

La Corte costituzionale e il decreto n. 23/2015: *one step forward two step back*^α

Giorgio Fontana
Università Mediterranea di Reggio Calabria

SOMMARIO: 1. Le due anomalie della sentenza n. 194. 2. Un paradosso e una teoria poco affidabile: la deregulation come viatico dell'occupabilità. 3. Il giudizio di ragionevolezza del d. lgs. n. 23/2015 e "i conti che non tornano". 4. Il "fluire del tempo" (ovvero come eludere il problema). 5. I precedenti della Corte costituzionale (che la Corte ha ignorato). 6. Si poteva osare di più? 7. La Carta Sociale Europea e il giudizio di costituzionalità. 8. Conclusioni.

1. Le due anomalie della sentenza n. 194.

Leggendo la sentenza della Corte Costituzionale n. 194 sorgono sentimenti contrastanti, perché se è certamente apprezzabile – almeno per chi scrive - che il sistema rimediante del contratto a tutele crescenti sia stato ricondotto a criteri accettabili dal punto di vista della proporzionalità della sanzione economica, il modo in cui è stata risolta la questione principale posta dal Tribunale di Roma nell'ordinanza del 26 luglio 2017,¹ vale a dire la differenza di trattamento fra vecchi e nuovi assunti, appare invece – ma sempre in base ad una precomprensione soggettiva – non molto convincente e troppo sbrigativo.² E ciò è tanto più vero considerando che nella fattispecie non era in questione una "qualsiasi incoerenza, disarmonia o contraddittorietà" della norma ma un'abissale differenza di trattamento, vista la natura modesta e non compensativa dell'indennità "crescente" prevista dal d. lgs. n. 23/2015: situazione così peculiare, mai realizzata in precedenza, da richiedere forse maggiore riflessione e approfondimento.³

Gli argomenti, fra di loro interrelati, utilizzati dalla Corte per respingere la censura di incostituzionalità della disparità di trattamento sono da un lato quello sul "fluire del tempo" e dall'altro l'affermazione della legittimità dei fini perseguiti dal legislatore. La Corte muove dal presupposto secondo cui il mutamento di disciplina è, logicamente, nella discrezionalità del legislatore e così pure la discriminante temporale, nella fattispecie collegata alla stipula del contratto di lavoro,⁴ mentre la "predeterminazione e alleggerimento delle conseguenze del licenziamento illegittimo" per i nuovi assunti sarebbe a sua volta giustificata dallo «scopo»,

^α Questo contributo è destinato agli Studi in onore di Roberto Pessi.

1 Si veda a tal riguardo V. Speciale, *La questione di legittimità costituzionale del contratto a tutele crescenti*, in Riv. Giur. Lav., 2017, II, p. 333 ss.

2 Per un primo commento si vedano S. Giubboni, *Il licenziamento del lavoratore con contratto <<a tutele crescenti>> dopo l'intervento della Corte costituzionale*, in CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 2018, 379; A. Perulli, *Il valore del lavoro e la disciplina del licenziamento illegittimo*, in Libro dell'anno del diritto 2018, Treccani ed.; M.T. Carinci, *La Corte costituzionale n. 194/2018 ridisegna le tutele economiche per il licenziamento ingiustificato nel "Jobs Act"*, e oltre, CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 2018, 378.

3 Per i limiti del giudizio di ragionevolezza si veda la sentenza n. 89/1996 della Corte costituzionale, da cui sono tratti i passaggi virgolettati nel testo.

4 Secondo la Corte "il fluire del tempo può costituire un valido elemento di diversificazione delle situazioni giuridiche ([ordinanze n. 25 del 2012](#), [n. 224 del 2011](#), [n. 61 del 2010](#), [n. 170 del 2009](#), [n. 212](#) e [n. 77 del 2008](#))» ([sentenza n. 254 del 2014](#), punto 3. del Considerato in diritto) e delimitare la sfera temporale di applicazione delle norme" appartiene alla discrezionalità del legislatore".

dichiaratamente perseguito, «di rafforzare le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro da parte di coloro che sono in cerca di occupazione» (alinea dell'art. 1, comma 7, della legge n. 183 del 2014)".⁵

Prima di effettuare una valutazione critica di questi enunciati della Corte costituzionale, balzano agli occhi due evidenti "anomalie" su cui è opportuno soffermarsi.

La prima è la mancanza di qualsiasi riferimento alla pur poderosa giurisprudenza della Corte costituzionale in materia, avendo la Corte ripetutamente affrontato, nel corso del tempo, il nodo della legittimità costituzionale di disposizioni legislative che hanno introdotto nell'ordinamento differenze di trattamento quanto al regime dei licenziamenti. Si può anzi dire che la giurisprudenza della Corte costituzionale in materia (formatasi prima sulla l. n. 604/1966 e poi sugli art. 18 e 35 della l. n. 300/1970) è in larga parte costituita proprio da pronunce che affrontano il problema critico delle distinzioni di disciplina applicabile.⁶ E' dunque sorprendente che la Corte, in quest'ultima sentenza, non abbia voluto considerare il caso esaminato attraverso il prisma dei suoi stessi precedenti, mentre invece è prassi della Corte dare continuità alla propria giurisprudenza, argomentare nel solco dei principi già enunciati e consolidati.

Il secondo punto altrettanto sorprendente della sentenza n. 194 è il netto contrasto fra il principio affermato nell'importante, precedente sentenza n. 70 del 2015, relativamente alla giustificazione degli interventi legislativi che comportano "sacrifici" o modifiche *in pejus* dei trattamenti per alcune categorie di lavoratori, e le brevi battute dedicate a questo problema nella sentenza in questione. In questo suo precedente la Corte chiarì invece in modo molto netto che non è sufficiente per il legislatore limitarsi a richiamare genericamente le esigenze che giustificano l'intervento recessivo sui diritti sociali (nella fattispecie "la contingente situazione finanziaria"), "senza che emerga dal disegno complessivo la necessaria prevalenza delle esigenze [medesime] sui diritti oggetto del bilanciamento, nei cui confronti si effettuano interventi così fortemente incisivi" (v. punto 10 della sentenza n. 70/2015, in cui si censurò pure la mancata allegazione di schede tecniche).⁷ Tuttavia nella sentenza sui licenziamenti questo apprezzabile rigore valutativo della Corte sembra essersi perso. Eppure la teoria "regolatoria", come la definì Bob Hepple, ossia la dottrina che giustifica (ed esige) interventi recessivi sui diritti sociali e particolarmente sui diritti dei lavoratori come contropartita per la competitività economica e per la ripresa delle dinamiche occupazionali, è contestata da molti "addetti ai lavori".⁸ Essa, in altri termini, non possiede l'auto-evidenza che la Corte le riconosce, implicitamente.

Un'altra notazione attiene alla difficoltà di "leggere" il dibattito interno alla Consulta. E' questo uno dei casi in cui il rifiuto di attuare un sistema trasparente che consenta ai giudici di rappresentare la propria *dissenting opinion*, non rende conoscibili le diverse posizioni in campo e la qualità delle rispettive argomentazioni, con un danno enorme alla possibilità di un dibattito

5 Così il punto 6) della sentenza n. 194.

6 Per un'analisi della giurisprudenza pregressa della Corte costituzionale in materia di licenziamento, con particolare riferimento alle differenze di trattamento, si veda G. Fontana, *La riforma del lavoro, i licenziamenti e la Costituzione. Riflessioni critiche*, in *Costituzionalismo.it*, 2016, 2.

7 È del resto insito nel giudizio di ragionevolezza il controllo sull'effettività della norma, sui dati esterni e di natura statistica o economica, in grado di dimostrare il fondamento della norma sotto il profilo della idoneità e della congruenza della norma. V. A. Perulli, *Il valore del lavoro e la disciplina del licenziamento illegittimo*, op. cit. p. 344.

8 B. Hepple, *Quattro modalità di approccio alla modernizzazione dei diritti individuali in materia di lavoro*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2003, 4, p. 627 ss. L'elenco di chi ha messo in discussione l'approccio neoliberista al diritto e alla regolazione è lunghissimo, ma forse la lettura delle considerazioni (auto)critiche di Richard Posner, uno degli esponenti più illustri della Law School di Chicago, potrebbe essere molto utile per chi ancora desidera continuare su questa strada. Si veda di questo studioso, *La crisi della democrazia capitalista*, Milano, Università Bocconi editore, 2010, e *Un fallimento del capitalismo*, Codice edizioni, Torino, 2011. Posner, un conservatore nominato giudice della Corte Suprema da Ronald Reagan, dopo la crisi del 2007-2008 ha imboccato una strada completamente diversa da quella neo-liberista, riattualizzando gli insegnamenti di Keynes e combattendo le politiche di *deregulation*. Sul rapporto fra esigenze economiche e diritti si veda fra gli altri R. Pessi, *Economia e Diritto del Lavoro*, in *Arg. Dir. Lav.* 2006, 3.

pubblico pienamente "informato".⁹ Inutile dire quanto sia importante la divulgazione del dissenso nella formazione dell'opinione pubblica e nell'ambito della "comunità interpretativa" allargata.

2. Un paradosso e una teoria poco affidabile: la deregulation come viatico dell'occupabilità.

Si potrebbe legittimamente ritenere che se la Corte si fosse confrontata con la realtà del mercato del lavoro, senza limitarsi ad una generica approvazione del richiamo fatto dal legislatore all'obiettivo perseguito, forse avrebbe dovuto mettere in discussione la "coerenza" dell'operata discriminazione fra vecchi e nuovi assunti. Come tutti ricorderanno, la vera "scommessa" fatta dal Governo, disarticolando la tutela dei lavoratori, era di assicurare la maggiore propensione delle imprese ad assumere a tempo indeterminato. Ma così non è stato, anzi è avvenuto il contrario e i "numeri" stanno lì a dimostrarlo. Dopo più di tre anni il dato pare del resto stabilizzato, tanto da potersi dire che questa appare non più come una reazione a fattori di rigidità del mercato del lavoro, ma come una tendenza duratura.¹⁰ Sorgono spontanei alcuni interrogativi. Ma la mancanza di effettività della "ragione" addotta dal legislatore per giustificare il regresso delle tutele, applicato oltre tutto in modo da spaccare in due il mondo del lavoro, non doveva costituire, a distanza oramai di tre anni ed oltre, serio motivo di riflessione? Non doveva rappresentare, se non una prova, quanto meno un indizio molto concreto dello scollegamento fra il fine e il mezzo prescelto, ossia della irragionevolezza della norma?

Si ha quindi l'impressione che la Corte abbia deliberatamente deciso di non guardare alla realtà sociale concreta e di concedere su questo terreno una sorta di "lasciapassare" al legislatore, nel senso di consentirgli di operare una revisione *recessiva* della disciplina applicabile in nome di un astratto e generico obiettivo occupazionale, su un punto peraltro cruciale della regolamentazione dei rapporti di lavoro, che incrocia fondamentali diritti e valori della nostra Carta costituzionale.

La Corte, come si è già accennato, avalla una teorica molto discutibile, vale a dire il collegamento positivo fra *deregulation* e mercato del lavoro, particolarmente in ordine all'effetto di stimolo dell'occupazione: un miraggio, questo, inseguito da decenni, sin dagli anni della *jobless growth* negli anni Ottanta, che se avesse avuto un minimo di base concreta e realistica ci avrebbe portato oggi al pieno impiego.¹¹ In ogni caso, anche se si volesse ritenere per assurdo che questo rapporto possa avere una sua base fondata e scientifica, ciò non potrebbe mai esimere l'interprete dalla valutazione dei limiti posti dall'etica, non certo estranei alla ragionevolezza.¹²

Insomma, mi sembra che le premesse poste dalla Corte non siano obiettivamente quelle giuste, eludendo i termini del giudizio di ragionevolezza così come stabiliti da una giurisprudenza sotto questo profilo poderosa e, seppure non sempre univoca, certamente consolidata. Si può richiamare a tal riguardo un noto precedente (sentenza n. 163/1993, pres. Casavola, rel. Baldassarre) che sul punto del controllo di ragionevolezza, in un'altra occasione, ebbe a precisare che, quando la classificazione operata dal legislatore in relazione alla nuova disciplina normativa, che prescrive una drastica differenziazione *in pejus*, viene impugnata dinanzi alla Corte, non è sufficiente un esame in astratto, in relazione alla legittimità del fine

9 Sulla questione si veda fra gli altri S. Panizza, *L'introduzione dell'opinione dissenziente nel sistema di giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1998.

10 L'incoerenza dell'impostazione del *Jobs Act* rispetto al nuovo mercato del lavoro è colta, da altro versante, anche nella riforma delle collaborazioni; si veda R. Pessi, *Il tipo contrattuale: autonomia e subordinazione dopo il Jobs Act*, CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 2015, 282, p. 17.

11 Per una critica v. L. Mariucci, *Culture e dottrine del giuslavorismo*, in *Lav. Dir.*, 2016, 614.

12 Per una discussione su questi temi così complessi si veda A. Ruggeri, *La "federalizzazione" dei diritti fondamentali, all'incrocio tra etica, scienza e diritto*, in *Media Laws. Rivista di diritto dei media*, 2018, 2, p. 18.

dichiarato, ma, come scriveva il relatore di questa sentenza, si richiede un vaglio in relazione agli effetti "pratici prodotti o producibili nei concreti rapporti della vita".¹³

3. Il giudizio di ragionevolezza del d. lgs. n. 23/2015 e "i conti che non tornano".

Il principio di uguaglianza come regola di coerenza dell'ordinamento giuridico rappresenta pur sempre il fondamento del giudizio di ragionevolezza ed impone il confronto fra la disposizione impugnata e quella che invece dispone quale debba essere la disciplina comune, che funge da *tertium comparationis*. Ed è evidente – e lo ammette esplicitamente la Corte – che questo confronto si tradurrebbe inevitabilmente nel riconoscimento della violazione dell'art. 3 della Costituzione, qualora non fosse possibile individuare una causa di giustificazione della differenza di trattamento. Solo una legittima causa di giustificazione consente di giudicare conforme a Costituzione la disparità di trattamento, perché, come scrivono Bin e Petruzzella, il legislatore è libero di scegliere "la finalità, il programma, il principio da sviluppare con le sue disposizioni...ma...deve svilupparlo con coerenza, senza escludere dalla fattispecie situazioni in essa ragionevolmente sussumibili".¹⁴

Resterà dunque per sempre uno degli *arcana imperii* della giustizia costituzionale la ragione per cui la Corte si sia arrestata alla ricostruzione della *ratio legis* e alla valutazione della legittimità dei fini della norma in questione, in quanto diretta al rafforzamento delle possibilità di ingresso nel mondo del lavoro, cioè al primo scalino, per così dire, del giudizio di bilanciamento.¹⁵ Invece, andava valutata la congruità del mezzo rispetto al fine considerato, ossia "la capacità della disposizione impugnata di servire alla tutela dell'interesse che il legislatore ha inteso proteggere"; verifica questa assolutamente necessaria, visto che "se non ci fosse congruità vi sarebbe difetto di ragionevolezza e una ingiustificata compressione dell'interesse antagonista", vale a dire del diritto dei lavoratori di nuova assunzione di ricevere una protezione uguale in caso di licenziamento come sancito dall'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori, ricorrendone i medesimi presupposti (*tertium comparationis*).¹⁶

13 Si legge in questa sentenza che "[...] il principio di eguaglianza comporta che a una categoria di persone, definita secondo caratteristiche identiche o ragionevolmente omogenee in relazione al fine obiettivo cui è indirizzata la disciplina normativa considerata, deve essere imputato un trattamento giuridico identico od omogeneo, ragionevolmente commisurato alle caratteristiche essenziali in ragione delle quali è stata definita quella determinata categoria di persone. (...) In breve, il principio di eguaglianza pone al giudice di costituzionalità l'esigenza di verificare che non sussista violazione di alcuno dei seguenti criteri: a) la correttezza della classificazione operata dal legislatore in relazione ai soggetti considerati, tenuto conto della disciplina normativa apprestata; b) la previsione da parte dello stesso legislatore di un trattamento giuridico omogeneo, ragionevolmente commisurato alle caratteristiche essenziali della classe (o delle classi) di persone cui quel trattamento è riferito; c) la proporzionalità del trattamento giuridico previsto rispetto alla classificazione operata dal legislatore, tenendo conto del fine obiettivo insito nella disciplina normativa considerata: proporzionalità che va esaminata in relazione agli effetti pratici prodotti o producibili nei concreti rapporti della vita". Sulla questione dei valori in gioco nel bilanciamento in materia di licenziamenti, v. A. Zoppoli, *Rilevanza costituzionale della tutela reale e tecnica di bilanciamento nel contratto a tutele crescenti*, in *Dir. Lav. merc.*, 2015, 291 ss.

14 V. R. Bin, G. Petruzzella, *Diritto costituzionale*, p. 498-499. Hanno rilevato la violazione del principio di uguaglianza da parte del legislatore, fra gli altri, M. Barbieri, *Il licenziamento individuale ingiustificato irrogato per motivi economici e il licenziamento collettivo*, p. 124; A. Perulli, *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un mutamento di paradigma per il diritto del lavoro?*, in L. Fiorillo, A. Perulli, *Contratto a tutele crescenti e Naspi*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 45-46; S. Giubboni, A. Colavita, *I licenziamenti collettivi dopo le controriforme*, in *Questione giustizia*, 2015, 3, p. 31 ss.; S. Giubboni, *Profili costituzionali del contratto a tutele crescenti*, in w.p. CSDLE "Massimo D'Antona".it, 2015, n. 246; G. Ferraro, *I licenziamenti collettivi nel Jobs Act*, p. 199 ss.; L. Mariucci, *Il diritto del lavoro ai tempi del renzismo*, in *Lav. dir.* 2015, p. 19-20; M. V. Ballestrero, *La riforma del lavoro: questioni di costituzionalità*, in *Lav. Dir.*, 2015, 46 ss.; F. Buffa, *La nuova disciplina del licenziamento e le fonti internazionali*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2015, 570 ss. Nel senso invece della ragionevolezza della distinzione di trattamento si vedano, fra gli altri, G. Proia, *Il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato a tutele crescenti*, in R. Pessi, C. Pisani, G. Proia, A. Vallebona, *Jobs Act e licenziamento* p. 59; M. Ferraresi, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento. Dalla legge 604 del 1966 al contratto a tutele crescenti*, Giappichelli Torino, 2016, p. 165.

15 In termini analoghi, v. A. Perulli, *Il valore del lavoro e la disciplina del licenziamento illegittimo*, op. cit. p. 343 ss.

16 Si veda ancora R. Bin, G. Petruzzella, op. cit. Sul giudizio di ragionevolezza la letteratura è sterminata. Si veda fra gli altri anche per i riferimenti lo studio di G. Scaccia, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*,

Inoltre, ammesso pure che già a questo stadio non si fosse registrata un'insormontabile difficoltà, il dovere di "custode della Costituzione" imponeva alla Corte un ulteriore passaggio e cioè l'effettuazione di rigoroso test di proporzionalità per valutare il "costo" (in termini ovviamente non economici) che comporta la tutela dell'interesse ritenuto dal legislatore preminente. In termini più concreti, la Corte avrebbe dovuto valutare se il sacrificio imposto ai nuovi lavoratori assunti dopo il 7 marzo 2015 non fosse eccessivamente gravoso, in rapporto all'interesse sotteso alla possibilità di "rafforzare" l'occupabilità dei lavoratori. In relazione a questo interrogativo, che è il cuore del bilanciamento, la Corte avrebbe probabilmente dovuto chiedersi se il legislatore, per raggiungere i suoi obiettivi, non poteva disporre di altri strumenti, meno "costosi" per l'interesse dei lavoratori alla protezione in caso di licenziamento. In altre parole, se il mezzo prescelto rappresentava l'unico strumento utilizzabile e, ancora, se non configurava invece un sacrificio eccessivo, tanto da non rispettare il contenuto minimo essenziale del diritto in questione.

Poteva la Corte, come ha fatto, "tranciare" il ragionamento e limitarsi alla più ovvia delle considerazioni, ossia alla constatazione della legittimità del fine perseguito dal legislatore? Non è qui la sede per addentrarsi in argomenti così complessi, ma certamente il giudizio di proporzionalità o ragionevolezza rappresentava nel giudizio di costituzionalità del d. lgs. n. 23/2015 un varco stretto ma obbligato, che la Corte sembra però non aver voluto attraversare.¹⁷ Difatti, è la stessa struttura della norma, che impone di differenziare in modo così netto il trattamento fra vecchi e nuovi assunti, a richiedere un rigoroso bilanciamento, per verificare la sostenibilità giuridica della disparità in questione.¹⁸ Ciò tanto più che, come si è notato, questa nuova differenza di trattamento fra vecchi e nuovi assunti va ad aggiungersi ad altre disparità di trattamento applicabili a lavoratori "comparabili" per molteplici ragioni.¹⁹ Nuove disuguaglianze che si aggiungono a vecchie disuguaglianze. E non pare confutabile che questo passaggio, se compiuto, avrebbe comportato probabilmente una non scontata decisione sulla costituzionalità del decreto legislativo, nella parte in cui ha disposto solo per i neo-assunti (ossia, essenzialmente, per i giovani che entrano nel mondo del lavoro) la privazione di alcune tutele fondamentali in caso di licenziamento.

Pertanto, anche ad ammettere che la riferita situazione del mercato del lavoro fosse idonea a giustificare un intervento di questo tipo, resta aperto l'interrogativo sulla congruità di una misura che, in modo permanente, sarà portatrice di una differenza di trattamento in base alla data di assunzione, che, con lo scorrere del tempo, diventerà elemento sempre meno "tipizzante" o rilevante sul piano oggettivo, sempre meno idoneo cioè a giustificare la distinzione di trattamento così introdotta.

Se questo è vero, nella migliore delle ipotesi la classificazione operata dal legislatore doveva rappresentare una misura vincolata alle condizioni obiettive del periodo, che sono state

Milano, Giuffrè, 2000; più recentemente, dello stesso autore, *Il bilanciamento degli interessi come tecnica di controllo costituzionale*, in Quaderni costituzionali, 2017, p. 3953 ss.

17 Scrive Scaccia in *Il bilanciamento degli interessi come tecnica di controllo costituzionale*, op. cit. p. 3974-3975, che in caso di norme limitative di diritti, in ogni caso, ove la Corte ritenga che la restrizione di un diritto sia razionalmente giustificata dal fine perseguito, si apre poi "la seconda fase del giudizio, nella quale rimane da verificare se sussista una ragionevole e sostanziale relazione fra la limitazione del diritto legislativamente disposta e la soddisfazione dell'interesse statale ritenuto preminente, tale che il mezzo impiegato risulti indispensabile (e non altrimenti sostituibile con un mezzo meno compressivo), per il raggiungimento del fine". Nel tempo, aggiunge Scaccia, si sono stabilizzate alcune regole al riguardo, "che si riassumono nel criterio del <<contemperamento>>, nel criterio del <<minimo mezzo>> e nella regola della <<coesistenzialità del limite>>". E' questo il controllo di proporzionalità propriamente detto, che segue alla verifica di idoneità/necessità intesa ad accertare l'esistenza di un nesso ragionevole fra mezzi e fini, ma che la Corte ha completamente saltato.

18 Si chiede Perulli, giustamente: "se per la Corte la norma, per essere giudicata costituzionalmente legittima, deve rispettare il canone della ragionevolezza, perché il controllo circa il rispetto di tale canone dovrebbe limitarsi alla sua dimensione meramente logico-discorsiva e non interessare invece anche i profili causali del rapporto strumentale mezzi/fini e finanche quelli di proporzionalità e del bilanciamento di interessi?" (*Il valore del lavoro e la disciplina dei licenziamenti*, op. cit. p. 344).

19 R. Pessi, *Prime riflessioni sui decreti attuativi del Jobs Act*, p. 12, che tuttavia utilizza questo argomento giustificare la scelta legislativa.

peraltro invocate espressamente dal legislatore. Andava dunque valorizzato, in ultima analisi, l'orientamento della giurisprudenza costituzionale secondo cui i provvedimenti derogatori o che comportano privazione e/o sospensione di taluni diritti nei confronti di alcune categorie di lavoratori, se giustificati da situazioni di carattere eccezionale, intanto sono legittimi, sotto il duplice aspetto della non contrarietà sia al principio di uguaglianza sostanziale, sia a quello della non irragionevolezza, a condizione che siano "eccezionali, transeunti, non arbitrari e consentanei allo scopo prefisso" (v. sentenza Corte costituzionale n. 299/1999).²⁰

Ma anche questo aspetto non sembra aver attratto l'attenzione della Corte, che ha voluto limitarsi a concedere al legislatore uno spazio di manovra difficilmente giustificabile, come vedremo, alla luce della sua stessa giurisprudenza in materia (v. paragrafo 5).

4. Il "fluire del tempo" (ovvero come eludere il problema).

L'altro argomento che la Corte ha utilizzato, insieme alla "legittimità" dei fini, è il "fluire del tempo", ossia il mutamento di disciplina che tipicamente si accompagna all'entrata in vigore di una nuova normativa e al potere discrezionale di determinare il suo ambito temporale, esercitato nella fattispecie fissando come momento scriminante la data di assunzione.

Tuttavia, nel passato la Corte costituzionale non ha mai affermato che il "fluire del tempo" possa o debba impedire la comparazione fra le situazioni previste dalle norme impugnate e dalle norme di applicazione generale, che fungono da *tertium comparationis*, ovvero che la differente disciplina, qualora venga applicata soltanto ad alcuni e non a tutti, non vada attentamente vagliata sotto il profilo della conformità all'art. 3 della Costituzione. Anzi in alcune occasioni i giudici della Consulta hanno rilevato esplicitamente come soltanto una specifica causa di giustificazione possa far sì che il fluire del tempo costituisca un criterio ragionevole di distinzione. Si veda, a tal riguardo, la bella sentenza n. 409/1998 (rel. Capotosti), nella quale si afferma con molta chiarezza che, in linea di principio, il decorso del tempo non può costituire una base giuridica sufficiente a giustificare il diverso trattamento di situazioni omologhe nell'ambito di una stessa categoria di persone.

Né ha rilievo con la normativa in esame la diversa situazione in cui, in base ad una successione di norme applicabili, si determini "un trattamento differenziato applicato alla stessa categoria di soggetti, ma in momenti diversi nel tempo". Ciò semplicemente perché in questi casi la nuova disciplina si applica a tutte le situazioni giuridiche che ricadono nella sua orbita, senza distinzioni arbitrarie. Se invece c'è distinzione, allora, inevitabilmente, si dovrà giustificare la stessa sotto il profilo della sua legittimità (*rectius*, ragionevolezza).²¹

Discutibili sono del resto i richiami fatti dalla Corte alla giurisprudenza in materia, che non consentono di dedurre quanto dalla Corte invece rilevato sul punto della ragionevolezza della distinzione di trattamento per il "fluire del tempo". Argomento che è stato adottato da una parte della dottrina lavoristica in modo superficiale e che, paradossalmente, ha ora ricevuto l'avallo della Corte costituzionale.

La Corte ha citato nella sentenza, come precedenti confermativi, decisioni prive di un filo conduttore comune e sotto questo profilo poco convincenti. Sono questi i casi dell'ordinanza n. 25/2012 della Corte Costituzionale e della sentenza n. 224/2011 (riguardanti la medesima sanzione tributaria)²² e dell'ordinanza n. 61/2010 (riguardante la sospetta incostituzionalità degli artt. 19 e 22 della Legge Fallimentare: fra l'altro, qui si trattava di benefici concessi solo

20 La transitorietà della disparità di trattamento, visto che il regime previsto dall'art. 18 l. n. 300/1970 sarebbe mantenuto in vita "ad esaurimento", è uno degli argomenti utilizzati in dottrina, ma per giustificare la discriminazione fra giovani ed anziani. Si veda sul punto B. Caruso, *Il contratto a tutele crescenti tra politica e diritto: variazioni sul tema*, in CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 2015, 265.

21 Fra gli altri, nella dottrina costituzionalistica, a denunciare che la data di stipula del contratto è "...mero dato di fatto di per sé insufficiente a offrire un fondamento ragionevole alla differenziazione nella garanzia del diritto al lavoro", si veda C. Salazar, *Il diritto al lavoro e il Jobs Act: quale destino per il "principe dei diritti sociali"?*, in *Scritti in onore di G. Silvestri*, Giappichelli Torino 2017. In termini analoghi V. Speciale, *La questione di legittimità costituzionale del contratto a tutele crescenti*, in Riv. Giur. Lav., 2017.

ad alcuni e non di trattamenti *in pejus*).²³ Di tutt'altra natura è poi la decisione n. 170/2009, anch'essa citata in sentenza, in cui il "fluire del tempo" si riferisce "al diverso regime normativo applicabile alle controversie" fallimentari dal punto di vista processuale, in ragione del dato cronologico della instaurazione della controversia regolata dal rito camerale.²⁴ Ancora diversa è poi la questione risolta dalla sentenza n. 212/2008, pure richiamata a sostegno della decisione, riguardante una norma di interpretazione autentica.²⁵

Più interessante, ai nostri fini, è l'ordinanza n. 77/2008 citata nella sentenza n. 194, in cui si discuteva di una norma con effetto retroattivo. Qui la Corte, dopo aver ribadito la propria dottrina sul fluire del tempo, ha chiarito come, sotto il profilo della ragionevolezza, l'elemento temporale possa dirsi "un legittimo criterio di discriminazione" ma "allorquando esso intervenga a delimitare le sfere di applicazione di norme nell'ambito del riordino complessivo della disciplina attinente ad una determinata materia" (richiamando sul punto l'ordinanza n. 275 del 2005), quando cioè la norma sopravvenuta disciplina l'intera serie di situazioni giuridiche fra loro omologhe.²⁶ Significativa, da questo punto di vista, è pure la sentenza n. 273/2011, che aveva per oggetto la questione relativa all'accesso dei consiglieri di Tar nei ruoli del Consiglio di Stato e il riconoscimento della relativa anzianità di servizio, peraltro riguardante l'intera categoria e non una sottoclasse. La Corte, lungi dal limitarsi al principio del fluire del tempo, ha valutato le differenze fra le situazioni messe a confronto come elementi giustificativi.²⁷

Fra le sentenze richiamate dalla Corte, poi, la n. 94/2009 ha limpidamente statuito, con chiarezza esemplare, che "non contrasta di per sé con il principio di uguaglianza un differenziato trattamento *applicato alla stessa categoria di soggetti, ovvero allo stesso soggetto*, ma in momenti diversi nel tempo, poiché proprio il fluire del tempo costituisce un elemento diversificatore delle situazioni giuridiche".

Si tratta del principio che avrebbe impedito, se correttamente applicato, di discriminare i lavoratori in base alla data di assunzione, ma paradossalmente è stato richiamato a sostegno della tesi avversa. Importante è anche la giurisprudenza citata da quest'ultima sentenza a

22 Nella sentenza n. 25/2012 la Corte ha evidenziato che, come già rilevato dalla sentenza n. 224/2001, "non contrasta, di per sé, con il principio di uguaglianza un trattamento differenziato applicato *alla stessa categoria di soggetti* ma in momenti diversi nel tempo, poiché il fluire del tempo costituisce un valido elemento di diversificazione delle situazioni giuridiche" [corsivo mio]. Qui la questione riguardava il mutamento di disciplina sanzionatoria applicabile a tutte le situazioni giuridiche.

23 Tali disposizioni, introdotte dal d. lgs. n. 5/2006, escludevano dal beneficio della "esdebitazione" gli imprenditori falliti prima dell'entrata in vigore del suddetto decreto legislativo. La Corte, per giustificare la distinzione di trattamento, ha precisato "che per quanto attiene alla irragionevolezza della fissazione di un limite temporale per accedere al beneficio della esdebitazione...essa non è riscontrabile nella censurata scelta legislativa che, anzi, appare coerente con la esigenza di compiere...una serie di riscontri istruttori, volti alla verifica della effettiva meritevolezza del beneficio da parte del fallito, che ben difficilmente sarebbero possibili...ove fossero svolti in relazione a procedure concorsuali la cui chiusura rimonti a periodi troppo risalenti nel tempo, rientrando, quindi, nella discrezionalità del legislatore la fissazione del detto limite temporale". Non è quindi il mero decorso del tempo che di per sé giustifica la differenza di trattamento.

24 Ma anche in questo caso, la Corte non omette di verificare la ragionevolezza della diversità di disciplina applicabile e la sua congruità anche sotto il profilo degli artt. 24 e 111, 1° comma, della Costituzione.

25 In questa decisione la Corte si è limitata a richiamare un principio relativo alla ragionevolezza dell'obiettivo di armonizzare con una normativa transitoria il passaggio del personale ATA ad un diverso sistema retributivo a regime.

26 Sempre in ordine al problema del fluire del tempo, altra sentenza richiamata dalla Corte è la n. 254/2014 - che ha esaminato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 29, comma 2°, d. lgs. n. 276/2003, nonché di altra disposizione che aveva introdotto una sanzione per omesso versamento dei contributi: in entrambi i casi si trattava di fattispecie penali, in cui i giudici hanno dichiarato legittimo il criterio della data di commissione dell'illecito e dunque giustificata la differenza di trattamento, ed enunciando la massima, che ha dato luogo a tanti fraintesi, secondo cui "non contrasta, di per sé, con il principio di uguaglianza un trattamento differenziato applicato alle stesse fattispecie, ma in momenti diversi nel tempo, poiché il fluire del tempo può costituire un valido elemento di diversificazione delle situazioni giuridiche".

27 Ritenendo la Corte che "la scelta differenziatrice effettuata dal legislatore non è censurabile, perché si basa sulla non irragionevole valutazione della peculiarità della situazione in cui si trovavano i soli magistrati in servizio" alla data di entrata in vigore della legge (di cui peraltro la Corte sottolinea "la natura eccezionale e transitoria"). La Corte sottolinea che proprio "in quanto eccezionale e derogatoria", la disposizione impugnata "non è applicabile oltre i casi ed i tempi considerati", richiamando tutta la propria giurisprudenza sui limiti di applicabilità delle norme transitorie ed eccezionali (fra le altre, Corte cost. n. 202 e 34 del 2011, n. 131 del 2009, n. 96 del 2008).

conferma di questo fondamentale principio, che fa definitivamente giustizia della tesi del "fluire del tempo" (ord. n. 400/2007; sent. n. 342/2006; ord. n. 216/2005 e n. 121/2003, n. 108/2002, n. 18/1994). In tutte queste pronunce si discute di norme sopravvenute che modificano il regime di disciplina, ma sempre applicabili "alla stessa categoria di soggetti, ovvero allo stesso soggetto, ma in momenti diversi nel tempo".

Come si legge nella sentenza n. 18/1994, "vige la regola generale che il sopravvenire di una nuova norma applicabile ad un fatto simile a quello regolato dalla norma precedente non determina una disparità di trattamento costituzionalmente illegittima", ma il problema critico è piuttosto, nel nostro caso, la distinzione di trattamento realizzata "ritagliando" una sottoclasse; il che, ovviamente, è altrettanto possibile sul piano logico e giuridico, ma purché si tratti di una distinzione ragionevole. Il "fluire del tempo" non basta, il problema è sempre la classificazione operata dal legislatore, su cui va effettuato il test di ragionevolezza e proporzionalità (v. sent. n. 89/1996).

5. I precedenti in materia della Corte costituzionale (che la Corte ha ignorato).

Non è la prima volta che il legislatore ha operato modifiche al regime di disciplina in materia di licenziamenti, da cui sono derivate disparità di trattamento sottoposte al vaglio della Corte. Oltre a quelle, notissime, sull'applicazione della tutela "reale" (dapprima con riferimento al requisito univoco dell'unità produttiva di 15 dipendenti, poi, a seguito della riforma disposta con l. n. 108/1990, in base ad un criterio più articolato), sono state tante le occasioni in cui, per obiettivi di natura socio-economica (come in questo caso) o per altre ragioni, il legislatore ha disposto misure di differenziazione oppure derogatorie della disciplina comune, da applicarsi in circostanze determinate o a specifiche categorie di lavoratori.

In tutti questi casi si è posto il problema della legittimità delle norme che hanno creato una differenza di trattamento. Questa giurisprudenza costituisce, nel suo complesso, una fonte notevolissima di riflessioni e di orientamenti e crea, si può dire, una vera e propria "dottrina" costituzionale in materia, fatta di principi e ponderazioni giuridiche che avrebbero potuto rappresentare un punto di riferimento anche per la decisione del caso in questione. Come si è già accennato, sorprendentemente la Corte non solo non ha citato mai i propri precedenti (neppure uno dei più significativi), ma la sua decisione difficilmente può dirsi in perfetta sintonia con questa "dottrina".

Per una valutazione di questi orientamenti in relazione al caso in esame, si ritiene opportuna una sintesi della giurisprudenza costituzionale a partire dai casi più noti.

La prima serie di decisioni rilevanti è quella sul campo di applicazione delle disposizioni di tutela in materia di licenziamenti.

Quando l'effetto di esclusione è stato realizzato a seguito di scelte legislative basate sulla dimensione o la qualità dell'organizzazione datoriale, la Corte ha sempre protetto l'esercizio della discrezionalità legislativa, nonostante ne derivasse una condizione soggettiva di minor tutela.²⁸ Esempio di questa giurisprudenza è la sentenza n. 81/1969, che può considerarsi il *leading case* in materia, in cui la Corte giudicò legittimo l'art. 11 della l. n. 604/1966 nella parte in cui stabiliva, all'epoca, il campo di applicazione della normativa in questione secondo il criterio dimensionale del numero di addetti (fissando la soglia sui 35 dipendenti). La Corte giustificò la scelta del legislatore in quanto "aderente alla realtà economica, di comune esperienza", oltre che razionale sia in considerazione del rapporto fiduciario sussistente tra lavoratori e datore di lavoro sia del "criterio economico". In particolare la Corte enunciò qui la massima secondo cui "l'art. 3 della Costituzione non corrisponde ad un criterio di mera

²⁸ Sugli artt. 8 e 11 della l. n. 604/1966 e poi sugli artt. 18 e 35 della l. n. 300/1970, si vedano le [sent.](#) n. 81 del 1961; [n. 45 del 1965](#); [n. 81 del 1969](#); [n. 194 del 1970](#); [n. 55 del 1974](#); [n. 152 del 1975](#); [n. 178 del 1975](#); [n. 189 del 1975](#); [ord. n. 256 del 1976](#), che formano un orientamento in materia consolidato e coerente.

uguaglianza formale o formalistica e perciò non esclude che il legislatore possa adottare *norme diverse per regolare situazioni che esso ritenga diverse*, adeguando così la disciplina giuridica agli svariati aspetti della vita sociale, entro un margine di discrezionalità che giustifichi sostanzialmente il criterio di differenziazione adottato" [corsivo mio].

Dopo questa sentenza, in altre occasioni ancora la Corte si è occupata dei problemi relativi al campo di applicazione delle disposizioni di tutela in materia di licenziamento, giurisprudenza a cui può affiancarsi, per la medesima *ratio* ispiratrice, quella riguardante l'applicazione selettiva dello Statuto dei lavoratori. In particolare, con le sentenze n. 55/1974, n. 2/1986 e n. 44/1996, la Corte si è pronunciata sulla legittimità dei limiti posti all'applicazione dell'art. 18 e quelli derivanti dall'art. 35 dello Statuto dei lavoratori. In queste decisioni la Corte ha sempre confermato l'orientamento originario, elaborato nella sentenza n. 81/1969, precisando ancora meglio le ragioni sostanziali ed oggettive della distinzione di trattamento basata sulla dimensione dell'azienda o delle sue articolazioni produttive.

Sempre in relazione al problema delle differenze di disciplina applicabili ai rapporti di lavoro subordinato, altra questione ha riguardato la distinzione fra imprenditori e non imprenditori (sent. n. 189/1975) e fra imprese agricole e imprese industriali (sent. n. 152/1975 e successive).²⁹

In tutti questi casi la Corte costituzionale ha garantito al legislatore un ambito di discrezionalità in materia piuttosto ampio, definendo come "ragionevoli", perché derivanti da criteri oggettivi, le relative distinzioni. Si può essere d'accordo o no, ma la giurisprudenza della Corte è sul punto coerente con i suoi orientamenti storici in materia di uguaglianza giuridica. Per giustificare, poi, il miglior trattamento riservato ai lavoratori rientranti nel campo di applicazione della tutela reale la Corte ha precisato che il discrimine "continua a trovare adeguata giustificazione nella necessità di svolgimento dell'attività sindacale in fabbrica, introdotta dallo Statuto dei lavoratori" oltre che "dalla mancanza di omogeneità tra la situazione di questi lavoratori e quella dei lavoratori di altre imprese" (v. sent. n. 2 del 1986).³⁰

Il collegamento fra le tutele e il sostegno sindacale, esplicita dunque la razionalità del sistema selettivo introdotto dal legislatore.

In definitiva, si può dire che il "succo" di questa giurisprudenza costituzionale stia nel fatto che le disuguaglianze trovano la loro giustificazione in obiettive specificità e differenze sostanziali, che il legislatore ha inteso valorizzare nell'ambito delle proprie scelte di politica legislativa e per questo possono dirsi "ragionevoli".

Tuttavia in altri casi, non pochi, la Corte non ha avuto remore a dichiarare l'incostituzionalità delle norme o a formulare severi moniti al legislatore, quando ha rilevato che questi criteri sono stati disattesi.

Si possono qui richiamare, per questo "filone" della giurisprudenza costituzionale, le sentenze n. 14 del 1970, n.174 del 1971, n. 169 del 1973, n. 204 del 1976, n. 189 del 1980,

²⁹ La Corte ha ritenuto giustificate e non illegittime le differenze di trattamento fra lavoratori dipendenti rispettivamente da datori di lavoro imprenditori e non imprenditori trattandosi "di scelte discrezionali di politica legislativa", basate su distinzioni non arbitrarie, visto che "le diverse categorie di datori di lavoro non qualificabili professionalmente come imprenditori si distinguono nettamente per il difetto di forme organizzative e di risorse finanziarie comparabili a quelle proprie delle attività imprenditoriali" (sent. n. 189 del 1975; sent. n. 2 del 1986).

³⁰ Nel rigettare invece i sospetti di costituzionalità dell'art. 35 della l. n. 300/1970, la Corte ha precisato che "il legislatore aveva usato la sua discrezionalità...nel considerare l'impresa non nella sua interezza ma nelle unità produttive, distinte dalla sua complessa organizzazione imprenditoriale, le quali si erano delineate nell'ambito dell'impresa con carattere di autonomia così dal punto di vista economico-strutturale, come da quello finalistico e del risultato produttivo, nella più vasta area del mercato dei beni o dei servizi" (così sent. n. 2 del 1986). Pertanto, nel giudicare le conseguenziali differenze di trattamento fra lavoratori incardinati nelle diverse unità produttive, la Corte ha ravvisato il suo fondamento "...oltre che nel criterio della fiduciarità del rapporto di lavoro e nell'opportunità di non gravare di oneri eccessivi le imprese di modeste dimensioni, anche e soprattutto nell'esigenza di salvaguardare la funzionalità delle unità produttive intese quali articolazioni di una più complessa organizzazione imprenditoriale, fornite di autonomia dai punti di vista economico-strutturale e funzionale, nonché del risultato produttivo ed in ispecie di quelle con un minor numero di dipendenti nelle quali la reintegrazione nel medesimo ambiente del dipendente licenziato avrebbe potuto determinare il verificarsi di una tensione nelle quotidiane relazioni umane e di lavoro" (sent. n. 55 del 1974; n. 152 e 189 del 1975).

n. 137 e n. 176 del 1986, n. 96 del 1987, n. 181 del 1989, n. 41 e n. 364 del 1991, n. 541 del 2000.

La prima di queste sentenze (n. 14/1970) inaugura un orientamento della Corte costituzionale che verrà poi ripreso successivamente. Il problema è quello relativo alla legittimità costituzionale delle disposizioni che escludevano gli apprendisti dalla tutela prevista dalla l. n. 604/1966 e specificamente dal beneficio dell'indennità di anzianità ex art. 9 della legge, censurandosi nella fattispecie da parte del giudice remittente l'ingiustificata discriminazione nei confronti di tutti gli altri lavoratori. La Corte ritenne costituzionalmente illegittima tale esclusione sulla base della considerazione che, nella fattispecie, si realizzava "una situazione di trattamento differenziato cui non corrisponde una diversità di situazione di fatto e di diritto nei soggetti destinatari della norma", visto che il rapporto di apprendistato va considerato "assimilabile all'ordinario rapporto di lavoro".³¹

Viene subito da pensare, leggendo queste argomentazioni, alla disparità di trattamento creata dal d. lgs. n. 23 fra rapporti giuridici perfettamente identici ed omologhi, che certamente mostra di essere altrettanto problematica dal punto di vista costituzionale.

Con successiva sentenza n. 169 del 1973, la Corte ha poi confermato questo orientamento dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 10 l. n. 604/1966, nella parte in cui consentiva l'esclusione degli apprendisti dalle altre disposizioni di tutela previste dalla legge del 1966, precisando che "se è vero che il rapporto di apprendistato presenta, rispetto al normale rapporto di lavoro, peculiarità sue proprie, da ciò non consegue affatto che con queste risultino incompatibili le limitazioni che la legge n. 604 del 1966 ha imposto al potere di recesso del datore di lavoro", creandosi altrimenti "una nuova disparità di trattamento dell'apprendista in confronto con gli altri lavoratori, disparità che sarebbe in contrasto con l'art. 3 della Costituzione". Infine, la più recente sentenza n. 181 del 1989 (Pres. Spagnoli, rel. Saja) si è occupata dell'esclusione degli apprendisti dal computo dei dipendenti per la determinazione del requisito dimensionale per l'applicabilità della normativa sui licenziamenti disciplinari, prevista dalla l. n. 56/1987. Ebbene, la Corte ritenne che la variabile così introdotta avrebbe avuto rispetto a tali norme "effetti distorsivi" e, pur in presenza di una grave crisi dell'occupazione giovanile, formulò un severo monito al legislatore a "non obliterare la correlazione tra la straordinarietà della situazione di fatto (massiccia disoccupazione giovanile) e la deroga a fondamentali strumenti di garanzia per i lavoratori", che, ricordò la Corte "vale a maggior ragione rispetto alla norma in discussione, che costituisce ampliamento di una deroga già esistente al generale principio di uguaglianza e ad altri valori di rilievo costituzionale".

La giurisprudenza sugli apprendisti è emblematica dell'atteggiamento della Corte, mai incline ad accettare discriminazioni fra lavoratori realizzate nonostante l'identità di situazioni giuridiche, e possono riscontrarsi in queste sentenze molte analogie con la situazione attuale, su cui si è pronunciata la sentenza n. 194.

Un'altra questione particolarmente evocativa è quella che ha riguardato i lavoratori anziani e pensionati, oggetto di due distinte pronunce, rese a distanza di tempo, dalla Corte costituzionale. Si tratta delle sentenze n. 174 del 1971 e n. 176 del 1986. Con la prima (Pres. Bianca, rel. Trimarchi), la Corte ha esaminato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 11 l. n. 604 del 1966, nella parte in cui escludeva i lavoratori pensionati ed i lavoratori *over 65* dalla tutela in materia di licenziamenti e, in particolare, non consentiva di rendere applicabili a questi lavoratori le disposizioni di cui agli artt. 4, 2 e 5 della l. 604.³² La Corte rilevò che in tal modo, per i lavoratori anziani, veniva definita una disciplina nettamente peggiorativa che,

31 La Corte presieduta da Giuseppe Branca, vedeva fra i suoi componenti giuristi come Mortati, Crisafulli, Trimarchi ed altri ancora. Ma l'insegnamento di questi Maestri è stato ignorato dalla recente sentenza n. 194.

32 Si ricorda che l'art. 11 della l. 604/1966 disponeva che "nei riguardi dei prestatori di lavoro che siano in possesso dei requisiti di legge per avere diritto alla pensione di vecchiaia o che abbiano comunque superato il 65° anno di età" non potevano applicarsi le disposizioni di cui agli artt. 2 e 5 della legge, così limitando il diritto di difesa del lavoratore in questione.

tuttavia, se poteva ritenersi giustificata per i lavoratori in possesso dei requisiti per la pensione di vecchiaia, appariva "razionalmente ingiustificata" per i lavoratori privi del diritto a pensione, per i quali "risulta effettiva la violazione dell'art. 3 da parte della norma impugnata".³³

Forse ancora più incisiva è la successiva sentenza n. 96 del 1987, che si è occupata del personale navigante. La Corte, con un'importante e coraggiosa decisione rilevò che nella fattispecie non sussistevano "valide ragioni per escludere il personale marittimo dalla disciplina della l. n. 604 del 1966", e ciò per "*la sostanziale omogeneità delle relative situazioni* afferenti ai lavoratori comuni ed a quelli nautici [che] impone l'uniformità delle discipline, nella mancanza di fondate ragioni per differenziarle" [corsivo mio]. Gli stessi principi sono stati successivamente affermati per il personale del settore aeronautico (sent. n. 41 del 1991), ritenendo la Corte che la disposizione impugnata (art. 916 cod. nav.) discriminava "senza alcuna base razionale tale personale rispetto ai marittimi arruolati (ai quali è riferita la dichiarazione di incostituzionalità operata dalla sentenza n. 96 del 1987) e ai lavoratori comuni".³⁴

Anche in questo caso sorgono spontanei i termini di confronto con la disparità di trattamento introdotta dal legislatore con il decreto n. 23, che crea una distinzione fra situazioni del tutto omogenee fra di loro in base ad un criterio eccentrico qual è la data di assunzione.

Volendo cercare di individuare il fondamento giuridico di queste decisioni della Corte si potrebbe ritenere che la *ratio* vada rintracciata nella inesistenza di opportuni ancoraggi a situazioni obiettive e peculiari in grado di giustificare la differenza di disciplina applicabile.

Rileggendo oggi le sentenze relative alla esclusione dalla tutela dei lavoratori anziani, degli apprendisti e del personale di mare e di volo, si può dire, in definitiva, che i giudici della Consulta non hanno mai consentito condizioni di minor tutela (o di nessuna tutela) in presenza di situazioni o rapporti giuridici fra loro assimilabili. Quando la Corte, tenendo conto delle circostanze eccezionali che lo giustificavano, ha "autorizzato" il legislatore a derogare ai principi in questione, lo ha fatto, come nel caso degli apprendisti, con un monito al legislatore a non "obliterare" l'importanza delle tutele e a non procrastinare nel tempo, senza ragioni, le deroghe in questione (sancendo in altri termini la "provvisoria costituzionalità" delle disposizioni derogatorie, dagli effetti peraltro molto più limitati rispetto alle norme oggetto di scrutinio nella sentenza n. 194/2018).

33 Nella seconda sentenza (n. 176/1986, Pres. Paladin, Relatore Greco) la questione posta, analoga alla precedente, riguardava invece il divieto di licenziamento senza giusta causa o giustificato motivo sempre per i lavoratori anziani, escluso in base a quanto disposto dall'art. 11, 1° comma, l. n. 604/1966. Il giudizio è stato il medesimo, rilevandosi l'incostituzionalità della norma impugnata. Con la sentenza n. 137 del 1986, la Corte ha poi esteso i suddetti principi anche alle donne lavoratrici. Un'altra questione emblematica riguarda il regime di disciplina applicabile ai lavoratori assunti in prova ex art. 2096 c.c.. Pronunciandosi sulla questione di costituzionalità dell'art. 10 l. n. 604/1966 che escludeva l'applicazione dell'art. 9 della legge ai lavoratori in prova, la Corte, con la sentenza n. 204 del 1976, dichiarò non fondata la questione di costituzionalità in considerazione della particolare natura dell'assunzione in prova, distinguendola dall'assunzione a titolo definitivo, e negando l'equiparabilità delle due situazioni giuridiche. Con la successiva sentenza n. 189 del 1980 questo orientamento è stato tuttavia in parte rettificato, negandosi che le differenze esistenti potessero giustificare l'esclusione dei lavoratori in prova dal diritto a percepire l'indennità di anzianità. Con la sentenza n. 541 del 2000, poi, la Corte ha affrontato la questione della legittimità costituzionale dell'art. 10 della l. n. 604/1966 e dell'art. 2096 c.c., giungendo alle stesse conclusioni quanto alla mancanza dell'obbligo di forma scritta del recesso alla scadenza del periodo di prova. Allo stesso tempo, sempre in questa decisione, si è escluso che potesse essere censurabile la mancanza dell'obbligo di motivazione del licenziamento dei lavoratori in prova, "non essendo equiparabili, sotto l'aspetto che qui interessa, le situazioni poste a confronto, del lavoratore in prova e del lavoratore assunto a tempo indeterminato". La giurisprudenza sui lavoratori in prova dimostra che il baricentro della Corte è sempre sulle condizioni di carattere oggettivo che giustificano o meno, razionalmente, la differenza di trattamento, e sulla proporzionalità della misura adottata dal legislatore.

34 Aggiunse la Corte: "Si determina, così, in una materia che attiene a posizione soggettiva di grande rilievo nel rapporto di lavoro, e che non sopporta disuguaglianze, una disparità di trattamento ingiustificata (...)" Successivamente gli stessi principi sono stati applicati per estendere l'art. 7 dello Statuto dei lavoratori anche al settore nautico (v. sent. n. 364/1991)

In definitiva, la Corte non ha mai ammesso aree di inoperatività della disciplina comune per specifiche classi di lavoratori e non ha mai temuto di affermare l'incostituzionalità delle relative disposizioni derogatorie o escludenti, pur sapendo che le proprie decisioni avrebbero prodotto effetti su interi settori economici o avrebbero potuto avere un impatto in termini "occupazionali".

Riportando questi criteri ed orientamenti all'attualità, si potrebbe dire, in conclusione, che la Corte ha ignorato la propria stessa giurisprudenza, da cui pare discostarsi nettamente, accontentandosi di constatare la legittimità della ragione giustificatrice ed omettendo il test di proporzionalità (adeguatezza, necessità e proporzionalità in senso stretto), in modo formalizzato o implicito che sia.

La Corte non ha neppure seguito il solco tracciato dalla sentenza n. 181/1989, di cui si è parlato in precedenza, che costituiva un precedente specifico e sovrapponibile in certa misura alla questione decisa con la sentenza n. 194, poiché anche in quel caso il provvedimento adottato dal legislatore (l'esclusione degli apprendisti dal computo numerico) era giustificato dalla situazione molto deficitaria e difficile del mercato del lavoro.

In questo modo la Corte crea tuttavia un pericoloso precedente, dicendo in buona sostanza che al legislatore è sempre dato, senza condizionamenti, determinare condizioni derogatorie *in pejus* per intere classi di lavoratori, ossia discriminare in base a criteri sostanzialmente arbitrari.

6. Si poteva osare di più?

Un altro punto importante dell'ordinanza del Tribunale di Roma del 26 luglio 2017, su cui la Corte era stata chiamata ad esercitare il suo alto magistero, era quello relativo alla contrarietà della norma impugnata alla Carta dei diritti fondamentali, tema che i giudici della Consulta hanno affrontato e risolto nel solco delle note decisioni in materia. I giudici si sono limitati a ribadire il principio posto dall'art. 51 della Carta, secondo cui le disposizioni in essa contenute sono applicabili agli Stati membri unicamente quando questi ultimi "agiscono nell'ambito dell'applicazione del diritto dell'Unione", richiamando la giurisprudenza in tema della CGE³⁵ e della stessa Corte.³⁶

Era del resto piuttosto improbabile una diversa decisione sul punto. Anche se la direttiva antidiscriminatoria 2000/43 "incrocia" la disciplina dei licenziamenti individuali e il decreto legislativo n. 23, non poteva dirsi che il decreto legislativo costituisse provvedimento attuativo del diritto dell'Unione.

Tuttavia, sotto questo aspetto, le deduzioni del Giudice romano nell'ordinanza del 26 luglio 2017 (v. punto 2.C.) circa il contrasto con gli artt. 76 e 117 della Costituzione derivante dalla violazione dell'art. 30 della Carta, da utilizzare almeno come parametro di legittimità del diritto interno insieme alla Convenzione ILO, potevano forse essere maggiormente valorizzate.

In effetti, se si può comprendere che la Corte neghi l'efficacia della Carta al di fuori delle materie in cui l'ordinamento nazionale "incrocia" il diritto dell'Unione Europea,³⁷ meno chiara è

35 In particolare, con rinvio alla sentenza della Grande Sezione del 26 febbraio 2013, C-617/10 e all'ordinanza [26 ottobre 2017, causa C-333/17, Caixa Económica Montepio Geral contro Carlos Samuel Pimental Marinh e altri](#).

36 Corte costituzionale sent. n. 80 del 2011; sent. n. 63 del 2016; sent. n. 111 del 2017; ord. n. 138 del 2011.

37 v. la sentenza della Corte di Giustizia del 15 gennaio 2014, *Association de médiation sociale*, C-176/12 punto 42. Incidentalmente, si osserva che la CGE ha finora lasciato ben poco spazio all'applicazione diretta delle disposizioni della Carta, anche se qualche apertura sembra provenire dalla più recente giurisprudenza. Nella sentenza del 6 novembre 2018 della CGE (causa riunite C-569/16 e C-570/16) (Grande Sezione) *Wuppertal c. Bauer e Willmeroth c. BroBonn*, i giudici della Corte di Giustizia, in continuità con la sentenza *Egenberger* (17 aprile 2018, C-414/16), hanno affermato l'efficacia diretta dell'art. 31 della Carta, con obbligo del giudice, in caso di fallimento dei tentativi di operare un'interpretazione conforme, di disapplicare la norma interna. Ma pur sempre, bisogna ricordare, sul presupposto del carattere del tutto peculiare dell'art. 31 della Carta, discendendo da essa un diritto (alle ferie annuali retribuite) imperativo ed incondizionato, non richiedendo "una concretizzazione ad opera delle disposizioni del diritto dell'Unione o del diritto nazionale", con la conseguenza "che la suddetta disposizione è di per sé sufficiente a conferire ai lavoratori un diritto invocabile in quanto tale in una controversia contro il loro datore di lavoro, in una situazione disciplinata dal diritto dell'Unione e, di conseguenza, rientrante nell'ambito di applicazione della Carta".). Sull'obbligo di

la *ratio* per cui nega ad essa quanto meno la stessa "valenza" che riconosce ai trattati e alle norme convenzionali. Ed inoltre, non si comprende per quale ragione esclude che la Convenzione ILO, nei suoi criteri di adeguatezza e appropriatezza, possa svolgere analogo funzione parametrica del diritto interno, quanto meno come termine di raffronto.

Ma la questione, almeno in teoria, potrebbe non essere finita qui. Il giudice romano, infatti, ha rispettato nella fattispecie il principio della "doppia pregiudizialità" nei termini indicati dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 269/2017, ove si è affermato che nel caso in cui il Giudice rilevi l'esistenza di una simultanea violazione di diritti della persona riferibile tanto ai diritti protetti dalla Costituzione italiana quanto alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, deve sollevare la questione di legittimità costituzionale e consentire, quindi, ai giudici della Consulta di esercitare prioritariamente il controllo accentrato di legittimità, privilegiando in sostanza l'incidente di costituzionalità rispetto a quello relativo alla violazione dei principi della Carta.³⁸ Al di là del contrasto con i principi enunciati da altro versante dalla Corte di Giustizia,³⁹ bisogna dire che, per quanto riguarda la vicenda qui in esame, la parola torna al giudice romano, a cui spetta decidere la sorte del procedimento. Il quale, esaurita la fase del controllo di costituzionalità della norma, potrebbe (almeno in teoria) non ritenere esaurita anche quella riguardante la conformità della normativa nazionale alla Carta dei diritti dell'Unione Europea, con rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia per i profili di violazione dell'art. 30 della Carta. Presupposto è tuttavia sempre che si verta in ambito di rilevanza comunitaria, su cui, come si è già detto, sussiste l'ipoteca (ambigua ed al tempo stesso pesantissima) posta dall'art. 51 della Carta, secondo l'interpretazione frenante ad essa data dalla Corte di Giustizia Europea e ancor più dalla nostra Corte costituzionale.

7. La Carta Sociale Europea e il giudizio di costituzionalità.

Può essere considerata una conquista importante, oppure come il minimo che ci si potesse attendere dalla Consulta. Resta il fatto che la Carta Sociale Europea ha contribuito, insieme alle disposizioni della nostra Costituzione, a realizzare un riequilibrio quanto meno parziale della disciplina applicabile ai lavoratori assunti dopo il 7 marzo 2015.

Qui, in verità, si torna ad una decisione fondata sui principi "storici" della Corte. Il passaggio ad un sistema rigido e omologante basato sulla predeterminazione dei costi per il datore è stato censurato dalla Corte in modo molto netto, affermando che "la discrezionalità del giudice risponde...all'esigenza di personalizzazione del danno subito dal lavoratore",

disapplicazione delle norme nazionali in contrasto con il diritto dell'Unione si veda recentemente la sentenza 4 dicembre 2018, causa C-378/17, *Minister for Justice and Equality e Commissioner of An Garda Siochàna c. Workplace Relations Commissions*.

38 Sulle questioni poste dalla sentenza della Corte costituzionale, si veda A. Ruggeri, *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario assiologicamente pregnanti*, in *Rivista di diritti comparati*, 2017, 12, in diritticomparati.it; A. Cosentino, *Il dialogo fra le Corti e le sorti (sembra non magnifiche, né progressive) dell'integrazione europea*, in *Questione giustizia*, on line, 1 ottobre 2018; da ultimo, con molta chiarezza sulla *ratio* della direttiva della sentenza n. 269/2017 della Corte costituzionale, V. De Michele, in *La sentenza Sciotto della Cgue e la conversione a tempo indeterminato nel pubblico impiego nel dialogo con la Consulta*, in Europeanrights.eu, 15/11/2018, anche per gli ampi riferimenti bibliografici.

39 Si veda ad esempio la recente sentenza *Global Starnet Ltd* del 20 dicembre 2017, in cui si afferma che qualunque impedimento al potere del giudice comune di sottoporre immediatamente questioni pregiudiziali alla Corte di Giustizia, anche se costituito dall'esistenza di un procedimento di costituzionalità, implicherebbe la compromissione dell'effetto utile e dell'efficacia del diritto dell'Unione e dell'art. 267 TFUE. Sulle vicende successive e sul contenuto, rispettivamente, dell'ordinanza n. 3831/2018 e delle due decisioni della Cassazione n. 12108/18 e n. 13678/2018, che si sono divise circa l'impostazione della sentenza della Corte costituzionale n. 269/2017 (le ultime due sentenze della Cassazione hanno disposto l'immediata disapplicazione di normative nazionali in contrasto con il diritto dell'Unione e, in particolare, con l'ordinanza n. 13678/2018 la Corte di Cassazione, in un caso di rilevato contrasto di una norma nazionale con la Carta dei diritti fondamentali, ha proposto rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE senza "concedere" alla Corte costituzionale il privilegio del controllo accentrato preventivo), si veda A. Cosentino, op. cit., e L.S. Rossi, *Il "triangolo" giurisdizionale e la difficile applicazione della sentenza n. 269/17 della Corte costituzionale italiana*, in Federalismi.it.

imposta dal principio di uguaglianza (punto 11 della sentenza). Per la Corte questo sistema, oltre ad essere irragionevole, si presta ad essere censurato anche sotto il profilo dell'adeguatezza del risarcimento quando il licenziamento interviene nei primi anni di servizio del dipendente, richiamando in tal senso la giurisprudenza costituzionale in materia (sent. n. 199/2005, n. 420/1991), venendo meno la funzione dissuasiva dell'indennità sanzionatoria. Come scrive in modo velatamente ironico Stefano Giubboni, è questo il *de profundis* per la teoria della prevedibilità dei costi dell'illecito enfatizzata (ma solo per i licenziamenti) dagli epigoni italiani della *law and economics*. Inoltre, in questa parte si recupera una visione più nitida del controllo di ragionevolezza e il principio di uguaglianza viene in rilievo sia nel senso di impedire l'omologazione di situazioni diverse sia sotto il profilo della assimilazione di situazioni differenziate sotto un unico, rigido modello sanzionatorio.⁴⁰

Con quale conseguenza? Il giudice è relativamente libero di determinare il risarcimento del danno, utilizzando il proprio potere discrezionale di apprezzamento delle conseguenze dell'illecito e del suo contesto giuridico e fattuale.⁴¹ A ben vedere, la direttiva della Corte sul piano applicativo è prudente, tanto da riproporre il principio della correlazione del danno all'anzianità del lavoratore, che costituirebbe la base di partenza della quantificazione della sanzione da proporzionarsi poi attraverso gli altri criteri indicati dalla Corte.⁴²

Qui, in realtà, ci sarebbe semmai da dire che il parametro di costituzionalità andava integrato con il principio desumibile dall'art. 101 Costituzione, come suggerito dalla dottrina costituzionalistica,⁴³ non essendo ammissibile ridurre la funzione giurisdizionale a mero meccanismo o calcolatore automatico privandola del potere di valutare discrezionalmente, in base a criteri di proporzionalità, il danno e la responsabilità e decidere la relativa sanzione.⁴⁴ Comunque resta il fatto (importante) che è stata in tal modo esclusa la legittimità di criteri di natura economicistica che nulla hanno a che vedere con il principio di responsabilità e con la tutela in materia di illecito civile, e che, peraltro, avevano prodotto esiti per nulla "certi".⁴⁵

Sul punto dell'applicazione della Carta la decisione della Consulta merita attenta considerazione. Sembrano archiviarsi le ambiguità e contraddizioni del passato, anche recentemente manifestate, come nella sentenza n. 120 del 2018, in cui pure si riconosceva alla Carta il rango di "fonte interposta", insieme, tuttavia, ad una notevole limitazione della sua portata applicativa, depotenziando la giurisprudenza del Comitato europeo dei diritti sociali, il "custode" dei diritti enunciati dalla Carta.⁴⁶ Si legge infatti nella sentenza n. 120 che "a

40 A. Perulli, *Il valore del lavoro e la disciplina del licenziamento illegittimo*, op. cit. p. 346. Sul punto cfr. M.T. Carinci, *La Corte costituzionale n. 194/2018 ridisegna le tutele economiche per il licenziamento ingiustificato nel "Jobs Act"*, e oltre, op. cit.

41 Più in particolare, la Corte ha stabilito che "nel rispetto dei limiti, minimo e massimo, dell'intervallo in cui va quantificata l'indennità spettante al lavoratore illegittimamente licenziato, il giudice terrà conto innanzi tutto dell'anzianità di servizio - criterio che è prescritto dall'art. 1, comma 7 lett. c) della legge n. 184 del 2013 e che ispira il disegno riformatore del d. lgs. n. 23 del 2015 - nonché degli altri criteri già prima richiamati, desumibili in chiave sistematica dalla evoluzione della disciplina limitativa dei licenziamenti (numero dei dipendenti occupati, dimensioni dell'attività economica, comportamento e condizioni delle parti)".

42 Sul punto si veda S. Giubboni, *Il licenziamento del lavoratore con contratto <<a tutele crescenti>> dopo l'intervento della Corte costituzionale*, op. cit. p. 3; G. Mimmo, *La disciplina sanzionatoria del licenziamento invalido, dalla legge n. 604 del 1966 al Jos Act, modificato dal decreto dignità, alla Corte Cost. 8 novembre 2018 n. 194*, in *Il Giuslavorista*, 20 novembre 2018. Una prima applicazione dei nuovi criteri è in Trib. Bari 11 novembre 2018.

43 Come scrive C. Salazar (in *Il diritto al lavoro e il Jobs Act: quale destino per il "principe dei diritti sociali"?*, op. cit.) "solo un plateale fraintendimento del significato della "soggezione dei giudici alla legge" affermata dall'art. 101 Cost. può indurre a ritenere che sia possibile alla legge stessa imporre alla magistratura l'accantonamento del canone di ragionevolezza-proporzionalità nell'esercizio dell'attività ermeneutica".

44 Si veda, anche per i riferimenti, seppure riferiti ad altra normativa, G. Fontana, *Problemi applicativi dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori in materia di licenziamento disciplinare*, in *Riv.it.dir.lav.*, 2014, 2, p. 273 ss.

45 Cfr. R. De Luca Tamajo, *Licenziamento disciplinare, clausole elastiche, fatto contestato*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2015, 2, p. 269 ss.; C. Cester, *I licenziamenti fra passato e futuro*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2016, 1105 ss. Per considerazioni critiche sull'equità delle recenti riforme legislative in materia di disciplina dei licenziamenti individuali, v. R. Pessi, *Il notevole inadempimento tra fatto materiale e fatto giuridico*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2015, 1, p. 32.

46 Sulla sentenza n. 120 si veda C. Salazar, *La Carta sociale nella sentenza n. 120 del 2018 della Consulta: ogni cosa è illuminata?*, in *Quaderni costituzionali*, 2018, 4 p. 903, che giustamente nota come in questo modo la Corte sembra

differenza della CEDU, la Carta Sociale Europea non contiene una disposizione di effetto equivalente all'art. 31, paragrafo 1", e pertanto, nei confronti delle decisioni del Comitato europeo non vige lo stesso principio affermato dalla Corte costituzionale con le sentenze gemelle n. 348 e 349 del 2007 in relazione alle disposizioni della CEDU ("che vivono", come scrissero i giudici della Consulta, "nell'interpretazione che delle stesse viene data dalla Corte europea", sicché esse rilevano, quando sono chiamate in causa per la verifica di legittimità delle norme del diritto interno, non come norme "in sé e per sé considerate" ma "come prodotto dell'interpretazione": v. sent. n. 348/2007).

Con questa affermazione/distinzione così netta si rilancia indubbiamente una visione riduttiva della Carta, privando le decisioni del Comitato del carattere di indirizzo assolutamente privilegiato nell'interpretazione della Carta: condizione necessaria per recepire all'interno dell'ordinamento nazionale tutto il patrimonio di interpretazioni e decisioni, in alcuni casi molto avanzato, del Comitato stesso, che spesso non ha semplicemente prodotto decisioni interpretative ma, con il suo lavoro, ha arricchito il contenuto delle tutele previste dalla Carta sociale europea. In pratica, prendendo a prestito le parole utilizzate dai giudici nella sentenza n. 348/2007, si potrebbe dire che se una norma (non di dettaglio ma contenente principi di carattere generale) "vive" dell'interpretazione che ne danno gli organi istituzionalmente incaricati di darne concreta attuazione, allora mettere la sordina alla voce del Comitato, non riconoscerne il suo ruolo di interprete autentico della Carta Sociale, significa di fatto ridurre anche l'importanza della Carta stessa e tornare, almeno in parte, a quella interpretazione "elusiva e riduttiva" che ha caratterizzato in passato la giurisprudenza costituzionale.⁴⁷

Bene dunque fa la sentenza n. 194 a ricordare che le decisioni del Comitato, per l'autorevolezza che possiede, costituiscono un riferimento imprescindibile, richiamando anche un precedente specifico, citato peraltro dal Giudice romano nella sua ordinanza di rimessione. In questo modo, la Corte si smarca rispetto alla visione formalistica del precedente in tema, che finiva per "spegnere" la voce del Ceds. Posizione, questa, incomprensibile, visto che il problema, più delle diversità fra la Carta e la Convenzione, è stabilire se la "voce" del Comitato non rappresenti comunque il "diritto vivente". D'altra parte, più volte la dottrina ha posto l'accento sulla natura giurisdizionale o para-giurisdizionale del procedimento dei reclami collettivi, sul potere del Comitato di emettere decisioni su controversie e sull'attuazione di queste decisioni nell'ordinamento interno come elementi sufficienti per dare a questa giurisprudenza il ruolo che merita nell'ordinamento multilivello.⁴⁸ Ricorrere all'argomento della natura non tecnicamente giurisdizionale delle decisioni del Comitato per escludere l'efficacia della Carta sembra, dunque, non considerare adeguatamente "...i fini – del tutto conformi ai valori costituzionali dei diritti sociali – che il Ceds persegue: basta ricordare il riconoscimento costituzionale dei diritti sociali e il connesso principio generale di giustizia (già presente nell'art. 11)".⁴⁹

Resta il problema del rafforzamento della procedura di reclami collettivi dinanzi al Comitato. Il Documento di Bruxelles sull'avvenire della protezione dei diritti sociali in Europa, adottato il 12-13 febbraio 2015 a conclusione del "Processus de Turin",⁵⁰ ha messo l'accento sul limitato numero di Stati, fra gli Stati del Consiglio d'Europa, che hanno aderito al

voler gestire il dialogo con il Ceds "con una libertà maggiore rispetto a quella di cui dispone nel dialogo con il Giudice di Strasburgo".

47 A. Spadaro, *Sull'aporia logica dei diritti riconosciuti sul piano internazionale, ma negati sul piano costituzionale (nota sulla discutibile "freddezza" della Corte costituzionale verso due Carte internazionali: la CSE e la CEAL)*, in C. Panzera, A. Rauti, C. Salazar, A. Spadaro (a cura di), *La Carta Sociale Europea tra universalità dei diritti ed effettività delle tutele*, Editoriale Scientifica Napoli, 2016, p. 13.

48 C. Panzera, *Diritti ineffettivi? Gli strumenti di tutela della Carta Sociale Europea*, in C. Panzera, A. Rauti, C. Salazar, A. Spadaro (a cura di), *La Carta Sociale Europea tra universalità dei diritti ed effettività delle tutele*, op. cit. p. 109 ss.

49 A. Spadaro, op. ult. cit. p. 22.

50 Su cui si veda, per maggiori informazioni, G. Palmisano, *La Charte Sociale révisée. , vingt ans après. Défis et perspectives*, in C. Panzera, A. Rauti, C. Salazar, A. Spadaro (a cura di), *La Carta Sociale Europea tra universalità dei diritti ed effettività delle tutele*, op. cit. spec. nota n. 16.

protocollo sui reclami collettivi (15 su 43). Creando in tal modo una applicabilità dimidiata dei sistemi di controllo che, si è osservato, "...risque d'être amplifiée par la nature quasi-jurisdictionnelle de la procédure de réclamations,, désormais considérée comme un système complémentaire, pour ce qui est des droits sociaux et économiques, au système de recours auprès de la Cour européenne des droits de l'homme".⁵¹

Del resto il problema critico dell'effettività della Carta Sociale è stato a lungo un rompicapo per la dottrina costituzionalistica.⁵² Le ambiguità, infatti, non sono soltanto degli interpreti ma sono insite nella Carta, visto che gli stati sono liberi di scegliere, fra quelli enunciati dalla Carta, quali diritti in concreto proteggere e visto altresì il potere degli stati circa il modo di applicare e tradurre nel proprio ordinamento interno gli obblighi assunti con la sottoscrizione della Carta. Inoltre, il rifiuto ingiustificato ed ingiustificabile dell'Unione di aderire alla Carta Sociale, rappresenta altra ipotesi negativa. Insomma, le maglie sono così larghe da rendere incerta la vincolatività della Carta rispetto agli ordinamenti nazionali.⁵³

Pur con questi limiti, i meccanismi (seppure imperfetti) attuativi dei diritti sociali fondamentali previsti dalla Carta revisionata hanno contribuito ad estendere l'applicazione della Carta e la sua "notorietà" nel panorama giurisprudenziale.⁵⁴

Il ruolo del Comitato europeo dei diritti sociali è stato poi molto significativo nel contesto della crisi europea, nel momento in cui l'ordinamento interno degli stati è andato incontro ad un'involuzione in senso recessivo del proprio tessuto normativo in materia di diritti sociali e di diritto/i del lavoro.⁵⁵ Basti qui citare le decisioni del Comitato sul caso dei memorandum sottoscritti dalla Grecia e l'antitesi, su altro versante, alla dottrina della Corte di Giustizia elaborata con il "quartetto Laval".⁵⁶ Non a caso la Carta Sociale era stata invocata dalla dottrina, anche in Italia, proprio in relazione al problema posto dalla riforma dei licenziamenti introdotta dal d. lgs. n. 23 del 2015.⁵⁷

E' interessante leggere le linee applicative dell'art. 24 della Carta, elaborate dal Ceds in base alla sua giurisprudenza, pubblicate nel *Digest of the case law of the European Committee of Social Rights* del 1° settembre 2018, che prevedono in modo specifico i criteri di adeguatezza della sanzione a beneficio del lavoratore licenziato ingiustificatamente. In particolare, il Comitato ha stabilito quanto segue: "Any employee who considers him- or

51 R. Priore, *Les systèmes de contrôle de l'application de la Charte sociale européenne: la procédure de réclamations collectives*, in M.D'Amico-G. Guiglia, (eds), *European Social Charter and the Challenges of the XXI Century*, ESI, Napoli, 2014, p. 161.

52 v. A. Spadaro, *Sull'aporia logica dei diritti riconosciuti sul piano internazionale, ma negati sul piano costituzionale (nota sulla discutibile "freddezza" della Corte costituzionale verso due Carte internazionali: la CSE e la CEAL)*, in C. Panzera, A. Rauti, C. Salazar, A. Spadaro (a cura di), *La Carta Sociale Europea tra universalità dei diritti ed effettività delle tutele*, op. cit. (ma anche in Consulta on line, 2015, p. 502 ss.) il quale giustamente nota, con sarcasmo, che "...è storia vecchia che alcuni diritti vengano "in astratto" proclamati, anzi declamati ai quattro venti, ma poi in concreto siano negletti o comunque restino inattuati".

53 v. C. Panzera, *La <<voce>> del Comitato europeo dei diritti sociali*, in B. Caruso, G. Fontana (a cura di) *Lavoro e diritti sociali nella crisi europea*, Bologna, Il Mulino, 2015.

54 v. O. De Schutter, *The Two Lives of the European Social Charter*, in O. De Schutter (eds.), *The European Social Charter: a Social Constitution for Europe*, Bruylant ed., Bruxelles, 2010.

55 Sui problemi di applicazione della Carta Sociale si veda anche G. Fontana, *La Carta Sociale Europea e il diritto del lavoro oggi*, in C. Panzera, A. Rauti, C. Salazar, A. Spadaro (a cura di), *La Carta Sociale Europea tra universalità dei diritti ed effettività delle tutele*, op. cit., p. 157 ss., o in CSDLE "Massimo D'Antona", 2016, 132.

56 Su cui si vedano, rispettivamente, fra gli altri, i recenti commenti di G. Guiglia, *La giurisprudenza del Comitato europeo dei diritti sociali al tempo della crisi economica: le decisioni concernenti la Grecia*, e di J.F. Akandji-Kombé, *La Charte sociale européenne et les autres instruments européens des droits de l'homme*, entrambi in in C. Panzera, A. Rauti, C. Salazar, A. Spadaro (a cura di), *La Carta Sociale Europea tra universalità dei diritti ed effettività delle tutele*, op. cit.

57 S. Giubboni, *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, in CSDLE "Massimo D'Antona", 2015, 246; F. Buffa, *I licenziamenti nel Jobs Act e nelle norme internazionali*, Key ed., 2015 e dello stesso autore *Compatibilità del contratto a tutele crescenti con il diritto europeo*, in *Questione Giustizia*, 2015, 3; V. Speciale, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra Costituzione e diritto europeo*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2016, 1, I; C. Salazar, *Il diritto del lavoro e il Jobs Act: quale destino per il "principe" dei diritti sociali?*, in *Scritti in onore di G. Silvestri*, vol. III, Giappichelli ed., 2016; G. Fontana, *La riforma del lavoro, i licenziamenti e la Costituzione. Riflessioni critiche*, in *Costituzionalismo.it*

herself to have been dismissed without valid reason must have the right to appeal to an impartial body. In all the states the Committee has examined to date, it has been possible to appeal to a court or a tribunal. If employment is terminated for economic reasons, the appeal body must be empowered to investigate the economic facts underlying the measures. Employees dismissed without valid reason must be granted adequate compensation or other appropriate relief. Compensation systems are considered appropriate if they include the following provisions: reimbursement of financial losses incurred between the date of dismissal and the decision of the appeal body; the possibility of reinstatement; and/or compensation of a high enough level to dissuade the employer and make good the damage suffered by the employee".⁵⁸ Come si vede il Comitato inserisce la possibilità di reintegrazione fra gli indici di adeguatezza della sanzione.⁵⁹

In conclusione, date le incertezze, bisognerà attendere ancora per capire se è intenzione della Corte avviare un dialogo proficuo con il Comitato europeo dei diritti sociali, oppure se la sentenza n. 194 resterà un episodio isolato. In realtà la Corte costituzionale non ha mai manifestato nei confronti della Carta Sociale grandi aperture ed anzi in passato ha considerato le sue disposizioni come norme "senza uno specifico contenuto precettivo" (v. ad esempio la sentenza n. 325/2010), documenti di "mero indirizzo", vale a dire non vincolanti (Corte cost. n. 50/2015). Questa giurisprudenza, che qualcuno ha giustamente definito indice di un "comodo conservatorismo giurisprudenziale",⁶⁰ potrebbe riproporsi e nuovamente condizionare in negativo l'attuazione della Carta. In effetti, ancora non si è vista una sola decisione che motivi l'incostituzionalità di una norma esclusivamente per la violazione della Carta Sociale Europea, ai sensi dell'art. 117 1° comma. Ecco perché la sentenza n. 194 acquista, in un contesto così difficile, un'importanza ancora più significativa.

8. Conclusioni.

Come si è detto in apertura di questo contributo, la recente sentenza n. 194 sembra colpita da uno strano incantesimo e presenta due facce, o per meglio dire due identità. Come nel racconto gotico di Louis Stevenson di *Jekyll* e *Hide*, le due identità differiscono e rappresentano opposte personalità. Se l'incompiutezza della sentenza sul problema della discriminazione fra lavoratori sembra nel migliore dei casi una prova di "timidezza", nell'altra parte, che guarda coraggiosamente alla Carta Sociale come ad una fonte di diritto finalmente applicabile, la Corte pare invece coraggiosamente compresa del proprio ruolo di custode dei diritti fondamentali.

Oltre all'avallo (si spera involontario) fornito alle teoriche neo-liberiste della Scuola di Chicago,⁶¹ una riflessione critica meriterebbe la questione in verità poco indagata del rovesciamento del "diritto diseguale" insito nel discorso secondo cui l'obiettivo del rafforzamento delle possibilità occupazionali per le forze che fanno il loro ingresso nel mercato del lavoro costituirebbe non solo un fondamento credibile delle riforme recessive, ma, soprattutto, una giustificazione legittima delle differenze di trattamento fra situazioni

58 Il *Digest* è reperibile sul sito rm.coe.int; il testo citato è a pag. 153, sub art. 24.

59 Sull'opera del Comitato europeo si veda L. Jimena Quesada, *Defensa y garantía de los derechos sociales por el consejo de Europa: atención especial al Comité Europeo de Derechos Sociales*, in Mellado-Quesada-Beltrán, *La jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales frente a la crisis económica*, Bomarzo, Albacete, 2014.

60 v. A. Spadaro, *Sull'aporia logica dei diritti riconosciuti sul piano internazionale, ma negati sul piano costituzionale (nota sulla discutibile "freddezza" della Corte costituzionale verso due Carte internazionali: la CSE e la CEAL)*, op. cit. p. 14.

61 Su questo punto ci sarebbe bisogno di maggiore chiarezza. Il problema non è il tramonto del "posto fisso" (in questi termini G. Santoro Passarelli, *Sulle categorie del diritto del lavoro "riformate"*, in *Dir. Rel. Ind.* 2016, p. 60) ma le conseguenze derivanti dalla risoluzione illegittima del rapporto di lavoro nell'ambito di un rapporto a tempo indeterminato, quando cioè l'atto negoziale del datore è idoneo a produrre l'effetto risolutorio in base alle comuni regole di diritto.

oggettivamente assimilabili. Non è la prima volta che accade – come si è visto, nel caso della sospensione del computo degli apprendisti ai fini dell'applicazione della tutela reale si ragionò nello stesso modo – ma mai in termini così radicali e significativi, cambiando per un intero settore del mercato del lavoro la disciplina applicabile in materia di licenziamenti.⁶² Si registra in tal modo una vera e propria inversione del significato delle "azioni positive", volte, in funzione di un obiettivo egualitario o emancipatorio, a stabilire condizioni di vantaggio per alcune categorie. Ora, invece, il nuovo diritto diseguale riserva non condizioni di privilegio ai gruppi svantaggiati ma trattamenti peggiorativi, pur di "rafforzare la possibilità" di futuri benefici (la presunta migliore occupabilità). Si tratta di una "filosofia" che oltre ad essere discutibile sul piano dei suoi presupposti metodologici – poiché, si ripete, l'equazione secondo cui minori diritti portano più lavoro è priva di qualsiasi evidenza empirica e scientifica – provoca una straordinaria mutazione di senso del principio del *favor*. In realtà è una invenzione piuttosto recente rappresentata come una politica per i giovani la creazione di aree di immunità rispetto ai diritti "degli altri", ma è difficile considerarla come un indirizzo di politica legislativa "promozionale". Potrebbe dunque aver ragione chi sostiene che il vero obiettivo della *deregulation* sia stato quello di garantire alle imprese la disponibilità di una forza lavoro a basso costo? Se così fosse, si capirebbe meglio l'atteggiamento del potere politico, economico e sindacale nei confronti dei giovani, sulle cui spalle è stato caricato nel modo più cinico possibile tutto il peso (o quasi) della competitività del sistema economico-produttivo e dell'*austerità*, negando nei fatti quella solidarietà inter-generazione di cui tanto si parla.⁶³ Negata in tutti i modi, a partire dai modelli redistributivi finora imperanti che hanno sempre premiato gli anziani, per finire alla precarizzazione dei rapporti di lavoro e infine alla riforma dei licenziamenti, di cui ci occupiamo qui, che vede crearsi un nuovo dualismo fra lavoratori anziani ancora garantiti (seppure in modo meno incisivo dopo la legge n. 92/2012, emblema dell'*austerità* euro-tecnocratica) e lavoratori giovani (sono loro, nella gran parte, i nuovi lavoratori assunti dopo il 7 marzo 2015, ai quali si chiede di rinunciare di fatto ad ogni tutela effettiva in cambio della "speranza" di un'occupazione, in un contesto di rinnovato unilateralismo del potere contrattuale del datore di lavoro).

Certo, per tornare all'*incipit* di questo lavoro, non bisogna dimenticare il "controcanto" e cioè il fatto che la Corte costituzionale, pur avendo rinunciato ad eseguire un controllo di ragionevolezza che l'avrebbe forse costretta a rilevare l'inaammissibilità di questa disuguaglianza fra lavoratori, ha tuttavia corretto il tiro della manovra legislativa, smentendola quanto meno sul versante della misura dell'indennità risarcitoria ed adeguandola ai parametri costituzionali. Resta (e non è poco) l'importanza del riconoscimento della Carta Sociale Europea, il lato buono di cui abbiamo parlato, il lato *Jekyll*. Dopo le ambiguità della sentenza n. 120/2018, un passo avanti sul terreno dell'affermazione dei diritti enunciati dalla Carta. Ma come la mettiamo con l'uguaglianza giuridica? *One step forward and two step back* (come disse un celebre agitatore politico nel lontano maggio del 1904).

62 Si veda in un'ottica critica, fra gli altri, M. Barbieri, *Il licenziamento individuale ingiustificato irrogato per motivi economici e il licenziamento collettivo*, in M.T. Carinci, A. Tursi (a cura di), *Jobs Act. Il contratto a tutele crescenti*, Torino, 2015, p. 127; L. Zoppoli, *Il licenziamento e la legge: una (vecchia) questione di limiti*, p. 434.

63 Tanto da giustificare la disparità di trattamento realizzata dal legislatore con l'esigenza di tutelare l'aspettativa dei lavoratori più anziani alla conservazione del regime di disciplina già garantito. Si veda ad esempio la posizione di autori come G. Proia, *Il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato a tutele crescenti*, op. cit. e C. Celentano, *La tutela indennitaria e reintegratoria: compatibilità costituzionale e comunitaria*, in Riv.it.dir.lav., 2015, I, p. 396.