

Contratto collettivo e dissenso individuale nel prisma del divieto di discriminazione

Pasquale Chieco – Università di Bari

1. Applicazione del contratto collettivo e consenso/dissenso del lavoratore non sindacalizzato

Tra le molteplici e rilevanti questioni aperte dai contratti collettivi separati e dai relativi risvolti giudiziari, particolare interesse riveste – ai fini del discorso che intendo sviluppare in questo intervento – la vicenda che ha portato ad affermare l'applicazione, nello stesso contesto aziendale, di due diversi contratti collettivi (nazionali).

In proposito i fatti sono noti. Nella vigenza del CCNL metalmeccanici del 20 gennaio 2008 (unitariamente stipulato da Fiom, Fim, Uilm), la sottoscrizione - il 15 ottobre 2009 - del nuovo CCNL metalmeccanici (ad opera solo di Fim e Uilm), ha determinato la reazione della Fiom che ha proposto diverse azioni giudiziarie contestando alle aziende aderenti a Federmeccanica la condotta antisindacale per avere applicato il CCNL 2009 (del quale si è sostenuta l'illegittimità in quanto stipulato prima della scadenza del CCNL 2008 e senza il consenso di tutte le parti) e disapplicato il CCNL 2008 (in particolare, ai propri iscritti). La difesa delle aziende, sostenuta da Federmeccanica, ha affermato la piena legittimità del CCNL 2009 e, nello stesso tempo, la persistente applicazione del CCNL 2008 nei confronti dei lavoratori iscritti al sindacato ricorrente¹.

¹ La singolarità della vicenda è legata alla posizione dei datori di lavoro (alias, di Federmeccanica) che affermano, evidentemente per esigenze legate alla gestione giudiziaria della controversia, di applicare ai propri dipendenti (in ragione della rispettiva affiliazione sindacale) due diversi contratti collettivi nazionali.

Come si anticipava, l'esito dei giudizi² (in alcuni dei quali è stata riconosciuta la antisindacalità del comportamento aziendale consistente nel non avere effettivamente continuato a dare applicazione al CCNL 2008) è stato nel senso di affermare la piena legittimità del CCNL 2009 accanto alla perdurante vigenza del CCNL 2008³ con la conseguenza di ritenere obbligate le aziende ad applicare due contratti nazionali di categoria e, specificamente, il CCNL del 2008 agli iscritti alla Fiom e agli altri lavoratori (non iscritti) che ne avessero fatto espressa richiesta⁴.

Ebbene, la sussistenza di un obbligo conclamato del datore di lavoro di applicare due contratti collettivi ci consegna una situazione in relazione alla quale i pronunciamenti della giurisprudenza e i primi commenti degli interpreti⁵, sono nel senso che, mentre per i lavoratori iscritti vale il meccanismo della rappresentanza e quindi trova *de plano* applicazione il contratto collettivo sottoscritto dal sindacato di appartenenza, per i lavoratori non iscritti vale il meccanismo dell'eventuale manifestazione di volontà (dissenso all'applicazione del CCNL 2009 ovvero richiesta di applicazione del CCNL 2008).

Possiamo quindi dire che, nella situazione data (vero e proprio "laboratorio" per l'analisi dell'efficacia del consenso/dissenso del lavoratore⁶), l'applicazione del contratto collettivo è frutto della

² Il riferimento è alle ordinanze del Tribunale di Torino 18.4.2011, 26.4.2011, 2.5.2011, 20.5.2011; del Tribunale di Modena 22.4.2011; del Tribunale di Tolmezzo 17.5.2011; del Tribunale di Ivrea 1.6.2011; del Tribunale di Reggio Emilia 3.6.2011 e del Tribunale di Bologna 3.6.2011.

³ La "peculiarità" di questa situazione è sottolineata da Liso, *Le azioni legali della Fiom e il conflitto intersindacale*, in *www.nelmerito.com*, 20 maggio 2011. Sulla legittimità dell'accordo separato modificativo di un contratto collettivo vigente, A. Maresca, *Accordi collettivi separati*, Riv. It. Dir. Lav., 2010, I, 52-53; *contra*, seppure con formula dubitativa, F. Scarpelli, *Una riflessione a più voci sul diritto sindacale ai tempi della contrattazione separata*, Riv. Giur. Lav., 2010, I, 13. Per un diversa prospettiva che dà "prevalenza" al CCNL 2008, V. Bavaro, *Accordi separati ed enti bilaterali*, Riv. Giur. Lav., 2010, I, 109 ss.

⁴ Nelle ordinanze Trib. Torino 22.4.2011 e 20.5.2011, ad es., viene intimato all'azienda di predisporre un procedimento (affissione del decreto) e di attendere un certo tempo (rispettivamente, 30 gg. e 20 gg.) al fine di consentire ai lavoratori non iscritti (alla Fiom), di chiedere l'applicazione del CCNL 2008.

⁵ Cfr. G. Santoro Passarelli, *L'impatto del conflitto intersindacale sui livelli contrattuali nella categoria dei metalmeccanici. Note minime su questioni ancora molto controverse*, Arg. Dir. Lav., 2011, I, 219 ss.

⁶ Per una ricostruzione delle fattispecie di dissenso individuale (e collettivo) e delle soluzioni emerse in dottrina e giurisprudenza, poco prima della esplosione delle vicende legate al doppio contratto collettivo metalmeccanico, v. G. Santoro Passarelli, *Efficacia soggettiva del contratto collettivo.: accordi separati, dissenso individuale e clausola di rinvio*, in Riv. It. Dir. Lav., I, 2010, 487 ss.; A. Lassandari, *Problemi e ricadute della contrattazione "separata"*, Giorn. Dir. Lav. rel. Ind., 2010, 323 ss. Più di recente, per un riepilogo delle questioni legate all'efficacia soggettiva del contratto collettivo aziendale (e non solo), v. la

manifestazione di volontà dei lavoratori espressa, per gli iscritti, sul piano (individuale ma a rilevanza collettiva) dell'iscrizione al sindacato firmatario ovvero, per i non iscritti, mediante il consenso implicito ovvero il dissenso espresso all'applicazione dell'uno 'o' dell'altro contratto collettivo⁷.

In entrambi i casi, di fronte a una concreta e possibile alternativa nell'applicazione di una disciplina collettiva, la libera scelta del lavoratore sembra svilupparsi tutta all'interno della libertà sindacale, evocata sia nel suo profilo positivo che in quello negativo.

Senonché, questo intreccio tra *voluntas* del lavoratore ed effetto selettivo del contratto collettivo cade nel cono di luce del divieto di discriminazione nella sua duplice dimensione, individuale (ex art. 15 st. lav. e d.lgs.216 /2003) e collettiva (art. 16 st. lav.)⁸.

E, infatti, in presenza di contratti collettivi i cui trattamenti economici e normativi non sono equivalenti, la 'scelta' del lavoratore non iscritto (espressa con consenso implicito ovvero con dissenso espresso) non esonera il datore di lavoro dall'applicazione del precetto che gli vieta di attribuire trattamenti (in ipotesi) pregiudizievoli conseguenti alla 'scelta' sindacale (di non aderire ad alcun sindacato).

Ciò significa che, in presenza di due contratti collettivi applicati dal datore di lavoro, al lavoratore non iscritto "deve" essere applicato il contratto collettivo contenente il trattamento più favorevole perché l'applicazione di quello meno favorevole fondato su ragioni sindacali

relazione presentata alle Giornate di studio AIDLASS del 24-25 giugno 2011 da F. Lunardon, *Il contratto collettivo aziendale: soggetti ed efficacia*, dattiloscritto.

⁷ In realtà, questa impostazione alla questione dell'efficacia del contratto collettivo (basata sulla iscrizione/non iscrizione sindacale del lavoratore), caratteristica dell'approccio giurisprudenziale in esame, è contestata dalla dottrina che pone piuttosto l'accento sulle clausole di rinvio del contratto individuale di lavoro ovvero sul comportamento concludente quale fonte primaria dell'efficacia del contratto collettivo. Sulla questione non possiamo qui soffermarci, salvo a rilevare che l'inderogabilità del precetto antidiscriminatorio – qui posto a governo degli effetti del dissenso del non iscritto come anche (a determinate condizioni) dell'iscritto: v. *infra* – sarebbe certamente idoneo a reindirizzare gli effetti obbligatori della clausola di rinvio ove produttivi di differenziazioni svantaggiose.

⁸ Si tratta di due tipologie di discriminazione non certo alternative ma del tutto compatibili e cumulabili come dimostra la disciplina del d. lgs. 9.7.2003, n. 216, e la direttiva 2000/78/CE (alla quale il decreto legislativo ha dato attuazione) che non consentono di escludere dall'area della discriminazione ordinaria e dei suoi effetti sanzionatori fattispecie di discriminazione solo perché "collettive".

(*alias*, sulla non iscrizione al sindacato che il contratto collettivo più favorevole ha stipulato) collide con il divieto di discriminazione⁹.

Da questa conclusione, possiamo trarre argomento per affermare, a differenza di quanto si è sostenuto¹⁰, che, sul punto, le soluzioni non sono libere perché libere di produrre gli effetti voluti non sono le manifestazioni di volontà del lavoratore.

In proposito, basta ricordare che la portata assoluta del divieto di discriminazione non consente manifestazioni volitive capaci di rimuovere la natura anti-giuridica delle differenziazioni di trattamento basate sul motivo protetto. Conclusione, questa, ulteriormente rafforzata dal consolidarsi della nozione oggettiva di discriminazione nell'ambito della quale non c'è spazio per l'intento perseguito perché ciò che è necessario e sufficiente a integrare la violazione del divieto è il prodursi dell'effetto pregiudizievole sul soggetto portatore del fattore protetto¹¹.

Va sottolineato che, in questo modo, non si realizza una sovrapposizione indebita delle prescrizioni antidiscriminatorie sui meccanismi di efficacia soggettiva del contratto collettivo. Invero, l'incidenza del divieto non altera l'ordinario meccanismo di determinazione dei soggetti ai quali applicare il contratto collettivo per effetto del sistema formale di rappresentanza dei sindacati firmatari, in

⁹ E il processo non muta di direzione se l'applicazione del trattamento meno favorevole al lavoratore è la conseguenza, oltre che della non iscrizione (al sindacato che ha sottoscritto il contratto collettivo più favorevole), anche della sua "scelta" (v. testo e note successive). Di diverso avviso P. Ichino, *Il contratto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2000, 160 ss., il quale parte, tuttavia, da una nozione di discriminazione fondata sull'elemento psicologico oggi incompatibile con le formulazioni del divieto di discriminazione diretta e indiretta frutto del d. lgs. 9.7.2003 n. 216 e della direttiva 2000/78/CE (v. oltre testo e nota 11). Del resto, la posizione dell'A., che non differenzia, ai fini dell'applicabilità o meno della normativa antidiscriminatoria, le ipotesi riconducibili all'esercizio della libertà sindacale positiva (adesione al sindacato firmario del contratto collettivo) da quelle espressione della libertà sindacale negativa (non adesione al sindacato), non ci pare condivisibile per le ragioni esplicitate nel testo.

¹⁰ V., in particolare, Trib. Torino, ord. 18.4.2011 e 26.4.2011 nonché Trib. Modena ord. 22.4.2011; negli stessi termini, G. Santoro Passarelli, *L'impatto del conflitto intersindacale ecc.*, cit., 220-221.

¹¹ Una conferma a questa conclusione riviene dal meccanismo di "esenzione" dal divieto di discriminazioni introdotto (in applicazione di quanto stabilito nella direttiva 2000/78/CE) dall'art. 3, co. 3, D. lgs. 9.7.2003, n. 216, che funge da vero e proprio criterio esplicativo della portata del divieto. Infatti, in base a tale disposizione, una differenziazione di trattamento dovuta a caratteristiche o qualità connesse al fattore protetto (nella specie le convinzioni sindacali) è possibile solo quando (nel rispetto dei principi di proporzionalità e di ragionevolezza oltre che di legittimità della finalità perseguita) la caratteristica o qualità costituisce un requisito essenziale e determinante ai fini dello svolgimento dell'attività lavorativa. Per ulteriori approfondimenti sul punto sia consentito rinviare a P. Chieco, *Frantumazione e ricomposizione delle nozioni di discriminazione*, Riv. Giur. Lav., 2006, I, 559 ss.

quanto opera a valle di tale meccanismo incidendo piuttosto sul criterio di delimitazione e, quindi, sul concreto atteggiarsi di un fascio (ulteriore) di situazioni comparabili facenti capo al medesimo datore di lavoro. E' qui, infatti, che il divieto di discriminazione opera secondo le modalità che ha indagato in profondità Luciano Ventura¹² sanzionando il criterio di delimitazione nell'applicazione dei trattamenti economico-normativi al fine di estenderne i benefici anche a coloro che ne sarebbero esclusi a causa della *non* appartenenza sindacale¹³.

2. Applicazione del contratto collettivo e consenso/dissenso del lavoratore iscritto al sindacato firmatario.

La clausola di non discriminazione è ordinariamente estranea alla definizione del trattamento dei lavoratori iscritti al sindacato firmatario il contratto collettivo.

Come abbiamo già osservato, in presenza di due contratti collettivi applicati dal datore di lavoro, l'applicazione *naturaliter* al lavoratore iscritto del contratto collettivo sottoscritto dal 'proprio' sindacato è frutto di una manifestazione volitiva indiretta e a rilevanza collettiva in quanto consegue all'adesione espressa al sindacato e quindi al 'consenso' al contratto collettivo da questo firmato. Questa posizione può anche essere descritta come di dissenso all'applicazione di una disciplina collettiva "altra" da quella sottoscritta dal sindacato di appartenenza con una prospettiva che fa cogliere la valenza collettiva di questo dissenso che, proprio per questo, non ha bisogno delle tecniche di protezione riservate al dissenso individuale (v. oltre).

Ciò significa che, in presenza di discipline collettive alternative, non c'è spazio per valutazioni comparative dei trattamenti (per definizione)

¹² Il riferimento è ovviamente al volume *Il principio di eguaglianza nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1984.

¹³ V. sul punto, T. Treu, *Condotta antisindacale e atti discriminatori*, Franco Angeli, Milano, 1974, 159/164, che considera gli effetti in questione come lesivi della libertà sindacale (negativa) prima ancora che discriminatori.

differenziati nei confronti dei lavoratori iscritti ai quali venga applicato il contratto collettivo sottoscritto dal sindacato di appartenenza. Non c'è spazio, cioè, per l'operatività del precetto antidiscriminatorio nei confronti del trattamento differenziato (comparativamente) svantaggioso, attribuito al lavoratore in ragione della *non* iscrizione al sindacato firmatario del contratto collettivo avente i trattamenti (comparativamente) più vantaggiosi, quando questo sia l'effetto (voluto: v. *infra*) della iscrizione del medesimo lavoratore al sindacato firmatario dell'altro contratto collettivo applicato dal datore di lavoro.

In questo caso, vengono in primo piano il principio costituzionale di tutela della libertà di organizzazione sindacale insieme a quello, strettamente connesso, di affermazione della libertà del singolo lavoratore di aderirvi e di sostenerne l'azione, che rappresenta uno dei punti più alti della partecipazione attiva e consapevole della persona alla costruzione sociale (artt. 2 e 3 cost.). Tali principi comportano che la individuazione del trattamento di miglior favore per gli iscritti sia riservato alle scelte maturate nella dimensione dell'agire collettivo¹⁴, sicché ogni intervento 'autonomo' del datore di lavoro, condotto alla stregua di una diversa valutazione delle convenienze per il lavoratore (secondo lo schema già osservato per la determinazione del trattamento del lavoratore non iscritto) sarebbe lesivo della libertà sindacale positiva del lavoratore e dell'azione della sua organizzazione.

Questa conclusione, non esclude, tuttavia, la possibilità che il lavoratore iscritto rivendichi nei confronti del datore di lavoro l'applicazione del trattamento economico-normativo stabilito nel contratto collettivo sottoscritto da altri sindacati, diversi dal suo. In tal caso, il dissenso del lavoratore iscritto nei confronti delle decisioni contrattuali collettive del sindacato di appartenenza costituisce manifestazione della libertà sindacale negativa e, in quanto tale, rientra in

¹⁴ Ad es. il sindacato e i suoi aderenti possono ritenere che sia meglio un trattamento economico inferiore a fronte di un contratto collettivo che accanto a trattamenti economici più vantaggiosi veda la presenza di "clausole di uscita".

quella dimensione “individuale” che fa scattare gli stessi meccanismi e le stesse tutele operanti nei confronti del lavoratore ‘non’ iscritto¹⁵.

Questo significa che il lavoratore iscritto che si ‘sente’ pregiudicato e, quindi, discriminato dalla propria appartenenza sindacale (*alias*, destinatario, in quanto iscritto, di un trattamento economico-normativo ritenuto – per propria valutazione – meno vantaggioso di quello spettante ai lavoratori iscritti ai sindacati firmatari dell’altra e più favorevole disciplina collettiva), può, a mezzo di una specifica manifestazione volitiva, fare cessare l’effetto giuridico della rappresentanza che, dalla iscrizione al sindacato, fa discendere l’applicazione della disciplina collettiva da questo sottoscritta¹⁶.

Insomma, in presenza di due trattamenti collettivi applicabili, l’appartenenza a un sindacato è condizione necessaria e sufficiente ad individuare e ad applicare la disciplina collettiva fino a quando il lavoratore iscritto valuti positivamente il trattamento differenziato (rispetto a quello derivante dall’applicazione dell’altro contratto collettivo). Ove, però, tale differenziazione venga “vissuta” e comunicata formalmente come condizione di svantaggio (ad es. mediante richiesta di applicazione dell’altra disciplina collettiva), si cade nel cono di luce del divieto di discriminazione con gli effetti per il datore di lavoro già analizzati in riferimento ai lavoratori non iscritti.

Si tratta, peraltro, di una soluzione che, al di là delle conseguenze endoassociative (concernenti il rapporto tra iscritto e sindacato), non contraddice l’inderogabilità del contratto collettivo poiché opera formalmente (e astrattamente) sul piano delle modificazioni *in melius* dello stesso.

Essa, tuttavia, risulterebbe discutibile - oltre che, di fatto, superflua - ove avesse fondamento la decisione, assunta in alcune delle pronunce da cui siamo partiti, di applicare al lavoratore iscritto (*melius*, a tutti i lavoratori iscritti) il contratto collettivo del sindacato di appartenenza

¹⁵ Consistenti, come si è visto, nell’applicazione del precetto antidiscriminatorio con obbligo per il datore di lavoro di individuare e applicare il trattamento economico e normativo più vantaggioso.

¹⁶ Di diverso avviso G. Santoro Passarelli, *Efficacia soggettiva del contratto collettivo ecc.*, cit., 509, il quale ritiene comunque prevalente l’effetto del vincolo associativo.

“integrato” con i trattamenti migliorativi (nella specie economici) stabiliti nell’altro contratto collettivo: decisione motivata con il rispetto del divieto di discriminazione o con la necessità di dare applicazione al precetto di sufficienza della retribuzione di cui all’art. 36, cost.

Senonché, si tratta di una soluzione che poggia su presupposti e riferimenti non condivisibili.

In primo luogo, il richiamo al divieto di discriminazione (al di fuori dell’ipotesi, già esaminata, della espressa richiesta del lavoratore iscritto che si senta discriminato: v. *supra*) appare nella fattispecie del tutto improprio. Ciò in quanto per i lavoratori iscritti l’applicazione della disciplina collettiva è frutto della scelta “positiva” (ancorché, implicita) a favore dell’azione e delle scelte di un sindacato piuttosto che di un altro e, quindi, è la conseguenza dell’operatività delle regole civilistiche di determinazione dell’ambito soggettivo di applicazione del contratto collettivo¹⁷.

In altri termini, per il lavoratore iscritto l’applicazione della disciplina collettiva è frutto dell’esercizio del profilo positivo e attivo della libertà sindacale connotato altresì dal dissenso all’applicazione della disciplina collettiva “altra” voluta da un sindacato diverso dal proprio (e magari, ad esso contrapposto). In questo caso, la differenza di trattamento è sentita e voluta come fatto positivo e caratterizzante dell’appartenenza a un gruppo che trae vantaggio (e non svantaggio) dalla propria azione collettiva (nella specie il vantaggio è frutto della scelta collettiva espressa nei trattamenti del contratto collettivo sottoscritto “preferiti”, con valutazione complessiva e comparata, a quelli dell’altro contratto collettivo).

Non solo. La (impropria) sovrapposizione dell’apparato antidiscriminatorio sulle regole di determinazione del campo di applicazione della disciplina collettiva innesca un processo che, per sua

¹⁷Cfr. Ichino, *Il contratto di lavoro*, cit., 160 ss. nonché A. Lassandari, *Le discriminazioni nel lavoro*, Cedam, Padova, 2010, 174/175, il quale rileva che “Sembra però opportuno distinguere i fenomeni, riconducendo ciascuno nel proprio specifico ambito: l’eventuale separazione dei trattamenti consegue, infatti, nel primo caso alla operatività di regole giuridiche di imputazione a presidio delle quali operano sia il principio di libertà sindacale che negoziale”. Ovviamente, si tratta di una conclusione non replicabile con riferimento ai lavoratori non iscritti e, quindi, estranei alla imputazione delle clausole normative del contratto collettivo.

natura, rimbalza da un contratto collettivo all'altro stravolgendone gli assetti regolativi e i delicati equilibri. E, infatti, anche i lavoratori iscritti al sindacato firmatario del contratto collettivo (A) dal quale vengono tratti segmenti regolativi (nella specie di natura retributiva) innestati a integrazione dell'altro contratto collettivo (B) potrebbero, a loro volta, sentirsi discriminati in relazione a clausole o istituti più vantaggiosi contenuti in quest'ultimo contratto (B), rivendicandone l'applicazione quali altrettanti segmenti regolativi da innestare sul primo contratto collettivo (A).

L'effetto, paradossale, sarebbe quello di trasformare la normativa antidiscriminatoria da strumento di sostegno a mezzo di affossamento della libertà sindacale.

D'altro canto, a contrastare la conclusione vi è il principio di inscindibilità delle diverse clausole che compongono il contratto collettivo che non consente operazioni selettive e di innesto di segmenti regolativi come quelle operate dalle sentenze richiamate¹⁸.

Del tutto fuori luogo ci pare, poi, il richiamo all'art. 36 Cost. posto che non vi è alcun dubbio sulla rispondenza del trattamento economico del CCNL 2008 al precetto di proporzionalità e sufficienza¹⁹.

3. Il dissenso individuale e 'collettivo' alla luce della nuova regolamentazione della struttura della contrattazione collettiva.

Gli elementi sin qui raccolti danno conto del fatto che il dissenso a valenza "collettiva" dell'iscritto e quello "individuale" del non iscritto si esercitano e producono gli effetti di cui si è detto in quanto rappresentano il risvolto negativo di una manifestazione volitiva il cui profilo positivo

¹⁸ Cfr. Maresca, *Accordi collettivi separati*, cit., 58, nonché, con specifico riferimento al contratto collettivo metalmeccanico 20.1.2008, M. Ricci, *Commento all'art. 1, Inscindibilità delle disposizioni contrattuali e condizioni di miglior favore*, in M.G. Garofalo, M. Roccella, *Commentario al contratto collettivo nazionale di lavoro dei metalmeccanici*, Cacucci, Bari, 2010, 147 ss.

¹⁹ Cfr. G. Ferraro, *Retribuzione e assetto della contrattazione collettiva*, Riv. It. Dir. Lav., 2010, I, 693 ss.

consiste nel rivendicare l'applicazione di altra e diversa disciplina collettiva.

Detti elementi danno altresì conto del fatto che le manifestazioni e gli effetti del dissenso possono svilupparsi nella specifica condizione, da cui abbiamo preso le mosse, che il datore di lavoro sia astrattamente tenuto ad applicare almeno due diverse discipline collettive.

Ebbene, questi risultati sono utilizzabili anche per affrontare le spinose questioni del contratto aziendale più svantaggioso poiché danno conto del fatto che il dissenso alla sua applicazione può produrre effetti solo ove esso possa altresì concretamente valere quale 'consenso' all'applicazione di una diversa e più vantaggiosa disciplina collettiva (in ipotesi, di uguale o diverso livello). Condizione che in tanto si dà in quanto il datore di lavoro possa ritenersi formalmente obbligato ad applicare, accanto al contratto aziendale in questione, altro contratto collettivo (anche di diverso livello).

Si tratta di una condizione che si manifesta ogniqualvolta il sistema di contrattazione collettiva non disciplina in maniera puntuale il rapporto tra contratti collettivi specie di diverso livello ovvero quando, pur in presenza di una specifica regolamentazione in tal senso, i contratti collettivi concretamente sottoscritti e applicati non osservino tale regolamentazione collocandosi fuori e in contraddizione con l'assetto del sistema contrattuale.

Ovviamente, non è questa la sede per ripercorrere criticamente le tecniche utilizzate per determinare la disciplina applicabile (*alias*, se e a quali condizioni il contratto aziendale più svantaggioso possa essere applicato a scapito del contratto collettivo nazionale cui il datore di lavoro sia tenuto).

Voglio, invece, soffermarmi sulla struttura del sistema contrattuale disegnata dall'Accordo quadro per la riforma degli assetti contrattuali del 22 gennaio 2009 (AQ 2009) e dal successivo Accordo interconfederale

del 28 giugno 2011 (AI 2011)²⁰, al fine di analizzarne l'impatto sulle problematiche del dissenso oggetto di questo intervento. Ovviamente, l'accostamento (e la continuità: v. *infra*) tra i due 'accordi di sistema' è operata sul piano dell'analisi meramente astratta e formale in quanto mira a dare risalto alle soluzioni messe in campo (con le clausole di uscita ovvero con le specifiche intese) per pervenire alla 'unicità' della disciplina collettiva applicabile, tralasciando il *vulnus* alla effettività dell'AQ 2009 conseguente alla mancata adesione della CGIL²¹ ovvero alla sottoscrizione, per le associazioni datoriali, della sola Confindustria.

Com'è noto, mentre il Protocollo del luglio 1993 impediva il dispiegarsi dei rapporti tra contratto collettivo nazionale e decentrato in termini concorrenti o confliggenti²², l'AQ 2009 e, ancor più, gli accordi interconfederali attuativi (primo tra tutti quello per il settore industriale del 14.4.2009), istituzionalizzano degli accordi in deroga individuati quali fonti di legittima modificazione del contratto nazionale di categoria.

Più specificamente, l'AQ 2009 e i successivi accordi interconfederali, disegnano le regole generali costitutive per stipulare, a livello aziendale o territoriale, «*intese per modificare, in tutto o in parte ... singoli istituti economici o normativi disciplinati dal contratto collettivo nazionale di lavoro di categoria*». La legittimazione di tali intese si fonda (oltre che su finalità, parametri e procedure la cui regolamentazione non rileva ai nostri fini) sulla espressa previsione di ammissibilità contenuta nello stesso contratto nazionale di categoria (in ipotesi) da derogare²³.

²⁰ Il riferimento all'AI 2011 è evidentemente aggiunto rispetto al quadro esaminato nell'intervento al convegno dell'11.6.2011. Si tratta, tuttavia, di un riferimento che, pur aggiornando gli elementi normativi dell'analisi, non modifica le conclusioni già formulate con riferimento all'AQ 2009.

²¹ Oltre agli AA citati nella successiva nota 23, v. R. Pessi, *La Contrattazione in deroga: il «caso» Pomigliano*, Arg. Dir. Lav., 2010, I, 119 ss. per un'analisi sintetica ed efficace dei limiti di tenuta dell'AQ 2009 per effetto del dissenso collettivo della CGIL.

²² La collocazione *extra ordinem*, nell'architettura del Protocollo del 1993, degli accordi in deroga, se per un verso lasciava intatta la possibilità di sottoscriverli comunque nell'esercizio del principio costituzionale di libertà sindacale (che, ovviamente, garantiva loro piena copertura legale), dall'altra lasciava irrisolti i nodi che, in tali evenienze, si aprivano in ordine all'efficacia degli accordi in deroga e, quindi, agli effetti del dissenso dei lavoratori non iscritti (ovvero iscritti a sindacato non aderente).

²³ Il dibattito sull'AQ 2009 è stato vivacissimo: si v., tra gli altri, L. Bellardi, *Concertazione e contrattazione dal Protocollo Giugni agli accordi separati del 2009*, Riv. Giur. Lav., 2009, I, 447 ss.; F. Carinci, *Una dichiarazione d'intenti: l'Accordo quadro 22 gennaio 2009 sulla riforma degli assetti contrattuali*, Riv. It.

Non molto dissimile, dal punto di vista della struttura della contrattazione, è l'assetto formale disegnato dall'AI 2011 che, seppure con esclusivo riferimento al contratto aziendale (e non a quello territoriale), consente «*specifiche intese modificative delle regolamentazioni contenute nei contratti collettivi nazionali di lavoro, nei limiti e con le procedure previste dai contratti collettivi nazionali di lavoro ... Le intese modificative così definite esplicano efficacia generale come disciplinata nel presente accordo*». Con l'ulteriore e importante previsione di una disciplina transitoria delle 'intese modificative', in vista della loro regolamentazione a regime demandata ai successivi rinnovi dei contratti collettivi nazionali di lavoro²⁴.

Anche nell'AI 2011, quindi, vi è un'espressa legittimazione a derogare conferita al contratto collettivo aziendale, il cui *driver* è il contratto nazionale di categoria, associata a un altro elemento di grande rilevanza ai nostri fini, costituito dalla introduzione di specifici ed espressi meccanismi diretti a vincolare al rispetto degli accordi aziendali (e, a determinate condizioni, delle intese modificative) anche le oo.ss. dissenzienti (v. *infra*).

Ebbene, il nuovo assetto formale della struttura della contrattazione collettiva, nella sua declinazione del 2009 come del 2011 punta a creare le premesse per togliere spazio al dissenso quale manifestazione volitiva avente l'effetto di determinare la disapplicazione del trattamento

Dir. Lav., 2009, I, 177 ss.; M. Ricci, *L'Accordo Quadro e l'Accordo Interconfederale del 2009: contenuti, criticità e modelli di relazioni industriali*, Riv. It. Dir. Lav., 2009, I, 358 ss.; M. Napoli, *La riforma degli assetti contrattuali nelle intese tra le parti sociali*, Ius, 2009, 443 ss.; R. Pessi, *Prospettive evolutive delle relazioni industriali in Italia: la riforma degli assetti contrattuali*, Dir. Rel. Ind., 2009, 326 ss.; V. Ferrante, *L'accordo interconfederale dell'aprile 2009 di riforma del sistema di contrattazione collettiva: bravi note*, Arg. Dir. Lav., 2009, 1021 ss.; M. Magnani, *I nodi attuali del sistema di relazioni industriali e l'accordo quadro del 22 gennaio 2009*, Arg. Dir. Lav., 2009, 1278 ss.; A. Lassandari, *Le nuove regole sulla contrattazione collettiva: problemi giuridici e di efficacia*, Riv. Giur. Lav., 2010, I, 45 ss.; L. Bellardi, *L'attuazione dell'Accordo quadro: pluralità di sistemi contrattuali ed eterogenesi dei fini. Alcune note di sintesi*, Giorn. Dir. Lav. rel. Ind., 2010, 387 ss.; R. Voza, *Effettività e competenze della contrattazione decentrata nel lavoro privato alla luce degli accordi del 2009*, in Giorn. Dir. Lav. rel. Ind., 2010, 361 ss. Per lo stretto intreccio tra il doppio contratto del settore metalmeccanico, l'AQ 2009 (e accordi attuativi) e il contratto aziendale in deroga di Pomigliano v. R. De Luca Tamajo, *Accordo di Pomigliano e criticità delle relazioni industriali*, Riv. It. Dir. Lav., 2010, I, 797 ss.

²⁴ Per una prima lettura dell'AI 2011 v. F. Carinci, *L'Accordo interconfederale del 28 giugno 2011: armistizio o pace*, dattiloscritto; V. Bavaro, *Note sull'Accordo interconfederale "unitario" Confindustria del 28 giugno 2011*, dattiloscritto.

collettivo meno favorevole: quello che, come si è visto, nel vigore del Protocollo del 1993 era il frutto di un sistema contrattuale nel quale il contratto aziendale, in ipotesi derogatorio, operava in contraddizione con il contratto nazionale di categoria, lasciando libero spazio alla volontà dei non iscritti ovvero degli iscritti dissenzienti di rivendicare la persistente applicazione del contratto nazionale²⁵.

Infatti, il contratto collettivo in deroga, assumendo la forma e il contenuto di una intesa modificativa, costituisce una “estensione” del contratto nazionale di categoria derogato (*melius*, modificato) e, quindi, è parte di un *continuum* che opera quale fonte negoziale complessa e integrata di eterodeterminazione del trattamento giuridico ed economico spettante al lavoratore.

In altri termini, se la leva del dissenso al contratto aziendale in deroga stava nel diritto del lavoratore dissenziente all’applicazione della diversa e più favorevole disciplina del contratto nazionale di categoria, il nuovo sistema contrattuale elimina il punto di leva di quel dissenso facendo venire meno l’alternativa formale di un diverso (e più favorevole) trattamento giuridico-economico conseguente a un diverso e contrapposto contratto collettivo applicabile al contratto di lavoro del dissenziente²⁶. Oggi, il dissenso individuale, in presenza di una intesa modificativa costruita con i requisiti ed entro le procedure prestabilite dal contratto nazionale di categoria avrebbe quale unico effetto quello di provocare la disapplicazione di qualsiasi disciplina negoziale riferibile ai contratti collettivi (e ai soggetti) del sistema di contrattazione dell’AI 2011.

Non solo. L’AI 2011 ha introdotto in termini espressi, come si è detto, la regola della vincolatività del contratto collettivo aziendale nei

²⁵ Tutta la (parte prima della) vicenda FIAT – dall’accordo di Pomigliano, all’aggiunta dell’art. 4bis al CCNL 2009, sino al recesso di Federmeccanica dal CCNL 2008 – va letta alla luce dell’obiettivo di depotenziare l’efficacia del dissenso individuale e collettivo ‘dissinnescando’ il doppio contratto collettivo (*alias*, la possibilità dei dissenzienti di rivendicare l’applicazione di una diversa e attuale disciplina collettiva): così, R. De Luca Tamajo, *Accordo di Pomigliano ecc.*, cit., 802 ss.

²⁶ Di avviso parzialmente diverso Voza, *Effettività e competenze della contrattazione decentrata ecc.*, cit., 375, la cui posizione, tuttavia, è frutto (non tanto dell’analisi formale della struttura contrattuale disegnata dall’AQ 2009, quanto) della considerazione del fatto della mancata sottoscrizione dell’AQ 2009 da parte della CGIL.

confronti dei sindacati dissenzienti (*alias*, dei lavoratori ad essi aderenti) con la conseguenza di depotenziare, in presenza dei requisiti e delle condizioni stabiliti, (anche) il dissenso collettivo destinato a misurarsi e a risolversi nella conta della maggioranza in sede di RSU ovvero tra le RSA presenti in azienda (aventi, cioè, la maggioranza delle deleghe nell'anno precedente alla stipulazione), salvo in quest'ultimo caso l'ulteriore possibile passaggio (a richiesta, ancora, del sindacato dissenziente, oppure del 30% dei lavoratori) della consultazione dei lavoratori dell'azienda, legittimati ad approvare o respingere l'intesa a maggioranza semplice dei votanti.

Certo, come già si è anticipato, la natura convenzionale del sistema di contrattazione collettiva insieme al precetto generale dell'art. 39, co. 1, cost., ammettono la possibilità che vengano sottoscritti contratti collettivi "in deroga" non conformi alle regole dell'AI 2011 e/o del contratto nazionale derogato. Ma non c'è dubbio che ove ciò avvenisse si riproporrebbe la questione (da cui siamo partiti) della contestuale applicabilità di un contratto (derogatorio) di II livello e, in alternativa, di un contratto di categoria sul quale potrebbero convergere i dissenzienti con tutti gli effetti di cui ci siamo occupati nella prima parte di questo intervento: effetti che rendono fortemente sconvenienti scelte contrattuali di questo tipo, a maggior ragione in presenza di un sistema contrattuale che consente le deroghe togliendo dal campo qualsiasi disciplina collettiva alternativamente applicabile ai dissenzienti.

Le argomentazioni e le conclusioni cui siamo pervenuti devono oggi misurarsi con l'art. 8 della legge 14 settembre 2011 n. 148 e quindi con l'introduzione della efficacia *erga omnes* del contratto collettivo decentrato in deroga, non soltanto delle clausole del contratto collettivo nazionale ma, anche, delle norme di legge. Si tratta, tuttavia, di un contesto, quello dell'intervento normativo, totalmente diverso da quello oggetto di questo intervento (tutto misurato sull'efficacia di diritto comune del contratto collettivo), le cui implicazioni, rispetto all'approccio della normativa antidiscriminatoria qui prescelto, non possono, pertanto, che essere rinviate ad altra apposita riflessione.