, gestione dell'euro, non implicando strappi radicali nelle linee evolutive del diritto dell'Unione. La ragione di un radicamento molto saldo della Carta

¹ Ad esempio la Corte di giustizia ha affermato con le due decisioni di fine 2007 *Viking* e *Viking* che il divieto per l'Unione (art. 153 TFUE) di disciplinare la materia del diritto di sciopero non è assoluto, ma concerne solo l'ipotesi in cui ci si volesse avvalere della specifica procedura prevista dall'articolo del Trattato, cosa mai ipotizzata prima dai tanti commentatori dei Trattati.

² Per una ricostruzione della giurisprudenza della Corte di giustizia nei primissimi anni di applicazione della Carta di Nizza dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (1.1.2009) cfr. G. Bronzini, *Il plusvalore giuridico della Carta di Nizza*, in (a cura di R. Cosio e R. Foglia), *Il diritto europeo nel dialogo tra le Corti*, Giuffrè, 2013; nonché i Report a cura di L. Trucco in http://www.giurcost.org/casi_scelti/CartaUE.html. Manca allo stato ancora in Italia un Repertorio completo della giurisprudenza della Corte di giustizia sulla Carta: il volume, *La Carta dei diritti dell'Unione europea. Casi e materiali*, a cura di G. Bisogni, G. Bronzini e V. Piccone, Chimienti, 2009 ricostruisce le *quotations* della Carta solo dal momento di proclamazione della stessa sino al 1.12.2009, data della sua formale obbligatorietà con l'entrata in vigore del nuovo art. 6 TUE nella formulazione del Trattato di Lisbona " L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7.12.2000, adattata il 12.12.2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei Trattati". Sul crescente rilievo della giurisprudenza di Strasburgo in campo sociale cfr. L. Tria, *La Corte di Strasburgo e i diritti sociali*, in corso di pubblicazione sul *Commentario Cedu*, Scialoja, Branca, Galgano. Da ItalgIure emerge che le *referencies* in campo civile alla Carta dei diritti fondamentali sono in 1707 sentenze della Corte di cassazione (1704 alla Carta di Nizza) ed alla Cedu- sempre in campo civile- 1409. Per la Corte costituzionale *referencies* alla Carta di Nizza sono in 94 decisioni; alla Cedu in ben 368 sentenze. Cfr. anche il bel volume di L. Trucco, *Carta dei diritti fondamentali e costituzionalizzazione dell'Unione europea. Un'analisi delle strategie argomentative e delle tecniche decisorie a Lussemburgo*, Giappichelli, 2013

nelle dinamiche giurisdizionali sovranazionali ed interne risiede, soprattutto, in un doppio legame con la storia giudiziaria europea precedente. Da un lato la "codificazione" di fine secolo completa, corona e razionalizza, mettendo in "forma" una lunghissima opera di tutela diretta, prima della Comunità e poi dell'Unione, dei diritti fondamentali, via Corte di giustizia. La Carta introduce certamente, come diremo, un profilo più limpido di legittimità costituzionale degli atti normativi dell'Unione, ma non rappresenta, sotto questo profilo, uno strappo ed un salto in avanti, lavora su un solido cemento, edificato sin dalle storiche sentenze di inizio anni settanta dai Giudici di Lussemburgo. Inoltre la Carta come strumento di protezione rivolto *in primis* al Giudice naturale dei diritti, il Giudice ordinario nazionale (certamente sotto la guida delle Corti europee), valorizza il ruolo di questi come organo di base del sistema giudiziario multilivello, che già è stato forgiato nell'applicazione quotidiana del diritto comunitario, attraverso la doppia gerarchia, parallela ma distinta, che va da questi alle Corti costituzionali nazionali e su altro versante alla Corte di giustizia attraverso il rinvio pregiudiziale o le forme più dirette di implementazione del diritto Ue, dall'applicazione conforme alla disapplicazione del diritto interno contrastante⁽³⁾. Insomma, la Carta di Nizza ha trovato organi di irradiazione diretta negli ordinamenti degli Stati membri; organi che la Carta non ha dovuto (come invece nel caso della moneta unica) creare *ex novo*, ma che ha semmai esaltato in una funzione già consolidata e "coltivata" da tempo, sia pure ancora con mille imperfezioni, all'interno dei *member states*. Nonostante questi ultimi anni così difficili la Corte di giustizia ha così potuto valorizzare al meglio, nelle oltre 300 sentenze che a questa si riferiscono, le potenzialità garantiste ed applicative della Carta (*ut magis valeat* per così dire), ci sembra in un rapporto sempre più intenso di cooperazione con i giudici ordinari cui sempre più spesso viene demandato in concreto la verifica dei presupposti di fatto per l'applicazione effettiva dei diritti del Testo di Nizza.

3. Gli obiettivi della codificazione: il controllo di legittimità diffusa alla luce della Carta.

A distanza di oltre cinque anni dalla conferita obbligatorietà giuridica alla Carta (1° dicembre 2009), è possibile fare un primo

³ Sul ruolo del rinvio pregiudiziale cfr. da ultimo R. Conti, *Il rinvio pregiudiziale alla Corte UE: risorsa, problema e principio fondamentale di cooperazione al servizio di una nomofilachia europea*, Relazione al Convegno presso la Corte di cassazione del 29.10.2014 su tema "Le questioni ancora aperte nei rapporti tra le Corti supreme nazionali e le Corti di Strasburgo e di Lussemburgo". Si concorda con l'Autore che proprio il rinvio pregiudiziale è destinato a precisare il ruolo della Carta di Nizza tra ordinamento nazionale ed ordinamento sovranazionale.

raffronto tra gli obiettivi che sono stati assegnati alla formulazione di un solenne Elenco di prerogative riconosciute dall'Ue, ed efficace nel perimetro fissato dallo stesso art. 51 della stessa Carta sul quale ci soffermeremo, e il primo periodo della sua "vita giudiziaria" come fonte obbligatoria, raffronto che è certamente più agile se compiuto in riferimento alla sentenze della Corte di giustizia. Per cercare un parametro il più possibile neutrale rispetto alla *querelle* sulla costituzionalizzazione dell'Unione è opportuno richiamare il documento che è alla base del "progetto Carta", il cd. Rapporto Simitis, dal nome dell'insigne Presidente della Commissione ristretta che, nel 1998, l'ha elaborato per conto delle istituzioni di Bruxelles: la codificazione europea della materia dei *fundamental rights* doveva, per tale documento, assolvere a quattro esigenze fondamentali, quella di visibilità delle pretese fondamentali, di certezza dei diritti e di legittimazione dell'operato della Corte di giustizia, nonché di equiparazione di *status* tra i diritti di diversa generazione con il conferimento di un rango primario anche a quelli di natura economico sociale (ed anche alla pretese cosiddette di quarta generazione), sconosciuti alla Cedu, sino ad allora tutelati in via pretoria secondo una metodologia occasionalistica ed epifenomenica, come si è affermato spesso da parte di costituzionalisti attenti allo statuto dei diritti di *welfare*, cioè in vista del raggiungimento degli obiettivi prioritari di tipo funzionalistico dell'integrazione europea. Le prime tre esigenze possono essere saldate tra di loro e lette come il tentativo, attraverso la codificazione, di introdurre nel contesto ordinamentale europeo ed a catena in quelli interni collegati al primo, un punto di vista interno di natura costituzionale, legato ad una *higher law*, certamente prodotto delle tradizioni costituzionali, ma filtrate, sublimite e condotte a "sistema" nella complessa opera di "codificazione" della materia. Si tratta del progetto e del disegno che soprattutto le opere di Ingolf Pernice e di Armin von Bogdandy ci restituiscono in termini di *multilevel constitutionalism* ⁽⁴⁾ o di *founding principles* ⁽⁵⁾. Il ruolo della

⁴ Per l'affermazione dei diritti fondamentali nell'Unione europea: è tempo di agire, in Foro it., 1999, V, p. 342 ss.

⁵ Cfr., I. Pernice, R. Kanitz, *Fundamental rights and multilevel constitutionalism in Europe*, WHI paper n. 7/2004; più di recente I. Pernice, *The Treaty of Lisbon and fundamental rights*, WHI paper n. 7/2008; Id., *The Treaty of Lisbon: multilevel constitutionalism in action*, WHI paper n. 2/2009.

Cfr. A. von Bogdandy, J. Bast (a cura di), *Principles of european constitutional law*, Hart Publishing, Oxford, 2010. Cfr. altresì il numero monografico sui principi costituzionali europei della rivista *European law Journal* n. 16/2010; A. von Bogdandy, *I principi fondamentali dell'Unione europea. Un contributo allo sviluppo del costituzionalismo europeo*, Esi, Napoli, 2011. Per la generalmente disattenta dottrina italiana cfr. A. Pizzorusso, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Il Mulino, Bologna, 2002.

Corte di Giustizia in questo cammino, che possiamo considerare veramente avviato solo con il 1° dicembre 2009, è indubbiamente prioritario e cruciale, perché ad essa spetta l'interpretazione di ultima istanza della *higher law* sovranazionale. Certamente è assimilabile a questa esigenza anche il quarto obiettivo perseguito, e cioè l'equiparazione di *status* tra diritti di diversa generazione, in quanto un Testo sui diritti fondamentali dal valore obbligatorio non potrebbe mai nell'Ue neppure concepirsi senza questa omologazione, a meno di non oltraggiare il nucleo "normativo" più profondo della gran parte delle costituzioni degli Stati membri e, in particolare, di quelli fondatori. Indipendentemente da finalità più ambiziose, dichiarate o meno, connesse alla "codificazione", la Corte di giustizia sta realizzando tali obiettivi utilizzando con una certa energia e determinazione le norme della Carta (anche se- come vedremo- sul versante sociale la Carta mostra una certa debolezza rispetto a quanto avviene in altri campi). Un esempio altamente simbolico ed irrefutabile dell'ingresso di un controllo più profondo ed esigente di legittimità delle norme sovra-nazionali che assume finalmente la semantica dei diritti fondamentali come codice privilegiato di riferimento, si può senz'altro citare la decisione del 1° marzo 2011 (causa C-236/09), *Association belge des Consummateurs Test-Achats ASBL*, in cui viene in parte annullata una direttiva parità uomo/donna proprio per la lesione ingiustificata del principio costituzionale europeo di parità tra i sessi, stilizzato all'art. 23 della Carta. Proprio nell'ultimo anno abbiamo avuto altri esempi di annullamento di rilievo addirittura globale di direttive per contrasto con le norme della Carta come nel caso della storica decisione *Digital rights Ireland* sulla questione della *data retention* dell' 8 aprile del 2014 o di creazione di un diritto all'oblio su internet (sentenza *Google Spain* del 23 maggio 2014) nel corpo di una direttiva per salvaguardare alcune pretese della Carta. Non di minore rilievo appare il ruolo del *Bill of rights* Ue nel consentire una interpretazione garantista ed evolutiva della normativa comunitaria. Nell'importante decisione del 22 novembre 2011, *Scarlet Extended SA* (causa C-70/10), la Corte, ad es., arriva ad escludere che vi sia un obbligo per un fornitore di accesso ad Internet di predisporre un sistema di filtraggio di tutte le comunicazioni che transitano per i suoi servizi, in particolare mediante programmi *peer to peer* (per tutta la clientela, a titolo preventivo, a sue spese e senza limiti nel tempo), perché tale obbligo porterebbe a mortificare i diritti fondamentali europei del rispetto della *privacy* e della libertà di informazione (artt. 8 e 11),

anche se tale esenzione può comportare la lesione sia del diritto di proprietà che di impresa (che sono diritti economici tutelati dalla stessa Carta). La Corte giunge a tale conclusione in quanto osserva che “le direttive 2000/31, 2001/29, 2004/48, 95/46 e 2002/58, vanno lette in combinato disposto ed interpretate tenendo presenti le condizioni derivanti dalla tutela dei diritti fondamentali applicabili” (punto 54). E’ evidente che, nel caso in esame, si è realizzato un bilanciamento ragionevole tra libertà economiche ed altre pretese soggettive primarie (anche di interesse pubblico, come la libertà di informazione) ed inoltre che, anche se non attraverso la tecnica dell’annullamento, la Corte perviene ad una interpretazione costituzionalmente orientata, alla luce della Carta, della legislazione sovranazionale, la quale, come insieme di provvedimenti con finalità prevalentemente di natura economica strettamente connesse al mercato unico continentale, viene indirizzata verso il rispetto di finalità più ampie e comprensive. Questa è solo la prima decisione in cui si mostra evidente l’effetto della Carta nell’interpretazione delle direttive; più di recente- proprio in campo sociale- si può citare come esempio la recentissima decisione *Sähköalojen ammattiliitto ry* del 12.2.2015 che interpreta la direttiva sul distacco del 96 sulla base sia dell’art. 47 che dell’art. 31 della Carta legittimando le OOSS dei lavoratori distaccati a proporre ricorso avanti i giudici dello stato ospitante ed includendo il compenso per ferie nel salario minimo spettante ai detti lavoratori alla luce della direttiva. Per fare un ultimo esempio la decisione *Kaveh Puid* (contro Germania) del 14.11.2013 per la quale l’immigrato può invocare l’art. 4 della Carta per evitare di essere espulso secondo il cosiddetto sistema di Dublino in un paese ove la sua sicurezza sia a repentaglio (tradizionalmente la Grecia, ma oggi in alcune sentenze tedesche si indica spesso anche l’Italia).

Va anche sottolineato che la Corte di giustizia ritiene che anche il diritto internazionale (a maggior ragione se ratificato dall’Unione in quanto tale) obblighi ad una interpretazione conforme del diritto comunitario come affermato in un recente e complesso caso riguardante la protezione sulla maternità surrogata che comunque ha condotto ad una soluzione negativa (sentenza *Z* -causa C-363/12- del 18.3.2014), soprattutto in relazione alla ritenuta natura programmatica della Convenzione ONU sull’handicap. Nella recente sentenza *Andre Lawrence Shepherd* del 26.2.2015 la Corte ha anche precisato (in un caso di richiesta dello status di rifugiato di militare americano dopo il rifiuto di combattere in Iraq) che il diritto internazionale (la Convenzione di Ginevra) va interpretata alla luce della Carta dei diritti.

4. L'art. 6 del TUE e la ripartizione di competenze tra Unione e Stati.

Perché, tuttavia, il disegno di rafforzamento di una dimensione propriamente europea nella tutela dei diritti fondamentali possa essere davvero coerente con la sua *ratio* di natura costituzionale la Carta deve poter imporsi non solo sul piano regolativo dell'Unione, ma anche saper incidere negli ordinamenti interni che di fatto, direttamente o indirettamente, siano in rapporto con il primo, stante la natura peculiare del "sistema europeo" e delle sue dinamiche evolutive in cui autonomia e discrezionalità degli Stati membri permangono persino nell'ambito di competenza esclusiva degli organi di Bruxelles e, per contro, la teoria dei poteri impliciti ha sempre consentito una flessibilità ed elasticità delle norme sulla competenza che certamente non è finita con il Trattato di Lisbona che ha preteso di metter ordine nella materia (agli artt. 4, 5, e 6 TFUE). Il codice costituzionale dei diritti fondamentali di rilievo europeo, saldato con l'approvazione della Carta di Nizza, implica che sia data un'interpretazione ragionevole e pertinente dal punto di vista dell'effettività dello strumento prescelto dell'art. 6 del TUE e della connessa "clausola orizzontale" (e delle altre clausole pretese dalla Gran Bretagna per limitare l'impatto della "svolta" del 2000) sull'applicazione della Carta di cui all'art. 51 della stessa (⁶) consentendo ad essa di permeare, attraverso un controllo "diffuso" di legittimità "sovranazionale" ogni ambito giuridico investito dal diritto dell'Unione e quindi ai cittadini europei di ricorrere, più come regola che come eccezione, ad un comune Testo di garanzie, forgiando, in tendenza, una condivisa cultura dei diritti, leva potente per ulteriori passaggi di tipo federale. A partire dalla ricognizione dell'applicabilità della Carta sulla base della definizione della questione come "di diritto dell'Unione" (art. 51 primo comma) si dipanano, non solo per la Corte di giustizia, ma soprattutto per il Giudice ordinario un ventaglio di enormi poteri, ben più incisivi di quelli in genere disponibili nei confronti di un atto legislativo ordinario senza rapporti con l'ordinamento europeo; dall'obbligo di

⁶ Si ricorda sul punto l'art. 6 del Trattato Ue: "Le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei Trattati" e l'art. 51 cpv. della Carta: "La presente Carta non estende l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, né introduce competenze nuove o compiti nuovi per l'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti nei Trattati"; tale ultima clausola va interpretata in connessione con il primo capoverso dell'art. 51 secondo cui: "Le disposizioni della presente Carta si applicano alle istituzioni, organi ed organismi dell'Unione (...) come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione"; sul punto le *Spiegazioni* alla Carta più estensivamente parlano di applicazione della Carta quando gli Stati agiscono "nell'ambito di applicazione" del diritto sovranazionale

interpretazione conforme, alla possibilità di un rinvio pregiudiziale, sino alla drastica scelta di disapplicazione delle norme interne contrastanti, cui si aggiungono- *a latere*- i provvedimenti più di tipo politico-istituzionale come l'apertura di una procedura di infrazione da parte della Commissione per violazione del diritto dell'Unione o nei casi più gravi e macroscopici di violazione (anche solo ventilata) dei valori fondanti l'Unione (di cui la Carta offre un'articolazione concretamente giustiziabile), addirittura la sospensione per lo Stato inadempiente dei diritti di voto (art. 7 del TUE). Questo aspetto di connessione piuttosto stretta tra attività giurisdizionale e ruolo della Commissione come garante dei Trattati non va sottovalutato (⁷): dopo numerose pronunzie del Tribunale del lavoro del Nord Italia (⁸) che hanno accertato a carico delle amministrazioni locali (in particolare quelle del Friuli Venezia Giulia) l'adozione di provvedimenti discriminatori, riconosciuti anche alla luce della Carta di Nizza e dell'art. 14 Cedu, nei confronti dei cittadini extracomunitari ed in certi casi anche di quelli comunitari nell'accesso a benefici di natura sociale (bonus bebè, sussidi per le abitazioni, sussidi scolastici), la Commissione ha aperto varie procedure di infrazione, spesso interrotte per il ritiro delle disposizioni contestate, con un perfetto saldarsi dell'aspetto giurisdizionale (attivato in sede locale, ma a respiro sopranazionale) e di quello politico (europeo). Ancora tutta da esplorare rimane la questione se sia ipotizzabile un risarcimento del danno nei confronti dello Stato per omessa o insufficiente tutela di un diritto fondamentale della Carta, in casi in cui vi sia competenza dell'Unione e questa sia stata effettivamente esercitata, per attrazione del principio di responsabilità nell'infedele o omessa ricezione delle direttive Ue, questione accennata in dottrina, sulla quale non risultano ancora riscontri giurisprudenziali. Ancora è certamente possibile per il Giudice ordinario compiere una interpretazione "libera" delle norme nazionali sulla base di un riferimento alla Carta di Nizza (anche se per quel che diremo è senza necessario precisare che si tratta di una interpretazione libera e non conforme) alla luce del criterio di natura generale per cui si deve presumere che fonti interne e fonti sovranazionali di tutela dei diritti fondamentali si integrino tra di loro posto che comunque lo Stato ha, anche nei campi in cui ha mantenuto una piena competenza, sottoscritto

⁷ Va altresì considerato il controllo di legittimità che *ex officio* la Commissione e il Parlamento europeo (cui sembra si aggiungerà lo stesso Consiglio) compiono in base alla Carta sugli atti che promuovono o adottano sin dal 2001, il che porta la gran parte delle Direttive ad esplicitare il rispetto di uno o più norme della Carta.

⁸ La vicenda è ricostruita nel volume del 2014 pubblicato a cura dell'Agì e della CGIL, Alberto Guariso e M. Barbera, *Senza distinzioni'. Quattro anni di contrasto alle discriminazioni istituzionali nel Nord Italia*.

il *Bill of rights* dell'Unione e che lo stesso ha comunque - come precisò proprio la nostra Corte costituzionale nella decisione n.135/2002- " carattere espressivo dei principi comuni agli ordinamenti europei". Tale affermazione – quando la Carta non era ancora obbligatoria- è stata poi seguita da numerose decisioni in cui la Corte delle leggi italiana mostra la convergenza tra soluzioni costituzionali interne e norme della Carta anche in casi in cui è evidente che non si verte in questioni di diritto dell'Unione. Tuttavia questo è un punto di particolare delicatezza: è indubitabile come esista una spinta verso l'universalizzazione alla tutela dei diritti umani (ed anche di quelli fondamentali), posto che le esigenze primarie delle persone mal sopportano confini e questioni di competenza. Il complesso sistema di tutela multilivello presuppone certamente che vi sia nel lungo periodo un processo di convergenza costituzionale se non altro attraverso l'adesione a principi e standard di protezione comuni attraverso la creazione di uno *ius commune* che valorizzi in primo luogo il meta-criterio della dignità umana, come ribadito nei tanti interventi del Prof. Antonio Ruggeri ⁽⁹⁾. Tuttavia si tratta di linee di tendenze che non possono annullare quelle barriere regolative che gli Stati hanno eretto alla penetrazione del diritto europeo nei loro territori che, almeno per i paesi dell'Unione, risultano definiti attraverso procedure democratiche. Dietro l'attuale definizione dell'art. 6 del TUE ci sono scelte dei due attori politici del sistema istituzionale dell'Unione, gli Stati ed il cittadino (che vi concorre attraverso il Parlamento europeo). I riparti di competenze sono quindi il frutto di tali scelte che il Giudice non può rompere ed eludere, a meno di compromettere in modo alla fine controproducente le stesse finalità di una tutela sovranazionale dei diritti fondamentali. Pertanto ogni volta che il Giudice nazionale è indotto ad utilizzare gli strumenti della Carta ha l'obbligo di motivare perché lo fa e che rapporto sussiste tra la questione esaminata e il diritto europeo. C'è certamente quindi una contraddizione latente tra l'esigenza propria della giurisdizione di dare una soluzione concreta ed efficace alla richiesta di giustizia esaminata (che tende ad evadere dallo specialismo dei rapporti tra ordinamenti ed anche tra Corti di diverso livello e che segue una logica universalistica) e quella di non sostituirsi al legislatore europeo (Stati e cittadini) nel determinare quale sia il corretto rilievo di una Carta che non è stata pensata come un *Bill of rights* di efficacia generale, ma come uno strumento di tipo proto- federale di tutela dei cittadini nei confronti della normativa europea e di quella statale che è connessa alla prima. Pertanto

⁹ Cfr. da ultimo i numerosi saggi raccolti nel volume, *Itinerari di una ricerca sulle fonti del diritto*, Giappichelli, 2015 e dello stesso Autore, *Maggiore o minor tutela nel prossimo futuro per i diritti fondamentali?*, in Consultaonline, 2015, nonché i saggi menzionati nella nota n. 23

si deve purtroppo accettare il fatto che l'efficacia della Carta sia direttamente proporzionale al numero di atti giuridici vincolanti che l'Unione riesce a produrre, in questi tempi non moltissimi nel settore sociale che continua ad essere disciplinato a livello sovranazionale "a macchia di leopardo".

5. L'ambito di applicazione della Carta.

Ripetiamo: La Carta dei diritti è uno strumento di tutela dei diritti fondamentali che vale per il diritto dell'Unione, ma che non sopprime gli altri strumenti di protezione sia interni (le Costituzioni nazionali) sia internazionali. Come tale non ha carattere universalistico ma deve rispettare gli ambiti di competenza stabiliti nei Trattati, come precisa la stessa Carta e l'art. 6 del Trattato sull'Unione. Questa precisazione limita la sua operatività perché non è sufficiente che un diritto sia riconosciuto dalla Carta come "fondamentale", ma occorre che l'Unione abbia la competenza a disciplinarlo e che la stessa competenza in concreto sia stata in concreto esercitata (alla luce di quanto emerge dalla giurisprudenza della Corte di giustizia). Se sussistono queste due condizioni il diritto in questione, in via generale, ha lo stesso valore giuridico delle norme dei Trattati e quindi obbliga la Corte di giustizia ad interpretare direttive e regolamenti in modo che rispettino il contenuto essenziale del *fundamental right* interessato ed eventualmente ad annullare le norme europee che non lo facciano ed anche, se sollecitata dai giudici nazionali con il rinvio pregiudiziale, a stabilire quali siano le norme nazionali che violano le disposizioni della Carta. Obbliga anche il giudice nazionale ad operare in modo simile con le leggi nazionali che costituiscono applicazione del "diritto dell'Unione", attraverso una cosiddetta "interpretazione conforme" (si sceglie quel significato della norma che sia rispettoso del diritto sovranazionale) o se del caso disapplicando la norma interna: nel caso di dubbio il giudice nazionale è tenuto ad investire la Corte di giustizia con un rinvio pregiudiziale che così diventa anche una sorta di *actio finium regundorum* in ordine all'area giuridica che continua ad essere disciplinata dal diritto nazionale. In una recentissima sentenza (Corte di giustizia, 11 settembre 2014, *A c. B. ed altri* C-112/13) la Corte di giustizia ha ricordato che con riferimento alla Carta (art. 47) e laddove la questione sia di "diritto europeo", come preciseremo più avanti, il Giudice ordinario deve rimanere libero di investire la Corte di giustizia e, se del caso, di disapplicare la norma interna, anche se l'ordinamento interno prevede che possa rivolgersi anche alla propria Corte costituzionale.

Detto questo l'ambito di applicazione della Carta dipende moltissimo dall'interpretazione dell'art. 51 della stessa Carta (posto che in

genere sono le normative interne che vengono chiamate in causa alla luce delle norme della Carta) che recita "le disposizioni della presente Carta si applicano alle istituzioni ed agli organi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione", in particolare del termine "applicazione". E' pacifico da sempre che la Carta sia un parametro di legittimazione costituzionale delle norme europee che può portare all'annullamento anche di direttive: di questo abbiamo già parlato. Ma quando il diritto interno può essere considerato "applicativo" di quello sovranazionale e quindi può essere esaminato alla luce dei diritti della Carta? Si sono da subito fronteggiate due ipotesi: la prima interpreta "applicazione" come attuazione diretta e necessitata del diritto europeo come nell'ipotesi classica di una legge che recepisce una direttiva. La seconda ipotesi (difesa sin dal 2010 dalla Commissione europea) recepisce invece un concetto più generico ed ampio di "attuazione" e valuta sia sufficiente che la fattispecie esaminata cada per qualche suo aspetto nel "cono d'ombra" del diritto dell'Unione, anche indirettamente (nel linguaggio della Commissione che sussista un *link* tra il caso ed il diritto sovranazionale). Con la sentenza *Fransson* (C-617/2010) Grande sezione del 26.10.2013) sembrava essere destinata a divenire prevalente la seconda opzione. La Corte ha infatti affermato testualmente "da una costante giurisprudenza della Corte risulta infatti sostanzialmente che i diritti fondamentali garantiti nell'ordinamento giuridico dell'Unione si applicano in tutte le situazioni disciplinate dal diritto dell'Unione, ma non al di fuori di esse. A tal proposito la Corte ha già ricordato che essa, per quanto riguarda la Carta, non può valutare una normativa nazionale che non si colloca nell'ambito del diritto dell'Unione. Per contro, una volta che una siffatta normativa rientra nell'ambito di applicazione di tale diritto, la Corte, adita in via pregiudiziale, deve fornire tutti gli elementi di interpretazione necessari per la valutazione, da parte del giudice nazionale, della conformità di tale normativa con i diritti fondamentali di cui essa garantisce il rispetto (v. segnatamente, in tal senso, sentenze del 18 giugno 1991, ERT, C-260/89, Racc. pag. I-2925, punto 42; del 29 maggio 1997, Kremzow, C-299/95, Racc. pag. I-2629, punto 15; del 18 dicembre 1997, Annibaldi, C-309/96, Racc. pag. I-7493, punto 13; del 22 ottobre 2002, Roquette Frères, C-94/00, Racc. pag. I-9011, punto 25; del 18 dicembre 2008, Sopropé, C-349/07, Racc. pag. I-10369, punto 34; del 15 novembre 2011, Dereci e a., C-256/11, Racc. pag. I-11315, punto 72, nonché del 7 giugno 2012, Vinkov, C-27/11, punto 58). Tale definizione dell'ambito di applicazione dei diritti fondamentali dell'Unione è confermata dalle spiegazioni relative all'articolo 51 della Carta, le quali, conformemente all'articolo 6, paragrafo 1, terzo comma,

TUE e all'articolo 52, paragrafo 7, della Carta, debbono essere prese in considerazione per l'interpretazione di quest'ultima (v., in tal senso, sentenza del 22 dicembre 2010, DEB, C-279/09, Racc. pag. I-13849, punto 32). Secondo tali spiegazioni, «l'obbligo di rispettare i diritti fondamentali definiti nell'ambito dell'Unione vale per gli Stati membri soltanto quando agiscono nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione». 21 Di conseguenza, dato che i diritti fondamentali garantiti dalla Carta devono essere rispettati quando una normativa nazionale rientra nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, non possono quindi esistere casi rientranti nel diritto dell'Unione senza che tali diritti fondamentali trovino applicazione. L'applicabilità del diritto dell'Unione implica quella dei diritti fondamentali garantiti dalla Carta. Ove, per contro, una situazione giuridica non rientri nella sfera d'applicazione del diritto dell'Unione, la Corte non è competente al riguardo e le disposizioni della Carta eventualmente richiamate non possono giustificare, di per sé, tale competenza (v., in tal senso, ordinanza del 12 luglio 2012, Currà e a., C-466/11, punto 26). " Ora a parte le affermazioni esplicite ciò che conta di più è che nel caso esaminato la normativa interna sull'IVA non presentava alcuna connessione diretta o indiretta con quella europea e che la Corte ha ritenuto fosse sufficiente una esistente competenza dell'Ue in materia (pur in concreto latente potremmo dire relativamente alla normativa svedese). Naturalmente non mancano decisioni più restrittive secondo le quali "per stabilire se una misura nazionale rientri nell'attuazione del diritto dell'Unione ai sensi dell'articolo 51, paragrafo 1, della Carta occorre verificare, inter alia, se la normativa nazionale in questione abbia lo scopo di attuare una disposizione del diritto dell'Unione, quale sia il suo carattere e se essa persegua obiettivi diversi da quelli contemplati dal diritto dell'Unione, anche se è in grado di incidere indirettamente su quest'ultimo, nonché se esista una normativa di diritto dell'Unione che disciplini specificamente la materia o che possa incidere sulla stessa" (come nel caso *Siragusa* del 6 marzo 2014 (C-206/2013) o nella decisione ordinanza *Sindicato dos bancarios do Norte* del 7.3.2013 (C-128/2012, nella quale si è ritenuto non fosse stato dimostrato che le contestate misure di *austerità* portoghesi avessero un collegamento con le norme europee), ma la *Fransson* sembra costituire il precedente di maggiore rilievo ed è, per questo, richiamata in tutte le decisioni sull'applicabilità della Carta. Per fare un ultimo esempio nella sentenza *Grima Janet Nisttahuz Poclava* del 5.2.2015 la Corte di giustizia ha ritenuto inconferente il richiamo all'art. 30 della Carta per sindacare un patto di prova in quanto non era stato dimostrato un nesso con il diritto dell'Unione che notoriamente disciplina solo il caso dei licenziamenti collettivi; la Corte si dichiara analogamente incompetente a

valutare il rispetto della Carta sociale europea. Sull'importanza della *Fransson* insiste moltissimo il Rapporto a cura della Commissione europea sull'implementazione della Carta nel 2013. Tuttavia va registrata l'opinione del Giudice della Corte Marek Safjan ⁽¹⁰⁾ che forse sembra cogliere una diversa linea di assestamento (più simile a quella seguita nella *Siragusa*) mediana fra le altre due prima citate che definisce "funzionalista": è sufficiente che la fattispecie presenti un legame anche indiretto con il diritto europeo, ma si deve dimostrare che questo diritto abbia un significativo rilievo nel disciplinarla, non bastando che si tratti di un legame potenziale. Effettivamente questo tipo di ricostruzione mostra bene l'atteggiamento delle ultime decisioni della Corte che, pur orientate *pro-Charter*, richiedono che si indichi come ed in che termini il diritto sovranazionale concorra a disciplinare il caso ⁽¹¹⁾. Nei primi tempi la Corte, invece, sottolineava una sorta di presunzione semplice di applicabilità della Carta sulla base della valutazione del Giudice nazionale (smentibile ma in presenza di solidi e gravi argomenti), ma con il moltiplicarsi dei casi di richiamo alla Carta, soprattutto per contrastare le misure di *austerità*, e di una maggiore combattività degli Stati nel contestare l'incidenza della Carta, questo rinvio indiretto al Giudice nazionale è sempre più raro ed i Giudici del Lussemburgo verificano

¹⁰ M. Sajjan, *Fields of application of the Charter of Fundamental Rights and constitutional dialogues in the European Union*, in Distinguished Lectures n. 2/2014; cfr. A. Ward, *Field of Application*, in, S. Peers, T. Hervey, J. Kenner, A. Ward (edited by), *The EU Charter of Fundamental Rights. A commentary*, Hart Publishing, Oxford, 2014. Nel commento all'art. 51 si parla di "functional provision" a proposito dell'art. 51 primo comma della Carta. Da ultimo cfr. A. Baraggia, *La tutela dei diritti in Europa: "epifanie" di una Unione dai tratti ancora indefiniti*, in Rivista AIC, n. 2/2015 che sottolinea lo "scarto" tra l'interpretazione offerta dalla Corte di giustizia dell'art. 51 nella *Fransson* e nella successiva *Siragusa*; R. Conti, *Dalla Fransson alla Siragusa: prove tecniche di definizione dei confini tra diritto Ue e diritti nazionali dopo Corte giust. 6 marzo C-206/13, Cruciano Siragusa*, in www.giurcost.org; E. Hancox, *The meaning of implementation EU law under art. 51 (1) of the Charter: Akemberg Fransson*, in Common Market Law Review, n. 50, 2013, p. 1426.

¹¹ Prima ancora della *Siragusa* altra decisione della Corte, la *Ymeraga* (C-87/12 dell'8 maggio 2013) aveva precisato che per poter far valere i diritti (al ricongiungimento familiare) derivanti dalla direttiva n. 2004/38- anche in connessione con quelli della Carta- occorreva aver esercitato la libertà di circolazione in concreto: pertanto la normativa nazionale che comportava il diniego al diritto al ricongiungimento familiare non poteva essere impugnata come contraria al diritto europeo ed alla Carta trattandosi di questione nazionale. Tale sentenza in materia di cittadinanza europea è sembrata volere stabilire dei confini restrittivi alla soluzione seguita nel notissimo "caso *Zambrano*" (Corte di Giustizia 8 marzo 2011, C-34/09) con la quale il ricorso ai diritti della Carta sembra presupporre un mera utilizzazione "potenziale" della libertà di circolazione. Sul tema della cittadinanza europea, se ci è lecita una semplificazione, la *Ymeraga* sembra stare alla *Zambrano* come la *Siragusa* alla *Fransson*. Sulla *Zambrano* cfr.: F. Vecchio, *Il caso Ruiz Zambrano tra cittadinanza europea, discriminazione a rovescia e nuove possibilità di applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in www.europeanrights.eu

sempre più spesso l'operatività dell'art. 51. Una recente decisione del 10.7.2014 (C-198/2013), *Hernández* ha poi, discutibilmente, precisato che se la normativa interna esaminata costituisce un trattamento di miglior favore dello Stato rispetto a quanto previsto dalle disposizioni sovranazionali, allora i diritti della Carta non sarebbero applicabili perché si trascende l'ambito di applicazione del diritto europeo.

Numerose sono, poi, le decisioni della Corte di Strasburgo che hanno richiamato le disposizioni della Carta dei diritti Ue (la più famosa, in materia sindacale, è la *Demir e Baykara* c. Turchia del 12 novembre 2008 (n. 34503/2007)).

6. L'efficacia della Carta di Nizza ed il rapporto con la giurisprudenza di Strasburgo.

Le linee di espansione giurisprudenziali ad oggi riscontrabili della Carta al di là di una univoca e certa competenza dell'Unione nella materia trattata sono almeno tre: a) la non discriminazione, vista l'esistenza di direttive a largo raggio che finiscono con il delineare una competenza dell'Unione "quasi-generale" in questo campo, una sorta di "principio-ponte" che porta all'applicabilità diffusa della Carta (cfr. le decisioni, *Kükukdevici*, 19 gennaio 2010, causa C-555/07, *Hay contro Crédit agricole mutuel de Charente-Maritime et des Deux-Sèvres*, (C-227/12), del 12 dicembre 2013); b) il principio del giusto processo di cui all'art. 47 della Carta (ad esempio nella sentenza a *Fuß* del 12 ottobre 2010, causa C-243/09 e nella *Gavieiro Gavieiro* del 22 dicembre 2010, cause C-444/09, C-456/09 la violazione del diritto ad un giusto processo ha consentito alla Corte di intervenire anche in materie nelle quali non sarebbe in astratto competente); c) la cooperazione giudiziaria civile per cui, se si chiede l'esecuzione in via europea di una sentenza nazionale, questa può essere sindacata sotto il profilo del rispetto del nucleo essenziale dei diritti della Carta, anche se la questione non è "di diritto europeo" (cfr. in materia familiare la *Sentenza JMcB* Corte di Giustizia, 5 ottobre 2010, causa C-400/10 PPU).

Ultima grande questione ancora aperta è l'invocabilità (orizzontale) della Carta nei rapporti interprivati (oltre che a livello verticale nei confronti degli Stati e per essi degli enti pubblici). Sul punto va ricordata la decisione della Corte di giustizia (Grande Sezione) *Association de médiation sociale* del 15 gennaio 2014 ⁽¹²⁾, secondo la

¹² Cfr. B. Caruso, V. Papa, *I percorsi accidentati della Carta dei diritti fondamentali dell'Ue... eppure la talpa scava*, in RGL n. 2/2014; V. Piccone, *Una importante sentenza della Corte di giustizia in materia di diretta applicabilità delle disposizioni della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it

quale le disposizioni della Carta (nella specie l'art. 27 sul diritto all'informazione e consultazione nei luoghi di lavoro), per essere applicate anche in controversie tra privati, devono essere chiare, precise ed incondizionate e possono, sembra aver detto la Corte, essere integrate con le disposizioni di direttive (pacificamente applicabili in campo sociale solo a livello verticale, cioè nei confronti degli Stati e dei loro enti pubblici) solo se il loro contenuto è desumibile in qualche modo dalla formulazione del diritto nella stessa Carta; rimane comunque possibile richiedere il risarcimento del danno nel caso di inapplicabilità orizzontale della Carta e della collegata direttiva nel caso in cui queste risultino comunque violate. Nel caso in esame si trattava di decidere della legittimità dell'esclusione dal computo numerico dei dipendenti dell'impresa- ai fini dell'applicazione del diritto all'informazione e consultazione- di lavoratori con contratti non standard, questione già risolta in una decisione del 2007 dalla Corte di giustizia nel senso del contrasto della legge francese di recepimento della direttiva con il diritto comunitario; per la Corte, però, sul punto delle modalità di computo l'art. 27 nulla afferma e pertanto non può essere integrata con le disposizioni delle Direttive. La stessa, molto discussa, sentenza della Corte ha ribadito che il divieto di discriminazione (art. 21 Carta dei diritti Ue) opera direttamente nei rapporti interprivati (come affermato dalla decisione *Kükükdevici* (Grande sezione) del 19 gennaio 2010 (causa C-555/07). La decisione in genere accolta negativamente, soprattutto in relazione alle diverse conclusioni dell'AG Villanon, sembrerebbe però consentire un'applicazione anche orizzontale laddove sia in questione un aspetto comunque ricavabile dal tenore della norma, ad esempio se si fosse discusso del significato da attribuire all'espressione " tempo utile". In ogni caso la Corte non è entrata nella *vexata quaestio* della distinzione tra diritti e principi, come invece si è sostenuto, limitandosi a sostenere il diritto di cui all'art. 27 non era sul punto giustiziabile in quanto nulla indicava nella specifica materia in discussione. Va anche menzionata una recentissima sentenza della Corte, la *Fenoll* del 26 marzo 2015, che ha ritenuto che un portatore di handicap affidato ad un Centro di aiuto per il lavoro potesse essere qualificato- in relazione all'attività effettivamente svolta (almeno in parte retribuita ed economicamente apprezzabile) per il Centro- come " lavoratore" ai sensi dell'articolo della Carta 31 capoverso e della direttiva 2003/88; tuttavia la Corte non ha esaminato se l'articolo della Carta potesse essere invocato nei rapporti orizzontali (nella controversia cioè tra il *Fenoll* e il Centro), onde ottenere il trattamento per ferie in quanto il "caso" era sorto prima della conferita obbligatorietà alla Carta con il Trattato di Lisbona. La decisione, quindi, non è risolutiva e neppure indicativa (in quanto è simile ad una sorta di dichiarazione di

inammissibilità) della invocabilità nei rapporti interpretati della Carta; i Giudici del Lussemburgo hanno quindi ribadito che la direttiva sul punto del trattamento per le ferie non è applicabile nei rapporti orizzontali direttamente, salvo una interpretazione conforme e salvo il diritto al risarcimento del danno. Non può, quindi, affermarsi che sul problema si sia formato un orientamento consolidato apparendo la giurisprudenza sovranazionale molto fluida (in numerosissimi casi le norme della Carta sono stati- a cominciare dagli artt. 16 e 17 sulla libertà di impresa e sul diritto di proprietà- ritenute applicabili anche ai rapporti orizzontali nonostante le loro formulazioni del tutto generiche) .

Va conclusivamente sottolineato che in linea generale quando sono applicabili i diritti della Carta è pur sempre applicabile anche la Cedu (visto che l'elenco della prima contiene tutti i diritti della seconda) e che, quindi, dovrebbe operare l'art. 52 terzo comma che prevede "laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Cedu, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione". Pertanto la Corte di giustizia, nello stabilire il contenuto dei diritti in giudizio, dovrebbe considerare la giurisprudenza di Strasburgo; mentre nel campo penale o civile questo collegamento di norma avviene, nel settore sociale si deve registrare una certa ritrosia della Corte del Lussemburgo a fare propri alcuni orientamenti della Corte di Strasburgo, in particolare sul tema dell'irretroattività della legge civile ed anche su quello del divieto di discriminazione (cfr. le sentenze *Carratù* - C-361/2012- del 12 dicembre 2012 e *Scattolon*- C-108/2012- del 4 gennaio 2012). Ancor prima nella sentenza *Kamberay* del 14.4.2012 la Corte del Lussemburgo osservava che non le spettava di precisare il rilievo della Cedu negli ordinamenti dei *member states* e, su un caso di discriminazione di cittadini comunitari ed extracomunitari da parte di Enti locali italiani, riteneva applicabile la sola normativa Ue (anche alla luce dell'art. 34 della Carta di Nizza). Nella sentenza *Carratù* , invece, in cui si discuteva della legittimità dell'art. 32 del Collegato lavoro (entità del risarcimento del danno in relazione alla conversione di un contratto nullo a termine in rapporto a tempo indeterminato) la Corte ha affermato che l'equiparazione (non dovuta ai sensi della Direttiva sui contratti a termine) tra le sanzioni previste nei casi di conversione del contratto a termine e quelle per il licenziamento illegittimo costituiva un trattamento di miglior favore riconosciuto dallo stato italiano e consentito però dalla Direttiva, ma ha ritenuto assorbita la questione della violazione del diritto ad un giusto processo per la retroattività della norma (art. 6 Cedu e art. 47 della Carta). Una spiegazione di questo "*non liquet*" può risiedere nell'orientamento della stessa Corte (sentenza *Hernandez*) già ricordato per cui i trattamenti nazionali più favorevoli non sono sindacabili alla

stregua della Carta perché non sono previsti dal diritto europeo (solo consentiti). Nel caso *Scattolon* il mancato allineamento alla giurisprudenza di Strasburgo (sentenza *Agrati* del 14.6.2011) è stato ancor più marcato, visto che le due decisioni intervenute a breve distanza concernono proprio il vantato diritto del personale della scuola trasferito ad altro comparto pubblico a mantenere i "diritti di anzianità". Come noto la Corte di Strasburgo ha ritenuto illegittima la mancata attribuzione di tali diritti negati in virtù di una legge di interpretazione autentica retroattiva per la quale non è stata riconosciuta la sussistenza di "imperiosi ragioni di ordine pubblico", mentre la Corte di giustizia ha qualificato il trasferimento come cessione di ramo di azienda e ha giudicato applicabile la direttiva in materia attribuendo al Giudice nazionale accertare in che limiti fosse stata violata. La Corte di giustizia non si è quindi occupata della questione della retroattività della normativa; la Corte di cassazione (privilegiando la sentenza della Corte di giustizia pronunciata in una materia ove sussiste una competenza sovranazionale da tempo esercitata) ha quindi cassato le decisioni che, sulla base della detta legge retroattiva, avevano respinto i ricorsi dei lavoratori invitando i Giudici di merito a verificare se i diritti stabiliti dalla direttiva per i lavoratori trasferiti (in sostanza di mantenimento del livello salariale acquisito) fossero stati rispettati il che in genere ha portato al rigetto delle domande nel giudizio di rinvio. Il dissidio così si è mantenuto essendo ora pendenti a Strasburgo i ricorsi di coloro che hanno perso la controversia sulla base della decisione *Scattolon* che non si è pronunciata sulla questione "retroattività".

La questione comunque del rapporto tra le due Corti è aperta e dovrebbe essere completamente ridefinita allorché vi sarà la prevista adesione dell'Ue al Consiglio d'Europa, oggi- però- nuovamente bloccata dal parere n. 2/2013 della Corte di giustizia che ha giudicato la bozza del Trattato di adesione contraria al diritto europeo.

7. Il rilievo della Cedu in campo sociale: qualche perplessità metodologica.

L'espansività delle disposizioni Cedu nel settore sociale sta diventando, in questi ultimi anni, macroscopica per effetto di una giurisprudenza innovativa della Corte di Strasburgo e non incontra i limiti di "competenza" della stessa Carta dei diritti Ue; dal *revirement* in materia sindacale (con la sussunzione dei diritti sindacali e di azione collettiva- compreso lo sciopero- nell'alveo protettivo del diritto di associazione di cui all'art. 11, soluzione in precedenza esclusa dalla Corte) con la sentenza *Demir c. Turchia* del 2008, che è sembrata una sorta di risposta di Strasburgo alla contestatissime sentenze *Viking* e

Laval della Corte di giustizia⁽¹³⁾ cui si aggiunge la più recente *National Union of Rail, Maritime and Transport Workers* del 8.4.2014 (sullo sciopero di solidarietà), sino a decisioni in materia di licenziamento (in genere in associazioni di tendenza come nei due casi *Obst v. Germania* e *Schuth c. Germania* del 2010), al problema della successione di contratti collettivi nel tempo (*Aizpurua Ortiz v. Spagna*), al caso di sanzioni disciplinari (*Şişman and Others v. Turkey* del 27.9.2011), ai molti interventi sulla legittimità delle misure di *austerità* adottate in relazione alla crisi dell'euro ed al risanamento dei bilanci pubblici⁽¹⁴⁾ alla recente decisione *Dhabi c. Italia* dell'8.4.2014 (con una significativa intrusione di campo nel diritto comunitario) nella quale si mette sotto i riflettori l'obbligo per i Giudici di legittimità di effettuare il rinvio pregiudiziale o quanto meno di motivare il mancato accoglimento dell'istanza di parte, la cui violazione immotivata, viene però sanzionata con l'attribuzione delle somme per cui era giudizio⁽¹⁵⁾.

Tuttavia, prima di esaminare più da vicino le questioni che sorgono nel tentativo di combinare orientamenti costituzionali interni e sovranazionali, vorrei riassumere molto sinteticamente le ragioni di un certo affanno (un senso di malessere – *malaise*- nel quale mi sento anch'io esistenzialmente coinvolto), talvolta una vera inquietudine che grava sul giudice di legittimità ma anche quello di merito, che trascende di molto le ovvie complicazioni pragmatiche nel dover comparare orientamenti di diverse giurisdizioni.

Il primo punto è stato sottolineato da molti commentatori ed anche dalla nostra Corte delle leggi: la Corte di Strasburgo è una Corte del caso singolo, giudica su specifiche violazioni in rapporto a pretese individuali, per quanto attraverso la ricezione della teoria del "margine di apprezzamento" si sia in parte aperta a considerazioni che contemplano

¹³ Cfr. G. Bronzini, *Diritto alla contrattazione collettiva e diritto di sciopero entrano nell'alveo protettivo della Cedu: una nuova frontiera per il garantismo sociale in Europa?*, in *Riv. it. dir. lav.* 2009, p. 970; G. Bronzini, *Le Corti europee ed il personale Ata*, in RGL, n. 4/2011. Cfr. anche S. Sciarra, *L'Europa e il lavoro. Solidarietà e conflitto in tempi di crisi*, Laterza, 2013 che sottolinea le linee divergenti in materia di sciopero e libertà sindacali tra Corte di giustizia, Corte Edu e Comitati ILO. La recente sentenza *R.M.T. v. Regno Unito* dell'8.4.2014, pur adottata con numerose opinioni dissenzianti, che ha negato la tutela dell'art. 11 della Cedu ad uno sciopero di solidarietà (nel quale vengono esaminati anche gli articoli 12 e 28 della Carta di Nizza) appare obiettivamente ridimensionare la valenza garantista del più recente orientamento della Corte di Strasburgo nella materia. Su tale ultima decisione cfr. V. De Stefano, Cedu, *Corte di Strasburgo e sciopero della solidarietà: qualche conferma e molte questioni aperte*, in RGL n. 2/2014

¹⁴ sentenza *Da Conceicaoõ Mateus c. Portogallo*, dell'8.10.2013, sentenza *Koufaki e Adedy c. Grecia* del 7.5.2013, sentenza *Mihaies e Sentes c. Romania* del 6.12.2011.

¹⁵ Su tale decisione cfr. G. Turatto, *Commento alla sentenza Dhabi*, in www.europeanrights.eu

una maggiore discrezionalità degli Stati, che in campo sociale diventa ancora più ampia. Non è certamente un organo giurisdizionale deputato a mantenere l'equilibrio di un sistema giuridico secondo una visione d'insieme; mentre questo è lo scopo dei Giudici delle leggi ed anche, sempre di più, della stessa Corte di giustizia, laddove è chiamata a prendersi cura degli interessi generali del *demos* europeo e delle ragioni "strategiche" del processo di integrazione. Posto il limitato angolo visuale di Strasburgo ed il suo giudicare casistico le difficoltà del *judicial transplaint* ⁽¹⁶⁾ delle decisioni di questa Corte in altri contesti è sempre problematica, soprattutto in materie ove l'incursione della Corte è meno ancorata al nucleo più duro ed irrinunciabile della tutela dell'individuo (libertà dagli arresti o le libertà civili classiche). Questa differenza di metodo crea un certo spaesamento perché non è facile conciliare l'attitudine del Giudice interno a farsi carico, attraverso l'insegnamento delle Corti costituzionali, di una interpretazione "sistemica" delle legislazione che può condurre a bilanciare diritti ed interessi costituzionali in conflitto, con un'opera di generalizzazione di casi esaminati dalla Corte Edu, spesso mal motivati (cfr. l'*Agrati*) e, comunque costruiti, in una logica puramente individualistica ⁽¹⁷⁾.

Il secondo profilo è sulla reale legittimità e "forza persuasiva" degli interventi in campo sociale della Corte Edu. Nell'ampia fenomenologia dei casi esaminati cui si è fatto riferimento la garanzia dei diritti sociali diventa epifenomeno di quella di diritti di altra generazione, civili e di libertà, un *side-effect* che non può non apparire controverso, posto che le norme di attribuzione di prestazioni socio-economiche hanno

¹⁶ Cfr. F. Gallo, *Rapporti tra Corte costituzionale e Corte Edu*, cit. Cfr. B. Randazzo, *Retraoattività delle legge e ingerenza nell'attività giurisdizionale: i "motivi imperativi di interesse generale". Giurisprudenze a confronto*, in Quaderni di nuova giurisprudenza ligure, in http://www.ordineavvocatibrescia.it/uploads/allegati_pagine_allegati/638Randazzo-retroattivita.pdf secondo la quale " il giudizio di costituzionalità in via incidentale- che viene qui in rilievo- ha per oggetto e come scopo primario, la tutela obbiettiva dell'ordinamento... Il giudizio europeo ha invece come obiettivo la tutela di un diritto individuale, la cui violazione potrebbe discendere dalla legge... ma potrebbe anche dipendere da sue cattive applicazioni, da omissioni legislative, da prassi amministrative o giudiziarie" . Mentre dunque nel giudizio di costituzionalità il Giudice delle leggi giudica nella prospettiva dell'interesse generale, della coerenza dell'ordinamento del suo complesso e il diritto individuale viene in rilievo come parametro di giudizio e come limite all'esercizio della potestà legislativa statale, nel giudizio europeo accade esattamente il contrario: la Corte Edu giudica dalla prospettiva del singolo e la legge viene in rilievo come base legale dell'ingerenza dello stato nel godimento del diritto fondamentale garantito dalla Cedu" (pag. 30). Sottolinea la complessità ed anche l'eterogeneità degli interessi costituzionali in gioco L. Tria in, *Il caso del personale Ata, ovvero il ricorso alle Corti supreme europee tra plus e minus di tutela dei diritti fondamentali*, in *Questione giustizia* n. 1/2014

¹⁷ Remo Caponi ha parlato a proposito dell'*Agrati* di un "monologo" in, *Giusto processo e retroattività di norme sostanziali nel dialogo tra le Corti*, in *Giur. cost.*, 2011, p. 3753 ss..

necessariamente alle spalle considerazioni e complesse valutazioni (soprattutto in questi anni) di tenuta dei bilanci pubblici e relative alle gerarchie di urgenza nell'attribuzione delle risorse statali sempre più scarse. Tutelare il nucleo di un diritto sociale come riflesso di un diritto di proprietà o di credito o giudicare di un licenziamento alla luce del diritto di associazione o della libertà di religione, è certamente operazione sino ad oggi estranea all'orizzonte ermeneutico del giudice ordinario o costituzionale di paesi come il nostro ed anche della stessa Corte di giustizia. Sarebbe, anche in presenza di problemi di bilancio e di ristrettezza di risorse, certamente possibile sviluppare un ragionamento sulle pretese in gioco interpretate come diritti sociali fondamentali, incomprimibili oltre un certo livello, come ha fatto il Tribunale costituzionale tedesco con la sentenza del 9.2.2010 *Hartz 4* a proposito del reddito minimo di esistenza stabilendo che le "spese in dignità" non possono essere "risparmiate" neppure in tempi di crisi (considerazioni simili ha svolto la nostra Corte con la sentenza n. 10/2010 sulla *social card*), ma è proprio questa la dimensione che la Corte di Strasburgo stenta a guadagnare poiché non esiste, come detto, una riconosciuta dimensione sociale della Cedu e perché la Carta sociale europea viene tenuta in un limbo giuridico che finisce con il conferirle carattere meramente simbolico. Va peraltro ricordato che una delle *missions* del "progetto Carta di Nizza" era proprio quella di attribuire alle prerogative socio-economiche lo stesso *status* degli altri diritti (come recita il Preambolo della Carta) di diversa generazione, anche se è ancora dibattuta la questione se questo obiettivo primario della codificazione dei *fundamental rights* nell'ambito Ue sia stato pienamente raggiunto⁽¹⁸⁾.

E inutile negare che vi siano dubbi o richieste di approfondimento largamente condivisi di ordine teorico-costituzionale. Mentre la fusione di orizzonti costituzionali nazionali e sovranazionali nel contesto dell'Unione europea conta sulle complesse costruzioni delle scuole del "costituzionalismo europeo" che propongono da tempo idee e modelli ben strutturati per legittimare un'osmosi tra ordinamenti interni e sistema Ue, nell'equilibrio tra il rispetto dell'identità costituzionale dei paesi membri

¹⁸ Su punto cfr. B. Caruso, *I diritti sociali fondamentali dopo il Trattato di Lisbona (tanto tuonò che piovve)*, W.P. C.S.D.L.E. Massimo D'Antona, int. n.81/2010; B. Caruso, *I diritti sociali fondamentali nell'ordinamento costituzionale europeo*, in, *Il lavoro subordinato*, a cura di S. Sciarra, B. Caruso, volume V del *Trattato di diritto privato dell'Unione europea*, diretto da G. Ajani G. G.A. e Benacchio, Torino,2009; G. Bronzini, *La Carta di Nizza dopo Lisbona: quale "ordine costituzionale" per la protezione multilivello dei diritti fondamentali?* in, *L'integrazione attraverso i diritti. L'Europa dopo Lisbona*, a cura di E. Falletti e V. Piccone, Roma, , 2010. Per un confronto tra Carta di Nizza e costituzione italiana cfr. i due volumi monografici su, *I diritti sociali tra ordinamento comunitario e costituzione italiana* della Rassegna di diritto pubblico europeo, nn. 2/2008 e 1/2010.

(art. 4 Tue), l'affermarsi di principi "comuni"⁽¹⁹⁾ e la partecipazione democratica al processo di integrazione (se non altro dal punto di vista "riflessivo"), questo impianto teorico non è disponibile, per lo meno con la medesima forza dimostrativa, per quella convergenza delle soluzioni nazionali che anche l'ordinamento del Consiglio d'Europa alla fine postula⁽²⁰⁾. E' possibile separare il piano della tutela dei diritti umani da quello di una più ampia ed intensa "costituzionalizzazione"? E' possibile e ragionevole che i diritti sociali e del lavoro siano occasionalmente ed indirettamente protetti in base ad un Elenco così incompleto e datato, come quello stilato a Roma nel 1950? Può, sotto questo profilo, quindi apparire comprensibile la prudenza della nostra Corte verso la giurisprudenza Cedu, soprattutto su questioni nelle quali la necessità del bilanciamento delle pretese in gioco con altri interessi di natura costituzionale non è aggirabile.

E passo al connesso ultimo punto di perplessità già accennato. Proprio in ordine al principio del divieto di retroattività delle legge civile in materia sociale la Corte del Lussemburgo è sembrata volersi sottrarre al dialogo con l'orientamento di Strasburgo nonostante la chiara formulazione del terzo comma dell'art. 52 che recita " laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Cedu, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione" sembrerebbe costringere la Corte Ue quanto meno ad esaminare se la garanzia del giusto processo di cui all'art. 47 della Carta porti ad ammettere la retroattività di una norma civile solo in presenza di motivi imperiosi di interesse pubblico, per lo meno quando la questione esaminata si presenti come "di diritto europeo", ai sensi dell'art. 51 della stessa Carta⁽²¹⁾. In tre importanti sentenze la *Kamberaj*

¹⁹ A. von Bogdandy, *Founding principles*, in (a cura di A. von Bogdandy , J. Bast), *Principles of european constitutional law*, cit.; nonché il numero monografico sul tema della rivista *European law journal* n. 16/2010 con interventi di A von Bogdandy , C. F. Sabel e O. Gerstenberg, Q.L.Hong, cit.

²⁰ Sul ruolo della Ceu cfr. B. Randazzo, *The role of the Strasbourg Court in the democratic societies*, in www.europeanrights.eu; sul piano più giurisprudenziale V. Zagrebelsky, *La giurisprudenza casistica della Corte europea dei diritti dell'uomo. Fatto e diritto alla luce dei precedenti*, in a cura di E. Falletti e V. Piccone, *L'integrazione attraverso i diritti*, cit. Neppure la prevista adesione dell'Ue alla Cedu ancora al di là da venire posto che l'ancora non disponibile ed incerto quanto a contenuti Trattato di adesione (dopo il parere n. 2/2013 della Corte di giustizia) dovrà essere sottoposto alla ratifica di ben 47 paesi, aderenti al Consiglio d'Europa potrà colmare, più di tanto, il divario "costituzionale" tra le due Europe, quella di Monnet e di Spinelli e quella incentrata sulla Corte di Strasburgo. Sul rilievo giurisdizionale dell'adesione cfr. A. Tizzano, *Le Cours europeennes et l'adehesion de l'Unione a la CEHD*, in www.europeanrights.eu

²¹ Scrive ad esempio B. de Witte in, *Article 53. Level of protection in the Eu Charter of fundamental rights.- A Commentary*, (eds.) S. Peers et. Al., Hart Publishing, Oxford and

dell'11.4.2011, la *Scattolon* del 4.1.2012 e la *Carratù* del 12.12.2012, la Corte Ue, come già accennato, è sembrata voler semplicemente aggirare il problema (²²). Questo è l'aspetto più insidioso della faccenda in quanto non solo si mostra una divergenza tra Corte costituzionale italiana e Corte Edu, ma anche una mancata convergenza tra le due Corti sovranazionali che, ad esempio, in campo penale, dialogano perfettamente con la piena integrazione degli orientamenti di Strasburgo nella nuova frontiera del diritto penale dell'Unione (²³) con il varo di direttive a largo raggio sui diritti di difesa che radicano una sempre più ampia competenza della Corte Ue ad esaminare questioni penalistiche alla luce della Carta di Nizza (le cui norme però vengono in genere ricostruite nel loro contenuto anche alla luce dell'orientamento di Strasburgo sulle "omologhe" disposizioni della Cedu). La mancata convergenza tra le Corti europee costituisce non solo un ulteriore problema per l'interprete interno (cfr. il caso *Agrati-Scattolon*) ma alla fine può essere elemento disgregante della stessa credibilità della tutela multilivello, essendo incomprensibile per il comune cittadino che esistano tre tutele diverse per lo stesso fatto a seconda che la questione sia vista come interna, comunitaria e convenzionale (²⁴). In

Portland Oregon, 2014, pag. 1523 ss: "In interpreting the relevant provisions of the Charter, the Court of Justice and the Courts of the Member states must have due regard to the level of protection offered by similar rights contained in international human rights conventions such as the ECHR in the common constitutional traditions of the member states"

²² Per la *Carratù* una possibile spiegazione del dichiarato, all'apparenza senza giustificazione e comunque non motivato dalla Corte, assorbimento della questione della lesione dell'art. 47 della Carta di Nizza (sotto il profilo della retroattività della norma) prospettata dal Giudice del rinvio pregiudiziale alla luce (ex art. 52 della stessa Carta) della giurisprudenza formatasi sull'art. 6 della Cedu presso la Corte di Strasburgo può venire dalla successiva sentenza del 10.7.2014 (C-198/2013), *Hernández* che ha precisato che se la normativa interna esaminata costituisce un trattamento di miglior favore dello Stato rispetto a quanto previsto dalle disposizioni sovranazionali (nella *Carratù* era stato affermato che l'equiparazione tra indennità dovuta in caso di licenziamento illegittimo e quella nel caso di conversione di un contratto a termine in contratto a tempo indeterminato derivava da una scelta più favorevole compiuta dallo Stato), allora i diritti della Carta non sarebbero applicabili perché si trascende l'ambito di applicazione del diritto europeo. Nel caso della *Kamberaj* invece sembra ragionevole supporre che la Corte non si sia pronunciata sul tema in esame in quanto la tutela " comunitaria" era di per sé idonea a portare a risolvere la controversia, così come nel caso *Scattolon* la Corte sembra aver privilegiato la valorizzazione delle garanzie del diritto dell'Unione che ha portato a ricondurre la fattispecie nell'alveo delle direttive sul trasferimento di azienda e conseguentemente ha condotto la Corte di cassazione ad accertare sotto questo profilo i diritti vantati in giudizio dei lavoratori.

²³ L'osmosi tra le due giurisprudenza è intensa, con continui *referencies* della Corte del Lussemburgo ai precedenti della Corte Edu anche in tanti altri settori, dalla tutela della *privacy* ai diritti dei migranti.

²⁴ Per la tesi della necessità di una convergenza della tutela multilivello attorno al meta-principio della dignità della persona vanno richiamati i numerosi ed acuti lavori di A. Ruggeri ed in particolare la raccolta di saggi, A. Ruggeri, *Itinerari di una ricerca sul sistema delle*

sostanza si è rilevata a bassa intensità direttiva la clausola orizzontale di cui all'art. 53 della Carta che stabilisce, in caso di concorrenza tra fonti di protezione, il principio del trattamento di miglior favore che, a ben guardare, sembra operare bene quando sono in gioco il potere punitivo dello Stato ed i diritti di libertà del cittadino, ma diventa quasi inutilizzabile allorchè, a proposito di diritti sociali, vengono in risalto delicati problemi di costi dei benefici di *welfare* e interessi di natura pubblica a mantenere in equilibrio il bilancio dello Stato (interessi che risultano "quasi- costituzionalizzati" anche nel cosiddetto *Fiscal compact*).

8. Le ipotesi più significative della tutela Cedu dei diritti sociali: le regole d'ingresso.

Le regole di ingaggio delle norme Cedu sono molto più limpide di quelle che riguardano la Carta avendo la Convenzione applicazione universale. Anche il rilievo delle norme della Convenzione, dopo numerose pronunce della Corte costituzionale, appare chiaro: il contrasto con le norme interne obbliga all'"interpretazione conforme" ma non può condurre ad una disapplicazione diretta della disposizione statale (a parte le notissime decisioni n. 348 e 349 del 2007 va ricordata la nettissima n. 80/2011). Fanno comunque ostacolo all'ingresso nel nostro orientamento non solo i principi supremi dell'ordinamento costituzionale interno, ma qualsiasi norma o principio costituzionale. Pertanto i "contro limiti" all'applicabilità di una disposizione Cedu (in pratica di una decisione di Strasburgo circa qualche caso di violazione) hanno una latitudine ben più ampia che nei confronti del diritto europeo in quanto non riguardano solo il nucleo fondativo del nostro ordinamento costituzionale ed alcuni diritti umani protetti dalla Costituzione del 47. Per quanto riguarda il settore civile non si segnalano esempi di ribellione a tale indirizzo che pur priva il Giudice ordinario italiano di quel potere di diretto apprezzamento della giurisprudenza di Strasburgo che sul piano comparativo risulta spettare alla stragrande maggioranza dei Giudici degli altri 46 paesi aderenti al Consiglio d'Europa e che rende il nostro sistema di controllo di "legittimità convenzionale" molto complesso e, soprattutto, lentissimo dovendo comportare la verifica accentrata della nostra Corte delle leggi. L'orientamento di alcuni Giudici amministrativi secondo il quale l'art. 6 Tue avrebbe "comunitarizzato" le norme Cedu, pur riguardando il settore

fonti. Studi dell'anno 2011, Torino 2012; cfr. anche A. Ruggeri, *I rapporti tra le Corti e le tecniche decisorie, a tutela dei diritti fondamentali*, in QG n. 1/2014 e, dello stesso Autore, *Sei tesi in tema di diritti fondamentali e della loro tutela attraverso il "dialogo" tra Corti europee e Corti nazionali*, in www.federalismi.it, Ottobre 2014; la seconda tesi del testo "programmatico" di Ruggeri invita a considerare i diritti fondamentali nella loro dimensione intercostituzionale e interordinamentale.

civile, è oggi decisamente archiviato ⁽²⁵⁾ soprattutto dopo la decisione n. 80/2011.

Altro problema che si è posto è se l'orientamento ormai superconsolidato secondo il quale le questioni di applicabilità del diritto comunitario possono essere sollevate anche *ex officio* ed in ogni stato e grado del processo possa valere anche per le questioni di legittimità "convenzionale". A me sembra che, soprattutto in campo lavoristico, sia assolutamente prevalente la tesi propensa all'assimilabilità tra le due situazioni che in effetti sembra essere stata revocata in dubbio più che altro nella giurisprudenza penale di legittimità. Ha correttamente notato di recente Roberto Conti che " l'obbligo del giudice comune di verificare anzitutto (Corte cost. n. 113/2011) la praticabilità di un'interpretazione della legge in senso conforme alla Cedu, predicato sin dalle sentenze gemelle del 2007 a più riprese dalla Corte costituzionale sembra richiedere un controllo sulla compatibilità del sistema interno con la Cedu ben lontano da meccanismi riconducibili in via esclusiva alle parti del processo, soprattutto quando il deficit trova la sua genesi nell'ordinamento positivo interno" ⁽²⁶⁾. Senza entrare nel dettaglio riguardando i soli giudizi in cassazione certamente anche la rilevabilità di ufficio sembra presupporre che il ricorso abbia validamente introdotto il tema sul quale si innesta un profilo di "legittimità convenzionale": ad esempio la Corte di cassazione lavoro non ha mai ritenuto di affrontare nel merito la questione di legittimità "convenzionale" dell'art. 32 del Collegato lavoro nelle controversie con le Poste sui contratti a termine in quanto i ricorsi delle Poste non avevano idoneamente impugnato il capo concernente il risarcimento dei danni. Ancora va ricordato che la Corte di cassazione nelle due ordinanze che hanno sollevato questione di legittimità costituzionale della normativa di interpretazione autentica in ordine al trattamento pensionistico dei lavoratori italiani migranti in Svizzera (sul quale torneremo diffusamente) per contrasto con l'art. 117 Cost. e, in realtà, con le due sentenze della Corte di Strasburgo *Maggio e Stefanetti*, (rispettivamente l'ordinanza interlocutoria n. 23834/2011 del 15.11.2011 risolta con la decisione della Corte costituzionale n.264/2012 e l'ordinanza interlocutoria n. 4881/2015 del 17.12.2014 ancora pendente) lo ha fatto in sostanza *ex officio* in difetto di una esplicita richiesta di parte, anche se la legittimità costituzionale della norma era stata sollevata dalla stessa parte ma sotto diversi parametri. In questo senso deve essere interpretata la stessa decisione della Cassazione lavoro n.

²⁵ V. la ricostruzione da ultimo compiuta da R. Conti, *Contrasto tra norma interna e Cedu: fra rilevabilità di ufficio ex officio e controllo diffuso di convenzionalità*, in www.questionegiustizia.it

²⁶ R. Conti, *ibidem* pag. 5

76/2014 che ha affermato che " nel ricorso per cassazione per violazione di legge, la parte che deduce l'inosservanza in proprio danno delle disposizioni della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (nella specie, gli artt. 6 e 14), ha l'onere di indicare la regola desumibile dalla Convenzione o dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in casi analoghi e di allegare in che modo il giudice di merito si sia discostato dai parametri della Convenzione, indicando gli elementi concreti di analogia tra il proprio caso e gli altri nei quali in sede europea siano stati applicati i parametri più adeguati e comunque più favorevoli che invoca", impedendo generici richiami alla Cedu che non si facciano carico della ricostruzione dell'orientamento della Corte sovranazionale". La decisione sembra esonerare il Giudice dall'onere di motivare diffusivamente sull'eccezione della parte, ma non dal dovere di esaminare profili di eventuale violazione della giurisprudenza di Strasburgo ove effettivamente sussistenti.

Nella prassi giudiziaria italiana, tuttavia, le ipotesi di tutela Cedu in campo sociale sono limitate, in buona sostanza, a tre settori: la tutela antidiscriminatoria, quella "sostanziale" di violazione del Protocollo n. 1 e alla violazione dell'art. 6 per opera di leggi retroattive o attivato ex se o in congiunzione con l'art.1 Protocollo n. 1. Tratterò più che altro quest'ultimo aspetto in quanto ormai è una questione che si pone in numerosissime controversie visto l'alluvionale ricorso alle leggi retroattive di " pseudo" interpretazione autentica e che ha portato ad un plateale divergenza di vedute tra la nostra Corte e quella di Strasburgo che mette il Giudice al centro del dissenso tra 2 giurisprudenze diverse.

Circa il profilo antidiscriminatorio va ricordato che l'art. 14 Cedu può essere invocato solo in correlazione con un altro diritto Cedu (anche se la giurisprudenza ha un po' reso più fluida la norma) e che quindi riveste carattere accessorio e sussidiario. L'incidenza della giurisprudenza antidiscriminatoria in Italia non è vastissima: il caso più rilevante è già stato ricordato ed attiene all'esclusione di cittadini extracomunitari dall'accesso a prestazioni sociali ad opera della legislazione nazionale ma soprattutto regionale o alla subordinazione di tale accesso a requisiti irrazionali e vessatori (anche da parte di Comuni) o anche all'esclusione di tali cittadini dalla partecipazione a taluni concorsi pubblici. Anche la nostra Corte costituzionale ha ritenuto (da ultimo la sentenza n. 168/2014 e la n. 22/2015 sul requisito della carta di soggiorno) discriminatori simili esclusioni richiamando il contrasto con l'art. 14 Cedu come emergente dalla giurisprudenza di Strasburgo. Una buona sinergia tra orientamenti di Strasburgo e quelli del Lussemburgo si è sin qui avuto nel campo delle discriminazioni per sesso (cfr. sentenza *KB* della Corte di giustizia che segue la *Goodwin* di Strasburgo). In pratica però di fronte alla rete di

direttive antidiscriminatorie a largo raggio dell'Unione europea (in genere trasposte in modo felice nel nostro ordinamento) la Cedu finisce per essere applicata a casi marginali e trascurabili essendo la controversia direttamente investita dal diritto europeo o da quello nazionale applicativo del primo. Va anche considerato che la giurisprudenza della Corte Cdu ammette un ampio margine di apprezzamento per gli Stati nazionali che appare superiore a quanto viene, invece, tollerato dall'ordinamento dell'Unione la cui politica antidiscriminatoria rappresenta da tempo un elemento centrale ⁽²⁷⁾ della *governance* sovranazionale.

Ancora più trascurabile nella nostra giurisprudenza l'orientamento di Strasburgo sull'art. 1 del Protocollo n. 1, se fatto valere in sé e non in connessione con la violazione delle norme sul giusto processo visto che la tutela che il Protocollo offre ai diritti sociali visti come diritti di credito che entrano a far parte del "patrimonio" del soggetto si limita a richiedere che vi sia un interesse pubblico all'interferenza e che il sacrificio individuale sia proporzionato, il che lascia un vastissimo campo di discrezionalità agli Stati. Va ricordato come le cosiddette *recovery measures*, indotte dalla crisi dell'euro, non siano state stigmatizzate dalle due Corti europee. La Corte di giustizia, come già ricordato, con l'ordinanza del 7 marzo 2013 (*Sindicato dos Bancarios do Norte*) ha affermato di non poter giudicare se le misure di *austerità* adottate dal Portogallo fossero in contrasto con la Carta di Nizza perché "non emergevano in concreto elementi" per ritenere che la legge portoghese, colpendo esclusivamente i salari e le pensioni dei dipendenti pubblici, intendesse attuare il diritto europeo. Per quanto riguarda il rispetto della Convenzione europea dei diritti umani, sempre con riferimento al Portogallo, la Corte europea dei diritti umani (sentenza *Da Conceicaoã Mateus c. Portogallo*, dell'8.10.2013) ha a sua volta giudicato legittime le misure di *austerità* con le quali era stata prevista per il 2012 una riduzione dei sussidi feriali e natalizi per i soli pensionati pubblici, riduzione già giudicata incostituzionale dalla Corte costituzionale portoghese, che, però, ne aveva salvato gli effetti per il 2012. La Corte di Strasburgo ha osservato che in tema di violazione di diritti pensionistici, lo stato disponeva di un ampio margine di apprezzamento per valutare la sussistenza di un interesse pubblico alla loro rideterminazione; questa, tuttavia, deve avere un fondamento ragionevole e salvaguardare un giusto equilibrio tra le esigenze di interesse generale della comunità e la protezione dei diritti fondamentali dell'individuo. L'essenza del diritto comunque non deve essere pregiudicata e va tenuta in conto anche la specifica natura della prestazione, apparendo inammissibile una

²⁷ Cfr., il commento all'art. 14 in, *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, a cura di S. Bartole, P. De Sena, G. Zagrebelsky, Cedam, 2012

privazione totale dei diritti che comporti la perdita dei mezzi di sussistenza. Nel caso in esame emergeva che tali misure erano state adottate in una situazione economica estrema, erano limitate nel tempo e comunque i tagli non incidono sulla pensione- base. Pertanto la Corte ha concluso che era stato rispettato un giusto equilibrio tra l'interesse pubblico al risanamento del bilancio e quello alla protezione dei diritti fondamentali, così come già accertato in un caso simile, riguardante provvedimenti di *austerità* in Grecia (sentenza *Koufaki e Adedy c. Grecia* del 7.5.2013) e in uno riguardante la Romania (sentenza *Mihaies e Sentes c. Romania* del 6.12.2011) ⁽²⁸⁾.

Molto rilevante è invece l'ultima direttrice sulla quale si soffermeremo.

9. Le linee di convergenza e il contenuto del dissenso tra le Corti in materia di leggi di interpretazione autentica: una sintesi.

La latitudine del dissenso è in effetti ricostruita con esattezza e lealtà espositiva in numerose decisioni della nostra Corte che riassume, sia nella decisioni di inammissibilità che di accoglimento, con pregevole sintesi l'orientamento di Strasburgo: questa sintesi opera quindi come una sorta di massima che viene poi riprodotta ogni volta che si ripresenta la questione che oggi discutiamo. Si prenda la decisione n. 170/2013 (una delle tante in cui l'orientamento di Strasburgo è stato *in toto* recepito): " 4. tali essendo gli effetti della disciplina impugnata, occorre esaminare la questione di legittimità portata all'esame di questa Corte alla luce della giurisprudenza costituzionale e sovranazionale sviluppatasi in materia di leggi retroattive, rispettivamente in riferimento all'art. 3 Cost. e all'art. 6 della CEDU, come richiamato dall'art. 117, primo comma, Cost., che costituiscono i parametri del presente giudizio.4.2.– I profili di illegittimità costituzionale prospettati dal giudice rimettente debbono essere esaminati congiuntamente, in modo che l'art. 6 CEDU, come applicato dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, sia letto in rapporto alle altre disposizioni costituzionali e, nella specie, all'art. 3 Cost., secondo gli orientamenti seguiti dalla giurisprudenza costituzionale in tema di efficacia delle norme della CEDU, sin dalle sentenze n. 348 e n. 349 del 2007. Infatti, questa Corte ha affermato che «la norma CEDU, nel momento in cui va ad integrare il primo comma dell'art. 117 Cost., come norma interposta, diviene oggetto di bilanciamento, secondo le ordinarie

²⁸ Cfr. , *Le politiche di austerità in Europa e la garanzia dei diritti sociali fondamentali* , in Laboratorio dei diritti fondamentali, Bollettino n. 12, S. Borelli, *Corte Edu verso Troika? Cronaca di una sconfitta annunciata*, in RGL n. 2/2014

operazioni cui questa Corte è chiamata in tutti i giudizi di sua competenza», affinché si realizzi la necessaria «integrazione delle tutele» (sentenza n. 264 del 2012), che spetta a questa Corte assicurare nello svolgimento del proprio infungibile ruolo. Pertanto, anche quando vengono in rilievo ai sensi dell'art. 117, primo comma, Cost., norme della CEDU, la valutazione di legittimità costituzionale «deve essere operata con riferimento al sistema, e non a singole norme, isolatamente considerate», in quanto «un'interpretazione frammentaria delle disposizioni normative [...] rischia di condurre, in molti casi, ad esiti paradossali, che finirebbero per contraddire le stesse loro finalità di tutela» (sentenza n. 1 del 2013). Altrimenti detto, questa Corte opera una valutazione «sistemica e non frazionata» dei diritti coinvolti dalla norma di volta in volta scrutinata, effettuando il necessario bilanciamento in modo da assicurare la «massima espansione delle garanzie» di tutti i diritti e i principi rilevanti, costituzionali e sovranazionali, complessivamente considerati, che sempre si trovano in rapporto di integrazione reciproca (sentenze n. 85 del 2013 e n. 264 del 2012). 4.3.– Con riferimento al caso in esame, i principi di cui sopra portano a rilevare, anzitutto, che «il divieto di retroattività della legge (art. 11 delle disposizioni sulla legge in generale), pur costituendo valore fondamentale di civiltà giuridica, non riceve nell'ordinamento la tutela privilegiata di cui all'art. 25 Cost.», riservata alla materia penale, con la conseguenza che «il legislatore – nel rispetto di tale previsione – può emanare norme con efficacia retroattiva, anche di interpretazione autentica, purché la retroattività trovi adeguata giustificazione nell'esigenza di tutelare principi, diritti e beni di rilievo costituzionale, che costituiscono altrettanti «motivi imperativi di interesse generale», ai sensi della CEDU (ex plurimis sentenza n. 78 del 2012). Tuttavia, occorre che la retroattività non contrasti con altri valori e interessi costituzionalmente protetti (ex plurimis sentenze nn. 93 e 41 del 2011) e, pertanto, questa Corte ha individuato una serie di limiti generali all'efficacia retroattiva delle leggi attinenti alla salvaguardia di principi costituzionali e di altri valori di civiltà giuridica, tra i quali sono ricompresi «il rispetto del principio generale di ragionevolezza, che si riflette nel divieto di introdurre ingiustificate disparità di trattamento; la tutela dell'affidamento legittimamente sorto nei soggetti quale principio connaturato allo Stato di diritto; la coerenza e la certezza dell'ordinamento giuridico; il rispetto delle funzioni costituzionalmente riservate al potere giudiziario» (ex multis sentenze n. 78 del 2012 e n. 209 del 2010). In particolare, in situazioni paragonabili al caso in esame, la Corte ha già avuto modo di precisare che la norma retroattiva non può tradire l'affidamento del privato, specie se maturato con il consolidamento di situazioni sostanziali, pur se la disposizione

retroattiva sia dettata dalla necessità di contenere la spesa pubblica o di far fronte ad evenienze eccezionali (ex plurimis, sentenze n. 24 del 2009, n. 374 del 2002 e n. 419 del 2000). 4.4.– Del tutto affini sono i principi in tema di leggi retroattive sviluppati dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, in riferimento all'art. 6 della CEDU, i quali trovano applicazione anche nell'ambito delle procedure concorsuali, come è attestato da specifiche pronunce della Corte europea riguardanti l'Italia (pronunce 11 dicembre 2003, Bassani contro Italia; 15 novembre 1996, Ceteroni contro Italia). La Corte di Strasburgo, infatti, ha ripetutamente affermato, con specifico riguardo a leggi retroattive del nostro ordinamento, che in linea di principio non è vietato al potere legislativo di stabilire in materia civile una regolamentazione innovativa a portata retroattiva dei diritti derivanti da leggi in vigore, ma il principio della preminenza del diritto e la nozione di processo equo sanciti dall'art. 6 della CEDU, ostano, salvo che per motivi imperativi di interesse generale, all'ingerenza del potere legislativo nell'amministrazione della giustizia al fine di influenzare l'esito giudiziario di una controversia (pronunce 11 dicembre 2012, De Rosa contro Italia; 14 febbraio 2012, Arras contro Italia; 7 giugno 2011, Agrati contro Italia; 31 maggio 2011, Maggio contro Italia; 10 giugno 2008, Bortesi contro Italia; Grande Camera, 29 marzo 2006, Scordino contro Italia). La Corte di Strasburgo ha altresì rimarcato che le circostanze addotte per giustificare misure retroattive devono essere intese in senso restrittivo (pronuncia 14 febbraio 2012, Arras contro Italia) e che il solo interesse finanziario dello Stato non consente di giustificare l'intervento retroattivo (pronunce 25 novembre 2010, Lilly France contro Francia; 21 giugno 2007, Scanner de l'Ouest Lyonnais contro Francia; 16 gennaio 2007, Chiesi S.A. contro Francia; 9 gennaio 2007, Arnolin contro Francia; 11 aprile 2006, Cabourdin contro Francia). Viceversa, lo stato del giudizio e il grado di consolidamento dell'accertamento, l'imprevedibilità dell'intervento legislativo e la circostanza che lo Stato sia parte in senso stretto della controversia, sono tutti elementi considerati dalla Corte europea per verificare se una legge retroattiva determini una violazione dell'art. 6 della CEDU: sentenze 27 maggio 2004, Ogis Institut Stanislas contro Francia; 26 ottobre 1997, Papageorgiou contro Grecia; 23 ottobre 1997, National & Provincial Building Society contro Regno Unito. Le sentenze da ultimo citate, pur non essendo direttamente rivolte all'Italia, contengono affermazioni generali, che la stessa Corte europea ritiene applicabili oltre il caso specifico e che questa Corte considera vincolanti anche per l'ordinamento italiano." Si tratta di una ricostruzione impeccabile: le clamorose condanne dell'Italia, in realtà, non apportano significati apporti argomentativi a quanto già affermato in precedenza, limitandosi la Corte

Edu a sostenere che le ragioni addotte dal Governo non erano convincenti (*compelling enough* nel caso *Maggio*) e a ribadire i precedenti prima riportati dalla nostra Corte (che sono i veri *leading cases* in materia). Riassumendo la Corte dei diritti umani guarda alla legge retroattiva civile con pregiudizio e come una *extrema ratio* davvero inevitabile se questa incide su processi in corso, alterando la parità tra le armi e lasciando una delle parti senza tutela. Questo pregiudizio è ancora più forte se ad essere travolti sono giudizi che hanno come parte lo Stato (anche se il principio nella sentenza *Arras c. Italia* è stato affermato anche se le parti erano tutte private), soprattutto se sussiste ormai una giurisprudenza generalizzata a favore dei ricorrenti che costituisce un determinante indizio dell'intento di interferire con la giustizia. E' lo Stato che deve dimostrare di non avere utilizzato la funzione legislativa proprio per alterare il corso della giustizia allegando ragioni di carattere eccezionale. Anche l'ipotesi in astratto ammessa da Strasburgo costituita dalla necessità di ripristinare l'intento originario del legislatore tradito da una imperfezione tecnica della legge finisce con il giovare poco alla legittimazione delle prassi in atto da decenni in Italia perché questo intento deve essere univoco e risultante senza dubbi sin dall'inizio e quindi non basta che una legge retroattiva intervenga conferendo autorità ad uno dei tanti significati ascrivibili alla norma in questione, selezionando, in genere, quella che premia gli interessi processuali dello "Stato-parte". Alla Corte Edu risultano incomprensibili prassi come quella tenuta da una importante Cassa di previdenza italiana che, dopo aver adottato due Delibere pensionistiche *contra legem* ha poi fatto valere, per contrastare l'orientamento consolidato di legittimità, una prima legge di "ratifica retroattiva" dopo 5 anni l'adozione delle Delibere e poi, dopo altri sette anni, una norma di interpretazione autentica della norma precedente cui la Cassazione aveva già conferito un significato non gradito²⁹). In molte decisioni si è sottolineato come interventi legislativi di interpretazione "autentica" difesi dal Governo nel nome della certezza del diritto siano stati adottati dopo anni dal provvedimento originario; sull'inadeguatezza di ragioni puramente economiche la Corte Edu è stata, poi, particolarmente recisa proprio nelle condanne contro l'Italia. Ancora appare evidente come non sia sufficiente allegare principi- che costituiscono in genere valori costituzionali interni- come la certezza del diritto, la solidarietà, il rispetto dell'equilibrio di bilancio, l'eguaglianza e la parità di trattamento e così via- in quanto si deve dimostrare in concreto perché, per salvaguardare tali interessi e principi costituzionali, si debba necessariamente alterare il corso della giustizia che costituisce – in

²⁹ Sulla vicenda cfr. cass. n. 17892/2014

questo campo- il prioritario "bene" giuridico da tutelare in modo rigoroso, salvo eventi e situazioni eccezionali. Molto più permissiva (forse persino troppo) sembra la Corte di Strasburgo sia quando si tratta di disposizione retroattive che non abbiano le conseguenze prima viste sui processi in corso, sia quando si incida su diritti socio-economici, anche legati a rapporti di durata come i trattamenti pensionistici. L'interesse pubblico non deve assolutamente avere quelle caratteristiche "di emergenza" ed eccezionali prima ricordate e si deve evitare solo che non vi sia un pregiudizio eccessivo per gli interessati (³⁰). Apparentemente, quindi, il

³⁰ L'orientamento della Corte di Strasburgo come già accennato ha trovato accoglimento in numerose decisioni della Corte costituzionale (anche se in genere non in settori in cui erano in questione risorse finanziarie importanti) tra le quali più recentemente; la n. 191/2014 (in ordine ad una legge sui requisiti del Commissario straordinario per Roma), la n. 308/2013 (su una legge della Regione Sardegna in materia di rispetto paesaggistico), la già citata 170/2013, la 103/2013 (sui requisiti acustici abitativi), la n. 160/2013 (sui contratti di lavoro Secit, che tuttavia utilizza il criterio anche interno di violazione irragionevole del principio di affidamento), la n. 78/2012 (sui termini di prescrizione per contestare addebiti sui conti correnti). Per quest'ultima vale la pena di riportare il passo che porta alla dichiarazione di incostituzionalità della norma che rappresenta una ricezione alla lettera dell'orientamento di Strasburgo: "È noto che, a partire dalle sentenze n. 348 e 349 del 2007, la giurisprudenza di questa Corte è costante nel ritenere che le norme della CEDU – nel significato loro attribuito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, specificamente istituita per dare ad esse interpretazione e applicazione – integrino, quali "norme interposte", il parametro costituzionale espresso dall'art. 117, primo comma, Cost., nella parte in cui impone la conformazione della legislazione interna ai vincoli derivanti dagli obblighi internazionali (ex plurimis: sentenze n. 1 del 2011; n. 196, n. 187 e n. 138 del 2010; sulla perdurante validità di tale ricostruzione anche dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, sentenza n. 80 del 2011). La Corte europea dei diritti dell'uomo ha più volte affermato che se, in linea di principio, nulla vieta al potere legislativo di regolamentare in materia civile, con nuove disposizioni dalla portata retroattiva, diritti risultanti da leggi in vigore, il principio della preminenza del diritto e il concetto di processo equo sanciti dall'art. 6 della Convenzione ostano, salvo che per imperative ragioni di interesse generale, all'ingerenza del potere legislativo nell'amministrazione della giustizia, al fine di influenzare l'esito giudiziario di una controversia (ex plurimis: Corte europea, sentenza sezione seconda, 7 giugno 2011, Agrati ed altri contro Italia; sezione seconda, 31 maggio 2011, Maggio contro Italia; sezione quinta, 11 febbraio 2010, Javaugue contro Francia; sezione seconda, 10 giugno 2008, Bortesi e altri contro Italia). Pertanto, sussiste uno spazio, sia pur delimitato, per un intervento del legislatore con efficacia retroattiva (fermi i limiti di cui all'art. 25 Cost.), se giustificato da «motivi imperativi d'interesse generale», che spetta innanzitutto al legislatore nazionale e a questa Corte valutare, con riferimento a principi, diritti e beni di rilievo costituzionale, nell'ambito del margine di apprezzamento riconosciuto dalla giurisprudenza della Cedu ai singoli ordinamenti statali (sentenza n. 15 del 2012). Nel caso in esame, come si evince dalle considerazioni dianzi svolte, non è dato ravvisare quali sarebbero i motivi imperativi d'interesse generale, idonei a giustificare l'effetto retroattivo. Ne segue che risulta violato anche il parametro costituito dall'art. 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 6 della Convenzione europea, come interpretato dalla Corte di Strasburgo". Sulla sentenza n. 78/2012 cfr. G. U. Rescigno, *Leggi di interpretazione autentica, leggi retroattive e possibili ragioni della loro costituzionalità*, in Giur. cost. 2012, 1678 ss. che ricorda come, indipendentemente dalle indicazioni della Corte Edu, esista una

messaggio della nostra Corte è tranquillizzante e rassicurante; i valori della Convenzione sono anche quelli della nostra Costituzione ed in effetti tra decisioni che hanno, sulla base della giurisprudenza Cedu, portato alla dichiarazione di incostituzionalità di leggi statali e regionali e decisioni della Corte di cassazione di interpretazione “convenzionalmente orientata” spesso, in concreto, i due orientamenti si saldano. La zona di dissenso è però facilmente rintracciabile dalla “massima” che prima ho riportato. La Corte costituzionale sin dalle decisione 311/09 (smentita poi dall’*Agrati*), pur nel rispetto dell’interpretazione che delle norme della Cedu offre la Corte deputata a questo compito, ha valorizzato la teoria del margine di apprezzamento: affermando “peraltro, fare salvi i «motivi imperativi d’interesse generale» che suggeriscono al legislatore nazionale interventi interpretativi nelle situazioni che qui rilevano non può non lasciare ai singoli Stati contraenti quanto meno una parte del compito e dell’onere di identificarli, in quanto nella posizione migliore per assolverlo, trattandosi, tra l’altro, degli interessi che sono alla base dell’esercizio del potere legislativo. Le decisioni in questo campo implicano, infatti, una valutazione sistematica di profili costituzionali, politici, economici, amministrativi e sociali che la Convenzione europea lascia alla competenza degli Stati contraenti, come è stato riconosciuto, ad esempio, con la formula del margine di apprezzamento, nel caso di elaborazione di politiche in materia fiscale, salva la ragionevolezza delle soluzioni normative adottate (come nella sentenza *National & Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society e Yorkshire Building Society c. Regno Unito*, del 23 ottobre 1997).” In sostanza la Corte individua in molte decisioni alcuni interessi e valori costituzionali come quei “motivi imperativi di interesse pubblico” idonei a legittimare anche l’interferenza con processi in corso, persino nei casi in cui questi processi abbiano una sorte ormai scontata e vedano lo Stato come parte. Solidarietà, uguaglianza, certezza del diritto, equilibrio di bilancio etc. come valori ed interessi costituzionali idonei a poter rappresentare quella deroga ammessa dalla stessa giurisprudenza di Strasburgo, senza però – e questo mi pare il punto- sviluppare alcuna specifica indagine in ordine al carattere straordinario dell’intervento non altrimenti evitabile. Nella

giurisprudenza interna, nella decisione n.78/12 saldata con la prima con una sorta di doppia motivazione, che circoscrive il potere legislativo di emanare leggi di interpretazione autentica ai casi in cui il contenuto della norme sia effettivamente dubbio e che quindi combatte la legge “fraudolenta” che non ha un vero fine interpretativo. Non mi pare dubbio, però, che questo saggio e razionale orientamento (non sempre implementato con rigore) sia stato valorizzato e reso più stringente per le pressioni della giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

264/2012 questo tipo di argomentazione si radicalizza (nella 311/09 il ragionamento sviluppato in linea principale era ancora la sussistenza delle ragioni imperiose di interesse pubblico come ammesse dalla Corte Edu) in quanto la Corte costituzionale offre anche spunti "ermeneutici" di natura generale in ordine alla necessaria valutazione sistemica che il Giudice delle leggi deve effettuare onde bilanciare tutti gli interessi in gioco contro quella parcellizzata ed incentrata sulla tutela privilegiata di uno specifico diritto che è propria di Strasburgo, ma si tratta di un argomento "retorico", forse neppure necessario, per sorreggere la storica decisione, senza precedenti, di non dare ingresso alla decisione *Maggio* nel nostro ordinamento, sulla base dell'accertamento di "contro-limiti" costituzionali, posto che la sostanza della decisione è che questi contro-limiti prevalgono sul diritto umano esaminato. La Corte in effetti osserva "gli effetti di detta disposizione ricadono nell'ambito di un sistema previdenziale tendente alla corrispondenza tra le risorse disponibili e le prestazioni erogate, anche in ossequio al vincolo imposto dall'articolo 81, quarto comma, della Costituzione, ed assicura la razionalità complessiva del sistema stesso (sent. n. 172 del 2008), impedendo alterazioni della disponibilità economica a svantaggio di alcuni contribuenti ed a vantaggio di altri, e così garantendo il rispetto dei principi di uguaglianza e di solidarietà, che, per il loro carattere fondante, occupano una posizione privilegiata nel bilanciamento con gli altri valori costituzionali. E' ispirata, invero, ai principi di uguaglianza e di proporzionalità una legge che tenga conto della circostanza che i contributi versati in Svizzera siano quattro volte inferiori a quelli versati in Italia e operi, quindi, una riparametrazione diretta a rendere i contributi proporzionati alle prestazioni, a livellare i trattamenti, per evitare sperequazioni e a rendere sostenibile l'equilibrio del sistema previdenziale a garanzia di coloro che usufruiscono delle sue prestazioni". La Corte di Strasburgo può quindi replicare (sentenza *Stefanetti*, par. 42 che ha di molto aggravato la situazione in quanto in questo caso è stata accertata anche la violazione del Protocollo n. 1, il cui danno è ancora in corso di liquidazione): "inoltre, anche assumendo che la legge mirasse davvero a reintrodurre la volontà originaria del legislatore dopo le modifiche del 1982, la Corte ha già accettato che il fine di ristabilire un equilibrio nel sistema pensionistico, benché di interesse generale, non era sufficientemente impellente da prevalere sui pericoli inerenti all'utilizzo di una normativa retroattiva che incideva su una controversia pendente. Invero, anche ammettendo che lo Stato stesse tentando di perequare una situazione che originariamente non aveva inteso creare, avrebbe potuto farlo tranquillamente senza ricorrere all'applicazione retroattiva della legge. Inoltre, anche il fatto che lo Stato abbia aspettato ventiquattro anni prima di effettuare una simile

perequazione, nonostante il fatto che numerosi pensionati che avevano lavorato in Svizzera stessero ripetutamente vincendo in giudizio dinanzi ai tribunali nazionali, crea dei dubbi riguardo al fatto che quella fosse realmente l'intenzione del legislatore nel 1982 ". Come ha sostenuto anche Vladimiro Zabrebelsky il profilo più opinabile della 264 (e di numerose altre decisioni che richiamano interessi e valori costituzionali presentandoli come quei " motivi imperiosi di interesse generale" di cui parla Strasburgo) è una mancata ricostruzione dell'assoluta urgenza dell'intervento, non evitabile con altri mezzi per sopperire ad una situazione di tale gravità ed eccezionalità da determinare necessariamente una interferenza con il potere giudiziario. L'equilibrio di bilancio non è peraltro neppure analizzato in specifico in rapporto all'incidenza che potrebbe avere la questione delle pensioni svizzere. Il richiamo a valori ed interessi costituzionalmente rilevanti non può diventare una formula di stile per coprire prassi che gli altri paesi europei non conoscono con tale sistematicità ⁽³¹⁾. Per riprendere una nota battuta

³¹ Numerose sono, invece, le decisioni della Corte costituzionale di quest'anno che sembrano in una certa tensione con l'orientamento di Strasburgo perché richiamano interessi e valori costituzionali come di per sé " motivi imperiosi di interesse pubblico" idonei a giustificare una interpretazione retroattiva con l'inevitabile ricaduta sui processi in corso: la nn. 227/2014 (sulla riliquidazione della pensione di reversibilità), 158/2014 (sul ricalcolo dell'indennità di disoccupazione per gli operai agricoli a tempo determinato); 156/2014 (sul contributo di solidarietà dovuto all'INPS); 92/2014 (in materia di termini di opposizione a decreto ingiuntivo). In quest'ultima ad esempio si afferma "non sussiste neanche la violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 6 CEDU, nel significato e nella portata chiariti dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo; che la regola di diritto, affermata dalla Corte europea con sentenza in data 7 giugno 2011, in causa Agrati ed altri contro Italia, è che «Se, in linea di principio, il legislatore può regolamentare in materia civile, mediante nuove disposizioni retroattive, i diritti derivanti da leggi già vigenti, il principio di prevalenza del diritto e la nozione di equo processo sancito dall'articolo 6 ostano, salvo che per ragioni imperative d'interesse generale, all'ingerenza del legislatore nell'amministrazione della giustizia allo scopo di influenzare la risoluzione di una controversia. L'esigenza della parità delle armi comporta l'obbligo di offrire ad ogni parte una ragionevole possibilità di presentare il suo caso, in condizioni che non comportino un sostanziale svantaggio rispetto alla controparte» (sentenza n. 15 del 2012, punto 3.3. del Considerato in diritto); che, anche secondo la detta regola, dunque, sussiste uno spazio, sia pur delimitato, per un intervento del legislatore con efficacia retroattiva (fermi i limiti di cui all'art. 25 Cost.), se giustificato da «motivi imperativi di interesse generale» che spetta innanzitutto al legislatore nazionale e a questa Corte valutare, con riferimento a principi, diritti e beni di rilievo costituzionale, nell'ambito del margine di apprezzamento riconosciuto dalla Convenzione europea ai singoli ordinamenti statali; che, «diversamente, se ogni intervento del genere fosse considerato come indebita ingerenza allo scopo d'influenzare la risoluzione di una controversia, la regola stessa sarebbe destinata a rimanere una mera enunciazione, priva di significato concreto» (sentenze n. 15 del 2012, punto 3.3. del Considerato in diritto e n. 257 del 2011, punto 5.1. del Considerato in diritto); che, nella fattispecie, la norma censurata si è limitata ad enucleare una delle possibili opzioni ermeneutiche dell'originario testo normativo, peraltro già fatta propria da un orientamento

nata a proposito del caso Ata e del tentativo di giustificazione del provvedimento retroattivo del Governo (che richiamava un precedente di Strasburgo contro la Germania); una cosa è l'esodo verso ovest dei cittadini della Germania dell'est nel 1989, un'altra l'esodo (da una amministrazione pubblica ad un'altra) dei bidelli italiani. Sono quindi convinto che le decisioni della Corte delle leggi ed anche della cassazione che utilizzano genericamente, senza preoccuparsi della specifica ricostruzione dell'"imperiosità" del provvedimento retroattivo, altri parametri costituzionali concorrenti con il diritto al giusto processo e quindi con questo bilanciabili non ci risparmierebbero ulteriori condanne, inasprendo quindi il contrasto ormai palese tra le due Corti. Michele De Luca ha osservato che "la norma della Cedu- come interpretata dalla Corte- pare dalla norma disattesa laddove adduce – a giustificazione della deroga al divieto di retroattività della legge- ragioni riconducibili sostanzialmente a quelle stesse che non erano state ritenute " un motivo di interesse generale" sufficientemente impellente da superare i pericoli inerenti all'utilizzo della legislazione retroattiva. Secondo la Corte sono " preminenti interessi generali.. la certezza del diritto e considerazioni finanziarie .." ⁽³²⁾, ma proprio queste giustificazioni erano state escluse

consolidato della giurisprudenza di legittimità; che la soluzione prescelta dal legislatore ha superato una situazione di oggettiva incertezza, contribuendo così a realizzare principi d'indubbio interesse generale e di rilievo costituzionale, quali sono la certezza del diritto e l'eguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla legge". L'ordinanza n. 10 del 2014 ha confermato la giurisprudenza costituzionale (sentenza n. 264/2012) nel caso *Maggio* ribadendo la prevalenza sul diritto umano ad un giusto processo, alla luce dell'orientamento di Strasburgo, di altri interessi e principi costituzionali.

³² Michele De Luca, *Quanto incide l'allargamento dei contro limiti sulla efficacia delle norme Cedu*, in F.I. 2013, III, pag. 791 ss. ; cfr. G. Amoroso, *Sui contro limiti alle norme della Cedu come parametro interposto nel giudizio di costituzionalità (a prima lettura di Corte cost. n. 2764/2012)*, in F.I. 2013, I, 22 ss. Sullo " strappo" della 264 cfr. C. Pinelli, *Valutazione sistematica versus valutazione parcellizzata: un paragone con la Corte di Strasburgo*, in Giur. Cost. 2012, 4230 ss.; R. Caponi, *Reattroattività alle leggi: limiti sostanziali v. limiti processuali nel dialogo tra le Corti*; in Giur. cost. 2012 4233 ss.; *Leggi retroattive ed interferenza nei processi in corso: la difficile sintesi di un confronto dialogico tra Corte costituzionale e Corte europea fondato sulla complessità del sistema dei reciproci rapporti*; in Giur. cost., 2012, 4235 ss. G. Strozzi in, *La tutela (s)bilanciata dei diritti fondamentali dell'uomo*, in Il Diritto dell'Unione europea, I, 189 ss. osserva che in effetti il bilanciamento effettuato dalla Corte (che conduce al non ingresso nell'ordinamento interno della decisione Maggio, non è tra diritti, ma tra un diritto umano ed interessi costituzionalmente protetti, quali anche l'equilibrio del bilancio; mentre la Corte costituzionale in genere parla di tecniche di bilanciamento al fine di offrire una migliore "integrazione delle tutele" accordate ai diversi livelli onde garantire i diritti individuali "al meglio possibile" come affermato nella sentenza n. 349/2007. In tal modo diventano non operativi i criteri di raccordo stabiliti nelle stesse Carte sovranazionali tra tutele di diverso livello incentrate sul principio del "miglior trattamento" come ad esempio all'art. 53 della Carta di Nizza. Cfr. A. Ruggeri, *La*

dalla Corte, considerate semmai valide insieme a considerazioni di uguaglianza e solidarietà per un intervento correttore, ma non retroattivo. Un nuovo caso di conflitto tra Corte costituzionale e Corte di Strasburgo sembra essersi aperta con la decisione n. 49/2015 che ha ritenuto non sufficiente ad integrare il parametro di incostituzionalità per violazione dell'art. 7 Cedu la sentenza *Varvara* di Strasburgo ed ha affermato esplicitamente che "è", pertanto, solo un "diritto consolidato", generato dalla giurisprudenza europea, che il giudice interno è tenuto a porre a fondamento del proprio processo interpretativo, mentre nessun obbligo esiste in tal senso, a fronte di pronunce che non siano espressive di un orientamento oramai divenuto definitivo. Del resto, tale asserzione non solo si accorda con i principi costituzionali, aprendo la via al confronto costruttivo tra giudici nazionali e Corte EDU sul senso da attribuire ai diritti dell'uomo, ma si rivela confacente rispetto alle modalità organizzative del giudice di Strasburgo. Esso infatti si articola per sezioni, ammette l'opinione dissenziente, ingloba un meccanismo idoneo a risolvere un contrasto interno di giurisprudenza, attraverso la rimessione alla Grande Camera. È perciò la stessa CEDU a postulare il carattere progressivo della formazione del diritto giurisprudenziale, incentivando il dialogo fino a quando la forza degli argomenti non abbia condotto definitivamente ad imboccare una strada, anziché un'altra. Né tale prospettiva si esaurisce nel rapporto dialettico tra i componenti della Corte di Strasburgo, venendo invece a coinvolgere idealmente tutti i giudici che devono applicare la CEDU, ivi compresa la Corte costituzionale. Si tratta di un approccio che, in prospettiva, potrà divenire ulteriormente fruttuoso alla luce del Protocollo addizionale n. 16 alla Convenzione stessa, ove il parere consultivo che la Corte EDU potrà rilasciare, se richiesta, alle giurisdizioni nazionali superiori è espressamente definito non vincolante (art. 5). Questo tratto conferma un'opzione di favore per l'iniziale confronto fondato sull'argomentare, in un'ottica di cooperazione e di dialogo tra le Corti, piuttosto che per l'imposizione verticistica di una linea interpretativa su questioni di principio che non hanno ancora trovato un assetto giurisprudenziale consolidato e sono perciò di dubbia risoluzione da parte dei giudici

Consulta rimette abilmente a punto la strategia dei suoi rapporti con la Corte Edu e, indossando la maschera della consonanza, cela il volto di un sostanziale perdurante dissenso nei riguardi della giurisprudenza convenzionale (a prima lettura di Corte cost. n. 264/2012), www.diritticomparati.it; A. Valentino, Ancora sulle leggi di interpretazione autentica; il contrasto tra Corte di Strasburgo e Corte costituzionale sulle cc.dd. pensioni svizzere, in www.federalismi.it, settembre 2013; G. Tesaurò, Il Giudice nazionale e il diritto europeo. Il Rapporto tra il giudice nazionale e la Corte dei diritti dell'uomo, Relazione al Convegno presso la Corte di appello di Roma del 3.6.2013

nazionali". Rimane il dubbio che, invece, l'orientamento di Strasburgo, non si modificherà affatto e che si sia perso tempo per cercare di uniformarsi senza indugi (e senza altre condanne) all'indirizzo della Corte Edu (³³). La Corte costituzionale in ogni caso suggerisce che un rapporto meno controverso e più fluido tra Giudici ordinari e Giudici di Strasburgo potrebbe essere favorito nel nostro paese dall'entrata in vigore del Protocollo n. 16 alla Cedu che autorizza i Giudici della Corti Supreme a richiedere un parere consultivo di " legittimità convenzionale" alla Corte Edu ancora pendente il processo. Resterà da vedere se la nostra Corte delle leggi si sentirà autorizzata a ricorrere a tale strumento di " facilitazione " del dialogo. Per l'entrata in vigore del Protocollo sono necessarie 10 ratifiche, mentre allo stato esistono solo 10 sottoscrizioni, il che non esime alcuni difensori (benché lo stato delle ratifiche sia consultabile sulla *home page* del Consiglio d'Europa) anche nei giudizi in cassazione di richiedere sistematicamente la sua applicazione.

10. Il Giudice ordinario: quale interpretazione "conforme"?

La letteratura sull'argomento ha da tempo individuato luci ed ombre del sistema edificato con le ormai celebri sentenze "gemelle" del 2007. Senza insistere sul punto, oggetto di infiniti dibattiti e confronti, la luce più forte, a mio parere, è quella della riaffermata distinzione tra il diritto europeo dell'Unione, fondato su un ordinamento che comprende un Parlamento a mandato diretto universale e che tende ad una " integrazione sempre più stretta" sia essa di tipo federale o anche solo caratterizzante una mera "confederazione di Stati sovrani" (che in ogni caso abbandona il modello internazionalistico), ed il diritto europeo del Consiglio d'Europa, aggregazione di tutt'altro genere per la quale nessuno Stato ha compiuto alcuna cessione di sovranità. Gli effetti che derivano dall'applicabilità del primo diritto (soprattutto ora che i diritti della Carta hanno acquisito lo stesso *legal value* di quelli dei Trattati) non possono, mi pare che questo argomento costituisca la vera *ratio* delle decisioni del 2007, automaticamente e nella loro interezza essere trasferiti al secondo, soprattutto nei campi che non sono quelli "*core*" dei diritti umani, pena la stessa autorevolezza della Corte di Strasburgo, che incontrerebbe difficoltà crescenti nell'implementazione nazionale delle sue decisioni in campo interno (la Conferenza di Brighton sul punto è stato un sicuro

³³ Su tale decisione cfr. Il commento di A. Ruggeri, *Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della Cedu in ambito interno A prima lettura di Corte cost. n. 49 del 2015* e di F. Viganò, *La Consulta e la tela di Penelope. Osservazioni a primissima lettura su Corte cost. n. 49/2015*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it

campanello d'allarme). Le più vistose ombre sono connesse soprattutto al modo prescelto per mantenere la distinzione tra i due tipi di diritto europeo e cioè all'avvenuta centralizzazione del controllo di costituzionalità. Il potere di applicazione diretta da parte del Giudice della giurisprudenza Cedu e, se del caso di disapplicazione delle norme interne contrastanti, ben si sarebbe potuto esplicitare (come in parte stava già avvenendo) nella consapevolezza del carattere più flessibile dell'ordinamento Cedu, della particolare intensità che nel suo ambito gode il principio del " margine di apprezzamento" ed anche, hanno notato alcuni Autori, della molteplicità dei mezzi di cui lo Stato dispone per salvaguardare il diritto del cittadino, anche senza annullare le disposizioni interne. Il sistema nato nel 2007 è insomma ingessato, porta ad una drammatizzazione dei conflitti inter-ordinamentali, incentrato com'è sul dilemma costituzionalità/incostituzionalità, impedisce quel ruolo di mediazione evolutiva che in genere svolge il giudice nazionale ⁽³⁴⁾. Infine va anche ricordato come emerga dalla giurisprudenza della Corte dei diritti dell'uomo una costante attenzione al rispetto della sostanza di questa (atteggiamento simile a quello della Corte di giustizia nel valorizzare l'"effetto utile" delle direttive), senza indulgere in profili formalistici (anche sul tema di cui stiamo discutendo), il che allarga lo spettro delle opzioni interpretative ed il margine di manovra del Giudice comune. Se si guarda alla questione dal punto di vista comparatistico e continentale si deve anche notare che in genere senza drammi paesi guida in Europa hanno affidato al Giudice comune l'applicabilità delle norme Cedu. Ad esempio nelle decisioni della cassazione francese in buona parte di queste vi è un richiamo alle norme Cedu e quindi il sistema opera senza rotture persino in un ordinamento fortemente intriso di "legicentrisimo " come quello francese, senza arrivare alle soluzioni radicali come quella adottata dal primo dicastero Blair di "nazionalizzare" la Convenzione con lo *Human rights act*. Inoltre la scelta è in controtendenza rispetto all'orientamento della Corte di giustizia che negli ultimi anni ha sempre più individuato il Giudice comune come l'interprete privilegiato del diritto sovranazionale, soprattutto con l'intensificazione che si è avuta della tutela dei *fundamental rights* di matrice europea dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e la conferita obbligatorietà alla Carta di Nizza ⁽³⁵⁾. In ogni caso è in questo quadro che il Giudice italiano

³⁴ Per uno studio comparatistico cfr. G. Martinico, O. Pollicino, *The National Judicial Treatment of the ECHR and EU Laws A Comparative Constitutional Perspective*, Europa Law Publishing, 2010

³⁵ Sul punto cfr. R. Cosio, *I diritti fondamentali nell'Unione europea*; R. Conti, *Cedu, Costituzione e diritti fondamentali: una partita da giocare alla pari*; V. Piccone, *L'interpretazione conforme nell'ordinamento integrato*, tutti in- a cura di R. Cosio e R.

deve operare. Il primo punto di difficoltà è connesso all'ovvia preoccupazione di non fermare il processo; rimettere una questione alla Corte costituzionale può significare mortificare gravemente quella esigenza di "ragionevole durata del processo" tutelata allo stesso art. 6 della Cedu, profilo che notoriamente è costato all'Italia dure e ripetute condanne da parte della Corte di Strasburgo. E' questa esigenza che va *in primis* "bilanciata" con quella di rispettare "il diritto al giusto processo" sotto il diverso profilo che stiamo discutendo evitando ulteriori condanne dell'Italia. Pertanto il punto da cui partire non può che essere una interpretazione della contestata norma interna (in genere) di interpretazione autentica retroattiva "convenzionalmente orientata" onde evitare che abbia quegli effetti di interferenza nei processi in corso che Strasburgo ritiene inammissibili in linea di principio. Le stesse sentenze del 2007 insistono su questo punto anche allo scopo di "mitigare" quella rigidità del meccanismo di adeguamento tipicamente italiana. Questa via incontra però di fatto due limiti: una volta che la norma sia chiaramente di interpretazione autentica e quindi retroattiva "per natura" e che questa sia in sostanza la *ratio* per la quale è stata emessa, può il Giudice conservarla in vita, lasciandola produrre i suoi effetti, ma solo per l'avvenire? L'interpretazione "convenzionalmente" conforme può giungere a privare del carattere retroattivo una norma che univocamente ha questo significato perché è stata adottata a questo unico scopo? Ci si può spingere così avanti senza fare proprio quello che la Corte costituzionale ha precluso al Giudice e cioè di disapplicare la norma interna che non verrebbe applicata al caso in esame, senza un controllo di costituzionalità⁽³⁶⁾? Al secondo limite si è già accennato: moltiplicandosi i casi in cui la

Foglia-, *Il diritto europeo nel dialogo delle Corti*, Giuffrè 2013; A. D'Aloia, *Europa e diritti: luci ed ombre dello schema di protezione multilevel*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2014, 1 ss; M. Giorgianni, *Il Rapporto tra Convenzione dei diritti dell'uomo e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nel dialogo tra le Corti europee e nazionali: il problema dell'interpretazione dei diritti umani*, in www.diritticomparati.it; R. Conti, *Cedu e interpretazione del giudice: gerarchia o dialogo con la Corte di Strasburgo?*, in www.federalismi.it, 2010; E. Lamarque, *Gli effetti delle sentenze della Corte di Strasburgo secondo la Corte costituzionale italiana*, in *Corriere giuridico*, 2010, 960 ss. e della stessa Autrice, *The Italian Courts and interpretation in conformity with the Constitution, Eu Law and the ECHR*, in *Rivista AIC*, n. 4/2012

³⁶ Come esempio di interpretazione "convenzionalmente" orientata cfr. cass. n. 1850/2012 e cass. n. 1917/2012 sul termine di prescrizione applicabile in materia di responsabilità contrattuale dello Stato per inadempimento agli obblighi comunitari (per la determinazione del compenso per i medici specializzandi) che hanno riconosciuto alla norma del 2011 che stabiliva applicarsi il termine quinquennale (e non quello ordinario decennale) decorrente dalla data in cui il fatto, dal quale sarebbero derivati i diritti se la direttiva fosse stata tempestivamente recepita, un'efficacia solo innovativa ed operante *ex nunc*, sulla base dei già ricordati principi stabiliti dalla Corte di Strasburgo o la più recente 17892/2014 che ha escluso il carattere retroattivo di una norma della finanziaria per il 2013 di "sanatoria" di

Corte costituzionale ha "salvato" leggi retroattive sulla base di un riferimento a interessi costituzionalmente protetti come la certezza del diritto, la solidarietà, l'equilibrio di bilancio etc. il Giudice appare inevitabilmente portato a privilegiare l'interpretazione "costituzionalmente" orientata, rispetto a quella "convenzionalmente orientata" se non altro sulla base delle legittima e razionale previsione che la questione di costituzionalità è destinata ad essere dichiarata infondata e che pertanto sarebbe inutile "fermare" per anni il processo. Un caso semplice, ancorché sperabilmente raro, è quello in cui la Corte di Strasburgo si sia pronunciata su una legge retroattiva: il Giudice in questo caso non può, mi pare evidente, (come nel caso *Maggio*) sottrarsi dal sollevare questione di legittimità costituzionale perché la sua eventuale pronuncia con cui valuta legittima costituzionalmente la legge, nonostante Strasburgo, potrebbe integrare una violazione per lo Stato dell'art. 46 della Cedu e comunque quasi certamente porterebbe ad ulteriori condanne. La valutazione della Corte della Corte delle leggi sull'operatività interna della norma Cedu appare in effetti obbligata. Più difficile e delicato è stabilire cosa si debba fare o anche cosa sia più opportuno fare quando una interpretazione conforme della norma retroattiva non sia possibile e nei casi in cui non sia esplicitamente già intervenuta la Corte dei diritti dell'uomo. Ha sul punto affermato Giovanni Amoroso: "da ultimo, la Corte³⁷, proprio in ragione del necessario bilanciamento tra le norme della CEDU quale parametro interposto e la Costituzione, ha rivendicato alla Corte stessa "la spettanza [...] di un «margine di apprezzamento e di adeguamento», che – nel rispetto della «sostanza» della giurisprudenza di Strasburgo – le consenta comunque di tenere conto delle peculiarità dell'ordinamento in cui l'interpretazione della Corte europea è destinata ad inserirsi". E' la tecnica c.d. del *distinguishing* secondo cui un principio va contestualizzato rispetto alle diverse peculiarità delle fattispecie in comparazione. Ciò che risulta in termini sempre più marcati da questa giurisprudenza è che le norme della CEDU, in tanto operano come parametro interposto per la valutazione di legittimità della normativa interna primaria, in quanto resistono al bilanciamento con altri valori espressi da parametri diretti (la Costituzione e le norme di rango costituzionale). Questa operazione di bilanciamento attinge alla valutazione di fondatezza/infondatezza della questione di costituzionalità da parte della Corte costituzionale. Ed allora può ritenersi che anche il giudice comune - e quindi anche la Corte di cassazione - è

delibere pensionistiche della Cassa nazionale di previdenza e assistenza a favore dei periti commerciali, originariamente assunte *contra legem*, sempre sulla base dell'orientamento della Corte di Strasburgo.

³⁷ C. cost. n. 230 del 2012.

legittimata ad operare preliminarmente la stessa valutazione in termini di manifesta/non manifesta infondatezza della stessa questione. L'allegazione di un parametro interposto innesca la tipica valutazione di ammissibilità dell'eccezione di incostituzionalità quale prescritta in via generale dall'art. 23 l. n. 87 del 1953: il giudice è chiamato a verificare la non manifesta infondatezza della questione sollevata e quindi anche la non manifesta inidoneità del parametro interposto a superare la prova di resistenza costituita dal bilanciamento con i parametri diretti".⁽³⁸⁾ Premesso che il bilanciamento di cui parliamo non è tra diritti, ma tra un diritto umano ed interessi o beni costituzionalmente rilevanti, mi pare che questo punto sia ormai in dottrina acquisito⁽³⁹⁾: non sussiste un obbligo per il Giudice comune di sollevare questione di costituzionalità ogni volta che ravvisi che una legge retroattiva (in genere di interpretazione autentica) non può essere giustificata alla luce dei criteri, rigorosi e comunque di stretta interpretazione, fissati da Strasburgo, nonostante il concreto rischio di una condanna da parte della Corte di Strasburgo. Tuttavia sarebbe necessario distinguere due situazioni che talvolta appaiono miscelate negli argomenti utilizzati sia dalla Corte delle leggi che da quella di legittimità. Una cosa è verificare, attraverso la tecnica del *distinguishing*, se davvero il caso sia diverso da quelli esaminati dalla Corte di Strasburgo perché, ad esempio, l'intervento retroattivo era sorretto da ragioni di natura eccezionale non altrimenti evitabili (anche sotto il profilo dell'incidenza sui processi). Posto che referente naturale delle decisioni di Strasburgo è il Giudice comune per il quale queste operano da indirizzo ed orientamento, è evidente che per questa ricostruzione la sede della cognizione ordinaria è quella più pertinente, sempre che sia effettiva e non si risolva nella generica adesione alla tesi per cui alcuni valori o principi salvaguardati in costituzione automaticamente e quasi per definizione "salverebbero" la norma retroattiva in quanto a carattere "imperioso", dove l'imperiosità è correlata al mero fatto che la giurisprudenza costituzionale li tutela e li protegge. Il Giudice comune ed anche la Corte di cassazione non dovrebbero, sotto questo profilo, replicare l'orientamento della Corte costituzionale che, in sostanza, considerando quasi automaticamente (salvo le ipotesi di adeguamento a Strasburgo, pur numerose) questi valori e principi "motivi imperiosi di interesse pubblico" finisce, invece,

³⁸ G. Amoroso, *Corte di cassazione e tutela dei diritti fondamentali nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Relazione del 14.11.2012 presso la Corte di cassazione.

³⁹ Per una recente, vigorosa, critica alle teorie del bilanciamento ritenute poco compatibili con il principio democratico cfr. L. Ferrajoli, *Dei diritti e delle garanzie. Conversazione con M. Barberis*, Il Mulino, 2013 e dello stesso Autore, *La democrazia attraverso i diritti*, Laterza, 2013

non per fare una vera operazione di *distinguishing*, ma per considerare recessivo il diritto umano, cosa che in una visione complessiva e d'insieme la Corte beninteso può fare. La Corte di cassazione dovrebbe (salvo le ipotesi in cui la Corte delle leggi si è già pronunciata su fattispecie in tutto simili e quindi sostanzialmente identiche a quella in esame) invece valutare scrupolosamente tutti gli aspetti della "posta in gioco" nelle leggi retroattive, nelle ricadute pratiche e sistemiche mostrando la gravità della situazione sulla quale la legge retroattiva interviene, anche dal punto di vista economico e finanziario. Ogni legge è connessa a questioni di bilancio ed anche ad elementi di uguaglianza di trattamento e di solidarietà nel sistema, ma esistono urgenze la cui eccezionalità è innegabile. Con un maggiore sforzo argomentativo (che individua più in concreto quel che è giustificabile dai provvedimenti di *routine* per "fare cassa") forse si attenuerebbe il pregiudizio con cui a Strasburgo si guarda ad ogni legge retroattiva italiana. Nel caso in cui fosse evidente che la legge rientra sotto ogni profilo nella casistica stigmatizzata da Strasburgo, l'eventuale giudizio di prevalenza di altre valori e principi della Carta fondamentale sul diritto al giusto processo è opportuno sia riservato alla Corte delle leggi come arbitro dell'equilibrio tra valori, diritti ed interessi costituzionali ed anche del rapporto con l'ordine giuridico internazionale. Forse una pressante richiesta che sia comunque la Corte a decidere tutti i casi di sostanziale non ingresso della giurisprudenza di Strasburgo nel nostro ordinamento potrebbe costituire un'occasione per una rimediazione della scelta del 2007 o per un suo alleggerimento.

Coerentemente con questa impostazione la Corte di cassazione nella già citata ordinanza interlocutoria 4881/2015 ha rimesso alla Corte costituzionale la questione della legittimità costituzionale della legislazione retroattiva sulle "pensioni svizzere" osservando che la sentenza n. 264/2012 aveva effettuato un bilanciamento tra i principi e gli interessi di natura pubblica menzionati in sentenza ed il diritto umano al giusto processo ritenendo prevalenti i primi, ma che nell'aprile del 2014 era intervenuta la sentenza della Corte di Strasburgo *Stefanetti* che aveva condannato l'Italia anche per violazione dell'art. 1 Protocollo n. 1 alla Cedu (quindi anche per la violazione sostanziale di un diritto a contenuto sociale) e che il bilanciamento effettuato del 2012 non aveva riguardato anche questo aspetto (peraltro uno degli argomenti utilizzati dalla Corte era stato proprio quello per cui eliminando la disposizione contestata si sarebbe data una protezione più ampia di quella voluta da

Strasburgo che nella *Maggio* aveva escluso la violazione del Protocollo e quindi legittima l'operazione di intervento legislativo sulle pensioni ⁽⁴⁰⁾.

11. Qualche esempio nella più recente giurisprudenza di legittimità

Per un esempio concreto di una decisione che ha escluso una tensione tra norma interpretativa e orientamenti della Corte Edu esaminando però con grande attenzione la sostanza di quest'ultima possiamo richiamare la sentenza n. 12644/14 a sez. un. con la quale si è riesaminata la questione del reddito di cittadinanza erogato dalla Regione Campania a soggetti " a rischio di esclusione sociale". Tale provvidenza era stata limitata da un Regolamento (non originariamente previsto dalla

⁴⁰ La Corte di cassazione nella citata ordinanza ha osservato che "4.8. La Corte costituzionale, anche nella recente sentenza n. 10/2015 del 11 febbraio 2015, ha ribadito con nettezza i principi affermati nella decisione n. 264/2012 ricordando che " il compito istituzionale affidato a questa Corte richiede che la Costituzione sia garantita come un tutto unitario, in modo da assicurare «una tutela sistemica e non frazionata» (sentenza n. 264 del 2012) di tutti i diritti e i principi coinvolti nella decisione. «Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette»; per questo la sentenza ricorda che la Corte opera normalmente un ragionevole bilanciamento dei valori coinvolti nella normativa sottoposta al suo esame, dal momento che «[l]a Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi» (sentenza n. 85 del 2013)" (punto 7 della motivazione), ed in quest'ottica sottolinea la necessità di comparare e bilanciare " tutti i principi e i diritti in gioco, in modo da impedire «alterazioni della disponibilità economica a svantaggio di alcuni contribuenti ed a vantaggio di altri [...] garantendo il rispetto dei principi di uguaglianza e di solidarietà, che, per il loro carattere fondante, occupano una posizione privilegiata nel bilanciamento con gli altri valori costituzionali» (sentenza n. 264 del 2012). Essa consente, inoltre, al legislatore di provvedere tempestivamente al fine di rispettare il vincolo costituzionale dell'equilibrio di bilancio, anche in senso dinamico (sentenze n. 40 del 2014, n. 266 del 2013, n. 250 del 2013, n. 213 del 2008, n. 384 del 1991 e n. 1 del 1966), e gli obblighi comunitari e internazionali connessi " (punto 7 della motivazione). 4.9 Orbene tale "complessiva" valutazione, come già ricordato, va oggi compiuta in riferimento anche all'accertata violazione dei diritti sostanziali di natura pensionistica dei lavoratori migranti in Svizzera, delle loro legittime aspettative in base a precise regole normative e principi giurisprudenziali, cui si aggiunge il più grave profilo dell' inadempimento alla legalità convenzionale che la vicenda esprime, in rottura con l'impegno assunto a rispettare l'ordinamento della Cedu come interpretato dalla Corte di Strasburgo. Tale complessa valutazione, per le ragioni prima evidenziate, va rimessa all'autorità della Corte delle leggi, in ossequio alla spirito ed alla lettera dell'orientamento di questa sin dalle due decisioni del 2007 (nn. 348 e 349) sui poteri del Giudice ordinario in ordine ad un accertato contrasto tra ordinamento interno e ordinamento convenzionale".

legge regionale) ai soggetti inclusi in una graduatoria “sino all'esaurimento delle risorse disponibili”. Ora la Corte di cassazione aveva giudicato tale limitazione, peraltro riferita ad una prestazione che la Carta di Nizza considera un *fundamental right*, illegittima in quanto non prevista dall'originaria legge. La Corte ha con la citata nuova decisione ritenuta legittima la norma di interpretazione autentica che in sostanza ha ratificato quanto previsto dal Regolamento. La Corte in effetti sviluppa un complesso ed esauriente ragionamento per giustificare la natura retroattiva della norma e l'esistenza in concreto di serissimi motivi di interesse pubblico per l'intervento legislativo non solo perché emergeva che una limitazione dei destinatari in relazione alla risorse disponibili era nell'intenzione originaria del legislatore campano, ma anche per evitare lo snaturamento delle reali finalità delle legge. Se le risorse previste fossero state frammentate tra tutti coloro che ne avevano diritto, senza alcuna graduatoria, la norma non avrebbe mai potuto assicurare per nessuno quel diritto ad una esistenza dignitosa che era la sua finalità, finendo per elargire un inutile e beffardo obolo senza alcun rilievo pratico per persone al di sotto dei “ minimi vitali”. La sentenza insomma non richiama formule generiche che alludono a principi ed interessi costituzionali, ma scende nel merito mostrando come fosse inevitabile, non solo razionale, una interpretazione retroattiva della norma senza la quale sarebbero stati messi a repentaglio proprio soggetti deboli ed a rischio di esclusione sociale. Non credo che questo tipo di argomentazioni così puntuali siano a rischio di essere stigmatizzate dalla Corte Edu. Ancora la Corte di cassazione con ordinanza n. 99/2014 ha sollevato questione di legittimità costituzionale (ancora pendente) dell'art. 1, commi 774,775,776 L. n. 296/2006 (la solita legge finanziaria) di interpretazione autentica delle norme sul computo dell'indennità integrativa speciale nella pensione di reversibilità, sotto il profilo della violazione dell'art. 117 Cost. primo comma (incostituzionalità già decisa dalla Corte costituzionale con sentenza n. 74/2008 ma sotto il profilo della non irragionevolezza della norma interpretativa). La Suprema Corte ha lucidamente osservato che “la Corte costituzionale ha affermato che, nel caso in cui si profili un contrasto tra una norma interna ed una norma della Cedu che deve essere applicata nel significato attribuito dalla Corte Cedu, cfr. citate sentenze n. 113 e n. 1 del 2011), il giudice nazionale comune deve preventivamente verificare la praticabilità di un'interpretazione della prima conforme alla norma convenzionale, ricorrendo a tutti i normali strumenti di ermeneutica giuridica (sentenze n. 93 del 2010, n. 113 del 2011, n. 311 e n. 239 del 2009). Se questa verifica da esito negativo ed il contrasto non può essere risolto in via interpretativa, il giudice comune, non potendo disapplicare la norma interna ne farne applicazione, pur

ritenendola in contrasto con la Cedu e pertanto con la Costituzione deve denunciare la rilevata incompatibilità proponendo questione di legittimità costituzionale in riferimento all'art. 117 Cost., comma 1, ovvero all'art. 10 Cost., comma 1, ove si tratti di una norma convenzionale ricognitiva di una norma del diritto internazionale generalmente riconosciuta (sentenze n. 113 del 2011, n. 93 del 2010, n. 311 del 2009). Sempre il Giudice delle leggi ha affermato che, sollevata la questione di legittimità costituzionale, il giudice comune - dopo aver accertato che il denunciato contrasto tra norma interna e norma della CEDU sussiste e non può essere risolto in via interpretativa - è chiamato a verificare se la norma della Convenzione-norma che si colloca pur sempre ad un livello sub costituzionale- si ponga eventualmente in conflitto con altre norme della Costituzione. In questa, seppure eccezionale, ipotesi, deve essere esclusa l'idoneità della norma convenzionale a integrare il parametro costituzionale considerato (sentenze n. 113 del 2011, n.93 del 2010, n. 311 del 2009, n. 349 e n. 348 del 2007). Più precisamente, con sentenza n. 264 del 2012, la Corte costituzionale, dopo aver negato di poter sostituire la propria interpretazione di una disposizione CEDU a quella data dalla Corte di Strasburgo, si riservò tuttavia la verifica di compatibilità delle singole applicazioni della Convenzione con l'ordinamento costituzionale interno e, in riferimento al caso in esame, giustificò la retroattività della legge impugnata col <<motivo imperativo d'interesse generale>>, consistente nell'assicurare, nel sistema previdenziale, la corrispondenza tra risorse disponibili e prestazioni da erogare (art. 81 Cost.) nonché la coerenza interna (eguaglianza e proporzionalità: art. 3 Cost.) dello stesso sistema. Non sembra a questo collegio che la verifica di compatibilità possa dare il medesimo esito nel caso qui in esame, in cui l'art. 1, commi 774 e 775, legge n. 296 del 2006, disattendendo una giurisprudenza delle Sezioni riunite della Corte dei conti pare aver perseguito, in prevalenza se non solamente, un obiettivo di risparmio della spesa pubblica. Il collegio dubita perciò della sussistenza di un motivo d'interesse generale, talmente imperativo da dover prevalere sull'art. 6 CEDU". Ora da questo passaggio si evince come la Corte abbia distinto una mera questione per così dire " di cassa" da altre ipotesi in cui i profili finanziari si combinavano con altre esigenze di riordino istituzionale ritenendo solo quest'ultime legittime alla luce degli orientamenti della Corte Edu che, viceversa, non ammette interventi retroattivi con finalità esclusivamente di risparmio di pubblico denaro. Ancora con sentenza n. 2941/2013 la Corte di cassazione ha ritenuto non contrastante con gli orientamenti della Corte Edu nelle controversie dei lettori linguistici universitari il provvedimento legislativo che, in ossequio alla giurisprudenza della Corte del Lussemburgo, attribuendo agli stessi un dato trattamento economico

disponeva l'estinzione dei giudizi: la Corte ha affermato a tale proposito che "per ciò che attiene alla disposizione processuale di estinzione, essa potrebbe generare dubbi di legittimità costituzionale o di non conformità alle norme UE e CEDU, dubbi che avrebbero qui concreta rilevanza nel caso in cui si risolvessero in un danno per alcuna delle parti, costringendola a nuove iniziative processuali per la realizzazione dei suoi diritti soggettivi (si richiama, sul punto, il principio elaborato dal giudice delle leggi secondo il quale: "onde escludere che sia stato menomato il diritto di azione, è necessario e sufficiente accertare, da parte di questa Corte, che il nuovo assetto dato dal legislatore alla materia non si traduca in una sostanziale vanificazione dei diritti azionati, ma attui una nuova disciplina del rapporto, tale da far venire meno le basi del preesistente contenzioso, in quanto realizza - nella misura e con le modalità ritenute dal legislatore compatibili con i limiti, ragionevolmente apprezzati, consentiti dalle circostanze nelle quali esso si è trovato ad operare - le pretese fatte valere dagli interessati" - Corte cost. sentenza n. 310 del 2000; cfr. anche sentenza n. 223 del 2001 -). Nel caso di specie, tuttavia, i lavoratori hanno ottenuto dai giudici di merito quanto domandato e non hanno chiesto nemmeno in parte la cassazione della sentenza di appello, la quale, come detto, rimane, per loro, confermata. Né alcun doglianza in proposito è stata mossa dalla ricorrente Università". In concreto quindi l'intervento sui processi in corso è stata ritenuto non lesivo di alcun interesse sostanziale degli interessati. Ineccepibile, sia nel merito che nel metodo, appare anche l'ordinanza n. 1040/2014 che solleva questione di legittimità costituzionale di una ennesima legge di interpretazione autentica con la quale viene ad essere negato ai pubblici impiegati il compenso per le festività civili cadenti di domenica. La Corte osserva che " la norma in questione è intervenuta nel corso del giudizio determinando la modifica dell'esito del giudizio favorevole ai ricorrenti secondo una giurisprudenza consolidata che riconosceva ai dipendenti pubblici il diritto ad un compenso aggiuntivo in caso di coincidenza della festività con la domenica. Le argomentazioni svolte dal Ministero non sembrano poter rappresentare gli "impellenti motivi di interesse generale" di cui sopra. L'applicazione della legge in questione si traduce nel privare i ricorrenti di un emolumento che essi avrebbero potuto pretendere e si riverbera sull'esito dei processi in corso. Le finalità indicate dal Ministero secondo cui la legge retroattiva tende a "razionalizzare" o "omogeneizzare" il trattamento del pubblico impiego costituiscono espressioni del tutto generiche mentre lo stesso Ministero non nega l'intento di sola compressione della spesa pubblica. La tesi sostenuta da una parte della dottrina, della disapplicabilità, da parte del giudice comune, di norme contrastanti non solo con l'art. 6 CEDU ma anche con

l'art. 47, comma 2 e art. 52, comma 3, della Carta dei diritti fondamentali UE, non è generalmente condivisa e contrasta con le citate sentt. n. 348 e 349 del 2007 della Corte Cost.. Essa non ha dato luogo a "diritto vivente" onde a questo collegio sembra meglio procedere secondo le indicazioni di queste due pronunce (vedi anche Corte giust. UE, 24 aprile 2012 n. C 571/10 Kamberaj; 26 febbraio 2013 n. 617/10, Fransson)". Dubito invece che sia coerente con le indicazioni di Strasburgo l'ormai consolidato orientamento di legittimità in tema di doppia contribuzione all'INPS come socio e come amministratore unico risolto, ma con norma di interpretazione autentica. La Corte di cassazione (n. 20821/2014) ha infatti sul punto osservato che "la denuncia di illegittimità costituzionale dell'art. 12, co. 11, del d.l. n. 78 del 2010, conv. in l. n. 122 del 2010, articolata con il primo motivo di ricorso non valica la soglia della non manifesta infondatezza secondo la giurisprudenza di questa Corte. Infatti, con sentenza n. 17076 del 2011 le Sezioni Unite hanno statuito che detta disposizione costituisce norma dichiaratamente ed effettivamente di interpretazione autentica, diretta a chiarire la portata della disposizione interpretata e, pertanto, non è, in quanto tale, lesiva del principio del giusto processo di cui all'art. 6 CEDU, trattandosi di legittimo esercizio della funzione legislativa garantita dall'art. 70 Cost. che assegna alle Camere il suo esercizio. Trattandosi di norma di rango costituzionale prevale, nel bilanciamento di valori, su quelli espressi da parametri interposti, i quali, in quanto contenuti in atti di normazione ordinaria sono subordinati nel sistema delle fonti del diritto. Il meccanismo dell'interpretazione autentica è tale per cui il processo non è alterato - in termini di lesione del principio del giusto processo ex art. 6 CEDU - perché la *regula iuris* che il giudice, in quanto soggetto alla legge, è chiamato ad applicare nel significato espresso dalla disposizione di interpretazione autentica era fin dall'inizio ricompresa nell'intervallo dei significati plausibili che potenzialmente esprimeva la disposizione interpretata. A tale indirizzo è stata data continuità da questa Corte con successive pronunce (v. Cass. n. 9153 del 2012, n. 9803 del 2012, n. 6588 del 2014). L'orientamento risulta avallato anche dalla Corte costituzionale che, con sentenza n. 15 del 2012, ha riconosciuto la legittimità costituzionale di tale norma di interpretazione autentica in riferimento all'art. 3 Cost., art. 24 Cost., comma 1, art. 102 Cost., art. 111 Cost., comma 2 e art. 117 Cost., comma 1, in relazione all'art. 6 della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali" (cfr. anche cass. n. 13873/2014). Come già nella decisione richiamata della Corte costituzionale n. 15/2012 sembra non volersi cogliere la sostanza dell'orientamento di Strasburgo che certamente ammette che siano possibili norme di interpretazione

autentica e che questo potere rientri in quelli disponibili dal legislatore, ma concentra la sua attenzione sugli effetti sui processi in corso e, laddove se ne travolga l'esito, sui motivi imperiosi a giustificazione di tale intervento, nella specie non esaminati affatto. Analogo discorso potrebbe farsi su un altro consolidato indirizzo in tema di una norma interpretazione autentica avente ad oggetto l'individuazione dei soggetti tenuti al contributo di solidarietà sulle prestazioni integrative dell'assicurazione generale obbligatoria: La Corte nella sentenza n. 1497/2012 (ma cfr. anche n. 7099/2014 ed altre) ha affermato che "in materia di contribuzione previdenziale, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 18, comma 19, del d.l. n. 98 del 2011, convertito nella legge n. 111 del 2011, secondo il quale le disposizioni di cui all'art. 64, comma 5, della legge n. 144 del 1999 si interpretano nel senso che il contributo di solidarietà sulle prestazioni integrative dell'assicurazione generale obbligatoria è dovuto anche dai lavoratori in servizio, è manifestamente infondata - oltre che con riferimento ai principi del giusto processo ex artt. 6 CEDU, 111 e 117 Cost., trattandosi di intervento legislativo che, nel fare proprio un plausibile significato della norma, ne realizza effettivamente l'interpretazione autentica ex art. 70 Cost. - anche con riferimento agli artt. 3 e 53 Cost., atteso che la sottoposizione delle retribuzioni dei lavoratori in servizio sia all'imposta sui redditi che al contributo speciale è giustificata in relazione al carattere differenziato della loro posizione previdenziale rispetto a quella della generalità dei cittadini e dei lavoratori". Anche in questo caso manca un'analisi dell'incidenza sui processi e delle ipotetiche ragioni imperiose di interesse generale. Molto complesso si presenta il caso delle legittimità costituzionale, anche in rapporto alle norme Cedu, delle nuove disposizioni in materia di conversione del contratto a termine (art. 32 del cosiddetto Collegato lavoro), soprattutto per l'interferenza tra " tutela comunitaria" e " tutela convenzionale". La Corte costituzionale nella sentenza n. 303/ 2011 ha affermato: "ricorrono, infatti, tutte le condizioni in presenza delle quali la Corte di Strasburgo ritiene compatibili con l'art. 6 CEDU nuove disposizioni dalla portata retroattiva volte a regolare, in materia civile, diritti già risultanti da leggi in vigore .In primo luogo, la innovativa disciplina in questione è di carattere generale. Sicché, essa non favorisce selettivamente lo Stato o altro ente pubblico (o in mano pubblica), perché le controversie su cui essa è destinata ad incidere non hanno specificamente ad oggetto i rapporti di lavoro precario alle dipendenze di soggetti pubblici, ma tutti i rapporti di lavoro subordinato a termine. Anzi, a ben vedere, lo Stato-datore di lavoro pubblico a termine, cui la regola della conversione del contratto a termine non si applica ai sensi dell'art. 36, comma 5, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165

(Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche), non figura neppure tra i destinatari delle disposizioni censurate. Inoltre sussistono in ogni caso, con riferimento alla giurisprudenza della CEDU, motivi per giustificare un intervento del legislatore con efficacia retroattiva. Questa Corte ritiene a tal proposito di dover ribadire che la salvezza dei "motivi imperativi d'interesse generale", in questa sede rilevanti, lascia ai singoli Stati contraenti il compito e l'onere di identificarli. Ciò, in quanto essi si trovano nella posizione migliore per enucleare gli interessi che stanno alla base dell'esercizio del potere legislativo. Si conferma, così, l'avviso che «le decisioni in questo campo implicano [...] una valutazione sistematica di profili costituzionali, politici, economici, amministrativi e sociali che la Convenzione europea lascia alla competenza degli Stati contraenti, come è stato riconosciuto, ad esempio, con la formula del margine di apprezzamento, nel caso di elaborazione di politiche in materia fiscale, salva la ragionevolezza delle soluzioni normative adottate (come nella sentenza *National & Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society e Yorkshire Building Society c. Regno Unito*, del 23 ottobre 1997)» (sentenza n. 311 del 2009). Orbene, alla luce dei rilievi in precedenza svolti, le ragioni di utilità generale possono essere nella specie ricondotte all'avvertita esigenza di una tutela economica dei lavoratori a tempo determinato più adeguata al bisogno di certezza dei rapporti giuridici tra tutte le parti coinvolte nei processi produttivi, anche al fine di superare le inevitabili divergenze applicative cui aveva dato luogo il sistema previgente. Il legislatore nazionale vi ha dato risposta con una scelta di forfetizzazione indennitaria del risarcimento del danno spettante al lavoratore illegittimamente assunto a tempo determinato, in sé proporzionata, nonché complementare e funzionale al riaffermato primato della garanzia del posto di lavoro. Non è, dunque, sostenibile che la retroattività degli effetti dell'art. 32, commi 5 e 6, della legge n. 183 del 2010 – come disposta dal successivo comma 7 – abbia prodotto un'ingerenza illecita del legislatore nell'amministrazione della giustizia, onde alterare la soluzione di una o più controversie a beneficio di una parte. Invero, la normativa de qua, escluso ogni vantaggio mirato per lo Stato od altro soggetto pubblico, impone non irragionevolmente anche per il passato, con il limite invalicabile della cosa giudicata, un meccanismo semplificato di liquidazione del danno ». La successiva, recente, decisione della Corte costituzionale n. 226/2014 ha anche escluso che la disciplina dell'art. 32 leda le clausole di non regresso stabilite dalla direttiva sui contratti a termine. La Corte di cassazione (dopo la sentenza *Carratù* della Corte di giustizia che abbiamo già ricordato) con la sentenza n. 6735/2014 ha affermato che "l'art. 32,

comma 5, della legge 4 novembre 2010, n. 183, come interpretato autenticamente dall' art.1, comma 13, della legge 28 giugno 2012, n. 92, è applicabile ai giudizi in corso in materia di contratti a termine dovendosi escludere che la disciplina dell'indennità risultante dal combinato disposto delle due norme incida su diritti già acquisiti dal lavoratore poiché è destinata ad operare su situazioni processuali ancora oggetto di giudizio, non comporta un intervento selettivo in favore dello Stato e concerne tutti i rapporti di lavoro subordinati a termine. Né può ritenersi che l'adozione della norma interpretativa costituisca una indebita interferenza sull'amministrazione della giustizia o sia irragionevole ovvero, in ogni caso, realizzi una violazione dell'art. 6 CEDU, poiché il legislatore ha recepito, nel proposito di superare un contrasto di giurisprudenza e di assicurare la certezza del diritto a fronte di obbiettive ambiguità dell'originaria formulazione della norma interpretata, una soluzione già fatta propria dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità, senza che - in linea con l'interpretazione dell' art. 6. CEDU operata dalla Corte EDU (sentenza 7 giugno 2011, in causa Agrati ed altri contro Italia) - l'intervento retroattivo abbia inciso su diritti di natura retributiva e previdenziale definitivamente acquisiti dalle parti". Con sentenza n. 4049/2013 sempre la cassazione ha ritenuto di non dover sollevare nuovamente questione di legittimità costituzionale in relazione alla nota vicenda del "personale Ata" sia perché la Corte costituzionale si era già espressa in ordine alla eventuale violazione dell'art. 117 cost. per contrasto con la giurisprudenza della Cedu, sia perché sul punto era intervenuta, come già detto, la decisione della Corte di giustizia, *Scattolon* che aveva definito con chiarezza i contorni della tutela comunitaria nella fattispecie.

12. Evoluzioni?

Una già alluvionale letteratura ha esaminato la battuta di arresto nella procedura di adesione dell'Unione alla Cedu: in genere si tratta di commenti piuttosto negativi che individuano in tale battuta un segno di debolezza dell'Unione, riflesso di una più generale crisi nel processo di integrazione europea, generata o forse esaltata dai problemi di *governance* del sistema euro ⁽⁴¹⁾. Certamente il ritrarsi dell'Unione

⁴¹ A. Guazzarotti, *Crisi dell'euro e crisi del processo di adesione dell'UE alla CEDU: due facce della stessa medaglia?*, in www.forumcostituzionale.it. Cfr. anche i numerosi sul numero n. 1/2015 della German law Journal, nonché il commento al parere n. 2/2014 della Corte di giustizia molto equilibrato di C. Favilli, *La Corte di giustizia rinvia a data da destinarsi l'adesione dell'Ue alla Cedu*, in www.questionegiustizia.it. Sui problemi dell'euro e sui sui riflessi nella tutela dei diritti fondamentali cfr., G. Allegri, G. Bronzini, *Sogno o incubo europeo?*, Fazi, 2014

dall'ipotesi di un controllo "esterno" dei suoi atti sotto il profilo del rispetto degli *human rights* non denota quella forza costruttiva e propositiva, anche sul piano globale, cui forse i partecipanti alla seconda Convenzione pensavano allorché (in sostanza all'unanimità) ebbero l'idea dell'adesione. Tuttavia i problemi identificati nel parere n. 2/2013 dalla Corte di giustizia sono tutt'altro che futili e comunque in stretta aderenza con quanto stabilito nel Protocollo n. 8 del Trattato di Lisbona. Forse si può, al più, imputare alla Corte di non aver indicato più chiaramente i punti da emendare nello schema del Trattato di adesione, tenuto conto che tale atto costituisce un dovere per il legislatore europeo e non una mera possibilità ex art. 6 TUE. Tuttavia il rilievo dell'attuale blocco dei negoziati appare marginale sul fronte del funzionamento del sistema di tutela "multilivello". In primo luogo perché, anche dopo la fine dei negoziati, sarebbero state comunque necessarie ben 47 ratifiche (anche di Stati semi-falliti o in guerra con altri del Consiglio d'Europa) e quindi la prospettiva dell'adesione dal punto di vista pratica è di lungo se non lunghissimo periodo. In secondo luogo perché i meccanismi di raccordo tra giurisprudenza della Corte di giustizia e quella della Corte Cedu esistono da tempo: se vogliamo sin da quando la Corte di giustizia recepi la Cedu come base del proprio controllo, insieme alle tradizioni costituzionali comuni, sul rispetto da parte degli atti comunitari dei diritti fondamentali (quindi dal 1970 almeno). Tali meccanismi sono stati rafforzati in un primo tempo dall'art. 6 TUE che ha reso i diritti della Cedu "principi generali del diritto comunitario" (ora del diritto dell'Unione) e poi- come detto- dalla stessa Carta dei diritti all'art. 52 terzo comma. In moltissimi campi- come abbiamo accennato- dalla *privacy* al diritto dell'immigrazione, dai diritti procedurali in campo penale alle libertà civili- questi raccordi funzionano in genere benissimo in quanto le due Corti europee dialogano intensamente al punto che la stessa Corte di Strasburgo richiama sistematicamente le norme della Carta di Nizza. Se ciò non avviene in campo sociale dipende da problemi che hanno una radice profonda difficilmente rimuovibile attraverso la mera adesione: da un lato la ripartizione di competenze tra Stati ed Unione limita la spinta verso una certa uniformità ad opera della Carta di Nizza (e moltiplica le questioni di applicabilità e di efficacia della stessa Carta e di rapporto tra questa e la Cedu), dall'altro lato il sistema problematico e discutibile di tutela di alcune pretese sociali da parte della Corte di Strasburgo genera inevitabilmente resistenze sia da parte degli Stati (e della giurisprudenza nazionale) che dell'Unione a seguire gli orientamenti di Strasburgo che appare muoversi troppo spesso in modo eclatante fuori dal perimetro ove

i firmatari della Convenzione di Roma pensavano dovesse fermarsi il loro controllo sul rispetto degli *human rights*. Questi aspetti possono essere risolti o attenuati solo in via politica; sul fronte dell'Unione attraverso un decisivo passo in avanti nella troppo lenta costruzione del capitolo sociale europeo, di nuove direttive sui trattamenti minimi comuni, di una piena assunzione di responsabilità dell'Unione su temi come la tutela contro la disoccupazione, un salario minimo ed un reddito minimo " a livello continentale" – pur promessi nella campagna elettorale per il rinnovo del Parlamento europeo dall'attuali Presidenti della Commissione europea e del Parlamento europeo. Sul fronte del Consiglio d'Europa attraverso la scelta di conferire alla Carta sociale europea una forza analogo a quella della Convenzione, facendola uscire dall'attuale situazione di " minorità giuridica" ⁽⁴²⁾.

⁴² In ogni caso l'entrata in vigore del Protocollo n. 16 potrebbe effettivamente favorire il dialogo, anche in campo sociale, tra Giudici nazionali e Corte di Strasburgo, ma incidendo su due lati del triangolo, potrebbe- forse- addirittura drammatizzare i contrasti tra orientamenti della Corte dell'Unione e orientamenti della Corte Edu, posto che i Giudici nazionali (Ue) dovrebbero, alla fine, privilegiare comunque i primi sui secondi, come ha concretamente fatto la cassazione nel caso del personale Ata.