

CAPITOLO VI

TEORIA GENERALE DELLE DIFFERENZIAZIONI DI TRATTAMENTO E PRINCIPIO DI PARITÀ

Sommario - SEZ. I. CLASSIFICAZIONE DEI CRITERI POSSIBILI DI DIFFERENZIAZIONE. — 1. Introduzione. - 2. Prima classe: criteri attinenti al contenuto della prestazione. — 3. Seconda classe: criteri attinenti alla capacità professionale del lavoratore indipendentemente dal contenuto del suo debito contrattuale (c.d. «qualifica soggettiva»). — 4. Terza classe: criteri non attinenti né alle mansioni né alla capacità soggettiva del lavoratore. — 5. Quarta classe: criteri volti a dividere i lavoratori in categorie non comunicanti fra loro. - SEZ. II. IL PRINCIPIO DELLA COMMISURAZIONE DEL TRATTAMENTO AL CONTENUTO DELLA PRESTAZIONE E LA QUESTIONE DELLA PARITÀ DI TRATTAMENTO. - 6. La «giusta retribuzione» secondo l'art. 36 Cost.. — 7. 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. — 8. La determinazione unilaterale di sistemi di differenziazione dei trattamenti da parte dell'imprenditore. Gli orientamenti giurisprudenziali in proposito dopo la sentenza n. 103/1989. — 9. I sistemi aziendali non contrattati di valutazione delle prestazioni e differenziazione dei trattamenti. — 10. L'inquadramento a discrezione del datore di lavoro e la questione delle c.d. «clausole di riconoscimento formale».

SEZIONE I

CLASSIFICAZIONE DEI CRITERI POSSIBILI DI DIFFERENZIAZIONE

1. - Introduzione

I sistemi di inquadramento o comunque di differenziazione dei trattamenti (1) — contrattati o imposti unilateralmente dagli imprenditori — sono di fatto, 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 ses-

(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 — cit. anche nel cap. II, § 4 —, 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

so 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 (§ 4), 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.

2. - 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 giuslavoristi 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.

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 § 8.

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^a cat.; l'attrezzista come operaio di 1^a; la dattilografa come impiegata di 4^a; 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 testè 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: cap. VII) (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 svolga 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 svolga 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).

(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 seconda 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.

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 può essere differenziato (7); inoltre nel caso, ben circoscritto dall'art. 2103 c.c., nel quale è 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 prescindenda dalle mansioni superiori svolte temporaneamente in passato. Maggiore rilevanza assume la distinzione tra i criteri dei primi due tipi e quelli del terzo, cui può essere affidata la funzione di valorizzare la versatilità del lavoratore rispetto alla sua specializzazione (8) (così nel c.d. «inquadramento unico», introdotto nei principali settori dell'industria nei primi anni '70, alcuni commentatori hanno ravvisato un — almeno tendenziale — superamento del riferimento al «mestiere» inteso in senso tradizionale, in favore di una più ampia considerazione delle potenzialità 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 può 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 può essere svolta da due lavoratori con un diverso grado di capacità e conoscenza della lingua stessa; una medesima mansione di direzione di filiale bancaria può essere svolta da due lavoratori con un diverso grado di esperienza o capacità di iniziativa; e il contratto collettivo può attribuire rilevanza alla conseguente diversità di contenuto — e «valore» — della prestazione, anche eventualmente riconoscendo al datore di lavoro uno spazio di discrezionalità in

(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).

proposito per la differenziazione dei trattamenti (11). Il riferimento a un livello accettabile di capacità del lavoratore nello svolgimento dei compiti assegnatigli è, 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 abilità (12), dovendo altrimenti l'assegnazione intendersi fatta in funzione di una fase di addestramento preliminare, che non dà 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 parità di mansioni, ad aspetti particolari della prestazione, quali ad esempio la sua estensione nell'unità di tempo (13), la disponibilità 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'unità produttiva), la responsabilità 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.

3. - Seconda classe: criteri attinenti alla capacità 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 rap-

(11) V. in proposito §§ 8 e 9 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 (v. cap. VII), oltre che di specifica disciplina nella Direttiva comunitaria 15 dicembre 1997 n. 81.

(14) V. in proposito la sentenza della Corte di Giustizia 17 ottobre 1989 (*Danfoss*), cit. nella nota 49 al cap. VII.

(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 nei rinnovi del 1999 e del 2003) 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: 2001), 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».

porti di lavoro diversi (17) mirano a valorizzare direttamente non la professionalità 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 è 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 però in forma esclusiva: essi compaiono per lo più in combinazione con criteri riferiti alle mansioni effettivamente svolte.

4. - Terza classe: criteri non attinenti né alle mansioni né alla capacità 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

(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. *Fasce di qualificazione*, *QISFOL*, N. 71, 1980; *Professionalità e contesti produttivi*, *ivi*, n. 78, 1982.

(18) V. in proposito Cass. 29 maggio 1999 n. 5281, *OGL*, 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. nella nota 5, 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 autoferrottramvieri disciplinato

anzianità di servizio nell'azienda, nel settore, e/o in una determinata qualifica. È ben vero che l'anzianità può sovente essere considerata quale indice di esperienza, quindi di maggiore professionalità, con conseguente classificabilità di questo criterio, da un punto di vista sostanziale, nella prima o nella seconda classe sopra individuate (21); ma in molti altri casi l'anzianità 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 professionalità soggettiva: è 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 «adetto 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 (ONU) del 1966, 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 lavo-

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. § 6 del cap. VII.

(22) C.c.n.l. per le *imprese metalmeccaniche* cit. nella nota 16, 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. Sulla questione di costituzionalità delle differenziazioni retributive disposte dalla contrattazione collettiva in ragione della dislocazione geografica dell'azienda v. cap. VIII.

(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.

ratori al fatto che essi abbiano compiuto il servizio militare, o al numero delle gravidanze avute (vedremo — nel capitolo VII — 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, come vedremo più da vicino nel cap. VII — 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

(26) V. sul punto anche § 6. 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 corrispettiva», 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 6 al cap. VII.

(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. Oggi la differenziazione del trattamento in ragione dell'età è vietata dalla direttiva comunitaria n. 78/2000, cui ha dato attuazione, per questa parte, il d. lgs. n. 216/2003 (v. in proposito cap. VII, §§ 1-2).

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.

5. - 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 co-

(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?*.

munque 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 auto-determinazione della categoria contrattuale (cap. III, sez. III).

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 (categorie alle quali si aggiunge dal 1985 quella dei quadri). 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 di-

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

sciplina 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. 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 conclusivo fra i rispettivi contenuti professionali.

(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.

SEZIONE II

IL PRINCIPIO DELLA COMMISURAZIONE DEL TRATTAMENTO AL CONTENUTO DELLA PRESTAZIONE E LA QUESTIONE DELLA PARITÀ DI TRATTAMENTO

6. - La «giusta retribuzione» secondo l'art. 36 Cost.

Abbiamo visto nel § 7 del cap. II come il nostro ordinamento faccia proprio, insieme a un principio di “uguaglianza radicale” e di neutralizzazione dei fattori di disuguaglianza, anche un principio, in parte contrastante, di commisurazione del trattamento del lavoratore alla quantità e qualità del suo lavoro. Quest'ultimo principio ha il suo fondamento nell'art. 36 Cost.: se l'“inquadramento” è, per definizione, la suddivisione dei lavoratori in categorie in funzione della determinazione del loro trattamento (§ 1), da questa norma costituzionale 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 (§ 2) — 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 ten-

(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.

ga 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 variï 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).

(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, 1995³, p. 147.

(34) V. § 4 e ivi nota 26.

(35) Cfr. Cass. 21 giugno 1986 n. 4139, cit. nella nota 10 al § 2, 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 obbiettive, 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.

7. - 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

(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.

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

(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 § 9 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 è 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 *OGI*, 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 pa-*

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 (§§ 9-10); 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

rità 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. Grasseti*, 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.

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: § 10). 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 del 1989, 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. (cap. VII), 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 as-

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. nella nota 41, 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. nella nota prec., 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. CASTELVETRI: *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. CASTELVETRI, *Riduzioni di personale e «principio di razionalità»*, MGL, 1999, pp. 940-94.

soggettamento 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 (§ 6) 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 privile-

(48) Sulla contrattazione aziendale in materia di inquadramento professionale dei lavoratori e sulla distinzione tra accordi di «classificazione astratta» e accordi di «qualificazione concreta», rinvio al mio *Il contratto di lavoro*, I, Milano, 2000, pp. 665-668 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; *ID. 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 § 1.

gi, 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 (§ 6) 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

(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 pervenire 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 § 1 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.

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:

(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 situazioni 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. § 1 del capitolo VII.

(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. nella nota 5, 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 comparable worth, ovvero l'equa valutazione del lavoro*, in AA.VV.,

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 infatti 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, portato coerentemente 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

Comparable worth e segregazione del lavoro femminile, cit. nella nota 2, pp. 7-26; A. GARILLI, *Le categorie dei prestatori di lavoro*, cit. nella nota 9, pp. 102-105.

(58) 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.

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).

8. La determinazione unilaterale di sistemi di differenziazione dei trattamenti da parte dell'imprenditore. Gli orientamenti giurisprudenziali in proposito dopo la sentenza n. 103/1989

(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. nella nota 5, 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. nella nota 41, c. 2891.

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: v. § 4). 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

(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. nella nota 38, p. 62; C. ZOLI, *La tutela delle posizioni «strumentali» del lavoratore*, cit. nella nota 44, 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

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 obbiettive 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

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 clause generali*, cit. nella nota 41, 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).

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, come si è visto, 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 (§ 7) 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.

(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.

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, an-

(69) Per la stessa osservazione, in riferimento all'art. 36 Cost., v. in precedenza G. PERA, *Diritto del lavoro*, Padova, 1998³, pp. 407-408; ID., *Sulla parità di trattamento tra i lavoratori*, cit. nella nota 41, p. 397; L. VENTURA, *Il problema della parità di trattamento retributivo*, cit. nella nota 61, pp. 577-578.

(70) Cfr. G. DE RITA, *Intervento in Presentazione del volume «Questioni attuali di diritto del lavoro»*, cit. nella nota 62, p. 17; A. MARESCA, *La Cassazione «scopre» la parità di trattamento ecc.*, cit. nella nota 41, 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. CASTELVETRI, *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. nella nota 5, 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.

cora 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* - *MBO*) (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 preconstituito. 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 imponibile all'imprenditore l'onere della prova rigorosa della fondatezza in fatto della relativa valutazione, dal momento che nella grande maggioranza dei casi

(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 corrispettività 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 derivantigli 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).

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).

(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. nella nota 61: «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. nella nota 18, 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

9. 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).

Ciò 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

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; e in dottrina P. TULLINI, *A proposito di parità di trattamento ecc.*, cit. nella nota 40, 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. CASTELVETRI, *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. nella nota 74: «la politica meritocratica di gestione degli incentivi di retribuzione individuali o di gruppo interessa[va nel 1986] rispettivamente il 54,6% e il 15% delle imprese italiane, ma coinvolge[va] il sindacato solo nel 9,4% delle aziende» (p. 188). Queste percentuali sono andate aumentando: v. in proposito, per il decennio successivo allo scritto testè citato, Consiglio Nazionale dell'Economia e del Lavoro, *Rapporto sulle retribuzioni e sul costo del lavoro*, Milano, 1997, pp. 182-197 e partic. p. 185.

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).

10. 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

(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.*

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

(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. nella nota 9, 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.

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

(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).