



PARTE PRIMA

IL MODELLO NORMATIVO E GESTIONALE

CAPITOLO PRIMO

IL SISTEMA DELLE FONTI ED IL RAPPORTO TRA LEGGE E CONTRATTO COLLETTIVO *

di Luigi Fiorillo

SOMMARIO: 1. La riforma del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche: il terzo atto. – 2. Un nuovo equilibrio nel sistema delle fonti di disciplina del rapporto di lavoro: la rilegificazione del modello di produzione normativa. – 3. *Segue:* la proclamata “imperatività” delle norme del d.lgs. n. 165/2001. – 4. *Segue:* clausole contrattuali nulle e clausole “legali”. – 5. La ridotta operatività della contrattazione collettiva.

1. *La riforma del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche: il terzo atto.*

La disciplina del rapporto di lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche è oggi il risultato delle molte riscritture, avvicendatesi nell’arco di circa due decenni, con le quali il legislatore ha riformato la materia.

L’opera di manutenzione degli assetti regolativi è stata caratterizzata dall’aspirazione di avvicinare la regolamentazione del rapporto di lavoro dei dipendenti pubblici al modello di disciplina del lavoro privato. Obiettivo che, però, ha dovuto trovare un necessario temperamento con l’esigenza – legata all’attuazione del principio costituzionale per il quale «*i pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge*» (art. 97) ed oltremodo estranea alla disciplina del lavoro subordinato nell’impresa – di garantire, pur sempre, un certo livello di legificazione della materia¹.

* Questo capitolo riproduce, con l’aggiunta di alcune integrazioni, il contenuto del saggio dal titolo *Il sistema delle fonti: il primato della legge e il ruolo subalterno della contrattazione collettiva*, pubblicato in *Lav. pubbl. amm.*, 2012, p. 31 ss.

¹ Osserva a questo proposito L. ZOPPOLI, *Il ruolo della legge nella disciplina del lavoro pubblico*, in ID. (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Esi, Napoli, 2009, p.

Esigenza, quest'ultima, che aveva indotto il legislatore ad intervenire, apprestando un meccanismo che, senza intaccare il modello pubblico di produzione normativa, legittimava le organizzazioni sindacali a definire con l'amministrazione una ipotesi di accordo collettivo destinata ad essere recepita in un regolamento governativo².

Sono noti i limiti di questo primo intervento: al di là del forzato connubio tra atto amministrativo e contratto nulla cambiava nel sistema delle fonti e nella individuazione delle categorie giuridiche deputate a disciplinare la materia; il rapporto di lavoro nasceva sempre in forza di un atto unilaterale di tipo autoritativo (atto di nomina) rispetto al quale il consenso del lavoratore – assoggettato alla “supremazia speciale” dell'amministrazione – era considerato una mera condizione di efficacia.

Si è trattato, comunque, di un prologo del processo riformatore che si sarebbe avviato negli anni '90 al quale è stato giustamente riconosciuto il merito di aver dato il via alla graduale delegificazione della materia, intesa quale progressiva riduzione dei vincoli sostanziali e procedurali allora esistenti³.

Una volta legittimata la tecnica negoziale nella disciplina del rapporto di lavoro pubblico si è avviato un processo di radicale rivisitazione del modello di produzione normativa con l'obiettivo, da una parte, di salvaguardare il ruolo del Parlamento, nel rispetto del precetto costituzionale (art. 97), e, dall'altra, di garantire una genuina fase di contrattazione.

La strada prescelta è stata quella della delega legislativa: la legge fissa criteri e principi ai quali deve attenersi l'Esecutivo nella compilazione dei decreti di attuazione. Nel definire la cornice legislativa, all'interno della quale si muove la decretazione delegata il Parlamento legittima, come fonte di regolamentazione del rapporto di lavoro il contratto, sia individuale che collettivo; il Governo costruisce l'impalcatura di sostegno deputata a regolamentare il funzionamento della fonte pattizia.

Il dettato costituzionale viene rispettato nella sua finalità sostanziale: la

15, che – nella riforma del lavoro pubblico e, in specie, nella «ridefinizione del ruolo del legislatore nella regolazione dei rapporti di lavoro con le amministrazioni pubbliche» – la questione «consiste nell'individuare il grado ideale di “legificazione” del lavoro pubblico». Sintesi, questa, nella quale «cogliere la specificità, antica ma persistente, del lavoro con le pubbliche amministrazioni».

² Il riferimento è alla legge 29 marzo 1983, n. 93 (c.d. legge quadro sul pubblico impiego) che, per la sua potenzialità innovativa, è stata oggetto di numerosi commenti. Per un esame complessivo della stessa si veda, per tutti, M. RUSCIANO-T. TREU (a cura di), *Commentario alla legge 29 marzo 1983, n. 93*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1984, p. 783. Per una riflessione sui modelli normativi che hanno caratterizzato il mondo del pubblico impiego prima della trasformazione attuata con il d.lgs. n. 29/1993, si rinvia a L. FIORILLO, *Le fonti di disciplina del rapporto di lavoro pubblico*, Cedam, Padova, 1990; si veda, comunque, L. ZOPPOLI, *Contrattazione e delegificazione nel pubblico impiego*, Jovene, Napoli, 1990.

³ In questo senso si veda L. ZOPPOLI, *Il ruolo della legge*, cit., p. 19.

funzione di controllo della legge rimane e, anzi, viene valorizzata sotto il profilo qualitativo, ma cambia lo strumento di attuazione degli obiettivi fissati dal legislatore che non è più costituito dall'atto amministrativo, ma dall'atto di diritto comune, sia unilaterale che negoziale.

Il processo di riforma prende l'avvio con il d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29, attuativo della legge delega n. 421/1992, il quale segna il debutto della stagione che avrebbe cambiato il volto della disciplina di cui si tratta (c.d. contrattualizzazione), attraverso la radicale rivisitazione delle categorie giuridiche sulle quali si fonda la regolamentazione del rapporto di lavoro⁴.

Con tale provvedimento⁵ si abbandona il regime pubblicistico del rapporto di lavoro, optando per la riconduzione della materia sotto la disciplina del codice civile e delle leggi del lavoro nell'impresa. Il momento saliente di tale cambiamento si individua nella fase di instaurazione del rapporto: al provvedimento imposto d'imperio dall'amministrazione (atto di nomina) si sostituisce il contratto, con la conseguenza che la fase regolativa del rapporto avviene sia mediante atti unilaterali del datore di lavoro pubblico, frutto della sua capacità di diritto privato, sia attraverso la fonte contrattuale, individuale e collettiva.

Sebbene l'obiettivo di omologazione delle discipline del lavoro pubblico e di quello privato fosse stato intrapreso, permanevano, tuttavia, marcate specificità.

A distanza di pochi anni dal primo degli interventi di riforma, il legislatore conferiva una nuova delega al Governo (contenuta nell'art. 11, comma 4, lett. a), legge 15 marzo 1997, n. 59⁶), successivamente attuata con tre decreti legislativi (d.lgs. 4 novembre 1997, n. 396, d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80 e d.lgs. 29 ottobre 1998, n. 387).

Con i nuovi provvedimenti attuativi l'integrazione delle discipline raggiunge il suo livello massimo. Le modifiche apportate incidono sul sistema delle fonti, unilaterali e contrattuali, e, in specie, sul ruolo del contratto collettivo, che ne risulta valorizzato.

All'esito di tali ulteriori riscritture della disciplina, intervenute a modificare

⁴ Per una più diffusa ricostruzione delle fasi del processo di riforma che ha riguardato il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche, si rinvia a L. FIORILLO, *Commento art. 2, d.lgs. n. 165/2001*, in G. AMOROSO-V. DI CERBO-L. FIORILLO-A. MARESCA, *Diritto del lavoro*, vol. III, *Il lavoro pubblico*, a cura di L. Fiorillo, Giuffrè, Milano, 2011, p. 54 ss.

⁵ All'originaria formulazione del d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29, hanno fatto seguito due decreti correttivi (18 novembre 1993, n. 470 e 23 dicembre 1993, n. 546).

⁶ Tale delega si iscriveva nell'ambito di un più ampio piano di ammodernamento e di semplificazione dell'apparato amministrativo, avviato con le leggi 15 marzo 1997, n. 59 e 15 maggio 1997, n. 127 (c.d. leggi Bassanini), recanti, rispettivamente, la delega al Governo per il conferimento di funzioni e compiti alle Regioni ed Enti locali, per la riforma della pubblica amministrazione e per la semplificazione amministrativa, e misure urgenti per lo snellimento dell'attività amministrativa e dei procedimenti di decisione e di controllo.

le disposizioni del decreto delegato del 1993, l'intera materia confluiva, poi, nel d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, nato con l'ambizione di costituire una compilazione organica della materia. Malgrado gli intenti, però, l'ultimo decreto delegato altro non ha fatto se non rinumerare le disposizioni del decreto del 1993, riproducendone per intero i contenuti⁷.

Dopo il "testo unico", sembrava che la riforma del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche avesse raggiunto un suo sostanziale equilibrio. Ben presto, tuttavia, facevano il loro ingresso alcuni provvedimenti legislativi che avrebbero dato il via ad una nuova fase di modifiche⁸, questa volta, però, in controtendenza rispetto agli indirizzi seguiti nelle precedenti stagioni della riforma, e, in specie, con gli assunti cui si era pervenuti con la seconda *tranche* di modifiche, quella del 1997.

È in tale scenario che si collocano la terza delega, contenuta nella legge 4 marzo 2009, n. 15, ed il d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150 di attuazione⁹, intervenuti a conclusione di un processo che ha portato con sé la riconsiderazione

⁷ A differire nella nuova compilazione del decreto è soltanto l'art. 71, che modifica il congegno abrogativo già previsto dall'art. 72, d.lgs. n. 29/1993, dando luogo ad una dilazione del periodo transitorio fissato per la definitiva cessazione dell'efficacia delle norme pubblicistiche in vigore al momento dell'entrata a regime della riforma (a riguardo, si legga V. TALAMO, *Commento art. 71, d.lgs. n. 165/2001*, in G. AMOROSO-V. DI CERBO-L. FIORILLO-A. MARESCA, *Diritto del lavoro*, vol. III, *Il lavoro pubblico*, cit., p. 1376 ss. Si veda, altresì, V. SPEZIALE-G. CANNATI, *Il "riordino" del regime transitorio e finale nel d.lgs. n. 165/2001*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, a cura di F. Carinci e L. Zoppoli, Utet, Torino, 2004, p. 180 ss.). Per una analisi delle vicende relative alla compilazione del decreto del 2001, si rimanda alla lettura del supplemento al fascicolo n. 2/2001 della rivista *Lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, con articoli di F. Carinci, L. Zoppoli, V. Talamo, dove è riportata anche la bozza di testo unico redatta dal gruppo di studio nominato con d.m. 4 agosto 2000.

⁸ Sotto questo profilo rilevano più interventi. La legge delega sul mercato del lavoro (legge n. 30/2003) ha stabilito che la disciplina attuativa, regolatrice delle materie dei servizi pubblici e privati per l'impiego, della flessibilità in entrata, dei contratti formativi, della intermediazione e dell'appalto di manodopera, del comando e del distacco e, in ultimo, della certificazione dei contratti, non si applica ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche; il relativo decreto legislativo di attuazione (n. 276/2003), da un lato, ha escluso dall'ambito soggettivo di applicazione le pubbliche amministrazioni ed il loro personale, dall'altro, ha stabilito che la disciplina dei contratti di formazione e lavoro continuasse a trovare applicazione nelle pubbliche amministrazioni, nonostante fosse stata abrogata per il lavoro privato; le leggi n. 80/2006 e n. 133/2008 hanno definitivamente introdotto in materia di contratto di lavoro a tempo determinato una netta differenziazione tra il settore pubblico e quello privato.

⁹ Pure noti come "Riforma Brunetta". A riguardo, si segnala l'opinione di un attento studioso della materia il quale dubita che l'intervento del 2009 possa essere considerato una vera e propria riforma, ritenendo che si tratti più di «un aggregato di interventi micro-sezionali su singoli aspetti del sistema» che di una «puntuale revisione di un assetto complessivo», sottolineando ancora che si è in presenza di «ritocchi» che «finiscono con l'alterare, più che modificare, il sistema precedente: tanto è vero che difettano sia i raccordi fra le sue parti, sia la intrinseca coerenza logico-giuridica», M. RUSCIANO, *A due anni dalla cd. riforma Brunetta*, in *Dir. lav. merc.*, 2011, p. 188.

dell'intera disciplina della materia, «traducibile in un certo rigetto del processo riformatore culminato nel d.lgs. n. 165/2001»¹⁰.

Gli interventi del 2009 hanno provveduto a riformare il sistema di produzione normativa, mutando in maniera radicale la relazione tra la fonte legislativa e quella negoziale collettiva e mostrando la chiara volontà di fondare un rinnovato protagonismo della prima, a scapito degli spazi d'azione lasciati alla seconda.

Le ragioni di questo cambio di direzione si fondano sulla presa di coscienza da parte del legislatore che l'aver rinunciato alla regolamentazione unilaterale di molti aspetti della materia, in favore della concessione di ampi margini di intervento alla fonte negoziale, quanto l'aver confidato nella sapienza della dirigenza pubblica di impersonare il nuovo ruolo di datore di lavoro, non abbia conseguito il risultato sperato. L'effetto è stato piuttosto quello, non voluto, di un'invasione da parte della contrattazione collettiva, che ha prevaricato indisturbata gli spazi ad essa affidati, di fronte all'incapacità della parte pubblica di opporvi un limite.

A determinare il ripensamento degli assetti è stata anche la consueta prassi che ha visto «trasformare le forme di partecipazione attivate in sede decentrata in vere e proprie attività contrattuali e cogestionali»¹¹.

Tanto spiega come mai, pur confermando la scelta in favore della disciplina del lavoro subordinato nell'impresa (la terza fase della riforma non mette in discussione la privatizzazione degli assetti regolativi), si sia deciso di mettere "sotto tutela" tanto la contrattazione quanto la dirigenza, predisponendo una fitta e penetrante rete di previsioni che ne conducono l'operato¹².

Tuttavia, gli assetti definiti con gli interventi del 2009 non sono destinati ad assestarsi.

Il precedente Governo in carica si è mosso con l'intento di apportare alcune significative modifiche finalizzate a rivitalizzare il ruolo (e la funzione) dell'organizzazione sindacale che, come si avrà modo di dimostrare nei paragrafi che seguono, è stato fortemente ridimensionato dall'insieme delle norme contenute nel d.lgs. n. 150/2009.

Nel maggio 2012 il Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione, le Regioni, le Province, i Comuni e le organizzazioni sindacali hanno sot-

¹⁰ In questi termini F. CARINCI, *Una dichiarazione d'intenti: l'accordo quadro 22 gennaio 2009 sulla riforma degli assetti contrattuali*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, I, p. 199.

¹¹ Si veda V. LUCIANI, *Commento art. 9, d.lgs. n. 165/2001*, in G. AMOROSO-V. DI CERBO-L. FIORILLO-A. MARESCA, *Diritto del lavoro*, vol. III, *Il lavoro pubblico*, cit., p. 207.

¹² Per un approfondimento sul nuovo procedimento introdotto dall'ultima riforma in materia di contrattazione collettiva vedi anche L. FIORILLO, *Sub artt. 2067-2081 c.c., La contrattazione collettiva nel settore pubblico*, in *Commentario del Codice Civile*, diretto da E. Gabrielli, *Dell'impresa e del lavoro (artt. 2060-2098)*, a cura di O. Cagnasso e A. Vallebona, Utet, Torino, 2013, p. 63 ss., del quale il presente contributo costituisce una sintesi.

toscritto un Protocollo d'Intesa sul lavoro pubblico¹³ nel quale concordano sulla opportunità di adottare «una serie di interventi, normativi e contrattuali», concernenti, tra l'altro, «un nuovo modello di relazioni sindacali»¹⁴.

Anche se all'interno «del vigente modello di relazioni sindacali», le parti pongono le basi per la realizzazione di un «patto sociale, che riguardi anche i datori di lavoro delle Regioni ed Enti locali, al fine di favorire la partecipazione consapevole dei lavoratori ai processi di razionalizzazione, innovazione e riorganizzazione delle pubbliche amministrazioni». Scopo, questo, da attuarsi, prima che si aprano le trattative per il rinnovo dei contratti, «rimodulando il quadro legislativo» di modo che le parti abbiano, «ad entrambi i livelli di contrattazione, strumenti e criteri per raggiungere questi obiettivi, coerenti con le autonomie costituzionalmente riconosciute».

Ad essere condivisa è l'opportunità di un intervento legislativo che, ferme le statuizioni dell'art. 2, comma 3, d.lgs. n. 165/2001, abbia ad oggetto l'individuazione della contrattazione collettiva come «fonte deputata alla determinazione dell'assetto retributivo e di valorizzazione dei lavoratori pubblici».

È previsto, inoltre, che le organizzazioni sindacali vengano coinvolte nei processi di mobilità, di qualificazione e formazione del personale e di razionalizzazione delle pubbliche amministrazioni.

Le parti convengono, poi, sulla necessità che l'intervento riguardi «l'individuazione, nell'ambito delle materie di informazione sindacale, anche di ipotesi di esame congiunto tra pubbliche amministrazioni e organizzazioni sindacali».

Il Governo, inalterata la competenza della contrattazione collettiva e la riduzione dei comparti, si impegna a «individuare un numero di comparti e delle aree che tenga conto delle competenze delle Regioni ed enti locali – fermi restando per questi ultimi i distinti comparti ed aree ed i relativi comitati di settore – nonché di specifici settori».

Infine, l'Esecutivo assume l'impegno di «rafforzare i poteri di rappresentanza delle Regioni ed enti locali nelle procedure di contrattazione collettiva, valorizzandone gli ambiti di autonomia e di corresponsabilità nella definizione delle risorse destinate ai rinnovi contrattuali».

Gli impegni assunti con l'accordo sopra brevemente descritto hanno prodotto un primo intervento legislativo: l'art. 2, comma 17, l. 7 agosto 2012, n.

¹³ Il testo dell'accordo 3 maggio 2012 è riportato nel sito <http://www.funzionepubblica.gov.it>. Riferisce dell'accordo, evidenziandone la sua funzione di «rivitalizzazione del ruolo e del peso del sindacato e della negoziazione rispetto alle scelte di fondo del decreto Brunetta», anche A. TAMPIERI, *La legge n. 92/2012 e il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in G. PELLACANI (a cura di), *Riforma del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 42.

¹⁴ Gli altri interventi riguardano: «la razionalizzazione e la semplificazione dei sistemi di misurazione, valutazione e premialità, nonché del ciclo della performance; nuove regole riguardanti il mercato del lavoro nel pubblico impiego; i sistemi di formazione del personale; la dirigenza pubblica, rafforzandone ruolo, funzioni e responsabilità al fine di garantirne una maggiore autonomia rispetto all'autorità politica».

135, apporta alcune modifiche all'art. 5, comma 2, d.lgs. n. 165/2001, che disciplina il potere di organizzazione delle amministrazioni, recependo uno degli impegni contenuti nell'accordo quadro con riferimento al potenziamento del ruolo dell'organizzazione sindacale.

A seguito di questa recente rivisitazione, il dirigente pubblico, nell'esercizio del suo potere direttivo in materia di gestione dei rapporti di lavoro, non potrà limitarsi alla sola informazione alle organizzazioni sindacali, ma dovrà avviare con le stesse un «esame congiunto» secondo modalità e regole preventivamente fissate dalla contrattazione collettiva nazionale.

2. Un nuovo equilibrio nel sistema delle fonti di disciplina del rapporto di lavoro: la rilegificazione del modello di produzione normativa.

Il carattere degli ultimi interventi di riforma si contraddistingue sin dalle prime disposizioni della legge delega. Il legislatore non rimanda alla decretazione delegata il compito di assestare i nuovi equilibri, ma se ne occupa dal principio, modificando direttamente l'art. 2, comma 2, del d.lgs. n. 165/2001. Norma, questa, deputata a regolare il funzionamento di quel congegno in base al quale successive fonti negoziali collettive possono derogare alle disposizioni di legge, regolamento o statuto, recanti discipline dei rapporti di lavoro applicabili limitatamente ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche o, anche, a categorie di essi, che invadono sfere di competenza della fonte collettiva e che comunque non sono frutto di interventi sistematici sulla materia, ma di "in-cursioni" del legislatore.

Prima che la legge delega riscrivesse il meccanismo di cui si tratta, era consentito che leggi, come pure disposizioni di rango secondario, fossero derogate da contratti o accordi collettivi intervenuti successivamente – divenendo, pertanto, non ulteriormente applicabili per la parte derogata – salva l'eventualità che fosse la legge a manifestare all'uopo una volontà contraria¹⁵.

Si trattava di un efficace momento di protezione del delicato equilibrio tra fonte legale e contrattuale: solo un intervento organico della legge poteva alterarlo e la fonte collettiva ne costituiva il garante, potendo intervenire *ex post* per tamponare le invasioni di campo.

¹⁵ La disposizione statuiva che: «eventuali disposizioni di legge, regolamento o statuto, che introducano discipline dei rapporti di lavoro la cui applicabilità sia limitata ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche, o a categorie di essi, possono essere derogate da successivi contratti o accordi collettivi e, per la parte derogata, non sono ulteriormente applicabili, salvo che la legge disponga espressamente in senso contrario».

All'esito dell'ultimo intervento sulla norma, la deroga per mano della fonte collettiva è concessa esclusivamente nell'ipotesi in cui sia la stessa legge ad autorizzarla, esplicitando che contratti o accordi collettivi ad essa successivi abbiano l'autorizzazione a disapplicarla¹⁶.

Il mutamento è radicale. Ad un meccanismo nel quale la disapplicazione è la regola e l'inderogabilità è l'eccezione, si sostituisce un meccanismo derogatorio ove «è l'inderogabilità ad essere presunta» e l'eventualità di una disapplicazione a dover essere autorizzata¹⁷.

Con la disposizione di apertura alla legge delega – cui prestano manforte molte delle norme del decreto delegato, intervenute a modificare la disciplina e gli ambiti di intervento della fonte negoziale, che di siffatto prologo sono la naturale prosecuzione – ad essere sovvertito è l'intero sistema delle fonti di disciplina del rapporto: la contrattazione collettiva perde la sua funzione di fonte privilegiata nella regolazione della materia. L'ampio spazio di manovra ad essa accordato si stringe, compresso da un fare dirigista della fonte unilaterale che, rimpossessatasi del suo primato, tiene ben salde le redini, stabilendo se e fin dove la fonte negoziale possa agire¹⁸.

Al di là di quanto proclamato in via di principio nella lettera della norma – piuttosto insidiosa, dal momento che sembra suggerire la conservazione di un dispositivo di deroga alla legge¹⁹ – è improbabile che una fonte normativa, frapponendosi nello spazio negoziale collettivo, abdichi alla propria imperatività, consentendo di essere derogata ad opera di una fonte, quella negoziale, che essa stessa ha relegato ad un ruolo subalterno²⁰.

¹⁶ A seguito della riscrittura operata dall'art. 1, comma 1, legge n. 15/2009, il nuovo testo dell'art. 2, comma 2, d.lgs. n. 165/2001, prescrive che: «*eventuali disposizioni di legge, regolamento o statuto, che introducano discipline dei rapporti di lavoro la cui applicabilità sia limitata ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche, o a categorie di essi, possono essere derogate da successivi contratti o accordi collettivi e, per la parte derogata, non sono ulteriormente applicabili, solo qualora ciò sia espressamente previsto dalla legge*».

¹⁷ Così F. CARINCI, *La privatizzazione del pubblico impiego alla prova del terzo governo Berlusconi: dalla legge 133/2008 alla legge n. 15/2009*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2008, p. 961.

¹⁸ Nello stesso senso G. D'ALESSIO, *La disciplina del lavoro nelle pubbliche amministrazioni tra pubblico e privato*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2012, p. 4, che indica le ragioni di tale scelta da parte del legislatore «in un giudizio fortemente critico sugli esiti prodotti dalla contrattazione collettiva sviluppatasi negli scorsi anni, in termini sia di miglioramento della produttività del lavoro pubblico e della qualità dell'azione amministrativa che di razionalizzazione della spesa per il personale».

¹⁹ Si legga l'opinione di G. FERRARO, *Prove generali di riforma del lavoro pubblico*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2009, p. 242, per il quale il legislatore non è stato trasparente, avendo fatto ricorso ad una tecnica «surrettizia».

²⁰ Per F. CARINCI, *Il secondo tempo della riforma Brunetta: il D.Lgs. 27 ottobre 2009, n. 150*, in F. CARINCI-S. MAINARDI (a cura di), *La Terza Riforma del Lavoro Pubblico*, Ipsoa, Milano, 2011, p. XLVI, la soluzione adottata dal legislatore di «limitare l'effetto disapplicativo di un accordo nei confronti di un provvedimento legislativo (ma anche regolamentare e statutario!) intervenuto nell'ambito riservato al negoziato collettivo» alla sola eventualità che questo sia «esplicita-

Il rischio è che, così facendo, si apra la via ad un proliferare di interventi legislativi nelle materie oggetto di contrattazione collettiva, rendendo fondate le preoccupazioni di quanti temono che siano stati ricreati i presupposti per «una nuova giungla normativa rispetto alla quale la contrattazione collettiva si troverà giuridicamente impotente»²¹.

Con l'intervento in esame, il legislatore delegante, pur avendo mirato a risanare quegli squilibri verificatisi in seno alle vicende applicative del processo di privatizzazione, non ha inteso, però, procedere ad una ripubblicizzazione del rapporto di lavoro, che rimane soggetto alle disposizioni del codice civile ed alle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa²².

Scelta – quella di conservare la devoluzione della materia alle fonti privatistiche, privilegiando quella negoziale – che conferma l'abbandono della concezione autoritaria del rapporto e la determinazione di dotare la pubblica amministrazione delle capacità e delle prerogative del privato datore di lavoro.

Contropartita del processo riformatore, inaugurato con la modifica al meccanismo derogatorio di cui si è detto, è piuttosto la rilegificazione della materia, sintomo, casomai, di una riconsiderazione della volontà del legislatore di procedere nell'obiettivo di integrazione degli assetti di disciplina. Anche se, stando alla lettera dei provvedimenti, non ovunque è ravvisabile il chiaro intento di un siffatto ripensamento²³.

Rilevano, sotto questo profilo, le osservazioni di quanti hanno ritenuto che la nuova sistemazione della materia, considerata nel suo insieme, mostri finalità non dissimili ma, anzi, coerenti con gli scopi sottesi alle precedenti fasi della riforma, dei quali per certi versi sembrano integrazione e specificazione. Diversa questione è, invece, quale sia la scelta operata dal legislatore della nuova

mente autorizzato nello stesso provvedimento» rappresenta «un controsenso logico e pratico al tempo stesso».

²¹ Di tale avviso L. ZOPPOLI, *Il ruolo della legge*, cit., p. 29. Per l'A. la previsione «di un'espressa "autorizzazione legislativa" per la contrattazione collettiva derogatoria di disposizioni speciali per il lavoro pubblico contenute in leggi, statuti o regolamenti» finisce per porre nel nulla buona parte di quel processo di «delegificazione sistematica», perseguita con la riforma degli anni novanta, che tanto aveva significato nell'allentamento della «incidenza dei circuiti politici sulle negoziazioni del lavoro pubblico».

²² La riforma del 2009 non ha modificato il primo periodo del secondo comma dell'art. 2, cit., nella parte in cui è statuito che «I rapporti di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche sono disciplinati dalle disposizioni del capo I, titolo II, del libro V del codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, fatte salve le diverse disposizioni contenute nel presente decreto». Ciò che differisce è, invece, l'aggiunta, sempre nello stesso periodo ma dopo la salvezza delle disposizioni di cui al decreto, della proposizione «che costituiscono disposizioni a carattere imperativo», introdotta dall'art. 33, comma 1, lett. a), d.lgs. n. 150/2009 (v. *infra*, § 3).

²³ Si legga, ad esempio, la disposizione contenuta all'art. 2, comma 1, lett. a), legge n. 15/2009, nella quale è confermato l'obiettivo della «convergenza degli assetti regolativi del lavoro pubblico con quelli del lavoro privato, con particolare riferimento al sistema delle relazioni sindacali».

riforma in ordine al dosaggio delle fonti, unilaterali e collettive, da impiegare per la realizzazione delle finalità di cui si tratta²⁴.

L'ultima riforma si muove all'interno di due piani distinti e contrapposti: l'uno, quello dei fini affermati, ove sembra porsi in continuità con le fasi che l'hanno preceduta; l'altro, quello degli interventi di modifica alle norme del decreto delegato del 2001, nel quale essa prende le distanze dagli approdi già raggiunti.

A ragione è stato osservato che i provvedimenti del 2009, pur avendo agito in una «dichiarata linea di continuità» con il progetto condotto nelle pregresse fasi della riforma, hanno riportato «sotto l'egida della legge e dei poteri dirigenziali ampia parte della regolazione del lavoro pubblico». Ad essere disconosciuta è l'intuizione che la contrattazione collettiva, nel settore pubblico come in quello privato, costituisca espressione di una medesima autonomia privata costituzionalmente garantita (intuizione, questa, che aveva sorretto «l'edificio della privatizzazione/contrattualizzazione costruito nella I e nella II fase»). Sicché, in questo senso, «si può parlare di ispirazioni contraddittorie della riforma»²⁵.

3.

Segue: la proclamata "imperatività" delle norme del d.lgs. n. 165/2001.

L'ammonimento che il delegante affida alla lettera del novellato meccanismo derogatorio di cui all'art. 2, comma 2, cit., è fatto proprio dal legislatore delegato, che, anzi, lo amplifica, servendosi della riscrittura di alcuni dei pre-

²⁴ Di questo avviso, U. CARABELLI-M.T. CARINCI, *Privatizzazione e Contrattualizzazione dei rapporti di lavoro e nuovi assetti giuridici dell'organizzazione delle pubbliche amministrazioni*, in U. CARABELLI-M.T. CARINCI (a cura di), *Il lavoro pubblico in Italia*, Cacucci, Bari, 2010, p. 54.

²⁵ In questi termini, A. ALAIMO, *La contrattazione collettiva nel settore pubblico tra vincoli, controlli e "blocchi": dalla "riforma Brunetta" alla "manovra finanziaria" 2010*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2010, p. 293. L'A. fa riferimento all'idea di M. D'ANTONA (*Autonomia negoziale, discrezionalità e vincolo di scopo nella contrattazione collettiva delle pubbliche amministrazioni*, in *Arg. dir. lav.*, 1997, p. 69 anche in ID., *Opere*, a cura di B. Caruso e S. Sciarra, vol. IV, Giuffrè, Milano, 2000, p. 168), richiamando come «la contrattazione sindacale, anche nel settore pubblico, sia manifestazione della stessa autonomia privata collettiva che i lavoratori ed i datori di lavoro esercitano, tramite le loro associazioni, ex art. 39, primo comma, Cost.». Sempre con riguardo all'obiettivo di omologazione degli assetti regolativi, si rimanda, inoltre, a C. D'ORTA, *L'organizzazione delle p.a. dal diritto pubblico al diritto privato: il fallimento di una riforma*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2011, p. 463, il quale – premesso che il diritto amministrativo del pubblico impiego, soltanto formalmente scomparso, riappare e «si nasconde (nemmeno poi tanto) sotto il vestito formale del diritto privato» – conclude che «la privatizzazione del pubblico impiego appare svuotata dall'interno», talché alla domanda se si sia realizzata o meno la convergenza tra lavoro pubblico e lavoro privato non possa che darsi risposta negativa.

cetti del d.lgs. n. 165/2001 per comprovare la radicale riconsiderazione degli assetti all'interno del sistema delle fonti.

È in questa chiave che va letto l'inserimento (nella parte finale del primo periodo del secondo comma dello stesso articolo) della locuzione per la quale le peculiari previsioni contenute nel d.lgs. n. 165/2001 «*costituiscono disposizioni a carattere imperativo*».

Diversamente, non sarebbe dato ravvisare l'utilità di siffatta specificazione, giacché bastano già l'impianto e le finalità del d.lgs. n. 165/2001 a fondare il carattere imperativo delle disposizioni di cui si tratta²⁶.

Anche qui, dunque, l'intervento operato dal legislatore, più che per le conseguenze che dovrebbero sortirne sul piano della concreta attuazione del disposto, rileva sotto un profilo sistematico: la scelta di specificare, in modo espresso ed inequivocabile, che le norme del decreto abbiano la forza di disposizioni imperative costituisce un ulteriore ammonimento che conferma il ritorno ad una indiscussa supremazia della legge.

L'esplicitazione del valore dell'imperatività si aggiunge alla prima parte del comma in esame, quella che fonda la soggezione della materia alla disciplina del codice civile ed alle leggi del lavoro subordinato nell'impresa, che resta immutata anche all'esito dell'ultima riscrittura.

Se identico è il rinvio operato dal disposto in esame – che è “specifico”, dal momento che rimanda unicamente alle disposizioni del codice civile contenute nel capo I, titolo II, del libro V – non anche lo sono le considerazioni che da esso discendono. In passato era stato osservato che – nonostante la formula contenuta circa l'espressa salvezza delle diverse disposizioni previste nel decreto delegato – dalla lettera della norma potesse ricavarsi il significato che non vi fosse più alcuna specialità del rapporto di lavoro pubblico²⁷.

²⁶ In questo senso si veda anche L. ZOPPOLI, *Il ruolo della legge*, cit., p. 30.

²⁷ Si tratta di quanto osservato da M. RUSCIANO-L. ZOPPOLI, *Art. 2, commi 2 e 3, d.lgs. n. 29/1993*, in *La riforma dell'organizzazione, dei rapporti di lavoro e del processo nelle amministrazioni pubbliche*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1999, p. 1071 ss. Specialità che, invece, aveva trovato sopravvivenza nella prima formulazione della riforma del pubblico impiego laddove, nell'originario testo dell'art. 2, comma 2, d.lgs. n. 29/1993, era previsto che il rinvio al codice civile ed alle leggi sul lavoro nell'impresa fosse consentito solo «*in quanto compatibili con la specialità del rapporto e con il perseguimento degli interessi generali*» nei termini definiti dal decreto medesimo. Condizione, questa, sostituita, ad opera di uno dei decreti correttivi (d.lgs. n. 546/1993) della prima scrittura del decreto del 1993, con una nuova formulazione che prevedeva, invece, la salvezza dei limiti posti dal decreto medesimo questa volta al fine del perseguimento degli interessi generali cui l'organizzazione e l'azione amministrativa erano indirizzate, ma pure, poi, eliminata ad opera dell'art. 2, d.lgs. n. 80/1998, che prevedeva la salvezza delle sole diverse disposizioni contenute nel decreto stesso (circa la reale portata dell'intervento operato dall'art. 2, d.lgs. n. 80/1998, non è mancato pure chi ha osservato che la consistenza della modifica sia stata solo formale, dal momento che il riferimento alla salvezza dei limiti posti dal decreto medesimo al fine del perseguimento degli interessi generali fosse in realtà ridondante, talché gli unici limiti fissati fossero quelli stabiliti dal decreto. Sul punto si veda A. REALE, *Art. 2, d.lgs. n.*

Tale derivazione non trova più rispondenza nell'odierna sistemazione della materia, che, come visto, pare mettere, per certi versi, in discussione la stessa prosecuzione del processo di progressiva convergenza degli assetti regolativi del lavoro pubblico e di quello privato.

4. Segue: *clausole contrattuali nulle e clausole "legali"*.

A suggellare gli intenti già prefissati si aggiunge il prosieguo dell'art. 2 cit. Il legislatore delegato inserisce un nuovo comma all'interno della norma, il comma *3-bis*, stabilendo che le clausole contrattuali che violino la legge o eccedano i limiti fissati alla fonte collettiva debbano essere sostituite di diritto dalla clausola legale²⁸.

È chiaro come, anche in questo caso, si sia in presenza di un "annuncio" che il compilatore della norma fa servendosi delle disposizioni del decreto delegato.

Va da sé che, nell'ipotesi di nullità di una clausola contrattuale per violazione di una norma imperativa, debbano trovare applicazione i principi di carattere generale sanciti dagli artt. 1339 e 1419, comma 2, c.c., cosicché l'esplicitazione di tale richiamo all'interno della norma deputata a regolare la gerarchia delle fonti del rapporto finisce per assolvere al preciso compito di ribadire la subordinazione della fonte negoziale collettiva al cospetto della legge.

Qui, tuttavia, l'effetto che si rischia di sortire con l'integrazione scritta dal decreto attuativo va oltre la proclamazione di cui si è detto.

Se si legge il disposto delle norme contenute nel decreto delegato chiamate, nell'eventualità che si debba dare attuazione al meccanismo sostitutivo, a rimpiazzare le clausole contrattuali nulle, si ha piena contezza di quanto la trasposizione, nella disciplina di specie, del congegno mutuato dal codice civile finisca per esporre l'autonomia collettiva al pericolo di un'invasione di campo, che trascende gli effetti di quanto sembra essere stato voluto dal riformatore.

Se, come rilevato, il funzionamento di tale apparato sanzionatorio prescrive che la clausola contrattuale nulla venga eliminata e, nel contempo, sostituita dal disposto della norma imperativa, l'attivazione del meccanismo sostitutivo incontra un ostacolo difficilmente superabile, giacché le norme del decreto delegato sono spesso insuscettibili di immediata trasposizione nel corpo dei con-

29/1993, in M. DELL'OLIO-B. SASSANI (a cura di), *Amministrazione pubbliche, lavoro, processo*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 29).

²⁸ Il comma *3-bis*, dell'art. 2 cit. (inserito dall'art. 33, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 150/2009) statuisce che, nelle ipotesi «di nullità delle disposizioni contrattuali per violazione di norme imperative o dei limiti fissati alla contrattazione collettiva», debba farsi applicazione degli artt. 1339 e 1419, comma 2, c.c.

tratti. Non possono non condividersi, a riguardo, le preoccupazioni di chi ha rimarcato come – a prescindere dalla valutazione se siffatto meccanismo debba trovare applicazione ogniqualvolta vengano violate le disposizioni della legislazione delegata, stante l'espressa previsione dell'automatismo di cui si tratta con riguardo a sole tre tipologie di istituti²⁹ – le disposizioni di legge destinate a sostituire le clausole rimosse risultino in più occasioni prive dei contenuti sufficienti a consentirne l'immediato passaggio nel testo contrattuale (trattandosi, piuttosto, di norme attributive di poteri, ovvero recanti modalità e strumenti o, infine, di prescrizioni che fissano percorsi procedurali, anche con rinvio alla fonte collettiva).

È possibile che, rilevata la nullità di una clausola, consegua, non già la sua sostituzione *ex lege* con altra, ma il suo rimpiazzo con una clausola «in bianco», come tale «da riempire con una decisione dell'amministrazione o, addirittura, da contrattare con i sindacati»³⁰.

Tanto rende fondato il timore che l'operatività del meccanismo di nullità sostitutiva nel contesto delle disposizioni della decretazione delegata finisca per spianare la via ad una vasta incursione nello spazio d'azione della fonte negoziale, non solo ad opera del potere unilaterale pubblico. È legittima, infatti, la preoccupazione che «la più netta divisione dei ruoli» condotta tra la disciplina di fonte legale e quella di fonte negoziale dal legislatore del 2009, insieme con le eventuali incertezze sull'applicazione del meccanismo di sostituzione automatica delle clausole nulle finiscano per generare una «gestione giudiziaria della riforma»³¹.

Il meccanismo sanzionatorio così come strutturato dal legislatore delegato opera a prescindere dalla circostanza che la divergenza con la disposizione di riferimento (di legge o del contratto collettivo nazionale) determini un trattamento migliorativo o peggiorativo per i dipendenti.

È qui che si fa netta la distanza dalla disciplina del settore privato, ispirata al principio del *favor* per il lavoratore, per cui l'unica deroga vietata è quella peggiorativa per quest'ultimo. A conseguirne è il capovolgimento del tradizionale rapporto tra legge e autonomia collettiva. Sovvertimento che, però, risulta coerente con le finalità precipue del lavoro pubblico. È chiaro, infatti, come in questa materia l'inderogabilità assoluta prevista dalla legge e la nullità delle clausole contrattuali difformi che ad essa consegue – nullità che è «di prote-

²⁹ Il legislatore opera uno specifico riferimento agli istituti del merito e dei premi, alle clausole dei contratti collettivi integrativi che contravvengono ai limiti fissati in sede di contrattazione nazionale o alle norme di legge e, infine, alla materia delle sanzioni disciplinari (cfr. art. 29, d.lgs. n. 150/2009, artt. 40, comma 3-*quinquies*, e 55, d.lgs. n. 165/2001).

³⁰ G. D'AURIA, *Il nuovo sistema delle fonti: legge e contratto collettivo, Stato e autonomie territoriali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, p. 8 ss., al quale si devono le valutazioni brevemente sintetizzate nel testo.

³¹ Ancora G. D'AURIA, *Il nuovo sistema delle fonti*, cit., p. 9.

zione» non del lavoratore, ma del datore di lavoro, il quale «in ragione della sua congenita scarsa resistenza nei confronti delle rivendicazioni delle organizzazioni sindacali, deve essere protetto anche contro sé stesso» – si pongano a presidio degli «interessi generali e di rango costituzionale» della stessa amministrazione³².

L'espresso richiamo agli artt. 1339 e 1419, comma 2, c.c., non si trova solo nella norma dedicata alla regolazione del sistema delle fonti del rapporto di lavoro, di cui all'art. 2 cit., comma 3-*bis*. Per quel che interessa in questa sede, è opportuno soffermarsi sull'analogo rinvio contenuto nell'art. 40, comma 3-*quinqüies*, in materia di contrattazione collettiva di secondo livello.

Dal dettato di tale ultima norma si scorge l'approdo cui è pervenuta la più recente *tranche* di riforma del lavoro pubblico: se la fonte negoziale collettiva ne esce depauperata ad ogni livello, è la contrattazione integrativa ad essere più duramente colpita³³.

La norma, dapprima, inibisce alle pubbliche amministrazioni di «*sottoscrivere in sede decentrata contratti collettivi integrativi in contrasto con i vincoli e con i limiti risultanti dai contratti collettivi nazionali o che disciplinano materie non espressamente delegate a tale livello negoziale ovvero che comportano oneri non previsti negli strumenti di programmazione annuale e pluriennale di ciascuna amministrazione*». Poi, si premura di fissare che, nell'eventualità «*di violazione dei vincoli e dei limiti di competenza imposti dalla contrattazione nazionale o dalle norme di legge*», le clausole dei contratti medesimi siano da considerarsi nulle e automaticamente sostituite in forza del meccanismo di cui agli artt. 1339 e 1419, comma 2, c.c.

La contrattazione di secondo livello, dunque, è sotto scacco, diretta e vegliata dal livello nazionale³⁴ e dalla legge, che, già preoccupata di definire i rapporti tra i livelli di contrattazione, si premura, poi, di provvedere alla fonte di secondo livello, regolandone funzionamento, finalità e contenuto (vedi anche *infra*, § 5).

L'effetto di sostituzione automatica, che consegue alla nullità delle clausole dei contratti collettivi integrativi, non è, tuttavia, l'unica reazione che l'ordinamento prevede per l'eventualità che vengano violati i vincoli ed i limiti di

³² C. PISANI, *La vera novità sistematica della riforma «Brunetta»: il ridimensionamento dell'autonomia collettiva*, in *Mass. Giur. lav.*, 2010, p. 147.

³³ Soffermandosi sulla contrattazione collettiva di secondo livello, sottolinea C. ZOLI, *La struttura della contrattazione collettiva nel settore pubblico*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2011, pp. 878 e 879 (e in *questo volume*, p. 162 ss.) che la c.d. riforma Brunetta non si limita a riprodurre «un modello contrattuale centralistico non troppo dissimile da quello in origine adottato dal d.lgs. n. 29/1993 (...) ma va oltre introducendo una serie di vincoli e di controlli potenzialmente ben più penetranti che in passato».

³⁴ La contrattazione collettiva integrativa «*si svolge sulle materie, con i vincoli e nei limiti stabiliti dai contratti collettivi nazionali, tra i soggetti e con le procedure negoziali che questi ultimi prevedono*» (art. 40, comma 3-*bis*, d.lgs. n. 165/2001).

competenza imposti dal livello nazionale o dalla legge. Il dettato del comma 3-*quinquies* dell'art. 40 cit. prevede che, nell'eventualità «*di accertato superamento di vincoli finanziari da parte delle sezioni regionali di controllo della Corte dei conti, del Dipartimento della funzione pubblica o del Ministero dell'economia e delle finanze*», alle sanzioni indicate, si aggiunga, per le amministrazioni interessate, l'obbligo di recupero nell'ambito della sessione negoziale successiva.

Lo scopo è evidentemente quello di rinforzare gli argini all'aumento della spesa pubblica, con una previsione che – unita alle disposizioni del successivo art. 40-*bis*, ed in specie del settimo comma³⁵ – serve al legislatore per «blindare» il sistema e, oltretutto, «responsabilizzare» gli attori del processo³⁶.

5. **La ridotta operatività della contrattazione collettiva.**

L'ultima riforma non pregiudica la scelta di ricondurre nel solco del diritto comune la disciplina del lavoro pubblico, lasciando immutata la previsione in base alla quale i rapporti individuali di lavoro continuano ad essere «*regolati contrattualmente*» (art. 2, comma 3, d.lgs. n. 165/2001). Né viene disconosciuta la centralità del contratto – individuale e collettivo – nella definizione degli assetti regolativi del rapporto di lavoro. L'ingerenza della fonte unilaterale nella disciplina della materia si traduce, piuttosto, nell'erosione degli spazi d'azione riservati alle fonti negoziali e, soprattutto, in una sua immistione nella gestione degli spazi che alle fonti medesime vengono lasciati. Circostanza, questa, chiaramente tangibile nelle vicende della contrattazione collettiva, che, dove ha il “permesso” di rimanere, si ritrova “commissariata” dalla legge, che la conduce, la previene, la controlla³⁷.

Diversamente dal settore privato, la fonte collettiva costituisce, infatti, oggetto di una specifica regolamentazione ad opera della legge che ne traccia i confini, la struttura, l'efficacia e l'intero procedimento formativo.

³⁵ Il settimo comma dell'art. 40-*bis*, d.lgs. n. 165/2001, stabilisce che, in caso di mancato adempimento delle prescrizioni dell'articolo medesimo, «è fatto divieto alle amministrazioni di procedere a qualsiasi adeguamento delle risorse destinate alla contrattazione integrativa».

³⁶ Sul punto, G. NATULLO-P. SARACINI, *Vincoli e ruoli della contrattazione integrativa*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, cit., p. 81.

³⁷ Si legga l'efficace quadro che ne fa A. ALAIMO, *La contrattazione collettiva*, cit., p. 319. Per l'A. «la contrattazione sindacale – sia nazionale, sia, e tanto più, decentrata – viene, in vario modo, “sfiduciata”: “ridimensionata” nel suo rapporto con la fonte legale e con i poteri unilaterali della dirigenza; “finalizzata” a promuovere una “cultura della meritocrazia, delle performance e della valutazione”; “controllata” – oltre che nell'impiego delle risorse – nei contenuti, persino i più pregnanti (i trattamenti economici accessori); “anticipata” dall'esercizio di poteri unilaterali, in caso di ritardi».

L'intervento normativo – che, invero, è reso necessario dall'osservanza del precetto costituzionale contenuto nell'art. 97³⁸ – si profonde in una serie di regole che non solo precludono alla contrattazione collettiva la regolamentazione, libera da ogni condizionamento, di alcune materie, senza che siano stati individuati preventivamente i principi informativi, ma che, più in generale, ne determinano le modalità di funzionamento.

Perno di tale assetto regolativo sono le previsioni dell'art. 40 del d.lgs. n. 165/2001, norma che, nel primo comma, delimita l'ambito di intervento della fonte collettiva³⁹.

La disposizione non si discosta dal proposito già affermato dal legislatore: quello di contingentare e, comunque, regolare lo spazio affidato alla disciplina contrattuale del rapporto di lavoro. E tanto si deduce dalla complessa formulazione della norma, che, all'esplicita fissazione di limiti, contrappone, invece, una definizione dello spazio di competenza della fonte negoziale dai confini incerti.

Nel primo dei tre blocchi di cui si compone, la norma, affidandosi ad una oscura dichiarazione di principio⁴⁰, assegna alla contrattazione collettiva la competenza nella determinazione di quei diritti e di quegli obblighi che costituiscono «dote imputabile direttamente al rapporto»⁴¹. Negli altri due blocchi, dapprima, fissa una chiara e puntuale elencazione degli ambiti preclusi

³⁸ Sul punto, si richiama come il vincolo imposto al sistema consista nel fissare «*un quantum (di variabile entità) di regolamentazione*», idoneo a soddisfare, nella sostanza, il precetto costituzionale citato che assegna al Parlamento un ruolo di incisivo controllo nella definizione degli assetti organizzativi delle pubbliche amministrazioni, comprendendovi altresì la disciplina del rapporto di lavoro dei suoi dipendenti. La tesi è compiutamente trattata da A. ORSI BATTAGLINI, *Fonti normative e regime giuridico del rapporto di impiego con enti pubblici*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1993, p. 463, alla cui lettura si rinvia per ogni approfondimento circa il ridimensionamento della portata del precetto contenuto nell'art. 97. Per una riflessione sul ruolo che comunque ha svolto ed è destinata a svolgere la riserva di legge imposta in materia di organizzazione degli uffici dalla norma citata vedi L. FIORILLO, *Le fonti di disciplina*, cit., specie cap. I.

³⁹ Il comma 1 dell'art. 40, cit. (riscritto dall'art. 54, comma 1, d.lgs. n. 150/2009), prevede che «*la contrattazione collettiva determina i diritti e gli obblighi direttamente pertinenti al rapporto di lavoro, nonché le materie relative alle relazioni sindacali. Sono, in particolare, escluse dalla contrattazione collettiva le materie attinenti all'organizzazione degli uffici, quelle oggetto di partecipazione sindacale ai sensi dell'articolo 9, quelle afferenti alle prerogative dirigenziali ai sensi degli articoli 5, comma 2, 16 e 17, la materia del conferimento e della revoca degli incarichi dirigenziali, nonché quelle di cui all'articolo 2, comma 1, lett. c), della legge 23 ottobre 1992, n. 421. Nelle materie relative alle sanzioni disciplinari, alla valutazione delle prestazioni ai fini della corresponsione del trattamento accessorio, della mobilità e delle progressioni economiche, la contrattazione collettiva è consentita negli esclusivi limiti previsti dalle norme di legge*».

⁴⁰ Alla contrattazione collettiva è affidata la determinazione dei diritti e degli obblighi «*direttamente pertinenti al rapporto di lavoro*», nonché delle «*materie relative alle relazioni sindacali*».

⁴¹ Così F. CARINCI, *Il secondo tempo*, cit., p. LII, il quale individua nella definizione adottata dalla norma una «potenzialità riduttiva» della competenza accordata alla fonte negoziale.

alla fonte contrattuale, poi, cataloga gli spazi che alla contrattazione sono consentiti, ma soltanto nei limiti autorizzati dalla fonte unilaterale⁴².

Da un lato, dunque, una normazione di dettaglio; dall'altro, una formula che, se chiaramente individua come confine esterno il requisito della diretta pertinenza al rapporto di lavoro delle posizioni soggettive determinabili dalla contrattazione, non altrettanto chiarisce in cosa consista lo spazio negoziale riconosciuto alla fonte collettiva e quale ne sia l'ampiezza.

La disposizione mostra di avere una potenzialità restrittiva dell'ambito di competenza prima assegnato alla negoziazione⁴³. Conferma ne è data dall'ampio novero delle materie precluse alla fonte negoziale⁴⁴, ma anche da quelle relative alle sanzioni disciplinari, alla valutazione delle prestazioni ai fini della corresponsione del trattamento accessorio, della mobilità e delle progressioni economiche, per le quali la negoziazione, pur non negata, è accordata «negli esclusivi limiti stabiliti dalle norme di legge»⁴⁵.

L'interferenza del legislatore dell'ultima riforma negli assetti regolativi del lavoro pubblico si spinge oltre.

Non sono soltanto l'aperta sottrazione di materie o l'espresso condiziona-

⁴² Il sistema delle fonti è decisamente mutato. Prima della modifica operata dal decreto delegato del 2009, la norma stabiliva – con formula affermativa del principio della generale competenza della contrattazione collettiva nella disciplina dei rapporti di lavoro – che alla fonte negoziale fosse consentita la negoziazione di tutte le materie relative al rapporto di lavoro ed alle relazioni sindacali.

⁴³ Si leggano, a riguardo, le osservazioni di G. FERRARO, *Prove generali*, cit., p. 245 e V. LUCIANI-C. LOMBARDO, *Commento art. 40, d.lgs. n. 165/2001*, in G. AMOROSO-V. DI CERBO-L. FIORILLO-A. MARESCA, *Diritto del lavoro*, vol. III, *Il lavoro pubblico*, cit., p. 638. Si rimanda, inoltre, a A. LASSANDARI, *Le nuove regole sulla contrattazione collettiva: problemi giuridici e di efficacia*, in *Riv. giur. lav.*, 2010, I, p. 71.

⁴⁴ Si spazia, ad esempio, dalle materie relative all'organizzazione degli uffici a quelle afferenti alle prerogative dirigenziali, con una sottolineatura anche delle materie precluse alla fonte collettiva e già indicate dall'art. 2, comma 1, lett. c), legge n. 421/1992 all'inizio del processo riformatore, con riferimento alle quali si era assistito ad un tentativo di ridimensionarne la funzione preclusiva nei confronti della fonte collettiva in ragione dei principi di carattere generale che hanno caratterizzato la seconda riforma avviata nel 1997.

⁴⁵ Non mancano autori che ritengono che l'ultima riforma non abbia determinato, in realtà, alcuno spostamento di competenze. Si legga quanto ricostruito da S. MAINARDI, *Il sistema delle fonti di disciplina del lavoro pubblico*, in F. CARINCI-S. MAINARDI (a cura di), *La Terza Riforma del Lavoro Pubblico*, cit., p. 14 ss., per il quale la norma ha avuto la funzione di «esplicitare [...] “cosa” non può assolutamente essere oggetto di contrattazione», fungendo da «*actio finium regundorum* di cui il legislatore mostrava di avere grande necessità, specie al fine di consolidare le prerogative dirigenziali nelle materie di micro-organizzazione». O, ancora, da V. TALAMO, *La riforma del sistema di relazioni sindacali nel lavoro pubblico*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, p. 15, il quale rileva come la disposizione escluda «*apertis verbis*» dalle materie contrattabili «un gruppo di materie che, tuttavia, già antecedentemente dovevano ritenersi precluse, in quanto afferenti a materie organizzative e comunque ad istituti esterni al rapporto di lavoro e che solo per la congenita debolezza dell'agente negoziale pubblico (nazionale e decentrato) hanno conosciuto una rinegoziazione sicuramente *extra ordinem*».

mento della regolazione di altre (al rispetto dei limiti stabiliti dalla legge) a vincolare lo spazio d'azione della contrattazione collettiva. La lunga mano del riformatore si insinua all'interno di competenze che, pur rimanendo alla fonte negoziale, vengono più o meno invase dalle sue prescrizioni, tese comunque a condizionarne gli effetti.

Se si presta attenzione alle previsioni in materia di trattamento economico, si può averne una dimensione.

La riforma non ha fatto venir meno la determinazione per la quale il trattamento economico, fondamentale ed accessorio, debba essere definito dai contratti collettivi⁴⁶. Ciononostante, ha inciso in maniera significativa sulla riserva accordata ai contratti medesimi, introducendo meccanismi che rischiano di vanificarla.

La legge fa sì che, laddove si verificano blocchi o ritardi in sede negoziale, siano possibili interventi unilaterali della parte pubblica.

Ed invero, in un caso, in sede di contrattazione di secondo livello, attribuisce all'amministrazione interessata, nell'eventualità che non si addivenga all'accordo per la sottoscrizione di un contratto integrativo, il potere di provvedere, in via provvisoria e fino alla successiva sottoscrizione, alla regolazione delle materie sui cui verte l'accordo non concluso e ciò allo scopo di «assicurare la continuità e il migliore svolgimento della funzione pubblica»⁴⁷.

In un altro, con riguardo, questa volta, al livello nazionale, prevede la possibilità che, «decorsi sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge finanziaria che dispone in materia di rinnovi dei contratti collettivi per il periodo di riferimento», vengano erogati, in via provvisoria (e «previa deliberazione dei rispettivi comitati di settore, sentite le organizzazioni sindacali rappresentative»), «gli incrementi previsti per il trattamento stipendiale», salva, poi, la necessità di conguaglio al momento della sottoscrizione dei contratti collettivi nazionali⁴⁸. Prescrivendo, inoltre, che – nell'eventualità che il contratto collettivo nazionale non sia stato rinnovato e nemmeno sia stata deliberata l'erogazione di cui sopra – «in ogni caso a decorrere dal mese di aprile dell'anno successivo alla scadenza del contratto collettivo nazionale di lavoro», «è riconosciuta ai dipendenti dei rispettivi comparti di contrattazione, nella misura e con le modalità stabilite dai contratti nazionali, e comunque entro i limiti previsti dalla legge finanziaria in sede di definizione delle risorse contrattuali, una copertura economica che costituisce un'anticipazione dei benefici complessivi che saranno attribuiti all'atto del rinnovo contrattuale»⁴⁹.

⁴⁶ In tal senso milita il combinato disposto degli artt. 2, comma 3, e 45, comma 1, d.lgs. n. 165/2001.

⁴⁷ Art. 40, comma 3-ter, d.lgs. n. 165/2001.

⁴⁸ Art. 47-bis, comma 1, d.lgs. n. 165/2001.

⁴⁹ Art. 47-bis, comma 2, d.lgs. n. 165/2001.

Si tratta, com'è evidente, di robuste forzature che la legge introduce nel sistema. Concedere, anche se in via provvisoria, al potere decisionale della pubblica amministrazione di disporre della materia retributiva la cui regolazione spetterebbe alla contrattazione di secondo livello, dà luogo a «pesanti intromissioni» non certo prive di conseguenze⁵⁰.

L'attribuzione di siffatti poteri alle pubbliche amministrazioni, se per certi versi può risultare vantaggiosa per i dipendenti delle amministrazioni interessate (tenuti indenni da eventuali ritardi nel rinnovo dei contratti collettivi), per altro verso finisce per minare gli stessi equilibri contrattuali. Tali previsioni, infatti, si rivelano idonee a «depotenziare la capacità conflittuale dei sindacati», resi più deboli dalla «possibilità di concessione unilaterale dei trattamenti, per quanto di tipo provvisorio»⁵¹.

In ogni caso, l'effetto dell'intervento – specie dell'art. 47-*bis* – è tale da aver determinato taluni a sostenerne il ruolo «destabilizzante» della delega accordata al contratto collettivo in materia. È anche vero, però, come pure è stato osservato, che la fattispecie in materia di «*copertura economica*» (regolata dal secondo comma dell'art. 47-*bis* cit.) rende possibile «una sorta di limitata ultrattività del contratto collettivo scaduto», se non altro con riguardo alle disposizioni riguardanti la copertura medesima, tale da confermare, comunque, «l'idea secondo la quale ancora insostituibile sarebbe il ruolo della contrattazione collettiva nella definizione dei trattamenti economici». Insostituibilità confermata, peraltro, dal carattere solo provvisorio dell'intervento unilaterale⁵².

Ulteriori intromissioni della fonte unilaterale negli spazi d'intervento di quella negoziale si trovano anche altrove nell'articolazione del sistema contrattuale: ad esempio nella definizione dei comparti.

Già in sede di delega, il legislatore affida alla decretazione delegata – nel più ampio progetto di riordino delle procedure di contrattazione collettiva nazionale e integrativa – la riduzione del numero dei comparti e delle aree di contrattazione; lasciando ferma la competenza della fonte collettiva quanto all'individuazione della relativa composizione⁵³.

Il legislatore delegato ne dà attuazione, prescrivendo che, mediante appositi accordi tra l'ARAN e le Confederazioni rappresentative, siano ridefiniti i comparti di contrattazione collettiva nazionale, fissando nel numero di quattro

⁵⁰ P. SORDI, *Commento art. 45, d.lgs. n. 165/2001*, in G. AMOROSO-V. DI CERBO-L. FIORILLO-A. MARESCA, *Diritto del lavoro*, vol. III, *Il lavoro pubblico*, cit., p. 719.

⁵¹ Così U. CARABELLI, *La 'riforma Brunetta': un breve quadro sistematico delle novità legislative e alcune considerazioni critiche*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", 101/2010, p. 13.

⁵² Di questo avviso, A. TOPO, *La contrattazione integrativa*, in F. CARINCI-S. MAINARDI (a cura di), *La Terza Riforma del Lavoro Pubblico*, cit., p. 422.

⁵³ Si veda l'art. 3, comma 2, lett. h), n. 4, legge n. 15/2009.

la consistenza massima dei comparti medesimi, cui far corrispondere non più di quattro aree separate per la dirigenza⁵⁴.

L'originario provvedimento di delega non risulta di per sé invasivo della competenza della fonte negoziale: pur fissando alla decretazione delegata l'obiettivo del contenimento del novero dei comparti, non priva la contrattazione collettiva della competenza a regolarne la composizione interna.

Invasivo lo diventa, però, nella misura in cui il legislatore se ne serve per incidere sugli assetti della contrattazione collettiva. È evidente, infatti, come tale scelta abbia costituito una risposta alla necessità di scongiurare la frammentazione del sistema, ma anche di contenere l'aggravio procedimentale per l'ARAN e la possibile «lievitazione di spesa», che della frammentazione stessa sono conseguenze⁵⁵. Il rischio, tuttavia, è che si imponga ad amministrazioni pubbliche anche molto dissimili tra loro «un'eccessiva uniformità dei trattamenti contrattuali»⁵⁶, di modo che a risultarne sia l'appiattimento della disciplina.

Oltre che nella definizione dei comparti, il legislatore dell'ultima riforma si ingerisce in più occasioni nelle competenze che rimangono conferite alla contrattazione collettiva.

Tanto è accaduto con riguardo alla durata dei contratti collettivi – che il legislatore ha imposto di fissare «*in modo che vi sia coincidenza fra la vigenza della disciplina giuridica e di quella economica*»⁵⁷ – ed ai rapporti tra i livelli di contrattazione. Sotto quest'ultimo aspetto, in particolare, l'interferenza della fonte unilaterale sui relativi svolgimenti è significativa.

Il legislatore – confermata l'adozione di un modello di «decentramento centralizzato», nel quale è il contratto nazionale a definire lo spazio negoziale accordato alla fonte di secondo livello⁵⁸ – inserisce nel tessuto normativo alcune previsioni che, ancora una volta, danno luogo ad una forte compressione dell'autonomia collettiva nella gestione del potere negoziale.

⁵⁴ Si tratta delle previsioni introdotte a modifica dell'art. 40, comma 2, d.lgs. n. 165/2001. Tale norma dispone anche che un'apposita sezione contrattuale di un'area dirigenziale riguardi la dirigenza del ruolo sanitario e che, nell'ambito dei comparti di contrattazione, possano costituirsi sezioni contrattuali dedicate a specifiche professionalità.

⁵⁵ Di questo avviso, V. TALAMO, *La riforma del sistema*, cit., p. 16, per cui la scelta di riduzione dei comparti determina anche «un'ulteriore compressione dell'autonomia collettiva».

⁵⁶ Così U. CARABELLI, *La 'riforma Brunetta'*, cit., p. 12, il quale giudica la riduzione del numero dei comparti di contrattazione «una scelta "forte", volta a "concentrare" il periodico sforzo contrattuale nell'ambito del settore pubblico, nonché a rendere in qualche misura più controllabile ed omogenea la normativa contrattuale applicabile alle diverse amministrazioni».

⁵⁷ Art. 40, comma 3, d.lgs. n. 165/2001. La norma si pone in continuità con il dettato dell'intesa del 30 aprile 2009 (per l'applicazione dell'accordo quadro sulla riforma degli assetti contrattuali del 22 gennaio 2009 sottoscritto nel settore privato) ove è statuito che i contratti collettivi nazionali abbiano durata triennale, tanto per la parte economica quanto per quella normativa.

⁵⁸ G. NATULLO-P. SARACINI, *Vincoli e ruoli*, cit., p. 75.

Una delle disposizioni inserite dalla legislazione delegata, contenuta nel comma 3-*bis*, dell'art. 40 cit., statuisce che alla contrattazione collettiva nazionale sia attribuita la competenza per la definizione del termine delle sessioni negoziali in sede decentrata, scaduto il quale «*le parti riassumono le rispettive prerogative e libertà di iniziativa e decisione*». Altra – che deve essere letta unitamente alla prima – è quella contenuta nel successivo comma 3-*ter* (di cui si è già detto riferendo dell'ingerenza della legge nella riserva in materia di trattamento economico – v. *retro*).

Dal combinato delle due norme deriva che – trascorsi inutilmente i termini fissati a livello nazionale per le sessioni negoziali decentrate ovvero se non si giunga alla conclusione di un accordo negoziale di secondo livello – si attribuisce alle amministrazioni pubbliche il potere di decidere sulle materie oggetto della contrattazione medesima⁵⁹.

In effetti, non è mancato pure chi, con riguardo al dettato del comma 3-*bis*, ha ritenuto non essere affatto «scontato» che la norma comporti il «recupero» da parte dell'agente pubblico del potere di regolare unilateralmente le condizioni di lavoro. Il «recupero» non riguarderebbe, infatti, il trattamento economico, cui l'amministrazione può provvedere solo in via provvisoria⁶⁰. Con riguardo agli altri aspetti, invece, il recupero delle prerogative fissato dalla norma non accorderebbe al dirigente il potere di provvedere unilateralmente alle condizioni del rapporto, che trovano disciplina nella legge e nel contratto individuale con riguardo all'oggetto del rapporto. Con la conclusione che «tranne che per specifici limitati profili, il dirigente si troverebbe pertanto nella necessità di negoziare il trattamento contrattuale con i lavoratori singolarmente considerati»⁶¹.

Anche sul piano dei soggetti deputati alla contrattazione, l'impianto normativo già delineato ha subito modifiche con l'ultima riforma, che, oltretutto, hanno sortito una significativa rivisitazione della disciplina relativa all'agente negoziale pubblico.

Già la legge delega aveva fissato, tra gli altri, obiettivi, legati al più ampio scopo del «*miglioramento dell'efficienza e dell'efficacia delle procedure di contrattazione collettiva*» (art. 2, comma 1, lett. b), direttamente attinenti al riordino dell'ARAN. Si annoveri, ad esempio, l'obiettivo del «*rafforzamento del-*

⁵⁹ Potere, tuttavia, non illimitato. Il comma 3-*ter*, infatti, impone, per un verso, la finalizzazione dell'azione amministrativa allo scopo di «*assicurare la continuità e il migliore svolgimento della funzione pubblica*»; per altro verso, la provvisorietà delle decisioni assunte unilateralmente dalle amministrazioni, potendo queste provvedere soltanto «*fino alla successiva sottoscrizione*». Si veda V. LUCIANI-C. LOMBARDO, *Commento art. 40, cit.*, p. 647.

⁶⁰ Che il trattamento economico non debba essere assoggettato alla regola del comma 3-*bis* sarebbe confermato anche dall'esistenza del comma 3-*ter* che, pur richiamando con formula ampia le «*materie oggetto del mancato accordo*», prevede, poi, che le determinazioni unilaterali dell'amministrazione debbano essere sottoposte al vaglio previsto dall'art. 40-*bis*.

⁶¹ Di questo avviso, A. TOPO, *La contrattazione integrativa*, p. 423 ss.

l'indipendenza dell'ARAN dalle organizzazioni sindacali anche attraverso la revisione dei requisiti soggettivi e delle incompatibilità dei componenti dei relativi organi», il «potenziamento del potere di rappresentanza delle regioni e degli enti locali» e, da ultimo, la «ridefinizione della struttura e delle competenze dei comitati di settore», allo scopo di rendere più incisivo il potere direttivo nei confronti dell'ARAN.

Principi, questi, molto ampi, evidentemente formulati per consentire alla decretazione delegata la realizzazione di un penetrante rimaneggiamento della disciplina, da condurre nel solco, già segnato dal più vasto piano della riforma, di una maggiore valorizzazione delle prerogative del datore di lavoro pubblico.

Significativi interventi, ad esempio, vengono operati con riguardo al regime delle preclusioni per l'accesso alla carica di Presidente dell'Agenzia e di membro del Collegio di indirizzo e controllo⁶². Regime che l'ultima riscrittura rende più rigoroso, attuando, per tal via, l'obiettivo di irrobustire l'indipendenza dell'Agenzia dall'ingerenza sindacale.

Anche la disciplina regolante la costituzione dei comitati di settore viene riscritta. Si rileva, a riguardo, come le ultime modifiche siano state disposte in coerenza con quanto già statuito dall'art. 40, comma 2, cit.

A corrispondere alla riduzione dei comparti e delle aree di contrattazione è «il dimezzamento dei comitati di settore», talché al posto dei sei comitati di settore già previsti se ne individuano tre, «espressione diretta delle sole amministrazioni centrali e delle autonomie costituzionalizzate». L'effetto è quello della «ricentralizzazione negoziale», in contrasto con le scelte operate dal d.lgs. n. 396/1997 «con le quali si intese, fra l'altro, favorire l'emersione delle specificità organizzative ed ordinamentali delle singole amministrazioni, in modo da fornire alle stesse ospitalità e rappresentazione in sede negoziale»⁶³.

⁶² Si legga il disposto del comma 7-bis, che il d.lgs. n. 150/2009 inserisce nel corpo dell'art. 46, d.lgs. n. 165/2001, nel quale è statuito che non possano accedere alla carica di Presidente – e nemmeno far parte del Collegio di indirizzo e controllo – coloro «che rivestano incarichi pubblici elettivi o cariche in partiti politici ovvero che ricoprano o abbiano ricoperto nei cinque anni precedenti alla nomina cariche in organizzazioni sindacali». Con l'ulteriore precisazione per la quale l'incompatibilità debba intendersi «estesa a qualsiasi rapporto di carattere professionale o di consulenza con le predette organizzazioni sindacali o politiche».

⁶³ Così V. TALAMO, *La riforma del sistema*, cit., p. 16 ss.