

Diritto comunitario, ordinamenti nazionali, diritto del lavoro*

Massimo Roccella

1. La costruzione dei principi generali: la teoria del ' primato' del diritto comunitario e l'apporto del contenzioso lavoristico	300
1.1 Il 'primato' del diritto comunitario negli sviluppi giurisprudenziali più recenti	303
2. Il rapporto fra diritto comunitario e diritti nazionali alla luce del principio di sussidiarietà	311
3. Il rapporto fra le fonti del diritto del lavoro nella giurisprudenza della Corte di giustizia: il principio della prevalenza della norma più favorevole	313
3.1. Diritto comunitario (del lavoro) e diritti nazionali: il c.d. principio di 'non regresso'	314
4. Vincoli di carattere generale alle normative e alle prassi nazionali derivanti dal diritto comunitario: a) la questione della cittadinanza europea	316
4.1 b) La tutela dei diritti fondamentali: in particolare il caso K.B.	318
5. Legenda	320

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 23/2004

1. La costruzione dei principi generali: la teoria del 'primato' del diritto comunitario e l'apporto del contenzioso lavoristico

Una ricognizione generale dei rapporti fra diritto comunitario e ordinamenti nazionali non può prescindere dal dato di fatto che "ha visto un contenzioso di tipo giuslavoristico all'origine di tutti i *grands arrêts* della giurisprudenza costituzionale comunitaria"¹⁰²⁹. La constatazione è ampiamente diffusa e trova riscontro sia nella giurisprudenza più recente, con riguardo all'interpretazione del principio di sussidiarietà (v. *infra* § 2), sia in quella, più risalente nel tempo, attraverso la quale la Corte di giustizia ha dato progressivamente corpo alla teoria del primato del diritto comunitario.

Con l'entrata in vigore del "Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa" il principio del 'primato' entrerà a far parte del diritto positivo dell'Unione, essendo stato formalizzato nell'art. I-6 del nuovo Trattato, a mente del quale "la Costituzione e il diritto adottato dalle istituzioni dell'Unione nell'esercizio delle competenze a questa attribuite *prevalgono sul diritto degli Stati membri*"¹⁰³⁰. È ben noto, peraltro, che tale principio, in virtù delle affermazioni rintracciabili nella giurisprudenza della Corte, costituisce da tempo l'architettura attorno al quale ruotano i rapporti tra diritto comunitario e diritti nazionali: tenuto conto, d'altra parte, che i capisaldi dell'insegnamento della Corte sono stati fissati nello stadio di evoluzione del diritto comunitario in cui quest'ultimo assegnava marginale rilievo alle questioni di diritto del lavoro, l'apporto incontestabile del contenzioso di matrice lavoristica alla costruzione giurisprudenziale in parola continua ad apparire in qualche misura peculiare e, comunque, meritevole di essere ancora oggi ricordato.

L'elaborazione al riguardo della Corte di giustizia, in ogni caso, è conosciutissima ed ampiamente indagata in sede dottrinale: è possibile, dunque, limitarsi a richiamarne per brevissimi cenni i termini essenziali e fondanti, soffermando maggiormente l'attenzione sugli sviluppi giurisprudenziali più recenti.

Il Trattato istitutivo della Comunità europea (si v. il testo dell'art. 249, già art. 189), nell'enumerare le fonti del diritto comunitario (regolamento, direttiva, decisione, raccomandazione e parere), traccia una *summa divisio* fra fonti vincolanti e fonti (le raccomandazioni e i pareri) che tali non sono, chiarisce che la decisione è un atto normativo obbligatorio soltanto per i destinatari da essa designati e soprattutto stabilisce una distinzione essenziale fra gli atti normativi di portata generale, riconoscendo soltanto ai regolamenti, e non alle direttive, il carattere della diretta applicabilità negli ordinamenti giuridici nazionali¹⁰³¹. A fronte di simile assetto, non è difficile

¹⁰²⁹ A. Lo Faro, *La Corte di giustizia e i suoi interlocutori giudiziari nell'ordinamento giuslavoristico italiano*, in *LD*, 1998, p. 637. Cfr. anche P. Davies, *The European Court of Justice, National Courts, and the Member States*, in Aa. Vv., *European Community Labour Law: Principles and Perspectives. Liber Amicorum Lord Wedderburn*, Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 101 ss.; M. Roccella, *La Corte di giustizia e il diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 1997, p. 14.

¹⁰³⁰ Il Trattato costituzionale dovrebbe entrare in vigore il 1° novembre 2006; qualora però a tale data non siano stati depositati tutti gli strumenti di ratifica, da adottarsi da parte di ciascuno Stato membro "conformemente alle rispettive norme costituzionali" (secondo quanto prevede l'art. IV-447 del Trattato medesimo), l'entrata in vigore sarà rinviata al "primo giorno del secondo mese successivo all'avvenuto deposito dello strumento di ratifica da parte dello Stato firmatario che procede per ultimo a tale formalità".

¹⁰³¹ Il nuovo Trattato costituzionale arricchisce la tipologia delle fonti del diritto comunitario con la previsione di un atto non legislativo di portata generale, denominato regolamento europeo, da utilizzarsi per l'"attuazione degli atti legislativi e di talune disposizioni specifiche della Costituzione" (art. I-33). Quanto ai regolamenti ed alle direttive previsti dal testo del vigente art. 249 TCE, essi, ribattezzati "legge europea" e, rispettivamente, "legge quadro europea", vengono ora esplicitamente qualificati come atti legislativi,

comprendere perché il primo pilastro della dottrina del 'primato' sia identificabile in quella giurisprudenza della Corte con la quale, già nella fase iniziale di costruzione dell'edificio 'costituzionale' comunitario¹⁰³², si è attribuita ad altre fonti un tipo di efficacia giuridica assimilabile a quella dei regolamenti: riconoscendo, dunque, dapprima ad alcune norme del Trattato stesso (purché espresse in termini chiari, precisi ed incondizionati)¹⁰³³, poi anche alle disposizioni delle direttive (anche in questo caso limitatamente a quelle, attributive di diritti, enunciate in maniera incondizionata e con un grado sufficiente di precisione) il carattere della *diretta efficacia* negli ordinamenti degli Stati membri e, conseguentemente, la possibilità per i singoli di avvalersene dinanzi ai giudici nazionali, vuoi nel caso in cui la direttiva non sia stata tempestivamente recepita, vuoi nel caso in cui il recepimento nell'ordinamento nazionale sia avvenuto in maniera non corretta.

Nel contenzioso (lavoristico) della Corte l'affermazione dell'efficacia diretta delle direttive si è manifestata sin dagli anni '70 del secolo scorso¹⁰³⁴; via via progressivamente affinata nel corso del tempo, essa si è poi definitivamente consolidata con la pronuncia resa nel caso *Marshall I*, originato da una controversia relativa ad un licenziamento discriminatorio per ragioni di sesso¹⁰³⁵, che costituisce tuttora un punto fermo della giurisprudenza della Corte in materia (v. comunque *infra*)¹⁰³⁶.

Proprio in ragione dei contenuti di tale giurisprudenza, da cui consegue che "la natura cogente della direttiva, sulla quale è basata la possibilità di farla valere dinanzi al giudice nazionale, esiste

adottandosi una terminologia giuridica più conforme a quella comunemente utilizzata negli Stati membri. Alla modifica lessicale non si sono però accompagnate innovazioni sostanziali: la legge quadro europea (la vecchia direttiva), in particolare, resta "un atto legislativo che vincola tutti gli Stati membri destinatari per quanto riguarda il risultato da raggiungere, salva restando la competenza degli organi nazionali in merito alla scelta della forma e dei mezzi". La formulazione dell'art I-33 del nuovo Trattato costituzionale, come si vede, riproduce quasi testualmente quella dell'attuale art. 249 TCE: lasciando immutati, dunque, i termini della problematica (discussa *infra* nel testo) degli effetti delle fonti comunitarie.

¹⁰³² Di "costruzione, sentenza dopo sentenza, di un edificio costituzionale, basato sulla rilettura in termini federali dei rapporti tra gli Stati, la Comunità ed i cittadini", parla R. Calvano, *La Corte di giustizia e la costituzione europea*, Cedam, Padova, 2004, p. 61.

¹⁰³³ Il riconoscimento ha riguardato anche alcune importanti disposizioni del Trattato incidenti sulla materia del lavoro. Con riferimento alla libera circolazione dei lavoratori l'efficacia diretta dell'art. 39 TCE (già art. 48) è stata affermata dalla Corte a partire dalla pronuncia resa nel caso *van Duyn*: Corte di giustizia 4 dicembre 1974, causa 41/74, *van Duyn v. Home Office*, in *Racc.*, 1974, p. 1337. Quanto alla parità retributiva fra lavoratori e lavoratrici, si v., in relazione all'art. 119 del Trattato (l'attuale art. 141, n. 1, TCE), Corte di giustizia 8 aprile 1976, causa 43/75, *Defrenne v. SA Sabena*, in *Racc.*, 1976, p. 455 (c.d. caso *Defrenne II*); più recentemente, con espresso riferimento all'art. 141, n. 1, TCE si v. Corte di giustizia 17 settembre 2002, causa C-320/00, *Lawrence e altri v. Regent Office Care Ltd e altri*, in *Racc.*, 2002, p. 7345.

¹⁰³⁴ Con riguardo all'art. 3, n. 1, della direttiva n. 221/64 si v., con particolare chiarezza, i punti 9-15 di Corte di giustizia 4 dicembre 1974, *van Duyn*, cit.: di rilievo in particolare l'affermazione, poi precisata nella giurisprudenza successiva, della necessità di "esaminare, caso per caso, se la natura, lo spirito e la lettera della disposizione di cui trattasi consentano di riconoscerle efficacia immediata nei rapporti fra gli Stati membri ed i singoli" (punto 12: c.m.).

¹⁰³⁵ Corte di giustizia 26 febbraio 1986, causa 152/84, *Marshall v. Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority*, in *Racc.*, 1986, p. 723. *Marshall I* è servita alla Corte per esplicitare ulteriormente, chiarendone e sistematizzandone le motivazioni di fondo, la propria dottrina degli effetti diretti delle direttive comunitarie (su cui in precedenza merita di essere ricordata soprattutto Corte di giustizia 19 gennaio 1982, causa 8/81, *Becker v. Finanzamt*, in *Racc.*, 1982, p. 53).

¹⁰³⁶ Nella giurisprudenza comunitaria recente su questioni di diritto del lavoro se ne può trovare ripetuta conferma: si v., ad esempio, Corte di giustizia 4 dicembre 1997, cause riunite C-253/96 ed altre, *Kampelmann*, in *Racc.*, 1997, p. 6907 (con riguardo alla direttiva n. 91/533, relativa all'obbligo del datore di lavoro d'informare il lavoratore sulle condizioni applicabili al rapporto di lavoro); Corte di giustizia 17 dicembre 1998, causa C-2/97, *Società italiana petroli v. Borsana*, in *Racc.*, 1998, p. 8597 (con riguardo a due direttive in materia di protezione della salute dei lavoratori); nonché Corte di giustizia 9 febbraio 1999, causa C-167/97, *Seymour Smith e Perez*, in *Racc.*, 1999, p. 623; Corte di giustizia 20 marzo 2003, causa C-187/00, *Kutz-Bauer v. Freie und Hansestadt Hamburg*, in *Racc.*, 2003, p. 2741 (entrambe riguardanti, come *Marshall I*, l'efficacia diretta dell'art. 5, n. 1, della direttiva 76/207).

solo nei confronti dello Stato membro cui è rivolta”¹⁰³⁷ (c.d. efficacia diretta ‘verticale’), si spiega l’importanza sempre maggiore che è andato via via acquisendo il secondo pilastro della teoria del ‘primato’. Le direttive comunitarie, in effetti, possono penetrare nell’ordinamento nazionale ove non sia stato adempiuto l’obbligo di trasposizione, ovvero la trasposizione sia stata operata in maniera inadeguata, non soltanto qualora contengano disposizioni direttamente efficaci (di cui il singolo può avvalersi soltanto in una controversia nei confronti dello Stato o comunque di una pubblica autorità), ma anche attraverso una seconda modalità, apparentemente meno incisiva, in pratica di grande rilievo. In virtù dell’*obbligo di interpretazione conforme*, teorizzato anch’esso dalla Corte inizialmente in relazione ad una controversia in materia di discriminazione di sesso (nell’accesso al lavoro) e divenuto poi una costante della sua giurisprudenza, si è imposto un vincolo stringente ai giudici nazionali, a fronte del quale nelle vicende giudiziarie in cui sia stato fatto riferimento a una direttiva comunitaria essi sono tenuti a “interpretare il proprio diritto nazionale alla luce della lettera e dello scopo della direttiva”¹⁰³⁸, a prescindere dalla circostanza che la relativa normativa nazionale sia precedente o successiva all’adozione della direttiva (e che non sia ancora spirato il termine entro il quale la direttiva dev’essere trasposta nell’ordinamento interno: su quest’ultimo punto v. comunque *infra*).

L’obbligo di interpretazione conforme può e deve essere adempiuto dal giudice nazionale sfruttando nella misura massima possibile le tecniche argomentative e gli spazi di discrezionalità di cui dispone nell’assolvimento della propria funzione istituzionale di interpretazione ed applicazione della legge. Ciò vuol dire, in altre parole, che “il giudice nazionale deve..., tra i metodi di interpretazione in vigore nel suo sistema giuridico, dare la precedenza al metodo che gli consente di dare alla disposizione di diritto nazionale di cui trattasi un significato compatibile con la direttiva”¹⁰³⁹. Niente di meno, ma anche niente di più: al vincolo che ne discende, in effetti, non si può riconoscere portata illimitata. Attraverso l’interpretazione conforme si può riuscire in un gran numero di casi a rendere operanti disposizioni di una direttiva prive dei caratteri dell’efficacia diretta o perché non espresse in termini incondizionati e sufficientemente precisi¹⁰⁴⁰, o perché non invocate nei confronti dello Stato o di una pubblica autorità (utilizzandole, dunque, anche per risolvere controversie tra privati); ciò non toglie che l’obbligo in questione si arresti necessariamente di fronte all’ostacolo rappresentato dall’incompatibilità assoluta fra norma comunitaria e norma nazionale: allorché emerga, in altre parole, un conflitto rispetto al quale “il giudice nazionale è perfettamente autorizzato a concludere che egli non può interpretare il diritto nazionale alla luce di quello comunitario”¹⁰⁴¹.

¹⁰³⁷ Corte di giustizia 26 febbraio 1986, *Marshall*, cit. (punto 48 della motivazione).

¹⁰³⁸ Corte di giustizia 10 aprile 1984, causa 14/83, *von Colson e Kamann v. Land Nordrhein-Westfalen*, in *Racc.*, 1984, p. 1909.

¹⁰³⁹ Sono parole dell’avv. gen. van Gerven: si v. il punto 8 delle sue conclusioni nel ben noto caso *Marleasing*, in *Racc.*, 1990, p. 4146.

¹⁰⁴⁰ È ancora l’avv. gen. van Gerven (nelle sue conclusioni, cit. in nota 11, p. 4146) a ricordare che “la disposizione di cui trattasi della direttiva non deve...essere necessariamente ‘incondizionata e sufficientemente precisa’ per essere utilizzata come criterio di interpretazione”.

¹⁰⁴¹ D. Curtin, *State Liability under Community Law: a New Remedy for Private Parties*, in *ILJ*, 1992, p. 81. La delimitazione della portata dell’obbligo di interpretazione conforme è dovuta alla stessa Corte: v. Corte di giustizia 13 novembre 1990, causa C-106/89, *Marleasing SA v. La Comercial Internacional de Alimentacion SA*, in *Racc.*, 1990, p. 4135. Ancora di recente, riflettendo sulla c.d. “dottrina *Marleasing*”, si è dovuto ammettere che l’obbligo di interpretazione conforme “non è assoluto, ma deve rispettarsi per quanto possibile... *Marleasing* non richiede al giudice nazionale di seguire un’interpretazione *contra legem* del diritto nazionale”: T. Tridimas, *Black, White, and Shades of Grey: Horizontality of Directives Revisited*, in *YEL*, 21, 2001-2002, p. 347.

I limiti riconosciuti dalla stessa Corte sia all'efficacia diretta delle direttive¹⁰⁴², sia all'obbligo di interpretare il diritto nazionale in conformità a quello comunitario, avrebbero evidentemente lasciata aperta la possibilità che in molteplici occasioni la violazione dei diritti riconosciuti ai singoli dal diritto comunitario restasse senza conseguenza alcuna. Con l'affermazione della responsabilità risarcitoria dello Stato membro inadempiente al diritto comunitario, peraltro, il cerchio è stato chiuso. Tratteggiato per la prima volta anch'esso in una pronuncia originata da una controversia di matrice lavoristica, legata all'interpretazione della direttiva n. 80/987 relativa alla tutela dei lavoratori subordinati in caso d'insolvenza del datore di lavoro, il principio in questione, in effetti, può essere apprezzato sia dal punto di vista della tutela dei singoli, sia come tessera conclusiva del mosaico progressivamente costruito dalla Corte per sostenere la teoria del primato del diritto comunitario. Entrambi i profili emergono limpidamente dalla sentenza *Francovich*, dal momento che, per la Corte, "sarebbe messa a repentaglio la piena efficacia delle norme comunitarie e sarebbe infirmata la tutela dei diritti da esse riconosciute, se i singoli non avessero la possibilità di ottenere un risarcimento ove i loro diritti siano lesi da una violazione del diritto comunitario imputabile ad uno Stato membro"¹⁰⁴³.

1.1 Il 'primato' del diritto comunitario negli sviluppi giurisprudenziali più recenti

La giurisprudenza più recente della Corte con riguardo ai diversi profili della dottrina del 'primato' non sembra essersi discostata dalle affermazioni di principio enunciate nei *leading cases* sin qui richiamati. Non sono mancate, tuttavia, precisazioni ulteriori, a fronte delle quali si deve, ancora una volta, notare la persistente attitudine del contenzioso di matrice lavoristica a stimolare la Corte nella sua opera di affinamento di principi generali; per altro verso certi aspetti della giurisprudenza della Corte di giustizia continuano a suscitare discussioni dottrinali ed obiezioni, o almeno tentativi di puntualizzazione, da parte di qualche avvocato generale.

Va segnalato, innanzi tutto, che alle direttive comunitarie, in pendenza del termine per la loro trasposizione nell'ordinamento nazionale, si deve riconoscere quella che potrebbe essere definita come 'efficacia impeditiva' delle scelte dei legislatori nazionali, ricavabile dalla circostanza che la direttiva entra in vigore alla data da essa stessa stabilita o, in mancanza di indicazioni al riguardo, nel ventesimo giorno successivo alla pubblicazione nella Gazzetta ufficiale¹⁰⁴⁴. Tale circostanza è stata valorizzata dalla Corte alla luce del principio di collaborazione leale fra Comunità e Stati membri di cui all'art. 10 TCE (riformulato ora dall'art. I-5 § 2 del nuovo Trattato costituzionale): la posizione di alcuni di essi, volta a sostenere che, "fino alla scadenza del termine per la trasposizione di una direttiva, gli Stati membri restano liberi di adottare disposizioni ad essa non conformi", è stata così rigettata, in base all'assunto che, anche in pendenza del termine in questione,

¹⁰⁴² Limiti che non riguardano le disposizioni del Trattato, le quali, se ritenute direttamente efficaci, operano sia in senso 'verticale', sia in senso 'orizzontale', potendo dunque essere richiamate per dirimere anche controversie fra privati: si v., con particolare chiarezza, Corte di giustizia 8 aprile 1976, *Defrenne*, cit., (punti 38/39 della motivazione), ove si afferma che, essendo l'art. 119 "di natura imperativa, il divieto di discriminazione tra lavoratori di sesso maschile e di sesso femminile riguarda...non solo le pubbliche autorità, ma vale del pari per tutte le convenzioni che disciplinano in modo collettivo il lavoro subordinato, come pure per i contratti fra singoli".

¹⁰⁴³ Corte di giustizia 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e 9/90, *Francovich e altri v. Repubblica italiana*, in *Racc.*, 1991, p. 5414 (punto 33 della motivazione).

¹⁰⁴⁴ Si v. la formulazione dell'art. 254 TCE ed ora, con riferimento alla futura legge quadro europea, l'art. I-39 del Trattato costituzionale.

incombe l'obbligo di "astenersi dall'adottare disposizioni che possano compromettere gravemente il risultato prescritto dalla direttiva stessa"¹⁰⁴⁵. Un'eco di tale giurisprudenza sembra riconoscibile in quella della Corte costituzionale italiana. Si ricordi, a questo proposito, che la richiesta di referendum popolare per l'abrogazione della legge 18 aprile 1962, n. 230 in materia di lavoro a tempo determinato fu dichiarata inammissibile proprio perché l'eventuale esito abrogativo, ancorché destinato a prodursi in pendenza del termine per la trasposizione della pertinente direttiva comunitaria, avrebbe comunque determinato una situazione di evidente contrasto fra i contenuti della stessa e il nostro ordinamento¹⁰⁴⁶.

Con riguardo al periodo concesso agli Stati membri ai fini della trasposizione nell'ordinamento interno, la questione più rilevante attiene comunque all'estensione dell'obbligo di interpretazione conforme: trattandosi di accertare se, in pendenza del termine per la trasposizione, di esso debbano comunque tenere conto i giudici nazionali¹⁰⁴⁷. Il problema, affiorato nella giurisprudenza della Corte¹⁰⁴⁸, è stato affrontato con soluzioni non univoche dagli avvocati generali¹⁰⁴⁹. È davvero un peccato, dunque, che la Corte non abbia colto l'occasione di fornire un chiarimento di fondo in proposito, lasciando cadere nel vuoto le sollecitazioni rivolte dall'avv.gen. Kokott nelle conclusioni rese sul recentissimo caso *Wippe*¹⁰⁵⁰. Allo stato si può solo prendere atto che le conclusioni dell'avvocato generale, relative ad una controversia coinvolgente l'interpretazione di alcuni profili della direttiva n. 97/81 sul lavoro a tempo parziale, s'erano spese a favore della necessità di riconoscere il rilievo più ampio all'obbligo in parola: dal momento che "le scelte politiche di fondo del legislatore comunitario sul lavoro a tempo parziale e, con esse, l'obiettivo della direttiva n. 97/81 sono stati fissati in via definitiva sin dal momento dell'entrata in vigore di quest'ultima", ne discenderebbe la conseguenza che "le disposizioni del diritto nazionale, in particolare le clausole generali e i concetti giuridici indeterminati, debbano essere interpretate ed applicate in

¹⁰⁴⁵ Entrambe le citazioni da Corte di giustizia 18 dicembre 1997, causa C-129/96, *Inter-Environnement Wallonie ASBL v. Regione valona*, in *Racc.*, 1997, p. 7411 (punti 38 e 45 della motivazione). Più recentemente si v., nello stesso senso, Corte di Giustizia 8 maggio 2003, causa C-14/02, *ATRAL SA v. Stato belga*, in *Racc.*, 2003, p. 4431 (punto 58 della motivazione); Corte di giustizia 5 febbraio 2004, causa C-157/02, *Rieser*, non ancora pubblicata in *Racc.* (punto 66 della motivazione).

¹⁰⁴⁶ Secondo la Corte costituzionale "quando, come nel caso in esame, la direttiva prevede un termine per l'adeguamento di ciascun ordinamento nazionale alle sue prescrizioni, l'obbligo di conformazione sorge come tale a carico dello Stato fin dal momento dell'entrata in vigore della direttiva..., e quindi, anche durante la pendenza del termine, la sopravveniente normazione interna dello Stato non può estrinsecarsi con contenuti configgenti con i principi della direttiva": Corte cost. 7 febbraio 2000, n. 41, in *RGL*, 2000, I, p. 164.

¹⁰⁴⁷ È pacifico viceversa che, in pendenza del termine di trasposizione, un singolo non può invocare l'efficacia diretta di una direttiva nei confronti di uno Stato membro per far disapplicare una disposizione di diritto interno con essa configgente. Dal momento infatti che il "termine è diretto, in particolare, a dare agli Stati membri il tempo necessario all'adozione dei provvedimenti di trasposizione, non si può contestare agli stessi Stati l'omessa trasposizione della direttiva nel loro ordinamento giuridico interno prima della scadenza di tale termine": Corte di giustizia 5 febbraio 2004, *Rieser*, cit., punti 67-69 della motivazione (confermativa di orientamenti già precedentemente espressi).

¹⁰⁴⁸ Si v. il punto 15 della motivazione di Corte di giustizia 8 ottobre 1987, causa 80/86, *Procedimento penale a carico di Kolpinghuis Nijmegen*, in *Racc.*, 1987, p. 3969, e l'accenno ad essa nelle conclusioni dell'avv.gen. van Gerven, cit., p. 4147.

¹⁰⁴⁹ Oscillanti fra la posizione favorevole alla sussistenza di un obbligo di interpretazione conforme di portata generale (riferibile dunque a qualsiasi normativa interna entrata in vigore prima dell'adozione della direttiva o dello spirare del relativo termine di trasposizione) e quella più cauta, per la quale l'obbligo di interpretazione conforme si rifletterebbe soltanto sulle normative espressamente adottate per il recepimento della direttiva (prima della scadenza del termine di trasposizione).

¹⁰⁵⁰ Corte di giustizia 12 ottobre 2004, causa C-313/02, *Wippel v. Peek & Cloppenburg*, non ancora pubblicata in *Racc.*

conformità...anche prima della scadenza del relativo termine di trasposizione”¹⁰⁵¹. Merita di essere rimarcato che l’impostazione dell’avvocato generale appariva tutt’altro che fine a se stessa: nella vicenda austriaca all’origine di *Wippel*, invero, non si è mancato di mettere in evidenza che “le scelte di fondo del legislatore comunitario sul lavoro a tempo parziale si ripercuotono in particolar modo sui divieti di discriminazione di diritto interno presenti già prima della scadenza del termine di trasposizione e possono influenzarne l’interpretazione e l’applicazione”¹⁰⁵².

L’obbligo di interpretazione conforme, per quanto esteso possa essere, non può comunque essere dilatato sino al punto di porsi in rotta di collisione con i “principi generali di diritto che fanno parte del diritto comunitario, e più specificamente ... quelli della certezza del diritto e dell’irretroattività”¹⁰⁵³. Una controversia lavoristica, relativa all’interpretazione della direttiva riguardante la protezione della salute dei lavoratori addetti a videoterminali, ha consentito alla Corte di precisare ulteriormente la sua giurisprudenza in materia, ribadendo che l’obbligo di interpretazione conforme deve intendersi soggetto ad un limite insuperabile, in ragione del quale può ritenersi senz’altro precluso l’effetto di determinare o aggravare, in osservanza di siffatto obbligo, una responsabilità di carattere penale¹⁰⁵⁴. Si è così confermato, in altre parole, che a fronte del conflitto fra due principi diversi, quello che “vieta le interpretazioni estensive nel diritto penale e quello che obbliga i giudici nazionali a interpretare il diritto nazionale conformemente alle direttive”¹⁰⁵⁵, il primo è destinato a prevalere¹⁰⁵⁶.

In assolvimento dell’obbligo di interpretazione conforme, in ogni caso, resta escluso che il giudice debba o possa trasformarsi in una sorta di sostituto del legislatore. Questo limite generalissimo,

¹⁰⁵¹ Le conclusioni dell’avv.gen. Kokott, assai discutibili sotto altri aspetti non rilevanti in questa sede, sono state presentate il 18 maggio 2004 (e non ancora pubblicate in *Racc.*): le citazioni sono tratte dai punti 61 e 63.

¹⁰⁵² Così ancora nel punto 63 delle conclusioni.

¹⁰⁵³ In questi termini si esprime l’avv.gen. van Gerven (v. il punto 8 delle sue conclusioni, cit., p. 4147), sulla scorta di Corte di giustizia 8 ottobre 1987, *Kolpinghuis Nijmegen*, cit. (punto 13 della motivazione); cfr. anche Corte di giustizia 11 giugno 1987, causa 14/86, *Pretore di Salò*, in *Racc.*, 1987, p. 2545 (punto 20 della motivazione), nonché, più recentemente, Corte di giustizia 26 settembre 1996, causa C-168/95, *Procedimento penale a carico di L. Arcaro*, in *Racc.*, 1996, p. 4705 (punti 42-43 della motivazione).

¹⁰⁵⁴ Corte di giustizia 12 dicembre 1996, cause riunite C-74/95 e C-129/95, *Procedimenti penali v. X*, in *Racc.*, 1996, p. 6609 (punti 23-26 della motivazione). La pronuncia è particolarmente significativa sia perché chiarisce definitivamente che è ammissibile un’interpretazione conforme di carattere estensivo da parte del giudice nazionale, salvo quando ciò comporti un aggravamento della responsabilità penale dell’imputato; sia soprattutto perché essa ha riguardato una direttiva trasposta nell’ordinamento interno, mentre la giurisprudenza precedente in materia si era sempre occupata di fattispecie in cui il recepimento non aveva ancora avuto luogo: in proposito si v. le conclusioni dell’avvocato generale, in *Racc.*, 1996, p. 6612 (punto 55) e in dottrina C. Alessi, *Orario di lavoro e tutela della salute innanzi alla Corte di giustizia*, in *DRI*, 1997, 2, p. 134 ss.

¹⁰⁵⁵ Sono parole dell’avv.gen. Ruiz-Jarabo Colomer: si v. il punto 60 delle conclusioni, cit., p. 6623.

¹⁰⁵⁶ Nelle sue conclusioni (punto 76) l’avvocato generale opportunamente precisa che ciò non significa rimettere in discussione il principio del primato del diritto comunitario in favore di “un’inesistente supremazia della legge penale interna”: tant’è vero che quest’ultima dovrà essere modificata dallo Stato interessato “una volta accertato il suo inadempimento nei confronti del diritto comunitario”. Si tratta piuttosto di un esito interpretativo necessitato dal doveroso rispetto dovuto ad uno dei “principi comuni alle tradizioni costituzionali degli Stati membri”, riconoscibile, peraltro, come “principio basilare dello stesso diritto comunitario”. Del resto, la prevalenza del diritto comunitario anche sul diritto penale degli Stati membri è confermata dal fatto che, nella situazione inversa a quella richiamata nel testo, l’applicazione del diritto comunitario può portare a “dover considerare lecita una condotta definita come reato dalla legge nazionale” (punto 64 delle conclusioni). Si può rammentare, con riguardo ad una vicenda giurisprudenziale assai discussa anche da noi, che proprio questo era il problema al centro del caso *Stoeckel* (Corte di giustizia 25 luglio 1991, causa C-345/89, *Procedimento penale contro A. Stoeckel*, in *Racc.*, 1991, p. 4047) nel contesto di un procedimento suscitato dalla violazione della legge francese che vietava il lavoro notturno femminile (colpendo l’infrazione con sanzioni penali): v. M. Rocella, *La Corte di giustizia e il diritto del lavoro*, cit., pp. 51 e 211.

in forza del quale l'obbligo di interpretazione conforme non può spingersi oltre la misura del possibile, si evince già dalla primissima giurisprudenza della Corte di giustizia sul punto¹⁰⁵⁷, è stato successivamente ribadito in numerose occasioni¹⁰⁵⁸ e mai davvero rimesso in discussione dalla Corte. Fatto è che, di quando in quando, tornano ad affacciarsi opinioni tributarie di una certa concezione dell'obbligo di interpretazione conforme in virtù della quale, a fronte del contrasto fra diritto interno e diritto comunitario, il giudice nazionale sarebbe chiamato ad operare una sorta di *interpretatio abrogans* delle norme del primo¹⁰⁵⁹, tale da consentire sempre e comunque di interpretare il diritto nazionale in conformità di quello comunitario. Si è sostenuto, in particolare, che almeno "certi settori dell'ordinamento giuridico, quali il diritto del lavoro e il diritto della tutela dei consumatori, che disciplinano rapporti tra singoli, mostrano una flessibilità che può consentire, senza grossi problemi, un'interpretazione delle norme nazionali alla luce del diritto comunitario in grado di contribuire alla loro evoluzione"¹⁰⁶⁰.

Affermazioni del genere, invero, appaiono ampiamente opinabili e potrebbero essere smentite da molteplici esempi di contrasto insanabile fra normative (lavoristiche) nazionali e diritto comunitario¹⁰⁶¹. La giurisprudenza della Corte, del resto, solo a prezzo di non lievi forzature potrebbe

¹⁰⁵⁷ Nel punto 28 della motivazione di *von Colson*, cit., si legge che "spetta al giudice nazionale dare alla legge..., in tutti i casi in cui il diritto nazionale gli attribuisce un margine discrezionale, un'interpretazione ed un'applicazione conformi alle esigenze del diritto comunitario" (c.m.).

¹⁰⁵⁸ Nel caso *Marleasing*, cit., aderendo all'impostazione dell'avv. gen. van Gerven (per il quale l'obbligo "si impone ogni volta che la disposizione di legge nazionale può, in qualche misura, essere soggetta ad interpretazione": v. il punto 8 delle conclusioni, cit., p. 4146), la Corte ha specificato che l'obbligo di interpretazione conforme va rispettato "quanto più possibile" (punto 8 della motivazione). Si tratta di una precisazione poi quasi sempre ripetuta: v., in particolare, il punto 26 della motivazione della notissima Corte di giustizia 14 luglio 1994, causa C-91/92, *Faccini Dori v. Recreb*, in *Racc.*, 1994, p. 3325 (ivi anche l'ammissione della possibilità che "il risultato prescritto dalla direttiva non possa essere conseguito mediante interpretazione": punto 27 della motivazione). Nella giurisprudenza lavoristica più recente si v., nello stesso senso, Corte di giustizia 15 maggio 2003, causa C-160/01, *Karen Mau v. Bundesanstalt für Arbeit*, in *Racc.*, 2003, p. 4791.

¹⁰⁵⁹ Idee del genere hanno trovato spazio (non solo) nella dottrina italiana e possono forse spiegarsi anche in ragione del fatto che, a suo tempo, la sentenza *Marsealing* fu erroneamente tradotta nel testo italiano della *Raccolta*, omettendo un inciso essenziale per intendere la reale portata dell'obbligo gravante sui giudici: da assolversi, secondo la Corte, *dans toute la mesure du possible* (così nel punto 8 del testo francese), ovvero *as far as possible* (punto 8 della versione in lingua inglese). Per ulteriori riferimenti in proposito v. M. Roccella, *La Corte di giustizia e il diritto del lavoro*, cit., p. 75. Più recentemente la medesima svista si riscontra nel punto 41 della versione italiana della sentenza *Arcaro*, cit.

¹⁰⁶⁰ Tale opinione dottrinale è richiamata adesivamente nella nota 72 delle conclusioni dell'avv. gen. Ruiz-Jarabo Colomer presentate il 27 aprile 2004 nelle cause riunite da C-397/01 a C-403/01, *Pfeiffer*, non ancora pubblicate in *Racc.*

¹⁰⁶¹ Basti ricordare, per limitarsi alle più recenti vicende del nostro ordinamento, che l'attuale disciplina in tema di ferie annuali retribuite, introdotta dall'art.1, lett. d) del d.lgs. 19 luglio 2004, n. 213 (a mente del quale tale periodo, pur "non inferiore a quattro settimane", "va goduto per almeno due settimane, consecutive in caso di richiesta del lavoratore, nel corso dell'anno di maturazione e, per le restanti due settimane, nei 18 mesi successivi al termine dell'anno di maturazione" [c.m.]) appare *ictu oculi* contrastante con l'art. 7, n. 1, della direttiva n. 93/104, del 23 novembre 1993: la Corte di giustizia, invero, dopo aver ribadito l'inderogabilità di tale disposizione, ha precisato che essa "deve intendersi nel senso che le modalità di applicazione nazionali devono comunque rispettare il diritto a ferie annuali retribuite di almeno quattro settimane" (così nel punto 31 della motivazione di Corte di giustizia 18 marzo 2004, causa C-342/01, *Merino Gomez v. Continental Industrias*, non ancora pubblicata in *Racc.*). Sotto altro aspetto un contrasto fra diritto comunitario (nella specie la direttiva in materia di trasferimento d'impresa) e diritto interno può ravvisarsi con riguardo all'esclusione generalizzata della possibilità di riconoscere che "l'acquisizione del personale già impiegato nell'appalto a seguito di subentro di un nuovo appaltatore" (art. 29, comma 3°, d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276) costituisce trasferimento d'impresa. In proposito si è scritto che la soluzione adottata dal legislatore italiano sarebbe "compatibile con il diritto comunitario scritto, ma non con la giurisprudenza comunitaria" (M. Borzaga, *Trasferimento di azienda e successione di contratti d'appalto, prima e dopo il d.lgs. n. 276/2003, tra diritto comunitario scritto e giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *RIDL*, 2004, II, 468). Si tratta, peraltro, di una contraddizione in termini: dal momento che non può esistere diritto comunitario altro da quello interpretato dalla Corte di giustizia, resta solo da prendere atto della divergenza sul punto fra diritto interno e direttiva comunitaria.

essere richiamata per sostenere che in diverse controversie, nelle quali è venuto in rilievo l'obbligo di interpretazione conforme, la Corte di giustizia non si sarebbe limitata ad enunciarlo, ma si sarebbe "spinta oltre, indicando al giudice che l'aveva interrogata in proposito il risultato concreto che si doveva conseguire in ciascun caso" o almeno "il modo migliore di realizzare lo scopo della direttiva"¹⁰⁶². Non sembra proprio, ad esempio, che nel caso *Bernaldez*¹⁰⁶³ la Corte abbia indicato "al giudice nazionale che la compagnia di assicurazioni doveva indennizzare le vittime, anche se la legislazione nazionale non lo prevedeva"¹⁰⁶⁴. È vero, piuttosto, che anche in questa occasione la Corte si è limitata ad interpretare il diritto comunitario (nella specie le direttive in materia di "assicurazione della responsabilità civile risultante dalla circolazione di autoveicoli"), senza entrare nel merito del "possibile uso di quella interpretazione nel procedimento nazionale"¹⁰⁶⁵. La Corte, d'altra parte, aveva già inequivocabilmente chiarito che la circostanza che le direttive siano prive di effetto diretto orizzontale, e quindi inutilizzabili come tali per dirimere una controversia fra privati, "non significa che una questione pregiudiziale sull'interpretazione...sia inammissibile"¹⁰⁶⁶, restando sempre da verificare la possibilità di impiegare in via mediata il diritto comunitario per la soluzione della controversia, attraverso la tecnica dell'interpretazione conforme.

Non è forse un caso, peraltro, che la versione più dilatata dell'obbligo di interpretazione conforme (o una variante di essa) sia stata riproposta dall'avv.gen. Ruiz-Jarabo Colomer nelle sue conclusioni relative al caso *Pfeiffer*, ovvero in relazione ad una controversia relativa all'interpretazione di alcuni aspetti della direttiva comunitaria in materia di orario di lavoro. Tentativi del genere, infatti, lasciano trasparire abbastanza agevolmente la finalità di aggirare i limiti della giurisprudenza della Corte in ordine all'efficacia diretta (solo) verticale delle direttive e tradiscono l'insoddisfazione che una parte della dottrina¹⁰⁶⁷ ed alcuni avvocati generali da tempo mostrano nei confronti dell'impostazione della Corte di giustizia: insoddisfazione particolarmente accentuata con riguardo al rapporto fra diritto comunitario e diritto (nazionale) del lavoro, in ragione del fatto che il riconoscimento di efficacia diretta solo verticale alle direttive permette di avvalersi dei diritti assicurati dal diritto comunitario soltanto ai dipendenti dello Stato (o di altre pubbliche autorità) e non ai lavoratori dipendenti da privati datori di lavoro. Il divario di tutela fra gli uni e gli altri, peraltro, è indiscutibile, ma non ignorato dalla Corte: sin dalla pronuncia resa nel caso *Marshall I*, in effetti, la Corte si è confrontata con l'obiezione che l'efficacia solo verticale delle direttive comporterebbe "come conseguenza una distinzione arbitraria ed iniqua fra i diritti dei dipendenti dello Stato e quelli dei dipendenti privati", osservando che "una distinzione del genere

¹⁰⁶² Le citazioni sono tratte dai punti 25 e 30 delle conclusioni dell'avv.gen. Ruiz-Jarabo Colomer nel caso *Pfeiffer*, cit.

¹⁰⁶³ Enfatizzato dall'avv.gen. Ruiz-Jarabo Colomer nelle sue conclusioni nel caso *Pfeiffer*, cit.

¹⁰⁶⁴ Così nel punto 32 delle conclusioni, cit. in nota prec.

¹⁰⁶⁵ T. Tridimas, *op. cit.*, p. 352. Anche in *Bernaldez*, in effetti, la Corte parte dal presupposto che, "secondo costante giurisprudenza, spetta unicamente ai giudici nazionali, che debbono assumere la responsabilità della decisione giudiziaria, valutare, tenuto conto delle peculiarità di ogni causa, ...la necessità di una pronuncia in via pregiudiziale per essere posti in grado di statuire nel merito": Corte di giustizia 28 marzo 1996, causa C-129/94, in *Racc.*, 1996, p. 1852 (punto 7 della motivazione).

¹⁰⁶⁶ T. Tridimas, *op.cit.*, p. 354 con riferimento a Corte di giustizia 7 dicembre 1995, causa C-472/93, *Spano e altri v. Fiat Geotech*, in *Racc.*, 1995, p. 4321.

¹⁰⁶⁷ Testimoniata dalla consistente mole di contributi recenti sulla questione dell'efficacia delle direttive: si v. (anche per i riferimenti bibliografici) il saggio di T. Tridimas, cit.

potrebbe...esser agevolmente evitata se lo Stato membro interessato avesse correttamente trasposto la direttiva nel suo diritto nazionale”¹⁰⁶⁸.

Potrebbe sembrare un'affermazione un po' troppo sbrigativa, ed invece si tratta di un rilievo altamente rivelatore. La giurisprudenza della Corte sull'efficacia diretta delle direttive, invero, è stata motivata, e continua ancora oggi a potersi spiegare, non tanto in ragione di obiettivi di tutela dei singoli, quanto come strumento di sostegno al principio del primato del diritto comunitario. L'idea che sia “opportuno evitare che lo Stato possa trarre vantaggio dalla sua trasgressione del diritto comunitario”¹⁰⁶⁹, in altre parole, appare intimamente legata ad “un intento...sanzionatorio, qual è quello di ovviare, per quanto possibile, alle negligenze e ai ritardi degli Stati membri nell'adempimento puntuale e corretto degli obblighi loro imposti da una direttiva”¹⁰⁷⁰. Coerentemente l'efficacia verticale delle direttive ammessa dalla Corte opera solo unilateralmente, a vantaggio dei singoli e mai dello Stato inadempiente, dovendosi ritenere che “un'autorità nazionale non può far valere a carico di un privato una disposizione di una direttiva per la quale non si è ancora proceduto alla necessaria attuazione nell'ordinamento giuridico nazionale”¹⁰⁷¹.

È possibile, naturalmente, che qualche pronuncia un po' troppo ellittica della Corte si sia prestata a fraintendimenti; è ancor più probabile che qualche avvocato generale e certe corti nazionali, prese da eccesso di zelo europeista, abbiano voluto fraintendere, riconoscendo alle direttive un tipo di efficacia non distinguibile da quella dei regolamenti¹⁰⁷². Certo è che la Corte di giustizia non sembra essersi mai davvero allontanata dall'assunto che estendere la giurisprudenza sugli effetti diretti delle direttive “all'ambito dei rapporti tra singoli significherebbe riconoscere in capo alla Comunità il potere di emanare norme che facciano sorgere con effetto immediato obblighi a carico di questi ultimi, mentre tale competenza le spetta solo laddove le sia attribuito il potere di adottare regolamenti”¹⁰⁷³. Vale la pena di aggiungere che non pare neppure ragionevolmente ipotizzabile un mutamento di registro da parte della Corte a fronte delle indicazioni contenute nel nuovo Trattato costituzionale, che appaiono prive di innovazioni di sostanza in ordine all'efficacia dei diversi tipi di atti normativi comunitari¹⁰⁷⁴.

¹⁰⁶⁸ Corte di giustizia 26 febbraio 1986, causa 152/84, *Marshall*, cit. (punto 51 della motivazione).

¹⁰⁶⁹ Corte di giustizia 26 febbraio 1986, cit. (punto 49 della motivazione).

¹⁰⁷⁰ G. Arrigo, *Ordinamento comunitario e modifica del Titolo V, Parte II della Costituzione*, in *QL*, 2004, n. 27, p. 70. Il rilievo comunque è ampiamente diffuso.

¹⁰⁷¹ Corte di giustizia 8 ottobre 1987, *Kolpinghuis Nijmegen*, cit. (punto 10 della motivazione).

¹⁰⁷² Potrebbe essere questo il caso delle ricadute italiane della sentenza *Bellone* (Corte di giustizia 30 aprile 1998, causa C-215/97, *Bellone v. Yokohama spa*, in *Racc.*, 1998, p. 2191), utilizzata per risolvere una controversia fra privati in materia di contratto di agenzia in applicazione diretta della direttiva 86/653/CEE, nonostante la pronuncia della Corte si fosse limitata (ovviamente) a fornire l'interpretazione del diritto comunitario, senza dare alcuna indicazione ulteriore al giudice nazionale.

¹⁰⁷³ Corte di giustizia 14 luglio 1994, *Faccini Dori*, cit. (punto 24 della motivazione). La Corte, da ultimo, ha confermato la propria giurisprudenza in materia con la pronuncia resa nel caso *Pfeiffer*, ove risulta affermato, con inequivocabile nettezza, che “anche una disposizione chiara, precisa ed incondizionata di una direttiva...non può essere applicata come tale nell'ambito di una controversia che ha luogo esclusivamente tra privati” (punto 109 della motivazione). In *Pfeiffer*, sotto altro aspetto, sono stati ribaditi, senza accedere all'impostazione caldeggiata dall'avvocato generale, anche i limiti dell'obbligo di interpretazione conforme: pur dovendo tener conto di qualsiasi norma nazionale gli consenta di pervenire ad un risultato non contrastante con quello cui mira la direttiva, infatti, resta fermo che il giudice nazionale non deve spingere l'operazione ermeneutica oltre la misura del possibile (punti 113- 119 della motivazione): Corte di giustizia 5 ottobre 2004, cause riunite da C-397/01 a C-403/01, *Pfeiffer e altri v. Deutsches Rotes Kreuz*, non ancora pubblicata in *Racc.*

¹⁰⁷⁴ V. *supra*, in nota 3.

Va comunque sottolineato che il riconoscimento di efficacia diretta (solo) verticale alle direttive è suscettibile di applicazioni assai incisive, sicuramente più ampie di quanto si potrebbe a tutta prima immaginare. Si è già accennato che, nell'area del diritto penale, a fronte di un contrasto fra diritto interno e direttiva comunitaria può affiorare un profilo di efficacia diretta verticale di quest'ultima: la direttiva, in altre parole, può essere invocata a fronte della pretesa punitiva dello Stato, con il risultato di paralizzare l'applicazione della sanzione penale¹⁰⁷⁵. Va poi ricordato, in secondo luogo, che "neanche il fatto che l'effetto diretto di una disposizione di una direttiva si ripercuota sui diritti dei singoli, che non sono parti del rapporto verticale, ha rappresentato un ostacolo per il riconoscimento di tale effetto da parte della Corte"¹⁰⁷⁶. Ancora recentemente la Corte, pur ribadendo che "il principio della certezza del diritto osta a che le direttive possano creare obblighi a carico dei singoli", ha confermato che "per contro, mere ripercussioni negative sui diritti di terzi, anche se certe, non giustificano che si rifiuti ad un singolo di far valere le disposizioni di una direttiva nei confronti dello Stato membro interessato"¹⁰⁷⁷.

In virtù del principio del primato del diritto comunitario, infine, la preminenza delle disposizioni di una direttiva sul diritto nazionale può essere fatta valere anche quando le norme nazionali contrastanti siano di rango costituzionale. In un recente caso relativo all'interpretazione della direttiva n. 76/207 la Corte non ha così avuto difficoltà a sostenere che le regole comunitarie sulla parità di trattamento fra lavoratori e lavoratrici, espressive di un diritto fondamentale nell'ordinamento comunitario, ostano all'applicazione di una normativa nazionale che escluda in generale le donne dagli impieghi militari comportanti l'uso di armi: ancorché la normativa in questione si fondasse su una disposizione della costituzione tedesca e, dunque, "il diritto interno ad essere sindacato fosse sostanzialmente lo stesso *Grundgesetz*"¹⁰⁷⁸.

Quanto al terzo pilastro della dottrina del 'primato', le indicazioni emergenti dalla pronuncia resa nel caso *Francovich* sono state in più occasioni riprese e ulteriormente affinate dalla Corte. La Corte stessa, ad ogni modo, ha voluto sottolineare che le precisazioni successive potevano ritenersi implicite al ragionamento sviluppato in *Francovich*¹⁰⁷⁹. Per quanto riguarda, in particolare, il

¹⁰⁷⁵ V. *supra*, in nota 28; in dottrina cfr. G. Tesaurò, *La sanction des infractions au droit communautaire*, in *RDE*, 1992, p. 507.

¹⁰⁷⁶ Così nel punto 41 delle conclusioni dell'avv. Ruiz-Jarabo Colomer, cit. in nota 32.

¹⁰⁷⁷ Entrambe le citazioni da Corte di giustizia 7 gennaio 2004, causa C-201/02, *Wells*, non ancora pubblicata in *Racc.* (punti 56 e 57 della motivazione anche per ampi riferimenti di precedenti giurisprudenziali conformi). A proposito della giurisprudenza della Corte nelle c.d. situazioni 'triangolari' si v. K. Lackhoff e H. Nyssens, *Direct Effect of Directives in Triangular Situations*, in *ELR*, 1998, p. 397 ss.

¹⁰⁷⁸ R. Calvano, *op. cit.*, p. 264 con riferimento a Corte di giustizia 11 gennaio 2000, causa C-285/98, *Kreil v. Repubblica federale di Germania*, in *Racc.*, 2000, p. 69. In *Kreil*, in effetti, il governo tedesco s'era difeso innanzi alla Corte in primo luogo sostenendo che le norme nazionali controverse erano "conformi al principio costituzionale che vieta alle donne di svolgere un servizio armato" (punto 12 della motivazione). Dopo la pronuncia della Corte, d'altra parte, la costituzione tedesca è stata rapidamente emendata con l'approvazione, nel dicembre 2000, di una legge di modifica dell'art. 12a § 4 del *Grundgesetz* (sul punto v. R. Calvano, *op. cit.*, p. 265). Si può altresì ricordare che la Corte, a più forte ragione, non è disponibile ad ammettere difese nazionali, seppure basate su norme di carattere costituzionale, allorché vengano in rilievo violazioni di norme del Trattato direttamente efficaci: si v. da ultimo, con riferimento al principio della libera circolazione dei lavoratori ed ai limiti all'accesso all'impiego pubblico nei confronti dei cittadini di altri Stati membri, Corte di giustizia 2 luglio 1996, causa C-473/93, *Commissione v. Granducato del Lussemburgo*, in *Racc.*, 1996, p. 3207 (punti 37-38 della motivazione).

¹⁰⁷⁹ La questione cruciale è quella delle condizioni sufficienti per l'insorgere della responsabilità risarcitoria dello Stato inadempiente alle prescrizioni del diritto comunitario. In *Francovich* tali condizioni sono state riconosciute nella circostanza che "il risultato prescritto dalla direttiva implichi l'attribuzione di diritti a favore dei singoli"; che "il contenuto di tali diritti possa essere individuato sulla base

presupposto aggiuntivo per l'affermazione della responsabilità risarcitoria dello Stato, ravvisato nella sussistenza di "una violazione sufficientemente grave e manifesta", si è osservato che tale "condizione, che pure non è stata menzionata nella sentenza *Francovich*, era tuttavia inerente alla fattispecie oggetto della causa"¹⁰⁸⁰.

In relazione ad una controversia relativa al diritto di libera circolazione dei lavoratori, di cui all'art. 39 (già art. 48) del Trattato, la Corte ha poi colto l'occasione di respingere l'impostazione sostenuta da alcuni Stati membri, chiarendo definitivamente che la piena efficacia delle norme comunitarie "verrebbe rimessa in discussione e la tutela dei diritti che esse riconoscono sarebbe affievolita se fosse escluso che i singoli possano, a talune condizioni, ottenere un risarcimento allorché i loro diritti sono lesi da una violazione del diritto comunitario imputabile a una decisione di un organo giurisdizionale di ultimo grado di uno Stato membro". Vero è che, con riguardo alla specifica ipotesi, le condizioni fissate in precedenza dalla Corte sono state ridefinite in termini alquanto più restrittivi: in palese omaggio alla dottrina del 'primato', tuttavia, resta fermo che, "in ogni caso, una violazione del diritto comunitario è sufficientemente caratterizzata allorché la decisione di cui trattasi è intervenuta ignorando manifestamente la giurisprudenza della Corte"¹⁰⁸¹.

La problematica in esame si è prestata ancora ad ulteriori puntualizzazioni con riguardo all'eventualità che la violazione del diritto comunitario, fonte di responsabilità risarcitoria, si produca nell'ambito di uno Stato di tipo federale. In proposito, occorre ricordare che "la ripartizione di competenze fra Stato e Regioni non costituisce oggetto di disciplina da parte del diritto comunitario"¹⁰⁸². Da questa premessa è stato possibile per la Corte ricavare un doppio ordine di conseguenze: da una parte si è sostenuto che, "negli Stati membri a struttura federale, al risarcimento dei danni causati ai singoli da provvedimenti interni adottati in violazione del diritto comunitario non deve necessariamente provvedere lo Stato federale perché gli obblighi comunitari dello Stato membro siano adempiuti"¹⁰⁸³; dall'altra si è precisato che "il diritto comunitario non osta a che la responsabilità gravante su un ente di diritto pubblico di risarcire i danni provocati ai singoli da provvedimenti da esso adottati in violazione del diritto comunitario possa sorgere *oltre* a quella dello Stato membro stesso"¹⁰⁸⁴ (c.m.).

Solo qualche parola, infine, può essere spesa per rammentare che il contenzioso di matrice lavoristica è stato diffusamente utilizzato dalla Corte di giustizia per sviluppare la propria giurisprudenza, anch'essa intimamente connessa alla dottrina del 'primato', in materia di sanzioni per

delle disposizioni della direttiva"; che sussista "un nesso di causalità tra la violazione dell'obbligo a carico dello Stato e il danno subito dai soggetti lesi" (punto 40 della motivazione).

¹⁰⁸⁰ Corte di giustizia 8 ottobre 1996, cause riunite C-178/94 ed altre, *Dillenkofer v. Repubblica federale di Germania*, in *Racc.*, 1996, p. 4845 (punto 23 della motivazione). Su *Dillenkofer v. T. Hervey, Francovich Liability Simplified*, in *ILJ*, 1997, p.74 ss.; S. Furlan, *Il risarcimento dei danni causati dalla mancata attuazione di una direttiva: la sentenza Dillenkofer*, in *DUE*, 1997, p. 463 ss.

¹⁰⁸¹ Entrambe le citazioni da Corte di giustizia 30 settembre 2003, causa C-224/01, *Köbler v. Repubblica d'Austria*, non ancora pubblicata in *Racc.* (punti 33 e 56 della motivazione). In proposito si v. già Corte di giustizia 5 marzo 1996, cause riunite C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du pêcheur e Factortame*, in *Racc.*, 1996, p. 1029 (punto 57 della motivazione).

¹⁰⁸² G. Arrigo, *op. cit.*, p. 66. Cfr. anche Corte di giustizia 12 giugno 1990, causa C-8/88, *Repubblica federale di Germania v. Commissione*, in *Racc.*, 1990, p. 2321 (spec. punto 13 della motivazione).

¹⁰⁸³ Corte di giustizia 1° giugno 1999, causa C-302/97, *Konle v. Repubblica d'Austria*, in *Racc.*, 1999, p. 3099 (punto 64 della motivazione).

¹⁰⁸⁴ Corte di giustizia 4 luglio 2000, causa C-424/97, *Haim*, in *Racc.*, 2000, p. 5123 (punto 34 della motivazione).

violazioni del diritto comunitario, attraverso la quale si è prodotto l'effetto di vincolare la discrezionalità in materia dei legislatori nazionali sia nell'*an*, sia nel *quomodo*. A prescindere dall'esistenza di previsioni specifiche nel diritto comunitario scritto, l'esigenza che alle violazioni di tale diritto si accompagni l'applicazione di sanzioni è stata fondata dalla Corte su principi generali: sull'obbligo di cooperazione leale fra Comunità e Stati membri, sancito dall'art. 10 TCE, nonché sul principio dell'efficace trasposizione delle direttive comunitarie¹⁰⁸⁵. Tale giurisprudenza ha finito con l'influenzare lo stesso legislatore comunitario: una previsione sanzionatoria come quella prevista dall'art. 17 della direttiva 2000/78/CE (relativa alla fissazione di "un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro"), ad esempio, si spiega proprio alla luce delle ormai consolidate indicazioni in materia della Corte¹⁰⁸⁶.

2. Il rapporto fra diritto comunitario e diritti nazionali alla luce del principio di sussidiarietà

La fecondità dell'intreccio fra diritto del lavoro e diritto comunitario ha avuto modo di manifestarsi in maniera quanto mai significativa anche in relazione ad una questione di cruciale rilievo quale quella dell'interpretazione del principio di sussidiarietà. Nei confronti della giurisprudenza sin qui richiamata, in effetti, è pertinente il rilievo che l'origine lavoristica dei casi trattati può aver rappresentato "una preoccupazione secondaria per la Corte"¹⁰⁸⁷. La stessa osservazione, viceversa, sarebbe meno convincentemente riproponibile con riguardo all'interpretazione del principio di sussidiarietà, delineata dalla Corte ancora una volta in occasione di una controversia attinente ad un importante profilo disciplinare del rapporto di lavoro. Se si ha presente, invero, che il principio di sussidiarietà, già prima, ed ancor più dopo la sua codificazione nel Trattato di Maastricht¹⁰⁸⁸, è stato enfatizzato soprattutto dai fautori di una dimensione 'minima' dell'Europa sociale, come strumento funzionale, in altre parole, a circoscrivere portata ed intensità dell'intervento regolativo comunitario nell'area dei rapporti di lavoro (e delle politiche sociali), sembra difficile considerare meramente fortuito il fatto che la Corte abbia espresso il proprio punto di vista in proposito nel contesto di una pronuncia sulla validità (contestata dal Regno Unito) della direttiva relativa ad alcuni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro. Tenuto conto, anzi, che lo Stato ricorrente non aveva "espressamente invocato la violazione del principio di sussidiarietà in quanto motivo di annullamento della direttiva"¹⁰⁸⁹, si potrebbe essere portati a pensare che la Corte non abbia proprio voluto lasciarsi sfuggire l'occasione di tracciare la soluzione che deve esserle apparsa più congrua rispetto all'obiettivo di non paralizzare sul nascere le prospettive di sviluppo di un ordinamento di tipo federale.

¹⁰⁸⁵ Ampi riferimenti in proposito in M. Roccella, *La Corte di giustizia e il diritto del lavoro*, cit., cap. sesto.

¹⁰⁸⁶ L'art. 17 della direttiva 2000/78, sotto la rubrica "sanzioni", contiene una norma ai sensi della quale "gli Stati membri determinano le sanzioni da irrogare in caso di violazione delle norme nazionali di attuazione della presente direttiva e prendono tutti i provvedimenti necessari per la loro applicazione. Le sanzioni, che possono prevedere un risarcimento dei danni, devono essere effettive, proporzionate e dissuasive".

¹⁰⁸⁷ P. Davies, *The European Court of Justice*, cit. in nota 1, p. 113.

¹⁰⁸⁸ Il principio di sussidiarietà risulta attualmente dall'art. 5 TCE. L'art. I-11 § 3 del Trattato costituzionale lo ha riformulato, prevedendo altresì una procedura di controllo da parte dei parlamenti nazionali.

¹⁰⁸⁹ Si v. la precisazione in tal senso dell'avv.gen. Léger, in *Racc.*, 1996, p. 5783 (punto 124 delle conclusioni).

A prescindere da qualsiasi ulteriore considerazione in proposito, ad ogni modo, ciò che occorre sottolineare è proprio il merito della soluzione indicata dalla Corte, secondo la quale, “poiché il Consiglio ha constatato la necessità di migliorare il livello esistente di tutela della sicurezza e della salute dei lavoratori e di armonizzare, in una prospettiva di progresso, le condizioni esistenti in tale settore, la realizzazione di un obiettivo siffatto ... presuppone necessariamente un’azione di dimensioni comunitarie”¹⁰⁹⁰. La replica alle contestazioni del Regno Unito non avrebbe potuto essere più lapidaria, tanto da poter quasi suscitare la sensazione di trovarsi di fronte ad un’affermazione tautologica, se non proprio ad una mancata risposta. Si tratterebbe però, va subito detto, di un’impressione sbagliata. Dietro tanta nettezza di argomentazione, invero, non è difficile scorgere una valutazione di fondo sulla portata del principio di sussidiarietà, che la Corte mostra di intendere assai più come un criterio *politico*, che non un principio giuridico di ripartizione delle competenze fra Comunità e Stati membri: come tale suscettibile di apprezzamento ampiamente discrezionale da parte del Consiglio, e comunque inadatto a condizionare seriamente le decisioni che quest’ultimo intenda assumere¹⁰⁹¹.

Non è difficile comprendere l’enorme importanza dell’orientamento espresso dalla Corte sia dal punto di vista del diritto comunitario generale, sia, più specificamente, con riguardo al settore della politica sociale. Basti riflettere sul fatto che il titolo XI, introdotto ad Amsterdam nel Trattato, e in particolare gli artt. 136 e 137, come già il vecchio (ed oggi abrogato) art. 118A, rispetto al quale la Corte ha costruito il suo ragionamento, risultano ampiamente fondati sull’idea di sussidiarietà come criterio regolatore dell’esercizio delle competenze ripartite fra Comunità e Stati membri; un criterio, peraltro, che non potrà più essere brandito come una clava per impedire ogni volontà di approfondimento della dimensione sociale europea, stante il fatto che tutte le volte “in cui esiste un obiettivo di armonizzazione, i provvedimenti adottati dal Consiglio per il conseguimento di detto obiettivo ...” saranno “difficilmente censurabili come configuranti una violazione del principio di sussidiarietà”¹⁰⁹².

¹⁰⁹⁰ Corte di giustizia 12 novembre 1996, causa C-84/94, *Regno Unito v. Consiglio*, in *Racc.*, 1996, p. 5809 (punto 47 della motivazione).

¹⁰⁹¹ La pronuncia nel caso *Regno Unito v. Consiglio* è stata ampiamente commentata. Per gli aspetti richiamati nel testo (anche *infra*, § 3) v., per tutti, C. Alessi, *Orario di lavoro*, cit. in nota 26, p. 128 s.; L. Waddington, *Towards a Healthier and More Secure European Social Policy?*, *MJECL*, 1997, p. 83 ss., spec. p. 97. La concezione del principio di sussidiarietà che traspare dalla giurisprudenza della Corte ha trovato eco nel corso dei lavori della Convenzione incaricata di elaborare il progetto di Trattato costituzionale, essendosi sostenuto in quella sede che tale principio è “di natura essenzialmente politica”: I. Massa Pinto, *Il principio di sussidiarietà. Profili storici e costituzionali*, Jovene, Napoli, 2003, p. 167.

¹⁰⁹² Sono ancora parole dell’avv. gen. Léger, in *Racc.*, 1996, p. 5784 (punto 129 delle conclusioni); ivi anche la realistica osservazione che “sarebbe illusorio attendere dai soli Stati membri la realizzazione dell’armonizzazione auspicata”. È del tutto improbabile che il “Protocollo sull’applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità”, ampiamente riformulato ed allegato al nuovo Trattato costituzionale, possa indurre la Corte a mutare giurisprudenza. Nel perseguimento di un obiettivo di armonizzazione, in particolare, si potrà sempre continuare a ravvisare quell’indicatore qualitativo, la cui sussistenza è richiesta dal Protocollo per poter giustificare una normativa comunitaria in forza del principio di sussidiarietà (cfr. in proposito anche il punto 81 della sentenza citata in nota 62). Nell’area del diritto del lavoro, del resto, si può osservare che, già prima della pronuncia della Corte e a più forte ragione dopo, il rispetto del principio di sussidiarietà è evocato in maniera del tutto rituale nel preambolo delle direttive: si v., ad esempio, il punto 12 del preambolo della direttiva 3 giugno 1996, n. 96/34 (in materia di congedi parentali); il punto 20 della direttiva 15 dicembre 1997, n. 97/80 (riguardante l’onere della prova nei casi di discriminazione basata sul sesso); il punto 15 della direttiva 15 dicembre 1997, n. 97/81 (in materia di lavoro a tempo parziale); nonché il punto 37 della direttiva 2000/78/CE.

Nella letteratura sul principio di sussidiarietà, oltre al saggio di I. Massa Pinto cit. in nota 63, v., per tutti, K. Lenaerts e P. van Ypersele, *Le principe de subsidiarité et son contexte: étude de l’article 3B du Traité CE*, in *CDE*, 1994, p. 3 ss.; G. Strozzi, *Le principe de subsidiarité dans la perspective de l’intégration européenne: une énigme et beaucoup d’attentes*, in *RTDE*, 1994, p. 373 ss. Per un approccio dal punto di vista lavoristico v. A. Ojeda Avilés, *Subsidiariedad y competencias concurrentes en el derecho social comunitario*, in *RL*, 1994,

3. Il rapporto fra le fonti del diritto del lavoro nella giurisprudenza della Corte di giustizia: il principio della prevalenza della norma più favorevole

Alla giurisprudenza della Corte si devono anche indicazioni essenziali sul rapporto fra le fonti (internazionali, comunitarie, nazionali) del diritto del lavoro. Nel contesto di un parere relativo alla competenza della Comunità a concludere convenzioni dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro, la Corte ha mostrato abbastanza chiaramente di voler prendere partito in favore della tesi della c.d. "interdipendenza 'progressista' delle norme internazionali ed europee"¹⁰⁹³ in materia di lavoro, stando alla quale eventuali contrasti fra le prime e le seconde dovrebbero sempre potersi superare facendo ricorso al principio del trattamento più favorevole: cosicché uno standard normativo comunitario, più elevato di quello previsto dalla corrispondente convenzione Oil, potrebbe senz'altro essere rispettato dagli Stati membri, senza timore di incorrere in una violazione dei propri obblighi internazionali, stante l'esplicita previsione della prevalenza della norma più favorevole, consacrata nell'art. 19, n. 8, della costituzione dell'Oil; allo stesso modo, a fronte di disposizioni comunitarie meno rigorose di quelle adottate a livello internazionale nella stessa materia, neppure l'obbligo di rispettare il diritto comunitario potrà impedire agli Stati membri di "adottare misure per una maggiore protezione nelle condizioni di lavoro", eventualmente applicando "a tale scopo le disposizioni della convenzione dell'Oil"¹⁰⁹⁴.

Né può valere l'obiezione che, stante l'oggetto del parere, riguardante la conclusione di una convenzione relativa all'impiego di sostanze chimiche nei luoghi di lavoro, alle affermazioni della Corte si dovrebbe attribuire portata circoscritta alla materia della tutela della salute dei lavoratori. È vero, piuttosto, il contrario: a quelle affermazioni, alla luce delle innovazioni introdotte nel Trattato ad Amsterdam, va ormai riconosciuto rilievo generale, stante il fatto che il principio di salvaguardia della norma più favorevole previsto dall'art. 118A n. 3, su cui risulta fondato il parere della Corte, è stato ripreso con formulazione pressoché identica, ed esteso all'insieme delle competenze comunitarie in materia di lavoro, dal nuovo art. 137 n. 5 del Trattato¹⁰⁹⁵.

La stessa ispirazione è riconoscibile nella giurisprudenza della Corte sui rapporti fra diritto comunitario e diritti nazionali, arricchita da precisazioni di primaria importanza sui caratteri che può legittimamente assumere la regolazione comunitaria nell'area dei rapporti di lavoro. La pronuncia con la quale la Corte ha respinto il ricorso britannico nei confronti della direttiva sull'orario di lavoro, in effetti, è di fondamentale rilievo non solo per aver rinsaldato le possibilità di azione comunitaria, liberandola dagli intralci legati ad una concezione restrittiva del principio di sussidiarietà; ma anche per le indicazioni fornite in ordine al *quomodo* dell'intervento comunitario.

I, p. 1377 ss.; G. Lyon-Caen, *Subsidiarity*, in Aa.Vv., *European Community Labour Law*, cit. in nota 1, p. 49 ss., spec. p. 57 ss.; G. Arrigo, *Il diritto del lavoro dell'Unione europea*, I, Giuffrè, Milano, 1998, p. 88 ss., spec. p. 171 ss.

¹⁰⁹³ M. Bonnechère, *Ratification des conventions de l'OIT et droit communautaire: observations sur l'avis de la C.J.C.E. du 19 mars 1993*, in *DO*, 1993, p. 275.

¹⁰⁹⁴ Corte di giustizia 19 marzo 1993, parere 2/91, in *Racc.*, 1993, p. 1062 (punto 18 della motivazione).

¹⁰⁹⁵ In proposito v. già M. Roccella, *La Corte di giustizia e il diritto del lavoro*, cit., p. 69 s., anche per ulteriori riferimenti di dottrina sul parere della Corte. Sul parere 2/91 si v. anche A. Perulli, *Diritto del lavoro e globalizzazione*, Cedam, Padova, 1999, p. 136 ss. L'art. 137 TCE, com'è noto, è stato riformulato dal Trattato di Nizza (con qualche innovazione che non tocca il principio discusso nel testo, ripreso dal nuovo art. 137, n. 4); ed è ora destinato a rifluire nell'art. III-210 del Trattato costituzionale, il cui § 5 lett. b) stabilisce che "le leggi e leggi quadro europee adottate a norma del presente articolo: ... non ostano a che uno Stato membro mantenga o stabilisca misure, compatibili con la Costituzione, che prevedano una maggiore protezione".

A fronte della posizione ancora una volta di segno riduttivo del Regno Unito, secondo la quale le direttive in materia di protezione della salute dei lavoratori avrebbero dovuto limitarsi a rappresentare una sorta di minimo denominatore comune “accettabile per tutti gli Stati membri”, la Corte non ha avuto esitazioni a chiarire che la nozione di “prescrizioni minime” accolta dal Trattato “non pregiudica l’intensità dell’azione ...” che il Consiglio “può ritenere necessaria” ed implica soltanto il riconoscimento della possibilità per gli Stati membri di “adottare norme più rigorose di quelle che sono oggetto dell’intervento comunitario”¹⁰⁹⁶.

Anche in questo caso le indicazioni della Corte non si prestano a valutazioni minimizzanti. Tenuto conto che la nozione di prescrizioni minime è stata ripresa, negli stessi termini, dal nuovo art. 137 del Trattato¹⁰⁹⁷, si può concludere che la misura dell’intervento regolativo comunitario, quale che sia l’oggetto interessato, non potrà risultarne condizionata. La Corte, in definitiva, si è guardata bene dall’accreditare l’esistenza nel sistema del Trattato di impedimenti significativi allo sviluppo della dimensione sociale dell’Unione: evitando di sostenere una lettura del principio di sussidiarietà atta a conferire carattere residuale all’intervento comunitario nell’area in questione; interpretando la nozione di “prescrizioni minime” in maniera tale da non pregiudicare la qualità di quell’intervento¹⁰⁹⁸. Con l’assestamento di snodi problematici tanto cruciali, quanto suscettibili di creare “confusione e disordine”¹⁰⁹⁹ nei rapporti fra Comunità e Stati membri, si è così sgombrato il campo da pretesi ostacoli normativi, restituendo ogni scelta in proposito alla dimensione più appropriata: quella della discrezionalità politica.

3.1. Diritto comunitario (del lavoro) e diritti nazionali: il c.d. principio di ‘non regresso’

Se la discrezionalità del legislatore comunitario, alla luce della giurisprudenza della Corte, può dispiegarsi con ampiezza, resta da verificare se lo stesso possa dirsi dei legislatori nazionali allorché sono chiamati a confrontarsi con l’obbligo di trasposizione nell’ordinamento interno (oggi) di una direttiva o (domani) della futura legge quadro europea. È vero infatti che le direttive comportano, in linea di massima, un’obbligazione di risultato per gli Stati membri, da adempiersi “salva restando la competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi” (art. 249 TCE; I-33 del Trattato costituzionale); va tuttavia tenuto conto che le normative nazionali di trasposizione devono misurarsi, nell’area del diritto del lavoro, con le implicazioni del c.d. principio di ‘non regresso’.

¹⁰⁹⁶ Entrambe le citazioni da Corte di giustizia 12 novembre 1996, *Regno Unito v. Consiglio*, cit. in nota 62 (punti 16 e 17 della motivazione; la medesima idea è ribadita, in termini non meno netti, nel successivo punto 56). L’interpretazione della nozione di “prescrizioni minime” è abbastanza strettamente intrecciata con la questione del rispetto del principio di proporzionalità da parte delle autorità comunitarie: non a caso nella stessa sentenza la Corte ha significativamente puntualizzato che, a fronte di scelte di politica sociale, si deve riconoscere che “il Consiglio dispone di un ampio potere discrezionale” (punto 58 della motivazione) anche con riguardo all’osservanza di tale principio (oggi ritrascritto nell’art. I-11 § 4 del Trattato costituzionale).

¹⁰⁹⁷ Rimasto immutato sul punto nella riformulazione di Nizza, come pure in quella oggi risultante dall’art. III-210 § 2 lett. b) del Trattato costituzionale.

¹⁰⁹⁸ Per una conferma dell’interpretazione della nozione di “prescrizioni minime” si v. Corte di giustizia 17 dicembre 1998, *Borsana*, cit. in nota 8 (punto 35 della motivazione). Nella giurisprudenza comunitaria sui rapporti tra diritto comunitario e diritto nazionale del lavoro, per una recente riaffermazione specifica del principio di salvaguardia della norma più favorevole, v. Corte di giustizia 15 maggio 2003, *Karen Mau*, cit. in nota 30 (punto 32 della motivazione).

¹⁰⁹⁹ G. Lyon-Caen, *Subsidiarity*, cit., p. 61.

Inserite nel corpo delle direttive a partire dai primi anni '90, con formule più o meno stringenti¹¹⁰⁰, le clausole di non regresso pongono comunque un problema comune: trattandosi di accertare, fondamentalmente, se esse possano essere intese come una mera indicazione politica, oppure se se ne possa fare discendere un vincolo giuridico vero e proprio. Il dibattito in proposito, in realtà, non si esaurisce nell'alternativa secca appena richiamata, essendo state formulate anche opinioni più sfumate. Da noi esso è stato originato soprattutto dai contenuti delle normative di trasposizione della direttiva in materia di contratti a termine e di quella sull'orario di lavoro¹¹⁰¹; ma la discussione ferve anche altrove¹¹⁰².

La Corte di giustizia non si è mai cimentata sinora con l'interpretazione del principio di non regresso, ma dovrà farlo a breve, nel caso *Mangold v. Helm*, su sollecitazione di un giudice tedesco, che le ha chiesto di interpretare la clausola all'uopo inserita nell'accordo quadro allegato alla direttiva 1999/70/CE sul lavoro a tempo determinato¹¹⁰³. Nella dottrina d'oltralpe si è sostenuto che la clausola di non regresso "ha tanto valore normativo quanto il resto della direttiva", facendosene coerentemente derivare la conseguenza che "il legislatore vede i propri poteri limitati da un nuovo principio che gli impedisce di utilizzare il diritto sociale comunitario come uno strumento d'abbassamento del livello di protezione nazionale dei lavoratori"¹¹⁰⁴. Seppure questa opinione possa apparire troppo categorica, sembra ragionevole supporre almeno che la Corte sarà portata a distinguere fra i contenuti, non uniformi, delle clausole di non regresso inserite nelle diverse direttive, proponendone in ogni caso un'interpretazione di tipo funzionale: riconoscendone, in altre parole, l'obiettivo minimo comune di impedire arretramenti rispetto ai livelli nazionali di tutela previgenti all'adozione della direttiva con riguardo alle finalità della normativa comunitaria di volta in volta rilevante¹¹⁰⁵.

¹¹⁰⁰ Basti porre a raffronto la clausola di cui all'art. 18.3 della direttiva n. 93/104 sull'orario di lavoro, riprodotta inalterata nell'art. 23 della direttiva di codificazione 2003/88/CE, del 4 novembre 2003 ("Fatto salvo il diritto degli Stati membri di fissare, alla luce dell'evoluzione della situazione, disposizioni legislative, regolamentari, amministrative e convenzionali diverse nel campo dell'orario di lavoro, a condizione che i requisiti minimi previsti dalla presente direttiva siano rispettati, *l'attuazione di quest'ultima non costituisce una giustificazione per il regresso del livello generale di protezione dei lavoratori*"), con la clausola 8.3 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, allegato alla direttiva 1999/70/CE ("L'applicazione del presente accordo *non costituisce un motivo valido per ridurre il livello generale di tutela offerto ai lavoratori* nell'ambito coperto dall'accordo stesso"), o ancora con quella contenuta nell'art. 8.2 della direttiva 2000/78/CE ("L'attuazione della presente direttiva *non può in alcun caso costituire motivo di riduzione del livello di protezione contro la discriminazione* già predisposto dagli Stati membri nei settori di applicazione della presente direttiva").

¹¹⁰¹ Per riferimenti si v., per tutti, A. Bellavista, *La direttiva sul lavoro a tempo determinato*, in Aa. Vv., *Il lavoro a termine in Italia e in Europa*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 28 ss. e, rispettivamente, P. Pelissero, *Allargamento europeo e regole comunitarie in materia di orario di lavoro: tenuta delle tutele o race to the bottom?*, di prossima pubblicazione in *LD*. Sulle clausole di non regresso in generale si v. M. Delfino, *Il principio di non regresso nelle direttive in materia di politica sociale*, in *DLRI*, 2002, p. 487 ss.; L. Garofalo, *Le clausole di "non regresso" nelle direttive comunitarie in materia di politica sociale*, in *RGL*, 2004, I, p. 39 ss.

¹¹⁰² V., per riferimenti, N. Moizard, *Droit communautaire. Son usage régressif dans la réforme de la charge de la preuve d'un harcèlement*, in *SsL*, 2003, n° 1113, p. 6 ss.

¹¹⁰³ Causa C-144/04, in *GUUE*, C 146/1, del 29 maggio 2004. Per riferimenti alla legislazione tedesca v. M. Corti, *L'esperienza tedesca: la persistente centralità del lavoro a tempo indeterminato*, in Aa. Vv., *Il lavoro a termine in Italia e in Europa*, cit., p. 190, sp. p. 242 s. (con riguardo al profilo di disciplina all'origine della questione pregiudiziale sollevata innanzi alla Corte di giustizia).

¹¹⁰⁴ N. Moizard, *op. cit.*, pp. 8, 9. Il giudizio è riferito alla clausola di non regresso contenuta nell'art. 6.2 della direttiva 2000/43/CE (sulla parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica), clausola di tenore assolutamente identico a quello della direttiva 2000/78.

¹¹⁰⁵ Per uno sviluppo applicativo del criterio con riferimento alla normativa italiana di trasposizione della direttiva sull'orario di lavoro v. M. Roccella, *Una politica del lavoro a doppio fondo: rapporti di lavoro e relazioni sindacali nella XIV legislatura*, in *LD*, 2004, p. 54.

Si può anche immaginare, in definitiva, che la Corte non vorrà interpretare il principio di 'non regresso' come vincolo di immodificabilità assoluta (*in pejus*) delle normative nazionali preesistenti; senza per questo spingersi a negare qualsiasi rilievo giuridico al principio in parola. Si comprende agevolmente, in ogni caso, l'importanza della pronuncia che si attende in relazione al caso *Mangold*. Sin d'ora, peraltro, si può rilevare che l'eventuale considerazione del principio di 'non regresso' come criterio di valore meramente politico non potrebbe essere considerata simmetrica all'interpretazione a suo tempo offerta dalla Corte del principio di sussidiarietà (v. *supra*): in questo caso, invero, un'interpretazione del genere risulterebbe ben poco funzionale alla promozione (dell'effettività) del diritto comunitario. Né ne guadagnerebbe la dimensione sociale dell'Unione: al contrario, si rischierebbe di lasciare campo aperto alle politiche di deregolazione competitiva e di ridare fiato ai fautori di un'Europa sociale 'minima'¹¹⁰⁶.

4. Vincoli di carattere generale alle normative e alle prassi nazionali derivanti dal diritto comunitario: a) la questione della cittadinanza europea

È indubbio che l'attività interpretativa della Corte di giustizia comporti vincoli penetranti per tutti i soggetti (legislatore, giudici, pubblica amministrazione) investiti negli ordinamenti nazionali del compito di dare applicazione al diritto comunitario: tenuti ciascuno a tenere conto delle indicazioni di Lussemburgo nella rispettiva area di competenze. L'affermazione che "nell'ambito del diritto comunitario a tutti i livelli...è rinvenibile una larga parte di diritto a formazione giurisprudenziale"¹¹⁰⁷, in effetti, può considerarsi scontata, ma comunque assolutamente vera.

L'influenza della Corte, naturalmente, è destinata a dispiegarsi in qualsiasi area del diritto comunitario, ivi compresa, ovviamente, l'ormai copiosa produzione normativa della Comunità in materia di lavoro. Nel contesto di una disamina di carattere generale sui rapporti fra diritto comunitario ed ordinamenti nazionali vale comunque la pena di soffermarsi su un paio di problematiche di fondo, che trovano sempre più spazio nella giurisprudenza della Corte.

Un vincolo di rilievo crescente alle normative e/o alle prassi nazionali è oggi riconoscibile nelle disposizioni del Trattato sulla cittadinanza europea¹¹⁰⁸, in virtù dell'interpretazione sempre più stringente offertane dai giudici di Lussemburgo. L'affermazione che "lo status di cittadino dell'Unione è destinato ad essere lo status fondamentale dei cittadini degli Stati membri"¹¹⁰⁹,

¹¹⁰⁶ Un profilo particolare della problematica delle clausole di 'non regresso' attiene alla definizione del loro campo di applicazione temporale: potendosi sostenere che la loro efficacia giuridica sia destinata ad esaurirsi al momento della trasposizione della direttiva nell'ordinamento interno, oppure, secondo l'opinione più convincente, che essa perduri nel tempo con riguardo a qualsiasi disposizione nazionale adottata nella materia disciplinata dalla direttiva (v. ancora N. Moizard, *op.loc.cit.*). Si tratta di questione che potrebbe venire in rilievo anche da noi: accogliendosi la seconda delle alternative indicate, infatti, la più recente normativa italiana in materia di ferie (v. *supra*, in nota 33) potrebbe essere contestata anche per violazione della clausola di 'non regresso' inserita nella pertinente direttiva comunitaria.

¹¹⁰⁷ R. Calvano, *La Corte di giustizia e la costituzione europea*, cit., p. 101.

¹¹⁰⁸ Artt. 17 e 18 TCE, destinati a confluire nell'art. I-10 del Trattato costituzionale.

¹¹⁰⁹ Corte di giustizia 20 settembre 2001, causa C-184/99, *Grzelczyk v. Centre public d'aide sociale*, in *Racc.*, 2001, p. 6193 (punto 31 della motivazione).

ormai consolidata nella giurisprudenza della Corte¹¹¹⁰, non è rimasta una mera enunciazione priva di ricadute pratiche. Le disposizioni in materia del Trattato, innanzi tutto, sono state valorizzate in relazione a situazioni che si presentavano con i tratti tipici della discriminazione alla rovescia: vicende, in altre parole, in cui un determinato trattamento discriminatorio colpisce il cittadino di uno Stato membro in dipendenza del modo di operare di una normativa propria del sistema giuridico di tale Stato. In passato la Corte di giustizia aveva sostenuto che alla cittadinanza dell'Unione (di cui all'art. 17 del Trattato) non è possibile attribuire "lo scopo di ampliare la sfera di applicazione *ratione materiae* del Trattato anche a situazioni nazionali che non abbiano alcun collegamento con il diritto comunitario"¹¹¹¹. Più recentemente, pur senza contraddire davvero il precedente, la Corte si è mostrata pronta a cogliere il minimo appiglio per individuare un fattore di collegamento con il diritto comunitario ed escludere che una determinata situazione potesse essere considerata puramente interna ad uno Stato membro. Una normativa belga relativa alla concessione di un'indennità di disoccupazione giovanile, che introduceva "una differenza di trattamento tra i cittadini belgi che hanno compiuto interamente gli studi secondari in Belgio e quelli che, avendo fatto uso della libertà di circolazione, hanno ottenuto il diploma di maturità in un altro Stato membro", è stata così ritenuta incompatibile con il diritto comunitario. Sebbene la pretesa all'origine della controversia sia fatta valere dall'interessato nei confronti dello Stato di cui ha la cittadinanza, infatti, normative del genere svantaggiano "determinati cittadini nazionali per il solo fatto che essi hanno esercitato la loro libertà di circolazione al fine di seguire un insegnamento in un altro Stato membro" e producono "una disparità di trattamento...*contraria ai principi che sono alla base dello status di cittadino dell'Unione*, cioè la garanzia di un medesimo trattamento giuridico nell'esercizio della propria libertà di circolazione" (c.m.)¹¹¹².

Quanto alla libertà di circolazione e di soggiorno, che costituisce il primo corollario dello status di cittadino europeo, un passo decisivo è stato compiuto dalla Corte riconoscendo efficacia diretta alla disposizione del Trattato (l'art. 18.1 TCE) che tale libertà attribuisce. La circostanza che il diritto (di circolazione e) di soggiorno risulti assoggettato ai limiti e condizioni previsti dal Trattato e dal diritto derivato non è apparsa sufficiente alla Corte per negare che l'art. 18.1 del Trattato attribuisca "ai singoli diritti soggettivi che essi possono far valere in giudizio e che i giudici nazionali devono tutelare", dal momento che l'applicazione di tali limiti e condizioni deve pur sempre

¹¹¹⁰ V., ad es., Corte di giustizia 11 luglio 2002, causa C-224/98, *D'Hoop v. Office national de l'emploi*, in *Racc.*, 2002, p. 6191 (punto 28 della motivazione); da ultimo Corte di giustizia 29 aprile 2004, causa C-224/02, *Heikki Antero Pusa*, non ancora pubblicata in *Racc.* (punto 16 della motivazione).

¹¹¹¹ Corte di giustizia 5 giugno 1997, cause riunite C-64/96 e C-65/96, *Uecker e Jacquet*, in *Racc.*, 1997, p. 3171 (punto 23 della motivazione).

¹¹¹² Tutte le citazioni da Corte di giustizia 11 luglio 2002, *D'Hoop*, cit. (punti 33-34-35 della motivazione). A seguito di una precedente sentenza della Corte la normativa belga aveva già subito una modifica per includere nel proprio campo d'applicazione i figli dei lavoratori migranti: donde il profilo di discriminazione alla rovescia emergente nel caso *D'Hoop*. La logica alla base della sentenza *D'Hoop*, pur non potendo considerarsi una novità assoluta nella giurisprudenza della Corte (v. infatti nel punto 31 della motivazione il riferimento a Corte di giustizia 7 luglio 1992, causa C-370/90, *Surinder Singh*, in *Racc.*, 1992, p. 4265 in materia di libera circolazione dei lavoratori), rappresenta comunque uno sforzo evidente di trarre implicazioni concrete dalle disposizioni del Trattato sulla cittadinanza europea. Si v. infatti il più recente caso *Antero Pusa*, cit. in nota 82, di per sé analogo a *D'Hoop*, ma comunque significativo per la precisazione che le disposizioni sulla cittadinanza europea rappresentano un limite alla discrezionalità dei legislatori nazionali anche in settori, come quello dell'esecuzione forzata, di per sé rientranti nella competenza degli Stati membri (punto 22 della motivazione).

ritenersi soggetta a sindacato giurisdizionale e “dev’essere operata ...in conformità ai principi generali del diritto comunitario, in particolare del principio di proporzionalità”¹¹¹³.

Da ultimo la Corte si è avvalsa delle disposizioni sulla cittadinanza europea per modificare la propria giurisprudenza in ordine alla portata del principio di parità di trattamento di cui godono i lavoratori migranti con riguardo all’accesso all’occupazione. In passato si era negato che il principio di parità fissato dall’art. 39 (già art. 48) TCE riguardasse anche prestazioni di carattere economico. Adesso la Corte è giunta alla conclusione che, “tenuto conto dell’istituzione della cittadinanza dell’Unione e dell’interpretazione giurisprudenziale del diritto alla parità di trattamento di cui godono i cittadini dell’Unione, non si può più escludere dall’ambito di applicazione dell’art. 48, n. 2, del Trattato...una prestazione di natura finanziaria destinata a facilitare l’accesso all’occupazione sul mercato del lavoro di uno Stato membro”¹¹¹⁴.

4.1 b) La tutela dei diritti fondamentali: in particolare il caso K.B.

Nel rapporto fra diritto comunitario e diritti nazionali un rilievo sempre più significativo appare destinata a rivestire la questione dei diritti fondamentali. Il rispetto di tali diritti, com’è noto, costituisce in primo luogo un criterio di giudizio ai fini del sindacato giurisdizionale sulla validità degli atti adottati dalle istituzioni della Comunità. Non v’è dubbio, d’altra parte, che esso s’imponga anche come un limite alla discrezionalità dei legislatori nazionali almeno in relazione alle aree d’intervento coperte da regole di diritto comunitario.

La giurisprudenza in materia della Corte di giustizia, pur risalente nel tempo, sembra dare spazio in maniera sempre più diffusa alla tematica dei diritti fondamentali, con richiami, impliciti o espliciti, particolarmente densi di implicazioni anche (o forse soprattutto) su questioni di diritto del lavoro. Si è esattamente rilevato che al fondo del caso *Kreil* (v. *supra*) si poteva scorgere una pesante censura da parte della Corte nei confronti della costituzione tedesca, accusata di non tutelare “adeguatamente i diritti fondamentali”¹¹¹⁵, nella specie quello all’eguaglianza fra lavoratori e lavoratrici. Più recentemente, ancora una questione di disparità di trattamento (in ordine all’applicazione ricevuta in Spagna dalla direttiva n. 80/987/CEE sulla tutela dei lavoratori subordinati nelle situazioni d’insolvenza del datore di lavoro) ha dato alla Corte l’occasione di ricordare che “nel novero dei diritti fondamentali figura in particolare il principio generale di uguaglianza e di non discriminazione”: aggiungendo non solo che “secondo una costante giurisprudenza i diritti fondamentali fanno parte integrante dei principi generali del diritto dei quali la Corte garantisce l’osservanza”, ma anche che “gli obblighi inerenti alla tutela dei diritti fondamentali nell’ordinamento giuridico comunitario vincolano parimenti gli Stati membri quando essi danno esecuzione

¹¹¹³ Entrambe le citazioni da Corte di giustizia 17 settembre 2002, causa C-413/99, *Baumbast*, in *Racc.*, 2002, p. 7091 (punti 86 e 91 della motivazione). Anche in questo caso dall’affermazione di principio la Corte ha tratto conseguenze di rilievo pratico: il diniego dell’esercizio del diritto di soggiorno riconosciuto dall’art. 18.1 TCE in applicazione dei limiti previsti dalla direttiva 90/364, in particolare in ragione del fatto che l’interessato disponga di un’assicurazione contro le malattie che non copre le cure di pronto soccorso prestate nello Stato membro ospitante, “costituirebbe un’ingerenza sproporzionata nell’esercizio di tale diritto” (punto 93 della motivazione). Sull’efficacia diretta dell’art. 18.1 TCE v., da ultimo, Corte di giustizia 7 settembre 2004, causa C-456/02, *Trojani v. CPAS*, non ancora pubblicata in *Racc.* (punto 31 della motivazione).

¹¹¹⁴ Corte di giustizia 23 marzo 2004, causa C-138/02, *Collins v. Secretary of State for Work and Pensions*, non ancora pubblicata in *Racc.* (punto 63 della motivazione).

¹¹¹⁵ R. Calvano, *La Corte di giustizia e la costituzione europea*, cit., p. 265.

alle discipline comunitarie¹¹¹⁶ e traendo coerenti implicazioni sanzionatorie dal rilevato contrasto fra il diritto interno e il diritto fondamentale all'uguaglianza¹¹¹⁷.

Nell'ultima giurisprudenza della Corte, sotto altro aspetto, l'esigenza del rispetto dei diritti fondamentali appare diffusamente sottolineata in materia di libera circolazione dei lavoratori. In particolare si è fatto riferimento all'art. 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo (CEDU) per interpretare in maniera estensiva i diritti originati dal regolamento 1612/68: ad esempio per negare che "il diritto comunitario non riconoscerebbe al coniuge cittadino di un paese terzo un diritto di soggiorno derivante dal diritto all'educazione dei propri figli", sostenendo invece che l'esigenza del rispetto della vita familiare, di cui all'art. 8 della CEDU, impone che, "qualora i figli godano del diritto di soggiorno nello Stato membro ospitante al fine di ivi seguire corsi di insegnamento generale conformemente all'art. 12 del regolamento n. 1612/68, tale disposizione dev'essere interpretata nel senso che consente al genitore effettivamente affidatario di tali figli, indipendentemente dalla sua nazionalità, di soggiornare con i medesimi in modo da agevolare l'esercizio di tale diritto"¹¹¹⁸.

È ancora una recentissima vicenda legata all'applicazione del principio di non discriminazione (per ragioni di sesso), ad ogni modo, a testimoniare in maniera esemplare la crescente rilevanza dei diritti fondamentali nel rapporto fra diritto comunitario e diritti nazionali. Nel caso *K.B.* la Corte è tornata ad occuparsi di una discriminazione nei confronti di un transessuale significativamente diversa da quella che, nel notissimo caso *P.*, le aveva permesso di affermare che il licenziamento di un transessuale per motivi connessi al suo mutamento di sesso va considerato alla stessa stregua di una discriminazione di sesso¹¹¹⁹. La signora *K.B.* infatti avrebbe voluto che, alla sua morte, il proprio convivente transessuale beneficiasse di una pensione di reversibilità, ma questa possibilità risultava negata nell'ordinamento britannico che, da una parte, riservava il diritto in questione al coniuge superstite, dall'altra non consentiva ai transessuali di modificare il proprio atto di nascita a seguito dell'operazione di cambiamento di sesso e, conseguentemente, di contrarre matrimonio. Nel caso *K.B.*, dunque, la discriminazione, a ben vedere, non riguardava

¹¹¹⁶ Tutte le citazioni da Corte di giustizia 12 dicembre 2002, causa C-442/00, *Caballero v. Fondo de Garantía Salarial*, in *Racc.*, 2002, p. 11915 (punti 32 e 30 della motivazione).

¹¹¹⁷ Utilizzando criteri elaborati con riferimento alle discriminazioni retributive fra lavoratori e lavoratrici, la Corte ha ricordato che "quando venga accertata una discriminazione, incompatibile col diritto comunitario, e finché non siano adottate misure volte a ripristinare la parità di trattamento, l'osservanza del principio di uguaglianza può essere garantita solo mediante la concessione alle persone appartenenti alla categoria sfavorita degli stessi vantaggi di cui beneficiano le persone della categoria privilegiata". In ipotesi del genere, dunque, spetta al "giudice nazionale...disapplicare qualsiasi disposizione nazionale discriminatoria" (punti 42 e 43 della motivazione).

¹¹¹⁸ E ciò "indipendentemente dal fatto che il matrimonio tra i genitori sia stato *medio tempore* sciolto o che il genitore cittadino dell'Unione europea non sia più lavoratore migrante nello Stato membro ospitante": Corte di giustizia 17 settembre 2002, *Baumbast*, cit. (in particolare punti 66,72,73 della motivazione). Sull'impiego dell'art. 8 della CEDU v. altresì Corte di giustizia 23 settembre 2003, causa C-109/01, *Secretary of State for the Home Department v. Akrich*, non ancora pubblicata in *Racc.*; cfr. anche Corte di giustizia 25 luglio 2002, causa C-459/99, *MRAX v. Stato belga*, in *Racc.*, 2002, p. 6591e per un precedente nella giurisprudenza meno recente Corte di giustizia 18 maggio 1989, causa 249/86, *Commissione v. Repubblica Federale di Germania*, in *Racc.*, 1989, p. 1263; da ultimo Corte di giustizia 29 aprile 2004, cause riunite C-482/01 e C-493/01, *Orfanopoulos e Oliveri*, non ancora pubblicata in *Racc.* (punto 98 della motivazione). L'art. 8.1 della CEDU è stato quasi testualmente ripreso dall'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (ora dall'art. II-67 del Trattato costituzionale): in proposito v. T. Groppi, *Rispetto della vita privata e familiare*, in *Aa. Vv., L'Europa dei diritti*, il Mulino, Bologna, 2001, p. 76 ss.

¹¹¹⁹ Corte di giustizia 30 aprile 1996, causa C-13/94, *P. v. S. e Cornwall County Council*, in *Racc.*, 1996, p. 2143.

“direttamente il godimento di un diritto tutelato dal Trattato, bensì uno dei suoi presupposti”; la disparità di trattamento, in altre parole, incideva “non sul riconoscimento di una pensione di reversibilità per vedovi, ma soltanto su quello di una condizione previa necessaria: la capacità di contrarre matrimonio”¹¹²⁰. Si aggiunga che la Commissione aveva negato la rilevanza nella controversia del diritto comunitario dal momento che “la definizione della nozione di matrimonio è questione di diritto di famiglia, che rientrerebbe nella competenza degli Stati membri”¹¹²¹.

Con un ragionamento ancorato all’esigenza di tutela dei diritti umani in maniera ancora più accentuata di quanto non avesse fatto nel caso *P*, la Corte si è però sbarazzata di qualsiasi obiezione, rilevando che già la Corte europea dei diritti dell’uomo aveva ritenuto che la legislazione britannica fosse in contrasto con il diritto fondamentale di contrarre matrimonio sancito dall’art. 12 della CEDU, e che tanto doveva ritenersi sufficiente per giudicare incompatibile con il diritto comunitario (nella specie con l’art. 141 TCE) una normativa nazionale, ancorché incidente negativamente soltanto in via riflessa sul godimento di un diritto riconosciuto dal Trattato¹¹²².

Nella sentenza *K.B.* la Corte ha certamente dato una risposta positiva alla sollecitazione dell’avvocato generale, che l’aveva invitata ad operare affinché “il diritto comunitario non sia soltanto una meccanica disciplina dell’economia, ma costituisca invece un ordinamento a misura della società che deve reggere”¹¹²³. Più in generale, pur a prezzo forse di qualche salto logico nell’argomentazione, la Corte di giustizia ha dimostrato di voler prendere sul serio i diritti fondamentali ed il proprio compito di assicurarne il rispetto nell’ordinamento comunitario.

Dall’inserimento nella parte II del Trattato costituzionale della Carta dei diritti fondamentali adottata a Nizza nel 2000, nonché dall’esplicita adesione dell’Unione alla CEDU (v. l’art. 1-9 § 2), la giurisprudenza della Corte in materia di diritti fondamentali, ivi compresi ovviamente quelli sociali, sembra destinata a trarre nuova linfa. Non v’è in questo nulla di particolarmente nuovo? E’ troppo poco? Può darsi. Certo è che, in un momento in cui il diritto del lavoro è messo in questione da più parti, si tratta almeno di un solido ancoraggio, da cui è lecito attendersi che la Corte di giustizia saprà spremere tutto il succo (giuridico) possibile.

5. Legenda

CDE	= Cahiers de droit européen
DLRI	= Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali
DO	= Droit ouvrier
DRI	= Diritto delle relazioni industriali
DUE	= Il Diritto dell’Unione Europea

¹¹²⁰ Così nel punto 74 delle conclusioni dell’avv.gen. Ruiz-Jarabo Colomer, non ancora pubblicate in *Racc.*

¹¹²¹ Corte di giustizia 7 gennaio 2004, causa C-117/01, *K.B. v. National Health Service Pensions Agency*, non ancora pubblicata in *Racc.* (punto 24 della motivazione).

¹¹²² Si v. in particolare i punti 33 e 34 della sentenza *K.B.* Il rilievo riconosciuto dalla Corte alla tutela dei diritti dell’uomo traspare anche dall’esplicito riferimento alla CEDU nel dispositivo di *K.B.*: “L’art. 141 CE osta, in linea di principio, ad una legislazione che, in violazione della CEDU...impedisca ad una coppia, quale *K.B.* e *R.*, di soddisfare la condizione del matrimonio, necessaria affinché uno di essi possa godere di un elemento della retribuzione dell’altro”.

¹¹²³ Punto 80 delle conclusioni, cit.

ELR	= European Law Review
GUUE	= Gazzetta ufficiale dell'Unione europea
ILJ	= Industrial Law Journal
LD	= Lavoro e diritto
MJECL	= Maastricht Journal of European and Comparative Law
QL	= Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali
Racc	= Raccolta della giurisprudenza della Corte di giustizia
RGL	= Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale
RIDL	= Rivista italiana di diritto del lavoro
RL	= Relaciones laborales
RDE	= Rivista di diritto europeo
RTDE	= Revue trimestrielle de droit européen
SsL	= Semaine sociale Lamy
YEL	= Yearbook of European Law