

Archivio selezionato: Sentenze Cassazione civile

Autorità: Cassazione civile sez. un.

Data: 29/05/1993

Numero: 6030

Classificazioni: LAVORO SUBORDINATO (Contratto particolare) - Voce storica "LAVORO SUBORDINATO (Contratto individuale)" - - qualifiche

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONI UNITE CIVILI

Composta dagli Ill.mi Sigg. Magistrati:

Dott.	Antonio	BRANCACCIO	Primo Presidente
"	Vincenzo	SALAFIA	Pres. di Sez.
"	Romano	PANZARANI	Consigliere
"	Francesco	FAVARA	"
"	Raffaele	NUOVO	"
"	Renato	SGROI	"
"	Alessandro	PAOLUCCI	"
"	Francesco	AMIRANTE	"
"	Massimo	GENGHINI	Rel. "

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso iscritto al n. 1127-91 del R.G. AA.CC., proposto da

SNAM S.P.A., in persona del Presidente e legale rappresentante p.t., elett.te dom.ta in Roma, Lungotevere Michelangelo n. 9 c-o lo studio dell'avv.to Mattia Persiani che la rappresenta e difende unitamente agli avv.ti Silvio Filippi e Camillo Paroletti, giusta procura speciale per Notaio Dr. Giovanni Andreottola di Milano del 11.1.1991 rep. n. 45.825.

Ricorrente

contro

GIANFRANCO BALLALI, elett.te dom.to in Roma, Via Cosseria n. 5 c-o lo studio dell'avv.to Gustavo Romanelli che lo rappresenta e difende unitamente all'avv.to Sergio M. Carbone, giusta delega in calce al controricorso.

Controricorrente

Avverso la sentenza n. 220-90 del Tribunale di Genova sezione lavoro dep. il 22.1.90.

Udita nella Pubblica Udienza tenutasi il giorno 19.2.93 la relazione della causa svolta dal Cons. Rel. Dr. Genghini.

Udito l'avv.to M. Persiani.

Udito il P.M., nella persona del Dr. Mario Di Renzo, avv.to gen.le c-o la Corte Suprema di Cassazione che ha concluso per l'accoglimento.

Fatto

Svolgimento del processo

Con ricorso al pretore di Genova depositato il 25 agosto 1987, Ballali Gianfranco chiedeva nei confronti della datrice di lavoro S.P.A. SNAM accertarsi il suo diritto alla qualifica di 1 ufficiale radiotelegrafista, ai fini del trattamento economico, con decorrenza dal 29 agosto 1984, e condannarsi la società al pagamento delle conseguenti differenze retributive rispetto a quanto percepito dalla data indicata, a titolo di retribuzione come 2 ufficiale telegrafista, con rivalutazione ed interessi; precisava che la società giustificava il diniego della qualifica pretesa in base all'Art. 6 dell'accordo integrativo aziendale in data 11 marzo 1982, e chiedeva pertanto dichiararsi la nullità di tale clausola contrattuale.

Si costituiva la società che resisteva alla domanda.

Il pretore rigettava il ricorso.

Il lavoratore proponeva appello, insistendo nella domanda; si costituiva la società che chiedeva confermarsi la impugnata sentenza.

Il tribunale accoglieva il gravame ritenendo che la sentenza n. 103 del 9 marzo 1989 della Corte Costituzionale avesse affermato che il nostro ordinamento giuridico ha accolto il principio che ai lavoratori spettano retribuzione ed inquadramento uguali a parità di lavoro prestato, e che le possibili disparità e differenziazioni di trattamento siano tollerabili solo se giustificate e ragionevoli; tale principio vincola non solo il datore di lavoro individuale, ma le parti sociali in sede collettiva, essendo anche loro tenute a rispettare i precetti costituzionali; riteneva peraltro che l'accordo integrativo 11 marzo 1982 applicabile alla fattispecie contenesse una irragionevole ed ingiustificata discriminazione, a parità di anzianità di servizio, tra gli ufficiali aventi 10 anni di navigazione effettiva su sole navi nazionali (inseriti tra i primi ufficiali), e quelli aventi 10 anni di effettiva navigazione ma, in tutto o in parte, su navi straniere (inseriti, come l'appellante, tra i secondo ufficiali). Il tribunale negava trattarsi di una forma di incentivazione alla "fedeltà alla bandiera italiana", tra l'altro indimostrata dall'appellata, e, in particolare di potersi richiamare il premio di fedeltà aziendale, computandosi la navigazione anche presso altri armatori: "Sfugge per quale motivo oggettivo ed apprezzabile - sul piano anche della meritevolezza degli interessi tutelati (art. 1322 cod. civ.) - siano da trattare economicamente in modo diverso" le cennate categorie di dipendenti." Nè sussisteva una deteriore qualificazione professionale presso navi straniere, anzi da ritenere arruolamenti più disagiati e, pertanto, meritevoli di maggior tutela ai sensi dell'art. 35 della Costituzione; considerazioni confermate dalle evoluzioni contrattuali che nel c.c.n.l. del 20 dicembre 1984 ha soppresso tale differenza. Dalla nullità della clausola, "perché contenente una discriminazione irragionevole ed ingiustificata" tra lavoratori, "in contrasto con il principio di uguaglianza e parità di trattamento", discendeva la spettanza della qualifica pretesa e delle differenze retributive, posto che ai sensi del primo comma dell'art. 1419 cod. civ. la clausola deve interpretarsi nel senso che la qualifica di 1 ufficiale spetti dopo dieci anni di navigazione, indipendentemente dalla qualità italiana od estera delle navi di precedente arruolamento, e non risultando che le parti non avrebbero previsto tale inquadramento senza la parte di clausola colpita da nullità.

Contro questa sentenza la società ha presentato ricorso e memoria; resiste il lavoratore con controricorso illustrato da memoria.

Pervenuta la causa all'udienza del 18 novembre 1991 della sezione Lavoro di questa Corte Suprema, questo Collegio ravvisava un contrasto tra le sentenze 9 febbraio 1990 n. 947, 8 marzo 1990 n. 1888, 26 gennaio 1991 n. 791 e 18 maggio 1991 n. 5590 - le quali riconoscevano l'esistenza nel nostro ordinamento di un generale principio di parità di trattamento dei lavoratori dipendenti con analoghe mansioni -, e le sentenze 6 novembre 1990 n. 10648 e 17 luglio 1990 n. 7300 - che invece escludevano la esistenza di un siffatto principio -, e pertanto sottoponevano al Primo Presidente la valutazione in ordine alla opportunità di investire queste Sezioni Unite della decisione del ricorso ai sensi dell'art. 374 cod. proc. civ., provvedimento poi effettivamente adottato.

Diritto

Motivi della decisione

Con il primo articolato mezzo di annullamento, la ricorrente si duole per la violazione e falsa applicazione degli artt. 3, 36, 39, 41 della Costituzione e degli artt. 1374, 2099, 1418, 1419 cod. civ. e per insufficiente e contraddittoria motivazione:

a) in quanto non esiste nel nostro ordinamento un principio di parità di trattamento; ed infatti:

a.1) la sentenza n. 103 del 1989 della Corte Costituzionale è interpretativa di rigetto, e come tale non vincola il giudice ordinario;

a.2) detta sentenza, non afferma la esistenza di un diritto generale ed inderogabile di parità di trattamento; le norme indicate:

- art. 37 Cost., - artt. 15 e 16 legge n. 300 del 1970, - dich. dir. uomo, legge 4 agosto 1955 n. 848, - convenzione O.I.L. 6-22 giugno 1962, - patto di New York 16-19 dicembre 1966, sono le prime norme per le quali il principio di uguaglianza è già previsto nell'ordinamento; si tratta di principi di non discriminazione che hanno validità imperativa, ma solo in quei casi disciplinati positivamente;

a.3) la sentenza n. 103, d'altra parte, ha ribadito che il giudice deve applicare la legge e le norme collettive, correggendo eventuali errori;

a.4) il principio di uguaglianza e dignità dei lavoratori deve essere coordinato con il principio di libertà;

a.5) per effetto della introduzione del principio di parità di trattamento, si avrebbe un sistema sanzionatorio ed un regime probatorio più oneroso rispetto a quello previsto dalle norme repressive delle diverse forme di discriminazione;

a.6) dall'art. 41 della Costituzione non discende un potere del giudice di controllo diretto sugli atti di autonomia privata, in mancanza di un atto normativo che specifichi come attuare quella astratta tutela; il giudizio di "ragionevolezza" è un controllo di opportunità, ed integra una valutazione politica, non giurisdizionale;

a.7) tanto più ove il controllo investa la norma collettiva, che non deve essere ragionevole, ma corrispondere al mercato e rispettare l'art. 36 della Costituzione, cioè assicurare la retribuzione sufficiente ai bisogni fondamentali dell'esistenza del lavoratore e proporzionale alla quantità e qualità del lavoro prestato, requisiti che nel caso in esame non sono controversi;

a.8) perché possa affermarsi la nullità di una norma contrattuale (artt. 1418 e 1419 cod. civ.), sia pure per lesione di un principio di uguaglianza o della dignità umana, occorrono norme imperative specifiche;

a.9) in mancanza di tali norme non si può affermare la nullità parziale (art. 1419 cod. civ.) della disciplina contrattuale datasi dalle parti, nè si può ricorrere all'equità (sent. n. 1888 del 1990), in quanto questa presuppone una lacuna nel regolamento negoziale.

Con il secondo mezzo la ricorrente si duole per la violazione e falsa applicazione degli artt. 3, 16, 41 della Costituzione, dell'art. 13 delle disp. prel. cod. civ., dell'art. 115, 116, 324 e 334 cod. proc. civ., degli artt. 1362 segg. e 2909 cod. civ. nonché insufficiente e contraddittoria motivazione, in quanto:

a) anche ove esistesse un principio inderogabile di parità di trattamento, la sentenza impugnata sarebbe illegittima per non aver tenuto conto che, come affermato dalla Corte Costituzionale nella richiamata sentenza n. 103 del 1989, "sono tollerabili e possibili disparità e differenziazioni di trattamento, sempreché siano giustificate e comunque ragionevoli"; la sentenza infatti ha ritenuto indimostrato che la clausola dell'accordo aziendale 11 marzo 1982 integrasse sul punto un beneficio premiante la fedeltà alla bandiera italiana ed incentivante agli arruolamenti su navi italiane anziché estere, ed ha affermato la irragionevolezza della discriminazione tra lavoratori dotati di identica professionalità;

b) perché se esistesse nel nostro ordinamento il principio di parità di trattamento, ugualmente non

potrebbe pervenirsi alle conclusioni adottate;

b.1) ha violato gli artt. 115, 116, 434 cod. proc. civ. perché il lavoratore non ha mai contestato la finalità della clausola in questione, che era stata posta in evidenza dal pretore, e che, in mancanza di impugnativa, doveva considerarsi circostanza pacifica tra le parti;

b.2) e, soprattutto, in tal modo la sentenza ha introdotto nel sindacato giurisdizionale una sorta di valutazione politica della logica interna della contrattazione collettiva, non limitandosi al riscontro dell'eventuale esistenza di contrarietà ad una norma imperativa, ma spingendosi sino alla valutazione della opportunità della disciplina contrattuale;

b.3) vi è violazione dell'art. 3 della Costituzione, in quanto la parità di trattamento è invocabile per situazioni uguali soggettivamente ed oggettivamente; qui la differenza è data dalla navigazione per dieci anni solo su navi italiane o anche su navi straniere;

b.4) il giudice è garante della sufficienza e della proporzionalità della retribuzione, non anche della proporzione delle differenze tra diverse qualifiche e categorie;

b.5) il tribunale non ha tenuto conto del contenuto della clausola analogo a quello del premio di fedeltà, con riferimento non ad una singola impresa, ma a tutte le navi nazionali, e del fatto che la clausola riproduce la norma della contrattazione collettiva di settore;

b.6) non poteva addursi a confronto la disciplina della contrattazione collettiva degli equipaggi dell'armamento libero, perché settore non omogeneo e non comparabile violando altresì il divieto del ricorso alla interpretazione analogica nella contrattazione collettiva;

b.7) illogico il richiamo al maggior disagio dell'arruolamento su navi straniere, trattandosi di clausola rivolta non a premiare tale disagio, ma ad incentivare l'arruolamento in compagnie italiane.

I due articolati motivi del ricorso, così sintetizzati, che per la loro evidente connessione possono congiuntamente esaminarsi, sono fondati e, pertanto, il ricorso deve essere accolto.

a) la giurisprudenza di legittimità in tema di parità di trattamento sino al marzo 1989.

Si deve premettere che la giurisprudenza di questo Supremo Collegio in tema di parità di trattamento ha per lungo tempo escluso la esistenza di un principio di parità retributiva nel nostro ordinamento (Cass. 17 ottobre 1988 n. 5649; Cass. 18 settembre 1988 nn. 5142-5150; Cass. 15 giugno 1988 n. 4070; Cass. 11 giugno 1988 nn. 4011-4017; Cass. 25 febbraio 1988 n. 2027; Cass. 18 novembre 1987 n. 8464; Cass. 5 novembre 1987 n. 8118; Cass. 13 giugno 1987 n. 5233;

Cass. 27 aprile 1987 n. 4078; Cass. 24 marzo 1987 n. 2853; Cass. 24 marzo 1987 n. 2854; Cass. 7 febbraio 1987 n. 1312; Cass. 4 febbraio 1987 n. 1101; Cass. 5 marzo 1986 n. 1444; Cass. 16 dicembre 1985 n. 6392; Cass. 16 gennaio 1987 n. 346; Cass. 22 novembre 1985 n. 5796;

Cass. 11 aprile 1985 n. 2394; Cass. 3 aprile 1985 nn. 2292-2296;

Cass. 13 febbraio 1985 n. 1221; Cass. 9 febbraio 1985 n. 1084; Cass. 7 febbraio 1985 n. 975; Cass. 29 gennaio 1985 n. 513; Cass. 19 gennaio 1985 n. 183; Cass. 20 novembre 1984 n. 5936; Cass. 21 maggio 1984 n. 3128; Cass. 25 gennaio 1984 n. 610; Cass. 25 gennaio 1984 n. 603; Cass. 13 dicembre 1983 n. 7352; Cass. 8 novembre 1983 n. 6600;

Cass. 6 luglio 1983 n. 4535; Cass. 4 luglio 1983 n. 4477; Cass. 1 giugno 1983 n. 3753; Cass. 28 maggio 1982 n. 3298; Cass. 27 marzo 1982 n. 1909; Cass. 9 marzo 1982 n. 1489; Cass. 25 gennaio 1982 n. 491; Cass. 17 novembre 1981 n. 6708; Cass. 25 novembre 1981 n. 6268;

Cass. 19 ottobre 1981 n. 5470; Cass. 3 settembre 1981 n. 5032; Cass. 1 luglio 1981 n. 4267; Cass. 8 aprile 1981 n. 2031; Cass. 21 gennaio 1981 n. 499; Cass. 10 gennaio 1981 n. 232; S.U. 2 ottobre 1980 n. 5678; Cass. 29 agosto 1980 n. 5026; Cass. 30 luglio 1980 n. 4896;

Cass. 15 luglio 1980 n. 4574; Cass. 10 maggio 1980 n. 3091; Cass. 10 maggio 1980 n. 3089; Cass. 8 aprile 1980 n. 2252; Cass. 3 aprile 1980 n. 2198; Cass. 28 marzo 1980 n. 2054; Cass. 8 marzo 1980 n. 1556;

Cass. 12 gennaio 1980 n. 248; Cass. 25 ottobre 1979 n. 5585; Cass. 16 luglio 1979 n. 4149; Cass. 23 marzo 1979 n. 1682; Cass. 12 marzo 1979 n. 1547; Cass. 24 febbraio 1979 n. 1234; Cass. 23 febbraio 1979 n. 1180; Cass. 16 gennaio 1979 n. 325; Cass. 16 dicembre 1978 n. 6029;

Cass. 14 novembre 1978 n. 5253; Cass. 9 novembre 1978 n. 5154; Cass. 28 giugno 1978 n. 3235; Cass. 8 aprile 1978 n. 1651; Cass. 30 marzo 1978 n. 1475; Cass. 11 novembre 1976 n. 4178; Cass. 11 novembre 1976 n. 4177; Cass. 14 gennaio 1976 n. 125; Cass. 7 novembre 1974 n. 3412;

Cass. 11 giugno 1973 n. 1676; 24 maggio 1969 n. 1843; Cass. 13 ottobre 1960 n. 2716; Cass. 23 marzo 1959 n. 899).

Non è tuttavia sufficiente limitarsi a richiamare in lungo elenco dei precedenti di legittimità; come meglio poi si vedrà in sede di disamina dei motivi del ricorso, occorre, sia pure sinteticamente e attraverso i passaggi salienti, soffermarsi sui principi contenuti in quelle pronunzie, atteso che da ciò emerge con chiarezza quale fosse il c.d. "diritto vivente" (Corte Cost. sentt. nn. 167 del 14 luglio 1976 e 88 del 30 maggio 1977), che si offriva alla indagine ermeneutica della Corte delle leggi, per trarre da ciò la piena consapevolezza della portata della decisione adottata.

I punti fondamentali di questa giurisprudenza erano:

- l'art. 36 Cost. non può essere invocato a fondamento di un principio di parità di trattamento retributivo, poiché afferma il diritto ad una retribuzione proporzionata e sufficiente (sentt. 2163-72, 3412-74, 4177-76, 6029-78, 1682-79, 4149-79, 1556-80, 2198-80, 4574-80, 5026-80, 6268-81, 3753-83, 1084-85, 2292-85, 2394-85, 6392-85, 4078-87, 5233-87);

- l'art. 36 Cost., in particolare, non stabilisce un principio di comparazione intersoggettiva e non può essere fonte, sotto il profilo della diversità di trattamento, di una nullità riconducibile agli artt. 1418 e 1343 cod. civ. (in particolare sentt. 4177-76, 4178-76, 1475-78, 1234-79, 499-81, 5032-81, 491-82, 3298-82, 513-85, 2854-87);

- la legge interviene ad assicurare situazioni di parità a favore di categorie di soggetti che riconosce come meritevoli di particolare tutela, in quanto altrimenti, nel libero gioco delle forze economiche sociali, finirebbero per restare soccombenti (in particolare sentt. 4177-76);

- l'art. 3 Cost. vincola il legislatore, non il privato nell'autonomia negoziale (sentt. 4178-76, 1475-78, 5154-78, 499-81, 4535-83, 6600-83);

- la determinazione dei trattamenti normativi e retributivi appartiene all'autonomia privata ed in particolare a quella collettiva; quest'ultima è garantita dai principi di libertà di cui all'art. 39 Cost. e costituisce il punto di incontro dei contrastanti interessi, senza margine per il sindacato dell'A.G.O., salvo i limiti di cui agli artt. 36, 37 Cost. o di singole disposizioni di legge (sentt. 3089-80, 3091-80, 232-81, 1909-82, 4535-83);

- la contrattazione collettiva può stabilire per gli uomini una retribuzione inferiore a quella stabilita per le donne, la parità contro la discriminazione a favore delle donne (art. 37 Cost.), infatti non è estensibile in via di inversione a favore degli uomini (sentt. 4896-80, 1444-86);

- il principio di comparazione intersoggettiva non può ritenersi introdotto nell'art. 36 Cost. tramite il terzo comma dell'art. 37 Cost., che ha una diversa ratio (sent. 499-81);
- il principio di pari dignità sociale (rectius: umana; art. 41 Cost.) non può svolgere una funzione di ordine pubblico, anche perché lievi e marginali differenze di trattamento non compromettono i diritti fondamentali della personalità, tanto più che trova già la sua specificazione nell'art. 36 Cost. nel quale la dignità riguarda la sufficienza, e non la proporzionalità, laddove nella parità è in gioco, semmai, la proporzionalità e non la sufficienza (sent. 499-81);
- un principio tendenziale di parità, non costituisce un precetto di diritto positivo immediatamente operante, che non è neppure desumibile dalle fonti di diritto comunitario ed internazionale (sent. 2853-87);
- un accordo aziendale successivo può comportare una modifica in pejus rispetto ad un accordo precedente, e può anche limitare l'applicabilità della modifica soltanto ai lavoratori assunti da una certa data (sent. 8464-87);
- è ammissibile una inferiore retribuzione oraria, per i lavoratori a tempo parziale rispetto ai lavoratori a tempo pieno (sent. 2027-88);
- i contratti collettivi aziendali possono prevedere, solo a favore di lavoratori di determinate sedi della stessa società, trattamenti derogativi in melius rispetto al c.c.n.l. (4011-88, 5142-88, 5143-88).

b) La sentenza n. 103 del 9 marzo 1989 della Corte Costituzionale.

Allorché, alla stregua di questa giurisprudenza, l'inesistenza nel nostro ordinamento di una norma di diritto positivo che sancisse per il datore di lavoro l'obbligo della parità di trattamento, a parità di mansioni, poteva ritenersi non controversa, interveniva la sent. n. 103 del 1989 della Corte Costituzionale, i cui passaggi principali possono così individuarsi:

si nega la illegittimità costituzionale degli artt. 2086, 2087, 2095, 2099 e 2103 cod. civ. nella parte in cui consentono all'imprenditore, a parità di mansioni, diversi livelli o categorie generali di inquadramento, in quanto risulta notevolmente limitato lo jus variandi del datore di lavoro dalla serie di norme indicate:

- 1) art. 2103 c.c. (art. 13 Statuto dei lavoratori) il datore di lavoro deve adibire il lavoratore alle mansioni per le quali lo ha assunto, o a mansioni equivalenti, in tal caso senza diminuzione di compenso; se lo adibisce a mansioni superiori, non occasionalmente, deve attribuirgli la relativa qualifica; la contrattazione collettiva limita il potere del datore di lavoro;
- 2) il contratto collettivo è una regolamentazione, che, in una data situazione di mercato, rappresenta il punto di incontro, di contemperamento e di coordinamento dei confliggenti interessi dei lavoratori e degli imprenditori;
- 3) anche i c.c.l. devono rispettare i precetti costituzionali (artt. 35, 3, 37 della Cost.) ed i principi di non discriminazione sono trasfusi negli artt. 15 e 16 dello Statuto dei lavoratori;
- 4) la dignità sociale del lavoratore è tutelata contro discriminazioni che riguardano l'area dei diritti di libertà e l'attività sindacale, ma anche l'area dei diritti di libertà finalizzati allo sviluppo della personalità morale e civile; la dignità è intesa in senso assoluto e relativo;
- 5) notevolmente limitato è lo jus variandi, e "proprio in virtù del precetto costituzionale di cui all'art. 41 Cost. 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 ed in specie non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza ed alla dignità umana";

- 6) le norme richiamate sono attuazione di:

- legge 4 agosto 1955 n. 848, Dichiarazione dei diritti dell'uomo, "secondo cui ogni individuo, senza discriminazioni, ha diritto di uguale retribuzione per uguale lavoro";

- legge 13 luglio 1966 n. 657 convenzione O.I.L. n. 117, Ginevra 6-22 giugno 1962, art. 14: la politica sociale degli stati deve tendere a sopprimere ogni discriminazione basata sulla razza, colore, sesso, fede, gruppo tradizionale o iscrizione sindacale, e con riguardo specifico ai tassi di salario che dovranno essere stabiliti in conformità del principio "a lavoro uguale salario uguale" in uno stesso processo produttivo ed in una stessa impresa;

- legge 25 ottobre 1977 n. 881 di ratifica del patto internazionale sui diritti economici di New York 16 e 19 dicembre 1966, per cui salario equo ed una remunerazione uguale per lavoro di valore uguale, senza alcuna distinzione;

- 7) il giudice accerta e controlla l'inquadramento dei lavoratori nelle categorie e nei livelli retributivi in base alle mansioni effettivamente svolte, CON OSSERVANZA DALLA REGOLAMENTAZIONE SIA DELLA LEGGE SIA DELLA CONTRATTAZIONE COLLETTIVA E DEI PRINCIPI GENERALI POSTI DALL'ORDINAMENTO VIGENTE, ISPIRATO ANCHE AI PRINCIPI CONTENUTI DELLE CONVENZIONI ED ATTI INTERNAZIONALI RATIFICATI.

La sentenza, come ritenuto dalla prevalente dottrina, non aveva "affermato la esistenza di detto principio nell'art. 41 Cost.", ma "era stata effettuata una ricognizione delle disposizioni del codice civile e dei precetti costituzionali vigenti in materia"; non ritiene che l'art. 41 della Cost. è norma di diritto positivo che impone la parità di trattamento, ma che la tutela della dignità del lavoratore esclude che le differenze di trattamento possano essere dovute a mera discrezionalità o addirittura di arbitrio: "sono tollerabili e possibili disparità e differenziazioni di trattamento, sempre che siano giustificate e comunque ragionevoli"; riafferma che il giudice deve compiere l'accertamento ed il controllo dell'inquadramento dei lavoratori nelle categorie e nei livelli retributivi; egli applica la legge, la contrattazione, e corregge gli errori di inquadramento.

c) la giurisprudenza successiva.

Dopo la cennata sentenza della Corte Costituzionale alcune sentenze della sezione Lavoro, richiamandosi alla sentenza n. 103, che interpretavano nel senso che avesse affermato la parità di trattamento, si discostavano dalla giurisprudenza precedente ed affermavano la esistenza cogente di questo principio, mentre altre sentenze, dando una diversa lettura della sentenza interpretativa di rigetto della Corte delle leggi, mantenevano ferma la detta giurisprudenza.

- c.1 ammettono la esistenza del principio:

-- c.1.1.

(Cass. 9 febbraio 1990 n. 947): al principio generale, da ritenere vigente nell'ordinamento alla stregua della sentenza della Corte Costituzionale n. 103 del 1989, dell'obbligo di parità di trattamento dei lavoratori che svolgano identiche mansioni, può derogarsi solo in presenza di cause coerenti con le finalità previste dall'art. 41 Cost. per il legittimo esercizio dell'attività economica privata; altrimenti, in difetto di tali cause, il giudice è abilitato, previa le necessarie verifiche, a correggere, con interventi demolitori della contrattazione individuale o collettiva, le eventuali distorsioni dell'anzidetto principio, al fine di assicurare l'inquadramento nella categoria o nel livello cui ha diritto; tale principio è stato affermato in relazione alla possibilità, consentita

dalla disciplina in tema di inquadramento del personale del Banco di Napoli, che, ad una agenzia foranea di III categoria, in comuni con meno di centomila abitanti, siano preposti indifferentemente un impiegato del grado ottavo con la qualifica di capo ufficio, ovvero un funzionario del ramo tecnico-produttivo, appartenente al grado settimo; i preposti non hanno diritto alla qualifica di funzionario; ma È NULLA (perché irrazionale) LA CLAUSOLA CHE CONSENTE DI PREPORRE A DETTE SEDI ANCHE FUNZIONARI O CAPI UFFICI.

In altri termini: ad una determinata sede possono essere applicati funzionari e capi uffici; se un dipendente che era stato preposto a tale sede, rivendica tale superiore qualifica (di funzionario) per sè, e questa gli venga negata, la sentenza conferma questa pronuncia (ergo: le mansioni svolte non erano da capo ufficio o da funzionario); tuttavia ritiene non infondata la censura che investiva il potere del datore di lavoro di assegnare siffatti dipendenti a siffatta sede, in quanto nella determinazione delle mansioni del funzionario, l'attribuzione di quelle funzioni, per essere eventuali e perciò non caratterizzanti, erano considerate irrilevanti; ma l'esercizio di tale potere era talmente discrezionale ed arbitrario, da vanificare totalmente il disposto dell'art. 2103 cod. civ..

-- c.1.2.

(Cass. 8 marzo 1990 n. 1888): è la sentenza che meglio mette in luce le conseguenze della affermazione del cennato principio generale, sul piano della contrattazione collettiva.

La fattispecie: una annunciatrice rivendica la qualifica di annunciatrice-traduttrice dal 1977, sebbene introdotta dalla contrattazione collettiva soltanto nel 1983; la cennata sentenza annulla la decisione che aveva negato la invocata qualifica, affermando che il giudice di rinvio a) deve accertare se dal comportamento delle parti posteriore alla contrattazione collettiva del 1980 emergono elementi dai quali desumere l'esistenza della differenza, qualitativa e quantitativa delle prestazioni di annunciatore e di annunciatore-interprete, e la "intenzione" di provvedere, nella vigenza di tale contrattazione, a sanare gli effetti retributivi deteriori di tale differenze; b) in caso negativo, se, con riguardo a detto periodo, la differenza di modalità e di contenuto di tali due prestazioni, importi una diversa retribuzione, o se tale diversità sia giustificata da causa coerente con i fini dell'attività imprenditoriale (se dedotti); in caso negativo (cioè se le retribuzioni sono uguali, o se la diversità di mansioni non è coerente con i fini imprenditoriali dedotti), il giudice attribuisce alla ricorrente una retribuzione che tenga conto di tale differenza di prestazione lavorativa.

-- c.1.3.

(Cass. 18 maggio 199 n. 590): il diritto a percepire una retribuzione uguale a quella corrisposta ad altri lavoratori con pari mansioni (sent. 103-1989 c.cost.) non esclude la possibilità dell'imprenditore di adottare, pur con riguardo a mansioni uguali, trattamenti economici differenziati, semprechè tale diversità di trattamento non derivi dalla mera discrezionalità o dall'arbitrio del datore di lavoro, nè da ragioni discriminatorie.

-- c.1.4.

(Cass. 26 gennaio 1991 n. 791): è derogabile quando risponda razionalmente a criteri predeterminati e collegabili al perseguimento degli obiettivi previsti dall'attività imprenditoriale (es. alloggio solo ai dipendenti obbligati ad alloggiare presso l'azienda), e, pertanto, escludeva ricorrere nel caso di specie; in verità il senso della decisione sembra piuttosto nella direzione di escludere la esistenza di un principio di parità, posto che contano soltanto la proporzionalità e la sufficienza della retribuzione, con esclusione di valutazioni intersoggettive, tanto più che il significato della sent. n. 103 non è ritenuto univoco, e, sostanzialmente si rimette al prudente apprezzamento del giudice;

-- c.1.5.

(Cass. 8 gennaio 1992 n. 878): che, con riferimento al caso di specie, riteneva la questione irrilevante, posto che l'esistenza di un solo caso di trattamento differenziato (in melius), non consente di apprezzare, sotto il profilo della disparità di trattamento, la posizione del dipendente che assume essere discriminato; la decisione è da richiamare perché in realtà non afferma la esistenza di un principio di parità di trattamento, o, a tutto voler concedere, perché introduce un altro elemento, quantitativo, al fine di stabilire se si versa in ipotesi di disparità di trattamento.

-- c.1.6.

(Cass. 8 luglio 1992 n. 8330) nella quale è testualmente affermato: "in tale situazione non si vede perché tale principio possa dalla Corte, in presenza di una linea di tendenza di segno contrario (sent. n. 1888 del 1990, n. 546 del 1991) nel solco della pronuncia costituzionale n. 103 richiamata dai ricorrenti, essere ritenuto da sè solo sufficiente ad inficiare la validità delle conseguenze che dal riconoscimento ad altri della qualifica i ricorrenti traggono in ragione di una affermata, e non più contestabile, identità, qualitativa e quantitativa, di prestazione lavorativa".

- c.2 sentenze che negano la esistenza del principio di parità di trattamento -- c.2.1.

(Cass. 6 novembre 1990 n. 10648) non esiste un principio di parità che impedisca alla contrattazione collettiva di prevedere in determinate situazioni una differenziazione della retribuzione pur a parità di categoria e di mansioni. Pertanto le parti sociali, nell'esercizio della loro autonomia collettiva, possono prevedere, in occasione di un rinnovo di un contratto collettivo (anche 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.

Di grande importanza è l'affermazione contenuta nella motivazione di questa sentenza, secondo la quale le ragioni per le quali la clausola collettiva ha posto in essere tale regolamento differenziato, sfuggono al controllo del giudice in quanto investono l'esito di trattative valutate ed accettate nella complessiva considerazione della nuova normativa scaturita dalle trattative stesse.

-- c.2.2.

(Cass. 17 luglio 1990 n. 7300; la sent. è stata deliberata prima e pubbl. dopo la sent. n. 103-89 della C. Cost.): Il diritto del lavoratore al riconoscimento di una qualifica superiore a quella di fatto attribuitagli deriva, ai sensi dell'art. 2103 cod. civ., SOLO dalla effettiva assegnazione del lavoratore stesso a mansioni superiore e non già dalla sua mera preposizione, in corrispondenza della qualifica posseduta e in conformità di specifiche norme contrattuali collettive, ad una succursale dell'azienda alla quale, per la sua importanza, il datore di lavoro, nell'esercizio del suo generale potere imprenditoriale, possa preporre, secondo le stesse norme collettive (ed in ciò si ravvisa, invero, una notevole analogia con la fattispecie di cui alla sentenza n. 947 del 1990, surrichiamata, che peraltro perveniva a conclusioni opposte), anche personale con qualifica superiore. "Non possono al riguardo essere invocate le disposizioni costituzionali sull'uguaglianza dei cittadini davanti alla legge, sulla parità delle opportunità socio-economiche, sulla libertà, anche dal bisogno, dei lavoratori, sulla efficienza e l'imparzialità della amministrazione pubblica, atteso che con le dette disposizioni non è stato introdotto nell'ordinamento, come invece preteso dal ricorrente, anche il ben differente principio della generale obbligatorietà nei rapporti di lavoro, della parità di trattamento normativo e retributivo dei lavoratori con medesime mansioni".

-- c.2.3.

(Cass. 18 settembre 1991 n. 9695): la legittimità, per mancanza di ogni intento discriminatorio, di una disciplina collettiva che, con riguardo ai lavoratori cessati dal servizio prima di una certa data, preveda una erogazione straordinaria "una tantum" in favore dei lavoratori con diritto immediato

ad un trattamento pensionistico, ma non anche dei lavoratori più giovani senza tale diritto, non esime il giudice del merito dall'esame della fondatezza o meno della pretesa alla stessa erogazione ai sensi dell'art. 36, ove la relativa domanda ANCORCHÈ IN FORMA NON ESPLICITA ED IN RELAZIONE ANCHE AD UN ASSUNTO PRINCIPIO DI PARITÀ DI TRATTAMENTO, sia stata proposta (applicazione all'accordo 17.1.1983, il quale, premessa la inapplicabilità dell'accordo per il rinnovo c.c.n.l. per il credito ai lavoratori cessati dal servizio entro il 1 dicembre 1982, prevedeva per questi - esclusi i licenziamenti per giusta causa o giustificato motivo - una erogazione straordinaria "una tantum" soltanto per i lavoratori con diritto a pensione o per quelli cessati dal servizio per morte o per superamento del comparto).

-- c.2.4.

(Cass. 28 gennaio 1992 n. 886): la sent. 103 non ha affermato la esistenza di un principio di parità di trattamento, ma il divieto di trattamenti discriminatori che non si identificano in una semplice diversità di retribuzione o di inquadramento, richiedendosi altresì, oltre beninteso alla coincidenza delle mansioni, che ciò avvenga per un motivo illegittimo o irragionevole (razza, colore, sindacale, sesso, religione, politica, etnia).

d) analisi dei motivi del ricorso Non è certo questa la sede per neppure tentare di riassumere le diverse posizioni che, in tutti i tempi, si sono espresse intorno al principio di uguaglianza; basti ricordare, per comprendere a quando risalga la consapevolezza del problema, la parabola dei vignaioli chiamati a lavorare in ore diverse e pagati tutti con la stessa mercede (Matt. 2.15). Va solo ricordato come la più accreditata dottrina che si è occupata del problema nel diritto privato, ha generalmente concluso nel senso che la esatta delimitazione del campo di applicazione del principio di parità di trattamento, l'ambito delle differenziazioni consentite e le conseguenze delle violazioni della parità dovrebbero SEMPRE essere determinati sulla base di specifiche disposizioni legislative: nei casi dubbi, dovrebbe prevalere la ammissibilità della differenziazione, costituendo l'autonomia privata, la regola, ed il principio di uguaglianza, la eccezione.

I diversi argomenti nei quali si articola il ricorso, sono fondati, talché, nel risolvere il contratto interpretativo insorto tra le sentenze surrichiamate, queste Sezioni Unite, ritengono di aderire, confermandola, alla ampia elaborazione giurisprudenziale che la Corte aveva compiuto prima della sentenza n. 103 del 1989 della Corte Costituzionale, ed alle pronunzie successive, che, dando una lettura della sentenza n. 103 non antitetica rispetto a quella giurisprudenza, ad essa esplicitamente o implicitamente si richiamano. Ed in particolare:

- d.1. si è visto che effettivamente la sentenza n. 103 non afferma la esistenza di un diritto generale ed inderogabile di parità di trattamento; in particolare, le norme indicate dalla Corte Cost.:

- art. 37 Cost., - artt. 15 e 16 legge n. 300 del 1970, - dich. dir. uomo, legge 4 agosto 1955 n. 848, - convenzione O.I.L. 6-22 giugno 1962, - patto di New York 16-19 dicembre 1966, sono le norme per le quali il principio di uguaglianza è già previsto nell'ordinamento; si tratta di principi di non discriminazione che hanno validità imperativa, ma solo in quei casi disciplinati positivamente.

È invero appena il caso di sottolineare come lo stesso richiamo all'art. 37 valga ad escludere la esistenza nel nostro ordinamento costituzionale di un generale principio di parità retributiva; la norma, infatti risulterebbe del tutto superflua: posta la affermazione generale di uguaglianza dell'art. 3 Cost., se esistesse un principio generale, ed imperativo, di parità di trattamento, questo non potrebbe non riguardare anche le donne ed i minori.

Altrettanto si dica, come si vedrà di seguito, per gli artt. 15 e 16 dello Statuto dei lavoratori: gli stessi anzi risulterebbero del tutto irrazionali, posto che darebbero luogo soltanto alla sanzione del pagamento della somma da devolvere al fondo adeguamento pensioni, ben minore rispetto all'adeguamento di tutte le retribuzioni inferiori alla maggiore.

Ed è appunto questo il nodo centrale che si deve porre in evidenza: non basta affermare la esistenza di una linea di tendenza, o, se si vuole, di un principio generale dell'ordinamento (rectius: del diritto del lavoro) che è nel senso che a parità di mansioni corrisponda parità di retribuzione; i pur numerosi rilevamenti sintomatici di una siffatta tendenza (altri ve ne sarebbero oltre quelli di cui alla sent. n. 103), non sono sufficienti a trasformare un principio, o una tendenza, in una norma imperativa; ed in mancanza di questa, oltre a restare ferma la autonomia privata e collettiva, nonché la libertà di iniziativa economica privata, il giudice è privo del potere sanzionatorio che soltanto in presenza della violazione di una norma imperativa o di una clausola di ordine pubblico (artt. 1418 e 1343 cod. civ.) gli è attribuito.

Quanto alle norme di diritto internazionale, si deve osservare:

1) la legge n. 848 si riferisce alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1955, che non contiene nessuna affermazione di uguale retribuzione per uguale lavoro; una affermazione del genere è invece contenuta nella "dichiarazione universale dei diritti dell'uomo" approvata all'assemblea generale delle N.U. nella seduta plenaria del 10 dicembre 1948, ma tale dichiarazione non ha valore giuridico vincolante, in quanto esprime soltanto una direttiva di massima di valore morale; l'inciso in questione non si trova nella parte IV della convenzione, intitolata "retribuzioni dei lavoratori e questioni connesse", ma nella parte V, intitolata "non discriminazione in materia di razza, colore, sesso, fede, gruppo etnico o iscrizione sindacale", talché è in tale ambito che deve leggersi l'affermazione della parità di trattamento (CFR. Cass. 25 febbraio 1988 n. 2027).

Ma altre norme di diritto internazionale possono ricordarsi:

2) il Trattato di Parigi 18 aprile 1951 istitutivo della CECA, art. 69, esecutivo in Italia con legge 25 giugno 1952 n. 766, che prevede il divieto di discriminazione tra lavoratori nazionali ed immigrati;

3) il Trattato di Roma 25 marzo 1957 art. 119 esecutivo con legge 14 ottobre 1957 n. 1203, che impegna a non discriminare le lavoratrici;

4) la Convenzione internazionale del lavoro n. 111 adottata a Ginevra il 25 giugno 1958, resa esecutiva con legge 6 febbraio 1963 n. 405, definisce la discriminazione con riguardo ad ogni distinzione, esclusione o preferenza dovuta alla razza, al colore, al sesso, alla religione, alla opinione politica, alla nazionalità, all'origine sociale;

5) la Carta sociale europea, Torino 18 ottobre 1961, esecutiva con legge 3 luglio 1965 n. 929, che impegna a riconoscere il diritto a remunerazione uguale per lavoro uguale per lavoratori maschi e femmine, e a garantire agli immigrati un trattamento non meno favorevole di quello dei propri cittadini.

Si deve, innanzi tutto notare che si tratta in generale di disposizioni rivolte ad impedire discriminazioni; ma la parità di trattamento rivolta ad impedire discriminazione, è a tutela di situazioni che il legislatore ha accertato di "storica" debolezza (emigranti, donne, minori, ecc.), nelle quali la legge presume una situazione di diversità di trattamento ingiustamente motivata.

Netta è la differenza tra principio generale di parità di trattamento, e divieto di discriminazione: il primo presuppone un divieto negli atti interpretativi di pervenire ad un regolamento di interessi privato diversificato a parità di situazioni soggettive; il secondo, invece, muove dal presupposto che quelle determinate categorie di soggetti siano in una situazione di "debolezza", e legislativamente vieta che gli appartenenti a quelle categorie possano essere trattati in maniera diversificata, individuando in ciò il motivo illecito determinante.

Inoltre, con riguardo agli atti internazionali su menzionati, senza voler qui riproporre

argomentazioni che già sono state ampiamente sviluppate da queste Sezioni Unite (sent. 22 marzo 1972 n. 867), occorre innanzi tutto distinguere tra convenzioni o trattati internazionali ratificati e atti internazionali per i quali sia stato adottato il c.d. ordine di esecuzione; e, tenuto conto della prassi intervenuta, con una sola legge, di autorizzare il Presidente della Repubblica alla ratifica ed a disporre altresì l'esecuzione della convenzione internazionale mediante inserimento del suo contenuto nell'ordinamento interno, nei casi nei quali ciò è avvenuto (ad es. legge 25 ottobre 1977 n. 881 che autorizza la ratifica - art. 1 - e da piena ed intera esecuzione - art. 2 - al c.d. patto di New York del 16 e 19 dicembre 1966), si pone l'ulteriore problema di accertare se la convenzione è articolata con una sufficiente specificità, tale da poter regolare i rapporti giuridici, ovvero, come nel caso succitato, contenga dei precetti rivolti allo Stato che ha ratificato, che si impegna a legiferare (cit. legge n. 881, parte seconda, artt. 2, 3, 4: G.U. n. 333 del 7 dicembre 1977 pag. 76), come è reso evidente da espressioni di carattere programmatico quali quelle adottate per il patto relativo ai diritti economici, sociali e culturali, diverse da quelle direttamente vincolanti usate per il patto relativo ai diritti civili e politici (Parte seconda, art. 2, ivi, pag. 105).

- d.2. ad ogni buon conto, afferma il ricorrente, quand'anche potesse ritenersi che, implicitamente, la sentenza n. 103 dia per presupposta la esistenza di un generale e cogente principio di parità di trattamento, poiché da tale argomentazione non si perviene alla declaratoria di illegittimità delle norme del codice civile indicate, ma se ne riaffermava la legittimità, a tale conclusione interpretativa di rigetto, non può attribuirsi carattere vincolante per il giudice ordinario, il quale è vincolato esclusivamente nel non potere più sospettare quelle norme di illegittimità, per contrasto con gli art. 3 e 41 della Costituzione, in base alle medesime considerazioni.

Infatti, come già ha ritenuto questa Suprema Corte (sent. 21 marzo 1990 n. 2326), le sentenze interpretative di rigetto si distinguono dalle sentenze di accoglimento, poiché, a differenze di queste, esse non privano di effetto, ma fanno salvo il testo legislativo, nè, chiaramente, esse hanno efficacia erga omnes, posto che, almeno secondo la più accreditata opinione, per esse opera la c.d. preclusione endoprocessuale, che inibisce alle parti ed al giudice di riproporre nella causa la stessa questione di legittimità costituzionale (Cass. 25 ottobre 1986 n. 6260); nella interpretazione della cennata sentenza, in ogni caso, deve sorreggere il criterio per cui l'attività ermeneutica deve essere mantenuta all'interno del provvedimento e nell'ambito della formulazione espressiva del dispositivo e della motivazione (Cass. 23 maggio 1985 n. 3115).

Ma in realtà questa è una ulteriore argomentazione per escludere che la sentenza n. 103 della Corte Costituzionale possa aver voluto affermare, sia pure implicitamente, la esistenza di un principio generale di parità di trattamento a parità di mansioni; ed infatti, come la stessa Corte Costituzionale ha ripetutamente affermato (sent. n. 167 del 1976 e n. 88 del 1977), pur nella sua piena autonomia di giudizio, la Corte non può non tener il debito conto della costante interpretazione giurisprudenziale circa il preciso ed incontrovertibile significato che assume il, per questa ragione, c.d.

"diritto vivente", dovendo infatti la Corte delle leggi attribuire alle norme scrutinate il loro effettivo valore nella vita giuridica, e cioè non quali sono proposte in astratto, "ma quali sono applicate nella quotidiana sfera ad opera del giudice, intesa a renderle concrete ed efficacia". Anche per questo la sintetica riepilogazione, che precede, della giurisprudenza di legittimità, che aveva esaminato, ed escluso costantemente, la proponibilità di un principio di parità di trattamento specificamente con riferimento, oltre che all'art. 3 ed all'art. 36, anche all'art. 41 della Costituzione, non consente minimamente di dubitare che la Corte Costituzionale fosse ben consapevole della esistenza di siffatto "diritto vivente", e che, adottando la formula interpretativa di rigetto, tale interpretazione intendesse confermare.

Di ciò è conferma soprattutto il fatto che tra le norme delle quali è riaffermata la legittimità costituzionale, vi è proprio l'art. 2099 cod. civ., che implicitamente richiama l'art. 2077 cod. civ.; e quest'ultima norma, al secondo comma, esplicitamente sancisce la esistenza, ed anzi la validità e la prevalenza, di trattamenti individuali migliori rispetto al contratto collettivo.

- d.3. il giudice deve applicare la legge e le norme collettive, correggendo eventuali errori, "perché il lavoratore riceva l'inquadramento che gli spetta nella categoria e nel livello cui ha diritto" (sent. 103); è questo certamente uno dei passaggi della sentenza della Corte Costituzionale che maggiormente ha dato adito all'indirizzo interpretativo estensivo al quale non si aderisce.

Ma si tratta di formulazione che, nella sua assoluta genericità, mal si presta per fondare su essa la affermazione della esistenza, tanto del principio di parità di trattamento, quanto, ed è questa la conseguenza saliente anche se non unica, il potere di sindacato, da parte del giudice ordinario, della razionalità dell'assetto conferito dalle parti contrattualmente ai loro confliggenti interessi; e nel contesto del dispiegarsi della motivazione della sentenza della Corte Costituzionale, ha soltanto il senso di individuare un ulteriore, generale, limite alla autonomia delle parti, ed al potere imprenditoriale in particolare: ossia la necessità per il giudice di applicare la legge e la contrattazione collettiva, beninteso con la supremazia della prima sulla seconda, di guisa che il giudice deve intervenire per quelle "correzioni" che si rendessero necessarie in caso di contrasto della contrattazione collettiva con norme di diritto positivo.

Interpretando diversamente la sentenza della Corte Costituzionale, e cioè nel senso di attribuire al giudice il potere di una tutela diretta della "dignità umana", pur in assenza di una specifica norma giuridica posta a presidio di quella in determinate fattispecie, come si esaminerà di seguito, si trascura di considerare che risulterebbero in tal modo intaccati diritti fondamentali di rilevanza costituzionale, quali la libera iniziativa economica privata (autonomia privata), e la libertà sindacale (autonomia collettiva).

E per l'autonomia privata vale tutto il sistema costituzionale a ribadire che soltanto la legge può limitarne la libertà (artt. 13, secondo ed ult. comma; art. 14 secondo e terzo comma; art. 15, secondo comma; art. 16; art. 18, primo comma; art. 21, terzo, quinto e sesto comma; art. 23; art. 32 secondo comma; art. 33, quarto comma; art. 35 u. comma; art. 36 secondo comma; art. 37, secondo e terzo comma; art. 42 secondo, terzo e quarto comma; art. 43; art. 44; art. 45; art. 46; art. 47, primo comma della Costituzione); e. per il resto, la misura della razionalità è data dalla causa del negozio, che l'ordinamento appresta e nella quale la volontà del privato si oggettiva: dalla sintesi dei due elementi nasce appunto il negozio.

L'autonomia collettiva è diversa da quella privata, perché riguarda un gruppo sociale, ed è, in ragione degli interessi tutelati, potestà di regolare quegli interessi. Potestà intrinsecamente libera: in tanto è in grado di pervenire ad un effettivo regolamento autonomo di interessi, in quanto sia in grado di esplicitarsi liberamente (Cass. ord.za 11 aprile 1986 n. 187 che sollevava la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2 della legge n. 1757 del 1937, poi ritenuto illegittimo dalla Corte Cost. con sentenza 24 marzo 1988 n. 330).

L'autonomia collettiva, come meglio si vedrà di seguito, non ha mai natura funzionale di fronte all'interesse pubblico e nell'ambito dell'ordinamento statale, perché questo non è un suo connotato intrinseco. Deve infatti negarsi che il sindacato sia investito di una pubblica funzione (ed infatti il vigente sistema costituzionale nasce proprio come negazione di un ordinamento che si fondava su questa concezione, detta perciò stesso corporativa) e ciò lungi dall'escludere, conferma e pone in risalto la rilevanza costituzionale dell'autonomia e della libertà sindacale. Ma neppure è pensabile, e sostanzialmente per le stesse ragioni, ad un sindacato funzionale alle ragioni della produzione: le valutazioni fatte a questo riguardo rimangono interne al sindacato ed attengono al rapporto con i suoi aderenti.

Si finirebbe per minare, come ha rilevato la dottrina fortemente critica sulla interpretazione estensiva della sentenza n. 103 della Corte Costituzionale, la base stessa della autonomia collettiva, in quanto la "giusta" retribuzione per ogni lavoro, non sarebbe più data dall'incontro delle volontà delle parti sociali nel c.c.l., ma sarebbe individuata volta per volta dal giudice secondo un criterio di c.d. "job evaluation", non contrattualmente predeterminato dalle parti, ed affidato al giudice che, per quanto attrezzato culturalmente, è distante dalle realtà di mercato, di

settore, di azienda; con il rischio, non puramente teorico, di comparazioni di mansioni intercategoriale ed intersettoriali, elevazione del contenzioso, incertezza dei rapporti; è stato detto, icasticamente, che "un intervento invalidante del giudice romperebbe l'equilibrio raggiunto".

Per quanto attiene all'autonomia collettiva (art. 39 Cost.), questa si estrinseca nella stipula del contratto collettivo (u.c.), che si è tradizionalmente configurato come disciplina del trattamento minimo a tutela del lavoratore (derogabile a suo favore), e come individuazione delle categorie e dei livelli retributivi corrispondenti alle mansioni (anch'esse derogabili a favore del lavoratore: c.d. qualifica convenzionale).

Gli interessi che presidiano alla contrattazione collettiva, alla sua validità ed alla sua "forza", sono non solo particolari, e cioè del singolo lavoratore (evitandogli la concorrenza all'interno della categoria professionale), e del datore di lavoro (consentendogli la organizzazione e la programmazione dell'attività imprenditoriale), ma anche più generali, vale a dire del sindacato (che in essa vede espressa la sua rappresentatività) o delle organizzazioni datoriali (che hanno riguardo a situazioni generali di mercato, per settore, anche con riferimento alla concorrenza internazionale), e, infine, della stessa comunità per la quale la presenza sindacale è presidio non secondario della libertà democratica. Proprio ciò vale a spiegare la tendenza espansiva della validità erga omnes dei contratti collettivi, della quale la giurisprudenza è stata interprete.

È intuitivo, pertanto, che nella contrattazione collettiva confluiscono fattori di grande rilevanza per ognuna delle parti contraenti, e che ognuna può persino avere interesse a non rendere nota; la dinamica contrattuale, complessa, sottoposta talora anche a lacerazioni, ben difficilmente è ricostruibile a posteriori, per così dire "in vitro", in un giudizio di razionalità, per il quale, a ben vedere, sono solo parzialmente presenti gli elementi di conoscenza.

A ciò si aggiunga che la trattativa per un contratto collettivo ha una sua "globalità", di guisa che si procede per successive concessioni per giungere ad un punto di incontro; ed ogni parte acconsente a determinate clausole, retributive o di inquadramento, anche svantaggiose, che considera meno importanti dal proprio punto di vista, pur di ottenere l'accordo su altre clausole alle quali assegna prevalente significato: irrazionale sarebbe isolare una singola clausola e valutarla indipendentemente da un contesto della trattativa assai più ampio.

È poi appena il caso di sottolineare che il rapido evolversi della tecnologia, dovuto all'informatica, comporta un continuo processo di aggiornamento delle mansioni anche con riguardo al loro contenuto intrinseco, anche per questa ragione non è dato trarre alcun elemento affidabile dalle successive modificazioni contrattuali, di trattamento e di inquadramento, che rispondono sovente ad esigenze sopravvenute, oppure nel frattempo cessate.

Si aggiunga a ciò che, secondo ogni evidenza, l'inquadramento nella contrattazione collettiva si risolve in realtà nell'accorpamento di posizioni lavorative diverse, nel tentativo - necessariamente approssimativo - di stimare il valore delle prestazioni e di porre allo stesso livello di trattamento prestazioni spesso disomogenee, ma riconducibili entro la stessa fascia di valore.

Ciò per quanto attiene alla fattibilità, beninteso, ove si potesse prescindere dalla legittimità di un intervento del giudice ordinario pur in assenza dei parametri fissati dalla legge, che, per i motivi esposti deve escludersi.

Deve inoltre considerarsi che, come unanimemente riconosciuto, il riferimento alla nozione di categoria merceologica propria dell'art. 2070 cod. civ., deve ritenersi superato per effetto della libertà sindacale, la quale ben può regolare separatamente l'attività di una, o più, imprese, con separato contratto (Cass. 19 febbraio 1986 n. 1005); questa libertà verrebbe denegata con la introduzione del principio di parità di trattamento o di inquadramento a parità di mansioni, che, tra l'altro pone in discussione l'essenza del fenomeno sindacale, insita nella spontanea formazione di interessi collettivi e di rapporti di gruppo, che l'azione sindacale rileva e conferma

autonomamente, con il solo limite della legge.

- d.4. i principi di uguaglianza e dignità dei lavoratori vanno coordinati con il principio di libertà; in realtà il principio di uguaglianza e di dignità non è affermato nella Costituzione con riguardo esclusivamente ai lavoratori, ma ai cittadini in quanto tali, così come del resto le diverse manifestazioni della libertà individuale, delle quali la libertà imprenditoriale è uno degli aspetti: in particolare, secondo l'art. 41 Cost. la libertà di iniziativa economica, non può svolgersi in danno di altri diritti fondamentali della persona umana (non certo esclusivi dei lavoratori), la sicurezza (cfr. artt. 14, terzo comma, e 32 Cost.), la libertà (artt. 8, 10 terzo comma, 11 primo comma, tutto il titolo I della Parte Prima, 33, 38 u.c., 39, 48 Cost.), la dignità umana (art. 3, 27 terzo comma, 32 secondo comma, 38 primo comma; oltre, beninteso, nell'art. 36, ma nei limiti già accennati: - Cass. n. 499 del 1981 -, cioè con riguardo alla sufficienza della retribuzione).

È poi appena il caso di ricordare come secondo la più autorevole dottrina, dell'art. 41 occorre dare una lettura unitaria talché "si coglie il senso unitario di questo articolo se si considera il duplice e coordinato significato che in esso assume la riserva di legge. La quale è, per un verso, garanzia della libertà di iniziativa privata, sottratta all'arbitrio ed alla pressione burocratica dell'esecutivo e sottoposta, in quanto diritto di libertà dei cittadini, "all'organo che trae da costoro - secondo la Corte Costituzionale (sentt. n. 50 e n. 103 del 1957, n. 47 e n. 52 del 1958, n. 4 e n. 5 del 1962, n. 24 del 1967) - la propria diretta investitura;..... il rapporto fra iniziativa economica privata ed utilità sociale, fra iniziativa economica privata e fini sociali, è mediato attraverso la legge, che è espressa dalle assemblee elettive, diretta emanazione della sovranità popolare. È disattesa l'idea che le decisioni sul se intervenire, in nome dell'utilità sociale, sulla iniziativa economica privata, e sul come, sul quando, sul dove intervenire, possano essere direttamente prese dal potere esecutivo o dal potere giudiziario, fuori da quelle sedi entro le quali si esprime la partecipazione politica dei cittadini, senza un confronto con le forze politiche e con le forze sociali, senza un dibattito di fronte all'opinione pubblica;... i rapporti in questione sono concepiti dalla Costituzione come rapporti da attuare entro le supreme istanze della vita politica: la veste formale è la legge, la sede istituzionale sono le assemblee elettive - il parlamento e, nell'ambito della competenza legislativa delle regioni, i consigli regionali - nel dialettico confronto fra tutte le forze politiche".

In realtà la stessa sentenza della Corte Cost. n. 103, individua la contrattazione collettiva come momento limitativo della discrezionalità datoriale nel senso della parità (e quindi ragione della legittimità della disciplina impugnata e, al contempo, riferimento per il giudice); ed anzi, agli altri richiami contenuti nella sentenza, ve ne sono alcuni da aggiungere invero non meno significativi: lo stesso uso aziendale, è un momento nel quale si introducono all'interno dell'azienda penetranti aspetti di controllo e delimitazione della libertà di iniziativa imprenditoriale, posto che l'originaria spontaneità della erogazione, frutto di unilaterale determinazione, escludente inizialmente la stretta sinallagmaticità con la prestazione lavorativa, si trasforma, per effetto di inequivoco comportamento delle parti, che genera una legittima aspettativa nei lavoratori, in vincolo obbligatorio, privando l'emolumento dell'originaria funzione, per attribuirgli quella diversa di integrazione del corrispettivo della prestazione (Cass. 19 gennaio 1985 n. 173; 26 novembre 1985 n. 5870; S.U. 23 agosto 1990 n. 8573); all'atto della cessazione del rapporto, anche una gratifica speciale può costituire, con i caratteri della reiterazione costante ed uniforme, un uso negoziale che va ad integrare il contenuto del contratto di lavoro, vincolante indipendentemente dall'elemento psicologico del datore ed anche se limitato ad una sola categoria (Cass. 28 novembre 1985 n. 5906) l'uso negoziale è privo dei caratteri della generalità e dell'opinio juris (Cass. 10 gennaio 1986 n. 86, 23 dicembre 1986 n. 7864, 22 luglio 1987 n. 6392); impegna le parti anche se da esse ignorato (Cass. 23 gennaio 1986 n. 436); peraltro fa sorgere obbligazioni soltanto nei confronti dei soggetti rispetto ai quali tale comportamento è stato tenuto, ossia dei lavoratori già occupati, e non della generalità comprensiva dei futuri assunti, si inserisce nei contratti individuali e pertanto essi restano insensibili alle eventuali modificazioni in pejus introdotte da un accordo o da un contratto collettivo successivo, a meno che non sia ratificato (Cass. 13 dicembre 1986 n. 7483, 24 maggio 1991 n. 5903); può riguardare anche l'inquadramento in relazione ad una qualifica (non prevista o attribuzione di qualifica contrattuale per mansioni non contemplate) purché con abitudine,

reiterazione, generalità (Cass. 22 maggio 1987 n. 4673, 13 ottobre 1987 n. 7563).

Tutta la cennata elaborazione sull'uso aziendale, con riferimento ai suoi aspetti di generalità, non avrebbe alcun senso se esistesse un principio generale di parità di trattamento; in particolare la transizione da mera liberalità a comportamento concludente di una modificazione dell'assetto contrattuale, e tuttavia l'inserimento soltanto nei contratti individuali, non avrebbe giustificazione, perché il diverso trattamento, divenuto continuativo e generale, dovrebbe automaticamente estendersi a tutti i lavoratori con quelle mansioni, anche a quelli successivamente assunti.

Altri esempi, nei quali è dato riscontrare come l'autonomia privata ha già incontrato una serie di limitazioni legislative, sono: innanzi tutto lo stesso art. 2103 cod. civ., nella sua formulazione del 1942, che imponeva un criterio di proporzionalità tra retribuzione e mansioni; la legge 29 aprile 1949 n. 264 sul collocamento; la legge 23 maggio 1960 n. 1369 sull'intermediazione; la legge 18 aprile 1962 n. 230 sul contratto a termine; la legge 15 luglio 1966 n. 604 sul licenziamento (fine del licenziamento ad nutum); la legge 20 maggio 1970 n. 300, per la quale oltre agli artt. 15 (licenziamenti discriminatori, poi estesi con la legge 9 dicembre 1977 n. 903 art. 13), e 16, si devono ricordare anche gli artt. 7 (codice disciplinare), 18 comma 1 (scelta tra riassunzione e pagamento della penale), 6 comma 2 (c.d. Torkontrolle della elaborazione tedesca) e 13 (che prevede la inserzione nei provvedimenti di concessione di benefici per gli imprenditori in appalti pubblici, di una clausola determinante l'obbligo "di applicare o di far applicare nei confronti dei lavoratori dipendenti condizioni NON INFERIORI a quelle risultanti dai contratti collettivi di lavoro della categoria e della zona"; per inciso, va osservato: non "parità di trattamento", ma condizioni "non inferiori" quindi eventualmente anche migliori; la legge 15 febbraio 1974 n. 36 (riparazione delle passate discriminazioni dal 1948 al 1966); 18 dicembre 1973 n. 887 (lavoro a domicilio) modificata dalla legge 16 dicembre 1980 n. 858 "costo compensativo del lavoro esterno dovrebbe essere pari, nella misura del possibile, al costo retributivo del lavoro interno"; legge 9 dicembre 1977 n. 903 sulla parità uomo donna, legge propriamente non attuativa, ma specificativa dell'art. 37 Cost.

Di guisa che, in generale, l'imprenditore si muove in un ambito disciplinato a tutela della sicurezza e della dignità del lavoratore (norme infortunistiche, igiene del lavoro, durata del lavoro, ferie, licenziamento, procedimento disciplinare, collocamento, maternità, lavoro minorile, contratto a termine, divieti di intermediazione, divieti di discriminazione); inoltre, specificamente con riguardo al trattamento economico, le norme del codice civile debbono essere lette integrate dalla norma costituzionale (art. 36) che impone sufficienza e proporzionalità.

E sono appunto queste le norme le quali sono rivolte a rendere operante sia la tutela del lavoro, sia quella tutela della "dignità umana", che è concetto diverso ma analogo alla "dignità sociale" di cui all'art. 3 della Cost., e assai più ampio e meno penetrante della "esistenza libera e dignitosa" che deve essere assicurata dalla retribuzione sufficiente (art. 36).

Ma va sottolineato che la tutela della dignità umana è inserita in un contesto legislativo diverso dalla tutela del lavoratore e dalla qualificazione della retribuzione, riguardando l'art. 41 della Cost. l'imprenditore nella sua attività produttiva: è questa che non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana.

A questo riguardo va osservato che il concetto di dignità propriamente attiene ad una condizione di onorabilità e nobiltà morale che nasce dalle qualità intrinseche di chi ha dignità, e si fonda propriamente sul SUO comportamento, sul suo contegno nei rapporti sociali, sui propri meriti; consiste in un rispetto di se, che suscita ed esige negli altri, in forza di tale esemplarità etica. Tutto ciò nè sembra suscettibile di "danno" per effetto di una diversificazione di trattamento economico o di una qualificazione in ambito lavorativo, nè, tanto meno, per effetto della stipulazione ed applicazione di una contrattazione collettiva che quelle differenze ratifichino.

D'altra parte si deve riflettere sulla portata dell'intervento giurisdizionale: l'art. 41 si occupa solo

indirettamente del lavoratore, in quanto incluso nella iniziativa privata dell'imprenditore (almeno secondo questa giurisprudenza); ma l'art. 41 è fondamentalmente rivolto all'imprenditore in quanto tale. Se si afferma che non è norma semplicemente di principio, resa in concreto applicabile dalle specifiche discipline che ad essa si devono conformare, ma che è direttamente applicabile, e che "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", vi sono tutta una serie di iniziative economiche private (basti pensare, a titolo di esempio, alle modificazioni ed ai trasferimenti di società, ed ai loro effetti per i lavoratori) che possono risolversi anche (e considerevolmente) in disparità: sia pure a domanda, non sembra davvero che il giudice possa sindacare la razionalità di questi comportamenti; perché sarà privo degli strumenti per fissare il limite della "pura" discrezionalità e dell'"arbitrio". Si aggiunga a ciò che la legge, per sua natura, contiene comandi, non valutazioni.

L'art. 41, in realtà, non concerne qualifiche, mansioni e retribuzioni, ma gli atti organizzativi dell'attività di impresa, e questi per loro natura non possono trovare limiti che nel precetto legislativo, al quale spetta (non al giudice) fare in modo che si realizzino tutti i caratteri voluti dalla costituzione di "libertà", di "non contrasto con l'utilità sociale", di "non arrecare danno alla sicurezza, alla libertà ed alla dignità umana"; e, del resto, è lo stesso costituente che si è preoccupato di evitare incertezze, poiché nel secondo comma ribadisce, se ce ne fosse bisogno, che "la legge determina i programmi ed i controlli opportuni": la legge, non il giudice.

Nè diverse indicazioni è dato trarre dai lavori della Assemblea Costituente.

Nella originaria formulazione, gli artt. 37 e 39, poi fusi nel definitivo art. 41, rinviavano alla legge la determinazione sia dei coordinamenti, che dei parametri di tutela (Atti terza sottocommissione, vol. VIII, p. 2285 e atti Assemblea, seduta antimeridiana 13 maggio 1947, vol. II pag. 1658). E per comprendere quanto fossero presenti i rischi derivanti dalla genericità di alcune formulazioni, basterebbe rileggere il forte richiamo conclusivo di Luigi Einaudi (ivi, p. 1666).

Tutto ciò conferma la necessità di dare una lettura unitaria all'art. 41 della Costituzione, ed esclude che il "contrasto" di cui al secondo comma, possa essere individuato autonomamente dall'esecutivo o dagli ordini giurisdizionali, in assenza di norme legislative e con riferimento a fattispecie specifiche.

- d.5. effettivamente ove si ritenesse sussistere un principio generale di parità di trattamento, avente i caratteri di norma di diritto positivo a carattere imperativo, ne deriverebbe, in relazione alle eventuali violazioni, un sistema sanzionatorio ed un regime probatorio più onerosi persino di quello previsto in caso di disparità discriminatorie (artt. 15 e 16 St.d.lav.), nelle quali non si estende il trattamento discriminatorio a tutti i lavoratori, e la prova è fornita dal lavoratore; ciò, posta la esaminata differenza tra principio di parità di trattamento e divieto di discriminazione, integrerebbe una manifesta illogicità nel sistema, posto che, a violazione più grave (e sulla maggiore gravità della discriminazione rispetto alla diversità di trattamento, non 'e dato dubitare: la discriminazione è infatti una diversità di trattamento per una ragione individuata dal legislatore come ingiusta), corrisponderebbe un regime sanzionatorio e probatorio di gran lunga meno grave: in luogo della automatica estensione del migliore trattamento ai lavoratori discriminati, la irrogazione di una sanzione pecuniaria (al fondo adeguamento pensioni, art. 16 dello Statuto dei lavoratori), e ciò pur in presenza di una espressa sanzione di nullità (art. 15); d'altra parte la prova della discriminazione deve essere fornita dal lavoratore che ne allega la esistenza (Cass. 1 febbraio 1988 n. 868), laddove in presenza di un trattamento differenziato in un contratto individuale o collettivo, incomberebbe (oltre Cass. n. 1888 del 1990, cfr. anche 8 luglio 1992 n. 8330, nella quale peraltro la prova era stata offerta dai lavoratori ricorrenti) al datore di lavoro allegare e provare "se tale diversità sia giustificata da causa corrente con i fini dell'attività imprenditoriale".

Come non ha mancato di osservare la più attenta dottrina, l'art. 16 dello Statuto è una norma che si suol definire "imperfecta", in quanto la sua violazione non incide sulla validità dell'atto, come

invece avviene per le norme c.d. perfectae; tale norma, tuttavia, è dotata di una sanzione, ed in tal modo il legislatore ha inteso escludere un meccanismo sanzionatorio consistente nella estensione ai lavoratori discriminati del trattamento di maggior favore; in tale assetto normativo, non è possibile supporre che la sanzione demolitoria, propria della norma perfetta, inerisca al comportamento meno grave, in quanto non discriminatorio, e consistente nella mera inosservanza della parità di trattamento.

Nè può tacersi che quando la legge stessa prevede, per le violazioni di un precetto, sanzioni diverse dalla invalidità e dalla sostituzione automatica, queste specifiche sanzioni devono ritenersi escluse (Cass. 16 luglio 1946 n. 892, 6 febbraio 1978 n. 555, 29 aprile 1981 n. 2630, 6 giugno 1990 n. 5412; 18 luglio 1991 n. 7983).

Quanto alla inversione dell'onere probatorio che deriverebbe al datore di lavoro, imponendogli di dimostrare la razionalità della differenziazione di trattamento, questa non potrebbe certo farsi rientrare nell'ambito generale (ad es. in tema di licenziamento per giusta causa o di natura collettiva, di trasferimento - art. 13 statuto dei lavoratori, di inutilizzabilità del collocato obbligatorio art. 10 penultimo comma della legge n. 482 del 1968) del principio per cui incombe al datore di lavoro provare la sussistenza delle giustificazioni all'esercizio di un proprio potere nell'ambito del rapporto; poiché, in realtà, qui si tratta di provare la nullità di un contratto (individuale o collettivo), e, secondo l'assunto dal quale si dissente, la nullità deriverebbe dalla irragionevole violazione del principio generale della parità di trattamento: non solo il trattamento è diversificato, ma ciò è avvenuto senza ragione sufficiente. Situazione, questa del tutto analoga alla impugnazione di una graduatoria di esame risultante dalla attribuzione differenziata di punteggi discrezionali: non vi è dubbio che la prova della violazione dei principi di correttezza e di buona fede incombe alla parte che ponga tale fatto a fondamento della propria azione, secondo i principi generali in materia di prova (art. 2697 cod. civ.: cfr., da ultimo, Cass. 11 giugno 1992 n. 7210, 20 gennaio 1992 n. 650).

La introduzione di un siffatto onere probatorio, è stato non a torto ritenuto, equivarrebbe, sul piano della disciplina sostanziale, alla generale imposizione di una obiettiva giustificazione per qualsiasi atto del datore di lavoro che, in qualsiasi modo, coinvolga gli interessi del lavoratore.

Ciò per tacere del fatto che, in non ultima analisi, si rischierebbe di trasformare la motivazione di ogni differenza di trattamento, in altrettante clausole di stile del genere "per la migliore qualità della prestazione", et similia.

- d.6. le norme costituzionali dalle quali è astrattamente possibile desumere un principio di parità, direttamente o in connessione con l'art. 3 Cost., sono l'art. 41, l'art. 37 (norme esplicitamente menzionate nella sentenza n. 103 della Corte Costituzionale), l'art. 36 della Costituzione, oltre beninteso allo stesso art. 3.

A tal riguardo possono, innanzi tutto, qui richiamarsi le considerazioni svolte (vedi retro sub d.4), con riferimento alla interpretazione degli artt. 41 e 36 della Cost.

A ciò si deve aggiungere in via generale, che la contrarietà di un atto con i principi fondamentali della Costituzione, può, se del caso, integrare un contrasto con l'ordine pubblico (art. 1343 cod. civ.), ma soltanto nei limiti e secondo i criteri che saranno di seguito esaminati.

Dall'art. 41 della Costituzione non discende, come si è visto, un potere del giudice di controllo diretto sugli atti di autonomia privata, in mancanza di atto normativo che specifichi come attuare quella astratta tutela. È questo certamente il punto nodale della questione, che induce a mantenere ferma la giurisprudenza che nega la esistenza di un principio di parità inteso come norma imperativa.

Infatti la diversa impostazione perviene alla conclusione che "l'intervento che si prevede non è

quello di tipo risarcitorio, conseguente all'inadempimento di una clausola imperativamente inserita nella contrattazione individuale o collettiva, ma di tipo dichiarativo e perciò costitutivo, conseguente alla verifica della mancata inserzione di clausole che del principio di parità siano concreta esplicitazione" (Cass. n. 1888 del 1990).

Ma la su richiamata giurisprudenza di questa Suprema Corte (a cominciare dalla sentenza n. 4177 del 1976), ben aveva posto in evidenza come la pretesa nullità non può farsi derivare dal contrasto con l'affermato principio di parità di trattamento, sia che lo si voglia far discendere direttamente dall'art. 3 Cost., sia che lo si collochi nell'art. 41 Cost.

Ed invero, con riguardo all'art. 3 Cost., l'affermazione solenne "i cittadini sono uguali di fronte alla legge" ha il significato di porre a carico del legislatore l'obbligo di non violare, pur nella sua discrezionalità politica, le regole della ragionevolezza, con la conseguenza di considerare invalida la legge che disponga trattamenti differenziati per determinate categorie di rapporti, allorché dal suo testo, o da altre disposizioni ad esso collegate, risulti la inesistenza delle peculiarità dei rapporti regolati; "ma non può da esso desumersi che, anche nell'esercizio della privata autonomia loro riservata dall'ordinamento (art. 1322 cod. civ.), ed in primis dalla Carta Costituzionale (art. 41), essi siano tenuti ad uniformare i propri atti ad analogo criterio, con la conseguenza che questi siano nulli ove con esso contrastanti".

Ed infatti soltanto in presenza di una norma imperativa di diritto positivo, è dato al giudice di dichiarare la nullità di un contratto (art. 1418 o art. 1343 cod. civ.: Cass. 13 maggio 1968 n. 62, oltre alla richiamata n. 4177 del 1976).

Ai fini che qui ne occupa, poi, è appena il caso di accennare al fatto, pur denso di significato sul piano degli effetti generali nell'ordinamento giuridico, che, se - secondo l'iter argomentativo delle decisioni alle quali non si aderisce il principio di uguaglianza va coniugato con il limite alla libertà imprenditoriale posto dalla tutela della dignità umana, ineluttabilmente ne consegue che si troveremmo di fronte ad un principio generale che impronta di se non soltanto i rapporti di lavoro (individuali e collettivi), ma addirittura tutti i rapporti interprivati riferibili alla "iniziativa economica privata", con quali implicazioni è facile intuire; per limitarsi al campo del lavoro, si dovrebbe negare la possibilità di irrogare ad uno solo degli incolpati di una mancanza disciplinare, una sanzione inferiore rispetto agli altri (Cass. 16 aprile 1985 n. 2519. S.U. 1 agosto 1962 n. 2300), ovvero la possibilità per il datore di lavoro di non licenziare soltanto alcuni dei lavoratori che hanno superato il periodo di comporta.

Verrebbe meno altresì, in pratica, la possibilità di diversificare i premi di rendimento, non essendo ipotizzabile che le aziende si muniscano di motivazioni sufficienti, per non correre l'alea del contenzioso.

Da segnalare altresì gli effetti dirompenti che la introduzione in via interpretativa di un principio di parità cogente ancorché disancorato da precisi parametri legislativi di riferimento, produrrebbe su tutta la complessa elaborazione, prima legislativa, poi dottrinarica, giurisprudenziale e sindacale sui contratti di formazione lavoro, un istituto del quale, peraltro, sono stati apprezzati generalmente gli effetti nel mondo del lavoro, ed in particolare con riguardo alla occupazione.

Orbene, a questo riguardo, basti ricordare l'accordo dell'8 maggio 1986, confermato poi il 18 dicembre 1989, per il quale il giovane assunto per la formazione può essere inquadrato in una categoria, fino a due livelli inferiori a quella di appartenenza del lavoratore, assunto con contratto a tempo indeterminato, che svolge le medesime mansioni o funzioni; e, inoltre, che prevede che al lavoratore venga erogato il trattamento (c.d. salario di ingresso) corrispondente alla categoria di inquadramento, ma limitatamente al minimo tabellare ed alla relativa indennità di contingenza. Disciplina contrattuale evidentemente rivolta alla incentivazione ad assumere giovani in formazione, che, tuttavia, dovrebbe in ogni caso, in concreto, risultare rispettosa dei limiti imperativi dell'art. 36 della Costituzione.

Analoghe considerazioni dovrebbero svolgersi con riferimento all'apprendistato.

Appare davvero arduo immaginare che una così radicale trasformazione dei capisaldi dell'autonomia privata, possa essere introdotta in via interpretativa.

Non mette certo qui conto di richiamare tutta la complessa, e contrastata, elaborazione giurisprudenziale e dottrinarica, in relazione al carattere precettivo dell'art. 36 della Costituzione, ed ai suoi effetti nell'ambito della contrattazione individuale e collettiva (Cass. 13 maggio 1964 n. 1145). Basti ricordare come i punti salienti per pervenire alla affermazione del carattere precettivo, erano la positiva specificità dei caratteri della "sufficienza" e della "proporzionalità" (a cominciare da Cass. 13 settembre 1954 n. 3046, 23 ottobre 1954 n. 4035, 18 luglio 1961 n. 1745, 15 dicembre 1961 n. 2810), e ciò persino in presenza di retribuzione corrispondente alla previsione collettiva (Corte Cost. 6 luglio 1971 n. 156, Cass. 23 aprile 1979 n. 2302).

Ma proprio nella ricognizione di quella elaborazione, si rinviene la esplicita affermazione che l'art. 36, comma primo, è rivolto ad assicurare la tutela della persona del lavoratore e la soddisfazione dei bisogni fondamentali suoi e della sua famiglia, "non già a garantire la parità delle prestazioni nel rapporto sinallagmatico di lavoro" (Corte Cost. 25 marzo 1980 n. 36, 7 luglio 1964 n. 75), o "il diritto al riconoscimento di una qualifica maggiore" (Corte Cost. 21 marzo 1969 n. 39). La estraneità, dall'art. 36 Cost., di qualsiasi nucleo di comparazione interpersonale, discendeva - tra l'altro - dalla stessa commissione parlamentare di inchiesta, sulle condizioni dei lavoratori in Italia (Camera dei deputati e Senato della Repubblica, Roma, 1959) e sulla giungla retributiva, la quale, de iure condendo, proponeva la introduzione di una legislazione non solo sui minimi ma anche sui massimi retributivi; e, inoltre, dalla stessa contrattazione aziendale, che, talora, ha promosso il discorso della perequazione salariale, delle fasce retributive, dei superminimi minimi per categoria, e che, quando tali istituti contrattuali erano inclusi in accordi, hanno posto delle regole rivolte, entro certi limiti, al livellamento salariale nell'ambito della stessa categoria; nè un tale principio di comparazione intersoggettiva può ritenersi introdotto nell'art. 36 per tramite del terzo comma dell'art. 37 Cost., che rivela diversa ratio in quanto mira a reprimere sperequazioni di trattamento - anche solo per attribuzioni integrative di carattere accessorio - non giustificate da situazioni obiettive di differenziazione dovute all'età, ma non pone un raffronto tra singole posizioni soggettive (Cass. n. 499 del 1981);

"non possono peraltro determinarsi retribuzioni diverse per lo stesso genere di lavoro, per il solo fatto che è differente il carico familiare dei lavoratori, a detta situazione provvedendo lo specifico istituto degli assegni familiari" (Cass. 26 novembre 1977 n. 5167; cfr. inoltre Cons. di St. sez. IV, 2 dicembre 1975 n. 1168, Cass. 30 marzo 1978 n. 1476 oltre alle più volte citate n. 4177 del 1976, n. 3753 del 1983).

E neppure è dato pervenire, in mancanza di una specifica disciplina, alla nullità, come effetto della violazione dell'ordine pubblico (art. 1343 cod. civ.) da parte dei contratti - individuali o collettivi - che, contenendo un trattamento differenziato rispetto ad altri lavoratori svolgenti pari mansioni, sarebbero in contraddizione con le norme preposte a tutela della dignità individuale.

Anche a voler adottare la definizione più concreta di causa (S.U. 11 gennaio 1973 n. 63), è noto infatti che il concetto di ordine pubblico si riferisce ai principi fondamentali sui quali poggia l'ordinamento giuridico ed agli interessi essenziali e generali, anche se non esclusivamente pubblici, della collettività, desumibili da norme positive imperative anche se non formulati in modo espresso; siffatta nozione dell'ordine pubblico, ancorché necessariamente elastica e variabile, è sempre tuttavia radicata nell'ordinamento positivo e da questo deducibile in via interpretativa: soccorre, la dove manca una specifica disciplina, per ricondurre ad armonia il sistema, impedendo (cioè sancendone la nullità), condotte non espressamente vietate e che tuttavia si palesano in contrasto con quei principi desumibili dalle altre coerenti ed armoniche discipline di diritto positivo, i c.d. principi informativi dell'ordinamento.

A chiarire il concetto, soccorrono alcuni esempi di utilizzazione del limite dell'ordine pubblico, dei quali non può sfuggire la gravidanza; illiceità delle limitazioni convenzionali alla libertà di fede politica o religiosa (Cass. 27 maggio 1971 n. 1574), il c.d. patto di "buona-entrata" (Cass. 5 luglio 1971 n. 2091), la nullità delle clausole che prevedono il titolo di studio massimo (Cass. 25 febbraio 1978 n. 972), incommerciabilità del posto di lavoro (Cass. 21 ottobre 1972 n. 3196).

Non è possibile individuare allo stato attuale della disciplina giuridica positiva, un principio di ordine pubblico che imponga la parità di trattamento nei rapporti interprivati (cfr. Cass. n. 499 del 1981); è possibile tutt'al più cogliere una linea di tendenza nell'ordinamento giuridico, desumibile dalle norme indicate dalla stessa sentenza n. 103 della Corte Cost., e da altre ancora, che progressivamente mira a modificazioni normative in questa direzione in settori specifici. Ma una tendenza dell'ordinamento non costituisce ancora un principio di ordine pubblico, atteso che questo, per sua stessa natura, deve essere caratterizzato dalla generalità e dalla obbligatorietà; ed appare arduo attribuire il carattere della lesione della dignità umana ed una diversificazione - si badi, nell'ambito di una retribuzione sicuramente sufficiente e proporzionale - che, per ciò stesso, non può che risultare marginale rispetto al complessivo rapporto, e, come nel caos in esame, non si vede davvero come possa compromettere i diritti fondamentali della personalità del lavoratore.

D'altra parte porre la retribuzione come parametro di dignità umana, conduce alla qualificazione del diritto alla retribuzione in termini di diritto assoluto della personalità: una concezione che non può essere accolta.

I diritti assoluti si distinguono da quelli relativi proprio perché ai primi corrisponde sempre e soltanto un dovere di astensione dei soggetti passivi.

Ciò vale, a maggior ragione, per i diritti della personalità, attraverso i quali si realizza la tutela dei beni CHE GIÀ SONO DELLA PERSONA, ESSENDONE GLI ATTRIBUTI ESSENZIALI (tale la dignità): ma la equivalenza retribuzione, o parità - dignità non è né nella Costituzione, né nella legge.

Ed invero il divieto di arbitrio appare evidente quando sono in gioco valori della personalità (libertà personale: Torkontrolle), disoccupazione (collocamento, licenziamento, cassa integrazione), e questi aspetti trovano puntuale disciplina legislativa; ma nella retribuzione e nella classificazione sussistono, o almeno di gran lunga prevalgono, aspetti patrimoniali.

Inoltre, né il contratto di lavoro, che non è a base associativa, né la organizzazione del lavoro, consentono di considerare i soggetti che vi partecipano unitariamente, come comunità (come avviene per il diritto tedesco, ed è proprio da ciò che deriva la primitiva elaborazione dei concetti di parità con riferimento alla Gleichbehandlung, che peraltro trova le sue giustificazioni in precise differenze di ordine costituzionale dell'ordinamento germanico, tanto che in questo ordinamento è configurabile la c.d. betriebliche Ordnung, cioè l'ordine delle aziende), se non ad alcuni ben precisi effetti, delimitati dall'ordinamento giuridico (diritto sindacale, art. 46 della Costituzione, specifiche norme dello Statuto dei lavoratori - artt. 11, 15, 16, 19, 20, 27 - ecc.).

Una così estrema e generale attuazione del principio di uguaglianza, soprattutto - ma è proprio questo il nodo non eludibile - in assenza di una determinazione legislativa dei parametri di riferimento per il giudice, comporterebbe una grave limitazione di valori costituzionali fondamentali, quali la libera iniziativa imprenditoriale, e, soprattutto, l'autonomia collettiva (oltre quella privata), ed una straordinaria dilatazione dei poteri giurisdizionali, i quali, proprio per l'assenza dei cennati parametri di diritto positivo (pur possibili, ed anzi esistenti, ad es., per l'impiego pubblico: cfr. l'art. 2, comma terzo, e l'art. 49, secondo e terzo comma, del decreto legislativo 22 gennaio 1993 in attuazione dell'art. 2 della legge 23 ottobre 1992 n. 421), finirebbero per esercitarsi in maniera inevitabilmente soggettiva, relativa, variabile, contrastante.

Ed in questo senso deve intendersi la censura mossa nel ricorso, secondo la quale il giudizio di

"ragionevolezza" sarebbe un controllo di opportunità, una valutazione politica, non giurisdizionale.

Quanto all'art. 3 della Costituzione, questo impone al legislatore di non violare le regole della logica, che costituisce un limite giuridico all'esercizio di ogni attività discrezionale, talché è invalida la legge che disponga trattamenti differenziati per categorie di rapporti allorché dallo stesso suo testo o da altre disposizioni collegate, risulti l'inesistenza delle peculiarità dei rapporti regolati, ovvero tali peculiarità appaiono prima facie prive di ogni carattere di ragionevolezza.

La Corte Costituzionale ha solennemente affermato (sent. n. 25 del 23 marzo 1966) che l'uguaglianza "è principio generale che condiziona tutto l'ordinamento nella sua obiettiva struttura: esso vieta, cioè, che la legge ponga in essere una disciplina che, direttamente o indirettamente, dia vita ad una non giustificata disparità di trattamento delle situazioni giuridiche indipendentemente dalla natura e dalla qualificazione dei soggetti ai quali queste vengono imputate".

Ma, si è visto, la ragionevolezza delle disparità di trattamento contenute nella legge, si giudicano sulla base dello stesso testo delle leggi o delle disposizioni collegate; quando si versa in materia di regolamento privato degli interessi, la ragionevolezza non può che essere estrinseca rispetto al contratto, ed attiene alle motivazioni dell'umano agire.

Ancora con riguardo all'art. 3 Cost. ed al controllo di razionalità, che è stato introdotto, giova ripeterlo, per le leggi e non per gli atti dell'autonomia privata e dell'autonomia collettiva, non può farsi a meno di ricordare di quante cautele tale controllo viene normalmente circondato.

Malgrado, infatti, sia per sue caratteristiche riservato ad un organo unitario, a composizione mista ma di natura politico-costituzionale quale la Corte Costituzionale, ed abbia ad oggetto atti di tipologia anch'essa sufficientemente unitaria (leggi ed atti aventi valore di legge), è generalmente avvertito il rischio che un siffatto controllo finisca per interferire con la discrezionalità del legislatore, e non a caso è stato ritenuto che, quanto più il criterio di razionalità si avvicina a quello di giustizia, tanto più il ruolo della Corte delle leggi collide (in violazione dell'art. 70), con le prerogative del parlamento in ordine ai contenuti delle scelte politiche. Deve essere riaffermata la esclusione della funzionalizzazione della legislazione al perseguimento di finalità costituzionali, e la esclusiva competenza del legislatore alla valutazione di merito in ordine ai contenuti della sua attività.

È in realtà questa la ragione per la quale non basta che una categoria sottoposta ad una certa disciplina comprenda anche soggetti privi di uno o di alcuni elementi caratteristici comuni, perché possa affermarsi la illegittimità di una norma per irrazionale disparità di trattamento; occorre in più che quelle differenze non siano determinanti (si è detto "pertinenti") al fine di rientrare nella previsione legislativa.

Si tratta peraltro di un giudizio relazionale che rispetto, al c.d. *tertium comparationis*, stabilisca se la disciplina sia ragionevole od arbitraria.

In siffatto giudizio si resta all'interno di un sistema di valori che, per quanto vario, è per definizione unitario, o, almeno, coerente: quello dell'ordinamento giuridico, dell'insieme dei fini perseguiti dal legislatore e resi espliciti proprio dalla formulazione dei testi legislativi.

Già da questa definizione appare evidente la impossibilità di procedere ad un giudizio di ragionevolezza, in ambito privatistico e, particolarmente in ambito contrattuale: ivi, infatti, i valori di riferimento lungi dall'essere unitari, sono addirittura contrapposti, e la composizione del conflitto avviene proprio seguendo i parametri legali dell'incontro delle volontà su una causa eletta dall'ordinamento come meritevole di tutela. Talché, si è visto, solo allorché ricorrono contrasti con norme imperative, può esserne sanzionata la nullità, ma al di fuori di queste ipotesi tipiche, normativamente previste, residua la ampia libertà della autonomia privata, che si è detto,

costituisce la regola fondamentale.

Quanto al c.d. "bilanciamento" (rispetto ai diritti fondamentali) al quale sarebbero sottoposte le libertà economiche, rispetto alle libertà fondamentali, si tratta di un argomento che non rileva ai fini che ne occupa.

Infatti, innanzi tutto, si è visto che nel caso in esame risultano coinvolti diritti fondamentali quali la libera associazione sindacale, ed inoltre, tutte le argomentazioni svolte non negano certamente che la libertà economica (espressa nell'autonomia privata e collettiva) sia suscettibile di limitazioni da parte del legislatore, ma affermano che tali limitazioni non possono derivare nè dall'esecutivo, nè dalla giurisdizione in assenza di norme legislative che le consentano.

Proprio con riferimento all'art. 41 della Costituzione, si richiama talora la sent. n. 127 del 16 marzo 1990 della Corte Costituzionale, nella quale si è affermato che "qualora sorgano seri dubbi in relazione al verificarsi nella zona di manifestazioni morbose attribuibili all'inquinamento atmosferico, il giudice può disporre indagini e, qualora le immissioni superino il limite di tollerabilità trarne le conseguenze giuridiche del caso". In questo caso, si è detto, la libertà economica di impresa è superata dal bilanciamento tra impresa e salute pubblica; ma in tal modo si omette di considerare non solo, e non tanto, che il legislatore, e dunque la Corte, hanno certo tenuto conto della innegabile realtà che il giudice ordinario può intervenire con una sollecitudine ed una tempestività ben maggiore, ma, soprattutto, che non può negarsi l'esistenza di una ampia tutela, anche penalistica (ad es. art. 674 cod. pen. nelle ipotesi meno gravi) della salute pubblica, che sono appunto i binari posti all'attività giurisdizionale.

Per questo è stato ritenuto che occorre distinguere dalla valutazione di razionalità in generale, che è quella che si compie ai sensi dell'art. 3 della Costituzione, e la valutazione di razionalità che dovrebbe compiersi per stabilire se il trattamento diseguale "è coerente con i fini dell'attività imprenditoriale"; ed infatti nella prima ipotesi si tratta di confrontare entità definite ed omogenee (rispetto all'articolo 3 della Cost. discipline giuridiche di diritto positivo, rispetto all'articolo 2077 cod. civ. clausole difformi da valutare nel contenuto più o meno favorevole), ma nel caso del trattamento individuale preferenziale o della disciplina collettiva diversificata, si tratta - in assenza di motivo discriminatorio - di individuare se esse corrispondono "ai fini dell'attività imprenditoriale", cioè al nucleo centrale della libera iniziativa economica.

È poi necessario brevemente, ma con fermezza, escludere che un principio di parità di trattamento discendente dall'art. 3 della Costituzione, sia rinvenibile nel governo fatto dalla giurisprudenza del dovere di correttezza e di buona fede nel rapporto di lavoro (artt. 1175 e 1375 cod. civ.). Per comprenderlo con chiarezza è sufficiente ricordare come le fattispecie nelle quali si è dato applicazione a tali norme riguardavano il rispetto dei criteri di selezione dei lavoratori nelle assunzioni o delle regole collettive sulle progressioni in carriera, nelle quali il controllo sulle determinazioni unilaterali del datore di lavoro discendeva dal fatto che quegli atti erano adempimenti di un obbligo contrattualmente assunto di imparzialità; criteri che poi sono stati estesi, in alcuni casi normativamente, anche ai criteri di scelta nei licenziamenti collettivi per riduzione di personale o dei lavoratori da porre in cassa integrazione (cfr. inoltre, di seguito, sent. 11 giugno 1988 n. 4011). Ben vero che, con riferimento all'art. 5 della legge 20 maggio 1975 n. 164 ed all'intervento del sindacato per la verifica delle cause di sospensione o di riduzione dell'orario di lavoro, è stato affermato (Cass. 6 febbraio 1988 n. 1299, 28 febbraio 1992 n. 2477), il controllo da parte del giudice della razionalità della scelta dei lavoratori da sospendere (che deve essere coerente con le finalità della cassa integrazione), ma si deve ricordare come - analogamente a quanto avviene per i c.d. concorsi privati -, si tratti di ipotesi nella quale i criteri sono stati predeterminati di accordo con il sindacato, di guisa che la discrezionalità del datore di lavoro, autolimitatosi, e già circoscritta entro quei limiti; tanto è vero che il datore di lavoro deve provare soltanto di avere rispettato quei criteri concordati.

Da quanto esposto discende che, nè dall'art. 3, nè dall'art. 36, nè dall'art. 37, nè dall'art. 41 della

Costituzione è desumibile la esistenza una norma cogente che imponga nei rapporti interprivati, ed in particolare nei rapporti di lavoro, la parità di trattamento.

- d.7. giustamente si pone in risalto come tutto ciò sia particolarmente vero ove il controllo investa la norma collettiva, che, si è detto, per sua natura, non deve essere ragionevole, ma corrispondere al mercato e rispettare l'art. 36 (posto che sufficienza e proporzionalità della retribuzione non sono in questione).

A questo riguardo una prima osservazione si impone: da una siffatta interpretazione dei principi costituzionali, e, soprattutto, da un così esteso ed indeterminato potere di sindacato del giudice ordinario sulla contrattazione collettiva, deriverebbe una profonda trasformazione dell'autonomia collettiva e delle relazioni industriali. Basterebbe considerare che attualmente il contratto collettivo è concepito come punto di incontro di contrapposti interessi, in cui ognuna delle parti sociali si fa carico delle esigenze dell'altra nei limiti in cui la realizzazione delle stesse è indispensabile, per il perseguimento dei propri fini.

Ove si affermasse che la contrattazione collettiva, nella determinazione differenziata, ad esempio, delle mansioni e dei livelli retributivi, in tanto può sfuggire alla sanzione di nullità da parte del giudice ordinario, in quanto "sia giustificata da causa coerente con i fini dell'attività imprenditoriale" (così Cass. n. 1888 del 1990), ciò comporterebbe da parte del sindacato, in sede contrattuale, un obbligo di farsi carico di tale coerenza.

Si tratterebbe insomma di smentire che l'autonomia collettiva, come si è visto, non ha natura funzionale di fronte all'interesse pubblico e nell'ambito dell'ordinamento statale, o di affermare che il sindacato sia investito di una pubblica funzione (concezioni rifiutate dal nostro ordinamento costituzionale), o, addirittura, di imporre - pena la nullità della clausola del contratto collettivo (conseguenza non di poco momento, se attiene alla ripartizione delle qualifiche e dei relativi livelli retributivi) - al sindacato di farsi carico della valutazione della "coerenza" delle scelte concordate con i fini della produzione, ciò che, in realtà, esula completamente dai suoi fini e dalla sua stessa storia.

La "razionalità" della scelta collettiva, è intrinseca, discende dalla composizione del conflitto sindacale, dall'assetto gestionale degli interessi che si sono dato le parti, e, rispetto ad essi, non si può porre altri limite che il diritto positivo: è questa la ragione per la quale, forse, la sentenza n. 103 della Corte Costituzionale ha riaffermato, proprio in conclusione della motivazione, che il giudice compie i suoi accertamenti "con osservanza della regolamentazione apprestata sia dalla legge, sia dalla contrattazione collettiva ed aziendale"; la disciplina contrattuale, come evidente, se, ed in quanto, non in contrasto con il diritto positivo; che altrimenti - se tale contrasto sussiste -, eserciterà "il potere di correggere eventuali errori".

Beninteso è ben possibile che la soluzione contrattuale collettiva adottata, non corrisponda agli interessi degli aderenti alle associazioni stipulanti, e risulti "non coerente" o rispetto ai fini dell'imprenditore, o rispetto alle aspettative dei lavoratori, o, persino, in casi specifici, di entrambe le parti; ma il rimedio non potrà che essere di carattere sindacale: o una nuova contrattazione, eventualmente, aziendale, correttiva e migliorativa, o, nei casi estremi, l'abbandono della associazione che male ha rappresentato quegli interessi.

Ma il giudizio di razionalità, intesa come coerenza con i fini, deve ritenersi precluso al giudice di merito.

Proprio la fattispecie oggetto del presente giudizio ne è una puntuale conferma: le valutazioni delle associazioni di categoria per privilegiare la avvenuta navigazione su "navi italiane", implicano una serie di elementi (mercato del lavoro, disoccupazione, concorrenza straniera, variabilità delle strutture commerciali estere, affidabilità delle loro certificazioni, ecc.) delle quali, per giudicarne la razionalità, è problematica una completa conoscibilità, ed anzi, a ben vedere, che sono inerenti

ai motivi della contrattazione, in quanto tali, di regola irrilevanti; soltanto il motivo illecito individuato dalla legge (le diverse forme di discriminazione), infatti, è suscettibile di provocare la nullità della pattuizione, con gli effetti previsti dalla legge.

- d.8. uguaglianza e dignità richiedono norme imperative specifiche di tutela, per applicarsi la nullità (1418 e 1419 cod. civ.); in mancanza, non si può ritenere la nullità parziale (art. 1419) e non si può ricorrere all'equità (sent. n. 1888 del 1990), in quanto questa presuppone una lacuna del regolamento negoziale.

La nullità parziale, infatti, è pur sempre nullità, e valgono pertanto le argomentazioni già svolte sulla inesistenza di una norma imperativa di diritto positivo o di un principio di ordine pubblico.

Sorgono invece ulteriori gravi dubbi, pur ove si aderisse alla configurazione della nullità parziale, al meccanismo con il quale si addiverrebbe all'effetto di estendere al lavoratore o alla categoria non favoriti, il trattamento (normativo o retributivo) potiore.

Invero la impugnata sentenza, a differenza della sent. n. 1888 del 1990 della sezione Lavoro di questa S.C., non richiama esplicitamente l'art. 1374 cod. civ., ma si limita ad affermare la nullità parziale della clausola limitativa "su navi nazionali" contenuta nell'art. 6; ma finisce per operare secondo un meccanismo che è sostanzialmente analogo, in quanto estende l'inquadramento nel 1 livello anche a personale che in base al contratto collettivo ne era escluso.

In ogni caso il riferimento all'art. 1374 cod. civ. ed all'equità contenuti nella giurisprudenza anzidetta, non appare convincente e tale da consentire l'intervento correttivo del giudice.

Infatti occorre avere riguardo ad una interpretazione sistematica di questa norma: essendo l'art. 1374 cod. civ. collocato sotto il titolo che tratta degli effetti del contratto, e tenuto conto altresì della esistenza degli artt. 1339 e 1340 nella parte del cod. civ. riguardante l'accordo delle parti, è agevole dedurre che questa disciplina concerne gli effetti del contratto e non il suo contenuto; inerisce cioè all'adempimento, alla esecuzione, non alla struttura del contratto: nullità (art. 1418 cod. civ.) ed inserzione automatica (art. 1419, secondo comma, cod. civ.), invece, attengono al contenuto del contratto (Cass. 14 ottobre 1972 n. 3065, che precisa come si tratti di integrazione degli effetti di una già manifestata volontà negoziale; Cass. 26 settembre 1977 n. 4093 e 14 marzo 1983 n. 1884, che precisano che la integrazione deve riguardare un aspetto del rapporto non regolato dalla volontà delle parti).

Invero, con riferimento all'art. 1374 cod. civ., una parte della dottrina, constatane la difficile utilizzabilità e le incertezze sistematiche alle quali condurrebbe la attribuzione di carattere direttamente precettivo all'art. 41, secondo comma, Cost., tenta di ancorare la nullità al precetto di proporzionalità ex art. 36 Cost., integrandolo "aggiungendo" una ulteriore possibilità di sua determinazione con riferimento, in via comparata, agli altri trattamenti in atto: ma un siffatto intervento additivo o manipolativo della Costituzione deve ritenersi interdetto all'interprete.

Infine, per quanto concerne agli interessi non meritevoli di tutela di cui all'art. 1322 cod. civ., richiamati dalla impugnata sentenza, questi, come noto, si ravvisano non solo in quelli contrari a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume, o comunque illeciti, essendo sufficiente che essi non si prestino ad essere armonicamente integrati nella tavola dei valori dell'ordinamento; ma, si badi, soltanto se ed in quanto le parti addivengono a "concludere contratti che non appartengono ai tipi aventi una disciplina particolare", il che appare difficile sostenere in generale per i contratti di lavoro (ai quali è destinata una intera sezione del capo XVII del titolo III del libro IV del codice civile), ed in particolare per i contratti collettivi; nè certo la marginalità della clausola che qui interessa, nel contenuto contrattuale complessivo, potrebbe consentire di configurare quella divergenza tra causa del contratto ed interesse perseguito, che talora ha condotto ad affermazioni di incompatibilità.

Quanto poi alla possibilità che la clausola, comunque intesa, inerente alla retribuzione o all'inquadramento, come limitativa dell'oggetto o di altri elementi accessori, possa ritenersi talmente incidente sulla previsione normativa da provocarne la fuoriuscita dal "tipo" legale, si tratta evidentemente di una prospettazione ancora più ardua, ove si tenga conto che tutti gli altri, diversi, complessi e collegati, elementi contrattuali risultano invariati per effetto della clausola stessa.

Si è posto da alcuni autori il problema se, tenuto conto del carattere non vincolante della sentenza interpretativa di rigetto della Corte Costituzionale, il giudice possa ritenere la disciplina in questione ugualmente legittima, ma sulla base di una diversa interpretazione; alcuni autori propendono per la necessità di sollevare nuovamente la questione di legittimità costituzionale.

La questione tuttavia non sembra ricorrere nella fattispecie in esame, in quanto non è stata la corte Costituzionale ad affermare esplicitamente la esistenza di un principio imperativo di parità di trattamento, ma questo è stato desunto dalla giurisprudenza dalla sentenza n. 103; di guisa che, intesa questa sentenza come escludente la illegittimità della disciplina dei poteri dell'imprenditore e della retribuzione, in quanto nel suo complesso contiene sufficienti elementi delimitativi di quei poteri ed a tutela del lavoro, del lavoratore e della sua dignità, le S.U. possono risolvere il contrasto sorto tra le sentenze che affermano la esistenza di un principio di parità retributiva, e le sentenze che negano la esistenza di tale principio, senza necessità di sollevare nuovamente una questione di legittimità delle norme già scrutinate.

Consegue da quanto esposto che il ricorso deve essere accolto.

Da ciò deriva la cassazione della gravata sentenza ed il rinvio per nuovo esame dell'appello al tribunale di Chiavari il quale, provvedendo anche sulle spese del procedimento di cassazione, darà applicazione al seguente principio di diritto:

Nè l'art. 36 della Costituzione, che si limita a porre il principio della retribuzione sufficiente e proporzionata all'attività svolta, nè l'art. 41 della Costituzione, che afferma la libertà dell'iniziativa economica privata nei limiti posti dalla legge a tutela della sicurezza, della libertà e della dignità umana, pongono un principio di comparazione intersoggettiva, in base al quale ai lavoratori dipendenti svolgenti identiche mansioni debba attribuirsi la stessa retribuzione o il medesimo inquadramento.

In mancanza di un principio di parità di trattamento, che non è neppure desumibile dall'art. 3 della Costituzione, non può ritenersi nulla, per contrasto con norma imperativa o con un principio di ordine pubblico, la clausola prevista da un contratto collettivo che richieda per l'inquadramento nella qualifica di 1 ufficiale, la navigazione per un dato tempo su "navi nazionali"; in presenza di contrattazione collettiva, non contrastante con norme di diritto positivo, è preclusa al giudice di merito la valutazione della "razionalità" del regolamento degli interessi posto in essere dalle parti sociali, essendo questo riservato alla autonomia collettiva.

PQM

p.q.m.

La Corte, decidendo a Sezioni Unite, accoglie il ricorso, cassa la impugnata sentenza e rinvia per nuovo esame del gravame al tribunale di Chiavari, il quale provvederà anche sulle spese del procedimento di cassazione.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio delle Sezioni Unite civili della Corte Suprema di Cassazione il 19 febbraio 1993.

Note

Utente: unid101 UNIV.DI ROMA LA SAPIENZA

www.iusexplorer.it - 28.10.2014

