

## Capitolo VII

### DIFFERENZIAZIONE DEI TRATTAMENTI E INQUADRAMENTO PROFESSIONALE

#### Sezione I

#### INTRODUZIONE A UNA TEORIA DELLA DIFFERENZIAZIONE DEI TRATTAMENTI

Sommario: 156. Classificazione dei criteri possibili di differenziazione. — 157. Prima classe: criteri attinenti al contenuto della prestazione. — 158. Seconda classe: criteri attinenti alla capacità professionale del lavoratore indipendentemente dal contenuto del suo debito contrattuale (c.d. « qualifica soggettiva »). — 159. Terza classe: criteri non attinenti né alle mansioni né alla capacità soggettiva del lavoratore. — 160. Quarta classe: criteri volti a dividere i lavoratori in categorie non comunicanti fra loro.

**156. Classificazione dei criteri possibili di differenziazione.** — I sistemi di inquadramento o comunque di differenziazione dei trattamenti (1) — contrattati o imposti unilateralmente dagli imprenditori — sono, fin dalle origini, fondati soltanto in parte su criteri di misurazione o apprezzamento del « valore » delle mansioni dedotte nel rapporto di lavoro (2), attribuendo essi invece sovente rilevanza anche a elementi di natura diversa, quali il sesso del prestatore, la sua età, la sua anzianità di servizio e altri ancora. Se possono dirsi in via di superamento le differenze di inquadramento e trattamento collegate al sesso e all'età dei lavoratori, è però ancora largamente presente nei contratti collettivi, in materia di inquadramento e di conseguenti differenziazioni retributive, come vedremo meglio tra breve (§ 159), il riferimento a elementi che con il contenuto delle mansioni hanno ben poco a che fare o sono collegati assai alla lontana. E anche tra i criteri fondati sul riferimento esclusivo al contenuto delle mansioni possono operarsi numerose distinzioni, dandosi sovente il caso che essi rispondano, più o meno direttamente, a esigenze diverse da quella della commisurazione del trattamento al valore della prestazione lavorativa (3).

Nel corso della trattazione che segue sono indicate con il termine « criteri di inquadramento » le singole regole — legislative, contrattuali o regolamentari — che presiedono alla suddivisione dei lavoratori in categorie, sottocategorie, gruppi o livelli, disaggregate in relazione agli elementi a cui esse attribuiscono rilievo. Con il termine « sistemi di inquadramento » sono invece indicati gli insiemi organici di regole che disciplinano la materia nei diversi settori e aziende (4). Va da sé che nell'ambito di qualsiasi sistema di inquadramento possono operare e coniugarsi numerosi criteri, anche diversissimi tra loro.

In sede di sistemazione teorica della materia è necessario prendere in considerazione l'intera gamma delle disposizioni volte sostanzialmente a suddividere i lavoratori in categorie soggette a trattamenti differenziati, quale che ne sia la collocazione o intitolazione formale; salvo poi discernere *I*) i criteri che attengono realmente al contenuto della prestazione (volti a commisurare al suo « valore » il trattamento del lavoratore), da *II*) quelli che attengono alla capacità del lavoratore indipendentemente dalla sua utilizzazione in concreto, e da *III*) quelli che non attengono né al contenuto della prestazione, né alla capacità del lavoratore, bensì a elementi di natura diversa.

**157. Prima classe: criteri attinenti al contenuto della prestazione.** — Alla prima classe, di gran lunga la più numerosa e articolata, appartengono tutti i criteri di inquadramento che attribuiscono rilevanza al contenuto della prestazione (quelli che i giuristi anglosassoni indicano come *job related*), ovvero al ruolo effettivamente assegnato al lavoratore nell'organizzazione aziendale, ai fini della commisurazione del trattamento al « valore » della prestazione stessa.

Si tratta, innanzitutto, dei criteri riferiti al tipo di mansioni svolte dal lavoratore. Questi possono consistere nella determinazione diretta della categoria in cui deve essere inquadrata una figura professionale o qualifica (5) (ad es.: il fresatore deve essere inquadrato come operaio di 2<sup>a</sup> cat.; l'attrezzista come operaio di 1<sup>a</sup>; la dattilografa come impiegata di 4<sup>a</sup>; ecc.), oppure nella indicazione generica dei requisiti professionali necessari per l'inquadramento in una categoria (c.d. « declaratoria »; ad es.: appartengono alla seconda categoria impiegatizia i lavoratori che svolgono mansioni di concetto per le quali si richiedono approfondite conoscenze teoriche e pratiche specifiche). I sistemi di inquadramento previsti dai contratti collettivi nazionali sono solitamente basati su di una combinazione di criteri dei due tipi teste menzionati: alla « declaratoria » relativa a ciascuna categoria fa seguito l'elencazione indicativa dei « profili professionali » appartenenti alla categoria stessa; ciò che consente un controllo della coerenza tra la disposizione generica e quella specifica (vedremo a suo luogo la rilevanza che tale controllo può assumere, particolarmente in materia di prevenzione o repressione delle discriminazioni indirette: § 173) (6). Ma accade altresì che le disposizioni collettive o legislative indichino soltanto il criterio generale, oppure che esse procedano direttamente all'indicazione della categoria in cui deve essere inquadrata una determinata figura professionale, senza indicare i requisiti generici di appartenenza alla categoria stessa.

I criteri di inquadramento che attribuiscono rilievo al tipo di mansioni assegnate al lavoratore possono essere classificati in tre sottoclassi a seconda che essi facciano riferimento:

— alle mansioni svolte dal lavoratore attualmente o in passato (ad es.: deve essere inquadrato nel livello A il lavoratore che svolge o abbia svolto, alle dipendenze dell'azienda, le mansioni M1, M2 e/o M3);

— oppure alle sole mansioni svolte al presente (ad esempio: deve essere inquadrato nel livello A soltanto chi attualmente svolge le mansioni M1, M2 e/o M3, indipendentemente dalle mansioni svolte in precedenza);  
— oppure alle mansioni suscettibili di essere assegnate al lavoratore, anche in futuro (ad esempio: deve essere inquadrato nel livello A il lavoratore i cui compiti contrattuali comprendano le mansioni M1, M2 ed M3, ancorché non tutte effettivamente svolte attualmente o in passato).

La distinzione tra i criteri del primo e del secondo tipo testè indicati assume rilevanza nei casi in cui due lavoratori svolgenti attualmente le stesse mansioni abbiano svolto in passato mansioni diverse, in relazione alle quali il trattamento puo` essere differenziato (7); inoltre nel caso, ben circoscritto dall'art. 2103 c.c., nel quale e` consentito assegnare temporaneamente al lavoratore determinate mansioni e poi retrocederlo alle mansioni inferiori precedentemente svolte: la norma citata consente, in questo caso, che l'inquadramento del lavoratore prescindendo dalle mansioni superiori svolte temporaneamente in passato. Maggiore rilevanza assume la distinzione tra i criteri dei primi due tipi e quelli del terzo, cui puo` essere affidata la funzione di valorizzare la versatilita` del lavoratore rispetto alla sua specializzazione (8) (cosi` nel c.d. « inquadramento unico », introdotto nei principali settori dell'industria nei primi anni Settanta, alcuni commentatori hanno ravvisato un — almeno tendenziale — superamento del riferimento al « mestiere » inteso in senso tradizionale, in favore di una piu` ampia considerazione delle potenzialita` professionali dei lavoratori) (9).

Far dipendere l'inquadramento dal contenuto della prestazione non significa necessariamente farlo dipendere soltanto dal tipo di mansioni assegnate al lavoratore: il criterio di inquadramento puo` anche determinare l'assegnazione a categorie diverse di lavoratori svolgenti le stesse mansioni, attribuendo rilevanza al *modo* in cui queste sono svolte (10); ad esempio, una medesima mansione di interprete in lingua straniera puo` essere svolta da due lavoratori con un diverso grado di capacita` e conoscenza della lingua stessa; una medesima mansione di direzione di filiale bancaria puo` essere svolta da due lavoratori con un diverso grado di esperienza o capacita` di iniziativa; e il contratto collettivo puo` attribuire rilevanza alla conseguente diversita` di contenuto — e « valore » — della prestazione, anche eventualmente riconoscendo al datore di lavoro uno spazio di discrezionalita` in proposito per la differenziazione dei trattamenti (11). Il riferimento a un livello accettabile di capacita` del lavoratore nello svolgimento dei compiti assegnatigli e`, del resto, considerato in linea generale implicito in tutte le clausole collettive che collegano l'inquadramento in una determinata categoria allo svolgimento di determinate mansioni: non basta l'assegnazione di tali mansioni per l'inquadramento nella categoria corrispondente, ma occorre anche che il lavoratore dimostri di saperle svolgere con sufficiente abilita` (12), dovendo altrimenti l'assegnazione intendersi fatta in funzione di una fase di addestramento preliminare, che non da` immediatamente diritto all'inquadramento corrispondente alle mansioni non ancora compiutamente apprese.

Rientrano ancora nella prima classe qui esaminata i criteri di inquadramento che attribuiscono rilievo, a parita` di mansioni, ad aspetti particolari della prestazione, quali ad esempio la sua estensione nell'unita` di tempo (13), la disponibilita` del lavoratore per una prestazione flessibile nella dimensione o nella dislocazione temporale o geografica (14), la sua posizione nella gerarchia aziendale (anche, talora, in riferimento alle dimensioni dell'unita` produttiva), la responsabilita` su di lui incombente per eventuali danni derivanti dalla scorretta esecuzione della prestazione, i suoi poteri di rappresentanza esterna dell'impresa datrice di lavoro e la relativa estensione, il fatto che egli operi o no a contatto con il pubblico, con o senza maneggio di denaro, in affiancamento o no a un collega di grado superiore.

**158. Seconda classe: criteri attinenti alla capacita` professionale del lavoratore indipendentemente dal contenuto del suo debito contrattuale (c.d. « qualifica soggettiva »).** — I criteri di inquadramento riferiti al titolo di studio del lavoratore (15), al suo diploma di formazione professionale (16), alla sua abilitazione all'esercizio di determinate professioni (iscrizione a ordini o albi professionali), oppure ancora ai suoi precedenti lavorativi nell'ambito di rapporti di lavoro diversi (17) mirano a valorizzare direttamente non la professionalita` effettivamente esercitata dal lavoratore nell'esecuzione della prestazione contrattuale, e neppure l'estensione potenziale della prestazione medesima secondo il programma pattuito fra le parti, bensì la « qualifica soggettiva », ovvero una sorta di *status* professionale acquisito dal lavoratore mediante corsi di studio o di formazione, o per il fatto di aver ricoperto in passato determinati ruoli aziendali, indipendentemente dal ruolo contrattualmente assegnatogli nel rapporto di lavoro in atto. L'irrelevanza della qualifica soggettiva ai fini della definizione del debito contrattuale del lavoratore — sulla quale torneremo a suo luogo — e` sottolineata, sul piano della teoria generale, dalla collocazione dei criteri ad essa riferiti in una classe distinta dalla prima.

La nostra legislazione — come vedremo meglio nelle pagine che seguono — non attribuisce direttamente rilievo alla qualifica soggettiva nel rapporto di lavoro (18), salvi i casi in cui l'iscrizione a un ordine o albo professionale sia posta dalla legge come requisito per l'acquisizione di una determinata qualifica nell'ambito del rapporto (19). Criteri di inquadramento che fanno riferimento alla qualifica soggettiva ricorrono invece con notevole frequenza nella contrattazione collettiva; mai pero` in forma esclusiva: essi compaiono per lo piu` in combinazione con criteri riferiti alle mansioni effettivamente svolte.

**159. Terza classe: criteri non attinenti ne` alle mansioni ne` alla capacita` soggettiva del lavoratore.** — Rientrano, innanzitutto, in questa classe le regole, ancora oggi ricorrenti (e non solo nella contrattazione collettiva) (20), che attribuiscono rilievo per l'inquadramento del lavoratore alla sua anzianita` di servizio nell'azienda, nel settore, e/o in una determinata qualifica. E' ben vero che l'anzianita` puo` sovente essere considerata quale indice di esperienza, quindi di maggiore professionalita`, con conseguente classificabilita` di questo criterio, da un punto di vista sostanziale, nella prima o nella seconda classe sopra individuate (21); ma in molti altri casi l'anzianita` assurge a criterio di inquadramento per motivi che non sembrano poter avere nulla a che fare con il contenuto effettivo delle mansioni o con effettivi incrementi di professionalita` soggettiva: e` questo, ad esempio, il caso del manovale metalmeccanico cui il

contratto collettivo dà diritto di accedere automaticamente dal 1° al 2° livello dopo 4 mesi di lavoro se « addetto alla produzione » e dopo 18 mesi in caso contrario (22), e che tuttavia continuerà a scaricare camion esattamente come prima anche dopo la promozione. Questo non impedisce che il criterio dell'anzianità (diffusissimo nella contrattazione collettiva straniera, e in particolare in quella statunitense e in quella britannica, che alla *seniority* ricollegano gran parte delle tutele) sia stato riconosciuto come criterio senz'altro legittimo nell'art. 7 del c.d. Patto di New York del 1966 (§ 15), che pure stabilisce anche il principio di pari trattamento per lavoro di pari valore (23).

Appartengono a questa terza classe anche i criteri che fanno riferimento alle dimensioni dell'azienda o dell'unità produttiva, alla sua dislocazione geografica (24), o alle dimensioni del centro urbano in cui essa si colloca (anche questi elementi possono però talora influire direttamente o indirettamente sulla responsabilità del lavoratore, con conseguente classificabilità del criterio nella prima classe) (25); inoltre i criteri di scelta dei lavoratori da licenziare nelle procedure di riduzione del personale, che attribuiscono rilevanza al carico di famiglia e all'anzianità di servizio; o quelli che attribuiscono rilevanza ai fini dell'inquadramento e/o della determinazione del trattamento dei lavoratori al fatto che essi abbiano compiuto il servizio militare, o al numero delle gravidanze avute (vedremo — § 171 — come questi ultimi criteri possano dar luogo a discriminazioni indirette ai danni dell'uno o dell'altro sesso ed essere pertanto vietati, salvo che l'una discriminazione sia statisticamente compensata dall'altra).

Allo stesso modo deve ascriversi alla terza classe anche qualsiasi criterio di differenziazione del trattamento riferito allo stato di bisogno del lavoratore o ai suoi carichi di famiglia (oggi rilevanti nel nostro ordinamento soprattutto sul piano previdenziale ai fini della determinazione dei c.d. assegni familiari): in questo senso si può affermare che il motto comunista « da ciascuno secondo le sue possibilità, a ciascuno secondo il suo bisogno », di cui una traccia rilevante è rimasta nell'art. 36 Cost. (principio della « retribuzione sufficiente ») (26), mira a sostituire o affiancare i criteri di differenziazione della prima e seconda classe con criteri appartenenti alla terza.

Appartengono a questa terza classe anche i criteri di inquadramento — oggi al bando nel nostro ordinamento — che fanno riferimento al sesso del lavoratore (27), alla sua età (28), alla sua razza, alla sua nazionalità o appartenenza etnica.

Si è avuta notizia di premi aziendali istituiti da imprenditori statunitensi, britannici e tedeschi per i dipendenti non fumatori; anche un siffatto criterio di differenziazione del trattamento, essendo riferito a circostanza estranea al contenuto della prestazione, appartiene alla terza classe qui in esame, così come qualsiasi altro criterio analogo ipotizzabile, funzionale all'incentivazione o disincentivazione di comportamenti del lavoratore estranei alla prestazione lavorativa. Si osservi però, a questo proposito, che detto criterio di differenziazione può ascriversi alla terza classe soltanto se riferito alla pratica del fumo nella vita privata del lavoratore: se invece riferito al comportamento del lavoratore in azienda, esso può considerarsi come elemento rilevante della qualità della prestazione, in quanto produttivo di conseguenze negative sull'ambiente di lavoro (29).

I criteri di inquadramento che attribuiscono rilievo a elementi — quali la « fiducia » o il « gradimento » — dipendenti da valutazioni e scelte insindacabili del datore di lavoro, nonostante che siano solitamente espressi con formulazioni contrattuali tendenti a ricondurli alla prima classe sopra individuata, consentono di fatto un libero apprezzamento del datore di lavoro le cui motivazioni possono essere le più varie, anche del tutto estranee al contenuto della prestazione. Tali criteri assumono pertanto, in linea di fatto, una connotazione per così dire anfibia, da cui nascono problemi giuridici di non facile soluzione (§ 165).

**160. Quarta classe: criteri volti a dividere i lavoratori in categorie non comunicanti fra loro.** — Accade talora che il sistema di inquadramento applicato in un settore o in una azienda contenga un criterio di suddivisione preliminare dei lavoratori in categorie fra loro non comunicanti, non ordinate secondo una gerarchia di valori professionali crescenti. Si pensi, ad esempio, al caso di un sistema di inquadramento degli addetti al settore scolastico (di fonte legislativa o contrattuale) che ponga una distinzione netta tra personale docente e personale non docente; questo criterio di inquadramento fa esclusivo riferimento al contenuto delle mansioni, alla concreta collocazione del lavoratore nel tessuto produttivo (è dunque senz'altro *job related*), ma è evidente che esso non ha la funzione di ordinare le diverse posizioni di lavoro in una scala di valori professionali, al fine della commisurazione del trattamento ai valori stessi: le due grandi categorie non si pongono una sopra l'altra, ma una accanto all'altra; un insegnante può evidentemente collocarsi, dal punto di vista professionale e retributivo, al di sopra o al di sotto di un impiegato amministrativo; e viceversa.

Numerosi altri esempi di criteri di inquadramento di questo genere possono proporsi: si pensi alla suddivisione dei dipendenti di un ospedale in personale medico, paramedico ed amministrativo; alla suddivisione del personale di un'impresa di navigazione nelle categorie del personale navigante e del personale non navigante; alla distinzione netta, in seno all'organico di una compagnia aerea, fra i piloti e tutto il resto del personale; alla suddivisione dei dipendenti di un teatro lirico in personale di scena, orchestrali, personale tecnico e personale amministrativo. In tutti questi casi la suddivisione non mira a creare una gerarchia di valori professionali tra le diverse categorie, ma sancisce semmai, a ben vedere, l'impossibilità di una comparazione tra la posizione lavorativa appartenente a una categoria e quella appartenente a un'altra: le due posizioni non sono comparabili perché appartengono a due carriere diverse, a due contesti professionali tra loro non comunicanti, o comunque a due comparti sindacali nettamente distinti, nei quali la contrattazione collettiva delle condizioni di lavoro avviene secondo criteri che possono essere del tutto indipendenti fra loro.

Questi criteri preliminari svolgono, per lo più, proprio la funzione ora menzionata: quella, cioè, della distinzione tra categorie sindacali diverse (organizzate in diverse associazioni e assoggettate a diverso contratto collettivo). E generalmente mirano a consentire la negoziazione di discipline marcatamente differenziate per le diverse categorie;

differenziate non soltanto per l'aspetto retributivo, ma soprattutto per gli aspetti c.d. « normativi »: modalità di assunzione, periodo di prova, orario, malattia, risoluzione del rapporto, ecc. Per questo aspetto può dirsi che la legittimità dei criteri di differenziazione di quarta classe è diretta conseguenza del principio di libertà sindacale e di autodeterminazione della categoria contrattuale (§§ 51, 72, 173).

Si osservi, per altro verso, come i criteri in esame non facciano necessariamente riferimento al contenuto della prestazione: ad esempio, nel settore universitario due professori possono svolgere esattamente gli stessi compiti e con lo stesso grado di esperienza e capacità, ma essere inquadrati e trattati in modo profondamente diverso per il solo fatto di essere uno « di ruolo » e l'altro no. Oppure, nel caso in cui in un determinato settore o azienda operassero due organizzazioni o coalizioni sindacali diverse, entrambe capaci di imporsi come controparte negoziale all'associazione imprenditoriale o alla singola impresa, potrebbe accadere che l'applicazione dell'uno o dell'altro contratto collettivo — con conseguente disparità di trattamento del tutto indipendente dal « valore » professionale delle mansioni — dipendesse soltanto dall'adesione del lavoratore all'una o all'altra organizzazione.

Può dunque individuarsi, per la classificazione dei criteri di inquadramento, una quarta classe costituita dai criteri — riferiti o no al contenuto della prestazione — che svolgono la funzione preliminare di rendere le posizioni lavorative (e i corrispondenti trattamenti) non confrontabili tra loro, cioè di suddividerle in categorie non ordinate tra loro in relazione al rispettivo valore professionale: la comparazione dei valori professionali è possibile soltanto all'interno di ciascuna categoria, essendo al contempo escluso che la comparazione possa avvenire tra posizioni appartenenti a categorie diverse.

In questa quarta classe deve collocarsi anche il criterio generale in base al quale i lavoratori sono tradizionalmente divisi in operai, impiegati e dirigenti (per i quadri il discorso è diverso, come vedremo a suo luogo: § 184). A questa suddivisione, posta, all'origine, essenzialmente in funzione dell'istituzione di categorie sindacali nettamente distinte e assoggettate a contratti collettivi differenti (30), si ricollegano tuttora (oltre che la perdurante netta separazione dei dirigenti sul piano dell'organizzazione sindacale e del contratto collettivo applicabile) alcune rilevanti differenze di disciplina che non possono spiegarsi logicamente in chiave retributiva, cioè come attribuzione di un trattamento migliore a prestatori che svolgono mansioni di maggior valore: così, il periodo di prova via via più lungo previsto per operai, impiegati e dirigenti non premia, bensì semmai penalizza le categorie professionalmente più elevate; altrettanto dicasi dell'esclusione della categoria dirigenziale dalla disciplina dell'orario massimo, della sua esclusione dal divieto di contratto a termine, dalla tutela contro il licenziamento e da altre tutele di minor rilievo (§ 177). Per altro verso, l'originaria precarietà della retribuzione operaia (salario), contrapposta alla sicurezza della retribuzione impiegatizia e dirigenziale (stipendio), non può spiegarsi razionalmente come differenza di trattamento imputabile a un intrinseco « minor valore » professionale delle mansioni operaie: è infatti la stessa contrattazione collettiva a riconoscere generalmente, con la retribuzione maggiore, il maggior valore delle mansioni dell'operaio specializzato rispetto a quelle dell'impiegato d'ordine (31).

La distinzione tra operai e impiegati, così come quella tra impiegati e dirigenti, non può dunque essere razionalmente intesa come criterio di inquadramento riferito al valore professionale delle mansioni, in funzione del principio di giustizia retributiva: essa deve essere considerata come criterio preliminare di suddivisione dei lavoratori in categorie corrispondenti ad altrettanti contesti socio-culturali differenti, ad altrettante carriere diverse e fra loro non comunicanti. Funzione di tale distinzione è proprio quella di sancire non un rapporto di superiorità/inferiorità, bensì una incomparabilità tra posizioni di lavoro proprie dell'una e dell'altra categoria, allo stesso modo in cui sono incomparabili tra loro le mansioni del personale docente e quelle del personale non docente nella scuola, o quelle del personale medico e quelle del personale amministrativo nel settore ospedaliero.

Si spiega in questo modo — e soltanto in questo modo — perché, quando la contrattazione collettiva ha inteso porre in comunicazione tra loro il mondo del lavoro manuale con quello del lavoro intellettuale, sancendo la comparabilità dei valori professionali delle posizioni « operaie » con quelli delle posizioni « impiegatizie », la distinzione tra le due categorie ha dovuto essere soppressa o svuotata quasi del tutto di contenuto: ciò che non sarebbe stato necessario se le due categorie avessero potuto considerarsi come « gradi » di un'unica scala gerarchica (il termine stesso « inquadramento unico » che si usa comunemente a questo proposito conferma implicitamente che in precedenza alle due categorie, impiegatizia e operaia, corrispondevano sostanzialmente due sistemi di inquadramento distinti, due scale gerarchiche nettamente separate tra loro).

La distinzione fra impiegati e operai, come quella fra impiegati e dirigenti, ha dunque la funzione essenziale di consentire la netta differenziazione di trattamento fra le tre grandi categorie (sul presupposto della loro appartenenza a contesti nettamente differenti), impedendo un confronto concludente fra i rispettivi contenuti professionali. Torneremo su questo criterio preliminare di inquadramento a suo luogo (§§ 177-180), anche per discutere della sua legittimità costituzionale.

## Sezione II

### **IL PRINCIPIO DELLA COMMISURAZIONE DEL TRATTAMENTO AL CONTENUTO DELLA PRESTAZIONE**

Sommario: 161. La « giusta retribuzione » secondo l'art. 36 Cost.. — 162. La sentenza n. 103/1989 della Corte costituzionale e la vicenda giurisprudenziale che ne è seguita. La questione della sindacabilità in giudizio dei criteri di inquadramento negoziati in sede sindacale. — 163. La determinazione unilaterale di sistemi di differenziazione dei trattamenti da parte dell'imprenditore. Gli orientamenti giurisprudenziali in proposito dopo la sentenza n. 103/1989. — 164. I sistemi aziendali non contrattati di valutazione delle prestazioni e differenziazione dei trattamenti. — 165. L'inquadramento a discrezione del datore di lavoro e la questione delle c.d. « clausole di riconoscimento formale ».

**161.** *La « giusta retribuzione » secondo l'art. 36 Cost.* — L'art. 36 Cost. sancisce la necessità della commisurazione del trattamento del lavoratore alla quantità e qualità del suo lavoro. Se l'inquadramento è, per definizione, la suddivisione dei lavoratori in categorie in funzione della determinazione del loro trattamento (§ 156), dall'art. 36 Cost. può trarsi direttamente non soltanto la regola per la quale i sistemi contrattuali di inquadramento devono essere riferiti al contenuto delle mansioni, ma anche la regola ulteriore per la quale i sistemi stessi devono essere finalizzati a una sorta di proporzionamento dei trattamenti alla quantità e qualità della prestazione lavorativa.

Il riferimento contenuto nell'art. 36 alla *qualità* (oltre che alla quantità) delle mansioni consente di escludere che il proporzionamento in questione possa configurarsi come una operazione puramente aritmetica: la qualità si distingue dalla quantità proprio in quanto non è suscettibile di misurazione. L'art. 36 Cost. non fa dunque riferimento a una « proporzione » intesa in senso strettamente matematico; esso sembra piuttosto indicare — assai più genericamente — un variare del trattamento a cui il lavoratore ha diritto in corrispondenza con il variare del contenuto della sua prestazione. D'altra parte, la valutazione del contenuto delle mansioni può avvenire — come abbiamo visto (§ 157) — secondo criteri svariati, anche profondamente differenti tra loro: al punto che l'applicazione di un criterio piuttosto che di un altro può portare a sovvertire completamente una scala di « valori professionali » (32). A chi spetti la scelta del criterio, l'art. 36 Cost. non dice; ma alla luce dell'art. 39 può certamente affermarsi che essa sia riservata in linea generale e prioritaria all'autonomia collettiva.

Resta da chiedersi se la necessaria commisurazione del trattamento al contenuto delle mansioni, sancita dall'art. 36 Cost., escluda o no che nella determinazione del trattamento stesso si tenga conto anche di altri elementi, diversi dal contenuto delle mansioni; e quindi se essa escluda o no che a tali diversi elementi possa essere attribuito rilievo ai fini dell'inquadramento dei lavoratori. Nonostante la diversa opinione largamente diffusa (33), peraltro corrispondente a una tendenza propria di tutti gli ordinamenti giuslavoristici moderni, al quesito deve darsi risposta negativa: il principio di commisurazione del trattamento al contenuto delle mansioni non esclude di per sé che elementi ulteriori concorrano a determinare il trattamento stesso. Questo dovrebbe affermarsi anche se la « proporzionalità » fra trattamento e contenuto delle mansioni di cui all'art. 36 Cost. potesse essere intesa come concetto strettamente aritmetico: anche sul piano strettamente aritmetico la proporzionalità fra due grandezze non esclude affatto che una delle due vari vari altresì in funzione di elementi ulteriori (se la proporzionalità tra A e B è espressa dall'uguaglianza  $A = KB$ , A varia non soltanto in funzione di B, ma anche in funzione di K). Del resto, è lo stesso art. 36 Cost. a prevedere che, in qualche misura, nella determinazione dei trattamenti dei lavoratori si tenga conto anche di circostanze diverse dal contenuto delle rispettive prestazioni, e in particolare del bisogno di ciascuno (34): onde non potrebbe certamente considerarsi illegittimo, ad esempio, un ipotetico criterio di differenziazione riferito ai carichi di famiglia.

In conclusione, non è dall'art. 36 Cost. che può trarsi un divieto di sistemi di inquadramento nei quali i criteri di commisurazione dei trattamenti al contenuto delle mansioni si coniughino con altri criteri, riferiti alle capacità soggettive del lavoratore ancorché non esercitate nello svolgimento delle mansioni dedotte in contratto, oppure riferiti a elementi diversi (35) (cioè, rispettivamente, criteri appartenenti alla seconda e alla terza classe individuate nella prima sezione di questo capitolo). Quando il riferimento a tali elementi diversi — quali ad esempio l'anzianità di servizio (36), oppure la dislocazione geografica dell'azienda, oppure ancora le dimensioni della stessa o dell'unità produttiva — non sia specificamente vietato da altre norme, nulla vieta che anche in relazione a essi possano essere determinati l'inquadramento e il trattamento del lavoratore (37).

**162.** *La sentenza n. 103/1989 della Corte costituzionale e la vicenda giurisprudenziale che ne è seguita. La questione della sindacabilità in giudizio dei criteri di inquadramento negoziati in sede sindacale.* — Diverso dal principio di commisurazione del trattamento del lavoratore al contenuto delle mansioni è il principio di parità di trattamento affermato dalla Corte costituzionale con l'importante sentenza 9 marzo 1989 n. 103, come corollario del principio di tutela della dignità personale del lavoratore sancito dall'art. 41 Cost. (38): « ... per tutte le parti, anche quelle sociali, vige il dovere di rispettare i precetti costituzionali. Essi assicurano, in via generale ... la proporzionalità tra retribuzione e quantità e qualità di lavoro ... e, in via più specifica, la pari dignità sociale anche dei lavoratori; ... proprio in virtù del precetto costituzionale di cui all'art. 41 della Costituzione, il potere di iniziativa dell'imprenditore non può esprimersi in termini di pura discrezionalità o addirittura di arbitrio, ma deve essere sorretto da una causa coerente con i principi fondamentali dell'ordinamento ... . È demandato al giudice l'accertamento e il controllo dell'inquadramento dei lavoratori nelle categorie e nei livelli retributivi in base alle mansioni effettivamente svolte ... con il rispetto dei richiamati precetti costituzionali e dei principi posti in via generale dall'ordinamento giuridico vigente » (39).

L'impatto immediato della sentenza della Corte costituzionale sulla giurisprudenza ordinaria è stato relevantissimo. L'esplicita indicazione dell'insieme dei principi enunciati quale limite fondamentale operante anche nei confronti dell'autonomia collettiva (« per tutte le parti, anche quelle sociali »), nonché della necessità del controllo giudiziale della conformità « dell'inquadramento dei lavoratori » ai principi stessi, ha indotto una parte della giurisprudenza nei

primi anni '90 a teorizzare l'estensione del controllo giudiziale, operato alla stregua del principio di parità di trattamento, ai criteri di inquadramento stabiliti dai contratti collettivi: « qualora accertato il difetto di coerenza [con il principio costituzionale], il giudice dovrà provvedere a correggere gli eventuali errori, siano questi dipendenti da potere datoriale o da contrattazione collettiva che non si conformi all'obbligo della parità retributiva a parità di prestazione lavorativa » (40).

Questo orientamento giurisprudenziale, sottoposto dalla dottrina a critica stringente (41), è stato ben presto abbandonato dalla Corte di cassazione (42), seguita dalla quasi totalità dei giudici di merito; ed è parso che la sentenza del 1989 della Corte costituzionale — formalmente priva di effetti vincolanti per l'autorità giudiziaria ordinaria, in quanto si trattava di sentenza interpretativa di rigetto della censura di incostituzionalità — venisse relegata nel dimenticatoio.

La motivazione di quella sentenza presenta, certo, alcuni gravi difetti, soprattutto nella parte in cui essa sembra voler legittimare un sindacato giudiziale sull'autonomia collettiva in materia di criteri di differenziazione dei trattamenti. Ciò, tuttavia, a mio avviso non basta per giustificare una obliterazione totale del « messaggio » che la Corte costituzionale ha inteso affidare a quella sentenza.

Quando, nella sentenza n. 103/1989, la Consulta afferma che anche la contrattazione collettiva deve conformarsi ai principi dettati dalla Costituzione (« ... per tutte le parti, anche quelle sociali, vige il dovere di rispettare i precetti costituzionali »), essa enuncia una regola assolutamente ovvia e da sempre pacifica, riferita indistintamente all'insieme dei principi costituzionali. Quando, invece, essa deduce dal principio di tutela della dignità personale del lavoratore la regola della parità di trattamento nei rapporti endoaziendali, essa afferma l'incompatibilità con la nostra Costituzione di un arbitrio unilaterale dell'imprenditore che, per la sua carenza di ragionevolezza, assuma il carattere del capriccio signorile. Discuteremo più avanti del fondamento di questa affermazione e delle sue implicazioni in materia di gestione aziendale dei criteri di inquadramento e di differenziazione dei trattamenti (§§ 164-165); ma va subito osservato che qui il discorso è esplicitamente riferito dalla Corte costituzionale soltanto alle scelte operate dal singolo imprenditore; e non può che essere così, poiché soltanto in riferimento a tali scelte ha un senso parlare di « arbitrio signorile » lesivo della dignità dei dipendenti.

La Corte in sostanza sembra sposare la teoria — minoritaria nella dottrina precedente (43) — della « causalità » di tutti gli atti imprenditoriali (« ... il potere di iniziativa dell'imprenditore ... deve essere sorretto da una causa coerente con i principi fondamentali dell'ordinamento »), parente prossima della teoria della funzionalizzazione dell'impresa (44); fondata o infondata che essa sia, si tratta di una teoria che riguarda l'esercizio dell'iniziativa economica privata (non per niente la norma richiamata è l'art. 41 Cost.), e non l'autonomia privata in generale, né tanto meno l'autonomia collettiva come tale (45).

Questo non significa che dallo specifico principio enunciato dalla Consulta non derivi anche un limite all'autonomia collettiva: il contratto collettivo viola detto principio se e nella misura in cui consente che una disparità di trattamento derivi da mero arbitrio dell'imprenditore (46) (sulla portata di questa regola torneremo più avanti: § 165). Ma la violazione del principio costituzionale ad opera della contrattazione collettiva può logicamente consistere soltanto in questa abdicazione alla propria funzione: il principio stesso non può assurgere a criterio di controllo giudiziale sul merito delle scelte operate dalla contrattazione collettiva in sede di regolamentazione dell'inquadramento dei lavoratori, quando queste non consistano in un mero rinvio all'arbitrio imprenditoriale (47).

In altre parole, ciò che può ledere la dignità del lavoratore, nell'ordine di idee in cui si colloca la sentenza della Consulta, è l'assoggettamento a un arbitrio signorile dell'imprenditore, non certo l'assoggettamento a regole di carattere generale contrattate dagli enti esponenziali collettivi: regole che potranno essere lesive di altri principi, quali il divieto di discriminazione per motivi di razza, sesso, ecc. (§ 166), o anche del principio di adeguatezza della retribuzione *ex art. 36 Cost.*, ma che per loro stessa natura non sembrano poter costituire espressione di « arbitrio » signorile. Neppure l'eventuale irrazionalità (apparente o effettiva) di un criterio di differenziazione contrattato in sede collettiva lede, a ben vedere, la dignità del lavoratore, perché non instaura un suo assoggettamento all'arbitrio del datore. Altri potranno essere in tal caso i diritti lesi, ma non la dignità personale nel rapporto di lavoro.

Le clausole collettive trascendono il caso singolo e non possono quindi configurarsi come lesive della dignità personale del singolo lavoratore, salva l'ipotesi assai rara del contratto collettivo aziendale che preveda direttamente l'inquadramento del singolo lavoratore, nominativamente indicato (48). Le clausole stesse possono, per definizione, penalizzare un gruppo o una serie aperta di lavoratori, ma in tal caso la loro illegittimità può derivare soltanto dall'intrinseca illegittimità del criterio di differenziazione eventualmente adottato e non dalla mera « arbitrarietà » dell'adozione (49).

A sostegno di questa conclusione possono addursi numerosi altri argomenti, difficilmente controvertibili.

Abbiamo visto (§ 161) come il principio della commisurazione del trattamento al contenuto della prestazione non costituisca di per sé un preciso « criterio di inquadramento », potendo a quel principio ottemperarsi in una miriade di modi diversi, cui corrispondono altrettanti diversi criteri di inquadramento: criteri che valorizzano le mansioni effettivamente svolte e criteri che valorizzano invece le capacità professionali dedotte in contratto, ancorché non attualmente esercitate; criteri che valorizzano il ruolo gerarchico del lavoratore e criteri che invece lo svalutano del tutto; criteri che valorizzano il « mestiere » specifico o la specializzazione del lavoratore e criteri che invece valorizzano la sua versatilità (50); criteri che valorizzano principalmente alcune abilità del lavoratore (ad es. la conoscenza delle lingue straniere, la padronanza del mezzo informatico, la capacità di conduzione di una macchina piuttosto che di un'altra) e criteri che invece, in riferimento alla stessa posizione nel tessuto produttivo, valorizzano principalmente altre

abilità suscettibili di essere esercitate in quella posizione; e così via. Ora, è immediatamente evidente che la scelta di un criterio o insieme di criteri piuttosto che di un altro può alterare profondamente, e persino invertire, il rapporto parametrico fra i trattamenti previsti per due posizioni di lavoro. Così, ad esempio, l'operaio specializzato attrezzista può essere trattato meglio o peggio dell'operaio-jolly (privo di specializzazione ma capace di svolgere diverse mansioni qualificate), a seconda che il sistema di inquadramento privilegi, rispettivamente, il « mestiere » o la versatilità; allo stesso modo, l'impiegato, addetto a un ufficio vendite e poliglotta può vedersi attribuire un trattamento superiore, pari o inferiore a quello dell'impiegato, addetto allo stesso ufficio e monoglotta, ma esperto di informatica, a seconda che il sistema di inquadramento attribuisca maggiore o minore peso rispettivamente all'uno o all'altro elemento di professionalità. Stando così le cose, l'intervento del giudice tendente a stabilire il « giusto » rapporto parametrico tra la retribuzione dell'attrezzista e quella dell'operaio-jolly, o tra la retribuzione dell'impiegato poliglotta e quella dell'impiegato esperto di informatica, presupporrebbe il sostituirsi del giudice stesso alle associazioni sindacali nella scelta dei criteri di commisurazione del trattamento al contenuto della prestazione; con conseguenti rischi di « arbitrio » assai più gravi di quelli che si vorrebbero evitare (51).

Non ha alcun senso, dunque, parlare del « valore professionale » di una determinata prestazione lavorativa, se non si precisano preliminarmente i criteri di valutazione; e questi possono essere diversissimi tra loro, nonché variare da luogo a luogo, da settore a settore, o nel tempo, in conseguenza del diverso atteggiarsi di volta in volta degli interessi collettivi e imprenditoriali in gioco, dell'evolversi delle tecnologie produttive e delle condizioni del mercato del lavoro. È questo il motivo per cui il riferimento al « pari valore » del lavoro contenuto in numerose norme di diritto internazionale o comunitario, in funzione dell'affermazione di principi di parità di trattamento o non discriminazione presuppone l'esistenza di un sistema di valutazione e/o inquadramento, di fonte collettiva o regolamentare aziendale (52).

E ancora: abbiamo visto (§ 161) come il principio di commisurazione del trattamento al contenuto della prestazione non abbia carattere di esclusività; esso, cioè, non impedisce che l'inquadramento e il trattamento del lavoratore vengano determinati tenendosi conto anche di elementi diversi dal contenuto della prestazione, quali la scolarità, i precedenti lavorativi (53), l'anzianità di lavoro o l'anzianità di servizio in azienda, la dislocazione geografica e/o le dimensioni dell'unità produttiva (54). Il rilievo attribuito a tali elementi ulteriori ben può far sì che, a parità di mansioni, due lavoratori siano inquadrati e/o trattati in modo diverso; e, quando l'elemento ulteriore considerato non costituisca motivo illegittimo di discriminazione, non si vede in base a quale criterio (che non sia — questo sì — arbitrario e comunque totalmente avulso dal contesto sindacale, aziendale e di mercato) il giudice possa sindacare il peso ad esso attribuito o negato dal contratto collettivo (55) (salvo che l'« elemento ulteriore » a cui il contratto collettivo riconnette la differenziazione sia talmente inconsistente, da poter essere considerato *a priori* irrilevante) (56).

Anche i sistemi di inquadramento riferiti esclusivamente al contenuto della prestazione, del resto, prevedendo un trattamento uguale per i lavoratori appartenenti a una medesima categoria, in qualche misura « penalizzano » quelli le cui mansioni si collocano più vicino ai limiti superiori della categoria stessa; e quanto più ampie (e meno numerose) sono le categorie, tanto maggiore è il sacrificio imposto a questi ultimi. In altre parole, qualsiasi sistema di inquadramento che si basi su di una classificazione delle mansioni, se si escludono i sistemi di valutazione analitica di ciascuna posizione di lavoro (57), comporta in maggiore o minore misura una semplificazione della realtà: comporta cioè la finzione che il contenuto delle prestazioni, invece che variare con continuità dal livello minimo al massimo, sia soggetto a « salti » di maggiore o minore ampiezza. Semplificazione che produce inevitabilmente uno scostamento rispetto al principio di proporzionalità fra il trattamento e il contenuto delle prestazioni: nelle prestazioni che si collocano più vicino ai limiti superiori della categoria vi sarà sempre « qualche cosa in più » rispetto a quelle che si collocano al limite inferiore, di cui non si tiene conto ai fini dell'inquadramento e del trattamento. Il giudice, come non può sindacare la scelta operata in sede di negoziazione collettiva circa il numero e l'ampiezza delle categorie o livelli, così non può « correggere » gli scostamenti che inevitabilmente ne derivano rispetto alla rigorosa proporzionalità fra prestazione e trattamento.

Un ulteriore argomento contrario alla sindacabilità giudiziale dei criteri di inquadramento contrattati in sede collettiva si trae dalla necessità che sia garantita la variabilità nel tempo dei criteri di inquadramento stabiliti dal contratto collettivo. Ipotizziamo che un contratto collettivo modifichi i criteri di inquadramento stabiliti da un contratto precedente, attribuendo rilievo a un elemento di differenziazione di due posizioni di lavoro che in precedenza non era stato considerato; orbene, se si ammette il sindacato giudiziale in questa materia alla stregua del principio di parità, occorre ammettere che il giudice estenda retroattivamente la differenziazione: se in relazione a un elemento le parti sindacali hanno ritenuto giusto ora riproporzionare il trattamento, dovrebbe ritenersi inammissibile che dello stesso elemento non si sia tenuto conto in passato (58). Ma così argomentando si porrebbe un principio che, se coerentemente portato alle sue estreme conseguenze, renderebbe (oltre che costosissima per le imprese qualsiasi operazione contrattuale di disaggregazione di categorie professionali, la quale comporterebbe di necessità la corrispondente differenziazione retroattiva dei trattamenti) impossibile qualsiasi operazione di « accorpamento » di categorie professionali, poiché tale operazione significherebbe non tenere conto per il futuro di differenze di contenuto delle mansioni, delle quali invece in passato si è tenuto conto. Si giungerebbe, per esempio, ad affermare l'illegittimità del processo di riforma dei sistemi di inquadramento che, nei primi anni '70, portò all'accorpamento delle quattordici vecchie categorie operaie, intermedie e impiegatizie nei sette od otto livelli del nuovo « inquadramento unico ». Proprio la considerazione della possibilità di mutamento nel tempo dei criteri di inquadramento previsti dai contratti collettivi (possibilità che deve essere garantita dall'ordinamento, e non ostacolata) (59) conferma invece

l'insindacabilità dei criteri stessi in sede giudiziale: l'ingerenza del giudice in questa materia avrebbe l'effetto di rendere intangibili determinati assetti dei sistemi di inquadramento, o comunque di renderne estremamente problematica e rischiosa la modificazione in sede di rinnovo dei contratti collettivi.

Alle stesse conclusioni conduce, poi, la considerazione della pluralità degli agenti contrattuali e dei contratti collettivi nell'ambito degli stessi settori produttivi. Oggi abbiamo, nell'ambito di uno stesso settore dell'industria o del commercio, un contratto collettivo stipulato dal sindacato dei dirigenti e uno stipulato dai sindacati degli operai, impiegati e quadri (e nulla esclude in linea teorica che domani possa esserci anche un contratto collettivo separato stipulato dai sindacati dei soli quadri); nel settore del trasporto aereo un contratto collettivo stipulato dal sindacato dei piloti e uno stipulato dai sindacati degli altri lavoratori; in questa situazione quale senso potrebbe mai avere un intervento del giudice volto a controllare che il rapporto parametrico tra la retribuzione del massimo livello impiegatizio e quella del minimo livello dirigenziale, oppure tra la retribuzione della *hostess* e quella del pilota d'aereo, sia uguale al rapporto tra i valori professionali delle due corrispondenti prestazioni? E quando il giudice potesse accertare — per ipotesi assurda — che la differenza tra i due trattamenti sia « sproporzionata » rispetto alla differenza tra le due mansioni, su quale dei due contratti collettivi dovrebbe indirizzarsi l'intervento « correttivo »? Infine, che cosa accadrebbe il giorno in cui due o più giudici diversi in altrettante controversie individuali decidessero di « demolire » e « correggere » in maniere diverse uno stesso sistema di inquadramento previsto da un contratto collettivo nazionale? Quale dei nuovi sistemi di inquadramento dettati dai giudici del lavoro dovrebbe essere considerato rispettoso della Costituzione e quale invece « lesivo della dignità » dei lavoratori? (60).

**163.** *La determinazione unilaterale di sistemi di differenziazione dei trattamenti da parte dell'imprenditore. Gli orientamenti giurisprudenziali in proposito dopo la sentenza n. 103/1989.* — Va, dunque, escluso che con la sentenza n. 103/1989 la Corte costituzionale abbia inteso enunciare un principio di limitazione dell'autonomia collettiva nella scelta dei criteri di inquadramento e differenziazione del trattamento dei lavoratori. Nella stessa sentenza è invece esplicita — come si è visto — l'affermazione della illegittimità costituzionale delle differenziazioni di trattamento che derivino da mero arbitrio dell'imprenditore: la « parità di trattamento », che la sentenza deduce come corollario dal principio di tutela della dignità personale del lavoratore, è qui sinonimo di divieto di ogni disparità di trattamento che non sia ragionevolmente ricollegabile a una disparità di situazioni (61).

Che cosa debba intendersi per disparità di situazioni, è la stessa Corte a indicarlo assai estensivamente. Abbiamo già avuto occasione di osservare come la sentenza faccia riferimento alla possibilità che, nella determinazione dell'inquadramento e dei trattamenti differenziati, si tenga conto anche « delle situazioni aziendali, alcune volte complesse, e delle situazioni e delle condizioni dei lavoratori (età, anzianità, ecc. ...) », così riconoscendo esplicitamente la legittimità di differenziazioni determinate anche da *circostanze estranee al puro e semplice contenuto delle prestazioni lavorative* (criteri di differenziazione di terza classe). Tra queste devono ragionevolmente essere fatte rientrare, in particolare, tutte le circostanze « di mercato » che possono indurre un datore di lavoro a migliorare le condizioni offerte a un lavoratore o gruppo di lavoratori rispetto ad altri: così, ad esempio, se per « strappare » un bravo tecnico a un'impresa concorrente è necessario offrirgli inquadramento e/o trattamento superiori rispetto ad altri tecnici adibiti alle stesse funzioni nell'azienda, la differenziazione non può considerarsi arbitraria; lo stesso discorso vale per il caso in cui il miglioramento del trattamento sia motivato dalla necessità di evitare l'esodo di un lavoratore o gruppo di lavoratori verso imprese concorrenti (62). Circostanza estranea al contenuto delle mansioni ma cionondimeno atta a costituire giustificato motivo di differenziazione del trattamento può essere inoltre una « particolare benemerita sociale o professionale del lavoratore favorito » (63). E a mio avviso una ulteriore circostanza estranea al contenuto delle mansioni ma idonea a giustificare la disparità può essere anche la particolare forza contrattuale di un gruppo di lavoratori (derivante, ad esempio, dalla loro collocazione in un « punto chiave » del processo produttivo aziendale), che di fatto consenta loro di esigere un trattamento superiore a quello di altri lavoratori svolgenti, in altri comparti aziendali, mansioni di eguale contenuto professionale. Ciò che conta è che il motivo della disparità di trattamento sia ostensibile, cioè suscettibile di verbalizzazione (64); poiché questo, appunto, è ciò che distingue l'esercizio corretto della discrezionalità imprenditoriale dall'arbitrio signorile, lesivo della dignità personale dei lavoratori dipendenti: l'esistenza di un motivo di differenziazione ragionevolmente riconducibile a esigenze obiettive dell'impresa (65). Affermare che il motivo della differenziazione deve essere ostensibile non significa però — e qui sta il *punctum dolens* della questione — che esso possa essere sempre suscettibile di dimostrazione in sede giudiziale, cioè di « prova » in senso tecnico-processuale, né che in proposito il giudice possa esercitare un controllo di merito: il motivo della differenziazione si colloca infatti sovente in una zona riservata alla discrezionalità imprenditoriale nella quale la valutazione del giudice non può sostituirsi a quella del titolare dell'impresa. In altre parole, anche nel nostro ordinamento assume rilievo un concetto simile a quello della *band of reasonableness*, elaborato dalla dottrina britannica (66) per individuare e delimitare lo spazio di discrezionalità all'interno del quale due imprenditori diversi possono, pur in situazioni identiche, adottare scelte diverse incidenti su legittimi interessi dei propri dipendenti senza che per questo una delle due scelte debba considerarsi illegittima (67).

Assai frequentemente la differenziazione disposta unilateralmente dall'imprenditore è motivata da caratteristiche delle prestazioni che non sono prese in considerazione — né, per lo più, potrebbero esserlo — da parte della contrattazione collettiva nella determinazione del sistema di inquadramento. I sistemi di inquadramento previsti dai contratti collettivi fanno riferimento soltanto ad alcune caratteristiche delle prestazioni lavorative (ad esempio: tipo di mansioni, contesto produttivo in cui esse vengono svolte, tempo durante il quale esse sono state svolte), e non ad altre, sovente non conoscibili dall'imprenditore al momento dell'attribuzione al lavoratore di una determinata categoria e qualifica, oppure



difficilmente misurabili secondo criteri oggettivi e dimostrabili nell'eventuale giudizio (ad esempio: abilità particolare del lavoratore nello svolgimento della mansione, sua intelligenza nel risolvere i problemi imprevisti, sua capacità di rapportarsi ai colleghi in modo più gradevole). Orbene, nei primi anni successivi alla sentenza della Corte costituzionale del 1989 la Corte di cassazione (68) si è spinta ad affermare che il controllo giudiziale non riguarderebbe soltanto la corrispondenza del trattamento praticato al lavoratore con quello previsto dal contratto collettivo in riferimento alle caratteristiche della prestazione lavorativa che il contratto stesso indica come rilevanti, bensì anche la congruità del trattamento stesso in relazione alle caratteristiche della prestazione ignorate dal contratto collettivo. In altre parole, il giudice di merito dovrebbe controllare non soltanto la corretta applicazione del sistema di inquadramento fissato dal contratto collettivo, ma anche la corretta valutazione da parte dell'imprenditore di tutti gli aspetti ulteriori della prestazione lavorativa, ai quali il sistema stesso non attribuisce rilevanza (e che pure tanta importanza assumono nel funzionamento di qualsiasi impresa).

Valgono anche a questo proposito le osservazioni già svolte sopra (§ 162) circa l'impossibilità di operare una valutazione comparativa circa il « valore » professionale dei diversi possibili elementi della prestazione lavorativa al di fuori di un sistema predeterminato di criteri: così come il giudice non può sostituirsi alla contrattazione collettiva nel fissare tale sistema, allo stesso modo egli non può sostituirsi all'imprenditore nell'integrazione del sistema previsto dal contratto collettivo con criteri aggiuntivi.

Si è visto, d'altra parte, come la sentenza n. 103/1989 non enunci affatto un principio egualitaristico in materia di trattamento dei lavoratori (69): all'opposto, il principio di parità di trattamento a parità di contenuto delle mansioni affermato dalla Corte implicherebbe semmai — a volerlo condurre alle sue estreme conseguenze — la necessità di una adeguata differenziazione dei trattamenti in corrispondenza con tutte le infinite possibili differenze di quantità o qualità del lavoro prestato da ciascun lavoratore, non tutte previste e misurate in sede di contrattazione collettiva. Donde la legittimazione, implicita nella sentenza in esame, se non addirittura la qualificazione come costituzionalmente necessarie (ma questo sarebbe davvero paradossale ed eccessivo), delle misure di differenziazione disposte unilateralmente dall'imprenditore.

L'ampiezza della discrezionalità che l'ordinamento riconosce all'imprenditore in questo campo è conseguenza necessaria di un dato strutturale: l'ordinamento stesso è in grado di assicurare direttamente al creditore di lavoro un livello di rendimento della prestazione relativamente basso (70); il perseguimento di livelli superiori di rendimento (necessari perché la produttività del sistema non si riduca ai livelli assai modesti tipicamente propri del pubblico impiego) non può dunque che essere affidato alla capacità dell'imprenditore di porre in essere misure capaci di sollecitare i dipendenti a un maggiore impegno e un maggiore rendimento (71). In altre parole: esiste una divaricazione, strutturalmente ineliminabile, fra il rendimento dovuto dal lavoratore e giudizialmente garantito all'imprenditore dall'ordinamento statale e il rendimento perseguibile mediante meccanismi più o meno formalizzati di incentivazione, appartenenti a un « ordinamento aziendale » cui l'ordinamento statale non offre il sostegno dei propri apparati sanzionatori ma soltanto il riconoscimento di un ampio spazio di libertà.

In questo spazio si collocano, ad esempio, i « sotto-sistemi » normalmente applicati nelle aziende di credito per l'attribuzione di « gradi » diversi agli impiegati e ai funzionari (72); oppure, ancora nel settore del credito, il sistema di attribuzione annuale delle « note di classifica » ai lavoratori in relazione al loro rendimento (73); oppure ancora, più diffusamente, i sistemi di incentivazione fondati sull'individuazione concordata fra lavoratore e preposto di obiettivi di miglioramento qualitativo o quantitativo della prestazione e sulla verifica periodica del raggiungimento di tali obiettivi (c.d. sistemi di *management by objectives*) (74).

La regola della ostensibilità, ovvero suscettibilità di verbalizzazione, del motivo oggettivo della differenziazione del trattamento, nella quale — come abbiamo visto — si concreta essenzialmente il divieto di differenziazioni derivanti da mero arbitrio imprenditoriale, si applica ovviamente anche in materia di trattamenti incentivanti o comunque collegati alla quantità o qualità del lavoro, istituiti unilateralmente dall'imprenditore. Detti trattamenti e le disparità che ne conseguono saranno dunque tanto più difendibili in sede giudiziale, quanto più essi saranno effetto di meccanismi di incentivazione o valutazione formalizzati (i « criteri predeterminati » cui fa riferimento la giurisprudenza di cassazione) (75): l'imprenditore potrà infatti adempiere l'onere di verbalizzazione del motivo oggettivo della differenziazione tanto più facilmente quanto più potrà allegare la corretta applicazione di un regolamento precostituito. Prova ne sia che, in assenza di un sistema di inquadramento contrattuale collettivo, la predisposizione di un sistema di inquadramento aziendale (o comunque di valutazione delle singole posizioni di lavoro secondo criteri predeterminati) è considerata dalla Corte di Giustizia delle Comunità europee come presupposto indispensabile per la giustificazione delle disparità di trattamento fra lavoratori e lavoratrici (76).

Quando, poi, la valutazione investa, oltre che aspetti quantitativi, anche aspetti qualitativi della prestazione (e a norma dell'art. 36 Cost. è non soltanto lecito ma addirittura doveroso che questo avvenga), non è ragionevolmente imponente all'imprenditore l'onere della prova rigorosa della fondatezza in fatto della relativa valutazione, dal momento che nella grande maggioranza dei casi l'unica prova possibile in questa materia è quella testimoniale e al testimone può chiedersi soltanto di dire i fatti e non le proprie valutazioni su di essi. È dunque logico ritenere che in questo caso l'imprenditore possa limitarsi a enunciare la propria valutazione circa la qualità della prestazione, indicandone i motivi: già l'adempimento di questo onere secondo buona fede varrà di per sé a escludere l'arbitrio signorile e la conseguente lesione della dignità del lavoratore (77). E ciò tanto più vale quanto più si sale nella gerarchia professionale aziendale e quanto più assume concreto rilievo nel rapporto di lavoro l'*intuitus personae* (78) (torna qui in rilievo il concetto di *band of reasonableness* di cui si è detto sopra).

Quando l'onere della verbalizzazione sia stato adempiuto dal datore di lavoro, toccherà al dipendente dimostrare che il vero motivo della differenziazione di trattamento è diverso da quello indicato o comunque la mala fede o scorrettezza del datore. Per questo aspetto la regola desumibile dalla sentenza n. 103/1989 della Corte costituzionale non innova significativamente rispetto agli orientamenti giurisprudenziali che erano venuti consolidandosi già in precedenza sulla particolare manifestazione della prerogativa imprenditoriale, di valutazione delle prestazioni lavorative e conseguente differenziazione discrezionale dei trattamenti al di sopra del minimo collettivo, costituita dal sistema delle « note di classifica » previsto dal contratto collettivo nel settore bancario (79); giurisprudenza che, a questo proposito, individua a carico dell'imprenditore il solo obbligo di comportarsi secondo buona fede e il solo onere di esplicitare correttamente e senza reticenze i motivi della propria valutazione, quando da essa discendano conseguenze negative per il lavoratore, senza imporre oneri di prova su aspetti del rapporto in relazione ai quali la prova sia tecnicamente impossibile o di notevole difficoltà (80).

**164.** *I sistemi aziendali non contrattati di valutazione delle prestazioni e differenziazione dei trattamenti.* — Sembra dunque che non possa dubitarsi della legittimità dell'istituzione unilaterale, da parte dell'imprenditore, di un sistema aziendale di valutazione delle prestazioni e conseguente differenziazione dei trattamenti, quando sia rispettato il trattamento minimo inderogabile dovuto al lavoratore in applicazione del contratto collettivo: anzi, contrariamente a quanto ritenuto da qualche sentenza (81), proprio la formalizzazione del sistema in un apposito regolamento costituisce il presupposto per il più corretto adempimento dell'onere di esplicitazione dei motivi delle differenziazioni di trattamento. La sentenza n. 103/1989 della Corte costituzionale non soltanto non pregiudica, ma sembra addirittura favorire il diffondersi, nella « zona ricca » del tessuto produttivo, dove si amministrano trattamenti superiori ai minimi collettivi, di siffatti sistemi aziendali formalizzati (82).

Cio non toglie, ovviamente, che a questo come a ogni altro spazio di gestione discrezionale dell'impresa da parte del suo titolare il sindacato possa proporsi di estendere la propria ingerenza, attraverso la rivendicazione progressiva di diritti di esame congiunto o contrattazione del regolamento aziendale, o addirittura di cogestione delle procedure di sua applicazione: l'ordinamento non pone limiti preventivi all'espansione di tale ingerenza, che costituisce uno dei possibili modi di estrinsecazione della partecipazione dei lavoratori alla gestione delle aziende espressamente prevista dall'art. 46 Cost. Ma deve essere il sindacato stesso a conquistarsi sul campo quei diritti, rientrando nella normale e ineliminabile dialettica sindacale la resistenza eventualmente opposta dall'imprenditore in difesa dei propri spazi di discrezionalità. Quando poi l'esercizio del potere imprenditoriale sia procedimentalizzato o cogestionalizzato, il controllo sindacale a cui il potere stesso sarà così assoggettato varrà, almeno in linea generale, a escludere la configurabilità stessa di atti di mero arbitrio e quindi la sindacabilità giudiziale degli atti di codeterminazione o di « determinazione controllata » delle scelte di gestione dell'impresa e di differenziazione dei trattamenti (83).

Diverso è invece il discorso che concerne il diritto del sindacato e dei singoli lavoratori all'informazione sul regolamento posto (in ipotesi) dall'imprenditore, e quindi sui criteri di valutazione delle prestazioni, nonché di classificazione e differenziazione dei trattamenti eccedenti il minimo collettivo: l'eventuale rifiuto opposto dall'imprenditore alla richiesta di esplicitazione preventiva di tali criteri violerebbe proprio quell'onere di verbalizzazione dei motivi delle differenziazioni di trattamento, nel quale abbiamo visto concretarsi la regola enunciata dalla Corte costituzionale (84).

L'onere di informazione preventiva sussiste, ovviamente, soltanto quando sussista l'oggetto dell'informazione stessa, cioè il criterio predeterminato di valutazione delle prestazioni e di differenziazione dei trattamenti. Dove invece tale predeterminazione faccia difetto e i trattamenti differenziati siano decisi di volta in volta dall'imprenditore in base a valutazioni estemporanee, l'onere della verbalizzazione dei motivi dovrà essere assolto, su richiesta delle parti interessate, in relazione a ciascun singolo caso; e l'adempimento sarà allora meno facile. Non si pensi, tuttavia, che questa sia una assoluta novità: la verbalizzazione e analisi dei motivi specifici dei trattamenti *ad personam* è da gran tempo pane quotidiano per i giudici del lavoro, dal momento che proprio facendosi riferimento ai motivi specifici di tali trattamenti viene solitamente risolta la questione della loro assorbibilità o cumulabilità con gli aumenti dei minimi tabellari o di altre voci retributive previste dai contratti collettivi: non da oggi il vaglio giudiziale degli assetti retributivi alla stregua del criterio della proporzionalità *ex art. 36 Cost.* comporta che si attribuisca rilevanza ai motivi delle differenze di trattamento disposte unilateralmente dall'imprenditore o negoziate a livello individuale (85).

**165.** *L'inquadramento a discrezione del datore di lavoro e la questione delle c.d. « clausole di riconoscimento formale ».* — Il divieto di atti di mero arbitrio dell'imprenditore, nonché di clausole collettive che tale mero arbitrio autorizzino, parrebbe chiudere definitivamente ogni possibile disputa sull'ammissibilità delle c.d. « clausole di riconoscimento formale », con le quali il contratto collettivo svincola da qualsiasi criterio obiettivo e rimette alla libera e insindacabile scelta del datore di lavoro l'inquadramento di un lavoratore in una determinata categoria. Nel senso della nullità di tali clausole si era, del resto, determinato già prima della sentenza della Corte costituzionale n. 103/1989, fin dagli anni '70, un orientamento pressoché univoco della giurisprudenza (86).

Valgono tuttavia, a questo proposito, le stesse osservazioni già svolte (§ 163) circa l'ineliminabilità di una zona di discrezionalità imprenditoriale nella differenziazione del trattamento dei dipendenti in riferimento ad aspetti qualitativi delle prestazioni che sovente non sono suscettibili di prova giudiziale, in quanto non misurabili, non documentabili, percepibili soltanto attraverso la valutazione diretta nel vivo del processo produttivo; si è visto infatti (§ 157) che il concetto di « prestazione lavorativa » non può ridursi a quello di « mansione »: una stessa identica mansione può essere svolta da due lavoratori in modi molto differenti, con conseguente differenza assai rilevante del contenuto delle due prestazioni lavorative, che per lo più solo l'imprenditore può percepire e valutare. Questo è il motivo per cui non

puo` non riconoscersi all'imprenditore, in questa materia, uno spazio di discrezionalità non subordinato a un onere della prova, bensì soltanto a un onere di esternazione dei motivi.

Quella stessa discrezionalità — da non confondersi con il mero arbitrio — che l'imprenditore puo` esercitare alle condizioni e nei modi di cui si e` detto nei paragrafi precedenti, per attribuire al lavoratore un « grado », una « nota di classifica » superiore, o un aumento retributivo *ad personam*, ben puo` dunque essere riconosciuta allo stesso imprenditore dal contratto collettivo nella promozione dei propri dipendenti a determinate categorie o funzioni, soprattutto ai livelli professionali piu` alti, dove ha maggiore incidenza il rapporto fiduciario e l'*intuitus personae* tra le parti. In tal senso, infatti, e` prevalentemente orientata la giurisprudenza in concreto (al di la` delle enunciazioni di principio astratte contenute nelle massime delle sentenze) (87).

Una conseguenza dell'ampia discrezionalità riconosciuta all'imprenditore nella valutazione del valore professionale delle prestazioni, soprattutto ai livelli superiori, e` costituita anche dalla possibilita` che due lavoratori svolgenti le stesse mansioni, ma valutati diversamente dal datore di lavoro, siano inquadrati a livelli diversi (88); l'unica novita` che puo` desumersi a questo proposito dalla sentenza della Corte costituzionale n. 103/1989 — se di essa si condivide il contenuto essenziale di cui si e` detto sopra — e` che ora il motivo della preferenza accordata a un dipendente rispetto a un altro deve, se richiesto, essere esplicitato (89).

Vedremo, a questo proposito, il larghissimo spazio che e` sostanzialmente lasciato a tale discrezionalità imprenditoriale in materia di promozione degli impiegati o quadri di livello piu` elevato alla categoria dirigenziale (§ 182).

### Sezione III

## I DIVIETI DI DISCRIMINAZIONE

Sommario: 166. I criteri di differenziazione vietati. — 167. Oggetto, limiti e sanzioni dei divieti di discriminazione. — 168. I modelli economici che spiegano i comportamenti discriminatori dei datori di lavoro e le indicazioni che possono trarsene circa gli effetti delle norme antidiscriminatorie. — 169. I problemi che sorgono quando un criterio di differenziazione di terza classe sottintende in realta` un criterio di prima o di quarta classe. — 170. La questione delle discriminazioni indirette. — 171. Il divieto delle discriminazioni indirette nella legislazione e nella giurisprudenza comunitarie. — 172. L'obbligo di ignorare la differenza nelle leggi n. 125/1991 e n. 40/1998. — 173. La discriminazione indiretta nei sistemi di inquadramento professionale. — 174. Incompletezza della definizione della discriminazione indiretta. — 175. Le azioni positive e la questione della c.d. « discriminazione alla rovescia ».

**166. I criteri di differenziazione vietati.** — Dal principio di parita` di trattamento di cui si e` detto nelle pagine precedenti si distinguono nettamente, per contenuto precettivo, i divieti di discriminazione (90): mentre il principio di parita` impone di trattare in modo eguale situazioni eguali (onde la disparita` deve essere giustificata con l'indicazione della effettiva diseguaglianza di situazioni), il divieto di discriminazioni impone di trattare in modo eguale situazioni differenti: impone cioe` di ignorare una differenza. Tra i due precetti corre tuttavia un nesso logico strettissimo: a nulla varrebbe infatti l'adempimento del precetto di ignorare la differenza, se esso non si accompagnasse al precetto di trattare in modo eguale le due situazioni che devono essere considerate come eguali. In questo senso puo` affermarsi che ogni divieto di discriminazione presuppone — o, se si preferisce, contiene in se` — una regola di parita`. Se, ciononostante, il principio di parita` e` venuto affermandosi in un tempo successivo rispetto ai principali divieti di discriminazione, questo e` dovuto al fatto che la disparita` di trattamento immotivata desta minore allarme sociale rispetto alla disparita` di trattamento basata su motivi illeciti (cioe` da differenze che si assume debbano essere ignorate); ma, a ben vedere, i divieti di discriminazione costituiscono logicamente un passo successivo rispetto al principio di parita`. Onde puo` affermarsi che una implicita affermazione di questo era gia` contenuta nell'affermazione di quelli (91).

Mentre, come si e` visto (§§ 162 e 163), il principio di parita`, in materia di lavoro, contiene un precetto essenzialmente rivolto al singolo imprenditore (poiche` e` strutturalmente impossibile che una disparita` di trattamento sia disposta in sede collettiva senza che contestualmente venga individuata una disparita` di situazioni), i divieti di discriminazione hanno come destinatari sia i singoli imprenditori, sia i soggetti dell'autonomia collettiva (92): anche a questi ultimi puo` infatti essere utilmente imposto di « ignorare una differenza ». Ed e` subito evidente la rilevanza di tali divieti per la nostra materia: essi inibiscono, tanto ai singoli quanto ai soggetti dell'autonomia collettiva, di assumere quali criteri di inquadramento e/o di differenziazione di trattamento dei lavoratori determinate differenze obiettive che pure nei fatti li distinguono.

Il punto di riferimento principale a questo proposito e` l'art. 15 dello Statuto dei lavoratori, che, compendiando una serie di principi gia` in precedenza sanciti dalla Costituzione, dalla legge ordinaria e/o da convenzioni e trattati internazionali (§ 15) (93), vieta di « discriminare [un lavoratore] nell'assegnazione di qualifiche ... o recargli al trimenti pregiudizio » a motivo della sua affiliazione o attivita` sindacale, politica o religiosa, della sua razza, della sua lingua o del suo sesso. Il divieto della discriminazione per motivi attinenti al sesso del lavoratore e` ribadito nelle direttive comunitarie n. 117 del 10 febbraio 1975 e n. 207 del 9 febbraio 1976 (che perfezionano il principio della parita` di trattamento tra i lavoratori dei due sessi enunciato fin dall'origine nell'art. 119 del Trattato istitutivo della Comunita`), nella convenzione adottata dall'Assemblea generale dell'ONU il 18 dicembre 1979 (94) (della quale v. in particolare,

per la materia del lavoro, l'art. 11) e, nel nostro ordinamento interno, con le leggi 9 dicembre 1977 n. 903 e 10 aprile 1991 n. 125, su cui torneremo tra breve (95).

Un ulteriore divieto di discriminazione è quello posto dal c.d. Patto di New York (adottato dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 16 dicembre 1966, ratificato dall'Italia e reso esecutivo nel nostro ordinamento con legge 25 ottobre 1977 n. 881), che vieta qualsiasi differenziazione del trattamento dei lavoratori — oltre che in base alla razza, al sesso, all'affiliazione o attività sindacale — anche in base alla loro nazionalità, od origine nazionale, o appartenenza etnica. La stessa regola è ora ribadita esplicitamente nel nostro ordinamento interno dall'art. 41, 3° c., della legge 6 marzo 1998 n. 40, che aggiunge al divieto di discriminazione per motivi attinenti alla provenienza o appartenenza nazionale il divieto di « atti xenofobi, razzisti o discriminatori compiuti nei confronti dei cittadini italiani » (§ 22) (96). Dovrebbe dunque considerarsi senz'altro vietato un criterio di inquadramento — o comunque di differenziazione di trattamento — che penalizzasse i lavoratori stranieri, o di origine straniera, o anche italiani provenienti da determinate regioni.

A norma dell'art. 5 della legge 18 aprile 1962 n. 230, infine, non può costituire motivo di disparità di trattamento (salvo che per quanto attiene la cessazione del rapporto), e quindi neppure criterio di inquadramento, il fatto che il lavoratore sia stato assunto a termine invece che a tempo indeterminato. Una regola analoga è posta dall'art. 4 della Direttiva 15 dicembre 1997 n.81 a protezione del lavoro a tempo parziale; e vedremo (§ 171) come la considerazione del tempo pieno o parziale della prestazione quale criterio di differenziazione fosse stata già da tempo individuata dalla giurisprudenza comunitaria quale tipica discriminazione indiretta ai danni delle lavoratrici, in quanto più rappresentate, in proporzione, rispetto ai lavoratori maschi nei ranghi del *part-time*.

Qualcuno ha ravvisato un divieto di differenziazione del trattamento riservato ai lavoratori disabili, avviati al lavoro in regime di collocamento obbligatorio, nel primo comma dell'art. 10 della legge 2 aprile 1968 n. 482, ora sostituito dal primo comma dell'art. 10 della legge 12 marzo 1999 n. 68 (§ 46). A ben vedere, entrambe le norme impongono esplicitamente soltanto l'applicazione ai rapporti di lavoro in questione dei normali standard legislativi e collettivi di trattamento, ma non un vero e proprio divieto di differenziazione del trattamento in relazione alla minore produttività conseguente alla invalidità. Di un divieto di discriminazione ai danni dei lavoratori invalidi può bensì parlarsi, a mio avviso, sulla base dei principi costituzionali di uguaglianza e dignità della persona umana; ma soltanto nel senso di un divieto delle differenziazioni di trattamento a danno di questi lavoratori che, pur motivate dalla loro menomazione, non corrispondano a un deficit *effettivo* di produttività nella mansione specifica (cfr. ancora § 46): la menomazione che riduce la produttività di un lavoratore in una mansione può infatti non avere alcun effetto negativo sulla sua produttività in una mansione diversa, opportunamente individuata; e lo scopo prioritario della normativa protettiva non è certo quello di imporre all'impresa un onere assistenziale, bensì, tutt'al contrario, quello di favorire la collocazione del disabile nel posto di lavoro dove la sua menomazione si faccia sentire di meno.

**167. Oggetto, limiti e sanzioni dei divieti di discriminazione.** — Oggetto dei divieti di discriminazione non sono soltanto le leggi e gli atti negoziali (in particolare le pattuizioni, individuali e collettive, relative alle condizioni di lavoro e i negozi unilaterali di gestione del rapporto), illegittimi per il solo fatto che in essi si concreti l'applicazione di criteri di differenziazione vietati, ma anche i meri comportamenti ispirati a tali criteri (97), nei quali si configura al tempo stesso un inadempimento contrattuale e un illecito aquiliano, con conseguente responsabilità risarcitoria del datore nei confronti del prestatore di lavoro discriminato.

In linea generale, non è essenziale per il configurarsi della discriminazione vietata che l'effetto sfavorevole a un gruppo di lavoratori rispetto all'altro sia voluto dall'autore del comportamento, dalle parti stipulanti o dal legislatore nazionale: è sufficiente che tale effetto oggettivamente si produca o sia destinato a prodursi (98); ora nel nostro ordinamento nazionale lo sancisce esplicitamente, in riferimento alle discriminazioni in ragione del sesso, l'art. 4 della legge 10 aprile 1991 n. 125 (§ 172), là dove esso collega il divieto all'« effetto pregiudizievole »; in riferimento alle discriminazioni per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi, l'art. 43 della legge n. 40/1998 (§§ 22 e 24), là dove esso vieta « ogni comportamento ... che abbia *lo scopo o l'effetto* » di ridurre o pregiudicare i diritti o la posizione di fatto dell'appartenente a un gruppo svantaggiato. Abbiamo visto, tuttavia, il temperamento cui la concezione oggettivistica del divieto soggiace in materia di discriminazioni per motivi di nazionalità o provenienza geografica (§ 22) e di discriminazioni per motivi sindacali (§ 51).

La Corte di Giustizia comunitaria, dal canto suo, ha più volte ravvisato una contravvenzione al divieto di discriminazione fra donne e uomini in norme legislative o collettive il cui intendimento era quello di assicurare alle prime una tutela più intensa (99): si pone a questo proposito la questione se le disposizioni di questo genere possano configurare una « discriminazione alla rovescia », o non piuttosto una « azione positiva » volta a neutralizzare gli effetti di discriminazioni passate (questione di cui tratteremo nell'ultimo paragrafo di questa sezione).

Il divieto di discriminazioni disposto dall'ordinamento comunitario implica per il legislatore nazionale anche l'obbligo di perfezionare le norme antidiscriminatorie con sanzioni che abbiano una efficacia dissuasiva effettiva (100).

Nel nostro ordinamento nazionale gli atti di discriminazione dettata da motivi sindacali, politici, religiosi o razziali di cui all'art. 15, lett. a, St. lav. sono puniti con la sanzione penale di cui all'art. 38 della stessa legge; gli atti discriminatori dettati da motivi inerenti al sesso del lavoratore sono puniti con la sanzione penale di cui all'art. 16 della legge n. 903/1997; gli atti discriminatori dettati da motivi inerenti alla razza, nazionalità, etnia sono puniti con le sanzioni penali comminate dalla legge 6 marzo 1998 n. 40 (§§ 22 e 24).

Gli atti discriminatori a contenuto negoziale sono inoltre soggetti alla comminatoria di nullità, contenuta nell'art. 15 St. lav. Secondo una parte della dottrina tale sanzione colpisce soltanto l'atto unilaterale o pattizio volto a recare

pregiudizio al singolo lavoratore o gruppo di lavoratori: non l'atto volto ad attribuire a uno o più lavoratori un indebito privilegio (101): contro gli atti di questo secondo tipo opererebbe soltanto la sanzione prevista dall'art. 16 St. lav., consistente nella condanna del datore di lavoro al pagamento in favore del Fondo pensione dei lavoratori dipendenti di « una somma pari all'importo dei trattamenti economici di maggior favore illegittimamente corrisposti nel periodo massimo di un anno ». Altra parte della dottrina sostiene invece l'applicabilità della sanzione della nullità anche all'atto del secondo tipo (102); tesi questa, le cui conseguenze possono talora apparire eccessive (si pensi al caso in cui il privilegio indebitamente riconosciuto a un lavoratore sia consistito nell'assunzione alle dipendenze dell'impresa, o in una promozione a categoria professionale superiore: quale giudice sarebbe disposto a riconoscere la legittimità dell'estromissione o del declassamento del lavoratore, in ipotesi disposto dal datore di lavoro a distanza di tempo dall'atto illegittimo di assunzione o di promozione, considerando questo nullo?).

Un apparato sanzionatorio del tutto particolare è predisposto, come vedremo nelle pagine che seguono (§ 175), contro le discriminazioni indirette.

L'art. 15 della legge n. 903/1977 ha, infine, istituito una procedura cautelare speciale contro i comportamenti discriminatori motivati dal sesso dei lavoratori, strutturata sul modello del procedimento di repressione dei comportamenti antisindacali di cui all'art. 28 St. lav. (§ 61) e quindi particolarmente efficace — in linea teorica — per costringere il datore di lavoro a conformarsi attivamente al precetto antidiscriminatorio, come interpretato e concretamente precisato dal giudice (l'inottemperanza all'ordine emanato dal giudice è infatti sanzionata penalmente). Senonché, a differenza del procedimento di repressione dei comportamenti antisindacali, quello previsto dall'art. 15 della legge n. 903/1977 ha avuto scarsissima fortuna: i casi in cui esso è stato concretamente utilizzato non superano qualche decina in oltre vent'anni. Questo fenomeno singolare può forse spiegarsi in considerazione del fatto che, a differenza dell'azione di repressione della condotta antisindacale, la promozione del giudizio antidiscriminatorio vede l'interesse della lavoratrice o del gruppo di lavoratrici tipicamente contrapposto a quello di una maggioranza di lavoratori, i quali dalla discriminazione oggettivamente traggono beneficio e che sovente più o meno consapevolmente coltivano questo beneficio con atteggiamenti non benevoli verso le colleghe che si ribellano alla situazione.

**168.** *I modelli economici che spiegano i comportamenti discriminatori dei datori di lavoro e le indicazioni che possono trarsene circa gli effetti delle norme antidiscriminatorie.* — All'incirca dalla metà degli anni '60, in corrispondenza con l'entrata in vigore negli Stati Uniti d'America di una prima serie di leggi federali contenenti divieti espliciti di discriminazione nei rapporti di lavoro (*Equal Pay Act 1963*, titolo VII del *Civil Rights Act 1964*, *Age Discrimination in Employment Act 1967*), gli economisti statunitensi hanno incominciato a considerare la questione delle pratiche discriminatorie poste in essere dalle imprese e degli effetti delle norme antidiscriminatorie come una delle materie più rilevanti nello studio del funzionamento del mercato del lavoro. Per spiegare il comportamento discriminatorio dei datori di lavoro sono stati elaborati numerosi modelli, da ciascuno dei quali possono trarsi indicazioni teoriche parzialmente differenti circa gli effetti della legislazione vigente e circa le tecniche legislative più efficaci per contrastare il fenomeno (103) (non sono peraltro mancate le teorizzazioni dell'inopportunità di qualsiasi intervento legislativo in materia) (104).

Tra i modelli più noti, merita di essere qui menzionato il primo in ordine di tempo (105), tendente a dimostrare che gli imprenditori caratterizzati da un particolare « gusto per la discriminazione » (*taste for discrimination*), con conseguente offerta da parte loro di retribuzioni inferiori ai lavoratori appartenenti al gruppo discriminato, sono destinati a conseguire, in condizioni di equilibrio di mercato, profitti inferiori rispetto a quelli conseguiti, a parità di ogni altra condizione, dagli altri imprenditori: donde — in questo ordine di idee — la prevedibile tendenziale scomparsa dei comportamenti discriminatori anche senza interventi correttivi dell'ordinamento. In studi successivi è stato peraltro mostrato come, anche nell'ordine di idee fondato su questo modello, non possa giungersi alla conclusione secondo cui in un mercato perfettamente concorrenziale i comportamenti discriminatori delle imprese tenderebbero automaticamente a sparire.

Mentre nel modello teste menzionato l'imprenditore che discrimina in base alla razza o al sesso del lavoratore « si paga un lusso », accettando una riduzione dei profitti per soddisfare le proprie preferenze razziali o di genere, nel c.d. modello della « discriminazione statistica » (106), invece, tale comportamento è funzionale a una massimizzazione dei profitti: l'imprenditore utilizza l'appartenenza del lavoratore a un determinato gruppo come indice di una caratteristica probabile del lavoratore stesso, rilevante ai fini della previsione della sua produttività futura o del suo costo futuro per l'azienda. Così, ad esempio, negli Stati Uniti è statisticamente vero che i bianchi frequentano mediamente scuole di qualità migliore rispetto ai neri, onde, a parità di titolo di studio e di altre condizioni, il fatto che il lavoratore sia bianco significa una sua probabile maggiore produttività futura; allo stesso modo, è statisticamente vero — e non soltanto negli Stati Uniti — che le donne hanno mediamente tassi di assenza dal lavoro più elevati degli uomini, con corrispondente riduzione della loro produttività media; oppure ancora: le donne hanno mediamente una aspettativa di vita maggiore degli uomini, con conseguente loro maggior costo prevedibile per l'azienda che eroghi agli ex-dipendenti un trattamento pensionistico integrativo.

Un interessante sviluppo del modello della « discriminazione statistica » è quello (107) che mostra come questa possa accentuare le distorsioni nel funzionamento del mercato del lavoro: i lavoratori appartenenti al gruppo svantaggiato (ad esempio: donne, neri, minoranze etniche) possono infatti essere spinti dalla percezione del disfavore con cui sono accolti dagli imprenditori a ridurre l'investimento sul proprio capitale umano (ad esempio: è inutile investire in istruzione superiore, se le mie probabilità di far carriera in azienda sono molto ridotte), col risultato di un aggravamento o consolidamento del deficit di formazione caratteristico del gruppo. Donde un buon motivo a sostegno

di un intervento legislativo o amministrativo tendente a rompere il circolo vizioso.

Tra i modelli proposti in epoca più recente si segnala infine quello (108) che spiega i comportamenti discriminatori non soltanto dei datori di lavoro, ma anche dei dirigenti e quadri intermedi, con una sorta di accordo tacito fra gli appartenenti al gruppo dominante (ad esempio: bianchi, uomini) volto ad assecondare la propria autostima e incrementare il proprio potere e/o il proprio reddito col riservare a sé i posti di lavoro professionalmente e gerarchicamente più elevati, collocando gli appartenenti al gruppo debole (neri, donne) nelle posizioni inferiori: chi viola la solidarietà fra appartenenti al gruppo dominante, consentendo che un appartenente al gruppo debole occupi un posto di lavoro elevato, viene punito dagli altri con l'isolamento, la disapprovazione o altre sanzioni (109).

Questi e altri modelli — che consentono di spiegare il persistere dei comportamenti discriminatori, pur in un mercato perfettamente concorrenziale, e sottolineano la necessità di un intervento dello Stato volto a correggere il fenomeno — forniscono anche il quadro concettuale per una valutazione critica degli effetti delle normative antidiscriminatorie. In particolare, alcuni effetti controproducenti di norme che vietano la differenziazione di trattamento, osservati in sede di ricerca empirica (110), sono stati spiegati sul piano teorico col fatto che le norme stesse intervengono imponendo parità retributiva in situazioni nelle quali è ancora in atto il circolo vizioso fra discriminazione e minore investimento dei discriminati sul proprio capitale umano, ritorcendosi così il divieto di differenziazione contro coloro che dovrebbero esserne protetti, dei quali viene ridotta la capacità effettiva di competere nel mercato (111). Si è anche sostenuto che finché il pregiudizio negativo è di fatto operante, negare a chi ne è vittima la possibilità di neutralizzarne gli effetti accettando trattamenti inferiori finisce coll'aggravare il danno (112). Si è inoltre osservato che le norme antidiscriminatorie hanno sempre dimostrato di poter incidere sul comportamento degli imprenditori assai più in fase di svolgimento o risoluzione del contratto di lavoro, che in fase di costituzione del rapporto: col risultato che al momento della scelta del lavoratore da assumere il maggior rischio di una futura controversia finisce col costituire un disincentivo all'assunzione del lavoratore appartenente al gruppo svantaggiato (113).

È stata peraltro sottolineata da alcuni la funzione pedagogica che una legge antidiscriminatoria può svolgere nei confronti di tutti i protagonisti del mercato del lavoro, con l'effetto di accelerare l'uscita del sistema dal circolo vizioso innescato dai pregiudizi, razziali o di altro genere (114). E si è pure osservato che nei modelli economici tendenti a soppesare costi e benefici dell'intervento statale contro le discriminazioni non può non tenersi conto del disvalore gravissimo insito nelle pratiche discriminatorie anche per soggetti terzi, estranei ai rapporti di lavoro interessati dalle pratiche stesse (115). Argomento, quest'ultimo fondato sul disvalore morale, evidentemente suscettibile di assumere valore decisivo e assorbente rispetto a tutti gli altri menzionati sopra; a patto, però, che non si commetta l'errore di confondere l'etica con la legge, il ripudio morale con il divieto giuridico: quest'ultimo è soltanto uno strumento di organizzazione della società, i cui effetti possono essere coerenti con il ripudio morale che ne costituisce il motivo, ma possono anche essere incoerenti o addirittura contrari, in conseguenza di circostanze e giochi sistemici che è compito dell'analisi economica o sociologica mettere in luce.

Quanto agli studi empirici, essi hanno mostrato come la normativa antidiscriminatoria contenuta nel titolo VII del *Civil Rights Act* abbia probabilmente prodotto un effetto positivo sul tasso di occupazione dei neri e sulla riduzione delle differenze retributive rispetto ai bianchi (116); come invece le norme volte a garantire pari opportunità di lavoro ai portatori di handicap abbiano probabilmente prodotto risultati opposti rispetto a quelli perseguiti, almeno sul piano degli accessi al lavoro (117); come negli anni '80, negli Stati Uniti, le controversie giudiziali in materia di licenziamento discriminatorio siano state sei volte più numerose rispetto a quelle in materia di discriminazione nell'assunzione (118) (pur in assenza di analoghe ricerche riferite al nostro Paese, tutto induce a ritenere che da noi le cose non vadano diversamente); come l'andamento quantitativo complessivo delle controversie giudiziali in materia di discriminazione sia inversamente correlato all'andamento congiunturale dell'economia (119).

**169. I problemi che sorgono quando un criterio di differenziazione di terza classe sottintende in realtà un criterio di prima o di quarta classe.** — Nel discutere delle garanzie antidiscriminatorie offerte dall'ordinamento ai lavoratori stranieri, e in particolare a quelli extra-comunitari, abbiamo già osservato (§ 22) come l'applicazione meccanica di un divieto di praticare loro trattamenti differenziati rispetto ai lavoratori indigeni possa ritorcersi a loro danno, costituendo in realtà una forma occulta di protezione di questi ultimi contro la concorrenza degli immigrati. Nella misura in cui la condizione di immigrato può costituire indice di una produttività sensibilmente inferiore, cioè più precisamente fonte di ragionevole presunzione di una minore corrispondenza tra la lingua, la cultura specifica, la formazione professionale del lavoratore e le esigenze aziendali dell'impresa italiana, il divieto di neutralizzare — almeno nella fase iniziale — questo handicap di partenza con un minor costo della prestazione per l'impresa stessa può avere l'effetto di escludere il lavoratore extra-comunitario dal nostro mercato del lavoro regolare.

Un discorso analogo può proporsi in riferimento alla protezione dei portatori di handicap, di cui si è detto nel paragrafo precedente: anche qui l'ordinamento vieta di praticare una disparità di trattamento correlata alla sola qualificazione del lavoratore come lavoratore disabile, o alla sola sua assunzione in regime di collocamento obbligatorio; ma è assai dubbio — e, anzi, alla luce della giurisprudenza costituzionale mi sembra che dovrebbe escludersi, nonostante il diverso orientamento della giurisprudenza di cassazione e di merito (120) — che possa ritenersi vietata una differenziazione di trattamento commisurata *in concreto* a un effettivo deficit di produttività del lavoratore nella mansione specifica che gli sia stata assegnata.

Sia nel caso del lavoratore straniero, sia in quello del lavoratore disabile, dunque, l'interpretazione del divieto di discriminazione più coerente con la sua *ratio* porta a considerare vietata soltanto la differenziazione motivata *a priori* con quella particolare condizione del lavoratore, ma non correlata *in concreto* con un deficit di produttività constatato o

ragionevolmente prevedibile. In altre parole, in questi casi la differenziazione si giustifica soltanto se è genuinamente fondata su di un criterio rigorosamente di prima classe (§ 157).

Un problema in parte analogo, in parte diverso, si pone per il divieto di discriminazione motivata dall'appartenenza sindacale del lavoratore, nel quale pure ci siamo già imbattuti, trattando del principio di libertà sindacale (§ 51): abbiamo visto in quella sede come debba considerarsi senz'altro vietata la differenziazione di trattamento mirata a penalizzare o scoraggiare la scelta di un lavoratore di aderire o non aderire a una associazione sindacale, ma non possa essere ricompresa nel campo di applicazione di quel divieto la differenziazione di trattamento che il lavoratore abbia deliberatamente voluto, per sottrarsi al regime negoziato da una associazione sindacale a cui egli non aderisce e assoggettarsi a un regime diverso (se infatti anche questa differenziazione fosse vietata, il risultato sarebbe quello di imporre a un gruppo di lavoratori le scelte sindacali compiute da un altro gruppo, cioè l'esatto contrario della tutela della libertà sindacale che il divieto di discriminazione in esame intende assicurare). Il criterio di differenziazione del trattamento che viene applicato in questo caso dal datore di lavoro è un criterio ascrivibile alla quarta classe individuata nella prima sezione di questo capitolo: un criterio, cioè, tendente a escludere la comparabilità fra due prestazioni lavorative alla stregua di un unico sistema di valutazione e determinazione dei trattamenti; e nel discutere dei criteri appartenenti a questa classe abbiamo visto (§ 160) come il principio costituzionale di libertà sindacale vieti al legislatore di imporne autoritativamente l'applicazione, ma impoga per converso che ne sia fatta salva l'applicazione quando essa sia l'effetto del libero gioco delle relazioni sindacali. Possiamo dunque concludere, a questo proposito, che l'obbligo per il datore di lavoro di ignorare la scelta sindacale del lavoratore nella determinazione del suo trattamento trova un limite nell'ipotesi in cui la differenziazione sia l'effetto diretto di quella scelta, corrispondente a una volontà negoziale — che il lavoratore stesso ha manifestato direttamente o attraverso l'organizzazione sindacale a cui abbia liberamente aderito — di sottrarre la propria prestazione alla disciplina contrattata da un'altra organizzazione sindacale. A questa conclusione potrebbe obiettarsi che il prevalere della volontà negoziale individuale del lavoratore o gruppo di lavoratori (o della loro scelta di adesione o non adesione al sindacato) sul divieto di differenziazione del trattamento consentirebbe al datore di lavoro di far leva sullo stato di bisogno dei lavoratori stessi, per imporre loro un trattamento deteriore rispetto a quello praticato agli altri dipendenti. L'obiezione, però, non coglie nel segno: se, infatti, il trattamento risultante della scelta sindacale del lavoratore o del gruppo di lavoratori si colloca al di sotto dello standard minimo fissato da una norma inderogabile, l'illiceità di quel trattamento è imputabile alla violazione di questa norma e non al divieto di discriminazione per motivi sindacale; se invece il trattamento in questione non viola alcuno standard minimo inderogabile, la differenziazione non può che considerarsi pienamente legittima, in quanto conseguenza diretta dell'esercizio da parte dei lavoratori interessati della propria libertà sindacale: un diritto di libertà formale il cui esercizio non può certo essere assoggettato a un controllo di merito da parte del giudice circa i vantaggi e gli svantaggi che effettivamente ne conseguono per i lavoratori interessati.

Vedremo, a questo proposito, come la giurisprudenza comunitaria abbia ritenuto legittime anche le differenziazioni fra uomini e donne risultanti da circostanze particolari di mercato che giustificano obiettivamente la negoziazione di trattamenti differenti per posizioni di lavoro di pari valore professionale (121).

**170. La questione delle discriminazioni indirette.** — Consideriamo ora il caso di un contratto collettivo che preveda la promozione automatica a un determinato livello professionale dopo tre anni di lavoro effettivo nel livello inferiore: se il divieto di discriminazione per motivi di sesso, di invalidità o di attività sindacale deve intendersi semplicemente come obbligo di ignorare l'elemento di differenziazione protetto, il contratto può escludere legittimamente dal computo dei tre anni di lavoro effettivo, ad esempio, gli eventuali periodi di astensione dal lavoro della donna per maternità, del neopatico per le dialisi periodiche, o del rappresentante sindacale per l'espletamento delle sue funzioni; se invece il divieto di discriminazione deve intendersi come obbligo di ignorare *anche le differenze di quantità o qualità della prestazione collegate* al sesso, all'invalidità o all'attività sindacale (divieto di discriminazione indiretta), allora anche i periodi di astensione dal lavoro devono essere computati ai fini della promozione (122).

La questione deve — secondo l'orientamento a mio avviso più condivisibile — essere risolta in modo diverso in riferimento ai diversi divieti di discriminazione considerati. Nel caso del lavoratore impegnato per il proprio sindacato o partito, nulla autorizza ad « arricchire » la norma protettiva leggendo in essa anche un principio di equiparazione piena dell'attività sindacale o politica alla prestazione lavorativa: la norma impone al datore di lavoro e alle parti collettive soltanto di ignorare, nella determinazione del trattamento, l'attività sindacale del lavoratore, non anche di ignorarne gli eventuali effetti pregiudizievoli sulla prestazione lavorativa (123); giurisprudenza e dottrina su questo punto, però, non sono univoche (124). Ancora più incerta è la soluzione nel caso dell'invalido, registrandosi in proposito il contrasto di cui si è detto a suo luogo fra la giurisprudenza della Corte costituzionale, contraria a qualsiasi caratterizzazione in senso assistenziale del rapporto di lavoro costituito in regime di collocamento obbligatorio, e la giurisprudenza della Corte di cassazione, tendente invece a imporre al datore di lavoro di ignorare pressoché totalmente l'eventuale difetto della prestazione conseguente all'invalidità (125). In riferimento al caso della lavoratrice madre il problema è stato invece risolto direttamente ed esplicitamente dal secondo comma dell'art. 3 della legge n. 903/1977, nel senso della computabilità, ai fini della progressione di carriera, dell'astensione obbligatoria (126) (non però dell'astensione facoltativa, della quale può fruire anche il padre a norma dell'art. 7 della stessa legge) (127).

La regola teste citata contenuta nella legge n. 903/1977 ha costituito fino al 1991 nel nostro ordinamento (insieme a quella contenuta nell'art. 1, c. 2°, n. 2, della stessa legge in materia di reclutamento dei lavoratori), l'unico divieto esplicito di *discriminazione indiretta* (128). Oggi invece un divieto assai più ampio delle discriminazioni indirette è sancito dall'art. 4 della legge 10 aprile 1991 n. 125 in riferimento alle differenze di sesso e dall'art. 41, 2° c., lett. e,

della legge 6 marzo 1998 n. 40 in riferimento alle differenze di razza, etnia, lingua, cittadinanza e confessione religiosa (la nostra legge non pone invece un divieto di discriminazione indiretta in riferimento alle scelte sindacali o politiche del lavoratore).

Le due norme del 1991 e del 1998 costituiscono la recezione piena ed esplicita da parte del nostro ordinamento di un principio di diritto comunitario (129) che, enunciato esplicitamente dal Regolamento n. 1612/1968 (§ 22) e in forma non chiarissima nella Direttiva n. 117/1975, è venuto precisandosi durante l'ultimo quarto di secolo attraverso la giurisprudenza della Corte di Giustizia ed è stato infine sancito compiutamente sul piano legislativo, in riferimento alle discriminazioni di genere, con l'art. 4 della Direttiva 15 dicembre 1997 n. 80.

**171.** *Il divieto delle discriminazioni indirette nella legislazione e nella giurisprudenza comunitarie.* — L'art. 1, c. 2°, della Direttiva comunitaria n. 117/1975 in materia di parità tra lavoratori e lavoratrici contiene due distinte disposizioni: la prima stabilisce che « qualora si utilizzi un sistema di classificazione professionale per determinare le retribuzioni, questo deve basarsi su principi comuni per i lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile ... » (divieto di discriminazione diretta, ovvero obbligo di ignorare la differenza di sesso); poi la norma aggiunge che tale sistema di classificazione deve « ... essere elaborato in modo da eliminare le discriminazioni basate sul sesso »: questa seconda regola, non potendo essere letta come una pleonastica ripetizione della prima, deve essere interpretata nel senso di vincolare i sistemi di classificazione a operare in modo che ne risultino ignorate anche le differenze di quantità o qualità della prestazione, e a maggior ragione le differenze di altro tipo, esclusivamente derivanti dal (o collegabili al) sesso del lavoratore; cioè in modo da impedire e comunque non favorire il verificarsi di discriminazioni indirette. La seconda disposizione può dunque intendersi, in sostanza (e nonostante la sua formulazione non del tutto chiara e inequivoca), come traduzione in diritto comunitario europeo della regola elaborata dalla giurisprudenza statunitense che inibisce i criteri di selezione o inquadramento dei lavoratori suscettibili di produrre un *disparate impact* (130), un effetto sperequato, su di un gruppo di lavoratori (individuato dal sesso, dalla razza, dalla lingua, o altro) rispetto alla generalità di essi.

Questo principio generale è stato enunciato e applicato, nel corso degli anni '80, in tre importanti sentenze della Corte di Giustizia delle Comunità europee, alle quali — in ossequio alla giurisprudenza della Corte costituzionale (131) — è stato riconosciuto carattere vincolante nel nostro ordinamento interno in quanto sentenze interpretative/integrative di norme comunitarie direttamente applicabili. Dato il loro contenuto precettivo particolarmente incisivo in relazione alla materia oggetto della nostra trattazione, è necessario qui darne conto partitamente (132): vedremo nel paragrafo successivo il rilievo che esse possono assumere anche in sede di interpretazione della nostra disciplina legislativa interna.

Nella prima delle tre sentenze (133) la Corte di Giustizia ha dichiarato illegittima la differenziazione di trattamento dei lavoratori in relazione alla durata della prestazione settimanale (*full time* o *part-time*), in situazioni nelle quali si registri una maggiore presenza relativa di donne tra i lavoratori a tempo parziale, con conseguente impatto sperequato tra i due sessi del criterio di differenziazione del trattamento, salvo che l'impresa dimostri che detta differenziazione « è basata su fattori obiettivamente giustificati ed estranei a qualsiasi discriminazione fondata sul sesso ». Quest'ultima clausola, che come vedremo è ripresa anche nell'ultima delle tre sentenze qui esaminate, ha sostanzialmente per oggetto la ripartizione dell'onere della prova circa il carattere (non) discriminatorio del criterio adottato (134): qualora il lavoratore interessato dimostri che il criterio in questione produce un *disparate impact*, cioè un effetto sensibilmente sperequato, a danno degli appartenenti al proprio sesso rispetto agli altri, graverà sul datore di lavoro l'onere di dimostrare la sussistenza di un motivo ragionevole per l'adozione di quel criterio, che altrimenti dovrà considerarsi senz'altro illegittimo (ora v. esplicitamente in questo senso l'art. 4 della Direttiva n. 80/1997).

Nella seconda sentenza (135) la Corte di Giustizia affronta la questione della prestanza fisica delle donne, mediamente inferiore rispetto a quella degli uomini, e del conseguente *disparate impact* di un criterio di inquadramento che attribuisca rilievo all'intensità dello sforzo muscolare necessario per lo svolgimento delle mansioni. In questo caso la Corte ha ritenuto che il vaglio di legittimità, alla stregua dell'art. 1 della Direttiva n. 117/1975, possa essere operato, invece che in riferimento al singolo criterio di inquadramento « incriminato », in riferimento al sistema di inquadramento nel suo complesso (136): il sacrificio imposto dal criterio considerato ai lavoratori di un sesso può essere compensato dal vantaggio che agli stessi derivi da altro criterio adottato nell'ambito dello stesso sistema (« per non essere discriminatorio nel suo complesso, il sistema di classificazione professionale deve ... prendere in considerazione, qualora lo consenta la natura delle mansioni da svolgersi nell'impresa, dei criteri in relazione ai quali i lavoratori di entrambi i sessi possano possedere particolari attitudini »). Quando tale compensazione non sia possibile, « il basarsi su valori corrispondenti alle prestazioni medie dei lavoratori di un solo sesso », cioè il non creare due scale di misura diverse per i due sessi, « al fine della determinazione dell'entità dell'impegno o sforzo richiesto dal lavoro o la sua eventuale pesantezza, costituisce una forma di discriminazione basata sul sesso, vietata dalla direttiva ».

Nella terza sentenza (137) la Corte di Giustizia ha affrontato la questione della possibile discriminazione indiretta in riferimento a tre criteri particolari di inquadramento, rispettivamente appartenenti alla prima, alla seconda e alla terza classe di cui si è detto nel primo capitolo: il criterio della flessibilità della prestazione lavorativa, quello della formazione professionale acquisita dal lavoratore e quello dell'anzianità di servizio in azienda.

Del criterio della flessibilità nella motivazione della sentenza si individuano due possibili accezioni: flessibilità come qualità intrinseca della prestazione (versatilità del lavoratore, sua adattabilità a diversi ruoli) e flessibilità come disponibilità alla variazione del tempo o del luogo della prestazione secondo le mutevoli esigenze dell'impresa.

Secondo la Corte, nessun problema di discriminazione indiretta può porsi in riferimento a criteri di inquadramento che



attribuiscono rilievo alla flessibilità nella prima accezione, essendo evidente, per un verso, « il suo carattere neutro dal punto di vista del sesso del lavoratore », e per altro verso la sua stretta ed esclusiva inerenza alle esigenze organizzative dell'impresa (*job relatedness*). Una discriminazione indiretta può derivare invece dalla valorizzazione della flessibilità nella seconda accezione individuata, dal momento che le lavoratrici « in ragione dei compiti domestici e familiari solitamente su di loro incombenti, possono meno agevolmente dei lavoratori maschi organizzare il loro tempo di lavoro in maniera flessibile »; donde — secondo lo schema già visto nella prima sentenza esaminata — la ripartizione logica dell'onere della prova circa il carattere (non) discriminatorio del criterio di differenziazione adottato: dimostrato da parte del lavoratore il *disparate impact*, il criterio deve essere dichiarato illegittimo se l'impresa non dimostra che con esso si è inteso perseguire una apprezzabile e ben precisa esigenza economica od organizzativa (qui però, diversamente dal caso della differenziazione ai danni dei lavoratori a tempo parziale, l'onere della prova posto a carico del datore di lavoro appare di assai facile adempimento).

Un discorso analogo è svolto nella stessa sentenza in riferimento al criterio della formazione professionale: « non è escluso che esso possa giocare a danno delle lavoratrici, nella misura in cui queste abbiano di fatto minori possibilità di conseguire una formazione professionale altrettanto elevata quanto i loro colleghi maschi ». Quando tale eventualità si verifichi, pertanto, cioè quando effettivamente si registri sul piano statistico una penalizzazione del personale di sesso femminile in conseguenza dell'applicazione del criterio in esame, il datore di lavoro dovrà giustificare il trattamento differenziato riservato ai possessori del titolo di formazione professionale più elevato « dimostrando che tale formazione riveste effettiva importanza per lo svolgimento di compiti specifici affidati ai lavoratori » medesimi. In altre parole: se dall'applicazione di quel criterio deriva di fatto (statisticamente) pregiudizio per le lavoratrici, esso è giustificato soltanto in quanto possa considerarsi sostanzialmente quale criterio di prima classe (cioè attinente al contenuto delle prestazioni) e non quale criterio di seconda classe (cioè attinente alla sola qualifica soggettiva dei prestatori) (138).

Quanto al criterio dell'anzianità, la Corte lo « assolve » senz'altro, sul presupposto che « l'anzianità va di pari passo con l'esperienza e questa pone generalmente il lavoratore in condizione di svolgere meglio le proprie mansioni »: donde, secondo la Corte, una presunzione generale di corrispondenza del criterio in questione all'esigenza obbiettiva di premiare la prestazione qualitativamente migliore, con la conseguente classificabilità del criterio stesso tra quelli della prima classe, e non tra quelli della terza. Soluzione, questa, che non soddisfa pienamente, poiché, mentre per un verso l'importanza dell'accumulo di esperienza si riduce fino ad azzerarsi con il ridursi del livello professionale delle mansioni (con conseguente classificabilità, in questo caso, del criterio dell'anzianità nella terza classe e non nella prima), per altro verso l'anzianità di servizio delle donne è sovente inferiore rispetto a quella degli uomini in conseguenza della maggiore propensione delle prime a ritirarsi temporaneamente dal mercato del lavoro nei primi anni di vita dei figli (139).

Va infine menzionata una sentenza più recente (140), nella quale la Corte di Giustizia ha affrontato il caso di una disparità di trattamento conseguente all'applicazione, a due diversi gruppi di lavoratori nei quali uomini e donne erano distribuiti diversamente, di due contratti collettivi, le cui disposizioni differenti producevano un impatto differenziato sugli uni rispetto alle altre; la Corte ha affermato che la circostanza della duplicità dei contratti collettivi non è sufficiente per escludere la discriminazione vietata, poiché altrimenti l'imprenditore « potrebbe facilmente eludere attraverso separate contrattazioni il principio della parità delle retribuzioni » (141) (è, a ben vedere, un corollario della regola che impone l'applicazione in azienda di un sistema unitario di inquadramento, come condizione necessaria per il controllo sul rispetto del principio di pari trattamento per mansioni di « pari valore »: cfr. §§ 162-164; ma abbiamo anche visto (§ 51) come su questa regola possa prevalere, almeno nel nostro ordinamento interno, il principio di libertà sindacale, nel caso in cui la pluralità dei contratti collettivi applicati sia frutto della consapevole opzione separatistica di un gruppo di lavoratori: torneremo sul punto nel § 173). Nella stessa sentenza, tuttavia, la Corte ha riconosciuto che la differenza di retribuzione fra una mansione prevalentemente svolta da uomini e una mansione di pari valore prevalentemente svolta da donne può essere giustificata da circostanze di mercato, quale ad esempio lo squilibrio fra domanda e offerta di lavoro in relazione all'una o all'altra mansione (142).

**172.** *L'obbligo di ignorare la differenza nelle leggi n. 125/1991 e n. 40/1998.* — L'obbligo di « ignorare » la differenza non « essenziale » di quantità o qualità della prestazione derivante dal sesso del lavoratore è esplicitamente enunciato dall'art. 4, c. 1°, della nostra legge n. 125/1991; e nel comma successivo l'obbligo stesso è definito, in precisa aderenza alle massime della giurisprudenza comunitaria di cui si è detto, come divieto di « adozione di criteri che svantaggino in modo proporzionalmente maggiore i lavoratori dell'uno o dell'altro sesso e riguardino requisiti non essenziali allo svolgimento dell'attività lavorativa » (143). Il divieto di discriminazione indiretta è poi esteso, come si è già detto (§§ 22-24 e 166), dall'art. 41, 2° c., lett. e, della legge 6 marzo 1998 n. 40, alla materia delle discriminazioni per ragioni di razza, etnia, provenienza nazionale, cittadinanza e religione.

Ancora in aderenza alle regole elaborate dalla giurisprudenza comunitaria, ora sancite dalla Direttiva n. 80/1997, il quinto comma dell'art. 4 della legge del 1991 e il 9° comma dell'art. 42 della legge del 1998 intervengono a distribuire fra le parti l'onere della prova coerentemente con la nozione di discriminazione indiretta: sul ricorrente incombe il solo onere di dimostrare l'effetto sperequato del criterio adottato dal datore di lavoro (un dato, dunque, di natura essenzialmente statistica, dal quale deve risultare uno squilibrio grave fra i due gruppi considerati) (144); sul datore di lavoro l'onere di dimostrare che il criterio incriminato non abbia carattere discriminatorio. E poiché questo è escluso da entrambe le leggi soltanto quando il criterio di differenziazione attenga a « requisiti essenziali allo svolgimento dell'attività lavorativa » (*strict job relatedness*), questo è appunto quanto il datore di lavoro dovrà dimostrare (145).

La definizione del concetto di « requisito essenziale allo svolgimento dell'attività lavorativa » costituisce dunque il nodo cruciale in materia di discriminazioni indirette (146). Ed essendo pacifico l'intendimento del legislatore di dare precisa attuazione, con la legge del 1991, al principio di diritto comunitario di cui si è detto nel paragrafo precedente, un punto di riferimento di primaria importanza per la definizione di quel concetto è dato dalle sentenze della Corte di Giustizia teste esaminate.

Da quelle sentenze emerge innanzitutto che non tutto ciò che è *job related*, cioè strettamente riferito al contenuto delle prestazioni lavorative (criterio appartenente alla prima classe), può considerarsi a priori « essenziale »: non può considerarsi tale in astratto, secondo la prima sentenza esaminata, la durata giornaliera o settimanale della prestazione; e neppure, alla stregua della terza sentenza, la disponibilità del lavoratore alla variabilità della collocazione geografica o temporale dell'attività dedotta in contratto. Non può considerarsi « essenziale » per la prestazione lavorativa, neppure quando si tratti della prestazione dei vigili del fuoco, una statura fisica minima (requisito, questo, che ha un tipico effetto di discriminazione indiretta ai danni delle lavoratrici, stante la loro statura mediamente inferiore a quella dei lavoratori) (147). In riferimento a questi aspetti della prestazione spetterà dunque al datore di lavoro, all'occorrenza, dimostrarne l'essenzialità in concreto, cioè la necessità obbiettiva (da accertarsi secondo criteri di ragionevolezza e di corretta gestione aziendale) di attribuire a essi rilievo ai fini dell'inquadramento e/o della differenziazione di trattamento dei propri dipendenti. In alternativa, il datore stesso dovrà essere ammesso a provare, in applicazione della regola enunciata dalla seconda sentenza della Corte di Giustizia sopra esaminata, che il *disparate impact* prodotto da un determinato criterio è compensato, nel contesto del sistema di inquadramento applicato in azienda, dal *disparate impact* di segno opposto prodotto da altro criterio appartenente allo stesso sistema.

Quanto ai criteri appartenenti alla seconda classe (titoli di studio o di formazione professionale, precedenti lavorativi, o comunque riferimenti alla capacità soggettiva del lavoratore che prescindono dal contenuto della prestazione dedotta in contratto), dalla terza sentenza esaminata nel paragrafo precedente si deduce che la loro adozione è legittima soltanto quando non ne derivi un effetto sperequato ai danni degli appartenenti a un sesso: la Corte ha infatti affermato che, in presenza di un *disparate impact*, il datore di lavoro può dimostrare la legittimità del riferimento al titolo di formazione professionale soltanto « dimostrando che tale formazione riveste effettiva importanza per lo svolgimento di compiti specifici affidati ai lavoratori »; che è quanto dire: dimostrando che il criterio adottato non è un criterio di seconda classe, bensì di prima classe, poiché attiene direttamente al contenuto della prestazione (148).

Un discorso del tutto analogo sembra applicabile ai criteri appartenenti alla terza classe (non attinenti, cioè, né al contenuto della prestazione né alla qualifica soggettiva dei lavoratori, ma neppure direttamente al loro sesso): essi devono considerarsi senz'altro vietati quando ne derivi indirettamente un effetto sperequato ai danni degli appartenenti a uno dei due sessi, salvo che l'effetto sperequato di un criterio sia compensato dall'effetto sperequato di segno opposto prodotto da un altro criterio (si pensi al caso in cui un sistema di inquadramento attribuisca rilievo sia al servizio militare compiuto, sia al numero delle gravidanze). Il che appare, del resto, perfettamente coerente con il contenuto testuale delle norme in esame: dei criteri appartenenti alla terza classe (come di quelli appartenenti alla seconda) può per definizione escludersi, nonché l'« essenzialità », l'inerenza stessa « allo svolgimento dell'attività lavorativa ». Non osta a questa conclusione il fatto che la Corte di Giustizia, nella terza sentenza esaminata, abbia considerato senz'altro legittimo il riferimento all'anzianità di servizio del lavoratore: la decisione è stata infatti motivata sul presupposto (certo discutibile, come si è detto a suo luogo, ma qui interessa soltanto lo schema logico del ragionamento della Corte) che l'anzianità di servizio influisca sempre sul contenuto della prestazione, in quanto fattore di maggiore esperienza e abilità del lavoratore; in altre parole, la Corte ha salvato il criterio dell'anzianità sul presupposto che esso debba senz'altro ascrivere alla prima classe e non alla terza.

Dei criteri di quarta classe e del loro possibile impatto differenziato sugli appartenenti ai due sessi si dirà al termine del paragrafo che segue; ma occorre preventivamente chiarire il modo in cui il divieto di discriminazione opera nei confronti della contrattazione collettiva.

**173. La discriminazione indiretta nei sistemi di inquadramento professionale.** — Resta da chiedersi, in riferimento all'onere della prova che la norma in esame pone a carico del datore di lavoro circa l'« essenzialità », rispetto all'attività lavorativa, del criterio di inquadramento o di differenziazione produttivo di *disparate impact*, se lo stesso onere della prova gravi sul datore quando il criterio incriminato sia previsto da un contratto collettivo nazionale, cui egli si sia limitato a dare fedele applicazione (149).

Il divieto di discriminazioni, a differenza del principio di parità di trattamento (§ 162), si pone anche come limite all'autonomia collettiva e la sua violazione ben può essere causa di nullità di una clausola di contratto collettivo nazionale o territoriale, oltre che di contratto aziendale. Occorre però fare a questo proposito una distinzione; se quanto poc'anzi osservato ha fondamento, mentre la discriminazione indiretta vietata è senz'altro a priori ravvisabile nel caso del *disparate impact* prodotto da un criterio appartenente alla seconda o alla terza classe, e quindi in tal caso il giudice può senz'altro disapplicare, in quanto affetta da nullità, la clausola collettiva che imponga l'adozione di quel criterio, lo stesso non può dirsi per il caso del criterio appartenente alla prima classe (cioè riferito a un aspetto della prestazione lavorativa): qui, come si è visto, il *disparate impact* può essere, in concreto, giustificato (cioè rispondente a esigenze « essenziali »); d'altra parte, dato il campo di applicazione sovra-aziendale della clausola collettiva impugnata, la valutazione comparativa delle esigenze organizzative obbiettive e dell'interesse dei lavoratori appartenenti alla categoria svantaggiata non può essere operata soltanto in riferimento alla singola azienda; e non si vede come il giudice del caso singolo possa conoscere con la debita precisione e valutare le motivazioni e gli effetti complessivi di una disposizione collettiva pattuita da rappresentanze sindacali di livello nazionale, risultante per lo più da mediazioni del

tutto inesprese, e comunque destinata ad applicarsi su tutto il territorio nazionale.

La lacuna delle norme in esame su questo aspetto non secondario della questione delle discriminazioni indirette deve, a mio avviso, essere colmata in via interpretativa mediante la ragionevole presunzione del carattere non discriminatorio dei criteri di inquadramento di prima classe (*job related*) previsti da un contratto collettivo nazionale stipulato dalle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative, cioè della correttezza della valutazione comparativa degli interessi complessivamente in gioco, operata dalle organizzazioni stesse: presunzione che trova il suo fondamento positivo nel settimo comma dello stesso art. 4 della legge n. 125/1991, il quale proprio a quelle organizzazioni sindacali affida, sul presupposto di una loro capacità di rappresentare in modo equilibrato i lavoratori di entrambi i sessi, il delicato compito di contribuire alla definizione dei piani di rimozione delle discriminazioni accertate.

Deve, in conclusione, ritenersi che, quando un criterio di inquadramento e/o differenziazione del trattamento riferito esclusivamente al contenuto della prestazione produca in un determinato contesto aziendale un effetto statisticamente sperequato a danno dei lavoratori di un sesso, il datore di lavoro possa limitarsi a dimostrare la rigorosa corrispondenza del criterio stesso alla disposizione contenuta in un contratto collettivo di livello sovra-aziendale stipulato dalle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative, con ciò adempiendo l'onere posto a suo carico. Spetterà a quel punto al ricorrente l'onere di superare la presunzione favorevole alla pattuizione collettiva fornendo la prova, oltre che degli effetti sperequati della stessa, anche dell'inesistenza di valide giustificazioni di tali effetti, in riferimento all'intero complesso dei rapporti disciplinati dal contratto; onere tanto più difficile da adempiere quanto più rigorosa dovrà essere la valutazione della prova da parte del giudice, in considerazione della delicatezza della materia e della gravità degli effetti dell'eventuale accoglimento del ricorso.

Un caso tipico di discriminazione indiretta ai danni delle lavoratrici è quello della sopravvalutazione del carattere pesante della mansione tradizionalmente affidata a manodopera maschile, rispetto alla mansione di contenuto analogo affidata tradizionalmente a manodopera femminile (150); non è facile in questi casi distinguere la sopravvalutazione discriminatoria dal corretto intento di retribuire la maggiore fatica fisica.

Un altro caso di discriminazione indiretta derivante da disposizione collettiva, assai diffuso prima della riforma dei sistemi di inquadramento operata con l'introduzione del c.d. « inquadramento unico » nella prima metà degli anni settanta, ma tuttora non del tutto superato, è quello dei criteri di inquadramento che fanno diretto riferimento a determinate figure professionali tradizionalmente femminili (ad es.: « tessitrice », « filatrice »), per disporre senz'altro l'inquadramento in una categoria, e ad altre figure professionali, tradizionalmente maschili (ad es. « meccanico », « autista »), per disporre senz'altro l'inquadramento in una categoria superiore, nonostante che il contenuto delle mansioni proprie delle prime appaia di valore analogo a quello delle seconde (151). Il delicato compito del giudice consisterà preliminarmente, in un caso di questo genere, nella verifica della corrispondenza tra il contenuto delle mansioni proprie di ciascuna figura professionale considerata e la « declaratoria » relativa alla categoria in cui la figura stessa viene inquadrata (cioè l'indicazione sintetica dei criteri generali di inquadramento solitamente contenuta nel contratto collettivo in corrispondenza con ciascuna categoria ivi prevista), per verificare la coerenza tra i criteri di valutazione indicati e l'applicazione che il contratto collettivo stesso ne fa in riferimento a ciascuna particolare figura professionale; qualora la « declaratoria » faccia difetto, o sia di contenuto troppo generico e indeterminato, le organizzazioni sindacali stipulanti dovranno essere chiamate a chiarire i criteri applicati, a norma dell'art. 421 c.p.c., anche d'ufficio. Accertata la coerenza interna del contratto collettivo, non potrà dirsi per questo senz'altro risolta in senso negativo la questione della discriminazione indiretta: i criteri adottati e coerentemente applicati dal contratto collettivo potrebbero risultare « non essenziali » rispetto « allo svolgimento della prestazione lavorativa », a norma del 2° comma dell'art. 4 della legge n. 125/1991 o del 2° comma, lett. e, dell'art. 41 della legge n. 40/1998 (§ 24); ma — se quanto si è detto sopra ha fondamento — a causa della presunzione favorevole che assiste la pattuizione collettiva la difficile prova di tale « inessentialità » dovrà essere data dalla parte ricorrente, ed essere valutata con la massima prudenza da parte del giudice.

Si discute del caso in cui una disparità di trattamento che penalizza indirettamente le donne rispetto agli uomini (o viceversa) dipenda dall'applicazione a due diversi gruppi di lavoratori di due distinti contratti collettivi, con conseguente applicazione di criteri differenti di valutazione delle mansioni e di determinazione dei corrispettivi: è questo un criterio di differenziazione che abbiamo a suo luogo (§ 160) catalogato tra quelli della quarta classe, che hanno l'effetto di separare tra loro due gruppi di lavoratori in categorie tra loro non comunicanti, rendendo le mansioni dei primi non comparabili con quelle dei secondi.

Si è visto come la questione sia stata affrontata dalla Corte di Giustizia in una sentenza (152), nella quale la compresenza dei due contratti è stata ritenuta di per sé non sufficiente per escludere la discriminazione indiretta, ma è stato anche affermato che la disparità di trattamento può nondimeno trovare giustificazione in particolari circostanze di mercato che abbiano indotto l'imprenditore o l'associazione imprenditoriale stipulante ad accettare condizioni differenti nei due contratti (§ 171). Tra le circostanze di mercato rilevanti a tal fine non può non ricomprendersi anche la scelta liberamente compiuta da un gruppo di lavoratori e/o lavoratrici di organizzarsi in una associazione sindacale, proprio al fine di sottrarsi alla disciplina collettiva pattuita da un'altra associazione sindacale: quando di questo si tratti, e non di una manovra fraudolenta posta in essere dall'imprenditore con la complicità di un sindacato di comodo (§ 50), i principi di libertà sindacale e di autonomia collettiva impongono, a mio avviso, di riconoscere a entrambi i contratti la capacità di produrre gli effetti voluti dalle parti stipulanti, in riferimento ai rispettivi campi di applicazione (§ 51).

È pure assai discusso il problema se debba esser considerato meritevole di tutela — e quindi protetto contro disposizioni incompatibili, che sarebbero pertanto qualificabili come discriminazioni indirette — l'interesse delle minoranze etniche

alla libertà di praticare gli usi (religiosi, comportamentali, sanitari, di abbigliamento, ecc.) legati alla propria cultura: può considerarsi indirettamente discriminatoria una disposizione collettiva o di regolamento interno aziendale che impedisca ai dipendenti di una azienda di lavorare col capo o il volto coperto, così impedendo ai lavoratori *sikh* di portare il turbante (153), o alle donne musulmane di portare il *chador*? Si osservi come il problema che si pone a proposito del turbante o del *chador* sia — sul piano logico — in tutto analogo a quello che si pone sul piano della disciplina del riposo settimanale in riferimento alla pratica ebraica del riposo sabbatico o a quella musulmana del riposo al venerdì; o al problema che si pone sul piano della legislazione sanitaria e penale in riferimento alla pratica della infibulazione delle bambine nordafricane. La soluzione corretta del problema dipende — a mio avviso — da una valutazione comparativa degli interessi in gioco, che non può essere operata se non alla luce dei principi del nostro ordinamento e di quello comunitario; sarebbe invece scorretto porre tali principi sullo stesso piano di quelli che regolano la materia nel Paese di provenienza degli appartenenti alla minoranza, per operare un temperamento fra questi e quelli. La disposizione confliggente con gli usi di una minoranza etnica, dunque, sicuramente legittima quando sia espressione di principi costituzionali fondamentali (e tanto dovrebbe bastare per far salvo il divieto assoluto dell'infibulazione), lo è anche quando risponda a esigenze pratiche ragionevolmente apprezzabili (rientra pertanto nella discrezionalità del legislatore la fissazione di limiti ragionevoli entro i quali può essere disattesa l'aspirazione degli ebrei a riposare al sabato o quella dei musulmani a riposare al venerdì), ma non quando sia possibile salvaguardare l'interesse della minoranza al prezzo di un sacrificio trascurabile della maggioranza (non potrà essere, pertanto, soltanto l'eventuale fastidio dei colleghi o di una parte della clientela a giustificare il divieto del *chador* o del turbante, che potrà essere giustificato soltanto da apprezzabili esigenze tecnico-organizzative) (154).

**174. Incompiutezza della definizione della discriminazione indiretta.** — Nonostante l'elaborazione giurisprudenziale comunitaria e l'intervento del legislatore italiano di cui si è detto nei paragrafi precedenti, la nozione di discriminazione indiretta vietata è ancora lontana dal potersi considerare compiutamente definita.

Una questione cruciale ancora tutt'altro che risolta, in proposito, è posta in evidenza da una sentenza recente, nella quale la Corte di Giustizia ha affermato che non si configura una discriminazione indiretta nella normativa nazionale che attribuisca il diritto a un trattamento di fine rapporto più elevato al lavoratore dimissionario per giusta causa, ma ricomprenda nella nozione di giusta causa di dimissioni soltanto gli inadempimenti gravi del datore di lavoro, escludendone invece circostanze esterne, quali l'incompatibilità del rapporto di lavoro con gli impegni familiari della lavoratrice madre di figli piccoli, in una situazione di carenza di adeguate strutture pubbliche di assistenza ai figli stessi (155). Da quest'ultima sentenza sembrerebbe potersi trarre la regola generale per cui non si configura una discriminazione indiretta nei casi in cui l'impatto differenziato della disposizione su uomini e donne sia conseguenza di circostanze esterne, non causate dal comportamento del datore di lavoro; ma è evidente che una regola siffatta avrebbe l'effetto di ridurre drasticamente la nozione di discriminazione indiretta rispetto a quella risultante dall'elaborazione precedente della stessa Corte di Giustizia: l'impatto differenziato a cui la Corte ha fatto riferimento in precedenza per l'individuazione della discriminazione indiretta è infatti *quasi sempre* causato da circostanze che sfuggono al controllo del datore di lavoro (156).

In un mondo in cui le differenze di posizione sostanziale fra uomini e donne (come fra bianchi e neri, o fra indigeni e stranieri) sono numerose, rilevanti e radicate, la possibilità che una disposizione legislativa o collettiva formalmente neutra produca un impatto differenziato fra i due gruppi è sempre elevatissima; forse un'analisi rigorosa degli effetti di *qualsiasi* disposizione può portare alla conclusione che essa produca quell'impatto differenziato. Conseguentemente, numerose disposizioni, legislative e collettive, sono in qualche misura a rischio di essere ritenute indirettamente discriminatorie; e il giudice investito della questione deve sempre fare riferimento a una linea di confine tra le differenze di impatto trascurabili e quelle che devono invece essere rimosse; ma dove quella linea di confine si collochi non è affatto chiaro e il compito di individuarla può dare seri grattacapi. Ne sa qualche cosa la Corte di Giustizia comunitaria, che, dopo aver rilevato il potenziale carattere indirettamente discriminatorio dei criteri di differenziazione dei trattamenti fondati sulla durata giornaliera o settimanale della prestazione, oppure sull'anzianità di servizio del lavoratore (157), si è trovata più volte a dover porre un limite all'impugnabilità di questi criteri, per non ridurre eccessivamente la discrezionalità dei legislatori nazionali; e lo ha fatto consentendo allo Stato membro la cui legislazione interna sia stata denunciata di « provare che i mezzi scelti rispondono a uno scopo necessario per la sua politica sociale, che sono idonei a raggiungere lo scopo da questa perseguito e che sono necessari a tal fine » (158). Ma è evidente come questo temperamento del divieto delle discriminazioni indirette sia suscettibile delle interpretazioni più restrittive come di quelle più estensive; e come i risultati della sua applicazione siano necessariamente sempre assai opinabili (159).

Un'altra questione ancora irrisolta — e al tempo stesso la più importante e la più difficile — è infine quella che si pone ogni volta in cui il criterio di differenziazione produttivo dell'impatto sperequato sui due gruppi di lavoratori è un criterio di prima classe (§ 157): cioè un criterio attinente al contenuto effettivo della prestazione lavorativa. Quando di questo si tratta, il divieto di discriminazione indiretta contrasta con il principio di parità di trattamento: se vietiamo a un imprenditore di commisurare inversamente un premio alle assenze dei singoli dipendenti, perché questo criterio avrebbe un impatto differenziato sulle donne rispetto agli uomini, imponiamo sostanzialmente a quell'imprenditore di trattare in modo uguale lavoratori che danno prestazioni di valore diverso; allo stesso modo, se vietiamo a un imprenditore di tener conto, nel calcolo dell'estensione temporale della prestazione ai fini di un determinato beneficio retributivo collegato all'anzianità di servizio, della minore durata settimanale o annuale della prestazione svolta in regime di *part-time* o di *job sharing*, perché sono più le donne che gli uomini a lavorare secondo tale regime,

imponiamo sostanzialmente a quell'imprenditore di trattare in modo uguale prestatori che hanno svolto prestazioni quantitativamente diverse (160).

Piu' che una contraddizione, e' una dialettica che anima, a ben vedere, tutto il nostro diritto del lavoro: esso e' infatti composto in parte da norme volte ad assicurare parita' di trattamento, nel senso della proporzionalita' fra prestazione e retribuzione, in parte da norme volte a rendere il trattamento insensibile a differenze, anche assai rilevanti, di contenuto della prestazione. La prima e piu' rilevante manifestazione di questa dialettica si trova nell'art. 36 della Costituzione, che contiene e giustappone in un'unica proposizione normativa entrambi i principi (proporzionalita' e « sufficienza » della retribuzione). E sono, di volta in volta, espressione di un principio di proporzionalita', ad esempio, le norme in materia di provvedimenti disciplinari, di maggiorazione per lavoro straordinario, di equa remunerazione delle invenzioni, mentre impongono di trattare in modo uguale situazioni differenti le norme poste a tutela dell'invalide, della lavoratrice madre, o del giovane ancora soggetto a obblighi militari. Impone in qualche misura di trattare in modo uguale situazioni differenti anche la fissazione di un minimo inderogabile applicabile a un'intera categoria professionale, nella quale sono inquadrabili lavoratori capaci di rendimenti molto differenziati fra loro. Il problema della definizione precisa — ma anche della giustificazione costituzionale — del divieto di discriminazione indiretta appare dunque come un aspetto particolare di un problema piu' ampio, riferibile a gran parte del diritto del lavoro.

Occorre innanzitutto, a questo proposito, riconoscere un dato di fatto incontrovertibile: qualsiasi norma che obblighi il datore di lavoro a trattare in modo uguale lavoratori che presentino tra loro una differenza di produttivita' produce effettivamente uguaglianza di trattamento e di opportunita' fra questi ultimi soltanto se la differenza di produttivita' e' ignota al datore di lavoro al momento della costituzione del rapporto, o se si tratta di differenza sopravvenuta in corso di rapporto (161); in tutti i casi, invece, in cui la differenza, almeno come dato probabilistico, e' nota al datore fin dall'inizio (come nel caso della differenza nel tasso medio delle assenze dal lavoro fra uomini e donne, nel caso dell'assunzione del lavoratore/trice a tempo parziale, o nel caso della menomazione di un invalido permanente), in fase di costituzione del rapporto la norma che vieta al datore stesso di differenziare corrispondentemente i trattamenti penalizza il lavoratore piu' debole impedendogli di rendersi competitivo con quello piu' forte coll'offrire il proprio lavoro a un prezzo inferiore. Non soltanto qualsiasi divieto di discriminazione riferito a differenze di contenuto o di appetibilita' della prestazione, ma piu' in generale qualsiasi fissazione di minimi di trattamento inderogabili danneggia nell'immediato il lavoratore che — per qualsiasi motivo — offre la prestazione meno appetibile: danneggia, cioe', il soggetto che, se libero dal vincolo del trattamento inderogabile, presumibilmente riterrebbe conveniente offrire il proprio lavoro a un prezzo inferiore per neutralizzare il proprio handicap e ridurre il proprio rischio di disoccupazione. Il divieto di differenziazione dei trattamenti in relazione ad aspetti rilevanti della prestazione lavorativa puo' essere lo strumento necessario per rompere il circolo vizioso che genera la debolezza del gruppo svantaggiato (§ 168); ma e' questa una operazione destinata a dare i suoi frutti in modo graduale, comunque a medio o lungo termine; ed e' un'operazione che difficilmente puo' essere compiuta entro l'orizzonte limitato della singola azienda (162).

Nell'immediato, vi e' il rischio che la norma possa, paradossalmente, produrre un danno proprio a coloro che essa intende proteggere. Questo e' il motivo per cui il legislatore deve usare la massima cautela nell'uso di questo strumento, cosi' come l'interprete deve usare la massima cautela nell'applicazione pratica della norma; ed e' il motivo per cui gli effetti indesiderabili del divieto di differenziazione devono essere accompagnati da misure volte a neutralizzarli.

E' questa, essenzialmente, la ragion d'essere delle c.d. « azioni positive ».

**175. Le azioni positive e la questione della c.d. « discriminazione alla rovescia ».** — « Far parti uguali fra diseguali — diceva don Lorenzo Milani — e' la peggiore delle ingiustizie »; le « azioni positive » previste e disciplinate dalla legge n. 125/1991 mirano a correggere questa ingiustizia, offrendo a una categoria svantaggiata, quella delle donne, strumenti idonei a eliminare o neutralizzare l'handicap che ne riduce la capacita' di competere ad armi pari nel mercato del lavoro, interno o esterno all'azienda (163). Così, ad esempio, se l'handicap e' costituito da una situazione che vede le donne dotate di una formazione mediamente inferiore rispetto agli uomini in un determinato settore professionale, un'azione positiva utile per ridurre o eliminare tale svantaggio puo' consistere nell'organizzazione di un corso di formazione finalizzato a consentire il piu' agevole accesso di donne alle qualifiche piu' elevate in quel settore, quindi riservato esclusivamente o prevalentemente a persone di sesso femminile. Oppure, dove si ravvisi un handicap nella distribuzione del lavoro familiare, che vede la maggior parte dell'assistenza ai bambini in eta' prescolare gravare sulla madre, un'azione positiva utile per ridurre o eliminare tale ostacolo per l'accesso al lavoro retribuito puo' consistere nell'organizzazione di asili nido comunali o aziendali, o nel rimborso delle spese per l'asilo nido sostenute dalle lavoratrici (164). Dove si ravvisi un handicap per le donne nel pregiudizio a loro contrario diffuso tra i dirigenti di un'azienda, o anche soltanto nella consuetudine di preferire persone di sesso maschile per l'assunzione o per la promozione ai livelli piu' alti, un'azione positiva puo' consistere nell'invitare i dirigenti stessi a partecipare a seminari mirati a dissolvere quel pregiudizio e a sensibilizzarli sulla necessita' di un riequilibrio nella distribuzione del lavoro, e particolarmente di quello professionalmente piu' qualificato, fra le persone dei due sessi.

L'istituto dell'« azione positiva » (già menzionato nella Conv. O.I.L. n. 159/1983 per la protezione dell'inserimento dei portatori di handicap nel tessuto produttivo; disposizione che ora compare anche nell'art. 2 della nostra L. n. 68/1999: v. § 37) trova un primo fondamento positivo specifico in materia di parità fra lavoratori e lavoratrici nell'art. 2, § 4, della Direttiva comunitaria n. 207/1976, che consente « agli Stati membri l'adozione di misure volte a promuovere la parità di opportunità per gli uomini e le donne, in particolare ponendo rimedio alle disparità di fatto che pregiudicano le opportunità delle donne ».

Ancora in materia di parità fra lavoratori e lavoratrici, l'art. 1 della legge n. 125/1991, dopo avere definito la nozione di

« azione positiva » (c. 1°) e averne esemplificato le possibili finalità (c. 2°, lett. a-f), non limitate al solo campo del lavoro dipendente (165), ne indica i possibili soggetti promotori nel *Comitato nazionale per l'attuazione dei principi di parità di trattamento e uguaglianza di opportunità tra lavoratori e lavoratrici* di cui all'art. 5, nei « centri per la parità » istituiti a livello nazionale, locale e aziendale, nei datori di lavoro pubblici e privati, nei centri di formazione professionale e nelle organizzazioni sindacali; ma anche questa elencazione deve intendersi come esemplificativa, ben potendo darsi che anche soggetti diversi — quali ad esempio il legislatore stesso, le amministrazioni statali o regionali, o gli enti locali — si attivino in questo campo.

Tutti i soggetti menzionati nella norma sono ammessi a chiedere un rimborso degli oneri sostenuti per le azioni positive al ministero del lavoro, che provvede in proposito discrezionalmente, sentito il Comitato nazionale di cui all'art. 5 (art. 2, 1° e 2° c.). Le azioni positive concordate tra datori di lavoro e organizzazioni sindacali hanno la precedenza nell'accesso al rimborso (c. 4°).

L'art. 4, 7° c., prevede che il giudice, quando abbia accertato una discriminazione di carattere collettivo, ordini al datore di lavoro di « definire ... un piano di rimozione delle discriminazioni accertate », previo esame congiunto della questione con le rappresentanze sindacali aziendali o le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative, nonché il membro della Commissione regionale per l'impiego svolgente il ruolo di « consigliere di parità ». La mancata definizione del piano entro il termine fissato dal giudice configura il reato contravvenzionale di inosservanza di provvedimento dell'autorità giudiziaria, di cui all'art. 650 c.p.

Si discute se tra le azioni positive ammissibili possa annoverarsi anche la pattuizione collettiva di disposizioni che prevedano trattamenti economici migliori per la categoria svantaggiata (166); oppure di disposizioni che avvantaggino esplicitamente le donne rispetto agli uomini nei concorsi o nelle procedure interne di promozione, ad esempio attribuendo alle prime un punteggio di base più elevato rispetto ai secondi in graduatoria, oppure riservando loro quote percentuali di determinati posti, per riequilibrarne la distribuzione fra i due sessi: vere e proprie « discriminazioni alla rovescia » (167). In particolare, la questione delle « quote riservate » è stata recentemente oggetto di una sentenza sfavorevole della Corte di Giustizia (168), seguita però dopo breve tempo da un'altra sentenza della stessa Corte, nella quale è stata dichiarata la legittimità di una norma nazionale che, in un caso di pari idoneità e capacità di candidati di sesso diverso, obblighi a dare la precedenza nella promozione o assunzione a quelli di sesso femminile, quando nel settore specifico le donne siano sotto-rappresentate rispetto agli uomini (169). La nostra giurisprudenza di merito, invece, quando è stata chiamata a decidere di questioni inerenti a misure di questo genere, si è per lo più pronunciata in senso favorevole alla loro legittimità (170).

#### Sezione IV

### L'INQUADRAMENTO PROFESSIONALE E LA DISTINZIONE FRA OPERAI, IMPIEGATI, QUADRI E DIRIGENTI

Sommario: 176. Sovranità dell'autonomia collettiva nella definizione del sistema di inquadramento. — 177. Rilevanza residua della suddivisione ex art. 2095 c.c.: le differenziazioni di trattamento di fonte legislativa. — 178. Necessità che il sistema di inquadramento sia fondato principalmente su criteri di prima classe (artt. 2071 c.c. e 96 disp. att.). — 179. La nozione di « impiegato » in contrapposizione a quella di « operaio ». — 180. La questione di costituzionalità della distinzione fra operai e impiegati. — 181. La distinzione fra impiegati d'ordine, di concetto e direttivi. — 182. La categoria dei dirigenti. Definizione originaria e sviluppi successivi. — 183. La questione dell'unicità o pluralità delle nozioni di dirigente. — 184. La categoria dei quadri.

**176.** *Sovranità dell'autonomia collettiva nella definizione del sistema di inquadramento.* — Il ruolo di norma cardinale del nostro ordinamento in materia di inquadramento professionale è comunemente attribuito all'art. 2095 c.c., e in particolare alla *summa divisio* dei lavoratori subordinati ivi enunciata nel primo comma. Vi sono tuttavia buoni motivi per ritenere che la norma non riguardi tanto l'inquadramento, quanto la definizione stessa dei lavoratori subordinati: la norma non istituisce la suddivisione categoriale dei lavoratori, ma richiama tale suddivisione, quale dato « naturale » e normativo preesistente, al fine di integrare la definizione del lavoro subordinato contenuta nell'articolo immediatamente precedente, ribadendo e chiarendo come questa debba considerarsi senz'altro comprensiva anche del lavoro degli operai e di quello dei dirigenti (171).

All'epoca in cui il codice civile vede la luce la distinzione tra operai e impiegati e quella tra impiegati e dirigenti è già fortemente radicata nella realtà socio-economica e sindacale, tanto da essere addirittura considerata nella Relazione al Re più come un dato ineliminabile di cui prendere atto che come una regola di diritto (172); ciò che invece a quell'epoca non è ancora del tutto pacifico e che con la codificazione del 1941-42 ci si propone di sancire definitivamente è l'aggregazione del rapporto di lavoro operaio e di quello dirigenziale con quello impiegatizio in un unico tipo legale, la cui disciplina di fonte legislativa deriva direttamente da quella del vecchio « contratto di impiego privato ». Si può dunque affermare che la funzione originaria del primo comma dell'art. 2095 è quella di unificare (assoggettando indifferenziatamente alla disciplina comune del codice civile) e non quella di dividere i lavoratori: la loro suddivisione in operai, impiegati e dirigenti — cioè quel « criterio preliminare » di inquadramento di cui si è fatto cenno nell'ultimo paragrafo della prima sezione di questo capitolo, come criterio di quarta classe — non trova nell'art.

2095 una sanzione di inderogabilità, ma soltanto una presa d'atto enunciata in funzione di una riduzione degli effetti della suddivisione stessa.

Questo rende la disposizione in esame compatibile con il principio costituzionale di libertà sindacale e autonomia collettiva. La migliore dottrina concorda infatti nel ritenere che — salvi gli effetti prodotti dalle differenziazioni di trattamento ricollegate direttamente dalla legge all'appartenenza all'una o all'altra grande categoria, delle quali si dirà tra breve (§ 177) — dall'art. 2095 c.c. non possa desumersi un divieto di diversa strutturazione contrattuale dell'inquadramento dei lavoratori, dovendosi invece riconoscere la libertà delle parti collettive di disporre, ad esempio, l'istituzione di categorie aggiuntive rispetto a quelle previste dalla norma in esame (come la categoria degli « intermedi », istituita nel settore industriale per l'inquadramento dei capi-reparto in posizione superiore agli operai ma inferiore agli impiegati (173); o quella dei « funzionari » istituita nei settori del credito e delle assicurazioni quale categoria intermedia tra l'impiegatizia e la dirigenziale) (174), oppure l'unificazione delle categorie operaie e impiegatizia (l'« inquadramento unico » introdotto su larga scala dalla contrattazione collettiva nei primi anni settanta) (175).

E se l'autonomia collettiva è sovrana nell'istituire o sopprimere — ai fini dei trattamenti differenziati di fonte contrattuale — una o più categorie, a maggior ragione deve riconoscersi il suo potere di modificare, allo stesso scopo, i confini delle singole categorie; potere che le è infatti riconosciuto, in linea teorica, dalla giurisprudenza e dalla dottrina (176), ancorché talora con qualche precisazione limitativa (177).

Il discorso su questo punto si fa più complesso con la riforma dell'art. 2095 disposta dalla legge 13 maggio 1985 n. 190, che ha sostituito alla tripartizione originaria una quadripartizione dei lavoratori subordinati, con l'aggiunta della categoria dei quadri fra quella degli impiegati e quella dei dirigenti: non v'è dubbio, infatti, che tra gli intendimenti del legislatore il principale qui sia stato quello di « forzare la mano » alla contrattazione collettiva, imponendo il « riconoscimento » dei quadri come categoria distinta da quella impiegatizia (178). Si potrebbe dunque ipotizzare — e in tal senso si è orientata una parte della giurisprudenza di merito in riferimento alla nuova categoria dei quadri — che la distinzione fra le categorie, ribadita nel 1985, assunta nel nuovo contesto quel valore precettivo in materia di inquadramento che in precedenza, come si è visto, essa non aveva.

D'altra parte, gli stessi intendimenti del legislatore, quali emergono dai lavori preparatori della legge n. 190/1985, inducono a escludere con sicurezza che con questa legge si sia voluto rendere inderogabile la separazione tra operai e impiegati (179), o che si sia voluto vietare sistemi di inquadramento che prevedessero categorie ulteriori rispetto a quelle indicate dall'art. 2095: non si è certamente inteso — né si sarebbe potuto, senza offrire il fianco a censure di incostituzionalità — contraddire o stravolgere il principio della libera contrattazione collettiva in questa materia, del resto riaffermato esplicitamente nel secondo comma dell'art. 1 della stessa legge. La « forzatura » nei confronti della contrattazione collettiva volle essere e fu di natura politica, non di natura giuridica; comunque volta soltanto a favorire un deciso miglioramento del trattamento della « fascia alta » dell'inquadramento unico operai-impiegati, non certo a incidere su altri aspetti dei sistemi di inquadramento previsti dai contratti collettivi. E infatti dopo l'entrata in vigore della nuova legge hanno continuato pacificamente a operare e a essere rinnovate alla loro scadenza le disposizioni collettive derogatorie rispetto alla suddivisione dettata dall'art. 2095, quali quelle relative alla categoria dei funzionari (come categoria superiore a quella dei quadri) nei settori del credito (180) e delle assicurazioni e quelle sull'inquadramento unico di operai e impiegati nella maggior parte dei settori dell'industria e del terziario.

Se dunque non è inderogabile, a norma del nuovo art. 2095, la separazione tra operai e impiegati in sede di inquadramento contrattuale, non può logicamente essere considerata inderogabile in tale sede neppure la separazione tra impiegati e quadri, né la separazione fra quadri e dirigenti. E neppure può essere considerata inderogabile la contiguità fra tali categorie, nella sequenza indicata dalla norma: altre categorie intermedie possono ancora essere istituite (o conservate) dalla contrattazione collettiva. In altre parole, occorre concordare con i primi commentatori, che per lo più ravvisarono nella nuova formulazione dell'art. 2095 soltanto una « raccomandazione disarmata », cioè priva di effetti giuridicamente vincolanti, rivolta alle parti collettive: queste rimangono libere di strutturare, ai propri fini, l'inquadramento dei lavoratori in modo anche radicalmente differente rispetto alla quadripartizione legale (181).

**177. Rilevanza residua della suddivisione ex art. 2095 c.c.: le differenziazioni di trattamento di fonte legislativa.** — L'affermazione secondo cui le parti collettive sono libere di strutturare l'inquadramento dei lavoratori in modo difforme dalla quadripartizione indicata dall'art. 2095 non significa che il legislatore non possa a sua volta differenziare i trattamenti di fonte legislativa assumendo come criterio di applicazione dei trattamenti stessi quella quadripartizione.

Quando di questo si tratti, l'applicazione della legge presuppone inderogabilmente la classificazione dei lavoratori interessati secondo i criteri dalla legge stessa imposti; classificazione che a sua volta presuppone l'individuazione di una nozione legale di ciascuna delle categorie cui la disciplina speciale si riferisce.

È stato sostenuto, a questo proposito, che il secondo comma dell'art. 2095, attribuendo anche alle « norme corporative », oltre che alle leggi speciali, il compito di « determinare i requisiti di appartenenza alle indicate categorie ... in relazione a ciascun ramo di produzione e alla particolare struttura dell'impresa », consentirebbe anche oggi alla contrattazione collettiva post-corporativa di concorrere con la legge nella definizione del campo di applicazione delle discipline legali differenziate per operai, impiegati e dirigenti, in un regime caratterizzato pertanto da una notevole flessibilità, potendo la definizione stessa risultare diversa da settore a settore e persino da azienda a azienda, ai fini non solo delle differenziazioni di trattamento contrattuali, ma anche di quelle di fonte legislativa (182). Tesi, questa, che ben potrebbe essere riproposta, in attesa dell'attuazione o riforma dell'art. 39 Cost. (§ 66), nel quadro della teorizzazione della fungibilità tra legge e contratto collettivo quali fonti di regolamentazione dei rapporti di lavoro (183).

La tesi in esame è solo apparentemente recepita dalle — peraltro numerose — massime giurisprudenziali che rendono omaggio alla sovranità dell'autonomia collettiva in questa materia (184): in realtà, prevale sostanzialmente, in giurisprudenza come in dottrina, l'idea che l'autonomia collettiva non possa modificare o differenziare da settore a settore il campo di applicazione delle discipline differenziate (inderogabili) *dettate dalla legge* rispettivamente per gli operai, gli impiegati e i dirigenti; quando si tratta di applicare una disciplina di fonte legislativa giurisprudenza e dottrina tendono a privilegiare il riferimento alle nozioni generali e astratte di operaio, impiegato e dirigente (185). La stessa contrattazione collettiva non risulta, d'altra parte, essersi mai spinta a intervenire per modificare apprezzabilmente il campo di applicazione delle discipline legali differenziate, secondo esigenze particolari di singoli settori o imprese (se si eccettuano i casi di pura e semplice generalizzazione dell'applicazione della disciplina impiegatizia, come è avvenuto nella maggior parte dei settori dell'industria e del terziario); il che riduce assai la rilevanza pratica della tesi della disponibilità in sede collettiva delle nozioni legali di operaio, impiegato e dirigente per l'applicazione delle rispettive discipline differenziate di fonte legislativa.

Il riferimento positivo cruciale, per ciò che riguarda l'inquadramento dei lavoratori a fini legali, è costituito dalla nozione di impiegato, in contrapposizione a quella di operaio, contenuta nel l'art. 1 del R.D.L. 13 novembre 1924 n. 1825, convertito nella legge 18 marzo 1926 n. 562: è impiegato chi svolga per contratto « funzioni di collaborazione tanto di concetto che di ordine, eccettuata pertanto ogni prestazione che sia semplicemente di mano d'opera ». Detta nozione (sulla quale avremo modo di soffermarci approfonditamente in seguito — § 179 — e che, come vedremo, anche la contrattazione collettiva recepisce largamente ai propri fini) segna immediatamente i confini del campo di applicazione delle « Disposizioni relative al contratto d'impiego privato » contenute nella stessa legge del 1924-1926; la medesima nozione è poi assunta, esplicitamente o implicitamente, come riferimento per la determinazione del campo di applicazione delle discipline previdenziali differenziate per gli impiegati rispetto agli operai (186), del trattamento degli impiegati privati richiamati alle armi (L. 10 giugno 1940 n. 653), della disciplina dell'intervento straordinario della Cassa integrazione guadagni, esteso agli impiegati ma con alcune differenziazioni di disciplina rispetto agli operai (L. 5 novembre 1968 n. 1115 e successive modifiche) (187), della disciplina dell'indennità di anzianità di cui alla L. 18 dicembre 1960 n. 1561 (tuttora rilevante per i titolari di rapporto di lavoro incominciato prima del maggio 1982), nonché per la differenziazione del trattamento del personale domestico « impiegatizio » in materia di periodo di prova, ferie, preavviso di recesso e indennità di anzianità (L. 2 aprile 1958 n. 339) (188).

Ad altri fini, tuttavia, il legislatore ha preferito abbandonare la linea di separazione indicata nel R.D.L. n. 1825/1924; così, per la determinazione del campo di applicazione dell'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro, originariamente limitata agli « operai » a norma dell'art. 1 della L. 17 marzo 1898 n. 80 poi ripreso nel testo unico del 1904 (dove peraltro la nozione di « operaio » era presupposta e non definita), nel 1935 il legislatore ha preferito fare riferimento genericamente non più agli « operai » ma alle « persone » addette a determinate lavorazioni e macchine (art. 1 del R.D.L. 17 agosto 1935 n. 1765), così dando vita a una « categoria » di beneficiari dell'assicurazione suscettibile di comprendere anche lavoratori inquadrabili come « impiegati » a norma della legge sull'impiego privato. Quanto alla nozione di dirigente, le leggi speciali che prevedono un trattamento differenziato per quest'ultima categoria non ne offrono alcuna definizione, facendo pertanto implicitamente rinvio alla nozione elaborata dalla giurisprudenza (189): così l'art. 2125 c.c., 2° c., sulla durata massima del patto di non concorrenza, l'art. 1 della L. 5 gennaio 1953 n. 4 sull'obbligo di corrispondere le retribuzioni a mezzo di prospetti-paga analitici, che esclude dal campo di applicazione della legge stessa « i dirigenti » senza ulteriori specificazioni; l'art. 3 della L. 27 dicembre 1953 n. 967 sul regime di previdenza obbligatoria per i dirigenti delle aziende industriali (dove i dirigenti sono tautologicamente indicati come « i soggetti che prestano lavoro subordinato con tale qualifica »); l'art. 4 della L. 18 aprile 1962 n. 230, che consente senz'altro « la stipulazione di contratti di lavoro a tempo determinato, purché di durata non superiore a cinque anni, con i dirigenti amministrativi e tecnici »; l'art. 10 della L. 15 luglio 1966 n. 604, che esclude dalla disciplina limitativa dei licenziamenti individuali i dirigenti, individuati « ai sensi dell'art. 2095 del Codice civile », cioè ancora una volta mediante rinvio implicito alla nozione giurisprudenziale (190).

A proposito di questa categoria giova notare come le leggi speciali fino alla metà del secolo abbiano fatto riferimento a una nozione più indefinita: quella del « personale direttivo », che viene considerata come comprensiva, oltre che di tutti i dirigenti, anche degli impiegati con funzioni direttive; così nell'art. 1 del R.D.L. 15 marzo 1923 n. 692, che esclude dalla disciplina dell'estensione massima dell'orario di lavoro il « personale direttivo »; negli artt. 4 e 10 del R.D.L. 13 novembre 1924 n. 1825, in materia di periodo di prova e di preavviso di licenziamento, nell'art. 1, 2° c., n. 4, della L. 22 febbraio 1934 n. 370 sul riposo domenicale e settimanale, che esclude dal campo di applicazione della legge il « personale preposto alla direzione tecnica od amministrativa di un'azienda e avente diretta responsabilità nell'andamento dei servizi »; nell'art. 1, n. 2 della L. 10 gennaio 1935 n. 112 istitutiva del libretto di lavoro, che, con formulazione leggermente più estensiva, esclude dal relativo obbligo il « personale avente funzioni direttive con responsabilità nell'andamento dell'azienda ».

Resterebbe da dire della nuova categoria dei quadri, introdotta nell'art. 2095 c.c. con la novella del 1985, categoria per la quale l'ordinamento prevede un unico trattamento differenziale rispetto alla categoria impiegatizia: il diritto all'assicurazione, a carico del datore di lavoro, contro la responsabilità civile verso terzi conseguente a colpa nello svolgimento delle mansioni, indipendentemente dall'effettiva rilevanza in concreto del rischio corso dal lavoratore (L. n. 190/1985, art. 5, dove lo stesso diritto è esteso, al di fuori della categoria dei quadri, soltanto a quei lavoratori « che, a causa del tipo di mansioni svolte, sono particolarmente esposti al rischio »). Nonostante i tentativi operati da qualche Autore per spiegare e giustificare questa differenziazione di trattamento a favore dei quadri (191), appare davvero



difficile confutare le censure di irrazionalità e quindi incostituzionalità che alla norma vengono mosse: una volta escluso — come sembra proprio debba escludersi — che la categoria in questione comprenda soltanto posizioni lavorative che presentino particolari rischi di responsabilità risarcitoria verso terzi, non è dato trovare un solo motivo apprezzabile per cui il quadro, a differenza degli altri lavoratori subordinati, debba per legge essere assicurato anche quando le sue mansioni non comportino tali rischi, o comportino rischi trascurabili (192).

Tolta quella norma (prima proposizione dell'art. 5), che merita di essere abrogata o modificata dalla Corte costituzionale, la nozione di quadro non ha alcuna specifica rilevanza ai fini dell'applicazione di trattamenti speciali differenziati di fonte legislativa (193).

**178.** *Necessità che il sistema di inquadramento sia fondato principalmente su criteri di prima classe (artt. 2071 c.c. e 96 disp. att.).* — Dal primo comma dell'art. 2095 c.c., per quanto questo possa apparire paradossale, non sembra dunque potersi trarre neppure un frammento di disciplina dell'inquadramento dei lavoratori, che aggiunga alcunche' rispetto alle leggi speciali istitutive di differenziazioni di trattamento. Ne' maggior rilievo può essere attribuito — sul piano della disciplina generale — al secondo comma dello stesso art. 2095, che fa rinvio alle leggi speciali e alle norme corporative per la determinazione dei « requisiti di appartenenza » alle categorie indicate nel primo comma, « in relazione a ciascun ramo di produzione e alla particolare struttura dell'impresa »: dal momento che, come si è visto, nell'attuale regime post-corporativo la suddivisione dei lavoratori di cui al primo comma rileva soltanto in funzione dell'applicazione delle discipline differenziate previste dalle leggi speciali, il rinvio alle leggi stesse per la determinazione precisa dei confini delle categorie ne risulta del tutto pleonastico. Quanto al rinvio alla contrattazione corporativa, esso, soprattutto se interpretato oggi evolutivamente come rinvio alla contrattazione collettiva postcorporativa (194), nulla toglie e nulla aggiunge alla libertà di quest'ultima nella scelta dei sistemi di inquadramento in funzione delle differenziazioni di trattamento di fonte esclusivamente contrattuale, per i motivi già esaminati ampiamente in questo capitolo.

Una disposizione vincolante per l'autonomia collettiva potrebbe semmai desumersi — sempre ammesso che i riferimenti alla contrattazione corporativa contenuti nel codice possano essere estesi alla contrattazione post-corporativa — dal secondo comma dell'art. 2071 c.c., dove è previsto che il contratto collettivo indichi « le qualifiche e le rispettive mansioni dei prestatori di lavoro »: qui il codice sembra implicitamente stabilire che le « qualifiche » (termine da intendersi in questo contesto come sinonimo di « sottocategorie », ovvero livelli professionali interni alle grandi categorie di cui all'art. 2095) (195), e quindi i sistemi contrattuali di inquadramento, debbano essere essenzialmente riferiti al contenuto delle mansioni e non ad altro. Esplicito in tal senso è poi il primo comma dell'art. 96 disp. att., a norma del quale la categoria e la qualifica devono essere assegnate al lavoratore « in relazione alle mansioni per cui è stato assunto ».

Le due norme sembrano dare per presupposto, più che enunciare direttamente, un principio generale di rilevanza delle mansioni contrattuali, ovvero della professionalità nella sua accezione oggettiva. È, a ben vedere, il principio della necessaria commisurazione del trattamento al contenuto della prestazione, che abbiamo visto essere assunto al rango di norma costituzionale con l'art. 36 Cost. (§ 161): i sistemi contrattuali di inquadramento dei lavoratori devono fare prioritariamente riferimento al ruolo produttivo da questi concretamente svolto. Detti sistemi devono dunque fondarsi su criteri appartenenti alla prima delle quattro classi che abbiamo individuato in apertura del capitolo (questo — come pure si è visto nel § 161 — non significa, però, che i sistemi contrattuali di inquadramento non possano coniugare con quei criteri altri criteri, appartenenti alle tre classi ulteriori: su questo punto torneremo approfonditamente tra breve).

**179.** *La nozione di « impiegato » in contrapposizione a quella di « operaio ».* — Accertato che la suddivisione dei lavoratori in quattro categorie contenuta nel primo comma dell'art. 2095 c.c. non è vincolante per l'autonomia collettiva (§ 176), cioè non toglie che le tre categorie originariamente menzionate nell'art. 2095 (operai, impiegati e dirigenti: per i quadri il discorso è assai diverso) corrispondano ad altrettante figure professionali tradizionalmente connotate in modo abbastanza netto, cui si ricollegano trattamenti differenziati sia di fonte legislativa, sia di fonte collettiva. E si può fin d'ora osservare come le tre rispettive nozioni a cui le leggi speciali fanno riferimento siano le stesse a cui, in linea generale e salvo marginali scostamenti, fanno riferimento anche i contratti collettivi, sovente attraverso un rinvio esplicito alle leggi medesime (196). Onde è possibile procedere congiuntamente all'esame delle nozioni legali e contrattuali delle tre categorie tradizionali (quanto alla nozione di quadro, l'esame avrà per oggetto la sola nozione contrattuale, poiché — come si è detto nel § 177 — alla nozione legale, quand'anche essa fosse univocamente individuabile, non si ricollegherebbe alcun trattamento differenziato).

Quanto alla distinzione fra operai e impiegati, settanta anni di dibattito dottrinale, di elaborazione giurisprudenziale (197) e di sviluppo della contrattazione collettiva non sono valsi a individuare criteri nuovi e più soddisfacenti rispetto a quelli indicati nel primo comma dell'art. 1 del R.D.L. n. 1825/1924: prova ne sia che ancora oggi, nonostante la critica che nell'ultimo quarantennio si è appuntata sul contenuto definitorio e sulla stessa ragion d'essere di questa norma, essa è richiamata, implicitamente o esplicitamente, non soltanto dalle vecchie leggi che prevedono differenziazioni di trattamento fra le due categorie di lavoratori (198), ma anche dai contratti collettivi, che, in via più o meno transitoria, di tali differenziazioni continuano a recare tracce non del tutto irrilevanti (vedremo, del resto, nel paragrafo seguente come le critiche più gravi e fondate che vengono mosse alla distinzione tra impiegati e operai non attengano tanto al funzionamento del criterio distintivo, quanto alla differenziazione che può conseguire nel trattamento dei lavoratori appartenenti alle due categorie: questa si è generalmente e fondatamente ritenuta del tutto superata) (199).

La norma in questione — giova sottolinearlo preliminarmente — non deve essere intesa come definizione di un concetto chiuso, suscettibile di costituire la premessa maggiore in un procedimento di sussunzione sillogistica delle

fattispecie concrete: già nella relazione dell'on. Orlando alla proposta di legge presentata il 12 dicembre 1912 (200), il cui testo era destinato a rimanere inalterato per questo aspetto nel decreto-legge del 1924, si affermava che « mancando un elemento obiettivamente e per se' solo caratteristico e decisivo, si e' preferito indicare vari elementi, la cui concorrenza suole essere abituale nella grande maggioranza dei casi. Per tal modo, le varie condizioni che l'art. 1 indica non hanno già un valore assoluto, cioè che sempre e necessariamente debbano riscontrarsi tutte; si vuole soltanto offrire all'interprete della legge una serie di criteri, con la scorta dei quali egli potrà, caso per caso, ravvisare se, nel rapporto controverso, si riscontri la figura particolare che la legge tene presente ». In altre parole, si sono individuati gli elementi descrittivi caratteristici di un « prototipo » di impiegato in relazione al quale l'inquadramento dei lavoratori deve essere operato per approssimazione, ovvero in base a un giudizio di prevalenza o no, nel caso concreto, degli elementi caratteristici indicati (201): una opzione esplicita per quello che oggi viene indicato come metodo tipologico di qualificazione, in contrapposizione al metodo sillogistico (202).

Gli elementi indicati dalla norma sono cinque: carattere subordinato della prestazione (« al servizio dell'azienda »), carattere non occasionale della stessa (« normalmente a tempo indeterminato »), professionalità dell'attività esercitata dal prestatore, collaborazione con il datore di lavoro, contenuto non manuale delle mansioni. Di tali elementi, indicati dal legislatore del 1924 per la distinzione del collaboratore subordinato da quello autonomo prima ancora che per la distinzione dell'impiegato dall'operaio, soltanto il quinto assume rilievo per quest'ultima distinzione, cioè ai fini dell'inquadramento del lavoratore (203): caratteristica tipica dell'impiegato e' quella di svolgere un lavoro « di ufficio », non manuale (204).

Questo criterio del (prevalente) carattere manuale o intellettuale delle mansioni, pur chiaramente enunciato dalla legge, e' stato tuttavia seguito dalla giurisprudenza con una certa continuita' soltanto nel primo trentennio di applicazione della legge stessa (205); successivamente i giudici del lavoro hanno preso a distaccarsene con frequenza via via crescente, andando alla ricerca di criteri diversi, ritenuti piu' aderenti alla mutata realta' dell'organizzazione del lavoro e alla mutata configurazione sociologica dei ceti produttivi. E' stato cosi' « riscoperto » dalla giurisprudenza — e ad esso si e' fatto sovente riferimento nelle sentenze — l'antico criterio del ruolo « sostitutivo » nei confronti dell'imprenditore, che sarebbe svolto dall'impiegato e non dall'operaio (206): criterio, questo, che potrebbe assumere portata generale soltanto se fosse possibile individuare in linea generale funzioni essenzialmente « proprie » dell'imprenditore e funzioni che tali non sono; cio' che invece non e' possibile, poiche', al di fuori della funzione essenzialissima che consiste nel combinare tra loro i fattori produttivi, l'imprenditore puo' assumere qualsiasi funzione direttamente operativa in seno all'azienda, anche di carattere manuale (si pensi alla figura tradizionale dell'imprenditore artigiano). Non si vede, del resto, perche' dovrebbe considerarsi « sostitutiva » del ruolo proprio dell'imprenditore la funzione della dattilografa (pacificamente inquadrata come impiegata) piu' che quella del capo-squadra (che dirige e sorveglia i colleghi con cui lavora ed e' tuttavia pacificamente inquadrato come operaio), o dell'attrezzista specializzato che sovente costituisce piu' di ogni altro dipendente l'« anima » della piccola impresa manifatturiera.

In altre sentenze al criterio del « ruolo sostitutivo » e' stato dunque preferito quello del grado di collaborazione con l'imprenditore, che sarebbe maggiore nelle mansioni impiegatizie e minore in quelle operaie, e i cui indici piu' rilevanti sarebbero costituiti dall'autonomia e discrezionalità attribuite al lavoratore (207). Senonche' neppure alla stregua di questo criterio e' dato spiegare il pacifico inquadramento nella categoria impiegatizia della modestissima dattilografa e, per converso, il pacifico inquadramento nella categoria operaia dell'attrezzista capace di interpretare impegnativi disegni tecnici e realizzare con assoluta precisione strumenti di lavoro sulla base di essi, dell'impiantista capace di risolvere da solo problemi operativi di grande complessita' e di volta in volta nuovi, o del meccanico capace di compiere difficili diagnosi circa le disfunzioni di macchine sofisticate e di progettare e attuare i relativi interventi di riparazione.

Il difetto degli orientamenti giurisprudenziali citati sta probabilmente nel tentativo di elaborare un « concetto generale » di impiegato, individuandone i tratti distintivi essenziali e universali, quando invece dalla legge — come si e' visto — puo' desumersi un criterio di qualificazione per approssimazione al prototipo (del lavoratore intellettuale o manuale) piuttosto che per rigorose deduzioni sillogistiche. Per altro verso entrambi i concetti richiamati nelle sentenze citate, « sostituzione dell'imprenditore » e « collaborazione con l'imprenditore », se utilizzati come criteri per la distinzione tra operai e impiegati, appaiono superati e vetusti almeno quanto il criterio del carattere manuale o intellettuale delle mansioni; ma quest'ultimo ha almeno il pregio non trascurabile della stretta aderenza al dato legislativo testuale.

Si osservi, infine, come entrambi i criteri qui criticati siano riproposti dalla giurisprudenza anche per la distinzione tra impiegati d'ordine e impiegati di concetto (208), e/o per la distinzione tra impiegati e dirigenti (209): il che dimostra come essi siano, piu' che veri e propri criteri di distinzione, delle formule verbali sotto le quali si nasconde l'attribuzione di rilevanza a elementi di volta in volta diversi, ma non verbalizzati. E infatti dalle motivazioni delle sentenze in esame si trae l'impressione che alle diverse enunciazioni teoriche non corrispondano apprezzabili differenze di risultati rispetto a quelli che deriverebbero dall'applicazione del criterio di qualificazione per approssimazione al prototipo originario: i giudici finiscono per lo piu', a ben vedere, coll'inquadrare come impiegato il prestatore subordinato cui si addice il colletto bianco piu' che la tuta blu, quello che assomiglia piu' al prototipo del lavoratore capace di leggere, scrivere, ragionare e far di conto e per questo sta in un ufficio dove collabora all'amministrazione dell'azienda, che non al prototipo del lavoratore di cui invece l'imprenditore utilizza soltanto la forza fisica o l'abilità manuale e che quindi lavora in officina, in cantiere, in miniera, nei campi.

Quello della maggiore approssimazione all'uno o all'altro prototipo e' un criterio che — nonostante le critiche ad esso rivolte da ogni parte — ancor oggi puo' applicarsi agevolmente, e con esiti soddisfacenti, nella maggior parte dei casi:

se è vero, infatti, che con la diffusione della scolarità quasi tutti ormai sanno scrivere e far di conto, è anche vero che l'elemento distintivo indicato dalla norma consiste nel ruolo effettivo svolto dal lavoratore nel tessuto produttivo e non nella sua qualifica soggettiva; e in riferimento al ruolo effettivo è per lo più ancora possibile distinguere le mansioni « di ufficio », consistenti nella registrazione, elaborazione e/o trasmissione di informazioni, dalle mansioni consistenti nella diretta trasformazione della realtà materiale, con le nude mani o con manovra (sempre di opera manuale si tratta: lo dice la parola stessa) di macchine e strumenti (210).

Una lettura aggiornata del criterio del 1924 — per quel poco di rilievo pratico che la questione ancora presenta — può dunque essere questa: l'impiegato-tipo è prevalentemente addetto alla gestione (acquisizione, elaborazione, studio, memorizzazione, trasmissione) di dati, informazioni; l'operaio-tipo è prevalentemente addetto alla manovra di macchine o strumenti e alla trasformazione diretta della materia (211). Una lettura che lascia, come è inevitabile, aperti numerosi problemi relativi all'inquadramento di figure particolari, di cui è ricca la casistica giurisprudenziale (212); ma che consente di applicare ancor oggi in modo non arbitrario la vetusta distinzione, cui sono pur sempre collegate alcune differenze di trattamento, di fonte legislativa e contrattuale.

Con l'avvento dell'automazione, certo, le tute blu dei manovali di macchine tendono a essere sostituite dalle tute bianche degli operatori addetti a ricevere, trasmettere o elaborare informazioni destinate alle macchine. Quando questo accade non v'è ragione alcuna per non prendere atto del mutamento sostanziale: l'operaio si trasforma in tecnico; le sue mansioni non consistono più (prevalentemente) nell'esercizio né di forza fisica né di abilità manuale, bensì nella gestione di flussi di informazioni che fanno funzionare le macchine; quel lavoratore deve dunque ora essere inquadrato come impiegato. Quanto al caso in cui questa trasformazione non sia compiutamente avvenuta, o le mansioni dedotte in contratto non abbiano per oggetto né la gestione di informazioni né la trasformazione diretta della materia o la manovra di macchine (ad es.: mansioni di semplice attesa, sorveglianza o custodia), oggi come in passato spetta all'interprete di operare quella opinabilissima valutazione di maggiore approssimazione della figura particolare all'uno o all'altro modello, dalla quale, come si è visto, il legislatore ha inteso far dipendere l'inquadramento dei lavoratori come impiegati o come operai: la considerazione dei casi-limite non autorizza a ritenere oggi inapplicabile in linea generale l'antico criterio di distinzione.

**180.** *La questione di costituzionalità della distinzione fra operai e impiegati.* — Le difficoltà che dottrina e giurisprudenza hanno da gran tempo evidenziato nell'applicazione del criterio di distinzione tra impiegati e operai dettato dalla norma del 1924 non attengono, a ben vedere, al funzionamento del criterio stesso, quanto piuttosto agli effetti che ne derivano: cioè a differenze di trattamento che, pur essendosi notevolmente attenuate nell'evoluzione delle discipline legislative e collettive degli ultimi tre decenni, appaiono comunque incongrue rispetto alle reali differenze residue tra le prestazioni lavorative inquadrate nelle due categorie. Così, ad esempio, problematica non è l'applicazione del criterio distintivo in riferimento a un impiantista, un attrezzista, o un montatore ottico di precisione, che vanno pacificamente inquadrati come operai; o in riferimento a un dattilografo, a un contabile o a un videoterminalista, che vanno pacificamente inquadrati come impiegati; problematico è accettare l'effetto che ne consegue: l'esclusione dei primi, che pur svolgono mansioni di importanza obiettivamente maggiore per l'impresa, dalle tutele più intense previste dalla legge per gli impiegati in materia di sicurezza della retribuzione (213), malattia, preavviso di licenziamento, ecc.

Questo effetto è accettabile, sul piano strettamente logico (altro è, come vedremo tra breve, il discorso sul piano politico-sociale e costituzionale), soltanto se si ammette che il criterio di inquadramento in esame non sia posto al fine di una commisurazione dei trattamenti rispettivamente previsti per le due categorie al « valore » professionale delle mansioni dei due tipi, nell'ambito di un sistema unitario di valutazione, bensì al fine di istituire due sistemi di valutazione nettamente separati e tra loro non comunicanti: al contrario di quanto comunemente si ritiene, le mansioni operaie non sono, nella logica della legge differenziatrice, né « inferiori » né « superiori » rispetto a quelle impiegatizie: sono soltanto non comparabili con esse. Per questo nella prima sezione di questo capitolo ho proposto la classificazione della distinzione tra operai e impiegati non fra i criteri di inquadramento funzionali alla commisurazione del trattamento al contenuto delle prestazioni (prima classe), ma fra i « criteri preliminari », funzionali alla netta separazione tra professionalità che si assumono non suscettibili di confronto tra loro, appartenenti a due contesti socio-culturali nettamente distinti (quarta classe: § 160). Ma qual è — ed è ancora attuale? — la ragion d'essere di tale incomparabilità e incomunicabilità tra le due categorie?

All'origine la *summa divisio* tra operai e impiegati corrispondeva a una altrettanto netta distinzione di rango sociale tra le due categorie, dovuta principalmente alla differenza del rispettivo grado di istruzione. A questa prima ragion d'essere — già individuata dalla dottrina fin dai primi decenni del secolo (214) — se ne aggiunge nell'ordinamento corporativo un'altra di natura più immediatamente politica: l'interesse di regime a tenere nettamente separati operai e impiegati sul piano dell'organizzazione sindacale e della contrattazione collettiva (215) (abbiamo visto — § 160 — come sia funzione tipica e peculiare dei « criteri preliminari » di inquadramento proprio quella di delimitare, oltre e prima che i campi di applicazione di discipline nettamente diverse dei rapporti di lavoro, anche i campi di azione di organizzazioni sindacali differenti e tra loro indipendenti).

Intesa come « criterio preliminare », cioè come premessa all'istituzione di due sistemi di inquadramento tra loro non comunicanti, la distinzione tra operai e impiegati risponde dunque a due esigenze non più attuali: l'ordinamento corporativo è caduto, e con esso la predeterminazione della separazione tra operai e impiegati sul piano dell'organizzazione sindacale e della contrattazione collettiva; così come è caduta, con l'entrata in vigore della Costituzione, la possibilità che la legge disponga una drastica differenziazione di trattamento dei lavoratori

sostanzialmente motivata come proiezione in azienda di stratificazioni sociali esterne, reali o presunte. Così intesa, la distinzione legislativa tra operai e impiegati appare pertanto incompatibile con il nostro ordinamento costituzionale: non è consentito al legislatore escludere, senza il sostegno di un motivo ragionevole, il confronto tra le mansioni appartenenti alle due categorie finalizzato alla commisurazione dei rispettivi trattamenti ai rispettivi « valori » professionali (216).

Questo non significa, tuttavia, che la distinzione stessa possa considerarsi senz'altro costituzionalmente illegittima (217): essa, in quanto riferita a una differenza obbiettiva di contenuto delle prestazioni, ha diritto di cittadinanza nell'ordinamento costituzionale in funzione di differenze di trattamento ragionevolmente ricollegabili a quella differenza obbiettiva (218). In altre parole, nessuna differenziazione di trattamento disposta dalla legge tra operai e impiegati può essere giustificata, sul piano costituzionale, con l'appartenenza degli uni e degli altri a contesti professionali tra loro non confrontabili e non comunicanti; ma di ogni differenziazione di fonte legislativa deve essere analiticamente dimostrata la ragionevole congruità rispetto ad apprezzabili differenze tra i rapporti appartenenti rispettivamente alle due categorie.

Così, ad esempio, la limitazione dell'intervento ordinario della Cassa integrazione guadagni ai soli operai (ora superata per effetto dell'art. 14, 2° c., della L. 23 luglio 1991 n. 223) poteva essere posta in ragionevole correlazione — e quindi giustificata — con l'incidenza effettivamente maggiore e più diretta degli impedimenti contingenti sul lavoro di officina rispetto al lavoro d'ufficio; ma non parrebbe altrettanto giustificabile sul piano costituzionale che il rischio di tali impedimenti continuasse a essere posto, in linea generale, a carico del lavoratore nel rapporto di lavoro operaio, mentre è posto a carico dell'imprenditore nel rapporto di lavoro impiegatizio (219). E ancora, la maggiore immediatezza della verifica dell'abilità manuale di un lavoratore rispetto alla verifica dell'attitudine a un lavoro intellettuale può giustificare una differenza nella determinazione legislativa della durata massima del periodo di prova nei due casi; ma non si vede come possa giustificarsi in riferimento a concrete differenze tra rapporti di lavoro operaio e impiegatizio la differenziazione delle tutele legislative in materia di periodo di conservazione del posto in caso di malattia o di richiamo alle armi, e di durata minima del preavviso di licenziamento (220).

Si osservi inoltre che le differenziazioni tra operai e impiegati nelle tutele di fonte legislativa non possono essere giustificate in chiave retributiva, bensì soltanto in considerazione di esigenze di protezione obbiettivamente differenziate in relazione alle caratteristiche dei diversi rapporti: non spetta infatti alla legge, bensì soltanto alla contrattazione collettiva, determinare il giusto trattamento retributivo dei lavoratori in relazione al valore della loro prestazione. Tale funzione attribuita dall'ordinamento alla contrattazione collettiva, d'altra parte, consente di giustificare le differenze di trattamento (anche non di natura immediatamente monetaria, quali quelle relative al preavviso, alle ferie, o al periodo di comporto per malattia) stabilite dai contratti collettivi, quali forme di commisurazione del trattamento stesso al valore della prestazione. Ne consegue che il vaglio di costituzionalità deve essere limitato alle differenze di trattamento fra operai e impiegati di fonte legislativa; quando invece una differenza di trattamento fra operai e impiegati è istituita dal contratto collettivo (cosa, peraltro, sempre più rara), e non soltanto ribadita dal contratto mediante rinvio trattatizio alle vecchie norme di legge (221), l'obbiettivo differenza di contenuto delle prestazioni è di per sé sola sufficiente per escludere un intervento purificatore dell'autorità giudiziaria, potendo la differenziazione di trattamento considerarsi disposta in funzione retributiva.

Lo schema logico qui esposto corrisponde — salvo che per un aspetto di cui si dirà tra breve — all'impostazione che la Corte costituzionale ha sempre dato, almeno nelle enunciazioni teoriche contenute nella motivazione delle sentenze, della questione di costituzionalità circa le differenziazioni di fonte legislativa tra operai e impiegati: « sussiste in proposito una discrezionalità normativa — afferma la Corte — la quale consente di porre delle discriminazioni soltanto se esse sono conseguenti a caratteristiche particolari del rapporto di lavoro considerato, mentre non permette una disciplina differenziata rispetto a situazioni e bisogni comuni ai lavoratori di entrambe le categorie » (222). Più volte investita di tale questione, la Corte la ha dunque decisa di volta in volta attraverso una valutazione della ragionevolezza della singola differenziazione sottoposta al suo vaglio, in relazione alle differenze obbiettive tra i rapporti di lavoro appartenenti alle due categorie. In base a tale criterio la Corte ha ritenuto non razionalmente giustificabili, e quindi incostituzionali: la differenziazione dei requisiti per il godimento della pensione di invalidità previsti dalla legge previdenziale per operai ed impiegati (223), la differenziazione relativa all'obbligo di assicurazione contro la disoccupazione involontaria (224), la differenziazione relativa al trattamento in caso di richiamo alle armi (225) e la differenziazione relativa alla durata dell'assenza per malattia ai fini della conservazione del posto di lavoro (226).

La stessa Corte ha invece ritenuto legittima la differenziazione — rilevante solo in riferimento ai periodi di servizio precedenti al 1990 — della disciplina del trattamento di fine rapporto, motivando qui il giudizio in considerazione della minore capacità degli operai, rispetto agli impiegati, di « sopportare la corresponsione differita » di una parte della retribuzione (227); motivazione, questa, che non convince, perché presuppone una generale inferiorità di tutte le retribuzioni operaie rispetto a tutte le retribuzioni impiegatizie, in stridente contrasto con la realtà, che vede ormai da almeno un ventennio gli addetti a mansioni « operaie » in larga maggioranza accomunati dai contratti collettivi agli addetti a mansioni « impiegatizie » nella determinazione dei livelli retributivi (228): sotto questa motivazione un po' farisaica si nascondeva probabilmente la ragionevole preoccupazione della Corte per gli effetti economici dirompenti di una sentenza che avesse purificato con effetto retroattivo il trattamento di fine rapporto degli operai a quello degli impiegati.

La Corte ha pure ritenuto legittime le differenziazioni di fonte legislativa in materia di durata delle ferie annuali e di preavviso di recesso (229), motivando il giudizio, per ciò che riguarda le ferie, con la funzione retributiva di tale

istituto e il perdurante diverso « valore » delle mansioni intellettuali rispetto a quelle manuali. Qui, se quanto si è detto a questo proposito nel paragrafo che precede ha fondamento, il dissenso deve essere netto: se è vero che in linea generale non spetta alla legge, bensì soltanto alla contrattazione collettiva, la determinazione della retribuzione in funzione delle caratteristiche dei diversi rapporti di lavoro e della « valutazione » delle prestazioni in essi dedotte, le differenziazioni di trattamento tra operai e impiegati disposte dalla legge non possono mai essere giustificate in chiave retributiva (ovvero: la loro ragion d'essere può consistere soltanto in esigenze di tutela, diverse in riferimento alle due categorie, non attinenti alla corrispettività fra le contrapposte prestazioni).

**181.** *La distinzione fra impiegati d'ordine, di concetto e direttivi.* — Nell'ambito della categoria impiegatizia la legge del 1924 distingue tre sotto-categorie, in funzione della differenziazione del limite massimo di durata del patto di prova (art. 4) e della durata del preavviso di licenziamento (art. 10).

La prima sotto-categoria, che viene comunemente indicata come quella degli impiegati con funzioni direttive, aveva già assunto specifica rilevanza legislativa con il R.D.L. 15 marzo 1923 n. 692, che aveva escluso il « personale direttivo delle aziende » dall'applicazione della disciplina generale dell'orario. Nella legge sull'impiego privato all'espressione sintetica « personale direttivo » si sostituisce una elencazione di profili professionali: appartengono alla prima sotto-categoria « gli institori, procuratori, rappresentanti a stipendio fisso, direttori tecnici o amministrativi e impiegati di grado e funzioni equivalenti » (art. 4), cui nell'art. 10 si aggiungono i « commessi viaggiatori per l'estero ». Questa definizione per elencazione verrà poi ripresa nel R.D. 1° luglio 1926 n. 1130, con l'esclusione dei commessi viaggiatori per l'estero, in funzione dell'istituzione della categoria dei dirigenti come categoria a sé stante sul piano sindacale (§ 182); ma la separazione dei dirigenti dal resto degli impiegati non determinerà il totale svuotamento della sotto-categoria degli impiegati direttivi, la quale conserverà invece una sua — pur ridotta — consistenza quantitativa e un suo specifico rilievo legislativo, non soltanto per effetto delle disposizioni citate del 1923 e 1924, ma anche per effetto della L. 22 febbraio 1934 n. 370, che esclude dal campo di applicazione della disciplina del riposo domenicale, oltre ai dirigenti, anche gli impiegati « aventi diretta responsabilità nell'andamento dei servizi »; della L. 10 gennaio 1935 n. 112, che esclude dall'obbligo del libretto di lavoro il « personale avente funzioni direttive con responsabilità nell'andamento dell'azienda »; e della L. 29 aprile 1949 n. 264 sul collocamento, che escludeva l'obbligo del nulla-osta preventivo dell'ufficio per l'assunzione del « personale avente funzioni direttive » (§§ 27 e 177) (230). Si discute se, in riferimento a tali disposizioni, possa individuarsi una nozione unica di « impiegato direttivo », o se invece tale nozione assuma ampiezza di volta in volta diversa; in riferimento alle ultime due leggi citate una parte della dottrina è giunta a proporre una interpretazione di tale nozione marcatamente restrittiva (231).

Va osservato a questo proposito che dagli appartenenti alla prima sotto-categoria di cui si è detto la legge sull'impiego privato distingue, ai soli fini della durata minima del preavviso di licenziamento (art. 10), i « commessi viaggiatori [non destinati all'estero], i direttori o capi di speciali servizi e impiegati di concetto », tutti collocati nella seconda sotto-categoria: figura dunque anche in quest'ultima una parte del « personale direttivo » (232). Ne può oggi sostenersi, dopo la riforma dell'art. 2095 c.c. con la menzione della categoria dei quadri (§§ 177 e 184), che la nozione di « personale direttivo » di cui alle leggi sopra citate debba considerarsi ora senz'altro sostituita dalla nozione di « quadro »: vedremo infatti come quest'ultima nozione assuma contenuti notevolmente diversi da settore a settore. Nella seconda sotto-categoria individuata dalla legge sull'impiego privato compare, come si è visto, la nozione di « impiegato di concetto », che, in contrapposizione con quella di « impiegato d'ordine » (cui l'art. 10 della stessa legge assegna i « commessi di studio e di negozio, assistenti tecnici e altri impiegati di grado comune »), verrà ampiamente ripresa dalla contrattazione collettiva successiva, sia durante il periodo corporativo, sia dopo. La distinzione tra impiegati « di concetto » o « di seconda categoria » e impiegati di livello inferiore è tuttora rilevante per l'applicazione di numerosi contratti collettivi, che presentano per questo aspetto una notevole uniformità di contenuto definitorio. Una rilevante continuità può osservarsi anche negli orientamenti giurisprudenziali in proposito: dai repertori relativi al ventennio corporativo e agli anni '50 (233) non si trae una nozione di impiegato di concetto sensibilmente differente da quella desumibile dalle sentenze degli anni più recenti. Tra queste ultime si segnala per la particolare incisività quella secondo cui per il lavoratore di concetto — dotato di una sfera d'autonomia nello svolgimento dei propri compiti — il controllo da parte del datore concerne prevalentemente il risultato dell'attività lavorativa, mentre per il lavoratore d'ordine esso investe soprattutto le modalità di esecuzione della prestazione (234).

**182.** *La categoria dei dirigenti. Definizione originaria e sviluppi successivi.* — L'atto di nascita della figura del dirigente nell'ordinamento italiano (235), come figura dotata di rilievo autonomo rispetto a quella dell'impiegato, viene comunemente individuato nel R.D. 1° luglio 1926 n. 1130 (« Norme per l'attuazione della legge 3 aprile 1926 n. 563 sulla disciplina giuridica dei rapporti collettivi di lavoro »), che all'art. 6, riprendendo l'elencazione degli impiegati con funzioni direttive contenuta nel R.D.L. n. 1825/1924 (§ 181), imponeva a tutti « i direttori tecnici e amministrativi e gli altri capi di ufficio, di servizi con funzioni analoghe, gli institori in generale e gli impiegati muniti di procura » di far parte di associazioni sindacali a sé stanti rispetto a quelle degli altri lavoratori, « intellettuali e manuali »; e all'art. 34 imponeva altresì che le associazioni della categoria così individuata aderissero alle federazioni delle associazioni di datori di lavoro (236).

È questa la prima — e resterà l'unica — definizione legislativa della categoria dirigenziale come categoria a sé stante. A differenza di quella della categoria impiegatizia contenuta nel R.D.L. n. 1825/1924, questa definizione non è dettata per delimitare il campo di applicazione di una disciplina speciale del rapporto di lavoro (con l'effetto indiretto di favorire la separazione della categoria sul piano sindacale), bensì per imporre direttamente una netta separazione della categoria dirigenziale dalle altre sul piano dell'organizzazione sindacale e quindi della contrattazione collettiva (con

l'effetto indiretto di favorire una differenziazione marcata del trattamento a favore dei dirigenti): quello che nella norma del 1924 sull'impiego privato è la *ratio*, lo scopo mediato, nella norma del 1926 istitutiva della categoria dirigenziale è il contenuto immediato; e viceversa. Il che spiega perché nel corso del ventennio corporativo alla categoria dirigenziale sia stato attribuito un rilievo assai ridotto dalla dottrina giuslavoristica privatistica (237); e perché la norma del 1924 istitutiva della categoria impiegatizia abbia potuto sopravvivere all'abrogazione dell'ordinamento corporativo e all'entrata in vigore del principio costituzionale di libertà sindacale, mentre la norma del 1926 istitutiva della categoria dei dirigenti ne è stata travolta.

Nel frattempo, tuttavia, su quella definizione, dettata nel '26 in funzione dell'organizzazione corporativa, aveva lavorato la giurisprudenza. Si era passati così dall'elencazione di profili professionali socialmente tipici contenuta nel decreto del '26 all'individuazione del tratto distintivo essenziale della categoria nello svolgimento di funzioni strettamente proprie del capo dell'impresa, in sostituzione dello stesso: il dirigente come *alter ego* dell'imprenditore; e quindi alla specificazione degli elementi necessari e sufficienti per l'appartenenza alla categoria: ampia discrezionalità o autonomia operativa, subordinazione diretta ed esclusiva al « principale » o al consiglio di amministrazione, preposizione gerarchica a tutto il personale di un'azienda di dimensioni non minime o a un rilevante settore di essa, esercizio di un ampio potere gestorio e carattere spiccatamente fiduciario della collaborazione (238).

Va aggiunto per la completezza dei riferimenti storici che gli accordi collettivi (« convenzioni ») del periodo corporativo prevedevano quale requisito per l'attribuzione della qualifica e del trattamento di dirigente anche il requisito dell'iscrizione all'associazione sindacale. Ma l'orientamento prevalente della Corte di cassazione fu — già negli anni trenta — nel senso della inidoneità di tale clausola a inibire l'inquadramento dirigenziale del lavoratore che, pur senza essere iscritto all'associazione, svolgesse la funzione apicale di cui si è detto in una azienda di medie o grandi dimensioni (239).

È dunque questa elaborata dalla giurisprudenza negli anni trenta la nozione di dirigente — marcatamente restrittiva ed elitaria — a cui deve ritenersi abbia fatto riferimento il legislatore del 1942 con la menzione dei « dirigenti amministrativi o tecnici » nel primo comma dell'art. 2095 (240).

Abrogato l'ordinamento corporativo, negli sviluppi giurisprudenziali successivi si sono poi registrate due tendenze tra loro apparentemente contraddittorie. Per un verso i giudici del lavoro si sono mostrati, a partire dalla metà degli anni '50, tendenzialmente disponibili ad avallare l'allargamento della categoria dirigenziale, sia verso l'alto (ammissibilità del cumulo tra posizione dirigenziale e carica di amministratore di società) (241), sia verso il basso (ammissibilità, anche ai fini delle differenziazioni di trattamento di fonte legislativa, dell'attribuzione della qualifica dirigenziale a personale impiegatizio non dipendente direttamente dal vertice dell'impresa e/o non investito di ampio potere gerarchico in seno all'organizzazione aziendale: il c. d. *low management* (242), i dirigenti-tecnici, o i dirigenti-ricercatori), quando tale allargamento avvenisse con il consenso delle parti interessate, sul piano individuale o collettivo (243). Per altro verso gli stessi giudici si sono mostrati invece tendenzialmente orientati al più marcato rigore nel negare al *low management* l'accesso alla categoria dirigenziale in tutti i casi in cui mancasse un accordo in tal senso tra le parti: quando, cioè, in assenza di un inequivoco allargamento della categoria ad opera del contratto collettivo, fosse il lavoratore a rivendicare in giudizio la promozione alla categoria dirigenziale e il datore di lavoro vi si opponesse (244).

La coesistenza delle due tendenze, tra loro apparentemente contraddittorie, non è venuta meno quando, dagli anni '70 in poi, la giurisprudenza ha posto formalmente al bando le c.d. « clausole di riconoscimento formale », cioè le disposizioni collettive che affidavano alla decisione insindacabile dell'imprenditore l'attribuzione della qualifica (245). Tale orientamento giurisprudenziale non ha, infatti, prodotto l'effetto di rendere più precise le declaratorie contrattuali relative alla categoria dirigenziale; esse sono rimaste per lo più modellate sulla definizione tradizionale ricorrente nelle massime delle sentenze (246), e formulate in modo sufficientemente elastico per prestarsi altrettanto bene alla interpretazione più larga, in funzione di convalida delle promozioni concordate tra le parti, e alla interpretazione più severa, in funzione di sbarramento contro i tentativi di accesso *invito domino*.

La libertà di scelta del giudice tra le due possibili interpretazioni, del resto, è favorita anche dalla indeterminatezza della definizione della categoria dei quadri contenuta nel primo comma dell'art. 2 della legge n. 190/1985 (§§ 177 e 184); e ancor più dalla formulazione assai estensiva delle declaratorie relative agli impiegati o quadri di livello più elevato, contenute nei contratti collettivi: quando infatti si stabilisce che al massimo livello di tali categorie devono essere inquadrati i lavoratori che « siano preposti ad attività di coordinamento di servizi, uffici, enti produttivi, fondamentali dell'azienda o che svolgono attività di alta specializzazione e importanza ai fini dello sviluppo e della realizzazione degli obiettivi aziendali » (§ 181), è evidente la sovrapposizione che si determina tra la figura professionale di impiegato direttivo o quadro così definita e quella del dirigente inteso nell'accezione più ampia; e la sovrapposizione consente al giudice di argomentare in un senso o nell'altro, facendo riferimento di volta in volta all'una o all'altra definizione (247).

Questa è dunque tuttora, nella sostanza, al di là delle enunciazioni teoriche astratte evidenziate dalle massime delle sentenze, la tendenza giurisprudenziale dominante: ancor oggi, pur in un contesto nel quale la categoria dirigenziale si presenta di fatto fortemente allargata e diversificata rispetto al suo nucleo originario costituito dal dirigente *alter ego*, e le definizioni contenute nei contratti collettivi restano per la maggior parte estremamente generiche e suscettibili di interpretazioni estensive, i giudici sono restii ad accogliere, in caso di contestazione, la domanda di promozione del lavoratore la cui posizione in azienda non presenti inequivocabilmente i requisiti fortemente selettivi propri della categoria apicale fin dalle origini, salvo che un allargamento della categoria stessa risulti disposto dal contratto

collettivo in modo chiaro e inequivocabile (248). Ma i giudici medesimi sono per altro verso quasi sempre restii ad accogliere anche la rivendicazione dell'applicazione della disciplina limitativa del licenziamento da parte del lavoratore che, svolgendo in azienda funzioni direttive non apicali, sia stato inquadrato come dirigente (249).

**183. La questione dell'unicità o pluralità delle nozioni di dirigente.** — Per mettere ordine nella materia, una parte della dottrina ha proposto la distinzione tra una nozione legale di dirigente, più restrittiva, cui corrisponderebbe il campo di applicazione della disciplina (o esenzione da disciplina) legale, e una o più nozioni contrattuali, desumibili dalle definizioni contenute nei contratti collettivi, cui dovrebbe farsi riferimento soltanto per l'applicazione delle discipline collettive (250). A questa tesi è però agevole obiettare, in primo luogo, che le definizioni contenute nei contratti collettivi per lo più recepiscono puntualmente la nozione legale desumibile dalle massime giurisprudenziali (251), onde appare arbitrario attribuire ai contratti stessi l'intendimento di mutare i confini della categoria rispetto alla previsione legale; in secondo luogo, che le differenze di estensione della nozione di dirigente cui di volta in volta i giudici fanno riferimento non sono, per lo più, motivate con la natura legale o contrattuale della disciplina di volta in volta applicata: in particolare, il fatto che il giudizio verta — come il più delle volte accade — sulla rivendicazione da parte del lavoratore del trattamento economico previsto per i dirigenti dal contratto collettivo non determina generalmente, per quanto è dato osservare, una maggiore disponibilità dei giudici ad allargare i confini della categoria dirigenziale.

Da un'altra parte della dottrina è stato invece proposto uno schema interpretativo che, rinunciando all'unitarietà del tipo legale, mira a spiegare e anzi giustificare razionalmente la convivenza tra le diverse nozioni di « dirigente », presentandole come altrettante diverse estensioni del campo di applicazione di discipline differenziate previste dalle varie leggi speciali o dai contratti (252): così, ai fini dell'esenzione dalla disciplina limitativa del licenziamento e del contratto a termine dovrebbe distinguersi l'alta dirigenza, caratterizzata dall'ampiezza del potere gestorio e corrispondente alla nozione originaria dell'*alter ego* dell'imprenditore, dalla dirigenza media e bassa, che dovrebbe considerarsi assoggettata insieme alla generalità degli altri lavoratori al regime di tutela reale della stabilità del posto; ai fini dell'esenzione dalla disciplina limitativa dell'orario e da quella relativa al riposo domenicale dovrebbe invece distinguersi la figura del dirigente investito di responsabilità e poteri direttivi effettivi da quella del dirigente « di staff », tecnico, ricercatore, ecc., per il quale l'esclusione dalla tutela non avrebbe ragion d'essere; l'esenzione dall'obbligo del libretto di lavoro dovrebbe invece senz'altro applicarsi alla categoria dirigenziale intesa nel senso più ampio, cioè comprensiva anche dei cosiddetti « minidirigenti » o « superimpiegati »; e lo stesso dovrebbe dirsi a proposito della differenziazione del limite massimo di durata del patto di non concorrenza (253).

Secondo questa costruzione, in altre parole, il campo di applicazione di ciascuna disposizione (o esenzione da disposizione) legislativa in materia di personale direttivo dovrebbe individuarsi in riferimento alla ragion d'essere economico-sociale della disposizione stessa. Ma in tal modo la *ratio* della norma prende il posto del suo contenuto; e l'interprete, attraverso la valutazione della funzione economico-sociale della norma e la determinazione conseguente del suo campo di applicazione, finisce col prendere il posto del legislatore.

Le costruzioni esposte in questo paragrafo, nettamente minoritarie in dottrina (254) e per due decenni quasi del tutto prive di seguito in giurisprudenza (255), sono parse tornare di attualità negli ultimi anni in conseguenza di alcune sentenze di cassazione che hanno per così dire rispolverato una nozione restrittiva di « dirigente », molto vicina a quella originaria che lo identificava nell'*alter ego* dell'imprenditore, per affermarne l'esenzione dal potere disciplinare del datore di lavoro e l'inapplicabilità della relativa disciplina al licenziamento motivato da colpa del lavoratore (256), o per equiparare il « mini-dirigente » all'impiegato ai fini della disciplina limitativa del licenziamento (257). Siamo però ancora lontani da un orientamento giurisprudenziale consolidato — e ancor più da una prassi sindacale consolidata — nel senso di una drastica esclusione dalla nozione legale di « dirigente » (e dal campo di applicazione della relativa disciplina speciale) della figura del dirigente di livello inferiore, ovvero del lavoratore che, pur non assurgendo al ruolo di *alter ego* dell'imprenditore e potendo essere legittimamente inquadrato anche come quadro, o funzionario, è stato promosso alla categoria dirigenziale e svolge mansioni compatibili con la nozione elastica di dirigente affermatasi nei decenni passati. È stata invece di recente condivisibilmente sottolineata, a questo proposito, la necessità di tenere distinto il discorso sui « mini-dirigenti » dal discorso sugli « pseudo-dirigenti », intendendosi per tali i lavoratori svolgenti mansioni schiettamente impiegatizie, che siano stati promossi a dirigenti soltanto in virtù di un sovrainquadramento fittizio: solo a questi ultimi dovrebbero essere ritenute applicabili le norme in materia di licenziamento (258).

**184. La categoria dei quadri.** — Abbiamo visto (§§ 176-177) come i soli riferimenti positivi per la definizione della nozione di « quadro », a cui l'art. 2095 c.c. nella sua nuova formulazione fa riferimento, siano offerti dall'art. 2 della legge n. 190/1985.

Il primo comma dell'articolo indica come appartenenti alla categoria i « prestatori di lavoro subordinato che, pur non appartenendo alla categoria dei dirigenti, svolgano funzioni con carattere continuativo di rilevante importanza ai fini dello sviluppo e dell'attuazione degli obiettivi dell'impresa ». Formulazione, questa, il cui unico contenuto definitorio consiste nell'esclusione di una possibile sovrapposizione tra la categoria dei quadri e quella dei dirigenti (259); per il resto essa è talmente generica da consentire la ricomprendimento nell'ambito della nuova categoria anche di lavoratori inquadrabili in precedenza come « intermedi » (§ 176), e persino di operai dotati di specializzazione particolarmente elevata (260). Non osta a questa possibile interpretazione estensiva il terzo comma, che dispone l'applicabilità ai quadri delle « norme riguardanti la categoria degli impiegati », poiché nulla vieta di attribuire alla nuova legge l'effetto dell'estensione del campo di applicazione della disciplina speciale del rapporto di impiego privato a una parte della

vecchia categoria operaia.

Quanto al secondo comma dell'art. 2, esso fa rinvio, per una definizione precisa, alla « contrattazione collettiva nazionale o aziendale, in relazione a ciascun ramo di produzione e alla particolare struttura organizzativa dell'impresa ». La perfetta identità della formulazione della norma in esame rispetto al secondo comma dell'art. 2095 c.c. potrebbe indurre a ritenere che si tratti di norma del tutto pleonastica; essa ha invece una funzione apprezzabile nel contesto della nuova legge: quella di escludere che dal primo comma dello stesso art. 2 possa desumersi una nozione legale vincolante per la contrattazione collettiva. A sostegno di questa lettura può addursi tutto il dibattito che ha accompagnato, in sede politica e in sede scientifica, l'iter parlamentare della legge: dibattito che ha evidenziato, per un verso, l'inesistenza di una figura social-tipica di « quadro » abbastanza definita per poter essere assunta come riferimento sociologico dal legislatore, per altro verso l'incombente rischio di incostituzionalità di una norma definitoria che, limitando la sovranità della contrattazione collettiva in questo campo, evocasse i fantasmi dell'abrogato regime corporativo (261).

In questo senso è orientata una parte cospicua della giurisprudenza, che nel quindicennio successivo all'entrata in vigore della legge ha ripetutamente negato *in limine* la proponibilità stessa della rivendicazione della qualifica di quadro in sede giudiziale in difetto di una disposizione collettiva in proposito (262).

Non mancano le sentenze di segno opposto; dalle quali appare peraltro impossibile estrarre una « nozione giurisprudenziale » di quadro meno indefinita di quella desumibile dal primo comma dell'art. 2 della legge: dare conto di questo orientamento sembra possibile soltanto in termini casistici. Così, sono stati riconosciuti come quadri a norma di legge, pur in assenza di definizione della categoria in sede collettiva, il direttore di farmacia municipale (263), il « collaboratore farmacista » per la cui assunzione era richiesta la laurea (264), il « capo-stazione superiore » delle Ferrovie dello Stato con la funzione di direzione di un centinaio di dipendenti (in questo caso è stata addirittura disattesa e « corretta » la disposizione collettiva che espressamente prevedeva l'inquadramento di tale profilo professionale nel settimo livello impiegatizio e l'inserimento nella nuova categoria dei quadri dei soli impiegati di ottavo e nono livello) (265), l'ispettore centrale preposto al settore amministrativo e commerciale di un'impresa metalmeccanica con funzioni di coordinamento della rete dei concessionari (266), il funzionario della RAI già inquadrate al massimo livello impiegatizio (267).

In una posizione per così dire intermedia tra i due orientamenti si collocano infine le sentenze le quali, pur non giungendo ad affermare che una nozione di « quadro » possa desumersi direttamente dalla legge in difetto di definizione ad opera della contrattazione collettiva, affermano tuttavia che nella legge stessa è ravvisabile « un contenuto normativo minimo cui può attribuirsi carattere di inderogabilità », con la conseguente « possibilità, ancorché assai remota, ... che una qualche previsione contrattuale si ponga in contrasto con la norma, facendo confluire, per ipotesi, nella categoria dei "quadri" dipendenti che svolgano mansioni assolutamente irrilevanti ed escludendo altri che abbiano funzioni di sicuro maggior rilievo nell'ambito delle finalità produttive e di sviluppo dell'impresa » (268).

## Sezione V

### IL DIRITTO ALL'INQUADRAMENTO PROFESSIONALE E LA SUA TUTELA

Sommario: 185. Il diritto alle mansioni e il diritto alla categoria professionale nell'art. 2103 c.c.. Il sovrainquadramento. — 186. Contenuto del diritto alla categoria professionale: diritto all'informazione e diritto « a essere inquadrato ». — 187. La rinuncia al diritto alla categoria e la sua prescrizione. — 188. I collegi paritetici e la gestione decentrata dell'inquadramento. — 189. La gestione contrattuale dell'inquadramento al livello aziendale.

**185.** *Il diritto alle mansioni e il diritto alla categoria professionale nell'art. 2103 c.c. Il sovrainquadramento.* — La disciplina del diritto del lavoratore a svolgere determinate mansioni contenuta nel primo comma dell'art. 2103 c.c. contempla due casi tra loro nettamente distinti. Il primo è il caso in cui il lavoratore ha svolto mansioni di livello superiore rispetto a quelle originariamente assegnategli, per il quale la norma stabilisce che *a*) il lavoratore stesso « ha diritto al trattamento corrispondente all'attività svolta »; e *b*) « l'assegnazione [alle mansioni superiori] diviene definitiva » quando le mansioni stesse siano state svolte per un periodo di tre mesi (o per il minor periodo stabilito dal contratto collettivo). Questa parte dell'art. 2103 sembra dunque non attribuire alcun rilievo al dato formale dell'inquadramento del lavoratore: tutta la sua posizione soggettiva è qui imperniata sull'assegnazione delle mansioni; ogni altro suo diritto sembra dipendere direttamente dalle mansioni stesse, senza la « mediazione » dell'inquadramento. Il secondo caso previsto dal primo comma dell'art. 2103 è quello in cui il lavoratore nel corso del rapporto « acquisisce una categoria superiore ». Mentre in riferimento alla prima fattispecie l'« inquadramento » non viene neppure menzionato dalla norma, poiché essa fa discendere direttamente dal fatto dello svolgimento di mansioni superiori il diritto all'assegnazione definitiva delle medesime e al trattamento corrispondente (senza porre come passaggio necessario l'operazione di inquadramento del lavoratore nella categoria superiore, che appare piuttosto come conseguenza implicita), qui invece la norma contempla l'ipotesi in cui il lavoratore abbia « acquisito la categoria superiore » indipendentemente dalle mansioni svolte (ad esempio: per promozione automatica prevista dal contratto collettivo, o per promessa del datore di lavoro). Qui dunque — se non si vuole attribuire a questa parte dell'art. 2103 un significato puramente tautologico — l'« inquadramento », ovvero l'attribuzione al lavoratore di una « categoria »,



emerge come elemento ontologicamente distinto da (e preesistente a) l'assegnazione delle mansioni superiori; anzi: come fonte del diritto del lavoratore all'assegnazione delle mansioni stesse. La « categoria » è qualche cosa che il lavoratore può « acquisire » per effetto di pattuizione individuale o collettiva: non necessariamente per effetto dello svolgimento delle mansioni corrispondenti.

Ne è conferma, del resto, la possibilità — non prevista dall'art. 2103 ma pacificamente ammessa da dottrina e giurisprudenza (269) — che una pattuizione individuale attribuisca al lavoratore la « categoria » e il diritto al trattamento corrispondente, escludendo tuttavia il diritto allo svolgimento delle corrispondenti mansioni: è il caso del c.d. « sovrainquadramento », ovvero attribuzione di « qualifica convenzionale ».

L'inquadramento, cioè l'attribuzione di una categoria al lavoratore, può dunque assumere un rilievo nettamente distinto da quello della posizione di fatto occupata dal lavoratore stesso nell'organizzazione aziendale (le mansioni svolte); può, in particolare, costituire il presupposto di un suo diritto a mansioni diverse e/o di un suo diritto a un trattamento superiore: lo conferma esplicitamente l'art. 2103 nella parte ora esaminata. La norma però non dice precisamente che cosa sia l'inquadramento, cioè in che cosa consista l'« acquisizione di una categoria ». Qualche indicazione per comprendere meglio che cosa questa espressione significhi può trarsi dall'esame di alcune disposizioni per così dire ancillari rispetto agli artt. 2095 e 2103.

**186. Contenuto del diritto alla categoria professionale: diritto all'informazione e diritto « a essere inquadrato ».** — A norma dell'art. 96 delle disposizioni di attuazione « L'imprenditore deve far conoscere al prestatore di lavoro al momento dell'assunzione la categoria e la qualifica che gli sono assegnate in relazione alle mansioni per cui è stato assunto » (270). La stessa indicazione deve essere contenuta nel libretto di lavoro a norma dell'art. 3, n. 4 della L. 10 gennaio 1935 n. 112 (libretto di cui « il lavoratore ha diritto di prendere visione in qualunque momento », a norma dell'art. 7 della stessa legge), nonché in ciascuno dei prospetti paga relativi alle retribuzioni via via corrisposte, a norma dell'art. 1 della L. 5 gennaio 1953 n. 4 (qui, a differenza delle due norme precedenti, è menzionata soltanto la « qualifica professionale » e non la « categoria » del lavoratore; ma pare indubbio — ed è comunque questa l'interpretazione e applicazione assolutamente pacifica — che la disposizione vada interpretata nel senso dell'obbligo di indicarne nel prospetto paga l'inquadramento del lavoratore e non la « qualifica » intesa come espressione sintetica del tipo di mansioni a cui il lavoratore è addetto) (271) (272). Un obbligo di informazione di identico contenuto a carico del datore di lavoro è inoltre previsto dall'art. 2, lett. c), della direttiva comunitaria 14 ottobre 1991 n. 533.

Il lavoratore ha dunque un diritto all'informazione da parte del datore di lavoro sul proprio inquadramento professionale; diritto assistito dalle sanzioni contravvenzionali comminate per la violazione delle leggi citate n. 112/1935 e n. 4/1953.

La portata delle norme citate non si riduce, a ben vedere, all'istituzione di un diritto del lavoratore all'informazione sul proprio inquadramento (273). Va osservato innanzitutto che l'annotazione dell'inquadramento sul libretto di lavoro e sul prospetto paga comporta anche la stessa annotazione sui libri paga e matricola, cioè una registrazione finalizzata a rendere possibile il controllo del trattamento riservato ai lavoratori e dei relativi adempimenti contributivi da parte di ispettori ministeriali o dell'istituto previdenziale. Ma soprattutto, prima ancora che imponga al datore di lavoro un obbligo di informazione nei confronti del dipendente e di registrazione in funzione di possibili controlli futuri, le norme in esame implicitamente impongono al datore di lavoro l'obbligo di compiere un'operazione complessa, che consiste nell'assegnare il lavoratore a una categoria nell'ambito di un sistema di inquadramento, « in relazione alle mansioni per cui è stato assunto » o alle quali è stato successivamente adibito.

Si tratta di un obbligo evidentemente funzionale alla determinazione del giusto trattamento dovuto al lavoratore; ma che non può confondersi concettualmente con l'obbligo del giusto trattamento, essendo — per così dire — preliminare e strumentale rispetto ad esso: la legge impone all'imprenditore di tenere un comportamento aggiuntivo rispetto al puro e semplice adempimento del giusto trattamento. L'imprenditore — iscritto o no all'associazione datoriale firmataria del contratto collettivo di settore, vincolato o no ad applicare il contratto stesso — non è obbligato soltanto a « trattare in modo giusto » il lavoratore; non può limitarsi a dirgli: « questo è il trattamento che ti offro, non chiedermi perché »; egli deve bensì anche, preliminarmente, compiere quell'operazione classificatoria di cui si è detto, che presuppone logicamente non soltanto l'esistenza di un sistema di inquadramento professionale dei dipendenti dell'azienda, sia esso istituito dalla contrattazione collettiva o posto unilateralmente dall'imprenditore stesso, ma anche e soprattutto la sua concreta e corretta attivazione, implicante l'annotazione negli appositi libri e la comunicazione ai numerosi possibili interessati, appartenenti all'azienda o alla pubblica amministrazione (274).

Quel « qualche cosa di più » che si richiede all'imprenditore — e che costituisce a ben vedere una integrazione del principio di buona fede nell'attuazione del rapporto contrattuale, in quanto comporta una serie di operazioni che consentono il controllo sull'adeguatezza del trattamento riservato al lavoratore — è appunto l'oggetto di un autonomo diritto del lavoratore stesso: egli non ha soltanto un diritto all'informazione sul proprio inquadramento, bensì anche un vero e proprio diritto « a essere inquadrato » e a esserlo correttamente. Oggetto di tale diritto del lavoratore non è (soltanto) la mera comunicazione scritta, bensì (anche e preliminarmente) la predisposizione di un sistema di inquadramento razionale a cui siano assoggettati come lui anche gli altri dipendenti — obbligo, questo, solitamente ma non necessariamente adempiuto dall'imprenditore mediante l'applicazione del sistema di inquadramento previsto da un contratto collettivo (275) — e la concreta e corretta sua attivazione in riferimento alla posizione dell'interessato, comportante, come si è detto, un insieme articolato di adempimenti, con diversi destinatari.

Si obietta che l'operazione classificatoria in cui consiste l'« inquadramento » può assimilarsi all'operazione di qualificazione di una qualsiasi prestazione contrattuale: come in generale la parte contraente non ha un « diritto alla

qualificazione » della propria prestazione, così il lavoratore non avrebbe un « diritto all'inquadramento » (276). Ma è agevole obiettare che laddove in riferimento a un qualsiasi contratto la legge ponesse l'obbligo a carico di una parte di operare la corretta qualificazione o classificazione della prestazione dedotta in contratto, annotarla su apposito registro e comunicarla all'altra parte e/o a terzi, ben potrebbe affermarsi la sussistenza di un obbligo specifico dell'una parte nei confronti dell'altra, aggiuntivo rispetto agli obblighi principali eventualmente derivanti a suo carico dal contratto stesso e non riducibile a un mero obbligo di informazione (avendo esso ad oggetto un'attività più articolata e complessa che la mera comunicazione di un dato). Nel rapporto di lavoro un obbligo di tal fatta è appunto istituito dalla legge a carico del datore.

Se quanto fin qui esposto ha fondamento, si può affermare che il lavoratore ha uno specifico diritto all'inquadramento: un diritto di credito a sé stante, nascente dal contratto e determinato, nel suo contenuto specifico, dalle mansioni effettivamente svolte e/o dall'eventuale pattuizione collettiva o individuale in proposito. Questo non significa, tuttavia, che l'inquadramento possa considerarsi oggetto di un « diritto acquisito » e imm modificabile: quando mutasse il sistema di inquadramento applicabile, muterebbe anche il contenuto specifico del diritto del singolo lavoratore (fermo restando, ovviamente, il livello retributivo raggiunto); in particolare, nel nuovo sistema di inquadramento possono essere introdotti criteri che non valorizzano aspetti della prestazione o delle capacità del lavoratore valorizzati invece in precedenza, o viceversa, con conseguente variazione della posizione del lavoratore rispetto ai suoi colleghi (277).

La costruzione qui proposta mi sembra al tempo stesso la più semplice e quella che meglio si concilia con l'orientamento giurisprudenziale prevalente, di cui si dirà nel paragrafo che segue (278), favorevole all'esistenza di un diritto del lavoratore alla categoria suscettibile di estinzione per prescrizione. Per completezza di esposizione va detto però che nella dottrina dell'ultimo quarantennio è prevalsa, e sembra tuttora prevalere, la tesi contraria alla configurabilità di un diritto alla categoria come diritto a sé stante (279): si è osservato come la funzione dell'inquadramento professionale (classificazione in categorie) sia soltanto quella di indicare sinteticamente il trattamento di cui il lavoratore è creditore per contratto, e come la funzione della qualifica, intesa in senso stretto, sia soltanto quella di indicare sinteticamente il contenuto professionale della prestazione lavorativa dovuta, o, se si preferisce, di escludere dalla prestazione stessa quanto non dovuto. Donde l'impossibilità di attribuire all'espressione « diritto all'inquadramento » un ulteriore significato autonomo rispetto all'insieme della posizione contrattuale del lavoratore (280). E questa tesi ha fatto talvolta breccia anche nella giurisprudenza della Corte di cassazione (281).

**187. La rinuncia al diritto alla categoria e la sua prescrizione.** — La pattuizione con la quale il lavoratore rinunci per il futuro al proprio diritto a essere inquadrato — inteso genericamente come diritto a vedersi correttamente attribuita una categoria nell'ambito di un sistema di inquadramento applicabile anche agli altri dipendenti dell'azienda — sarebbe evidentemente nulla, in quanto mirante ad assoggettare il rapporto a una regolamentazione difforme da quanto inderogabilmente disposto dalla legge (282); in questo senso e solo in questo senso può affermarsi che il diritto all'inquadramento, essendo assolutamente indisponibile, non è soggetto a prescrizione (283).

Altrettanto non può dirsi della pattuizione con la quale il lavoratore rinunci a far valere il diritto a una promozione promessagli dall'imprenditore a livello individuale e non attuata: si tratterebbe infatti di un diritto pienamente disponibile; come tale esso sarebbe soggetto a prescrizione e precisamente a quella ordinaria decennale (284).

La soluzione è meno chiara quando il quesito si riferisca a una pattuizione con la quale il lavoratore rinunci a far valere il diritto a essere inquadrato nella categoria corrispondente alle mansioni superiori svolte per più di tre mesi in passato: qui la rinuncia può essere letta come atto di disposizione di un diritto *già maturato* per effetto della disciplina inderogabile della materia, con conseguente assoggettamento della pattuizione al regime di annullabilità di cui all'art. 2113 c.c., oppure come atto tendente a disciplinare il rapporto futuro in modo difforme da quanto previsto da norma inderogabile, con conseguente nullità dell'atto stesso (285). Se ci si colloca in quest'ultimo ordine di idee, deve concludersi nel senso dell'imprescrittibilità del diritto; se si considera invece la rinuncia soltanto annullabile *ex art.* 2113 c.c., il diritto stesso deve considerarsi assoggettato alla prescrizione decennale: in questo senso è da tempo orientata la giurisprudenza prevalente (286).

Come per il diritto alle mansioni e alle differenze retributive, anche per il diritto all'inquadramento (nell'accezione teste precisata) il termine prescrizionale deve essere fatto decorrere dal momento in cui si verifica il fatto in virtù del quale il diritto può essere fatto valere. Così, quando il diritto nasce da una pattuizione individuale o collettiva il termine decorre dal momento in cui tale pattuizione produce il suo effetto (e quindi dalla data della pattuizione stessa, o dell'inizio del rapporto di lavoro se ad essa successivo, o della scadenza dell'eventuale termine dilatorio in essa previsto). Se invece il diritto all'inquadramento in una determinata categoria nasce dallo svolgimento di mansioni a essa corrispondenti per un periodo superiore a tre mesi, il termine prescrizionale decorre da ciascun giorno ulteriore (rispetto al periodo di tre mesi) durante il quale le mansioni stesse hanno continuato a essere svolte.

**188. I collegi paritetici e la gestione decentrata dell'inquadramento.** — A norma del terzo comma dell'art. 96 disp. att. c.c. « I contratti collettivi di lavoro possono stabilire che, nel caso di divergenza tra l'imprenditore e il prestatore di lavoro circa l'assegnazione della qualifica, l'accertamento dei fatti rilevanti per la determinazione della qualifica venga fatto da un funzionario dell'ispettorato del lavoro, che presiede, e da un delegato di ciascuna delle associazioni professionali che rappresentano le categorie interessate ». Prosegue il comma successivo disponendo che « Sui fatti rilevanti per la determinazione della qualifica che hanno formato oggetto dell'accertamento compiuto con tali forme, non sono ammesse nuove indagini o prove, salvo che l'accertamento non sia viziato da errore manifesto » (287). Nella Relazione governativa sul nuovo codice la ragion d'essere della norma veniva indicata nell'opportunità di « eliminare dalle controversie individuali di lavoro quelle laboriose indagini, sterili di risultati concreti, compiute usualmente

attraverso l'escussione di lunghe liste di testimoni, dirette a definire, nell'ambito delle molteplici categorie del lavoro, attraverso capillari distinzioni tecniche, l'esatta qualifica del lavoratore. Tali indagini appesantiscono il corso del procedimento, lasciando il più delle volte insoddisfatto il magistrato costretto ad addentrarsi, senza alcuna bussola, nei meandri tecnici dell'organizzazione dell'impresa » (288).

All'orientamento della giurisprudenza, nettamente contrario fin dai primi anni del dopoguerra — salvo isolate eccezioni — alla permanenza in vigore delle disposizioni citate dopo l'abrogazione dell'ordinamento corporativo (289) si contrappone l'orientamento favorevole di una parte della dottrina, che ha osservato come il meccanismo di « accertamento dei fatti rilevanti » delineato nella norma in esame ben possa funzionare anche nel nuovo contesto costituzionale « qualora si sostituisca alla rappresentanza legale della categoria la rappresentanza volontaria, da parte delle attuali associazioni sindacali, dei singoli interessati, che siano loro soci o che abbiano conferito apposito mandato » (290); onde l'accertamento compiuto dai « collegi », anche in regime di libertà e pluralismo sindacale, potrebbe essere qualificato come arbitrato tecnico (291), essendo peraltro pacifico che esso non può in alcun modo precludere la libera valutazione da parte del giudice dei fatti accertati in questa forma (292).

La contrattazione collettiva, dal canto suo, ha continuato anche dopo l'abrogazione dell'ordinamento corporativo a prevedere l'istituzione, a livello aziendale o territoriale, in via stabile od occasionale, di organi collegiali paritetici cui sono demandate, a seconda dei casi, la funzione di tentare la conciliazione delle controversie individuali in materia di inquadramento (293), quella di risolverle con una procedura sostanzialmente arbitrale (294), o altre funzioni connesse con la selezione del personale per la promozione o l'assegnazione a posizioni di lavoro che presuppongono determinate capacità (295), o contemporaneamente più d'una delle suddette funzioni. Tali organi paritetici, quando non sia prevista la presenza in seno a essi di un funzionario dell'Ispettorato del lavoro con funzione di presidente (296), non potrebbero evidentemente aspirare a svolgere con efficacia vincolante la funzione di accertamento dei fatti prevista dall'art. 96 disp. att., neppure quando si volesse prescindere dall'orientamento giurisprudenziale negativo di cui si è detto poc'anzi; e, d'altra parte, gli spazi ridottissimi che la legge vigente riserva all'arbitrato in materia di lavoro non consentono oggi di riconoscere a quegli organi collegiali un ruolo rilevante per la soluzione arbitrale delle controversie individuali in materia di inquadramento (297).

Altrettanto non dovrebbe dirsi, a mio avviso, in riferimento all'ipotetica funzione « amministrativa » attribuita a organi cogestionali, paritetici o no, istituiti da un contratto collettivo: nulla vieta di ammettere che a organi siffatti sia legittimamente attribuita la funzione di compiere quell'operazione di inquadramento che — come si è visto (§ 186) — costituisce adempimento di un obbligo dell'imprenditore nei confronti del lavoratore (ferma restando, ovviamente, la facoltà del lavoratore stesso di impugnare la decisione dell'organo collegiale, così come essa potrebbe essere impugnata se fosse stata adottata direttamente dall'imprenditore) (298). Tale non è però la funzione oggi comunemente assegnata loro dai contratti collettivi sopra citati, dal momento che l'esito dell'accertamento, se non può considerarsi vincolante per il lavoratore, simmetricamente non può considerarsi tale neppure per l'imprenditore: le clausole collettive in esame non possono pertanto essere interpretate neppure come una forma di « procedimentalizzazione » cogestionale dell'operazione di inquadramento dei dipendenti, di competenza del datore di lavoro (299).

**189. La cogestione contrattuale dell'inquadramento al livello aziendale.** — Così come il comitato paritetico previsto dall'art. 96 disp. att. o dai contratti collettivi menzionati nel paragrafo precedente non può svolgere validamente un ruolo arbitrale nella controversia individuale sull'inquadramento — quando questo sia disciplinato dal contratto collettivo nazionale —, allo stesso modo il contratto aziendale non può validamente svolgere un ruolo transattivo nella stessa controversia: l'inquadramento di un lavoratore in una determinata categoria disposto dal contratto aziendale, quando si configuri come transazione su di un diritto indisponibile, è impugnabile nei termini di cui all'art. 2113 (300). Diverso è invece il discorso in riferimento al caso in cui un contratto collettivo nazionale demandi alla contrattazione aziendale l'individuazione dei criteri di inquadramento dei lavoratori nelle categorie previste nel contratto stesso, in riferimento diretto alla concreta realtà di ciascuna azienda o unità produttiva (301): la sovranità dell'autonomia collettiva in questo campo (302) deve potersi esprimere anche in questa forma. E se l'individuazione dei criteri specifici di inquadramento può essere validamente demandata alla contrattazione aziendale, non si vede perché essa non potrebbe essere validamente demandata anche a organi collegiali aziendali, paritetici o no (303), la cui funzione assume in tal caso il carattere dell'arbitraggio (determinazione di un elemento negoziale ad opera di uno o più terzi, cui le parti hanno affidato il compito di integrare e completare il contenuto della loro dichiarazione di volontà) (304). In questa direzione sembrano orientate nell'ultimo ventennio le organizzazioni sindacali maggiori, nonostante la tradizionale (ma oggi non più molto convinta) resistenza delle associazioni imprenditoriali al decentramento delle competenze negoziali in materia di criteri e sistemi di inquadramento (305).

In una prospettiva di riforma dell'intera materia dell'arbitrato nelle controversie di lavoro occorre poi chiedersi per quale mai motivo alla contrattazione collettiva, dalle cui libere scelte e dal cui contenuto dipendono in larghissima parte la determinazione dei criteri di inquadramento dei lavoratori e le differenziazioni di trattamento legate all'inquadramento stesso, debba negarsi, come oggi la legge nega, la possibilità di affidare in via esclusiva a collegi arbitrali da essa stessa istituiti la cognizione delle controversie individuali (e — perché no? — anche collettive) (306) su tale materia: se l'autonomia collettiva può disporre sovranamente in sede di produzione della regolamentazione generale astratta, nessun motivo apprezzabile sembra impedire che le si consenta di disporre anche in sede di applicazione al caso singolo, purché in forme razionali e rispettose del principio fondamentale del contraddittorio (307).

- (1) Per ragioni sistematiche che risulteranno dal prosieguo dell'esposizione sono qui considerati congiuntamente tutti i criteri di differenziazione del trattamento dei lavoratori, siano essi formalmente intitolati alla « professionalità » o no: la forma e la rubrica delle disposizioni differenziatrici, infatti, non sempre corrispondono ai loro contenuti e ragioni d'essere sostanziali.
- (2) Il concetto di « lavoro di uguale valore » è richiamato da alcune norme internazionali come riferimento necessario per l'applicazione del principio di parità di trattamento e del divieto di discriminazione (v. soprattutto il c.d. Patto di New York sui diritti economici, sociali e culturali 16 dicembre 1966 — § 15 —, art. 7: « un salario equo e una remunerazione uguale per un lavoro di valore uguale senza distinzione alcuna » e in specie senza distinzione di sesso, razza, nazionalità, appartenenza etnica, opinione politica o religiosa; inoltre la Convenzione O.I.L. n. 100 del 1951, ratificata dall'Italia con L. 22 maggio 1956 n. 741: « sull'eguaglianza di retribuzione fra manodopera maschile e manodopera femminile, per un lavoro di valore uguale »; la stessa disposizione è contenuta nella Direttiva comunitaria 10 febbraio 1975 n. 117, art. 1). Tale nozione è oggetto di particolare attenzione da parte dei giuslavoristi, per la difficoltà di individuazione dei criteri di valutazione: v. in proposito T. Treu, *Parità retributiva e comparable worth: un raffronto Europa-USA*, in AA.VV., *Comparable Worth e segregazione del lavoro femminile*, QEL, 1987, n. 29, pp. 27-73.
- (3) La varietà dei possibili criteri di inquadramento è già in larga parte individuata da P. Greco, *Il contratto di lavoro*, Torino, 1939, il quale propone una classificazione dei criteri di inquadramento « a seconda che dipendano: a) dall'indole del lavoro e dal suo rango più o meno elevato; b) da un criterio di durata o stabilità del rapporto di lavoro; c) dalla posizione gerarchica dei lavoratori; d) da certe condizioni fisiche degli stessi; e) da certe condizioni di ambiente in cui si svolge il lavoro » (p. 102).
- (4) Per un caso in cui questa distinzione è stata esplicitamente enunciata nella motivazione di una sentenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee e utilizzata nel dispositivo stesso della sentenza, v. nota 76 al § 163.
- (5) Qui e in tutta la trattazione mi attengo alla distinzione terminologica proposta da G. Giugni (*Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, Napoli, 1963, pp. 21-43 e 205) e seguita dalla dottrina prevalente, secondo la quale il termine *qualifica* indica il tipo di attività dedotta in contratto (« variante semantica delle mansioni »: ivi, p. 32), mentre il termine *categoria* indica l'insieme delle posizioni alle quali è riservato un medesimo trattamento. In altre parole, la *qualifica* è concetto funzionale alla definizione dell'oggetto della prestazione lavorativa (ed è, come tale, a sua volta, oggetto della disciplina dettata dall'art. 2103 c.c.), mentre la *categoria* è concetto funzionale alla definizione del trattamento dovuto al lavoratore (ed è, come tale, oggetto della disciplina dettata dagli artt. 36, 37 e 41 Cost., di cui si dirà nella terza sezione di questo capitolo).
- (6) Sui problemi interpretativi e applicativi che possono porsi a questo proposito, quando si manifesti un contrasto fra il contenuto della declaratoria e quello di un profilo professionale in essa collocato dal contratto collettivo, v. (nel senso della prevalenza del riferimento al profilo professionale) P. Milano 21 aprile 1992, *RIDL*, 1993, II, p. 176, con nota di M. Mariani.
- (7) Cfr. P. Roma 10 maggio 1990, *OGI*, 1990, n. 4, p. 80, su di un caso di differenziazione di trattamento determinata per contratto in riferimento a mansioni svolte — da alcuni soltanto dei lavoratori interessati — in passato.
- (8) Cfr. sul punto Cass. 23 dicembre 1988 n. 7050, *DPL*, 1989, p. 1083, dove è stata ritenuta irrilevante, in assenza di specifica previsione contrattuale contraria, la capacità del lavoratore di svolgere una pluralità di mansioni, tutte di per sé appartenenti a una determinata categoria, ai fini dell'inquadramento nella categoria superiore.
- (9) V. in proposito, tra gli altri, T. Treu, *Qualifiche, oggetto del rapporto di lavoro e mobilità professionale*, in AA.VV., *Inquadramento unico e professionalità*, Milano, 1973, pp. 28-29. Sei anni dopo si vedano però già le note di delusione espresse a questo proposito da U. Romagnoli, *L'inquadramento professionale nella stagione dei rinnovi contrattuali*, *RTDPC*, 1979, pp. 241-249; e, a quindici anni di distanza dall'istituzione dell'inquadramento unico, P. Tosi ne dà una lettura che ne riduce notevolmente l'aspetto innovativo menzionato nel testo, sottolineando come, al di là delle proiezioni ideologiche operate dai sindacalisti negli anni '70, si sia pur sempre trattato di un sistema di inquadramento riferito quasi esclusivamente alle mansioni effettivamente e attualmente svolte dal lavoratore (*Categorie, qualifiche e revisione della legislazione sul rapporto di lavoro*, *RIDL*, 1986, I, pp. 584-585). In argomento v. anche A. Minervini, *La professionalità del lavoratore nell'impresa*, Padova, 1986, pp. 79-95; A. Garilli, *Le categorie dei prestatori di lavoro*, Napoli, 1988, p. 129; e F. Carinci, *L'evoluzione storica, QDLRI*, n. 1, *L'inquadramento dei lavoratori*, 1987, p. 19.
- (10) Cfr. Cass. 21 giugno 1986 n. 4139, *MGL*, 1986, p. 630, con nota di A. Sbrocca: « Il principio della corrispondenza tra qualifica e mansioni ... non è violato quando mansioni lavorative astrattamente comportanti le stesse attività intellettuali o manuali siano diversamente inquadrate in livelli differenti in relazione alla mole, all'intensità e alla frequenza dell'impegno richiesto, o alla maggiore estensione dell'ufficio, reparto o impianto, cui il lavoratore sia addetto » (massima enunciata in riferimento alle qualifiche di « primo addetto » e di « responsabile di turno » previste dall'Accordo aziendale 18 luglio 1975 per i dipendenti degli Aeroporti di Roma).
- (11) V. in proposito §§ 163-165 e ivi particolarmente note 77-80.
- (12) Cfr. Cass. 21 giugno 1989 n. 2969, *DPL*, 1989, p. 2822.
- (13) Questo criterio di inquadramento è oggetto di specifica considerazione e valutazione — sotto il profilo delle possibili discriminazioni indirette che possono derivarne ai danni delle lavoratrici — in diverse sentenze della Corte di Giustizia delle Comunità Europee (§ 171 e ivi nota 133), oltre che di specifica disciplina nella Direttiva comunitaria 15 dicembre 1997 n. 81.
- (14) V. in proposito la sentenza della Corte di Giustizia cit. nella nota 137 al § 171.
- (15) Ad es., il c.c.n.l. per i commessi, impiegati e quadri delle *aziende di credito* 19 dicembre 1994 (non modificato per questo aspetto nel rinnovo dell'11 luglio 1999) all'art. 16 dispone senz'altro l'inquadramento nel primo « livello retributivo » della 3a area professionale (corrispondente alla vecchia categoria degli impiegati di 1a) del lavoratore che sia « in possesso di un diploma di laurea o di scuola media superiore, con esclusione dei titoli di studio a carattere artistico ». Sui criteri di interpretazione di tale clausola collettiva, già contenuta nei contratti collettivi precedenti del settore bancario, v. Cass. 5 aprile 1986 n. 2365, *GC*, 1986, I, p. 1614.
- (16) Ad es., il c.c.n.l. per le *imprese metalmeccaniche* (ultimo rinnovo: 4 febbraio 1997), parte gen., sez. III, art. 4, lett. c), prevede il passaggio automatico dalla 2a alla 3a categoria dopo tre mesi dall'assunzione per i lavoratori « provenienti da scuole professionali e in possesso del relativo titolo di studio ».
- (17) Sull'idea, diffusasi negli anni '70, che il vecchio sistema delle « categorie professionali », prevalentemente riferito alle mansioni concretamente svolte dai lavoratori, dovesse essere sostituito da un sistema di « fasce professionali », riferito piuttosto alle potenzialità professionali dei lavoratori, v. nota 130 al § 44.
- (18) V. in proposito ultimamente Cass. 29 maggio 1999 n. 5281, *OGI*, 1999, p. 663, nel senso dell'irrelevanza della formazione già conseguita dal lavoratore, ai fini della sua legittima assunzione con contratto di formazione e lavoro; Cass. 2 luglio 1999 n. 6857, *MGL*, 1999, p. 1087, in riferimento all'attestato di qualifica rilasciato al lavoratore dalla Regione a norma dell'art. 14 della legge n. 845/1978. La qualifica soggettiva (precontrattuale) ha assunto però notevole rilevanza nel meccanismo del collocamento mediante « avviamento numerico » fino a quando esso non è stato soppresso dall'art. 25 della legge 23 luglio 1991 n. 223: rinvio in proposito alla trattazione svolta nel mio scritto *Sulla selezione attitudinale nel collocamento pubblico*, *RGL*, 1979, IV, pp. 343-359; ivi ulteriori riferimenti dottrinali. V. inoltre in argomento G. Giugni, *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, cit., pp. 58-99 e, particolarmente sul rilievo della qualifica soggettiva in materia di collocamento, pp. 82-90; R. Scognamiglio, *Mansioni e qualifiche dei lavoratori*, *NDApp*, IV, Torino, 1983, pp. 1102-1104; F. Liso, *Categorie e qualifiche del lavoratore*, *EGT*, VI, s.d. ma 1989, pp. 18-19.
- (19) Cfr. in proposito Cass. 3 agosto 1990 n. 7770, *DPL*, 1991, p. 129, dove è espressamente teorizzata, in riferimento a tali casi, la parziale deroga alla regola di cui all'art. 2103 c.c. circa l'acquisizione del diritto alla categoria superiore come conseguenza del solo svolgimento delle mansioni superiori a essa corrispondenti. V. sul punto già in periodo corporativo P. Greco, *Il contratto di lavoro*, cit., pp. 106-107.
- (20) La promozione a categoria superiore in base al solo criterio dell'anzianità era prevista fino a qualche tempo fa anche in alcuni sistemi di

inquadramento definiti dalla legge: ad esempio, in quello degli autofertramvieri disciplinato dalla legge 6 agosto 1954 n. 858 (tabella A, note esplicative, n. 5, in riferimento alle qualifiche di « macchinista » e di « fuochista autorizzato ») e dalla legge 2 maggio 1955 n. 404 (che aveva istituito la qualifica di « bigliettaio scelto »).

(21) Cfr. Corte Giust. 17 ottobre 1989, sulla quale v. § 171 e ivi nota 137.

(22) C.c.n.l. per le imprese metalmeccaniche, (ultimo rinnovo: 4 febbraio 1997), parte gen., sez. III, art. 4, lett. c); la disposizione si conclude con la precisazione secondo cui « I passaggi di cui sopra non comportano necessariamente un cambiamento delle mansioni ».

(23) Cfr. nota 2.

(24) Fino agli anni '60 le retribuzioni dei lavoratori dell'industria sono state differenziate dalla contrattazione collettiva non soltanto in riferimento al sesso e all'età, ma anche in riferimento alla provincia: si andava dalla « zona 0 », comprendente le provincie di Milano, Torino e Genova, alla « zona 12 », comprendente Caltanissetta, Enna e Reggio Calabria » (accordi interconfederali 12 giugno 1954 e 28 luglio 1954 per il « conglobamento e il riassetto zonale delle retribuzioni per i settori industriali », ne *Gli accordi interconfederali di lavoro dal 1944 al 1954*, Roma, 1955, pp. 171-203). Si trattava, a ben vedere, di una presa d'atto non soltanto delle differenze di costo della vita nelle diverse zone del Paese, ma anche delle differenti condizioni dei mercati del lavoro locali; nel corso degli anni '60, tuttavia, le « zone salariali » — polemicamente indicate nel linguaggio sindacale come « gabbie salariali » — vennero soppresse nel quadro di un'iniziativa più ampia con la quale il movimento sindacale si proponeva di promuovere il superamento degli squilibri economici tra Nord e Sud.

(25) Cfr. in proposito Cass. 16 marzo 1981 n. 1515, mass., in riferimento al criterio di inquadramento previsto dai c.c.n.l. per i dipendenti dell'ENEL del 1970 (art. 15) e del 1973 (art. 16), in base ai quali al diverso nucleo produttivo di appartenenza corrispondeva, a parità di mansioni, l'attribuzione di una diversa categoria; qui però la Corte perveniva ad affermare la legittimità della clausola collettiva sul presupposto che le dimensioni o la dislocazione dell'ufficio, reparto o impianto in qualche modo influissero sul contenuto concreto e quindi sul « valore » delle prestazioni.

(26) V. sul punto anche § 161. L. Zoppoli, *La corresponsività nel contratto di lavoro*, Napoli, 1991, teorizza a questo proposito la distinzione fra una « obbligazione sociale » del datore di lavoro, corrispondente al principio costituzionale della « retribuzione sufficiente », e una « obbligazione corresponsiva », corrispondente al principio costituzionale della retribuzione commisurata a quantità e qualità del lavoro.

(27) In epoca post-corporativa il sesso dei prestatori è stato assunto esplicitamente dai contratti collettivi come criterio di inquadramento, in perfetta continuità con i contenuti della contrattazione del ventennio corporativo, fino agli accordi interconfederali per la parità retributiva tra lavoratori e lavoratrici del 1960 e 1962 (ai quali ha fatto peraltro seguito soltanto un superamento graduale del vecchio assetto): in particolare gli accordi interconfederali del 1945-46 prevedevano quattro categorie operaie maschili e tre categorie operaie femminili, cui corrispondeva un ventaglio retributivo nel quale la massima categoria femminile si collocava al di sotto della minima maschile; categorie maschili e femminili si alternavano invece nel ventaglio retributivo relativo agli « intermedi » e agli impiegati (v. in proposito E. Giambarba, L. Meneghelli, *L'evoluzione contrattuale delle classificazioni 1945-1970*, QRS, 1971, n. 30, *Le qualifiche*, pp. 22-33). Questione distinta rispetto a quella della differenziazione di trattamento in relazione al sesso del lavoratore è quella della differenziazione in relazione alle tendenze o comportamenti sessuali del lavoratore: v. in proposito nota 95 al § 166.

(28) L'età dei lavoratori ha costituito criterio contrattuale esplicito per la differenziazione del loro trattamento retributivo in numerosi contratti collettivi nazionali fino a epoca recente; e il superamento di tale criterio, nel corso degli anni '70 e '80, non è stato né agevole né rapido: v. in proposito gli articolati riferimenti contrattuali, giurisprudenziali e dottrinali contenuti nella nota di L. Nogler a Cass. 20 giugno 1990 n. 6180, RIDL, 1991, II, p. 69, nonché più recentemente Cass. 2 settembre 1995 n. 9287, GI, 1996, I, 1, c. 1396 (che ha ritenuto nulla per contrasto con l'art. 37 Cost. la clausola di un contratto collettivo del settore del commercio la quale prevedeva la decorrenza dell'anzianità utile per la maturazione degli scatti retributivi automatici soltanto dal raggiungimento della maggiore età). Nel senso, invece, di una possibile rivalutazione dell'età come indice di maggiore maturità ed esperienza v. G. Pera, *Lavoratori minorenni e scatti d'anzianità*, OGL, 1978, p. 692.

(29) Cfr. in proposito P. Torino 8 febbraio 1993, RIDL, 1995, II, p. 124, con l'ampio commento di G. Naletto, *Il fumo nell'ambiente di lavoro. Per ora soltanto un equivoco?*.

(30) V. per tutti sul punto F. Mancini, *Le categorie dei prestatori di lavoro nell'ordinamento italiano*, RTDPC, 1966, p. 895. Inoltre § 177.

(31) Sul livello di professionalità più elevato di alcune figure operaie rispetto agli impiegati d'ordine v. le interessanti considerazioni contenute nella motivazione di T. Milano 20 agosto 1977, RGL, 1978, II, p. 693.

(32) Per una sottolineatura della pluralità di possibili significati del termine « professionalità » e dei contenuti effettivi che a esso possono ricollegarsi nella contrattazione collettiva dei sistemi di inquadramento, ma soprattutto per una acuta critica dell'« ideologia della professionalità », v. l'intervento del sindacalista B. Manghi al convegno di Torino su *Legge e contratto nella classificazione dei lavoratori: vecchi e nuovi modelli*, Torino, 1986, pp. 88-92.

(33) V. soprattutto F. Mancini, *Le categorie dei prestatori di lavoro nell'ordinamento italiano*, cit. nella nota 30, pp. 897-898, dove l'A. sostiene « l'irrelevanza [ai fini dell'inquadramento] di una serie di indici "esterni" quali il titolo di studio del lavoratore, le dimensioni e la modalità della sua retribuzione, la fiducia di cui gode presso l'imprenditore, ... Punto decisivo di riferimento è solo la prestazione, il modo d'essere della prestazione ». Nello stesso senso P. Petino, *Categorie dei lavoratori e principio costituzionale di pari dignità sociale*, Milano, 1972, particolarmente pp. 128-210; e più recentemente G. Ghezzi, U. Romagnoli, *Il rapporto di lavoro*, Bologna, 1995<sup>5</sup>, p. 147.

(34) V. § 159 e ivi nota 26.

(35) Cfr. Cass. 21 giugno 1986 n. 4139, cit. nella nota 10 al § 157, dove la Corte ha ritenuto legittimo il diverso inquadramento di lavoratori svolgenti le stesse mansioni, non soltanto in riferimento alla diversa intensità o frequenza dell'impegno richiesto, ma anche in riferimento alle dimensioni dell'unità produttiva.

(36) In senso contrario alla legittimità delle differenziazioni riferite all'anzianità di servizio si registra la voce isolata di S. Chiusolo, *Parità di trattamento: prospettive vecchie e nuove dopo la sentenza n. 103/1989 della Corte costituzionale*, L80, 1989, p. 832.

(37) Cfr. Cass. 26 gennaio 1991 n. 791, NGL, 1991, p. 23 e MGL, 1991, p. 61, dove è stata ritenuta giustificata, in riferimento a esigenze aziendali obiettive, la concessione dell'alloggio gratuito soltanto ad alcuni lavoratori e non ad altri, dipendenti dalla stessa azienda, pur svolgenti le stesse mansioni, senza compensazione monetaria per questi ultimi.

(38) Una esauriente e precisa rassegna della copiosa letteratura sulla parità di trattamento nei rapporti interprivati, e in quelli di lavoro in particolare, precedente alla sentenza n. 103/1989 della Corte costituzionale, apre la monografia di L. Isenburg, *Divieti di discriminazione nel rapporto di lavoro*, Milano, 1984, pp. 1-16, che si segnala anche per essere ivi individuato (p. 14) nell'art. 41 Cost. e in particolare nel principio di tutela della dignità del lavoratore il fondamento principale dell'obbligo di parità di trattamento a carico dell'imprenditore, secondo la costruzione che sarà poi fatta propria dalla stessa Corte costituzionale. Coeva è la monografia di L. Ventura, *Il principio di eguaglianza nel diritto del lavoro*, Milano, 1984, dove l'A., pur nell'ambito di un riesame analitico di tutta la disciplina del rapporto di lavoro volto a valorizzare in essa i punti di emersione del principio di eguaglianza, afferma tuttavia « la mancanza di una norma generale volta specificamente a rendere operante » detto principio « sotto il profilo della parità di trattamento in tutti i momenti e per tutti gli aspetti dell'attuazione del rapporto di lavoro » (p. 267). Tra gli studi di maggiori dimensioni sullo stesso tema si segnala anche P. Chieco, *Principi costituzionali, non discriminazione e parità di trattamento*, RGL, 1989, I, pp. 447-499.

(39) Dalla motivazione della sentenza C. cost. 9 marzo 1989 n. 103, RIDL, 1989, II, pp. 394-395.

(40) Cass. 9 febbraio 1990 n. 947, RIDL, 1990, II, dalla motivazione, p. 386. La sentenza prosegue affermando: « Né può valere la circostanza della sufficienza e proporzionalità della retribuzione a paralizzare l'intervento del giudice, demolitorio dell'assetto retributivo non coerente con tali finalità, concesso o contrattato che sia, perché ... in discussione non è l'obbligo del giusto, ma quello dell'eguale salario a parità di prestazione lavorativa sia sotto il profilo quantitativo che qualitativo ». Il sindacato giudiziale sulla conformità del contratto collettivo al principio della parità di trattamento è teorizzato anche in Cass. 8 marzo 1990 n. 1888, RIDL, 1990, II, p. 799 (v. in proposito § 163 e ivi nota 63); entrambe le sentenze si pongono in netto contrasto con l'orientamento in precedenza prevalente della stessa Corte: v. per tutte Cass. 30 agosto 1988 n. 5006, DPL, 1988,

p. 3337. Un caso singolare di « correzione » a opera del giudice dell' « errore » contenuto nel contratto collettivo e quello di T. Genova 22 gennaio 1990, *FI*, 1990, I, c. 2882, su cui v. nota 56. Nel solco della sentenza C. cost. n. 103/1989 v. anche T. Napoli 16 novembre 1990, *RIDL*, 1991, II, p. 777 con nota di F. Scarpelli, *Parità di trattamento e valutazioni « discrezionali » in relazione ad erogazioni decise unilateralmente dall'imprenditore*; P. Torino 6 marzo 1991, *ivi*, 1992, II, p. 388, con nota di M. Tiraboschi, *Alcune considerazioni a proposito del principio secondo cui « a lavoro uguale » deve corrispondere « salario uguale »*; T. Milano 22 gennaio 1994, *RIDL*, 1995, II, p. 322, con note di R. Del Punta, *Parità di trattamento e autonomia collettiva*, e S. Liebman, *Funzione giuridica del contratto collettivo e principio di parità*. In dottrina hanno aderito all'orientamento giurisprudenziale espresso nelle sentenze citate U. Natoli, *La Corte costituzionale e la « parità di trattamento »*, *RGL*, 1989, II, pp. 7-8; B. Miranda, *Nota*, *L80*, 1989, pp. 371-372; S. Chiusolo, *Parità di trattamento ecc.*, cit.; R. Greco (estensore, in qualità di giudice costituzionale, della sentenza n. 103/1989 della quale si è detto sopra), *Il principio di uguaglianza nel rapporto di lavoro: parità di trattamento e divieto di discriminazioni dopo la svolta della Corte costituzionale*, *FI*, 1990, I, cc. 2882-2887; P. Tullini, *A proposito di parità di trattamento e rapporto di lavoro*, *RTDPC*, 1990, p. 1253.

(41) G. Pera, *Sulla parità di trattamento tra i lavoratori*, *RIDL*, 1989, II, pp. 396-401; O. Mazzotta, *Parità di trattamento e autonomia collettiva: dal mercato economico al mercato giudiziario*, *FI*, 1990, I, cc. 2887-2891; G. Santoro Passarelli, *Il problema della parità di trattamento retributivo*, *DLRI*, 1990, pp. 567-577; A. Maresca, *La Cassazione « scopre » la parità di trattamento dei lavoratori: ma esiste davvero?*, *LI*, 1990, n. 6, pp. 4-5; D. Manassero, *Parità di trattamento e poteri imprenditoriali*, *DPL*, 1990, pp. 2805-2807; R. Scognamiglio, *Considerazioni sulla sentenza n. 103/1989 della Corte costituzionale in tema di parità di trattamento retributivo tra i lavoratori subordinati*, *MGL*, 1989, pp. 127-131; G. Ferraro, *Poteri imprenditoriali e clausole generali*, *DRI*, 1991, pp. 159-169; M. De Luca, *Parità di trattamento nei rapporti privati di lavoro*, *Notiz. lav.*, 1991, n. 48, pp. 37-43. Gli ultimi tre AA. citati, in contrasto con l'opinione largamente prevalente, negavano che la sentenza n. 103/1989 della Corte costituzionale avesse innovato rispetto al diritto giurisprudenziale preesistente: che essa avesse, cioè, enunciato un principio di parità di trattamento nei rapporti di lavoro privatistici. Il fatto stesso che sia stato possibile sostenere quest'ultima tesi, e che a sostenerla fossero Autori certo non tacciabili di superficialità, sottolineava il grave difetto di rigore logico e chiarezza della motivazione della sentenza costituzionale; difetto che veniva peraltro denunciato anche dagli Autori più in sintonia con la sentenza stessa: « l'interprete ... vede liquidata in poche cartelle e con un iter, a tratti, tanto generico quanto oscuro, una tematica che avrebbe meritato ben altri respiro culturale e spessore giuridico » (così P. Chieco, *Principi costituzionali, non discriminazione e parità di trattamento*, cit., p. 478).

(42) V. soprattutto Cass. S.U. 29 maggio 1993 n. 6030, *RIDL*, 1993, II, p. 653, con nota di R. Del Punta, *Parità di trattamento: chiusura definitiva di una parentesi?* Ma già in precedenza v. Cass. 6 novembre 1990 n. 10648, *NGL*, 1991, p. 23: « Non esiste nel vigente ordinamento giuridico un principio che impedisca alla disciplina collettiva di prevedere in determinate situazioni una differenziazione della retribuzione pur a parità di categoria e di mansioni ». Nel corso degli anni '90 questo orientamento è andato poi consolidandosi: v. tra le altre Cass. 8 luglio 1994 n. 6448, *RGL*, 1995, II, p. 296, con nota di M. Pallini, *Alcune riflessioni in tema di parità di trattamento e clausole generali*; *RIDL*, 1995, II, p. 304, con nota di G. Bolego, *Autonomia collettiva e principio di parità di trattamento*, e p. 535 con nota di F. Bianchi D'Urso, *Clausole generali e parità di trattamento: un connubio difficile*; Cass. 24 ottobre 1995 n. 11051, *RIDL*, 1996, II, p. 359, con nota di L. Calafà, *Parità di trattamento e inquadramento dirigenziale alla Rai*; Cass. S.U. 17 maggio 1996 n. 4570, *RIDL*, 1996, II, p. 765, con nota critica di P. Chieco, *Le Sezioni unite e la parità di trattamento: gli equivoci del nuovo diniego della Cassazione*, nonché *OGL*, 1996, p. 293, dove contro il principio di parità di trattamento nei rapporti di lavoro fra privati viene addotto anche un argomento fondato su di un preciso riferimento normativo: il secondo comma dell'art. 2077, nel quale è espressamente prevista la possibilità che il contratto individuale preveda condizioni di maggior favore per il singolo lavoratore rispetto alla generalità degli altri, a parità di altre condizioni rilevanti; Cass. 24 ottobre 1998 n. 10598 (*GI*, 1999, I, 1, p. 1147, con nota di F. Lunardon, *Ancora sul principio di parità di trattamento nel diritto del lavoro*, e *OGL*, 1999, p. 355) e Cass. 7 gennaio 1999 n. 62 (*DPL*, 1999, p. 1449), entrambe in riferimento alla differenza di trattamento disposta da un contratto collettivo fra lavoratori turnisti.

(43) V. soprattutto A. Cessari, *Iura e leges nella disciplina dei licenziamenti individuali*, in *Studi in onore di C. Grassetti*, vol. I, Milano, 1980, nonché in A. Cessari, R. De Luca Tamajo, *Dal garantismo al controllo*, Milano, 1982, pp. 105-129; inoltre, in adesione a quella tesi, L. Galantino, *Il profilo dell'abuso di diritto nella disciplina della Cassa integrazione guadagni*, *RIDL*, 1982, II, pp. 789-818; P. Fabris, *Licenziamento collettivo e abuso del diritto*, *ivi*, 1983, II, pp. 483-493; L. Silvagna, *Parità di trattamento nell'impresa e struttura del rapporto di lavoro*, *ivi*, 1983, II, partic. pp. 927-932; L. Angiello, *La parità di trattamento nei rapporti di lavoro*, Milano, 1979.

(44) Cfr. G. Ferraro, *Poteri imprenditoriali e clausole generali*, cit. nella nota 41, p. 165: l'iniziativa economica privata, « seppure non ricostruita in termini di funzionalizzazione, deve esplicarsi all'interno di coordinate predeterminate che impongono anzitutto la trasparenza » in funzione di « un controllo causale rilevante principalmente sul versante della prova che compete all'imprenditore ». Donde potrebbe trarre nuova linfa la corrente dottrinale favorevole all'impiego del concetto di interesse legittimo per la spiegazione della posizione (non giuridicamente inerme ma neppure consistente in un diritto di contenuto determinabile *a priori*) del lavoratore nei confronti del potere discrezionale del datore di lavoro: e infatti il nesso logico tra l'affermazione della Corte costituzionale circa la natura causale degli atti imprenditoriali e la configurazione della posizione del lavoratore in termini di interesse legittimo è stato lucidamente colto da O. Mazzotta, *Variazioni su poteri privati, clausole generali e parità di trattamento*, *DLRI*, 1989, p. 596, nonché da G. Santoro Passarelli, *Il problema della parità di trattamento retributivo*, *ivi*, 1990, pp. 574-575 (dove tuttavia l'A. ripropone la discutibile concezione dell'interesse legittimo come interesse subordinato a quello al quale è funzionalizzato il potere del soggetto vincolato, traendone argomento per respingere l'affermazione della Corte costituzionale). Altri commentatori hanno invece sostenuto la tesi secondo cui dal principio enunciato dalla Corte deriverebbe soltanto un limite esterno alla discrezionalità dell'imprenditore: v. tra questi A. Maresca, *La Cassazione « scopre » la parità di trattamento ecc.*, cit., pp. 4-5. Per una trattazione approfondita della questione nei termini in cui essa si poneva prima della sentenza n. 103/1989 e per i riferimenti dottrinali e giurisprudenziali in argomento v. C. Zoli, *La tutela delle posizioni « strumentali » del lavoratore. Dagli interessi legittimi all'uso delle clausole generali*, Milano, 1988.

(45) Nel senso dell'impossibilità di trarre dall'art. 41 Cost. un limite all'autonomia collettiva v., tra i primi commentatori della sentenza n. 103/1989, con argomentazioni parzialmente differenti, O. Mazzotta, *Variazioni su poteri privati ecc.*, cit., pp. 595-596; R. Scognamiglio, *Parità e libertà di trattamento economico e inquadramento dei lavoratori (a proposito di due recenti sentenze del supremo Collegio)*, *MGL*, 1990, p. 161; G. Santoro Passarelli, *Il problema della parità di trattamento retributivo*, cit., pp. 572-573; L. Angiello, *La parità di trattamento nel diritto del lavoro: una svolta?*, *DL*, 1989, I, p. 313. La materia è stata oggetto di ampia trattazione ad opera di L. Castelvetti: *Fonti collettive e differenziazioni normative tra lavoratori*, *DRI*, 1992, pp. 81-107, e *ivi* particolarmente § 3.

(46) Cfr. Cass. 11 marzo 1983 n. 1824, *GC*, 1984, I, p. 553, con nota di M. Papaleoni, dove è stata ritenuta illegittima la clausola di un contratto collettivo del settore assicurativo che lasciava alla insindacabile scelta del datore di lavoro l'attribuzione di « gradi » ai singoli lavoratori svolgenti funzioni di ispettore.

(47) In questo senso v. soprattutto Cass. S.U. 17 maggio 1996 n. 4570, cit. nella nota 42. In precedenza, nello stesso senso, fra le prime sentenze di merito successive a C. cost. n. 103/1989, P. Ancona 9 gennaio 1991, *RIDL*, 1991, II, p. 556, con nota di C. Corsinovi, *Autonomia collettiva e principio di parità di trattamento: un difficile confronto*. V. ultimamente in proposito anche L. Castelvetti, *Riduzioni di personale e « principio di razionalità »*, *MGL*, 1999, pp. 940-946.

(48) Sulla contrattazione aziendale in materia di inquadramento professionale dei lavoratori e sulla distinzione tra accordi di « classificazione astratta » e accordi di « qualificazione concreta », v. § 189 e *ivi* particolarmente nota 301.

(49) Un discorso diverso — privo, cioè, di rilevanti punti di contatto con il ragionamento proposto dalla Corte costituzionale — è quello sul *duty of fair representation*, nel quale S. Liebman (*Garanzie individuali e tutela sindacale nel sistema di contrattazione collettiva degli Stati Uniti*, *RI*, 1985, pp. 197-213; *Intervento in AA.VV.*, *Il tempo di lavoro*, Milano, 1987, pp. 93-96.) ipotizza un criterio di controllo giudiziale sull'autonomia collettiva non riducibile a mera espressione riassuntiva degli altri principi di cui si è detto: anche nell'ordine di idee che su tale concetto possa, nel nostro ordinamento, costruirsi un criterio a sé stante di controllo giudiziale sulle scelte operate dai sindacati in sede di negoziazione collettiva delle

condizioni di lavoro, non mi sembra che il contenuto di tale criterio possa in alcun modo desumersi dall'art. 41 Cost., il cui oggetto è costituito soltanto dall'iniziativa economica privata.

(50) V. in proposito nota 2 al § 156.

(51) Cfr. l'importante sentenza della Corte di cassazione 16 gennaio 1979 n. 325 (*GI*, 1979, I, 1, c. 939), che deve ancora, a mio avviso, considerarsi come punto di riferimento di primaria importanza in questa materia: « la determinazione del trattamento economico dei lavoratori appartiene alla sfera dell'autonomia sindacale, la quale ha ... modo di spiegarsi in tutti i suoi poteri di autodeterminazione, *valutando da un lato le concrete condizioni di lavoro ..., dall'altro le molteplici componenti delle prestazioni*, per venire a una graduatoria di valore di queste e alla fissazione di una corrispondente e proporzionale retribuzione. ... Nel riferirsi alla generica nozione di prestazioni eguali o di pari valore la norma costituzionale, l'art. 119 del trattato CEE e l'art. 2 della recente L. 9 dicembre 1977 n. 903 presuppongono una ulteriore specificazione, che, quando eseguita con una graduatoria di valori in sede sindacale con l'ausilio di tutti gli elementi tecnici e nel contraddittorio delle parti interessate o dei loro rappresentanti, *non può essere alterata dall'autorità giudiziaria ...* » (cc. 943-944; corsivi miei). Qui tuttavia la Corte introduce un inciso volto a lasciare aperta una possibilità marginale di sindacato giudiziale nel caso di « palese » difetto di corrispondenza tra differenziazione del trattamento e differenza delle prestazioni: « ... non può essere alterata dall'autorità giudiziaria *al di fuori di una palese equivalenza delle prestazioni stesse* » (c. 944); tipica manifestazione, questa, della (condivisibile) riluttanza dei giudici a precludersi del tutto la possibilità di intervento per la correzione di storture evidenti. Nulla è senza limite nel mondo del diritto, neppure il *self-restraint* dell'autorità giudiziaria nei confronti dell'autonomia collettiva.

(52) V. in proposito la nota 2 al § 156 e la sentenza della Corte di Giustizia 6 luglio 1982 cit. nella nota 76.

(53) Cfr. P. Roma 10 maggio 1990, *OGL*, 1990, n. 4, p. 80, che ha ritenuto legittima una disparità di trattamento fra lavoratori svolgenti mansioni identiche, dovuta al mantenimento da parte di alcuni di un beneficio acquisito in precedenza in una diversa posizione lavorativa.

(54) Nella sentenza stessa n. 103/1989 della Corte costituzionale si legge (§ 2) che « la contrattazione collettiva ... e ... la contrattazione aziendale consentono di tenere conto delle situazioni aziendali, alcune volte complesse, e delle condizioni dei lavoratori (età, anzianità, ecc. ...) »; e la sentenza prosegue osservando come i sistemi di inquadramento attribuiscono « rilievo precipuo ... alle mansioni svolte di fatto dal lavoratore »: dove l'aggettivo « precipuo » conferma che il riferimento alle mansioni non è esclusivo.

(55) Nel senso della non sindacabilità, sotto il profilo della parità di trattamento, di una scelta di differenziazione del trattamento in relazione all'anzianità di servizio dei lavoratori, operata in sede di contrattazione collettiva, v. P. Ancona 9 gennaio 1991, cit. nella nota 47. Nel senso della legittimità di una differenziazione di trattamento, a parità di mansioni svolte, fra lavoratori assunti prima e lavoratori assunti dopo una data determinata, v. P. Milano 2 marzo 1995, *RIDL*, 1996, II, p. 57, con nota di M. Mariani, *La contrattazione collettiva e le clausole di correttezza e buona fede*; nello stesso senso, in riferimento alla clausola collettiva che differenzia il trattamento fra lavoratori a cui la stessa mansione è stata assegnata a decorrere da date differenti, Cass. 28 settembre 1996 n. 8569, *RIDL*, 1997, II, p. 319, con nota di G. Conte, *Il principio di parità di trattamento e i suoi moduli operativi* (dove la Corte ha peraltro rilevato la carenza di interesse ad agire dei lavoratori esclusi dal beneficio per la dichiarazione di nullità della clausola collettiva). V. inoltre R. Scognamiglio, *Considerazioni sulla sentenza n. 103/1989 ecc.*, cit. nella nota 41, partic. pp. 128-129; O. Mazzotta, *loc. cit.* nella nota 60; E. Gragnoli, *Considerazioni sul « diritto alla qualifica »*, *RIDL*, 1991, pp. 248-254; M. Pallini, *Alcune riflessioni in tema di parità di trattamento e clausole generali* (cit. nella nota 42), pp. 314-316.

(56) Un caso del tutto particolare è quello deciso dal Tribunale di Genova con la sentenza 22 gennaio 1990 (*FI*, 1990, I, c. 2882), relativo a un contratto aziendale che differenziava l'inquadramento dei lavoratori appartenenti a un determinato profilo professionale (radiotelegrafisti) e svolgenti mansioni identiche tra loro, privilegiando coloro che per un certo numero di anni avessero prestato servizio soltanto su navi nazionali rispetto a quelli che avessero prestato servizio anche su navi straniere. Alla conclusione a cui è giunto in questo caso il Tribunale — nel senso della illegittimità della differenziazione — poteva forse giungersi, invece che mediante applicazione del principio di parità di trattamento, individuando nella clausola collettiva una discriminazione illegittima (perché mirante esclusivamente — come accertato dal Tribunale — a penalizzare il lavoro su navi di bandiera non italiana attribuendo indebitamente rilievo alla nazionalità di una delle parti del rapporto); sulla distinzione tra principio di parità di trattamento e divieto di discriminazioni illegittime v. § 166.

(57) Sull'esperienza della *job evaluation* v. L. Mengoni, *Job evaluation e ordinamento italiano*, *DE*, 1960, pp. 1239 ss.; U. Romagnoli, *La job evaluation nell'esperienza giuridica italiana*, *RTDPC*, 1961, pp. 927-945; G. Giugni, *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, cit., pp. 52-57; AA.VV., *Ascesa e crisi del riformismo in fabbrica. Le qualifiche in Italia dalla Job Evaluation all'inquadramento unico*, Bari, 1976; G. Costa, *La retribuzione. Tecniche e politiche di remunerazione del lavoro*, Milano, 1981, pp. 30-36; R. Scognamiglio, *Mansioni e qualifiche dei lavoratori*, *NDApp*, IV, 1983, pp. 1110-1111; L. Frey, *Il comparabile worth, ovvero l'equa valutazione del lavoro*, in AA.VV., *Comparabile worth e segregazione del lavoro femminile*, cit., pp. 7-26; A. Garilli, *Le categorie dei prestatori di lavoro*, cit., pp. 102-105.

(58) E infatti v. in questo senso Cass. 8 marzo 1990 n. 1888 cit. nella nota 40, sulla quale v. il commento fortemente critico di G. Cassata, *Sul problema della parità di trattamento normativo e retributivo dei lavoratori dipendenti*, *RIDL*, 1990, II, pp. 807-821; per una serrata critica della stessa sentenza v. anche G. Mannacio, *Qualifiche e retribuzione: quali poteri al giudice?*, *DPL*, 1990, pp. 1079-1082.

(59) Sulla variabilità nel tempo dei criteri di inquadramento, con la possibilità che le stesse mansioni vengano classificate in una categoria inferiore rispetto a quella precedente alla stipulazione, v. G. Giugni, *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, cit., pp. 224-225. La variabilità nel tempo dei trattamenti previsti in sede collettiva, anche quando ne derivi disparità di trattamento per mansioni identiche svolte da lavoratori con vicende personali precedenti o successive diverse, è pacificamente riconosciuta anche in giurisprudenza: v. tra le numerose altre Cass. 6 novembre 1990 n. 10648, cit. nella nota 42: « Le parti sociali, nell'esercizio della loro autonomia collettiva, possono prevedere, in occasione di un rinnovo del contratto collettivo (nella specie, aziendale), che determinati aumenti della retribuzione, riconosciuti con effetto retroattivo, spettino unicamente ai lavoratori in servizio alla data del rinnovo e non anche ai lavoratori cessati dal servizio a tale data, ancorché in servizio nel precedente periodo relativamente al quale siano stati (retroattivamente) attribuiti i miglioramenti retributivi ».

(60) Cfr. O. Mazzotta, *Parità di trattamento ed autonomia collettiva: dal mercato economico al mercato giudiziario*, cit., c. 2891.

(61) È questo che induce, come si è visto, una parte dei primi commentatori (R. Scognamiglio, G. Ferraro e M. De Luca, opp. cit. nella nota 41) ad affermare che « la sentenza in esame, diversamente dall'opinione corrente, non ha enunciato un vero e proprio principio di parità di trattamento », limitandosi piuttosto a sancire un « criterio di ragionevolezza e trasparenza » delle differenze di trattamento (così G. Ferraro, p. 165); nello stesso senso v. Cass. 17 febbraio 1994 n. 1530, *GI*, 1995, I, 1, c. 464, con nota di S. Bellomo: « differenziazioni retributive dissociate dal contenuto delle mansioni non costituiscono di per sé una violazione » dei principi di correttezza e di tutela della dignità del lavoratore. Per una lettura del principio enunciato dalla Corte in termini di « ragionevolezza della differenziazione » v. anche L. Ventura, *Il problema della parità di trattamento retributivo*, *DLRI*, 1990, pp. 580-587; inoltre L. Angiello, *La parità di trattamento nel diritto del lavoro: una svolta?*, *DL*, 1989, p. 314; Id., *La retribuzione*, Milano, 1990, pp. 46-52. In precedenza lo stesso principio di ragionevolezza (cioè divieto del mero arbitrio) nella differenziazione dei trattamenti, che ora vien fatto discendere dall'art. 41 Cost., era stato dedotto dalla clausola generale della buona fede e correttezza nell'attuazione del rapporto contrattuale da C. Smuraglia, *La persona del prestatore nel rapporto di lavoro*, Milano, 1967, pp. 345-353; L. Angiello, *La parità di trattamento nei rapporti di lavoro*, Milano, 1979, partic. pp. 97-107; L. Galantino, *Formazione giurisprudenziale dei principi del diritto del lavoro*, Milano, 1979, pp. 222-264; L. Isenburg, *Divieti di discriminazione nel rapporto di lavoro*, cit., p. 62; C. Zoli, *La tutela delle posizioni « strumentali » del lavoratore*, cit., pp. 199-212 e particolarmente 207-209.

(62) Cfr. G. Giugni, in AA.VV., *Presentazione del volume « Questioni attuali di diritto del lavoro »*, *Suppl. NGL*, n. 5/1990, dove tuttavia l'affermazione è proposta in negativo: « la parità retributiva può essere assunta a due condizioni: una è che si sia indifferenti al merito, e qui siamo nel campo tipico dell'impiego pubblico con le conseguenze che tutti quanti conosciamo; seconda condizione, è che non esista un mercato del lavoro e che per assumere in un'impresa di piccole dimensioni, supponiamo, un buon operaio specializzato sia impossibile fare ricorso a quella che è una normale operazione di mercato: sottrarlo ad altre imprese offrendogli un salario superiore » (p. 10).

(63) Cass. 8 marzo 1990 n. 1888, cit. nella nota 40, in motivazione, p. 803.

(64) Cfr. G. Ferraro, *Poteri imprenditoriali e clausole generali*, cit., secondo il quale la Corte « ha enunciato ... piuttosto un criterio di conoscibilità e di esteriorizzazione degli atti imprenditoriali » (p. 165).

(65) In questo senso v. Cass. 26 gennaio 1991 n. 791, cit. nella nota 37: « Il principio di parità di trattamento dei lavoratori subordinati che svolgono identiche mansioni è derogabile quando la disparità di trattamento dei medesimi risponda razionalmente a criteri predeterminati e collegabili al perseguimento degli obiettivi previsti dall'attività imprenditoriale ». Nello stesso senso Cass. 18 maggio 1991 n. 5590, *DPL*, 1991, p. 2011, con nota di G. Mannacio, *Retribuzione e parità di trattamento* (ivi, pp. 1988-1989), dove è affermata la facoltà dell'imprenditore « di adottare, pur con riguardo a mansioni eguali, trattamenti economici differenziati, sempreché tale diversità di trattamento non derivi dalla mera discrezionalità o dall'arbitrio del datore di lavoro, né da ragioni discriminatorie »; Cass. 17 febbraio 1994 n. 1530, cit. nella nota 61, dove si afferma che la violazione dei principi di correttezza e di tutela della dignità del lavoratore può presumersi soltanto « in totale assenza di ragioni adottate dall'imprenditore per giustificare l'esercizio dei suoi poteri discrezionali ».

(66) Cfr. N. Selwyn, *Dictionary of Employment Law*, London, 1985: « C'è una banda di ragionevolezza (*band of reasonableness*) all'interno della quale un datore di lavoro può ragionevolmente licenziare il dipendente anche se un altro datore di lavoro potrebbe ragionevolmente mantenerlo in servizio. ... Quando sia ragionevole licenziare, il licenziamento resta corretto anche se un diverso datore di lavoro avrebbe potuto decidere di non compiere tale passo. Il compito del giudice ... è di determinare se, nelle particolari circostanze del caso, la decisione di licenziare cada entro la banda delle risposte ragionevoli che un datore di lavoro ragionevole può adottare; soltanto se la scelta del datore cade al di fuori di tale banda il licenziamento è scorretto » (p. 15).

(67) Per una lettura diversa della sentenza n. 103/1989, che ne sottolinea l'impatto fortemente innovativo rispetto all'assetto precedente dell'ordinamento, legittimando un sindacato giudiziale sulle differenziazioni di trattamento praticate dal datore di lavoro ben al di là del mero controllo di ragionevolezza, v. M. Barbera, *Discriminazioni ed eguaglianza nel rapporto di lavoro*, Milano, Giuffrè, 1991, pp. 260-267.

(68) Cass. n. 947/1990, cit. nella nota 40.

(69) Per la stessa osservazione, in riferimento all'art. 36 Cost., v. in precedenza G. Pera, *Diritto del lavoro*, Padova, 1998<sup>3</sup>, pp. 407-408; Id., *Sulla parità di trattamento tra i lavoratori*, cit., p. 397; L. Ventura, *Il problema della parità di trattamento retributivo*, cit., pp. 577-578.

(70) Cfr. G. De Rita, *Intervento in Presentazione del volume « Questioni attuali di diritto del lavoro »*, cit., p. 17; A. Maresca, *La Cassazione « scopre » la parità di trattamento ecc.*, cit., pp. 4 e 6. Sullo scarto tra rendimento dovuto (assicurato all'imprenditore mediante l'apparato sanzionatorio dell'ordinamento statale) e il rendimento perseguibile dall'imprenditore mediante apposite misure di incentivazione e sollecitazione dell'impegno dei dipendenti v. anche L. Castelvetti, *Le indagini motivazionali nelle strategie aziendali e nello Statuto dei lavoratori*, in AA.VV., *Strategie di comunicazione e Statuto dei lavoratori*, Milano, 1992, partic. pp. 42-52.

(71) V. ancora sul punto la stessa Cass. 8 marzo 1990 n. 1888, cit. nella nota 40: « la differenziazione o la parificazione retributiva debbono rispondere a criteri predeterminati e collegabili, anche attraverso la sollecitazione del dipendente a una maggiore produttività, al perseguimento degli obiettivi previsti dall'attività imprenditoriale » (p. 804). Sulla legittimità del « sistema di inquadramento consistente essenzialmente nella pratica dei superminimi individuali, in sovrapposizione al contratto collettivo nazionale, che comunque è rispettato », v. P. Roma 11 luglio 1988, *DPL*, 1988, p. 2372. In senso sostanzialmente conforme G. Giugni, *Mansioni e qualifica ecc.*, cit., pp. 174-185.

(72) La legittimità di questi « sottosistemi interni » di inquadramento è da sempre esplicitamente riconosciuta dalla giurisprudenza: v. Cass. 1° febbraio 1988 n. 876, *NGL*, 1988, p. 489; Cass. 30 gennaio 1989 n. 570, *DPL*, 1989, p. 1519; P. Roma 20 ottobre 1988, *NGL*, 1988, p. 778 e *DPL*, 1988, p. 3348 con data 20 settembre 1988.

(73) V. in proposito note 79 e 80.

(74) Cfr. in proposito, fra le trattazioni di taglio giuridico, L. Galantino, *I riflessi dell'innovazione tecnologica sull'inquadramento professionale e sulla struttura retributiva dei lavoratori*, *DL*, 1986, I, pp. 187-189.

(75) V. nota 71. V. sul punto anche L. Zoppoli, *La correttezza nel contratto di lavoro*, cit. nella nota 26: « a fissare i parametri della proporzionalità, una volta osservati i livelli standard previsti dalla contrattazione collettiva, è il medesimo datore di lavoro: al quale dunque deve chiedersi essenzialmente coerenza con le proprie autodeterminazioni. ... Così inteso il principio della parità retributiva comporta unicamente obblighi di comportamento trasparenti e razionali, cioè di comportamenti in definitiva pienamente compatibili con una gestione efficiente e moderna di qualsiasi impresa » (pp. 386-387).

(76) Sentenza 6 luglio 1982 nella causa n. 61/1981, promossa dalla Commissione contro il Regno Unito: la Corte accerta e dichiara che il Regno Unito è venuto meno agli obblighi derivanti dall'art. 119 (ora 141) del Trattato istitutivo in materia di parità tra lavoratrici e lavoratori, come precisati e specificati dalla Direttiva n. 117/1975, « omettendo di introdurre nel proprio ordinamento giuridico interno ... i provvedimenti necessari per consentire a qualunque lavoratore — che si ritenga danneggiato dalla mancata applicazione del principio della parità di retribuzione tra uomini e donne, per un lavoro cui è attribuito valore uguale e per il quale non esiste un sistema di classificazione professionale — di ottenere la dichiarazione di tale equivalenza » (cioè, in termini più chiari, di ottenere che venga esplicitato dal datore di lavoro il criterio in base al quale la differenza di trattamento è stata disposta, in modo che sia possibile controllare la legittimità del criterio stesso e la congruità della differenza di trattamento rispetto ad esso).

(77) V. in questo senso P. Roma 31 gennaio 1991, *MGL*, 1991, p. 61, dove è stata ritenuta legittima espressione del potere discrezionale del datore di lavoro l'attribuzione soltanto ad alcuni dipendenti di una promozione « sulla base di valutazioni particolari della loro capacità e dei loro meriti » debitamente esplicitate. Cfr. anche Cass. S.U. 19 ottobre 1990 n. 10178, *NGL*, 1991, p. 121.

(78) Cfr. L. Ventura, *Il problema della parità di trattamento retributivo*, cit.: « il principio [enunciato dalla Corte costituzionale] può operare con sempre maggiore difficoltà man mano che il lavoro diventa, per così dire, "più personalizzato" » (p. 585). In precedenza nello stesso senso R. Scognamiglio, *Mansioni e qualifiche dei lavoratori*, cit., p. 1115.

(79) V. tra le altre Cass. 6 marzo 1985 n. 1850, *RIDL*, 1985, II, p. 839, con nota di G. Guarnieri; Cass. 23 gennaio 1988 n. 560, *RGL*, 1988, II, p. 354, con nota di C. Assanti, *Clausole generali e divieti di discriminazione*; P. La Spezia 22 agosto 1988, *NGL*, 1989, p. 291; P. Milano 21 luglio 1988, ivi; P. Prato 7 dicembre 1989, ivi, 1990, p. 509; P. Roma 8 ottobre 1990, *NGL*, 1990, p. 803; Cass. 14 dicembre 1990 n. 11891, *DPL*, 1991, p. 1099.

(80) Cfr. Cass. 6 giugno 1996 n. 5289, mass., dove si afferma che « la sindacabilità, in sede giurisdizionale, delle valutazioni concernenti le note di qualifica del dipendente, in relazione all'osservanza o no da parte del datore di lavoro delle regole formali e sostanziali poste dalla legge o dalla contrattazione collettiva applicabile, nonché il rispetto dell'obbligo generale di correttezza e buona fede, presuppone l'assolvimento da parte del lavoratore dell'onere di indicare le particolari circostanze dalle quali possa desumersi la violazione di tale obbligo o delle regole anzidette ». In precedenza, sostanzialmente nello stesso senso, Cass. n. 11891/1990 cit. nella nota precedente. V. anche Cass. 15 gennaio 1990 n. 122, mass., dove è enunciato il principio secondo cui nell'espletamento di concorsi interni il datore di lavoro deve fare « ragionata menzione nella motivazione della graduatoria » dei criteri seguiti secondo correttezza e buona fede (che è cosa ben diversa dalla rigorosa prova circa i motivi). Più severo invece l'orientamento di P. Milano 5 febbraio 1990 (*NGL*, 1989, p. 291), dove si richiede non soltanto l'enunciazione ma anche la prova rigorosa degli elementi sui quali l'imprenditore ha fondato la propria valutazione pregiudizievole per il lavoratore; in questo senso anche P. Chieco, *Principi costituzionali ecc.*, cit., pp. 493-494; P. Tullini, *A proposito di parità di trattamento ecc.*, cit., p. 1241.

(81) Il caso più noto è quello deciso da P. Roma 22 marzo 1990 (*RIDL*, 1991, II, p. 755, annotata per la parte che qui interessa da L. Castelvetti, *Sull'ammissibilità di « codici » di autoregolamentazione dei criteri di valutazione dell'imprenditore*), secondo la quale la pratica dei trattamenti differenziati decisi unilateralmente dall'imprenditore sarebbe legittima solo in quanto essa non assuma il carattere di un sistema organico.

(82) Secondo i dati di fonte Censis riportati da L. Galantino, *I riflessi dell'innovazione tecnologica ecc.*, cit., p. 188, « la politica meritocratica di gestione degli incentivi di retribuzione individuali o di gruppo interessava nel 1986 rispettivamente il 54,6% e il 15% delle imprese italiane, ma coinvolgeva il sindacato solo nel 9,4% delle aziende ». Queste percentuali sono andate aumentando nell'ultimo decennio: v. in proposito Consiglio Nazionale dell'Economia e del Lavoro, *Rapporto sulle retribuzioni e sul costo del lavoro*, Milano, 1997, pp. 182-197 e partic. p. 185.



- (83) Sull'alternativa drastica tra controllo sindacale e controllo giudiziale in questa materia v. A. Maresca, *La Cassazione « scopre » la parità di trattamento ecc.*, cit. nella nota 41, pp. 6-7.
- (84) Un obbligo analogo è imposto all'imprenditore nell'ordinamento svedese dalla legge 3 giugno 1976, che prevede non soltanto un amplissimo diritto del sindacato all'informazione su qualsiasi dato inerente alla politica del personale, ma anche il suo diritto di accesso a qualsiasi documento inerente alla gestione dell'impresa che possa rivestire qualche interesse per la tutela dell'interesse collettivo dei lavoratori rappresentati (art. 19).
- (85) V. ad esempio Cass. 18 giugno 1985 n. 3674, *L80*, 1986, p. 209, dove un problema di assorbibilità o no fra trattamento *ad personam* e aumento della paga-base collettiva è stato risolto appunto attraverso l'esame della funzione specifica del trattamento stesso e con il richiamo al principio di proporzionalità ex art. 36 Cost.
- (86) V., in riferimento al requisito del « riconoscimento formale » per l'accesso alla qualifica dirigenziale posto dal contratto collettivo 24 luglio 1961 per i dirigenti di aziende industriali, Cass. 18 luglio 1972 n. 2454, *FI*, 1973, I, c. 437, nonché le sentenze successive citate nella nota 87; ma v. già negli anni '30, in questo senso, Cass. 25 febbraio 1935 e 4 agosto 1936, cit. in *Massimario delle qualifiche del lavoratore* a cura di D. Napoletano, Roma, 1955, pp. 85 ss. Inoltre Cass. 30 luglio 1984 n. 4556, mass.; Cass. 25 giugno 1988 n. 4314, *NGL*, 1988, in motivazione, pp. 681-682; Cass. 9 febbraio 1990 n. 947, cit. nella nota 40. La stessa Corte di cassazione ha tuttavia precisato che « non è nulla la clausola di un contratto collettivo che, pur subordinando l'attribuzione della qualifica al requisito del formale riconoscimento da parte del datore di lavoro, rimette a un allegato del contratto stesso l'indicazione dei gradi e delle funzioni cui presso ciascuna sede aziendale è attribuita tale qualifica »: v. in tal senso, ancora in riferimento all'accesso alla categoria dirigenziale, la sentenza n. 4314/1988 testé cit. In dottrina sulla nullità della clausola di riconoscimento formale v. per tutti A. Garilli, *Le categorie dei prestatori di lavoro*, cit., p. 274.
- (87) Cfr. Cass. 25 giugno 1988 n. 4314, cit. nella nota precedente, in motivazione, p. 682, dove, confermato l'orientamento contrario alle clausole di riconoscimento formale, si osserva che « questione del tutto diversa è la legittimità dell'apprezzamento discrezionale da parte del datore di lavoro di presupposti per l'avanzamento alla categoria superiore ». Nello stesso senso in precedenza Cass. 14 luglio 1976 n. 2738, in motivazione (la sentenza, per quel che consta, è inedita) ; e, per la giurisprudenza di merito, Trib. Roma 15 marzo 1989, *NGL*, 1989, p. 346 (in riferimento all'accesso alla categoria dei funzionari nel settore del credito). Sulla necessità di evitare il rischio di una « burocratizzazione della progressione di carriera dei lavoratori privati, in omaggio a una rigida applicazione dei principi di parità di trattamento » v. anche C. Zoli, *La mobilità « verticale »*, *QDLRI*, 1987, n. 1, *L'inquadramento dei lavoratori*, pp. 205-207.
- (88) Cfr. Cass. 17 luglio 1990 n. 7300, *MGL*, 1990, p. 589, dove si afferma che i principi costituzionali non comportano affatto « l'introduzione nell'ordinamento dell'altro, diverso [principio], consistente nella generale obbligatorietà della parità di trattamento normativo e retributivo dei lavoratori con medesime mansioni », con la conseguenza che non può considerarsi di per sé illegittima la clausola collettiva che consenta al datore di lavoro di inquadrare diversamente lavoratori adibiti alle stesse mansioni. Sostanzialmente nello stesso senso v. Cass. 1° febbraio 1990 n. 675, *DPL*, 1990, p. 1505; Cass. 30 agosto 1988 n. 5006, *DL*, 1988, II, in motivazione, pp. 442-444, dove si teorizza esplicitamente la possibilità che le stesse mansioni siano assegnate, a discrezione del datore di lavoro, a un impiegato e a un funzionario. Si osservi il contrasto fra queste tre sentenze e quella della stessa Corte n. 947/1990, cit. nella nota 40.
- (89) « ... la parità non opera su un piano sostanziale, ma su un piano squisitamente procedurale »: così M. Pallini, *Alcune riflessioni in tema di parità di trattamento e clausole generali* (cit. nella nota 42), p. 314. V. invece, in precedenza, nel senso dell'inesistenza dell'onere di esternazione del motivo della preferenza, Cass. 1° febbraio 1988 n. 876, cit. nella nota 72 (in motivazione, p. 493).
- (90) Sul tema dei divieti di discriminazione, dopo i grandi commentari dello Statuto degli anni '70, nei quali l'attenzione era focalizzata quasi esclusivamente sulle discriminazioni politico-sindacali, gli anni '80 hanno visto invece gli studiosi progressivamente estendere e differenziare il campo di indagine nelle altre direzioni e in particolare in quella delle discriminazioni ai danni delle lavoratrici, scorpendo — per così dire — la materia dal contesto della legislazione di sostegno all'attività sindacale: v. soprattutto le monografie già citate di L. Isenburg, *Divieti di discriminazione nel rapporto di lavoro* e L. Ventura, *Il principio di eguaglianza nel diritto del lavoro*, entrambe del 1984; inoltre AA.VV., *Atti discriminatori nel diritto del lavoro*, a cura del Consiglio Superiore della Magistratura, Roma, 1983.
- (91) Cfr. L. Montuschi, in *Statuto dei diritti dei lavoratori*, Bologna-Roma, 19812, sub artt. 15 e 16: « la ragione di queste norme si rinviene, dunque, nel recupero dell'esigenza dell'eguaglianza » (pp. 30-32). La dottrina appare però sovente preoccupata di negare il nesso tra divieti di discriminazione e principio di parità di trattamento: v. in questo senso E. Ghera, in *Commentario dello Statuto dei lavoratori* dir. da U. Prosperetti, Milano, 1975, vol. I, sub artt. 15 e 16, particolarmente p. 409: « il divieto della discriminazione, lungi dal derivare da una norma di parità di trattamento operante all'interno del rapporto di lavoro ..., trova il suo fondamento in una situazione obbiettivamente esistente nella società » (l'A. prosegue con un'affermazione suggestiva e, questa sì, pienamente condivisibile: « La discriminazione è ... non creata ma trovata nella realtà sociale del soggetto agente, che la riflette nel suo comportamento »). Conclusioni negative circa la possibilità di enucleare un principio di parità di trattamento sotteso ai vari divieti di discriminazione sono tratte anche da L. Ventura, *Il principio di eguaglianza ecc.*, cit., particolarmente pp. 263-270.
- (92) V. sul punto R. Bortone, *Discriminazione (divieto di)*, *Digesto IV*, Sez. comm., V, 1990, pp. 24-25.
- (93) Sulle fonti internazionali in materia di divieto di discriminazioni v. l'ampia esposizione di L. Isenburg, *Divieti di discriminazione ecc.*, cit., pp. 20-61; in precedenza E. Ghera, *op. ult. cit.*, pp. 401-410, e L. Montuschi, *op. ult. cit.*, pp. 20-25.
- (94) Ratificata dall'Italia con la legge 14 marzo 1985 n. 132
- (95) Un problema nettamente diverso da quello relativo alla discriminazione per motivi inerenti al sesso del lavoratore è quello relativo alla discriminazione per motivi inerenti al comportamento o agli orientamenti sessuali del lavoratore: questi, per un verso, sono protetti nel nostro ordinamento interno da un divieto di indagine, a protezione della libertà morale del lavoratore (art. 8 St. lav., del quale ci occuperemo a suo luogo nel secondo volume) ; per altro verso sono protetti dal divieto di discriminazione posto dall'ordinamento comunitario: v. C. Giust. 30 aprile 1996, nella causa n. C-13/94 (*P. c. S. e Cornwall County Council*), *RIDL*, 1997, II, p. 8, con nota di G. Pera, *Cambiamento di sesso e tutela contro le discriminazioni*. Il divieto comunitario di discriminazione fra i sessi non impone, però, agli Stati membri di trattare allo stesso modo la famiglia fondata sul rapporto coniugale tradizionale e quella fondata su di una unione omosessuale: v. C. Giust. 17 febbraio 1998, causa n. C-249/96, *RGL*, 1998, II, p. 293, con ampia nota di D. IZZI, *Orientamento sessuale del lavoratore e divieti comunitari di discriminazione in base al sesso*, nonché *DL*, 1999, II, p. 123.
- (96) In argomento v. soprattutto M.V. Ballestrero, *Lavoro subordinato e discriminazione fondata sulla cittadinanza*, in *Lavoro e discriminazione*, atti del Congresso dell'Aidlass di Gubbio del giugno 1994, Milano, 1996, pp. 77-147, ovviamente in riferimento alla disciplina precedente alla legge del 1998.
- (97) V. in proposito R. Pessi, *Lavoro e discriminazione femminile*, in *Lavoro e discriminazione*, atti del Congresso dell'Aidlass del 1994, cit., pp. 45-46; ivi ulteriori riferimenti in proposito.
- (98) M. Barbera, *Discriminazione ed eguaglianza nel rapporto di lavoro*, cit. nella nota 67, pp. 206-209; E. Ghera, *Azioni positive e pari opportunità*, *DLRI*, 1995, p. 17 (dello stesso A., in precedenza, in riferimento alle discriminazioni di natura sindacale, v. il commento all'art. 15 St. lav. in *Commentario dello Statuto dei lavoratori*, dir. da U. Prosperetti, Milano, 1975, I, pp. 422-423) ; R. Pessi, *Lavoro e discriminazione femminile*, cit., pp. 35-44 (dove però l'A. sembra alla fine temperare l'opzione per la concezione « oggettivistica » della discriminazione con l'affermazione secondo cui « il controllo ... verte sulle ragioni dell'atto e non sul risultato in sé; anche se il giudizio di ragionevolezza viene ad essere necessariamente svolto sull'effetto »: p. 44) ; L. Castelvetti, *Le garanzie contro le discriminazioni sul lavoro per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi*, *DRI*, 1999, pp. 324-325. In senso parzialmente contrario P. Torino 2 maggio 1991 (*GI*, 1993, I, 2, c. 608, con nota di A. Raffi, *Nota in tema di parità di trattamento fra lavoratrici madri e lavoratori padri*), che attribuisce rilievo decisivo all'« animus del datore di lavoro », in un caso di rimborso di spese per asilo nido e scuola materna alle sole lavoratrici. Apparentemente in senso contrario, in precedenza, anche Cass. 5 marzo 1984 n. 1444, *RIDL*, 1986, II, p. 717, in motivazione: sentenza, anche questa, che ha escluso la sussistenza di una discriminazione vietata in un caso in cui

la differenza di trattamento — consistente nel rimborso di spese per asilo nido e scuola materna alle sole lavoratrici — era dettata dall'intendimento di favorire l'accesso al lavoro delle madri di famiglia. Per ulteriori riferimenti dottrinali, in un senso e nell'altro, in riferimento alle discriminazioni per motivi sindacali, v. le note 32 e 33 al § 51.

(99) Così ad es. C. Giust. 26 febbraio 1986 nella causa n. C-152/84 (*Marshall c. Southampton ecc. Health Authority*) e 26 febbraio 1986 nella causa n. C-262/84 (*Beets-Proper c. Van Lanschot Bankiers*), *RIDL*, 1988, II, pp. 61-62, con nota di L. Isenburg, *Licenziamento e pensione di vecchiaia: questioni di disparità di trattamento uomo-donna* (sulla stessa fattispecie, in senso conforme, C. cost. 18 giugno 1986 n. 137, *ivi*; in senso contrario v. invece Cass. 13 agosto 1991 n. 8810, *RIDL*, 1992, II, p. 971, con nota di O. Papini, *Parità di trattamento e prepensionamento nelle aziende in crisi*); in riferimento al divieto di lavoro notturno per le sole donne, C. Giust. 13 marzo 1997 nella causa n. C-197/96 (*Commissione c. Rep. Francese*), *RIDL*, 1997, II, p. 255, con nota di M. Covi, *L'ultima parola della Corte di Giustizia sul lavoro notturno femminile*; *ivi* i riferimenti alle sentenze precedenti della stessa Corte su questa materia.

(100) C. Giust. 2 agosto 1993 nella causa n. c-271/91 (*Marshall c. Southampton ecc. Health Authority*), *RIDL*, 1994, II, p. 3, cui si riferisce il commento di M. Roccella, *Sanzioni e rimedi nel diritto del lavoro comunitario*, *ivi*, I, pp. 69-94.

(101) Cfr. R. Bortone, *Discriminazione*, cit. nella nota 92, p. 19.

(102) L. Ventura, *Il principio di eguaglianza ecc.*, cit. nella nota 38, p. 281.

(103) Per una rassegna aggiornata in proposito v. ora S.J. Schwab, *Employment Discrimination*, in corso di pubblicazione in *Encyclopedia of Law and Economics*, Northampton, 1999, e pubblicato in traduzione italiana in *RIDL*, 2000, I, pp. 3-40; *ivi*, in appendice, numerosi riferimenti bibliografici. Per ulteriori riferimenti alla copiosissima letteratura in materia di *Discrimination Economics*, v. B. Bouckaert, G. De Geest (cur.), *Bibliography of Law and Economics*, London-Boston, 1992, pp. 116-117 e 329-331.

(104) Il portabandiera di questa corrente di pensiero è R.A. Epstein, del quale v. soprattutto *Forbidden Grounds: The Case Against Employment Discrimination Laws*, Cambridge, 1992 (recensito in *RIDL*, 1994, III, p. 405).

(105) Esposto compiutamente nel 1968 da G.S. Becker, successivamente insignito del premio Nobel. Per i riferimenti bibliografici relativi a questo modello e a quelli cui si riferiscono le note successive di questo paragrafo, dei quali vengono indicati qui soltanto gli autori, v. la scheda in appendice a S.J. Schwab, *Employment Discrimination*, cit. nella nota 103.

(106) Proposto nel 1972 da E. Phelps, poi via via perfezionato da K. Arrow (1973), e da D.J. Aigner e G.G. Cain (1977).

(107) Proposto nel 1983 da S. Lundberg e R. Startz, sviluppato nel 1989 da J.J. Donohue in riferimento specifico alle discriminazioni di genere, e recentemente ripreso in Italia da L. Rosti (*Femina oeconomica*, Roma, 1996, recensito in *RIDL*, 1996, III, pp. 254-255; in appendice al libro, otto pagine di riferimenti alla bibliografia — non soltanto statunitense — in argomento).

(108) Proposto da G. Akerlof nel 1985, sviluppato da R.H. McAdams nel 1995.

(109) È questo il modello che meglio corrisponde agli aspetti più virulenti del razzismo che per secoli ha caratterizzato il mercato del lavoro negli Stati americani della *sun belt* e che tuttora non può dirsi del tutto debellato: S.J. Schwab (*op. cit.*, § 3.4, citando R. Higgs) sottolinea come la visione del fenomeno discriminatorio che si esprime in questo modello sia assai più brutale di quella che si esprime nel modello di Becker del « taste for discrimination », « il quale sembra applicarsi meglio a una discriminazione da invito al tè che al ferro e fuoco dello scenario razzista del sud ».

(110) V. oltre, in questo paragrafo e particolarmente nota 117.

(111) È questo uno degli argomenti principali a favore della coniugazione del divieto di discriminazione con le c.d. « azioni positive »: v. in proposito § 175.

(112) R.A. Posner, 1987.

(113) S. Issacharoff, 1992; I. Ayres, P. Siegelman, 1996. In proposito v. anche nota 118.

(114) J.J. Donohue, 1986.

(115) J.J. Donohue, 1992.

(116) J.J. Heckman, S.B. Payner, 1989; J.J. Donohue, J.J. Heckman, 1991; Y.C. Chay, 1998; ma erano pervenuti a conclusioni parzialmente contrarie J.P. Smith, R.F. Welch, 1989.

(117) D. Acemoglu, J. Angrist, *Consequences of Employment Protection? The Case of the Americans with Disabilities Act*, Cambridge Mass., Nber, w.p. n. 6670, 1998.

(118) J.J. Donohue, P. Siegelman, 1991.

(119) J.J. Donohue, P. Siegelman, 1993.

(120) Del contrasto fra giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte di cassazione su questo punto si è detto nel § 39. Nell'ordinamento francese — dove pure è enunciato esplicitamente il principio della parità di trattamento fra lavoratori disabili e normodotati — è espressamente prevista la possibilità della riduzione della retribuzione del lavoratore disabile in relazione alla sua minore produttività rilevata in concreto (*Code du travail*, art. 323-6).

(121) V. in proposito § 171 e *ivi* particolarmente nota 140.

(122) Fra le prime trattazioni in lingua italiana della materia delle discriminazioni indirette v. M. Rubenstein, *Teorie sulla discriminazione*, *QDLRI*, 1990, n. 7, pp. 85-94, e M. Barbera, *Discriminazioni ed eguaglianza nel rapporto di lavoro*, cit. nella nota 67 (1991), partic. pp. 245-256, dove la discriminazione indiretta viene definita come quel trattamento che, pur formalmente indifferenziato (« omogeneo »), « produce conseguenze diverse sui gruppi nominati dalla legge » (p. 246).

(123) In questo senso Cass. 14 agosto 1991 n. 8857, *RIDL*, 1992, II, p. 167, con nota di V.A. Poso, *Aspettativa sindacale e scatti di anzianità*; Cass. 24 settembre 1996 n. 8430, in *D&L*, 1997, p. 363; Cass. 13 aprile 1999 n. 3635, *OGI*, 1999, p. 328; Cass. 1° giugno 1999 n. 5335, *ivi*, 1999, p. 320.

(124) Cfr. M. Grandi, G. Pera, *Commentario breve allo Statuto dei lavoratori*, Padova, 1985, sub art. 31, pp. 186-187; *ivi* i riferimenti, che indicano come dottrina e giurisprudenza, favorevoli in un primo tempo alla maturazione dell'anzianità del lavoratore anche durante il periodo di aspettativa, si siano poi prevalentemente orientate nel senso indicato nel testo. V. però, nel senso della « maturazione di tutti i diritti dipendenti dall'anzianità di servizio ... non incompatibili con la temporanea cessazione della prestazione lavorativa » Cass. 6 marzo 1986 n. 1491, *RGL*, 1986, II, p. 338; e nel senso della maturazione durante l'aspettativa degli scatti di anzianità Cass. 11 aprile 1986 n. 2560, *MGL*, 1986, p. 514; P. Modena 8 novembre 1990, *RIDL*, 1991, II, p. 796; T. Milano 21 novembre 1990, *L80*, 1990, p. 680; T. Milano 19 dicembre 1990, *OGI*, 1991, p. 185.

(125) V. in proposito §§ 38-39 e *ivi* particolarmente note 103-105 e 111-116.

(126) V. in proposito Cass. 23 maggio 1986 n. 3485, *DPL*, 1986, p. 2354; Cass. 5 novembre 1990 n. 10576, *RIDL*, 1991, II, p. 580, con nota di V.A. Poso.

(127) Cfr. Trib. Catania 26 marzo 1990, *DPL*, 1990, p. 2326.

(128) V. soprattutto, in riferimento all'ordinamento precedente all'entrata in vigore della legge n. 125/1991, T. Treu, in *Commentario della Costituzione* a cura di Gius. Branca, sub art. 37, Bologna-Roma, 1979, pp. 177-196; Id., *Parità retributiva e comparabile worth ecc.*, cit. nella nota 2, partic. pp. 43-55; M. Barbera, *Discriminazioni indirette e azioni positive*, *RGL*, 1984, I, pp. 273-311; F. Borgogelli, *Il lavoro femminile tra legge e contrattazione*, Milano, 1987, pp. 138-188; gli scritti di M.V. Ballestrero citati nelle note che seguono; gli scritti di C. Assanti, M. Barbera e S. Scarponi raccolti in *QDLRI*, 1990, n. 7, *Le discriminazioni di sesso nei rapporti di lavoro*.

(129) V. soprattutto, ancora in una prospettiva *de iure condendo*, M.V. Ballestrero, *La prova della discriminazione indiretta: ancora un passo avanti della Corte di Giustizia*, *RIDL*, 1990, II, particolarmente pp. 793-798; M. Rubenstein, *Teorie sulla discriminazione*, cit., p. 94; e tra i primi commenti della nuova legge T. Treu, *La legge sulle azioni positive: prime riflessioni*, *RIDL*, 1991, I, partic. pp. 108-111; M. Barbera, *Discriminazioni ed eguaglianza nei rapporti di lavoro*, cit., pp. 245 e ss; R. Pessi, *Lavoro e discriminazione femminile*, cit., partic. p. 33.

(130) V. ancora M.V. Ballestrero, *op. ult. cit.*, pp. 786-787; Ead., *Questioni di colore*, *LD*, 1990, pp. 41 ss.; *ivi* i riferimenti alla giurisprudenza statunitense; T. Treu, *op. ult. cit.*, pp. 126-132.

- (131) C. cost. 4 luglio 1989 n. 389, *CS*, 1989, II, p. 981. Sulla questione dell'efficacia diretta delle norme comunitarie v. però più ampiamente § 16 e ivi note 38-44.
- (132) Per una rassegna più ampia, con i riferimenti alla letteratura straniera in argomento, v. S. Renga, *La giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee in materia di parità*, *QDLRI*, 1990, n. 7, pp. 139-158; M. Roccella, *La Corte di giustizia e il diritto del lavoro*, Torino, 1997, pp. 127-193.
- (133) Sentenza 13 maggio 1986 nella causa n. 170/84 (*Bilka Kaufhaus GmbH c. K. Weber von Hartz*), *Racc*, p. 1607. In linea con quella prima v. più recentemente, della stessa Corte, le sentenze 7 marzo 1996 nella causa n. C-278/93 (*Freers e Speckmann*), *LG*, 1997, p. 465, con nota di E. Mastinu (in materia di discriminazione indiretta attraverso la penalizzazione del *part-time*); 17 giugno 1998 nella causa C-243/95 (*Hill e Stapleton c. The Revenue Commissioners*), *RGL*, 1999, II, p. 533, con nota di D. Merolla, *La Corte di Giustizia sulle discriminazioni indirette in un'ipotesi di job sharing*, riferita al trattamento differenziato in relazione al frazionamento della prestazione lavorativa (v. in proposito § 157 e ivi nota 13); e 9 settembre 1999 nella causa C-281/97 (*Krüger c. Kreiskrankenhaus Ebersberg*), *RIDL*, 2000, II, p. 3, con nota di G. Ludovico, riferita al caso di un contratto collettivo tedesco che escludeva dal godimento di un'indennità annuale i lavoratori con orario di lavoro inferiore a quindici ore settimanali: anche qui la Corte ha affermato l'illegittimità di tale disposizione collettiva, quando possa dimostrarsi che, nonostante la sua insensibilità al sesso del lavoratore, essa « colpisca di fatto una percentuale notevolmente più elevata di donne che di uomini ». La materia è ora disciplinata anche dalla Direttiva 15 dicembre 1997 n. 81. Ma v. in proposito anche § 171 e ivi le sentenze della Corte di Giustizia cit. nella nota 158.
- (134) Cfr. sul punto A. Vallebona, *L'onere della prova nel diritto del lavoro*, Padova, 1988, pp. 139-141; Id. *L'onere della prova degli atti discriminatori*, *LD*, 1989, pp. 333-344. In riferimento alla norma legislativa nazionale che recepisce l'orientamento della giurisprudenza comunitaria, negano il configurarsi di una vera e propria inversione dell'onere della prova P. Roma 24 novembre 1992 (*RIDL*, 1993, II, p. 262, con nota di D. Manassero, *Una prima pronuncia in tema di « prova statistica » della discriminazione*), e P. Bologna 21 giugno 1997, *D&L*, 1999, p. 118; v. però ora, a questo proposito, l'ultimo scritto di A. Vallebona, cit. nella nota 144. Parla a questo proposito di « scelta del legislatore del 1991 di operare in termini di parziale inversione dell'onere della prova » R. Pessi, *Lavoro e discriminazione femminile*, cit., pp. 58-65.
- (135) Sentenza 1° luglio 1986 nella causa n. C-237/85 (*G. Rummeler c. Dato - Druck GmbH*), *Racc*, p. 2101.
- (136) Sulla distinzione fra criterio e sistema di inquadramento v. § 156.
- (137) Sentenza 17 ottobre 1989 nella causa n. C-109/88 (*HKFD c. Danfoss*), *RIDL*, 1990, II, p. 776, cui si riferisce il commento di M.V. Ballestrero più volte citato nelle note precedenti; inoltre *DL*, 1990, II, p. 286, e *RGL*, 1990, II, p. 521, con commento di M.L. De Cristofaro.
- (138) Più recentemente la Corte di Giustizia ha avuto di nuovo occasione di occuparsi di un criterio di differenziazione riferito al titolo di studio, in riferimento alla norma austriaca che differenzia il trattamento, anche retributivo, degli psicoterapeuti dipendenti dalla Cassa mutua regionale di Vienna, a seconda del titolo di studio (di natura medica o no) che li abilita a tale lavoro: in questo caso la Corte ha ritenuto senz'altro legittimo il criterio di differenziazione, traendo argomento dalla diversa qualità del lavoro fornito da parte di chi ha una formazione medica rispetto a chi non la ha (sentenza 11 maggio 1999, nella causa C-309/97, *NGL*, 1999, p. 436, e *LP*, 1999, p. 1244); che è quanto dire: il criterio è legittimo in quanto classificabile in realtà come criterio di prima e non come criterio di seconda classe. Per una fattispecie che presenta qualche analogia con quella teste' menzionata, esaminata da un giudice italiano, v. T. Firenze 22 giugno 1990, *RIDL*, 1991, II, p. 106, con nota di M. Mariani; v. inoltre P. Bologna 27 giugno 1998 (*RIDL*, 1999, II, p. 284, con nota di M. Cattani), che ha ravvisato la discriminazione indiretta in un caso in cui la selezione dei lavoratori da assumere era stata operata sulla base di un titolo di abilitazione professionale.
- (139) M.V. Ballestrero osserva in proposito (*La prova della discriminazione indiretta ecc.*, cit., p. 790) che « proprio sull'utilizzazione di questo criterio si sono accese altrove vivaci discussioni (specialmente negli Stati Uniti, dove la scarsa protezione della maternità determina un'anzianità media di servizio delle donne notevolmente inferiore a quella degli uomini) ».
- (140) C. Giust. 27 ottobre 1993, causa n. 127/92 (*Enderby c. Frenchay Health Authority*), *Racc*, p. 5574, commentata da R. Foglia, *Ancora in tema di parità uomo-donna: la Corte di Giustizia affila le armi contro le discriminazioni sessuali*, *MGL*, 1994, p. 363.
- (141) In motivazione, § 22.
- (142) In motivazione, § 26.
- (143) Uno dei rari casi in cui la « prova statistica » della discriminazione indiretta è stata sperimentata in giudizio nel nostro ordinamento è quello deciso da P. Bologna 27 giugno 1998, cit. nella nota 138.
- (144) Il dato statistico rilevante non è quello che mostra soltanto un qualsiasi squilibrio fra i due gruppi considerati: deve trattarsi di uno squilibrio di gravità tale da fornire l'evidenza dell'iniquità sostanziale del criterio di differenziazione adottato. È significativo, in proposito, l'orientamento pratico dell'*Equal Opportunities Commission* statunitense, che, « nella valutazione dei casi da portare in giudizio tramite l'esercizio dell'azione pubblica, ha adottato la regola empirica dei 4/5 ..., secondo la quale una percentuale di donne (o di neri o di appartenenti a minoranze etniche) che soddisfino i requisiti richiesti inferiore dell'80% alla percentuale di uomini (o di bianchi o di anglosassoni) in possesso di tali requisiti, deve far ritenere che la prassi considerata abbia un effetto sproporzionatamente sfavorevole » (M. Barbera, *Discriminazioni ed eguaglianza nel rapporto di lavoro*, cit., p. 250). In senso contrario, su questo punto, v. però ora A. Vallebona, *Istituzioni di diritto del lavoro*, II, Torino, 1999: « se questi elementi [la c.d. "prova statistica", posta dalla legge a carico del ricorrente] dovessero integrare gli estremi di una vera e propria presunzione semplice (art. 2729 c.c.) non vi sarebbe inversione dell'onere probatorio ... Invece la disposizione nazionale non richiede il requisito della gravità degli indizi necessari per la presunzione, sicché attribuisce alla prova semipiena, cioè alla mera verosimiglianza, l'effetto di invertire l'onere della prova » (p. 175).
- (145) Sulla nozione di « requisito essenziale allo svolgimento dell'attività lavorativa » v. soprattutto M. Barbera, *Discriminazioni ecc.*, cit., pp. 251-256. L'A. qui osserva come a tale nozione il legislatore abbia già fatto riferimento nell'art. 8 St. lav., a proposito del divieto di indagini del datore di lavoro su aspetti della vita del lavoratore non rilevanti ai fini della valutazione della sua attitudine professionale (p. 251); a me sembra, però, che la nozione di *job relatedness* a cui l'art. 4 della legge del 1991 e l'art. 41 della legge del 1998 fanno riferimento sia assai più restrittiva: dovrebbe altrimenti escludersi la discriminazione indiretta in tutti i casi in cui il criterio di differenziazione esaminato sia un criterio di prima classe, cosa che la giurisprudenza comunitaria e nazionale impongono di escludere con sicurezza.
- (146) Sul punto, ancora in riferimento all'ordinamento precedente all'entrata in vigore della legge del 1991, S. Scarponi, *Criteri obiettivi di selezione e valutazione del personale e discriminazione indiretta*, *QDLRI*, 1990, n. 7, part. pp. 56-58, con orientamento fortemente restrittivo.
- (147) C. cost. 15 aprile 1993 n. 163, *RIDL*, 1994, II, p. 451, con nota di L. Isenburger, *Parità di trattamento e discriminazione indiretta al vaglio della Corte costituzionale*, e *DL*, 1994, II, p. 135, con nota di M. Fittante, *Discriminazione indiretta uomo-donna nell'accesso al lavoro*. Sull'argomento specifico v. anche T.A.R. Lombardia 26 maggio 1994, *RIDL*, 1995, II, p. 105, con nota di V. Marino, *Discriminazione e requisito dell'altezza nei bandi di concorso*.
- (148) V. in proposito nota 138.
- (149) Per una ricerca critica sui contenuti della contrattazione collettiva in materia di formazione, inquadramento professionale e progressione nella carriera della manodopera femminile v. il cap. IV del libro di F. Borgogelli, *Il lavoro femminile tra legge e contrattazione*, cit. nella nota 128.
- (150) Cfr. T. Treu, *Parità retributiva e comparabile worth ecc.*, cit., pp. 41-45: « alcuni settori dell'industria tessile, predominantemente maschili, come la tintoria, danno valore alquanto alto a lavori sporchi e fisicamente pesanti così da classificarli al livello terzo della scala retributiva, mentre in sottosettori prevalentemente femminili, come le calzamaglie, gli stessi lavori sono valutati e pagati meno (al secondo livello) perché sono considerati poco professionalizzati » (p. 41).
- (151) Cfr. T. Treu, in *Commentario della Costituzione* cit., sub art. 37, pp. 185-186. Sulla questione interpretativa che sorge in caso di contrasto tra « declaratoria » ed elenco di profili professionali specifici contenuti nello stesso contratto collettivo v. F. Mancini, *Le categorie dei prestatori di lavoro nell'ordinamento italiano*, *RTDPC*, 1966, pp. 909-910, dove si afferma la prevalenza, in tal caso, della « declaratoria » sull'elencazione: tesi che risulta oggi confermata dall'elaborazione giurisprudenziale sui principi di parità di trattamento e di non discriminazione, dei quali si è detto in

questo capitolo.

(152) C. Giust. 27 ottobre 1993, causa n. 127/92 (*Enderby*), cit. nella nota 140.

(153) L'esempio è tratto da M.V. Ballestrero, *Lavoro subordinato e discriminazione fondata sulla cittadinanza*, cit. nella nota 96, partic. p. 147.

(154) In questo senso v. ancora M.V. Ballestrero, *loc. ult. cit.*

(155) Sentenza 14 settembre 1999 nella causa n. C-249/97 (*Gruber c. Silhouette International Schmied GmbH*), *NGL*, 1999, p. 734, e *RIDL*, 2000, II, p. 3, con nota di G. Ludovico, *La nozione di discriminazione indiretta di nuovo all'esame della Corte di giustizia*.

(156) « Diviene ... estremamente difficoltoso procedere all'individuazione degli elementi peculiari della discriminazione indiretta, qualora circostanze esterne — e quindi proprio e solo indirettamente discriminatorie — siano escluse dalla valutazione rimessa al giudice, come ha fatto in questo caso la Corte di giustizia, a seguito della cui interpretazione appare altresì compromessa la distinzione tra discriminazione diretta e indiretta, principalmente fondata, appunto, sulla influenza di fattori estranei alla volontà del datore di lavoro »: così G. Ludovico nel commento alla sentenza 14 settembre 1999 cit. nella nota precedente.

(157) V. § 171 e ivi note 133 e 137.

(158) C. Giust. 13 luglio 1989 nella causa C-171/88 (*Rinner-Kühn c. Fww Spezial-Gebauedereinigung GmbH*), su di una legge tedesca che poneva come requisito per il godimento di una indennità di malattia l'orario di lavoro superiore alle dieci ore settimanali o quarantacinque mensili; sostanzialmente nello stesso senso le successive sentenze della stessa Corte 4 giugno 1992, causa C-360/90 (*Bötel c. Arbeiterwohlfahrt der Stadt Berlin*), § 27, e 9 febbraio 1999, causa C-167/97 (*Seymour-Smith e Perez c. Dpt. Employment UK*), che può leggersi *OGI*, 1999, p. 39, con la nota di G. Ludovico cit. nella nota seg.

(159) Cfr. G. Ludovico, *Il licenziamento ingiustificato: la Corte di Giustizia si pronuncia sulla discriminazione indiretta (... e le sue possibili giustificazioni)*, *OGI*, 1999, pp. 52-69.

(160) V. le sentenze della Corte di Giustizia citate nella nota 133.

(161) In quest'ultimo caso la parità di trattamento imposta dalla norma non è altro, a ben vedere, se non la naturale espressione del contenuto assicurativo tipicamente proprio del rapporto di lavoro (v. in proposito § 6).

(162) Cfr. M. Barbera, *Discriminazioni ed eguaglianza nel rapporto di lavoro*, cit.: « Nella legge italiana (come del resto nelle altre legislazioni considerate) il divieto di discriminazione indiretta non è mirato a riequilibrare sul piano della singola impresa distorsioni che risalgono all'intera struttura sociale, ma piuttosto a incentivare un impiego non discriminatorio della forza lavoro qualificata effettivamente disponibile ... Gli squilibri strutturali, che continueranno a manifestarsi anche in presenza di criteri corretti e di una genuina politica di pari opportunità (ad esempio a causa di una minore presenza nel mercato del lavoro esterno di donne qualificate a svolgere le prestazioni richieste), potranno essere superati attraverso l'insieme degli interventi promozionali previsti dalle disposizioni in tema di azioni positive » (p. 249 — c.m.).

(163) Per un'ampia trattazione storica (le origini della nozione di azione positiva risalgono al *Wagner Act 1935*) e comparatistica in proposito, in riferimento agli ordinamenti statunitense, comunitario europeo, sudafricano, australiano, indiano, nonché agli ordinamenti dell'O.N.U. e dell'O.I.L., v. J. Hodges-Aeberhard, *L'action positive dans l'emploi: la jurisprudence re'cente face a' une notion complexe*, *RIT*, 1999, pp. 269-298; ivi i riferimenti alla letteratura internazionale in argomento. V. inoltre L. Frey, R. Livraghi, E. Sullerot, R.B. Freeman, *Le azioni positive. Aspetti e problemi*, *QEL*, n. 24, Milano, 1984.

(164) Per due casi di azione positiva di questo genere, precedenti alla legge del 1991, v. Cass. 5 marzo 1984 n. 1444 e P. Torino 2 maggio 1991, citt. nelle note 98 e 170.

(165) La possibilità di azioni positive a sostegno dell'imprenditoria femminile è stata oggetto di giudizio davanti alla Corte costituzionale, conclusosi con la sentenza 26 marzo 1993 n. 109 (*GCost*, 1993, I, p. 873), nella quale la Corte ha affermato la legittimità di « misure dirette a trasformare una situazione di effettiva disparità di condizioni in una connotata da una sostanziale parità di opportunità ... anche in deroga al generale principio di formale parità di trattamento, stabilito dall'art. 3 comma 1° Cost. ».

(166) La Corte di Giustizia ha recentemente dichiarato la compatibilità con il divieto di discriminazioni fondate sul sesso del lavoratore della disposizione contrattuale che preveda il versamento di un assegno alle sole lavoratrici che fruiscono del congedo di maternità, « essendo tale assegno destinato a compensare gli svantaggi professionali che [le lavoratrici stesse] subiscono a seguito dell'allontanamento dal posto di lavoro » (sentenza 16 settembre 1999 nella causa C-218/98, *Abdoulaye e altri c. Renault*, *NGL*, 1999, p. 734, e *MGL*, 1999, p. 1329, con nota di L. Corazza, *Tutela della maternità e parità di retribuzione nel diritto comunitario: sono discriminati i lavoratori di sesso maschile?*).

(167) Una parte della dottrina ha criticato l'uso di questa espressione, ritenendo che le disparità di trattamento finalizzate al riequilibrio fra i sessi debbano essere piuttosto indicate con l'espressione « discriminazioni positive », per evitare la connotazione negativa, di antigiusdittica, insita nell'espressione « discriminazioni alla rovescia »: così M.V. Ballestrero, *Una politica e i suoi strumenti*, *NLCC*, 1994, p. 20; M. Barbera, *La nozione di discriminazione*, ivi, p. 51; M. Roccella, *La Corte di giustizia e il diritto del lavoro*, cit., pp. 153-155.

(168) C. Giust. 17 ottobre 1995, causa n. C-450/93, *Kalanke c. Freie Hansestadt Bremen*, *Racc*, p. 3051, dove vengono dichiarate illegittime, per contrasto con il principio comunitario di parità fra i sessi, le normative in materia di lavoro che prevedano una preferenza automatica, in fase di assunzione o di promozione a livelli superiori, per le persone di sesso femminile. Sulla sentenza v. i commenti di M.V. Ballestrero, *Azioni positive. Punto e a capo*, *LD*, 1996, pp. 117-138; C. Assanti, *Azioni positive: confini giuridici e problemi attuali dell'eguaglianza di opportunità*, *RIDL*, 1996, I, pp. 375-386; M. Roccella, *La Corte di giustizia ecc.*, cit., pp. 158-170; J. Hodges-Aeberhard, *L'action positive dans l'emploi ecc.*, cit., pp. 280-282. Sull'impossibilità di fondare sui principi o regole di diritto comunitario la legittimità delle « discriminazioni alla rovescia » v. S. Amadeo, G.P. Dolso, *La Corte costituzionale e le discriminazioni alla rovescia*, *GCost*, 1998, pp. 1221-1261. In argomento v. ultimamente la raccolta di saggi filosofici, giuridici e politologici curata da B. Beccalli, *Donne in quota. È giusto riservare posti alle donne nel lavoro e nella politica?*, Milano, 1999.

(169) Corte Giust. 11 novembre 1997, causa n. C-409/95 (*Marschall c. Land Nordrhein-Westfalen*), *RIDL*, 1998, II, p. 207, con nota di L. Calafà *Le « quote condizionate » a favore delle donne al vaglio della Corte del Lussemburgo*, nonché *GI*, 1999, I, 1, p. 3, con nota di M. Caielli, *L'ammissibilità delle azioni positive finalizzate alla realizzazione della parità uomo-donna*; in proposito v. anche B. Veneziani, *A proposito di quote e percentuali nel diritto del lavoro italiano e comunitario*, *RIDL*, 1997, I, pp. 337-367, dove l'A. sostiene l'ammissibilità di tali misure, quando esse siano gestite per mezzo di strumenti flessibili, quali i contratti collettivi, e con adeguata attenzione alle esigenze concrete di equità che si manifestano in ciascun caso concreto; inoltre D. IZZI, *La Corte di giustizia e le azioni positive: da Kalanke a Marschall*, *LD*, 1998, pp. 675-317, e J. Hodges-Aeberhard, *L'action positive dans l'emploi ecc.*, cit., pp. 282-284. In riferimento alla questione della « discriminazione a rovescio » in favore del lavoratore straniero v. le sentenze della stessa Corte 16 giugno 1994, causa C-132/93, e 5 giugno 1997, cause riunite C-64 e 65/96, citt. nella nota 22 al § 22.

(170) Così, in riferimento a un caso in cui si faceva questione dell'attivazione di un asilo nido aziendale (o del rimborso della relativa spesa) riservato ai figli delle sole dipendenti donne P. Torino 2 maggio 1991, nonché Cass. 5 marzo 1984 n. 1444, citt. nella nota 98 e, in riferimento alla seconda, M.V. Ballestrero, *Ma gli uomini non devono essere uguali?*, *RIDL*, 1986, pp. 719-725; in riferimento alla corresponsione alle sole donne di tre ore aggiuntive di retribuzione in occasione della festa della donna dell'8 marzo, T. Milano 8 settembre 1993, *D&L*, 1994, p. 174. V. però C. cost. 21 aprile 1993 n. 179 (*RIDL*, 1993, II, p. 642, con nota di G.L. Pinto, *Babbo e mamma pari sono per i riposi giornalieri*), nel senso della incostituzionalità della mancata estensione al padre della riduzione di orario giornaliera nel primo anno di vita del bambino, disposta dall'art. 7 della legge n. 903/1977 in favore delle sole donne.

(171) V. in proposito § 80. Cfr. inoltre M. Grandi, *La subordinazione tra esperienza e sistema dei rapporti di lavoro*, in AA.VV., *Lavoro subordinato e dintorni*, a cura di M. Pedrazzoli, Bologna, 1989, p. 83.

(172) § 41: « ... riconoscere quelle distinzioni è necessario perché si tratta di forme fondamentali che con ogni verosimiglianza non potranno mai essere superate ».

(173) Categoria, questa, che ebbe peraltro anche un effimero riconoscimento legislativo, nell'ordinamento della Repubblica di Salò, con il c.d.

Decreto Spinelli (d.l. 2 marzo 1945), e poi con la recezione nel D.P.R. 28 luglio 1960 n. 98 del « concordato » 23 maggio 1946 in materia retributiva per il settore industriale (che può leggersi ne *Gli accordi interconfederali di lavoro dal 1944 al 1954*, cit. nella nota 24, p. 23). Nel senso della riconducibilità di questa categoria — ai fini delle differenziazioni legali di trattamento — nell'ambito della categoria operaia (in riferimento all'ordinamento precedente alla legge n. 190/1985) v. L. De Litala, *Qualifica del lavoratore e categorie intermedie*, RGL, 1958, I, pp. 177-191 e partic. p. 190; F. Mancini, *Le categorie dei prestatori di lavoro nell'ordinamento italiano*, cit. nella nota 30, pp. 902-904.

(174) Con il contratto collettivo per le *aziende di credito* 11 luglio 1999, però, i funzionari sono stati inseriti nella categoria dei quadri (v. in proposito nota 180). Sulla « sovranità » della contrattazione collettiva in materia di definizione della nozione di funzionario v. Cass. 10 settembre 1988 n. 5154, RIDL, 1989, II, p. 72, con nota di R. Filidei; Cass. 24 maggio 1991, DPL, 1991, p. 2151. V. inoltre M. De Cristofaro, *La figura del funzionario nel settore del credito*, RDL, 1979, pp. 370-429; Id., *L'inquadramento dei funzionari nel settore assicurativo*, DL, 1986, I, pp. 169-180, dove l'A. sostiene — contro l'orientamento dominante in dottrina: v. nota seguente — l'esistenza nell'art. 2095 di « un nucleo prescrittivo irriducibile, che attiene ai rapporti tra legge e contrattazione collettiva e consiste nel divieto di abolizione delle categorie legali ».

(175) Sulla piena legittimità ed efficacia della previsione, ad opera del contratto collettivo, di criteri generali di inquadramento anche radicalmente differenti rispetto a quelli di cui all'art. 2095, v. per tutti G. Giugni, *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, cit., p. 48 e più ampiamente pp. 174-185; F. Liso, *Categorie e qualifiche del lavoratore*, cit., p. 6. Il venir meno, nell'ordinamento costituzionale, di qualsiasi possibile funzione prescrittiva dell'art. 2095 è affermato con particolare incisività nelle *Osservazioni e proposte sull'art. 2095* approvate dal C.N.E.L. nell'assemblea del 10-11 luglio 1984, estensore L. Mengoni (possono leggersi RIDL, 1985, III, partic. pp. 25-29). In specifico riferimento all'unificazione delle categorie impiegatizia e operaia nell'« inquadramento unico », disposta dai principali contratti collettivi nazionali nella tornata dei rinnovi del 1972-1973, v. tra i primi commentatori G. Veneto, *La distinzione operai-impiegati nel suo sviluppo storico e inquadramento unico*, in AA.VV., *Inquadramento unico e professionalità. Problemi organizzativi e quadro legale*, cit. nella nota 9 (1973), pp. 13-24; M.V. Ballestrero, *Operaio, Enc dir.*, XXX, 1980, la quale attribuisce bensì all'art. 2095 un (pur limitato) valore prescrittivo il cui contenuto sarebbe consistito, all'origine, nella « necessità di trattamenti differenziati e meno vantaggiosi per coloro che sono collocati nelle posizioni più basse della scala gerarchica » (pp. 238-239); ma riconosce conclusivamente che tale contenuto prescrittivo è oggi « ormai privo di significati apprezzabili » (p. 252).

(176) V. in proposito ultimamente Cass. 5 maggio 1999 n. 4520, DPL, 1999, p. 2856; in precedenza, tra le numerose altre, Cass. 5 gennaio 1983 n. 47, DL, 1983, II, p. 187, con nota di A. Vallebona; Cass. 28 gennaio 1985 n. 454, RIDL, 1985, II, p. 699; Cass. 5 giugno 1987 n. 4926, GC, 1988, I, p. 478, con nota adesiva di E. Balletti, *Sui criteri di definizione del lavoro dirigenziale: l'art. 2095 e il ruolo dell'autonomia collettiva*: nella sentenza è affermata la necessità, ai fini della definizione delle categorie, del riferimento al contratto collettivo tanto nazionale quanto aziendale, ancorché stipulato al di fuori di un espresso rinvio dal livello nazionale; Cass. 30 agosto 1988 n. 5006, DL, 1988, II, p. 441: « L'appartenenza del prestatore di lavoro a una delle categorie di dirigente, impiegato e operaio fissate nel primo comma dell'art. 2095 c.c. deve essere accertata non sulla base di una astratta definizione della categoria stessa, ma alla stregua della disciplina negoziale applicabile, cui il secondo comma dello stesso articolo rimanda, in relazione al ramo di produzione e alla particolare struttura dell'impresa, risultante dai suoi peculiari criteri di auto-organizzazione »; identica la massima di Cass. 10 settembre 1988 n. 5154, RIDL, 1989, II, p. 69; in riferimento specifico alla nozione di dirigente Cass. 9 giugno 1990 n. 5608, DPL, 1990, p. 2709; Cass. 18 dicembre 1992 n. 13387, RIDL, 1993, II, p. 768, con nota di G. Carullo, *Un tentativo di innovare il concetto di collaborazione impiegatizia* (sulla prevalenza della disposizione collettiva su quella legislativa posta dal r.d.l. n. 1825/1924 in materia di distinzione fra operai e impiegati); Cass. S.U. 29 maggio 1993 n. 6030, RIDL, 1993, II, p. 653, con nota di R. Del Punta; Cass. 11 agosto 1994 n. 7374, RIDL, 1995, II, p. 480; Cass. 30 luglio 1997 n. 7129, ivi, 1997, p. 3399; Cass. 9 giugno 1998 n. 5684, ivi, 1998, p. 2971. In dottrina G. Ghezzi, U. Romagnoli, *Il rapporto di lavoro*, cit. nella nota 33 (1995), pp. 147-155; G. Pera, *Diritto del lavoro*, Padova, 1995<sup>5</sup>, pp. 411-416; F. Liso, *Categorie e qualifiche del lavoratore*, cit., pp. 7-9.

(177) Cfr. Cass. 22 dicembre 1983 n. 7568: « i requisiti di appartenenza alle singole categorie non possono non coincidere con quelli dettati dalla disciplina collettiva, dei quali non è sindacabile neppure la congruità, *salvi i casi in cui la normativa contrattuale determini i requisiti di appartenenza alle categorie legali con criteri tali da sconvolgere la natura sostanziale delle stesse, oppure determini i requisiti di appartenenza alle categorie contrattuali con criteri tali da alterare completamente i rapporti qualitativi e funzionali* fra le categorie contrattuali intermedie e le categorie legali finitime » (NGL, 1984, p. 257 — c.m.); nello stesso senso Cass. 30 luglio 1984 n. 4556, mass.; Cass. 16 luglio 1988 n. 4677, DPL, 1988, p. 3285. In dottrina la stessa affermazione limitativa della sovranità della contrattazione collettiva in materia di definizione dei criteri di inquadramento si legge, oltre che nello scritto di M. De Cristofaro del 1986 cit. nella nota 174, in F. Basenghi, *La figura del dirigente nell'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale*, DL, 1990, I, pp. 48-50.

(178) Sul contesto politico-sindacale dal quale ha preso avvio e nel quale si è svolto il lungo iter parlamentare della legge n. 190/1985, a cavallo tra l'VIII e la IX legislatura, v. AA.VV., *Impiegati e quadri nell'industria*, QRS, 1982, n. 96/97; P. Tosi, *Commentario della legge n. 190/1985*, NLCC, 1986, pp. 79-80; ivi ulteriori riferimenti, anche alla letteratura sindacale in argomento. Sul contenuto dei numerosi progetti di legge relativi alla riforma dell'art. 2095 e/o al c.d. « riconoscimento » dei quadri, presentati a più riprese da tutti i gruppi parlamentari tra il 1980 ed il 1984, v. C.N.E.L. (est. L. Mengoni), *Osservazioni e proposte sull'art. 2095 del Codice civile*, cit. nella nota 175, pp. 23-24; inoltre, e più diffusamente, M. Sala Chiri, *Le categorie dei lavoratori. Dalla tripartizione tradizionale al riconoscimento legislativo dei quadri intermedi*, Milano, 1986, pp. 193-216.

(179) Chi scrive, avendo partecipato alla prima fase dell'iter parlamentare (anche in qualità di primo firmatario di uno dei progetti di riforma dell'art. 2095 — p.d.l. 1° aprile 1981 n. 2493 —, nel quale peraltro si proponeva la soppressione di ogni suddivisione legale e il rinvio puro e semplice alla contrattazione collettiva), può testimoniare che la riproposizione della distinzione tra operai e impiegati in tutti i progetti di legge dei partiti della maggioranza dipese soltanto dall'inesistenza nella lingua italiana di un termine che comprendesse entrambe le figure tradizionali, dall'operaio e dell'impiegato, escludendo i dirigenti: l'espressione « lavoratori comuni », richiamata a questo proposito da G. Pera (*La legge per i quadri*, RIDL, 1985, I, p. 285), venne scartata perché fu ravvisata in essa una sfumatura spregiativa.

(180) Il riferimento è alla disciplina collettiva per le aziende di credito vigente fino al luglio 1999: con il rinnovo dell'11 luglio 1999 (cap. II, § 1 del relativo accordo) è stata creata la nuova categoria dei « quadri direttivi », nella quale sono stati inseriti tutti i dipendenti in precedenza inquadriati come funzionari, tranne quelli che, in attuazione di un precedente accordo del 28 febbraio 1998, sono stati inseriti nella categoria dei dirigenti.

(181) Tra i primi in questo senso G. Pera, *La legge per i quadri*, cit. nella nota 179, pp. 277-278; G. Giugni, *Giuridificazione e deregolazione nel diritto del lavoro italiano*, DLRI, 1986, p. 328 (« un caso di giuridificazione apparente ..., rara ipotesi di uso meramente simbolico della norma »); M. Dell'Olio, *I collaboratori dell'imprenditore*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da P. Rescigno, XV, I, Torino, 1986, pp. 253 ss.; G. Ghezzi, U. Romagnoli, *Il rapporto di lavoro*, cit., 1987<sup>2</sup>, p. 121; M. De Cristofaro, *L'inquadramento dei funzionari ecc.*, cit., pp. 170-171; P. Tosi, *Commentario della legge n. 190/1985*, cit. nella nota 178, p. 86; A. Garilli, P. Tosi, *Una nuova categoria legale: i quadri*, QDLRI, 1987, n. 1, p. 106, cui è dovuta l'espressione virgolettata nel testo, poi ripresa da A. Garilli, *Le categorie dei prestatori di lavoro*, cit., pp. 257-258. In senso contrario v. però G.C. Perone, *Criteri per l'identificazione della categoria dei quadri intermedi*, DL, 1986, I, pp. 137-143; M. Cerreta, *A favore del carattere precettivo della legge sui quadri*, ivi, pp. 144-163; P. Magno, *Sul carattere precettivo della legge sui « quadri »*, ivi, pp. 190-194; M. Tremolada, *La qualificazione dei quadri tra legge e contratto collettivo*, GI, 1988, I, 2, cc. 687-696.

(182) D. Luzzatto, *Intervento, in Mansioni e qualifiche dei lavoratori: evoluzione e crisi dei criteri tradizionali*, Milano, 1975, pp. 94-95. Nel senso della riferibilità della norma anche ai contratti collettivi postcorporativi v. altresì E. Ghera, *Diritto del lavoro*, Bari, 1982, pp. 144-145; G. Pera, *Diritto del lavoro*, cit. (1995), p. 411.

(183) V. in proposito § 68 e ivi particolarmente i riferimenti bibliografici cit. nella nota 162.

(184) V. la giurisprudenza cit. nella nota 176 (particolarmente Cass. 18 dicembre 1992 n. 13387), cui *adde* Cass. 14 maggio 1991 n. 5363, mass., e Cass. 17 maggio 1993 n. 5587, mass., tutte riferite alla distinzione fra operai e impiegati.

(185) V. l'incisiva sintesi dell'orientamento dominante proposta da F. Liso, *Categorie e qualifiche del lavoratore*, cit. nella nota 18, pp. 7-10. Inoltre

P. Tosi, *Categorie, qualifiche e revisione della legislazione sul rapporto di lavoro*, RIDL, 1986, I, p. 590; A. Garilli, *Le categorie dei prestatori di lavoro*, cit.: « la flessibilità è solo apparente a causa dei vincoli dell'ordinamento sindacale e del mantenimento in vigore del r.d. del '24 » (p. 67; v. inoltre pp. 101-102). Tra le sentenze della Corte di cassazione v. quella del 28 gennaio 1985 n. 454, RIDL, 1985, II, p. 699, con nota di R. Mancuso: « i criteri di qualificazione dell'attività lavorativa [dettati dalla legge sull'impiego privato del 1924] non trovano applicazione direttamente, salvo il limite eventuale derivante da norme inderogabili, quando il rapporto di lavoro sia disciplinato da contratti collettivi anche postcorporativi ... » (in motivazione, p. 701; sottolineatura mia), dove l'inciso esclude drasticamente che all'autonomia collettiva possa riconoscersi il potere di variare il campo di applicazione delle differenti discipline di fonte legislativa.

(186) Così l'art. 3 del R.D. 28 agosto 1924 n. 1422, recante il regolamento per l'esecuzione del R.D. 30 dicembre 1923 n. 3184 sull'assicurazione obbligatoria per invalidità vecchiaia e superstiti, con rinvio implicito alla definizione di impiegato contenuta nel D.Lgt. 9 febbraio 1919 n. 112; nonché l'art. 19 del R.D.L. 14 aprile 1939 n. 636 sulle assicurazioni obbligatorie per invalidità, vecchiaia, tubercolosi e disoccupazione involontaria. V. in proposito L. Barassi, *Previdenza sociale e lavoro subordinato*, Milano, 1954, pp. 251-255.

(187) Non più, invece, in materia di intervento ordinario della c.i.g., la cui estensione a impiegati e quadri è stata disposta senza alcuna modifica o limitazione, con l'art. 14, 2° c., della L. 23 luglio 1991 n. 223 (v. anche, in proposito, § 180).

(188) Sulle differenziazioni dei trattamenti di fonte legislativa, oltre che contrattuale, tra impiegati e operai, v. P. Petino, *Categorie dei lavoratori e principio costituzionale di pari dignità sociale - con particolare riferimento alla distinzione tra impiegati e operai*, cit. nella nota 33, pp. 37-72.

(189) Della quale si dirà nei §§ 182 e 183.

(190) Ai « prestatori di lavoro con qualifica di dirigente ai sensi dell'art. 2095 del codice civile » faceva riferimento anche, per escluderli dalla disciplina transitoria dell'indennità di contingenza, la L. 26 febbraio 1986 n. 38, i cui effetti sono ormai del tutto cessati.

(191) Un accenno in tal senso in G.C. Perone, *Criteri per l'identificazione della categoria ecc.*, cit. nella nota 181, pp. 142-143; con argomentazioni più ampie M. Sala Chiri, *Le categorie dei lavoratori*, cit. nella nota 178, pp. 225-226; M. Cerreta, *A favore del carattere precettivo ecc.*, cit. nella nota 181, p. 153; M. Tremolada, *La qualificazione dei quadri tra legge e contratto collettivo*, cit. nella nota 181, c. 693; v. inoltre A. Maresca, *Relazione in AA.VV., I quadri intermedi e lo Stato di diritto* (atti del convegno di Bari, 20 maggio 1989), Bari, s.d. ma 1990, pp. 48-49; Id., *Recensione a M. Sala Chiri, Le categorie ecc.*, RGL, 1988, I, p. 493.

(192) Così P. Magno, *Sul contenuto precettivo della legge sui « quadri »*, cit. nella nota 181, p. 192.

(193) In questo senso L. Mengoni, *Relazione, in Legge e contratto nella classificazione dei lavoratori vecchi e nuovi*, Torino, 1986, p. 18; ora anche QDLRI, 1987, n. 1, p. 43; P. Tosi, *Commentario cit.*, pp. 83-92; A. Garilli, P. Tosi, *Una nuova categoria legale: i quadri*, cit., p. 106; F. Liso, *Relazione in AA.VV., I quadri intermedi e lo Stato di diritto*, cit. nella nota 191, pp. 40-41.

(194) Cfr. nota 182 al § 177.

(195) V. nota 5 al § 157 e § 173.

(196) Cfr. F. Liso, *Categorie e qualifiche del lavoratore*, cit. nella nota 18, p. 8. Si è parlato a questo proposito di « un processo di osmosi tra giurisprudenza e contrattazione lì » dove quest'ultima ha recepito come requisiti della categoria gli indici evidenziati dalla prima: G. Roma, *Categorie dei prestatori di lavoro*, in C.N.E.L., *La revisione della normativa sul rapporto di lavoro* (a cura di F. Liso e M. Rusciano), vol. I, Roma, 1987, p. 114.

(197) Mi riferisco al periodo che va dai primi anni '20 ai primi anni '90. Negli anni successivi dottrina e giurisprudenza sembrano aver perso ogni interesse alla questione: per ciò che riguarda in particolare la giurisprudenza, non si registrano sentenze di rilievo in argomento dopo le ultime due della Corte di cassazione citate nella nota 184, rispettivamente n. 13387/1992 e n. 5587/1993. Segno, probabilmente, della sempre più ridotta rilevanza effettiva della distinzione fra operai e impiegati.

(198) Delle quali v. un elenco nel § 177.

(199) La singolare vitalità della legge sull'impiego privato, sopravvissuta alla riforma corporativa e all'avvento dell'ordinamento costituzionale, venne sottolineata con accenti vibranti da G. Petraccone a quasi quarant'anni dalla sua emanazione (*Vitalità della legge sul contratto d'impiego privato*, RGL, 1961, I, pp. 128-131). Ne sono passati altri quaranta, ed essa continua a costituire un riferimento normativo di qualche importanza nel nostro campo: ma forse più per demerito dell'inerte legislatore repubblicano (il quale non ha saputo produrre una nuova codificazione sistematica del diritto del lavoro), che per una effettiva « attualità » della normativa in essa contenuta e delle idee a cui essa era ispirata.

(200) Sui lavori parlamentari intorno alla proposta di legge presentata nella XXIII legislatura dagli onn. Luzzatti, Orlando e altri, poi ripresentata dagli stessi nella legislatura successiva, v. D.R. Peretti-Griva, *Il rapporto di impiego privato*, Milano, 1935, pp. 2-16, dove si osserva come la relazione Orlando del 1912 sul primitivo progetto di legge ben possa — data l'identità del testo legislativo — considerarsi direttamente esplicativa anche del contenuto del decreto-legge del 1924.

(201) Cfr. P. Greco, *Il contratto di lavoro*, Torino, 1939: « La distinzione si imposta perciò su di un criterio di prevalenza, il quale, se può dirsi che in generale serve abbastanza bene, non sempre tuttavia è decisivo » (p. 103). Nello stesso senso F. Pergolesi, *Il contratto individuale di lavoro nella nuova codificazione*, Bologna, 1942, p. 102; e L. Barassi, *Il diritto del lavoro*, vol. I, Milano, 1949: « La verità è dunque quella che in fondo si ricava da un attento esame delle numerose nostre decisioni giurisprudenziali, le quali si danno l'aria di stare nei limiti dell'art. 1 [del R.D.L. n. 1825/1924], mentre in realtà non fanno che seguire l'intuito vago del giudice. E cioè: siamo di fronte a due categorie sociali delle quali abbiamo un concetto discriminatore più per intuizione che per visione chiara e limpida dei connotati fisionomici; e per impressione soggettiva indefinibile che sentiamo quando qualcuno è impiegato e quando è operaio » (pp. 400-401); R. Corrado, *Trattato di diritto del lavoro*, vol. II, Torino, 1966, p. 583. Per i riferimenti alle radici dottrinali tedesche di questa alternativa metodologica v. L. Nogler, *Metodo tipologico e qualificazione dei rapporti di lavoro subordinato*, RIDL, 1990, pp. 200-209.

(202) V. in proposito § 82 e ivi particolarmente nota 31, in riferimento all'alternativa metodologica per la qualificazione del rapporto di lavoro. Alcuni Autori si sono spinti a proporre una fusione del procedimento di qualificazione del contratto con quello di inquadramento professionale della prestazione lavorativa, nell'ambito di un'operazione concettuale tendente a « superare la demarcazione delle due sfere, lavoro autonomo e subordinato, e a modellare la disciplina protettiva in ragione dell'approssimazione al tipo normativo di lavoro subordinato » (A. Garilli, *Le categorie dei prestatori di lavoro*, Napoli, 1988, p. 195; nello stesso senso, se ben comprendo il suo pensiero, L. Nogler nello scritto citato nella nota precedente).

(203) Cfr. P. Greco, *op. cit.*, p. 107, cui si rinvia anche per l'efficacissima critica dell'idea secondo la quale l'impiegato, a differenza dell'operaio, svolgerebbe mansioni « proprie » dell'imprenditore; nello stesso senso F. Mancini, *Le categorie dei prestatori di lavoro nell'ordinamento italiano*, cit., p. 898; v. anche la critica del criterio della collaborazione svolta da L. Barassi, *Il diritto del lavoro*, vol. I, cit., pp. 395-399, il quale tuttavia perviene alla conclusione secondo cui « bisogna, purtroppo, pensare che quello della collaborazione è pur sempre, ancor oggi, l'indice discriminatore meno deprecabile: ma non ci associamo assolutamente a una sua esaltazione, quale recentemente si è tentata ». La notissima distinzione proposta da F. Santoro Passarelli (*Impiego privato*, NDI, VIII, 1962, partic. p. 260; *Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli, 1966, p. 90) tra il collaborare all'impresa, proprio dell'impiegato, e il collaborare nell'impresa, proprio dell'operaio, per quanto suggestiva, non sembra reggere al mutamento profondo dell'organizzazione del lavoro e quindi alla critica della dottrina oggi prevalente: v. soprattutto F. Mancini, *op. ult. cit.*, pp. 929-933; P. Petino, *Categorie dei lavoratori e principio costituzionale di pari dignità sociale*, cit. nella nota 33, partic. 103-106; P. Tosi, *Il dirigente d'azienda. Tipologia e disciplina del rapporto di lavoro*, Milano, 1974, pp. 47-48. V. però le osservazioni storico-critiche in proposito di M.V. Ballestrero, *Operaio*, *Enc. dir.*, XXX, 1980, pp. 243-244. Il riferimento al « grado di collaborazione » come criterio decisivo di distinzione ricorre però sovente ancora oggi in giurisprudenza: v. nota 207.

(204) Cfr. la relazione della Commissione presieduta da B. Chimirri (26 marzo 1903) al disegno di legge Cocco Ortu-Baccelli, 26 novembre 1902 sul contratto di lavoro, dove l'esclusione degli impiegati dal campo di applicazione della disciplina ivi proposta era giustificata col fatto che « nelle loro mansioni prevale il lavoro intellettuale, che li accomuna ai professionisti, ai precettori, ai pubblicitari » (Atto Camera Dep. n. 205-A, p. 4). Cfr. anche

L. Barassi, *Il diritto del lavoro*, vol. I, cit., p. 390: « Bisogna convenire che questo binomio [operai/impiegati], che avrebbe la pretesa di esaurire il mondo dei lavoratori subordinati, risponde a un'oscura tendenza della nostra coscienza, che distingue tra chi lavora allo scrittoio e chi lavora presso le macchine. Le nostre leggi l'hanno pertanto accolta ».

(205) V. per tutte Cass. 4 agosto 1936, *MGL*, 1936, p. 416: « La materialità dell'opera, escludente l'applicabilità del R.D. 13 novembre 1924 n. 1825, non deve limitarsi soltanto a una prestazione puramente materiale, ma può anche estendersi, senza per questo invadere il campo delle prestazioni impiegate, di concetto o di ordine, a delicatissime opere manuali, inducenti solo una specializzazione di coloro che le eseguono »; ivi in nota l'indicazione di alcuni precedenti conformi della stessa Corte. Per ulteriori riferimenti giurisprudenziali dello stesso periodo v. *Massimario delle qualifiche del lavoratore* a cura di D. Napoletano, Napoli, 1955, pp. 122-135 e 172-173.

(206) Così, tra le ultime sentenze che si sono registrate in argomento (v. nota 197), Cass. 11 maggio 1990 n. 4068, *DPL*, 1990, p. 2450: « la collaborazione impiegatizia può ravvisarsi solo in un contributo all'impresa idoneo a integrare ed eventualmente sostituire l'attività propria dell'imprenditore; il che si verifica quando le mansioni svolte dal dipendente, nel campo tecnico o amministrativo, possano ricondursi a quei compiti di organizzazione, propulsione, direzione e vigilanza, che sono concettualmente propri del titolare dell'impresa e che egli ritiene opportuno delegare ad altri; mentre non è impiegato ma operaio chi non possiede, nemmeno in misura modesta, un'autonoma facoltà di decisione e d'iniziativa in ordine ai compiti affidatigli, ancorché trattisi di prestazioni non manuali ma di natura meramente esecutiva »; in concreto, la sentenza ha confermato l'attribuzione della qualifica impiegatizia a un lavoratore addetto a mansioni di registrazione e raccolta di dati sui movimenti delle merci nel magazzino aziendale. Avevano attribuito rilievo decisivo al carattere « sostitutivo o integrativo » delle mansioni anche Cass. 21 settembre 1979 n. 4871, *RGL*, 1980, II, p. 668; T. Bologna 25 luglio 1981, *OGL*, 1982, p. 280, P. Milano 20 febbraio 1982, ivi, p. 282, entrambe in riferimento a lavoratori addetti a mansioni semplici di sistemazione di documenti in archivio, ritenuti inquadrabili come operai; P. Milano 8 marzo 1991, *OGL*, 1991, p. 288, che, in base allo stesso criterio, ha qualificato come operaio un fattorino addetto allo smistamento della posta.

(207) Così, tra le ultime sentenze che si sono registrate in argomento (v. nota 197), Cass. 12 febbraio 1990 n. 981, mass. *NGL*, 1990, p. 471: « al fine della distinzione tra la categoria operaia e quella impiegatizia non è decisivo il carattere intellettuale o manuale dell'attività lavorativa svolta, ma il grado di collaborazione del lavoratore con l'imprenditore; pertanto rientra nella categoria operaia la prestazione che inerisce direttamente al processo produttivo e che si mantiene nell'ambito della semplice esecuzione senza esercizio di discrezionalità o di poteri decisionali, ancorché si tratti di attività che involga compiti di vigilanza o di controllo su altri operai in ordine ad aspetti meramente esecutivi del lavoro »; in concreto, la Corte ha ritenuto che un caposquadra dovesse essere qualificato come operaio. Il concetto della « collaborazione all'impresa » piuttosto che « nell'impresa » come criterio decisivo di distinzione delle mansioni impiegate da quelle operaie (v. nota 203) è richiamato in Cass. 3 marzo 1979 n. 1340, mass. Avevano attribuito rilievo decisivo al contenuto di autonomia delle mansioni, in precedenza, anche Cass. 12 luglio 1980 n. 4447, *OGL*, 1981, p. 320, in riferimento a un magazziniere (ritenuto inquadrabile come operaio); P. Torino 20 giugno 1983, *L80*, 1983, p. 1046. V. però A. Garilli, *Le categorie dei prestatori di lavoro*, cit., p. 83, secondo cui negli ultimi decenni la giurisprudenza si sarebbe orientata nel senso di espungere il requisito dell'autonomia operativa dai criteri di distinzione tra operai e impiegati.

(208) Cfr. in proposito P. Milano 30 novembre 1989, *OGL*, 1990, p. 49, secondo la quale « l'attività dell'impiegato di concetto è caratterizzata da un'attività intellettuale condotta in un'autonomia contenuta entro limiti prestabiliti, mentre l'attività dell'impiegato d'ordine si riferisce ad un'attività, pur sempre intellettuale, condotta senza alcuna possibilità di iniziativa ». Sulla distinzione tra impiegati d'ordine e di concetto v. più diffusamente § 181.

(209) Sul dirigente come *alter ego* dell'imprenditore v. 182.

(210) Il criterio dell'intellettualità o manualità delle mansioni è indicato come « il solo concretamente praticabile » nelle *Osservazioni e proposte sulla revisione della legislazione sul rapporto di lavoro* del C.N.E.L. (est. L. Mengoni), cit., p. 441. Sostanzialmente nello stesso senso R. Corrado, *Trattato di diritto del lavoro*, vol. II, cit., pp. 580-583; più recentemente l'estraneità della produzione di beni materiali rispetto alla prestazione impiegatizia è sottolineata da A. Garilli, *Le categorie dei prestatori di lavoro*, cit., p. 84. In senso contrario v. invece M. Dell'Olio, *I collaboratori dell'imprenditore*, cit. nella nota 181, pp. 268-270, dove tuttavia non è indicato chiaramente il criterio ritenuto preferibile; esplicita rassegnazione alla « indistinguibilità fra impiegato e operaio » esprime P. Sandulli, *Impiego privato*, *Enc. dir.*, XX, 1970, pp. 268-272. In giurisprudenza v. l'incisiva massima di P. Milano 9 gennaio 1990: « Ai fini della distinzione tra la qualifica di impiegato e quella di operaio non ha rilievo il grado di autonomia di cui il lavoratore gode nello svolgimento delle mansioni; ha invece rilievo esclusivamente il tipo di "utilità" che il lavoratore, direttamente o indirettamente, contribuisce ad apportare all'impresa. Quando l'utilità apportata consiste in una "modificazione materiale della realtà esistente" il lavoratore avrà la qualifica di operaio, quando l'utilità apportata consiste nel raggiungimento di "una nuova conoscenza della realtà" necessaria all'attività dell'impresa, il lavoratore avrà la qualifica di impiegato » (*OGL*, 1990, p. 51); nello stesso senso P. Torino 11 dicembre 1985, *DPL*, 1986, p. 232.

(211) Il criterio indicato è sostanzialmente seguito, ad esempio, da Cass. 20 settembre 1989 n. 3929, *DPL*, 1990, p. 190, in riferimento al caso di un gruppo di addetti al controllo di personale viaggiante, di cui viene confermata la qualifica impiegatizia; P. Milano 30 marzo 1989, *OGL*, 1989, p. 332, in riferimento all'addetto a prove di collaudo comportanti essenzialmente attività manuale; T. Milano 19 maggio 1990, *OGL*, 1991, p. 32, in riferimento a un magazziniere addetto alla ricezione e controllo di materiale in entrata in azienda, qualificato come operaio (mentre va qualificato senz'altro come impiegato il magazziniere che cura l'acquisto del materiale: cfr. P. Milano 21 giugno 1990, ivi, p. 31; v. anche, per un'altra figura di magazziniere-impiegato, la sentenza citata nella nota 206); P. Milano 9 gennaio 1990, *OGL*, 1990, p. 51, in riferimento a una lavoratrice addetta a mansioni di estrema semplicità e senza discrezionalità alcuna, ma pur sempre qualificabili come mansioni « d'ufficio » e quindi impiegate; P. Torino 21 gennaio 1986, *DPL*, 1986, p. 784, in riferimento al lavoratore addetto ad attività di rilevazione ed elaborazione elettronica di dati inerenti alla qualità del prodotto in un laboratorio chimico, ritenuto inquadrabile come impiegato in considerazione del « carattere prevalentemente intellettuale della prestazione »; P. Torino 24 luglio 1990, *OGL*, 1991, p. 40, in riferimento a un capo-turno addetto a mansioni di sorveglianza di un gruppo di operai « senza alcun contenuto concettuale »; P. Roma 14 aprile 1991, *NGL*, 1991, p. 286, in riferimento a un dipendente bancario addetto a mansioni di portineria, cui è stata negata la qualifica impiegatizia; P. Roma 20 giugno 1990, *NGL*, 1990, p. 646, in riferimento all'addetto alla contazione di pacchi e di moduli in stretta connessione con la (prevalente) attività manuale di sistemazione e prelievo degli stessi da scaffali in una azienda di credito (escluso pertanto dalla qualifica impiegatizia; soluzione identica di casi analoghi, sempre nel settore del credito, in T. Roma 21 luglio 1988, ivi, 1988, p. 785).

(212) Tra i casi-limite affrontati dalla giurisprudenza negli anni '80 (nell'ultimo decennio, come si è detto — nota 197 — la questione non è quasi più stata affrontata): T. Napoli 6 maggio 1980, mass., ha ritenuto corretto l'inquadramento tra gli operai dei lavoratori di uno stabilimento siderurgico addetti alla rilevazione di dati inerenti alla qualità del materiale prodotto, sul presupposto che si trattasse di mansioni « inerenti direttamente al ciclo produttivo e non anche all'organizzazione e amministrazione dell'azienda »; altrettanto ha ritenuto T. Milano 17 novembre 1982, *OGL*, 1983, p. 76, in riferimento al lavoratore addetto alla microfilmatura di fatture e allo sviluppo di pellicole; T. Torino 19 settembre 1983, *OGL*, 1984, p. 1001, ha invece riconosciuto la qualifica impiegatizia ai lavoratori addetti all'esecuzione di esami semplici di laboratorio in una fabbrica di materie plastiche; T. Milano 16 maggio 1990, *OGL*, 1991, p. 35, ha ritenuto corretto l'inquadramento tra gli operai del lavoratore addetto all'imbustamento e affrancatura di corrispondenza, mentre ha riconosciuto la qualifica impiegatizia all'addetto all'amministrazione di valori bollati.

(213) V. però a questo proposito le note 187 e 219.

(214) Il riferimento è a P. Greco, *Il contratto di lavoro*, cit. (1939): « Né si può escludere il sospetto che la legge del 1924 sia stata ispirata ancora al preconetto che considerava il lavoro di tavolino, anche se richiedente modestissime attitudini mentali e scarsissima cultura, come di rango superiore al lavoro di officina, contaminando una distinzione di tipi o di qualità di lavoro con una distinzione di condizioni sociali » (p. 110).

(215) Art. 6 del R.D. 1° luglio 1926 n. 1130, recante « Norme per l'attuazione della legge 3 aprile 1926 n. 563 sulla disciplina giuridica dei rapporti collettivi del lavoro »: « Non possono far parte della stessa associazione lavoratori intellettuali e manuali, anche se impiegati nello stesso tipo o nella stessa categoria di azienda. Possono invece essere riuniti nella stessa categoria, ma in separata sezione, con propria rappresentanza, impiegati tecnici

ed amministrativi ».

(216) Nel senso della piena « comparabilità » tra i contenuti professionali delle mansioni (tradizionalmente classificate come) « operaie » e « impiegatizie » e della possibile equivalenza tra di esse ai fini di cui all'art. 2103 c.c., v. Cass. 16 ottobre 1985 n. 5098, *GC*, 1986, I, p. 412, con nota di P. Ghinoy.

(217) Nel senso dell'illegittimità costituzionale della distinzione v. soprattutto P. Petino, *Categorie dei lavoratori e principio costituzionale di pari dignità sociale*, cit., partic. cap. III; inoltre U. Romagnoli, *Principio di uguaglianza e inquadramento unico*, in AA.VV., *Inquadramento unico e professionalità*, cit. nella nota 9, pp. 80-91; L. Montuschi, *Inquadramento unico: problemi di applicazione e di costituzionalità*, ivi, pp. 116-120.

(218) Cfr., in questo senso, E. Ghera, *Distinzione operai-impiegati e principio di equivalenza delle mansioni*, voce isolata in AA.VV., *Inquadramento unico e professionalità*, cit., pp. 144-146.

(219) Sul diverso regime del rischio di sospensione del lavoro per operai e impiegati v. le belle pagine di A. Garilli, *Le categorie dei prestatori di lavoro*, cit., pp. 35-36. In proposito G. Ghezzi (*La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, Milano, 1965, particolarmente pp. 139-146) sostiene però, sulla base di argomenti di diritto comune, l'applicabilità in via analogica agli operai della regola dell'invariabilità della retribuzione ex art. 6 u. c. del R.D.L. n. 1825/1924.

(220) Sugli interventi della Corte costituzionale in proposito v. le note 222-229.

(221) V. ad esempio il c.c.n.l. per le *aziende metalmeccaniche* 4 febbraio 1997, disc. gen., sez. III, art. 4, 3° c.: « La classificazione unica ... mentre determina comuni livelli di retribuzione minima contrattuale, non modifica per il resto la attribuzione ai singoli lavoratori dei trattamenti di carattere normativo ed economico (come, ad esempio, il trattamento di fine rapporto, gli aumenti periodici, gli adempimenti assicurativi, i trattamenti per sospensione e riduzione di lavoro ecc.) che continuano a essere previsti per gli impiegati, le categorie speciali e gli operai dalle disposizioni di legge, di accordo interconfederale e di contratto collettivo e che si intendono qui riconfermate, in quanto non esplicitamente modificate con il presente contratto ». Disposizioni pressoché identiche, che possono considerarsi di stile, sono contenute nel c.c.n.l. per le *imprese edili* 1° maggio 1991, parte comune, art. 79, 2° c.; nei contratti collettivi del settore tessile (v. ad. es. quello per il settore della *lana e feltro*, 27 luglio 1995, parte generale, art. 21) ; e in numerosi altri.

(222) Così, in motivazione, C. cost. 3 luglio 1985 n. 198, *FI*, 1985, I, c. 3082; v. anche, in precedenza, nello stesso senso, C. cost. 20 maggio 1976 n. 117, cit. nella nota 229; e C. cost. 4 maggio 1984 n. 136, *RGL*, 1984, II, p. 329 (in motivazione, p. 332).

(223) C. cost. 6 luglio 1971 n. 160, *RDL*, 1972, II, p. 19, e *FI*, 1971, I, c. 2114; v. le osservazioni in proposito di U. Romagnoli, *Principio di uguaglianza e inquadramento unico*, cit. nella nota 217, pp. 81-84.

(224) C. cost. 3 luglio 1975 n. 177, *RFI*, 1975, voce *Previdenza sociale*, n. 571, in riferimento all'art. 32, lett. b, della legge 29 aprile 1949 n. 264, nella parte in cui esso escludeva gli operai delle pubbliche amministrazioni, cui non fosse garantita la stabilità d'impiego, dall'assicurazione obbligatoria contro la disoccupazione involontaria, prevista invece per gli impiegati delle stesse amministrazioni; v. in proposito M. Cinelli, *La tutela del lavoratore contro la disoccupazione*, Milano, 1982, pp. 225-226.

(225) C. cost. 4 maggio 1984 n. 136, cit. nella nota 222, in riferimento alla legge 10 giugno 1940 n. 653 sul trattamento degli impiegati privati richiamati alle armi.

(226) C. cost. 5 novembre 1984 n. 247, *RGL*, 1985, II, p. 53, in riferimento agli artt. 29, 30 e 34 della legge 5 marzo 1961 n. 90 (stato giuridico degli impiegati dello Stato) e all'art. 23 della legge 18 marzo 1968 n. 249 (decentramento delle funzioni pubbliche e riassetto delle carriere e retribuzioni dei dipendenti statali). Non è stata invece ancora portata alla cognizione della Corte la questione di costituzionalità relativa alla limitazione ai soli impiegati della disciplina del comportamento contenuta nell'art. 6, 4° c., del R.D.L. n. 1825/1924 sull'impiego privato, probabilmente perché le discipline collettive della materia offrono ormai da tempo agli operai un livello di tutela pari a quello degli impiegati.

(227) C. cost. 3 luglio 1985 n. 198, cit. nella nota 222; in precedenza nello stesso senso C. cost. 30 gennaio 1974 n. 18, *MGL*, 1974, p. 17, e mass. p. 150 con nota di L. Riva Sanseverino; nonché *RGL*, 1974, II, p. 34, con nota di F. De Ambri Corridoni.

(228) Cfr. anche le osservazioni critiche in proposito di U. Romagnoli, *Principio di uguaglianza ecc.*, cit., pp. 84-85; C. Smuraglia, *Riflessioni sull'indennità di anzianità*, *RGL*, 1977, I, pp. 331-333; e M.V. Balestrero, *Operaio*, cit., pp. 250-251.

(229) C. cost. 20 maggio 1976 n. 117, *MGL*, 1976, p. 672, con nota di A. Lorusso, *In tema di disparità di trattamento fra impiegati e operai nella disciplina legislativa e convenzionale*, nonché *RGL*, 1976, II, p. 390, con nota dissenziente di F. De Ambri Corridoni.

(230) Sui limiti inferiore e superiore della sotto-categoria dell'impiegato con funzioni direttive v. rispettivamente Cass. 20 agosto 1996 n. 7664, mass., e Cass. 23 febbraio 1994 n. 1806, mass.

(231) P. Tosi, *Il dirigente d'azienda*, cit. nella nota 203, pp. 108-114.

(232) Cfr. Cass. 11 giugno 1952 n. 1678, *RDL*, 1952, II, p. 445: « L'impiegato di seconda categoria, il quale, promosso capo-gruppo, venga ritenuto facente parte di quel personale direttivo previsto dal R.D. 15 marzo 1923 n. 692, cui non sono applicabili le disposizioni sulla limitazione dell'orario di lavoro, non ha diritto solo per questo alla prima categoria impiegatizia; all'uopo deve guardarsi alle effettive mansioni esercitate in relazione alle suddivisioni di categoria effettuate dai contratti collettivi ».

(233) V. *Massimario delle qualifiche del lavoratore* a cura di D. Napolitano, cit. nella nota 205, pp. 115-120.

(234) Così P. Gorizia 27 aprile 1988, *L80*, 1988, p. 958; ivi in motivazione è citata come conforme Cass. 26 agosto 1986 n. 5222, inedita. V. inoltre, sostanzialmente nello stesso senso, Cass. 28 ottobre 1981 n. 5670, *OGI*, 1982, p. 27; Cass. 2 dicembre 1982 n. 6567, *GC*, 1983, I, p. 2051; Cass. 14 febbraio 1983 n. 1144, mass.; in Cass. 6 febbraio 1984 n. 909, viene invece posto l'accento sulla particolare qualificazione « intellettuale, culturale e operativa » dell'impiegato di concetto; v. infine P. Milano 30 novembre 1989 cit. nella nota 208.

(235) Gran parte di questo paragrafo, il cui testo è ripreso dal § 32 del mio commento all'art. 2095 c.c. nel *Commentario del Codice civile* dir. da P. Schlesinger, Milano, 1992, pp. 337 ss., è stata utilizzata parola per parola nella motivazione di Cass. 11 febbraio 1998 n. 1434 (*GC*, 1998, I, partic. pp. 947-949); la quale però, al termine dell'*excursus* sull'origine della definizione della figura del dirigente e i suoi sviluppi, giunge a una conclusione parzialmente differente da quella che avevo allora proposto: v. nota 256.

(236) Un antecedente storico di questa norma è costituito dalla legge 15 giugno 1893 n. 295, che, ai fini della costituzione dei collegi probivirali, prevedeva che « i direttori e gli amministratori tecnici e amministrativi e gli altri capi di uffici e di servizi con funzioni analoghe, gli institori e in generale gli impiegati muniti di procura » fossero iscritti nelle liste degli imprenditori (v. in proposito U. Toffoletto, *La qualifica di dirigente*, *RDL*, 1953, I, p. 278; alla stessa legge fa riferimento, tracciando la storia della categoria dirigenziale, C. cost. 6 luglio 1972 n. 121, *RGL*, 1972, II, in motivazione, p. 612).

(237) È significativo che ancora nelle trattazioni giuslavoristiche degli ultimi anni del periodo corporativo alla figura del « direttore » tecnico o amministrativo sia riservato uno spazio marginale come « grado » interno alla categoria impiegatizia (v. tra gli altri D.R. Peretti-Griva, *Il rapporto di impiego privato*, cit., 1935, pp. 155-157; P. Greco, *Il contratto di lavoro*, cit., 1939, p. 113); e che uno spazio relativamente maggiore sia dedicato a questa figura nei trattati di diritto corporativo (L. Barassi, *Diritto sindacale e corporativo*, Milano, 1934, pp. 188-190; F. Pergolesi, *Istituzioni di diritto corporativo*, Torino, 1935, pp. 158-159; G. Zanobini, *Corso di diritto corporativo*, Milano, 1940, p. 146; solo un rapido cenno, invece, in V. Feroci, *Diritto sindacale e corporativo*, Milano, 1934, pp. 75-76).

(238) Cfr. F. Pergolesi, *Dirigente di azienda*, *Enc dir*, vol. XII, 1964, pp. 617-619; G. Petraccone, *Dirigente d'impresa o d'azienda*, *NDI*, V, 1960, p. 664-665. Per una ricostruzione della vicenda giurisprudenziale v. P. Tosi, *Il dirigente d'azienda* cit., partic. pp. 20-35.

(239) V. Cass. 25 febbraio 1935, *RL*, 1937, p. 12: « Non è l'inquadramento [sindacale], ma la effettiva attività svolta, che fa attribuire la qualità di dirigente; la convenzione 26 aprile 1932 per i dirigenti d'aziende industriali si applica quindi anche a quelli non iscritti alla rispettiva Associazione, e nessuna clausola contrattuale in senso contrario è efficace a privarli dei diritti relativi, perché contra legem ». L'iscrizione all'associazione non soltanto non era considerata requisito necessario, ma neppure era considerata come dato sufficiente per il riconoscimento dei diritti inerenti alla qualifica dirigenziale, neppure quando l'iscrizione stessa fosse avvenuta con il consenso del datore di lavoro: v. in tal senso App. Bologna 8 gennaio



1939, mass. in *Massimario delle qualifiche del lavoratore*, cit., p. 87. È curioso osservare a questo proposito come la giurisprudenza di merito si sia mostrata più incline a riconoscere l'efficacia preclusiva delle clausole collettive in esame nei primi anni successivi all'abrogazione dell'ordinamento corporativo, quando evidenti motivi di ordine costituzionale avrebbero dovuto indurre a confermare senz'altro il precedente indirizzo della Corte di cassazione: v. nel senso della necessità di iscrizione all'associazione sindacale, in riferimento al c.c.n.l. 31 dicembre 1948 per i dirigenti di aziende industriali, App. Genova 9 luglio 1951, *OGL*, 1952, p. 158; App. Brescia 8 gennaio 1952, *ivi*, 1952, p. 278 e 294, la quale ha tuttavia accolto le rivendicazioni retributive del lavoratore in applicazione dell'art. 2099 c.c. (l'art. 36 Cost. non era ancora di moda); T. Milano 9 luglio 1953, *ivi*, 1953, p. 295. Ma v. già in senso contrario Cass. 16 ottobre 1954 n. 3822, *GI*, 1955, I, 1, c. 1075, con nota dissidente di G. Ardaù, *Ancora sull'efficacia soggettiva dei contratti collettivi di lavoro per i dirigenti d'impresa*; e T. Milano 18 maggio 1953, *OGL*, 1953, p. 297.

(240) F. Pergolesi, *Il contratto individuale di lavoro nella nuova codificazione*, cit. nella nota 201 (1942), pp. 105-106. V. anche le più analitiche considerazioni in proposito di L. Barassi, *Il diritto del lavoro*, vol. I, cit. *ivi*, pp. 380-390.

(241) L'orientamento favorevole al cumulo, sul quale in precedenza prevalevano le opinioni contrarie (v. in proposito U. Toffoletto, *La qualifica di dirigente*, cit. nella nota 236 (1953), pp. 291-294) ha incominciato ad affermarsi con la sentenza della Corte di cassazione 24 marzo 1956 n. 845 (*MGL*, 1956, p. 73); successivamente, nello stesso senso, tra le numerosissime altre, Cass. 14 febbraio 1977 n. 673, *ivi*, 1978, p. 119; 22 dicembre 1983 n. 7562, *LPO*, 1984, p. 344; 10 novembre 1987 n. 8279, *OGL*, 1988, p. 33 e p. 359 con nota di M. Di Ruocco, *Cumulo di cariche sociali e lavoro subordinato*; Cass. 28 dicembre 1998 n. 12860, *OGL*, 1999, p. 46, dove si sottolinea come possano essere sufficienti per configurare il carattere dirigenziale la prestazione lavorativa, alternativamente, la supremazia gerarchica nei confronti di un rilevante numero di dipendenti, oppure l'elevata qualità tecnico-professionale delle mansioni svolte. V. in proposito anche § 85.

(242) Purche' il termine *manager* sia inteso nel significato che gli è attribuito in Europa e non in quello che gli è attribuito in America, dove col termine stesso si indica sovente anche il *factotum* di basso livello (quale ad es. l'amministratore di condominio): anche secondo la nostra giurisprudenza più disponibile ad avallare l'ampliamento della categoria dirigenziale, e' pur sempre indispensabile per accedervi un grado elevato di autonomia e discrezionalità nelle decisioni e un'« ampiezza di funzioni tale da influire sulla conduzione dell'intera azienda o di un ramo autonomo di essa » (v. per tutte sul punto Cass. 12 agosto 1997 n. 7495, *NGL*, 1997, p. 551; Cass. 28 dicembre 1998 n. 12860, *GC*, 1999, I, p. 3059, con nota di F.M. Putaturo Donati, *Dirigenza: effettività di una nozione sociologica*, nonché *DL*, 1999, II, p. 510, con nota di C. Bozzi, *Una nuova figura di dirigente: né alter ego dell'imprenditore, né pseudo-dirigente*).

(243) Per un esempio recente in questo senso v. Cass. 5 febbraio 1997 n. 1068, *LG*, 1997, p. 945. Sul fenomeno dell'espansione verso il basso della categoria dirigenziale v. P. Tosi, *Il dirigente d'azienda*, cit., pp. 62-90; *Id.*, *Categorie, qualifiche e revisione della legislazione sul rapporto di lavoro*, cit. nella nota 185, p. 589; M. Sala Chiri, *Le categorie dei lavoratori*, cit. nella nota 178, pp. 104-112; A. Garilli, *Le categorie dei prestatori di lavoro*, cit. nella nota 9, pp. 203-210. In giurisprudenza, nel senso della insindacabilità in sede giudiziale della definizione della categoria dirigenziale contenuta nel contratto collettivo, v. Cass. 12 gennaio 1983 n. 217, *RIDL*, 1984, II, p. 178 (con nota dissidente di P. Fabris, *I dirigenti: un problema in via di soluzione?*), in riferimento al c.c.n.l. per i dirigenti delle aziende municipalizzate, che riconosceva la qualifica dirigenziale ai direttori di aziende farmaceutiche aventi la gestione di almeno cinque farmacie. Col tacito consenso delle parti sindacali interessate, va prevalendo in giurisprudenza l'orientamento nel senso della qualificazione come dirigente del direttore di testata giornalistica: v. in questo senso T. Milano 26 novembre 1994, *OGL*, 1994, p. 755; T. Milano 29 settembre 1997, *ivi*, 1999, p. 640.

(244) Per due esempi recenti in questo senso v. Cass. 24 ottobre 1995 n. 11051, *RIDL*, 1996, II, p. 359, con nota di L. Calafà, *Parità di trattamento e inquadramento dirigenziale alla Rai*; Cass. 12 agosto 1997 n. 7495, cit. nella nota 242. Sul punto v. più ampiamente *infra* in questo paragrafo.

(245) V. § 165 e *ivi* nota 86. Inoltre, in specifico riferimento all'accesso alla categoria dirigenziale, Cass. 18 aprile 1975 n. 1497, *FI*, 1976, I, c. 435; T. Venezia 21 aprile 1975, *RGL*, 1975, II, p. 1038; P. Bassano del G. 4 dicembre 1975, *GMer*, 1976, I, p. 406, con nota di D. Danza; Cass. 14 luglio 1976 n. 2738, mass.; Cass. 5 gennaio 1983 n. 47, *DL*, 1983, II, p. 187, con nota di A. Vallebona; Cass. 21 gennaio 1984 n. 530, *FI*, 1984, I, c. 2564; Cass. 15 ottobre 1985 n. 5031, mass. La clausola di riconoscimento formale contenuta nel contratto collettivo per il personale direttivo delle aziende di credito e finanziarie (27 ottobre 1987, rimasto invariato nell'ultimo rinnovo, del 22 giugno 1995, art. 83) è stata ritenuta legittima, in quanto sostanzialmente corretta da una elencazione precisa delle posizioni che danno accesso alla categoria dirigenziale, da Cass. 25 giugno 1988 n. 4314, *NGL*, 1988, p. 676, e Cass. 15 ottobre 1988 n. 5620, *ivi*, 1989, p. 17.

(246) Sul contenuto delle clausole in proposito contenute nei contratti collettivi per i dirigenti dei vari settori v. la rassegna curata dalla Cida con la collaborazione di G. Amoroso, pubblicata in *LSS*, 1988, n. 3, pp. 13-18.

(247) Cfr. E. Balletti, *Definizione della categoria e amministrazione congiunta dell'inquadramento nella contrattazione collettiva: i dirigenti*, *RGL*, 1988, I, pp. 345-357: « La specialità della funzione dirigenziale trova, in sostanza, forme di estrinsecazione molteplici e non predeterminabili a priori in termini compiuti ».

(248) La legittimità delle clausole collettive che prevedono una nozione di dirigente meno restrittiva rispetto alla nozione legale originaria è espressamente riconosciuta, tra le altre sentenze di cassazione dell'ultimo decennio, da Cass. 25 febbraio 1994 n. 1899, mass.; Cass. 25 marzo 1995 n. 3507, *GI*, 1995, I, 1, c. 1620; Cass. 21 aprile 1995 n. 4519, mass.; Cass. 11 marzo 1996 n. 1963, *NGL*, 1996, p. 678; Cass. 5 febbraio 1997 n. 1068, *LG*, 1997, p. 945; Cass. 23 marzo 1998 n. 3056, mass., cit. anche nelle note 258 e 269, dove si dà della nozione legale di dirigente una definizione molto restrittiva, ma si ammette esplicitamente che essa possa essere ampliata dalla disciplina contrattuale collettiva; v. anche Cass. 28 dicembre 1998 n. 12860, cit. nella nota 242. Per la giurisprudenza di merito v. T. Milano 8 marzo 1997, *LG*, 1998, p. 307. V. inoltre le sentenze citate nella nota 255 al § 183.

(249) V. Cass. 29 maggio 1995 n. 6041, *GC*, 1995, I, p. 1749 con nota di G. Pera, e *RIDL*, 1995, II, p. 898, con nota di S. Bartalotta, *Il licenziamento disciplinare del dirigente*; Cass. 23 agosto 1996 n. 7761, *LG*, 1997, p. 252, confermativa della sentenza di merito che aveva ritenuto inapplicabile la disciplina limitativa del licenziamento al vice-direttore di una piccola banca di provincia, essendo ritenuto irrilevante anche il demansionamento subito dal dipendente nel periodo che aveva preceduto il licenziamento; Cass. 28 ottobre 1997 n. 10627, *RGL*, 1999, II, p. 71, con nota di S. Veraldi, *I tratti distintivi della figura del dirigente e le zone d'ombra nell'interpretazione della Corte di cassazione: dirigente convenzionale o pseudo-dirigente?*: « Una volta acquisita da parte dell'interessato la qualifica di dirigente, non rileva, al fine di rendere applicabile la disciplina dei licenziamenti, la dequalificazione unilateralmente operata dal datore di lavoro, con l'assegnazione di mansioni non dirigenziali ». Non consta che la stessa questione sia mai stata posta in riferimento all'esclusione dei dirigenti dalla disciplina generale limitativa del contratto a termine.

(250) M.V. Ballestrero, *I licenziamenti*, Milano, 1975, pp. 303-311; v. anche A. Vallebona, *La distinzione tra dirigente e pseudo-dirigente per l'applicabilità della tutela legale contro il licenziamento ingiustificato*, *FI*, 1981, I, c. 832; P. Fabris, *I dirigenti: un problema in via di soluzione?*, cit. nella nota 243; F. Basenghi, *La figura del dirigente nell'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale*, *DL*, 1991, I, pp. 38-60. V. in proposito, inoltre, le fini osservazioni critiche di F. Liso, *Il licenziamento del dirigente « apparente »*, *RGL*, 1981, pp. 773-780. La necessità del riferimento rigoroso a una nozione legale di dirigente, essenzialmente legata alle funzioni svolte in azienda, ai fini dell'applicazione delle normative di fonte legislativa, è ricorrentemente affermata anche in giurisprudenza: v. per tutte Cass. 24 marzo 1993 n. 3457 (in riferimento all'applicazione del regime previdenziale Inpdai), *RIDL*, 1994, II, p. 427, con nota di A. Avio. Ma l'impressione è che si tratti per lo più di affermazioni rituali, svuotate di significato pratico dall'estrema elasticità della nozione a cui si riferiscono.

(251) V. ad esempio P. Nola 2 dicembre 1997, *OGL*, 1998, p. 50. Per questo motivo la — pur apprezzabile — teorizzazione di una funzione determinante della contrattazione collettiva nella specificazione dei confini della categoria dirigenziale settore per settore e addirittura azienda per azienda, proposta da E. Balletti (*Definizione della categoria e amministrazione congiunta dell'inquadramento ecc.*, cit. nella nota 247), non sembra idonea, da sola, a spiegare l'effettiva « elasticità » o mobilità dei confini stessi.

(252) P. Tosi, *Il dirigente d'azienda*, cit.; *Id.*, *Categorie, qualifiche e revisione della legislazione sul rapporto di lavoro*, cit. Aderiscono a questa teoria A.R. Tinti, *Il dirigente d'azienda nell'ultimo decennio: profili evolutivi*, *RTDPC*, 1979, partic. pp. 1164-1165; A. Garilli, *Le categorie dei prestatori di lavoro*, cit., pp. 191-235.

- (253) Per i riferimenti legislativi in materia di differenziazione della disciplina del rapporto di lavoro dirigenziale v. § 177.
- (254) La respingono nettamente, in quanto troppo distante dal diritto vivente, R. Scognamiglio, *Mansioni e qualifiche dei lavoratori*, cit., pp. 1121-1122; Id., *Diritto del lavoro*, Napoli, 1990, p. 220; G. Pera, *Dirigente d'impresa e d'azienda*, AppNDI, II, Torino, 1981, pp. 1099-1100; F. Liso, *Categorie e qualifiche dei lavoratori*, cit., p. 13.
- (255) Sono rimaste del tutto isolate le sentenze P. Genova 15 giugno 1974, *FI*, 1974, I, c. 2855; P. Roma 14 luglio 1976, *ivi*, 1977, I, c. 2775 (riformata da T. Roma 20 settembre 1977; sent. d'appello confermata da Cass. n. 2637/1981); P. Roma 20 gennaio 1981, *RGL*, 1981, II, p. 761, con nota di F. Liso, cit. nella nota 250. La recente ordinanza P. Milano 3 maggio 1999, con la quale si è ritenuto nullo l'art. 36 del contratto collettivo del settore sanitario nella parte in cui prevede l'applicabilità del recesso *ad nutum* anche ai « dirigenti sanitari » inquadrati al livello inferiore, è stata prontamente riformata da T. Milano 22 giugno 1999 (entrambi i provvedimenti possono leggersi in *D&L*, 1999, p. 665, con nota di A.L. De Cesaris, *I dirigenti nella dirigenza sanitaria: dai giudici del lavoro due pronunce contrastanti*).
- (256) Cass. 29 maggio 1995 n. 6041, cit. nella nota 249, commentata particolarmente per questo aspetto da P. Tosi, *Il licenziamento del dirigente: profili legali*, *RIDL*, 1996, I, pp. 387-398; Cass. 11 febbraio 1998 n. 1434, *GC*, 1998, I, p. 945, con nota di G. Pera, *Verso l'estensione della disciplina di legge sui licenziamenti a favore della bassa dirigenza?*; Cass. 4 febbraio 1998 n. 1151 (pubblicata insieme alla precedente in *RGL*, 1999, II, p. 71, con la nota di S. Veraldi già citata) dove si giunge ad affermare l'incompatibilità della qualifica dirigenziale con « l'esercizio di mansioni con vincolo di dipendenza gerarchica anche nei casi di aziende complesse con pluralità di dirigenti ».
- (257) Cass. 12 novembre 1999 n. 12571, *RIDL*, 2000, fasc. 3 in corso di pubblicazione, con nota di L. Venditti, *La Corte di cassazione sottrae al recesso ad nutum il licenziamento del dirigente minore*.
- (258) S. Trifiro', F. Colli, *Il licenziamento del dirigente*, *MGL*, 1999, partic. pp. 1159-1160. Sembra sostanzialmente orientata in questo senso Cass. 23 marzo 1998 n. 3056, cit. nelle note 248 e 269.
- (259) S. Magrini (*Spunti per una prima riflessione ecc.*, cit., p. 196) denuncia, a questo proposito « la preoccupante tendenza del nostro legislatore a ricalcare la tecnica propositiva di Monsieur de La Palisse »; cfr. anche G. Pera, *La legge per i quadri*, cit. nella nota 181, pp. 270-285; P. Tosi, *Commentario della legge n. 190/1985, NLCC*, 1986, pp. 79-92; A. Garilli, P. Tosi, *Una nuova categoria legale ecc.*, cit., p. 105; A. Garilli, *Le categorie ecc.*, cit., pp. 255-256; R. Scognamiglio, *Diritto del lavoro*, Napoli, 2000<sup>5</sup>, pp. 249-251. In senso contrario, con diverse argomentazioni, P.G. Alleva, *Legislazione e contrattazione collettiva nel 1984-1985, DLRI*, 1985, pp. 425-427 (che non nasconde però le proprie perplessità in proposito); G.C. Perone, *Criteri per l'identificazione della categoria ecc.*, cit. nella nota 181, I, pp. 137-143; M. Cerreta, *A favore del carattere precettivo ecc.*, cit. *ivi*, pp. 144-163; P. Magno, *Sul contenuto precettivo della legge sui « quadri »*, cit. *ivi*, pp. 190-194; A. Minervini, *La professionalità del lavoratore nell'impresa*, Padova, 1986, pp. 105-106; M. Tremolada, *La qualificazione dei quadri tra legge e contratto collettivo*, cit. nella nota 264. Non prende nettamente posizione sul punto M. Sala Chiri, *Le categorie dei lavoratori*, cit. nella nota 178, pp. 220-222. Per una rassegna di giurisprudenza in proposito v. ultimamente G. Girardi, *La categoria dei quadri secondo la giurisprudenza*, *LPO*, 1999, pp. 1519-1523.
- (260) In questo senso Cass. 6 giugno 1986 n. 3778, *NGL*, 1986, p. 261. In senso contrario all'estensione della nuova categoria agli ex « capi-operai » v. C. cost. 3 luglio 1985 n. 198, cit. nella nota 222 al § 180.
- (261) Cfr. in proposito la relazione introduttiva alla proposta di legge 1° aprile 1981 n. 2493/C, della quale chi scrive fu estensore e primo firmatario.
- (262) P. Brescia 21 gennaio 1987, *OGL*, 1987, p. 44; T. Firenze 18 marzo 1988, *RIDL*, 1989, II, p. 3, con nota di V.A. Poso; P. Pistoia 7 giugno 1989, *NGL*, 1989, p. 402, e *DL*, 1990, II, p. 193, confermata da T. Pistoia 11 febbraio 1991, cit. nella nota 268; P. Pistoia 13 ottobre 1989, *DPL*, 1990, p. 264 con nota di C. Della Ciana; P. Napoli 11 febbraio 1991, *NGL*, 1991, p. 35. Cass. 9 luglio 1987 n. 6006 (*OGL*, 1987, p. 925) ha sancito l'onere per chi rivendichi la qualifica di quadro di produrre il contratto collettivo su cui si fonda la sua pretesa, così implicitamente negando che la pretesa stessa possa fondarsi esclusivamente sulla legge (sentenza relativa al caso singolare di un funzionario di banca che rivendicava l'inquadramento nella categoria dei quadri a norma della legge del 1985 al fine di sottrarsi alla disciplina dell'orario del personale direttivo e di poter rivendicare la maggiorazione per il lavoro straordinario svolto: la Corte ha ritenuto senz'altro infondata la domanda sul presupposto che l'inquadramento nella nuova categoria non possa basarsi sul solo dettato legislativo, in assenza di una disposizione collettiva in proposito). Nello stesso senso v. inoltre Cass. 18 novembre 1997 n. 11461, mass. Ultimamente Cass. 12 gennaio 1999 n. 275 (*MGL*, 1999, p. 234; *OGL*, 1999, p. 359) ha ribadito l'inammissibilità del riconoscimento dell'inquadramento del lavoratore come « quadro » prima che la categoria sia stata definita da un contratto collettivo applicabile, anche quando questo sia intervenuto a disciplinare la materia dopo la scadenza del termine semestrale fissato dalla stessa disposizione. In precedenza, in senso contrario, v. però Cass. 27 febbraio 1995 n. 2246, mass.; la massima ufficiale fa apparire come orientata in senso parzialmente contrario anche Cass. 2 dicembre 1998 n. 12214 (*MGL*, 1999, p. 166), sottolineando come in motivazione la Corte abbia attribuito in questo campo alla legge il ruolo di norma-quadro, nonché una « funzione sussidiaria ... in assenza di fonti contrattuali integrative »; ma, in concreto, anche in questo caso la Corte ha respinto la pretesa del lavoratore di accedere alla categoria di « quadro » sulla base di una pretesa « nozione legale » della stessa contrastante con quella contrattuale.
- (263) P. Milano 10 febbraio 1986, *GC*, 1987, I, p. 434, con nota di G. Pera, *Il riconoscimento d'appartenenza alla categoria dei quadri ad opera del giudice*, nonché *OGL*, 1986, p. 955.
- (264) P. Bologna 30 novembre 1987, *GI*, 1988, I, 2, c. 687 con nota di M. Tremolada, *La qualificazione dei quadri tra legge e contratto collettivo*, nonché *NGCC*, 1988, I, p. 439, con nota di L. Bramante.
- (265) P. Milano 18 maggio 1989, *OGL*, 1989, p. 642, e *DPL*, 1989, p. 1866, dove in motivazione il giudice insinua addirittura il sospetto che il sindacato federale avesse deliberatamente scelto una definizione restrittiva della nuova categoria per ragioni di tattica concorrenziale nei confronti di un'organizzazione sindacale di soli quadri.
- (266) P. Milano 3 agosto 1989, *OGL*, 1989, p. 915.
- (267) P. Torino 10 giugno 1987, *DL*, 1987, II, p. 360, con nota adesiva di M. De Marinis.
- (268) T. Pistoia 11 febbraio 1991, *NGL*, 1991, p. 35.
- (269) V. in proposito soprattutto G. Giugni, *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, cit. nella nota 5, pp. 166-173; F. Liso, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Milano, 1982, pp. 145-146; R. Scognamiglio, *Diritto del lavoro*, cit. nella nota 259, pp. 243-244; in precedenza L. Barassi, *Il diritto del lavoro*, vol. I, cit., pp. 364-366. In senso contrario, ma nell'ambito di una costruzione teorica poco aderente al diritto vivente, P. Fabris, *I dirigenti: un problema in via di soluzione?*, *RIDL*, 1984, II, pp. 186-189. In giurisprudenza, nel senso della legittimità del « sovrainquadramento », Cass. 13 maggio 1965 n. 922, *RDL*, 1966, II, p. 132; Cass. 2 aprile 1986 n. 2261, inedita per quel che consta, in motivazione; Cass. 5 febbraio 1997 n. 1068, *LG*, 1997, p. 945; Cass. 23 marzo 1998 n. 3056, mass., cit. anche nelle note 248 e 258 (dove tuttavia si precisa che se l'attribuzione della categoria dirigenziale è frutto di sovrainquadramento, non ne deriva l'inapplicabilità della disciplina limitativa dei licenziamenti); e più in generale tutte le numerose altre sentenze che hanno negato che dall'inquadramento di un lavoratore derivi senz'altro il diritto allo stesso inquadramento di altri lavoratori svolgenti le stesse mansioni (in senso contrario, sull'onda della sentenza della Corte costituzionale n. 103/1989 di cui si è detto nel § 162, Cass. 9 febbraio 1990 n. 947 e P. Milano 22 dicembre 1989, entrambe *RIDL*, 1990, p. 380, con nota di L. Failla, e Cass. 8 marzo 1990 n. 1888, *ivi*, p. 799, con nota di G. Cassata). Come si è visto, la libertà dell'imprenditore di sovrainquadrare i propri dipendenti non è affatto inconciliabile con il principio di parità di trattamento, così come esso è stato progressivamente costruito dalla nostra giurisprudenza (§§ 161-165): v. infatti in proposito, anche dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 103/1989, Cass. 16 giugno 1989 n. 2907, *MGL*, 1989, p. 356 e *NGL*, 1989, p. 281. In talune circostanze può tuttavia essere onere del datore di lavoro dimostrare che l'inquadramento di un lavoratore è volutamente superiore a quanto previsto da un contratto collettivo aziendale, onde il sovrainquadramento non possa assumere il valore di un comportamento rilevante ai fini dell'interpretazione della pattuizione collettiva, a norma dell'art. 1362 c.c.: v. in proposito Cass. 20 gennaio 1989 n. 320, mass.
- (270) Sulla distinzione tra « qualifica » e « categoria » v. il riferimento a G. Giugni, *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, nella nota 5.
- (271) Attribuisce valore di ricognizione confessoria stragiudiziale alla menzione della categoria sul prospetto paga P. Ascoli Piceno 16 maggio 1990, *DLMarche*, 1990, p. 169. V. però le osservazioni riduttive di G. Giugni, *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, cit., sulla rilevanza negoziale

della qualifica annotata sul libretto di lavoro (pp. 79-82) e della comunicazione ex art. 96 disp. att. (pp. 153-169).

(272) « Qualifica » e « livello di inquadramento » del lavoratore devono essere indicati dal datore di lavoro anche nella comunicazione all'Ufficio regionale del lavoro e alla Commissione regionale per l'impiego relativa alla collocazione del lavoratore stesso « in mobilità », a norma dell'art. 4, c. 9°, della legge 23 luglio 1991 n. 223.

(273) Cfr. sul punto A. Aranguren, *La qualifica nel contratto di lavoro. Il diritto soggettivo alla qualifica*, Milano, 1961, pp. 193-196.

(274) Cfr. Cass. 15 maggio 1989 n. 2328, mass.: « Nel procedimento logico-giuridico diretto alla determinazione dell'inquadramento del lavoratore subordinato non può prescindersi da tre fasi successive, occorrendo accertare in fatto le attività concretamente svolte dal lavoratore stesso, individuare poi categorie, qualifiche e gradi previsti dalla disciplina collettiva e porre quindi in rapporto il risultato della prima indagine con le previsioni di detta disciplina ». Nello stesso senso in precedenza, tra numerosissime altre, Cass. 13 gennaio 1988 n. 153, mass.; Cass. 27 marzo 1985 n. 2170, mass.

(275) A questo fine può senz'altro, a mio avviso, considerarsi come « sistema di inquadramento » anche un sistema aziendale di *job evaluation*, quando esso sia costituito da un insieme di criteri predeterminati e verbalizzati di valutazione dei singoli posti di lavoro: v. in proposito nota 57 al § 162. Sul principio di diritto comunitario che impone la predisposizione di un sistema di inquadramento professionale, al livello di settore o almeno a quello aziendale, in funzione dell'effettività del divieto di discriminazioni, v. nota 76 al § 163.

(276) E. Gragnoli, *Considerazioni sul « diritto alla qualifica »*, RIDL, 1991, I, p. 231.

(277) Cfr. Cass. 6 dicembre 1988 n. 6660, mass.: « A norma dell'art. 2103 c.c. è legittima — tanto più se al riguardo sia intervenuto un accordo (anche *per facta concludentia*) delle parti — la modifica *in pejus* dell'inquadramento del lavoratore determinata dalla riclassificazione secondo la nuova disciplina collettiva del rapporto, che non preveda l'immutabilità della più favorevole qualifica dovuta ai sensi della disciplina precedente, essendo il detto peggioramento in linea con i principi in tema di successione di contratti collettivi ». V. inoltre in proposito §§ 71 e 176.

(278) V. nota 286. In dottrina, nel senso della configurabilità di un « diritto all'inquadramento » o « alla categoria », o « alla qualifica », come diritto a se' stante, non riducibile a mera espressione sintetica dell'insieme dei diritti collegati alla posizione del lavoratore in azienda, v. R. Scognamiglio, *A proposito del diritto del lavoratore alla qualifica e della sua prescrittibilità*, nota dissenziente a Cass. n. 7151/1987, MGL, 1987, pp. 656-660; G. Pera, *Diritto del lavoro*, cit. (1995<sup>5</sup>), p. 413. In precedenza v. soprattutto A. Aranguren, *La qualifica nel contratto di lavoro. Il diritto soggettivo alla qualifica*, cit. nella nota 273, pp. 185-216. Per una efficace sintesi dei termini della questione v. inoltre D. Napoletano, *Categorie, qualifiche e mansioni nel rapporto di lavoro*, Novara-Roma, 1968, pp. 20-26.

(279) V. soprattutto G. Giugni, *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, cit. nella nota 5, pp. 174-225; Id., *Mansioni e qualifica*, Enc. dir., XXV, Milano, 1975, pp. 550-552 (il medesimo A., però, parla di « diritto [del lavoratore] al giusto inquadramento, che, prima ancora che dal contratto di lavoro, è stabilito dalla stessa legge (art. 96 disp. att. c.c.) » nel suo scritto su *I limiti legali dell'arbitrato nelle controversie di lavoro*, RDL, 1958, I, p. 40). In senso conforme L. Riva Sanseverino, *Il lavoro nell'impresa*, Torino, 1973, pp. 305-306 (dove l'A. parla di un « diritto soggettivo riferito non tanto a una data qualifica, quanto al trattamento economico e normativo conseguente allo svolgimento di mansioni comprese in una data qualifica o categoria »); U. Carabelli, *Osservazioni in tema di diritto alla « maggiore qualifica » e di prescrizione dei crediti del lavoratore*, nota ad App. Bari 24 gennaio 1975, RGL, 1975, II, p. 1024; F. Fabbri, *Il vecchio art. 2103 cod. civ. tra prescrizione e « novazione » (alcuni spunti critici in tema di diritto alla qualifica)*, RGL, 1977, II, pp. 384-393; F. Santoni, *La posizione soggettiva del lavoratore dipendente*, Napoli, 1979, pp. 82-86; A. Maresca, *La prescrizione dei crediti di lavoro*, Milano, 1983, pp. 331-343; S. Centofanti, *Prescrizione e lavoro subordinato*, Napoli, 1987, pp. 129-130, che tuttavia — se ben comprendo — sembra poi contraddirsi a p. 132; A. Garilli, *Le categorie dei prestatori di lavoro*, cit., pp. 106-107 (ma v., dello stesso A., l'intervento al Convegno di Torino su *Legge e contratto nella classificazione dei lavoratori: vecchi e nuovi modelli*, Torino, 1986, p. 60, dove, se ben intendo, è sostenuta la tesi contraria); E. Gragnoli, *Considerazioni sul « diritto alla qualifica »*, cit. nella nota 276.

(280) G. Giugni, *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, cit., particolarmente pp. 189-195; nello stesso senso Cass. 1° settembre 1987 n. 7151, cit. nella nota seguente. Per una trattazione critica del concetto di *status* in riferimento alla posizione del lavoratore subordinato v. anche F. Santoni, *La posizione soggettiva ecc.*, cit., pp. 69-80; A. Vallebona, *Questioni sull'oggetto della prescrizione in materia di lavoro: diritto, fatto, rapporto fondamentale, status*, nota dissenziente a Cass. 17 settembre 1985 n. 4697 (sentenza nella quale si afferma l'applicabilità della prescrizione decennale all'azione di accertamento dello *status* di lavoratore subordinato), GC, 1986, I, pp. 827-829; A. Maresca, *Alcune osservazioni su « status » e prescrizione dei diritti dei lavoratori*, nota dissenziente a Cass. 28 luglio 1986 n. 4817 (orientata in senso analogo alla precedente della stessa Corte teste citata), RGL, 1986, II, pp. 282-287.

(281) Il riferimento è a Cass. 1° settembre 1987 n. 7151, MGL, 1987, p. 527, e OGL, 1987, p. 1153; Cass. 29 ottobre 1998 n. 10832, OGL, 1998, p. 879, e MGL 1999, p. 256, dove è pubblicata con il n. 10332. In senso contrario v. però, tra le più recenti Cass. 18 maggio 1995 n. 5486, MGL, 1995, p. 381; Cass. 23 agosto 1997 n. 7911, DPL, 1997, p. 3613.

(282) Nel senso della nullità dell'atto con cui il lavoratore accetta il sottoinquadramento v. per tutti G. Giugni, *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, cit., pp. 220-224.

(283) In questo senso F. Fabbri, *op. cit.* nella nota 279, pp. 392-393; A. Maresca, *La prescrizione dei crediti di lavoro*, cit., pp. 337-339; e implicitamente G. Giugni, *Mansioni e qualifica ecc.*, cit., pp. 220-224.

(284) Nel senso della piena validità della rinuncia del lavoratore al sovrainquadramento, in quanto diritto non derivante da norma inderogabile, R. Scognamiglio, *Mansioni e qualifiche dei lavoratori*, AppNDI, IV, 1983, p. 1114. Non mi constano invece precedenti dottrinali, o giurisprudenziali, sulla legittimità della rinuncia del lavoratore a una promozione a mansioni superiori, promessagli dall'imprenditore al di fuori di qualsiasi vincolo legislativo o collettivo.

(285) Per questa impostazione della questione del regime di nullità o annullabilità delle rinunce v. G. Pera, *Le rinunce e le transazioni del lavoratore*, nel *Commentario del Codice civile* diretto da P. Schlesinger, Milano, 1990, particolarmente pp. 38-39.

(286) V. tra le numerose altre Cass. 18 marzo 1977 n. 1080, RGL, 1977, II, p. 365, e Cass. 9 aprile 1977 n. 1360, ivi, p. 366, alle quali entrambe si riferisce il commento critico di F. Fabbri cit. nella nota 279; Cass. 7 maggio 1979 n. 2613 e Cass. 4 aprile 1980 n. 10, FI, 1980, I, cc. 987-988; Cass. 14 aprile 1986 n. 2628, mass.; Cass. 10 giugno 1986 n. 3843, mass.; Cass. 6 novembre 1986 n. 6517, mass.; Cass. 6 marzo 1987 n. 2397, mass.; Cass. 25 giugno 1987 n. 5606, mass.; Cass. S.U. 18 dicembre 1987 n. 9417, mass.; Cass. 29 gennaio 1988 n. 806, mass.; Cass. 5 febbraio 1988 n. 1234, mass.; e ancora Cass. 15 maggio 1989 n. 2328, mass., dove si afferma l'esistenza di un diritto del lavoratore « al riconoscimento del proprio status, con tutto ciò che a esso si riconnette, in corrispondenza alle concrete mansioni svolte »; e Cass. 29 maggio 1990 n. 4996, mass., dove si riafferma l'applicabilità della prescrizione decennale al « diritto alla qualifica », « senza che ai fini della decorrenza della prescrizione abbia rilievo la consapevolezza o meno del lavoratore circa il proprio diritto al trattamento (superiore) corrispondente all'attività svolta ». V. però App. Bari 24 gennaio 1975 (RGL, 1975, II, p. 1024, con nota dissenziente di U. Carabelli, cit. nella nota 279), dove è ritenuta applicabile al diritto alla qualifica la prescrizione quinquennale, decorrente peraltro in corso di rapporto. La questione di costituzionalità dell'estinzione per prescrizione decennale in corso di rapporto di diritti del lavoratore non immediatamente attinenti alla retribuzione è stata respinta dalla Corte costituzionale con le sentenze 29 aprile 1971 n. 86 (RGL, 1971, II, p. 3, con nota parzialmente dissenziente di L. Bigliuzzi Geri, *A proposito della legittimità costituzionale dell'art. 2946 cod. civ. con riferimento a diritti nascenti dal rapporto di lavoro subordinato*), 21 maggio 1975 n. 115 (DG, 1975, p. 730, con nota di F. Santoni, *Ancora sulla prescrizione del diritto alla qualifica*) e 1° giugno 1979 n. 40 (ivi, 1979, II, p. 383, con nota di A. Maresca, *Decorre o non decorre la prescrizione in costanza del rapporto di lavoro? L'ultima parola al legislatore*); in tema v. anche la nota critica di F. Santoni, *Sulla prescrizione del « diritto alla qualifica » e sulla stabilità del rapporto di lavoro*, DG, 1975, pp. 62-76; e S. Centofanti, *Prescrizione e lavoro subordinato*, cit., p. 131.

(287) Per alcune indicazioni sull'origine e la struttura di questo istituto v. G. Giugni, *Introduzione allo studio della autonomia collettiva*, Milano, 1960, pp. 152-153, in nota; M. Grandi, *L'arbitrato irrituale nel diritto del lavoro*, Milano, 1963, pp. 318-325 (ivi ulteriori riferimenti alla dottrina e giurisprudenza precedenti); F. Focareta, *I comitati paritetici per le qualifiche: analisi di un'esperienza*, QDLRI, 1987, n. 1, *L'inquadramento dei*

lavoratori, pp. 177-193; A. Garilli, *Le categorie dei prestatori di lavoro*, cit., pp. 68-75.

(288) *Relazione al Re sulle Disposizioni per l'attuazione del libro del Codice civile « Del Lavoro »* (1941).

(289) V. Cass. 28 dicembre 1949 n. 2659, *RGL*, 1949-50, II, p. 146; T. Milano 15 giugno 1950, *MGL*, 1950, p. 159; T. Milano 17 ottobre 1951 e 12 novembre 1951, *OGI*, 1952, risp. p. 160 e p. 165; Cass. 31 luglio 1952 n. 2457, *RDL*, 1952, II, p. 521; Cass. S.U. 26 giugno 1954 n. 2208, *GC*, 1954, p. 1528; T. Salerno 2 maggio 1958, *RGL*, 1958, II, p. 307, con nota parzialmente dissenziente di D. Benanti, *Commissioni tecniche per le qualifiche ed azione giudiziaria*; e implicitamente Cass. 2 luglio 1958 n. 2362, cit. nella nota 297. In senso contrario, cioè nel senso dell'insindacabilità dell'accertamento in fatto compiuto da una Commissione Tecnica Paritetica istituita a norma del c.c.n.l. 31 gennaio 1947 per le imprese tessili, T. Savona 24 marzo 1950, *RGL*, 1949-50, II, p. 357; inoltre T. Napoli 11 giugno 1975 e 21 gennaio 1976, *OGI*, risp. 1975, p. 650, e 1976, p. 371, nonché App. Napoli 9 ottobre 1976, *DL*, 1977, II, p. 30, che hanno ritenuto insindacabile addirittura la valutazione del « valore tecnologico » di singole posizioni di lavoro nell'ambito di un sistema aziendale di *job evaluation*, e la loro conseguente classificazione, operata dal comitato tecnico di uno stabilimento dell'Italsider.

(290) L. Riva Sanseverino, *Il lavoro nell'impresa*, cit. nella nota 279, pp. 316-317; nello stesso senso V. Simi, *Sui limiti di sindacabilità degli accertamenti dei collegi tecnici per le qualifiche*, *DL*, 1948, II, p. 22; e, se ben intendo il suo pensiero, G. Ardaù, *Manuale di diritto del lavoro*, vol. II, Milano, 1972, pp. 806-809. V. però in senso contrario A. Aranguren, *La qualifica nel contratto di lavoro*, cit., pp. 208-209; M. Grandi, *L'arbitrato irrituale ecc.*, cit., pp. 321-324, e, sia pure soltanto in un inciso, G. Ghezzi, *La responsabilità contrattuale delle associazioni sindacali*, Milano, 1963, p. 46.

(291) G. Giugni, *I limiti legali dell'arbitrato nelle controversie di lavoro*, *RDL*, 1958, I, pp. 39-40: « non sembra che vi sia ostacolo alcuno ad ammettere che, dati determinati rapporti completi e perfetti, vengano precostituiti mezzi per la ulteriore determinazione degli stessi, la funzione dei quali non sia quella di prevenire la lite, quanto, più esattamente, di agevolare l'esecuzione stessa del rapporto »; Id., *Mansioni e qualifica ecc.*, cit., p. 196. In senso contrario M. Grandi, *op. ult. cit.*, dove il « parere » del collegio tecnico è definito come « accertamento tecnico-peritale non vincolante, concretantesi in una atipica "dichiarazione di scienza" di specifici elementi di fatto, dichiarazione impugnabile, nell'ordinamento particolare in cui s'inserisce [cioè quello corporativo], per vizi inerenti al suo intrinseco contenuto ricognitivo » (p. 322).

(292) Ancora L. Riva Sanseverino, *op. ult. cit.*, p. 317; inoltre, con ampia argomentazione P. Lambertucci, *Efficacia dispositiva del contratto collettivo e autonomia individuale*, Padova, 1990, pp. 215-222. La stessa regola era da sempre affermata dalla giurisprudenza in riferimento agli accertamenti dei collegi tecnici paritetici istituiti dai contratti collettivi corporativi: v. tra le altre Cass. 28 dicembre 1949 n. 2659 e Cass. 31 luglio 1952 n. 2457, citate nella nota 289; v. anche D. Napoletano, *Categorie, qualifiche e mansioni nel rapporto di lavoro*, cit., p. 70.

(293) Così, ad esempio, il c.c.n.l. 6 dicembre 1950 per le imprese tessili, art. 5, all. 4, cui si riferisce la sentenza del Tribunale di Salerno citata nella nota 289; il c.c.n.l. 22 gennaio 1951 per i maglifici, a cui si riferisce App. Genova 20 giugno 1958, *RGL*, 1958, II, p. 417 (che, in contrasto con Cass. n. 2362/1958, cit. nella nota 297, ha negato carattere arbitrario alla decisione del comitato); il c.c.n.l. del 1953 per le aziende elettriche municipalizzate, a cui si riferisce la sentenza della Corte di cassazione teste menzionata; l'accordo allegato alla parte « impiegati » del c.c.n.l. 17 settembre 1963 per le imprese alimentari; il c.c.n.l. 16 giugno 1965 per l'industria della gomma, cavi elettrici e affini; l'accordo aziendale SIP del 1985, nonché gli altri analoghi dello stesso periodo (v. anche nota seg.) citati da F. Focareta, *I comitati paritetici ecc.*, cit., pp. 186-189. È peraltro pacifica in giurisprudenza la nullità della clausola collettiva (come quella contenuta nel c.c.n.l. 24 giugno 1959 per le imprese edilizie) che subordina al tentativo di conciliazione esperito davanti al comitato paritetico l'esercizio dell'azione giudiziale del lavoratore per la rivendicazione dell'inquadramento superiore: v. Cass. 7 ottobre 1977 n. 4290, *MGL*, 1978, p. 706; in dottrina sul punto L. Riva Sanseverino, *loc. ult. cit.*

(294) Così il c.c.n.l. 29 aprile 1953 per le aziende elettriche municipalizzate, a cui si riferisce Cass. 2 luglio 1958 n. 2362, cit. nella nota 297; il c.c.n.l. 15 dicembre 1966 per le imprese metalmeccaniche private e il coevo c.c.n.l. per le imprese metalmeccaniche a prevalente partecipazione statale (clausole poi riprese nei contratti successivi degli stessi settori del gennaio 1970); il c.c.n.l. 27 novembre 1966 per le imprese chimiche; il c.c.n.l. per il settore metaniero delle PP.SS. del 1967.

(295) Così il c.c.n.l. 6 gennaio 1962 per le imprese grafiche, cui si riferisce App. Brescia 2 febbraio 1968, *OGI*, 1968, p. 217 (la quale ha ritenuto valida ed efficace nel caso concreto la clausola che subordinava la promozione del lavoratore a un « giudizio di idoneità » affidato a un'apposita commissione tecnica); inoltre il c.c.n.l. del 1982 per le aziende municipalizzate del gas e acqua; il c.c.n.l. 6 marzo 1983 per le Casse di risparmio ed enti equiparati; il c.c.n.l. 25 gennaio 1983 per l'ENEL (v. in proposito anche nota 303 e la sentenza della Pretura di Pontedera ivi citata); nonché gli altri citati a questo proposito da F. Focareta, *op. cit.*, pp. 191-193.

(296) L'attribuzione della presidenza del comitato paritetico a un funzionario dell'Ispettorato del lavoro non è più prevista — salvo qualche eccezione — nei contratti collettivi successivi agli anni sessanta.

(297) Cass. 2 luglio 1958 n. 2362, *RGL*, 1958, II, p. 417, con nota di D. Benanti, *Indisponibilità del diritto alla qualifica e commissioni tecniche*. V. però la giurisprudenza di merito posteriore citata da M. Papaleoni, *La vincolatività degli accordi sindacali in materia di qualifiche*, *GC*, 1982, I, pp. 1570-1571.

(298) Cfr. in proposito E. Balletti, *Definizione della categoria e amministrazione congiunta dell'inquadramento nella contrattazione collettiva: i dirigenti*, *RGL*, 1988, I, pp. 343-380.

(299) Per un caso di cogestione fra impresa e rappresentanze sindacali, prevista da accordo aziendale (acc. az. *Dalmine* 26 aprile 1971 e 25 febbraio 1972), dell'operazione di inquadramento dei singoli lavoratori, v. P. Massa 14 giugno 1974, *OGI*, 1975, p. 67, e — con data 30 maggio 1974 — *RGL*, 1974, II, p. 982, con nota adesiva di V. Di Nubila, *Livelli o fasce retributive previsti dall'inquadramento unico nel settore metalmeccanico e poteri del giudice*: in quel caso, oltre alla definizione dei criteri di inquadramento, « l'accordo aziendale prevedeva un'ulteriore fase (per la sua applicazione concreta) in sede locale; sulla base di quanto era stato concordato a livello aziendale nazionale, la società avrebbe dovuto convenire con le organizzazioni sindacali l'inserimento nominativo dei singoli lavoratori nei livelli che per essi erano stati genericamente concordati in sede nazionale. Questa fase consentiva alle parti una possibilità di manovra limitata proprio perché l'accordo nazionale era stato lungamente meditato e aveva previsto minutamente le caratteristiche specifiche che consentivano l'inserimento nei diversi livelli ».

(300) Cfr. A. Garilli, *Le categorie ecc.*, cit., pp. 279-280; P. Lambertucci, *Efficacia dispositiva ecc.*, cit., pp. 319-350. In giurisprudenza, sostanzialmente nello stesso senso ancorché variano nelle motivazioni le qualificazioni delle fattispecie concrete esaminate, Cass. 8 gennaio 1980 n. 155, *OGI*, 1980, p. 329; Cass. 2 febbraio 1983 n. 890, mass.; Cass. 24 gennaio 1984 n. 602, *RGL*, 1984, II, p. 373; Cass. 10 dicembre 1984 n. 6493, mass. V. in proposito anche M. Papaleoni, *La vincolatività degli accordi sindacali in materia di qualifiche*, cit. nella nota 297; ivi ulteriori riferimenti dottrinali.

(301) Cfr. A. Garilli, *Le categorie ecc.*, cit., pp. 281-284. In giurisprudenza Cass. 22 settembre 1979 n. 4912, *OGI*, 1979, p. 1309; Cass. 18 febbraio 1982 n. 1035, *GC*, 1982, I, p. 1568, cui si riferisce il commento di M. Papaleoni, cit. nella nota prec.; Cass. 5 giugno 1987 n. 4926, ivi, 1988, I, p. 478, dove si afferma la validità ed efficacia nei confronti dei singoli lavoratori interessati dell'accordo stipulato da un imprenditore con una rappresentanza sindacale del personale dirigenziale sui criteri per l'inquadramento del personale stesso; P. Massa 14 giugno 1974, cit. nella nota 299; P. Pesaro 5 luglio 1976, *DL*, 1977, II, p. 28 (in riferimento all'accordo aziendale *Montedison* 8 marzo 1974); P. Milano 18 giugno 1990, *L80*, 1990, p. 675 (in riferimento a un accordo aziendale vigente presso l'*Azienda Energetica Municipale*). Per la distinzione tra le clausole collettive aventi a oggetto soltanto la « classificazione astratta » e quelle aventi a oggetto la « qualificazione concreta », oltre alla nota di V. Di Nubila alla sentenza del Pretore di Massa teste cit. (partic. pp. 1008-1009), v. M. Miscione, *La classificazione dei lavoratori nella contrattazione aziendale, ne l'inquadramento dei lavoratori*, *QDLRI*, n. 1, 1987, pp. 160-161. Sulle tendenze sindacali in proposito v. P. Zanelli, *Contratti di gestione e gestione degli inquadramenti*, ivi, pp. 165-175.

(302) Cfr. § 176; inoltre E. Balletti, *Definizione della categoria ecc.*, cit., particolarmente pp. 377-380.

(303) Cfr. P. Pontedera 18 febbraio 1985, *RGEneI*, 1985, p. 149, in riferimento alla commissione paritetica per l'individuazione dei livelli professionali prevista dall'art. 17 del c.c.n.l. 25 gennaio 1983 per l'ENEL. P. Torino 9 febbraio 1985 (pubbl. ivi) precisa in proposito che

« l'individuazione da parte della commissione paritetica dei livelli professionali previsti dall'art. 17 del c.c.n.l. deve aver luogo nel rispetto dei criteri e delle altre indicazioni contenute nel contratto collettivo stesso: di conseguenza l'operato di tale commissione deve ritenersi sindacabile sotto un duplice profilo: a) regolarità formale della sua costituzione e della procedura seguita nello svolgimento dei lavori; b) osservanza dei criteri contrattualmente definiti con riferimento alle caratteristiche oggettive delle singole posizioni lavorative ». V. inoltre in argomento le considerazioni — tutte condivisibili — di A. Garilli, *Le categorie ecc.*, cit., pp. 283-289.

(304) Cfr. la voce *Arbitraggio*, *Enc dir*, II, 1958, pp. 888-889, senza indicazione dell'Autore. Nello stesso senso v. recentemente Cass. 16 maggio 1998 n. 4931, *RIDL*, 1999, II, p. 46, con nota di M. Cattani, *Sull'inquadramento del personale ad opera di una commissione paritetica e sulla qualificazione del relativo potere determinativo in termini di arbitraggio*, sempre in riferimento alla disciplina collettiva della materia vigente presso l'Enel.

(305) Cfr. in proposito *Logiche e strumenti della classificazione contrattuale: caratteri evolutivi e proiezioni sui fabbisogni futuri*, a cura del CRORA (Centro di ricerca dell'Un. Bocconi), Milano, 1990, particolarmente pp. 4.94-4.116; inoltre, nello stesso senso, F. Carinci, *L'evoluzione storica, QDLRI*, 1987, n. 1, *L'inquadramento dei lavoratori*, pp. 37-38.

(306) Per una presa di posizione — decisamente in controtendenza rispetto all'opinione dominante — nel senso dell'ammissibilità nel nostro ordinamento attuale delle controversie collettive di lavoro v. T. Carnacini, *Intervento al congresso Aidlass su Il contratto collettivo di lavoro*, Milano, 1968, pp. 86-90. Nello stesso senso, più recentemente, G. Pera, *Le rinunce e le transazioni del lavoratore*, cit.: « Non vi è alcun ostacolo a che una parte collettiva firmataria sottoponga la lite al magistrato, in contraddittorio con la controparte, potendosi così avere una sentenza che fa stato nei confronti delle parti collettive e di quelle individuali: la clausola va interpretata nel modo ritenuto dal giudice » (p. 118).

(307) Cfr. C.N.E.L., *Osservazioni e proposte sulla revisione della legislazione sul rapporto di lavoro* (est. L. Mengoni), cit. nella nota 175, dove si evidenzia « l'utilità di riattivare i collegi per le qualifiche previsti dall'art. 96 disp. att. c.c., estendendone la competenza anche alle controversie sull'equivalenza delle mansioni. I contratti collettivi potrebbero poi, ai sensi dell'art. 808 c.p.c., investirli di poteri arbitrali non solo per l'accertamento dei fatti rilevanti, ma anche per la valutazione di essi ai fini della determinazione della qualifica o delle mansioni equivalenti » (ivi p. 444). Nello stesso senso F. Carinci, *Inquadramento dei lavoratori e mobilità professionale*, in AA.VV., *Il dibattito intorno alla riforma della legislazione sul rapporto di lavoro*, Roma, C.N.E.L., 1989, p. 84; P. Zanelli, *Contratti di gestione e gestione degli inquadramenti*, cit. nella nota 301, pp. 173-174.