



CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

UFFICIO DEL MASSIMARIO E DEL RUOLO

Relazione tematica

Rel. n. 112

Roma, 7 giugno 2012

IL DIRITTO DEL LAVORO E DELLA PREVIDENZA SOCIALE NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

SOMMARIO:

1. La Corte europea dei diritti umani; lineamenti essenziali ed elementi di differenza con la Corte di giustizia dell'Unione europea.
2. I criteri di interpretazione seguiti dalla Corte di Strasburgo.
3. La posizione della CEDU nel sistema delle fonti e le differenze con la disciplina dell'Unione europea.
4. Le attività del giudice nazionale. L'interpretazione conforme o convenzionalmente orientata.
5. La non applicazione della norma nazionale contrastante con la CEDU da parte del giudice nazionale.
6. Il limite del giudicato (giudicato costituzionale, penale, civile).
7. La giurisprudenza CEDU: rassegna ragionata di casi in materia di diritto del lavoro, diritto sindacale e diritto della previdenza ed assistenza sociale.
 - 7.1. Le norme convenzionali di riferimento.
 - 7.2. Lavori proibiti.
 - 7.3. Retribuzione.
 - 7.4. La vicenda del personale A.T.A.
 - 7.5. Licenziamento.
 - 7.6. Giusto processo.
 - 7.7. Libertà sindacali.
 - 7.8. Previdenza ed assistenza sociale.
 - 7.9. Il caso dei trasferimenti di contributi previdenziali dalla Svizzera in Italia
 - 7.10. Discriminazione.

8. Alcuni casi di dialogo difficile.

1. La Corte europea dei diritti umani: lineamenti essenziali ed elementi di differenza con la corte di giustizia dell'Unione europea.

La CEDU è l'organo di protezione dei diritti della persona istituito dalla Convenzione EDU, stipulata a Roma il 4 novembre 1950 nell'ambito del Consiglio d'Europa.

Qui già emerge una prima peculiarità, atteso che il Consiglio d'Europa comprende, oggi, 47 Stati membri, ed in particolare Stati -con un'estensione complessiva che va dall'Islanda a Vladivostok, passando per l'Azerbaijan (a fonte dei 27 Stati europei)- con tradizioni giuridiche assai diverse da quelle proprie dei paesi UE.

Dalla Convenzione EDU scaturisce l'obbligo primario degli Stati membri di riconoscere i diritti enunciati nella Convenzione a tutte le persone sottoposte alla loro giurisdizione¹.

L'Italia – ai fini dell'adattamento del nostro ordinamento interno – ha utilizzato il procedimento speciale mediante rinvio alla Convenzione costituito dall'ordine di esecuzione contenuto nella legge n. 848 del 1955; quest'ultimo ha dato alla CEDU il rango di legge ordinaria.

Numerosi sono gli elementi di differenza del sistema della Convenzione EDU con il sistema della Corte di giustizia dell'Unione europea.

Nell'Unione europea, il compito di garantire «il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei trattati istitutivi» delle Comunità europee viene svolto dalla Corte di giustizia in tre principali modi:

- a) controllo della legittimità degli atti delle istituzioni dell'Unione europea;
- b) vigilanza sul rispetto, da parte degli Stati membri, degli obblighi derivanti dai trattati;
- c) interpretazione del diritto dell'Unione su domanda dei giudici nazionali.

Nessuno di questi compiti compete alla CEDU, spettando essi ad altri organi internazionali in seno al Consiglio d'Europa (es. Tribunale amministrativo, Comitato dei ministri) o non essendo previsti (come nel caso del rinvio pregiudiziale).

La Convenzione europea crea direttamente dei diritti per i privati (principio dell'*applicabilité directe*); correlativamente, la Corte EDU² è investita normalmente³ su

¹ Non solo ai loro cittadini, quindi: art. 1 CEDU: non solo nei loro territori nazionali: CEDU *Al-Jedda v. the United Kingdom* [GC], no. 27021/08, 7 July 2011; *Al-Skeini and Others v. the United Kingdom* [GC], no. 55721/07, 7 July 2011. Sotto tale aspetto la CEDU si differenzia dal classico diritto internazionale pattizio, con il quale gli Stati contraenti determinano l'insorgere di diritti e obbligazioni reciproche utili al perseguimento dei propri rispettivi interessi nazionali. Nel sistema della CEDU, gli stati hanno l'obiettivo comune della protezione dei diritti della persona, imponendo la Convenzione obbligazioni agli Stati in favore degli individui (principio della *jouissance des droits*).

² Quanto alla composizione della Corte e le sue competenze, nel sistema che risulta dalla Convenzione, nel testo emendato dai Protocolli addizionali n. 11 e n. 14, l'Assemblea plenaria della Corte ha oggi solo funzioni

recours individuel (art. 34 della Convenzione), ossia domanda dei singoli individui⁴: il sistema ha dunque la peculiarità⁵ del riconoscimento ai singoli della possibilità di fare valere direttamente, e addirittura -almeno all'inizio della procedura- anche senza l'intermediazione di un avvocato, davanti a un organo giurisdizionale indipendente, la responsabilità internazionale dello Stato per violazione dei diritti garantiti loro dalla Convenzione e dai suoi Protocolli (ciò che ha rappresentato un evento rivoluzionario nell'ambito del diritto internazionale, in precedenza caratterizzato dal principio di non interferenza nelle questioni interne dei singoli Stati).

È dunque escluso il meccanismo del rinvio pregiudiziale da parte dei giudici nazionali.

Ulteriore particolarità deriva dalle condizioni di ricevibilità del ricorso previste dall'art. 35 CEDU e soprattutto da quella costituita dalla “*previous exhaustion of the domestic remedies*”, ossia dal previo esaurimento delle vie di ricorso interne⁶.

Tale condizione di ricevibilità del ricorso è espressione del carattere sussidiario (principio della *subsidiarité*⁷) del sistema europeo di protezione dei diritti e della funzione svolta al riguardo dalla Corte EDU rispetto agli organi giurisdizionali nazionali: tale carattere sussidiario non si rinviene nel sistema comunitario.

Dunque, la CEDU interviene, di solito, solo a giudicato formato (il che pone, come si dirà, peculiari problemi) e, in proposito, va ricordato che l'Italia è uno dei pochi paesi della CEDU che non ha, in materia civile, una normativa che consente la riapertura del processo reso in violazione della CEDU⁸.

amministrative, e la Corte, in sede giurisdizionale, ha quattro possibili composizioni: a) il giudice unico (che svolge una funzione di “filtro”, avendo il compito di dichiarare irricevibile un ricorso inammissibile o *manifestly ill-founded*, con decisione definitiva); b) il comitato, composto da tre giudici (e che decide nel merito, con sentenza definitiva, quando sulla questione all'origine della causa esiste una giurisprudenza consolidata della Corte: *well established case law*, c.d. “*w.e.c.l. cases*”); la Camera, composta da sette giudici; d) la Grande Camera, formata da diciassette giudici, adita su *referral* di una delle parti (approvato da un *panel* di cinque giudici) o su *relinquishment* di una Chambre (sulla non opposizione delle parti), quando la questione oggetto dello stesso solleva gravi problemi di interpretazione della CEDU o dei suoi Protocolli ovvero quando la sua soluzione rischia di dare luogo a un contrasto con una precedente sentenza della Corte.

³ La riserva fa riferimento ai casi di richiesta interpretativa formulata dal Comitato dei ministri in sede di controllo dell'esecuzione delle sentenze o di richiesta consultiva, o ancora ai casi, finora pochissimi, di *requete interetatique*. Con riferimento a tale ultima azione, va evidenziato che lo Stato che agisce in giudizio, essendo mosso dal solo interesse al rispetto della Convenzione, non ha bisogno di essere vittima della violazione contestata per agire contro altro Stato, così come può agire a beneficio dei propri cittadini come dei cittadini di altro Stato.

⁴ La competenza della Corte concerne i ricorsi, oltre che degli individui in senso stretto (cioè delle persone fisiche), anche delle organizzazioni non governative e di gruppi di privati, a condizione che essi posseggano la qualità di vittima di una violazione, restando esclusa l'ammissibilità dell'interesse ad agire per conto terzi (cfr. *Ada Rossi e altri c. Italia*, ric. n. 55185/08, decisione del 16 dicembre 2008).

⁵ Il sistema ha analogie solo con quello della Convenzione interamericana, che prevede il ricorso individuale però davanti alla Commissione.

⁶ L'onere di provare la disponibilità ed effettività dei ricorsi interni e di dedurre il loro mancato esaurimento spetta allo Stato convenuto; assolto dallo Stato tale onere, spetta al ricorrente dimostrare o di avere esaurito tali ricorsi interni o l'inadeguatezza degli stessi in relazione alle circostanze del caso concreto.

⁷ Sul principio di *subsidiarity*, da ultimo, DE SANTIS di NICOLA F., *Principle of Subsidiarity and “Embeddedness” of the European Convention on Human Rights in the Field of the Reasonable Time Requirement: the Italian Case*, in *Jurisprudence*, 2011, 18(1), in specie pp. 8-9.

⁸ Peraltro, sulla base dell'art. 13, che prevede il diritto a un ricorso effettivo davanti alle giurisdizioni nazionali, la regola del previo esaurimento non trova applicazione, e la domanda è ricevibile, in mancanza di esperimento di vie

Altra differenza con la CJUE è quantitativa, data dalla mole del contenzioso. I tre organi giurisdizionali dell'Unione europea, Corte di Giustizia, tribunale di primo grado e tribunale della funzione pubblica, hanno finora emesso 15.000 sentenze, a confronto delle oltre 46 000 della CEDU nel solo anno 2011 (contando, tuttavia, anche le preponderanti decisioni di *irrecevibilità*, oggi dei *single judges*)⁹.

Nella divisione che si occupa dei ricorsi contro l'Italia, dove lavorano solo 9 giuristi, si è raggiunta proprio in questi giorni la soglia dei 15000 fascicoli pendenti, oltre la metà dei quali non sono ricorsi c.d. Pinto¹⁰.

Ulteriore particolarità, che non si rinviene nel sistema comunitario, deriva dai poteri della Corte di ordinare la *restituito in integrum* o altre misure riparatorie delle conseguenze della violazione, nonché dal potere del Comitato dei ministri di sorvegliare l'esecuzione delle sentenze, ivi inclusa la possibilità di prendere in considerazione misure di carattere generale al fine di prevenire nuove violazioni simili a quella già constatata o di mettere termine a violazioni continue.

Infatti, secondo l'art. 46, par. 1, CEDU, gli Stati membri hanno l'obbligo di «conformarsi alle sentenze definitive della Corte sulle controversie nelle quali sono parti». L'esecuzione di tali sentenze è controllata dal Comitato dei Ministri al quale le stesse sono trasmesse (art. 46, par. 2, CEDU)¹¹.

Fino a qualche anno fa l'individuazione di queste misure generali non era operata dalla Corte, ma nell'ambito delle procedure di controllo dell'esecuzione delle sentenze poste in essere dal Comitato dei Ministri, atteso che l'art. 46, par. 1, CEDU lascia gli Stati membri liberi di scegliere i mezzi da usare nel proprio ordinamento per adempiere l'obbligo (di risultato) scaturente da tale previsione convenzionale.

Più di recente, peraltro, è emersa la introduzione di nuovi modelli di decisione della Corte EDU, nei quali si afferma che l'obbligo di prevenire ulteriori violazioni

di ricorso interne che comunque, benché disponibili, non sarebbero effettive (cioè tali da garantire concrete possibilità di successo).

⁹ Il Protocollo 11 ha esteso la possibilità di ricorsi individuali senza il filtro della Commissione, originariamente previsto; ciò ha portato all'aumento esponenziale dei ricorsi (nel 1981, 404 casi, nel 1997 4750, oggi pendenti in numero di più di 150.000, tanto che oggi, come emerge dal dato riportato nel testo relativo alle decisioni rese, "*there is a large and even widening gap*" (così il *former President* della Corte Jean Paul Costa alla Conferenza di *Interlaken* del febbraio 2010) tra i ricorsi depositati e le decisioni rese).

¹⁰ Per completezza, è opportuno riportare alcuni dati statistici, secondo i quali:

- l'Italia è al terzo posto per numero di *applications* (dopo Russia e Turchia)
- contro questi tre Paesi sono rivolte il 50% delle domande di intervento della Corte
- per quanto riguarda le condanne, l'Italia è al settimo posto della lista dei paesi più condannati, con quantità tripla rispetto alle condanne di Francia e Germania
- le condanne dell'Italia oggi riguardano in prevalenza la violazione del rispetto della vita privata e familiare e non più la sola lunghezza dei procedimenti.

¹¹ A livello interno, sono stati migliorati i meccanismi finalizzati ad assicurare l'esecuzione delle pronunce della Corte EDU (art. 1 della legge 9 gennaio 2006, n. 12), «anche mediante norme volte a garantire che l'intero apparato pubblico cooperi nell'evitare violazioni che possono essere sanzionate (art. 1, comma 1217, della legge 27 dicembre 2006, n. 296). Con il d.P.C.m. 1° febbraio 2007 è stata disciplinata l'attività attribuita alla Presidenza del Consiglio dei ministri, stabilendo che gli adempimenti conseguenti alle pronunce della Corte di Strasburgo sono curati da un Dipartimento di detta Presidenza.

similari¹², nonché, per altro verso, l'adozione nella prassi di nuovi istituti procedurali (c.d. *pilot procedure*, o procedura pilota)¹³.

Tale prassi, di uso crescente, delle “sentenze pilota”, sembra mettere in luce un mutamento di ruolo della Corte, che assume in via pretoria un ruolo quasi-costituzionale, dove, di fatto, l'oggetto dello scrutinio non è più la singola violazione ma la stessa legislazione (o la prassi) dei Paesi membri e la sua conformità alla CEDU¹⁴.

Le sentenze della Corte hanno un'efficacia plurima.

In primo luogo, costituiscono *res iudicata*. Ai sensi dell'art. 46, la sentenza definitiva della Corte è vincolante, ha autorità di cosa giudicata e, forza obbligatoria tra le parti e deve essere eseguita; tale efficacia è, tipicamente, relativa, nel senso che riguarda solo il caso sottoposto all'esame della Corte e le parti della controversia¹⁵.

Inoltre, le sentenze della Corte hanno anche un'efficacia ulteriore, per il valore di *res interpretata* apportato dalle sue sentenze, nel senso che esse impongono un vincolo per gli Stati membri di uniformarsi alla giurisprudenza di Strasburgo, anche se resa in controversie nelle quali essi non sono stati parte, quando il loro ordinamento giuridico ponga problematiche analoghe¹⁶.

È un'efficacia configurata diversamente: per alcuni ha fondamento giuridico nell'art. trentadue CEDU che, nel definire la competenza della Corte EDU, implicherebbe la garanzia di una applicazione effettiva e armoniosa della Convenzione in tutto il territorio europeo; per altri, ha un fondamento su un'autorità di mero fatto, nascente dalla consapevolezza che la negazione di essa potrebbe successivamente tradursi in una “condanna” da parte della Corte EDU. In ogni caso, si tratta di

¹² A partire dalla sentenza della Grande Camera 26 ottobre 2000, nel caso *Kudla c. Polonia*, relativo alla violazione dell'art. 6, ove si indicano misure generali ritenute utili per porre rimedio o prevenire violazioni simili riguardanti persone diverse dal ricorrente.

¹³ Nella procedura pilota, relative a violazioni strutturali a diritti protetti dalla CEDU, la CEDU indica nella sentenza pilota le misure generali che possono porvi rimedio, e sospende la trattazione degli altri ricorsi simili pendenti in attesa che lo Stato adegui il proprio ordinamento (talora fissando perfino un termine, come nel caso *Xenides-Arestis c. Turchia*, ric. n. 46347/99, sentenza del 22 dicembre 2005, par. 40, quando fu indicato un termine di tre mesi). Altre volte i casi seriali vengono accantonati di fatto in attesa della pronuncia sul caso “pilota” sostanziale, come nel caso *Scordino* (Grande Camera, ric. n. 36813/97, 29 marzo 2006, par. 234-235), che ha costituito la premessa delle sentenze della Corte costituzionale n. 348 e n. 349 del 2007.

¹⁴ NICASTRO G., Il ruolo della Corte edu nella costruzione di un sistema di protezione dei diritti fondamentali, Incontro di studio sulle Fonti normative e giurisprudenziali del diritto dell'Unione europea, riservato ai magistrati nominati con D.M. 8/8/2010, Roma 19-21 settembre 2011, 15-16, che rileva che, per effetto di tali sentenze, la protezione oggi accordata dalla Corte ai diritti tutelati dalla CEDU mira a travalicare il caso di specie, per rivolgersi verso la generalità dei soggetti destinatari di leggi o prassi scrutinate dalla Corte e da essa ritenute contrarie, come tali, alla Convenzione.

¹⁵ Il riconoscimento della stessa non richiede alcuna procedura di *exequatur*, come avviene invece di regola per gli atti giurisdizionali stranieri, discendendo direttamente dalla CEDU.

¹⁶ La Corte EDU ha così ripetutamente affermato (a partire da *Irlanda c. Regno Unito*, ric. n. 5310/71, sentenza del 18 gennaio 1978) che l'interpretazione fatta propria dalla Corte nelle singole controversie serve non solo a decidere i casi specifici sottoposti al suo giudizio ma anche a chiarire e sviluppare le disposizioni convenzionali, le sentenze della Corte «fanno corpo» con le disposizioni della CEDU. La Corte nella sua giurisprudenza ha, in diverse occasioni, censurato l'operato di giudici dello Stato convenuto i quali non avevano tenuto conto di quanto da essa già deciso in fattispecie analoghe (tra le prime pronunce in tal senso, *Vermeire c. Belgio*, ric. n. 12849/87, sentenza del 29 novembre 1991; *Modinos c. Cipro*, ric. n. 15070/89, sentenza del 22 aprile 1993; l'indirizzo è ormai consolidato).

un'autorità' che riesce ad imporsi anche al livello costituzionale dei singoli Stati, o in relazione al livello costituzionale della fonte (come avviene in alcuni Paesi) o, in ogni caso, in quanto l'applicazione della Convenzione nell'ordinamento nazionale, come meglio si vedrà più avanti, si ricollega all'interpretazione data dalla CEDU medesima alle norme della Convenzione¹⁷.

Infine, va considerata la portata delle decisioni della Corte EDU, atteso che, mentre nel sistema comunitario la soluzione della Corte di Lussemburgo s'impone più agevolmente (anche per il momento del processo nel quale interviene), "tra i 47 paesi del Consiglio d'Europa esistono 47 meccanismi di rilevanza interna delle sentenze di Strasburgo"¹⁸ E, nel complesso "sistema multilivello", manca un elemento ultimo di chiusura che escluda il rischio che i giudici interni rimangano fedeli a quel che ha statuito la Corte costituzionale in contrasto con la CEDU.

2. Criteri di interpretazione seguiti dalla corte di Strasburgo.

La Convenzione ha una specificità, che deriva dal fatto che essa si distacca nettamente dalla logica delle obbligazioni sinallagmatiche che è tipica del diritto internazionale classico, perché gli obblighi sottoscritti dagli Stati contraenti hanno essenzialmente un carattere obiettivo, in quanto essi hanno lo scopo di proteggere i diritti fondamentali degli individui contro gli sconfinamenti degli Stati contraenti piuttosto che quello di creare dei diritti soggettivi e reciproci tra questi ultimi. Nel sistema della Convenzione, l'imposizione di obbligazioni agli Stati in favore degli individui (principio della *jouissance des droits*) non è priva di conseguenze sul piano giuridico, rilevando la possibilità degli Stati di partecipare alle controversie *inter alios*¹⁹, la possibilità per i giudici di applicare un criterio ermeneutico di tipo estensivo nell'interpretazione delle norme della Convenzione²⁰, e la efficacia di *res interpretata* della sentenza nei confronti di Stati diversi da quello convenuto in giudizio.

¹⁷ POLLICINO O e SCIARABBA V., *La Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte di Giustizia nella prospettiva della giustizia costituzionale*, Venezia, 2010, 35 ss., richiamano il "tono super-costituzionale" della giurisprudenza della Corte EDU, in relazione al quale non costituisce ostacolo la struttura interna, anche costituzionale, degli ordinamenti nazionali, e ricordano alcuni casi nei quali –tutelando in maggior misura i diritti dei privati- si è messo in discussione e fatto modificare l'orientamento precedente del tribunale costituzionale tedesco, ed in particolare il caso *Vogt v. Germania*, 26 settembre 1995 (caso relativo alla legittimità convenzionale dell'esclusione dall'impiego pubblico di membri attivi di partiti estremisti), ed il caso *Von Hannover v.. Germania*, 59320/00, 24 giugno 2004 (caso relativo alla tutela della privacy nei confronti della libertà di stampa, in relazione alla pubblicazione di foto inerenti la vita privata della Principessa di Monaco).

¹⁸ Sul tema, BRONZINI G., *La giurisprudenza multilivello dopo Lisbona: alcuni casi difficili*, in *Europeanrights*, 29/2011 2011, 121.

¹⁹ SUDRE F., *La Convention européenne des droits de l'homme*, Presse Universitaire de France, Paris, 1990, 16 ss.

²⁰ Come evidenziato da RAIMONDI G., *La tutela multilivello dei diritti umani: il ruolo delle corti dopo Lisbona: il giudice nazionale e l'interpretazione conforme. Il ruolo della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in atti dell'incontro di studi in Roma organizzato dal Consiglio superiore della magistratura, 1° febbraio 2010; si è così precisato che interpretare in maniera restrittiva i diritti e le libertà individuali garantiti dalla Convenzione sarebbe contrario all'oggetto ed allo scopo di questo trattato (Commissione, *Asiatici d'Africa orientale c. Regno Unito*, Rapporto, 192, DR 78-B, 56)

Un'altra affermazione ricorrente nella giurisprudenza della Corte è quella secondo cui “la Convenzione è uno strumento vivente, che deve essere interpretato alla luce delle condizioni di vita attuali”²¹.

Vorrei soprattutto sottolineare, però, un altro aspetto.

La Corte applica (solo) le regole della Convenzione, le sole che sono vincolanti per gli Stati e che sono alla base della sua competenza: ciò implica, a livello internazionale, una prospettiva del tutto diversa da quelle proprie delle giurisdizioni domestiche.

La Corte dunque verifica l'eventuale sussistenza di violazioni della Convenzione e certamente non il rispetto del diritto nazionale nel caso o, peggio, la legittimità dell'attività giurisdizionale dei singoli Stati, non essendo la Corte una “*quatrième instance*”²².

La Corte interpreta le espressioni tecnico-giuridiche contenute nella Convenzione non alla stregua del diritto interno dello Stato di volta in volta interessato, ma in maniera *autonoma* (c.d. principio di autonomia delle previsioni convenzionali): ritenere diversamente equivarrebbe a lasciare i legislatori nazionali arbitri della misura delle obbligazioni assunte dai rispettivi Stati nel quadro della Convenzione, il che sarebbe contrario all'oggetto ed allo scopo di quest'ultima²³.

Un esempio può ben chiarire questo aspetto.

L'articolo 6, paragrafo 1, della Convenzione prevede la garanzia del giusto processo in relazione ai “diritti civili” ed all’“accusa in materia penale”.

Secondo la giurisprudenza della Corte, la nozione di diritto civile e di accusa in materia penale sono nozioni autonome, che devono essere ricostruite in ambito convenzionale.

Così, con riferimento alla nozione di accusa in materia penale, occorre far riferimento a tre criteri, alternativi e non cumulativi (*Engel et autres c. Pays Bas, 8 juine 1976*):

- la qualificazione giuridica nel diritto nazionale
- la natura del potere in questione
- la natura ed il grado di severità della sanzione.

L'applicazione di tali criteri (ed in particolare del secondo e del terzo) ha portato la Corte ad estendere le garanzie dell'art. 6 alle controversie sull'obbligo di versare contributi (*Felbrugge c. Paesi bassi, 29 maggio 1986*).

Sotto altro profilo, l'interpretazione autonoma della nozione di diritto civile ha portato la Corte all'estensione delle garanzie del giusto processo, di cui all'art. 6 della

²¹ Tra le tante, *Soering c. Regno Unito, 7 luglio 1989, Serie A, n. 161, § 102*.

²² Del resto, la presentazione di un ricorso volto ad un puro riesame della vicenda nel merito del diritto nazionale, senza che siano denunciate violazioni della Convenzione diverse da quella relativa all'art. 6, è “*irrecevable*” secondo la giurisprudenza della Corte.

²³ Compito della Corte è allora l'elaborazione di uno “*jus commune*” che non può e non deve essere subordinato alle qualificazioni giuridiche date alle norme della Convenzione nei diversi sistemi giuridici degli Stati contraenti.

Convenzione²⁴, alle controversie sul diritto all'ottenimento di prestazioni da parte di assicurazioni sociali o dell'assistenza pubblica (*Salesi c. Italia*, 26 febbraio 1993)²⁵.

Quanto detto non significa affatto che le norme degli ordinamenti nazionali siano del tutto irrilevanti, atteso che in molti casi la Corte trova nei diritti nazionali un parametro per verificare l'esistenza di un *européen consensus*, ossia di un denominatore comune tra le varie legislazioni che è visto come un elemento utile per orientare l'interpretazione della Convenzione o, altre volte, come strumento in grado di limitare il margine di apprezzamento che la Convenzione lascia agli Stati in certi ambiti.

Con riferimento a tale ultimo profilo, va evidenziato che il principio di autonomia della Corte va coordinato con quello, già richiamato, di sussidiarietà.

Quest'ultimo principio -indispensabile in un sistema, quale quello della Convenzione, che raggruppa Stati con diverse tradizioni giuridiche- implica il riconoscimento dell'autonomia nazionale, alla quale in prima battuta è affidata l'impegno di assicurare la *jouissance des droits et des libertés* protette dalla Convenzione, con attribuzione di una discrezionalità nella scelta dei mezzi utili per raggiungere il risultato prescritto dalla Convenzione. Da tale principio la Corte ha tratto nella sua giurisprudenza il c.d. *margine di apprezzamento (la marge d'appréciation)* degli Stati contraenti.

In proposito, occorre premettere che, per diversi diritti protetti dalla Convenzione (ad esempio, i diritti previsti dagli articoli da 8 ad 11 della Convenzione, quali il diritto al rispetto della vita privata e familiare, la libertà di pensiero, di coscienza e di religione, la libertà di espressione, la libertà di riunione e di associazione), è espressamente prevista dalla Convenzione la possibilità per gli Stati contraenti di limitare la tutela a date condizioni, in considerazione della generale considerazione che le autorità nazionali sono "*mieux placées*" di un tribunale internazionale a valutare le esigenze di una società ed a bilanciare tra interessi confligenti.

Come si è efficacemente scritto, "il giudice dell'ordine giuridico maggiore, interessato ad assicurare il rispetto del principio di uniformità, consente tuttavia un certo margine di difformità, grazie alla teoria del margine di apprezzamento, riservandosi un giudizio finale sulla necessità/proporzione della diversa disciplina nazionale"²⁶.

In tal senso, la stessa Convenzione ammette che gli ordinamenti nazionali prevedano delle ingerenze legittime in uno dei diritti protetti, ma a condizione che l'ingerenza sia:

- prevista dalla legge

²⁴ Ne deriva, tra l'altro, in tutti questi casi, che si applicano le garanzie di indipendenza ed imparzialità del giudice chiamato a dirimere la controversia sull'atto di esercizio del potere pubblico (il che ha posto il problema, ad esempio, in alcuni casi pendenti, dell'indipendenza effettiva dei giudici amministrativi italiani, in ragione della partecipazione ad incarichi arbitrari o ad incarichi di insegnamento o della espressione di pareri, conferiti da amministrazioni pubbliche soggette alla loro giurisdizione).

²⁵ Si pensi, ancora, alle controversie relative alla conformazione del diritto di proprietà, alle sanzioni amministrative (*Zaicevs c. Lettonie*, 2007), ai procedimenti tributari (*Jussila c. Finlande*, 2006), alle sanzioni delle autorità amministrative indipendenti (*Menarini c. Italia*, settembre 2011), al rilascio di autorizzazioni amministrative, di autorizzazioni all'esercizio di attività professionali.

²⁶CASSESE S., *I tribunali di Babele*, Donzelli, Roma, 2009, 70.

- per uno scopo legittimo
- necessaria in una *società democratica*, ossia che sia proporzionata alla finalità che si prefigge.

La Corte ha precisato nella sua giurisprudenza la “*qualità*” della legge, dovendo questa avere i caratteri dell’*accessibilità* e *precisione*.

Per il primo profilo, dei regolamenti interni o delle direttive non pubblicate non potranno essere di base per restrizioni dei diritti e delle libertà garantite.

Quanto al secondo aspetto, la giurisprudenza afferma che la legge interna pertinente deve essere formulata in maniera sufficientemente precisa per (limitare il potere discrezionale dell’autorità amministrativa e giudiziaria e) permettere alle persone interessate – alla bisogna con l’aiuto di consigli appropriati – di prevedere, in una misura ragionevole nelle circostanze di causa, le conseguenze che possono risultare da un determinato comportamento o atto (*Wingrove c. Regno Unito*, 25 novembre 1996, Raccolta, 1996, 1937, § 40)²⁷.

L’ingerenza deve avere uno scopo legittimo, spesso indicato nella stessa disposizione convenzionale.

L’ingerenza deve essere poi « *necessaria in una società democratica* » (c.d. *proportionality test*), ossia deve corrispondere a un « *besoin social impérieux et doit être justifiée par des décisions de justices motivées de façon pertinentes et suffisantes* ».

Non va dimenticato poi che la valutazione discrezionale dei giudici nazionali resta sempre soggetta al controllo di conformità europea ai criteri stabiliti dalla CEDU nella sua giurisprudenza (*Aleksey Ovchinnikov v. Russia*, no. 24061/04, 16 December 2010).

In tema, si è acutamente osservato²⁸ che, se il test di *proporzionalità*, o di *bilanciamento* tra diritti, è una tecnica che le Corti di Strasburgo e di Lussemburgo hanno in comune, in effetti, però, gli approcci delle due corti non sono sovrapponibili.

Infatti, a tacere del fatto che la verifica del margine di apprezzamento è solo l’ultima delle operazioni che la Corte di Strasburgo compie, la CEDU parte dal diritto da proteggere, e poi considera in quale misura lo stesso diritto può essere limitato ed a quali condizioni, laddove nell’ottica della Corte di Lussemburgo la situazione è rovesciata, perché “qui è la libertà economica prevista dal Trattato che costituisce il primo termine di paragone ed essa potrà essere limitata, anche per proteggere un diritto fondamentale della persona umana, solo in presenza di “soverchianti ragioni di pubblico interesse”.

Tale diversa impostazione non è del resto priva di conseguenze pratiche.

²⁷ A questo proposito la Corte ha precisato che anche una giurisprudenza nazionale «*bien établie*» come fonte addizionale di regolamentazione può concorrere ad attribuire alla disciplina nazionale i caratteri richiesti.

²⁸ RAIMONDI G., *L’esperienza della Corte europea dei diritti dell’uomo*, intervento alla tavola rotonda, “*Diritti fondamentali e libertà economiche: principi europei e tradizioni giuridiche nazionali*”, Perugia, 25 e 26 marzo 2011, pag. 14.

Lo stesso Autore ora citato, richiamando il caso *Laval* deciso dalla Corte di Lussemburgo -caso, come noto, relativo all'azione collettiva di blocco dei cantieri e di azioni di solidarietà volte ad ottenere l'applicazione di paghe conformi a quelle svedesi anche nei confronti del personale della ditta lettone distaccato in Svezia, evitando pratiche di *dumping* sociale-, evidenzia che "supponendo che la protezione della libertà economica che veniva in rilievo potesse considerarsi uno *scopo legittimo* ai sensi della Convenzione, mancava nella fattispecie una base legale che espressamente prevedesse una limitazione del diritto di sciopero, o comunque di azione collettiva, per cui la Corte di Strasburgo sarebbe probabilmente pervenuta ad una affermazione di violazione della Convenzione", laddove la Corte di Lussemburgo ha affermato che l'azione collettiva intrapresa dai sindacati svedesi non poteva considerarsi giustificata in quanto sproporzionata, dovendo prevalere la tutela della libertà di prestazione dei servizi, e dunque della circolazione dei prestatori di servizi, sul diritto fondamentale ad intraprendere un'azione collettiva.

3. La posizione della CEDU nel sistema delle fonti e le differenze con la disciplina dell'Unione europea.

La principale differenza tra la Corte EDU e la CJUE attiene alla base giuridica delle stesse ed all'inquadramento nel sistema delle fonti degli atti normativi che esse applicano.

I rapporti tra il nostro ordinamento, quello comunitario e quello convenzionale, come più volte ha chiarito anche la Corte costituzionale, si pongono su due livelli distinti al livello delle fonti²⁹.

Con riferimento ai rapporti tra il nostro ordinamento e quello comunitario, l'Italia «ratificando i Trattati comunitari, ... è entrata a far parte dell'ordinamento comunitario, e cioè di un ordinamento giuridico autonomo, integrato e coordinato con quello interno, ed ha contestualmente trasferito, in base all'art. 11 Cost., l'esercizio di poteri anche normativi (statali, regionali o delle Province autonome) nei settori definiti dai Trattati medesimi». Le norme derivanti dalla fonte comunitaria vengono a ricevere, ai sensi degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost., diretta applicazione nel territorio italiano, ma rimangono estranee al sistema delle fonti interne e, se munite di efficacia diretta, precludono al giudice nazionale di applicare la normativa interna con esse ritenuta inconciliabile (ove occorra, previo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, *ex* art. 234 del Trattato CE, rinvio oggi, a seguito dell'**ordinanza Corte cost. n. 103 del 2008** effettuabile anche dalla Corte costituzionale, quanto meno nel corso di un giudizio in via principale)». Resta il «solo

²⁹ In tema, occorre riprodurre qui, per comodità di lettura, le norme costituzionali in materia: ai sensi dell'art. 10 della **Costituzione italiana**, «l'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute»; l'art. 11 Cost. stabilisce che l'Italia «consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni» e «promuove e favorisce le organizzazioni internazionali»; il primo comma dell'art. 117, infine, prevede che «la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali».

limite dell'intangibilità dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e dei diritti inviolabili dell'uomo garantiti dalla Costituzione (*ex multis*, sentenze **Corte Cost. n. 170 del 1984**)».

La Convenzione non contiene indicazioni sulla sua posizione e il suo modo di operare all'interno degli ordinamenti giuridici nazionali degli Stati contraenti, sicché ognuno dei 47 Paesi stabilisce il proprio criterio di rilevanza interna, e si hanno Paesi per i quali la Convenzione ha portata costituzionale (come in Austria), altri in cui ha un rango intermedio (come in Francia), altri ancora ove ha rango di legge ordinaria (come in Germania).

La tessitura del rapporto tra l'ordinamento italiano e la CEDU, a seguito della novella del 2001, che ha modificato l'art. 117, primo comma, Cost., ha assunto una trama del tutto nuova, i cui tratti sono stati scolpiti dalle sentenze (c.d. "gemelle") n. 347 e 348 del 2007 della Corte costituzionale (est. Tesauro e Silvestri), intervenute nella materia dell'espropriazione per pubblica utilità su sollecitazione in particolar modo della Corte di cassazione, incidendo sulla disciplina relativa ai criteri di determinazione dell'indennizzo (quanto all'espropriazione di aree edificabili) e di determinazione del danno (in riferimento alle occupazioni appropriate)³⁰. Le indicazioni provenienti da tali sentenze sono state poi sostanzialmente confermate nella giurisprudenza successiva della Corte costituzionale³¹.

La Corte costituzionale italiana, esclusa l'applicazione alla CEDU degli art. 10³² e 11³³ Cost., ha precisato che, in mancanza di una specifica previsione costituzionale, le disposizioni della CEDU, "rese esecutive nell'ordinamento interno con legge ordinaria, ne acquistano il rango e quindi non si collocano a livello costituzionale"³⁴; a seguito della novella del 2001, che ha modificato l'art. 117, primo comma, Cost., la Corte nelle sentenze gemelle, per la prima volta, ha potuto però affermare che «il contrasto di una norma nazionale con una norma convenzionale, in particolare della C.E.D.U., si traduce in una violazione dell'art. 117, primo comma, Cost.».

La Corte costituzionale ha quindi tratto le conseguenze sul piano della giurisdizione, prevedendo che:

³⁰ Sul tema, oggi anche **Corte Cost. 10 giugno 2011, n. 181**, in relazione alla norma che commisurava l'indennità di espropriazione per le aree agricole al loro valore agricolo.

³¹ V. le sentenze **Corte Cost. n. 1, n. 113 e n. 236 del 2011; n. 87, n. 138 e n. 196 del 2010; n. 311 e n. 317 del 2009**.

³² L'art. 10, primo comma, Cost., il quale sancisce l'adeguamento automatico dell'ordinamento interno alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute, concerne esclusivamente i principi generali e le norme di carattere consuetudinario (per tutte, sentenze n. 73 del 2001, n. 15 del 1996, n. 168 del 1994), mentre non comprende le norme contenute in accordi internazionali che non riproducano principi o norme consuetudinarie del diritto internazionale.

³³ L'art. 11 Cost., che è la disposizione che ha permesso di riconoscere alle norme comunitarie efficacia obbligatoria nel nostro ordinamento (sentenze n. 284 del 2007; n. 170 del 1984)», non trova applicazione nei confronti del diritto pattizio e della CEDU, non essendo individuabile, con riferimento alle specifiche norme convenzionali in esame, alcuna limitazione della sovranità nazionale" (**sentenza n. 188 del 1980**); la rilevanza del parametro dell'art. 11 non può farsi valere, secondo la Corte costituzionale, neppure «in maniera indiretta, per effetto della qualificazione, da parte della Corte di giustizia della Comunità europea, dei diritti fondamentali oggetto di disposizioni della CEDU come principi generali del diritto comunitario», anche perché non vi è in questa materia una competenza comune attribuita alle (né esercitata dalle) istituzioni comunitarie.

³⁴ Tra le molte, per la continuità dell'orientamento, **Corte Cost. sentenze n. 388 del 1999, n. 315 del 1990, n. 188 del 1980; ordinanza n. 464 del 2005**.

- il giudice nazionale riveste il ruolo di “giudice comune della Convenzione” e come tale è investito del potere-dovere di applicare le relative norme³⁵;
- il giudice nazionale applica tali norme <<nell’interpretazione offertane dalla Corte di Strasburgo nell’interpretazione offertane dalla Corte di Strasburgo, alla quale questa competenza è stata espressamente attribuita dagli Stati contraenti>>;
- ove, poi, l’interpretazione conforme non giunga all’esito sperato e permanga il supposto conflitto tra le due norme –in quanto il contrasto è «insanabile in via interpretativa» dal giudice comune (sent. n. 349 del 2007), oppure perché esiste un diritto vivente contrario ad essa (sentenza n. 239 del 2009) il giudice nazionale è tenuto a sollevare, utilizzando come norma interposta quella della CEDU e come parametro l’art. 117, primo comma, Cost.

La Corte, nel risolvere il controllo di convenzionalità in una questione di legittimità costituzionale, afferma un modello di controllo accentrato di costituzionalità della norma interna in contrasto con la Convenzione ed esclude il sindacato diffuso di convenzionalità da parte dei giudici comuni mediante la disapplicazione; dunque, a differenza di quanto accade per le norme del diritto comunitario ad “effetto diretto”, il giudice comune non può <<procedere all’applicazione della norma della C.E.D.U. ... in luogo di quella interna contrastante>>³⁶.

Resta invece possibile l’interpretazione convenzionalmente conforme della norma interna ed anzi essa è, ove possibile, doverosa, atteso che il mancato esperimento del tentativo di interpretazione conforme rende, quindi, la questione di legittimità costituzionale inammissibile³⁷.

Quanto all’attività della Corte in ordine alla valutazione della norma interna in relazione alla Convenzione, vanno evidenziati almeno tre aspetti.

In primo luogo, la Corte costituzionale applica la norma interposta nel significato ad essa attribuito dalla Corte di Strasburgo.

In secondo luogo, il Giudice delle leggi deve verificare in ogni caso che la disciplina nazionale offra, comunque, un minor tasso di tutela rispetto a quanto garantito dalla C.E.D.U., <<dal momento che la diversa ipotesi è considerata espressamente compatibile dalla stessa Convenzione europea all’art. 53>>.

³⁵ Secondo un’opportuna puntualizzazione, espressa in tema da DE SANTIS di NICOLA F., *Fra Roma e Strasburgo, alla ricerca dell’ “equa riparazione” per il danno non patrimoniale da irragionevole durata del processo*, in www.judicium.it, va distinta l’immediata precettività della CEDU nell’ordinamento italiano (che sussiste) dalla sua *primauté* (che invece manca), intendendo la prima come efficacia diretta delle norme della Convenzione in quanto recepita con legge ordinaria, e la seconda come potere/dovere del giudice “comune” di disapplicare le norme interne ad esso contrarie.

³⁶ La Corte costituzionale ha confermato tale orientamento anche dopo entrata in vigore trattato di Lisbona (v. sentenza della Corte costituzionale n. 80 del 2011), essendo stato escluso che, per effetto del Trattato di Lisbona, e almeno fin tanto che l’UE non abbia aderito alla CEDU, il giudice comune sia abilitato a disapplicare le norme interne ritenute incompatibili con la CEDU, dovendo, viceversa, sempre investire la Corte stessa della relativa questione di legittimità costituzionale.

³⁷ V. **Corte Cost. n. 239 del 2009**, la quale ripete, dunque, nella sostanza, lo schema da anni seguito dalla Corte costituzionale a proposito del dovere di interpretazione conforme alla Costituzione.

In terzo luogo, secondo la c.d. “teoria dei controlimiti”, la Corte costituzionale verifica se la norma della C.E.D.U. (che, lo si rammenta, è norma di rango sub-costituzionale) non si ponga in conflitto con altre norme conferenti della nostra Costituzione. Si tratta, è bene precisarlo, di una più ampia operatività dei “controlimiti” di quanto essi non operino nei confronti del diritto comunitario, rispetto al quale vengono in rilievo non già tutte le norme della Costituzione (come, per l'appunto, avviene in relazione alla C.E.D.U.), bensì soltanto i “principi fondamentali dell’ordinamento costituzionale” ed i “diritti inviolabili dell’uomo”, dalla stessa Carta Fondamentale garantiti³⁸.

4. Le attività del giudice nazionale. L’interpretazione conforme o convenzionalmente orientata.

La giurisprudenza costituzionale ha sottolineato i tre divieti ermeneutici imposti al giudice nazionale: divieto di disapplicazione della norma interna eventualmente contrastante con quella convenzionale; divieto di interpretazione della norma convenzionale; divieto di disapplicazione del parametro interposto (norma convenzionale) in ragione del *favor Constitutionis*³⁹.

Il giudice nazionale ha però il dovere/potere di “interpretazione conforme” della norma interna a quella pattizia, avendo riguardo alla <<giurisprudenza europea consolidatasi sulla norma conferente>>, in modo tale da rispettarne la “sostanza”⁴⁰.

Si è detto anzi in dottrina che l’impossibilità di interpretazione conforme assurge ormai a requisito per l’emanazione dell’ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale, unitamente alla rilevanza della questione di legittimità costituzionale ed alla sua manifesta non fondatezza⁴¹.

³⁸ Come si vedrà meglio dal prosieguo dell’esposizione, una diversa qualificazione delle norme CEDU ha conseguenze anche in relazione alla c.d. teoria dei contro limiti, teoria che conviene “sdrammatizzare”, come suggerisce acutamente RUGGERI A., *Corte costituzionale e Corti europee: il modello, le esperienze, le prospettive*, in *I quaderni europei*, Centro di documentazione europea Università di Catania, maggio 2010, n. 19, 10-15, atteso che, una volta che si inquadrino i diritti della Convenzione anche nei diritti fondamentali protetti dall’art. 2 della Costituzione l’operazione che fa il giudice non è altro che quella di un normale bilanciamento tra principi o diritti fondamentali, appartenendo alle autorità nazionali (compresa la Corte costituzionale) il dovere di evitare che la tutela di alcuni diritti fondamentali - rientranti nella previsione generale ed unitaria dell’art. 2 Cost. - si sviluppi in modo squilibrato, con sacrificio di altri diritti ugualmente tutelati dalla Carta costituzionale e dalla stessa Convenzione europea. Lo stesso autore, poi, ricorda come anche il margine di apprezzamento della stessa Corte costituzionale resta soggetto al controllo europeo secondo i principi della CEDU, visto che tale controllo riguarda sia le modifiche legislative sia le decisioni con le quali esse vengono applicate.

³⁹ Di tali limiti, si è rilevato che sono gli ultimi due a rappresentare, al tempo stesso, la “maggiore distanza” rispetto all’omologo meccanismo di controllo di costituzionalità e la più forte limitazione degli ordinari poteri ermeneutici su cui vive il diritto giurisprudenziale. E nondimeno, si tratta di limiti che, benché intensi, esprimono altrettante insopprimibili necessità del sistema. Secondo tale impostazione, l’eventuale possibilità di un sindacato diffuso sulla portata delle norme CEDU da parte dei giudici nazionali avrebbe generato, oltre le ben intuibili frizioni con Strasburgo, l’impossibilità di governare in termini di minima certezza ed essenziale affidamento delle decisioni giudiziali, l’enorme mole di materiale giurisprudenziale originato dalla Convenzione: GAETA P., “*Controllo di convenzionalità e poteri del giudice nazionale: i difficili approcci dell’ermeneutica giudiziale*”, 2011, 19.

⁴⁰ In tal senso, la stessa europea Corte EDU, 31 marzo 2009, *Simaldone c. Italia*, ric. n. 22644/03, ma anche la Corte di cassazione, sez. I civile, 20 maggio 2009, n. 10415 e, da ultimo, Cass., sez. I., sent. n. 14541 del 4 luglio 2011.

⁴¹ FOA’ S., *Giustizia amministrativa e pregiudizialità comunitaria ed internazionale. I confini dell’interpretazione conforme*, Jovene, 2011, 86, che ha giustamente evidenziato che l’ordinanza di rimessione necessita oggi di una

Un esempio di interpretazione conforme nella materia del lavoro può trarsi dalla sentenza delle Sezioni Unite civili della **Cassazione n. 6529 del 2 marzo 2010**, in tema di autodichia della Presidenza della Repubblica in riferimento alle controversie relative al rapporto di lavoro dei propri dipendenti, dove il riconoscimento dell'autodichia -diversamente da quanto in precedenza ritenuto da **Cass., S.U., sent. n. 12614 del 1998**- è passato attraverso la considerazione non solo dei principi fissati dalla Costituzione, ma anche di quelli della C.E.D.U., siccome "integrativi" dei primi, essendo stata seguita l'interpretazione dell'art. 6, par. 1, C.E.D.U. fornita dalla Corte di Strasburgo (con la sentenza 28 aprile 2009, *Savino c. Italia*) rispetto all'autodichia della Camera dei deputati, come criterio orientativo per la soluzione della medesima questione riferita, però, alla Presidenza della Repubblica⁴².

Ora, dato che in molti casi la norma convenzionale ha un carattere vago, si rende necessario per l'interprete il ricorso alle precisazioni date in relazione ad essa dalla giurisprudenza CEDU. Si tratta di un'applicazione peculiare del *principio di conformità*, secondo il quale la norma di altro ordinamento applicabile va interpretata secondo il suo ordinamento.

Si tratta di un'operazione ermeneutica legittima, atteso che, come già anticipato, la stessa Corte costituzionale ha precisato che le disposizioni della CEDU vivono nell'interpretazione che viene loro data dalla Corte EDU, salvo l'eventuale scrutinio di costituzionalità⁴³. Si è ben detto al riguardo che l'interpretazione conforme della norma convenzionale è, per il principio del monopolio ermeneutico della Convenzione riconosciuto alla Corte di Strasburgo, "operazione logicamente zoppa": il parametro interposto è fuori dalla portata ermeneutica del giudice comune, che non vi ha accesso⁴⁴.

Quanto detto implica il dovere del giudice ordinario di conoscere la giurisprudenza della CEDU ed evidenzia l'importanza di una formazione europea dei giudici⁴⁵.

motivazione palesemente non incongrua che giustifichi la necessità della questione di costituzionalità e l'esclusione di soluzioni interpretative alternative.

⁴² La Cassazione ha così ritenuto che i regolamenti presidenziali emanati con i d.P.R. 24 luglio e 9 ottobre del 1996 sono tali da assicurare la precostituzione, l'imparzialità e l'indipendenza dei collegi, previsti per la risoluzione delle controversie anzidette, quali condizioni che presidiano l'esercizio della giurisdizione ordinaria.

⁴³ In tema, **Cass., III sez. civ., 30 settembre 2011, n. 19985**, ha riconosciuto effetti assimilabili a quelli propri del giudicato formale ed immediati, anche in corso di causa, alle pronunzie della Corte EDU, le quali, una volta divenute definitive, sono dotate della medesima *vis precettiva* propria delle norme convenzionali, la cui ricognizione di senso, così come operata a Strasburgo, non può essere messa in discussione dal giudice nazionale.

⁴⁴ Così GAETA P., "*Controllo di convenzionalità e poteri del giudice nazionale: i difficili approcci dell'ermeneutica giudiziale*", cit., 2011, 19, che sottolinea che è questo, probabilmente, l'unico caso in cui al giudice comune è preclusa una interpretazione "costituzionalmente orientata" di una norma che non ha rango di norma costituzionale e che quindi ben potrebbe rientrare nell'ambito di tale potestà ermeneutica. Nondimeno, tale potestà, se consentita, recherebbe con sé i segni di una doppia espropriazione: nei confronti della Corte di Strasburgo: poiché svuoterebbe il senso e l'efficacia stessa delle sue decisioni; nei confronti della Consulta, perché la priverebbe della funzione di "suprema garanzia" rispetto alla Costituzione di qualunque norma, compresa quella convenzionale.

⁴⁵ Ciò al fine di contenere il rischio (evidenziato da RUGGERI A., *Carte internazionali dei diritti, Costituzione europea, Costituzione nazionale: prospettive di ricomposizione delle fonti in sistema*, 2007, cit.) <<legato al "preorientamento" (e, in genere, alla formazione culturale) dell'operatore che, essendo chiamato a svolgere la propria attività in ambito nazionale, può esser, seppur involontariamente o inconsapevolmente, portato a piegare le formule delle Carte internazionali al fine di adattare alle peculiari esigenze espresse dalle formule di diritto interno,

Per la verità, emergono in tema alcune rilevanti difficoltà pratiche.

Un primo problema attiene alla conoscenza della giurisprudenza della CEDU⁴⁶, e ciò non tanto per essere questa -a differenza di quella comunitaria, reperibile in tutte le lingue sul sito *Curia*- solo in lingua inglese o francese (non tradotta ufficialmente), quanto per le carenze del sistema informativo della CEDU (HUDOC), privo di un sistema di *information retrieval* basato su un'attività di massimazione (intesa non solo come estrazione di principi giuridici, ma -com'è proprio del *C.E.D.* della Cassazione italiana- come inserimento di questi in un sistema ordinato di precedenti giurisprudenziali).

Il problema è anche più complesso, in quanto oltre il 90% delle sentenze definitive della CEDU (rese dai *single judges*, molte delle quali relative a domande *manifestement mal-fondè*) non sono conosciute nemmeno dalle parti del processo (che ricevono solo una lettera del *Registry*, che le informa dell'irricevibilità della loro pretesa, senza altri elementi)⁴⁷.

Un secondo problema riguarda l'adattamento del principio convenzionale affermato dalla CEDU.

La giurisprudenza sulla Convenzione è produzione casistica, modellata sul precedente tipico dei sistemi di *common law*, laddove l'applicazione di essa non può che essere generalizzata, *erga omnes*, spesso in sistemi improntati a regole giurisprudenziali opposte: in questa trasposizione, il giudice nazionale è tenuto a ricavare da un caso concreto un principio di diritto quanto più generale possibile, da applicare poi ad un altro caso concreto, quello al suo esame.

Va considerata pure la diversità degli ordinamenti, atteso che la Corte EDU si occupa di casi specifici che originano da un determinato ordinamento che non è sempre il nostro: non è quindi sempre facile tradurre la decisione concreta della CEDU – ove l'interpretazione non è separata dall'applicazione – in un enunciato interpretativo generale, valido per tutti gli ordinamenti e per tutti gli individui soggetti alla loro giurisdizione.

Per quanto detto, può essere in concreto difficile trarre dalla giurisprudenza di Strasburgo indicazioni univoche.

Un terzo problema è quello dell'eterogeneità e della *consistency* della giurisprudenza CEDU. Sotto il primo profilo, si è ben rilevato che la stessa Corte costituzionale non

sì da far scolorire la matrice transnazionale genuinamente espressa dalle Carte stesse, innaturalmente "nazionalizzata" e rinchiusa in un soffocante provincialismo culturale>>.

⁴⁶ Vi è -si è detto- "un primitivo ed innegabile *handicap* giuridico e culturale che condiziona il controllo di convenzionalità: la sensibilità culturale, la conoscenza normativa e scientifica del giudice comune sono, innegabilmente, rivolte ed affinate verso la Carta costituzionale molto più che verso la Convenzione e la stessa facilità e "naturalità" nel "reperire il diritto" che origina dall'una o dall'altra sono profondamente differenti": così GAETA P., *op. loc. cit.*, 2011, 13.

⁴⁷ Il tema rimanda un altro, che qui non può però essere affrontato, relativo alla attribuzione delle *applications* alle varie formazioni giudiziarie, attività fatta usualmente dal *Registry*, ed all'effettività ed efficacia dei controlli dei giudici CEDU sull'attività del *Registry*. Sul tema, interessanti riferimenti in SACCUCCI A., *L'entrata in vigore del Protocollo n. 14 e le nuove regole procedurali per la sua applicazione*, in *Diritti umani e dir. internaz.*, 2010, 324.

ha modulato l'intensità dell'effetto vincolante in alcun modo: non ha distinto, ad esempio, tra giurisprudenza di Strasburgo consolidata e non consolidata, tra pronunce rese da una Camera e pronunce rese dalla Grande Camera, tra pronunce rese all'unanimità e pronunce che presentano (alcune o numerose) opinioni dissenzienti (senza considerare che, talora, le *dissenting opinions* appaiono molto più persuasive di quelle approvate dalla maggioranza contingente che ha espresso la decisione), tra pronunce definitive e pronunce non definitive; non ha distinto tra sentenze di condanna e sentenze che accertano la non violazione della Convenzione; non ha distinto, soprattutto, tra sentenze rese nei confronti dell'Italia e sentenze rese nei confronti di altri Paesi, né, all'interno delle prime tratta diversamente le sentenze che accertano una violazione strutturale della Convenzione discendente dalla medesima legge italiana sottoposta al giudizio di costituzionalità⁴⁸.

Sotto il secondo profilo, va osservato che, se è vero che la Corte EDU è tendenzialmente fedele ai propri precedenti⁴⁹, non va sottaciuto che la stessa Grande Camera, oltre a potere ovviamente ribaltare la pronuncia di una Camera quando sia investita del riesame della stessa dalle parti, può anche rivedere un proprio orientamento, qualora ravvisi «cogenti» o anche solo «buone» ragioni per farlo: basta ricordare in proposito due casi italiani di *Grand Chambre* del 2011, Giuliani e Gaggio, relativo ai fatti del G8 di Genova, e Lautsi, riguardante la vicenda del crocifisso esposto nei locali pubblici, rimasti soggetti a valutazioni opposte in sede CEDU ed a mutevoli maggioranze.

Si può anche ritenere che l'allineamento alla giurisprudenza di Strasburgo potrebbe essere limitato alle ipotesi in cui vi sia un indirizzo ormai stabile della stessa, espressivo di un «diritto vivente» della Corte (altro essendo poi il problema di stabilire quali siano gli indici comprovanti l'esistenza di un diritto siffatto: si potrebbe pensare che occorre un riconoscimento del *m.e.c.l.* da parte della stessa Corte, che demanda finalmente ad un *Comitè* la decisione nella materia), lasciando invece un margine, sia pure contenuto, ai giudici per interpretazioni diverse nei casi in cui l'orientamento della Corte appaia ancora in via di definizione.

Ad ogni modo, sembra inevitabile un *minimum* di stabilità giurisprudenziale, espressione di un orientamento, e non una isolata pronuncia, sebbene inevitabilmente la soluzione del problema non può essere generale, dipendendo dal contenuto della pronuncia, dalla materia e dalle circostanze del caso concreto.

Altro problema deriva dal contenuto delle pronunce della CEDU, che non sono motivate come le sentenze italiane e che a volte, su problemi giuridici anche cruciali, «glissano» sorprendentemente o «si trincerano» in un richiamo all'equità (ciò che

⁴⁸ LAMARQUE E., *Gli effetti delle sentenze della Corte di Strasburgo secondo la Corte costituzionale italiana*, in *Corr. Giur.*, 2010, 7, 958.

⁴⁹ La Corte EDU, in *Chapman c. Regno Unito*, ric. n. 27238/95, sentenza del 18 gennaio 2001, par. 70, ha affermato che, anche nell'interesse della certezza del diritto e dell'uguaglianza davanti alla legge, è importante che la Corte non si scosti senza motivo dai propri precedenti; Tuttavia, la Corte non è vincolata dai propri precedenti in ogni caso, sicché potrebbe sempre mutare la propria giurisprudenza se ci sono «convincenti ragioni» per farlo (*Cossey c. Regno Unito*, ric. n. 10843/84, sentenza del 27 settembre 1990, par. 35; *Scoppola c. Italia*, ric. n. 10249/2003, sentenza del 17 settembre 2009, par. 104).

implica, naturalmente, un minor vincolo per il giudice di merito adito in questioni analoghe): si pensi alla quantificazione del danno (i cui criteri sono spesso inespressi in sentenza, almeno nel dettaglio sufficiente a consentirne una consapevolezza critica) o al titolo stesso del danno (ad esempio, non è chiaro se il danno morale spesso riconosciuto dalla CEDU sia attribuito alla parte *jure proprio* o *jure hereditatis* e secondo quali parametri concreti di quantificazione).

Ancora, si è segnalato che un margine di apprezzamento è anche proprio delle autorità giurisdizionali in sede interpretativa, come potere di adattamento dell'orientamento giurisprudenziale europeo al caso concreto *sub judice*, secondo la tecnica del *distinguishing* (volta a valorizzare le particolarità del caso di specie).

La stessa CEDU, nella citata pronuncia *Simaldone c. Italia*, ha affermato che «uno Stato parte della Convenzione dispone di un margine di apprezzamento per organizzare una via di ricorso interna in maniera coerente con il proprio sistema giuridico e le sue tradizioni, in conformità con il livello di vita della sua nazione» e, ancora, che «la circostanza che il metodo di calcolo dell'indennizzo previsto nel diritto interno non corrisponda esattamente ai criteri stabiliti dalla Corte non è decisiva, dal momento che le giurisdizioni Pinto arrivano ad accordare somme non irragionevoli rispetto a quelle accordate dalla Corte in casi simili».

In ogni caso, va espressamente ribadito che il giudice incontra i limiti dell'interpretazione conforme⁵⁰, che non può tradursi in una disapplicazione di fatto della norma; come ritenuto dalla Corte Cost. in relazione all'interpretazione di norme sospette di incostituzionalità, l'univoco tenore della norma segna il confine in presenza del quale il tentativo interpretativo deve cedere il passo al sindacato di legittimità costituzionale⁵¹.

Infine, si è posto il problema dell'assenza di una norma interna da conformare, in quanto il contrasto con la CEDU nasce proprio per l'assenza della norma protettiva, con le conseguenti difficoltà derivanti dalla riluttanza della Corte costituzionale a pronunce additive⁵². Ma la via da ultimo descritta non sembra necessaria: in senso

⁵⁰ La giurisprudenza comunitaria ha individuato i limiti dell'interpretazione conforme nel caso *Angelidaki*, ove è stato chiarito che l'obbligo per il giudice nazionale di fare riferimento al contenuto di una direttiva nell'interpretazione e nell'applicazione delle norme pertinenti del diritto nazionale trova i suoi limiti nei principi generali del diritto, in particolare in quelli della certezza del diritto e dell'irretroattività, e non può servire a fondare un'interpretazione *contra legem* del diritto nazionale.

⁵¹ v. a proposito dell'interpretazione conforme a Costituzione, **Corte cost. n. 218/2008 e Corte cost. n. 26/2010**.

⁵² Sul punto, GAETA P., “Controllo di convenzionalità” e poteri del giudice nazionale: i difficili approcci dell'ermeneutica giudiziale, 2011, 25, ha rilevato che uno dei più frequenti problemi che si pongono al giudice nazionale, stretto in una morsa all'apparenza ineludibile: per un verso, egli è chiamato, nella vicenda giudiziaria al suo esame, a dare attuazione ai *dicta* di Strasburgo; per altro verso, egli è sovente nell'impossibilità di adattare a quel *decisum* una norma interna, per la semplice ragione che quest'ultima non esiste o rappresenta un rimedio talmente distante e diverso, che fornire un'interpretazione “conforme” risulta quasi impossibile. Siamo, insomma, al limite della c.d. violazione strutturale della norma convenzionale da parte dell'ordinamento interno. A realizzare il contrasto è l'assenza di una norma: *recte* l'impossibilità di adattare una norma esistente al precetto di Strasburgo. Manca dunque l'oggetto stesso della conformazione. In questi casi, secondo le regole ermeneutiche dettate dalla Corte costituzionale, il giudice dovrebbe sollevare questione di legittimità costituzionale della norma interna “nella parte in cui non prevede...”, denunciando l'impossibilità di un “controllo di convenzionalità” proprio per

diverso, può ben ritenersi che il giudice ordinario debba dare attuazione direttamente alla norma convenzionale proprio in ragione dell'efficacia diretta che essa ha nel nostro ordinamento, limitandosi la questione di legittimità solo alle ipotesi in cui vi sia non una mera lacuna, ma un vero e proprio contrasto, nel senso che la disciplina interna preclude comunque un diritto garantito dalla Convenzione.

5. La non applicazione della norma nazionale contrastante con la CEDU da parte del giudice nazionale.

In tema di non applicazione della norma interna per contrasto con quella convenzionale, va preliminarmente osservato⁵³ che in varie ipotesi il problema che si pone all'interprete è diverso, in quanto non si è in presenza di un vero conflitto tra norme di diverso livello.

La prima ipotesi si ha per il caso che tra norma interna e norma convenzionale non si dia un vero e proprio contrasto, quanto piuttosto una "graduata" tutela ai diritti, idonea in tesi a risolversi a beneficio della norma che prevede una tutela più intensa del diritto fondamentale. Ciò avviene non solo nell'ipotesi in cui la norma convenzionale appronta una tutela maggiore rispetto alla norma nazionale, ma anche nell'ipotesi opposta, ove la disciplina nazionale offra un maggior tasso di tutela rispetto a quanto garantito dalla C.E.D.U. (in tale ultimo caso la norma nazionale troverà applicazione in quanto ritenuta espressamente compatibile dalla stessa Convenzione europea all'art. 53).

La seconda ipotesi riguarda poi l'eventualità che faccia difetto una previsione normativa di diritto interno (perché manca del tutto o perché abrogata dalla CEDU sopravvenuta⁵⁴) e che pertanto si possa far subito applicazione della previsione convenzionale idonea a colmare il vuoto legislativo.

Al di là della considerazione che il confine tra interpretazione conforme e disapplicazione non è sempre netto, il vero problema resta però quella della possibilità o meno del giudice ordinario di non applicare la norma interna nel caso in cui essa effettivamente contrasti con norma convenzionale come interpretata dalla Corte EDU.

l'impossibilità di pervenire ad esso mediante lo strumento dell'interpretazione conforme. Ma anche tale scelta ha le sue controindicazioni: ed i giudici nazionali lo sanno bene. Invero, a fronte di un incidente di costituzionalità così costruito, il Giudice delle leggi ha, a sua volta, fornito spesso risposta negativa dichiarando inammissibile la questione: infatti, la scelta normativa dello strumento giuridico, della specifica soluzione che valga a conformare l'ordinamento interno a quello sopranazionale, pertiene alla discrezionalità del legislatore e assai raramente si traduce in una soluzione "costituzionalmente obbligata", consentendo così l'intervento additivo del Giudice delle leggi.

⁵³ Con RUGGERI A., *Applicazioni e disapplicazioni della CEDU*, 2011, in www.forumcostituzionale.it.

⁵⁴ RUGGERI A., *ibidem*, sottolinea la strutturale ambiguità ed il doppio volto della Convenzione, quale legge e parametro di validità delle leggi, sicché in caso di vuoto legislativo il vuoto non c'è proprio perché c'è la Convenzione, ossia la legge con cui è stata recepita in ambito interno ed alla quale, come legge, i giudici restano -secondo la Costituzione- soggetti.

Sebbene nella giurisprudenza di merito e di legittimità, ed anche nella giurisprudenza amministrativa, non sono mancate pronunce che hanno ammesso tale potere⁵⁵, la soluzione negativa si è affermata nella giurisprudenza nazionale, a seguito del chiaro orientamento sul punto della Corte costituzionale, dalle sentenze gemelle del 2007 in poi.

Parte della dottrina appare invece diversamente orientata. Il punto di partenza del ragionamento vede l'affermazione del fondamento costituzionale dei diritti CEDU, per effetto dell'applicabilità agli stessi dei principi di cui all'articoli 2, 10 e 11 Cost.

Si è così detto⁵⁶ che il già evidenziato primato interpretativo della Corte di Strasburgo sulle corti nazionali e la stessa incidenza dei diritti fondamentali della CEDU sulle libertà comunitarie consente di rinvenire nell'art. 11 Cost. il fondamento per l'ordinamento interno della CEDU, atteso che il sistema della Convenzione integrerebbe una limitazione di sovranità, necessaria ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le nazioni.

Altri hanno richiamato l'art. 10 Cost.: non intendo richiamare le teorie che affermano che la norma possa dar copertura al diritto pattizio⁵⁷, bensì l'orientamento

⁵⁵ V. **App. Firenze 20 gennaio 2005**, in tema di risarcimento danno da occupazione acquisitiva, nonché **Cass. sez. I civile, 19 luglio 2002, n. 10542**, in tema di risarcimento del danno da occupazione acquisitiva, e di **Cass., sez. I civile, 23 dicembre 2005, n. 28507**, in tema di equa riparazione per irragionevole durata del processo. Si ricordi poi la Cassazione penale sull'incidenza della CEDU sul giudicato penale, aspetto che sarà esaminato *amplius infra*. Più di recente, le Sezioni Unite penali della Cassazione (**sent. n. 27918 del 14 luglio 2011**) hanno prospettato la capacità delle norme CEDU, ed in particolare dell'art. 6, di costituire direttamente ed immediatamente parametro immediatamente vincolante per il giudice comune. Nella giurisprudenza amministrativa, **TAR Lazio – Roma, 18 maggio 2010, n. 11984**, secondo cui “il riconoscimento dei diritti fondamentali sanciti dalla CEDU come principi interni al diritto dell’Unione, osserva il Collegio, ha immediate conseguenze di assoluto rilievo, in quanto le norme della Convenzione divengono immediatamente operanti negli ordinamenti nazionali degli Stati membri dell’Unione, e quindi nel nostro ordinamento nazionale, in forza del diritto comunitario, e quindi in Italia ai sensi dell’art. 11 della Costituzione, venendo in tal modo in rilievo l’ampia e decennale evoluzione giurisprudenziale che ha, infine, portato all’obbligo, per il giudice nazionale, di interpretare le norme nazionali in conformità al diritto comunitario, ovvero di procedere in via immediata e diretta alla loro disapplicazione in favore del diritto comunitario, previa eventuale pronuncia del giudice comunitario ma senza dover transitare per il filtro dell’accertamento della loro incostituzionalità sul piano interno”. In senso analogo, **Consiglio di Stato, 22 maggio 2010, n. 1220**, secondo cui “in questa fase del giudizio la Sezione deve fare applicazione dei principi sull’effettività della tutela giurisdizionale, desumibili dall’articolo 24 della Costituzione e dagli articoli 6 e 13 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo (divenuti direttamente applicabili nel sistema nazionale, a seguito della modifica dell’art. 6 del Trattato, disposta dal Trattato di Lisbona, entrato in vigore il 1° dicembre 2009)”. La tesi, tuttavia, è stata poi sconfessata dal **Consiglio di Stato, Sezione VI sentenza 15 giugno 2010 n. 3760** - per cui il trattato di Lisbona nulla ha modificato circa la non diretta applicabilità nell’ordinamento nazionale della CEDU che rimane, per l’Italia, un obbligo internazionale, con tutte le conseguenze in termini di interpretazione conforme e di prevalenza mediante questione di legittimità costituzionale.

⁵⁶ SCODITTI E., *Giudici europei: dialogo ascendente e discendente. La prospettiva del giudice comune nazionale*, Incontro di studio sul tema “*I giudici e la globalizzazione: il dialogo tra le corti nazionali e sopranazionali*”, Roma 22-24 giugno 2009, Consiglio Superiore della Magistratura.

⁵⁷ Mi riferisco alla tesi, minoritaria, di chi afferma l’esistenza tra le norme internazionali generalmente riconosciute di cui all’art. 10 Cost. del principio *pacta sunt servanda*, con la conseguente affermazione della volontà del costituente di adeguare il nostro ordinamento a *tutti* gli strumenti pattizi stipulati dallo Stato italiano, i quali avrebbero rango costituzionale, ovvero alla tesi, parzialmente diversa, di chi afferma l’inderogabilità dei trattati una volta immessi nel nostro ordinamento ad opera del legislatore, in base al principio *pacta recepta sunt servanda*.

di chi⁵⁸ rileva che soprattutto alcune norme della Convenzione di Roma del 1950 - e segnatamente, quelle che sanciscono garanzie fondamentali, quali il diritto alla vita (art. 2), il divieto di tortura (art. 3), l'inammissibilità della condizione di schiavitù (art. 4), la presunzione d'innocenza (art. 6) - sono "effettivamente riprodottrici di analoghe norme consuetudinarie esistenti nella Comunità internazionale", sicché tali norme avrebbero una copertura costituzionale *ex art. 10 Cost.*

Sotto altro profilo, si è richiamato l'art. 2 Cost., tenendo complessivamente distinto il regime spettante alla Convenzione EDU da quello delle rimanenti convenzioni internazionali. Si è così detto⁵⁹ autorevolmente che la CEDU sembra vantare una copertura non inferiore (e, anzi, persino più estesa e consistente) di quella offerta al diritto dell'Unione, una copertura che viene da principi fondamentali nel loro comporsi in "sistema" che vede una protezione a livello costituzionale come pure internazionale.

In tutte queste ipotesi, sembra inevitabile dover riconoscere che "il bilanciamento interordinamentale pianamente si traduce in uno endocostituzionale"⁶⁰.

Una via ulteriore che porta al riconoscimento in capo al giudice nazionale del potere di non applicazione della norma interna contrastante con la CEDU deriva dai rapporti di quest'ultima con, in genere, *norme eurounitarie self-executing* e, in particolare, con la *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea* (comunemente nota come Carta di Nizza, già proclamata nel 2000, ma il cui valore giuridico è mutato a seguito del Trattato di Lisbona).

Infatti, nel Trattato di Lisbona si rinviene il riconoscimento (art. 6, par. 1), da parte dell'Unione, dei <<*diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali*>>, alla quale viene assegnato lo <<*stesso valore giuridico dei Trattati*>>⁶¹.

⁵⁸ RUGGERI A., *Carte internazionali dei diritti, Costituzione europea, Costituzione nazionale: prospettive di ricomposizione delle fonti in sistema*, Relazione all'incontro di studio su *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, organizzato dal Consiglio Superiore della Magistratura, Roma 28 febbraio - 2 marzo 2007

⁵⁹ RUGGERI A., *ibidem*.

⁶⁰ RUGGERI A., *Applicazioni e disapplicazioni della CEDU*, 2011, *cit.*

⁶¹ Nella giurisprudenza della Cassazione civile, come evidenziato da una *Relazione* del Massimario sul tema, 2010, il rilievo peculiare della disciplina recata dalla Carta di Nizza, in quanto "parte integrante" del Trattato di Lisbona, si rinviene in più di una decisione. Tra gli altri casi, un diretto riferimento alla Carta di Nizza, siccome "contenuta nel Trattato di Lisbona", proviene da **Cass., sez. III, sent. n. 5770 del 10 marzo 2010**; decisione assunta e pubblicata in un contesto temporale nel quale detto Trattato era ormai entrato efficacemente in vigore (1° dicembre 2009). La Corte ha inteso operare una peculiare valorizzazione, in tema di complessiva liquidazione del danno non patrimoniale, della voce di danno costituita dal "danno morale", reputandolo ancorato al diritto inviolabile dell'integrità morale, <<quale massima espressione della dignità umana, desumibile dall'art. 2 Cost., in relazione>>, per l'appunto, <<all'art. 1 della Carta di Nizza, contenuta nel Trattato di Lisbona, ratificato dall'Italia con L. 2 agosto 2008, n. 190>>, così da tener conto delle condizioni soggettive della persona umana e della concreta gravità del fatto, <<senza che possa quantificarsi il valore dell'integrità morale come una quota minore proporzionale al danno alla salute, dovendo dunque escludersi la adozione di meccanismi semplificativi di liquidazione di tipo automatico>>.

Non soltanto un richiamo, ma l'applicazione diretta, sebbene in concorso con i principi costituzionali nazionali, della Carta di Nizza, in quanto vincolante a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, è invece esplicito in **Cass., sez. III, sent. n. 2352 del 2 febbraio 2010**, che, per l'appunto, riconosce alla menzionata Carta <<lo stesso valore del Trattato sulla Unione e per il catalogo completo dei diritti umani>>. Nel cassare l'impugnata sentenza di merito, in controversia risarcitoria per i danni (patrimoniali e non patrimoniali) patiti da un medico ospedaliero a

Si proclama, altresì, che (art. 6, par. 3) i diritti fondamentali della CEDU <<e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali>>.

Non va dimenticato, del resto, che la Corte di Lussemburgo ha preso in considerazione i diritti fondamentali della persona compresi nei principi generali del diritto comunitario dei quali essa assicura il rispetto ⁶².

Quanto ai rapporti tra la Carta di Nizza e la CEDU, al di là della loro diversa portata ⁶³, va ricordato che la Carta di Nizza, nel titolo VII, rubricato <<Disposizioni che

causa degli atti vessatori compiuti nei suoi confronti dal diretto superiore, la richiamata decisione di legittimità ha imposto al giudice del rinvio il vincolo di un principio di diritto ispirato anche <<anche ai principi di cui all'art. 1 della Carta, che regola il valore della dignità umana (che include anche la dignità professionale) ed allo art. 15 che regola la libertà professionale come diritto inviolabile sotto il valore categoriale della libertà>>, quali <<principi di diritto comune europeo, che hanno il pregio di rendere evidenti i valori universali del principio personalistico su cui si fondano gli Stati della Unione>>.

⁶² Come ben ricordato da RAIMONDI G., *La tutela multilivello dei diritti umani: il ruolo delle corti dopo Lisbona: il giudice nazionale e l'interpretazione conforme. Il ruolo della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., 2010, le cui considerazioni qui si riportano, fin dalla sentenza *Stauder* del 12 novembre 1969 (causa 29/69), la Corte comunitaria ha preso in considerazione i diritti fondamentali della persona compresi nei principi generali del diritto comunitario dei quali essa assicura il rispetto; con la sentenza *International Handgesellschaft* del 17 dicembre 1970 (Causa 11/70), la Corte ha precisato che la salvaguardia dei diritti fondamentali, in quanto principi generali dell'ordinamento comunitario, deve essere ispirata dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri. Successivamente, con la sentenza *Nold* del 14 maggio 1974 (Causa 4/73), la Corte ha soggiunto che gli strumenti internazionali relativi alla tutela dei diritti dell'uomo possono ugualmente fornire elementi di cui bisogna tener conto nell'ambito del diritto comunitario, per giungere poi, con la sentenza *Rutili* del 18 ottobre 1975 (Causa 36/75) a citare esplicitamente la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, ciò che non deve stupire, giacché si tratta della prima sentenza del genere pronunciata dopo che, con la ratifica della Francia nel maggio del 1974, tutti i Paesi comunitari erano divenuti Parti della Convenzione. Quindi, l'articolo F, comma 2, del Trattato di Maastricht sull'Unione europea del 7 febbraio 1992, entrato in vigore il 1° novembre 1993, con il quale si stabilì che "L'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali ... e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali di diritto comunitario" non fece altro che cristallizzare una prassi giurisprudenziale già definita, impedendone una – peraltro improbabile – modifica. L'articolo F, comma 2, è ora divenuto, dopo il Trattato di Amsterdam del 2 ottobre 1997, entrato in vigore il 1° maggio 1999, l'articolo 6, comma 2, del Trattato sull'Unione europea.

⁶³ La più rilevante novità della Carta di Nizza risiede (come opportunamente rilevato da RAIMONDI G., *La tutela multilivello dei diritti umani: il ruolo delle Corti dopo Lisbona: il giudice nazionale e l'interpretazione conforme. Il ruolo della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit.,) nel fatto di contemplare, non soltanto i tradizionali diritti civili e politici, detti "di prima generazione" (cui, principalmente si riferisce la CEDU), ma anche i c.d. diritti "di seconda generazione" (cioè economici e sociali), i c.d. diritti "di terza generazione", vale a dire «quelli che sono il frutto, come si ricorda nel preambolo, «dell'evoluzione della società» e «degli sviluppi scientifici e tecnologici» ... come la tutela ambientale, la protezione dei consumatori, il diritto all'integrità della persona nell'ambito della medicina e della biologia», oltre ai «diritti riservati ai cittadini dell'Unione». Sul tema, BRONZINI, op. loc. cit., 2011, 2, rileva incisivamente che, sebbene la CEDU non offra un ordinamento che integra le principali prerogative del lavoro e della sicurezza sociale (al contrario della Carta di Nizza), l'espansività delle sue disposizioni nel settore sociale sta diventando macroscopica (come si vedrà meglio dall'esposizione che segue -nel testo- relativa alla giurisprudenza in materia di lavoro e previdenza ed assistenza). Lo stesso autore sottolinea peraltro come nella CEDU 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 tutelare il nucleo di un diritto sociale come riflesso di diritto di proprietà o di credito, è certamente operazione sino ad oggi estranea all'orizzonte ermeneutico del giudice ordinario di paesi come il nostro". La descritta situazione ha anche importanti conseguenze pratiche, atteso che –come sottolineato acutamente dal richiamato Autore- le norme di attribuzione di prestazioni socio-economiche hanno necessariamente alle spalle considerazioni, soprattutto oggi, e complesse valutazioni di tenuta dei bilanci pubblici e relative alle gerarchie di urgenza nell'attribuzione delle risorse sempre più scarse, con i conseguenti rischi di compressione di diritti sociali in tempi di crisi.

disciplinano l'interpretazione e l'applicazione della Carta>>, fissa il criterio che impone di reputare di pari “significato” e “portata” i diritti della Carta che corrispondano a quelli garantiti dalla CEDU, da coordinarsi con il criterio della non preclusione della protezione più estesa eventualmente concessa dal diritto dell'Unione (art. 52, par. 3). L'attività interpretativa non può poi, essere tale da comprimere o ledere i diritti e le libertà fondamentali <<*riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione o tutti gli Stati membri sono parti, in particolare dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, e dalle costituzioni degli Stati membri*>> (art. 53).

Inoltre, il *Presidium* della “Convention”, cioè l'organo che ha elaborato la Carta, ha redatto una Tabella di corrispondenza, distinguendo gli articoli della Carta che hanno significato e portata identici agli articoli corrispondenti della Convenzione europea dei diritti dell'uomo da quelli che pure hanno significato identico agli articoli corrispondenti.

Dunque, la Carta di Nizza, per quel che si riferisce ai diritti già protetti dal sistema CEDU, tende ad assicurare nell'ambito della UE un livello di protezione almeno corrispondente a quello previsto dal sistema di Strasburgo, senza escludere «una protezione più intensa» (art. 52, comma 3, e art. 53 della Carta); ciò è del tutto conforme a quanto prevede l'art. 53 della CEDU, secondo il quale: «*Nessuna delle disposizioni della presente Convenzione può essere interpretata come recante pregiudizio o limitazione ai Diritti dell'uomo e alle Libertà fondamentali che possano essere riconosciuti in base a leggi di qualunque Stato contraente o da altri accordi internazionali di cui tale Stato sia parte*».

Le norme richiamate sanciscono, dunque, il principio per cui tra diritto interno, diritto CEDU e diritto U.E. (anche alla luce della Carta) debba prevalere necessariamente la disposizione più protettiva: dal combinato di queste norme emerge la creazione di un'ampia zona (la più ampia del mondo) nella quale tutte le varie voci del coro contribuiscono ad elevare armonicamente il livello di protezione dei diritti fondamentali⁶⁴; in tal modo, nel *pluralismo degli ordinamenti prevale la visione del giudice più protettiva dei diritti di singoli*⁶⁵.

Da un lato, allora, con il trattato di Lisbona, le clausole della Carta sono divenute diritto “cogente”, il cui rispetto trova presidio in severe sanzioni sia nei confronti delle Istituzioni europee, sia degli Stati membri, ed esse devono trovare applicazione <<*obbligatoria ... indipendentemente dal loro carattere self-executing*>>; in altri termini, la tutela

⁶⁴ Così TRIA L., *La più recente giurisprudenza della Corte costituzionale in materia di rapporti tra l'ordinamento nazionale e l'ordinamento europeo (con lo sguardo rivolto alla tutela del diritto al lavoro e alla sicurezza sociale)*, nella relazione, ricca di riferimenti, tenuta nell'incontro di studio organizzato dall'Ufficio distrettuale dei Magistrati referenti per la formazione decentrata della Corte d'appello di Roma (svoltosi a Roma il 26 maggio 2010), dal titolo: “*La giurisprudenza europea sui diritti fondamentali in materia di lavoro. Le fonti, i casi, i principi, gli strumenti*”, 27.

⁶⁵ Così GENEVOIS B., *Cour européenne des droits de l'homme et juge national: dialogue et dernier mot*, in *La conscience des droits, Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa*, Dalloz, 2011.

dei diritti fondamentali entra ormai negli ordinamenti nazionali per il tramite della loro coincidenza con le previsioni della Carta di Nizza.

Dall'altro lato, inoltre, nel sistema delle fonti dopo Lisbona, si apre un varco alla possibilità per il giudice nazionale di riconoscere un'efficacia orizzontale ai diritti riconosciuti dalla CEDU, atteso che, come si è ben detto in proposito⁶⁶, l'art. 53 consente una tutela dinamica dei diritti fondamentali, assicurando il livello di protezione più elevato, a prescindere che questo derivi da fonte comunitaria o nazionale, anche a scapito della primazia del diritto dell'Unione europea.

Da ciò la “mutazione genetica” che i controlimiti vengono a subire per effetto del trattato di Lisbona, che comporta che questi, da misure meramente difensive, diventano misure di natura propulsiva di integrazione fra gli ordinamenti, la cui applicazione non è più rimessa al monopolio esclusivo della giurisprudenza costituzionale, ma viene affidata ai giudici nazionali nel dialogo con la Corte di giustizia.

Ne segue, in altri e più chiari termini, che la sede abilitata alla valutazione del rispetto dei diritti fondamentali da parte della normativa comunitaria non è più in via esclusiva la Corte costituzionale, ben potendo procedere a siffatta ponderazione ogni giudice nazionale, avvalendosi, nelle ipotesi di dubbi interpretativi, del supporto della Corte di giustizia⁶⁷. Non dovremmo allora più chiederci se il bilanciamento fra diritti e valori fondamentali è consentito al giudice comune o soltanto al legislatore ed al giudice costituzionale. Infatti, se per la Corte costituzionale il controllo convenzionalità è riconducibile ad una questione di costituzionalità, si è detto in senso diverso che non sembra seriamente possibile dubitare che il giudice comune, proprio nel compiere l'attività di conformazione del diritto interno alla CEDU, proceda attraverso una tecnica che prende in considerazione i diversi diritti che entrano in gioco al fine di giungere al “risultato” che appare il migliore possibile per l'affermazione della massima tutela di valore (e si è anzi auspicato da alcuni che l'interpretazione conforme dei giudici comuni possa creare un diritto vivente opponibile alla stessa Corte costituzionale). Si tratta, in altri termini, di un aspetto dell'agire del giudice ad esso consustanziale, ineliminabile, se appunto si guarda al tema dell'interpretazione costituzionalmente orientata che anch'esso non può tralasciare⁶⁸.

Se, secondo la Corte costituzionale, la coincidenza suddetta tra norme della Carta di Nizza e norme della CEDU dopo Lisbona non incide sul carattere accentrato del

⁶⁶TORREGROSSA D., *Le fonti nel sistema multilivello europeo: verso una nuova Unione europea nella tutela dei diritti fondamentali?*, in www.ildirittoamministrativo.it, 21-22, che evidenzia che l'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali rappresenta la legittimazione normativa della dottrina dei controlimiti, che acquistano una natura sovranazionale, aprendo un dialogo tra le corti di merito e la Corte di giustizia. Ne consegue, dunque, che i controlimiti “non costituiscono il rigido muro di confine fra ordinamenti, ma il punto di snodo, la cerniera nei rapporti tra l'Unione europea e gli Stati membri. I controlimiti diventano elemento di integrazione tra gli ordinamenti, privilegiando l'applicazione del diritto nazionale, in deroga al principio di primazia del diritto dell'Unione europea, laddove consenta livelli di protezione più elevati.

⁶⁷Ancora TORREGROSSA D., *op. loc. cit.*, 21-22.

⁶⁸CONTI R., *La convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Aracne, Roma, 2011, 259.

sindacato *ex* 117 verso le norme della CEDU⁶⁹; la dottrina, tuttavia, è giunta ad una diversa soluzione, almeno per i diritti che rientrano nell'ambito del diritto comunitario.

Infatti, se le norme nazionali contrastino contestualmente con la Carta di Nizza e con la CEDU, per il primo aspetto dovrebbero essere non applicabili mentre per il secondo aspetto dovrebbero essere sottoposte alla Corte costituzionale; ne deriverebbe naturalmente lo svuotamento del meccanismo del sindacato accentrato sulle leggi "anticonvenzionali" atteso che, immettendosi in ambito interno, le norme della Carta prendono subito il posto delle corrispondenti norme nazionali, con la conseguenza che non v'è più spazio per questioni di costituzionalità (mentre il diritto convenzionale verrebbe messo al riparo dall'attacco che gli sia mosso dalla legge direttamente dal giudice ordinario, pur se non con effetti *erga omnes*).

In tal caso, ponendosi una questione che sia, a un tempo, di "convenzionalità" e di "comunitarietà", il giudice dovrebbe dar la precedenza alla tecnica della "non applicazione" piuttosto che a quella della denuncia della illegittimità costituzionale della norma interna contraria ad entrambe le Carte europee, e ciò non solo per la ragione teorica appena esposta, ma anche per quella pratica connessa all'esigenza del giusto processo (vista l'incidenza che l'opposta soluzione avrebbe sulla durata della lite).

Come si è ben rilevato⁷⁰, l'ipotesi che si affaccia è quella di un controllo di comunitarietà diffuso del diritto nazionale, naturalmente nei limiti delle competenze comunitarie, ma anche oltre, se si ha riguardo a quella giurisprudenza della corte comunitaria (e segnatamente il caso *K.B.* del 7 gennaio 2004, C-117/2001, ed il caso *Richards* del 26 aprile 2006, C-423/2004 sulla legge inglese che non consentiva la registrazione all'anagrafe del mutamento di sesso) che collega la violazione del principio di non discriminazione non ad una disciplina nazionale rientrante nell'area di competenza comunitaria, ma alla legislazione che, pur estranea all'area comunitaria, incide su una delle condizioni di godimento del diritto tutelato dall'ordinamento comunitario.

Il vero problema giuridico diverrebbe, semmai, quello relativo alla possibilità di applicare la giurisprudenza CEDU al fine di interpretare l'identico diritto contenuto

⁶⁹ La Corte rileva che «i diritti fondamentali fanno parte integrante dei principi generali del diritto comunitario di cui il giudice comunitario assicura il rispetto, ispirandosi alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri ed in particolare alla Convenzione di Roma (da ultimo, su rinvio pregiudiziale della Corte Costituzionale belga, sentenza 26 giugno 2007, causa C-305/05, *Ordini avvocati c. Consiglio*, punto 29). Tuttavia, tali principi rilevano esclusivamente rispetto a fattispecie alle quali tale diritto sia applicabile: *in primis* gli atti comunitari, poi gli atti nazionali di attuazione di normative comunitarie, infine le deroghe nazionali a norme comunitarie asseritamente giustificate dal rispetto dei diritti fondamentali (sentenza 18 giugno 1991, C-260/89, *ERT*). La Corte di giustizia ha precisato che non ha tale competenza nei confronti di normative che non entrano nel campo di applicazione del diritto comunitario (sentenza 4 ottobre 1991, C-159/90, *Society for the Protection of Unborn Children Ireland*; sentenza 29 maggio 1998, C-299/95, *Kremzow*).

⁷⁰ SCODITTI, *op. loc. cit.*, 2009, 26.

nella Carta di Nizza, operazione questa spesso necessaria per dare concretezza ad una previsione normativa altrimenti talora generica e vaga.

Ora, se è vero che un riferimento alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo nella Carta di Nizza non poteva esserci, non avendo l'Unione all'epoca aderito alla CEDU, ed anche a non considerare la norma contenuta nella Carta di Nizza –e sopra richiamata– di apertura alla CEDU, dovremmo considerare che qui ci si muove nel campo dell'interpretazione di norme, campo nel quale i poteri del giudice ordinario sono tutti conservati⁷¹.

Si può richiamare a sostegno di tale soluzione il comma terzo dell'articolo 53, ritenendosi che la norma intende consentire agli interpreti della Carta di seguire le indicazioni “sul contenuto e sulla portata” dei diritti (tutelati da entrambi gli Elenchi) offerte dai giudici di Strasburgo; soluzione che diviene anzi doverosa⁷², salvo che, naturalmente, l'interpretazione dei giudici di Lussemburgo non debba prevalere *ut magis valeat* quale strumento di protezione dei *fundamental rights*, in quanto più idonea a tutelare tali diritti).

Sulla base dei principi sopra enunciati, sembra possibile affermare con attenta dottrina⁷³ la possibilità della non applicazione della norma interna contrastante con la CEDU quando detto contrasto sussista in riferimento a quei diritti riconosciuti dalla CEDU che:

- a) siano «corrispondenti» a quelli contenuti nella Carta di Nizza (art. 52, par. 3, di detta Carta); ovvero
- b) facciano parte del diritto dell'UE quali «principi generali» in quanto appartenenti alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri (art. 6, par. 3, TUE).

Da ultimo, va rilevato che su queste problematiche è attesa una pronuncia della Corte di giustizia dell'UE, considerato che il Tribunale di Bolzano, il 7 dicembre 2010 – *Kamberaj*, causa C-571/10, in GUUE 12 febbraio 2011, relativa all'interpretazione delle norme comunitarie sulla parità di trattamento ai fini dell'applicazione al sussidio casa per i locatari non abbienti anche in favore dei soggiornanti di lungo periodo– ha

⁷¹ Non va dimenticato, del resto, che la Carta di Nizza non contiene disposizioni dirette a istituire un meccanismo comunitario di controllo del rispetto dei diritti fondamentali da parte degli Stati membri, come rilevato da RAIMONDI G., *op. loc. cit.*, che aggiunge che un meccanismo del suddetto genere, sia pure *in nuce* è previsto dall'art. 7 del Trattato sull'Unione europea dopo Amsterdam, in base al quale al Consiglio europeo è consentita l'adozione di sanzioni «nei confronti degli Stati membri che si siano resi responsabili di violazioni di diritti fondamentali».

⁷² Così BRONZINI, *op. loc. cit.*, 2011, 3, che ricorda che si è stabilizzato un orientamento estensivo e razionale dell'art. 51 della Carta, un rapporto virtuoso tra testo di Nizza e CEDU che lascia spazio alla Corte di giustizia per una propria interpretazione *ut magis valeant* dei diritti protetti da entrambi, i *Bill of rights* europei, e che quindi non schiaccia la propria giurisprudenza su quella di Strasburgo, ma cionondimeno è in grado di valorizzare quanto emerge da quest'ultima.

⁷³ NICASTRO, *op. loc. cit.* 2011, 18-19, che pur precisa che formalmente, in tali ipotesi il giudice nazionale potrà pervenire a detta disapplicazione non in quanto sussista un contrasto tra la norma interna e i diritti fondamentali della CEDU in quanto tali, ma in quanto sussista un contrasto tra la norma interna e quei diritti della CEDU ai quali fa formale rinvio il diritto dell'Unione con le sopra citate disposizioni (artt. 52, paragrafo 3, primo periodo, della Carta di Nizza e art. 6, paragrafo 3, TUE), richiedendosi per la disapplicazione la necessaria mediazione del diritto dell'UE.

effettuato un rinvio pregiudiziale proprio per richiedere se, in caso di conflitto fra norma nazionale e CEDU, il richiamo operato dall'art. 6 TUE alla CEDU gli imponga di disapplicare la fonte interna incompatibile senza dovere previamente sollevare questione di costituzionalità innanzi alla Corte costituzionale nazionale)⁷⁴.

6. Il limite del giudicato (giudicato costituzionale, penale, civile).

Il principio di sussidiarietà che governa il sistema di accesso alla Corte europea e la correlata imposizione dell'*epuissement préalable* dei rimedi giurisdizionali previsti dall'ordinamento nazionale, quale condizione imprescindibile di accesso alla tutela della CEDU, implica che la sentenza CEDU deve rapportarsi con un giudicato interno.

Da qui il problema se il giudicato (che è in quanto tale espressione dell'ordinamento nazionale) possa costituire, o meno, un limite all'applicazione delle sentenze della Corte internazionale.

Esaminiamo distintamente il giudicato costituzionale, penale e civile. Inizio per mere ragioni storiche dal giudicato penale.

L'affermazione negli artt. 41 e 46 della CEDU del diritto della parte vittoriosa in sede CEDU alla *restituito in integrum* implica la rinnovazione del giudizio nazionale o la riapertura del processo già esaurito tutte le volte che questo sia lo strumento necessario per riattribuire al privato la protezione del diritto fondamentale protetto dalla Convenzione.

Costante è infatti l'affermazione nella giurisprudenza della Corte EDU che «un nuovo processo ovvero la riapertura del procedimento a richiesta dell'interessato costituiscano in linea di principio un mezzo appropriato per porre rimedio alla constatata violazione» (Corte EDU, Grande Camera, *Sejdovic c. Italia* -ric. 56581/00-§ 126; Corte EDU, 18 gennaio 2011, ric. N. 2555/03, *Guadagnino c. Francia*, § 81).

In sede penale, il principio ha avuto riconoscimento da Cass. pen. 12 luglio 2006, n. 32678, *Somogyi*⁷⁵, che dava il via ad una vera e propria svolta della giurisprudenza di legittimità favorevole al riconoscimento dell'immediata efficacia delle norme CEDU e del diritto vivente promanante dalla Corte di Strasburgo.

L'indirizzo veniva quindi ribadito, a seguito della decisione della Commissione europea, da Cass. n. 2800/06, *Dorigo*⁷⁶, che dichiarava l'inefficacia dell'ordine di

⁷⁴ Nelle conclusioni del 13 dicembre 2011 dell'Avvocato generale Bot la questione è stata tuttavia assorbita da altra più vicina al merito stretto della questione.

⁷⁵ Nel caso, era divenuta definitiva la sentenza di primo grado a carico dell'imputato, ma la Corte europea aveva ritenuto che non vi era la certezza che il condannato avesse avuto effettiva conoscenza del processo. Il giudice di legittimità aveva così annullato senza rinvio l'ordinanza con la quale la Corte di appello aveva respinto la richiesta di Somogyi di restituzione nel termine, ai sensi dell'art. 175 c.p.p., per impugnare la sentenza di primo grado, ed ha restituito il ricorrente nel termine per proporre appello, non ritenendo che tale istanza potesse risultare paralizzata in ragione del giudicato interno formatosi in ordine alla ritualità del giudizio contumaciale svoltosi in base alla normativa del codice di procedura penale.

⁷⁶ Nella sentenza *Dorigo* era in gioco la celebrazione di un processo che si era concluso con l'affermazione di responsabilità a carico dell'imputato sulla base di dichiarazioni rese da coimputati nel corso delle indagini preliminari, senza possibilità per l'accusato di interrogarli o di farli interrogare.

carcerazione emesso in esecuzione della sentenza di condanna divenuta definitiva, ritenendo ineseguibile il giudicato dopo l'accertamento della violazione delle regole della CEDU.

La Cassazione, nell'escludere in radice la possibilità per il giudice nazionale di rimettere in discussione l'accertamento della violazione operato dal giudice europeo nei confronti dell'imputato, afferma nella detta sentenza che *«il giudice nazionale italiano è tenuto a conformarsi alla giurisprudenza della corte di Strasburgo, anche se ciò comporta la necessità di mettere in discussione, attraverso il riesame o la riapertura dei procedimenti penali, l'intangibilità del giudicato»*.

Successivamente, anche Cass. n. 45807/08, *Drassich*⁷⁷, ribadiva il principio, ammettendo un nuovo caso di ricorso straordinario contro la sentenza della Corte di Cassazione, *ex art. 625-bis c.p.p.*

Da ultimo, Cass. pen. 11 febbraio/28 aprile 2010 n. 16507, *Scoppola* -che fa seguito a Corte EDU, 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*- preso atto dell'iniquità e dell'ineseguibilità del giudicato per il fatto nuovo costituito dalla sentenza della Corte dei diritti dell'uomo, la Corte ha stimato rilevanti l'esigenza di provvedere all'immediata caducazione della decisione viziata, di modificare la pena inflitta con sentenza della Corte di Assise di Appello, rideterminandola.

Il principio veniva salutato favorevolmente dalla miglior dottrina⁷⁸. Tuttavia, tale posizione contrastava nettamente con quanto affermato da Corte cost. n. 348 e 349 del 2007 e dalla successiva giurisprudenza costituzionale, che ha sempre costruito il sistema della Convenzione come caratterizzato dall'essere norme internazionali pattizie, che vincolano lo Stato, ma non producono effetti che prevalgono sull'ordinamento interno.

Le sentenze richiamate non risolvevano il problema, e non tanto per l'efficacia dell'indirizzo limitata al singolo caso di specie, ma perché potevano solo realizzare l'esigenza primaria costituita dalla riapertura del processo, l'esito del quale non poteva in alcun modo prevedersi prima del nuovo processo.

La giurisprudenza aveva però aperto la strada ad un nuovo intervento, con efficacia *erga omnes* questa volta, alla Corte costituzionale: mentre in passato la Corte cost. aveva giudicato manifestamente infondata la questione (Corte cost. 129/2008), con la sentenza 7 aprile 2011, n. 113, la Corte Costituzionale ha dichiarato costituzionalmente illegittimo, per la violazione dell'art. 117, primo comma, Cost. e dell'art. 46 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà

⁷⁷ Nel caso concreto, la contrarietà del giudicato nazionale rispetto alla CEDU riguardava il mancato riconoscimento del diritto dell'imputato di interloquire sulla diversa definizione giuridica del fatto corruttivo ed aveva inciso sull'esito del ricorso per cassazione, impedendo la declaratoria di estinzione del reato per prescrizione che, per contro, avrebbe dovuto essere dichiarata se l'accusa, nel suo inquadramento giuridico, non fosse stata modificata.

⁷⁸ AA.VV., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, a cura di MANES V., e ZAGREBELSKY V., Milano, 2011, 509 ss.; SELVAGGI E., *Le sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo e il giudicato nazionale: conflitto non risolvibile?*, nota a Cass, 22 settembre 2005, Cat. Berro (1), in Cass. pen., 2006, 10, 3171; CONTI R., *La Corte dei diritti dell'uomo e la Convenzione europea prevalgono sul giudicato - e sul diritto nazionale*, in *Corr. giur.*, 2007, 5, 689 ss; RUGGERI A., *La cedevolezza della cosa giudicata all'impatto con la Convenzione europea dei diritti umani...ovverossia quando la certezza del diritto è obbligata a cedere alla certezza dei diritti*, tutti in <http://www.astrid-online.it>

fondamentali, l'art. 630 c.p.p., nella parte in cui non prevede un diverso caso di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna al fine di conseguire la riapertura del processo, quando ciò sia necessario, ai sensi dell'art. 46, paragrafo 1, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo.

La sentenza, additiva di principio, apriva tuttavia la strada ad un istituto che restava non regolato, essendo così costretta ad affidare al giudice comune, nelle fase processuale che si andrà ad aprire innanzi al medesimo, un potere davvero significativo di disapplicazione delle norme interne sul processo di revisione⁷⁹.

Si tratta dello stesso potere che in precedenza la Corte ha espressamente ritenuto invece di negare in termini generali a proposito del rapporto tra norma convenzionale e norma interna, tanto da indurre la dottrina a sottolineare come *medio tempore* i giudici sono abilitati a fare qualcosa che la stessa Corte ha negato a se stessa: produrre regole *per tabulas* afferenti all'ambito riservato al legislatore⁸⁰.

Più complesso, allo stato attuale della giurisprudenza, è il problema della rimuovibilità del giudicato costituzionale e delle relative condizioni ed effetti.

Se tecnicamente il giudicato costituzionale riguarda le sentenze di accoglimento, occorre allargare il campo di indagine, atteso che un contrasto tra Corte costituzionale e CEDU può ben aversi anche in relazione ad un giudizio costituzionale di rigetto.

In linea generale, a differenza di quanto può aversi con riferimento alle sentenze della Corte di Lussemburgo⁸¹, un vincolo discendente a carico del giudice costituzionale dalle pronunzie della Corte EDU è solitamente escluso sia perché le sentenze CEDU non portano in sé alla caducazione degli atti interni stata, sia perché la Convenzione ha una posizione sub costituzionale nel sistema delle fonti.

Per approfondire ulteriormente il problema, è opportuno distinguere il giudicato costituzionale di accoglimento dalla sentenza di rigetto.

Nel primo caso, si può fare l'esempio della dichiarazione di illegittimità costituzionale di una legge nazionale che prevede un diritto fondamentale, con conseguente rigetto della domanda di sua tutela da parte del giudice ordinario e successivo ricorso -vittorioso per il privato- alla CEDU.

Ora non vi è dubbio che effetto caducatorio legge causato dalla Corte Costituzionale è irreversibile, e che la sentenza della CEDU non incide sul giudicato costituzionale, ma sulla tutela del caso singolo (ed al più su situazioni analoghe, ma ferma restando in ogni caso l'inapplicabilità della legge nazionale travolta dal giudizio costituzionale).

⁷⁹ Come rilevato da CONTI R., *La scala reale della Corte costituzionale sul ruolo della Cedu nell'ordinamento interno*, in *Corr. Giur.*, 2011, 9, 1252.

⁸⁰ CONTI R., *ibidem*, 1254.

⁸¹ Un conflitto tra Corti con riferimento a giudicato costituzionale di accoglimento si è avuto innanzi alla CJUE 2009 (C-314/08, *Filipiak*), ove il tribunale costituzionale polacco aveva dichiarato una norma legislativa nazionale contraria alla Costituzione, differendone tuttavia la caducazione ad un tempo successivo, laddove una successiva pronunzia europea aveva imposto di far applicazione da subito del diritto comunitario e della caducazione della norma nazionale. Ma qui la soluzione era più agevole atteso che le pronunzie della Corte di Lussemburgo potrebbero essere viste come una sorta di *ius superveniens* "paracostituzionale".

Si tratta, tuttavia, di chiedersi se la pronuncia della Corte EDU possa autorizzare il legislatore a (ed, anzi, di imporgli di) ripristinare il medesimo atto (ingiustamente...) caducato. Il contrasto però raramente si verificherebbe perché l'intervento del legislatore riguarderebbe nuove disposizioni (e formalmente non la reviviscenza delle vecchie espunte), sicché quelle andrebbero pur sempre confrontate con le vecchie in un diverso giudizio.

In ogni caso, si è ben osservato che -se si considera che la CEDU, come interpretata dai giudici di Strasburgo, può vantare una copertura costituzionale nell'art. 2 Cost., e dunque non inferiore di quella offerta al diritto dell'Unione dall'art. 11- diviene inevitabile ritenere che anche *“il conflitto tra giudicati è un conflitto tra valori ... come tale bisognoso di essere ripianato in applicazione della tecnica usuale del bilanciamento. I giudicati si giocano, insomma, ogni volta la partita alla pari, per la elementare ragione che l'uno e l'altro sono espressi e “coperti” da valori fondamentali”*⁸²: dunque, secondo quest'impostazione, la Corte Cost., chiamata a giudicare della nuova legge, dovrà operare un nuovo bilanciamento, senza che a ciò osti la propria precedente pronuncia.

In ogni caso, sono questioni che non toccano la parte vittoriosa in sede CEDU, cui spetterà la tutela riconosciuta dalla CEDU a prescindere dal quadro normativo nazionale.

Con riferimento alle decisioni di rigetto della Corte costituzionale, ribadito che secondo l'opinione prevalente queste decisioni non attingono mai il giudicato in senso tecnico, il più delle volte il conflitto è meramente apparente, nulla opponendosi a che una norma di legge sia mandata assolta dal sospetto della sua violazione nei riguardi della Cost. e risulti poi incompatibile con norma della CEDU (come pure dell'Unione): trattasi di questioni diverse, inidonee ad interferire o a sovrapporsi l'una con l'altra.

Il conflitto invece si avrebbe nel caso in cui la legge sia accusata davanti alla Consulta proprio di violare una norma convenzionale, senza che sia stata rimossa, ed invece la violazione sia accertata successivamente dal giudice internazionale.

Secondo i principi, a seguito della pronuncia della CEDU si avrebbe comunque l'obbligo per il legislatore di rimuovere sollecitamente l'atto legislativo “anticonvenzionale” e, per la stessa Corte costituzionale, di caducarlo alla prima occasione utile, tenendo conto della sopravvenienza, sempre che non vi siano dei contro limiti da applicare.

Anche in tale ambito, però, varrebbe quanto detto sopra in ordine al bilanciamento di (giudicati e di) valori operato dalla Corte costituzionale nel nuovo giudizio.

⁸² Per queste considerazioni, RUGGERI A., *Corte costituzionale e Corti europee: il modello, le esperienze, le prospettive*, in *I quaderni europei*, Centro di documentazione europea Università di Catania, maggio 2010, n. 19, loc. cit.

Veniamo adesso al giudicato civile.

Come già rilevato, per il principio del previo esaurimento dei ricorsi interni (art. 35, par. 1, CEDU), la Corte EDU si occupa normalmente di vicende già definite sul piano interno, con sentenze passate in giudicato adottate, quanto a norma sostanziale applicata per risolvere la controversia o a disciplina processuale, in violazione della CEDU⁸³.

Quanto all'efficacia delle sentenze della Corte EDU⁸⁴, esse hanno natura dichiarativa: con esse la Corte dichiara se «vi è stata violazione della Convenzione o dei suoi Protocolli». Inoltre, ai sensi dell'art. 41 CEDU, «se la Corte dichiara che vi è stata violazione della Convenzione o dei suoi Protocolli e se il diritto interno dell'Alta Parte contraente non permette che in modo incompleto di riparare le conseguenze di tale violazione, la Corte accorda, quando è il caso, un'equa riparazione alla parte lesa».

Le sentenze della CEDU non incidono quindi direttamente nell'ordinamento dello Stato convenuto; la Corte EDU non può annullare atti o normative nazionali che ritenga incompatibili con gli obblighi internazionali.

La sentenza crea, tuttavia, precisi obblighi a carico dello Stato convenuto nei confronti del quale è stata accertata la violazione.

Occorre in proposito distinguere il piano delle misure individuali, che riguardano la vittima della violazione, dal piano delle misure che interessano terzi in posizione analoga.

Quanto alle misure individuali, lo Stato ha anzitutto l'obbligo di fare quanto è in suo potere per porre termine alla violazione (naturalmente se continuata) e per rimediare alle sue conseguenze dannose. L'obbligo principale dello Stato è quindi quello della *restitutio in integrum* (*Papamichailopoulos and Others v. Greece*, ric. n. 14556/89, sentenza del 31 ottobre 1995, in materia di proprietà di immobili).

L'obbligo della *restitutio in integrum* può imporre, su domanda dell'interessato, la riapertura del processo o un nuovo processo, che si possa svolgere in modo «equo»⁸⁵,

⁸³ Il problema si pone anche rispetto alle sentenze della CJEU; con riferimento a queste ultime, si segnalano le sentenze CJEU 18 luglio 2007, c-119/05, *Lucchini*, e CJEU 3 settembre 2009, c-2/08, *Fallimento Olimpiclub*. La prima sentenza riguardava l'applicazione dell'art. 2909 c.c. con l'effetto di impedire il recupero di un aiuto di Stato erogato in contrasto con le disposizioni comunitarie; la seconda sentenza riguardava una fattispecie in cui un giudicato tributario incideva sulla qualificazione di un rapporto di durata e con effetto anche in relazione a diversi periodi di imposta, in contrasto con le disposizioni comunitarie; sul tema, SPITALERI F., *Postilla: il caso Fallimento Olimpiclub*, e GENCARELLI B., *Alcune riflessioni conclusive sui rapporti tra diritto comunitario e atti nazionali definitivi*, in AA.VV. (cur. SPITALERI F.), *L'incidenza del diritto comunitario e della CEDU sugli atti nazionali definitivi*, Giuffrè, 2009, rispettivamente pag. 271 e 121 ss., che sottolineano l'incidenza del diritto comunitario su alcuni, non secondari, effetti del giudicato.

⁸⁴ Su cui si rimanda in generale a RAIMONDI G., *Effetti del diritto della Convenzione e delle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1998, 422 ss.

⁸⁵ Principio affermato dalla CEDU in materia penale, *Somogyi c. Italia*, ric. n. 67972/01, sentenza del 18 maggio 2004; *Sejdovic c. Italia*, ric. n. 56581/00, Grande Camera, sentenza del 1° marzo 2006. Sin dalla Raccomandazione del 19 gennaio 2000, R (2000) 2 - cui ha fatto seguito la Raccomandazione 1684 (2004) dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa - il Comitato dei Ministri ha sollecitato gli Stati membri a prevedere la celebrazione di un nuovo processo, nel caso in cui la Corte abbia constatato una violazione della Convenzione, ed in particolare quando la parte lesa continui a risentire gravi conseguenze negative a seguito della decisione nazionale

il che può implicare che venga messo in discussione il giudicato formatosi sulla vicenda.

Un altro obbligo dello Stato soccombente, obbligo sussidiario (operando quando la *restitutio in integrum* in favore dell'interessato non è, in tutto o in parte, possibile), è quello di pagare un'equa soddisfazione all'interessato per i danni⁸⁶.

Sul tema, va richiamata da ultimo la Raccomandazione CM/Rec (2008) 2 adottata dal Comitato dei Ministri il 6 febbraio 2008, disciplina "I mezzi efficaci da adottare a livello interno per l'esecuzione rapida delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'Uomo"⁸⁷.

Con riferimento invece alle misure che non riguardano la vittima, va rilevato che dalle sentenze della CEDU deriva un obbligo di misure generali atte a prevenire violazioni dello stesso genere di quella constatata: ciò può importare anche l'obbligo dello Stato di modifica dell'ordinamento positivo interno e l'adozione di specifiche misure normative che incidano su prassi amministrative e su prassi giudiziarie⁸⁸.

Nella gran parte dei casi, il giudicato non rileva, atteso il contenuto della sentenza della CEDU, che prevede una tutela autonoma, estranea all'oggetto specifico del giudizio nazionale (e del giudicato): si pensi al caso dell'equa riparazione accordata dalla Corte, quand'anche commisurata in forma specifica nel valore al bene negato nel giudizio nazionale.

Quanto fin qui detto è essenziale perché la questione del giudicato come limite alla efficacia della sentenza CEDU va inevitabilmente rapportata al contenuto specifico della decisione della Corte di Giustizia.

(non compensabili con l'equa riparazione), nonché quando risulti dalla sentenza della Corte che la decisione nazionale è contraria ai principi di fondo della Convenzione, o che la violazione constatata è provocata da errori o mancanze del procedimento di una gravità tale da condizionare lo stesso esito del procedimento interno. Peraltro, il Comitato dei Ministri e l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa hanno più volte stigmatizzato – anche con reiterate risoluzioni e raccomandazioni, emesse proprio in riferimento a specifiche vicende processuali – l'inerzia dello Stato italiano nell'approntare adeguate iniziative riparatorie (Risoluzione n. 1516 (2006), adottata il 2 ottobre 2006 dall'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa).

⁸⁶ Circa la natura del risarcimento, non vi sono affermazioni specifiche. In relazione al diverso caso del risarcimento del danno da mancata attuazione di direttive comunitarie (nel caso riguardanti la retribuzione della formazione dei medici specializzandi), si veda **Cass. Sezioni Unite civili, sentenza n. 9147 del 17 aprile 2009**, e **Cass., Sez. III, sentenza n. 3283 del 12 febbraio 2008**, Rv. 601723. Trattandosi di accertamento all'inadempimento all'obbligazione dello Stato di rispettare la CEDU, il relativo risarcimento, avente natura di credito di valore, non è subordinato alla sussistenza del dolo o della colpa, e la pretesa risarcitoria, in quanto diretta all'adempimento di una obbligazione *ex lege* riconducibile all'area della responsabilità contrattuale, è assoggettata all'ordinario termine decennale di prescrizione.

⁸⁷ L'art. 46 della Convenzione attribuisce poteri in materia al Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, prevedendo la possibilità di rivolgersi alla Corte affinché essa si pronunci sulla corretta interpretazione di una sentenza, ove il Comitato ritenga sussistenti delle difficoltà nel controllo della sua esecuzione; negli ultimi due commi introdotti dal Protocollo n. 14, inoltre, si prevede una sorta di procedura di infrazione, in base alla quale il Comitato, ove ritenga che uno Stato rifiuti di conformarsi ad una sentenza definitiva pronunciata in una controversia di cui è parte, può deferire la questione alla Corte, dopo averlo messo in mora: se la Corte, a sua volta, accerta una violazione del dovere statutale di conformarsi alle sentenze, rinvia al Comitato dei Ministri, affinché statuisca sul tipo di misure da adottare.

⁸⁸ Si pensi all'obbligo d'introduzione delle previsioni relative all'indennizzo per eccessiva durata dei processi ed alla successiva approvazione della c.d. legge Pinto.

Bisogna quindi considerare che la sentenza vincola lo Stato verso la parte vittoriosa, e non i terzi⁸⁹: così, la condanna dello Stato per violazione dei diritti del lavoratore licenziato illegittimamente in quanto discriminatoriamente non riguarda il datore di lavoro (nemmeno quello pubblico, ove si tratti di lavoro privatizzato), e l'eventuale giudicato intervenuto tra le parti del rapporto di lavoro sarà sempre opponibile per impedire il ripristino del rapporto in questione.

Certo, lo Stato potrebbe anche essere condannato ad introdurre misure normative, anche retroattive, reintegratorie per i lavoratori licenziati discriminatoriamente, ma in tal caso l'incidenza sul rapporto di lavoro si avrebbe solo per effetto della sopravvenienza normativa, e non direttamente dalla sentenza della CEDU.

Se invece il giudicato si è formato con una pubblica amministrazione, atteso che la distinzione tra Stato-soggetto internazionale e Stato-amministrazione non rileva a livello della CEDU (che attribuisce rilevanza solo alla presenza di un potere autoritativo pubblico), il vincolo per lo Stato importa che il giudicato non sia opponibile dalla pubblica amministrazione alla parte che è risultata vittoriosa innanzi alla CEDU. Si potrebbe arrivare a tale soluzione interpretando la norma del giudicato nel senso della sua inefficacia ove contrastante con una sentenza CEDU tra le parti.

Il carattere recessivo del giudicato interno viene in tal caso ammesso per far spazio all'ingresso in ambito nazionale di norme di origine esterna idonee a dare garanzia ai diritti o, per dir meglio, ad offrire a questi una tutela ancora più "intensa" di quella che pure possa esser loro data da norme nazionali.

Va pure precisato che il giudicato viene meno solo *in bonam partem*, ossia a maggior tutela del diritto fondamentale del privato, realizzandosi anche per tale via l'innalzamento delle tutele dei diritti fondamentali previsto dal sistema della Convenzione, come interpretato dalla giurisprudenza.

Va peraltro indicato, per concludere sul punto, che il problema del giudicato difficilmente si pone in concreto in tali casi, atteso che la esecuzione della sentenza della CEDU avviene a livello internazionale nell'ambito della procedura attivata dal Comitato dei ministri, e non in un nuovo giudizio innanzi ai giudici ordinari, sicché sulla realizzazione della misura prescritta dalla sentenza non potrà incidere un fatto nazionale, quale il giudicato.

Ciò riguarda la parte del giudizio innanzi alla CEDU e lo Stato convenuto.

Secondo un orientamento, riguarda anche gli altri Stati della Convenzione rimasti estranei al giudizio, avendo questi il potere di intervenire in giudizio in ogni caso presentando osservazioni, ed in quanto l'interpretazione da parte della CEDU del diritto della Convenzione, come già evidenziato, si impone a tutti gli Stati. Naturalmente, ove si tratti di Stati terzi, la diversità del sistema giuridico di tali Stati rispetto al sistema dello Stato convenuto innanzi alla CEDU potrebbe avere un peso non indifferente, a volte anche dirimente.

⁸⁹ Ciò vale anche nel caso in cui allo Stato è fatto obbligo dalla sentenza CEDU di prendere misure che incidano sui terzi, restando l'obbligo in capo al solo Stato.

Con riferimento ai privati che hanno una posizione identica a quella della parte, invece, occorre preliminarmente verificare il contenuto della sentenza della CEDU, se cioè essa si riferisca a soggetti anche diversi dalla parte o meno: il primo caso si realizza sia nell'ambito della *pilot procedure*, sia in generale nel caso in cui la sentenza CEDU contenga misure di carattere generale imposte allo Stato verso tutti: anche in tale ipotesi l'esecuzione della sentenza CEDU avverrà in sede internazionale e comunque, ove un nuovo giudizio a livello interno sia introdotto, l'eventuale precedente giudicato (evidentemente sfavorevole rispetto alla decisione CEDU) intervenuto nei confronti dei privati non sarà opponibile e non potrà precludere questo nuovo giudizio introdotto dalla parte.

Il giudicato manterrà tutto la sua rilevanza invece nel caso in cui la sentenza CEDU riguardi solo uno o più soggetti, ma non anche quello vincolato dal precedente giudicato: si pensi al caso di una prestazione previdenziale negata a livello nazionale sulla base di legge (magari interpretativa) ritenuta contrastante con la Convenzione dalla CEDU, prestazione invece riconosciuta dalla CEDU in favore di un privato.

È evidente in tal caso che il giudizio della CEDU non avrà effetti nei confronti di altri privati in posizione identica, i quali saranno vincolati dal giudicato nazionale che ha loro negato la prestazione; questi avranno solo la possibilità di adire a loro volta la CEDU per richiedere tutela diretta (ma ciò sarà possibile solo nel limite temporale dei 6 mesi dal giudicato, che è condizione di ricevibilità della domanda alla CEDU).

Più complesso è trovare il fondamento dogmatico della soluzione che ammette la prevalenza della decisione CEDU sul giudicato nazionale, nei casi in cui ciò avviene secondo quanto fin qui detto.

Il problema è che il giudicato vincola le parti anche alla decisione sbagliata. Inoltre, si devono coordinare infatti i richiamati principi con quello di *resistenza del giudicato civile*⁹⁰, del tutto pacifico quando il giudicato si basi su norma dichiarata costituzionalmente illegittima: se infatti la legge che il giudice nazionale ha applicato nel risolvere la controversia è successivamente dichiarata incostituzionale, la retroattività della pronuncia costituzionale è limitata proprio dal giudicato (come pure dall'esaurimento del rapporto in genere), sicché questo non è in alcun modo inciso.

E ciò ben si spiega perché la presenza di una norma con un vizio di legittimità costituzionale è vista come un ostacolo di mero fatto alla tutela giurisdizionale, che può essere domandata anche con l'ausilio di una mera sola richiesta incidentale di costituzionalità della norma lesiva.

La soluzione non dovrebbe cambiare in riferimento alla CEDU, perché, ove la norma interna contrasti con la Convenzione, la parte che pure non può adire la Corte EDU (essendo tenuto, per il principio di *non epuishment*, ad esaurire i rimedi interni⁹¹),

⁹⁰ La salvezza del giudicato civile dinanzi alla dichiarazione d'incostituzionalità della legge è assolutamente pacifica in giurisprudenza, ed è desumibile indirettamente dall'art. 30, comma 4°, l. n. 87 del 1953 (che prevede la cessazione degli effetti di sentenze irrevocabili di condanna emesse sulla base di norme dichiarate poi incostituzionali).

⁹¹ Benché, secondo l'orientamento che sembra prevalere, la condizione dell'esaurimento dei rimedi interni è ritenuta soddisfatta non anche la questione di costituzionalità, in ragione del suo carattere meramente incidentale.

può rivolgersi al giudice ordinario per sollevare la questione di legittimità costituzionale volta all'eliminazione della norma interna contrastante con la CEDU.

Resterebbe da capire però per quale ragione il giudicato è inefficace quando si fonda su norma contrastante con la CEDU (che resta in sé fonte subcostituzionale) e non invece quando si fonda su norma contrastante con la Costituzione (fermo restando, in ogni caso, il giudicato come limite alla retroattività della pronuncia della Corte costituzionale).

Potrebbe ritenersi che il principio della certezza del diritto vale in ambito nazionale senza eccezioni, mentre soccombe dinanzi alla certezza dei diritti fondamentali in ambito internazionale, in considerazione della natura di tali diritti, ed in quanto così ritiene il giudice (la CEDU appunto) che la parte potrebbe immediatamente adire per eliminare il vincolo del giudicato lesivo del diritto convenzionalmente protetto.

Nel caso di contrasto solo con norma interna (fosse anche costituzionale), invece, la parte non avrebbe la possibilità di agire in giudizio ulteriormente, essendogli precluso proprio dal giudicato (a livello nazionale prevarrebbe la certezza del diritto senza condizioni, anche in relazione a giudicato fondato su norma costituzionalmente illegittima, essendo la possibilità di rimuovere la norma confinata all'ipotesi di questione incidentale nell'ambito di un giudizio nazionale non più possibile).

In dottrina si è tentato in vario modo di indicare un fondamento dogmatico del carattere recessivo del giudicato interno rispetto alla pronuncia della CEDU.

La miglior dottrina⁹² ha evidenziato un temperamento fondamentale, dato dal fatto che l'esaurimento del rapporto non si verifica se la dichiarazione di illegittimità costituzionale colpisce proprio la norma giuridica che costituisce la fonte di esaurimento del rapporto (la norma sulla prescrizione, la norma sulla decadenza, la norma sul giudicato, ecc.), a causa del modo (incostituzionale appunto) in cui essa ha determinato l'esaurimento del rapporto: in tal caso, l'esaurimento del rapporto giuridico è un effetto dipendente dall'applicazione della norma dichiarata incostituzionale e deve cedere di fronte alla dichiarazione di incostituzionalità⁹³.

Analogamente, si potrebbe ragionare, dovrebbe avvenire nel caso in cui la formazione del giudicato avviene in violazione di norme (sostanziali o anche solo procedurali) che la parte può comunque far ancora valere (con un atto che, in alcuni

⁹² CAPONI R., *Corti europee e giudicati nazionali*, Relazione al XXVII Congresso nazionale dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile, «*Corti europee e giudici nazionali*», Verona, 25-26 Settembre 2010, 72 ss.

⁹³ L'Autore richiamato ricorda che il problema si è posto nell'ordinamento italiano in seguito alla serie di interventi della Corte costituzionale sulla decorrenza della prescrizione in materia di crediti derivanti dal rapporto di lavoro subordinato (C. Cost. 10 giugno 1966, n. 63, che dichiarò l'illegittimità costituzionale, per contrasto con gli artt. 3 e 36 Cost., degli artt. 2948, n. 4, 2955, n. 2 e 2956, n. 1 c.c., nella parte in cui consentivano che la prescrizione del diritto alla retribuzione decorresse durante il rapporto di lavoro), ritenendosi che, quando la dichiarazione d'incostituzionalità investe proprio la norma che quella prescrizione avrebbe dovuto rendere operante, si rimane fuori dall'ambito dei rapporti consolidati, in quanto viene meno *ab origine* lo strumento idoneo a determinare l'estinzione del diritto.

casi, può assumere le vesti di un'impugnazione straordinaria⁹⁴) innanzi ad un organo giurisdizionale (nel caso, la CEDU) proprio per contestare l'esaurimento del rapporto.

Ne deriverebbe la possibilità che il giudicato interno sia travolto in seguito ad una pronuncia della CEDU, ma solo e nei limiti in cui la sentenza imponga il superamento del giudicato ai fini di tutela del soggetto che è stato parte in causa o che comunque è destinatario (beneficiario) delle misure generali prescritte dalla sentenza medesima⁹⁵“. Dovrebbe invece escludersi la cedevolezza del giudicato maturato nei confronti di soggetti, rimasti terzi nel giudizio avanti alla CEDU (giudizio che si è concluso senza l'imposizione allo Stato di misure generali che coinvolgano la posizione di quei terzi), sebbene tali terzi abbiano una posizione giudica del tutto analoga a quella della parte che ha beneficiato della pronuncia della CEDU (si pensi, ad esempio, ai pensionati-rimasti estranei al giudizio innanzi alla CEDU- i cui diritti sono stati compressi da una norma interpretativa retroattiva, ritenuta dalla CEDU contrastante con la Convenzione nell'ambito del giudizio promosso da altro pensionato); per tali soggetti, l'estensione della tutela accordata dalla CEDU sarà possibile solo nei limiti del giudicato (o salvo un'impugnazione, nei termini di decadenza previsto a pena di *irrecevibilità*, di questo innanzi alla CEDU).

Secondo una diversa ricostruzione, che presuppone invece un corretto esaurimento -a livello nazionale- del rapporto definito dal giudicato, si è richiamata la teoria dell'efficacia del giudicato civile nel tempo -teoria che si occupa di coordinare i rapporti tra l'incontestabilità dell'accertamento contenuto nella sentenza definitiva di merito (il giudicato) e l'incidenza di eventi sopravvenuti-, e si è evidenziato che, quando lo *ius superveniens* retroattivo introduce un *nuovo* diritto, esso non è compreso

⁹⁴ Quanto alle forme processuali, richiamata la norma dell'art. 153, co. 2, (secondo la quale “La parte che dimostra di essere incorsa in decadenze per causa ad essa non imputabile può chiedere al giudice di essere rimessa in termini. Il giudice provvede a norma dell'articolo 294, secondo e terzo comma”), con l'estensione della rimessione in termini anche al potere di impugnare si è prospettata da CAPONI R., *op. loc. cit.*, la possibilità di applicare analogicamente l'art. 397 c.p.c. ed il termine di trenta giorni di cui all'art. 325 c.p.c. decorre dalla pubblicazione della sentenza della Corte di giustizia.

⁹⁵ Ricostruita la funzione del giudicato nell'esigenza dell'interesse delle parti all'immutabilità dell'accertamento dei loro diritti e non in un preteso interesse pubblico del gestore del servizio giustizia, si è ammessa dalla richiamata dottrina, la possibilità, in ipotesi eccezionali, che i giudicati vengano travolti in seguito ad effetti sopravvenuti retroattivi: “In primo luogo, il giudicato cede in quei casi in cui i valori giuridici introdotti dalle norme giuridiche sopravvenute siano così meritevoli di affermazione da prevalere sulla tutela dell'affidamento delle parti sull'intangibilità del risultato del processo: ad esempio, quando le norme retroattive sono dirette a riconoscere i diritti inviolabili dell'uomo rinnegati in un regime precedente.

In secondo luogo, il giudicato cede in tutti quei casi in cui non si pone un problema di tutela dell'affidamento dei soggetti privati: in particolare, quando il giudicato riguarda un rapporto tra un soggetto privato e un organismo di diritto pubblico in posizione di supremazia ed interviene una norma retroattiva che introduce effetti più favorevoli al soggetto privato di quelli conseguiti con il precedente giudicato. ..

In terzo luogo, il giudicato cede dinanzi ad una dichiarazione di illegittimità costituzionale, qualora questa colpisca proprio la norma sul giudicato, non in sé, bensì a causa delle circostanze (incostituzionali appunto) che hanno accompagnato l'esaurimento del rapporto.

Fra le ipotesi in cui il giudicato cede vi rientra quella in cui esso si è formato secondo modalità incostituzionali. In questo schema può essere ricompreso il caso dell'accordo delle parti consapevolmente e volontariamente diretto ad evitare - attraverso il giudicato - l'applicazione del diritto comunitario nella fattispecie, cioè la collusione per frodare il diritto comunitario. Anche questa variante di cedimento del giudicato non è una novità, ma si inserisce in una lunga tradizione storica diretta a colpire la collusione delle parti in danno di terzi (art. 404, comma 2 c.p.c.) o in frode alla legge (art. 397, n. 2 c.p.c.): così CAPONI, *op. loc. cit.* 105-113.

nell'oggetto del giudicato precedente e quindi può essere liberamente fatto valere in giudizio. In tal senso, si può -analogamente a quanto fatto dalla Cassazione in relazione al giudicato penale- affermare l'inefficacia del giudicato in ragione della sopravvenienza giuridica costituita, nel caso concreto, dalla sentenza internazionale⁹⁶.

Infine, sempre ove si tenga fermo il medesimo presupposto della corretta maturazione del giudicato, possono essere richiamati anche altri istituti a sostegno dell'indicata soluzione attributiva di efficacia *inter partes* alla sentenza CEDU: così, si può richiamare il dovere di buona fede e lealtà delle parti, che impedisce alla parte convenuta di sollevare l'eccezione di giudicato ove sia sopravvenuta ad esso una sentenza CEDU che riconosca alla parte tutela piena con rimozione degli effetti del giudicato.

7. La giurisprudenza CEDU: rassegna ragionata di casi in materia di diritto del lavoro, diritto sindacale e diritto della previdenza ed assistenza sociale.

7.1. Le norme convenzionali di riferimento.

In questo paragrafo richiamo la principale giurisprudenza CEDU in materia di diritto del lavoro, diritto sindacale e diritto della previdenza ed assistenza sociale.

Le norme di riferimento principali in materia sono tre: l'art. 4⁹⁷ e l'art. 14⁹⁸ della Convenzione (relativi, rispettivamente, al divieto di lavoro forzato o obbligatorio ed al divieto di discriminazioni) e l'art. 1 del protocollo addizionale n. 1 (relativo alla tutela

⁹⁶ Sulla questione del giudicato, con riferimento però all'ordinamento comunitario, va ricordato che il giudice nazionale è tenuto a non applicare l'art. 2909 cod. civ., che sancisce il principio dell'autorità della cosa giudicata, nei limiti in cui l'applicazione di tale norma impedisca il recupero di un aiuto di Stato erogato in contrasto con il diritto comunitario e la cui incompatibilità con il mercato comune è stata dichiarata con decisione della Commissione divenuta definitiva (Corte giust. 18 luglio 2007, causa C-119/05, in *Foro it.* 2007, IV, col. 533 con nota di SCODITTI E., *Giudicato nazionale e diritto comunitario*; lo stesso autore ha notato che, in base all'ultimo comma dell'art. 68 del trattato Ce, la decisione pronunciata dalla Corte di giustizia in risposta ad una richiesta del Consiglio, della Commissione o di uno Stato membro di interpretazione del titolo del trattato su visti, asilo, immigrazione e politiche connesse con la libera circolazione delle persone, o sugli atti della relativa normazione secondaria, non si applica alle sentenze degli organi giurisdizionali degli Stati membri passate in giudicato; la mancanza di analoga previsione nell'ambito dell'ordinario rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 234 consente di concepire l'irrelevanza del giudicato nel caso di sentenza della Corte sulla pertinente disposizione comunitaria.

⁹⁷ **ARTICOLO 4 Proibizione della schiavitù e del lavoro forzato**

1. Nessuno può essere tenuto in condizioni di schiavitù o di servitù.
2. Nessuno può essere costretto a compiere un lavoro forzato od obbligatorio.
3. Non è considerato «lavoro forzato od obbligatorio» ai sensi del presente articolo:
 - (a) il lavoro normalmente richiesto a una persona detenuta alle condizioni previste dall'articolo 5 della presente Convenzione o durante il periodo di libertà condizionale;
 - (b) il servizio militare o, nel caso degli obiettori di coscienza nei paesi dove l'obiezione di coscienza è considerata legittima, qualunque altro servizio sostitutivo di quello militare obbligatorio;
 - (c) qualunque servizio richiesto in caso di crisi o di calamità che minacciano la vita o il benessere della comunità;
 - (d) qualunque lavoro o servizio facente parte dei normali doveri civici.

⁹⁸ **ARTICOLO 14 Divieto di discriminazione**

Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione.

dei beni)⁹⁹. In disparte l'art. 6¹⁰⁰ della Convenzione, relativo al giusto processo, che ha portata più generale; si darà, tuttavia, conto, in ogni caso, delle fattispecie nelle quali tale ultima norma è richiamata da pronunce della CEDU nella materia suddetta.

7.2. Lavori proibiti.

Con riferimento alla materia del lavoro, viene in considerazione l'art. 4 della Convenzione, che prevede la proibizione della schiavitù e della servitù e del lavoro forzato o obbligatorio.

Con riferimento alla schiavitù, particolarmente importante è la sentenza *Siliadin v. France*, n. 73316/01, 2005. La signora Siliadin, una cittadina togolese arrivata in Francia per studiare, era stata invece costretta a lavorare come domestica e baby-sitter in una casa privata a Parigi. Il suo passaporto era stato confiscato, aveva lavorato 15 ore al giorno, sette giorni su sette, senza un giorno di riposo (solo occasionalmente ed eccezionalmente autorizzata ad uscire la domenica per la messa) senza essere pressoché mai pagata, tutto ciò per diversi anni. La Corte ha constatato che la signora Siliadin non era stata ridotta in schiavitù per il fatto che, sebbene alcune persone esercitavano un controllo su di lei, il suo datore di lavoro non esercitava su di lei un potere equivalente alla proprietà, e tuttavia ha rilevato che la stessa era in condizione di servitù, essendo inoltre la sua vulnerabilità aggravata dalla sua condizione di residenza irregolare in Francia.

La Corte ha preso atto che in sede nazionale una tutela era stata accordata alla ricorrente, e tuttavia ha ritenuto che si trattasse di una tutela insufficiente, limitata per lo più ai soli aspetti civili.

La Corte ha ricordato quindi che l'articolo 4 della Convenzione, che è inderogabile ed ha valore assoluto, sancisce uno dei valori fondamentali delle società democratiche: diversamente dalla maggior parte delle clausole sostanziali della Convenzione e dei Protocolli aggiuntivi, l'articolo 4 non prevede eccezioni e nessuna deroga è ammissibile ai sensi dell'articolo 15 § 2, neppure in caso di emergenza pubblica che minacci la vita della nazione (si veda, per quanto riguarda l'articolo 3, *Irlanda c. Regno Unito*, sentenza del 18 gennaio 1978, serie A n. 25, p. 65, § 163; *Soering*

⁹⁹ **ARTICOLO 1 Protezione della proprietà**

Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di pubblica utilità e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale.

Le disposizioni precedenti non portano pregiudizio al diritto degli Stati di porre in vigore le leggi da essi ritenute necessarie per disciplinare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale o per assicurare il pagamento delle imposte o di altri contributi o delle ammende.

¹⁰⁰ **ARTICOLO 6 - Diritto ad un processo equo.**

1. Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale deciderà sia delle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile, sia della fondatezza di ogni accusa penale che le venga rivolta. La sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l'accesso alla sala d'udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa, o nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale, quando in circostanze speciali la pubblicità può pregiudicare gli interessi della giustizia.

c. Regno Unito, sentenza del 7 luglio 1989, Serie A n. 161, pp 34-35, § 88; *Chahal c. Regno Unito*, sentenza del 15 novembre 1996, Raccolta 1996-V, p. 1855, § 79, e *Selmouni c. Francia* [GC], no. 25803/94, § 79, CEDU 1999-V). La Corte ha richiamato del pari la sua giurisprudenza sui soggetti vulnerabili, i quali hanno diritto alla protezione dello Stato, sotto forma di una reale efficacia deterrente, contro tali gravi violazioni di integrità personale (v. la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo, gli articoli 19 e 37).

Si è quindi ritenuto che gli obblighi positivi degli Stati membri ai sensi dell'articolo 4 della Convenzione richiedono la criminalizzazione delle condotte violative della disposizione, nonché una tutela concreta ed efficace (nella specie mancata) contro le dette condotte, atteso che lo sfruttamento attraverso il lavoro è incompatibile con la dignità umana.

È pendente il caso *C. N. c. Regno Unito*, n. 4239/08, relativo ad una cittadina dell'Uganda, la quale era stata tenuta in isolamento ed era stata costretta a lavorare come badante, essendole stati ritirati i documenti appena era giunta nel Regno Unito. La lavoratrice sosteneva la violazione dell'articolo 4, data anche la sua impossibilità di fatto di cercare protezione nei tribunali inglesi.

La sentenza *Rantsev c. Cipro e Russia*, n. 25965/04, CEDU 2010, ha affrontato il tema del lavoro forzato e del traffico di esseri umani a scopo di lavoro. Il ricorrente era il padre di una giovane donna morta per la caduta da un edificio in circostanze poco chiare: sosteneva che sua figlia era stata vittima di tratta e che era sottoposta a lavoro forzato.

La Corte ha constatato che il traffico di esseri umani viola la dignità umana e delle libertà fondamentali delle sue vittime e non può essere considerato compatibile con una società democratica e con i valori sanciti nella Convenzione: nella sentenza è stata ravvisata una violazione della Convenzione nella mancata previsione, da parte delle autorità cipriote, di un dispositivo atto alla lotta contro il traffico di esseri umani e di misure concrete per la protezione delle vittime, nonché nella mancata adozione da parte della polizia cipriota di misure efficaci necessarie per proteggere la figlia del ricorrente.

La Corte ha ravvisato una violazione della Convenzione anche da parte della Russia, paese nel quale era avvenuto il reclutamento della lavoratrice, in quanto non c'era stata alcuna indagine effettiva sul punto.

La giurisprudenza CEDU si è occupata più volte del lavoro obbligatorio.

Quanto alla nozione di lavoro obbligatorio, la Corte ha considerato che nella Convenzione internazionale OIL sul lavoro n. 29 del 1930 (ratificata da 156 Stati) l'espressione « *travail forcé ou obligatoire* » designa « *tout travail ou service exigé d'un individu sous la menace d'une peine quelconque et pour lequel ledit individu ne s'est pas offert de plein gré* ».

Oltre che a tale elemento di volontarietà, la Corte, nella sua giurisprudenza, ha fatto riferimento, anche alla nozione di « *normalité d'une activité* »: in generale, possiamo dire che la CEDU rifiuta di considerare come lavoro forzato o obbligatorio

l'espletamento di compiti che sono la conseguenza implicita di una professione o attività o funzione pubblica liberamente scelta, a condizione che non siano esse eccessivi.

Si ricorda in proposito il caso *Van der Mussele c. Belgio*, 1983, relativo ad un praticante avvocato nominato dal tribunale per rappresentare gratuitamente imputati indigenti; la Corte non ha riscontrato alcuna violazione dell'articolo 4, perché l'assistenza professionale obbligatoria può essere considerata parte di "normali obblighi civici" del lavoro dell'avvocato.

Analoga questione è stata affrontata in *Graziani-Weiss v. Austria*, no. 31950/06, 18 ottobre 2011. Nel caso, il ricorrente lamentava che era stato nominato tutore legale contro la sua volontà, e sosteneva che la nomina era inaccettabile, avendo egli altri doveri professionali e familiari, e che tuttavia era stato costretto a svolgere il compito a causa del diritto disciplinare. Lamentando una violazione dell'art. 4 della Convenzione, deduceva che la qualità di tutore legale non poteva essere visto come un obbligo civile normale.

La Corte ha respinto la domanda ritenendo che, se il richiedente aveva deciso di diventare un avvocato, doveva essere stato a conoscenza del fatto che egli avrebbe potuto essere obbligato ad agire come tutore, sicché vi era un elemento di consenso preventivo a tali compiti, i quali del resto implicavano attività non estranee all'ambito delle normali attività di un avvocato (quali la rappresentazione di una persona dinanzi ai tribunali e alle autorità e la gestione di proprietà di una persona).

In *Steindel v. Germania*, 29878/07, 14 settembre 2010, si è escluso che l'imposizione ad un oculista, che esercitava solo attività privata, di partecipare obbligatoriamente ai servizi medici di urgenza organizzati dall' *Association of Statutory Health Insurance Physicians* costituisse lavoro forzato, ritenendo la Corte trattarsi di lavoro che non differiva da quello ordinario di medico, essendo remunerato, fondato su ragioni di solidarietà sociale, costituendo parte di uno schema volto a liberare i medici esercenti dall'obbligo di lavoro notturno, ed infine non trattandosi di oneri sproporzionati.

Richiama il criterio della normalità dell'attività imposta anche la sentenza nel caso *Ackerl e altri contro Austria*, 1994. I ricorrenti erano giudici del lavoro e degli affari sociali a Vienna, e si erano rivolti alla Corte lamentando l'impegno obbligatorio che avevano in date circostanze di svolgere attività giudiziarie addizionali in sostituzione di colleghi (assenti anche per lunghi periodi per ragioni, legittime, di vario tipo).

La Corte, considerando anche che i giudici non avevano alcun diritto ad un compenso supplementare per l'extracarico di lavoro, ha dichiarato il ricorso inammissibile in quanto manifestamente infondato, poiché i ricorrenti avevano liberamente scelto l'impiego nel settore pubblico come giudici ed avevano accettato le condizioni del loro lavoro, mentre non avevano dimostrato per altro verso che il loro carico di lavoro fosse aumentato al punto che l'obbligo di eseguire la prestazione fosse

ingiusto ed oppressivo, o inutilmente “*penible ou vessatoire*”).

In *FTC v. Netherlands*, r. 9322/81, si è esaminato ancora il tema del lavoro forzato sotto un diverso profilo.

Si trattava, nel caso, di lavoro sportivo, con riferimento alla vicenda di un calciatore professionista che, alla scadenza del suo contratto con la squadra, intendeva transitare e ad altra squadra, ma si era visto opporre il rifiuto dalla squadra di provenienza (che non aveva trovato accordo con la squadra acquirente sul prezzo di “svincolo” del giocatore, secondo il sistema di compensazione previsto dal Regolamento sul calcio professionistico).

Nel caso la Commissione ha sottolineato che, secondo la sua giurisprudenza costante, il concetto di “lavoro forzato o obbligatorio” di cui all’articolo 4 della Convenzione comprende due elementi, che il lavoro o servizio debba essere effettuato dalla persona interessata contro la sua volontà e, in secondo luogo, che l’obbligo di svolgere questo lavoro o servizio sia ingiusto o oppressivo.

Nel caso, il ricorrente aveva scelto liberamente di diventare un calciatore professionista, sapendo che il suo rapporto lavorativo sarebbe stato disciplinato dalle regole governanti anche il rapporto tra i suoi futuri datori di lavoro.

Inoltre, secondo la Commissione, la compensazione finanziaria versata da un club ad un altro in occasione del trasferimento di un calciatore professionista non riguarda direttamente la libertà contrattuale di quest’ultimo e la compensazione non può essere assimilata a un vincolo volto limitare la libertà dello sportivo professionista. In considerazione di quanto precede, la Commissione ha ritenuto che la situazione in cui il ricorrente si era trovato non poteva essere considerata come “lavoro forzato o obbligatorio”.

Con riferimento al lavoro in detenzione, la Corte ha affermato, nel caso *Van Droogenbroeck v. Belgio* nel 1982, che il lavoro -richiesto ad una persona dopo che, avendo scontato una pena di due anni di reclusione, era stato messo a disposizione del governo, conformemente alla legge, per un dato periodo ulteriore- non aveva superato i limiti normali in questo settore, perché tendeva ad aiutarlo al reinserimento nella società.

Nel caso *De Wilde, Ooms e Versyp c. Belgio* (c.d. “*vagrant case*”) (1971), i ricorrenti, riconosciuti come vagabondi, erano stati rinchiusi secondo legge in centri speciali in cui erano stati costretti a lavorare in cambio di bassi salari; la Corte ha dichiarato che il loro lavoro non era contrario alla Convenzione, in quanto volto alla riabilitazione e paragonabile a quello previsto in diversi altri Stati membri del Consiglio d’Europa.

Particolarmente importante il caso *Stummer v. Austria*, deciso dalla Grande Camera della Corte con sentenza del 7 luglio 2011: si trattava del problema della configurabilità del lavoro forzato o obbligatorio con riferimento al lavoro carcerario privo di copertura assicurativa.

Il caso trae origine da un ricorso contro l'Austria da parte di un cittadino austriaco, un detenuto che aveva lavorato in carcere per diversi anni (una trentina), non era stato affiliato al regime pensionistico durante i suoi anni lavorati in prigione e, pertanto, era stato privato della pensione. Nel ricorso alla Corte si lamentava di essere stato discriminato a causa del suo status di prigioniero, in quanto non riusciva a ricevere una pensione, nonostante il suo lavoro per diversi anni, e in più lamentava che l'obbligo di lavorare in quelle condizioni, in mancanza di sicurezza sociale, equivaleva all'imposizione di lavoro forzato, che non si poteva chiedere ai detenuti; negli ultimi anni, il ricorrente era stato affiliato alla assicurazione contro la disoccupazione per i suoi periodi di lavoro in carcere.

Invocava l'articolo 4 della Convenzione, l'articolo 1 del Protocollo n. 1 della Convenzione (che protegge il diritto al rispetto dei diritti di proprietà) e l'art. 14 della Convenzione, che vieta la discriminazione "a causa di circostanze personali".

Sul tema, va ricordato che il divieto dell'art. 4 della Convenzione contiene come specifica eccezione al divieto « *tout travail requis normalement d'une personne soumise à la détention* »: occorre dunque verificare il carattere di normalità del lavoro richiesto nella specie (nel caso Stummer, il problema era dunque se il lavoro senza copertura previdenziale fosse un lavoro « normale » o meno); il ricorrente infatti sosteneva che il lavoro svolto da lui in prigione era un "lavoro forzato o obbligatorio", essendo egli costretto a lavorare senza affiliazione ai piani pensionistici, atteso che tale lavoro non era quello che può essere chiesto "normalmente" ad una persona sottoposta alla detenzione, ed era in contrasto con l'articolo 4 della Convenzione.

La Corte ha respinto la domanda del ricorrente, dichiarando innanzitutto che il lavoro carcerario, pur obbligatorio in Austria, è diverso dal lavoro dei dipendenti regolari, in particolare perché è principalmente finalizzato alla reintegrazione e la riabilitazione dei detenuti, e considerando che non può ritenersi anormale il lavoro carcerario ove sia prevista una protezione sociale, ancorché non quella pensionistica (sicché, pur essendovi nel caso un lavoro forzato, questo era giustificato in ragione della eccezione di cui al par. 3 dell'art. 4).

7.3. Retribuzione.

Interessante in tema di emolumenti del lavoratore il caso di Grand Chamber, *Vilho Eskelinen e altri v. Finlandia*, no. 63235/00, 19 aprile 2007. Si trattava di un'indennità di trasferta, indennità già contrattualmente riconosciuta a funzionari pubblici svolgenti servizio di polizia, e poi soppressa dalla contrattazione collettiva sopravvenuta.

I ricorrenti avevano invocato giudizialmente il riconoscimento dei loro diritti, ma il giudizio, che aveva peraltro avuto una durata eccessiva, aveva dato esito negativo. Da qui il problema di applicazione dell'art. 6 della Convenzione alla materia e quello, distinto, dell'applicazione dell'art 1 del Protocollo 1. Sotto il primo profilo, la Corte ha ritenuto applicabile l'art. 6 in considerazione dell'accesso ai tribunali da parte del lavoratore. Con riferimento invece al secondo profilo, la Corte ha rilevato che non esisteva, ai sensi della Convenzione, un diritto di continuare a ricevere uno stipendio

di un determinato ammontare (v., *mutatis mutandis*, *Kjartan Ásmundsson contro l'Islanda*, no. 60669/00, § 39, CEDU 2004-IX), non essendo peraltro sufficiente per il lavoratore fare affidamento sull'esistenza di una "controversia reale" o un "credito discutibile": secondo la Corte, un diritto azionato può essere considerato come un "bene" ai fini dell'articolo 1 del Protocollo n. 1 dove ha una base sufficiente nel diritto nazionale, ad esempio, dove c'è una giurisprudenza costante dei tribunali interni che ne conferma la tutela (vedi *Kopecný c. Slovacchia* [GC], 28 settembre 2004, §§ 45-52, CEDU 2004-IX). Nel caso di specie, invece, secondo la Corte, i ricorrenti non avevano una legittima aspettativa di ricevere un supplemento di salario individuale, essendo stato soppresso dalla contrattazione collettiva e non essendo per altro verso previsto nella legge nazionale il diritto di essere risarciti per le spese di pendolarismo.

7.4. La vicenda del personale A.T.A.

Un cenno particolare merita, per la mole del contenzioso pendente anche dinanzi al giudice di legittimità e, per altro verso, per il dialogo che si è instaurato sul tema tra la Corte di Cassazione italiana e le Corti europee in materia, la problematica dell'inquadramento del personale e del riconoscimento dell'anzianità con riferimento al personale A.T.A.

È opportuno riportare, brevemente, i contenuti della questione ed i principali pronunciamenti in materia, a livello nazionale ed internazionale. A seguito del trasferimento del personale scolastico amministrativo, tecnico ed ausiliario (A.T.A.) dagli enti locali allo Stato, disposto dall'art. 8 della legge 3 maggio 1999, n. 124, parte della giurisprudenza di merito aveva ritenuto legittimo, in favore di detto personale, il diritto al solo cosiddetto "maturato economico" sulla base di un accordo della contrattazione collettiva del settore pubblico, recepito con decreto interministeriale 5 aprile 2001, riconoscendo a tale accordo la possibilità di derogare a norme di legge, nonostante la legge derogata, che riconosceva al personale medesimo l'anzianità maturata presso l'Ente di provenienza ai fini giuridici ed economici, rinviasse al contratto collettivo solo la disciplina di dettaglio.

Nel 2005 la Cassazione civile (in particolare, **sez. lav. n. 18829 del 27 settembre 2005**) disconosceva la correttezza dell'impostazione seguita dalla giurisprudenza di merito maggioritaria, ritenendo che il dettato legislativo del 1999 non potesse essere derogato dalla contrattazione collettiva, spettando, dunque, al personale A.T.A. il maturato economico sulla base della anzianità pregressa; tale decisione veniva poi confermata da ulteriori pronunce dello stesso giudice di legittimità, sino a che non veniva emanata la legge n. 266 del 2005 (legge finanziaria per il 2006), il cui art. 1, comma 218, stabiliva, tra l'altro, che l'art. 8, comma 2, della legge n. 124 del 1999 andasse interpretato nel senso che il personale A.T.A. è inquadrato nei ruoli statali "sulla base del trattamento economico complessivo in godimento all'atto del trasferimento, con l'attribuzione della posizione stipendiale di importo pari o immediatamente inferiore al trattamento annuo in godimento al 31 dicembre 1999".

La norma del 2005 venne, quindi, sottoposta al vaglio di costituzionalità, che essa superò indenne in ragione della declaratoria di infondatezza, recata dalla sentenza n.

234 del 2007 del Giudice delle leggi, che ritenne che la disposizione censurata, ove considerata espressione di funzione di interpretazione autentica, non potesse considerarsi lesiva dei principi costituzionali di ragionevolezza, di tutela del legittimo affidamento e di certezza delle situazioni giuridiche, giacché essa si limitava ad assegnare alla disposizione interpretata un significato riconoscibile come una delle possibili letture del testo originario.

Secondo C. Cost. n. 234 del 2007 la disposizione censurata, ove considerata espressione di funzione di interpretazione autentica, non potesse considerarsi lesiva dei principi costituzionali di ragionevolezza, di tutela del legittimo affidamento e di certezza delle situazioni giuridiche, giacché essa si limitava ad assegnare alla disposizione interpretata un significato riconoscibile come una delle possibili letture del testo originario,

Il tracciato segnato dalla Corte costituzionale veniva condiviso, in un primo momento, anche dalla Cassazione, che, con la sentenza n. 677 del 16 gennaio 2008 della sezione lavoro, riconosceva all'art. 1, comma 218, della legge n. 266 del 2005 effettiva natura di norma di interpretazione autentica.

La Corte di cassazione con una complessa sentenza (**Cass. n. 677/2008**) ha ritenuto poi la legittimità della norma interpretativa in quanto non contrastante con la direttiva sul trasferimento di azienda non essendo inquadrabile il passaggio del personale ATA in questa nozione; la Corte poi, d'ufficio rilevava che la disciplina in questione non era neppure contrastante con la giurisprudenza della Corte dei diritti dell'uomo in materia di limiti alla retroattività della legge civile in quanto la nuova regolamentazione non era preordinata ad influire sui processi in corso, violando il principio di "parità delle armi" (lo stato è parte in causa nelle cause del personale Ata), onde rovesciare un risultato altrimenti scontato, ma era connessa ad un riassetto organizzativo complessivo del personale ATA, inquadrato- al momento del passaggio- da due diversi contratti collettivi. Sussistevano, quindi, per l'intervento legislativo, pressanti ragioni di interesse pubblico che giustificano, per la stessa Corte di Strasburgo, effetti retroattivi della legge civile ed inoltre, in conseguenza del passaggio, non vi era stato alcun *vulnus* economico per i dipendenti, posto che la retribuzione in godimento era stata comunque mantenuta.

Da tale posizione dissentiva, però, la stessa sezione lavoro della Corte di cassazione, la quale, con ordinanza interlocutoria **Cass. n. 22260 del 4 settembre 2008**, nuovamente rimetteva alla Corte costituzionale la questione di legittimità dell'art. 1, comma 218, citato, ma questa volta per ipotizzato contrasto con l'art. 117, primo comma, Cost. e, per suo tramite, con l'art. 6, par. 1, C.E.D.U., ritenendo che la norma censurata violasse il divieto di ingerenza del potere legislativo nell'amministrazione della giustizia.

La **Corte costituzionale, con sentenza n. 311 del 2009**, dichiarava, però, non fondata la questione, osservando che, secondo la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, il principio dello Stato di diritto e la nozione di processo equo stabiliti dall'art. 6 della C.E.D.U. non vietano in assoluto interventi retroattivi dei legislatori

nazionali, consentendo interventi, come nella specie, giustificati, tra l'altro, dalla finalità di garantire una generale perequazione di tutti i lavoratori del comparto scuola. Inoltre, ricorrevano più ragioni imperative di interesse generale, le quali, nel rispetto dell'art. 6 C.E.D.U., consentono interventi retroattivi: a) l'esigenza di ristabilire una delle possibili direzioni dell'originaria intenzione del legislatore; b) la non vanificazione del tutto dei diritti sorti ed acquisiti sulla base della legge interpretata; c) la conformità di tale interpretazione con la finalità di garantire una generale perequazione di tutti i lavoratori del comparto scuola.

Quest'orientamento veniva accolto anche dalla Cassazione civile, con la sentenza **Cass. n. 22751 del 2010** della sezione lavoro, che reputava inoltre estranea la materia al diritto comunitario ed esclude quindi l'incidenza diretta della pronuncia della CEDU.

Nel corso del 2011, tuttavia, la **Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, con la sentenza "Agrati + altri c. Italia", del 7 giugno del 2011**, ha sconvolto l'assetto da ultimo raggiunto, ritenendo che l'art. 1, comma 218, della legge n. 266 del 2005, nel regolamentare in maniera definitiva le controversie, si sostanziasse in una ingerenza nei diritti patrimoniali dei singoli, tale da violare l'art. 1 del Protocollo n. 1, avendo imposto un "onere eccessivo e anormale" ai ricorrenti, rendendo sproporzionato il pregiudizio ai loro diritti fondamentali individuali, e rompendo <<il giusto equilibrio tra le esigenze di interesse pubblico e la tutela dei diritti fondamentali individuali>>.

Se, ha ritenuto la Corte, in linea di principio il legislatore può regolamentare in materia civile, mediante nuove disposizioni retroattive, i diritti derivanti da leggi già vigenti, il principio della preminenza del diritto e la nozione di equo processo sancito dall'articolo 6 ostano, salvo che per ragioni imperative di interesse generale, all'ingerenza del legislatore nell'amministrazione della giustizia allo scopo di influenzare la risoluzione di una controversia (sentenza *Raffinerie greche Stran e Stratis Andreadis v. Grecia*, 9 December 1994, serie A n. 301-B). L'esigenza della parità delle armi comporta l'obbligo di offrire ad ogni parte una ragionevole possibilità di sottoporre il suo caso in giudizio, in condizioni che non comportino un sostanziale svantaggio rispetto alla controparte (v., in particolare, causa *Dombo Bebeer BV c. Paesi Bassi*, dal 27 ottobre, 1993, § 33, Serie A, No. 274).

La Corte ha quindi negato che l'intervento legislativo del 2005 fosse giustificato da ragioni imperative di interesse pubblico, così da violare l'art. 6 della Convenzione; al tempo stesso, al Corte ha riconosciuto che l'art. 1, comma 218, della legge n. 266 del 2005, nel regolamentare in maniera definitiva le controversie, si sostanziasse in una ingerenza nell'esercizio del diritto di proprietà, così da violare l'art. 1 del Protocollo n. 1.

Nel dialogo tra Corti si è inserita più di recente anche la **Corte di Giustizia delle Comunità europee, con la sentenza 6 settembre 2011, nel procedimento C-108/10, Scattolon**.

Le conclusioni dell'avvocato generale Bot il 5.4.2011 consideravano il caso come un trasferimento di azienda e ritenevano che la direttiva non comportasse il computo di tutta l'anzianità. In riferimento agli artt. 51 e 53 della Carta di Nizza, l'avvocato generale riteneva applicabile l'art. 47 della stessa, interpretata alla luce della giurisprudenza della Corte di Strasburgo; riteneva non violato l'art. 47 della Carta, a patto che si provasse nel giudizio di merito che lo scopo della norma interpretativa non era quello di ridurre le spese statali, ma di garantire la neutralità di bilancio dell'operazione di trasferimento del personale con il passaggio ad un diverso contratto collettivo.

La sentenza della Corte -premessò che la riassunzione, da parte di una pubblica autorità di uno Stato membro, del personale dipendente di un'altra pubblica autorità, addetto alla fornitura, presso le scuole, di servizi ausiliari comprendenti, in particolare, compiti di custodia e assistenza amministrativa, costituisce un trasferimento di impresa ai sensi della direttiva del Consiglio 14 febbraio 1977, 77/187/CEE, quando detto personale è costituito da un complesso strutturato di impiegati tutelati in qualità di lavoratori in forza dell'ordinamento giuridico nazionale di detto Stato membro- ha affermato che, quando un trasferimento ai sensi della direttiva 77/187 porta all'applicazione immediata, ai lavoratori trasferiti, del contratto collettivo vigente presso il cessionario e inoltre le condizioni retributive previste da questo contratto sono collegate segnatamente all'anzianità lavorativa, l'art. 3 di detta direttiva osta a che i lavoratori trasferiti subiscano, rispetto alla loro posizione immediatamente precedente al trasferimento, un peggioramento retributivo sostanziale per il mancato riconoscimento dell'anzianità da loro maturata presso il cedente, equivalente a quella maturata da altri lavoratori alle dipendenze del cessionario, all'atto della determinazione della loro posizione retributiva di partenza presso quest'ultimo (la Corte ha poi rimesso al giudice del rinvio esaminare se, all'atto del trasferimento in questione nella causa principale, si fosse verificato un siffatto peggioramento retributivo).

Come rilevato in dottrina¹⁰¹, la Corte non ha affrontato affatto la questione dell'eventuale violazione dell'art. 47 (e dell'art. 6), pur essendo tale problema affrontato ampiamente dall'A.G., e pur essendo già intervenuta la decisione della Corte di Strasburgo, cui si accenna ma non per trarne conclusioni di sorta.

In questo complesso contesto giurisprudenziale va inquadrato l'ultimo pronunciamento della Sezione Lavoro della Corte di Cassazione in materia (Cass., Sez. L, n. 20980 del 12/10/2011, Rv. 618699; conforme, Cass., Sez. L, Sentenza n. 21282 del 14/10/2011 (Rv. 618720)), che ha affermato che, in tema di personale degli enti locali trasferito nel ruolo del personale A.T.A. (amministrativo, tecnico, ausiliario) dello Stato ai sensi dell'art. 8, comma 2, legge n. 124 del 1999 (autenticamente interpretato dall'art. 1, comma 218, legge n. 266 del 2005), il legislatore - come precisato dalla Corte di giustizia dell'Unione Europea con la

¹⁰¹BRONZINI G., *La giurisprudenza multilivello dopo Lisbona: alcuni casi difficili*, in *Europeanrights*, 29/2011 2011,12.

sentenza 6 settembre 2011 (procedimento C-108-10) - è tenuto ad attenersi allo scopo della direttiva 77/187/CEE consistente “nell’impedire che i lavoratori coinvolti in un trasferimento siano collocati in una posizione meno favorevole per il solo fatto del trasferimento”. Ne consegue che il giudice è tenuto a valutare - ai fini dell’esercizio del potere-dovere di dare immediata attuazione alle norme dell’Unione Europea - se, all’atto del trasferimento, si sia verificato un peggioramento della condizione retributiva globalmente attribuita al lavoratore rispetto a quella goduta immediatamente prima del trasferimento stesso e, dunque, secondo un apprezzamento non limitato ad uno specifico istituto ma considerando anche eventuali trattamenti più favorevoli su altri istituti ed eventuali effetti negativi sul trattamento di fine rapporto e sulla posizione previdenziale, senza che assumano rilievo, invece, eventuali disparità con i lavoratori che, a tale data, erano già in servizio presso il cessionario.

Successivamente alla decisione della Cassazione si registra, per il momento, solo la sentenza del **tribunale di Treviso del 13 gennaio 2012**, che –pur senza soffermarsi sull’esistenza in concreto di un pregiudizio economico per i lavoratori, invero il solo aspetto che è rilevante ai sensi della disciplina comunitaria- ha direttamente disapplicato le disposizioni nazionali.

7.5. Licenziamento.

In tema di licenziamento, nel caso *Cudak v. Lituania* [GC], n. 15869/02, 2010, la Corte si è occupata del problema dell’applicazione dell’immunità dello Stato rispetto all’impugnazione di licenziamento illegittimo proposta da un dipendente dell’ambasciata polacca.

La Corte, rilevata l’esistenza nel diritto internazionale e nella pratica di numerosi Stati di una tendenza a limitare l’applicazione del principio di immunità, ha considerato determinante che la lavoratrice non avesse funzioni specifiche per l’esercizio del potere pubblico, dal momento che aveva mansioni di segreteria ed amministrative (es. registrare le conversazioni internazionali, aiutare ad organizzare eventi) non obiettivamente collegate agli interessi dello Stato polacco né importanti per la sicurezza dello Stato (non essendo sufficiente che la ricorrente poteva aver accesso a determinati documenti o ascoltare conversazioni telefoniche confidenziali come parte delle sue funzioni).

Secondo la Corte, applicando l’eccezione di immunità dello Stato e dichiarando la propria incompetenza a pronunciarsi sulla richiesta della lavoratrice, i tribunali lituani hanno violato la garanzia convenzionale del diritto di accesso alla giustizia di cui all’articolo 6 della Convenzione (Nello stesso senso, *El Sabeh Leil c. Francia* [GC], n. 34869/05, 29 giugno 2011).

Sempre in tema di recesso datoriale, soluzioni diverse sono state fatte proprie in relazione alla valutazione della legittimità del licenziamento per adulterio, ammessa con riferimento ad un direttore della chiesa mormone (*Obst c. Germania*, n. 425/03,

23 settembre 2010) e negata riguardo ad un organista e maestro del coro della parrocchia di una chiesa cattolica (*Schiith c. Germania*, n. 1620-1603, CEDU 2010).

In entrambi i casi, la Corte ha esaminato se l'equilibrio raggiunto dal giudice del lavoro tra, da un lato, il diritto al rispetto della *privacy* dei lavoratori *ex* articolo 8 e, dall'altro, i diritti di cui godeva la chiesa mormone e quella cattolica ai sensi della Convenzione (che pure tutela l'autonomia delle comunità religiose da indebite ingerenze dello Stato), avesse offerto ai lavoratori una protezione adeguata. In esito a tale scrutinio, la Corte ha riscontrato che in entrambi i casi i lavoratori avevano avuto la possibilità di far esaminare il loro caso al giudice del lavoro secondo il diritto del lavoro, ed ha rilevato tuttavia che:

- nel primo caso, la corte nazionale aveva ritenuto che i legami di fedeltà imposta alla ricorrente erano accettabili in quanto avevano lo scopo di preservare la credibilità della Chiesa mormone.

- nel secondo caso, se la chiesa poteva richiedere ai propri dipendenti di astenersi da certi principi, il rapporto di lavoro era pur sempre basato sul diritto civile e non su uno statuto ecclesiale, restando peraltro il comportamento in questione nell'ambito della vita privata e non lavorativa del richiedente (e non avendo le corti nazionali bilanciato adeguatamente i diritti del lavoratore e quelli del datore di lavoro).

Importante è in materia altresì la tutela della libertà di espressione del pensiero protetta dall'art. 10¹⁰² della Convenzione.

È oggi pendente innanzi alla Grand Chambre il caso *Fernández Martínez c. Spagna* (application n. 56030/07). La vicenda riguarda il mancato rinnovo del nulla osta all'insegnamento ad un prete spagnolo (munito di regolare (canonica) dispensa dal celibato e quindi sposato, padre di cinque figli, professore di religione e morale cattolica in un liceo pubblico da vent'anni), come risultato di aver pubblicato un articolo che rendeva pubblica la sua appartenenza al "Movimento pro-celibato opzionale", alle cui riunioni era stato visto partecipare insieme alla sua famiglia.

Affermata la discriminazione, il giudice del lavoro ne aveva ordinata la reintegrazione, ma la decisione era stata poi riformata in ragione del rapporto fiduciario che legava il docente e il vescovo (non il datore di lavoro dunque), in ragione delle prerogative del vescovo nella materia.

¹⁰² **Articolo 10 - Libertà di espressione.**

1. Ogni persona ha diritto alla libertà d'espressione. Tale diritto include la libertà d'opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza considerazione di frontiera. Il presente articolo non impedisce agli Stati di sottoporre a un regime di autorizzazione le imprese di radiodiffusione, di cinema o di televisione.

2. L'esercizio di queste libertà, poiché comporta doveri e responsabilità, può essere sottoposto alle formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni che sono previste dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, per la sicurezza nazionale, per l'integrità territoriale o per la pubblica sicurezza, per la difesa dell'ordine e per la prevenzione dei reati, per la protezione della salute o della morale, per la protezione della reputazione o dei diritti altrui, per impedire la divulgazione di informazioni riservate o per garantire l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario.

Invocando l'articolo 6 § 1 (diritto ad un equo processo), il lavoratore ha lamentato mancanza di imparzialità di due giudici che avevano pronunciato la sentenza di appello, perché erano entrambi cattolici.

Invocando l'articolo 8¹⁰³ (diritto al rispetto della vita privata e familiare), in combinato disposto con l'articolo 14 (divieto di discriminazione), ritiene il ricorrente che il mancato rinnovo del suo contratto è ingerenza non giustificata nella sua vita privata.

Invocando gli articoli 9¹⁰⁴ (diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione) e 10 (libertà di espressione), il lavoratore afferma una violazione della Convenzione. Il caso è come detto pendente e l'udienza si è tenuta da poche settimane.

Analoga problematica è emersa in sede giuslavorista, nella valutazione della manifestazione delle idee dei docenti¹⁰⁵.

Nel caso *Vogt contro Germania*, 26 settembre 1995, già richiamato *supra*, si era affermata l'illegittimità dell'interferenza dello Stato nella libertà di espressione del lavoratore, pubblico nella specie (in particolare, si trattava di un insegnante con idee politiche estremiste). Proprio in tale sentenza (si veda anche *Sunday Times c. Regno Unito* (n. 2), 26 novembre 1991, serie A, n. 217, § 50, e *Perna c. Italia* [GC], n. 48898/99, CEDU 2003 - V, § 39), la Corte ha riassunto i principi fondamentali che emergono dalla sua giurisprudenza relativa all'articolo 10 della Convenzione: in base a tali principi, la libertà di espressione costituisce uno dei fondamenti essenziali di una società democratica, una delle condizioni fondamentali per il suo progresso e sviluppo individuale.

Fatto salvo il paragrafo 2, non si tratta solo di 'informazione' o 'idee' che sono accolte con favore o considerate come inoffensive o indifferenti, ma anche quelle che offendono, provocano *shock* o disturbano sono tutte protette dalla richiamata disposizione della Convenzione, essendo tale conclusione imposta dalle esigenze del

¹⁰³ **Articolo 8 - Diritto al rispetto della vita privata e familiare.**

1. Ogni persona ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza.

2. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria per la sicurezza nazionale, per la pubblica sicurezza, per il benessere economico del paese, per la difesa dell'ordine e per la prevenzione dei reati, per la protezione della salute o della morale, o per la protezione dei diritti e delle libertà altrui.

¹⁰⁴ **Articolo 9 - Libertà di pensiero, di coscienza e di religione.**

1. Ogni persona ha diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione; tale diritto include la libertà di cambiare religione o credo, così come la libertà di manifestare la propria religione o il proprio credo individualmente o collettivamente, in pubblico o in privato, mediante il culto, l'insegnamento, le pratiche e l'osservanza dei riti.

2. La libertà di manifestare la propria religione o il proprio credo non può essere oggetto di restrizioni diverse da quelle che sono stabilite dalla legge e costituiscono misure necessarie, in una società democratica, per la pubblica sicurezza, la protezione dell'ordine, della salute o della morale pubblica, o per la protezione dei diritti e della libertà altrui.

¹⁰⁵ Sul tema in generale, imprescindibile è la lettura di CORDERO F., *Risposta a Monsignore*, De Donato, 1970, da tener presente nell'analisi critica di Corte cost. 195/1972, in *Giur. cost.*, p. 2198-99, ed in *Foro it.* 1973, 9, con nota di JEMOLO A.C., *Perplexità su una sentenza*. Più di recente e con specifico riferimento alla CEDU, si vedano FOA' S, *op. loc. cit.*, 388 ss., nonché CROCE M., *Dal "Caso Cordero" al "Caso Vallauri": nozione di scienza e libertà di insegnamento (discutendo con Michele Massa)*, in www.forumcostituzionale.it, et *ivi* ampi richiami.

pluralismo, della tolleranza e l'apertura mentale, senza la quale non esiste una "società democratica".

Come stabilito dall'articolo 10, la libertà di espressione è soggetta a eccezioni che, tuttavia sono di stretta interpretazione, essendo necessario che qualsiasi restrizione sia stabilita in maniera convincente. L'aggettivo "necessario", secondo la Corte, ai sensi dell'articolo 10 § 2, implica un "bisogno sociale imperioso". Gli Stati contraenti godono di un margine di discrezionalità nel valutare l'esistenza di tale necessità, ma tale apprezzamento resta soggetto alla vigilanza europea.

Il compito della Corte, nell'esercizio del suo controllo, non è quello di sostituire le autorità nazionali competenti, ma di verificare, sotto l'angolo dell'articolo 10, le decisioni rese dalle autorità nazionali in relazione ai loro poteri di apprezzamento; ne consegue che la Corte deve verificare se lo Stato convenuto abbia fatto uso del suo potere discrezionale in buona fede, con attenzione e ragionevolmente; la Corte deve considerare l'interferenza alla luce di tutte le circostanze del caso per stabilire se è "proporzionata allo scopo legittimo perseguito" e se le ragioni addotte dalle autorità nazionali per giustificarla sono "pertinenti e sufficienti"; in tal modo, la Corte verifica che le autorità nazionali abbiano applicato norme in modo coerente con i principi sanciti dall'articolo 10 e, inoltre, sulla base di una valutazione accettabile dei fatti pertinenti.

Nel caso **Lombardi Vallauri c. Italie**, n. 39128/05, 20 ottobre 2009, la Corte ha nuovamente fatto applicazione di tali principi. Il caso riguardava il titolare (sulla base contratti rinnovati annualmente) dell'insegnamento della filosofia del diritto presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano cui non era stato rinnovato il contratto in quanto la Congregazione, un'agenzia della Santa Sede, aveva indicato al Rettore dell'Università che alcune posizioni del richiedente si opponevano alla dottrina cattolica, sicché egli non doveva insegnare più nell'università. Il docente aveva adito quindi la Corte lamentando la violazione dell'art. 10 della Convenzione.

La Corte ha richiamato la propria giurisprudenza, osservando che le circostanze del caso non erano paragonabili a quelle proprie del mondo degli affari (v. *Glaserapp c. Germania e Kosiek c. Germania*, 28 agosto 1986) essendo più simili a quelle descritte nella richiamata sentenza *Vogt c. Germania*.

La Corte rileva anzitutto che, quando aveva deciso di respingere la domanda del richiedente, il Consiglio di Facoltà non aveva informato l'interessato delle opinioni a lui attribuite ritenute incompatibili con l'insegnamento nell'Università confessionale, nè aveva valutato la misura in cui le opinioni asseritamente eterodosse di cui era accusato si potevano riflettere nell'insegnamento e, quindi, erano suscettibili di recare pregiudizio agli interessi dell'Università.

La Corte ha preso atto del fatto che la decisione del Consiglio di Facoltà non era supportata da alcun altro motivo che il mero riferimento al diniego di approvazione della Santa Sede, il cui atto peraltro era rimasto segreto nel contenuto.

Per quanto riguardava, poi, il profilo dell'efficacia del controllo giurisdizionale del processo amministrativo nazionale, la Corte ha rilevato che -sebbene in linea generale

dovesse escludersi la valutazione da parte degli Stati della legittimità delle credenze religiose o dei mezzi utilizzati per esprimere tali credenze (v., *mutatis mutandis*, il metropolita della *Chiesa di Bessarabia contro Moldova*, n. 45701/99, CEDU 2001-XII, § 117), e dunque dovesse ritenersi che non competeva alle autorità nazionali di esaminare nel merito le ragioni del rifiuto della Congregazione- le autorità nazionali avrebbero dovuto dar rilievo al fatto che il Consiglio di Facoltà non aveva informato il ricorrente in ordine alle opinioni di cui era accusato, e dunque al fatto che il privato era in sostanza incapace di difendersi in un contraddittorio.

Secondo la Corte, allora, l'interferenza sul diritto del ricorrente alla libertà di espressione non era "necessaria in una società democratica", onde vi era stata una violazione dell'articolo 10 ed altresì dell'articolo 6 § 1 della Convenzione (la Corte ha tuttavia accordato al ricorrente la somma di soli 10 mila euro, senza peraltro nemmeno riconoscere il rimborso delle spese e competenze legali).

Sui rapporti tra Stati e religioni -oltre all'inevitabile richiamo a *Lautsi c. Italia*, *Grand Chambre*, febbraio 2011, ed al suo precedente di segno opposto di *Chamber* del 2009, relative alla nota questione dell'esposizione del crocifisso in locali pubblici- e restando ancorati alla materia laburista, è opportuno richiamare le sentenze in ordine alla tutela degli insegnanti avverso imposizioni di divieti di portare il foulard islamico o avverso sanzioni disciplinari per la violazione del detto divieto.

In *Leyla Sahin c. Turchia*, 2004, la Corte ha escluso la violazione della libertà religiosa in relazione alla regolamentazione dell'Università di Istanbul che sottoponeva a restrizioni la possibilità di portare il *Hijab* islamico, in quanto pur essendo la libertà religiosa uno dei fondamenti dello stato democratico, l'art. 9 della Convenzione non protegge sempre il diritto di comportarsi in luogo pubblico nel modo dettato da una convinzione.

In *Dahlab c. Svizzera*, 2001, la Corte ha ritenuto legittimo il divieto ad un'insegnante di una scuola pubblica di portare il velo, tenuto conto che tale divieto è necessario in una società democratica in ragione del fatto che la laicità, che presuppone la neutralità confessionale, è un principio costituzionale espresso nel caso dalla Costituzione cantonale.

Non riguarda direttamente la materia del licenziamento, ma reca principi utili anche in tale ambito (potendo configurarsi -specie in certi settori del pubblico impiego- casi di sanzioni disciplinari per appartenenza a date associazioni), il tema della libertà associativa, su cui si richiamano i casi *Grand'Oriente d'Italia c. Italia*, del 2002 e poi del 2007, relativi alla illegittimità dell'assimilazione della massoneria alle associazioni segrete nelle discipline di due leggi regionali che prevedevano l'esclusione di candidati politici per affiliazione alla stessa.

Il caso *Heinisch c. Germania* (28274/08), 21 luglio 2011, riguardava il licenziamento di un infermiere geriatrico a seguito delle denunce penali da quest'ultimo presentate contro il datore di lavoro in ragione di carenze dell'offerta di

assistenza. La Corte ha ravvisato la violazione dell'articolo 10 relativo alla libertà di espressione.

Particolarmente utile riportare i principi generali in materia come richiamati dalla pronuncia (e già affermati distintamente nel caso (vedi *Guja contro Moldova* [GC], no 14277/04, § 72, CEDU 2008).

Per quanto riguarda l'applicazione dell'articolo 10 della Convenzione al luogo di lavoro, la Corte ha dichiarato che la segnalazione da parte di un dipendente del settore pubblico di comportamenti illeciti o irregolarità sul posto di lavoro merita, in determinate circostanze, una protezione: ciò, in particolare, nel caso in cui il dipendente o funzionario in questione è l'unica persona, o parte di una piccola categoria di persone, consapevoli di ciò che sta accadendo sul posto di lavoro ed è quindi nella posizione migliore per agire nell'interesse pubblico ed avvisare il datore di lavoro o il grande pubblico (*Steel e Morris contro il Regno Unito*, n. 68416/01, § 87, CEDU 2005-II; *Marchenko contro l'Ucraina*, n. 4063/04, § 46, 19 febbraio 2009).

La Corte è, allo stesso tempo consapevole che i dipendenti debbono al loro datore di lavoro un dovere di lealtà, riservatezza e discrezione, e che tali obblighi possono essere più pronunciati nel caso di funzionari e impiegati del settore pubblico rispetto ai dipendenti di diritto privato i rapporti di lavoro. Ciò implica secondo la Corte che, alla luce di questo dovere di lealtà e discrezione, la comunicazione deve essere fatta in primo luogo a un'autorità superiore o altra autorità competente dell'amministrazione, e che, solo quando questo è chiaramente impossibile, le informazioni potrebbero, in ultima istanza, essere divulgate al pubblico. Dunque, nel valutare se la restrizione alla libertà di espressione era proporzionata, quindi, la Corte deve verificare se la ricorrente avesse qualsiasi altro mezzo efficace per ovviare alla trasgressione che intendeva scoprire.

La Corte deve anche prendere in considerazione una serie di altri fattori nel valutare la proporzionalità dell'interferenza rispetto allo scopo legittimo perseguito. In primo luogo, deve prestare particolare attenzione all'interesse pubblico coinvolto le informazioni divulgate: la Corte ha ribadito a questo proposito che vi è poco margine ai sensi dell'articolo 10 § 2 della Convenzione per le restrizioni imposte al dibattito su questioni di interesse generale (v., tra le altre, *Stoll contro Svizzera* [GC], n. 69698/01, § 106, CEDU 2007-XIV).

Il secondo fattore rilevante per questo bilanciamento è l'autenticità delle informazioni pubblicate. Così, se deve esservi spazio per le autorità dello Stato competenti per reprimere accuse infamanti prive di fondamento o formulata in mala fede (vedi *Castells contro Spagna*, 23 aprile 1992, § 46, serie A n. 236), la libertà di espressione comporta doveri e responsabilità ed ogni persona che decide di fornire informazioni deve verificare attentamente, nella misura consentita dalle circostanze, che esse sono precise ed affidabili (vedi *Bladet Tromsø e Stensaas contro Norvegia* [GC], n. 21980/93, § 65, CEDU 1999-III).

D'altra parte, la Corte deve valutare il danno se del caso subito dal datore di lavoro a causa della divulgazione in questione e valutare se tale danno superava l'interesse del pubblico a conoscere le informazioni rivelate (vedi *Guja*, citata, § 76).

Il motivo sottostante alla denuncia del dipendente è, secondo la Corte, un altro fattore determinante nel decidere se una rivelazione particolare debba essere protetta o meno: per esempio, un atto motivato da un rancore personale o antagonismo personale o l'aspettativa di vantaggio personale, compreso il guadagno pecuniario, non giustificherebbe un livello di protezione particolarmente forte. È allora importante stabilire che, nel fare la divulgazione, l'individuo ha agito in buona fede e nella convinzione che l'informazione fosse vera, che la divulgazione era nel pubblico interesse e che non si avevano altri mezzi più discreti per ovviare alla trasgressione (vedi *Guja*, citata, § 77).

Infine, in relazione alla revisione della proporzionalità della interferenza rispetto allo scopo legittimo perseguito, secondo la Corte resta necessaria un'attenta analisi della pena inflitta al ricorrente e le sue conseguenze (vedi *Bobo Fuentes v. Spain*, no. 39293/98, § 38, 29 February 2000, § 49).

7.6. Giusto processo.

Prima della sentenza *Pellegrin*, la Corte aveva statuito che le controversie relative al “reclutamento, carriera e cessazione dal servizio dei dipendenti pubblici” erano in linea generale al di fuori del campo di applicazione dell'articolo 6 § 1. Così, ad esempio, in *Neigel c. Francia* (17 marzo 1997, § 44, Raccolta 1997-II) la domanda della ricorrente al pagamento della retribuzione che avrebbe percepito se fosse stato reintegrato, è stata ritenuta estranea al diritto “civile” ai sensi dell'articolo 6 § 1.

Il principio generale di esclusione dell'applicazione dell'art. 6 era peraltro stato limitato e chiarito in una serie di successive sentenze. Per esempio, in *Francesco Lombardo c. Italia* (26 novembre 1992, § 17, serie A no. 249-B) e *Massa c. Italia* (24 agosto 1993, § 26, serie A no. 265-B), la Corte aveva preso in considerazione la rivendicazione di diritti puramente pecuniari derivanti dalla legge dopo la cessazione del servizio, connesse come tali solo indirettamente alla “cessazione dal servizio”: in considerazione del fatto che lo Stato italiano non aveva “poteri discrezionali” nel proprio obbligo di pagare le pensioni in questione e che esso poteva essere paragonato ad un datore di lavoro parte di un contratto di lavoro di diritto privato, la Corte aveva ritenuto che le pretese dei ricorrenti fossero “civili” ai sensi dell'articolo 6 § 1.

Secondo altre sentenze, l'articolo 6 § 1 era stato applicato quando la domanda in questione era relativa ad un diritto “puramente economico” - come il pagamento dello stipendio (vedi *De Santa c. Italia*, *Lapalorcia c. Italia* e *Abenavoli c. Italia*, 2 settembre 1997, §§ 18, 21 e 16, Raccolta 1997-V) - o in un diritto “essenzialmente economico” (vedi *Nicodemo c. Italia*, 2 settembre 1997, § 18, Raccolta 1997-V) e non era volto, soprattutto, a rimettere in discussione “le autorità ed i poteri discrezionali” (vedi *Benkessonier c. Francia* e *Conez c. Francia*, 24 agosto 1998, §§ 29-30 e § 25, rispettivamente, Raccolta 1998-V; *Le Calvez c. Francia*, 29 luglio 1998, § 58, Raccolta 1998-V, e *Cazenave de la Roche c. Francia*, 9 giugno 1998, § 43, Raccolta 1998-III).

Solo con la sentenza *Pellegrin c. Francia*, 28541/95, 1999, tuttavia, la Corte affermava in materia un nuovo principio di carattere generale, attraverso la definizione

di un'interpretazione autonoma del "servizio civile" che rende possibile garantire un trattamento uguale a dipendenti pubblici che svolgono funzioni equivalenti o simili in tutti gli Stati aderenti alla Convenzione, a prescindere dalla sistema nazionale di lavoro e, in particolare, indipendentemente dalla natura del rapporto giuridico tra il lavoratore e l'autorità amministrativa. A tal fine la Corte introduceva un criterio funzionale in base alla natura delle mansioni del dipendente e alla sua responsabilità: i titolari di posti che implicano responsabilità nell'interesse generale o partecipazione all'esercizio dei poteri conferiti dal diritto pubblico esercitano una parte del potere sovrano dello Stato. La Corte quindi affermava che le controversie escluse dal campo di applicazione dell'articolo 6 § 1 erano solo quelle dei dipendenti pubblici i cui compiti si caratterizzavano nel senso sopra detto: un esempio evidente di tali attività era fornito dalle forze armate e dalla polizia.

Secondo quest'impostazione, dunque, decisiva era la posizione lavorativa del lavoratore e non la natura della controversia: tale orientamento veniva confermato in *Martinie c. Francia* ([GC], no. 58675/00, § 30, CEDU 2006-VI, dove la Grande Camera concludeva che l'articolo 6 § 1 era applicabile, come già ritenuto dalla Camera (decisione sulla ricevibilità del 13 gennaio 2004), ma sulla base di una motivazione diversa: la Grande Camera dava rilievo al fatto che la ricorrente fosse un funzionario che lavorava come contabile per una scuola, senza alcuna partecipazione all'esercizio di pubblici poteri, mentre la Camera aveva principalmente avuto riguardo alla natura della controversia, avente ad oggetto il rimborso di pagamenti non autorizzati; entrambe erano giunte però alla conclusione che gli obblighi del richiedente erano "civili", con conseguente applicabilità dell'articolo 6 § 1.

Nella giurisprudenza successiva al caso Pellegrin, la Corte si è però resa conto che spesso conoscere la natura e lo stato delle funzioni del lavoratore non è un compito facile, né è tale quello volto a precisare la categoria del servizio pubblico. Per esempio, in *Kepka c. Polonia* ((dec.), nn. 31439/96 e 35123/97, CEDU 2000-IX), la Corte ha rilevato che il ricorrente, che aveva lavorato tutta la sua carriera nei vigili del fuoco, sebbene non fosse stato assegnato a mansioni antincendio ed aveva lavorato solo come istruttore teorico, aveva avuto tuttavia compiti che avevano richiesto la ricerca e l'accesso ad informazioni di natura sensibile, sicché dovevano essere considerate come rientranti nella sfera della difesa nazionale e richiedenti la partecipazione all'esercizio delle funzioni volte a salvaguardare gli interessi generali dello Stato, con la conseguenza che l'articolo 6 era inapplicabile.

Inoltre, la Corte ha preso atto che in molti Paesi contraenti l'accesso ad un tribunale viene concesso ai dipendenti pubblici, permettendo loro di proporre azioni per questioni retributive o per il licenziamento o anche il reclutamento, in modo analogo ai dipendenti nel settore privato, sicché in tali casi il sistema nazionale non percepisce alcun conflitto tra gli interessi vitali dello Stato e il diritto dell'individuo alla protezione.

La Corte ha così ritenuto di evolvere la sua giurisprudenza, affermando nuovi principi nella sentenza di *Vilho Eskelinen ed altri v. Finlandia*, n. 63235/00, 19 aprile 2007.

La sentenza ha considerato che gli articoli 1 e 14 della Convenzione stabiliscono che tutti all'interno della giurisdizione degli Stati contraenti devono godere dei diritti e delle libertà "senza distinzione di alcuna specie" (v., *mutatis mutandis*, *Engel e altri c. Paesi Bassi*, 8 giugno 1976, § 54, serie A n. 22.), sicché, come regola generale, le garanzie della Convenzione vanno estese ai dipendenti pubblici (vedere, *mutatis mutandis*, *Schmidt e Dahlström c. Svezia*, 6 febbraio 1976, § 33, serie A n. 21; *Ahmed e altri c. Regno Unito*, 2 settembre 1998, § 56, Raccolta 1998-VI).

Inoltre, guardando al diritto europeo in generale, la Corte ha ritenuto che, se un individuo può contare su un diritto materiale garantito dal diritto comunitario, il suo status di titolare di potere pubblico non rende inapplicabili i requisiti del controllo giudiziario di cui all'art. 6.

Dunque, secondo la sentenza, lo Stato convenuto può far valere dinanzi alla Corte la qualità del lavoratore ed escludere la protezione incorporata di cui all'articolo 6, ma due condizioni devono essere soddisfatte. In primo luogo, lo Stato nel suo diritto nazionale deve avere espressamente escluso l'accesso a un tribunale per il posto o la categoria del personale in questione. In secondo luogo, l'esclusione deve essere giustificata da ragioni obiettive nell'interesse dello Stato, non essendo di per sé decisivo che il lavoratore operi in un settore o reparto che partecipa nell'esercizio del potere conferito di diritto pubblico.

Dunque, affinché l'esclusione sia giustificata, non è sufficiente che lo Stato stabilisca che il funzionario in questione partecipa nell'esercizio del potere pubblico, o che esiste, per usare le parole della Corte di Pellegrin, un "legame speciale di fiducia e di lealtà" tra il funzionario e lo Stato, come datore di lavoro. È onere dello Stato dimostrare che l'oggetto della controversia in questione è connessa con l'esercizio del potere statale o che ha messo in discussione il legame speciale. Così, non ci può in linea di principio essere alcuna giustificazione per l'esclusione dalle garanzie di cui all'articolo 6 delle controversie di lavoro, come quelle relative agli stipendi, indennità o altri diritti simili, sulla base della natura particolare del rapporto tra il *civil servant* e lo Stato.

Ci sarà, dunque, una presunzione di applicabilità dell'articolo 6. Sarà onere per il Governo convenuto di dimostrare, in primo luogo, che il pubblico dipendente non ha diritto di accesso a un tribunale ai sensi del diritto nazionale e, dall'altro, che l'esclusione dei diritti di cui all'articolo 6 è giustificata in concreto.

Altre pronunce hanno fatto applicazione dell'art. 6 alla materia del lavoro e della previdenza.

In *Seguin v. Francia*, n. 42400/98, 16 aprile 2002, la norma dell'art. 6 è stata applicata in relazione al giudizio innanzi al *Conseil des Proud'hommes* sull'impugnativa di un licenziamento intimato per motivi economici.

L'art. 6 è stato applicato alle controversie relative al danno da inoccupazione precedente la mobilità del personale licenziato (così *Sobczyk v. Polonia*, n. 25693/94 e 27387/95, 26 ottobre 2000), ritenendo la Corte anzi che in generale la difficoltà delle

questioni sostanziali coinvolte nel caso non è sufficiente a giustificare la durata dei procedimenti.

In *Salesi c. Italia*, n. 13023/87, 26 febbraio 1993, la norma è stata applicata nel campo dell'assistenza sociale (era in questione il riconoscimento del diritto all'assegno mensile d'invalidità civile). Si è ritenuto, tra l'altro, che l'intervento statale non è sufficiente a stabilire l'inapplicabilità dell'articolo 6, e che, nonostante gli aspetti di diritto pubblico riferito dal governo, il privato non incontrava poteri discrezionali dell'amministrazione, essendo titolare di un vero e proprio diritto soggettivo, azionabile innanzi al giudice ordinario e non a quello amministrativo.

In *Ogis-Institut Stanislas, Ogec St. Pie X et Blanche De Castille ed altri c. Francia*, n. 42219/98 e 54563/00, 27 maggio 2004, la Corte si è occupata del problema dell'applicabilità delle garanzie dell'art. 6 ai giudizi previdenziali contributivi, ed ha affrontato il problema dell'applicazione della legge sopravvenuta retroattiva (ammettendone la possibilità ove la legge sopravvenuta sia volta a colmare un vuoto normativo ed a ristabilire la legge antica).

Il caso riguardava la variazione del tasso di contribuzione dovuto da un istituto d'insegnamento privato per i suoi dipendenti.

La Corte ha rilevato che l'intervento del legislatore, perfettamente prevedibile, rispondeva ad una evidente ed imperiosa giustificazione di interesse generale, intendendo il legislatore restaurare e ribadire il suo intento iniziale, rimasto inattuato per il mancato esercizio del potere regolamentare necessario all'attuazione della vecchia legge.

Secondo la Corte, conseguentemente, i ricorrenti non potevano, nelle circostanze della causa, legittimamente lamentare una violazione del principio della parità delle armi, onde andava esclusa ogni violazione dell'articolo 6 § 1 della Convenzione.

7.7. Libertà sindacali.

Numerose sentenze della Corte hanno riguardato le libertà sindacali.

Per quanto riguarda il diritto di concludere contratti collettivi, la Corte aveva in passato dichiarato, in un primo momento, che l'articolo 11 non prevede un trattamento speciale ai sindacati e, in particolare, non garantisce loro il diritto di concludere contratti collettivi (*Syndicat suédois des conducteurs de locomotives*, § 37, série A n° 20, § 39; *Schmidt et Dahlström c. Suède*, arrêt du 6 février 1976, § 36, série A n° 21).

In particolare, il caso *Schmidt et Dahlström c. Suède*, no 5589/72, 6 febbraio 1976, riguardava un militare ed un professore di diritto presso l'Università di Stoccolma che lamentavano che, in sede di rinnovo contrattuale (operato all'esito di alcuni scioperi che avevano interessato solo alcuni sindacati, ma non anche quello cui essi erano affiliati) era stata negata ai lavoratori nelle loro condizioni la retroattività di alcuni benefici; tali benefici erano stati infatti concessi agli iscritti dei sindacati partecipanti alle azioni collettive e negati invece ai dipendenti membri del sindacato

(quale quelli dei ricorrenti, pur federati nell'ambito di organizzazione che rappresentava in genere i dipendenti dello Stato svedese) che non avevano partecipato agli scioperi.

La Corte ha escluso la violazione dell'art. 11 della Convenzione, considerando che la norma esige solo che la legislazione nazionale consenta ai membri del sindacato la lotta attraverso il canale delle loro organizzazioni per difendere i loro interessi professionali, laddove nel caso il rinnovo contrattuale non rivelava che i ricorrenti avessero perso questa capacità.

Nell'altro caso sopra richiamato, *Syndicat suédois des conducteurs de locomotives c. Svezia*, n. 5614/726 febbraio 1976, la Corte ha ritenuto che il semplice fatto del rifiuto datoriale di stipulare dei contratti collettivi non violasse l'art. 11 della Convenzione, né violasse l'art. 14 ed il relativo divieto di discriminazione se, come nella specie, la limitazione della contrattazione ad alcuni sindacati era basata sul carattere di maggiore rappresentatività degli stessi, e dunque su ragioni oggettive e scopo legittimo.

Oggi tale giurisprudenza è nelle linee di fondo in buona parte superata dalla sentenza *Demir e Baykara c. Turchia* [GC], n. 34503/97, CEDU 2008.

In tale pronuncia della Grand Chambre, la Corte si è occupata del divieto fatto a funzionari comunali di formare un sindacato e della soppressione con effetto retroattivo del contratto collettivo firmato dal sindacato in questione.

Il caso riguardava il sindacato Tum Bel Sen, fondato da funzionari di vari Comuni soggetti alla disciplina sul pubblico impiego; Tum Bel Sen aveva concluso con la città di Gaziantep, per un periodo di due anni, un contratto collettivo, che copriva gli aspetti delle condizioni di lavoro nei servizi del comune di Gaziantep, inclusi gli stipendi, indennità e servizi di assistenza sociale.

I lavoratori avevano quindi agito in giudizio a tutela dei diritti loro riconosciuti dal contratto collettivo, ma la Corte suprema nazionale, riformando la decisione impugnata, aveva respinto la domanda, ritenendo che, se non vi erano ostacoli giuridici alla realizzazione dei sindacati da parte dei funzionari, non era permesso a questi di concludere contratti collettivi allo stato attuale della legge.

Nel giungere a questa conclusione, la Suprema Corte aveva ritenuto che il rapporto lavorativo fosse stato diverso da quello tra datore di lavoro e il diritto dei dipendenti comune e che la possibilità di contratto "contratto collettivo" tra i sindacati dei servizi pubblici e l'amministrazione avrebbe dovuto trovare il fondamento in una disposizione di legge speciale, nella specie mancante.

I lavoratori avevano quindi adito la CEDU, lamentando la violazione dell'art. 11 della Convenzione.

Occorre soffermarsi ora, pur brevemente, sulla sentenza resa dalla Corte, ove la Grand Chambre ha fissato i contenuti del diritto protetto dall'art. 11 della Convenzione.

La Corte ha intanto precisato che la possibilità di eventuali restrizioni per i membri delle forze armate, della polizia o dell'amministrazione dello Stato di cui all'articolo 11 va interpretata restrittivamente e deve essere limitato all'esercizio di tali diritti, e non può estendersi al diritto di organizzarsi.

Nell'interpretare la norma nazionale restrittivamente la Corte ha fatto riferimento agli strumenti internazionali più rilevanti ed alla pratica degli Stati europei, secondo un indirizzo ormai consolidato (*Sigurður A. Sigurjónsson contro l'Islanda*, il 30 Giugno 1993, § 35, serie A n. 264; *Sørensen e Rasmussen c. Danimarca* [GC], 52562/99 e 52620/99, § 72-75, CEDU 2006; la stessa sentenza ha inoltre precisato che non è necessario che lo Stato convenuto abbia ratificato tutti gli strumenti pertinenti nel settore specifico)¹⁰⁶.

La Corte ha così concluso che i dipendenti dell'amministrazione pubblica non potevano essere esclusi dal campo di applicazione dell'articolo 11, e che al più le autorità nazionali avrebbero potuto imporre "restrizioni legali", in conformità all'articolo 11 § 2.

In particolare, la Corte ha affermato che l'articolo 11 § 1 presenta la libertà sindacale come una forma o un aspetto particolare della libertà di associazione (*Syndicat national de la police belge c. Belgique*, 27 octobre 1975, § 38, série A n. 19, e *Syndicat suédois des conducteurs de locomotives*, § 37, série A n° 20, § 39).

La Corte ha rilevato inoltre che se l'articolo 11 è destinato essenzialmente a proteggere l'individuo da interferenze arbitrarie da parte delle autorità pubbliche nell'esercizio dei diritti in essa sanciti, esso può comportare anche l'obbligo positivo di assicurare il godimento di tali diritti.

Secondo la disposizione dell'articolo 11, l'ingerenza dello stato nel godimento del diritto protetto è consentita solo se "prevista dalla legge", persegue uno o più scopi legittimi e "necessaria in una società democratica" per raggiungerli.

La Corte ha quindi rilevato che le eccezioni di cui all'articolo 11 devono essere interpretate restrittivamente, e che solo ragioni convincenti e interessanti possono giustificare restrizioni alla libertà di associazione. A giudicare l'esistenza di una "necessità" e quindi un "bisogno sociale imperioso" ai sensi dell'articolo 11 § 2, gli Stati hanno solo un limitato margine di apprezzamento, che resta sempre soggetto ad

¹⁰⁶ La Corte ha così richiamato la Convenzione OIL n. 87 sulla libertà di associazione, il cui 2 stabilisce che i lavoratori senza distinzione alcuna, hanno il diritto di creare organizzazioni di loro scelta, così come a partecipare a queste organizzazioni, sicché i lavoratori delle amministrazioni locali possano effettivamente creare organizzazioni di loro scelta, e queste organizzazioni dovrebbero avere tutto il diritto di promuovere e difendere gli interessi dei lavoratori che rappresentano.

Anche testi provenienti da organizzazioni europee mostrano anche che il principio di concedere il diritto fondamentale di organizzare dei dipendenti pubblici è stato largamente accettato dagli stati membri. Per esempio, l'articolo 5 della Carta sociale europea garantisce la libertà dei lavoratori e dei datori di lavoro di costituire organizzazioni locali, nazionali o internazionali, per la tutela dei loro interessi economici e sociali ed aderire a queste organizzazioni. La legislazione nazionale può imporre limitazioni alla polizia e le restrizioni parziali o parziali membri delle forze armate, ma nessuna possibilità di restrizione è stata fornita per gli altri membri dell'amministrazione.

Il diritto di sindacato per i dipendenti è stato riconosciuto anche dal Comitato dei Ministri Raccomandazione R (2000) 6 sullo stato dei funzionari pubblici in Europa, il cui principio 8 stabilisce che in linea di principio, i funzionari pubblici devono avere gli stessi diritti di tutti i cittadini e i loro diritti sindacali devono essere legalmente limitato solo nella misura in cui le limitazioni sono necessarie per il corretto svolgimento delle funzioni pubbliche. Infine, anche a livello europeo, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea adotta un approccio aperto a diritti sindacali affermando, all'articolo 12 (1), tra gli altri, che "tutti" hanno il diritto di altra forma sindacati e aderirvi per la difesa dei loro interessi.

Per quanto riguarda la pratica europea, la Corte ricorda che il diritto dei lavoratori di organizzarsi pubblico è ormai riconosciuto da tutti gli Stati contraenti e conosce eccezioni solo per date categorie di personale.

una supervisione rigorosa europea (*Yazar e altri c. Turchia*, 22723/93 nostra, 22724/93 e 22725/93, § 51, CEDU 2002-II).

Per quanto riguarda il diritto alla contrattazione collettiva, la Corte ha affermato che il contratto collettivo è un mezzo essenziale per promuovere gli interessi del sindacato e che il diritto di stipulare contratti collettivi è riconosciuto a livello internazionale per i lavoratori (specialmente OIL) nonché nella maggior parte degli Stati del Consiglio d'Europa, sicché la cancellazione del contratto collettivo non può ritenersi consentita in una società democratica.

Lo Stato contraente, se in linea di principio è libero di decidere quali azioni intende intraprendere per garantire il rispetto dell'articolo 11, resta obbligato a includere gli elementi ritenuti essenziali dalla giurisprudenza della Corte. Ora, allo stato attuale della giurisprudenza della Corte, emergono i seguenti elementi essenziali dei diritti sindacali: il diritto di formare un sindacato e di associarsi (*Tüm Haber Sen et Çınar c. Turquie*, n° 28602/95, §§ 36-39, CEDH 2006), il divieto di accordi di monopolio sindacale (si veda, ad esempio, *Sørensen et Rasmussen c. Danemark* [GC], n° 52562/99 et 52620/99, §§ 72-75, CEDH 2006), il diritto di un sindacato di cercare di convincere il datore di lavoro per ascoltare cosa ha da dire a nome dei suoi membri (*Wilson, Sindacato Nazionale giornalisti e a.*, § 44, ove la Corte ha dichiarato che, anche se la contrattazione collettiva non era indispensabile per il godimento della libertà di associazione, poteva essere uno dei modi di proteggere gli interessi dei membri del sindacato).

La Corte ritiene che questi principi non vanno intesi staticamente, essendo destinati ad evolversi con gli sviluppi che caratterizzano il mondo del lavoro. A questo proposito, va ricordato che la Convenzione è uno strumento vivo da interpretare alla luce delle condizioni attuali, seguendo l'evoluzione del diritto internazionale¹⁰⁷, al fine di una domanda crescente di tutela dei diritti umani.

¹⁰⁷ La Corte ha rilevato che ai sensi del diritto internazionale, il diritto alla contrattazione collettiva è sancito dalla Convenzione n. 98 del 1949 dell'OIL sul diritto di organizzazione e di contrattazione collettiva.

La Corte rileva inoltre che la Convenzione n° 151 del 1978, sulla protezione del diritto di organizzazione e procedure per la determinazione delle condizioni di lavoro nella pubblica amministrazione, lascia agli Stati la scelta se riconoscere ai membri delle forze armate o alla polizia il diritto di partecipare alla determinazione delle condizioni di lavoro, ma prevede che tale diritto si applica negli altri settori del lavoro pubblico, se del caso con adattamenti.

Per quanto riguarda la legislazione europea, la Carta sociale europea, all'articolo 6, § 2, riconosce ad ogni lavoratore come a qualsiasi sindacato il diritto alla contrattazione collettiva, imponendo il corrispondente dovere del governo di promuovere attivamente una cultura del dialogo e del negoziato per l'economia per raggiungere un'ampia copertura della contrattazione collettiva. La norma, se pur non prevede un obbligo di contrattazione collettiva, impone agli Stati di garantire ai rappresentanti dei lavoratori un certo ruolo nella definizione delle condizioni di lavoro del personale.

Infine, la Carta dei diritti fondamentali nell'Unione europea, che è una delle più recenti normative europee, prevede, all'articolo 28, che i lavoratori ed i datori di lavoro, o le rispettive organizzazioni, hanno, conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali, il diritto di negoziare e concludere contratti collettivi, ai livelli appropriati

Per quanto riguarda la pratica degli Stati europei, la Corte ricorda che nella stragrande maggioranza di loro, il diritto dei funzionari di impegnarsi nella contrattazione collettiva con il governo è stato riconosciuto, con alcune limitate eccezioni relative a determinate aree considerate categorie sensibili o ad alcuni titolari di competenze esclusive dello Stato. In particolare, il diritto dei funzionari di governo locali che ricoprono poteri non statali a condurre una contrattazione collettiva per la determinazione della loro retribuzione e condizioni di lavoro è stato trovato nella maggior parte degli Stati contraenti, essendo le eccezioni esistenti giustificate solo in particolari circostanze.

Ciò implica una maggiore fermezza nel valutare le violazioni dei valori fondamentali delle società democratiche e nel contempo la necessità di interpretare restrittivamente le limitazioni dei diritti umani, in modo da garantire una loro protezione concreta ed efficace (v., *mutatis mutandis*, *Refah Partisi (Partito del Welfare) e altri c. Turchia* [GC], n. 41340/98, 41342/98, 41343/98 e 41344/98, § 100, CEDU 2003-II; *Selmouni c. Francia* [GC], n. 25803/94, § 101, CEDU 1999-V).

Alla luce di questi sviluppi, la Corte ha dichiarato che la sua vecchia giurisprudenza, secondo la quale il diritto di negoziare e concludere contratti collettivi non è un elemento intrinseco dell'art. 11, deve essere superata, per tener conto degli sviluppi nel campo così come viene previsto dal diritto internazionale e dai sistemi giuridici nazionali.

Di conseguenza, la Corte ha ritenuto, tenendo conto degli sviluppi nel diritto del lavoro e delle pratiche internazionali e nazionali degli Stati contraenti in materia, che il diritto alla contrattazione collettiva con il datore di lavoro è, in linea di principio, diventato un elemento chiave del “diritto di formare e aderire ai sindacati e di aderirvi per la difesa dei propri interessi” di cui all'articolo 11 della Convenzione, anche se gli Stati restano liberi di organizzare il loro sistema per riconoscere, eventualmente, uno status speciale ai sindacati rappresentativi. Come gli altri lavoratori, anche i dipendenti pubblici, salvo casi molto particolari, dovrebbero beneficiare di tali diritti, ma senza pregiudizio per gli effetti di “restrizioni legali” può essere imposto ai “membri dell'amministrazione dello Stato” ai sensi del L'articolo 11 § 2.

Alla luce dei principi sopra esposti, la Corte ha ritenuto che, nel caso di specie, il sindacato Tum Bel Sen aveva il diritto di contrattare collettivamente con il datore di lavoro del governo e ha rilevato inoltre che l'accordo stipulato era stato applicato in concreto per due anni in tutti i rapporti di lavoro all'interno del Comune di Gaziantep. Secondo la Corte, l'esclusione del diritto di contrattazione collettiva e l'annullamento retroattivo del contratto collettivo stipulato dall'Unione hanno realizzato una ingerenza non necessaria in una società democratica, non corrispondendo la limitazione ad un “bisogno sociale imperioso”. Da qui la violazione dell'art. 11 della Convenzione.

Il tema del diritto di aderire e di non aderire ad un sindacato era stato esaminato in passato *da Young, James e Webster c. Regno Unito*, n. 7601/76 e 7806/77, 13/08/1981, ove era stato impugnato l'accordo di “*closed shop*” concluso dalla British Rail con il Sindacato Nazionale dei Ferrovieri: si trattava di una pratica di monopolio sindacale, in quanto, a seguito di un accordo tra un sindacato ed il datore di lavoro o un'associazione di datori di lavoro, i dipendenti di una particolare categoria erano in pratica costretti ad appartenere o aderire ad un sindacato designato.

La Corte ha affermato che, anche assumendo che l'articolo 11 non garantisce l'aspetto negativo della libertà in misura uguale all'aspetto positivo, tuttavia, una minaccia di licenziamento è una forma molto grave di costrizione.

Un altro aspetto del caso riguardava la limitazione della scelta dei sindacati ai quali i ricorrenti potevano aderire volontariamente, visto che un individuo non aveva il diritto alla libertà di associazione, se la libertà di azione o di scelta che rimaneva era di fatto assente o ridotta al punto di non avere rilevanza pratica (vedi, *mutatis mutandis*, *Airey*, 9 Ottobre 1979, serie A, n. 32, p. 12, par. 24).

Vi è stata dunque un'interferenza nella libertà dei ricorrenti.

La Corte è scesa quindi a valutare la necessità dell'interferenza nella libertà protetta dalla Convenzione.

Si è osservato in proposito che il pluralismo, la tolleranza e l'apertura mentale sono le caratteristiche di una "società democratica", e che la democrazia non significa semplicemente la supremazia della maggioranza, ma richiede un equilibrio che assicura un trattamento equo per le minoranze e evita qualsiasi abuso di posizione dominante; resta quindi irrilevante l'adesione al sindacato in discorso da parte della maggioranza dei lavoratori.

Alla luce di tutte le circostanze del caso, la Corte ha ritenuto che il danno inflitto ai ricorrenti era superiore a quanto necessario per raggiungere un giusto equilibrio tra i vari interessi in gioco, e non poteva essere considerato proporzionato agli obiettivi perseguiti.

Anche considerando la "discrezionalità" dello Stato (cfr. in particolare *Sunday Times v. Gran Bretagna*, 26 aprile 1979, série A n° 30, p. 29, par. 36, par. 59), la Corte ha constatato quindi che le restrizioni contestate non erano "necessarie in una società democratica" ai sensi del paragrafo 2 dell'articolo 11 (si veda anche *Sibson c. Regno Unito*, 20.4.1993). La Corte ha quindi ravvisato la violazione dell'articolo 11.

In *Sorensen e Rasmussen c. Danimarca*, n. 52562/99 et 52620/99, Grande Camera, 1 novembre 2006, i ricorrenti lamentavano l'esistenza in Danimarca accordi di *closed shop* operanti fin prima dell'assunzione dei lavoratori.

Data la delicatezza delle questioni sociali e politiche coinvolte al fine di trovare un equilibrio tra gli interessi dei lavoratori e dei datori di lavoro, e dato l'elevato grado di divergenza tra i sistemi nazionali a questo proposito, la Corte ha ribadito che gli Stati contraenti godono di un ampio margine di apprezzamento su come garantire la libertà di associazione e la capacità dei sindacati di tutelare gli interessi dei loro membri (*Sindacato svedese dei macchinisti c. Svezia*, cit., § 39, Serie A No. 20; *Schettini et altri c. Italia* (dicembre), no 29529/95, 9 novembre 2000; *Wilson, Sindacato nazionale dei giornalisti e altri*, cit., § 44). Così la Corte, ha ricordato la sentenza, non ha mai condannato uno Stato contraente per non aver imposto l'obbligo del datore di lavoro di riconoscere un sindacato o per non aver proposto un sistema obbligatorio di contrattazione collettiva (v. sentenza *Wilson, Sindacato nazionale dei giornalisti e altri*, citata supra, § 44, e giurisprudenza ivi citata). Tuttavia, secondo la Corte, quando la legge di uno Stato contraente autorizza la conclusione tra sindacati e datori di lavoro di accordi di monopolio sindacale che vanno contro la libertà di scelta individuale inerente all'articolo 11, il margine di valutazione deve essere considerato ridotto. La Corte ha rammentato in proposito che la democrazia non significa semplicemente la supremazia che le opinioni della maggioranza, e che occorre sempre operare un

bilanciamento tra i contrapposti interessi, per assicurare un trattamento equo delle minoranze ed evitare qualsiasi abuso di posizione dominante (*Young, James e Webster*, supra, § 63). La Corte conclude osservando in generale che, per determinare se uno Stato contraente ha agito nell'ambito del suo potere discrezionale, permettendo accordi di monopolio sindacale, particolare importanza deve essere dato alle motivazioni fornite dalle autorità di questi accordi e - secondo una valutazione caso per caso - al grado di sconfinamento nei diritti tutelati dall'articolo 11.

Nell'applicare questi principi al caso di specie, la Corte ha richiamato la Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori, adottata in ambito Comunità europea nel 1989, che prevede che ogni datore di lavoro ed ogni lavoratore deve avere la libertà di aderire o non aderire ad organizzazioni professionali o sindacali, senza alcun danno personale o professionale, e l'articolo 12 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 (2000/C 364/01). Da queste disposizioni la Corte desume la mancanza di un sostegno europeo negli Stati contraenti per il mantenimento degli accordi di monopolio sindacale, atteso che le norme europee indicano chiaramente che l'uso di tali strumenti nel mercato del lavoro non è uno strumento indispensabile per l'efficace godimento delle libertà sindacali.

La Corte ha così ritenuto che, benché la Danimarca non proteggesse la libertà negativa di affiliazione sindacale, il diritto dunque di non iscriversi ad alcun sindacato, la pratica dei *closed shop*, specie in occasione della prima assunzione, non consente di garantire l'effettivo godimento dei diritti sindacali.

Richiamando altri casi in tema di libertà sindacale, in *S.p. v. Romania*, 2330/09, causa pendente, il sindacato ricorrente -fondato da alcune decine di preti ortodossi delle parrocchie della città di Oltenia (sud-ovest della Romania) per rappresentare e difendere i diritti e gli interessi professionali, economici, sociali e culturali del clero e i membri laici della Chiesa nei loro rapporti con l'amministrazione della città di Oltenia, del Patriarcato e del Ministero della Cultura e dei Culti- si lamenta di una violazione della libertà di associazione a causa del rifiuto da parte delle autorità nazionali di concedere loro la personalità giuridica.

La Corte si è occupata anche della libertà negativa di associazione sindacale, riconoscendola sia per i lavoratori (caso *Evaldsson e altri contro Svezia*, n. ° 75252/01, 13 febbraio 2007) che per i datori di lavoro (caso *Ólafsson Vörður c. Islanda*, n. 20161/06, CEDU 2010).

Quest'ultimo caso presentava un aspetto particolare, perché riguardava l'obbligo imposto dalla legge ad un imprenditore edile a versare un contributo alla Federazione delle industrie islandesi (FII), un'organizzazione di diritto privato di cui non solo non era membro, ma di cui non condivideva la linea politica generale (relativamente in particolare all'adesione dell'Islanda all'Unione europea).

La Corte ha ravvisato una violazione per indebita interferenza sul diritto a non partecipare a una associazione in violazione dell'articolo 11 (libertà di riunione e di associazione) della Convenzione.

In *Sigurdur Sigurjónsson c. Islanda*, 30 giugno 1993, si è ribadito che l'art. 11 della Convenzione sancisce il diritto negativo di associazione, in riferimento ad un caso di un tassista costretto, a pena della perdita della licenza, ad aderire all'Associazione di conduttori di veicoli a motore Frami.

Nell'affaire deciso dalla Grand Chambre *Gustafsson c. Svezia*, n° 15573/89, 25 aprile 1996, il ricorrente, che gestiva un ristorante e un ostello, non era affiliato ad alcuno dei sindacati degli imprenditori del settore e dunque non applicava, non essendo vincolato direttamente, alcuno dei contratti collettivi stipulati.

A seguito del rifiuto di applicare il contratto collettivo, le maestranze avevano iniziato delle agitazioni sindacali che avevano bloccato l'attività del ristorante, anche per lo sciopero di solidarietà del personale delle consegne dei generi alimentari. Il datore, allegando di essere stato costretto a svendere il suo ristorante per l'impossibilità di funzionamento derivante dal blocco sindacale, aveva quindi adito la Corte, denunciando la violazione del suo diritto alla libertà (anche negativa) di affiliazione sindacale e del suo diritto di proprietà.

La Corte ha escluso le violazioni denunciate, affermando che nella specie non vi erano ostacoli in maniera significativa all'esercizio della libertà contrattuale, sebbene vi fosse stata un'azione collettiva che aveva provocato un danno economico; inoltre, i fatti denunciati non erano il risultato di un esercizio di poteri di autorità governative, ma riguardavano solo i rapporti contrattuali tra privati, vale a dire del ricorrente e dei suoi fornitori e dipendenti (par. 53 e 60).

Diverse pronunce hanno riguardato la protezione della libertà sindacale relativa alla manifestazione del pensiero.

In *Csánics c. Ungheria*, n. 12188/06, 20 gennaio 2009, la Corte ha ravvisato una violazione nella condanna di un leader sindacale per le dichiarazioni fatte nel corso di un conflitto sociale.

La Corte ha affermato in quest'occasione che i conflitti sociali di una certa dimensione sono discussioni di interesse pubblico che limitano la discrezionalità degli Stati. Considerando che le parole in questione, benché violente, avevano una base fattuale e corrispondevano al tono comunemente usato dai sindacati, la Corte ha riscontrato una violazione dell'articolo 10 (libertà di espressione del richiedente).

In *Palomo Sánchez e altri contro Spagna* [GC], n. 28955/06, 28957/06, 28959/06 e 28964/06, 12 Set 2011, la Corte si è occupata del problema relativo alla legittimità - affermata dalla giurisdizione domestica e condivisa dalla Corte - del licenziamento di sindacalisti per aver pubblicato articoli offensivi verso colleghi.

Secondo la Corte, un sindacato che non può liberamente esprimere le sue idee è privo di un mezzo di azione essenziale, sicché, al fine di assicurare reali ed effettive dei diritti sindacali, le autorità nazionali devono garantire che le sanzioni non siano sproporzionate per non scoraggiare i rappresentanti sindacali nella libertà di espressione e di difesa degli interessi dei loro membri. Tuttavia, la Corte ha

constatato anche che il rapporto di lavoro deve essere basato sulla fiducia tra le persone, sicché espressioni volgarmente offensive o insultanti nei luoghi di lavoro sono, a causa dei loro effetti dirompenti, particolarmente gravi, tale da giustificare sanzioni severe.

Quindi, la Corte ha ritenuto che il licenziamento dei lavoratori non era manifestamente eccessivo o sproporzionato.

Nel caso *Sisman e altri contro Turchia*, n. 1305-1305, 27 settembre 2011, alcuni lavoratori pubblici avevano subito sanzioni disciplinari in quanto avevano affisso, non nelle bacheche sindacali, ma sulle pareti dei loro uffici, dei documenti sindacali che celebravano la Giornata Internazionale del Lavoro 1° maggio.

La Corte ha ritenuto la violazione dell'art. 11 che tutela la libertà di associazione in una società democratica, essendo le sanzioni disciplinari (per quanto modeste) contrarie all'esercizio della libertà di associazione.

Nel caso *Vellutini e Michael C. Francia*, n. 32820/09, 6 ottobre 2011, che aveva visto la condanna di dirigenti sindacali che avevano criticato un sindacato nella sua qualità di datore di lavoro, la Corte ha affermato la sussistenza della violazione della Convenzione in quanto i termini usati non erano espressione di animosità personale manifesta, rientrando al contrario nei limiti della critica accettabile; la sentenza ha precisato –tra l'altro- che i ricorrenti non erano, nella loro qualità di dirigenti sindacali, tenuti a dimostrare lo stesso rigore richiesto a dei giornalisti nella preventiva verifica della veridicità dei fatti riferiti.

Dunque, l'interferenza statale -derivante dalla condanna dei sindacalisti al pagamento di un'ammenda e del risarcimento dei danni- sul diritto alla libertà di espressione in qualità di rappresentanti sindacali non era necessaria in una società democratica: da ciò la violazione dell'articolo 10.

In *Danilenkov e altri contro Russia*, n. 67336/01, 30 luglio 2009, si trattava di un caso nel quale i membri del sindacato russo dei lavoratori portuali erano stati licenziati a causa della riorganizzazione strutturale dopo aver partecipato a due settimane di sciopero per chiedere salari più alti e migliori condizioni di lavoro, un'assicurazione sanitaria ed un'assicurazione sulla vita.

La sentenza è importante perché la Corte ha affermato la responsabilità dello Stato per un obbligo positivo di istituire un sistema giudiziario che garantisca una protezione chiara ed efficace contro la discriminazione in base all'appartenenza sindacale. Nel caso, infatti, si è ritenuta la violazione dell'articolo 14 in combinato disposto con l'articolo 11, per non essere stata garantita una protezione chiara ed efficace giuridica contro la discriminazione (salariale, disciplinare e per licenziamento) in base all'appartenenza a un sindacato, soprattutto dopo l'apertura di un procedimento penale contro il datore di lavoro soggetto a condizioni troppo rigide (la prova "oltre ogni ragionevole dubbio" della deliberata intenzione di discriminare).

In *Kaya e Seyhan c. Turchia*, no 30946/04, 15/09/2009, la Corte ha del pari ravvisato una violazione dell'art. 11 nella punizione di alcuni insegnanti per la partecipazione a giornate nazionali di scioperi organizzati dal sindacato.

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

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

In *Società degli Ingegneri associati Locomotive & Vigili del Fuoco (ASLEF) v. Gran Bretagna*, 27 febbraio 2007, si è discusso della possibilità per il sindacato di escludere un suo membro a causa dell'adesione di quest'ultimo ad un partito politico che sostenga idee contrarie a quelle del sindacato (il membro è stato un attivo sostenitore del BNP - partito legale di destra, ex Fronte Nazionale). La Corte ha ammesso tale possibilità, ritenendo la violazione dell'art. 11 della Convenzione dal parte delle autorità nazionali che avevano ritenuto illegittimo l'operato del sindacato. La Corte ha rilevato infatti che i sindacati non sono solo enti che operano in aspetti politicamente neutri per il benessere dei loro membri, ma spesso le organizzazioni sindacali sono ideologiche con proprie posizioni su questioni sociali e politiche.

In *Ezelin v. Francia*, 26 aprile 1991, si discuteva della legittimità delle sanzioni disciplinari nei confronti di un avvocato per aver partecipato a un evento pubblico organizzato da movimenti indipendentisti e sindacati in Guadalupe. La Corte ha ritenuto la violazione dell'articolo 11 ed ha dichiarato che la libertà di partecipare ad una riunione pacifica - in questo caso un evento non vietato - è di importanza tale da non poter subire alcuna limitazione, anche per un avvocato, nella misura in cui la persona non commette in questa occasione alcun atto illecito.

In *Akat v. Turchia*, n. 45050/98, 20 settembre 2005, i ricorrenti avevano impugnato il loro trasferimento deducendo che era stato effettuato a causa della loro appartenenza al sindacato.

La Corte ha, curiosamente, respinto la domanda, considerando la normale soggezione del funzionario pubblico a trasferimenti in relazione alle esigenze dell'amministrazione, nonché la possibilità di svolgere attività sindacale nel luogo di destinazione.

Sono pendenti altri casi che coinvolgono esponenti del sindacati, puniti per dichiarazioni fatte alle stampa (*Riza Erdogan e altri contro Turchia*, n. 15520/06;

Halil Özbent e altri contro Turchia, n. 56395/08; *Murat Isere e altri contro Turchia*, n. 29283/07), ovvero per condanne penali per diffamazione, durante l'espletamento del mandato, nei confronti di esponente politico (*Bernard Michel e Cedric Vellutini c. Francia*, n. 32820/09).

In *Akmeşe Egitim-Sen e c. Turchia* (n. 2575/08), causa pendente, ricorrente è il sindacato Egitim-Sen (il sindacato dei lavoratori dell'educazione, della scienza e della cultura), affiliato alla KESK turca (Confederazione dei sindacati per i lavoratori dipendenti del settore pubblico); nella specie, il ricorrente lamenta che alcuni insegnanti, che avevano distribuito ai membri del sindacato biglietti d'auguri scritti in turco e curdo, avevano subito perciò sanzioni disciplinari della trattenuta sullo stipendio.

In *Cem Dinc Kanber Saygili e c. Turchia*, n. 17923/09, causa pendente, si affronta il problema della rilevanza della condanna penale dei membri del sindacato per condotta, posta in essere durante un'azione per sostenere lavoratori che non avevano percepito i loro stipendi, consistita in istigazione a delinquere, danneggiamento dei locali commerciali e oltraggio a funzionari pubblici.

In tema di contrattazione collettiva, in *Wilson, Sindacato Nazionale dei Giornalisti e altri c. Regno Unito*, 30668/96, 30671/96 and 30678/96, 7.2.2007, la Corte ha ravvisato una violazione dell'art. 11 nel fatto del datore che impone ai dipendenti la scelta tra la firma di contratti individuali con rinuncia ai diritti sindacali, ovvero l'accettazione di un aumento di stipendio più basso.

La Corte ha rilevato che nel Regno Unito era consentito ai datori di lavoro di prevenire qualsiasi protesta da parte dei sindacati o dei loro membri con l'imposizione di limiti alla contrattazione collettiva volontaria, offrendo ai dipendenti che avevano rinunciato alla contrattazione collettiva aumenti di stipendio notevole, che non erano invece concessi a coloro che avevano rifiutato di accettare la fine della rappresentanza sindacale; in altri termini, nell'ordinamento nazionale, i datori di lavoro erano autorizzati a effettuare un trattamento meno favorevole ai dipendenti che non erano disposti a rinunciare a una libertà sindacale. Se il diritto interno non vietava al datore di lavoro di offrire un incentivo ai dipendenti che avessero rinunciato al diritto di rappresentanza sindacale, la Corte ha rilevato che questo aspetto della legislazione nazionale –che peraltro era stato oggetto di critiche da parte del Comitato della Carta sociale europea (*Committee of Independent Experts*, section 13 of the 1993, *Conclusions XIII-3*, Council of Europe, 1996, p. 108) e dal Comitato dell'OIL sulla libertà di associazione (Case no. 1852, *309th Report of the Freedom of Association Committee*, Vol. LXXXI, 1998, Series B, no. 1)– implicava l'inadempimento dello Stato verso il suo obbligo positivo di assicurare il godimento dei diritti di cui all'articolo 11 della Convenzione.

In *Solectron dei sindacati contro Romania* (n. 27921/07), causa pendente, il sindacato ricorrente lamenta l'esclusione della rappresentanza in un'azienda svolgente

attività in ramo professionale diverso da quello proprio, ma relativo a sindacato cui il primo è associato.

In *Svoboden zheleznicharski Sindikat "Promyana" c. Bulgaria* (n. 5044/04), causa pendente, il sindacato ricorrente lamenta il rifiuto di negoziazioni da parte della società nazionale di gestione delle ferrovie.

Di recente, la Corte ha esaminato per la prima volta la rilevanza della contrattazione aziendale, in relazione alla sua forza di incidenza su diritti derivanti da un contratto collettivo (caso *Aizpurua Ortiz e altri c. Spagna*, n. 42430/05, 2 febbraio 2010).

Nel caso, un contratto collettivo aveva modificato i diritti relativi alla pensione integrativa derivanti da una contrattazione collettiva di livello superiore.

La Corte ha riscontrato un'interferenza con l'esercizio dei diritti, ma ha ritenuto che essa perseguiva degli obiettivi d'interesse generale (la salute finanziaria delle imprese e dei loro creditori e la tutela dell'occupazione) e che la modifica dei diritti dei pensionati non era discriminatoria, in quanto anche collaboratori attivi della società da tempo avevano rinunciato alla loro pensione integrativa.

Non risultando che la decisione dei giudici nazionali che avevano ritenuto legittima la previsione aziendale fosse arbitraria o avesse imposto un onere sproporzionato per i richiedenti a causa della modifica dei loro diritti a una pensione integrativa, la Corte ha ritenuto che non vi era alcuna violazione dell'articolo 1 del Protocollo n. 1.

Veniamo adesso alla materia dello sciopero.

In *Urcan e altri contro Turchia*, r. 23018/04 ed altri, 17 luglio 2008, nel giudicare delle condanne penali dei lavoratori - insegnanti in scuole secondarie - a causa della loro partecipazione a una manifestazione organizzata dal sindacato di appartenenza, la Corte ha rilevato che la giornata nazionale di azione in questione era stato oggetto di preventiva comunicazione alle autorità nazionali e che, in assenza di violenza da parte dei manifestanti, il governo avrebbe dovuto mostrare una certa tolleranza di riunione pacifica. Ne derivava la sussistenza della violazione alla libertà di riunione, come garantita dalla Convenzione.

In tema di legittimazione del sindacato ad agire in giudizio, si era pronunciata in passato la Commissione europea dei diritti dell'uomo, nel caso *Sindacato assistenti di volo c. Grecia*, n. 19634/92, del 20 febbraio 1995, ove si era posto il problema del potere di precettazione dei dipendenti in sciopero.

A giudizio della Commissione il sindacato non poteva, nel caso, sostenere di essere la vittima di una violazione di uno dei diritti o delle libertà protetti dalla Convenzione, a meno che non vi fosse un nesso sufficientemente diretto tra il ricorrente e il pregiudizio allegato a causa della violazione (n. 10733/84, dicembre 11.3.85, DR 41, p. 211). Nel caso di specie, secondo la Commissione non era il

sindacato vittima della presunta infrazione del diritto garantito dall'articolo 4 (art. 4) della Convenzione, non essendo la stessa associazione, ma ciascuno dei suoi membri in quanto individui, che potrebbe essere costretta al lavoro forzato.

Ne consegue che, per quanto riguarda la presunta violazione dell'articolo 4, il sindacato ricorrente non poteva sostenere di essere vittima di una violazione della Convenzione, onde il ricorso è stato ritenuto incompatibile *ratione personae* con le disposizioni della Convenzione.

Una diversa affermazione si ha in *Enerji Yapi-Yol Sen c. Turchia*, n. 68959/01, 21 aprile 2009, in un caso relativo a delle misure disciplinari adottate nei confronti dei funzionari per la loro partecipazione a uno sciopero, ove la Corte ha affermato che il principio della libertà di associazione (articolo 11 della Convenzione) può essere compatibile con il divieto del diritto di sciopero dei dipendenti pubblici, a condizione che le restrizioni legali siano fissate chiaramente dalla legge che deve precisare anche le categorie di funzionari interessati dal divieto.

In particolare, nel caso, ricorrente era un sindacato dei dipendenti pubblici che lavoravano nel campo del catasto e dell'energia, nonché servizi di infrastruttura e la costruzione di autostrade., ai quali era stato fatto divieto (disciplinatamente sanzionato) dalla disciplina vigente a livello nazionale (una circolare ministeriale, nella specie) di partecipare a riunioni o manifestazioni sindacali che compromettessero la continuità del servizio pubblico. Il sindacato ricorrente aveva ritenuto che la circolare avesse violato il suo diritto alla libertà di associazione ed aveva invocato l'articolo 11 della Convenzione.

La Corte ha ricordato preliminarmente che, per fare una domanda ai sensi della Convenzione, un'organizzazione non governativa o gruppo di individui deve essere in grado di affermare di essere "una vittima" in relazione ai diritti riconosciuti nella Convenzione e, come tale, deve essere stato direttamente interessato dal provvedimento in questione (*Irlanda c. Regno Unito*, sentenza del 18 gennaio 1978, § § 239-240, serie A n. 25; *Eckle c. Germania*, sentenza del 15 luglio 1982, § 66, serie A, n. 51, *Klass e altri c. Germania*, sentenza del 6 settembre 1978, § 33, serie A n. 28). Così, la Convenzione non contempla la possibilità che sia esperita un'*actio popularis* per l'interpretazione dei diritti riconosciuti nella Convenzione (*Norris c. Irlanda*, sentenza del 26 ottobre 1988, serie A n. 142). Con riferimento al caso di specie, la Corte ha ritenuto che il sindacato ricorrente era stato direttamente colpito dalla circolare in questione e, pertanto, poteva pretendere di essere vittima di una interferenza con l'esercizio del suo diritto di libertà di associazione.

Ciò premesso, la Convenzione consente ai sindacati di lottare per difendere gli interessi dei loro membri e lo sciopero, che permette un sindacato di fare sentire la sua voce, è un aspetto importante per i membri del sindacato a tutela dei loro interessi ((*Schmidt e Dahlström c. Svezia*, 6 Feb 1976 , § § 34 e 36), essendo riconosciuto dagli organi di controllo internazionale del lavoro (OIL) come corollario del diritto di associazione tutelato dalla Convenzione delle Libertà sindacale (v. *Demir e Baykara, cit.*).

La Corte, dunque, ha riconosciuto che il diritto di sciopero non è assoluto, e che può essere soggetto a determinate condizioni e sottoposto a talune restrizioni: la Convenzione consente limitazioni di tale diritto, purché previste dalla legge, purché tale legge persegua un interesse legittimo, e purché l'ingerenza sia necessario in una società democratica.

Se in astratto, ha ritenuto la Corte, il principio della libertà di associazione può essere compatibile con il divieto di sciopero dei dipendenti pubblici che esercitano l'autorità in nome dello Stato, in concreto, le restrizioni legali sul diritto di sciopero dovrebbero essere definite nel modo più chiaro e vedere circoscritte il più possibile le categorie di funzionari interessati.

A parere della Corte, nel caso la circolare in questione era formulata in termini generali che vietavano rigorosamente tutti i dipendenti pubblici il diritto di sciopero, senza un equilibrio con le finalità di cui al comma 2 dell'articolo 11 della Convenzione. Inoltre, erano state imposte sanzioni disciplinari sulla base della circolare in questione, ciò che rischiava di scoraggiare i membri del sindacato e gli altri che desiderassero partecipare legittimamente allo sciopero (*Karaçay c. Turchia*, n. 6615/03, § 36, 27 marzo 2007). Così, la Corte, dopo aver condotto la propria analisi, ha concluso che l'adozione della circolare e la sua applicazione non soddisfaceva un "bisogno sociale imperioso" e c'era una interferenza sproporzionata con il godimento da parte del sindacato richiedente dei diritti di cui all'articolo 11 della Convenzione. Di conseguenza, la Corte ha riscontrato una violazione dell'articolo 11 della Convenzione.

In ordine alle azioni collettive, interessante è il caso *Barraco c. Francia*, n. 31684/05, 5 marzo 2009.

Si trattava della partecipazione da parte di alcuni camionisti ad un "go-slow" (operazione "escargot"), parte di una giornata nazionale di sciopero, da cui era derivato il completo blocco del traffico su una strada pubblica; i camionisti erano stati condannati in sede penale per il reato di ostruzione del traffico pubblico.

La Corte ha rilevato che il ricorrente non era stato condannato per la partecipazione all'evento in sé, ma a causa di una condotta specifica adottata in occasione della manifestazione, cioè il blocco di una strada, causando in tal modo una ostruzione ancora più importante di quanto non potesse derivare dal mero esercizio del diritto di riunione pacifica, sicché la condanna penale del ricorrente non era sproporzionata rispetto agli scopi perseguiti. Non vi era dunque violazione dell'articolo 11.

Sul tema, è altresì pendente la causa *Kudrevičius and Others v. Lithuania*, n. 37553/05, nel quale si discute della compatibilità con la Convenzione della condanna penale per un blocco stradale durante alcune manifestazioni sindacali.

Ancora in tema di azioni sindacali, va richiamato anche *Dilek ed altri c. Turchia*, n. 74611/01, 26876/02 e 27628/02, 17 luglio 2007. Nel caso, a seguito dell'iscrizione all'ordine del giorno del Parlamento di una legge sulle persone impiegate nel settore pubblico, un sindacato turco di lavoratori addetti al pagamento

del pedaggio sul ponte sul Bosforo, aveva organizzato delle azioni sindacali (rallentamenti concertato del lavoro e sciopero con manifestazioni) per protestare contro le condizioni di lavoro. Durante questo evento, gli automobilisti passavano al casello senza pagare; l'amministrazione quindi aveva preteso di trattenere le somme relative al danno subito dalle buste paga dei lavoratori. A seguito del riconoscimento della legittimità della trattenuta innanzi alle giurisdizioni nazionali, il sindacato aveva lamentato innanzi alla CEDU la violazione dell'art. 11 della Convenzione.

La Corte nella specie ha rilevato che le trattenute si basavano su disposizione di legge che imponeva il lavoro al fine, legittimo, di evitare interruzioni nel buon funzionamento del servizio pubblico. Con riferimento tuttavia al c.d. *proportionality test*, la Corte ha ritenuto che il governo non aveva dato alcuna spiegazione circa la possibilità per il sindacato di difendere i diritti del personale con altri mezzi pacifici, sicché l'impegno della responsabilità civile dei candidati non era "necessaria in una società democratica".

7.8. Previdenza ed assistenza sociale.

La Corte EDU sta gradualmente estendendo l'ambito della propria giurisdizione in materia di sicurezza sociale, in ordine alle prestazioni sociali previste a livello nazionale ascrivibili all'interesse patrimoniale protetto dall'art. 1 del Protocollo n. 1.

La Corte nella sua giurisprudenza ha affermato reiteratamente che l'articolo 1 del Protocollo n. 1 contiene l'enunciazione di tre norme: "la prima, espressa nella prima frase del primo comma, riveste un carattere generale ed enuncia il principio del pacifico godimento della proprietà; la seconda, che figura nella seconda frase dello stesso comma, concerne la privazione della proprietà e la sottomette a determinate condizioni; quanto alla terza, espressa nel secondo comma, riconosce agli Stati contraenti il potere, tra gli altri, di regolamentare l'uso della proprietà conformemente all'interesse generale. Non si tratta di regole sprovviste di rapporto tra loro. La seconda e la terza, che sono tratte da esempi particolari di violazione del diritto al pacifico godimento della proprietà, devono interpretarsi alla luce del principio generale consacrato nella prima" (cfr, tra l'altro, *James e altri c. Regno Unito*, 21 febbraio 1986, § 37, Serie A n. 98; *Iatridis c. Grecia* [GC], n. 31107/96, § 55, CEDU 1999-II; e *Beyeler c. Italy* [GC], n. 33202/96, § 98, CEDU 2000-I).

La giurisprudenza della Corte ha interpretato in modo assai esteso la nozione di beni di cui all'art. 1 del Protocollo 1, ricomprendendovi ogni diritto o interesse avente natura patrimoniale ed anche la legittima aspettativa alla realizzazione di un credito futuro, purché sufficientemente determinato (*Pressos Compania naviera v. Belgio*, 1995; *Veselinski c. Macedonia*, 2005).

La norma si applica anche al campo della sicurezza sociale, atteso che la soggezione a versamenti obbligatori per la costituzione di un fondo previdenziale può, in date circostanze, creare un diritto di proprietà su una porzione di tale fondo (*Wessel-Bergevoet c. Paesi bassi*, 2000) e incidere sul modo in cui il fondo è distribuito (*Zeman c. Austria*, 2005). Il principio risale alla giurisprudenza della Commissione europea dei diritti dell'uomo, che già aveva affermato che, mentre nessun diritto a pensione è in

quanto tale nella Convenzione, la realizzazione di contributi obbligatori a un fondo pensione può, in determinate circostanze creare un diritto di proprietà in una porzione di tale fondo (*Mrs. X c. Paesi Bassi*, n. 5763/72, decisione della Commissione del 18 dicembre 1973, Annuario 1973, vol. 16, p. 274; *G. c. Austria*, n. 10094/82, decisione del 14 maggio 1984, DR 38, p. 84).

Nella loro prima giurisprudenza, la Commissione e la Corte distinguevano tra regimi contributivi e non contributivi, trovando che solo i primi rientrassero nell'ambito di applicazione dell'articolo 1 del Protocollo n. 1 (v., ad esempio, *Szrabjet e Clarke e c. Regno Unito*, n. 27004/95 e 27011/95, decisione della Commissione del 23 ottobre 1997; *Coca-Cola e altri c. Regno Unito*, n. 38696/97, decisione della Commissione 9 settembre 1999; *Domalewski v. Polonia* (dec.), no. 34610/97, CEDU 1999 V). Con la sentenza *Gaygusuz*, per la prima volta, si è ritenuto che anche una prestazione non contributiva sociale possa costituire un possesso, qualora riconosciuta in giurisprudenza (v., ad esempio, *Buchen contro la Repubblica Ceca*, no. 36541/97, § 46, 26 novembre 2002; *Koua Poirrez c. Francia*, no 40892/98, § 42, CEDU 2003-X; *Wessels-Bergervoet c. Paesi Bassi* (dec.), n. 34462/97, 3. ottobre 2000; *Walden v. Liechtenstein* (dicembre) non 33916/96, 16 marzo 2000; *Van den Bovenhuijsen e Schuring c. Paesi Bassi*, (dec.), n. 44658/98, 16 dicembre 2003).

Il nuovo approccio giurisprudenziale è stato avallato dalla Grande Camera nella sua decisione *Stec e altri c. Regno Unito* (n. 65731/01 e 65900/01, CEDU 2005) che ha riconosciuto l'applicabilità dell'articolo 1 del Protocollo n. 1 alle prestazioni non contributive, purché in presenza di un diritto al beneficio riconosciuto dall'ordinamento. Con riferimento, poi, all'art. 14 della Convenzione, la Corte ha affermato che, se il Protocollo n. 1 non comprende il diritto di ricevere un pagamento di un emolumento previdenziale, se uno Stato intende creare un sistema previdenziale che prevede degli emolumenti, deve farlo in un modo che è compatibile con l'articolo 14.

La Corte ha da ultimo esteso la norma dell'art. 14 anche alle prestazioni sociali assistenziali, alla *social security* ed ai *welfare benefits*, eliminando ogni differenziazione fondata sul carattere solidaristico o contributivo della prestazione.

Secondo la giurisprudenza della Corte EDU, un ricorrente può addurre una violazione dell'articolo 1 del Protocollo n. 1, solo se le decisioni da lui contestate si riferiscono ai suoi "beni" ai sensi di tale disposizione. Il concetto di "beni" può comprendere tanto i "beni attuali" quanto i valori patrimoniali, ivi inclusi, in alcune situazioni ben definite, i crediti. Perché un credito possa essere considerato un "valore patrimoniale", rientrante nel campo di applicazione dell'articolo 1 del Protocollo n. 1, il titolare del credito deve dimostrare che esso ha sufficiente fondamento nel diritto interno, ad esempio che è confermato da una consolidata giurisprudenza dei tribunali nazionali. Una volta dimostrato ciò, può entrare in gioco il concetto del "legittimo affidamento" (cfr. *Maurice c. Francia* [GC], n. 11810/03, § 63, CEDU 2005 IX).

L'Articolo 1 del Protocollo n. 1 non garantisce, di per sé, qualsiasi diritto di diventare proprietario di un bene (*Slivenko c. Lettonia* (dec.) [GC], n. 48321/99, § 121,

CEDU 2002-II; e *Kopecný c. Slovacchia* [GC], n. 44912/98, § 35 (b), CEDU 2004-IX). Né garantisce, in quanto tale, il diritto a una pensione di un determinato importo (cfr., a titolo esemplificativo, *Kjartan Ásmundsson c. Islanda*, n. 60669/00, § 39, CEDU 2004-IX; *Domalewski c. Poland* (dec.), n. 34610/97, CEDU 1999-V; e *Janković c. Croazia* (dec.), n. 43440/98, CEDU 2000-X). Allo stesso modo, non garantisce neppure il diritto di conseguire una pensione per le attività prestate in uno Stato diverso dallo Stato convenuto (cfr. *L.B. c. Austria* (dec.), n. 39802/98, 18 aprile 2002). Tuttavia, un “credito” relativo ad una pensione può costituire un “valore patrimoniale” ai sensi dell’Articolo 1 del Protocollo n. 1, laddove esso abbia sufficiente fondamento nel diritto interno, ad esempio laddove sia stato confermato da una sentenza definitiva (cfr. *Pravednaya c. Russia*, n. 69529/01, §§ 37-39, 18 novembre 2004). Inoltre, se non esiste un diritto ad una pensione di importo particolare, una sostanziale riduzione dei benefici esistenti potrebbe essere considerato come incidente sulla sostanza stessa dei diritti di cui all’articolo 1 del Protocollo n. 1 (*Müller c. Austria*, n. 5849 / 72, Rapporto del 1 ° ottobre 1975, DR 3, p. 25); dunque, se l’importo di un beneficio previdenziale è ridotto o sospeso, ciò può costituire un’ingerenza nella proprietà, che deve essere giustificata (cfr. *Kjartan Ásmundsson*, sopra citata, § 40, e *Rasmussen c. Polonia*, n. 38886/05, § 71, 28 aprile 2009).

Condizione essenziale affinché un’ingerenza sia considerata compatibile con l’Articolo 1 del Protocollo n. 1 è che essa sia legale. Qualsiasi ingerenza di un’autorità pubblica nel pacifico godimento della proprietà può essere giustificata nella prospettiva dell’interesse pubblico (o generale).

L’articolo 1 del Protocollo n. 1, secondo la giurisprudenza della Corte, non impone alcuna restrizione alla libertà di Stati contraenti di adottare o meno un sistema di assistenza sociale o di scegliere il tipo o il livello delle prestazioni dovrebbe essere accordato nell’ambito di regime. Gli Stati contraenti godono di un certo margine di apprezzamento in termini economici o sociali; possono determinare se e in quale misura le differenze in situazioni altrimenti simili giustificare un trattamento diverso.

La Corte riconosce in linea di massima che le autorità nazionali, grazie ad una conoscenza diretta della loro società e dei bisogni della stessa, possano stabilire cosa rientri “nel pubblico interesse” meglio del giudice internazionale (sono “*mieux placés*”): di conseguenza, nel sistema di tutela creato dalla Convenzione, spetta ad esse pronunciarsi per prime sull’esistenza di un problema d’interesse generale, che giustifichi l’adozione di misure che interferiscono con il pacifico godimento della proprietà (cfr. *Terazzi S.r.l. c. Italy*, n. 27265/95, § 85, 17 ottobre 2002, e *Wieżorek c. Poland*, n. 18176/05, § 59, 8 dicembre 2009).

In *Agrati c. Italia*, 2011, la Corte ha ribadito che <<le autorità nazionali sono in via di principio in una posizione migliore rispetto al giudice internazionale per determinare ciò che rientra nel concetto di “pubblica utilità”. Nel sistema di tutela istituito dalla Convenzione, le autorità nazionali devono quindi decidere per prime se esiste un interesse generale che giustifica la privazione della proprietà. Di conseguenza, esse dispongono di un certo margine di apprezzamento. La decisione di adottare una legislazione restrittiva della proprietà di solito comporta valutazioni di

ordine politico, economico e sociale. Considerando normale che il legislatore disponga di un'ampia libertà di condurre una politica economica e sociale, la Corte deve rispettare il modo in cui egli concepisce gli imperativi di "pubblica utilità" a meno che la sua decisione sia manifestamente priva di ragionevole fondamento (*Presse Compania Naviera SA e altri c. Belgio*, 20 novembre 1995, § 37, Serie A, n. 332, e *Broniowski c. Polonia* [GC], n. 31443/96, § 149, C.E.D.U. 2004-V). In linea generale, il solo interesse economico non giustifica l'intervento di una legge retroattiva di convalida (di misure restrittive della proprietà)>>.

Nel caso *Puzinas contro la Lituania*, 2005, la Corte ha dichiarato che "con la conoscenza diretta della loro società e dei suoi bisogni, le autorità nazionali sono in linea di principio una posizione migliore rispetto al giudice internazionale di determinare quello che è nel pubblico interesse economico o sociale, e la Corte si riunisce in linea di principio come lo stato sviluppa le esigenze del pubblico, a meno che la sua decisione si rivela "manifestamente priva di fondamento ragionevole" (nella specie, la decisione ha ritenuto che rimane nell'ambito della discrezionalità dello Stato la scelta politica di utilizzare la maggior parte della retribuzione del detenuto a titolo di contributo alle spese di manutenzione piuttosto che al versamento di contributi previdenziali per il lavoro prestato in carcere dal lavoratore detenuto).

La Corte ritiene tuttavia che, quando uno Stato contraente sta attuando una legislazione che prevede il pagamento delle prestazioni sociali, ivi compresa quelle la cui attribuzione dipende dal previo pagamento di contributi, tale beneficio non può essere concesso in modo discriminatorio: secondo la giurisprudenza della Corte (*Stec e altri c. Regno Unito* (6 luglio 2005), vi è una violazione dell'art. 14 in tutti i casi in cui una distinzione non persegue un "obiettivo legittimo" o che non c'è un "ragionevole rapporto di proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo perseguito."

Si richiama sul punto la giurisprudenza riportata *infra* nel paragrafo relativo alle discriminazioni ed alla violazione dell'art. 14 della Convenzione.

L'Articolo 1 del Protocollo n. 1 richiede infatti che ogni ingerenza debba essere ragionevolmente proporzionata al fine perseguito (cfr. *Jahn e altri c. Germania* [GC], nn. 46720/99, 72203/01 e 72552/01, §§ 81-94, CEDU 2005-VI), mentre il requisito dell'equo bilanciamento non è rispettato, se la persona interessata deve sostenere un onere individuale eccessivo (cfr. *Sporrong e Lönnroth c. Svezia*, 23 settembre 1982, §§ 69-74, Serie A n. 52).

In tema di prestazioni sociali, sui requisiti previsti vanno richiamate le seguenti pronunce.

Quanto al requisito dell'incollocamento, si richiama il caso *Schuitemaker c. Paesi Bassi* (dec.), n. 15906/08, 4 maggio 2010.

Il caso riguardava l'onere di dimostrare il proprio stato di incollocamento per beneficiare di date prestazioni, secondo le previsioni di legge. Il ricorrente aveva contestato la legittimità dell'onere, ritenendo che equivaleva ad imporgli di accettare

un lavoro non voluto, in violazione dell'art. 4 della Convenzione che punisce il lavoro obbligatorio.

La Corte ha rilevato che l'obbligo è in effetti una condizione per la concessione delle prestazioni ai sensi della disciplina dell'assistenza sociale. A parere della Corte, si deve, in generale, ammettere che uno Stato che istituisce un sistema di sicurezza sociale ha pieno diritto di impostare le condizioni per l'accesso alle persone che desiderano beneficiare. In particolare, una condizione il cui effetto è quello di richiedere ad una persona di dimostrare che si è adoperata per ottenere e conservare un impiego "generalmente accettato" non può essere considerata irragionevole o pari a un obbligo di eseguire lavoro forzato o obbligatorio ai sensi dell'articolo 4. Ciò è vero tanto più nell'ordinamento interessato dal caso, visto che la normativa olandese prevede che i destinatari di benefici ai sensi della legge sull'assistenza sociale non sono tenuti a cercare e accettare un lavoro che non è generalmente socialmente accettato o per i quali hanno obiezioni di coscienza. Pertanto, la condizione di cui trattasi non può essere equiparata all'imposizione di lavoro forzato o obbligatorio, ai sensi dell'articolo 4, § 2 della Convenzione.

Particolarmente importante, per la sua attualità e per la controvertibilità della soluzione data dalla Grand Chambre, il caso *Stummer c. Austria* [GC], n. 37452/02, 7 Luglio 2011 (caso relativo al lavoro prestato dal detenuto senza affiliazione al regime pensionistico¹⁰⁸), cui già si è fatto cenno per alcuni profili relativi alla compatibilità della fattispecie con l'art. 4 della Convenzione. Si ricordano qui le posizioni delle parti in relazione alla asserita violazione dell'art. 1 del Protocollo 1.

Il ricorrente aveva allegato: che i detenuti che lavorano si trovavano nella stessa posizione di altri dipendenti, soprattutto per quanto riguardava la necessità di sostenersi nel tempo in cui non lavoreranno più; che lo Stato riceveva il prodotto del lavoro carcerario, e quindi era ragionevole aspettarsi che provvedesse a versare contributi alla sicurezza sociale; che considerazioni di bilancio non erano sufficienti a giustificare l'esclusione dalla previdenza di un gruppo sociale vulnerabile; che il Governo non aveva dimostrato l'esistenza di ragioni obiettive e ragionevoli che giustificassero il trattamento differenziato in questione; infine, il prigioniero non poteva pagare contributi volontari per i piani pensionistici, perché il costo di assicurazione volontaria avrebbe superato le limitate risorse finanziarie dei prigionieri, dal momento che il 75% dei loro guadagni già modesto era utilizzato dalla legge sulla esecuzione delle pene, quale contributo alle spese di manutenzione.

Il ricorrente aveva allegato nel caso la violazione, oltre che, come detto, dell'art. 4 della Convenzione, anche degli articoli 14 e 1Prot. 1 della Convenzione. Il governo aveva eccepito che: il lavoro penitenziario era al di là del campo di applicazione dell'articolo 4, essendo coperto dalla deroga al divieto di lavoro forzato o

¹⁰⁸ Sulla medesima questione, in precedenza, il caso *Ventuno persone detenute contro Germania* (n.3134/67, Decisione della Commissione del 6 aprile 1968), in cui i ricorrenti avevano chiesto una maggiore remunerazione del loro lavoro ed avevano lamentato che erano soggetti a lavoro forzato e obbligatorio in prigione senza pagamento adeguato e senza assicurazione sociale; la Commissione ha ritenuto irricevibile il ricorso, ritenendo che l'art. 4 della Convenzione non contenesse alcuna disposizione riguardante la remunerazione e l'assicurazione dei detenuti per il loro lavoro.

obbligatorio ai sensi dell'articolo 4 §3; il lavoro carcerario si differenziava notevolmente da normali lavori in quanto non era il risultato di un contatto, ma mirava essenzialmente a promuovere il reinserimento e la riabilitazione delle persone interessate, e quindi i prigionieri che lavoravano non erano in una situazione simile a quella dei lavoratori ordinari; il legislatore non contava i periodi di lavoro compiuti da un prigioniero come periodi di assicurazione o come periodi sostitutivi per ragioni oggettive, perché non poteva equiparare i prigionieri per colpe commesse a coloro che non potevano lavorare per motivi per socialmente accettabili (come nel caso della formazione scolastica, la nascita di un bambino, la disoccupazione, malattia, servizio militare o servizio civile); gli Stati contraenti godevano di un ampio potere discrezionale per organizzare i loro sistemi previdenziali, e nel caso i detenuti erano affiliati al sistema di assicurazione contro la disoccupazione, ma non quello delle pensioni; in ogni caso, i prigionieri avevano diritto di versare i contributi volontari ai piani pensionistici.

La Corte ha respinto la domanda del ricorrente anche in relazione alle allegate violazioni degli art. 14 e 1 Protocollo 1. La Corte ha considerato, tra l'altro, che la maggioranza degli Stati contraenti prevedono una protezione sociale per i detenuti che lavorano (ad esempio la protezione contro gli infortuni o l'invalidità), ma solo pochi Stati prevedono l'affiliazione del detenuto che lavora al sistema delle pensioni; dunque, manca allo Stato un "consenso europeo" sulla questione in grado di tutelare nel modo richiesto il ricorrente.

È vero, secondo la Corte, che nelle Regole penitenziarie europee del 2006 emerge una tendenza crescente verso l'adesione dei detenuti ai sistemi di previdenza sociale, ma secondo la Corte, questa regola non può comportare un obbligo degli Stati sotto l'articolo 4 della Convenzione. Secondo la Corte, la legge austriaca riflette lo sviluppo del diritto europeo, in quanto riconosce a tutti i detenuti una copertura sanitaria e per gli infortuni e l'affiliazione al sistema di assicurazione contro la disoccupazione (anche se non a quello delle pensioni).

La Corte ha rilevato che, nel suo insieme, il sistema del lavoro carcerario, con la copertura ad esso associata, non è "manifestamente privo di fondamento ragionevole". In un contesto di standard in evoluzione, uno Stato contraente non può essere accusato di aver dato la priorità ad assicurazioni - come il sistema di assicurazione contro la disoccupazione - rispetto ad altre economicamente quasi equivalenti.

Dunque se ciò che era in questione non era tanto la natura del lavoro penitenziario e l'obiettivo perseguito da essa, ma la necessità di un sistema di sicurezza per gli anziani, la Corte ha ammesso che gli obiettivi che avrebbero dovuto giustificare la disparità di trattamento in questione erano legittimi, consistendo nel preservare la coerenza complessiva del sistema di sicurezza sociale. La Corte ha osservato che il sistema delle pensioni è strettamente legato alle scelte fatte in generale dallo Stato in termini economici e sociali: in questa zona, le autorità nazionali sono nella posizione migliore per determinare ciò che è nel pubblico interesse ed hanno un ampio margine di apprezzamento.

La Corte ha ritenuto che lo Stato convenuto non ha superato il margine di apprezzamento di cui godeva in questo settore e che pertanto non si è avuta alcuna violazione dell'articolo 14 in combinato disposto con l'articolo 1 del Protocollo n. 1 alla Convenzione.

La sentenza è stata 'presa maggioranza (10 voti contro 7). Particolarmente motivata (e direi convincente) l'opinione dissenziente che, al contrario, dice che il richiedente è stato oggetto di discriminazioni in quanto, a causa del suo status di prigioniero, non è stato affiliato alla pensione.

Si ricorda in tema che nelle Regole penitenziarie europee 2006, si stabilisce il principio di normalizzazione del lavoro in prigione e si raccomanda esplicitamente (art. 26.17) che "i detenuti che lavorano sono, per quanto possibile, affiliati alla sicurezza sociale nazionale." Il principio della normalizzazione di detenzione contenute nelle regole della prigione riduce allora, osserva l'opinione, il margine di apprezzamento di cui gli Stati possono godere in questo settore.

Si ricorda inoltre che secondo la giurisprudenza della Corte i detenuti continuano a godere di tutti i diritti e le libertà garantiti dalla Convenzione, salvo il diritto alla libertà, e che devono escludersi pertanto trattamenti negativi che costituirebbero una "double peine"; dall'altro, nella stessa giurisprudenza vi è una tendenza che mostra una sempre maggiore protezione dei diritti dei detenuti.

Interessanti sentenze sono state pronunciate in materia di pensione di reversibilità.

Nel caso *Muñoz Díaz c. Spagna*, n. 49151/07, 2009, il pagamento di una pensione di reversibilità è stato negato al richiedente sulla base del fatto che la coppia si era unita secondo un rito *rom* che non aveva effetto nel diritto civile spagnolo. Anche sulla base del consenso europeo per il riconoscimento dei diritti delle minoranze e l'obbligo di proteggere la loro sicurezza, la loro identità e stile di vita, la Corte ha ravvisato una violazione.

Nel caso *Manenc c. Francia* (dec.), n. 66686/09, 21 settembre 2010, è stato dichiarata irricevibile la domanda con la quale si impugnava il rifiuto di concedere una pensione di reversibilità al superstite di un patto civile di solidarietà firmata da due persone dello stesso sesso.

La Corte ha ritenuto che la ricorrente non era, dopo la morte della compagna cui era legata con PACS, in una situazione simile o paragonabile a quella di un coniuge superstite: se infatti la conclusione di un PACS ha una certa solennità, nel senso che va al di là d'un'unica comunità di interesse e conferisce diritti e doveri in materia fiscale, patrimoniale e sociale, il PACS è diverso, però, dal matrimonio, in relazione alle condizioni della sua conclusione (in Francia, anche la diversità tra i sessi), la sua portata specie sul piano successorio (e non essendovi obbligazione patrimoniale alla solidarietà in caso di morte), e la sua rottura, che può derivare da una semplice dichiarazione unilaterale di un partner.

Così la limitazione della portata della normativa alle coppie sposate in esclusione dei partner di un PACS, indipendentemente dal loro orientamento sessuale, rientra nel margine di discrezionalità che la Convenzione lascia agli Stati in questo settore.

Nel caso *Şerife Yigit c. Turchia* [GC], n. 3976/05, 2 novembre 2010, la Corte ha ravvisato la legittimità dell'esclusione del diritto alla reversibilità di una donna sposata solo sul piano religioso: secondo la decisione, il rifiuto da parte del diritto turco di concedere alla ricorrente il beneficio dei diritti sociali del suo compagno, in ragione del fatto che lei non aveva contratto matrimonio civile, è ragionevole e non c'era violazione dell'articolo 14 in combinato disposto con l'articolo 1 del Protocollo n. 1 alla Convenzione, nè violazione dell'articolo 8 della Convenzione.

In *Willis v. Gran Bretagna*, no. 36042/97, 11 giugno 2002, il ricorrente lamentava la discriminazione per il diniego della pensione di reversibilità, prevista solo in favore delle vedove (e non anche dei vedovi).

La Corte ha accolto la domanda, rilevando che la moglie del ricorrente aveva lavorato durante il periodo del matrimonio ed aveva durante quel tempo pagato i contributi previdenziali come lavoratore dipendente esattamente nello stesso modo in cui un uomo nella sua posizione avrebbe fatto, e considerando, inoltre, che il rifiuto delle autorità di concedere al ricorrente il pagamento di un assegno per vedova era basata esclusivamente sul fatto che egli era un uomo.

La Corte ha quindi ritenuto che la differenza di trattamento tra uomini e donne per quanto concerne il diritto al pagamento della pensione di vedova, di cui il ricorrente è stato una vittima, non era basato su una "giustificazione obiettiva e ragionevole", onde vi è stata una violazione dell'articolo 14 della Convenzione in combinato disposto con l'articolo 1 del Protocollo n. 1.

Nello stesso senso, piu' di recente, *Twizell v. Gran Bretagna*, 25379/02, 20 maggio 2008.

In materia di prestazioni sanitarie, vanno ricordate le pronunce relative al diritto di assistenza medica.

Secondo tale giurisprudenza, la Convenzione impone allo Stato di tutelare l'integrità fisica delle persone private della libertà, compresa la somministrazione delle cure medico richiesto (*Rivière c. Francia*, 11 luglio 2006).

In *V.D. c. Romania*, n. 7078/02, 16 Feb 2010, la Corte ha ravvisato una violazione nel rifiuto di fornire cure odontoiatriche e protesi a un prigioniero senza denti ed indigente.

In *Slyusarev v. Russia*, n. 60333/00, 20 aprile 2010, la violazione è stata ravvisata nella confisca da parte della polizia degli occhiali ad un miope dopo il suo arresto, e nella privazione di occhiali in custodia: la Corte constata per la prima volta in questo trattamento degradante contrario all'articolo 3, proprio in quanto protratto a lungo.

Nel caso *Oyal v. Turchia*, n. 4864/05, 23 marzo 2010, la Corte ha riconosciuto, ad un paziente affetto da HIV dalla nascita a causa di emotrasfusioni di sangue infetto, il diritto a una copertura medica completa e gratuita fino alla fine della sua vita, non essendo stata ritenuta sufficiente -per l'obbligo positivo di cui all'articolo 2 (diritto alla

vita)- la riparazione offerta alla parte sul piano nazionale (solo danno patrimoniale e morale).

Altre pronunce hanno riguardato la perdita del diritto a pensione.

Nel caso *Apostolakis c. Grecia*, n. 39574/07, 22 ottobre 2009, la Corte ha ritenuto che la perdita totale ed automatica alla pensione di anzianità a seguito di una condanna penale integra una violazione della Convenzione (articolo 1 del Protocollo n. 1), anche quando sia l'effetto di una condanna penale presa sulla base di una disposizione volta a impedire ai dipendenti pubblici di commettere reati: secondo la Corte si tratta di una misura, ancorché volta a garantire il corretto funzionamento e la credibilità dell'amministrazione, tuttavia sproporzionata perché definitiva, indipendente dal delitto commesso e idonea a privare il dipendente dei propri mezzi di sussistenza.

Nel caso *Klein v. Austria*, n. 57028/00, 3 Mar 2011, la Corte ravvisa del pari una violazione nella perdita dei diritti pensionistici subita da un avvocato dopo la sua radiazione dall'albo, escludendosi che la sanzione possa assicurare un giusto equilibrio tra gli interessi concorrenti in gioco (essendovi un onere eccessivo per l'individuo).

Diverse pronunce della Corte hanno riguardato la misura della pensione.

In argomento va ricordato che, secondo la giurisprudenza della Corte, l'articolo 1 del Protocollo n. 1 non comporta di per sé il diritto ad una pensione di importo particolare, e che, tuttavia, il riconoscimento di un diritto alla pensione è un diritto protetto dalla Convenzione; pertanto, la riduzione o l'eliminazione di una pensione può costituire una violazione della proprietà di una persona, dovendo lo Stato dimostrare la conformità ai requisiti della Convenzione.

Come già detto, l'articolo 1 del Protocollo n. 1 non garantisce, in quanto tale, il diritto a una pensione di un determinato importo (cfr., a titolo esemplificativo, *Kjartan Ásmundsson c. Islanda*, n. 60669/00, § 39, CEDU 2004-IX; *Domalewski c. Polonia* (dec.), n. 34610/97, CEDU 1999-V; e *Janković c. Croazia* (dec.), n. 43440/98, CEDU 2000-X). Allo stesso modo, non garantisce neppure il diritto di conseguire una pensione per le attività prestate in uno Stato diverso dallo Stato convenuto (cfr. L.B. c. Austria (dec.), n. 39802/98, 18 aprile 2002).

Tuttavia, se l'importo di un beneficio previdenziale è ridotto o sospeso, ciò può costituire un'ingerenza nella proprietà, che deve essere giustificata (cfr. *Kjartan Ásmundsson*, sopra citato, § 40, e *Rasmussen c. Polonia*, n. 38886/05, § 71, 28 aprile 2009). L'articolo 1 del Protocollo n. 1 richiede infatti che ogni ingerenza debba essere ragionevolmente proporzionata al fine perseguito (cfr. *Jahn e altri c. Germania* [GC], nn. 46720/99, 72203/01 e 72552/01, §§ 81-94, CEDU 2005-VI). Il requisito dell'equo bilanciamento non è rispettato se la persona interessata deve sostenere un onere individuale eccessivo (cfr. *Sporrong e Lönnroth c. Svezia*, 23 settembre 1982, §§ 69-74, Serie A n. 52).

Fondamentale in materia è il caso *Kjartan Ásmundsson c. Islanda*, n. 60669/0, deciso dalla Corte il 12 ottobre 2004. Nel caso, ove veniva in rilievo un trattamento

pensionistico eliminato da una legge sopravvenuta, la Corte ha ritenuto l'ingerenza nel diritto del privato sproporzionato, proprio per la totale eliminazione della pensione. La Corte ha accordato quindi in via risarcitoria una compensazione pecuniaria, non pari tuttavia all'importo perduto, ma all'importo ritenuto sufficiente a proteggere l'interesse azionato, affermando espressamente che la sola riduzione del trattamento pensionistico sarebbe stata compatibile con la Convenzione.

In particolare, la Corte ha ritenuto che il ricorrente era tenuto a sostenere un onere sproporzionato ed eccessivo, anche tenendo conto del margine di discrezionalità da riconoscere allo Stato in ordine alla legislazione sociale; secondo la Corte, sarebbe stato diverso se il richiedente fosse stato sottoposto ad una riduzione ragionevole e proporzionata dei suoi diritti, senza essere totalmente privato di essi (*Lithgow e altri c. Regno Unito*, 8 luglio 1986, serie A n. 102, pp. 44-45, § 121).

La Corte ha affermato che il ricorrente ha subito un grave pregiudizio a causa della violazione e che deve quindi ricevere una compensazione pecuniaria equamente commisurata al danno subito; tuttavia, la Corte non ha riconosciuto come detto l'intero importo della pensione perduta, proprio perché una riduzione ragionevole e proporzionata dei suoi diritti a pensione sarebbe stata compatibile con la Convenzione.

In *Rasmussen v. Polonia*, no. 38886/05, 28 aprile 2009, la Corte ha affrontato il problema della legittimità della perdita dello status di giudice e della relativa pensione.

In particolare, la disciplina polacca prevedeva che il giudice, dopo il pensionamento, conservasse degli obblighi speciali (in particolare, l'obbligo -ancora disciplinarmente sanzionato- di mantenere la dignità della posizione di giudice) e beneficiasse di un trattamento pensionistico peculiare proprio in ragione di tale posizione; nel contempo, si prevedeva (c.d. *Lustration Act*) che tale status si perdesse in conseguenza di falsità di dichiarazioni relative alla mancata collaborazione con i servizi segreti comunisti.

Nel caso, si era accertata la falsa dichiarazione del giudice polacco, al quale conseguentemente era stato tolto lo *status* (ed i benefici pensionistici speciali ad esso connessi); ciò era stato fatto sulla base dell'applicazione della legge, sopravvenuta al pensionamento del giudice, che prevedeva la rilevanza delle dichiarazioni del tipo suddetto.

Il ricorrente aveva quindi lamentato innanzi alla Corte la violazione dell'art. 6 della Convenzione (per l'applicazione della legge sopravvenuta al suo pensionamento a situazioni pregresse) ed 1 del Protocollo 1 (in ragione della completa perdita della pensione già acquisita).

Il ricorso è stato respinto. Secondo la Corte, il caso ha una somiglianza con una serie di casi contro la Polonia in cui la Commissione ha dichiarato inammissibile sostiene ai sensi dell'articolo 1 del Protocollo n. 1 dai candidati che erano stati privati del loro "stato di veterano di guerra" e relative prestazioni di assicurazione sociale nell'ambito di un legge approvata nel 1991, molti anni dopo la concessione di tale *status*, sulla base del loro servizio come collaboratori con il servizio di sicurezza interna *ex comunista*. Nel respingere le domande, la Commissione ha ricordato che l'articolo

1 del Protocollo n. 1 non può essere interpretato nel senso che conferisce il diritto a una pensione di importo particolare e ha osservato che, pur essendo privati del loro vantaggi particolari delle assicurazioni sociali, i ricorrenti avevano mantenuto i diritti alle loro prestazioni pensionistiche ordinarie dovute ai sensi del sistema generale di previdenza sociale. Si era osservato inoltre che la legge del 1991 era stata in parte intesa come una condanna del ruolo politico che il servizio di sicurezza comunista aveva giocato a reprimere l'opposizione politica al sistema comunista e che tali considerazioni di ordine pubblico, anche se avevano portato alla riduzione delle assicurazioni sociali benefici, non avevano influenzato i diritti di proprietà derivanti dal sistema di assicurazione sociale in maniera contraria all'articolo 1 del Protocollo n. I. (vedi *Styk c. Polonia* (dec.), n. 28356/95, 16 aprile 1998; *Szumilas v. Polonia* (dec.), n. 35187/97, 1 luglio 1998; *Bienkowski c. Polonia* (dec.), n. 33889/97, 9 settembre 1998). In queste circostanze, la Corte ha ritenuto che la perdita dello *status* di "giudice in pensione" e della pensione di vecchiaia speciale allegato a tale *status*, a seguito della presentazione di una dichiarazione di falsa, non costituiva una interferenza con la proprietà diritti del richiedente ai sensi dell'articolo 1 del Protocollo n. 1.

In *Buchen c. Repubblica Ceca*, no 36541/97, 26 novembre 2002, il ricorrente, già giudice militare, aveva in quanto tale diritto all'indennità di pensione militare e ad un premio al momento del pensionamento.

A seguito della soppressione dei tribunali militari e del trasferimento del ricorrente al tribunale regionale ordinario, il pagamento dei detti emolumenti era stato sospeso fino alla data di definitiva cessazione dell'attività di giudice sulla base di un legge giudicata costituzionalmente legittima.

Innanzitutto alla CEDU, il ricorrente lamentava che la sospensione del pagamento del suddetto trattamento di fine rapporto costituiva un'interferenza nei suoi diritti discriminatoria nei confronti di altri militari di carriera, utilizzati come civili dopo la cessazione dalle funzioni militari e beneficiari del detto trattamento (ivi inclusi alcuni *ex* giudici militari transitati alle giurisdizioni ordinarie superiori).

La Corte ha ritenuto la violazione dell'art. 14 e 1 Prot. 1, essendo ingiustificata la differenza di trattamento di situazioni simili, e, sebbene il ricorrente avesse quantificato il danno risarcibile nella somma pari al montante perduto di trattamento, la Corte gli ha riconosciuto solo una somma minore equitativamente attribuita come ristoro del danno, materiale e morale insieme.

La Corte si è occupata della tutela dei benefici pensionistici acquisiti in casi che riguardavano la rimozione di alcuni vantaggi di cui godevano i funzionari statali prima della dissoluzione dello Stato, nel passaggio da un sistema precedente ad uno nuovo.

Si è trattato essenzialmente di casi maturati nel contesto della dissoluzione della *ex* Jugoslavia (casi contro la Croazia, relativi alle pensioni degli *ex* ufficiali dell'Esercito del Popolo jugoslavo) e della riunificazione della Germania (casi relativi alla riduzione dei diritti a pensione dei ricorrenti maturato sotto il sistema della DDR, dopo il loro trasferimento al sistema nella FRG).

Sotto il primo profilo, si ricordano i casi *Janković c. Croazia* (dec.), no. 43440/98, CEDU 2000 X, e *Hadžić c. Croazia*, n. 48788/99, 13 settembre 2001, ove la Corte ha ammesso la legittimità dell'incidenza sul trattamento in godimento.

Nel caso *Jankovic c. Croazia*, relativo alla contestazione di un ricalcolo di una pensione militare, si è posto il problema dell'applicabilità dell'art. 6 ai giudizi pensionistici. La Corte ha dato soluzione positiva al problema, affermando che la disputa sull'importo della pensione è di natura finanziaria e coinvolge un diritto civile ai sensi dell'articolo 6 § 1 della Convenzione (v. sentenza *Schuler-Zraggen c. Svizzera* del 24 giugno 1993, serie A 263, p. 17, § 46; *Massa c. Italia*, 24 agosto 1993, serie A n. 265-B, p. 20, § 26).

Nella decisione la Corte ha affrontato anche il problema della legittimità della riduzione della pensione: nel caso, la Corte ha preso atto che la pensione del ricorrente era stata ridotta, ma in misura non inferiore a quella di tutte le altre categorie di pensionati in Croazia, sicché il ricorrente aveva perso solo certi privilegi di cui aveva fruito in precedenza come un ufficiale di uno Stato che non esisteva più (in altri termini, la riduzione delle pensioni di *ex* ufficiali delle forze armate del popolo jugoslavo era un modo per integrare queste pensioni nel sistema pensionistico generale, in Croazia: v., *mutatis mutandis*, *Schwengel c. Germania* (dec.) n. 52442, CEDH 2000).

La Corte ha rilevato inoltre che lo Stato aveva un margine piuttosto ampio di discrezionalità nel regolare la sua politica sociale. Questo valeva in particolare nel contesto della dissoluzione della *ex* Jugoslavia e per le persone a cui il vecchio Stato aveva concesso privilegi speciali, ad esempio, i membri del vecchio esercito dello Stato, soprattutto in considerazione del fatto che dal gennaio 1973 tutti i contributi al fondo pensioni degli ufficiali dell'Esercito del Popolo jugoslavo erano stati versati al Fondo federale di Belgrado.

Proprio la considerazione della situazione specifica, e tenuto conto del fatto che il pensionato aveva perso solo una piccola parte della sua pensione, mantenendo per converso tutti i diritti relativi alla sua pensione ordinaria nell'ambito del piano di assicurazione sociale, la Corte ha rilevato che il diritto del ricorrente di ottenere benefici dal sistema di assicurazione sociale non era stata violato in un modo che poteva ritenersi contrario all'articolo 1 del Protocollo n. 1.

Con riferimento ai casi tedeschi, si trattava di casi, successivi alla riunificazione della Germania, relativi alla la riduzione dei diritti a pensione dei ricorrenti maturati sotto il sistema della DDR, dopo il loro trasferimento al sistema nella FRG. In essi, la Corte ha, tra l'altro, sottolineato il margine di discrezionalità lasciato allo Stato nel contesto unico della riunificazione tedesca e ha tenuto conto delle difficoltà pratiche di incorporare uno schema di pensionamento in altro schema conseguente alla trasformazione (*Schwengel c. Germania* (dec.), no. 52442/99, 2 marzo 2000; *Kuna c. Germania* (dec.), no. 52449/99, CEDU 2001 V (estratti); *Lenz c. Germania* (dec.), no. 40862/98, CEDU 2001 X).

La Corte ha affrontato anche il problema della legittimità del diniego della rilevanza dei periodi lavorativi trascorsi all'estero ai fini della pensione richiesta in un altro Stato.

In *Kohls c. Germania* (dec.), no. 72719/01, 13 novembre 2003, il ricorrente, cittadino tedesco di origine ebraica, era fuggito in Argentina nel 1937, da dove aveva fatto ritorno in Germania solo nel 1965; qui aveva chiesto inutilmente il computo del tempo trascorso all'estero allevando i figli ivi nati. Per la Corte, la soluzione negativa data dall'amministrazione tedesca era stata giustificata in considerazione delle ragioni addotte dai giudici nazionali, che non poteva essere considerata come arbitraria o irragionevole: questi avevano ritenuto che la situazione del ricorrente non poteva essere paragonata a quella di persone cui era stato impedito di tornare in Germania a causa di misure coercitive di altri paesi o situazioni di guerra, atteso che la Repubblica di Germania non aveva mai impedito il ritorno al ricorrente, che invece aveva scelto di rimanere in esilio.

Secondo la Corte, il legislatore non era obbligato a tener conto del tempo trascorso dal ricorrente nel paese straniero, né, per altro verso, la Corte ha riscontrato prove di discriminazione, atteso che le autorità nazionali non avevano basato le loro decisioni su considerazioni relative alla religione del richiedente o alla sua provenienza.

Sul tema dell'importo della pensione, la Corte si è occupata della legittimità di previsioni normative che stabiliscono tetti pensionistici.

Nel caso *Valkov e altri contro Bulgaria*, ric. 2033/04 ed altri, 2011 la Corte ha ritenuto che il *plafonnement* aveva perseguito uno scopo legittimo di interesse generale (il risparmio di spesa del sistema pensionistico) e che nel caso i ricorrenti avevano dovuto subire non una perdita totale, ma una riduzione ragionevole dei loro diritti pensionistici.

La Corte ha inoltre riconosciuto che lo Stato gode di un ampio margine di discrezionalità per quanto riguarda la materia, specie nel contesto di un cambio di regime o di politica economica, tanto più che nel caso si aveva avuto una transizione del paese da un'economia pianificata con mercato centralizzato e completamente pubblico ad una basata sulla proprietà privata; lo schema adottato in ogni paese è una scelta delle autorità nazionali, che sono maggiormente in grado rispetto ad un tribunale internazionale di valutare i bisogni e le condizioni a livello nazionale.

La questione della riduzione del trattamento pensionistico in godimento spesso si associa a quella, distinta, della retroattività delle disposizioni normative sopravvenute, ciò che pone anche un problema con riferimento all'art. 6 della Convenzione (problema già esaminato nel paragrafo relativo).

Il problema della legittimità delle riliquidazioni delle pensioni sulla base di disposizioni sopravvenute è stato affrontato in *Pravednaya v. Russia*, n. 69529/01, 18 novembre 2004.

Nel caso, si trattava di riliquidazione -di prestazione già riconosciuta giudizialmente- secondo un nuovo criterio di aggiornamento, volto considerare il rapporto tra il salario finale dell'individuo al momento del pensionamento e il salario

medio nazionale, ed avente lo scopo di mantenere un collegamento tra la pensione di una persona ed i guadagni precedenti.

Secondo la Corte, il possibile interesse dello Stato nel garantire un'applicazione uniforme della legge sulle pensioni non potrebbe portare alla rideterminazione retroattiva dell'emolumento già giudizialmente riconosciuto.

La Corte ha affermato che, privando il ricorrente del diritto di beneficiare della pensione nell'importo garantito da una sentenza definitiva, lo Stato ha sconvolto un giusto equilibrio tra gli interessi in gioco (vedere, *mutatis mutandis* *Pressos Compania Naviera SA e altri c. Belgio*, sentenza del 20 novembre 1995, serie A. n. 332, § 43).

In **Domalewski v. Polonia**, (dec.), no. 34610/97, 1999, il ricorrente, titolare di pensione di anzianità e di pensione prevista per i vecchi combattenti, si era visto revocare quest'ultima pensione a seguito di una legge che escludeva il beneficio per coloro che, come il ricorrente, avevano svolto funzioni nel Ministero per la Sicurezza pubblica. Aveva quindi adito la CEDU lamentando violazione dell'art. 6 (per non essere stato sentito nel procedimento di revoca) e 14 (per essere stato discriminato rispetto ad altri combattenti).

La Corte ha ritenuto che il ricorrente si fosse lamentato in sostanza dell'esito del procedimento dinanzi alle autorità e degli errori di fatto asseritamente commessi, sicché la sua domanda invocava in sostanza una nuova valutazione nel merito; tale domanda, ha statuito la Corte, è inammissibile, atteso che, ai sensi dell'articolo 19 della Convenzione, la Corte ha il compito di garantire il rispetto degli impegni ai sensi della Convenzione per le parti contraenti e non è chiamata a valutare errori di fatto o di diritto asseritamente commessi da un giudice nazionale (a meno che, e nella misura in cui, essi possono avere violato i diritti e le libertà tutelati dalla Convenzione: vedi *García Ruiz c. Spagna* [GC], n. 30544/96, § 28, CEDU 1999-I).

Quanto all'asserita discriminazione, la Corte, valutando la domanda come sostanzialmente ricadente anche nell'ambito del campo di applicazione dell'art. 1 Protocollo 1 (norma però non invocata dal ricorrente), ha sottolineato che le misure legislative adottate dallo Stato polacco nei confronti dei funzionari del ministero della Sicurezza pubblica avevano una giustificazione oggettiva e ragionevole ed uno scopo legittimo, essendo volte a governare il funzionamento dei privilegi eccezionali e ad escluderli per le persone per le quali non si giustificava l'onorificenza (la quale presupponeva un impegno estraneo alle occupazioni ordinarie).

In **Bulgakova v. Russia**, n. 69524/01, 18 gennaio 2007, il ricorrente, titolare di pensione di vecchiaia, a seguito di una legge sopravvenuta si era visto ricalcolare la sua pensione; in particolare, la legge aveva introdotto un nuovo metodo di calcolo delle pensioni, introducendo un "moltiplicatore individuale" avente lo scopo di collegare la pensione alla retribuzione precedentemente goduta.

Il ricorrente aveva contestato il ricalcolo della sua pensione in giudizio e la sentenza favorevole al ricorrente era divenuta definitiva.

Era quindi accaduto che il Ministero del Lavoro aveva emesso istruzioni dettagliate sull'applicazione della legge e, sulla base di queste, qualificate come

“circostanza di recente scoperta”, il caso era stato riaperto e si era concluso sfavorevolmente per il ricorrente.

Questi aveva quindi adito la CEDU denunciando la violazione degli articoli 6 e 1 del Protocollo 1 della Convenzione.

Nel caso, la Corte ha intanto ritenuto che la controversia circa una pensione statale è “civile” ai sensi dell’articolo 6 della Convenzione: secondo la Corte, sebbene i diritti socio-economici, come il diritto alla pensione statale, hanno la loro origine nel diritto pubblico, tuttavia sono tutelati dall’art. 6 § 1 (cfr. *Schuler -Zraggen c. Svizzera*, sentenza del 24 giugno 1993, serie A no. 263, p. 17, § 46, e *Massa c. Italia*, sentenza del 24 agosto 1993, serie A no. 265-B, p. 20, § 26; *Androsov c. Russia*, no 63973/00, § 48 e ss., 6 ottobre 2005).

La Corte ha quindi affermato la violazione della norma in ragione della violazione del giudicato e dell’applicazione retroattiva di una legge sopravvenuta.

Sotto quest’ultimo profilo, richiamando vari precedenti (*Il National Building Society ed altri c. Regno Unito*, sentenza del 23 ottobre 1997, Raccolta 1997-VII, § 112; *Zielinski e Pradal & Gonzalez e altri c. Francia* [GC], n. 24846/94 e 34165/96 a 34173/96, §57, CEDU 1999-VII; *Smokovitis e altri c. Grecia* (n ° 46356/99, §23, 11 aprile 2002), la Corte ha dichiarato che, mentre in linea di principio al legislatore non è precluso in materia civile di adottare nuove disposizioni retroattive volte a regolare i diritti derivanti da leggi vigenti, il principio dello Stato di diritto e la nozione di processo equo sancito dall’articolo 6 esclude qualsiasi interferenza da parte del legislatore - diversi da quelli per gravi motivi di interesse generale - verso l’amministrazione della giustizia destinati ad influenzare la soluzione giudiziale di una controversia nella quale lo Stato era una parte.

Tale situazione, a parere della Corte è incompatibile con i principi di certezza del diritto e parità delle armi, sancito dall’articolo 6 § 1 della Convenzione.

Sotto il profilo del giudicato, la Corte rileva che l’interesse dello Stato alla garanzia di un’applicazione uniforme della legge sulle pensioni non può portare alla rideterminazione retrospettiva del lavoro giudiziario già fatto e definito (*Pravednaya v. Russia* (dec.), no. 69529/01, 25 settembre 2003).

La Corte ha ravvisato anche una violazione dell’art. 1 del protocollo n. 1, in quanto, se il ricalcolo di una pensione e la sua conseguente riduzione, come tale, non violano l’articolo 1 del Protocollo n. 1 (*Skorkiewicz v. Polonia* (dec.), no. 39860/98, 1 giugno 1998), tuttavia, nel caso concreto, la retrodatazione del ricalcolo delle somme dovute comporta un onere individuale ed eccessivo per il richiedente, incompatibile come tale con l’articolo 1 del Protocollo n. 1.

7.9. Il caso dei trasferimenti di contributi previdenziali dalla svizzera in italia.

L’accordo aggiuntivo alla Convenzione tra l’Italia e la Svizzera sulla sicurezza sociale concluso a Berna nel 1969 e ratificato con legge del 1973 stabiliva la possibilità per i lavoratori italiani di trasferire in Italia i contributi versati in Svizzera, anche ai fini del calcolo della pensione secondo il metodo contributivo; l’INPS calcolava tali

contributi tenendo conto della più bassa aliquota vigente nello stato elvetico. Si stabilizzava una giurisprudenza anche di legittimità (**Cass. n. 4623/2004, Cass. n. 20723/2004, Cass. n. 7455/2005**) favorevole ai lavoratori e veniva quindi adottata nella legge finanziaria per il 2006 una norma interpretativa che stabiliva che, in questi casi, occorreva guardare non alla retribuzione effettiva percepita in Svizzera dai lavoratori come da loro richiesto, ma quella imponibile, ossia quella sulla base della quale sono stati versati i contributi, accedendo quindi alla prassi INPS.

La norma interpretativa veniva ritenuta legittima della **Corte costituzionale con sentenza 172/2008**, secondo la quale “Non è fondata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 1, comma 777, della legge 27 dicembre 2006 n. 296 - il quale prevede che “L’articolo 5, secondo comma, del decreto del Presidente della Repubblica 27 aprile 1968, n. 488, e successive modificazioni, si interpreta nel senso che, in caso di trasferimento presso l’assicurazione generale obbligatoria italiana dei contributi versati ad enti previdenziali di Paesi esteri in conseguenza di convenzioni ed accordi internazionali di sicurezza sociale, la retribuzione pensionabile relativa ai periodi di lavoro svolto nei Paesi esteri è determinata moltiplicando l’importo dei contributi trasferiti per cento e dividendo il risultato per l’aliquota contributiva per l’invalidità, vecchiaia e superstiti in vigore nel periodo cui i contributi si riferiscono. Sono fatti salvi i trattamenti pensionistici più favorevoli già liquidati alla data di entrata in vigore della presente legge.” -, sollevata in riferimento agli artt. 3, primo comma, 35, quarto comma, e 38, secondo comma, della Costituzione, per ritenuta violazione del principio di affidamento imputabile all’efficacia retroattiva di norma di carattere innovativo e per ingiustificato deterioro trattamento dei lavoratori italiani emigrati all’estero ed incidenza sulla garanzia previdenziale. Infatti, posto che le previsioni espresse dall’art. 5, secondo comma, del d.P.R. n. 488 del 1968 e dalle successive disposizioni in materia - collocandosi nell’ambito di un sistema previdenziale tendente alla corrispondenza fra le risorse disponibili e le prestazioni erogate, in ossequio al vincolo imposto dall’art. 81, quarto comma, della Costituzione - implicano che il rapporto tra la retribuzione pensionabile e la massa dei contributi disponibili sia quello espresso dalle aliquote contributive previste in Italia, la disposizione censurata, disponendo che la retribuzione percepita all’estero, da porre a base del calcolo della pensione, sia riproporzionata al fine di stabilire lo stesso rapporto percentuale previsto per i contributi versati nel nostro Paese nel medesimo periodo, - ha reso esplicito un precetto già contenuto nelle disposizioni oggetto dell’interpretazione autentica. Sotto tale profilo essa non è quindi irragionevole. La norma censurata, inoltre, assegnando alla disposizione interpretata un significato rientrante nelle possibili letture del testo originario, non determina alcuna lesione dell’affidamento del cittadino nella certezza dell’ordinamento giuridico. Né sussiste violazione del principio di eguaglianza, perché la salvezza delle posizioni dei lavoratori, cui già sia stato liquidato il trattamento pensionistico secondo un criterio più favorevole, risponde all’esigenza di rispettare il principio dell’affidamento ed i diritti ormai acquisiti di detti lavoratori. Non è leso neppure l’art. 35, quarto comma, Cost., perché la disposizione censurata non attribuisce al lavoro prestato all’estero un trattamento deterioro rispetto a quello svolto in Italia, ma anzi assicura la razionalità complessiva del sistema previdenziale,

evitando che, a fronte di una esigua contribuzione versata nel Paese estero, si possano ottenere le stesse utilità che chi ha prestato attività lavorativa esclusivamente in Italia può conseguire solo grazie ad una contribuzione molto più gravosa. Infine, non è ravvisabile un contrasto con l'art. 38, secondo comma, Cost., perché la norma censurata non determina alcuna riduzione *ex post* del trattamento previdenziale spettante ai lavoratori. - Sulla esplicitazione, ad opera di una disposizione censurata, di un precetto già contenuto nelle disposizioni oggetto dell'interpretazione autentica, v. le citate sentenze n. 274 e n. 135/2006”.

Quindi la Cassazione mutava indirizzo (**Cass. n. 3676/2009, 23574/2008**) con il rigetto dei ricorsi degli assicurati. **Cass., Sez. L, sentenza n. 23574 del 12/09/2008** (Rv. 604697) precisava in particolare, che, in base all'art. 5, secondo comma, del d.P.R. n. 488 del 1968, come interpretato autenticamente dall'art. 1, comma 777, della legge n. 296 del 2006 - che ha superato il vaglio di legittimità costituzionale a seguito della sentenza n. 172 del 2008 della Corte costituzionale, in ipotesi di trasferimento presso l'assicurazione generale obbligatoria italiana dei contributi versati ad enti previdenziali di Paesi esteri in conseguenza di convenzioni ed accordi internazionali di sicurezza sociale, la retribuzione pensionabile relativa ai periodi di lavoro svolto nei Paesi esteri è determinata moltiplicando l'importo dei contributi trasferiti per cento e dividendo il risultato per l'aliquota contributiva per invalidità, vecchiaia e superstiti in vigore nel periodo cui i contributi si riferiscono. (Nella specie la S.C. ha confermato la sentenza impugnata che aveva respinto la domanda, proposta da una assicurata nei confronti dell'I.N.P.S., di riliquidazione della pensione di anzianità, in godimento dal gennaio 1996, sulla base della retribuzione percepita in Svizzera negli ultimi cinque anni di lavoro, invocando la Convenzione tra Italia e Svizzera sulla sicurezza sociale del 14 dicembre 1962, e successivi accordi aggiuntivi, ratificata con legge n. 283 del 1973).

Per **Cass. Sez. L, Sentenza n. 3676 del 13/02/2009** (Rv. 606894), in base all'art. 5, secondo comma, del d.P.R. n. 488 del 1968, come interpretato autenticamente dall'art. 1, comma 777, della legge n. 296 del 2006 - che ha superato il vaglio di legittimità costituzionale a seguito della sentenza n. 172 del 2008 della Corte costituzionale - in ipotesi di trasferimento presso l'assicurazione generale obbligatoria italiana dei contributi versati ad enti previdenziali di Paesi esteri in conseguenza di convenzioni ed accordi internazionali di sicurezza sociale, la retribuzione pensionabile relativa ai periodi di lavoro svolto nei Paesi esteri è determinata in conformità dei criteri stabiliti dalla anzidetta disposizione, anche se più sfavorevoli di quelli del Paese nel quale la retribuzione è stata effettivamente percepita dal lavoratore (nella specie, Svizzera), e ciò al fine di rendere omogeneo al sistema italiano il rapporto tra retribuzione pensionabile e contributi versati.

Con la recente sentenza **Maggio del 31.5.2011** la Corte di Strasburgo ha ritenuto violata la norma di cui all'art. 6 (giusto processo) in quanto la norma retroattiva incideva su processi in corso mutandone il corso, benché lo Stato fosse parte in causa. Invece non ha ritenuto violato il Protocollo n. 1 in quanto lo stato aveva una discrezionalità nel regolare il trattamento pensionistico ed una limitazione della pensione appariva non irragionevole posta l'aliquota diversa vigente per il periodo in

Svizzera: non é stata conseguentemente ravvisata neppure una violazione del divieto di discriminazione (art. 14), non essendo tale norma, come detto, autonoma.

In particolare, la Corte ha rilevato che il ricorrente, per effetto dell'applicazione retroattiva di una legge interpretativa (fattispecie già giudicata in violazione dell'art. 6), ha perso molto meno della metà della sua pensione e, nell'escludere la violazione anche dell'art. 1 del Protocollo 1, la Corte ha reputato che il ricorrente sia stato obbligato a sopportare una riduzione ragionevole e commisurata, anziché essere totalmente privato dei suoi diritti (cfr., *a contrario*, *Kjartan Ásmundsson*, sopra citato § 45). Di conseguenza, il diritto del ricorrente di beneficiare del regime di previdenza sociale in parola, non ha subito ingerenze tali da pregiudicare i suoi diritti pensionistici nella loro essenza. Nel caso, dunque, la Corte, tenuto conto dell'ampio margine di apprezzamento dello Stato nel disciplinare il suo regime pensionistico e del fatto che il ricorrente ha perso solo un ammontare parziale della sua pensione, ha ritenuto che il ricorrente non sia stato costretto a sopportare un onere individuale eccessivo.

Alla pronuncia CEDU è seguita una nuova rimessione alla Corte costituzionale per contrasto con la Convenzione, sebbene vi sia stata solo una violazione di natura procedurale, e non sostanziale (il che porrebbe, a ben vedere, problemi di *rilevanza* della questione di costituzionalità).

Cass., Sez. L, Ordinanza interlocutoria n. 23834 del 15/11/2011 (Rv. 619655), ha sollevato nuovamente la questione di legittimità costituzionale, ritenendo non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 777, della legge 27 dicembre 2006 n. 296, con riferimento all'art. 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 6, paragrafo 1, della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, come interpretato dalla sentenza 31 maggio 2011, Maggio contro Italia, della Corte europea dei diritti dell'uomo, nella parte in cui prevede che la retribuzione percepita all'estero, da porre a base del calcolo della pensione, deve essere riproporzionata al fine di stabilire lo stesso rapporto percentuale previsto per i contributi versati in Italia nel medesimo periodo, così introducendo, nell'ordinamento, un'interpretazione dell'art. 5, secondo comma, del d.P.R. 27 aprile 1968 n. 488 e successive modificazioni, in senso sfavorevole alle posizioni degli assicurati anche quando parti di giudizi pendenti contro lo Stato nella veste dell'ente previdenziale. Difatti, secondo la menzionata giurisprudenza sovranazionale, benché al legislatore non sia inibito disciplinare, mediante disposizioni retroattive, diritti derivanti da leggi in vigore, il principio della preminenza del diritto e la nozione di processo equo precludono, tranne che per impellenti motivi d'interesse generale che non possono risolversi in considerazioni di carattere meramente finanziario, l'interferenza legislativa arbitraria sui procedimenti giurisdizionali. avvantaggiando la posizione dello Stato e svantaggiando quella delle controparti.

7.10. Discriminazione.

Con riferimento alla discriminazione, va ricordato che l'articolo 14 della Convenzione non ha secondo la giurisprudenza della Corte un'esistenza indipendente,

ma integra le altre disposizioni sostanziali della Convenzione e dei Protocolli, nel senso che ha effetto unicamente in relazione al “godimento dei diritti e delle libertà”, tutelati da tali disposizioni.

Peraltro, l'applicazione dell'articolo 14 non presuppone necessariamente la violazione di uno dei diritti sostanziali garantiti dalla Convenzione, essendo necessario e sufficiente che i fatti cadano “nell'ambito” di una o più delle disposizioni della Convenzione.

La Corte afferma in generale nelle sue sentenze che, ai fini dell'art. 14, una differenza di trattamento tra le persone in situazioni analoghe o simili è discriminatoria se non si basa su una giustificazione obiettiva e ragionevole, vale a dire se non persegue un obiettivo legittimo o se non c'è un ragionevole rapporto di proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo perseguito.

Gli Stati contraenti godono di un certo margine di discrezionalità nel valutare se e in quale misura le differenze in situazioni altrimenti simili possano giustificare un trattamento diverso (*Van Raalte c. Paesi Bassi*, il 21 febbraio 1997, serie sentenze e decisioni 1997-I, § 39; *Larkos contro Cipro* [GC], n. 29515/95, § 29, CEDU 1999-I, e *Stec e altri c. Regno Unito* [GC], n. 65731/01, § 51, CEDU 2006 - (VI)).

La Convenzione di solito lascia agli Stati un ampio margine di apprezzamento nel campo delle misure generali di politica economica o sociale (vedi, ad esempio, *James e altri c. Regno Unito*, 21 febbraio 1986, serie A [nessun 98, § 46, *Building Society e altri c. Regno Unito*, 23 ottobre 1997, Raccolta 1997-VII, § 80). Gli Stati contraenti possono valutare le peculiarità del caso concreto (v. in particolare *Larkos c. Cipro* [GC], n. 29515/95, § 29, CEDU 1999-I), e ciò in quanto, a causa della loro conoscenza diretta della loro società e dei suoi bisogni, le autorità nazionali sono in linea di principio in una posizione migliore rispetto al giudice internazionale nel determinare ciò che è di interesse pubblico nella vita economica e sociale; del resto, la Corte riconosce in linea di principio la scelta del legislatore, a meno che la sua decisione si rivela “manifestamente prive di fondamento ragionevole”.

L'estensione del margine di apprezzamento varia a seconda delle circostanze e delle materie interessate (*Petrovic c. Austria*, 27 marzo 1998, Raccolta 1998-II, § 38); così, ad esempio, la Corte ha affermato che solo l'esistenza di ragioni molto importanti può far ritenere in linea con la Convenzione una differenza di trattamento basata sulla nazionalità (*Gaygusuz c. Austria*, 16 settembre 1996, Raccolta 1996-IV, p. 1142, § 42, e *Koua Poirrež c. Francia*, n. 40892/98, § 46, CEDU 2003-X).

Il tema della discriminazione è stato affrontato una delle prime volte nella causa ***Stec ed altri c. Regno Unito***, n. 65731/01 e 65900/01, 12 aprile 2006, già citata.

Si trattava di alcune lavoratrici divenute inabili al lavoro per infortunio sul lavoro, che avevano ottenuto delle indennità per perdita di guadagno (*reducing earnings allowance*, REA; *special hardship allowance*, SHA), indennità che, al raggiungimento del sessantesimo anno di età (età pensionabile per le donne), erano state poi sostituite dall'indennità -di importo notevolmente inferiore- di pensionamento (*retirement allowance*, RA). Le lavoratrici lamentavano la discriminazione per sesso, in relazione alla

diversa età pensionistica prevista per i lavoratori di sesso maschile e femminile (e dunque al minore tempo di godimento per le donne delle indennità di maggior importo sopra dette).

La Corte ha affermato, come già ricordato, che, benché il Protocollo n. 1 non comprenda il diritto di ricevere un pagamento di un emolumento previdenziale, se uno Stato intende creare un sistema previdenziale che prevede degli emolumenti, deve farlo in un modo che è compatibile con l'articolo 14. Applicando, tuttavia, tali principi al caso di specie, la Corte ha escluso la discriminazione, rilevando che il legame delle dette indennità con l'età pensionabile era obiettivamente necessario per assicurare la coerenza con il regime pensionistico e che in ogni caso nel sistema nazionale era in atto un (necessariamente) progressivo riallineamento delle età pensionabili di uomini e donne, in relazione al quale rientrava nel margine di apprezzamento dello Stato la definizione delle tappe del processo.

In *Gaygusuz v. Austria*, no. 17371/90, 16 settembre 1996, veniva in questione il diritto di un lavoratore inabile per motivi di salute a beneficiare di un anticipo sulla sua pensione di anzianità in forma d'indennità di disoccupazione, diritto negato dall'amministrazione per assenza dei requisiti formalmente richiesti per l'anticipazione, ed in particolare di quello della nazionalità.

La Corte ha ritenuto discriminatorio il diniego, in considerazione del fatto che la differenza di trattamento tra austriaci e non austriaci in relazione al diritto agli aiuti d'urgenza non si basava su una giustificazione "oggettiva e ragionevole".

In *Luczak v. Polonia*, n. 77782/01, 27 novembre 2007, era stata negata al ricorrente l'iscrizione ad un sistema pensionistico in ragione della sua nazionalità.

La Corte ha ricordato che solo ragioni molto importanti possono giustificare un trattamento differenziato basato, come nel caso, esclusivamente sulla nazionalità.

Nel caso, veniva in considerazione l'applicazione di un sistema di sicurezza sociale per gli agricoltori, più favorevole di quello della generale sicurezza sociale.

Secondo la Corte, se risulta vi siano ragioni obiettive e ragionevoli per escludere un individuo dal godimento di una prestazione, allora il principio di proporzionalità entra in gioco: ciò significa che, quali che siano le ragioni giustificative dell'esclusione da un regime previdenziale di un singolo, questa esclusione non deve lasciare la persona in una situazione in cui, rischiando la sua vita, egli sarebbe stato privato di ogni sicurezza sociale, sia esso fornito da un regime generale o speciale, non essendo compatibile con le attuali tendenze europee del diritto della sicurezza sociale la possibilità che un lavoratore dipendente o indipendente resti privo di ogni sicurezza sociale.

Con riferimento al caso di specie, la Corte, pur riconoscendo il margine di apprezzamento delle autorità nazionali nel campo della sicurezza sociale, ha constatato che il governo non ha fornito alcuna giustificazione ragionevole ed obiettiva per la disparità di trattamento, tanto più che, per i contributi pagati, il ricorrente aveva contribuito al sistema previdenziale agricolo così come qualsiasi cittadino polacco.

La Corte ha così dichiarato la violazione dell'art. 14 della Convenzione e riconosciuto una compensazione pecuniaria (anche se qui la Corte espressamente dichiara di non voler “speculare sull'importo della futura pensione di vecchiaia a cui il ricorrente avrebbe avuto diritto e la data in cui avrebbe potuto ottenerla”, al fine della liquidazione del danno, limitandosi a riconoscere i danni patrimoniali e non patrimoniali su base di equità).

In *Koua Poirrez c. Francia*, no. 40892/98, 30 settembre 2003, la Corte ha giudicato discriminatoria la mancata concessione ad un extracomunitario di un'indennità per situazione di handicap (*allocation aux adultes handicapés*) in ragione della mancanza di nazionalità.

Secondo la Corte, la differenza di trattamento in merito al diritto alle prestazioni sociali tra cittadini francesi o cittadini di un paese che ha firmato un accordo di reciprocità e di altri cittadini stranieri non era basata su una “giustificazione obiettiva e ragionevole” (si veda, *a contrario*, *Moustaquim c. Belgio*, sentenza del 18 febbraio 1991, serie A no. 193, p. 20, § 49), ed anche se, all'epoca dei fatti, la Francia non era vincolata da accordi di reciprocità con la Costa d'Avorio (patria del richiedente la prestazione), essa si era impegnata, con la ratifica della Convenzione, a garantire a tutti coloro che erano sotto la sua giurisdizione, i diritti e le libertà definiti nel Titolo I della Convenzione (v. *Gaygusuz*, cit, p. 1143, § 51). Pertanto, la Corte ha ritenuto che vi è stata nel caso una violazione dell'articolo 14 della Convenzione, in combinato disposto con l'articolo 1 del Protocollo n. 1. È da segnalare, peraltro, che nella *dissenting opinion* di uno dei giudici si evidenzia, richiamando la decisione *Mennitto c. Italia* [GC], no. 33804/96, CEDU 2000-X (che ha affermato che l'articolo 6 § 1 è applicabile per quanto riguarda la concessione di assegni alle famiglie per la cura dei componenti disabili della direttamente nelle proprie case), che l'articolo 14 va tutelato nel caso in combinato disposto con l'articolo 8 della Convenzione.

In *Associazione Nazionale Reduci e 275 altri c. Germania* (dec.), no. 45563/04, 4 settembre 2007, i ricorrenti - cittadini italiani – avevano denunciato di essere stati discriminati, sia come stranieri che come ex internati militari italiani, essendo stati esclusi gli *ex* prigionieri di guerra dai benefici speciali previsti dalla *German Foundation Law* per le vittime della seconda guerra mondiale¹⁰⁹.

In altro caso, *Epstein e altri c. Belgio* (dec.), no. 9717/05, 8 gennaio 2008, 2008, si era posto il problema del carattere discriminatorio della previsione legale del

¹⁰⁹ La Repubblica federale di Germania ha risarcito le vittime del regime nazista, per lo più coloro che vivevano in Israele, Germania e altri paesi dell'Europa occidentale, in particolare in base alle disposizioni della legge federale sulle indennità per le vittime della persecuzione nazista (*Bundes-entschädigungsgesetz*), entrato in vigore il 1° ottobre 1953. Ha fornito, tra l'altro, un compenso per la detenzione in un campo di concentramento e danni causati alla salute dei detenuti, senza coprire, tuttavia, il lavoro forzato come tale. Nel 1961 la Repubblica federale di Germania e Italia hanno concluso un accordo in base al quale la Repubblica federale di Germania ha pagato una somma forfettaria per lo Stato italiano, come risarcimento alle vittime di persecuzioni da parte del regime nazista. Lo Stato italiano non ha avuto alcun riconoscimento dei benefici per gli *ex* “internati militari italiani”, i quali ricevono da parte dello Stato italiano solo un supplemento di 0,52 euro al giorno sulla loro pensione di vecchiaia, come tutti gli *ex* membri delle forze armate italiane, già arrestati come prigionieri di guerra.

requisito della cittadinanza ai fini della concessione di una rendita vitalizia prevista in favore delle vittime della guerra che erano cittadini belgi nel 2003.

In entrambi i casi, la Corte ha escluso la discriminazione, affermando che l'oggetto del caso di specie era un pagamento *una tantum* concesso a titolo di risarcimento per eventi che erano avvenuti anche prima che la Convenzione fosse entrata in vigore e che aveva rappresentato, in senso più ampio, un risarcimento dei danni causati dalla seconda guerra mondiale, al di fuori quindi del quadro della legislazione sulla sicurezza sociale. La Corte ha concluso pertanto che i casi di specie non rientravano nell'ambito di applicazione dell'articolo 14 in combinato disposto con l'articolo 1 del Protocollo n. 1”

In *Beian c. Romania* (n. 1), no 30658/05, 6 dicembre 2007, la Corte si è occupata dell'indennità prevista dalla legge nazionale rumena in ragione dell'espletamento di prestazioni obbligatorie in date unità militari. Nel caso, la prestazione era stata limitata ai soli militari in forze ad una direzione generale e non ad altri, e l'iniziale estensione operata dalla giurisprudenza era venuta meno a seguito di un *revirement* successivo.

La CEDU ha ravvisato una violazione dell'art. 6 della Convenzione, perché il mutamento di giurisprudenza, specie ove inerente una giurisdizione suprema, determina incertezza giuridica (*Zielinski et Pradal et Gonzalez et autres c. France* [GC], no 24846/94 et 34165/96 à 34173/96, § 59, CEDH 1999-VII; *Baranowski c. Pologne*, no 28358/95, § 56, CEDH 2000-III ; *Sovtransavto Holding c. Ukraine*, no 48553/99, § 97, CEDH 2002-VII, e, *a contrario*, *Pérez Arias c. Espagne*, no 32978/03, § 27, 28 giugno 2007).

La Corte inoltre ha ravvisato una discriminazione ingiustificata (v. *Marckx c. Belgique* del 13 giugno 1979, série A no 31, p. 16, § 33), che ha comportato la violazione dell'art. 14 e 1 Prot. 1 della Convenzione.

Quanto all'età' come requisito per beneficiare della pensione, nel caso *Andrle c. Repubblica Ceca*, n. 6268/08, 17 febbraio 2011, nel valutare la previsione di età di pensionamento diverse per uomini e donne previsto dalla legislazione ceca, la Corte ha ammesso che la misura ha il legittimo obiettivo di compensare le disuguaglianze e le difficoltà derivanti dal contesto fattuale storico specifico per l'ex Cecoslovacchia, dove le donne si prendevano cura dei bambini e delle famiglie, sicché la differenza di età di pensionamento in base al numero di bambini cresciuti da una donna era dunque destinata a compensare le disuguaglianze di fatto tra i sessi e non superava il margine di discrezionalità per lo Stato in questo settore. Ne derivava l'esclusione della violazione dell'articolo 14 in combinato disposto con l'articolo 1 del Protocollo n. 1.

Nel caso *Zubczewski c. Svezia* (dec.), n. doc. 16149/08, 12 gennaio 2010, la Corte si è occupata della presunta discriminazione della previsione della legge svedese che riduceva la misura delle pensioni erogate alle persone sposate.

La Corte ha ribadito che lo Stato gode di un ampio potere discrezionale per quanto riguarda l'attuazione delle misure generali di politica economica e sociale, ed

ha preso atto che il Parlamento svedese aveva stabilito diversi livelli di pensione per le diverse categorie di persone sulla base del principio che il costo complessivo della vita di due persone che condividevano una casa è generalmente inferiore a quello per una persona che viveva da solo.

Benché nel caso la ricorrente sostenesse che la sua situazione fosse peculiare e meritevole di tutela in quanto il coniuge non aveva reddito, la Corte ha ritenuto che la soluzione accolta dalla legislazione non avesse superato la discrezionalità dello Stato.

In materia di contributi previdenziali, nel caso *Karlheinz Schmidt c. Germania*, no 13580/88, 18 luglio 1994, la Corte ha affrontato il problema della discriminazione della disciplina che imponeva ai soli uomini il pagamento di contributi previdenziali per l'espletamento di attività (nella specie di pompieri). La Corte ha ravvisato la violazione dell'art. 14 della Convenzione, attesa la disparità di trattamento basata sul sesso nel pagamento dei detti contributi.

Nel caso *Van Raalte v. Paesi Bassi*, no. 20060/92, 21 febbraio 1997, il ricorrente, cittadino olandese non sposato e senza figli, lamentava di esser stato costretto a versare i contributi previdenziali previsti dal regime di sicurezza sociale, finalizzato anche alla tutela dei figli dei lavoratori, e ciò sebbene la previsione apparisse discriminatoria in quanto le donne non sposate senza figli, di 45 anni o più, erano esenti dall'obbligo medesimo. La Corte ha riscontrato la violazione dell'art. 14 della Convenzione, precisando che, mentre gli Stati contraenti godono di un certo margine di valutazione ai sensi della Convenzione per quanto riguarda l'introduzione di deroghe al regime contributivo, l'articolo 14 prevede che tale provvedimento, in linea di principio, si applica in maniera eguale sia per gli uomini e le donne, mentre nel caso non erano state fornite ragioni convincenti per giustificare una disparità di trattamento.

8. Alcuni casi di dialogo difficile.

In linea generale, come si è visto, “vengono fissati, per opera di giudici, grazie alla loro attività “creativa”, criteri ripetibili, anzi permanenti, di raccordo tra ordini giuridici, che attenuano le conseguenze negative dell'assenza di un ordine superiore, che li comprenda tutti e stabilisca una gerarchia tra norme”¹¹⁰. Talvolta, tuttavia, si verificano delle vicende giurisprudenziali nelle quali il dialogo tra le Corti è piuttosto “difficile”¹¹¹.

Si tratta essenzialmente di casi in cui pronunce della Corte costituzionale sono intervenute a valutare leggi di interpretazione autentica ed escludono il contrasto con l'art. 6 C.E.D.U., contrasto, per converso, ravvisato dalla Corte EDU; il problema ulteriore deriva dal fatto che la legge, che ha passato indenne il giudizio di

¹¹⁰ CASSESE S., *I tribunali di Babele*, Donzelli, Roma, 2009, 70.

¹¹¹ Tra gli altri, MASSA M., *Agrati: Corte europea vs. Corte costituzionale sui limiti alla retroattività*, in www.forumcostituzionale.it, 3, dubita che possa parlarsi di dialogo tra Corti, chiedendosi se non si debbano piuttosto adottare altri schemi descrittivi.

costituzionalità, rimane vigente nell'ordinamento interno anche a seguito della decisione della CEDU.

In quest'ambito, una problematica recente che ha riguardato l'Italia (nelle due sentenze CEDU *Agrati c. Italia* e *Maggio c. Italia*; sono pendenti sullo stesso tema, poi, i casi *Arras v. Italia*¹¹² e *Bucciarelli v. Italia*¹¹³, in via di definizione) attiene alla compatibilità con la Convenzione di norme nazionali di leggi interpretative che incidono su diritti patrimoniali rilevanti ai sensi dell'art. 1 Prot. 1 o sulla loro misura.

In generale, la CEDU, nella sua giurisprudenza, ha riconosciuto che le leggi aventi effetto retroattivo e giudicate un'ingerenza legislativa, devono essere valutate sotto un duplice profilo, relativo da un lato alla compatibilità con l'art. 1 Prot. 1 (che consente l'ingerenza nel bene protetto se prevista dalla legge e proporzionata: cfr. *Maurice c. France* [GC], n. 11810/03, § 81, CEDU 2005 IX; *Draon c. France* [GC], n. 1513/03, § 73, 6 ottobre 2005, e *Kuznetsova c. Russia*, n. 67579/01, § 50, 7 giugno 2007), dall'altro lato in relazione all'art. 6 della Convenzione, sotto l'angolo della protezione del giusto processo.

La differenza non è da poco, attesa da un lato l'indipendenza delle violazioni e, dall'altro lato, perché, mentre il riconoscimento della violazione dell'art. 1 del Protocollo 1 comporta la *restitutio* nell'attribuzione patrimoniale e nella titolarità (ed indiscutibilità) del relativo diritto, la violazione dell'art. 6 consente solo un indennizzo alla parte per il pregiudizio subito (ma non comporta nessuna incidenza sulla titolarità del diritto e sul giudicato nazionale eventualmente maturato).

Con riferimento alla violazione dell'art. 6 della Convenzione, nella giurisprudenza della CEDU l'affermazione dell'esistenza di limiti per i legislatori nazionali in ordine all'introduzione ingiustificata di disposizioni retroattive si è avuta in numerose sentenze relative alla materia della espropriazione¹¹⁴, dei sussidi e dei benefici fiscali¹¹⁵, del risarcimento del danno e della politica sociale.

¹¹² In *Arras ed altri contro Italia*, introdotto nel 2007, si lamenta la violazione degli artt. 6, 14 e 1 Prot. 1 della Convenzione in relazione alle norme italiane di interpretazione autentica (l. 503 del 1992 e 412 del 1992) che eliminarono il sistema di perequazione aziendale (ed il suo riferimento agli incrementi salariali dei dipendenti, piuttosto che al solo incremento, benché automatico, del costo della vita) previsto in favore dei pensionati *ex* dipendenti del Banco di Napoli.

¹¹³ In *Bucciarelli ed altri v. Italia*, introdotto nel 2007, si lamenta la contrarietà all'art. 1 Prot. 1 dell'eliminazione del meccanismo di calcolo più favorevole dei contributi ai fini della pensione per il personale dell'AGENSUD poi transitato in altra amministrazione pubblica e la mancata piena restituzione dei contributi inutilizzati nella ricongiunzione delle posizioni previdenziali.

¹¹⁴ Si richiamano, tra le tante, le decisioni 19/1/2010, *Zuccalà c. Italia*, 11/1/2007, *Quattrone c. Italia*, 29/3/2006, *Scordino c. Italia*, 18/3/2008, *Velocci c. Italia*, 25/1/2007, *Morea c. Italia*, 6/10/2009, *Perinati c. Italia* e 6/10/2009, *Ricci c. Italia*, 30/6/2009, *Mandola c. Italia*, 8/12/2009, *Vacca c. Italia*, 8/12/2009, *Gennari c. Italia*.

¹¹⁵ In materia, si ricorda il provvedimento 18/5/2010, *Plalam c. Italia* (secondo il quale Integra la violazione dell'art. 1, Protocollo n. 1, CEDU l'applicazione retroattiva di una legge in materia di sussidi pubblici alle imprese recante nuovi criteri per il riconoscimento del relativo diritto, in quanto essa ha alterato il giusto equilibrio tra le esigenze di interesse generale e gli imperativi di salvaguardia dei diritti fondamentali della società ricorrente), il provvedimento 14/2/2006, *Lecarpentier c. Francia* (che ha affermato che nella specie l'interesse patrimoniale dei ricorrenti, la loro aspettativa legittima ad una simile restituzione costituisce un "bene" ai sensi dell'art. 1 del Prot. n. 1, pertanto applicabile e violato, in considerazione del fatto che l'efficacia retroattiva della legge sopravvenuta non è giustificata da una causa di pubblica utilità tale da giustificare il carico "anormale ed esorbitante" sui ricorrenti che rompe il giusto equilibrio tra le esigenze di interesse generale e la salvaguardia dei diritti del singolo), ed il

In tema di risarcimento del danno, 6/10/2005, *Draon c. Francia*, la Corte ha ritenuto che viola l'art. 1 del Protocollo n. 1 l'applicazione retroattiva della legge che abbia l'effetto di privare i soggetti titolari del diritto al risarcimento di una parte sostanziale dei crediti cui avrebbero avuto diritto sulla base della previgente disciplina.

In materia pensionistica, nel caso deciso con provvedimento 19/6/2008, *Ichtiyaroglou c. Grecia*, la Corte, pur riconoscendo che i legislatori possono disporre retroattivamente, ha affermato tuttavia che un siffatto intervento doveva essere giustificato da imperativi motivi di interesse generale, come richiede in particolare il principio di "preminenza del diritto" (*prééminence du droit*) (Nella specie, il giudice europeo, anche se ritiene contestabile la conformità a questi principi della legge del 1994, ha ritenuto che l'equilibrio fra le esigenze di interesse generale e la salvaguardia del diritto al rispetto dei beni della ricorrente fosse stato rotto non dalla legge del 1994, che i giudici di merito non avevano ritenuto applicabile retroattivamente, ma dalla applicazione che della legge aveva fatto il Consiglio di Stato oltre undici anni dopo l'inizio della controversia. Vi era stata perciò violazione del diritto di proprietà).

In sede di applicazione dell'art. 6 della CEDU, nella decisione relativa al caso *Scanner de L'Ouest Lyonnais e altri c. Francia*, del 21 giugno del 2007 la Corte europea ha ribadito che, mentre, in linea di principio, al legislatore non è precluso intervenire in materia civile, con nuove disposizioni retroattive, su diritti sorti in base alle leggi vigenti, il principio dello Stato di diritto e la nozione di processo equo sancito dall'articolo 6 della CEDU vietano l'interferenza del legislatore nell'amministrazione della giustizia destinata a influenzare l'esito della controversia, fatta eccezione che per motivi imperativi di interesse generale (<<*imperieux motifs d'interet general*>>). La stessa Corte europea ha ricordato, inoltre, che il requisito della parità delle armi comporta l'obbligo di dare alle parti una ragionevole possibilità di perseguire le proprie azioni giudiziarie, senza essere poste in condizione di sostanziale svantaggio rispetto agli avversari.

Tale orientamento, che trova i suoi precedenti nei casi *Raffineries Grecques Stran e Stratis Andreadis c. Grecia* del 9 dicembre 1994, e *Zielinski e altri c. Francia*, del 28 ottobre 1999, censura la prassi di interventi legislativi sopravvenuti, che modifichino retroattivamente in senso sfavorevole per gli interessati le disposizioni di legge attributive di diritti, la cui lesione abbia dato luogo ad azioni giudiziarie ancora pendenti all'epoca della modifica. Questa prassi può essere suscettibile di comportare una violazione dell'art. 6 della CEDU, risolvendosi in un'indebita ingerenza del potere legislativo sull'amministrazione della giustizia¹¹⁶.

provvedimento 23/7/2009, *Joubert c. Francia* (secondo il quale l'intervento della legge, che regolava in maniera retroattiva e definitiva la controversia tra i ricorrenti e l'amministrazione fiscale, non era giustificato dall'interesse generale. Pertanto non è certo che l'ingerenza in questione servisse una causa di pubblica utilità, laddove la legge ha fatto pesare un carico anomalo ed esorbitante sui ricorrenti, e il pregiudizio recato ai loro beni ha rivestito un carattere sproporzionato, che ha rotto il giusto equilibrio tra le esigenze dell'interesse generale e la salvaguardia dei diritti fondamentali degli individui).

¹¹⁶ Nel caso *Zielinski e altri c. Francia*, in particolare (come prima nel caso *Papageorgiou c. Grecia*, sentenza del 22 ottobre 1997), si è riaffermato il principio che nega ogni indebita interferenza del legislatore, fatta salva la sussistenza di <<motivi imperativi di interesse generale>>. La Corte europea, tuttavia, ha precisato che siffatti motivi non ricorrevano nella specie, in quanto il mero rischio finanziario, denunciato dal Governo ed espressamente indicato dalla Corte costituzionale, non consentiva di per sé che il legislatore si sostituisse alle parti sociali del

Ciò posto, occorre rilevare che la Corte di Strasburgo non ha inteso enunciare un divieto assoluto d'ingerenza del legislatore, dal momento che in varie occasioni ha ritenuto non contrari all'art. 6 della Convenzione europea particolari interventi retroattivi dei legislatori nazionali. La legittimità di simili interventi è stata riconosciuta, in primo luogo, allorché ricorrevano ragioni storiche epocali, come nel caso della riunificazione tedesca (caso *Forrer-Niederthal c. Germania*, sentenza del 20 febbraio 2003)¹¹⁷.

In altri casi, nel definire e verificare la sussistenza o meno dei motivi imperativi d'interesse generale, la Corte di Strasburgo ha ritenuto legittimo l'intervento del legislatore che, per porre rimedio ad una imperfezione tecnica della legge interpretata, aveva inteso con la legge retroattiva ristabilire un'interpretazione più aderente all'originaria volontà del legislatore¹¹⁸.

Con le ultime pronunce, ed in particolare con *Agrati*, 2011, la Corte di Strasburgo ha chiarito i suoi principi generali in materia di leggi retroattive, osservando 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, e 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. La Corte ha inoltre ammesso sì ingerenze dell'autorità per ragioni d'interesse generale, ma esigendo che queste ragioni siano bilanciate con la garanzia dei diritti individuali, che i titolari di questi ultimi non siano gravati da sacrifici sproporzionati (§§ 77 ss.) e che, comunque, i sacrifici non siano imposti per mere esigenze finanziarie (§ 80).

contratto collettivo, oggetto del contenzioso. La Corte, quindi, verificata la sussistenza di orientamenti giurisprudenziali favorevoli ai ricorrenti, ha censurato la norma interpretativa che era sopravvenuta retroattivamente, nonostante gli accordi collettivi intervenuti in senso contrario.

¹¹⁷ In questo caso, la Corte europea, di fronte ad una norma che faceva salvi con effetto retroattivo i trasferimenti di proprietà, senza indennizzo, in «proprietà del popolo» della *ex D.D.R.*, ha concluso per la compatibilità dell'intervento con la norma convenzionale; ciò non soltanto per il motivo "epocale" del nuovo riassetto dei conflitti patrimoniali conseguenti alla riunificazione, ma anche in considerazione della sussistenza effettiva di un sistema che aveva garantito alle parti, che contestavano le modalità del riassetto, l'accesso a, e lo svolgimento di, un processo equo e garantito.

¹¹⁸ Si tratta, in primo luogo, della sentenza 23 ottobre 1997, nel caso *National & Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society e Yorkshire Building Society c. Regno Unito* (utilizzata *mutatis mutandis* anche nella citata pronuncia *Forrer-Niederthal c. Germania*), nella quale è stato ritenuto che l'adozione di una disposizione interpretativa può essere considerata giustificata allorché lo Stato, nella logica di interesse generale di garantire il pagamento delle imposte, abbia inteso porre rimedio al rischio che l'intenzione originaria del legislatore fosse, in quel caso, sovvertita da disposizioni fissate in circolari. Nello stesso solco si pone la sentenza del 27 maggio 2004, *Ogis-institut Stanislas, Ogec St. Pie X e Blanche De Castille e altri c. Francia*. La pronuncia ha affermato che l'intervento del legislatore non aveva inteso sostenere la posizione assunta dall'amministrazione dinanzi ai giudici, ma porre rimedio ad un errore tecnico di diritto, al fine di garantire la conformità all'intenzione originaria del legislatore, nel rispetto di un principio di perequazione. Il caso viene, quindi, assimilato a quello *National & Provincial Building Society* del 1997, dove l'intervento del legislatore era giustificato dall'obiettivo finale di «riaffermare l'intento originale del Parlamento».

Con la recente sentenza *Maggio c. Italia* del 31.5.2011 la Corte di Strasburgo, mentre non ha ritenuto violato il Protocollo n. 1 -in quanto lo Stato aveva una discrezionalità nel regolare il trattamento pensionistico ed una limitazione della pensione appariva non irragionevole posta l'aliquota diversa vigente per il periodo in Svizzera-, ha ritenuto violata la norma di cui all'art. 6 (giusto processo), in quanto la norma retroattiva incideva su processi in corso mutandone il corso, benché lo Stato fosse parte in causa.

Alla pronuncia CEDU è seguita, come già anticipato (evidenziando qualche perplessità), una nuova rimessione alla Corte costituzionale per contrasto con la CEDU, ad opera di **Cass., Sez. L, Ordinanza interlocutoria n. 23834 del 15/11/2011 (Rv. 619655)**, che ha ritenuto che, benché al legislatore non sia inibito disciplinare, mediante disposizioni retroattive, diritti derivanti da leggi in vigore, il principio della preminenza del diritto e la nozione di processo equo precludono, tranne che per impellenti motivi d'interesse generale che non possono risolversi in considerazioni di carattere meramente finanziario, l'interferenza legislativa arbitraria sui procedimenti giurisdizionali, avvantaggiando la posizione dello Stato e svantaggiando quella delle controparti.

La vicenda *Agrati c. Italia*, 2011, come già visto, registra plurimi interventi contraddittori da parte di entrambe le Corti nazionali di ultima istanza (Cass. e Corte Cost.) e poi un contrasto espresso Corte Cost. e CEDU, nel quale si è inserita anche la Corte di Giustizia di Lussemburgo.

Le alternative prospettabili erano a seguito delle richiamate pronunce varie, anche se si è ben evidenziato che “l'esito dei processi (a migliaia pendenti in cassazione) è tutt'altro che chiaro posto che la Corte ha indicato un accertamento di merito sull'eventuale *vulnus* economico (e sulla sua rilevanza) come conseguenza diretta del trasferimento, mentre nella decisione di Strasburgo il pregiudizio economico è stato dato per scontato. *Quid iuris* ora? Una quarta decisione della Corte costituzionale dopo Strasburgo, la disapplicazione *ex art. 47* della Carta posto che si tratta di questione di diritto Ue; cassazione con rinvio per verificare l'eventuale *vulnus* economico, la fissazione come principio di diritto delle caratteristiche di tale *vulnus*, da accertare in sede di rinvio?”¹¹⁹.

Non vi è dubbio che le sentenze di Strasburgo, quelle definitive di condanna dell'Italia, che *ex art. 46* della Convenzione obbligano tutti gli organi dello Stato condannato, ciascuno nell'esercizio delle sue competenze, ad adottare le *misure generali* necessarie a prevenire il ripetersi della medesima violazione; quindi, esse obbligano anche la Corte costituzionale a provvedere alla dichiarazione di incostituzionalità della legge che è causa di quella violazione strutturale che aveva portato alla condanna¹²⁰.

¹¹⁹ BRONZINI G., *La giurisprudenza multilivello dopo Lisbona: alcuni casi difficili*, in *Europeanrights*, 29/2011 2011, 12.

¹²⁰ LAMARQUE E., *Gli effetti delle sentenze della Corte di Strasburgo secondo la Corte costituzionale italiana*, in *Corr. Giur.*, 2010, 7, 958.

Peraltro, non sembra questa un'ipotesi concreta, atteso che ormai la riconduzione della problematica al diritto comunitario consente al giudice ordinario di risolvere la questione "saltando" il contrasto tra la Corte Costituzionale e la CEDU, ed evitando la riproposizione della questione di costituzionalità. In tal senso si è orientato il **tribunale di Treviso con pronuncia del 13 gennaio 2012**, che -pur senza soffermarsi sull'esistenza in concreto di un pregiudizio economico per i lavoratori, invero il solo aspetto che è rilevante ai sensi della disciplina comunitaria- ha direttamente disapplicato le disposizioni nazionali.

Si è così opportunamente osservato che "che la via primaria apertasi ora per rimuovere gli effetti delle normative interna stia nel richiedere al giudice la disapplicazione della stessa in quanto contrastante col diritto europeo-comunitario, previo accertamento della sussistenza degli effetti lesivi, svolto nei termini tracciati dalla Corte di giustizia. Ed è ragionevole pensare che da questa via più piana e diretta potrà passare una buona parte del contenzioso presente e futuro, con conseguenze verosimilmente soddisfattive per gli interessi dei ricorrenti privati ma con l'effetto, non privo di rilievo, di estromettere dall'ulteriore corso della vicenda il circuito Corte di Strasburgo-Corte costituzionale, provvedendo così a depotenziare il conflitto che si era venuto creando sino al punto (quasi) di non ritorno costituito da *Agrati*¹²¹.

Il problema centrale -come indicato dall'ultima Cassazione sul tema sopra richiamata, che ha cassato con rinvio la decisione impugnata (**Cass, Sez. L, n. 20980 del 12/10/2011, Rv. 618699**; conforme, **Cass., Sez. L, Sentenza n. 21282 del 14/10/2011, Rv. 618720**, laddove tale cruciale problema è stato del tutto dimenticato dalla sentenza della CEDU)- resta quello di sapere se vi sia stato un peggioramento retributivo sostanziale per i lavoratori o meno¹²², restando escluso un contrasto della

¹²¹ REPETTO G, *Il triangolo andrà considerato. In margine al caso Scattolon*, in www.europeanrights.it, osserva in tema che "è possibile ritenere che il solo precedente lussemburghese non basterà ad assorbire per intero il contenzioso aperto, tenuto conto che, come detto, è al giudice nazionale che spetta il giudizio in concreto sulla sussistenza del pregiudizio subito, condizione indispensabile perché il ricorrente si possa avvalere dell'applicabilità diretta propria della pronuncia della Corte di giustizia. Si può quindi ritenere, in altre parole, che vi saranno dei casi in cui non basterà il *dictum* di Scattolon a risolvere una certa controversia a danno dell'amministrazione statale, perché il lavoratore mira a contestare l'inquadramento subito non per lamentare un pregiudizio subito, ma per dolersi di un mancato vantaggio retributivo. E sarà proprio in un'eventualità del genere, se e quando si verificherà, che potrà riaprirsi il fronte aperto da Strasburgo, considerato che richiamandosi ad *Agrati* sarà possibile attaccare frontalmente l'intervento normativo statale in quanto tale, prescindendo cioè dalla sua incidenza sui diritti del lavoratore in termini di maggiore perdita o di minore guadagno. E in questa eventualità, per così dire, la palla ripasserebbe in prima battuta alla Corte costituzionale, chiamata a fare i conti con un precedente pressoché "in termini" dal quale non sarà facile liberarsi invocando le tecniche sempre più ricorrenti di *distinguishing*".

¹²² La Cassazione ha indicato i criteri dell'accertamento che il giudice di rinvio deve compiere: 1) Quanto ai soggetti la cui posizione va comparata, il confronto è con le condizioni immediatamente antecedenti al trasferimento dello stesso lavoratore trasferito (così il n. 75, e a n. 77 si precisa "posizione sfavorevole rispetto a quella di cui godevano prima del trasferimento").

Idem nn. 82 e 83). Al contrario, non ostano eventuali disparità con i lavoratori che all'atto del trasferimento erano già in servizio presso il cessionario (n. 77). 2) Quanto alle modalità, si deve trattare di peggioramento retributivo sostanziale (così il dispositivo) ed il confronto tra le condizioni deve essere globale (n. 76: "condizioni globalmente meno favorevoli"; n. 82: "posizione globalmente sfavorevole"), quindi non limitato allo specifico istituto, ma considerando anche eventuali trattamenti più favorevoli su altri profili, nonché eventuali effetti negativi sul trattamento di fine rapporto e sulla posizione previdenziale. 3) Quanto al momento da prendere in considerazione, il confronto deve essere fatto all'atto del trasferimento (nn. 82 e 84, oltre che nel dispositivo: "all'atto della determinazione della loro posizione retributiva di partenza").

norma nazionale con la Convenzione EDU ove un simile danno non si sia verificato in concreto (sicché non viene in applicazione l'art. 1 del Protocollo 1, ma, al più -ma anche in tale ambito sono prospettabili consistenti dubbi¹²³-, solo l'art. 6 della Convenzione, con ben diverse conseguenze, come già sopra evidenziato). Si tratta, in altri termini, di un accertamento di fatto rimesso al giudice ordinario, che è senza dubbio essenziale per l'attribuzione della tutela che presuppone la disapplicazione della disciplina nazionale.

Un altro esempio di dialogo *multilevel* tra Corti in relazione al diritto della Convenzione ed a quello dell'Unione si è avuto nella materia incisa dal c.d. Collegato lavoro, legge 4.11.2010, n. 183. La **Cassazione, con ordinanza n. 2112 del 28.1.2011**, aveva sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 32, commi 5 e 6, che forfettizzano l'entità del risarcimento del danno in caso di conversione di un rapporto a tempo indeterminato anche per rapporti già esauriti o in corso. Tra i vari parametri evocati (artt. 3, 4, 24 e 111 Cost.), vi era anche quello dell'art. 117, primo comma, Cost., la cui dedotta violazione si accompagnava a quella dell'art. 6 C.E.D.U., per l'asserita indebita interferenza del legislatore nei processi in corso. In particolare, l'ordinanza di rimessione, nel richiamare la sentenza n. 311 del 2009, aveva sostenuto che le ragioni imperative di interesse generale, la sussistenza della quali sarebbe in grado di giustificare l'incidenza della legge retroattiva sulla giurisdizione, non potrebbero essere apprezzate nel caso di specie, là dove, oltre a non esservi necessità di armonizzazione dei rapporti pubblico e privato, né incertezze interpretative sul tenore delle disposizioni, rilevano soltanto "motivi di opportunità economica", legati al pregiudizio patrimoniale che potrebbe derivare per le imprese obbligate a numerosi risarcimenti in forza di esborsi di misura non prevedibile, con incidenza sugli stessi bilanci preventivi.

La miglior dottrina aveva sottolineato¹²⁴ che "l'ordinanza sembra dare per scontato che si tratti di questione di diritto dell'Unione visto che richiama la direttiva; se questo è vero oltre alla CEDU è senz'altro applicabile la Carta di Nizza e con essa immediatamente la giurisprudenza di Strasburgo", e si era domandata coerentemente se "non si sarebbe dovuto optare a quel punto per il rinvio pregiudiziale per contrasto con la direttiva e/o con la Carta (art. 47) o addirittura disapplicare immediatamente?".

La soluzione della Sezione Lavoro di investire invece la Corte costituzionale, senza tentare un'interpretazione conforme al diritto dell'Unione (come pure da alcuni proposto), ha portato poi alla sentenza **Corte Cost. 10 ottobre 2011, n. 303**, che ha escluso la prospettata lesione dell'art. 117, primo comma, Cost., integrato dall'art. 6 C.E.D.U.

¹²³ La totale assenza di pregiudizio di carattere sostanziale pone il problema, invero, anche dell'applicabilità dell'art. 6 della Convenzione, posto che la norma presuppone pur sempre l'esistenza di un diritto sulla base dell'ordinamento nazionale. In altri termini, l'assenza di una situazione sostanziale specifica, tutelabile sulla base dell'ordinamento interno, esclude la tutela del giusto processo.

¹²⁴ BRONZINI, *op. loc. cit.*, 2011, 13.

In particolare, permesso di avere il monopolio in ordine alla valutazione di come il prodotto dell'interpretazione della Corte europea si inserisca nell'ordinamento costituzionale italiano, la Corte costituzionale ha affermato che ricorrono 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.

La Corte rileva, in primo luogo, che *“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, secondo la Corte -che anche qui fa riferimento proprio alla giurisprudenza della CEDU-, motivi per giustificare un intervento del legislatore con efficacia retroattiva, quei “motivi imperativi d’interesse generale” rilevanti, anche in considerazione del fatto che la Convenzione *“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.”*

Nel caso, le ragioni di utilità generale sono 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. Donde l’esigenza – stavolta pienamente realizzata seguendo un criterio più equilibrato di omogeneità di disciplina – di parificare situazioni di fatto identiche, a prescindere dalla data d’introduzione del giudizio”.*

Altro pronunciamento si è registrato in materia di determinazione della retribuzione media convenzionale da porre a base per le prestazioni pensionistiche e per il calcolo della contribuzione degli operai agricoli a tempo determinato. La Corte costituzionale, con la **sentenza n. 257 del 19 settembre 2011**, ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità costituzionale sollevate, in riferimento agli articoli 3, 111, primo e secondo comma, 117, primo comma, Cost., in relazione agli artt. 6 e 14 della CEDU, dell’art. 2, comma 5, della detta legge 23 dicembre 2009, n. 191, che prevede che “il terzo comma dell’articolo 3 della legge 8 agosto 1972, n. 457, si interpreta nel senso che il termine ivi previsto del 30 ottobre per la rilevazione della media tra le retribuzioni per le diverse qualifiche previste dai contratti collettivi provinciali di lavoro ai fini della determinazione della retribuzione media convenzionale da porre a base per le prestazioni pensionistiche e per il calcolo della

contribuzione degli operai agricoli a tempo determinato è il medesimo di quello previsto al secondo comma dell'art. 3 della citata legge n. 457 del 1972 per gli operai a tempo indeterminato (quest'ultima norma, a sua volta, dispone che per i salariati fissi l'ammontare della retribuzione comprensiva del salario base, della contingenza, delle indennità in natura e fisse, è costituito dalla media della retribuzione prevista per ciascuna qualifica dai contratti collettivi provinciali vigenti al 30 ottobre dell'anno precedente).

Nel caso, la Corte costituzionale ha ritenuto che norma censurata non è illegittima in quanto essa: *“a) ha affermato un principio già presente nell'ordinamento per gli operai agricoli a tempo determinato, sia pure limitatamente alla liquidazione delle prestazioni temporanee (art. 45, comma 21, della legge n. 144 del 1999); b) ha enucleato una delle possibili opzioni ermeneutiche dell'originario testo normativo; c) ha superato una situazione di oggettiva incertezza di tale testo, evidenziata dai diversi indirizzi interpretativi (di cui sopra si è dato conto); d) non ha inciso su situazioni giuridiche definitivamente acquisite, non ravvisabili in mancanza di una consolidata giurisprudenza dei giudici nazionali.”* Secondo la Corte non è sostenibile che la disposizione abbia inteso realizzare un'illecita ingerenza del legislatore nell'amministrazione della giustizia, allo scopo d'influenzare la risoluzione di controversie, avendo essa fatto propria una soluzione già individuata dalla più recente giurisprudenza di legittimità, nell'esercizio di un potere discrezionale in via di principio spettante al legislatore e nel quale non è dato ravvisare profili d'irragionevolezza. In altri termini, secondo la pronuncia, la finalità di superare un conclamato contrasto di giurisprudenza, essendo diretta a perseguire un obiettivo d'indubbio interesse generale qual è la certezza del diritto, è configurabile come ragione idonea a giustificare l'intervento interpretativo del legislatore.

Da ultimo, sul tema, pare assai utile il riferimento ad altra vicenda, anche per la linearità della soluzione data dal giudice di legittimità in relazione alla rilevanza delle leggi interpretative ai fini dell'applicazione dell'art. 6 della Convenzione EDU.

In tema di contribuzione per lo svolgimento di attività lavorative autonome, si è posto il problema della contribuzione previdenziale per lo svolgimento di attività autonome, nei confronti del socio amministratore di s.r.l. che, al tempo stesso, svolga attività lavorativa all'interno della società.

Secondo l'INPS ed una parte della giurisprudenza di merito, avrebbe dovuto procedersi - in base al principio generale secondo cui all'espletamento di duplice attività lavorativa, quando per entrambe si prevede la tutela assicurativa, deve corrispondere la duplicità di iscrizione - all'iscrizione sia alla gestione separata, che alla gestione commercianti, senza che ciò determini una doppia contribuzione, giacché ciascuna iscrizione riguarda una attività diversa e differentemente retribuita. La giurisprudenza della Cassazione (a partire, segnatamente, dalla sentenza della sezione lavoro **Cass. n. 20886 del 5 ottobre 2007**, orientamento fatto proprio dalla sentenza **Cass. n. 3240 del 12 febbraio 2010** delle Sezioni Unite civili) si era invece orientata, per l'applicabilità della disciplina posta dall'art. 1, comma 208 della legge n. 662 del 1996, che prevedeva un'unica iscrizione alla gestione assicurativa individuata sulla base della attività svolta in misura prevalente. Il legislatore era quindi intervenuto con l'art.

12, comma 11, del d.l. 31 maggio 2010, n. 78, convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 30 luglio 2010, n. 122, dettando una norma autoqualificantesi interpretativa in forza della quale l'art. 1, comma 108, della legge n. 662 del 1996 doveva intendersi "nel senso che le attività autonome, per le quali opera il principio di assoggettamento all'assicurazione prevista per l'attività prevalente, sono quelle esercitate in forma d'impresa dai commercianti, dagli artigiani e dai coltivatori diretti, i quali vengono iscritti in una delle corrispondenti gestioni dell'INPS. Restano, pertanto, esclusi dall'applicazione dell'art. 1, comma 208, della legge n. 662/1996 i rapporti di lavoro per i quali è obbligatoriamente prevista l'iscrizione alla gestione previdenziale di cui all'art. 2, comma 26, della legge 8 agosto 1995, n. 335".

Nel descritto contesto si sono, dunque, pronunciate le Sezioni Unite civili della Cassazione, con la sentenza **Cass. n. 17076 dell'8 agosto 2011**, optando fermamente per l'effettiva natura di norma di interpretazione autentica da ascriversi alla disposizione di cui all'art. 12, comma 11, del n. 78 del 2010, evidenziando come la norma di interpretazione di cui all'art. 12, comma 11, del d.l. n. 78 del 2010 avrebbe *ex post* focalizzato l'attenzione su uno di tali significati plausibili della disposizione originaria

Le Sezioni Unite sottolineando lo stesso fondamento costituzionale (art. 70 Cost.) della funzione legislativa di interpretazione autentica, distingue tra disposizione di interpretazione autentica e disposizione innovativa con efficacia retroattiva, là dove la "prima assegna alla disposizione interpretata un significato plausibile che già potenzialmente conteneva quest'ultima; la seconda invece la modifica e ciò fa con efficacia retroattiva". Sicché, la norma interpretativa (che sia davvero tale) non può che rimanere dentro la cornice della norma interpretata e "non può fare *de albo nigrum* perché ciò rientra nell'alveo dell'ordinario potere normativo a carattere innovativo anche con efficacia retroattiva".

Secondo tale impostazione, che mi pare del tutto condivisibile, manca la lesione del principio del giusto processo *ex art. 6 CEDU* - perché la *regula juris* 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.

Sulla questione si è appena pronunciata la Corte costituzionale, in relazione al preteso contrasto dell'art. 12, comma 11, del d.l. n. 78 del 2010, con l'art. 117, primo comma, Cost. e, per suo tramite, con la norma interposta dell'art. 6 CEDU, su questione sollevata con ordinanza del 22 novembre 2010 della Corte di appello di Genova. La **Corte costituzionale**, nella sentenza **n. 15 del 26 gennaio 2012**, ha dichiarato non fondata la questione. Sul punto che qui interessa, relativo al dedotto contrasto della normativa nazionale con l'art. 6 della Convenzione EDU, la Corte costituzionale ha motivato richiamando letteralmente le proprie considerazioni già espresse nella propria sentenza n. 257 del 2011, osservando che la Corte di Strasburgo, pur censurando in numerose occasioni indebite ingerenze del potere legislativo degli Stati sull'amministrazione della giustizia non ha inteso enunciare un divieto assoluto d'ingerenza del legislatore e, 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 alla Corte costituzionale valutare, con riferimento a principi, diritti e beni di rilievo costituzionali, nell'ambito del margine di apprezzamento riconosciuto dalla Convenzione europea ai singoli ordinamenti statali?*”.

La Corte rileva 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 parte consistente della giurisprudenza di merito; il contrasto insorto sul tema è stato esaminato anche dalla Corte di cassazione che, secondo l'orientamento più recente (Cassazione, sezioni unite, sentenza 24 maggio 2011, n. 17076), si è uniformata alla soluzione prescelta dal legislatore; tale soluzione 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.

Conclusivamente, la Corte nota che, se poi il perseguimento di tali risultati abbia avuto riflessi anche sul gettito contributivo dell'INPS costituisce circostanza indiretta e di mero fatto, non idonea ad incidere sulla legittimità dell'intervento legislativo.

Infine, tra i casi difficili di dialogo tra le Corti riporto quello definito dalla pronunzia del 20 settembre 2011 della seconda sezione della Corte di Strasburgo sul caso *Ullens de Schooten e Rezabek c. Belgio*, ove si trattava infatti di stabilire se il mancato esperimento del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia da parte dei giudici di ultima istanza (Corte di Cassazione e Consiglio di Stato) potesse comportare una violazione dell'art. 6 § 1 della CEDU.

La Corte di Strasburgo nella circostanza lo nega, rilevando il carattere non assoluto dell'obbligo di rinvio, secondo le indicazioni date dalla Corte di Lussemburgo nel noto caso *Cilfit* dell'81, sempre che il giudice nazionale motivi adeguatamente sull'assenza delle ragioni del rinvio. In particolare, secondo tale giurisprudenza, l'obbligo del rinvio pregiudiziale non sussiste ove la questione non è rilevante, oppure ove la disposizione di diritto comunitario in questione è già stata interpretata dalla Corte di giustizia o infine nel caso in cui l'applicazione corretta del diritto comunitario si impone con tale evidenza da non lasciare spazio a dubbi ragionevoli. La seconda sezione della Corte EDU ha inoltre precisato in sentenza che, in caso di rivendicazione di violazione dell'articolo 6 § 1, il compito della Corte è quello di verificare che la decisione interna sia adeguatamente motivata. Se tale verifica deve essere rigorosa, peraltro, non è compito della Corte di conoscere di eventuali errori posti in essere dai giudici nazionali nell'interpretazione delle norme di diritto applicabili.

La dottrina, pur ribadendo che la Corte EDU ben si può pronunciare sul diritto comunitario, ha però sottolineato la singolarità “di questa sorta di *negotiorum gestio*, di cui la Corte di Strasburgo ha ritenuto di doversi fare carico per il fatto di essere stata chiamata a pronunciarsi in merito ad una presunta violazione della Convenzione

perpetrata *per il tramite* di una violazione del diritto eurounitario. Quest'ultimo insomma – potrebbe dirsi con un linguaggio a noi familiare – è il *tertium comparationis* o, forse meglio, la fonte *interposta* che dà corpo al parametro convenzionale, che da essa interamente si tiene ed alimenta al momento del riscontro della sua validità”¹²⁵.

L'Autore¹²⁶ conclude sottolineando l'esigenza di riequilibrare i rapporti tra le Corti europee, sicché, con la sola eccezione di macroscopiche violazioni del diritto dell'Unione che automaticamente ridondino in violazioni convenzionali, per le quali dunque possa giustificarsi l'appello diretto al giudice di Strasburgo, la regola dovrebbe essere quella di tenere distinti i canali di “dialogo” tra i giudici nazionali da un lato, questa o quella Corte europea dall'altro.

(Red. Francesco Buffa)

Il direttore aggiunto
(Ulpiano Morcavallo)

¹²⁵ RUGGERI A., *Rinvio pregiudiziale mancato e (im)possibile violazione della CEDU (a margine del caso Ullens de Schooten e Rezabek c. Belgio)*, in www.forumcostituzionale.it, 2011, 4.

¹²⁶ *Id.*, *ibidem*, 2011, 7.