

**Giurisdizione nazionale e diritti
fondamentali dopo il Trattato di Lisbona.
Il dialogo tra le Corti Europee, la Corte
Costituzionale e la Corte di cassazione**

*Roma, 14 novembre 2012
Aula Magna della Corte di Cassazione*

**Corte di cassazione e tutela dei diritti fondamentali nella Convenzione europea dei
diritti dell'uomo**

Giovanni Amoroso

Sommario: Parte I - La CEDU come parametro interposto di questione di costituzionalità: 1. Premessa: il mutamento del quadro ordinamentale dopo le sentenze "gemelle" della Corte costituzionale ed il trattato di Lisbona. - 2. Il ruolo della Corte di cassazione nel sistema multilivello di tutela dei diritti fondamentali. - 3. L'interpretazione orientata dalla necessaria conformità alla CEDU. - 4. La tutela sovranazionale dei diritti fondamentali al bivio tra questione di costituzionalità e primato del diritto comunitario. - 5. Esclusione della "comunitarizzazione" della CEDU: la Corte di cassazione tende a sollevare questione incidentale di costituzionalità. - 6. La possibilità, o no, per la Corte di cassazione di valutare il "controlimite" all'ingresso della CEDU come parametro interposto. - **Parte II - Casi e questioni:** 7. La giurisprudenza della Corte di Strasburgo in tema di leggi di interpretazione autentica. - 8. Sulla perequazione del trattamento pensionistico dei dipendenti di istituti di credito. - 9. Il caso del personale Amministrativo Tecnico e Ausiliario (ATA) della scuola. - 9.1. (*segue*) L'intervento delle Corti europee. - 10. La doppia contribuzione INPS per i lavoratori autonomi che esercitano anche un'attività commerciale. - 11. L'indennità risarcitoria nel contratto di lavoro a termine (art. 32 legge n. 183 del 2010). - 12. La contribuzione previdenziale in favore dei lavoratori migranti in Svizzera. - 13. La prescrizione del trattamento retributivo dei medici specializzandi. - 14. Sul contributo previdenziale per l'assicurazione di malattia. - 15. La restituzione in termini dell'imputato contumace. - 16. Sulla pubblicità delle udienze penali. - 17. Sul principio della retroattività della legge penale più favorevole. - 18. Sulla necessaria ottemperanza alle sentenze della Corte di Strasburgo quanto al rispetto del principio dell'equo processo in materia penale. - 19. Sull'equo processo in caso di insindacabilità parlamentare *ex art. 68, primo comma, Cost.*

Parte I - La CEDU come parametro interposto di questione di costituzionalità

1. Premessa: il mutamento del quadro ordinamentale dopo le sentenze "gemelle" della Corte costituzionale ed il trattato di Lisbona. Per introdurre alcune riflessioni sul tema dell'incidenza delle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo (d'ora in poi Corte di Strasburgo) sulla giurisprudenza della Corte di cassazione nel più ampio contesto del tema dei diritti fondamentali dopo il trattato di Lisbona nel dialogo tra Corti europee, Corte costituzionale e Corte di cassazione, non può non richiamarsi preliminarmente il mutamento del complessivo quadro di riferimento ordinamentale, che vede una linea di netta demarcazione nella nota svolta della giurisprudenza costituzionale con le sentenze "gemelle" del 14 ottobre 2007¹ che precedono di

¹ C. cost. nn. 348 e 349 del 2007, in *Giur. cost.*, 2007, 3475 e 3564, con nota di CARTABIA, *Le sentenze «gemelle»: diritti fondamentali, fonti, giudici*; in *Foro it.*, 2008, I, 39, con nota di GHERA, *Una svolta storica nei rapporti del*

poco il trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007 (ratificato a seguito della legge 2 agosto 2008, n. 130, ed entrato in vigore il 1° dicembre 2009)².

La Corte costituzionale, nelle citate pronunce, interpretando l'art. 117, primo comma, Cost., novellato dall'art. 3 l. cost. 18 ottobre 2001, n. 3, ha affermato la idoneità delle disposizioni dei trattati internazionali - e quindi anche, in particolare, delle disposizioni della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (d'ora in poi CEDU) - a valere come parametro interposto³ nel giudizio di costituzionalità, incidentale e principale, sicché gli eventuali contrasti con la normativa interna non generano problemi di successione delle leggi nel tempo, ma questioni di legittimità costituzionale. Pertanto - secondo questo nuovo orientamento della Corte - il giudice comune, che comunque è onerato di interpretare la norma interna in modo conforme alle disposizioni internazionali, ove dubbi della compatibilità di questa con la norma convenzionale interposta, non può disapplicare la prima, ma deve sollevare la relativa questione di legittimità costituzionale in riferimento all'art. 117, primo comma, Cost., in quanto le norme internazionali - e segnatamente quelle della CEDU - integrano tale parametro pur rimanendo sempre ad un livello sub-costituzionale.

A questa lettura fortemente innovativa del primo comma dell'art. 117 Cost. si è aggiunto che il trattato di Lisbona da una parte ha inglobato la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (art. 6, par. 1, TUE) e d'altra parte ha fatto specifico riferimento ai diritti fondamentali garantiti dalla CEDU e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, che fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali (art. 6, par. 3, TUE). Ne è derivato, nel complesso, un sistema stratificato di tutela di diritti protetti ad un livello superiore della normativa primaria (in questa accezione più ampia può parlarsi di "diritti fondamentali"), che vede ora intersecarsi un livello costituzionale, uno comunitario - di compatibilità con il "blocco costituzionale comunitario"⁴ posto con il trattato di Lisbona - ed uno internazionale di compatibilità con trattati quali soprattutto la CEDU e la Carta sociale europea⁵, nonché gli altri non pochi trattati in seno al Consiglio d'Europa⁶.

Diversa per ciascun livello è la Corte di riferimento - la Corte costituzionale, la Corte di giustizia, la Corte di Strasburgo - così come diversi sono la struttura e le regole del procedimento di accertamento della lesione di un diritto fondamentale, nonché l'efficacia delle pronunce rese da ciascuna Corte.

Il sistema di tutela risulta poi essere interconnesso nella misura in cui il diritto dell'Unione europea recepisce quello di trattati internazionali - la CEDU innanzi tutto, ma anche altri trattati - sicché il riconoscimento e la tutela di diritti fondamentali di livello internazionale sono travasati nel circuito delle garanzie comunitarie nei limiti delle "materie" comunitarie.

diritto interno con il diritto internazionale pattizio (ma non in quelli con il diritto comunitario); e di CAPPUCCIO, La Corte costituzionale interviene sui rapporti tra convenzione europea dei diritti dell'uomo e Costituzione. Cfr. anche VILLANI, I rapporti tra la convenzione europea dei diritti dell'uomo e la Costituzione nelle sentenze della Corte costituzionale del 24 ottobre 2007, in Dir. uomo, 2007, fasc. 3, 46.

² CARTABIA, *I diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona: verso nuovi equilibri?*, in *Giornale dir. amm.*, 2010, 221. Inoltre DANIELE-PARISI-GIANELLI-BULTRINI-AMADEO-SIMONE, *La protezione dei diritti dell'uomo nell'Unione europea dopo il trattato di Lisbona*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2009, 645.

³ C. cost. n. 349 del 2007, cit., ha affermato che con l'art. 117, primo comma, Cost., si è realizzato un rinvio mobile alle norme convenzionali recanti obblighi internazionali, le quali possono essere qualificate come norme interposte. Da ultimo C. cost. n. 230 del 2012 ha in particolare precisato che le norme della CEDU integrano, quali «norme interposte», il parametro costituzionale evocato, nella parte in cui impone la conformazione della legislazione interna ai vincoli derivanti dagli obblighi internazionali.

⁴ Tale è il complesso di tutele approntate dal Trattato dell'Unione europea, dal Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e dalla Carta dei diritti fondamentali.

⁵ TEGA, *Il sistema di protezione Cedu dei diritti e l'ordinamento italiano*; ID., *I diritti sociali nella dimensione multilivello tra tutele giuridiche e politiche e crisi economica*, in www.gruppodipisa.it.

⁶ Quale è, tra i tanti, quello da ultimo ratificato con legge 1° ottobre 2012 n. 172: la Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale.

A tale sovrapposizione di garanzie di livello sia internazionale che comunitario fa riferimento, da ultimo, una recente pronuncia⁷, relativa alle tutele apprestate in favore delle persone disabili, che, nel ricordare che l'Unione europea, con decisione del Consiglio n. 2010/48/CE, del 26 novembre 2009, ha aderito alla convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, ha affermato che la normativa di quella Convenzione "vincola l'ordinamento italiano con le caratteristiche proprie del diritto dell'Unione europea, limitatamente agli ambiti di competenza dell'Unione medesima, mentre al di fuori di tali competenze costituisce un obbligo internazionale, ai sensi dell'art. 117, primo comma, Cost."

La svolta giurisprudenziale del 2007 ha trovato un seguito conforme in numerose pronunce successive ed ha fatto venire in rilievo varie norme della CEDU utilizzate come parametro interposto per la declaratoria di illegittimità costituzionale della normativa interna: l'art. 6 sul diritto ad un equo processo (in tema di restituzione in termini per l'imputato contumace⁸; sul principio di pubblicità dei procedimenti giudiziari, applicabile anche alle misure di prevenzione⁹; sulla revisione del processo penale¹⁰); l'art. 7 sul principio di legalità e di non retroattività in materia penale (in tema di guida in stato di ebbrezza e confisca del veicolo¹¹; sul diritto dell'accusato al trattamento penale più favorevole¹²); l'art. 8 sul diritto al rispetto della vita privata e familiare (in tema di incapacità personali del fallito¹³); l'art. 14 sul divieto di discriminazione (in tema di assegno di invalidità in favore dello straniero¹⁴; in tema di assegno di frequenza per il minore straniero inabile¹⁵); l'art. 1 del (primo) protocollo addizionale sul diritto di proprietà (in tema di indennizzo espropriativo di aree agricole¹⁶).

2. Il ruolo della Corte di cassazione nel sistema multilivello di tutela dei diritti fondamentali. In questo contesto di tutele multilivello sovraordinate alla normativa di rango primario¹⁷ la Corte di cassazione, che esercita il sindacato di legittimità (tendenzialmente unitario: art. 111, settimo comma, Cost.) e svolge la funzione di nomofilachia all'interno dell'ordinamento nazionale, è chiamata sempre più spesso a confrontarsi con queste altre Corti. E se da una parte il dialogo con la Corte costituzionale è ormai sperimentato negli anni e, anche sul terreno comune dell'interpretazione adeguatrice, c'è sostanzialmente piena sintonia¹⁸, e parimenti incanalato su binari consueti è il rapporto con la Corte di giustizia¹⁹ - soprattutto in ragione dell'operatività del canone dell'"atto chiaro", elaborato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia ed inteso con una certa elasticità dalla giurisprudenza di legittimità, canone che esonera la Corte di cassazione dal porre la pregiudiziale interpretativa comunitaria sulla base di una valutazione preliminare²⁰ - invece

⁷ C. cost. n. 236 del 2012.

⁸ cfr. C. cost. n. 317 del 2009 che fa riferimento congiunto all'art. 6 CEDU e agli artt. 24 e 111, primo comma, Cost.

⁹ C. cost. n. 93 del 2010.

¹⁰ C. cost. n. 113 del 2011.

¹¹ C. cost. n. 196 del 2010.

¹² C. cost. n. 236 del 2011.

¹³ C. cost. n. 39 del 2008.

¹⁴ C. cost. n. 187 del 2010.

¹⁵ C. cost. n. 329 del 2011.

¹⁶ C. cost. n. 181 del 2011.

¹⁷ TORREGROSSA, *Le fonti nel sistema multilivello europeo: verso una nuova unione europea nella tutela dei diritti fondamentali?*, in www.ildirittoamministrativo.it

¹⁸ Un monitoraggio della giurisprudenza della Corte costituzionale e dei suoi seguiti nella giurisprudenza dei giudici comuni ha mostrato che la risposta di questi ultimi è essenzialmente in termini di conformità (LAMARQUE, *Il seguito delle decisioni interpretative e additive di principio della corte costituzionale presso le autorità giurisdizionali (anni 2000-2005)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2008, 699).

¹⁹ TESAURO, *Relazioni tra Corte Costituzionale e Corte di giustizia*, in www.cortecostituzionale.it.

²⁰ Ricorrente è l'affermazione che il giudice nazionale di ultima istanza non è soggetto all'obbligo di rimettere alla Corte di giustizia delle Comunità europee la questione di interpretazione di una norma comunitaria quando non la ritenga rilevante ai fini della decisione o quando ritenga di essere in presenza di un *acte claire* che, in ragione dell'esistenza di precedenti pronunce della Corte ovvero dell'evidenza dell'interpretazione, renda inutile (o non obbligato) il rinvio

il rapporto con la Corte di Strasburgo si pone in termini nuovi dopo la richiamata "svolta" giurisprudenziale del 2007²¹.

La Corte di cassazione, che esercita il sindacato di legittimità al fine dell'uniforme interpretazione della legge (nomofilachia), si trova al crocevia di questo sistema stratificato e deve relazionarsi con le altre Corti: con la Corte costituzionale (che fa il controllo di costituzionalità ed a tal fine è comunque chiamata ad interpretare il diritto interno, talora rendendo pronunce interpretative che implicano un "seguito" soprattutto da parte della giurisprudenza di legittimità²²); con la Corte di giustizia (che interpreta sì il diritto comunitario, ma talora ciò fa in riferimento al nostro diritto interno che, seppur indirettamente, è oggetto anch'esso di interpretazione); con la Corte di Strasburgo (che interpreta ed applica a casi di specie le norme della CEDU, ma, al fine di accertare la violazione di un diritto fondamentale, è chiamata anche a verificare il contrasto del diritto interno con la CEDU e quindi deve comunque interpretare anche il primo).

Il sindacato di legittimità (della Corte di cassazione) ed il controllo di costituzionalità (della Corte costituzionale) si intrecciano con l'interpretazione vincolante del diritto comunitario (ad opera della Corte di giustizia) e con la verifica di compatibilità del diritto interno con la CEDU (fatta dalla Corte di Strasburgo) in un sistema di tutele dei diritti fondamentali che, per essere multilivello e non già gerarchizzato, può innescare una circolarità di pronunce delle varie Corti.

Quando, in un caso di cui si dirà *infra* (ai §§ 9. e 9.1.) più in dettaglio, la Corte di Strasburgo²³ appare non essere in sintonia con la Corte costituzionale²⁴ su una questione sulla quale ha modo di intervenire anche la Corte di giustizia²⁵, dopo che il legislatore, con norma di interpretazione autentica, ha smentito la Corte di cassazione²⁶, si innesta una circolarità che riparte con la Corte di cassazione²⁷ chiamata nuovamente a pronunciarsi.

Cambia quindi anche per la Corte di cassazione il modo di relazionarsi con la normativa dei trattati internazionali e segnatamente con la CEDU ricorrendo non di rado, anche nel giudizio di cassazione, che sia contestata la conformità della normativa interna alla Convenzione. La posizione della Corte - ed in generale del giudice comune - è scolpita dalla giurisprudenza costituzionale²⁸ che ha affermato che, "ove emerga un eventuale contrasto tra una norma interna e una norma della CEDU, il giudice nazionale comune deve preventivamente verificare la possibilità di una interpretazione della prima conforme alla norma convenzionale, ricorrendo a tutti i normali strumenti di ermeneutica giuridica [...] e, in caso negativo, deve investire la Corte costituzionale del dubbio di legittimità in riferimento al citato art. 117" tenendo presente che "il risultato complessivo dell'integrazione delle garanzie dell'ordinamento deve essere di segno positivo, nel senso che dall'incidenza della singola norma CEDU sulla legislazione italiana deve derivare un *plus* di tutela per tutto il sistema dei diritti fondamentali".

Il carattere stratificato ed asimmetrico di questo sistema sovranazionale di tutela dei diritti fondamentali, che deriva dal *novum* delle citate sentenze del 2007 e del trattato di Lisbona, pone, in particolare alla Corte di cassazione, la questione della c.d. trattatizzazione²⁹ (o

pregiudiziale. Da ultimo v. Cass., sez. lav., 20 giugno 2012, n. 10127 sulla ritenuta conformità della disciplina speciale delle supplenze nella scuola alla normativa comunitaria in tema di rapporto di lavoro a tempo determinato.

²¹ GALLO, *Rapporti fra Corte costituzionale e Corte EDU*, in www.cortecostituzionale.it.

²² Sia consentito, in proposito, rinviare a AMOROSO, *I seguiti delle decisioni di interpretazione adeguatrice della Corte costituzionale nella giurisprudenza di legittimità della Corte di cassazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2008, 769.

²³ Sent. 7 giugno 2011, Agrati e altri c. Italia.

²⁴ C. cost. n. 311 del 2009.

²⁵ Corte giust. 6 settembre 2011, c-108/10.

²⁶ Cass., sez. lav., 17 febbraio 2005, n. 3225, e 27 settembre 2005, n. 18829.

²⁷ Cass., sez. lav., 12 ottobre 2011, n. 20980.

²⁸ C. cost. n. 1 del 2011.

²⁹ Termine invalso per indicare l'acquisizione dello stesso rango dei Trattati dell'Unione europea. Con questa terminologia al problema della "trattatizzazione" della CEDU fa riferimento C. cost. n. 80 del 2011; cfr. in dottrina, a commento di tale pronuncia, RUGGERI, *La Corte fa il punto sul rilievo interno della CEDU e della Carta di Nizza-Strasburgo*, in www.forumcostituzionale.it; cfr. anche CELOTTO, *Il Trattato di Lisbona ha reso la CEDU direttamente applicabile nell'ordinamento italiano?*, in www.giustamm.it.

"comunitarizzazione"³⁰) della CEDU e quella della possibilità per il giudice comune di verifica dei "limiti" (o, in senso ampio, "controlimiti") di operatività interna della CEDU come parametro interposto di questione di costituzionalità.

Di ciò si viene ora a dire prima di esaminare nella Parte II alcune singole fattispecie in cui sono venute in rilievo norme della CEDU come parametro interposto e che hanno visto interessata la giurisprudenza di legittimità.

3. L'interpretazione orientata dalla necessaria conformità alla CEDU. Mentre in passato nella giurisprudenza di legittimità³¹ si evidenziava che la normativa recata dalla CEDU, in quanto ratificata e resa esecutiva in Italia con l. 4 agosto 1955 n. 848, e perciò introdotta nell'ordinamento italiano con la forza di legge propria dell'atto contenente il relativo ordine di esecuzione, aveva (solo) valore di fonte normativa primaria, dopo le citate sentenze del 2007 della Corte costituzionale occorre riconoscere ad essa - come già detto - l'idoneità a valere quale parametro interposto di questione di costituzionalità.

Per altro verso i diritti fondamentali garantiti dalla CEDU fanno parte del diritto dell'Unione europea in quanto principi generali (art. 6, par. 3, TUE) e più estesa tutela, perché operante con l'efficacia delle norme dei Trattati seppur nell'ambito di competenza delle materie comunitarie, è approntata dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (art. 6, par. 1, TUE).

Si pone quindi il problema della idoneità della CEDU a valere non solo come parametro interposto, ma anche come canone di integrazione del diritto dell'Unione europea.

Se si assume, in un giudizio (e segnatamente in un giudizio di cassazione, perché questo è l'angolo di visuale della presente relazione), che un diritto fondamentale è violato, ci si deve interrogare innanzi tutto in ordine al parametro in riferimento al quale tale violazione è allegata; parametro che può essere interno (perché rinvenuto nella Costituzione italiana) o sovranazionale, perché appartenente alla CEDU ed invocabile come parametro interposto di una questione di costituzionalità, ovvero comunitario, nei limiti in cui la tutela accordata dalla CEDU rifluisce nei "principi generali" del diritto dell'Unione europea nelle materie di competenza della stessa (art. 6, par. 3, TUE) ovvero si sovrappone a quella della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, la cui intervenuta "trattatizzazione" è predicata dal disposto dell'art. 6, par. 1, cit., che espressamente prevede che la Carta ha lo stesso valore giuridico dei Trattati dell'Unione (*id est*: Trattato sull'Unione europea e Trattato sul funzionamento dell'Unione europea), i quali nel loro complesso costituiscono il blocco costituzionale comunitario³² quale plesso normativo di principi a valore costituzionale specificatamente rivolto alla garanzia dei diritti e delle libertà fondamentali.

Il diverso livello a cui si collocano i diritti fondamentali che vengono in rilievo non costituisce un vero problema - o meglio, pone essenzialmente solo una questione di ricostruzione sistematica - laddove il giudice comune verifica che la normativa interna può adattarsi in via interpretativa per assicurare la tutela al diritto fondamentale che si assume violato. Vengono in gioco l'interpretazione adeguatrice alla Costituzione e quella orientata alla conformità alla normativa comunitaria ed internazionale, mediate sì da parametri di diversa natura - costituzionale, comunitaria (*ex art. 11 Cost.*), interposta (*ex art. 117, primo comma, Cost.*) - ma l'attività del giudice comune è pur sempre riconducibile ad un'operazione di esegesi che trova poi la sua sintesi nella funzione nomofilattica della Corte di Cassazione. Sotto questo profilo il sindacato di legittimità della Corte di cassazione riconduce ad unità il complesso di tutele multilivello e soddisfa non solo un'esigenza di sistematicità, ma anche di ordinata emersione di quei principi di diritto che di tali tutele costituiscano l'espressione nel senso che il risultato ultimo è la formazione del c.d. diritto vivente in relazione a singole fattispecie.

³⁰ Così C. cost. n. 349 del 2007.

³¹ Cass. civ., sez. un., 6 maggio 2003, n. 6853, in *Foro it.*, 2003, I, 2368.

³² Per "*bloc de constitutionnalité*" la dottrina giuspubblicistica francese (FAVOREAU, *Les Cours constitutionnelles*, Paris, 1986) intende "*l'ensemble des normes à valeur constitutionnelle par rapport auxquelles le Conseil constitutionnel exerce son contrôle*".

Un caso paradigmatico si rinviene nella giurisprudenza di legittimità in tema di confisca per lottizzazione abusiva. La Corte costituzionale³³, chiamata a verificare la compatibilità della previsione della confisca di cui all'art. 44, comma 2, del d.P.R. n. 380 del 2001, nel caso di reato di lottizzazione abusiva, con l'art. 7 della Convenzione come interpretato dalla Corte di Strasburgo³⁴, in ragione della riconducibilità della confisca ad una "pena", ai sensi dell'art. 7 cit., ha rivolto un pressante invito al giudice comune ad operare un'interpretazione orientata alla conformità alla CEDU prima di sollevare la questione di costituzionalità. Ciò che poi ha fatto la Corte di cassazione³⁵, che ha dichiarato inammissibile la questione di costituzionalità, per asserito contrasto in particolare con l'art. 117, comma primo, Cost. in relazione all'art. 7 CEDU, dell'art. 44, comma secondo, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, nella parte in cui consente la confisca dei terreni abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite a prescindere dal giudizio di responsabilità e nei confronti di persone estranee ai fatti, in quanto - ha precisato la Corte così operando l'interpretazione adeguatrice sollecitata - la confisca è condizionata, sotto il profilo soggettivo, quantomeno all'accertamento di profili di colpa nella condotta dei soggetti sul cui patrimonio la misura viene ad incidere. Con questa interpretazione adeguatrice si sono superati i denunciati profili di incostituzionalità per violazione del principio *nulla pena sine lege* espresso dall'art. 7 CEDU.

4. La tutela sovranazionale dei diritti fondamentali al bivio tra questione di costituzionalità e primato del diritto comunitario. Il problema di adeguamento dell'ordinamento interno all'insieme delle tutele multilivello sovranazionali costituisce invece una questione di maggiore complessità allorché la strada dell'interpretazione adeguatrice non sia percorribile. Ciò si è verificato ripetutamente in epoca recente, ad es., in ipotesi di norme di interpretazione autentica che non sono a loro volta suscettibili di interpretazione adeguatrice perché è il legislatore stesso che indica l'interpretazione "corretta" (v. *infra* i "casi" della Parte II). In tale evenienza c'è il possibile contrasto tra la normativa interna e quella di rango superiore, evocata perché appronta, nella prospettiva di chi ne lamenta la lesione, la tutela di un diritto fondamentale, e per risolvere questa antinomia occorre individuare il livello a cui si colloca il parametro in riferimento al quale tale antinomia è predicata. E le strade che si parano davanti al giudice comune, una volta esclusa la praticabilità dell'interpretazione adeguatrice variamente orientata, sono diverse: incidente di costituzionalità con rimessione alla Corte costituzionale in riferimento alla violazione di un parametro costituzionale diretto; non applicazione della normativa interna contrastante con quella comunitaria eventualmente previa rimessione alla Corte di giustizia della pregiudiziale interpretativa; o ancora incidente di costituzionalità ma in riferimento alla violazione di un parametro costituzionale interposto soprattutto laddove, in quest'ultima evenienza e con riguardo alla CEDU, sia già intervenuta la Corte di Strasburgo accertando, nel caso di specie, la violazione di una norma della CEDU e quindi del possibile parametro interposto.

Il carattere multilivello del complesso di tutele dei diritti fondamentali si coniuga poi al diverso ruolo di Corte costituzionale, Corte di giustizia e Corte di Strasburgo³⁶. La prima risolve l'antinomia, ove sussistente, dichiarando l'illegittimità costituzionale della disposizione nazionale che viola il diritto fondamentale (con gli effetti di cui all'art. 136, primo comma, Cost.). La seconda offre l'interpretazione del diritto dell'Unione europea, mentre il superamento dell'antinomia è demandato al giudice nazionale chiamato a non applicare la normativa interna non conforme. La terza, adita con ricorso diretto da chi assume la violazione del diritto fondamentale, accerta la violazione nel caso di specie; ciò che già consente (al giudice nazionale), per inferenza, di assumere

³³ C. cost. n. 239 del 2009.

³⁴ Sent. 30 agosto 2007, Sud Fondi s.r.l. ed altri c. Italia.

³⁵ Cass., Sez. III, 13 luglio 2009 - 8 ottobre 2009, n. 39078.

³⁶ SCARABBA, *Tra fonti e corti. Diritti e principi fondamentali in Europa: profili costituzionali e comparati degli sviluppi sovranazionali*, Padova, 2008.

che la normativa interna è contrastante con la CEDU³⁷. Ma la Corte di Strasburgo può ora anche rilevare l'esistenza di un "*problème structurel ou systémique*" (art. 61 delle Regole di procedura)³⁸, che implica, al di là del caso di specie della cui cognizione la Corte è investita, una vera e propria valutazione di conformità della normativa interna del paese membro alla CEDU. In tal caso la Corte rende un "*arrêt pilote*" in cui essa può individuare le "*mesures de redressement que la Partie contractante concernée doit prendre au niveau interne en application du dispositif de l'arrêt*". Con questo tipo di *arrêt*, che somiglia molto alle pronunce additive della Corte costituzionale, la Corte di Strasburgo, che comunque - per quanto risulta - ha fatto un uso limitato di questo strumento essenzialmente per risolvere il contenzioso seriale, sembra elevarsi dal ruolo di Corte sovranazionale specializzata nella tutela dei diritti fondamentali che si assumono violati in casi di specie³⁹ a quello di Corte "federale" (in un'accezione molto ampia perché il Consiglio di Europa non può considerarsi una federazione di Stati) che può sindacare la conformità alla CEDU della normativa interna dei paesi membri della Convenzione. A questo accertamento, esteso dal caso di specie alla fattispecie normativa, ha fatto talora riferimento anche la Corte costituzionale⁴⁰ quando, dando ulteriormente continuità al nuovo corso giurisprudenziale, ha richiamato le pronunce della Corte di Strasburgo⁴¹ che, in riferimento alla disciplina nazionale del processo penale contumaciale, hanno censurato la legislazione italiana e, nel rilevare l'eccessiva difficoltà di provare il difetto di conoscenza e l'estrema brevità del tempo utile per la presentazione dell'istanza di restituzione nel termine per impugnare la sentenza contumaciale, hanno accertato l'esistenza di «problema strutturale connesso ad una disfunzione della legislazione italiana».

Quindi non solo i diritti fondamentali possono avere fonti diverse (la Costituzione, il blocco costituzionale comunitario, la CEDU ed i trattati in seno al Consiglio d'Europa), ma diverse sono le Corti di riferimento e diverso è il tipo di pronuncia che ciascuna Corte può rendere.

L'intersecarsi delle fonti di tutela, che hanno anche contenuti sovrapponibili, determina un intreccio non facilmente districabile⁴². La sovrapposizione di contenuti, che nell'ottica dell'interpretazione adeguatrice del giudice comune è un elemento di semplificazione, diventa invece un fattore di complessità allorché la tutela del diritto fondamentale è necessariamente mediata dalla soluzione dell'antinomia tra normativa interna di rango primario e normativa sovraordinata; ciò perché più Corti sono legittimate ad interloquire⁴³.

La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, pur scontando che riguarda le materie di competenza dell'Unione, mentre la CEDU ha portata generale, è ampia e dettagliata ed in molte tutele si sovrappone a quest'ultima, anche in ragione della clausola di equivalenza della Carta (art. 52, par. 3), che prevede che, laddove la Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla

³⁷ PASSAGLIA (a cura di), *Gli effetti erga omnes delle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in www.cortecostituzionale.it; LAMARQUE, *Gli effetti delle sentenze della Corte di Strasburgo secondo la Corte costituzionale italiana*, in *Corriere giuridico*, 2010, 960.

³⁸ D'ANNA, *Ricorsi ripetitivi e violazioni strutturali alla luce delle modifiche apportate dal Protocollo 14 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in www.sioi.org

³⁹ Cfr. C. cost. n. 317 del 2009 che sottolinea come "alla Corte europea spetta di decidere sul singolo caso e sul singolo diritto fondamentale". In dottrina v. VEZZANI, *L'attuazione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo che richiedono l'adozione di misure a portata generale*, in *Diritti, principi e garanzie sotto la lente dei giudici di Strasburgo* (a cura di CASSETTI), Napoli, 2012.

⁴⁰ C. cost. n. 317 del 2009.

⁴¹ Sent. 11 settembre 2003, Sejdovic c. Italia, e successiva sentenza, nello stesso procedimento, in data 10 novembre 2004.

⁴² Secondo C. cost. n. 80 del 2011 la tutela dei diritti fondamentali nell'ambito dell'Unione europea deriva da tre fonti distinte: in primo luogo, dalla Carta dei diritti fondamentali, che l'Unione «riconosce» e che «ha lo stesso valore giuridico dei trattati»; in secondo luogo, dalla CEDU, come conseguenza dell'adesione ad essa dell'Unione; infine, dai «principi generali», che comprendono i diritti sanciti dalla stessa CEDU e quelli risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri. Ed aggiunge la Corte che si tratta di "un sistema di protezione assai più complesso e articolato del precedente".

⁴³ GUAZZAROTTI, *I diritti fondamentali dopo Lisbona e la confusione del sistema delle fonti*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

CEDU, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta Convenzione. Parimenti di ampia portata è la tutela dei diritti fondamentali nella nostra Costituzione.

Se si pensa al principio di eguaglianza ed al simmetrico divieto di discriminazioni, c'è nella Carta un apposito titolo (artt. 20-26) che articola variamente tale principio; il quale poi trova più dettagliata applicazione in specifiche direttive comunitarie⁴⁴. Parimenti l'art. 14 CEDU prevede il divieto di discriminazione, esteso poi, con una formulazione ancora più ampia, dall'art. 1 del Protocollo n. 12 del 4 novembre 2000.

La protezione dei dati personali è nell'art. 8 della Carta; parimenti l'art. 8 CEDU riconosce come fondamentale il diritto al rispetto della propria vita privata.

Il diritto di proprietà è tutelato sia dall'art. 17 della Carta che dall'art. 1 del Protocollo addizionale alla CEDU.

Il canone dell'"equo processo" di cui all'art. 6, par. 1, CEDU fa *pendant* con il diritto (fondamentale) ad un processo equo sancito dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e non è concetto dissimile dal canone del "giusto processo" di cui all'art. 111, primo comma, Cost.: ciò che cambia è essenzialmente la Corte che governa l'interpretazione del canone (rispettivamente Corte di Strasburgo, Corte di giustizia, Corte costituzionale).

Carta e CEDU, in particolare, hanno non solo questa sovrapposizione nel riconoscimento di diritti fondamentali, ma anche un raccordo testuale che le pone in comunicazione.

L'art. 6 TUE, dopo aver previsto (al par. 2) che l'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali⁴⁵, stabilisce che i diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione (oltre quelli risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri) fanno parte del diritto dell'Unione in quanto "principi generali". Questo recepimento delle norme della CEDU, seppur come "principi generali", è sì limitato alle materie di competenze dell'Unione, ma è comunque suscettibile di espansione in ragione del principio di sussidiarietà (art. 5, par. 3, TUE). Inoltre l'art. 52, par. 3, della Carta pone la già richiamata clausola di equivalenza per cui, in caso di sovrapposizione, la Carta non può avere un contenuto di tutela inferiore alla CEDU, ma semmai può accordare una protezione più estesa.

Questa pur marcata convergenza però non è piena e quindi non può parlarsi (ancora) di "trattatizzazione" della CEDU, la quale non può considerarsi del tutto inglobata nel diritto dell'Unione; e quindi attualmente il giudice comune non può astenersi dall'applicare il diritto interno ove ritenuto contrastante con la tutela dei diritti fondamentali riconosciuti dalla CEDU, ma deve sollevare la questione di costituzionalità.

Però - può aggiungersi - ove il riferimento sia non già alla CEDU, ma alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, allora opera il principio del primato del diritto comunitario ed il giudice nazionale è facoltizzato a non applicare la normativa nazionale contrastante con la Carta, eventualmente investendo dapprima, con la pregiudiziale interpretativa, la Corte di giustizia, la quale talora già ha ampliato il perimetro della sua competenza segnata dal principio di attribuzione finendo per conoscere di violazioni della CEDU che ridondavano in preclusioni al godimento di diritti ricompresi nelle materie comunitarie⁴⁶. In un caso la Corte costituzionale⁴⁷, seppur come argomento di rinforzo, ha considerato, all'interno dell'ordinamento dell'Unione europea, un diritto fondamentale riconosciuto dalla CEDU (segnatamente, dall'art. 6) quale "integrato nel diritto dell'Unione come principio generale" e ne ha escluso, in quel caso, la violazione.

⁴⁴ Direttive del Consiglio 2000/43/Ce e 2000/78/Ce.

⁴⁵ GUARINO, *L'adesione della UE alla Convenzione europea sui diritti dell'uomo e la Costituzione italiana*, in www.giurcost.org.

⁴⁶ Corte giust. 7 gennaio 2004, c-117/01, che, pronunciandosi in materia di trattamento previdenziale del coniuge superstite, ha preso in considerazione una normativa nazionale sul cambiamento di sesso raffrontandola - in termini di compatibilità o no - con la CEDU.

⁴⁷ C. cost. n. 303 del 2011.

5. Esclusione della "comunitarizzazione" della CEDU: la Corte di cassazione tende a sollevare questione incidentale di costituzionalità. Il giudice comune - e quindi in particolare la Corte di cassazione - non può che registrare la mancata (finora) "comunitarizzazione" della CEDU come risulta dalla giurisprudenza sia della Corte di giustizia che della Corte costituzionale.

Ed infatti anche recentemente la Corte di giustizia⁴⁸, pur riaffermando che i diritti fondamentali sono parte integrante dei principi generali del diritto dei quali la Corte garantisce l'osservanza, ha ribadito che "il rinvio operato dall'articolo 6, paragrafo 3, TUE alla CEDU non impone al giudice nazionale, in caso di conflitto tra una norma di diritto nazionale e detta convenzione, di applicare direttamente le disposizioni di quest'ultima, disapplicando la norma di diritto nazionale in contrasto con essa".

Analogamente la Corte costituzionale⁴⁹ ha escluso che l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (il 1° dicembre 2009) abbia comportato un mutamento della collocazione delle disposizioni della CEDU nel sistema delle fonti. Dalla qualificazione dei diritti fondamentali oggetto di disposizioni della CEDU come principi generali del diritto comunitario – operata dall'art. 6 del Trattato – non può farsi discendere la riferibilità della CEDU al diritto dell'Unione europea e, quindi, il giudice comune non può direttamente disapplicare le norme interne contrastanti con la Convenzione.

In sintonia con questi arresti giurisprudenziali anche la Corte di cassazione ha escluso la "trattattizzazione indiretta e piena" della CEDU⁵⁰.

Per altro verso può anche ricordarsi altra decisione della Corte di giustizia⁵¹ che - a fronte di una specifica questione posta dal giudice nazionale rimettente che invocava l'art. 6 CEDU in combinato disposto con l'art. 6, par. 2, TUE assumendone l'appartenenza al diritto dell'Unione - non si è pronunciata ritenendo assorbito tale profilo nella questione interpretativa di altra normativa posta direttamente dall'Unione. La circostanza però che la questione interpretativa dell'art. 6 CEDU, ove in ipotesi ritenuto recepito nel diritto dell'Unione europea, avesse, in quel caso di specie, una portata più ampia e fosse idonea a risolvere in radice il problema posto dal giudice nazionale rimettente lascia intendere che la Corte di giustizia ritenga, comunque ed in ogni caso, prioritaria la questione comunitaria in senso stretto rispetto a quella mediata dal recepimento della CEDU nei limiti dei "principi generali".

Questo spunto può essere valorizzato in termini di canone generale per il giudice comune: in un contesto in cui (tuttora) si esclude l'intervenuta "trattattizzazione" o "comunitarizzazione" della CEDU all'interno del diritto dell'Unione europea, comunque la questione di compatibilità del diritto nazionale con il diritto dell'Unione europea e segnatamente con il blocco costituzionale comunitario prevale sulla questione di diretta compatibilità con la CEDU.

Questa priorità della questione comunitaria è poi in sintonia anche con la dottrina della c.d. doppia pregiudiziale ribadita dalla giurisprudenza costituzionale anche dopo le citate pronunce del 2007⁵².

E quindi sembra potersi dire che, in una situazione di tutela multilivello di un diritto fondamentale il giudice comune, che abbia escluso la praticabilità dell'interpretazione adeguatrice, ove opini che quel diritto trovi tutela sia nel diritto dell'Unione, e segnatamente nella Carta dei diritti fondamentali, sia nella CEDU, debba porre alla Corte di giustizia la pregiudiziale

⁴⁸ Corte giust. 24 aprile 2012, c-571/10, Servet Kamberaj c. IPES. Cfr. RUGGERI, *La Corte di giustizia marca la distanza tra il diritto dell'Unione e la CEDU e offre un puntello alla giurisprudenza costituzionale in tema di (non) applicazione diretta della Convenzione (a margine di Corte giust., Grande Sez., 24 aprile 2012)*, in www.giurcost.org.

⁴⁹ C. cost. n. 80 del 2011; conf. in precedenza già C. cost. n. 349 del 2007.

⁵⁰ Cass., sez. un. 13 giugno 2012, n. 9595.

⁵¹ Corte giust. 6 settembre 2011, c-108/10.

⁵² Anche recentemente la Corte costituzionale ha precisato che «la questione di compatibilità comunitaria costituisce un *prius* logico e giuridico rispetto alla questione di costituzionalità, poiché investe la stessa applicabilità della norma censurata nel giudizio *a quo* e pertanto la rilevanza della questione» (C. cost., ord., n. 298 del 2011).

interpretativa comunitaria prima di sollevare innanzi alla Corte costituzionale la questione di costituzionalità indicando la normativa della CEDU come parametro interposto.

Ove invece la concorrenza di parametri sia tra quelli diretti della Costituzione e quelli interposti della CEDU la Corte costituzionale in una recente pronuncia⁵³ ha ritenuto necessaria una verifica congiunta⁵⁴ assegnando di fatto una sorta di una priorità alla verifica di conformità alla CEDU perché, essendo intervenuta nelle more del giudizio incidentale di costituzionalità una pronuncia della Corte di Strasburgo in materia, ha restituito gli atti ai giudici rimettenti per la rivalutazione delle condizioni di ammissibilità della questione senza passare ad esaminare gli altri parametri, quelli diretti.

Esclusa la comunitarizzazione della CEDU, la Corte di cassazione - dopo le citate sentenze del 2007 - tende a sollevare la questione di costituzionalità indicando le norme della CEDU come parametro interposto; ciò che si rinviene in varie ordinanze della Corte di cassazione che hanno sollevato l'incidente di costituzionalità.

In materia civile si è allegato come parametro interposto l'art. 6 CEDU per censurare l'art. 1, comma 218, della legge n. 266 del 2005 ove prevede, con norma interpretativa dell'art. 8, comma 2, legge n. 124 del 1999, il regime dell'inquadramento del personale ATA trasferito dagli enti locali ai ruoli del personale dello Stato⁵⁵. Analogo parametro interposto è stato indicato per censurare rispettivamente l'art. 32, commi 5 e 6, legge n. 183 del 2011, in tema di indennizzo risarcitorio per illegittima apposizione del termine al contratto di lavoro⁵⁶; l'art. 1, comma 777, legge n. 296 del 2006, in tema di contributi previdenziali versati da lavoratori migranti in Svizzera⁵⁷; l'art. 37, comma 7, d.P.R. n. 327 del 2001, in tema di indennità di esproprio in caso di omessa dichiarazione ai fini dell'imposta comunale sugli immobili⁵⁸; l'art. 1 legge reg. Veneto n. 25 del 2006, e gli artt. 1 e 2 legge prov. Trento n. 1 del 2007, in materia di trasferimento delle concessioni di derivazione d'acqua a scopi idroelettrici⁵⁹.

Parimenti in materia penale è stato indicato lo stesso parametro interposto dell'art. 6 della CEDU in riferimento alla censura dell'art. 175, comma 2, c.p.p. in tema di restituzione nel termine per impugnare la sentenza contumaciale di condanna⁶⁰; nonché, con altra ordinanza, sono stati censurati l'art. 4 legge n. 1423 del 1956 e l'art. 2-ter legge n. 575 del 1965, nella parte in cui non consentono che, a richiesta di parte, il procedimento in materia di misure di prevenzione si svolga in pubblica udienza, anziché in camera di consiglio⁶¹.

E' stato pure invocato l'art. 7 CEDU per la ipotizzata lesione del diritto dell'accusato al trattamento più lieve, così censurando le modifiche normative comportanti un regime più favorevole in tema di prescrizione dei reati⁶².

Meno ricorrente appare invece il riferimento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea⁶³, che talvolta la Corte esamina congiuntamente alla allegata violazione della CEDU⁶⁴

⁵³ C. cost., ord., n. 150 del 2012.

⁵⁴ Con riferimento ad altra fattispecie in cui parimenti vi era l'evocazione di una norma della CEDU e di parametri diretti della Costituzione la Corte (C. cost. n. 317 del 2009) ha parlato di "compenetrazione delle tutele",

⁵⁵ Cass., sez. lav., 4 settembre 2008, n. 22260, decisa da C. cost. n. 311 del 2009.

⁵⁶ Cass., sez. lav., 28 gennaio 2011, n. 2112, decisa da C. cost. n. 303 del 2011.

⁵⁷ Cass., sez. lav., 15 novembre 2011, n. 23834, non ancora decisa.

⁵⁸ Cass., sez. un., 14 aprile 2011, nn. 8489 e 8490, decise da C. cost. n. 318 del 2011.

⁵⁹ Cass., sez. un., 20 luglio 2011, n. 15866, non ancora decisa.

⁶⁰ Cass., sez. I, 2 luglio 2008 - 17 settembre 2008, n. 35555, decisa da C. cost. 317 del 2009.

⁶¹ Cass., sez. II, 11 novembre 2009 - 12 novembre 2009, n. 43250, decisa da C. cost. n. 80 del 2011.

⁶² Cass., sez. II, 27 maggio 2010 - 11 giugno 2010, n. 22357, decisa da C. cost. n. 236 del 2011; cfr., in termini sostanzialmente analoghi, anche Cass., sez. V, 27 gennaio - 17 febbraio 2011, n. 5991, decisa da C. cost. n. 314 del 2011; Cass., sez. II, 17 febbraio 2011 - 3 maggio 2011, n. 17086, decisa da C. cost. n. 43 del 2012; Cass., sez. V, 18 maggio 2011 - 20 luglio 2011, n. 28933, decisa da C. cost. 93 del 2012.

⁶³ Cfr. ad es. Cass., sez. 6 - 2, 27 giugno 2012, n. 10748, che ha esaminato la questione di asserita compromissione dei diritti fondamentali di difesa e del diritto ad un giusto processo in riferimento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (artt. 47 e 52) oltre che agli artt. 24 e 111 Cost..

ovvero di norme di trattati internazionali⁶⁵. Anche la tutela del minore, quale garantita dall'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali, è stata allegata unitamente alla Convenzione europea sull'esercizio dei diritti del fanciullo, adottata dal Consiglio d'Europa a Strasburgo il 25 gennaio 1996, quest'ultima quale parametro interposto della questione di costituzionalità dell'art. 569 c.p. che prevede il delitto di soppressione di stato⁶⁶.

6. La possibilità, o no, per la Corte di cassazione di valutare il "controlimite" all'ingresso delle norme della CEDU come parametro interposto. L'altra profilo problematico di cui si diceva inizialmente riguarda i limiti (o, in senso ampio, "controlimiti") alla operatività delle norme della CEDU come parametri interposti di questioni di costituzionalità; problema che si pone soprattutto quando la norma della CEDU in riferimento alla norma interna sia stata già oggetto di una pronuncia della Corte di Strasburgo. La giurisprudenza costituzionale è infatti nel senso che "la questione dell'eventuale contrasto della disposizione interna con la norme della CEDU va risolta [...] in base al principio in virtù del quale il giudice comune, al fine di verificarne la sussistenza, deve avere riguardo alle norme della CEDU, come interpretate dalla Corte di Strasburgo [...] specificamente istituita per dare ad esse interpretazione e applicazione [...] poiché il contenuto della Convenzione (e degli obblighi che da essa derivano) è essenzialmente quello che si trae dalla giurisprudenza che nel corso degli anni essa ha elaborato"⁶⁷.

La dottrina dei controlimiti è stata più volte affermata dalla giurisprudenza costituzionale⁶⁸ con riguardo al primato del diritto dell'Unione europea sul diritto interno⁶⁹ e all'operatività della normativa comunitaria di diretta applicazione nell'ordinamento nazionale, che vale a rendere non applicabile la normativa interna con essa contrastante⁷⁰. Essa fa riferimento ai «principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale» ed ai «diritti inalienabili della persona umana», che costituiscono il nocciolo duro delle garanzie costituzionali approntate nell'ordinamento interno dalla Costituzione. Si tratta di una soglia-limite all'arretramento della sovranità nazionale (ex art. 11 Cost.) in ragione della partecipazione all'Unione europea. Il principio del primato del diritto europeo è cedevole - e quindi il diritto interno non si ritrae più nei confronti del diritto comunitario - quando vengono in gioco i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e i diritti inalienabili della persona umana. Come insuperabile ultima frontiera, la dottrina dei controlimiti è una sorta di clausola di riserva dell'ordinamento costituzionale interno che però finora non ha trovato concreta applicazione.

Vi è un'apparente simmetria a tale controlimite quando si guarda all'ingresso delle norme della CEDU come parametro interposto di questioni di costituzionalità.

Ma diversa è l'incidenza dei parametri interposti che, senza avere rango di norme costituzionali, valgono non di meno al fine della verifica di costituzionalità della normativa interna di livello primario. Questa apertura all'ingresso, seppur mediato, di fonti non formalmente di rango costituzionale, ma idonee non di meno a condizionare la legittimità della normativa interna

⁶⁴ Cfr. Cass., sez. 3, 21 giugno 2011, n. 13603, secondo cui le norme interne che attengono all'astensione e alla riacquisizione (art. 51 e 52 c.p.c.) non contrastano né con l'art. 6 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo, né con l'art. 6 del Trattato dell'Unione Europea, né con l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

⁶⁵ Cass., sez. lav., 6 aprile 2011, n. 7889, che, in tema di riserva di posti di impiego pubblico in favore di invalidi, ha escluso la violazione sia dell'art. 26 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, sia dell'art. 27 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità del 13 dicembre 2006, ratificata e resa esecutiva dall'Italia con la legge n. 18 del 2009.

⁶⁶ Cass., sez. VI, 7 giugno 2012 - 12 giugno 2012, n. 23167, non ancora decisa.

⁶⁷ Cfr. C. cost. n. 78 del 2012, n. 236 del 2011, n. 311 del 2009, nn. 348 e n. 349 del 2007.

⁶⁸ Fin da C. cost. n. 183 del 1973 e n. 170 del 1984; cfr. soprattutto C. cost. n. 232 del 1989 e n. 509 del 1995. Più recentemente C. cost. n. 348 del 2007 ricorda che la ritrazione di sovranità dell'ordinamento interno nelle materie oggetto dei Trattati europei (TUE e TFUE) incontra "il solo limite dell'intangibilità dei principi e dei diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione". Di "intangibilità dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e dei diritti inviolabili dell'uomo garantiti dalla Costituzione" ha parlato anche C. cost. n. 103 del 2008.

⁶⁹ In generale v. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, Padova, 2012, 189 ss..

⁷⁰ Per la dottrina dei controlimiti v. da ultimo PARODI, *Le fonti del diritto*, Milano, 2012, 63 ss.

primaria, va comunque inquadrata nel complesso dei parametri diretti (Costituzione e leggi costituzionali) la cui operatività non è suscettibile di essere intaccata al di fuori del rigido procedimento di revisione ex art. 138 Cost.. Pertanto il parametro interposto entra sì nella verifica di costituzionalità, ma in necessaria sinergia e non già in contrapposizione ai parametri diretti. Ciò implica - o quanto meno può implicare - un bilanciamento di valori costituzionali - quelli recati dal parametro interposto e quelli espressi dai parametri diretti - che costituisce il metro di giudizio della verifica di costituzionalità (solo in questo significato molto ampio può parlarsi di "controlimite").

Non vi è quindi una sorta di automatismo (ciò che significherebbe un'inammissibile esternalizzazione della verifica di costituzionalità) nel senso che, in ipotesi, la violazione della norma della CEDU ritenuta da parte della Corte di Strasburgo, ove anche si accompagni all'accertamento di una "disfunzione strutturale e sistemica" della normativa italiana (secondo il modulo di pronuncia di cui si è detto sopra), non comporta di per sé l'illegittimità costituzionale di quest'ultima. Ma, sul versante interno, c'è pur sempre un bilanciamento che la Corte costituzionale è chiamata a fare tra la norma della CEDU - parametro interposto - e la Costituzione; bilanciamento che può condurre anche ad un esito diverso dall'incostituzionalità.

Insomma non vi è un controlimite di tipo "comunitario" all'operatività della CEDU come parametro interposto perché non c'è da regolare il rapporto tra due ordinamenti, come quello interno e quello comunitario (non a caso la giurisprudenza costituzionale rifugge dall'utilizzo del termine "controlimite"). Ma si ha che il parametro interposto non si sottrae al bilanciamento - ad opera della Corte costituzionale - con il plesso dei parametri diretti rappresentati dalla Costituzione e dalle norme di rango costituzionale.

Questo bilanciamento - che non viene invece in gioco per la Corte di Strasburgo, chiamata in singoli casi di specie ad accertare la violazione di un diritto fondamentale garantito dalla CEDU - può giustificare un (apparente) disallineamento di esiti dei giudizi non come evenienza patologica, ma come peculiarità di un sistema di tutela dei diritti fondamentali che è multilivello e non già gerarchizzato, mancando l'attribuzione ad una Corte della c.d. *Kompetenz-Kompetenz*⁷¹.

La necessità di questo bilanciamento è presente già nelle citate pronunce del 2007 della Corte costituzionale, ma è più marcata nella più recente giurisprudenza di questa Corte.

Già inizialmente la Corte costituzionale⁷² avvertiva come "lo scrutinio di costituzionalità non possa limitarsi alla possibile lesione dei principi e dei diritti fondamentali [...] o dei principi supremi [...], ma debba estendersi ad ogni profilo di contrasto tra le "norme interposte" e quelle costituzionali". Ed evocava infine il "ragionevole bilanciamento tra il vincolo derivante dagli obblighi internazionali, quale imposto dall'art. 117, primo comma, Cost., e la tutela degli interessi costituzionalmente protetti contenuta in altri artt. della Costituzione". E successivamente ha ricordato "il necessario bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti, cioè con altre norme costituzionali, che a loro volta garantiscano diritti fondamentali che potrebbero essere incisi dall'espansione di una singola tutela"⁷³.

Ancora più netta è l'affermazione secondo cui "alla Corte costituzionale compete [...] di verificare se la norma della CEDU, nell'interpretazione data dalla Corte europea, non si ponga in conflitto con altre norme conferenti della nostra Costituzione. Il verificarsi di tale ipotesi, pure eccezionale, esclude l'operatività del rinvio alla norma internazionale e, dunque, la sua idoneità ad integrare il parametro dell'art. 117, primo comma, Cost."⁷⁴.

Si è parimenti sottolineato che la Corte "è chiamata a verificare se la norma della Convenzione - norma che si colloca pur sempre ad un livello sub-costituzionale - si ponga eventualmente in conflitto con altre norme della Costituzione. In questa, seppur eccezionale, ipotesi,

⁷¹ L'eventuale perdurare di una tale situazione richiederebbe alla fine un intervento di riassetto del legislatore. C. cost. n. 317 del 2009 ha sottolineato che "il necessario bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti [...] trova nel legislatore il suo riferimento primario".

⁷² C. cost. n. 348 del 2007.

⁷³ C. cost. n. 317 del 2009, richiamando in particolare C. cost. n. 349 del 2007.

⁷⁴ C. cost. n. 311 del 2009.

deve essere esclusa l'idoneità della norma convenzionale a integrare il parametro costituzionale considerato⁷⁵.

In linea di continuità con questo orientamento, da ultimo, la Corte⁷⁶, proprio in ragione del necessario bilanciamento tra le norme della CEDU quale parametro interposto e la Costituzione, ha rivendicato alla Corte stessa "la spettanza [...] di un «margine di apprezzamento e di adeguamento», che – nel rispetto della «sostanza» della giurisprudenza di Strasburgo – le consenta comunque di tenere conto delle peculiarità dell'ordinamento in cui l'interpretazione della Corte europea è destinata ad inserirsi". E' la tecnica c.d. del *distinguishing*⁷⁷ secondo cui un principio va contestualizzato rispetto alle diverse peculiarità delle fattispecie in comparazione.

Ciò che risulta in termini sempre più marcati da questa giurisprudenza è che le norme della CEDU, in tanto operano come parametro interposto per la valutazione di legittimità della normativa interna primaria, in quanto resistono al bilanciamento con altri valori espressi da parametri diretti (la Costituzione e le norme di rango costituzionale).

Questa operazione di bilanciamento attiene alla valutazione di fondatezza/infondatezza della questione di costituzionalità da parte della Corte costituzionale.

Ed allora può ritenersi che anche il giudice comune - e quindi anche la Corte di cassazione - è legittimata ad operare preliminarmente la stessa valutazione in termini di manifesta/non manifesta infondatezza della stessa questione. L'allegazione di un parametro interposto innesca la tipica valutazione di ammissibilità dell'eccezione di incostituzionalità quale prescritta in via generale dall'art. 23 l. n. 87 del 1953: il giudice è chiamato a verificare la non manifesta infondatezza della questione sollevata e quindi anche la non manifesta inidoneità del parametro interposto a superare la prova di resistenza costituita dal bilanciamento con i parametri diretti.

Ove però sia intervenuta in termini una decisione della Corte di Strasburgo che abbia registrato una "disfunzione strutturale e sistemica" della normativa italiana, ben difficilmente il giudice comune potrà ritenere la manifesta inidoneità del parametro interposto e non potrà che investire la Corte costituzionale alla quale spetterà l'ultima parola in ordine a tale bilanciamento.

Parte II - Casi e questioni

7. La giurisprudenza della Corte di Strasburgo in tema di leggi di interpretazione autentica. Nella giurisprudenza della Corte di cassazione, chiamata a confrontarsi con quella della Corte di Strasburgo e più in generale con i precetti della CEDU dopo la svolta delle cit. sentenze della Corte costituzionale del 2007, un primo ricorrente profilo problematico ha riguardato la compatibilità di norme di interpretazione autentica con il principio del giusto processo di cui all'art. 6 CEDU; disposizione questa che ha visto più volte pronunce della Corte di Strasburgo in relazione a norme interpretative con cui i legislatori dei Paesi membri sono intervenuti in situazioni giuridiche oggetto di procedimenti nei quali era parte lo Stato.

In particolare la Corte di Strasburgo⁷⁸ ha affermato che, seppur in linea di principio al legislatore non è impedito intervenire con disposizioni retroattive su diritti sorti in base alle leggi vigenti, il principio dell'equo processo sancito dall'art. 6 CEDU, da cui deriva quello più specifico della c.d. della parità delle armi, preclude un'interferenza del legislatore che sia destinata ad

⁷⁵ C. cost. n. 236 del 2011.

⁷⁶ C. cost. n. 230 del 2012.

⁷⁷ Con riferimento proprio alle norme della CEDU v. - prima della svolta della giurisprudenza costituzionale del 2007 - Cass., sez. un., 6 maggio 2003, n. 6853, in *Riv. giur. edilizia*, 2004, I, 571, con nota di MUSSELLI, *L'occupazione appropriativa non contrasta con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo: le sezioni unite della Cassazione e la tecnica del distinguishing*.

⁷⁸ Sent. 21 giugno 2007, *Scm Scanner de l'Ouest Lyonnais c. France*; 9 dicembre 1994, *Raffineries Grecques Stran et Stratis Andreadis c. Grèce*; 28 ottobre 1999, *Zielinski et Pradal et Gonzalez et Autres c. France*; 6 ottobre 2005, *Draon c. France*; 22 ottobre 1997, *Papageorgiou c. Grèce*.

influenzare l'esito della controversia che lo veda direttamente od indirettamente interessato, fatta eccezione l'ipotesi in cui sussistano motivi imperativi di interesse generale (*impérieux motifs d'intérêt général*). Le parti in un giudizio civile devono essere in condizioni di parità senza che una - quella che nel corso del giudizio si trova a confrontarsi con una norma di interpretazione autentica - sia posta in condizione di sostanziale svantaggio rispetto alla controparte che sia lo Stato, o un ente ad esso riferibile, il quale, esercitando la funzione legislativa, non può interferire nell'esito della lite.

Si è poi precisato che gli "imperiosi motivi di interesse generale" non possono però consistere in mere esigenze di finanza pubblica e di contenimento della spesa pubblica. Ma tale presupposto è stato riconosciuto allorché ricorrevano ragioni storiche epocali, come nel caso della riunificazione tedesca⁷⁹. Parimenti è stato ritenuto che l'adozione di una disposizione interpretativa può essere considerata giustificata da motivi di interesse pubblico allorché lo Stato convenuto, nella logica di interesse generale di garantire il pagamento delle imposte, ha inteso porre rimedio al rischio che l'intenzione originaria del legislatore fosse, in quel caso, sovvertita da disposizioni fissate in circolari⁸⁰. Altresì si è ritenuto essere l'intervento del legislatore giustificato dall'obiettivo finale di riaffermare l'intento originale del Parlamento, che non aveva inteso sostenere la posizione assunta dall'amministrazione dinanzi a quei giudici, ma aveva agito per porre rimedio a un errore tecnico di diritto⁸¹. Quindi rileva la finalità dell'intervento legislativo di garantire la conformità all'intenzione originaria del legislatore.

Anche da ultimo la Corte di Strasburgo⁸² ha ribadito come principio che, benché non sia precluso al legislatore di disciplinare, mediante nuove disposizioni retroattive, diritti derivanti da leggi in vigore, il principio dello Stato di diritto e la nozione di processo equo sanciti dall'art. 6 CEDU precludono, tranne che per impellenti motivi di interesse generale, l'ingerenza del potere legislativo nell'amministrazione della giustizia con il proposito di influenzare la definizione giudiziaria di una controversia. In sostanza lo Stato non può interferire in modo arbitrario nelle procedure di decisione giudiziaria.

Vengono ora ad esaminarsi alcuni "casi" di interferenza di normative di interpretazione autentica sui processi in corso.

8. Sulla perequazione del trattamento pensionistico dei dipendenti di istituti di credito.

Un primo "caso", relativo al regime perequativo dei trattamenti pensionistici di dipendenti di istituti di credito, è significativo perché la questione di costituzionalità, ancorché sollevata dopo le citate sentenze del 2007, non è mediata dall'art. 6 della CEDU come parametro interposto, ma non di meno riguarda una disposizione di interpretazione autentica, sfavorevole ai pensionati, applicabile, come tale, anche ai giudizi in corso. La questione è sollevata in particolare con riferimento al canone del "giusto processo" (art. 111, primo comma, Cost.) in termini del tutto analoghi ad altre questioni (v. *infra*) che in seguito saranno poste con riferimento, come parametro interposto, al canone dell'"equo processo" di cui all'art. 6, par. 1, CEDU.

Per tale personale la giurisprudenza di legittimità⁸³ aveva in precedenza riconosciuto il diritto, in favore di chi fosse stato già in quiescenza alla data del 31 dicembre 1990, al mantenimento della più favorevole disciplina della perequazione automatica. Successivamente alla formazione di tale indirizzo giurisprudenziale favorevole ai pensionati era intervenuto il legislatore (art. 4, comma 55, della legge n. 243 del 2004) che aveva fornito l'interpretazione autentica dell'art. 9 del d.lgs. n. 503 del 1992, in virtù della quale la perequazione generale doveva applicarsi a tutte le

⁷⁹ Sent. 20 febbraio 2003, Forrer-Niedenthal c. Germania.

⁸⁰ Cfr. sent. 23 ottobre 1997, National & Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society et Yorkshire Building Society c. Royaume-Uni.

⁸¹ Cfr. sent. 27 maggio 2004, Affaires Ogis-Institut Stanislas, Ogec St. Pie X et Blanche De Castille et Autres C. France,.

⁸² Sent. 31 maggio 2011, Maggio e altri c. Italia; cfr. anche 18 gennaio 2007, Bulgakova c. Russia.

⁸³ Cass., sez. un., 3 luglio 2001, n. 9023, in *Foro it.*, 2002, I, 470.

pensioni integrative dei dipendenti degli enti pubblici creditizi, qualunque fosse la data del pensionamento, inclusi i già pensionati e senza esentare da questo riassetto gli ex dipendenti degli enti creditizi già pensionati alla data del 31 dicembre 1990, così di fatto smentendo la giurisprudenza di legittimità ad essi favorevole.

La Corte di cassazione⁸⁴ ha allora sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 55, cit. e - pur pronunciandosi dopo la svolta della giurisprudenza costituzionale del 2007 - ha lamentato la violazione degli artt. 3, 102 e 111 Cost., senza invocare la CEDU come parametro interposto, nel censurare la norma indubbiata laddove aveva disposto che «al fine di estinguere il contenzioso giudiziario relativo ai trattamenti corrisposti a talune categorie di pensionati già iscritti a regimi previdenziali sostitutivi», la perequazione automatica delle pensioni doveva intendersi applicabile al complessivo trattamento percepito dai pensionati senza eccezioni.

La Corte costituzionale - richiamando il suo orientamento secondo cui sono legittime le norme di interpretazione autentica che attribuiscono alla disposizione interpretata uno dei significati ricompresi nell'area semantica della disposizione stessa - ha dichiarato non fondata la questione⁸⁵.

La giurisprudenza di legittimità⁸⁶ si è adeguata aggiungendo che la norma di interpretazione autentica non era censurabile neppure in riferimento all'art. 117, primo comma, Cost., per violazione dell'art. 6, par. 1, della CEDU, posto che il principio, a quella norma riconducibile, di non ingerenza del legislatore nell'amministrazione della giustizia allo scopo d'influire sulla singola causa o su una determinata categoria di controversie non opera ove l'ingerenza della norma retroattiva sia giustificata da motivi imperiosi di carattere generale.

Successivamente però la Corte di Strasburgo⁸⁷, con riferimento a questa fattispecie, ha invece escluso che vi fosse alcuna ragione di interesse generale in grado di giustificare l'intervento legislativo di interpretazione autentica con applicazione retroattiva sì da determinare l'esito dei procedimenti pendenti tra privati.

Ecco quindi già un caso di quel possibile disallineamento di cui si diceva prima.

9. Il caso del personale Amministrativo Tecnico e Ausiliario (ATA) della scuola. Il caso del personale ATA (amministrativo, tecnico e ausiliario) della scuola è particolarmente significativo di questo sistema di tutele multilivello sotto l'angolo di visuale della legge di interpretazione autentica sopravvenuta nel corso del giudizio perché ha visto ripetutamente interessate le quattro Corti (in successione cronologica la Corte di cassazione, la Corte costituzionale, la Corte di Strasburgo e la Corte di giustizia) senza che in realtà sulla questione sia stata detta una parola definitiva. Anzi ciò che può notarsi è che dopo quasi un decennio, che ha visto attivati il sindacato di legittimità, lo scrutinio di costituzionalità, la verifica di salvaguardia dei diritti fondamentali, il controllo di compatibilità comunitaria, non è ancora del tutto definita la sorte della rivendicazione del personale ATA diretta al riconoscimento che la retribuzione d'ingresso nel nuovo inquadramento come dipendenti statali, e non più di enti locali, sia calcolata in termini più favorevoli di quelli ritenuti dall'Amministrazione statale in attuazione di uno specifico accordo collettivo.

Si tratta di una vicenda emblematica che merita un'attenzione particolare perché evidenzia come il carattere multilivello della tutela dei diritti fondamentali, se da una parte amplia il perimetro delle garanzie, d'altra parte può innescare una spirale di concorrenti interventi delle Corti suddette che allunga i tempi della formazione del diritto vivente, su cui si radica l'affidamento nella giurisdizione per la composizione delle liti, e rischia di mettere in sofferenza anche il principio della certezza del diritto.

Non occorre - per quanto qui interessa - entrare nel dettaglio della questione controversa; è sufficiente evidenziare che il problema era quello della validità, o no, di una disposizione

⁸⁴ Cass., sez. lav., 12 ottobre 2007, n. 21439

⁸⁵ C. cost. n. 362 del 2008.

⁸⁶ Cass., sez. lav., 10 luglio 2009, n. 16206.

⁸⁷ Sent. 14 febbraio 2012, Arras ed altri c. Italia.

contrattuale collettiva, recepita in un decreto ministeriale, di determinazione della retribuzione di ingresso secondo il criterio del c.d. maturato economico che comportava l'invarianza della retribuzione dopo il trasferimento rispetto al criterio della rilevanza dell'intera anzianità di servizio maturata nell'ente di provenienza che poteva significare, a seguito del nuovo inquadramento, l'assegnazione in un livello retributivo più elevato.

Inizialmente la Corte di cassazione con due pronunce che, seppur con due percorsi argomentativi diversi, convergono nel ritenere illegittima la disposizione collettiva sul maturato economico che non era autorizzata a derogare il principio della piena computabilità di tutta la pregressa anzianità di servizio al fine di determinare la retribuzione di ingresso⁸⁸.

Per contrastare questo indirizzo giurisprudenziale è intervenuto il legislatore con l'art. 1, comma 218, l. n. 266 del 2005, che ha stabilito che l'art. 8 l. n. 124 del 1999 - è questa la travagliata disposizione sulla quale si accentreranno i successivi interventi, a vario titolo, delle Corti suddette - si interpreta nel senso che il personale degli enti locali trasferito nei ruoli del personale amministrativo, tecnico ed ausiliario (ATA) statale è inquadrato, nelle qualifiche funzionali e nei profili professionali dei corrispondenti 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 costituito dallo stipendio, dalla retribuzione individuale di anzianità nonché da eventuali indennità, ove spettanti, previste dai contratti collettivi nazionali di lavoro del comparto degli enti locali, vigenti alla data dell'inquadramento.

Su questa disposizione "interpretativa" - o "di sanatoria" - si pronuncia una prima volta la Corte costituzionale⁸⁹ che dichiara non fondate varie questioni di legittimità costituzionale sollevate, in riferimento, a plurimi parametri, ma non anche dell'art. 6 della CEDU per il tramite dell'art. 117, primo comma, Cost. perché si era ancora prima delle sentenze gemelle del 2007. La Corte ritiene la compatibilità della disposizione censurata con il principio di ragionevolezza sia nella prospettiva dell'interpretazione autentica che in quella della disposizione meramente retroattiva, considerando essenzialmente - a giustificazione del criterio adottato - la strutturale diversità esistente tra i sistemi di determinazione del trattamento economico fatti propri dalla contrattazione collettiva nei due distinti comparti (degli enti locali e dei Ministeri) e, quindi, del diverso ruolo svolto dall'anzianità di servizio maturata da ciascun dipendente.

La giurisprudenza di legittimità⁹⁰ si allinea all'intervento del legislatore ritenuto non essere inficiato da illegittimità costituzionale.

Nel frattempo però la Corte costituzionale, con le menzionate sentenze del 2007, inaugura il nuovo corso giurisprudenziale interpretando - come già si è detto - l'art. 117, primo comma, Cost. come recante una generale prescrizione di conformità ai vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali, non limitata al riparto di competenze legislative, sì da assegnare, in particolare, alle disposizioni della CEDU la valenza di parametri interposti della legittimità costituzionale della legislazione statale e regionale.

E' allora la Corte di cassazione⁹¹ che rimette la palla in gioco sollevando questione di costituzionalità della disposizione "interpretativa". Ritiene infatti che tale norma si ponga in contrasto con il divieto di ingerenza del potere legislativo nell'amministrazione della giustizia, non essendo necessario - alla luce della giurisprudenza della Corte di Strasburgo⁹² - che la disposizione retroattiva sia "esclusivamente diretta ad influire sulla soluzione delle controversie in corso", né che tale scopo sia stato comunque enunciato, essendo, invece, sufficiente a ritenere fondato il conflitto con l'art. 6 della Convenzione europea che nel procedimento sia applicata la disposizione denunciata e lo stesso Stato sia parte nel giudizio e consegua, dall'applicazione della norma come

⁸⁸ Cass., sez. lav., 17 febbraio 2005, n. 3225, e 27 settembre 2005, n. 18829.

⁸⁹ C. cost. n. 234 del 2007.

⁹⁰ Cfr. *ex plurimis* Cass., sez. lav., 16 gennaio 2008, n. 677.

⁹¹ Cass., sez. lav., 4 settembre 2008, n. 22260.

⁹² Sent. 21 giugno 2007, SCM Scanner de l'Ouest ed autres c. France.

interpretata autenticamente, la positiva definizione della controversia. Né, in senso contrario, assumono rilievo la potestà del legislatore di emanare norme retroattive incidenti su diritti ovvero la natura intrinsecamente retroattiva delle norme di interpretazione autentica, esigendo detto divieto solo che siano esclusi, dall'ambito di applicazione della norma interpretativa, i processi in corso alla data di entrata in vigore della disposizione.

La questione è dichiarata non fondata dalla Corte costituzionale⁹³ che, dopo un'ampia ricostruzione del quadro giurisprudenziale delle due Corti, evidenzia che ove si profili un contrasto tra una norma interna e una norma della Convenzione europea, il giudice nazionale comune deve procedere ad una interpretazione della prima conforme a quella convenzionale, fino a dove ciò sia consentito dal testo delle disposizioni a confronto e avvalendosi di tutti i normali strumenti di ermeneutica giuridica. Beninteso, l'apprezzamento della giurisprudenza europea consolidatasi sulla norma conferente va operato in modo da rispettare la sostanza di quella giurisprudenza, secondo un criterio già adottato dal giudice comune e dalla Corte europea. Infatti la clausola del necessario rispetto dei vincoli derivanti dagli obblighi internazionali, dettata dall'art. 117, primo comma, Cost., attraverso un meccanismo di rinvio mobile del diritto interno alle norme internazionali pattizie di volta in volta rilevanti, impone il controllo di costituzionalità, qualora il giudice comune ritenga lo strumento dell'interpretazione insufficiente ad eliminare il contrasto. Si precisa poi che secondo la giurisprudenza della Corte europea 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'art. 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 (*«impérieux motifs d'intérêt général»*). Deve quindi escludersi l'esistenza di un principio secondo cui la necessaria incidenza delle norme retroattive sui procedimenti in corso si porrebbe automaticamente in contrasto con la Convenzione europea, come peraltro riconosciuto da una parte della giurisprudenza di legittimità. E, con riferimento al caso di specie, la Corte conclude che «nella specie ricorrono più di una tra quelle "ragioni imperative di interesse generale" che consentono, nel rispetto dell'art. 6 della Convenzione europea e nei limiti evidenziati dalla Corte di Strasburgo, interventi interpretativi e retroattivi»; ragioni consistenti nel fatto che la legge n. 124 del 1999 ha inteso governare una particolare operazione di riassetto organizzativo riguardante un ampio numero di pubblici dipendenti.

La giurisprudenza di legittimità⁹⁴ si adegua e, sulla base della norma di interpretazione autentica (o di sanatoria), afferma che il personale ATA è inquadrato nei ruoli statali sulla base del criterio del c.d. maturato economico e quindi del trattamento economico complessivo in godimento all'atto del trasferimento con attribuzione della posizione stipendiale di importo pari od immediatamente inferiore a quella in atto al momento del trasferimento, senza che vi sia contrasto - come riconosciuto dalla Corte costituzionale - con l'art. 117, primo comma, Cost., per violazione del diritto fondamentale al giusto processo ex art. 6 CEDU. Quindi la rivendicazione di tale personale è ritenuta non fondata.

9.1. (segue) L'intervento delle Corti europee. A questo punto entrano in scena le Corti europee.

Dapprima la Corte di Strasburgo⁹⁵ afferma che la necessità di porre rimedio a un difetto tecnico della legge originaria e di prevenire la creazione di situazioni discriminatorie tra i dipendenti provenienti dallo Stato e quelli provenienti dagli enti locali non basterebbe a stabilire la conformità della norma di interpretazione autentica alle disposizioni della Convenzione. La Corte non manca di notare che il legislatore, adottando tale norma in contrasto con la giurisprudenza della

⁹³ C. cost., n. 311 del 2009.

⁹⁴ Cass., sez. lav., 9 novembre 2010, n. 22751.

⁹⁵ Sent. 7 giugno 2011, Agrati e altri c. Italia.

Corte di cassazione, ha perseguito in realtà l'obiettivo di preservare l'interesse economico dello Stato, riducendo il numero delle cause pendenti dinanzi ai giudici italiani. Quindi l'intervento legislativo costituito dalla norma interpretativa, lesivo del «giusto equilibrio tra le esigenze di interesse pubblico e la tutela dei diritti fondamentali individuali», non era giustificato da ragioni imperative di interesse pubblico generale. Di conseguenza, la Corte ha riscontrato la violazione dell'art. 6, par. 1, della Convenzione.

Ma la Corte di Strasburgo non si è fermata qui. Ha esaminato anche - in termini peraltro più diffusi - l'allegata violazione dell'art. 1 del Protocollo addizionale della CEDU configurando l'aspettativa al riconoscimento del credito per spettanze retributive come un bene acquisito (in quanto «*espérance légitime de pouvoir obtenir le paiement des sommes litigieuses*») ed ha ritenuto operante la garanzia posta dalla norma suddetta secondo cui "nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di pubblica utilità", quest'ultima nella specie ritenuta insussistente dalla Corte. Sicché è risultata violata anche tale disposizione, pur se - ha poi riconosciuto la Corte - appartiene e spetta alle autorità (giurisdizionali) nazionali, che hanno un certo margine di apprezzamento (*une certaine marge d'appréciation*), verificare l'esistenza di un "interesse generale" che giustifica la privazione della proprietà.

E' poi intervenuta la Corte di giustizia⁹⁶ che ha ricondotto la fattispecie del reinquadramento del personale ATA nel trasferimento d'azienda: il personale ATA gode della tutela offerta dalla direttiva 77/187 perché il trasferimento che lo riguarda è avvenuto nell'ambito di una riorganizzazione dell'amministrazione scolastica. La Corte ha quindi riconosciuto 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 77/187, 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. Inoltre in ragione dell'art. 3 della direttiva 77/187, ai fini del calcolo della retribuzione di lavoratori oggetto di un trasferimento ai sensi di detta direttiva, il cessionario deve tener conto dell'anzianità lavorativa maturata dai citati lavoratori presso il cedente. La Corte ha precisato che, sebbene l'anzianità maturata presso il cedente non costituisca, di per sé, un diritto di cui i lavoratori trasferiti possano avvalersi nei confronti del cessionario, ciò nondimeno essa serve, se del caso, a determinare taluni diritti a contenuto patrimoniale dei lavoratori, che pertanto devono essere salvaguardati, in linea di principio, dal cessionario allo stesso modo del cedente. Di conseguenza, da una parte il cessionario deve mantenere le condizioni di lavoro convenute mediante contratto collettivo nei termini previsti da quest'ultimo per il cedente, fino alla data di applicazione di un altro contratto collettivo; d'altra parte il cessionario ha il diritto di applicare, sin dalla data del trasferimento, le condizioni di lavoro previste dal contratto collettivo per lui vigente, ivi comprese quelle concernenti la retribuzione. Pertanto, se da una parte la direttiva 77/187 non può essere validamente invocata per ottenere un miglioramento delle condizioni retributive, d'altra parte però, questi ultimi non possono subire un peggioramento retributivo sostanziale rispetto alla loro posizione immediatamente precedente al trasferimento; ciò che sarebbe contrario allo scopo della direttiva 77/187. Spetta allora al giudice della causa principale verificare se il lavoratore abbia sofferto, all'atto del suo trasferimento, un peggioramento retributivo; ossia se sia collocato, per il semplice fatto del trasferimento, in una "posizione globalmente sfavorevole" rispetto a quella immediatamente precedente al trasferimento.

Prendendo atto di tali decisioni delle Corti europee, si pronuncia ulteriormente la Corte di cassazione⁹⁷ che, cambiando indirizzo, accoglie i ricorsi dei dipendenti ritenendo in particolare che è la sentenza della Corte di giustizia ad incidere in via preliminare rispetto alla sentenza della Corte di Strasburgo. Il giudice nazionale deve infatti dare diretta ed immediata applicazione alle norme

⁹⁶ Corte giust. 6 settembre 2011, c-108/10.

⁹⁷ Cass., sez. lav., 12 ottobre 2011, n. 20980 e numerose altre successive.

della Unione europea provviste di effetto diretto, con i soli limiti derivanti dai principi fondamentali dell'assetto costituzionale dello Stato ovvero dei diritti inalienabili della persona, nel cui ambito resta ferma la possibilità del controllo di costituzionalità. Tale applicazione diretta, con conseguente disapplicazione della normativa interna non conforme, che è stata riconosciuta anche in riferimento alle sentenze interpretative della Corte di giustizia (emanate in via pregiudiziale o a seguito di procedura di infrazione), ha comportato la cassazione con rinvio delle pronunce impugnate perché la violazione della norma di interpretazione autentica e di quella interpretata deve essere verificata in concreto sulla base dei principi enunciati dalla Corte di giustizia, dovendo verificarsi la sussistenza, o meno, di un "peggioramento retributivo sostanziale" all'atto del trasferimento.

In sostanza, arrivati al bivio di una (possibile, secondo la Corte di giustizia) violazione del diritto comunitario (se e nella misura in cui il dipendente sia venuto a trovarsi in una "posizione globalmente sfavorevole" rispetto a quella immediatamente precedente al trasferimento) e di una (già accertata dalla Corte di Strasburgo) violazione dell'art. 6 della CEDU, la Corte di cassazione privilegia il versante comunitario.

Sul versante internazionale però, da ultimo, interviene ulteriormente la Corte di Strasburgo⁹⁸ e, nel ribadire la accertata violazione dell'art. 6 CEDU, procede a liquidare ai ricorrenti il danno patito nella misura delle differenze retributive rivendicate.

Insomma in questo caso il disallineamento è tra le tre Corti (Corte costituzionale, Corte di giustizia, Corte di Strasburgo), mentre la Corte di cassazione, dopo aver svolto inizialmente il suo consueto sindacato di legittimità, è stata chiamata a dare seguito agli interventi delle altre Corti per ricondurre ad unità questa tutela multilivello.

10. La doppia contribuzione INPS per i lavoratori autonomi che esercitano anche un'attività commerciale. Un altro "caso", in parte simile a quello del personale ATA di cui si è detto, è quello della c.d. doppia contribuzione INPS per i lavoratori autonomi che esercitano anche un'impresa commerciale; caso in cui parimenti ad un indirizzo della giurisprudenza di legittimità, favorevole agli assicurati nel senso di escludere la doppia contribuzione, si è sovrapposto un intervento del legislatore con norma di interpretazione autentica e quindi con efficacia retroattiva *in malam partem* per chi, parte nel giudizio civile, confidava sulla norma originaria come interpretata dalla giurisprudenza di legittimità. La vicenda riguarda la debenza di contributi previdenziali che vedevano come parte in causa l'INPS, rientrando nella nozione di finanza pubblica allargata, sicché rileva in astratto la giurisprudenza della Corte di Strasburgo secondo cui in linea generale - salvo che non sussistano «ragioni imperative di interesse generale» - è precluso al legislatore statale di intervenire con una normativa a carattere retroattivo per indirizzare l'esito di un contenzioso seriale che vede come parte, in via diretta od indiretta, lo Stato.

Inizialmente la giurisprudenza di legittimità⁹⁹ era nel senso che la regola secondo la quale i soggetti che esercitano contemporaneamente, in una o più imprese commerciali, varie attività autonome assoggettabili a diverse forme di assicurazione obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti, sono iscritti nell'assicurazione prevista per l'attività alla quale gli stessi dedicano personalmente la loro opera professionale in misura prevalente, si applica anche al socio di società a responsabilità limitata che eserciti attività commerciale nell'ambito della medesima e, contemporaneamente, svolga attività di amministratore, anche unico sicché la contribuzione si commisura esclusivamente sulla base dei redditi percepiti dall'attività prevalente e con le regole vigenti nella gestione di competenza.

Successivamente, dopo la norma di interpretazione autentica (art. 12, comma 11, d.l. n. 78 del 2010, conv. in l. n. 122 del 2010) che ha contrastato questo arresto giurisprudenziale, la Corte di cassazione¹⁰⁰ è intervenuta di nuovo affermando al contrario che in caso di esercizio di attività in

⁹⁸ Sent. 8 novembre 2012, Agrati e altri c. Italia.

⁹⁹ Cass., sez. un., 12 febbraio 2010 n. 3240

¹⁰⁰ Cass., sez. un., 8 agosto 2011, n. 17076.

forma d'impresa ad opera di commercianti o artigiani ovvero di coltivatori diretti contemporaneamente all'esercizio di attività autonoma per la quale è obbligatoriamente prevista l'iscrizione alla gestione previdenziale separata, non opera l'unificazione della contribuzione sulla base del parametro dell'attività prevalente, ma la contribuzione va calcolata distintamente sull'uno e sull'altro reddito (in questo senso si parla di "doppia contribuzione"). La Corte ha riconosciuto che la norma di interpretazione autentica era effettivamente tale perché diretta a chiarire la portata della disposizione interpretata e, pertanto, non poteva essere, in quanto tale, lesiva del principio del giusto processo di cui all'art. 6 CEDU - quanto al mutamento delle "regole del gioco" nel corso del processo - trattandosi di legittimo esercizio della funzione legislativa garantita dall'art. 70 Cost.. Il controlimite (nell'accezione convenzionale sopra indicata), quanto alla operatività delle norme della CEDU come parametro interposto è costituito dalla stessa funzione legislativa che contiene anche quella di porre disposizioni di interpretazione autentica ed appartiene alla garanzia costituzionale dell'art. 70 Cost.. Il ricorso del legislatore all'interpretazione autentica non lede il principio del giusto processo ex art. 6 CEDU perché la regola 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.

Sollevata successivamente questione di legittimità costituzionale della norma di interpretazione autentica, la Corte costituzionale¹⁰¹ ha escluso la dedotta violazione dell'art. 117, primo comma, Cost. in relazione all'art. 6 CEDU. La Corte, richiamato e ribadito l'orientamento delle sentenze gemelle del 2007, ha affermato che: “[s]e, in linea di principio, il legislatore può regolamentare in materia civile, mediante nuove disposizioni retroattive, i diritti derivanti da leggi già vigenti, il principio di prevalenza del diritto e la nozione di equo processo sancito dall’articolo 6 ostano, salvo che per ragioni imperative d’interesse generale, all’ingerenza del legislatore nell’amministrazione della giustizia allo scopo di influenzare la risoluzione di una controversia. L’esigenza della parità delle armi comporta l’obbligo di offrire ad ogni parte una ragionevole possibilità di presentare il suo caso, in condizioni che non comportino un sostanziale svantaggio rispetto alla controparte”. Ha quindi ritenuto che la norma censurata si fosse limitata ad enucleare una delle possibili opzioni ermeneutiche dell’originario testo normativo, peraltro già fatta propria da parte consistente della giurisprudenza di merito; la soluzione prescelta dal legislatore aveva 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.

In questo caso quindi vi è stata piena consonanza tra le due Corti e - per quanto risulta - la Corte di Strasburgo non è intervenuta sulla questione.

11. L'indennità risarcitoria nel contratto di lavoro a termine (art. 32 legge n. 183 del 2010). Un altro "caso" simile, che con ordinanza della Corte di cassazione¹⁰² è stato portato alla cognizione della Corte costituzionale, ha riguardato le modifiche della disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato introdotte dal c.d. collegato lavoro (art. 32 l. n. 183 del 2010) che, in caso di illegittima apposizione del termine, ha limitato il danno risarcibile ad un'indennità "onnicomprendensiva" tra un minimo ed un massimo. Quindi all'ordinario risarcimento del danno si è sostituito un trattamento indennitario forfetizzato. A tale nuova regola il legislatore ha assegnato portata retroattiva prevedendo espressamente che la nuova disposizione si applica a tutti i giudizi "compresi quelli pendenti alla data di entrata in vigore della legge". In realtà il settimo comma dell'art. 32 cit. specificava che in "tali ultimi giudizi", ossia quelli "pendenti", il giudice era chiamato a fissare alle parti un termine per l'eventuale integrazione della domanda, talché si sarebbe potuto opinare che la retroattività della nuova norma sul danno risarcibile riguardasse solo i

¹⁰¹ C. cost. n. 15 del 2012

¹⁰² Cass., sez. lav., 28 gennaio 2011, n. 2112.

giudizi in cui era ancora astrattamente possibile l'integrazione della domanda, ossia i giudizi di primo grado.

Sul presupposto invece che riguardasse tutti i giudizi in corso, e quindi anche quelli pendenti in sede di legittimità, la Corte di cassazione ha sollevato la questione di costituzionalità allegando in particolare il contrasto con l'art. 6, par. 1, CEDU, per il tramite dell'art. 117, primo comma, Cost., per la ritenuta violazione del diritto al giusto processo, che impone al potere legislativo di non intromettersi nell'amministrazione della giustizia allo scopo di influire sulla decisione delle controversie già instaurate e pendenti.

La Corte costituzionale¹⁰³, che ha ritenuto non fondata la questione ricordando che «la regola generale di integralità della riparazione e di equivalenza della stessa al pregiudizio cagionato al danneggiato non ha copertura costituzionale», ha in particolare escluso la violazione dell'art. 6 CEDU affermando, che sì il legislatore nazionale non può interferire nell'amministrazione della giustizia essendo preclusa ogni influenza sulla soluzione giudiziaria di una controversia (o di un gruppo di controversie) di cui sia parte lo Stato, con la riserva dell'ipotesi in cui ricorrano "imperative ragioni d'interesse generale". Ma questa interferenza non sussiste quando il legislatore introduce nuove disposizioni dalla portata retroattiva volte a regolare, in materia civile, diritti già risultanti da leggi in vigore. Ha osservato la Corte che la innovativa disciplina in questione è di carattere generale, sicché, essa non favorisce selettivamente lo Stato o altro ente pubblico, 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. Quindi secondo la Corte "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". In particolare la salvezza dei "motivi imperativi d'interesse generale", che giustificano l'introduzione di una disciplina con efficacia retroattiva applicabile anche ai processi in corso, lascia ai singoli Stati contraenti il compito e l'onere di identificarli.

12. La contribuzione previdenziale in favore dei lavoratori migranti in Svizzera. Il paradigma sequenziale finora visto (*id est*: assestamento della giurisprudenza di legittimità in una situazione di diritto vivente; norma di interpretazione autentica di segno contrario; questione di costituzionalità in riferimento all'art. 6, par. 1, CEDU come parametro interposto) si ripete anche in riferimento alla disposizione che regola il calcolo della contribuzione previdenziale maturata in Svizzera dai lavoratori migranti e fatta valere in Italia nel regime dell'assicurazione generale obbligatoria sulla base della convenzione tra Italia e Svizzera sulla sicurezza sociale del 14 dicembre 1962. Ma c'è un elemento differenziale che assegna una particolare importanza a quello che sarà l'arresto giurisprudenziale della Corte costituzionale¹⁰⁴: la questione sulla norma di interpretazione autentica (art. 1, comma 777, l. n. 296 del 2006) - che ha previsto 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 un criterio meno favorevole alle posizioni degli assicurati - torna alla Corte costituzionale *dopo* che in materia si è già pronunciata la Corte di Strasburgo nel senso di riconoscere la violazione del diritto fondamentale ad un processo equo ex art. 6, par. 1, CEDU.

Pronunciandosi a seguito di una prima questione di costituzionalità sollevata dalla Corte di cassazione¹⁰⁵ sulla disposizione di interpretazione autentica, ma non in riferimento all'art. 6, par. 1, CEDU (anche perché l'ordinanza di rimessione è stata emessa prima della svolta giurisprudenziale del 2007), la Corte costituzionale¹⁰⁶ l'ha dichiarata non fondata affermando che la norma censurata, assegnando alla disposizione interpretata un significato rientrante nelle possibili letture del testo

¹⁰³ C. cost. n. 303 del 2011.

¹⁰⁴ La questione è stata discussa davanti alla Corte costituzionale nell'udienza del 9 ottobre 2012 e si è in attesa della pronuncia della Corte.

¹⁰⁵ Cass., sez. lav., 5 marzo 2007, n. 5048.

¹⁰⁶ C. cost. n. 172 del 2008.

originario, non determinava alcuna lesione dell'affidamento del cittadino nella certezza dell'ordinamento giuridico, anche perché nella fattispecie l'ente previdenziale aveva continuato a contestare l'interpretazione accolta dalla giurisprudenza di legittimità, rendendo così reale il dubbio ermeneutico.

Successivamente però è intervenuta la Corte di Strasburgo¹⁰⁷ che invece ha accertato la violazione, nella fattispecie, del principio dell'equo processo ex art. 6, par. 1, CEDU. Ha osservato la Corte che la norma di interpretazione autentica aveva avuto l'effetto di modificare definitivamente l'esito dei giudizi pendenti, nei quali lo Stato (in realtà l'INPS) era parte, avallando la posizione di quest'ultimo a svantaggio dei lavoratori ricorrenti. Né - secondo la Corte - vi era alcun motivo impellente di interesse generale in grado di giustificare tale misura, tenuto conto che le considerazioni finanziarie (*id est* il contenimento della spesa previdenziale) non possono, da sole, autorizzare il potere legislativo a sostituirsi al giudice nella definizione delle controversie. La Corte dichiara - con una malcelata censura nei confronti del legislatore italiano - di non riuscire ad immaginare in quale modo il fine di rafforzare un'interpretazione soggettiva e parziale, favorevole a un ente dello Stato, parte nel procedimento, potesse costituire una giustificazione dell'ingerenza legislativa mentre il giudizio era pendente, in particolare quando tale interpretazione era stata ritenuta erranea nella maggioranza dei casi dai giudici nazionali, compresa la Corte di cassazione.

A questo punto la Corte di cassazione¹⁰⁸ solleva nuovamente la questione di legittimità costituzionale della norma di interpretazione autentica con riferimento, stavolta, all'art. 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 6, par. 1, CEDU, come già interpretato nella specie dalla Corte di Strasburgo nella citata pronuncia, sottolineando come il rispetto del diritto fondamentale al processo equo preclude, 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.

Si pone quindi essenzialmente - ed in termini assai concreti perché nella materia è già intervenuta la Corte di Strasburgo - il tema del "controlimite" (nell'accezione sopra posta: v. sopra *sub* § 6) all'operatività delle norme della CEDU come parametro interposto della questione di costituzionalità.

13. La prescrizione del trattamento retributivo dei medici specializzandi. Una disposizione che, come *jus superveniens* pareva destinata ad applicarsi anche ai giudizi in corso, è quella posta dall'art. 4, comma 43, l. n. 183 del 2011 in materia di responsabilità contrattuale dello Stato per inadempimento agli obblighi comunitari e rilevante, nella fattispecie, quanto al compenso dei medici specializzandi. Tale disposizione ha previsto che la prescrizione del diritto al risarcimento del danno derivante da mancato recepimento nell'ordinamento dello Stato di direttive o altri provvedimenti obbligatori comunitari soggiace, "in ogni caso", alla disciplina di cui all'art. 2947 c.c. (*id est* prescrizione quinquennale e non già quella ordinaria decennale), e decorre dalla data in cui il fatto, dal quale sarebbero derivati i diritti se la direttiva fosse stata tempestivamente recepita, si è effettivamente verificato.

La Corte di cassazione¹⁰⁹ ha dato a tale disposizione un'interpretazione costituzionalmente orientata al rispetto il particolare dell'art. 6, par. 1, CEDU, che osta - ha affermato la Corte - all'emanazione, nella materia civile, di norme con effetti retroattivi incidenti sui processi già in corso, salvo che per ragioni imperative d'interesse generale, in violazione del principio del giusto processo sotto il profilo della parità delle parti, da ritenere leso a causa di un intervento del legislatore diretto ad imporre una determinata soluzione ad una circoscritta e specifica categoria di controversie. Ha quindi ritenuto che si tratti di una norma a carattere innovativo operante solo ex

¹⁰⁷ Sent. 31 maggio 2011, Maggio e altri c. Italia.

¹⁰⁸ Cass., sez. lav., 15 novembre 2011, n. 23834.

¹⁰⁹ Cass., sez. lav., 8 febbraio 2012, n.1850.; conf. Cass., sez. III, 9 febbraio 2012, n. 1917.

nunc e quindi soltanto per la prescrizione di diritti rispetto a fatti verificatisi successivamente all'entrata in vigore della norma e, quindi, derivanti da fattispecie di mancato recepimento verificatesi dopo l'intervento del legislatore.

14. Sul contributo previdenziale per l'assicurazione di malattia. Il parametro interposto dell'art. 6, par. 1, CEDU è stato evocato in riferimento anche ad un'altra disposizione che appariva essere di interpretazione autentica: l'art. 20, comma 1, d.l. n. 112 del 2008, conv. in l. n. 133 del 2008, che ha stabilito che l'art. 6, secondo comma, della legge n. 138 del 1943, va inteso nel senso che quando il trattamento di malattia venga corrisposto, per legge o per contratto collettivo, direttamente dal datore di lavoro - con conseguente esonero dell'INPS dall'erogazione dell'indennità - il medesimo non è tenuto al versamento della relativa contribuzione all'istituto. In precedenza invece la giurisprudenza di legittimità era nel senso che permanesse non di meno l'obbligo contributivo del datore di lavoro¹¹⁰. In riferimento a questa disposizione, applicabile come *jus superveniens* anche nei giudizi in corso, la Corte di cassazione¹¹¹ - richiamando la giurisprudenza della Corte di Strasburgo (v. sopra *sub* § 7) - ha ritenuto che essa non si ponesse in contrasto in particolare con l'art. 6, par. 1, CEDU, per il tramite dell'art. 117, primo comma, Cost., trovando la diversa distribuzione degli oneri di contribuzione tra datore di lavoro e istituto previdenziale giustificazione nel principio di solidarietà, la cui attuazione costituisce motivo imperioso di interesse generale ed è idonea, nella materia civile, ad abilitare anche interventi retroattivi, tanto più ove l'ingerenza della norma investa processi pendenti contro soggetti diversi dallo Stato (nella specie l'INPS), imponendone un esito favorevole per la parte privata.

Successivamente la Corte costituzionale¹¹², investita con incidente di costituzionalità, ha dichiarato non fondata la questione di costituzionalità ritenendo che rientra nella discrezionalità del legislatore anche la contestuale estensione retroattiva della nuova disciplina del contributo previdenziale relativo all'assicurazione contro le malattie.

La Corte di cassazione¹¹³ ha poi sollevato questione di legittimità costituzionale della stessa disposizione nella parte in cui, applicandosi retroattivamente ai rapporti pregressi non consente la ripetizione di somme versate dai datori di lavoro a titolo di contributo previdenziale di malattia in ottemperanza ad un obbligo ritenuto sussistente sulla base della precedente giurisprudenza di legittimità, ma superato dalla disposizione menzionata che, pur esonerando il datore dall'obbligo con efficacia retroattiva, prevede comunque l'irripetibilità di quanto versato.

15. La restituzione in termini dell'imputato contumace. Lo stesso parametro interposto dell'art. 6, par. 1, CEDU, che costituisce, nei casi di cui finora si è detto, un *leitmotiv* della giurisprudenza civile della Corte di cassazione, è stato evocato dalla stessa Corte in sede penale¹¹⁴ per censurare l'art. 175, comma 2, c.p.c., in particolare, nella parte in cui - secondo la giurisprudenza della stessa Corte¹¹⁵ - preclude la restituzione del contumace nel termine per proporre impugnazione quando quest'ultima sia stata già proposta dal difensore di ufficio. La Corte costituzionale¹¹⁶ ha ritenuto fondata, in questa parte, la censura ed ha dichiarato la illegittimità costituzionale dell'art. 175, comma 2, c.p.p., nella parte in cui non consente la restituzione dell'imputato, che non abbia avuto effettiva conoscenza del procedimento o del provvedimento, nel termine per proporre impugnazione contro la sentenza contumaciale, nel concorso delle ulteriori condizioni indicate dalla legge, quando analoga impugnazione sia stata proposta in precedenza dal

¹¹⁰ Cass., sez. un., 27 giugno 2003, n. 10232.

¹¹¹ Cass., sez. lav., 13 ottobre 2008, n. 25047.

¹¹² C. cost. n. 48 del 2010.

¹¹³ Cass., sez. lav., 28 giugno 2011, n. 14307.

¹¹⁴ Cass., sez. I, 2 luglio 2008 - 17 settembre 2008, n. 35555. In precedenza Cass., 12 luglio 2006 - 3 ottobre 2006, n. 32678, aveva ipotizzato la disapplicazione della normativa nazionale contrastante con la CEDU.

¹¹⁵ Cass., sez. un., 31 gennaio 2008 - 7 febbraio 2008, n. 6026.

¹¹⁶ C. cost. 317 del 2009.

difensore dello stesso imputato. In particolare la Corte ha richiamato due pronunce della Corte di Strasburgo¹¹⁷ in cui si censurava la legislazione italiana per l'eccessiva difficoltà per l'imputato contumace di provare il suo difetto di conoscenza della sentenza contumaciale e per l'estrema brevità del tempo utile per la presentazione dell'istanza di restituzione nel termine per impugnare quest'ultima, così segnalando un «problema strutturale connesso ad una disfunzione della legislazione italiana». La Corte costituzionale ha posto in rilievo come il rispetto degli obblighi internazionali non possa mai essere causa di una diminuzione di tutela rispetto a quelle già predisposte dall'ordinamento interno, ma possa semmai costituire strumento di ampliamento della tutela stessa. Ed ha aggiunto che il risultato complessivo dell'integrazione delle garanzie dell'ordinamento deve essere di segno positivo, nel senso che dall'incidenza della singola norma CEDU sulla legislazione italiana deve derivare un *plus* di tutela per tutto il sistema dei diritti fondamentali. La Corte ha poi osservato che il diritto di difesa ed il principio di ragionevole durata del processo non possono entrare in comparazione ai fini del necessario bilanciamento per l'operatività della norma della CEDU come parametro interposto. E quindi l'esercizio di un diritto fondamentale, quale quello di difesa, estrinsecantesi anche nella facoltà per l'imputato di impugnare la sentenza, non può trovarsi di fronte all'effetto irreparabile di una scelta altrui (del difensore), in ipotesi non voluta e non concordata, potenzialmente dannosa per l'imputato stesso.

La successiva giurisprudenza di legittimità¹¹⁸ si è allineata a tale pronuncia affermando che il condannato in contumacia che non abbia avuto effettiva conoscenza del procedimento ha diritto alla restituzione nel termine per l'impugnazione benché la sentenza di condanna, a suo tempo emessa, sia stata impugnata dal difensore di fiducia e sia passata in giudicato prima della dichiarazione di parziale illegittimità dell' art. 175, comma 2, c.p.p..

16. Sulla pubblicità delle udienze penali. Con altra ordinanza la Corte di cassazione¹¹⁹ ha censurato l'art. 4 l. n. 1423 del 1956 e l'art. 2-ter l. n. 575 del 1965, nella parte in cui non consentivano che, a richiesta di parte, il procedimento in materia di misure di prevenzione in sede di legittimità si svolgesse in pubblica udienza, anziché in camera di consiglio, ponendo a base della censura l'affermazione della Corte di Strasburgo¹²⁰ secondo la quale, ai fini del rispetto del principio di pubblicità delle procedure giudiziarie, sancito dall'art. 6, par. 1, CEDU, le persone coinvolte nei procedimenti per l'applicazione di misure di prevenzione debbono vedersi «almeno offrire la possibilità di sollecitare una pubblica udienza davanti alle sezioni specializzate dei tribunali e delle corti d'appello».

La Corte costituzionale¹²¹ - che già aveva dichiarato costituzionalmente illegittime le medesime disposizioni «nella parte in cui non consentono che, su istanza degli interessati, il procedimento per l'applicazione delle misure di prevenzione si svolga, davanti al tribunale e alla corte d'appello, nelle forme dell'udienza pubblica»¹²² - non ha invece accolto la questione quanto al giudizio di cassazione. Ha ricordato il principio di pubblicità dei procedimenti giudiziari sancito dall'art. 6, par. 1, CEDU, in forza del quale - secondo la giurisprudenza della Corte di Strasburgo¹²³ «ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata [...] pubblicamente [...] da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge»; rimarcando che la pubblicità delle procedure giudiziarie tutela le persone soggette a una giurisdizione contro una giustizia segreta, che sfugge al controllo del pubblico, e costituisce anche uno strumento per preservare la fiducia nei giudici,

¹¹⁷ Sent. 11 settembre 2003, Sejdivic c. Italia; cfr. anche la successiva sentenza, nello stesso procedimento, in data 10 novembre 2004.

¹¹⁸ Cass., sez. I, 17 gennaio 2011 - 21 gennaio 2011, n. 2226.

¹¹⁹ Cass., sez. II, 11 novembre 2009 - 12 novembre 2009, n. 43250.

¹²⁰ Sent. 13 novembre 2007, Bocellari e Rizza c. Italia.

¹²¹ C. cost. n. 80 del 2011.

¹²² C. cost. n. 93 del 2010.

¹²³ Sent. 13 novembre 2007, Bocellari e Rizza c. Italia, cui hanno fatto seguito, in senso conforme, le sentenze 8 luglio 2008, Perre e altri c. Italia; 5 gennaio 2010, Bongiorno c. Italia; 2 febbraio 2010, Leone c. Italia.

concorrendo con ciò all'attuazione dello scopo dell'art. 6 della Convenzione: ossia l'equo processo. Ha ritenuto la Corte che il principio affermato dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo è riferito esclusivamente ai giudizi presso i tribunali e le corti d'appello, senza che si faccia alcun riferimento al giudizio davanti alla Corte di cassazione. Ed ha sottolineato che, al fine della verifica del rispetto del principio di pubblicità, occorre guardare alla procedura giudiziaria nel suo complesso: sicché, a condizione che una pubblica udienza sia stata tenuta in prima istanza, l'assenza di analoga udienza in secondo o in terzo grado può bene trovare giustificazione nelle particolari caratteristiche del giudizio, quale è nella fattispecie quello diretto all'applicazione delle misure di prevenzione.

17. Sul principio della retroattività della legge penale più favorevole. In plurime ordinanze di rimessione della Corte di cassazione¹²⁴ è stato invocato, sempre come parametro interposto, l'art. 7 CEDU, che sancisce in generale il principio di legalità dei delitti e delle pene (*nullum crimen nulla poena sine lege*), con i corollari dell'esigenza di determinatezza delle previsioni punitive e del divieto di analogia *in malam partem*, nonché il principio di retroattività della legge penale più mite, prospettando la possibile lesione del diritto dell'imputato al trattamento più lieve in tema di regime prescrizionale del reato, così censurando la prevista non (piena) retroattività delle modifiche normative comportanti una disciplina più favorevole in tema di prescrizione dei reati. In particolare la Corte - ricordando che secondo la giurisprudenza della Corte di Strasburgo¹²⁵ «l'art. 7 della Convenzione, che stabilisce il principio del divieto di applicazione retroattiva della legge penale, incorpora anche il corollario del diritto dell'accusato al trattamento più lieve» - ha censurato l'art. 10, comma 3, l. n. 251 del 2005, nella parte in cui esclude l'applicazione dei nuovi termini di prescrizione, se più brevi, ai «processi già pendenti in grado di appello o avanti alla Corte di cassazione».

La Corte costituzionale¹²⁶ - che in precedenza aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale della stessa disposizione nella parte in cui individuava nella dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado il discrimine temporale per l'applicazione della nuova disciplina della prescrizione, se più favorevole al reo¹²⁷ - ha ritenuto non fondata la questione.

La Corte - dopo aver premesso che se è vero che essa non può sostituire la propria interpretazione di una disposizione della CEDU a quella della Corte di Strasburgo, può però «valutare come ed in qual misura il prodotto dell'interpretazione della Corte europea si inserisca nell'ordinamento costituzionale italiano» - ha considerato che il principio di retroattività della *lex mitior* ha una valenza ben diversa, rispetto al principio di irretroattività della norma penale sfavorevole. Ha poi tenuto conto della giurisprudenza della Corte di Strasburgo¹²⁸ secondo cui l'art. 7, par. 1, della Convenzione non sancisce solo il principio della irretroattività delle leggi penali più severe, ma anche, e implicitamente, il principio della retroattività della legge penale meno severa, traducendosi nella norma secondo cui, se la legge penale in vigore al momento della commissione del reato e le leggi penali posteriori adottate prima della pronuncia definitiva sono diverse, il giudice deve applicare quella le cui disposizioni sono più favorevoli all'imputato. Ma - secondo la Corte costituzionale, che ha rivendicato un proprio "margine di apprezzamento e di adeguamento" - il principio di retroattività della norma più favorevole è normalmente collegato all'assenza di ragioni giustificative di deroghe o limitazioni anche nella giurisprudenza dalla Corte di Strasburgo, che con le pronunce da ultimo citate ha subito un'evoluzione nel senso della retroattività *in mitius* da intendere pur sempre riferita alla concretezza della situazione che l'ha originata. Ciò è in realtà

¹²⁴ Cass., sez. II, 27 maggio 2010 - 11 giugno 2010, n. 22357; cfr., in termini sostanzialmente analoghi, anche Cass., sez. V, 27 gennaio - 17 febbraio 2011, n. 5991; Cass., sez. II, 17 febbraio 2011 - 3 maggio 2011, n. 17086; Cass., sez. V, 18 maggio 2011 - 20 luglio 2011, n. 28933.

¹²⁵ Sent. 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia.

¹²⁶ C. cost. n. 236 del 2011, seguita da plurime ordinanze n. 314 del 2011 e nn. 43 e 93 del 2012.

¹²⁷ C. cost. n. 393 del 2006.

¹²⁸ Sent. 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia; conf. 27 aprile 2010, Morabito c. Italia.

in sintonia con la garanzia di rango costituzionale approntata nell'ordinamento nazionale: "mentre il principio di irretroattività della norma penale sfavorevole [...] costituisce un valore assoluto e inderogabile, quello della retroattività *in mitius* è suscettibile di limitazioni e deroghe legittime sul piano costituzionale, ove sorrette da giustificazioni oggettivamente ragionevoli e, in particolare, dalla necessità di preservare interessi, ad esso contrapposti, di analogo rilievo". Perciò, qualora vi sia una ragione diversa, che risulti positivamente apprezzabile, la deroga all'applicazione della legge sopravvenuta più favorevole al reo deve ritenersi possibile, specie quando la fattispecie incriminatrice e la pena siano rimaste immutate e sia cambiato solo il regime del termine di prescrizione. Quindi il principio di retroattività *in mitius* non può riguardare le norme sopravvenute che modificano, in senso favorevole al reo, la disciplina della prescrizione, con la riduzione del tempo occorrente perché si produca l'effetto estintivo del reato.

In riferimento poi ancora all'art. 7 CEDU la Corte costituzionale¹²⁹ ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 673 c.p.p., nella parte in cui non include, tra le ipotesi di revoca della sentenza di condanna (nonché del decreto penale e della sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti), anche il «mutamento giurisprudenziale», determinato da una decisione delle Sezioni unite della Corte di cassazione, in base al quale il fatto giudicato non è previsto dalla legge come reato. In questa occasione la Corte formula in modo più netto la dottrina del controlimito all'operatività dell'evocata norma della CEDU come canone interposto della questione di costituzionalità affermando che quest'ultima ha ingresso nel giudizio costituzionale sempre che "non venga a trovarsi in conflitto con altre conferenti previsioni della Costituzione italiana [...], e ferma restando, altresì, la spettanza a questa Corte di un «margine di apprezzamento e di adeguamento», che – nel rispetto della «sostanza» della giurisprudenza di Strasburgo – le consenta comunque di tenere conto delle peculiarità dell'ordinamento in cui l'interpretazione della Corte europea è destinata ad inserirsi".

Secondo la Corte costituzionale dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo sull'art. 7, par. 1, CEDU non può inferirsi che anche solo un mutamento di giurisprudenza in senso favorevole al reo imponga la rimozione delle sentenze di condanna passate in giudicato contrastanti col nuovo indirizzo.

Può aggiungersi che allo stesso parametro interposto aveva fatto riferimento in precedenza la Corte costituzionale¹³⁰, in sintonia con la giurisprudenza della Corte di cassazione¹³¹, per affermare che la confisca per equivalente di cui all'art. 322-ter c.p., estesa ai reati tributari, non opera retroattivamente avendo la Corte di Strasburgo¹³² ritenuto in contrasto con il principio di legalità sancito dall'art. 7 CEDU l'applicazione retroattiva di una confisca di beni riconducibile proprio ad un'ipotesi di confisca per equivalente.

18. Sulla necessaria ottemperanza alle sentenze della Corte di Strasburgo quanto al rispetto del principio dell'equo processo in materia penale. Da ultimo mette conto far menzione della pronuncia della Corte costituzionale¹³³ che ha dichiarato illegittimo - per violazione dell'art. 117, primo comma, Cost. e, come parametro interposto, dall'art. 46 CEDU - 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, par. 1, CEDU per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte di Strasburgo; parametro da cui consegue che, secondo la giurisprudenza della Corte di Strasburgo¹³⁴, quando la Corte constata una violazione delle norme della Convenzione, lo Stato convenuto ha l'obbligo giuridico

¹²⁹ C. cost. n. 230 del 2012.

¹³⁰ C. cost., ord., n. 97 del 2009.

¹³¹ Cass., sez. III, 24 settembre 2008 - 20 ottobre 2008, n. 39172.

¹³² Sent. 26 febbraio 1996, Welch v. Regno unito.

¹³³ C. cost. n. 113 del 2011, che ha in sostanza superato il precedente orientamento espresso, nella stessa vicenda processuale, da C. cost. n. 129 del 2008.

¹³⁴ Sent. 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia; 1° marzo 2006, Sejdicovic c. Italia; 8 aprile 2004, Assanidzé c. Georgia.

anche di adottare le misure generali e/o, se del caso, individuali necessarie. Ossia lo Stato convenuto è chiamato a rimuovere gli impedimenti che, a livello di legislazione nazionale, si frappongano alla tutela del diritto fondamentale violato. Nella fattispecie, la Corte di Strasburgo ha identificato nella riapertura del processo il meccanismo più consono ai fini della *restitutio in integrum*, segnatamente nei casi di accertata violazione delle garanzie stabilite dall'art. 6 della Convenzione: quando un soggetto è stato condannato all'esito di un procedimento inficiato da inosservanze dell'art. 6 della Convenzione, il mezzo più appropriato per porre rimedio alla violazione constatata è rappresentato, in linea di principio, «da un nuovo processo o dalla riapertura del procedimento, su domanda dell'interessato», nel rispetto di tutte le condizioni di un processo equo¹³⁵.

Sul versante dell'ordinamento interno la Corte costituzionale ha registrato l'impossibilità di avvalersi del mezzo straordinario di impugnazione, qual è l'impugnazione per revisione, non essendo l'ipotesi in questione (*id est* processo non equo ex art. 6, par. 1, CEDU) riconducibile ad alcuno dei casi attualmente contemplati dall'art. 630 c.p.p.. Né è esperibile l'altro mezzo straordinario di impugnazione, quale il ricorso straordinario per errore materiale o di fatto contenuto nei provvedimenti pronunciati dalla Corte di cassazione (art. 625-bis c.p.p.) difettandone i presupposti. Da ciò la necessità, per ripristinare la legittimità a livello costituzionale, di un diverso caso di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna al fine di conseguire la riapertura del processo.

Successivamente la Corte di cassazione¹³⁶, dando seguito a tale pronuncia, ne ha anche esteso la portata in un'ottica di interpretazione orientata alla conformità alla CEDU affermando che il dispositivo di incostituzionalità dell'art. 630 c.p.p. deve ritenersi esteso anche all'istituto della revoca della misura di prevenzione di cui all'art. 7 l. n. 1423 del 1956, stante la sua assimilazione agli strumenti revocatori, in un caso in cui in precedenza la Corte di Strasburgo¹³⁷ aveva ritenuto che gli elementi a carico del destinatario del provvedimento non erano sufficienti per l'applicazione della misura di prevenzione, con conseguente sussistenza della violazione dell'art. 2 del protocollo n. 4 della CEDU.

19. Sull'equo processo in caso di insindacabilità parlamentare ex art. 68, primo comma, Cost.. La necessità di dar corso alle sentenze della Corte di Strasburgo quando accertano la lesione del diritto ad un equo processo (art. 6, par. 1, CEDU) si è posta anche con riferimento a quelle controversie, penali o civili, in cui opera (o meglio, può operare) la dichiarazione di insindacabilità ex art. 68, primo comma, Cost. in favore del parlamentare ad opera della Camera di appartenenza. La giurisprudenza della Corte di Strasburgo¹³⁸ in materia non è in sintonia con la giurisprudenza costituzionale¹³⁹ nel senso che, pur ritenendo legittimo un regime di immunità parlamentare, ritiene che occorra che vi sia un effettivo nesso funzionale con l'esercizio della funzione parlamentare, mentre non è sufficiente il dato formale della sede parlamentare in cui l'attività è svolta. Ove questa valutazione non ci sia stata, perché il giudice di merito non ha sollevato il conflitto tra poteri dello Stato, ma si è arrestato alla dichiarazione di insindacabilità della Camera di appartenenza, la Corte di Strasburgo ha ritenuto leso il diritto ad un processo equo. E la pronuncia di quest'ultima Corte - ha ritenuto la giurisprudenza di legittimità¹⁴⁰ - è vincolante per il giudice nazionale, il quale quindi è tenuto a pronunciarsi nel merito della pretesa risarcitoria civile azionata e non delibata, nel fondo, in ragione della ritenuta operatività dell'insindacabilità ex art. 68,

¹³⁵ Sent. 11 dicembre 2007, Cat Berro c. Italia; 8 febbraio 2007, Kollcaku c. Italia; 21 dicembre 2006, Zunic c. Italia; 12 maggio 2005, Öcalan c. Turchia.

¹³⁶ Cass., sez. V, 15 novembre 2011 - 2 febbraio 2012, n. 4463.

¹³⁷ Sent. 6 aprile 2000, Labita c. Italia.

¹³⁸ Sent. 30 gennaio 2003, Cordova c. Italia; 3 giugno 2004, De Jorio c. Italia.

¹³⁹ C. cost. nn. 10 e 11 del 2000, e numerose altre pronunce successive,

¹⁴⁰ Cass., sez. III, 30 settembre 2011, n. 19985.

primo comma, Cost.. Ed anzi - secondo altra pronuncia della Corte di cassazione¹⁴¹ - vi è violazione dell'art. 6, par. 1, CEDU ove il giudice adito rigetti la domanda di risarcimento del danno sul fondamento di una delibera parlamentare di insidacabilità la cui correttezza "poteva essere accertata dalla sola Corte costituzionale con il conflitto di attribuzioni".

¹⁴¹ Cass., sez. I, 24 ottobre 2011, n. 21969.