

# COMMENTARIO DEL CODICE CIVILE

diretto da

**ENRICO GABRIELLI**

*Professore Ordinario di Diritto civile nell'Università di Roma "Tor Vergata"*

**UTET**  
GIURIDICA

# DELL'IMPRESA E DEL LAVORO

a cura di

**Oreste Cagnasso**

*Professore Ordinario di Diritto commerciale nell'Università di Torino*

**Antonio Vallebona**

*Professore Ordinario di Diritto del lavoro nell'Università di Roma "Tor Vergata"*

artt. 2060-2098

Edoardo Ales – Andrea Allamprese – Guido Bonfante – Maurizio Cavanna  
Nicola De Marinis – Valeria Fili – Luigi Fiorillo – Andrea Lassandari  
Ivana Marimpietri – Luigi Menghini – Giuseppe Pellacani  
Antonio Pileggi – Fabrizio Pirelli – Carlo Pisani – Giulio Prosperetti  
Antonio Riccio – Roberto Voza

**UTET**  
GIURIDICA

## QUESTO VOLUME È ANCHE ONLINE

Consultalo gratuitamente ne "La Mia Biblioteca", la prima biblioteca professionale in the cloud con le pubblicazioni di CEDAM, UTET Giuridica, IPSOA. Grazie al suo evoluto sistema di ricerca puoi accedere ai tuoi scaffali virtuali e ritrovare tra i tuoi libri la soluzione che cerchi da PC, iPad o altri tablet. Ovunque tu sia.

Per conoscere le modalità di accesso al servizio e consultare il volume online collegati a [www.lamiabiblioteca.com](http://www.lamiabiblioteca.com) e clicca su "Richiedi la tua password".

La consultazione online viene offerta all'acquirente del presente volume a titolo completamente gratuito ed a fini promozionali del servizio "La Mia Biblioteca" e potrebbe essere soggetta a recesso da parte dell'Editore.

© 2013 Wolters Kluwer Italia S.r.l.  
Strada I, Palazzo F6 - 20090 Milanofiori Assago (MI)

Redazione UTET Giuridica:  
Corso Vittorio Emanuele II, 44 - 10123 Torino  
Sito Internet: [www.utetgiuridica.it](http://www.utetgiuridica.it)  
e-mail: [info@wkigiuridica.it](mailto:info@wkigiuridica.it)

UTET GIURIDICA® è un marchio registrato e concesso in licenza da De Agostini Editore S.p.A. a Wolters Kluwer Italia S.r.l.

I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica, di riproduzione e di adattamento totale o parziale, con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche), sono riservati per tutti i Paesi.

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941 n. 633.

Le riproduzioni diverse da quelle sopra indicate (per uso non personale – cioè, a titolo esemplificativo, commerciale, economico o professionale – e/o oltre il limite del 15%) potranno avvenire solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da EDISER Srl, società di servizi dell'Associazione Italiana Editori, attraverso il marchio CLEARedi Centro Licenze Autorizzazioni Riproduzioni Editoriali. Informazioni: [www.clearedi.org](http://www.clearedi.org).

L'elaborazione dei testi, anche se curata con scrupolosa attenzione, non può comportare specifiche responsabilità per eventuali errori o inesattezze.

*Project editor:* Maria Cristina Bozzo  
*Redazione:* Manuela Orsi - Wilma Armando  
*Editing:* Editrix - Torino  
*Composizione:* Centrofotocomposizione Dorigo S.r.l. - Padova  
*Stampa:* L.E.G.O. S.p.A. - Lavis (TN)

ISBN 978-88-598-0817-6

# INDICE

## LIBRO QUINTO DEL LAVORO

### TITOLO I DELLA DISCIPLINA DELLE ATTIVITÀ PROFESSIONALI

<b>Artt. 2060-2081 c.c.</b> di GIULIO PROSPERETTI .....	p.	5
1. Osservazioni generali .....	»	5

#### CAPO I DISPOSIZIONI GENERALI

<b>Art. 2060</b> – <i>Del lavoro</i> .....	»	7
<b>Art. 2061</b> – <i>Ordinamento delle categorie professionali</i> .....	»	7
<b>Art. 2062</b> – <i>Esercizio professionale delle attività economiche</i> .....	»	7

#### CAPO II DELLE ORDINANZE CORPORATIVE E DEGLI ACCORDI ECONOMICI COLLETTIVI

<b>Art. 2063</b> – [Oggetto] .....	»	9
<b>Art. 2063</b> – [Formazione e pubblicazione] .....	»	9
<b>Art. 2065</b> – [Efficacia] .....	»	9
<b>Art. 2066</b> – [Inderogabilità] .....	»	10

#### CAPO III DEL CONTRATTO COLLETTIVO DI LAVORO E DELLE NORME EQUIPARATE

<b>Art. 2067</b> – [Soggetti] di GIULIO PROSPERETTI .....	»	11
1. Autonomia collettiva e contratto collettivo .....	»	11
2. Dall'ordinamento corporativo al pluralismo sindacale .....	»	13

## Indice

---

3. Funzione e causa del contratto collettivo .....	p. 18
4. I diversi livelli della contrattazione collettiva .....	» 20
4.1. Il contratto collettivo aziendale .....	» 22
4.2. ( <i>Segue</i> ). Il contratto collettivo di prossimità e l'efficacia derogatoria .....	» 27
<b>Art. 2068</b> – [Rapporti di lavoro sottratti a contratto collettivo] .....	» 29
<b>Art. 2069</b> – [Efficacia] di GIULIO PROSPERETTI .....	» 30
1. L'efficacia dei contratti collettivi secondo il disegno dell'art. 39 cost. ....	» 30
2. L'efficacia del contratto collettivo di diritto comune .....	» 32
2.1. Le teorie privatistiche .....	» 34
2.2. La teoria dell'ordinamento intersindacale .....	» 39
2.3. La teoria dell'effettività .....	» 41
2.4. La teoria del rinvio individuale ai contratti collettivi .....	» 44
<b>Art. 2070</b> – [Criteri di applicazione] di GIULIO PROSPERETTI .....	» 48
1. L'individuazione del contratto di categoria applicabile .....	» 48
<b>Art. 2071</b> – [Contenuto] .....	» 51
<b>Art. 2072</b> – [Deposito e pubblicazione] .....	» 51
<b>Art. 2073</b> – [Denuncia] .....	» 51
<b>Art. 2074</b> – [Efficacia dopo la scadenza] di GIULIO PROSPERETTI .....	» 52
1. Note introduttive .....	» 52
2. L'ultrattività e la disdetta dei contratti collettivi di diritto comune .....	» 53
<b>Art. 2075</b> – [Efficacia nel caso di variazioni nell'inquadramento] .....	» 55
<b>Art. 2076</b> – [Contratto collettivo annullabile] .....	» 55
<b>Art. 2077</b> – [Efficacia del contratto collettivo sul contratto individuale] di GIULIO PROSPERETTI .....	» 55
1. L'inderogabilità e la disponibilità collettiva dei diritti individuali .....	» 56
2. Il problema della derogabilità <i>in peius</i> dei contratti collettivi .....	» 59
<b>Art. 2078</b> – [Efficacia degli usi] .....	» 62
<b>Art. 2079</b> – [Rapporti di associazione agraria e di affitto a coltivatore diretto] ....	» 63
<b>Art. 2080</b> – [Colonia parziaria e affitto con obbligo di miglioria] .....	» 63
<b>Art. 2081</b> – [Norme equiparate al contratto collettivo] .....	» 63
<b>La contrattazione collettiva nel settore pubblico (artt. 2067-2081 c.c.)</b> di LUIGI FIORILLO .....	» 63
I. IL CONTRATTO COLLETTIVO NEL SISTEMA DELLE FONTI DEL PUBBLICO IMPIEGO PRIVATIZZATO .	» 64
1. La riforma della disciplina del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni: le tappe di un lungo cammino .....	» 64

2. ( <i>Segue</i> ). La prima delega (l. 23.10.1992, n. 421): il d.lg. 3.2.1993, n. 29 e l'avvio del processo di privatizzazione del pubblico impiego .....	p. 68
3. ( <i>Segue</i> ). La seconda delega (l. 15.3.1997, n. 59) e il compimento dell'integrazione delle discipline. La trasposizione della materia riformata nel d.lg. 30.3.2001, n. 165 .....	» 72
4. ( <i>Segue</i> ). La legittimazione della riforma ad opera della Corte costituzionale ...	» 76
5. ( <i>Segue</i> ). La terza delega (l. 4.3.2009, n. 15) e il d.lg. 27.10.2009, n. 150: la "compressione" del ruolo della fonte negoziale e la riscrittura del processo di contrattazione .....	» 77
6. La sistemazione delle fonti di disciplina del pubblico impiego privatizzato e la riforma federalista del Titolo V, Parte II, della Carta costituzionale .....	» 84
II. L'ASSETTO REGOLATIVO DELLA CONTRATTAZIONE COLLETTIVA .....	» 90
1. L'ambito di competenza della fonte negoziale .....	» 90
2. ( <i>Segue</i> ). Il trattamento economico .....	» 94
3. L'articolazione del sistema contrattuale: individuazione dei comparti, struttura contrattuale e durata dei contratti collettivi .....	» 97
4. I soggetti della contrattazione collettiva .....	» 100
5. ( <i>Segue</i> ). La parte pubblica: l'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni (Aran) .....	» 101
6. ( <i>Segue</i> ). I comitati di settore .....	» 109
7. ( <i>Segue</i> ). La parte sindacale: le organizzazioni abilitate a contrarre .....	» 113
8. L' <i>iter</i> negoziale .....	» 117
9. La contrattazione collettiva integrativa: le materie contrattabili e le procedure di negoziazione e di spesa .....	» 120
10. ( <i>Segue</i> ). La definizione dei tempi della negoziazione in sede decentrata e lo spazio per l'esercizio del potere unilaterale datoriale .....	» 123
11. ( <i>Segue</i> ). La nullità delle clausole integrative e l'applicazione del meccanismo sostitutivo di cui agli artt. 1339 e 1419, 2° co., c.c. ....	» 124
12. ( <i>Segue</i> ). Meccanismi di controllo e pubblicità .....	» 126
13. L'efficacia del contratto collettivo .....	» 128

## TITOLO II DEL LAVORO NELL'IMPRESA

### CAPO I DELL'IMPRESA IN GENERALE

#### Sezione I Dell'imprenditore

<b>Art. 2082 - Imprenditore</b>	
di GUIDO BONFANTE .....	» 135
1. Una premessa: tramonto ed evoluzione del concetto di imprenditore .....	» 135
2. I requisiti della nozione civilistica di imprenditore: l'attività economica .....	» 138
3. La professionalità .....	» 141
4. L'organizzazione .....	» 142
5. La produzione o lo scambio di beni o servizi .....	» 144
6. Il lucro .....	» 146
7. Inizio e fine dell'attività di impresa .....	» 147
8. Le varie tipologie di imprenditori .....	» 149
9. L'imputazione dell'attività di impresa. L'incapace. L'imprenditore occulto .....	» 154

## Indice

---

<b>Art. 2083 – Piccoli imprenditori</b> di MAURIZIO CAVANNA .....	p. 155
1. La categoria concettuale del piccolo imprenditore .....	» 156
2. Le figure, nominate e non, di piccolo imprenditore .....	» 157
3. Il concetto di prevalenza .....	» 162
4. Il piccolo imprenditore e l'art. 1 l. fall. Il testo originario .....	» 165
4.1. Il nuovo testo dell'art. 1 l. fall. ....	» 167
<b>Art. 2084 – Condizioni per l'esercizio dell'impresa</b> .....	» 169
<b>Art. 2085 – Indirizzo della produzione</b> di MAURIZIO CAVANNA .....	» 170
1. Il controllo dello Stato .....	» 170
2. Licenza e autorizzazione .....	» 171
3. Il controllo sull'indirizzo della produzione .....	» 173
<b>Art. 2086 – Direzione e gerarchia nell'impresa</b> di MAURIZIO CAVANNA .....	» 173
1. L'interesse dell'imprenditore al coordinamento dell'attività dei lavoratori .....	» 174
2. Il potere direttivo e di organizzazione. Il regolamento .....	» 175
3. Il potere disciplinare (rinvio) .....	» 178
4. I limiti al potere dell'imprenditore .....	» 178
<b>Art. 2087 – Tutela delle condizioni di lavoro</b> di ANDREA LASSANDARI .....	» 180
1. L'obbligo di sicurezza ed il rapporto di lavoro: la qualificazione delle posizioni giuridiche .....	» 181
2. L'ambito di applicazione dell'art. 2087 c.c. ....	» 187
3. La disciplina successiva e la stratificazione delle fonti .....	» 191
4. Il d.lg. n. 81/2008, «in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro» .....	» 196
5. I contenuti del precetto vincolante .....	» 204
6. La funzione prevenzionistica e la riparazione del pregiudizio subito: gli schemi ricostruttivi della responsabilità .....	» 210
7. La tutela della personalità morale: le persecuzioni a danno del prestatore .....	» 215
<b>Art. 2088 – [Responsabilità dell'imprenditore]</b> .....	» 221
<b>Art. 2089 – [Inosservanza degli obblighi dell'imprenditore]</b> .....	» 221
<b>Art. 2090 – [Procedimento]</b> .....	» 222
<b>Art. 2091 – [Sanzioni]</b> .....	» 222
<b>Art. 2092 – [Sanzioni previste da leggi speciali]</b> .....	» 223
<b>Art. 2093 – Imprese esercitate da enti pubblici</b> di EDOARDO ALES e ANTONIO RICCIO .....	» 223
1. Premessa .....	» 224
2. Il concetto di impresa pubblica anche alla luce delle acquisizioni del diritto europeo .....	» 225
3. Gli enti pubblici economici quale forma privilegiata di esercizio dell'impresa pubblica e il loro declino in favore delle s.p.a. controllate a seguito del processo di c.d. «privatizzazione» .....	» 229

4. La generale applicabilità delle disposizioni in materia di lavoro privato ai rapporti alle dipendenze dell'ente pubblico economico e delle s.p.a. controllate. La rilevanza dell'impiego di fondi pubblici e i suoi riflessi sulla disciplina del rapporto di lavoro .....	p. 234
---	--------

## Sezione II Dei collaboratori dell'imprenditore

<b>Art. 2094 – Prestatore di lavoro subordinato</b> di IVANA MARIMPIETRI, NICOLA DE MARINIS, ANDREA ALLAMPRESE, ROBERTO VOZA, GIUSEPPE PELLACANI e FABRIZIO PIRELLI, GIUSEPPE PELLACANI, LUIGI MENGHINI .....	» 239
I. IL LAVORO SUBORDINATO .....	» 242
1. La subordinazione nel codice civile .....	» 242
2. La subordinazione tecnico-funzionale: l'assoggettamento al potere direttivo quale tratto distintivo del tipo legale lavoro subordinato .....	» 246
3. La valorizzazione dell'elemento della dipendenza a connotare il tipo legale lavoro subordinato .....	» 253
4. Subordinazione e lavoro autonomo continuativo .....	» 258
5. Unitarietà del tipo legale lavoro subordinato e pluralità dei modelli regolativi. Cenni .....	» 262
6. Il metodo di qualificazione .....	» 264
7. Qualificazione del rapporto e volontà contrattuale .....	» 268
8. ( <i>Segue</i> ). La certificazione dei contratti di lavoro .....	» 276
9. L'onerosità quale elemento essenziale del tipo legale lavoro subordinato. Il lavoro gratuito .....	» 281
10. La tutela del lavoro oltre la subordinazione .....	» 285
II. IL CONTRATTO DI LAVORO .....	» 290
1. Il lavoro subordinato tra contratto e rapporto .....	» 290
1.1. Le origini del contratto di lavoro .....	» 290
1.2. La reazione all'originaria concezione contrattualistica del rapporto di lavoro .....	» 293
1.3. Contrattualismo ed acontrattualismo nell'epoca post-costituzionale .....	» 297
1.4. Le rinnovate ragioni dell'opzione acontrattualista .....	» 301
2. Il tipo legale del contratto di lavoro ed i suoi elementi .....	» 305
2.1. La subordinazione quale criterio identificativo del tipo e la causa del contratto .....	» 305
2.2. I soggetti del contratto di lavoro .....	» 308
2.3. L'oggetto del contratto di lavoro .....	» 312
2.4. L'accordo delle parti e la forma del contratto di lavoro .....	» 313
3. La certificazione del contratto di lavoro .....	» 314
4. Le cause di invalidità del contratto di lavoro .....	» 324
III. IL LAVORO RIPARTITO .....	» 326
1. La definizione di contratto di lavoro ripartito .....	» 326
2. L'obbligazione di lavoro ripartito come obbligazione solidale .....	» 328
3. La responsabilità solidale e la modificazione del <i>quantum</i> e della collocazione temporale della prestazione di lavoro dei singoli coobbligati .....	» 331
4. L'esercizio del potere disciplinare e le vicende estintive del rapporto di lavoro ripartito .....	» 335
5. Le fonti di regolazione .....	» 338
6. Forma e contenuto del contratto di lavoro ripartito .....	» 343
7. Il principio di non discriminazione e la parità di trattamento .....	» 345
8. Il riproporzionamento dei trattamenti economici, normativi e previdenziali .....	» 348
9. I profili previdenziali .....	» 349



## Indice

IV. IL LAVORO INTERMITTENTE .....	p. 356
1. La disponibilità come connotato del contratto di lavoro intermittente con obbligo di risposta alla chiamata .....	» 356
2. I presupposti di ammissibilità .....	» 360
2.1. Il lavoro a chiamata secondo le esigenze individuate dalla contrattazione collettiva (ovvero dalla decretazione ministeriale) .....	» 360
2.2. Il lavoro a chiamata per periodi predeterminati nell'arco della settimana, del mese o dell'anno .....	» 364
2.3. Il lavoro a chiamata per ragioni anagrafiche .....	» 366
3. Forma ed elementi del contratto .....	» 367
4. Obblighi di informazione sindacale e di comunicazione agli organi amministrativi .....	» 369
5. I divieti di ricorso al lavoro intermittente .....	» 370
6. Le deroghe allo statuto protettivo del lavoro subordinato .....	» 371
7. Il trattamento economico-normativo del lavoratore: la fase di disponibilità ....	» 374
7.1. La fase di lavoro: principio di non discriminazione e regola del riproporzionamento .....	» 378
8. Il computo dei lavoratori intermittenti nell'organico aziendale .....	» 380
9. Il lavoro intermittente senza obbligo di risposta alla chiamata .....	» 381
10. Regime transitorio .....	» 384
V. LAVORO NAUTICO .....	» 384
1. La disciplina generale del lavoro nautico ed aeronautico .....	» 384
1.1. L'inquadramento dei rapporti di lavoro nautico ed aeronautico .....	» 384
1.2. La specialità del rapporto di lavoro del personale navigante addetto alla navigazione marittima, interna ed aeronautica e il sistema delle fonti .....	» 386
1.3. L'iscrizione in albi, registri o matricole e il collocamento .....	» 390
1.4. La costituzione del rapporto di lavoro e l'ingresso nell'equipaggio. La legge applicabile al rapporto .....	» 395
1.5. La compresenza e l'interferenza tra ordinamento pubblicistico e disciplina del rapporto di lavoro. I doveri del lavoratore, la gerarchia di bordo, i poteri del datore di lavoro e la responsabilità disciplinare .....	» 398
1.6. Il diritto di sciopero .....	» 401
2. Il rapporto di lavoro della gente di mare .....	» 403
2.1. Il contratto di arruolamento. La capacità e i requisiti di stipulazione .....	» 403
2.2. La forma del contratto, l'ingaggio e il patto di prova .....	» 405
2.3. Le tipologie di contratto e la retribuzione .....	» 408
2.4. La tutela della sicurezza e i diritti in caso di malattia ed infortunio .....	» 413
2.5. L'orario, i riposi, le ferie, i permessi .....	» 414
2.6. La cessazione del rapporto, il diritto al rimpatrio e il trattamento di fine rapporto .....	» 418
3. Il rapporto di lavoro del personale aeronautico .....	» 422
3.1. Il contratto di lavoro del personale di volo. I presupposti e la capacità di stipulare il contratto .....	» 422
3.2. La forma e le tipologie di contratto e la retribuzione .....	» 423
3.3. L'orario, i riposi, le ferie, i permessi .....	» 426
3.4. La cessazione del rapporto e il trattamento di fine rapporto .....	» 427
VI. IL LAVORO SPORTIVO .....	» 428
1. Premessa .....	» 428
2. La disciplina dell'attività sportiva tra ordinamento statale e ordinamento sportivo. Il tesseramento .....	» 430
3. Professionismo e diletantismo .....	» 431
4. I soggetti del rapporto di lavoro sportivo: le società sportive e gli sportivi professionisti (atleti e tecnici) .....	» 435

5. Subordinazione e autonomia nel rapporto di lavoro dello sportivo professionista .....	p. 437
6. Il contratto di lavoro sportivo: tipologie e requisiti formali .....	» 442
7. I requisiti soggettivi per la stipulazione: la cittadinanza e l'età .....	» 444
8. La clausola arbitrale .....	» 447
9. La disciplina applicabile e le deroghe rispetto alla disciplina generale. I diritti e i doveri dello sportivo. Le sanzioni. La risoluzione del contratto .....	» 451
10. L'abolizione del vincolo sportivo. La cessione del contratto e il premio di addestramento e di formazione tecnica .....	» 458
11. La tutela della salute e il regime di sicurezza sociale per lo sportivo professionista .....	» 461
VII. IL RAPPORTO DI LAVORO GIORNALISTICO .....	» 465
1. Il rapporto di lavoro giornalistico e la qualifica di giornalista .....	» 465
2. L'albo dei giornalisti .....	» 467
3. Subordinazione ed autonomia nel rapporto di lavoro giornalistico .....	» 470
4. Le collaborazioni coordinate e continuative, il lavoro a progetto e il lavoro autonomo .....	» 474
5. La disciplina del rapporto: costituzione, tipologie contrattuali e patto di prova ..	» 476
6. Inquadramento, qualifiche e mansioni .....	» 478
7. Diritti e doveri del giornalista: diligenza, obbedienza e fedeltà, esclusiva, responsabilità disciplinare, retribuzione, orario, ferie, permessi, diritti sindacali .....	» 481
8. Vicende modificative del rapporto: mutamento di mansioni, trasferimento e distacco .....	» 486
9. Le dimissioni ed il licenziamento .....	» 488
10. ( <i>Segue</i> ). Cassa integrazione guadagni e licenziamenti collettivi. Trasferimento d'azienda .....	» 491
VIII. IL LAVORO CARCERARIO .....	» 492
1. L'evoluzione della disciplina del lavoro carcerario e l'attuale assetto normativo ..	» 492
2. Le tipologie di lavoro carcerario .....	» 494
2.1. L'inquadramento della fattispecie e la disciplina applicabile .....	» 496
3. La disciplina applicabile al lavoro dei detenuti e le deroghe al diritto comune ..	» 498
3.1. Il trattamento economico e normativo del detenuto lavoratore .....	» 500
4. Il regime di sicurezza sociale .....	» 502
5. Le controversie in materia di lavoro penitenziario .....	» 503
IX. LAVORO GRATUITO E VOLONTARIATO .....	» 504
1. Gli ambiti di rilevanza del lavoro gratuito .....	» 504
2. Lavoro gratuito individuale e di gruppo: forme tradizionali e forme recenti ....	» 505
3. L'ammissibilità del lavoro gratuito tradizionale .....	» 507
3.1. Il lavoro gratuito familiare .....	» 510
3.2. Il lavoro gratuito dei religiosi .....	» 513
4. Le tesi che negano l'ammissibilità del lavoro subordinato gratuito .....	» 513
5. Il volontariato come versione moderna del lavoro gratuito .....	» 517
6. Volontariato e Costituzione .....	» 518
7. La legge quadro sul volontariato .....	» 518
8. I successivi interventi in tema di "privato sociale" .....	» 520
8.1. Il decreto "Zamagni" .....	» 520
8.2. Il sistema integrato di interventi e servizi sociali .....	» 521
8.3. Le associazioni di promozione sociale .....	» 523
9. Legge quadro sul volontariato e tesi che negano il lavoro subordinato gratuito ..	» 525
10. Ulteriori configurazioni dell'attività di volontariato .....	» 530
11. I caratteri particolari del lavoro nell'attività di volontariato .....	» 532
12. L'attività di volontariato come adempimento del contratto associativo nella variante eterodiretta od autonoma .....	» 533

13. La normativa applicabile all'attività di volontariato resa in posizione subordinata .....	p. 535
14. I limiti entro i quali può essere svolta l'attività di volontariato: presunzione di gratuità ed inammissibilità del semivolontariato .....	» 536
<b>Art. 2095 – <i>Categorie dei prestatori di lavoro</i></b>	
di CARLO PISANI .....	» 538
1. Precisazioni terminologiche. Il rapporto tra categorie, qualifiche e mansioni ..	» 539
2. La funzione residuale dell'art. 2095 c.c. ....	» 541
3. La determinazione dei requisiti di appartenenza alle categorie legali. Le clausole di riconoscimento formale .....	» 542
4. Operai e impiegati .....	» 544
5. Quadri .....	» 546
6. Dirigenti .....	» 547

### Sezione III Del rapporto di lavoro

#### § 1 – Della costituzione del rapporto di lavoro

<b>Art. 2096 – <i>Assunzione in prova</i></b>	
di VALERIA FILI .....	» 554
1. Le fonti normative: dal codice civile alla l. n. 148/2011 .....	» 554
2. La natura giuridica e la causa .....	» 559
3. Il contenuto .....	» 561
4. La forma scritta nell'elaborazione dottrinale .....	» 563
4.1. La forma scritta nell'interpretazione giurisprudenziale e nella contrattazione collettiva .....	» 564
5. La durata .....	» 572
5.1. La durata nella contrattazione collettiva .....	» 573
5.2. La giurisprudenza in tema di durata del periodo di prova .....	» 577
5.3. Proroga e rinnovazione della prova .....	» 579
6. Oggetto .....	» 580
7. Illegittimità della prova per comprovata idoneità .....	» 583
8. Diritti e obblighi .....	» 587
8.1. Il trattamento economico .....	» 589
8.2. Retribuzione e t.f.r. nel caso di mancato superamento della prova nei c.c.n.l. ....	» 590
8.3. Iscrizione nella lista di mobilità e assunzione in prova .....	» 593
9. Gli eventi sospensivi del rapporto .....	» 595
10. Superamento del periodo di prova .....	» 600
11. Recesso per mancato superamento della prova .....	» 601
11.1. La forma del recesso .....	» 602
11.2. Il mancato superamento della prova .....	» 602
11.3. Onere di giustificazione del recesso se prevista dalla contrattazione collettiva .....	» 604
11.4. Illegittimità del recesso .....	» 605
11.5. Onere della prova dell'illegittimità del recesso .....	» 609

<b>Art. 2097</b> – [Durata del contratto di lavoro]	
di LUIGI MENGHINI .....	p. 611
1. Introduzione e sintesi dell'evoluzione normativa .....	» 613
1.2. Dalla l. n. 230/1962 alla riforma del 1987, alla direttiva europea ed al referendum del 2000 .....	» 614
1.3. Origine ed elementi essenziali del d.lg. n. 368/2001 .....	» 618
1.4. Precarietà del lavoro, secondo Governo Prodi ed innovazioni del 2007 ...	» 623
1.5. Le contromisure del Governo Berlusconi del 2008 e le norme per Poste Italiane .....	» 624
1.6. Le innovazioni tacite: l'art. 32, l. 4.11.2010, n. 183 (Collegato lavoro 2010) ..	» 627
1.7. La riforma esagerata: lavoro a termine ed accordi di prossimità .....	» 631
1.8. La riforma Fornero del 2012 .....	» 634
2. Finalità e limiti costituzionali .....	» 639
3. La direttiva 99/70/CE del Consiglio del 28.6.1999 .....	» 642
3.1. Il contratto di lavoro a tempo determinato come deviazione rispetto alla "normalità" del contratto di lavoro a tempo indeterminato .....	» 643
3.2. I limiti alla stipula del primo ed unico contratto .....	» 644
3.3. (Segue). Le opinioni dottrinali .....	» 644
3.4. (Segue). Le sentenze della Corte costituzionale italiana 4.3.2008, n. 44 e 14.7.2009, n. 214. Il primo scontro con la Cassazione .....	» 647
3.5. (Segue). La giurisprudenza più recente della Corte di Giustizia: le due ordinanze <i>Vino</i> .....	» 651
3.6. Il divieto di discriminazione .....	» 655
3.7. Gli strumenti volti a prevenire gli abusi derivanti da una successione di contratti a termine .....	» 657
3.8. (Segue). Gli spunti dottrinali .....	» 657
3.9. (Segue). I chiarimenti della Corte di Giustizia .....	» 659
3.10. La clausola di non regresso .....	» 662
3.11. (Segue). Il concetto di "ambito coperto dall'accordo" .....	» 663
3.12. (Segue). Il concetto di "attuazione della direttiva" .....	» 664
3.13. (Segue). Il livello generale di tutela e le possibili compensazioni .....	» 668
3.14. (Segue). Le conseguenze della violazione della clausola .....	» 670
4. La normativa nazionale .....	» 673
4.1. Il contratto di lavoro a termine come eccezione o deroga al contratto di lavoro a tempo indeterminato .....	» 673
4.2. Il requisito della forma scritta .....	» 675
4.3. Le ragioni per cui si assume e la loro specificazione scritta nella clausola appositiva del termine .....	» 676
4.4. Causale sostitutiva ed indicazione dei lavoratori assenti .....	» 678
4.5. (Segue). La sentenza C. cost. n. 214/2009 .....	» 679
4.6. (Segue). Le sentenze "gemelle" della Cassazione del gennaio 2010 .....	» 680
4.7. (Segue). Le sentenze della Cassazione di febbraio, marzo ed aprile 2010 ..	» 681
4.8. (Segue). Una proposta di soluzione .....	» 682
4.9. Il contratto a termine "acausale" introdotto dalla riforma Fornero .....	» 684
4.10. (Segue). Il concetto di primo contratto .....	» 684
4.11. (Segue). I limiti temporali e numerici .....	» 685
4.12. (Segue). La conformità con l'accordo quadro europeo .....	» 687
4.13. Le improbabili fattispecie alternative introducibili da parte della contrattazione collettiva .....	» 691
4.14. I divieti di assunzione a termine .....	» 692
4.15. I limiti quantitativi .....	» 693
4.16. I limiti sostanziali di carattere soggettivo .....	» 695
4.17. (Segue). Il contratto volto a favorire le assunzioni a termine da parte di compagnie aeree o aeroportuali .....	» 696

## Indice

4.18. (Segue). I contratti volti a consentire più ampie assunzioni a termine da parte di Poste Italiane .....	p. 697
4.19. Proroga, prosecuzione delle prestazioni oltre il termine e successione dei contratti .....	» 702
4.20. La successione fraudolenta di contratti a termine, la disciplina europea ed il limite dei 36 mesi .....	» 704
4.21. Le conseguenze derivanti dall'illegittimità dell'apposizione del termine ...	» 711
4.22. (Segue). Il sistema precedente .....	» 712
4.23. (Segue). I termini di decadenza .....	» 714
4.24. (Segue). "Conversione" del rapporto e indennità onnicomprensiva dopo la l. n. 183/2012 .....	» 718
4.25. (Segue). Finalità della norma .....	» 719
4.26. (Segue). L'indennità sostituisce il risarcimento del danno .....	» 720
4.27. (Segue). Le questioni di costituzionalità e la loro soluzione da parte della Consulta .....	» 724
4.28. Il contratto a termine nel settore pubblico .....	» 729
4.29. (Segue). Il sistema delle fonti .....	» 729
4.30. (Segue). Rigorosità delle condizioni ed inesistenza pratica di sanzioni in caso di nullità della clausola apposta all'unico ed isolato contratto .....	» 730
4.31. (Segue). L'abusiva ripetizione di contratti: divieto di conversione e risarcimento del danno. Giurisprudenza italiana e contrasto con la clausola 5 dell'accordo europeo .....	» 732
4.32. (Segue). Il parziale superamento del divieto di conversione .....	» 737
4.33. (Segue). La dissacrazione dell'art. 97 cost. ....	» 738
4.34. (Segue). L'imparzialità .....	» 739
4.35. (Segue). La garanzia di professionalità .....	» 740
4.36. (Segue). I vincoli di bilancio ed i limiti dell'organico .....	» 741
4.37. (Segue). L'applicazione al lavoro pubblico dell'art. 5, co. 4 bis, d.lg. n. 368/2001 .....	» 742
4.38. (Segue). L'applicazione del principio di non discriminazione .....	» 747
4.39. (Segue). Crisi finanziaria, precariato scolastico e soluzioni della Cassazione .....	» 751
<b>Art. 2098 – Violazione delle norme sul collocamento dei prestatori di lavoro</b> di ANTONIO PILEGGI .....	» 755
1. L'art. 2098 c.c. come fossile normativo e i dubbi sull'abrogazione .....	» 756
1.1. Per incompatibilità con l'art. 33, 10° co., l. n. 300/1970 .....	» 756
1.2. Per effetto dell'abrogazione del sistema del collocamento pubblico .....	» 757
2. L'applicazione giurisprudenziale (pressoché nulla) dell'art. 2098 c.c. ....	» 759
2.1. I chiarimenti giurisprudenziali sulla natura dell'interesse tutelato .....	» 759
2.2. Il conflitto tra il (modesto) interesse pubblico all'annullamento del contratto di lavoro e lo (spasmodico) interesse del lavoratore alla conservazione del posto di lavoro .....	» 760
2.3. L'art. 2098 c.c. come mero argomento interpretativo .....	» 762

## AUTORI

<b>Edoardo Ales</b>	Professore Ordinario di Diritto del lavoro nell'Università di Cassino e del Lazio meridionale
<b>Andrea Allamprese</b>	Ricercatore di Diritto del lavoro nell'Università di Modena e Reggio Emilia
<b>Guido Bonfante</b>	Professore Ordinario di Diritto commerciale nell'Università di Torino
<b>Maurizio Cavanna</b>	Notaio, Ricercatore di Diritto commerciale nell'Università di Torino
<b>Nicola De Marinis</b>	Professore Associato di Diritto del lavoro nell'Università del Molise
<b>Valeria Fili</b>	Professore Associato di Diritto del lavoro nell'Università di Udine
<b>Luigi Fiorillo</b>	Professore Ordinario di Diritto del lavoro nell'Università di Napoli "Federico II"
<b>Andrea Lassandari</b>	Professore Associato di Diritto del lavoro nell'Università di Bologna (sede di Ravenna)
<b>Ivana Marimpietri</b>	Professore Associato di Diritto del lavoro nell'Università di Cassino e del Lazio meridionale
<b>Luigi Menghini</b>	Professore Ordinario di Diritto del lavoro nell'Università di Trieste
<b>Giuseppe Pellacani</b>	Professore Ordinario di Diritto del lavoro nell'Università di Modena e Reggio Emilia
<b>Antonio Pileggi</b>	Professore Ordinario di Diritto del lavoro nell'Università di Roma "Tor Vergata"
<b>Fabrizio Pirelli</b>	Avvocato
<b>Carlo Pisani</b>	Professore Ordinario di Diritto del lavoro nell'Università di Roma "Tor Vergata"
<b>Giulio Prosperetti</b>	Professore Ordinario di Diritto del lavoro nell'Università di Roma "Tor Vergata"
<b>Antonio Riccio</b>	Assegnista di ricerca nell'Università di Cassino e del Lazio meridionale
<b>Roberto Voza</b>	Professore Associato di diritto del lavoro nell'Università di Bari "Aldo Moro"

**Art. 2079 – Rapporti di associazione agraria e di affitto a coltivatore diretto<sup>1</sup>**

*[[1] La disciplina del contratto collettivo di lavoro si applica anche ai rapporti di associazione agraria regolati dal capo II del titolo II ed a quelli di affitto a coltivatore diretto del fondo.*

*[[2] Tuttavia in questi rapporti il contratto collettivo non deve contenere norme relative al salario, all'orario di lavoro, alle ferie, al periodo di prova, od altre che contrastino con la natura dei rapporti medesimi.]*

<sup>1</sup> Articolo da ritenersi abrogato a seguito della soppressione dell'ordinamento corporativo, disposta con r.d.l. 9.8.1943, n. 721 e della soppressione delle organizzazioni sindacali fasciste, disposta con d.lg.lt. 23.11.1944, n. 369.

**Art. 2080 – Colonia parziaria e affitto con obbligo di miglioria<sup>1</sup>**

*[[1] Nei contratti individuali di colonia parziaria e di affitto a coltivatore diretto, con obbligo di miglioria, conservano efficacia le clausole difformi dalle disposizioni del contratto collettivo stipulato durante lo svolgimento del rapporto.]*

<sup>1</sup> Articolo da ritenersi abrogato a seguito della soppressione dell'ordinamento corporativo, disposta con r.d.l. 9.8.1943, n. 721 e della soppressione delle organizzazioni sindacali fasciste, disposta con d.lg.lt. 23.11.1944, n. 369.

**Art. 2081 – Norme equiparate al contratto collettivo<sup>1</sup>**

*[[1] Le disposizioni sul contratto collettivo di lavoro contenute in questo capo valgono, in quanto applicabili, per le altre norme corporative che disciplinano rapporti di lavoro.]*

<sup>1</sup> Articolo da ritenersi abrogato a seguito della soppressione dell'ordinamento corporativo, disposta con r.d.l. 9.8.1943, n. 721 e della soppressione delle organizzazioni sindacali fasciste, disposta con d.lg.lt. 23.11.1944, n. 369.

**La contrattazione collettiva nel settore pubblico  
(artt. 2067-2081 c.c.)**

commento di Luigi Fiorillo

**Sommario: I. IL CONTRATTO COLLETTIVO NEL SISTEMA DELLE FONTI DEL PUBBLICO IMPIEGO PRIVATIZZATO. - 1. La riforma della disciplina del lavoro alle dipendenze delle pubbli-**

che amministrazioni: le tappe di un lungo cammino. - **2.** (Segue). La prima delega (l. 23.10.1992, n. 421): il d.lg. 3.2.1993, n. 29 e l'avvio del processo di privatizzazione del pubblico impiego. - **3.** (Segue). La seconda delega (l. 15.3.1997, n. 59) e il compimento dell'integrazione delle discipline. La trasposizione della materia riformata nel d.lg. 30.3.2001, n. 165. - **4.** (Segue). La legittimazione della riforma ad opera della Corte costituzionale. - **5.** (Segue). La terza delega (l. 4.3.2009, n. 15) e il d.lg. 27.10.2009, n. 150: la "compressione" del ruolo della fonte negoziale e la riscrittura del processo di contrattazione. - **6.** La sistemazione delle fonti di disciplina del pubblico impiego privatizzato e la riforma federalista del Titolo V, Parte II, della Carta costituzionale. - II. **L'ASSETTO REGOLATIVO DELLA CONTRATTAZIONE COLLETTIVA.** - **1.** L'ambito di competenza della fonte negoziale. - **2.** (Segue). Il trattamento economico. - **3.** L'articolazione del sistema contrattuale: individuazione dei comparti, struttura contrattuale e durata dei contratti collettivi. - **4.** I soggetti della contrattazione collettiva. - **5.** (Segue). La parte pubblica: l'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni (Aran). - **6.** (Segue). I comitati di settore. - **7.** (Segue). La parte sindacale: le organizzazioni abilitate a contrarre. - **8.** L'iter negoziale. - **9.** La contrattazione collettiva integrativa: le materie contrattabili e le procedure di negoziazione e di spesa. - **10.** (Segue). La definizione dei tempi della negoziazione in sede decentrata e lo spazio per l'esercizio del potere unilaterale datoriale. - **11.** (Segue). La nullità delle clausole integrative e l'applicazione del meccanismo sostitutivo di cui agli artt. 1339 e 1419, 2° co., c.c. - **12.** (Segue). Meccanismi di controllo e pubblicità. - **13.** L'efficacia del contratto collettivo.

## **I. IL CONTRATTO COLLETTIVO NEL SISTEMA DELLE FONTI DEL PUBBLICO IMPIEGO PRIVATIZZATO**

### **1. La riforma della disciplina del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni: le tappe di un lungo cammino**

L'attuale modello regolativo della disciplina del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche è il risultato di un articolato processo riformatore che, in modo non sempre lineare, si è preposto l'obiettivo della omologazione normativa con il settore privato.

La necessità di un intervento legislativo in materia è imposto dall'art. 97 cost. nella parte in cui fissa il principio per il quale «i pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge» con la conseguenza che anche la regolamentazione del rapporto di lavoro dei pubblici dipendenti deve avvenire nel rispetto di criteri fissati dal legislatore.

La presenza di una regola di tal genere ha comportato che il processo che ha traghettato l'impiego pubblico dalla sponda del diritto pubblico a quella del diritto privato sia avvenuto attraverso leggi delega che hanno di volta in volta fissato i principi e i criteri direttivi individuati dal Parlamento



ai quali si è attenuto l'Esecutivo nella redazione dei vari decreti legislativi che hanno disciplinato la materia.

Una ricostruzione storica dell'*iter* normativo non può non menzionare la legge che ha segnato la prima forma di riconoscimento, seppur in uno stato embrionale, di una fase negoziale nella disciplina del rapporto di lavoro.

Il riferimento è alla l. 29.3.1983, n. 93 (c.d. legge quadro sul pubblico impiego)<sup>1</sup> che, senza intaccare il modello pubblico di produzione normativa, legittima le organizzazioni sindacali a definire con l'amministrazione una ipotesi di accordo collettivo destinata ad essere recepita in un regolamento governativo.

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 esistenti<sup>2</sup>.

La radicale rivisitazione delle categorie giuridiche poste a fondamento della regolamentazione del rapporto di lavoro è stata resa possibile da una diversa lettura del precetto costituzionale fissato dall'art. 97.

A questo proposito è stato sostenuto che la riserva di legge imposta dal dettato costituzionale non comporta necessariamente una riserva di regime pubblicistico. Se è indubbio che l'organizzazione debba complessivamente rispondere ai requisiti fissati dal 1° co. dell'art. 97 cost. (imparzialità e buon

<sup>1</sup> La legge quadro sul pubblico impiego è stata oggetto di numerosi commenti, per un esame complessivo della stessa v., per tutti, RUSCIANO, TREV. (a cura di), *Commentario alla legge 29 marzo 1983, n. 93*, in *Leggi civ. comm.*, 1984, 783. Per una riflessione sui modelli normativi che hanno caratterizzato il mondo del pubblico impiego prima della trasformazione attuata con il d.lg. n. 29/1993, sia consentito il rinvio a FIORILLO, *Le fonti di disciplina del rapporto di lavoro pubblico*, Padova, 1990; v., comunque, ZOPPOLI L., *Contrattazione e delegificazione nel pubblico impiego*, Napoli, 1990.

<sup>2</sup> In questo senso, v. ZOPPOLI L., *Il ruolo della legge nella disciplina del lavoro pubblico*, in *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, a cura di Zoppoli L., Napoli, 2009, 19.

andamento), i modi per conseguire tale risultato possono essere assai diversi<sup>3</sup>, con l'unico vincolo per il sistema di fissare «un *quantum* (di variabile entità) di regolamentazione»<sup>4</sup> idoneo comunque a soddisfare, nella sostanza, il precetto costituzionale che impone un ruolo di incisivo controllo da parte del Parlamento nella definizione degli assetti organizzativi delle pubbliche amministrazioni ivi compresa la disciplina del rapporto di lavoro dei suoi dipendenti.

Prendendo spunto da queste riflessioni, la più attenta dottrina giuslavoristica ha sottolineato che «un conto è infatti la fonte della normazione, un altro conto è il regime giuridico dell'attività alla quale la normazione si riferisce», nel senso che se la riserva di legge impone una regolazione di fonte legislativa dell'organizzazione dei pubblici uffici, tale da soddisfare il contenuto minimo della riserva costituzionale, essa non preclude alla fonte legislativa, nel momento in cui esercita la riserva, di modulare discrezionalmente il regime giuridico dell'attività organizzativa, dal momento che neppure dagli scopi di buon andamento e imparzialità discende, come vincolo costituzionale, che in ogni apparato pubblico gli atti di organizzazione debbano essere atti amministrativi<sup>5</sup>.

Su queste premesse si avvia il processo riformatore con una prima legge delega (art. 2, l. 23.10.1992, n. 421), attuata con il d.lg. 3.2.1993, n. 29, seguita da una seconda delega (l. 15.3.1997, n. 59) e tre decreti legislativi di

<sup>3</sup> La tesi è ampiamente trattata da ORSI BATTAGLINI, *Fonti normative e regime giuridico del rapporto di impiego con enti pubblici*, in *Giornale dir. lav. e relaz. ind.*, 1993, 463, cui si rinvia per ogni ulteriore approfondimento in ordine al ridimensionamento della portata del precetto contenuto nell'art. 97, 1° co., cost. 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 dall'art. 97 cost. si rinvia a FIORILLO, *op. cit.*, specie cap. I. Non è mancato in dottrina chi ha sostenuto che, in questa materia, il d.lg. n. 29/1993 (oggi n. 165/2001) andrebbe fortemente ridimensionato, poiché «anche nel lavoro pubblico deve essere l'autonomia collettiva a fondare la propria legittimazione ad intervenire per regolare le condizioni di lavoro» (CASSESE, *Per un'autentica contrattualizzazione del lavoro con le amministrazioni*, in *Giornale dir. amm.*, 1997, 790). Analoga la posizione di D'ACQUA, *Nuove norme sulla privatizzazione del pubblico impiego*, *ivi*, 1998, 1013, il quale ha ritenuto che un eccesso di legificazione in materia di contrattazione collettiva rischia di «paralizzare sia la libertà organizzativa delle amministrazioni in quanto datori di lavoro, sia la contrattazione collettiva» ed ha auspicato, per il futuro, una «revisione critica di tutta la produzione normativa in tema di privatizzazione del lavoro pubblico», allo scopo di mantenerne in vita «non più di quanto sia necessario».

<sup>4</sup> ORSI BATTAGLINI, *op. cit.*, 463.

<sup>5</sup> D'ANTONA, *Autonomia negoziale, discrezionalità e vincolo di scopo nella contrattazione collettiva delle pubbliche amministrazioni*, in *Arg. dir. lav.*, 1997, 41, anche in *Id.*, *Opere*, a cura di Caruso, Sciarra, IV, Milano, 2000.

attuazione<sup>6</sup>, che poi ha trovato, provvisoriamente, un organico punto di riferimento nel d.lg. 30.3.2001, n. 165.

A cavallo tra la prima e la seconda delega tale processo ha incontrato anche l'incondizionato avallo da parte della Corte costituzionale che ha sgombrato il campo da possibili contrasti sia con l'art. 97 che con l'art. 39 della Carta costituzionale.

Infine, nel 2009 è stata emanata una terza legge delega (l. 4.3.2009, n. 15), cui ha fatto seguito il d.lg. 27.10.2009, n. 150 di attuazione, che segna un momento di discontinuità rispetto ai precedenti interventi legislativi rivisitando in modo significativo la materia delle fonti e delle relazioni sindacali.

Gli assetti definiti con gli interventi del 2009 non sono destinati ad assestarsi, l'attuale Governo intende apportare alcune significative modifiche finalizzate a rivitalizzare il ruolo (e la funzione) dell'organizzazione sindacale che, come si avrà modo di dimostrare nel prosieguo del presente commento, è stato fortemente ridimensionato dall'insieme delle norme contenute nel d.lg. n. 150/2009.

Nello scorso mese di maggio il Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione, le Regioni, le Province, i Comuni e le organizzazioni sindacali hanno sottoscritto un Protocollo d'intesa sul lavoro pubblico<sup>7</sup> nel quale concordano sulla opportunità di adottare «una serie di interventi, normativi e contrattuali», concernenti, tra l'altro, «un nuovo modello di relazioni sindacali»<sup>8</sup>.

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,

<sup>6</sup> D.lg. 4.11.1997, n. 396, d.lg. 31.3.1998, n. 80 e d.lg. 29.10.1998, n. 387.

<sup>7</sup> Il testo dell'accordo 4.5.2012 è riportato nel sito <http://www.funzionepubblica.gov.it>.

<sup>8</sup> 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».

ferme le statuizioni dell'art. 2, 3° co., d.lg. 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».

Sempre con riferimento agli assetti della contrattazione collettiva, il Governo 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».

Allo stato si registra un unico intervento legislativo che costituisce una prima attuazione degli impegni assunti con l'accordo sopra brevemente descritto.

Nel d.l. 6.7.2012, n. 95, convertito con modificazioni nella l. 7.8.2012, n. 135 (in materia di revisione della spesa pubblica), l'art. 2, 17° co., ha apportato alcune modifiche all'art. 5, 2° co., d.lg. 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 fissati dalla contrattazione collettiva nazionale.

## **2. (Segue). La prima delega (l. 23.10.1992, n. 421): il d.lg. 3.2.1993, n. 29 e l'avvio del processo di privatizzazione del pubblico impiego**

Il legislatore, nel 1992, raccogliendo le istanze sempre più insistenti provenienti dal mondo sindacale<sup>9</sup>, ha deciso di attrarre nell'ambito del diritto del lavoro la regolamentazione del rapporto di lavoro alle dipendenze di

<sup>9</sup> I momenti salienti che hanno preceduto l'emanazione della prima legge delega sono

pubbliche amministrazioni che era disciplinato dal diritto amministrativo, essendo possibile l'applicazione del diritto civile solo in via sussidiaria ed in particolare a condizione che il rapporto non fosse regolato diversamente dalla legge (v. art. 2129 c.c.).

Il meccanismo utilizzato per raggiungere l'obiettivo è stato individuato nella modifica del sistema di produzione normativa: non è più l'atto amministrativo deputato a disciplinare il rapporto di lavoro e la sua organizzazione, ma il contratto e l'atto unilaterale di diritto comune.

Il legislatore, valorizzando la capacità di diritto privato di cui godono le pubbliche amministrazioni<sup>10</sup>, ha deciso di esercitare le prerogative riconosciutegli in materia dall'art. 97, 1° co., cost. creando un modello normativo nel quale gran parte della disciplina è definita con gli strumenti propri dell'autonomia individuale.

Il perno di tale modello è costituito dall'art. 2, d.lg. n. 29/1993<sup>11</sup>: il 2° co. dell'articolo citato dispone 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, salvi i limiti stabiliti dal presente decreto per il perseguimento degli interessi generali cui l'organizzazione e l'azione amministrativa sono indirizzate»; il 3° co. opera un espresso rinvio al contratto individuale e a quello collettivo deputati a disciplinare, come fonte privilegiata, questa tipologia di rapporto di lavoro subordinato secondo regole e modalità previste dallo stesso decreto legislativo.

oggetto di un efficace quadro di sintesi in CARINCI F., *All'indomani di una riforma promessa: la privatizzazione del pubblico impiego*, che introduce il commentario, dallo stesso diretto, *Il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, Milano, 1995.

<sup>10</sup> Sulla questione v. GIANNINI, *L'amministrazione pubblica dello Stato contemporaneo*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da Santaniello, Padova, 1988, il quale dimostra che le organizzazioni amministrative regolano i loro rapporti con altri soggetti dell'ordinamento sia con attività di diritto privato che con attività di diritto pubblico sottolineando che ciò che può cambiare nell'evoluzione dell'ordinamento è costituito dal criterio di distribuzione fra le due sorta di attività, dalle qualificazioni giuridiche, dalle regole attinenti alle modalità di svolgimento dell'una o dell'altra.

<sup>11</sup> Il decreto delegato è stato emanato in attuazione della delega contenuta nell'art. 2, l. 23.10.1992, n. 421, che detta le linee di fondo nel rispetto delle quali attuare la trasformazione dell'impiego pubblico in un rapporto di lavoro subordinato di diritto privato. I principi di delega più rilevanti ai fini della riforma riguardano: a) la riconduzione dell'impiego pubblico sotto la disciplina del diritto civile e la sua regolamentazione mediante contratti individuali e collettivi; b) i criteri di rappresentatività per le organizzazioni sindacali ai fini della contrattazione collettiva e gli strumenti per la rappresentanza negoziale della p.a.; c) la devoluzione al giudice ordinario delle controversie di lavoro; d) la riforma della dirigenza pubblica; e) l'indicazione di materie e categorie di dipendenti esclusi dalla riforma.

La disciplina dell'organizzazione della p.a., nel rispetto della riserva di legge di cui all'art. 97 cost., continua ad essere regolata da «disposizioni di legge e di regolamento ovvero, sulla base delle medesime, mediante atti di organizzazione» (così dispone il 1° co. dell'art. 2, d.lg. n. 29/1993).

La normativa degli anni 1992/1993 costituisce la più radicale riforma che sia mai stata concepita nel campo dell'organizzazione del lavoro nella p.a.

La grande novità parte proprio dal momento genetico del rapporto: analogamente a quanto accade nel settore privato, questo nasce con la stipulazione di un contratto individuale, nel rispetto delle regole dettate dal codice civile.

Le conseguenze di ordine sistemico sono di intuitiva evidenza: cambia l'ambiente giuridico di riferimento, non più costituito dal diritto pubblico, ma dal diritto privato, e si modifica profondamente il rapporto tra le parti, che diventa paritario, venendo meno ogni forma di supremazia speciale in capo alla p.a.

Il legislatore, operando così una opzione di politica del diritto, ritiene che, attraverso una disciplina del lavoro pubblico e della sua organizzazione imperniata sulla strumentazione propria del diritto civile, si possa perseguire meglio l'obiettivo di una amministrazione più efficiente e funzionale alle esigenze della collettività.

Il modello prescelto tende alla creazione di un diritto del lavoro comune al settore privato e a quello pubblico, sia sotto il profilo sostanziale che processuale, fermo restando il rispetto di alcune possibili peculiarità che comunque non ineriscono al «rapporto di lavoro ma alla disciplina applicabile al rapporto»<sup>12</sup> e che possono trovare fondamento solo se espressamente previste dai decreti legislativi (attuativi della trasformazione) i quali si pongono, in tal modo, come l'unica fonte legittimata a poter conservare differenze tra il lavoro subordinato pubblico e quello privato.

Il disegno perseguito sotto tale profilo è nitido: dopo una iniziale incertezza<sup>13</sup>, il legislatore delegato ha statuito l'incondizionato ingresso

<sup>12</sup> D'ANTONA, *Le fonti privatistiche. L'autonomia contrattuale delle pubbliche amministrazioni in materia di rapporti di lavoro*, in *Foro it.*, 1995, V, 33.

<sup>13</sup> La originaria formulazione dell'art. 2, 2° co., d.lg. n. 29/1993 operava il rinvio al codice civile e alle leggi sull'impresa «in quanto compatibili con la specialità del rapporto». Tale formulazione, dopo pochi mesi, con l'emanazione dell'ultimo dei decreti correttivi (n. 546/1993) della prima versione del d.lg. n. 29/1993, è stata sostituita con un'altra che, pur conservando il riferimento al perseguimento degli interessi generali, vincola le eventuali specialità alle norme indicate nel decreto. Per una analisi della problematica connessa alla c.d. specialità dell'impiego pubblico, v. SANTORO PASSARELLI G., *La specialità del rapporto e il regime transitorio nella c.d. privatizzazione del pubblico impiego*, in *Lavoro e dir.*, 1993, 565.

del codice civile e delle leggi sui rapporti di lavoro nell'impresa nella disciplina del rapporto di lavoro pubblico, nel rispetto di alcuni limiti espressamente contenuti nello stesso decreto. In tal modo non viene utilizzato il richiamo ad un generico ed astratto criterio di specialità che, permeando di sé il rapporto di lavoro, non consente l'applicazione immediata della richiamata normativa civilistica, ma viene indicato un preciso criterio operativo, la cui attuazione non mette in discussione il pieno ed incondizionato ingresso del rapporto di lavoro pubblico nel sistema del diritto privato, ma legittima il permanere di alcune peculiarità tipizzate nel decreto legislativo stesso.

L'intero impianto si perfeziona, poi, con una importante norma di delegificazione che determina, nel volgere di due rinnovi contrattuali, la scomparsa, per i soli dipendenti pubblici interessati dalla riforma, dell'intera normativa, che ha regolamentato l'impiego pubblico fino all'entrata in vigore del d.lg. n. 29/1993, e la sua sostituzione con quella propria del diritto del lavoro privato e quella prevista dai contratti collettivi di diritto comune stipulati per il settore pubblico<sup>14</sup>.

Il nuovo sistema delle fonti, così come delineato nella legge delega e nei successivi tre decreti legislativi di attuazione<sup>15</sup>, consente sicuramente di affermare che si è verificato il mutamento della natura giuridica del rapporto con le pubbliche amministrazioni. Ciononostante non può parimenti sostenersi che si è in presenza di un modello unico di rapporto di lavoro subordinato, valido sia per il settore privato che per quello pubblico.

Alcune scelte del legislatore (delegante e delegato) che riservano ancora al diritto pubblico istituti tipici del rapporto di lavoro o categorie di pubblici dipendenti, con una tecnica normativa che esclude, in via di principio, ogni possibilità di adozione di atti di diritto privato, siano essi di tipo unilaterale o contrattuale, rendono ancora lungo il cammino volto alla effettiva integrazione delle discipline del lavoro pubblico e privato.

Sempre sul piano delle fonti troppe diversità connotano il contratto collettivo pubblico rispetto a quello privato: la procedura di contrattazione è

<sup>14</sup> L'art. 72, 1° co., d.lg. n. 29/1993 stabilisce che tutte le norme generali e speciali del pubblico impiego, vigenti alla data di entrata in vigore del decreto e non abrogate, continuano ad applicarsi in via transitoria e cioè fino a quando non vengano disapplicate espressamente dai contratti collettivi, per poi cessare di produrre effetti nel loro insieme «dal momento della sottoscrizione, per ciascun ambito di riferimento, del secondo contratto collettivo previsto dal presente decreto».

<sup>15</sup> L'originario testo del d.lg. 3.2.1993, n. 29 è stato successivamente modificato con due decreti correttivi: 18.11.1993, n. 470 e 23.12.1993, n. 546.

troppo legificata, la sua struttura è eccessivamente centralizzata, persiste ancora una incisiva presenza, in sede di controllo, di soggetti estranei alla fase genetica del momento negoziale quali la Corte dei Conti e il giudice amministrativo.

**3. (Segue). La seconda delega (l. 15.3.1997, n. 59) e il compimento dell'integrazione delle discipline. La trasposizione della materia riformata nel d.lg. 30.3.2001, n. 165**

Le criticità sopra evidenziate hanno determinato, nel volgere di appena quattro anni, un ulteriore intervento del legislatore che sottopone l'intero impianto ad una nuova scossa riformatrice all'insegna del perfezionamento del processo avviato con la legge delega n. 421/1992 e con i decreti delegati del 1993.

Nell'ambito della ventata riformista che ha investito l'intera struttura dell'amministrazione italiana nel 1997<sup>16</sup> e deciso, evidentemente, a realizzare pienamente l'obiettivo della riconduzione della disciplina dell'impiego pubblico al diritto privato, il legislatore ha riaperto l'originaria delega invitando il Governo ad emanare uno o più decreti legislativi al fine di «completare l'integrazione della disciplina del lavoro pubblico con quella del lavoro privato e la conseguente estensione al lavoro pubblico delle disposizioni del codice civile e delle leggi sui rapporti di lavoro privato nell'impresa»<sup>17</sup>.

Quest'ultimo intervento normativo arricchisce la riforma del rapporto di lavoro pubblico di finalità ancor più rilevanti di quelle inizialmente previste dalla prima delega. Non a caso quella che è stata definita la «seconda privatizzazione» del pubblico impiego<sup>18</sup> si inserisce in una legge delega di più ampia portata che investe l'intero sistema amministrativo destinato ad

<sup>16</sup> Il riferimento è alle cc.dd. leggi Bassanini e segnatamente alla l. 15.3.1997, n. 59 e alla l. 15.5.1997, n. 127 aventi ad oggetto, la prima, la delega al Governo per il conferimento di funzioni e compiti alle Regioni ed Enti locali, per la riforma della p.a. e per la semplificazione amministrativa, e, la seconda, misure urgenti per lo snellimento dell'attività amministrativa e dei procedimenti di decisione e di controllo. Rileva sotto questo aspetto anche la l. 3.4.1997, n. 94 sulla contabilità generale dello Stato in materia di bilancio.

<sup>17</sup> Art. 11, 4° co., lett. a), l. n. 59/1997. I nuovi principi di delega riguardano l'estensione del regime di diritto privato all'intera dirigenza pubblica, ferme restando le altre esclusioni di cui all'art. 2, 4° e 5° co., d.lg. n. 29/1993, una rivisitazione delle procedure di contrattazione, con rivalutazione del ruolo della contrattazione integrativa e riordino e potenziamento dell'Aran, il perfezionamento del cambio della giurisdizione, le procedure di consultazione con le organizzazioni sindacali.

<sup>18</sup> D'ANTONA, *Lavoro pubblico e diritto del lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle «leggi Bassanini»*, in *Lavoro nelle PA*, 1998, 35.



abbandonare la sua vocazione centralista per rimodellarsi, avendo come punto di riferimento il decentramento e il potenziamento dei governi locali. In questo contesto viene nuovamente affrontato il tema della riforma del lavoro pubblico che «trascende i temi dell'efficienza dell'amministrazione come apparato e si collega direttamente ad una riforma che investe il rapporto tra il sistema amministrativo, il sistema politico e la società»<sup>19</sup>.

Uno dei momenti centrali che continua a polarizzare l'attenzione del legislatore delegante è costituito ancora dal sistema delle fonti.

Ogni questione sulla permanenza di possibili forme di specialità nella disciplina del rapporto di lavoro viene definitivamente risolta eliminando dall'art. 2, 2° co., d.lg. n. 29/1993 ogni riferimento al perseguimento degli interessi generali cui è indirizzata l'azione amministrativa. Di conseguenza le peculiarità della disciplina prevista per il lavoro pubblico sono solo quelle indicate dal decreto legislativo attuativo della legge delega<sup>20</sup>.

Si perfeziona il modello delle fonti, sia unilaterali che contrattuali, con l'obiettivo di individuare meglio l'area in cui i soggetti operano nell'esercizio della loro capacità di diritto privato e di favorire l'autonomia delle singole amministrazioni, valorizzando la funzione dirigenziale e il ruolo del contratto collettivo aziendale.

La seconda delega, che ha sicuramente accelerato il processo di privatizzazione del pubblico impiego, ha prodotto tre decreti legislativi, il primo emanato nel novembre del 1997 (d.lg. n. 396/1997), il secondo nel marzo del 1998 (d.lg. n. 80/1998) e il terzo nell'ottobre dello stesso anno (d.lg. n. 387/1998)<sup>21</sup>.

L'intero processo di riforma era destinato ad essere consacrato in un testo unico, che lo avrebbe sicuramente rafforzato, attraverso due fasi, la prima, finalizzata al riordino delle norme diverse da quelle del codice civile e delle leggi sul lavoro subordinato nell'impresa che regolano i rapporti di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche, la seconda, di eliminazione delle norme abrogate a seguito del perfezionamento delle due torcate contrattuali previste dall'art. 72, d.lg. n. 29/1993.

<sup>19</sup> D'ANTONA, *ivi*, 47.

<sup>20</sup> Per una ricostruzione della elaborazione effettuata dalla dottrina e dalla giurisprudenza su questa norma che costituisce l'asse portante dell'intera riforma si rinvia a FIORILLO, *Le fonti del lavoro pubblico nell'elaborazione di dottrina e giurisprudenza*, in *Lavoro nelle PA*, 2004, 569 ss.

<sup>21</sup> L'intero processo di riforma, a partire dai lavori preparatori riguardanti la seconda legge delega (art. 11, l. n. 59/1997) per arrivare alla fase di stesura del testo dei decreti legislativi di attuazione, è raccolto nel volume *Riforma del lavoro pubblico e riforma della pubblica amministrazione*, a cura di D'Antona, Matteini, Talamo, Milano, 2001.

L'obiettivo non è stato raggiunto, il d.lg. n. 165/2001 non si configura tecnicamente come un testo unico, secondo le originarie indicazioni espresse dal legislatore<sup>22</sup>, ma dispone una nuova numerazione degli articoli del d.lg. n. 29/1993, oggetto di ben cinque rivisitazioni da parte di altrettanti decreti legislativi, limitandosi, in tre allegati finali, ad indicare le norme abrogate da altre leggi e dalla prima tornata contrattuale relativa al quadriennio 1994-1997<sup>23</sup>.

L'unica novità introdotta dal decreto del 2001 è costituita dall'art. 71 che reca una nuova regolamentazione in ordine al meccanismo abrogativo originariamente fissato dall'art. 72, d.lg. n. 29/1993 che determina una dilazione del periodo transitorio in ordine alla definitiva cessazione della produzione di effetti giuridici della normativa pubblicistica, vigente al momento dell'entrata in vigore della riforma<sup>24</sup>.

Un tratto decisamente significante di questa seconda fase riformatrice è costituito dalla rilevante erosione del regime pubblicistico anche in un altro settore della materia: quello dell'organizzazione dei pubblici uffici.

Nella fase di avvio della riforma era netta la linea di demarcazione tra i poteri di gestione del rapporto di lavoro e quelli di gestione dell'organizzazione: i primi erano certamente collocati nell'ambito del diritto privato, mentre i secondi continuavano ad essere sottoposti per intero al diritto pubblico.

Nell'intento di scalfire la riserva a favore del regime pubblicistico in materia di gestione dell'organizzazione, sopravvissuta anche al primo riordino della disciplina, il legislatore è intervenuto in quell'area che si collocava al confine tra l'uno e l'altro dei succitati poteri, dove, maggiormente che altrove, era possibile sottrarre ambiti di intervento al diritto pubblico, complice anche la mancanza di univocità della nozione di organizzazione<sup>25</sup>.

<sup>22</sup> V. art. 8, l. n. 50/1999 reiterato poi dall'art. 1, 8° co., l. n. 340/2000.

<sup>23</sup> Per una ricostruzione della vicenda che ha caratterizzato la stesura di quest'ultimo decreto v. il supplemento al fascicolo n. 2/2001 della rivista *Lavoro nelle PA* con articoli di Carinci F., Zoppoli L., Talamo ed *ivi* anche la bozza di testo unico predisposta dal gruppo di studio nominato con d.m. 4.8.2000.

<sup>24</sup> V. sul punto TALAMO, *Sub art. 71*, d.lg. n. 165/2001, in AMOROSO, DI CERBO, FIORILLO, MARESCA A., *Diritto del lavoro*, III, *Il lavoro pubblico*, a cura di Fiorillo, Milano, 2011, 1376. L'Autore dopo aver messo in evidenza i rischi di legittimità costituzionale per eccesso di delega della norma offre una soluzione interpretativa che la rende conforme al dettato costituzionale. V. anche SPEZIALE, CANNATI, *Il riordino del regime transitorio e finale nel d.lgs. n. 165/2001*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, a cura di Carinci F., Zoppoli L., Torino, 2004, 180 ss.

<sup>25</sup> Per una più ampia riflessione sul punto, v. LISO, *La privatizzazione dei rapporti di*

In tal modo, il legislatore della seconda privatizzazione riusciva in una possibilità fino ad allora non ritenuta tecnicamente perseguibile: ricondurre nell'ambito del diritto civile anche i poteri di gestione dell'organizzazione, con la sola esclusione dei cc.dd. rami alti della medesima che continuavano, invece, ad essere sottoposti all'area del diritto pubblico.

I poteri di organizzazione venivano suddivisi in due categorie, da una parte i rami alti dell'organizzazione (c.d. macro-organizzazione), dall'altra quelli bassi (c.d. micro-organizzazione): i primi assoggettati al diritto pubblico, i secondi al diritto dei privati.

In particolare, come emergeva chiaramente dalla formulazione usata dal legislatore, veniva stabilito in dettaglio quali attività componenti l'organizzazione fossero da considerarsi sottoposte al diritto pubblico: alle amministrazioni pubbliche compete la definizione, secondo i principi generali fissati dalle disposizioni di legge e, sulla base dei medesimi, mediante atti organizzativi secondo i rispettivi ordinamenti, delle «linee fondamentali di organizzazione degli uffici», nonché l'individuazione degli «uffici di maggiore rilevanza», dei «modi di conferimento della titolarità dei medesimi» e, infine, delle «dotazioni organiche complessive»<sup>26</sup>.

Nell'ambito, poi, delle leggi e degli atti organizzativi per tal via posti in essere, le determinazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure inerenti la gestione dei rapporti di lavoro sarebbero state assunte dagli organi preposti alla gestione con la capacità ed i poteri del privato datore di lavoro<sup>27</sup>.

Un'ulteriore modifica consisteva nell'ampliamento dell'ambito di applicazione della fonte collettiva: scompare ogni esplicito riferimento alle ipotesi di esclusione della contrattazione collettiva nelle materie riservate alla legge – secondo quanto originariamente disposto dall'art. 2, 1° co., lett. c), l. n. 421/1992 – a favore di una generalizzata competenza della disciplina collettiva che «si svolge su tutte le materie relative al rapporto di lavoro ed alle relazioni sindacali» (art. 40, d.lg. n. 165/2001).

Si è trattato di un significativo intervento sull'assetto delle fonti tanto da far ritenere che il legislatore volesse realizzare una tacita abrogazione della norma contenuta nella prima delega che espressamente riservava alla fonte pubblicistica specifiche materie.

*lavoro*, in *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, a cura di Carinci F., D'Antona, Milano, 2000, 202.

<sup>26</sup> Art. 2, 1° co., d.lg. n. 165/2001.

<sup>27</sup> Art. 5, 2° co., d.lg. n. 165/2001.

#### 4. (Segue). La legittimazione della riforma ad opera della Corte costituzionale

La riforma ha dovuto fare i conti, sin dal suo esordio, con un principio garantito posto alla base dell'organizzazione delle amministrazioni: quello sancito dal 1° co. dell'art. 97 della Carta costituzionale, ove si prevede la necessità che i pubblici uffici siano organizzati secondo disposizioni di legge<sup>28</sup>.

Era consolidata, infatti, l'interpretazione che il precetto costituzionale riguardasse unitariamente sia l'organizzazione degli uffici che la gestione del rapporto di lavoro.

Poco dopo l'attuazione della prima legge delega, la giurisprudenza amministrativa<sup>29</sup> ha sollevato questione di legittimità costituzionale della disciplina di riforma del pubblico impiego per contrasto con l'art. 97 cost.<sup>30</sup>.

La Corte costituzionale, con due sentenze di rigetto, ha dichiarato non fondata la questione.

Col primo dei due interventi, in particolare, la Corte ha ritenuto che la legge delega del 1992 ha optato per una sistemazione della materia in grado di valorizzare la distinzione operata tra l'organizzazione della p.a. ed il rapporto di lavoro dei dipendenti pubblici: la prima affidata alla legge ed alle fonti unilaterali della p.a., il secondo, invece, demandato in via di principio alla fonte negoziale collettiva.

Per tal via, ha osservato la Consulta, il legislatore della riforma ha abdicato al «tradizionale statuto del pubblico impiego», mostrando il proprio favore verso la disciplina del lavoro privato, in funzione del bisogno di flessibilità nella gestione del personale, connaturato alla riforma e strumento per il buon andamento dell'amministrazione.

<sup>28</sup> È stato efficacemente scritto che «se c'è una riforma che è stata pensata e portata avanti sotto la spada di Damocle di una incostituzionalità radicale ed insanabile questa è proprio la cosiddetta privatizzazione del pubblico impiego»: CARINCI F., «Costituzionalizzazione» ed «autocorrezione» di una riforma (la c.d. privatizzazione del rapporto di impiego pubblico), in *Arg. dir. lav.*, 1998, 35 ss.

<sup>29</sup> Sin dall'avvio del processo riformatore la giurisprudenza amministrativa si è fortemente opposta alla privatizzazione del pubblico impiego. Emblematico in tal senso il parere espresso dal Consiglio di Stato nell'Adunanza Generale del 31.8.1992, n. 146, sullo schema del disegno di legge delega n. 421/1992, nel quale si sottolinea come la disciplina del lavoro pubblico sia ricompresa all'interno delle norme sull'organizzazione, negando, in particolare, la sussistenza di qualsivoglia distinzione strutturale tra l'attività di organizzazione degli uffici e quella di regolazione e gestione dei rapporti di lavoro. Per una più ampia ricostruzione dell'argomento, v. FIORILLO, *Sub art. 2*, d.lg. n. 165/2001, in AMOROSO, DI CERBO, FIORILLO, MARESCA A., *op. cit.*, 61 ss.

<sup>30</sup> La questione di legittimità costituzionale dell'impianto delineato dalla riforma veniva sollevata con le ordd. T.A.R. Lazio, 5.7.1995 e T.A.R. Lazio, 20.3.1996.

Con la seconda pronuncia il giudice delle leggi ha sostenuto che l'art. 97 cost. non imponesse uno statuto integralmente pubblicistico, spiegando, poi, che le modifiche legislative alla natura del rapporto di lavoro dovessero essere considerate legittime anche in funzione delle «finalità di decentramento, snellimento e semplificazione» espresse dalle istanze del federalismo.

Con i suddetti provvedimenti<sup>31</sup>, dunque, la Consulta è approdata ad una nuova lettura dell'art. 97, 1° co., cost., maggiormente adesiva all'interpretazione innovativa della disposizione frattanto intervenuta in una parte della dottrina<sup>32</sup>, secondo la quale non era dato ravvisare alcuna riserva di competenza in favore delle fonti normative unilaterali pubblicistiche.

La posizione assunta in materia dalla Consulta ha di fatto compiuto quella che è stata chiamata, con formula davvero efficace, la «costituzionalizzazione» della riforma del pubblico impiego<sup>33</sup>.

#### **5. (Segue). La terza delega (l. 4.3.2009, n. 15) e il d.lg. 27.10.2009, n. 150: la "compressione" del ruolo della fonte negoziale e la riscrittura del processo di contrattazione**

Quando sembrava che l'incalzante svolgimento della riforma si fosse definitivamente assestato, necessitando semmai di una opera di rifinitura, è sopraggiunta una nuova poderosa *tranche* di modifiche legislative, in un segno, questa volta, decisamente inverso a quello che ha caratterizzato, in particolare, la delega del 1997.

La spinta determinante di tale ultimo rimaneggiamento è stata la constatazione che il progetto riformatore già delineato fosse scaduto, nella prassi, in uno sconfinamento della contrattazione collettiva oltre gli ambiti concessi,

<sup>31</sup> C. cost., 25.7.1996, n. 313, in *Cons. Stato*, 1996, II, 1298; in *Giur. cost.*, 1996, 2584, con nota di PINELLI, *Imparzialità, buon andamento e disciplina differenziata del rapporto di lavoro dirigenziale*; e C. cost., 16.10.1997, n. 309, in *Riv. it. dir. lav.*, 1998, II, 33, con note di PERA, *La contrattazione collettiva a dominio confederale per il pubblico impiego* e VALLEBONA, *Alchimie del legislatore e occhiali del giurista nella riforma della contrattazione collettiva con le pubbliche amministrazioni*; in *Lavoro nelle PA*, 1998, 131, con nota di BARBIERI, *Corte costituzionale e lavoro pubblico: un passo avanti e uno a lato*. Si rileva, in particolare, come la seconda delle due pronunce (C. cost. n. 309/1997) abbia dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale anche con riferimento all'art. 39 cost. Si rinvia al prosieguo (nel commento alla sez. II, § 13) per la disamina del percorso argomentativo spiegato dalla Consulta a suffragio della legittimità del modello congegnato dal legislatore con riguardo all'efficacia soggettiva della fonte negoziale.

<sup>32</sup> V. *supra* il commento al § 1.

<sup>33</sup> CARINCI F., «Costituzionalizzazione» ed «autocorrezione» di una riforma, cit., 35 ss.

complice anche l'incapacità della dirigenza pubblica di far valere il suo ruolo di datore di lavoro. Costatazione, questa, che ha condotto il legislatore ad un ripensamento dell'assetto del sistema delle fonti e delle relazioni sindacali, in funzione del contenimento degli spazi riservati alla fonte negoziale.

Con l'intervento della l. 4.3.2009, n. 15 e del d.lg. 27.10.2009, n. 150 di attuazione è stato portato a termine un processo di organica rivisitazione della materia, «traducibile in un certo rigetto del processo riformatore» che aveva avuto il suo culmine nel d.lg. n. 165/2001<sup>34</sup>.

Il legislatore delegante esordisce con una norma (art. 1, l. n. 15/2009) che da sola è in grado di qualificare l'intera operazione: la disposizione modifica direttamente l'art. 2, d.lg. n. 165/2001 che disciplina l'articolato sistema delle fonti ed interviene sul rapporto tra legge e contrattazione collettiva mutandone in modo significativo il delicato equilibrio.

La chiave di volta della nuova sistemazione delle fonti è contenuta nell'ultimo periodo del 2° co. dell'art. 2 (così come modificato dalla l. n. 15/2009), in materia di derogabilità delle disposizioni di legge, regolamento o statuto, che prescrivono discipline dei rapporti di lavoro la cui applicabilità sia circoscritta ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche o a categorie di essi, ad opera delle fonti collettive.

<sup>34</sup> Così CARINCI F., *Una dichiarazione d'intenti: l'accordo quadro 22 gennaio 2009 sulla riforma degli assetti contrattuali*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, I, 199.

Ad inaugurare in modo significativo quel filone di provvedimenti è stata la legge delega sul mercato del lavoro (l. n. 30/2003), che, all'art. 6, ha dettato un chiaro elemento di discontinuità col passato, stabilendo che la futura disciplina (fissata in attuazione della delega stessa) in materia di servizi pubblici e privati per l'impiego, flessibilità in entrata, contratti formativi, intermediazione e appalto di manodopera, comando e distacco e, in ultimo, di certificazione dei contratti non avrebbe trovato applicazione con riguardo ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche, se non espressamente richiamata. Delega seguita, poi, dal d.lg. n. 276/2003, che si è occupato, innanzitutto, di escludere espressamente dal proprio ambito d'applicazione le pubbliche amministrazioni ed il loro personale, con ciò fondando, a monte e in maniera inequivoca, l'allontanamento delle discipline sulle materie oggetto della novella, salvo poi, in sede di definizione della disciplina transitoria, prevedere la possibilità per il Ministro della funzione pubblica di emanare, nelle materie medesime, provvedimenti legislativi di armonizzazione dei settori pubblico e privato. Infine, tornando questa volta a marcare le distanze già fondate tra i settori pubblico e privato, il legislatore ha stabilito che la disciplina dei contratti di formazione e lavoro, abrogata per il lavoro privato, dovesse, invece, continuare a trovare applicazione nelle pubbliche amministrazioni.

Di seguito, con la l. n. 80/2006 e poi con la l. n. 133/2008, sono stati introdotti ulteriori elementi di separazione delle discipline, questa volta in tema di flessibilità in entrata, stabilendo, in aperto contrasto con l'atteggiamento di maggiore apertura registrato nei confronti del lavoro flessibile nel settore privato, che le assunzioni a termine nelle pubbliche amministrazioni dovessero essere consentite nei soli casi di sussistenza di esigenze temporanee ed eccezionali.

L'attuale formulazione della norma ribalta il precedente assetto della disciplina. Prima della legge del 2009, la relazione tra le fonti di regolazione del rapporto di lavoro era congegnata in modo che i successivi contratti o accordi collettivi avevano la possibilità di derogare alle leggi, o anche alle disposizioni di rango secondario che intervenivano sulla disciplina del rapporto dei pubblici dipendenti, le quali pertanto divenivano non ulteriormente applicabili per la parte derogata, salvo il caso che fosse la legge a disporre specificatamente una volontà contraria<sup>35</sup>. Nella sistemazione risultante dalla nuova riscrittura, il meccanismo è capovolto e, insieme a questo, anche il ruolo assegnato alle fonti del rapporto.

La nuova enunciazione della norma prescrive un congegno derogatorio delle disposizioni di legge, regolamento o statuto, non più riservato alla discrezionalità della fonte collettiva, ma sottoposto ad un'autorizzazione espressa: la deroga è ora possibile solo se consentita alla fonte negoziale in forza di una apposita e manifesta previsione contenuta all'interno dello stesso atto normativo, che, da una lato, invade la sfera di competenza della fonte medesima, da un altro, autorizza a disapplicare quanto disposto<sup>36</sup>.

L'intervento contravviene alle aspirazioni di fondo ravvisabili nelle precedenti fasi della riforma, nelle quali era la legge a fare un passo indietro, a fronte dell'attribuzione di un ruolo di risalto alla fonte collettiva<sup>37</sup>.

Con l'odierna sistemazione della disciplina è l'inderogabilità della fonte unilaterale ad essere presunta, senza che sia necessaria qualsivoglia nota-

<sup>35</sup> Prima della riscrittura ad opera della legge delega n. 15/2009, la norma stabiliva 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».

<sup>36</sup> Il 2° periodo dell'art. 2, 2° co., d.lg. n. 165/2001, nella formulazione risultante all'esito delle modifiche operate dall'art. 1, 1° co., l. n. 15/2009, statuisce 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».

<sup>37</sup> Si legga a riguardo FERRARO, *Prove generali di riforma del lavoro pubblico*, in *Giornale dir. lav. e relaz. ind.*, 2009, 241. L'Autore sottolinea che la nuova disposizione «assume un significato strategico (...) giacché suona come un giudizio critico rispetto all'impostazione della riforma degli anni '90 che aveva sostanzialmente contrattualizzato la gran parte della regolamentazione del lavoro pubblico riconoscendo una competenza preminente della fonte negoziale e una funzione residuale di quella legale».

zione espressa, ed è quindi la derogabilità a dover essere oggetto di specifica menzione<sup>38</sup>.

Da questo punto di vista non deve trarre in inganno la capziosa formula utilizzata dal legislatore: ed infatti, ad una prima lettura potrebbe ricavarsi l'impressione che la norma lasci sopravvivere, comunque, un certo meccanismo di deroga alla legge, pur se rinnovato; ponendo attenzione alla sostanza della modifica, le valutazioni sono differenti<sup>39</sup>.

È più che prevedibile che, nella realtà applicativa, una norma, invasiva della competenza delle fonti negoziali, non autorizzi poi la contrattazione a derogare a sé, ponendosi in sostanza come una disposizione a termine, che si svuota da sola di imperatività<sup>40</sup>.

Deve osservarsi, in proposito, come alla nuova sistemazione della disciplina si colleghi il pericolo di una dilagante irruzione, nelle materie oggetto di contrattazione collettiva, di interventi legislativi disomogenei, frutto di istanze settoriali. Invasione, questa, che, determinando la reviviscenza di quel fenomeno avvertito nelle precedenti fasi della riforma, finirebbe per ricreare in effetti i presupposti per «una nuova giungla normativa rispetto alla quale la contrattazione collettiva si troverà giuridicamente impotente»<sup>41</sup>.

In ogni caso è bene comunque precisare che tale intervento di aperto ridimensionamento del peso della contrattazione collettiva nella gerarchia delle fonti non ha determinato la ripubblicizzazione del rapporto di lavoro: con la riscrittura in esame, il legislatore ha mirato, in realtà, ad una rilegificazione della materia, idonea semmai ad invertire la rotta del processo di progressiva convergenza degli assetti regolativi del lavoro pubblico e di quello privato<sup>42</sup>.

<sup>38</sup> In questo senso, v. CARINCI F., *La privatizzazione del pubblico impiego alla prova del terzo governo Berlusconi: dalla legge 133/2008 alla legge n. 15/2009*, in *Lavoro nelle PA*, 2008, 961.

<sup>39</sup> Come osservato da FERRARO, *op. cit.*, 242, il legislatore non ha affrontato la questione con trasparenza, avendo questi utilizzato una tecnica «surrettizia».

<sup>40</sup> Sul punto v. CARINCI F., *Il secondo tempo della riforma Brunella: il D.Lgs. 27 ottobre 2009, n. 150*, in *La Terza Riforma del Lavoro Pubblico*, a cura di Carinci F., Mainardi, Milano, 2011, XLVI. L'Autore sostiene essere «un controsenso logico e pratico al tempo stesso», la scelta operata dal legislatore del 2009, in occasione della modifica all'art. 2, 2° co., 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, al solo caso che un tale effetto fosse esplicitamente autorizzato nello stesso provvedimento».

<sup>41</sup> In tal senso, v. ZOPPOLI L., *Il ruolo della legge*, cit., 29.

<sup>42</sup> A questo proposito, sottolinea DE MARINIS, *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche: dalla riforma alla controriforma. Il sistema delle fonti*, in *Mass. giur. lav.*,



È stato rilevato, sul punto, come dalle ultime modifiche affiori, in maniera parallela alla rilegificazione della disciplina del rapporto, la decontrattualizzazione del rapporto di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni<sup>43</sup>.

In particolare, è stata avvertita una «progressiva perdita di rilevanza della “contrattualizzazione” a favore della “privatizzazione”»: non solo nella terminologia utilizzata (...) ma, anche e soprattutto, nella sostanza, quale costituita dalla delimitazione dell’area di manovra lasciata alla contrattazione collettiva e dalla conseguente espansione di quella riservata all’«autonomia dirigenziale»<sup>44</sup>.

In effetti, ciò che giunge alla percezione dell’interprete è l’idea che alla base dell’ultima riscrittura possa esservi la convinzione che l’unico modo possibile per favorire l’efficienza e la produttività del lavoro pubblico consista nell’adozione di un «mutamento dei contenuti legislativi», che fondi le sue basi «sulla rilegificazione» e su «un orientamento fortemente limitativo nei confronti della contrattazione collettiva»<sup>45</sup>.

È stato correttamente osservato che, al di là della dichiarata convergenza degli assetti del lavoro pubblico e del lavoro privato contenuta nella delega, «le nuove regole in materia di contrattazione accentuano piuttosto le divergenze di disciplina fra i due settori»: la legge delega del 2009 e il decreto di attuazione hanno finito per ricondurre «sotto l’egida della legge e dei poteri dirigenziali ampia parte della regolazione del lavoro pubblico», sicché, in questo senso, «si può parlare di ispirazioni contraddittorie della riforma», rinnegando quella stessa intuizione che aveva, invece, sorretto

2011, 129, che l’intervento del legislatore si traduce nella sottrazione alla competenza generale del contratto collettivo delle materie una volta indicate nell’ambito della competenza di quest’ultimo dal vecchio testo dell’art. 40, d.lg. n. 165/2001 poi modificato con la novella del 2009.

<sup>43</sup> Così Ricci M., *Il contratto collettivo nazionale nel lavoro pubblico: verso il suo ridimensionamento?*, in *La Terza Riforma del Lavoro Pubblico*, a cura di Carinci F., Mainardi, cit., 323.

<sup>44</sup> In questi termini, CARINCI F., *Il secondo tempo della riforma Brunetta*, cit., XIX ss. L’Autore spiega come la riforma del lavoro pubblico si sia svolta nell’ambito di una «dialettica tutta interna alla de-pubblicizzazione»; dialettica, questa, che ha conosciuto il proprio svolgimento all’interno di una coppia di denominazioni, «contrattualizzazione» e «privatizzazione», «tutt’altro che neutra nella portata e nella *ratio*». La prima, spiega l’Autore, «era la denominazione privilegiata da quanti dilatavano la contrattazione collettiva fino a patrocinarne un’estensione “assoluta”, spinta a coprire l’intera area sottratta all’egemonia pubblica», la seconda, invece, «era la denominazione preferita da coloro che delimitavano la stessa contrattazione, fino a ricostruirne un’estensione “relativa”, portata a coprire una parte significativa, ma pur sempre determinata di quell’area».

<sup>45</sup> Di questo avviso Ricci M., *op. cit.*, 325.

«l'edificio della privatizzazione/contrattualizzazione costruito nella I e nella II fase», per la quale la contrattazione collettiva, tanto nel settore pubblico quanto nel settore privato, costituisce espressione di una medesima autonomia privata costituzionalmente garantita<sup>46</sup>.

Il senso dell'inversione di rotta si ricava anche da altre integrazioni volute dal legislatore: rileva sotto questo aspetto l'aggiunta (in coda al primo periodo del 2° co. dell'art. 2) che qualifica espressamente come imperative le disposizioni contenute nel decreto stesso.

L'integrazione potrebbe sembrare superflua, dal momento che l'impianto e le finalità della normativa posta con il d.lg. n. 165/2001 sono da soli già sufficienti a fondare l'imperatività delle disposizioni contenute nello stesso decreto<sup>47</sup>.

Ma la specificazione rileva sotto il profilo del metodo: la scelta di dotare in modo espresso ed inequivoco le norme del decreto del valore dell'inderogabilità è un monito che intende chiarire una volta per tutte la rinnovata primazia della fonte unilaterale.

Conferma di tale dichiarazione d'intenti del riformatore si trova anche nel prosieguo dell'art. 2 e precisamente nel co. 3 *bis*, laddove è previsto che le clausole contrattuali che violino o eccedano le norme fissate dalla legge siano sostituite di diritto dalla clausola legale<sup>48</sup>.

Anche in questo caso, dal punto di vista della tecnica giuridica, il richiamo potrebbe sembrare ridondante stante l'operatività dei principi di

<sup>46</sup> V. ALAIMO, *La contrattazione collettiva nel settore pubblico tra vincoli, controlli e "blocchi": dalla "riforma Brunetta" alla "manovra finanziaria" 2010*, in *Lavoro nelle PA*, 2010, 290 ss. L'Autore si richiama alla tesi sostenuta da D'ANTONA, *Autonomia negoziale, discrezionalità e vincolo di scopo*, cit., 168, per la quale «la contrattazione sindacale, anche nel settore pubblico, è 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.». Quanto all'obiettivo di convergenza degli assetti di disciplina, v., inoltre, D'ORTA, *L'organizzazione delle p.a. dal diritto pubblico al diritto privato: il fallimento di una riforma*, in *Lavoro nelle PA*, 2011, 463. L'Autore osserva che il diritto amministrativo del pubblico impiego, formalmente scomparso, riappare, «come l'araba fenice», e «si nasconde (nemmeno poi tanto) sotto il vestito formale del diritto privato». Conclude, quindi, che «la privatizzazione del pubblico impiego appare svuotata dall'interno» e che all'interrogativo se si sia realizzata o meno la convergenza tra lavoro pubblico e lavoro privato, «preconizzata sin dalle prime edizioni della riforma» e pure ribadita, come obiettivo, dalla delega del 2009, debba necessariamente darsi risposta negativa.

<sup>47</sup> In questo senso, v. anche ZOPPOLI L., *Il ruolo della legge*, cit., 30.

<sup>48</sup> Il co. 3 *bis* dell'art. 2, d.lg. n. 165/2001 [inserito dall'art. 33, 1° co., lett. c), d.lg. n. 150/2009] stabilisce che nelle ipotesi «di nullità delle disposizioni contrattuali per violazione di norme imperative o dei limiti fissati alla contrattazione collettiva», si applichino gli artt. 1339 e 1419, 2° co., c.c.

carattere generale sanciti dagli artt. 1339 e 1419, 2° co., c.c. nel rapporto legge/contratto.

Ma, a ben vedere, la trasposizione, nella disciplina di specie, del meccanismo di nullità sostitutiva espone l'autonomia collettiva al pericolo di un'invasione di campo.

L'operatività dell'apparato sanzionatorio sopra descritto comporta che la clausola contrattuale rimossa venga sostituita dalle prescrizioni contenute nella norma cogente, ma le disposizioni del decreto delegato sono spesso insuscettibili di immediata trasposizione nel corpo dei contratti. Sul punto devono condividersi le osservazioni di chi ha rilevato che le disposizioni di legge risultino in più occasioni prive dei contenuti sufficienti a consentirne l'immediato passaggio nel testo contrattuale e ciò a prescindere dalla considerazione se il meccanismo di sostituzione automatica 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 istituti<sup>49</sup>. Si tratta di norme attributive di poteri o di prescrizioni che fissano percorsi procedurali, anche con rinvio alla fonte collettiva. Ben può accadere che alla nullità di una clausola consegua, piuttosto che la sua sostituzione *ex lege* con altra, il suo rimpiazzo con una clausola «in bianco», come tale «da riempire con una decisione dell'amministrazione o, addirittura, da contrattare con i sindacati». È evidente, dunque, come la trasposizione dell'apparato di cui si tratta nella disciplina del testo unico apra la strada ad un'ulteriore incursione nello spazio d'azione della fonte negoziale: certamente ad opera del potere unilaterale pubblico, ma non solo. È pienamente condivisibile, infatti, la preoccupazione che le eventuali incertezze sull'applicazione del meccanismo di sostituzione automatica delle clausole nulle finiscano per generare una «gestione giudiziaria della riforma»<sup>50</sup>.

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

<sup>49</sup> 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 (v. art. 29, d.lg. n. 150/2009; artt. 40, co. 3 *quinquies*, e 55, d.lg. n. 165/2001).

<sup>50</sup> Così, D'ALTRA, *Il nuovo sistema delle fonti: legge e contratto collettivo, Stato e autonomie territoriali*, in *Giornale dir. amm.*, 2010, 8 ss.

Sul punto, è netta la distanza del modello congegnato dal legislatore rispetto a quello operante nel settore privato, ispirato, come noto, al principio del *favor* per il lavoratore, in base al quale l'unica deroga vietata è quella peggiorativa per quest'ultimo. Si tratta di un capovolgimento del tradizionale rapporto tra la legge e l'autonomia collettiva, peraltro, coerente con le finalità precipue del lavoro pubblico. Ed infatti, in tale settore l'inderogabilità assoluta prevista dalla legge e, di conseguenza, la nullità delle clausole contrattuali difformi – che è «di protezione» non del lavoratore, ma del datore di lavoro, che «in ragione della sua congenita scarsa resistenza nei confronti delle rivendicazioni delle organizzazioni sindacali, deve essere protetto anche contro sé stesso» – servono a presidio degli «interessi generali e di rango costituzionale» della stessa amministrazione<sup>51</sup>.

#### **6. La sistemazione delle fonti di disciplina del pubblico impiego privatizzato e la riforma federalista del Titolo V, Parte II, della Carta costituzionale**

Tanto la delega del 2009 quanto il successivo decreto delegato, occupandosi della modifica al sistema delle fonti di disciplina del rapporto di lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche, si confrontano con la questione del riparto di competenza della potestà legislativa tra Stato e Regioni, peraltro, radicalmente mutato a seguito della l. cost. 18.10.2001, n. 3, di riforma del Titolo V, Parte II, della Carta costituzionale.

La modifica all'assetto previgente la riforma del 2001 aveva determinato un radicale scompaginamento nella definizione della potestà di produzione del diritto, ispirata ad una "logica di riparto per materie". Secondo il nuovo disposto dell'art. 117, 2° co., cost., lo Stato ha legislazione esclusiva in quell'insieme, ampio ma ben circoscritto, di materie elencate dal dettato della norma. Ai sensi del successivo 4° co., alle Regioni spetta una potestà legislativa di carattere residuale, in quanto riconosciuta alle medesime «in riferimento ad ogni materia non espressamente riservata alla legislazione dello Stato». Nel mezzo, si collocano le materie di legislazione concorrente, pure elencate dal disposto della norma (3° co.), in relazione alle quali la potestà legislativa spetta alle Regioni, «salvo che per la determinazione dei principi fondamentali, riservata alla legislazione dello Stato».

Il tentativo di ricomporre le possibili conseguenze derivanti dal nuovo

<sup>51</sup> PISANI, *La vera novità sistematica della riforma «Brunetta»: il ridimensionamento dell'autonomia collettiva*, in *Mass. giur. lav.*, 2010, 147.

impianto della norma, con riguardo alla materia del lavoro pubblico e, in specie, all'assetto delle fonti di disciplina, comporta ulteriori valutazioni. Nella materia di cui si tratta, infatti, sorge la necessità di considerare la questione attinente la potestà legislativa regionale con riferimento, per un verso, alla disciplina del lavoro alle dipendenze delle Regioni e degli Enti locali, per altro verso, alla materia organizzativa, ed in specie alla distinzione tra atti di macro-organizzazione e atti di micro-organizzazione, con riguardo alla quale, trattandosi di istituzioni locali, si pongono differenti equilibri di competenze.

Più di un Autore ha sottolineato come, in virtù delle nuove disposizioni costituzionali, la distinzione tra organizzazione "alta" e "bassa", giusta la quale soltanto la prima è riservata ad atti unilaterali pubblicistici, abbia un pregio unicamente per le amministrazioni statali e per gli enti pubblici nazionali, e non anche per le Regioni e per i loro Enti, in ordine ai quali, invece, sarebbe diversamente configurabile una "competenza legislativa esclusiva" in materia di organizzazione «incidente» anche sul rapporto di lavoro dei dipendenti pubblici<sup>52</sup>.

Secondo questa prospettiva, se per la parte effettivamente ricondotta alla disciplina privatistica dei rapporti di lavoro, il lavoro pubblico rientra, come il lavoro privato, fra le materie per le quali si esercita la potestà legislativa esclusiva dello Stato, un discorso diverso si pone per le parti tuttora regolate in regime pubblicistico (ad esempio le procedure di reclutamento, le dotazioni organiche ecc.), o da un «diritto misto», pubblico e privato insieme (ad esempio il procedimento di contrattazione collettiva, la disciplina della mobilità), in ordine alle quali, invece, alla luce della novella costituzionale, occorre necessariamente distinguere tra amministrazioni dello Stato e amministrazioni regionali e locali. Ai sensi dell'art. 117, 2° co., lett. g), cost., infatti, la legislazione esclusiva dello Stato è limitata all'«ordinamento e organizzazione amministrativa dello Stato e degli enti pubblici nazionali», non trovando quindi menzione l'"organizzazione regionale" che, pertanto, implicitamente «rientra fra le materie di potestà legislativa esclusiva delle Regioni (art. 117, comma 4), che la esercitano nel rispetto dei "principi fondamentali" stabiliti dagli statuti (art. 123, comma 1)». Si giunge così a concludere che «siccome la "materia dell'organizzazione" comprende – com'era pacifico già nella vigenza del vecchio art. 117 Cost. – la disciplina

<sup>52</sup> CARINCI F., *Riforma costituzionale e diritto del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2003, 17; CAMMELLI, *Amministrazioni (e interpreti) davanti al nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Regioni*, 2001, 6, 1283.

del personale, le Regioni e gli Enti locali non dovrebbero più essere vincolati, nella materia del lavoro pubblico, al rispetto della legislazione nazionale (inclusa quella considerata, in passato, “di principio”) che disciplina con regole pubblicistiche o “miste” (pubblico-private) i rapporti di lavoro». Se questa ricostruzione è corretta, «siamo in presenza di una nuova stagione del “diritto del lavoro pubblico”, per cui d’ora in avanti, regioni ed enti locali potranno dettare, nell’ambito non disciplinato dall’ordinamento civile, regole proprie», cosicché «una parte rilevante del d.lgs. n. 165/2001 sarebbe, fin da oggi, “derogabile” da parte di regioni ed enti locali»<sup>53</sup>.

Vanno pertanto ricondotti alla potestà legislativa esclusiva regionale «molti profili ora disciplinati dal d.lgs. n. 165/2001 in modo più o meno cogente anche per le Regioni», tra i quali: la disciplina delle fonti di regolazione della macro e della micro organizzazione, i rapporti tra politica e burocrazia, la definizione dei poteri dirigenziali, i rapporti tra livelli dirigenziali, i criteri di conferimento degli incarichi dirigenziali e la verifica dei risultati, gli organici e le modalità di assunzione del personale, anche dirigenziale, la disciplina del procedimento di contrattazione collettiva non nazionale<sup>54</sup>.

La materia dell’organizzazione degli uffici e degli enti dipendenti dalle Regioni, non figurando nell’elenco di cui al 3° co. dell’art. 117 cost., viene implicitamente rimessa alla potestà legislativa esclusiva regionale, derivandone che «entro la cornice dei precetti costituzionali, ciascuna Regione sia libera di adottare il modello e le regole di organizzazione amministrativa che crederà»<sup>55</sup>.

Tra le principali conseguenze del riassetto della competenza legislativa tra Stato e Regioni emerge un acuirsi della linea di demarcazione tra disciplina del rapporto di lavoro dei dipendenti pubblici e disciplina dell’organizzazione e dell’ordinamento dei pubblici uffici, che la dottrina degli anni ’90 aveva faticosamente attenuato facendo confluire una vasta area dell’organizzazione amministrativa (c.d. bassa) nel regime privatistico dell’ordinamento civile.

In questo quadro si inserisce il rinnovato contesto costituzionale il quale

<sup>53</sup> Così D’AURIA, *Il lavoro pubblico dopo il nuovo titolo V (parte seconda) della Costituzione*, in *Lavoro nelle PA*, 2001, 756.

<sup>54</sup> ZOPPOLI L., *La riforma del titolo V della Costituzione e la regolazione del lavoro nelle pubbliche amministrazioni; come ricomporre i “pezzi” di un difficile puzzle?*, in *Lavoro nelle PA*, 2002, suppl. al n. 1, 159.

<sup>55</sup> CORPACI, *Revisioni del Titolo V e sistema amministrativo*, in *Regioni*, 2001, 6, 1317 ss.

ha imposto una ripartizione della potestà legislativa che separa la disciplina dei rapporti di lavoro, riservata alla legge dello Stato, dalla disciplina dell'ordinamento e dell'organizzazione amministrativa, che, se riferita all'ambito delle Regioni e degli Enti locali, spetta alla legislazione delle Regioni<sup>56</sup>.

Tuttavia in dottrina si sostiene che, pur non distinguendosi nel nuovo testo costituzionale, tra organizzazioni in regime di diritto pubblico (c.d. alta) e organizzazione in regime di diritto privato (c.d. bassa), «dovrebbe essere chiaro che, nella misura in cui il potere organizzativo sia stato “privatizzato”, la sua disciplina è transitata nell’ordinamento civile” ed è, perciò, indisponibile ai poteri normativi regionali e locali»<sup>57</sup>.

La macro-organizzazione, invece, spetterà alla legislazione esclusiva dello Stato relativamente «all'ordinamento ed all'organizzazione amministrativa dello Stato e degli enti pubblici nazionali» [art. 117, 2° co., lett. g), cost.], mentre spetterà alla potestà legislativa “residuale” delle Regioni per ciò che concerne l'ordinamento e l'organizzazione degli enti pubblici non nazionali (art. 117, 4° co., cost.) unitamente alla potestà regolamentare di Comuni, Province e Città metropolitane<sup>58</sup>.

<sup>56</sup> Così anche ZOPPOLI L., *Applicabilità della riforma del lavoro pubblico alle Regioni e riforma costituzionale*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, a cura di Carinci F., Zoppoli L., cit., 65, al quale si fa rinvio per una attenta ricostruzione di tutte le implicazioni connesse alla riforma costituzionale sull'assetto delle fonti di disciplina del lavoro pubblico. Secondo l'Autore, dalla revisione del Titolo V della Costituzione emerge «una più netta demarcazione tra disciplina dei rapporti di lavoro e disciplina dell'ordinamento e dell'organizzazione: la prima vede come fonti centrali la legge statale e la contrattazione collettiva, nazionale o decentrata; la seconda vede invece un ruolo assolutamente predominante della legislazione regionale». Nello stesso senso, CORPACI, *L'incidenza della riforma del titolo V della Costituzione in materia di organizzazione amministrativa*, in *Lavoro nelle PA*, 2002, suppl. al n. 1, 44, secondo cui «l'ordinamento degli uffici e degli enti dipendenti, già menzionato dal vecchio art. 117, deve ritenersi, alla luce del nuovo modello di riparto della competenza legislativa tra Stato e Regioni, esclusivamente rimesso a queste ultime»; e SALOMONE, *Il lavoro pubblico e la legge «finanziaria 2002»: verso il primo conflitto di attribuzioni tra Stato e Regioni?*, *ivi*, 2002, 239, per il quale da tale riassetto dei rapporti tra competenze legislative di Stato e Regioni discende che «l'impronta del nuovo Titolo V sottopone a forti tensioni l'organizzazione amministrativa degli uffici, degli apparati, e, conseguentemente, la disciplina del personale pubblico».

<sup>57</sup> Così D'ACQUA, *Variazioni su lavoro pubblico, organizzazione amministrativa e Titolo V (parte seconda) della Costituzione*, in *Lavoro nelle PA*, 2005, I, 17, secondo il quale ciò non vuol dire che Regioni ed Enti locali siano estromessi dalla disciplina dell'organizzazione c.d. bassa, ma soltanto che «in quest'ambito, l'attività organizzativa costituisce svolgimento di un potere privato attribuito dall'ordinamento civile” alle amministrazioni datori di lavoro. Le quali hanno tutte prerogative dell'autonomia privata per sviluppare questo potere, che è, però, precluso di riportare – con leggi, statuti o regolamenti – nell'orbita pubblicistica».

<sup>58</sup> DE ANGELIS, *Federalismo e rapporti di lavoro alle dipendenze delle amministrazioni*

Del rapporto tra il nuovo Titolo V, Parte II, della Costituzione e la disciplina del lavoro pubblico “privatizzato” e, specialmente, della tenuta del modello di disciplina confluito nel d.lg. n. 165/2001, si è occupata la Corte costituzionale, fornendo una linea interpretativa finalizzata alla salvaguardia della disciplina legislativa del lavoro pubblico<sup>59</sup>.

In un primo gruppo di sentenze, la Corte costituzionale, pur continuando ad interpretare la materia dell’«ordinamento e organizzazione dello Stato e degli enti pubblici» in termini così ampi da ricomprendere tendenzialmente anche la regolazione dei rapporti di lavoro pubblico, introduce un criterio interpretativo che mira a preservare integralmente la disciplina del lavoro pubblico dalle possibili incursioni della legislazione regionale, facendo leva, più che sul criterio di distribuzione delle competenze “per materie” individuato dall’art. 117 cost., su una serie di «competenze trasversali dell’intervento statale»<sup>60</sup> desumibili dai principi generali dell’ordinamento<sup>61</sup>.

Gli effetti della riforma costituzionale operata con la l. cost. n. 3/2001 hanno riguardato, inoltre, la contrattazione collettiva, tanto con riguardo ai meccanismi di funzionamento, incentrati sull’Aran, quanto, più in generale, con riguardo alla definizione dell’ambito di competenza della contrattazione nazionale, stante il nuovo vigore delle autonomie regionali. È soprattutto su quest’ultimo aspetto che si incentra il dibattito: perché, se pure non sussistono importanti ripercussioni nelle materie in cui è il legislatore nazionale a fissare lo spazio negoziale, serie implicazioni sorgono, invece, nelle materie dell’organizzazione amministrativa, nelle quali è il legislatore regionale a disciplinare le regole, direttamente o attraverso il rinvio a fonti di disciplina interne, tra le quali si colloca la contrattazione collettiva<sup>62</sup>.

Le criticità emerse alla luce della riforma costituzionale, hanno imposto

*pubbliche*, in *Foro it.*, 2002, 28; SALOMONE, *Il lavoro pubblico e la legge «finanziaria 2002»*, cit., 245.

<sup>59</sup> Questa linea interpretativa si distanzia dalla vecchia impostazione – c.d. pan-pubblicistica – che considerava un tutt’uno inscindibile organizzazione amministrativa dei pubblici uffici e disciplina giuridica del personale pubblico (C. cost. n. 10/1988, n. 217/1987, n. 99/1986, n. 219/1984, n. 290/1984, n. 278/1983, n. 277/1983, n. 10/1980).

<sup>60</sup> Così SALOMONE, *Titolo V della Costituzione e lavoro pubblico privatizzato: i primi orientamenti della Consulta*, in *Lavoro nelle PA*, 2004, II, 1147 ss., al quale si rinvia per una ricostruzione delle prime indicazioni della Corte costituzionale in materia.

<sup>61</sup> Cfr. C. cost., 13 gennaio 2004, nn. 3 e 4, in *Lavoro nelle PA*, 2004, II, 1145, con nota di SALOMONE, *Titolo V della Costituzione*, cit. Per una più ampia ricostruzione del quadro delle pronunce della Consulta, v. FIORILLO, *Sub art. 2*, d.lg. n. 165/2001, cit., 93 ss.

<sup>62</sup> V. le riflessioni di ZOPPOLI L., *Applicabilità della riforma*, cit., 64.



l'esigenza di rimeditare la sistemazione della disciplina della contrattazione collettiva, adattando al nuovo assetto tanto il funzionamento, quanto il ruolo dei soggetti negoziali, di modo da prendere atto dell'attuale e più ampio spazio di potestà legislativa, esclusiva e concorrente, riconosciuto alle Regioni<sup>63</sup>.

Tanto la delega del 2009 quanto il decreto legislativo di attuazione, in occasione della modifica al sistema delle fonti, affrontano la questione, mirando ad ovviare il «possibile e latente conflitto Stato/Regioni»<sup>64</sup>.

La l. n. 15/2009 invita la decretazione delegata a definire: *i)* «previa intesa» in sede di Conferenza unificata Stato-Città e Stato-Regioni gli ambiti di competenza della contrattazione collettiva e della legge relativamente alla disciplina del rapporto di lavoro; il sistema di valutazione del personale e delle strutture amministrative pubbliche; le regole per valorizzare il merito e il sistema premiale; i principi e i criteri in materia di dirigenza pubblica<sup>65</sup>; *ii)* «previo parere» della medesima Conferenza, relativamente «all'attuazione delle restanti disposizioni» della legge stessa.

Sempre la legge delega precisa che i decreti legislativi individuano le norme di competenza della legislazione esclusiva dello Stato e quelle recanti principi generali ai quali devono adeguarsi le Regioni e gli Enti locali nella legislazione concorrente.

La successiva decretazione delegata ha attuato i richiamati principi e criteri direttivi. Dopo aver dato conto nel preambolo di aver acquisito, dalla Conferenza unificata, l'intesa ed il parere prescritti, il d.lg. n. 150/2009 elenca, all'art. 74: al 1° co., quali delle disposizioni richiamate rientrino, in forza dell'art. 117, 2° co., lett. *l)* ed *m)*, cost., nella potestà legislativa esclusiva dello Stato; nel 2° co., invece, quelle che, recando norme di diretta

<sup>63</sup> In proposito, CARINCI F., *Una riforma "conclusa". Fra norma scritta e prassi applicata*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, a cura di Carinci F., Zoppoli L., cit., LXXIII, sostiene che, almeno per ciò che riguarda le Regioni a statuto ordinario, «c'è da dubitare che esse possano *sic et simpliciter* chiamarsi fuori dal regime vigente, pur meritevole d'essere corretto e adeguato, come per esempio dando vita a una distinta rappresentanza all'interno dell'Aran e ad una distinta contrattazione riservata alle sole Regioni». Così anche ZOPPOLI L., *Applicabilità della riforma*, cit., 65 secondo il quale «è indispensabile adattare Aran e Comitati di settore al contesto in cui devono esprimersi in modo coerente con il potere normativo in materia di organizzazione e ordinamento». Per ulteriori approfondimenti v. D'ALTRA, *Variazioni su lavoro pubblico, organizzazione amministrativa e titolo V (parte seconda) della Costituzione*, cit., 3 ss.

<sup>64</sup> CARABELLI, CARINCI M.T., *op. cit.*, 81.

<sup>65</sup> Così dispone l'art. 2, 2° co., l. n. 15/2009 che a tal fine richiama «gli articoli 3, comma 2, lettera a), 4, 5 e 6» della stessa legge.

attuazione dell'art. 97 cost., costituiscono principi generali dell'ordinamento, ai quali le Regioni e gli Enti locali, negli ambiti di rispettiva competenza, devono adeguarsi.

La formulazione della norma e, in specie, il riferimento ai principi generali dell'ordinamento<sup>66</sup>, se, per un verso, palesano la scelta del legislatore di riservare alla legge dello Stato un ruolo centrale nella disciplina dell'impiego regionale, per altro verso, fondano le perplessità di chi ha ritenuto che «la novella legislativa – lungi dal risolvere l'annosa questione del riparto di competenza tra Stato e Regioni – sembra anzi suscitare nuovi dubbi su quali profili (...) possano (...) rientrare nella competenza legislativa esclusiva dello Stato, quali integrino principi generali dell'ordinamento e quali, infine, spettino alla potestà legislativa regionale esclusiva/residuale», rendendo probabile che, anche con riguardo alla nuova disciplina, sarà necessario l'intervento della Consulta<sup>67</sup>.

## II. L'ASSETTO REGOLATIVO DELLA CONTRATTAZIONE COLLETTIVA

### 1. L'ambito di competenza della fonte negoziale

La fonte collettiva, diversamente da quanto avviene nel settore privato, è oggetto di una specifica regolamentazione legislativa che ne traccia i confini, la struttura, l'efficacia e l'intero procedimento formativo.

L'intervento normativo – imposto dal precetto costituzionale contenuto nell'art. 97 per la fissazione di quel “*quantum*” di disciplina necessario di cui si è già detto (v. *supra* nel commento alla sez. I, § 1) – si esplica in un insieme di regole che non solo precludono alla contrattazione collettiva la regolamentazione, libera da ogni condizionamento, di alcune materie, senza che la legge abbia individuato preventivamente i principi informativi, ma che, più in generale, «organizzano le modalità di funzionamento della fonte collettiva»<sup>68</sup>.

<sup>66</sup> L'uso della categoria dei principi generali dell'ordinamento da parte dell'art. 74, 2° co., d.lg. n. 150/2009, è, tuttavia, improprio per l'eccessivo dettaglio delle disposizioni richiamate. In questi termini TROISI, *Le Regioni nella disciplina e nella gestione del lavoro pubblico*, in *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, a cura di Zoppoli L., cit., 103; CARABELLI, CARINCI M.T., *op. cit.*, 83. V., sul punto, altresì le riflessioni di D'ATURIA, *Il nuovo sistema delle fonti*, cit., 10.

<sup>67</sup> V. CARABELLI, CARINCI M.T., *op. cit.*, 83 ed *ivi* specifici riferimenti normativi a sostegno della c.d. “cedevolezza” della potestà regionale rispetto a quella statale.

<sup>68</sup> MARESCA A., *Le trasformazioni dei rapporti di lavoro pubblico e il sistema delle fonti*, in *Giornale dir. lav. e relaz. ind.*, 1996, 204.

La norma cardine è costituita dall'art. 40, d.lg. n. 165/2001<sup>69</sup> che nel 1° co. si preoccupa di definire l'ambito di intervento della fonte collettiva.

La disposizione prende l'avvio individuando le materie contrattabili e, a tal fine, fissa un impianto nel quale lo spazio d'azione della fonte negoziale viene contenuto attraverso una duplice elencazione «esclusiva»: da una parte, si prevedono materie per le quali la contrattazione è preclusa; dall'altra, si indicano materie nelle quali la negoziazione è consentita, ma «negli esclusivi limiti previsti dalle norme di legge»<sup>70</sup>.

Il quadro delineato si presenta alquanto complesso: una prima parte, con una formula dal contenuto piuttosto sibillino, accorda alla contrattazione collettiva la competenza nella determinazione di quei diritti e di quegli obblighi imputabili direttamente al rapporto di lavoro; una seconda parte, presenta una chiara e puntuale indicazione degli ambiti preclusi alla contrattazione ovvero alla stessa consentiti, ma soltanto negli spazi autorizzati dalla fonte unilaterale<sup>71</sup>.

Dalla norma emerge, in definitiva, la discrasia di come, all'esplicita fissazione di limiti alla negoziazione, si contrappongano, invece, nella definizione dello spazio di competenza della fonte negoziale, gli incerti confini delineati dall'oscura dichiarazione di principio.

Ed infatti, se è chiaro l'intento di individuare come confine esterno il requisito della diretta pertinenza al rapporto di lavoro delle posizioni soggettive, attive e passive, determinate dalla fonte collettiva, non è altrettanto

<sup>69</sup> L'art. 40, 1° co., d.lg. n. 165/2001, riscritto dall'art. 54, 1° co., d.lg. n. 150/2009, statuisce 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, lettera 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».

<sup>70</sup> V. le riflessioni di CARINCI F., *Il secondo tempo della riforma Brunetta*, cit., I, ss., il quale rileva come l'art. 54, d.lg. n. 150/2009, nel riscrivere la disposizione dell'art. 40, d.lg. n. 165/2001, proponga una «formula composta di definizione inclusiva e di elencazione esclusiva», mirante a «ridimensionare la presa della contrattazione collettiva».

<sup>71</sup> Sotto questo profilo, il sistema delle fonti risulta decisamente mutato. La formulazione precedente alla modifica operata dal decreto delegato del 2009, 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.

chiaro in cosa consista lo spazio negoziale riconosciuto alla fonte collettiva e quale ne sia l'ampiezza. L'ambigua lettera della norma non consente, in effetti, di delineare con certezza fin dove si estenda l'ambito di competenza della fonte medesima<sup>72</sup>.

Ciononostante, la valutazione d'insieme della previsione consente di condividere il giudizio di chi ha ritenuto che la nuova sistemazione della materia abbia prodotto, nel complesso, l'effetto di restringere l'ambito di competenza prima assegnato alla negoziazione<sup>73</sup>.

Ma, come già osservato, la nuova sistemazione delle materie contrattabili non si esaurisce col primo periodo dalla disposizione. Segue, infatti, una normazione di dettaglio tanto degli ambiti esclusi dal novero delle materie contrattabili, quanto di quelli che, pur non essendo esclusi per intero, sono parzialmente sottratti alla fonte negoziale.

Può notarsi, in particolare, l'inserimento, nell'elencazione degli ambiti preclusi alla fonte negoziale, delle materie indicate dall'art. 2, 1° co., lett. c), l. n. 421/1992<sup>74</sup>, già oggetto di una disputa interpretativa sorta perché, a fronte dell'espressa menzione di una riserva di legge nella prima delega, alcuna previsione era stata contemplata a riguardo nella seconda (1997), tanto da aver legittimato la tesi della tacita abrogazione della riserva medesima. La nuova formulazione della disposizione interviene, così, a dirimere ogni questione, affermando a chiare lettere l'esclusione delle materie di cui si tratta dal novero di quelle contrattabili.

Può rilevarsi, poi, in generale, come l'ambito delle materie precluse alla fonte negoziale appaia alquanto vasto (spaziando, ad esempio, da quelle relative all'organizzazione degli uffici a quelle attinenti alle prerogative dirigenziali). Considerazione, questa, che non muta neppure se si condivide

<sup>72</sup> Per un approfondimento della questione v. ZOPPOLI L., *Il ruolo della legge*, cit., 31, il quale ripercorre le soluzioni interpretative della norma.

<sup>73</sup> V., sul punto, le osservazioni di FERRARO, *op. cit.*, 245 e LUCIANI, LOMBARDO, *Sub art. 40*, d.lg. n. 165/2001, in AMOROSO, DI CERBO, FIORILLO, MARESCA A., *op. cit.*, 638. V., inoltre, LASSANDARI, *Le nuove regole sulla contrattazione collettiva: problemi giuridici e di efficacia*, in *Riv. giur. lavoro*, 2010, I, 71.

<sup>74</sup> Si tratta delle materie relative a: le responsabilità giuridiche attinenti ai singoli operatori nell'espletamento di procedure amministrative; gli organi, gli uffici, i modi di conferimento della titolarità dei medesimi; i principi fondamentali di organizzazione degli uffici; i procedimenti di selezione per l'accesso al lavoro e di avviamento al lavoro; i ruoli e le dotazioni organiche nonché la loro consistenza complessiva; la garanzia della libertà di insegnamento e l'autonomia professionale nello svolgimento dell'attività didattica, scientifica e di ricerca; la disciplina della responsabilità e delle incompatibilità tra l'impiego pubblico ed altre attività e i casi di divieto di cumulo di impieghi e incarichi pubblici.

l'opinione di chi ha ritenuto che la norma non abbia determinato, in realtà, alcuno spostamento di competenze, essendosi limitata a fissare "nero su bianco" l'esclusione dal novero delle materie contrattabili di ambiti nei quali la contrattazione era già da intendersi esclusa<sup>75</sup>. Il richiamo, nel corpo della disposizione citata, all'art. 5, 2° co., d.lg. n. 165/2001, ad esempio, esclude dall'ambito negoziale una fetta davvero consistente di attribuzioni<sup>76</sup>. Sul punto, può condividersi, infatti, l'osservazione di chi<sup>77</sup> ha ravvisato nella norma – oltre alla scelta di «ribadire e rafforzare» l'esclusione dallo spazio d'azione della fonte negoziale delle materie «latamente riconducibili all'assetto macro-organizzativo delle amministrazioni» – il destino di «inibire» alla contrattazione collettiva qualsivoglia intervento sull'esercizio delle prerogative dirigenziali, non soltanto in materia di organizzazione degli

<sup>75</sup> V. MAINARDI, *Il sistema delle fonti di disciplina del lavoro pubblico*, in *La Terza Riforma del Lavoro Pubblico*, a cura di Carinci F., Mainardi, cit., 14 ss., per il quale la norma non realizza, rispetto al passato, uno spostamento di competenze tra la fonte unilaterale e quella negoziale. Ed infatti, aggiunge, anche nel sistema previgente, l'estensione della regolamentazione ad opera della contrattazione collettiva alle «materie relative al rapporto di lavoro ed alle relazioni sindacali» doveva valere come «fine ultimo» alla competenza contrattuale con riguardo alle materie afferenti all'organizzazione delle amministrazioni pubbliche. Pertanto, per l'Autore è chiara la funzione del secondo periodo della norma, ovverossia quella 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». V., inoltre, le riflessioni di TALAMO, *La riforma del sistema di relazioni sindacali nel lavoro pubblico*, in *Giornale dir. amm.*, 2010, 15. L'Autore osserva come la disposizione di cui si tratta 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*».

<sup>76</sup> Sul punto, v., ancora, MAINARDI, *op. cit.*, 16, per il quale, se la *ratio* dell'esclusione è quella di «impedire al dirigente di introdurre un negoziato con riguardo agli atti di esercizio dei poteri che gli vengono riconosciuti dalla legge e dalle norme unilaterali di organizzazione», la portata dell'esclusione stessa «deve in modo coerente essere circoscritta ai poteri che di per sé non ammettono l'intervento, specie in chiave limitativa, da parte della contrattazione collettiva» (a sostegno dell'interpretazione data al precetto, l'Autore riporta l'esempio degli istituti di valutazione del personale, alla cui lettura si rimanda).

<sup>77</sup> Così VISCOMI, *La contrattazione collettiva nazionale*, in *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, a cura di Zoppoli L., cit., 51. Sulla scorta di queste considerazioni, l'Autore ha aggiunto, poi, che «se si accorda validità significativa» al dettato della norma (riferendosi al richiamo all'art. 5, 2° co., d.lg. n. 165/2001 operato dall'art. 40, 1° co., d.lg. n. 165/2001), se si ritiene cioè che l'organizzazione del lavoro sia esclusa dall'ambito di competenza della contrattazione, «allora è veramente necessario interrogarsi se vi sia ancora e quale sia il reale ruolo della contrattazione collettiva» dopo la riforma operata dal decreto delegato del 2009.

uffici, ma anche in materia di organizzazione del lavoro nell'ambito degli uffici<sup>78</sup>.

Il disposto dell'art. 40, 1° co., d.lg. n. 165/2001 si conclude con un terzo periodo nel quale il legislatore delegato si occupa di elencare le materie nelle quali la negoziazione, pur non essendo esclusa, è consentita «negli esclusivi limiti stabiliti dalle norme di legge»<sup>79</sup>.

Si tratta, come è evidente, di un'ulteriore restrizione del campo d'azione della fonte negoziale, operata questa volta in modo indiretto, non già vietando la negoziazione, bensì ammettendola, ma soltanto negli «spazi interstiziali lasciati liberi – ovvero non diversamente disciplinati – da disposizioni di legge». In altre parole, la norma delinea un impianto per il quale, da un lato, si colloca la legge, la quale definisce una cornice entro cui consentire la competenza della fonte negoziale, dal lato opposto, si pone la contrattazione collettiva, abilitata ad agire all'interno di quello «*spatium deliberandi* insuperabile, a pena di nullità» posto dalle disposizioni medesime<sup>80</sup>.

## 2. (Segue). Il trattamento economico

La riforma operata sugli assetti regolativi della fonte collettiva con il d.lg. n. 150/2009 non ha fatto venir meno la determinazione per la quale il trattamento economico, fondamentale ed accessorio, debba essere definito dai contratti collettivi.

Restano immutati i capisaldi sanciti dall'art. 2, 3° co., d.lg. n. 165/2001, sia nella parte in cui attribuisce tale competenza «esclusivamente» alla fonte collettiva, sia in quella in cui protegge quest'ultima da possibili «incurSIONI» del legislatore, stabilendo che «le disposizioni di legge, regolamenti o

<sup>78</sup> Fermo restando quanto osservato nel testo, è necessario comunque sottolineare che la valenza «inibitoria» dell'art. 5, d.lg. n. 165/2001 è destinata ad un parziale ridimensionamento. La recente l. 7.8.2012, n. 135, in materia di revisione della spesa pubblica ha integrato l'art. 5, d.lg. n. 165/2001 nella parte di cui si discute, legittimando le organizzazioni sindacali, limitatamente alle misure riguardanti i rapporti di lavoro, ad un esame congiunto con la dirigenza e ciò sempre a condizione che la contrattazione collettiva nazionale lo preveda.

<sup>79</sup> Si tratta, si ricorda, delle materie relative alle sanzioni disciplinari, alla valutazione delle prestazioni ai fini della corresponsione del trattamento accessorio, della mobilità e delle progressioni economiche.

<sup>80</sup> Così TALAMO, *La riforma del sistema*, cit., 15. V. anche PISANI, *op. cit.*, 145, per il quale, se si esamina la disciplina degli istituti richiamati dalla norma, «emerge chiaramente come la legge abbia lasciato ben poco spazio all'autonomia collettiva». V., ancora, VISCOMI, *op. cit.*, 52, il quale ritiene che la disposizione citata suggerisca l'esistenza, nelle materie di cui si tratta, di una sorta di «sovranità limitata» della contrattazione collettiva.

atti amministrativi che attribuiscono incrementi retributivi non previsti da contratti cessano di avere efficacia a far data dall'entrata in vigore dal relativo rinnovo contrattuale».

Ciò nonostante, l'originaria "esclusività" della fonte negoziale viene ridimensionata dalle ultime modifiche apportate dal legislatore che consentono al datore di lavoro pubblico di intervenire autonomamente.

Si tratta delle ipotesi previste dagli artt. 40, co. 3 *ter*, e 47 *bis*, d.lg. n. 165/2001, non a caso espressamente richiamate anche nelle disposizioni che tracciano il complessivo ambito di operatività della fonte collettiva nella disciplina del trattamento economico dei pubblici dipendenti (artt. 2, 3° co., e 45, 1° co., d.lg. n. 165/2001).

La prima norma, in materia di contrattazione di secondo livello, statuisce che – allo scopo di «assicurare la continuità e il migliore svolgimento della funzione pubblica»<sup>81</sup> – in ipotesi che non si trovi l'accordo per la sottoscrizione di un contratto integrativo, all'amministrazione interessata è attribuito il potere di provvedere, in via provvisoria e fino alla successiva sottoscrizione, alla regolazione delle materie sui cui verte l'accordo non concluso (v. *infra* il commento al § 10).

La seconda 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», «previa deliberazione dei rispettivi comitati di settore, sentite le organizzazioni sindacali rappresentative», vengano erogati, in via provvisoria, «gli incrementi previsti per il trattamento stipendiale», salva, poi, la necessità di conguaglio al momento della sottoscrizione dei contratti collettivi nazionali.

Si tratta di significative intrusioni del potere decisionale della p.a. che può disporre, anche se solo in via provvisoria, tanto la definizione della materia retributiva, la cui regolazione spetterebbe alla competenza della contrattazione integrativa, quanto l'erogazione anticipata degli incrementi retributivi<sup>82</sup>.

Non è mancato pure chi – riferendosi, nello specifico, alle previsioni di cui all'art. 40, co. 3 *ter*, d.lg. n. 165/2001 – ha ritenuto che tali disposizioni possano essere lette nel senso di stemperare, nei casi di specie, «il mecca-

<sup>81</sup> Sottolinea l'attenzione del legislatore al perseguimento dell'interesse pubblico anche a discapito del ruolo del sindacato VALLEBONA, *La riforma del lavoro pubblico: il difficile risveglio da un incubo*, in *Mass. giur. lav.*, 2010, 132, specie § 5.

<sup>82</sup> Sull'argomento, v. SORDI, *Sub art. 45*, d.lg. n. 165/2001, in AMOROSO, DI CERBO, FIORILLO, MARESCA A., *op. cit.*, 719.

nismo di obbligo a contrarre», prevedendo, invece, «meri obblighi di negoziare»<sup>83</sup>.

La portata dell'intervento è tale da aver indotto alcuni interpreti – con specifico riguardo, questa volta, alle disposizioni di cui all'art. 47 *bis*, d.lg. n. 165/2001 – a sostenerne l'effetto «destabilizzante» della delega accordata al contratto collettivo in materia di trattamenti economici. È anche vero, però, come pure è stato osservato, che la stessa norma, nel 2° co., rende possibile «una sorta di limitata ultrattività del contratto collettivo scaduto», se non altro con riguardo alle disposizioni riguardanti la «copertura economica», tale da confermare, comunque, «l'idea secondo la quale ancora insostituibile sarebbe il ruolo della contrattazione collettiva nella definizione dei trattamenti economici»<sup>84</sup>.

La legge consegna nelle mani dell'agente negoziale pubblico «uno strumento di pressione molto incisivo» sui sindacati, non solo perché permette di velocizzare lo svolgimento dei negoziati, ma anche perché consente di «superare eventuali *empasse* determinate da resistenze sindacali sulla quantificazione governativa delle risorse stanziata»<sup>85</sup>.

Si tratta di un «potere eccezionale e derogatorio», capace di persuadere le organizzazioni sindacali alla conclusione degli accordi, dal momento che la mancata sottoscrizione degli accordi medesimi significherebbe per la

<sup>83</sup> Di questo avviso, CARUSO, *Gli esiti regolativi della "riforma Brunetta" (come cambia il diritto del lavoro nelle pubbliche amministrazioni)*, in *Lavoro nelle PA*, 2010, 260. Per SORDI, *op. cit.*, 722, invece, «sembra maggiormente aderente all'attuale quadro normativo ritenere che l'ordinamento del lavoro pubblico pone comunque in capo alle pubbliche amministrazioni ed ai sindacati un obbligo di concludere accordi in materia di trattamento economico (appunto perché solamente la fonte negoziale è abilitata a disporre in via definitiva e stabile su tale trattamento)». Il potere di intervento unilaterale accordato alla parte pubblica – non rappresentando tanto il frutto di una «competenza concorrente» con quella accordata alla fonte negoziale collettiva – costituisce, dunque, uno strumento predisposto dal legislatore, «nella constatazione dell'inesistenza di mezzi coercitivi dell'obbligo di concludere accordi contrattuali», per ovviare all'eventualità di situazioni di stallo in sede negoziale.

<sup>84</sup> Di questo avviso, TOPO, *La contrattazione integrativa*, in *La Terza Riforma del Lavoro Pubblico*, a cura di Carinci F., Mainardi, cit., 422. L'Autore giustamente valorizza il 2° co. dell'art. 47 *bis*, d.lg. n. 165/2001 prevede che – se il contratto collettivo nazionale non sia stato rinnovato e nemmeno sia stata deliberata l'erogazione di cui al comma che precede – «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».

<sup>85</sup> Così, PISANI, *op. cit.*, 148. Si tratta di riflessioni che l'Autore riferisce, nella specie, all'art. 47 *bis*, d.lg. n. 165/2001.



parte pubblica «la concessione unilaterale (...) di benefici economici» e, dunque, un chiaro «vantaggio politico»<sup>86</sup>.

Il ridimensionamento del ruolo dell'organizzazione sindacale non è destinato comunque ad incidere negativamente sui pubblici dipendenti. Entrambe le previsioni sono «indubbiamente destinate ad arrecare un vantaggio ai dipendenti pubblici», che, per tal via, sono tenuti indenni dall'eventualità che si verifichino ritardi nel rinnovo dei contratti collettivi; anche se, in effetti, «risultano (...) foriere di scompensi sul piano delle relazioni contrattuali», perché capaci di «depotenziare la capacità conflittuale dei sindacati», resi più deboli dalla «possibilità di concessione unilaterale dei trattamenti, per quanto di tipo provvisorio»<sup>87</sup>.

### **3. L'articolazione del sistema contrattuale: individuazione dei comparti, struttura contrattuale e durata dei contratti collettivi**

L'articolazione del sistema contrattuale è di competenza delle parti sociali che, sempre su indicazione del legislatore, provvedono alla definizione dei comparti di contrattazione, della struttura contrattuale, dei rapporti tra i diversi livelli di contrattazione e della durata dei contratti collettivi nazionali e integrativi.

L'unità base della contrattazione collettiva nazionale è il comparto, «inaugurato» dalla legge quadro sul pubblico impiego n. 93/1983 e fatto proprio dal legislatore delegato<sup>88</sup>.

Nell'originaria formulazione dell'art. 40, d.lg. n. 165/2001 i comparti della

<sup>86</sup> In questi termini, D'AURIA, *Il nuovo sistema delle fonti*, cit., 7 ss. L'opinione espressa nel testo è ormai largamente condivisa, v. BELLAVISTA, *La contrattazione collettiva nazionale e integrativa*, in *Leggi civ. comm.*, 2011, 1311; BELLAVISTA, GARILLI, *Riregolazione legale e decontrattualizzazione: la neoibridazione normativa del lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in *Lavoro nelle PA*, 2010, 17; ZOPPOLI L., *Contratto, contrattualizzazione, contrattualismo: la marcia indietro del diritto del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, I, 175, specie § 6.

<sup>87</sup> Di questo avviso, 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". IT - 101/2010*, 13. L'Autore, che riferisce tali osservazioni alle previsioni contenute nell'art. 47 bis, 1° e 2° co., d.lg. n. 165/2001, precisa come le considerazioni espone riguardino, invero, probabilmente in misura minore la seconda delle due previsioni, «dal momento che, da un lato, il suo funzionamento dipende dalle regole poste dalla stessa contrattazione collettiva, e, dall'altro lato, essa fa riferimento ad una mera "copertura economica" da corrispondersi a titolo di anticipazione».

<sup>88</sup> Il comparto indica i distinti settori dell'amministrazione con riferimento ai quali sono stipulati i contratti collettivi nazionali. Accanto ai comparti sono previste aree contrattuali autonome relative ad uno o più comparti che riguardano il personale dirigenziale e i profes-

contrattazione collettiva nazionale dovevano riguardare settori omogenei o affini della p.a. ed essere determinati mediante appositi accordi tra l'Aran e le Confederazioni sindacali aventi titolo (v. *infra* il commento ai §§ 5 e 7).

La scelta del legislatore di lasciare autonome le parti nel definire i settori, imponendo nel contempo il criterio dell'affinità, costituiva una giusta mediazione fra l'intento di evitare pericolose frammentazioni nell'ambito della struttura amministrativa (attesa anche la vocazione corporativa di molte organizzazioni sindacali non affiliate alle confederazioni "storiche") e i principi costituzionali in materia di libertà e pluralismo sindacale.

La determinazione dei comparti riveste, infatti, una rilevanza strategica in quanto è destinata ad incidere sulla stessa organizzazione della p.a.: il comparto definisce l'area di efficacia del contratto collettivo e quindi della disciplina comune e vincolante per tutte le branche dell'amministrazione che lo compongono. Tale caratteristica non può consentire che la materia sia completamente estranea ad un controllo da parte del legislatore e del Governo.

In ogni caso l'importanza che l'"unità di base" del modello di contrattazione pubblica riveste, sia con riferimento alla individuazione degli assetti organizzativi delle amministrazioni, sia, soprattutto, in relazione alla misurazione della rappresentatività sindacale (e quindi del diritto a stipulare contratti collettivi e di fruire dei diritti sindacali - v. *infra* il commento al § 7), da sempre impone che la sua individuazione avvenga nel rispetto di alcune regole di massima e che sia dotata di una certa stabilità.

La materia non si sottrae ad alcune modifiche in occasione della terza delega che ha avviato l'ultimo intervento di riforma.

L'art. 3, 2° co., lett. h), n. 4, l. n. 15/2009 affida alla decretazione delegata il compito di ridurre il numero dei comparti e delle aree di contrattazione con riferimento all'intero settore pubblico, ferma restando la competenza della contrattazione collettiva per l'individuazione della composizione dei comparti.

In sede di attuazione della delega si è stabilito di procedere alla ridefinizione, sempre mediante appositi accordi tra l'Aran e le Confederazioni rappresentative, dei comparti di contrattazione collettiva nazionale, fissando

sionisti degli enti pubblici non economici. Allo stato i comparti di contrattazione sono 11 così individuati: Agenzie fiscali, Aziende autonome, Enti pubblici non economici, Ministeri, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Ricerca (enti pubblici non economici di ricerca), Regioni ed autonomie locali, Sanità, Scuola, Accademie e Conservatori. A questi si aggiungono tutti gli enti indicati nell'art. 70, 4° co., d.lg. n. 165/2001 che stipulano autonomi contratti collettivi.

nel numero di quattro la consistenza massima dei comparti medesimi, cui far corrispondere non più di quattro aree separate per la dirigenza<sup>89</sup>. È prescritto, da ultimo, 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.

È chiaro, in proposito, come la scelta del legislatore di ridurre il numero dei comparti di contrattazione collettiva nazionale al numero massimo di quattro abbia costituito una risposta tanto all'esigenza di scongiurare la frammentazione del sistema, quanto alla necessità di contenere l'aggravio procedimentale per l'Aran e la possibile «lievitazione di spesa» che conseguono alla frammentazione medesima<sup>90</sup>.

Del pari, è evidente, però, che tale opzione legislativa, oltre a limitare l'autonomia degli agenti contrattuali nella determinazione degli spazi negoziali, porti con sé l'ulteriore e non secondaria conseguenza di imporre ad amministrazioni pubbliche anche molto dissimili «un'eccessiva uniformità dei trattamenti contrattuali»<sup>91</sup>, con il rischio che, a fronte dell'uniformità sperata, si giunga, invece, ad un appiattimento della disciplina anche in ipotesi che siano coinvolte amministrazioni dalle caratteristiche radicalmente diverse.

Deve riconoscersi, tuttavia, come all'interno del limite fissato dalla legge, la fonte negoziale possa, poi, liberamente regolare la composizione interna di ciascun comparto, essendo venuto meno quel limite, fissato, invece, dalla precedente disciplina, per il quale i comparti medesimi debbano riguardare «settori omogenei o affini» delle amministrazioni<sup>92</sup>.

Oltre alla surriferita competenza per la definizione dei comparti di contrattazione, alla fonte collettiva spetta la disciplina, «in coerenza con il settore privato», della struttura contrattuale, dei rapporti tra i livelli di contrattazione (sui quali v. *infra* il commento al § 9) e della durata dei contratti collettivi.

<sup>89</sup> Così dispone l'art. 40, 2° co., d.lg. n. 165/2001.

<sup>90</sup> Di questo avviso, TALAMO, *La riforma del sistema*, cit., 16, per cui la scelta di riduzione dei comparti determina anche «un'ulteriore compressione dell'autonomia collettiva».

<sup>91</sup> In questi termini CARABELLI, *op. cit.*, 12. Per l'Autore la riduzione del numero dei comparti di contrattazione ha costituito «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».

<sup>92</sup> Sul punto, v. LICIANI, LOMBARDO, *op. cit.*, 641.

Sotto quest'ultimo aspetto il legislatore impone alla fonte collettiva che la durata dei contratti debba essere fissata «in modo che vi sia coincidenza fra la vigenza della disciplina giuridica e di quella economica».

Con riguardo alla disposizione di cui si tratta la novità consiste nella fissazione di siffatta condizione. In proposito, può rilevarsi come l'ultimo intervento di riforma si ponga in continuità con il dettato dell'Intesa del 30.4.2009 (per l'applicazione dell'Accordo quadro sulla riforma degli assetti contrattuali del 22.1.2009 sottoscritto nel settore privato) ove è statuito che i contratti collettivi nazionali abbiano durata triennale, tanto per la parte economica quanto per quella normativa.

Allo stato attuale, la materia è stato oggetto di ulteriori interventi che vedono protagoniste le parti sociali. A quella dell'aprile 2009<sup>93</sup> ha fatto seguito una successiva Intesa del 4.2.2011, che, con specifico riferimento all'argomento trattato, vede impegnato il Governo a definire «un atto di indirizzo all'Aran per la stipulazione di un accordo quadro che regoli il sistema di relazioni sindacali previsto dal decreto legislativo 165/2001», alla luce della riforma degli assetti contrattuali di cui alla medesima Intesa del 2009, e «dal decreto legislativo 150/2009». Successivamente, è intervenuta una ipotesi di atto di indirizzo all'Aran, predisposta dal Dipartimento della funzione pubblica e datata 18.2.2011, con la quale si forniscono all'Agenzia «i necessari indirizzi (...) per la stipulazione di un accordo quadro in grado di coniugare ed armonizzare i principi e le disposizioni» contenuti nelle fonti succitate.

#### 4. I soggetti della contrattazione collettiva

La predisposizione di regole sul procedimento di contrattazione non ha potuto non affrontare uno dei temi più spinosi del nostro sistema di relazioni sindacali concernente l'individuazione dei soggetti deputati alla contrattazione.

Sotto questo profilo il legislatore ha definito un quadro dettagliato di

<sup>93</sup> Per una disamina della relazione esistente tra le disposizioni del decreto delegato del 2009 e quelle contenute nell'Intesa dell'aprile dello stesso anno v. ALAIMO, *op. cit.*, 294. L'Autore rileva come «dall'Intesa di aprile, il d.lgs. n. 150 del 2009 trae una serie di regole riguardanti i tempi e le procedure contrattuali, alcune delle quali vengono espressamente travasate nel decreto (la regola della riduzione dei comparti ad un massimo di quattro e quella dei tempi di vigenza della disciplina contrattuale normativa ed economica: tre anni), mentre altre sembra che rientrino nella nuova disciplina per effetto di un rinvio integrativo del decreto all'Intesa, contenuto nel nuovo art. 40, comma 3, del d.lgs. 165/01».

regole con riguardo, per un verso, ai soggetti di parte pubblica, per altro verso, agli attori di parte sindacale.

Anche in questo caso, con riferimento alla parte pubblica, la definizione legislativa dei criteri e delle regole per la partecipazione delle amministrazioni al procedimento di negoziazione costituisce esercizio di una prerogativa garantita al legislatore medesimo sempre dall'art. 97 cost.

Per la prima volta nel nostro ordinamento vengono introdotte regole anche per la selezione degli attori di parte sindacale. Nonostante le dirette implicazioni determinate dall'art. 39 cost., il legislatore delegato della seconda riforma ha affrontato la questione in termini del tutto inediti, risolvendo, in adempimento a quanto disposto nell'originario principio di delega di cui all'art. 2, 1° co., lett. b), l. n. 421/1992, la questione della definizione della rappresentatività sindacale.

L'impianto normativo già delineato ha subito modifiche con l'ultima riforma operata dal d.lg. n. 150/2009, il quale ha apportato una significativa rivisitazione della disciplina relativa all'agente negoziale pubblico.

#### **5. (Segue). La parte pubblica: l'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni (Aran)**

La rappresentanza legale delle pubbliche amministrazioni, «agli effetti della contrattazione collettiva nazionale», spetta all'Aran, organismo tecnico cui la legge attribuisce l'esercizio a livello nazionale di «ogni attività relativa alle relazioni sindacali, alla negoziazione dei contratti collettivi e alla assistenza delle pubbliche amministrazioni ai fini dell'uniforme applicazione dei contratti collettivi»<sup>94</sup>.

È la prima legge di riforma del lavoro pubblico a delegare al Governo – nella predisposizione di «strumenti per la rappresentanza negoziale della parte pubblica, autonoma ed obbligatoria» – la costituzione di «un apposito organismo tecnico, dotato di personalità giuridica»<sup>95</sup>. Sin dall'inizio, il legislatore delegato ha perseguito il duplice obiettivo della “depoliticizzazione” dei soggetti pubblici preposti alla fase di negoziazione e della fondazione di una efficacia generalizzata del contratto collettivo di diritto comune (v. *infra* il commento al § 13).

Con la seconda delega il testo originario è stato modificato con l'obiettivo di esaltare la funzione di rappresentanza dell'intera p.a. e di struttura

<sup>94</sup> Art. 46, 1° co., d.lg. n. 165/2001.

<sup>95</sup> Art. 2, 1° co., lett. b), l. n. 421/1992.

tecnica di servizio, sminuendo la natura di organismo dipendente dal Governo<sup>96</sup>.

La riforma del 2009 non lascia indenne la materia: già in sede di delega (art. 3, 2° co., lett. *h*), nn. 1, 2 e 3) vengono fissati taluni obiettivi, al fine del miglioramento dell'efficienza e dell'efficacia delle procedure della contrattazione collettiva, attinenti al riordino dell'Agenzia, quali il rafforzamento dell'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 (v. *infra* il commento al § 6), allo scopo di rendere più incisivo il potere direttivo nei confronti dell'Aran.

Come è evidente, quelli fissati dalla delega erano principi molto ampi, strutturati in modo da permettere alla decretazione delegata la realizzazione di un penetrante rimaneggiamento della disciplina. L'opzione legislativa, peraltro, era certamente collegata alla necessità di consentire al legislatore delegato di procedere ad un riordino delle competenze, della struttura e degli organi dell'Agenzia che fosse coerente con il più ampio piano della riforma del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche, condotto, come noto, in chiave di una maggiore valorizzazione delle prerogative del datore di lavoro pubblico.

I principi indicati dalla legge, poi, hanno trovato attuazione nel successivo decreto delegato, con il quale è stato modificato il dettato delle disposizioni di disciplina dell'Agenzia, già contenute nell'art. 46, d.lg. n. 165/2001.

In base alla disposizione citata, all'Agenzia è affidata la rappresentanza legale ai fini della contrattazione collettiva, a livello nazionale, con riguardo a tutte le amministrazioni, risultando, peraltro, confermato l'ampio ruolo ad

<sup>96</sup> Per una ricostruzione delle vicende che hanno interessato l'Agenzia a partire dal testo originario dell'art. 50, d.lg. n. 29/1993, poi modificato dal d.lg. n. 396/1997 in fase di attuazione della seconda delega, v. DE VITTORIO, *I contratti del pubblico impiego 1994-1997: una verifica critica della riforma*, in *I contratti collettivi di comparto. Commentario*, diretto da Carinci F., Milano, 1997; ZOPPOLI L., *La terza volta dell'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle amministrazioni pubbliche. Brevi riflessioni sulla riforma dell'Aran*, in *Lavoro nelle PA*, 1998, 1297 e Id., *L'agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni e i comitati di settore*, in *Il rapporto di lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. Commentario*, diretto da Carinci F., D'Antona, Milano, 2000, 1329.

Da ultimo, v. FONTANA, *Sub art. 46, d.lg. n. 165/2001*, in AMOROSO, DI CERBO, FIORILLO, MARESCA A., *op. cit.*, 754 ss., e D'ONGHIA, *I soggetti della contrattazione collettiva di parte pubblica: Comitati di settore e ARAN*, in *La Terza Riforma del Lavoro Pubblico*, a cura di Carinci F., Mainardi, cit., 367 ss.

essa attribuito, oltre che con riguardo alla funzione di agente contrattuale, anche con riferimento alle specifiche funzioni di assistenza, tanto nella fase applicativa dei contratti collettivi, quanto in sede di contrattazione integrativa, pure nei confronti delle Regioni a statuto speciale e delle Province autonome<sup>97</sup>.

All'Aran è assegnata la cura delle «attività di studio, monitoraggio e documentazione necessarie all'esercizio della contrattazione collettiva», nonché la predisposizione, con cadenza semestrale<sup>98</sup>, del «rapporto sull'evoluzione delle retribuzioni di fatto dei pubblici dipendenti». È previsto che l'Agenzia debba provvedere all'invio del rapporto medesimo oltre che al Governo ed alle commissioni parlamentari competenti anche ai «comitati di settore dei comparti regioni e autonomie locali e sanità»<sup>99</sup>. Per la predisposizione di tale rapporto, l'Aran si avvale della collaborazione dell'Istat<sup>100</sup> e del Ministero dell'economia e delle finanze. Rispetto alla precedente sistemazione della norma, l'attuale disposizione, da un lato, impone di accedere ai dati per il tramite del Ministero (rendendo indispensabile la cooperazione di quest'ultimo)<sup>101</sup>, dall'altro lato, prescrive in termini di maggior

<sup>97</sup> Come già ricordato, il 1° co. dell'art. 46, d.lg. n. 165/2001, dopo aver attribuito all'Aran la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni, conferisce all'Agenzia medesima l'esercizio di un ampio novero di funzioni (relative alle relazioni sindacali, alla negoziazione dei contratti collettivi e all'assistenza delle pubbliche amministrazioni al fine dell'applicazione uniforme dei contratti collettivi stessi). Il 2° co., invece, a seguito della statuizione per cui «le pubbliche amministrazioni possono avvalersi dell'assistenza dell'Aran ai fini della contrattazione integrativa», prosegue con la fissazione di disposizioni poste ad incentivare uno stretto rapporto, su base volontaria, tra Aran e pubbliche amministrazioni (la norma stabilisce, dapprima, che, sulla base di apposite intese, l'assistenza possa essere prestata in maniera congiunta per «amministrazioni dello stesso tipo o ubicate nello stesso ambito territoriale», poi, che, su richiesta dei comitati di settore, sia possibile costituire, «anche per periodi determinati, delegazioni dell'Aran su base regionale o pluriregionale»). Il 13° co., da ultimo, invita le Regioni a statuto speciale e le Province autonome, sempre ai fini della contrattazione collettiva, ad avvalersi di «agenzie tecniche», istituite con apposite leggi, ovvero dell'assistenza dell'Aran nelle stesse forme previste per le altre amministrazioni. Si tratta di disposizioni lasciate inalterate dalla riscrittura del 2009.

<sup>98</sup> Non più trimestrale, come nella precedente formulazione della norma.

<sup>99</sup> Tale espressa menzione sostituisce il generico richiamo ai comitati di settore contenuto nella precedente formulazione. V., sul punto, SOLOPERTO, *La riforma della contrattazione collettiva*, in *La nuova riforma del lavoro pubblico*, a cura di Tiraboschi, Verbaro, Milano, 2010, 111, il quale sottolinea come la norma sia stata evidentemente predisposta «in coerenza» con le indicazioni del decreto delegato «in materia di comparti di contrattazione e di comitati di settore».

<sup>100</sup> L'interazione con l'Istituto è finalizzata all'acquisizione di informazioni statistiche ed alla formulazione di modelli di rilevazione.

<sup>101</sup> Sull'argomento, v. D'ONGHIA, *op. cit.*, 388.

rigore la messa a disposizione delle informazioni necessarie, dal momento che la norma prevede una “garanzia” per l’accesso «ai dati raccolti in sede di predisposizione del bilancio dello Stato, del conto annuale del personale e del monitoraggio dei flussi di cassa e relativi agli aspetti riguardanti il costo del lavoro pubblico»<sup>102</sup>.

Spetta, inoltre, all’Agenzia l’attività di «monitoraggio sull’applicazione dei contratti collettivi nazionali e sulla contrattazione collettiva integrativa», per la quale era prevista, in precedenza, la costituzione, all’interno dell’Agenzia stessa, di un osservatorio a composizione paritetica. All’esito di tale attività, poi, l’Aran presenta, con cadenza annuale, al Dipartimento della funzione pubblica, al Ministero dell’economia e delle finanze ed ai comitati di settore, un rapporto circa «l’effettività e la congruenza della ripartizione fra le materie regolate dalla legge, quelle di competenza della contrattazione nazionale e quelle di competenza dei contratti integrativi», nel quale si individuano anche «le principali criticità emerse in sede di contrattazione collettiva nazionale ed integrativa»<sup>103</sup>.

La norma, sostituendo il monitoraggio interno alla precedente forma di controllo ad opera dell’osservatorio a composizione paritetica, afferma l’opportunità che l’Aran – in quanto unica deputata dalla legge alla stipulazione, in nome e per conto delle amministrazioni pubbliche, di contratti collettivi – sia la sola a dover monitorare i risultati della contrattazione medesima. Peraltro, la comunicazione del rapporto ai soggetti indicati consente a ciascuno, nelle proprie competenze, di valutare quanto rilevato all’esito del monitoraggio dell’Agenzia. L’attività così concepita introduce una «forma generale di controllo a posteriori sulla contrattazione», nazionale e integrativa, tutta interna alla parte datoriale, congegnata allo scopo di consentire la migliore tutela degli «interessi negoziali e gestionali» delle amministrazioni stesse<sup>104</sup>.

Sempre nell’ambito del ruolo svolto dall’Agenzia con riferimento al procedimento di contrattazione collettiva, l’Aran ha il compito di gestire, anche con funzioni di controllo, l’intero meccanismo deputato alla selezione dei soggetti sindacali abilitati alla contrattazione (v. il commento al § 7).

<sup>102</sup> Così, SOLOPERTO, *La riforma della contrattazione collettiva*, cit., 111.

<sup>103</sup> Art. 46, 4° co., d.lg. n. 165/2001, come sostituito dall’art. 58, 1° co., lett. a), d.lg. n. 150/2009. Nella precedente formulazione era statuito che: «Per il monitoraggio sull’applicazione dei contratti collettivi nazionali e sulla contrattazione collettiva integrativa, viene istituito presso l’Aran un apposito osservatorio a composizione paritetica. I suoi componenti sono designati dall’Aran, dai comitati di settore e dalle organizzazioni sindacali firmatarie dei contratti collettivi nazionali».

<sup>104</sup> In questi termini, SOLOPERTO, *La riforma della contrattazione collettiva*, cit., 111 ss.



Organi dell'Agenzia sono il Presidente ed il Collegio di indirizzo e controllo.

Il Presidente dell'Aran, cui la legge attribuisce la rappresentanza dell'Agenzia, «è nominato con decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione previo parere della Conferenza unificata». È stabilito, inoltre, che questi possa essere scelto «fra esperti in materia di economia del lavoro, diritto del lavoro, politiche del personale e strategia aziendale, anche estranei alla pubblica amministrazione», nel rigoroso rispetto di specifiche regole sulle incompatibilità.

La carica di Presidente ha una serie di incompatibilità che riguardano qualsiasi altra attività professionale a carattere continuativo, incarichi pubblici elettivi o cariche in partiti politici, nonché cariche in organizzazioni sindacali, con l'ulteriore precisazione, in tale ultima ipotesi, che l'incompatibilità debba intendersi «estesa a qualsiasi rapporto di carattere professionale o di consulenza con le predette organizzazioni sindacali o politiche».

Nell'ipotesi che a rivestire la carica medesima sia un dipendente pubblico, si prevede il collocamento in aspettativa o in posizione di fuori ruolo secondo l'ordinamento dell'amministrazione di appartenenza.

Rispetto alla precedente disciplina<sup>105</sup>, quella attuale presenta un più rigoroso regime di preclusioni.

Le modifiche all'art. 46, d.lg. n. 165/2001 – attuative del principio di delega predisposto dal legislatore per il rafforzamento dell'indipendenza dell'Aran dalle organizzazioni sindacali – perseguono, per un verso, l'obiettivo di eliminare la connotazione c.d. consociativa dell'Agenzia con la controparte sindacale, per altro verso, quello di garantire la separazione tra l'indirizzo politico e l'attività gestionale<sup>106</sup>.

<sup>105</sup> La vecchia formulazione del 6° co. dell'art. 46, d.lg. n. 165/2001 prevedeva che il Presidente fosse designato dal Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro per la funzione pubblica di concerto col Ministro dell'economia e delle finanze, sentita la Conferenza unificata Stato-Regioni e Stato-Città.

<sup>106</sup> Sull'argomento, v. CARINCI F., *Il secondo tempo della riforma Brunetta*, cit., LVII, il quale osserva che quanto statuito dal d.lg. n. 150/2009 «sterilizzi l'involutione consociativa dell'Aran, ma non per rilegittimarla come agenzia "autonoma", dotata di una certa discrezionalità decisionale, ma per utilizzarla come agenzia "tecnica" strumentale». Trovando, l'Autore, conferma di tale impressione «nella revisione del procedimento di contrattazione collettiva, quale risulta dall'art. 59, che ha sostituito l'art. 47». V. altresì, D'OKNEPA, *op. cit.*, 381 ss. Secondo l'Autore, l'obiettivo delle nuove regole è quello di «garantire l'assoluta autonomia dell'Agenzia rispetto alla propria controparte sindacale (quasi che tutte le colpe fossero del sindacato!)» oltre che «il rispetto del principio di distinzione fra indirizzo politico e attività

La legge fissa in quattro anni la durata in carica del Presidente, potendo questi essere riconfermato, ma solo per una volta.

Accanto alla figura del Presidente, è previsto un Collegio di indirizzo e controllo, costituito da quattro membri – «scelti tra esperti di riconosciuta competenza in materia di relazioni sindacali e di gestione del personale, anche estranei alla pubblica amministrazione», due dei quali «designati con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta, rispettivamente, del Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione e del Ministro dell'economia e delle finanze», gli altri, «rispettivamente, dall'ANCI e dall'UPI e dalla Conferenza delle Regioni e delle province autonome» – e dal Presidente dell'Agenzia che lo presiede<sup>107</sup>.

Per tale organismo sono previste le stesse incompatibilità già menzionate per il Presidente ad eccezione di quelle riguardanti le attività professionali a carattere continuativo<sup>108</sup>.

Quanto alle funzioni<sup>109</sup>, all'organo collegiale spetta il coordinamento della strategia negoziale, di cui ne assicura l'omogeneità, «assumendo la responsabilità per la contrattazione collettiva e verificando che le trat-

gestionale per le relazioni sindacali». Aggiunge, tuttavia, come sia «utopico pensare che tale obiettivo possa realizzarsi solo predisponendo nuove regole formali», rimanendo «prioritario (...) il prudente apprezzamento e il senso dell'opportunità e dell'equilibrio del Presidente del Consiglio dei Ministri, che continua ad essere il titolare del potere di nomina del direttivo dell'ARAN». V., inoltre, le riflessioni di TALAMO, *La riforma del sistema*, cit., 18. Sempre ribadendo la finalità «di garantire l'autonomia dell'agente contrattuale pubblico rispetto alla propria controparte sindacale e di assicurare un cogente rispetto del principio di distinzione fra indirizzo politico ed attività gestionale», l'Autore rileva come, se da un lato, il legislatore mostra di aver «considerato positivamente la presenza di un agente negoziale tecnico e non politico», d'altro lato, alla luce dell'esperienza del passato («in cui non sempre è sembrata sussistere una sufficiente "distanza di sicurezza" fra l'agente negoziale pubblico e la sua controparte nonché fra tavoli della contrattazione e palazzi della politica»), sembra anche che egli abbia sentito la necessità di «garantirsi dai più evidenti effetti distorsivi, restaurando un sistema di incompatibilità ancora più severo di quello che venne previsto in origine». Infine, ha sostenuto trattarsi di una «neutralizzazione dai sindacati» CARUSO, *op. cit.*, 259.

<sup>107</sup> La durata in carica è fissata in quattro anni e i componenti possono essere riconfermati, ma soltanto per una volta (art. 46, 7° co., d.lg. n. 165/2001).

<sup>108</sup> Deve rilevarsi che con la riforma del 2009 si preserva l'Aran da ogni forma di ingerenza da parte delle organizzazioni sia politiche che sindacali non limitando l'incompatibilità agli organi di vertice dell'Agenzia ma estendendola anche alle posizioni dirigenziali: l'ultimo periodo del co. 7 bis precisa che l'assenza delle cause di incompatibilità indicate nello stesso comma «costituiscono presupposto necessario per l'affidamento degli incarichi dirigenziali nell'agenzia».

<sup>109</sup> «Nell'esercizio delle sue funzioni il collegio delibera a maggioranza, su proposta del presidente» (art. 46, 7° co., d.lg. n. 165/2001).

tative si svolgano in coerenza con le direttive contenute negli atti di indirizzo»<sup>110</sup>.

Con riferimento alle risorse di cui l'Agenzia si avvale per lo svolgimento della propria attività<sup>111</sup>, è prescritto che la misura annuale del contributo individuale che le amministrazioni corrispondono all'Aran per ciascuno dei dipendenti in servizio debba essere «definita, sentita l'Aran, con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro della pubblica amministrazione e l'innovazione, d'intesa con la Conferenza unificata»<sup>112</sup> e riferita a ciascun triennio contrattuale.

Riguardo, poi, alla riscossione dei contributi di cui si è appena detto, deve rilevarsi come la relativa procedura, rimasta invariata quanto alle amministrazioni diverse dallo Stato<sup>113</sup>, abbia subito modificazioni quanto alle amministrazioni dello Stato, per le quali è stabilito che il prelievo debba essere effettuato «mediante l'assegnazione di risorse pari all'ammontare dei contributi che si prevedono dovuti nell'esercizio di riferimento», da realizzarsi con la legge annuale di bilancio, nella misura definita, «con imputazione alla pertinente unità previsionale di base dello stato di previsione del ministero dell'economia e finanze»<sup>114</sup>.

Sotto quest'ultimo profilo si assiste ad un ridimensionamento del ruolo

<sup>110</sup> V., sull'argomento, FONTANA, *op. cit.*, 768 ss., il quale sostiene come tale norma miri al rafforzamento del potere direttivo dei comitati di settore sull'Aran. L'Autore aggiunge come siano il controllo sulle nomine dei componenti del Collegio e la previsione di una responsabilità, in capo ai componenti medesimi, rispetto alla fedele esecuzione delle direttive poste con gli atti di indirizzo ad assumere «un chiaro ed univoco significato, tendente a ridurre considerevolmente l'autonomia dell'ARAN nella fase delle trattative con le organizzazioni sindacali».

<sup>111</sup> Nell'8° co. dell'art. 46, d.lg. n. 165/2001 è prescritto che, per la sua attività, l'Agenzia si avvalga «delle risorse derivanti da contributi posti a carico delle singole amministrazioni dei vari comparti, corrisposti in misura fissa per dipendente in servizio» [lett. a)] e «di quote per l'assistenza alla contrattazione integrativa e per le altre prestazioni eventualmente richieste, poste a carico dei soggetti che se ne avvalgano» [lett. b)].

<sup>112</sup> La precedente versione della norma prevedeva che la misura annua del contributo individuale dovesse essere concordata tra l'Aran ed un organismo di coordinamento dei comitati di settore (previsto dalla vecchia formulazione dell'art. 41, 6° co., d.lg. n. 165/2001).

<sup>113</sup> Il 9° co. dell'art. 46, d.lg. n. 165/2001, lett. b), stabilisce che per le amministrazioni diverse dallo Stato, la riscossione dei contributi debba avvenire «mediante un sistema di trasferimenti da definirsi tramite decreti del Ministro per la funzione pubblica di concerto con il Ministro del tesoro, del bilancio e della programmazione economica e, a seconda del comparto, dei Ministri competenti, nonché, per gli aspetti di interesse regionale e locale, previa intesa espressa dalla Conferenza unificata Stato-regioni e Stato-città».

<sup>114</sup> Nella precedente formulazione del 9° co. dell'art. 46, d.lg. n. 165/2001, lett. a), era previsto che la riscossione dei contributi per le amministrazioni dello Stato dovesse essere effettuata «direttamente attraverso la previsione di spesa complessiva da iscrivere nell'apposito capitolo dello stato di previsione di spesa della Presidenza del Consiglio dei ministri».

dell'Agenzia – che nella definizione della misura dei contributi di cui si avvale, deve essere solo “sentita” – rispetto al più ampio spazio riservato all'azione del Ministro dell'economia e delle finanze<sup>115</sup>.

L'Agenzia ha personalità giuridica di diritto pubblico, oltre che autonomia organizzativa e contabile, nei limiti del proprio bilancio e definisce, con propri regolamenti, l'organizzazione interna, il funzionamento e la gestione finanziaria. I regolamenti di cui si tratta sono adottati d'intesa con la Conferenza unificata e soggetti al controllo non più del solo Ministero della funzione pubblica, ma anche del Ministero dell'economia e delle finanze.

Il ruolo di controllo assegnato alla Conferenza unificata e al Ministero dell'economia evidenzia la volontà del legislatore, da una parte, di coinvolgere le istanze territoriali nelle dinamiche dell'Agenzia e, dall'altra, di contenere l'autonomia di quest'ultima nella definizione delle medesime dinamiche.

Alla Corte dei Conti è riservato il controllo consuntivo sull'intera gestione finanziaria.

Il legislatore si preoccupa di disciplinare anche la materia relativa all'approvvigionamento del personale da parte dell'Agenzia per assolvere ai suoi compiti istituzionali. L'11° e 12° co. dell'art. 46, d.lg. n. 165/2001 delineano una pluralità di strumenti: accanto al concorso pubblico è consentito all'Agenzia, in deroga alle limitazioni fissate nello stesso decreto dall'art. 36, di avvalersi di personale con contratto a tempo determinato secondo le norme vigenti nel settore privato. È prevista inoltre la possibilità di personale, anche di qualifica dirigenziale, proveniente dalle pubbliche amministrazioni rappresentate in posizione di comando o fuori ruolo, con la garanzia per tali dipendenti di conservare lo stato giuridico e il trattamento economico delle amministrazioni di provenienza. Tale tipologia di personale ha la possibilità di usufruire di voci retributive accessorie attribuite direttamente dall'Aran nel rispetto delle disposizioni contrattuali vigenti. È prevista altresì la possibilità che l'Aran, senza ricorrere all'istituto del comando, possa comunque avvalersi di personale direttamente messo a disposizione dalle amministrazioni e dagli enti rappresentati previa apposite intese con questi ultimi a condizione che l'onere economico sia a loro carico. L'Agenzia ha anche la possibilità di utilizzare consulenti esterni con contratti di collaborazione da stipulare nel rispetto dell'art. 7, 6° co. ss., dello stesso decreto.

<sup>115</sup> Divenuto «regista dell'autonomia finanziaria» secondo l'espressione di D'ONGHIA, *op. cit.*, 383.

## 6. (Segue). I comitati di settore

Un ruolo rilevante nella procedura di formazione dei contratti collettivi rivestono i “comitati di settore”, la cui disciplina è posta dall’art. 41, d.lg. n. 165/2011. Tali organismi – costituiti dalle istanze associative o rappresentative delle pubbliche amministrazioni con riferimento ai singoli comparti di contrattazione – rappresentano lo strumento attraverso il quale le amministrazioni pubbliche esercitano «il potere di indirizzo nei confronti dell’Aran e le altre competenze relative alle procedure di contrattazione collettiva nazionale».

Per quanto non contemplati nell’originaria sistemazione della materia<sup>116</sup>, già con l’art. 3, d.lg. n. 396/1997<sup>117</sup>, il legislatore delegato provvede all’introduzione di tali comitati, stabilendone la costituzione presso le amministrazioni e attribuendo ad essi il potere di indirizzo e controllo nei confronti dell’Aran<sup>118</sup>.

L’introduzione dei comitati è frutto di una politica di decentramento amministrativo, che prende atto della oggettiva diversità di ciascuna delle amministrazioni pubbliche ed intende dotare queste ultime di un apparato che permetta una maggiore differenziazione delle discipline contrattuali oltre che la realizzazione degli esiti negoziali confacenti alle istanze delle amministrazioni rappresentate.

Nel tessuto normativo così delineato, successivamente modificato e poi confluito nell’art. 41, d.lg. n. 165/2001, sono intervenuti<sup>119</sup> dapprima la legge delega n. 15/2009<sup>120</sup>, poi l’art. 56, 1° co., d.lg. n. 150/2009.

<sup>116</sup> Prima dell’introduzione del d.lg. n. 396/1997, ai sensi dell’art. 52, 2° co., d.lg. n. 29/1993, come modificato dall’art. 8, 3° co., l. n. 127/1997, il potere di dettare direttive all’Aran veniva esercitato dal Presidente del Consiglio dei Ministri (previa intesa con le amministrazioni regionali, provinciali e comunali per gli aspetti di loro interesse, espressa rispettivamente dalla Conferenza dei Presidenti delle Regioni e delle Province autonome di Trento e Bolzano, dall’Unione delle Province d’Italia e dall’Associazione nazionale dei Comuni italiani).

<sup>117</sup> La norma, attuativa della legge delega n. 59/1997, ha modificato l’impianto fissato dall’art. 46, d.lg. n. 29/1993 (disciplinante i poteri di indirizzo nei confronti dell’Aran), allo scopo di assicurare all’Agenzia «un più autonomo ruolo negoziale» ed alle amministrazioni una partecipazione più diretta alla formazione della volontà contrattuale.

<sup>118</sup> Sull’argomento, quanto alle vicende che hanno riguardato l’introduzione e la modifica della disciplina dei comitati di settore, v. la ricostruzione di LUCIANI, LOMBARDO, *Sub art. 41, d.lg. n. 165/2001*, in AMOROSO, DI CERBO, FIORILLO, MARESCA A., *op. cit.*, 665 ss. Per una definizione di tali organismi, v. TALAMO, *La riforma del sistema*, cit., 16, per il quale i comitati di settore, «nel disegno del “secondo” legislatore delegato, ricoprono il ruolo di associazioni datoriali pubbliche, rappresentative dello specifico interesse sindacale delle amministrazioni di cui l’Aran assume la rappresentanza in sede negoziale».

<sup>119</sup> Dopo una modifica ad opera dell’art. 3, d.lg. n. 173/2003.

<sup>120</sup> All’art. 3, 2° co., lett. h), n. 3, l. n. 15/2009 si prescrive la «ridefinizione della struttura e

Le modifiche non mutano le funzioni assolte dai comitati di settore che hanno il compito di formulare gli atti di indirizzo per la contrattazione collettiva nazionale e quello di esprimere pareri sull'ipotesi di accordo contrattuale, autorizzando la firma della stessa e ciò sempre che il testo corrisponda agli indirizzi già formulati.

Le pubbliche amministrazioni, in tal modo, prendono parte, attraverso proprie ed autonome forme di rappresentanza, al processo negoziale, incidendo significativamente oltre che sulla definizione delle linee strategiche che devono caratterizzare il futuro contratto, anche e specialmente nella definitiva stesura del testo contrattuale, che non può essere sottoscritto dall'Aran senza il parere positivo dei vari comitati.

La nuova riscrittura non scardina il «fulcro del sistema» già rappresentato dal rapporto tra l'Agenzia di rappresentanza delle pubbliche amministrazioni ed i comitati di settore, talché non risulta mutata «la scissione fra il potere di indirizzo, attribuito ai comitati di settore, e il potere di rappresentanza, che spetta all'Aran»<sup>121</sup>.

Parimenti sono riaffermate entrambe le previsioni per cui i comitati regolano in via autonoma le proprie modalità di funzionamento e di deliberazione e le deliberazioni da questi assunte sono definitive, non richiedendo alcuna successiva ratifica da parte delle pubbliche amministrazioni del comparto.

Tale ultima previsione è oltremodo significativa perché non solo consente di convalidare il rafforzamento del ruolo dei comitati di settore, ma evita il rischio di un coinvolgimento degli organismi medesimi in meccanismi di stampo pubblicistico – del genere delle autorizzazioni e dei controlli – idonei ad alterarne la natura.

Nuova è, invece, la disciplina, posta con riguardo alla costituzione dei comitati di settore<sup>122</sup>, peraltro in linea con quanto già statuito dall'art. 40, 2° co., d.lg. n. 165/2001 con riferimento ai comparti di contrattazione.

delle competenze dei comitati di settore, rafforzandone il potere direttivo nei confronti dell'Aran».

<sup>121</sup> Di questo avviso, FONTANA, *op. cit.*, 757.

<sup>122</sup> La previgente sistemazione dell'art. 41, d.lg. n. 165/2001, se pure stabiliva direttamente che per le amministrazioni e le aziende autonome dello Stato operasse come comitato di settore «il Presidente del Consiglio dei Ministri, tramite il Ministro per la funzione pubblica, di concerto con il Ministro del tesoro, del bilancio e della programmazione economica», «nonché, per il sistema scolastico, di concerto con il Ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca scientifica e, per il comparto delle Agenzie fiscali, sentiti i direttori delle medesime» (2° co.). Per le altre amministrazioni pubbliche, invece, prescriveva l'istituzione di un comitato per ciascun comparto di contrattazione che tenesse conto delle istanze rappresentative

Alla riduzione dei comparti e delle aree di contrattazione ha fatto riscontro «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.lg. 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»<sup>123</sup>.

È disposto che per «le regioni, i relativi enti dipendenti, e le amministrazioni del Servizio sanitario nazionale» sia costituito un comitato di settore nell'ambito della Conferenza delle Regioni, aggiungendo, peraltro, che, «per le competenze delle amministrazioni del Servizio sanitario nazionale», al comitato medesimo partecipi «un rappresentante del Governo, designato dal Ministro del lavoro, della salute e delle politiche sociali».

Parimenti è prevista la costituzione, «nell'ambito dell'Associazione nazionale dei Comuni italiani (ANCI), dell'Unione delle province d'Italia (UPI) e dell'Unioncamere», di un apposito comitato di settore che eserciti le competenze relative alle procedure di contrattazione collettiva «per i dipendenti degli enti locali, delle Camere di commercio e dei segretari comunali e provinciali»<sup>124</sup>.

Per ogni altra amministrazione è, invece, il medesimo dettato della norma, a prestabilire la configurazione dell'organismo medesimo, fissando che «per tutte le altre amministrazioni opera come comitato di settore il Presidente del Consiglio dei Ministri tramite il Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione, di concerto con il Ministro dell'economia e finanze». Il legislatore, tuttavia, si premura di salvaguardare le peculiarità delle diverse amministrazioni, prevedendo, in ogni caso, che, in sede di predisposizione degli atti di indirizzo, siano coinvolte le rappresentanze dei

esistenti nel settore degli enti territoriali, delle università e negli enti pubblici non economici e di ricerca (3° co.).

<sup>123</sup> Così, TALAMO, *La riforma del sistema*, cit., 16 ss. Sempre con riguardo alle conseguenze relative alla riduzione del numero dei comitati v., pure, D'ONGHIA, *op. cit.*, 374, per la quale la riduzione di cui si tratta «oltre che da strumento di razionalizzazione vuole fungere anche da efficace strumento di semplificazione del procedimento contrattuale con indiretti riflessi pure sul versante della spesa».

<sup>124</sup> Sull'argomento e, in particolare, sulla previsione di due distinti comitati di settore (uno per le Regioni e le amministrazioni del Servizio sanitario nazionale, uno per gli Enti locali, le Camere di commercio ed i Segretari comunali e provinciali) v. quanto ricostruito da LUCIANI, LOMBARDO, *Sub art. 41*, d.lg. n. 165/2001, cit., 669 ss.

diversi settori dell'amministrazione. È previsto, infatti, che gli indirizzi siano emanati «per il sistema scolastico, sentito il Ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca», come pure che, «per i rispettivi ambiti di competenza», gli atti di indirizzo siano emanati «sentiti i direttori delle Agenzie fiscali, la Conferenza dei rettori delle università italiane; le istanze rappresentative promosse dai presidenti degli enti di ricerca e degli enti pubblici non economici ed il presidente del Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro».

È evidente, in proposito, come il nuovo assetto delineato comporti una sensibile riduzione degli «spazi di autonomia» delle amministrazioni di cui si tratta<sup>125</sup>.

È statuito, poi, che rappresentanti designati dai comitati di settore abbiano la possibilità di assistere l'Aran nel corso delle trattative. La previsione, che non trova precedenti nella passata formulazione della norma<sup>126</sup>, è inserita nel tessuto normativo al fine dell'attuazione del principio di delega per il quale è richiesto che i comitati di settore siano riconfigurati di modo da risultarne rafforzato il potere direttivo nei confronti dell'Aran<sup>127</sup>.

Ai comitati di settore è accordata, inoltre, la possibilità di stipulare con l'Agenzia specifici accordi finalizzati, tanto alla regolazione dei reciproci rapporti in materia di contrattazione, quanto alla gestione di eventuali attività comuni.

È stabilito, poi, che – «per assicurare il miglior raccordo tra i Comitati di settore delle Regioni e degli enti locali e l'Aran» – a ciascun comitato corrisponda una specifica struttura «nell'ambito del regolamento di organizzazione dell'Aran», senza che tanto comporti nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica.

Per la stipulazione degli accordi che definiscono o modificano i comparti e le aree di contrattazione collettiva o che regolano gli istituti comuni a più comparti – si tratta dei cc.dd. contratti collettivi quadro – «le funzioni di indirizzo e le altre competenze inerenti alla contrattazione collettiva» sono esercitate dai comitati di settore collegialmente. Rispetto alla precedente sistemazione della materia, è omissivo il riferimento all'operatività di

<sup>125</sup> Così, SOLOPERTO, *La riforma della contrattazione collettiva*, cit., 125. L'Autore evidenzia la criticità della nuova regolamentazione, sottolineando che le specificità di talune amministrazioni trovano oggi espressione solo nella possibilità per le amministrazioni medesime di essere "sentite".

<sup>126</sup> Ad eccezione di quanto previsto per le amministrazioni del Servizio sanitario nazionale dall'art. 41, 4° co., d.lg. n. 165/2001, vecchio testo.

<sup>127</sup> Art. 3, 2° co., lett. h), n. 3, l. n. 15/2009.



un «organismo di coordinamento dei comitati di settore costituito presso l'Aran».

In merito alla qualificazione della natura giuridica dell'attività dei comitati, fino all'ultima riscrittura della norma, si è comunemente ritenuto che l'azione di questi ultimi fosse espressione dell'esercizio di atti propri dell'autonomia privata; e ciò sia in virtù del generale principio di cui all'art. 5, d.lg. n. 165/2001, sia in ragione del fatto che la loro attività è inserita nel più generale processo di contrattazione<sup>128</sup>. Alla luce della nuova sistemazione della disciplina, la tesi potrebbe vacillare: è più che legittimo domandarsi se il «comitato di settore governativo» così come congegnato «possa utilizzare» ancora adesso «atti privatistici» e se «il suo rapporto con le pubbliche amministrazioni possa oggi essere fondato sulla rappresentanza civilistica»<sup>129</sup>.

### **7. (Segue). La parte sindacale: le organizzazioni abilitate a contrarre**

La scelta degli interlocutori contrattuali di parte sindacale avviene nel rispetto di criteri selettivi indicati dal legislatore: alle trattative per il rinnovo dei contratti collettivi risultano ammesse soltanto quelle organizzazioni sindacali che raggiungano una determinata soglia di rappresentatività, misurata in base a parametri prestabiliti.

La regola della selezione del soggetto sindacale segna il momento di maggiore discontinuità con il modello di relazioni sindacali presente nel settore privato, caratterizzato da un sistema sindacale di fatto, volontaristico ed autoregolato, le cui linee portanti sono costituite dal principio del reciproco riconoscimento delle parti contraenti a cui si accompagna quello della loro pari dignità negoziale a prescindere dalle dimensioni quantitative<sup>130</sup>.

<sup>128</sup> L'assunto è confermato anche dall'art. 63, 3° co., d.lg. n. 165/2001, che, devolvendo «al giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, le controversie (...) promosse da organizzazioni sindacali, dall'Aran o dalle pubbliche amministrazioni, relative alle procedure di contrattazione collettiva di cui all'articolo 40 e seguenti del (...) decreto», qualifica come atti di diritto privato tutti quelli afferenti alla procedura di cui si tratta.

<sup>129</sup> V. quanto ricostruito sul punto da LUCIANI, LOMBARDO, *Sub* art. 41, d.lg. n. 165/2001, cit., 672.

<sup>130</sup> Allo stato anche nel settore privato si registra un tentativo di regolamentazione del modello di relazioni industriali ad opera delle stesse parti sociali che, in linea con quanto stabilito dal legislatore per il settore pubblico, hanno introdotto la regola della selezione sindacale ai fini della partecipazione al tavolo contrattuale ed il criterio del principio maggioritario ai fini della efficacia della fonte collettiva di secondo livello. Si tratta di un inizio di regola-

I parametri per la misurazione della rappresentatività sindacale sono costituiti dal seguito associativo, «espresso dalla percentuale delle deleghe per il versamento dei contributi sindacali rispetto al totale delle deleghe rilasciate nell'ambito considerato», al quale si aggiunge il dato elettorale, «espresso dalla percentuale dei voti ottenuti nelle elezioni delle rappresentanze unitarie del personale, rispetto al totale dei voti espressi nell'ambito considerato» (art. 43, d.lg. n. 165/2001<sup>131</sup>).

Per la partecipazione alle trattative, il valore di riferimento contempla entrambi i dati surriferiti. È prescritto, infatti, che l'Aran ammetta alla contrattazione collettiva nazionale soltanto quelle organizzazioni sindacali «che abbiano nel comparto o nell'area una rappresentatività non inferiore al 5 per cento, considerando a tal fine la media tra il dato associativo e il dato elettorale»<sup>132</sup>.

Alle trattative possono partecipare, per il comparto o l'area di riferimento, anche le confederazioni sindacali, a condizione, tuttavia, che alle stesse siano affiliate le organizzazioni sindacali ammesse alla contrattazione collettiva ai sensi del 1° co.

In ossequio al principio maggioritario, è statuito, poi, che l'Aran sottoscriva i contratti collettivi avendo previamente verificato – sulla base della rappresentatività accertata per l'ammissione alle trattative – che le organizzazioni sindacali aderenti all'ipotesi di accordo rappresentino, complessivamente, almeno il 51 per cento come media tra dato associativo e dato elet-

mentazione ancora lontana dalla organicità presente nel settore pubblico, ma di sicura rilevanza sistemica. Il riferimento è all'Accordo interconfederale Confindustria e CGIL, Cisl, Uil del 28.6.2011 per la cui analisi v., in particolare, le riflessioni di PERSIANI, *Osservazioni estemporanee sull'accordo interconfederale del 2011*, in *Arg. dir. lav.*, 2011, 451 ss.; CARINCI F., *L'accordo interconfederale del 28 giugno 2011: armistizio o pace?*, *ivi*, 2011, 457 ss.; FERRARO, *L'efficacia soggettiva del contratto collettivo*, in *Riv. giur. lavoro*, 2011, I, 739 ss.; TOSI, *L'accordo interconfederale 28 giugno 2011: verso una (nuova) autoricomposizione del sistema contrattuale*, in *Arg. dir. lav.*, 2011, 1212 ss.

<sup>131</sup> Per l'impatto dell'ultima riscrittura del 2009 sulla disciplina relativa alla parte sindacale, v. FONTANA, *Sub artt. 42-43*, d.lg. n. 165/2001, in AMOROSO, DI CERBO, FIORILLO, MARESCA A., *op. cit.*, 680 ss., il quale rileva come, sebbene il d.lg. n. 150/2009 non abbia modificato, «se non in minima parte», gli artt. 42 e 43, d.lg. n. 165/2001, in materia di prerogative, diritti e rappresentatività dei sindacati, «rimasti quindi invariati», le norme medesime «non potranno non risentire degli effetti derivanti dalla riforma sugli altri articoli del d.lg. n. 165 del 2001».

<sup>132</sup> Se il superamento della soglia prevista dalla legge «conferisce» alle organizzazioni sindacali «il diritto di partecipare al processo di contrattazione collettiva», problemi si pongono, invece, con riguardo all'individuazione delle conseguenze derivanti dalla lesione di tale diritto e, in particolare, con riferimento «agli effetti della contrattazione collettiva approdata alla stipulazione senza la partecipazione di uno dei soggetti necessari». Per tale argomento v. FONTANA, *Sub artt. 42-43*, d.lg. n. 165/2001, *cit.*, 684.

torale nel comparto o nell'area contrattuale, oppure, nel medesimo ambito, almeno il 60 per cento del solo dato elettorale<sup>133</sup>.

Per quanto riguarda «la stipulazione degli accordi o contratti collettivi che definiscono o modificano i comparti o le aree o che regolano istituti comuni a tutte le pubbliche amministrazioni o riguardanti più comparti», è prescritto, inoltre, che l'Aran ammetta alla contrattazione collettiva «le confederazioni sindacali alle quali, in almeno due comparti o due aree contrattuali, siano affiliate organizzazioni sindacali rappresentative» secondo i parametri citati.

L'Agenzia assicura la raccolta dei dati sui voti e sulle deleghe. Con l'ulteriore previsione che – per il controllo sulle procedure elettorali, oltre che per la raccolta dei dati relativi alle deleghe – si avvalga, «sulla base di apposite convenzioni, della collaborazione del Dipartimento della funzione pubblica, del Ministero del lavoro, delle istanze rappresentative o associative delle pubbliche amministrazioni».

Peraltro – a garanzia di una rilevazione certa ed obiettiva, nonché per la certificazione dei dati e per la risoluzione delle eventuali controversie – è stabilita l'istituzione presso l'Aran di un comitato paritetico, articolabile anche per comparti, cui prendono parte le organizzazioni sindacali ammesse alla contrattazione collettiva nazionale attribuendogli una specifica competenza con riguardo alla verifica dei dati relativi ai voti ed alle deleghe (stabilendo, in particolare, che questi possa «deliberare che non siano prese in considerazione, ai fini della misurazione del dato associativo, le deleghe a favore di organizzazioni sindacali che richiedano ai lavoratori un contributo economico inferiore di più della metà rispetto a quello mediamente richiesto dalle organizzazioni sindacali del comparto o dell'area»), nonché la competenza a deliberare sulle contestazioni sorte relativamente alle rilevazioni di cui si tratta.

Con riferimento alla contrattazione collettiva integrativa il legislatore (art. 43, 5° co., d.lg. n. 165/2001), se da una parte si limita a prescrivere che «i soggetti e le procedure della contrattazione collettiva integrativa sono disciplinati dai contratti collettivi nazionali», dall'altra non manca di richiamare tutti i vincoli alla stessa imposti dall'art. 40 dello stesso decreto e, con specifico riferimento agli agenti di contrattazione, opera un rinvio all'art.

<sup>133</sup> Sui criteri di computo individuati dal legislatore ai fini della selezione del soggetto sindacale e della individuazione del grado di rappresentatività necessario per la firma del contratto collettivo, v. ZOPPOLI L., *Lavoro pubblico: per un contratto di generale applicazione basta una rappresentatività piccola piccola?*, in *Riv. giur. lavoro*, 2010, I, 125.

42, 7° co., che sottolinea la possibilità di affiancare, per la contrattazione di secondo livello, agli organismi di rappresentanza unitaria del personale i rappresentanti delle organizzazioni sindacali firmatarie del contratto collettivo nazionale; e ciò con l'intento di evitare un doppio canale di contrattazione e rafforzare l'unitarietà del sistema contrattuale.

Il modello sopra descritto ha prodotto buoni risultati realizzando un sistema di relazioni sindacali effettivamente democratico in quanto fortemente legittimato dalla base, che ha mostrato di gradire il criterio di selezione prescelto per la individuazione dei rappresentanti sindacali, partecipando massicciamente alle fasi elettive e contribuendo ad incrementare il tasso di sindacalizzazione mediante l'adesione alle varie sigle sindacali<sup>134</sup>.

Analisi *ex post* sul funzionamento del modello pubblico hanno dimostrato che il rafforzamento delle regole sulla partecipazione democratica nel sistema delle relazioni sindacali, oltre a riscuotere un notevole consenso da parte dei lavoratori, ha prodotto da parte dei delegati una ripresa della vita associativa di organizzazione con conseguente sviluppo anche della contrattazione collettiva integrativa sia sotto il profilo quantitativo che qualitativo<sup>135</sup>.

Deve rilevarsi infine che le regole sulla selezione del soggetto sindacale, che riverberano i loro effetti anche sull'intero modello di relazioni sindacali ivi compresa l'efficacia generalizzata del contratto collettivo, sono in linea con quello che Massimo D'Antona<sup>136</sup> ha definito il «nocciolo duro» dell'art. 39 cost.

I criteri tracciati in sede di riforma del lavoro pubblico preservano la forma associativa dell'organizzazione sindacale (con l'esclusione di aggregazioni spontanee), valorizzano la democraticità del modello costituzionale (garantendo un sistema di rappresentanza associativa aperta anche ai lavoratori non iscritti attraverso la valorizzazione delle rappresentanze elettive nei luoghi di lavoro) e costituiscono attuazione del criterio proporzionalistico per il quale le organizzazioni sindacali devono contare in proporzione al loro seguito effettivo e, dunque, secondo la regola della maggioranza.

<sup>134</sup> GAROIA, RICCIARDI, *Il settore pubblico come paradigma?*, in *Quaderni di rassegna sindacale*, 2005, n. 1, 125.

<sup>135</sup> REGALIA, *Rappresentanze sindacali unitarie: quali regole?*, in *Quaderni di rassegna sindacale*, 2002, n. 1, 36.

<sup>136</sup> D'ANTONA, *Il quarto comma dell'art. 39 della Costituzione, oggi*, in *Giornale dir. lav. e relaz. ind.*, 1998, 690.

### 8. L'iter negoziale

Il procedimento di contrattazione collettiva si inserisce in una rigida impalcatura legislativa che ne scandisce in modo analitico le varie fasi<sup>137</sup>.

Si inizia con la definizione delle risorse finanziarie da destinare alla contrattazione nazionale: per le amministrazioni a carico del bilancio dello Stato, l'onere derivante dalla contrattazione è quantificato dal Ministero dell'economia e delle finanze, in coerenza con i parametri previsti dagli strumenti di programmazione e di bilancio, con apposita norma da inserire nella legge finanziaria<sup>138</sup>.

Per le amministrazioni diverse dallo Stato<sup>139</sup>, invece, gli oneri derivanti dalla contrattazione collettiva nazionale sono determinati a carico dei rispettivi bilanci<sup>140</sup>.

Segue, poi, la definizione degli indirizzi che, per la contrattazione collettiva nazionale, sono emanati dai comitati di settore prima di ogni rinnovo contrattuale ed inviati all'Aran.

Per le Regioni ed enti dipendenti, le amministrazioni del Servizio sanitario nazionale, le autonomie locali, le Camere di commercio e i Segretari comunali e provinciali è prescritto che gli indirizzi medesimi debbano essere preventivamente sottoposti al Governo che, nel termine dei successivi venti giorni, «può esprimere le sue valutazioni per quanto attiene agli

<sup>137</sup> Art. 47, d.lg. n. 165/2001.

<sup>138</sup> Il riferimento è all'art. 48, 1° co., d.lg. n. 165/2001, nel quale è statuito che: «Il Ministero del tesoro, del bilancio e della programmazione economica, quantifica, in coerenza con i parametri previsti dagli strumenti di programmazione e di bilancio di cui all'articolo 1-bis della legge 5 agosto 1978, n. 468 e successive modificazioni e integrazioni, l'onere derivante dalla contrattazione collettiva nazionale a carico del bilancio dello Stato con apposita norma da inserire nella legge finanziaria ai sensi dell'articolo 11 della legge 5 agosto 1978, n. 468, e successive modificazioni ed integrazioni. Allo stesso modo sono determinati gli eventuali oneri aggiuntivi a carico del bilancio dello Stato per la contrattazione integrativa delle amministrazioni dello Stato di cui all'articolo 40, comma 3-bis».

<sup>139</sup> Si tratta degli enti territoriali in generale, nonché delle università italiane, degli enti pubblici non economici e degli enti e delle istituzioni di ricerca, ivi compresi gli enti e le amministrazioni di cui all'art. 70, 4° co., d.lg. n. 165/2001.

<sup>140</sup> Art. 48, 2° co., d.lg. n. 165/2001, per il quale «le risorse per gli incrementi retributivi per il rinnovo dei contratti collettivi nazionali delle amministrazioni regionali, locali e degli enti del Servizio sanitario nazionale sono definite dal Governo, nel rispetto dei vincoli di bilancio, del patto di stabilità e di analoghi strumenti di contenimento della spesa, previa consultazione con le rispettive rappresentanze istituzionali del sistema delle autonomie». Il 4° co., inoltre, stabilisce che: «Per le amministrazioni diverse dalle amministrazioni dello Stato e per gli altri enti cui si applica il presente decreto, l'autorizzazione di spesa relativa al rinnovo dei contratti collettivi è disposta nelle stesse forme con cui vengono approvati i bilanci, con distinta indicazione dei mezzi di copertura».

aspetti riguardanti la compatibilità con le linee di politica economica e finanziaria nazionale». Termine, questo, oltre il quale, in mancanza di valutazioni, l'atto di indirizzo può essere inviato all'Agenzia<sup>141</sup>.

Ricevuti gli indirizzi, l'Aran apre le trattative, invitando le organizzazioni abilitate a prendervi parte ed informando costantemente i comitati di settore ed il Governo circa lo svolgimento delle trattative medesime<sup>142</sup>.

All'esito della trattativa, raggiunta l'ipotesi di accordo, questa viene trasmessa dall'Aran, unitamente alla prescritta relazione tecnica, ai comitati di settore ed al Governo, entro il termine di dieci giorni.

Per gli enti territoriali il comitato di settore esprime il parere, oltre che sul testo contrattuale, anche sugli oneri finanziari diretti e indiretti a carico dei bilanci delle amministrazioni interessate.

Per tutte le altre amministrazioni il parere è espresso dal Presidente del Consiglio dei Ministri, tramite il Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri.

Una volta acquisito il parere favorevole sull'ipotesi di accordo, l'Aran, nella giornata seguente, trasmette alla Corte dei Conti la quantificazione dei costi contrattuali, perché provveda alla certificazione di compatibilità con gli strumenti di programmazione e di bilancio.

La magistratura contabile si occupa di certificare, tanto l'attendibilità dei costi quantificati, quanto la compatibilità dei costi medesimi con gli strumenti di programmazione e di bilancio.

Alla Corte è prescritto di deliberare entro quindici giorni dalla trasmissione della quantificazione di cui tratta, decorsi inutilmente i quali la certificazione si intende effettuata positivamente.

Per l'acquisizione degli elementi istruttori e delle valutazioni sul con-

<sup>141</sup> Art. 47, 2° co., d.lg. n. 165/2001. La previsione prescrive l'operatività del principio del silenzio-assenso. Si tratta di una novità rispetto alla previgente sistemazione della materia, dove, al contrario, nulla era stabilito per l'ipotesi che il Governo non esprimesse la sua valutazione nel termine di dieci giorni. Così LUCIANI, LOMBARDO, *Sub art. 47, d.lg. n. 165/2001*, in AMOROSO, DI CERBO, FIORILLO, MARESCA A., *op. cit.*, 777.

<sup>142</sup> Circa l'obbligo dell'Aran di tenere costantemente informati i comitati di settore ed il Governo sullo svolgimento delle trattative v. quanto rilevato da SOLOPETTO, *La contrattazione collettiva nel settore pubblico*, in *Il lavoro pubblico in Italia*, a cura di Carabelli, Carinci M.T., cit., 331. L'Autore – sul presupposto che il Governo, come comitato di settore delle amministrazioni diverse da quelle del comparto delle Regioni e delle amministrazioni del Servizio sanitario nazionale e del comparto delle autonomie locali, sia già informato dall'Aran sull'andamento delle trattative con riguardo all'attività negoziale di propria competenza – sostiene che il riferimento all'informativa al Governo di cui al 3° co. possa essere inteso come «limitato all'andamento delle trattative concernenti i comparti delle amministrazioni non statali di cui si è detto».

tratto collettivo, la Corte può essere coadiuvata da tre esperti in materia di relazioni sindacali e costo del lavoro, scelti dal Capo del Dipartimento della funzione pubblica di intesa con il Capo del Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato, nell'ambito di un elenco stilato di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze<sup>143</sup>.

Le risultanze della certificazione vengono comunicate all'Aran, al comitato di settore ed al Governo. Nell'ipotesi di certificazione positiva, il Presidente dell'Aran sottoscrive in via definitiva il contratto collettivo.

Viceversa, nell'eventualità che la certificazione della Corte dei Conti risulti «non positiva», è precluso alle parti contrattuali di procedere alla sottoscrizione in via definitiva dell'ipotesi di accordo, dovendo, invece, il Presidente dell'Agenzia – «d'intesa con il competente comitato di settore, che può dettare indirizzi aggiuntivi» – provvedere, prima, alla riapertura delle trattative, poi, alla sottoscrizione di una nuova ipotesi di accordo, procedendo all'adeguamento dei costi contrattuali ai fini delle successiva certificazione. Ipotesi che, una volta sottoscritta, è sottoposta ad una nuova procedura di certificazione da parte della magistratura contabile.

La legge, tuttavia, prevede che, nel caso in cui la certificazione non positiva riguardi soltanto singole clausole contrattuali, alle parti sia consentita, comunque, la sottoscrizione definitiva dell'ipotesi di contratto. Tali clausole, però, restano inefficaci<sup>144</sup>.

È stabilito, inoltre, che i contratti collettivi debbano essere corredati da prospetti contenenti la quantificazione degli oneri nonché l'indicazione della copertura complessiva per l'intero periodo di validità contrattuale. Parimenti, è fissato che siano inserite apposite clausole che prevedano «la possibilità di prorogare l'efficacia temporale del contratto ovvero di sospendere l'esecuzione parziale o totale in caso di accertata esorbitanza dai limiti di spesa»<sup>145</sup>.

<sup>143</sup> Nel caso degli enti territoriali, la designazione di due esperti viene effettuata dall'Anci, dall'Upi e dalla Conferenza delle Regioni e delle Province autonome (art. 47, 6° co., d.lg. n. 165/2001).

<sup>144</sup> È interessante quanto osserva VISCOMI, *op. cit.*, 59, il quale avanza perplessità con riguardo al ruolo della Corte dei Conti e, in specie, al «valore della relativa certificazione come condizione di efficacia delle clausole contrattuali». Perplessità, spiega l'Autore, correlate non già al ruolo di controllo delle compatibilità economiche, quanto al timore «di una possibile estensione di tali controlli dal dato contabile al merito delle soluzioni negoziali». «Se così fosse», conclude, «la soluzione legislativa sarebbe tale da provocare un incremento del livello di complessità del sistema piuttosto che una semplificazione del medesimo, come pure sarebbe auspicabile».

<sup>145</sup> Art. 48, 3° co., d.lg. n. 165/2001. In mancanza di precisazioni da parte del legislatore

La norma fissa un correttivo destinato a ricostituire l'equilibrio finanziario qualora siano sforati i vincoli fissati alla contrattazione collettiva. L'opportunità di un controllo, anche a posteriori, sulla spesa per il personale, si fonda, evidentemente, sulla consapevolezza che per le amministrazioni pubbliche l'eventualità che dall'attività discendano conseguenze negative è destinata a pesare sul bilancio dello Stato e, pertanto, sull'intera collettività.

È prescritto, infine, che i contratti e gli accordi collettivi nazionali debbano essere pubblicati nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana oltre che sul sito istituzionale dell'Aran e delle amministrazioni interessate. La norma estende l'obbligo medesimo anche agli eventuali accordi di interpretazione autentica<sup>146</sup>.

La disciplina di regolazione della procedura di contrattazione collettiva, come risultante dall'ultima riforma del 2009, si muove all'insegna della semplificazione del procedimento negoziale e della salvaguardia dell'autonomia contrattuale delle parti, con l'unica riserva già espressa riguardante le modalità di accorpamento dei comitati di settore (v. il commento al § 6).

#### **9. La contrattazione collettiva integrativa: le materie contrattabili e le procedure di negoziazione e di spesa**

L'impianto legislativo si preoccupa di definire in modo analitico i rapporti tra i livelli di contrattazione, premurandosi, poi, con riguardo alla fonte negoziale di secondo livello, di regolarne il funzionamento, le finalità ed il contenuto.

La contrattazione integrativa<sup>147</sup> è deputata alla determinazione del trattamento economico accessorio al fine di assicurare «adeguati livelli di efficienza e produttività dei servizi pubblici», con il vincolo, legislativamente

deve intendersi che «la proroga temporale» si riferisca al contratto precedente, mentre «la sospensione» riguardi quello in corso.

<sup>146</sup> Su quest'ultimo aspetto si rimanda alla lettura degli artt. 49 (per il quale, in caso di controversie circa l'interpretazione dei contratti collettivi, le parti «si incontrano per definire consensualmente il significato delle clausole controverse», con l'ulteriore precisazione che nell'eventualità in cui si giunga ad una nuova pattuizione, questa sostituisca le clausole controverse «sin dall'inizio della vigenza del contratto») e 64 (in materia di accertamento pregiudiziale sull'efficacia, validità ed interpretazione dei contratti collettivi), d.lg. n. 165/2001. Per un approfondimento, si rinvia a LUCIANI, *Sub art. 49*, d.lg. n. 165/2001, in AMOROSO, DI CERBO, FIORILLO, MARESCA A., *op. cit.*, 800 ss. e SCIME, *Sub art. 64*, d.lg. n. 165/2001, *ivi*, 1228 ss.

<sup>147</sup> Attivata dalle pubbliche amministrazioni nel rispetto dei vincoli di bilancio risultanti dagli strumenti di programmazione annuale e pluriennale di ciascuna amministrazione.



imposto, che tale tipologia di retribuzione debba essere costituita in prevalenza da somme destinate a premiare il merito del singolo dipendente (*performance individuale*)<sup>148</sup>.

Emerge la volontà del legislatore delegato di “funzionalizzare” la contrattazione collettiva integrativa in materia di trattamenti economici al preciso obiettivo di una «maggiore produttività del lavoro pubblico» con conseguente «effettivo miglioramento quali-quantitativo delle attività e dei servizi delle pp.aa.»<sup>149</sup>.

Anche per il secondo livello la legge ha posto dei limiti di intervento alla fonte collettiva. In particolare, quanto all’ambito delle materie contrattabili, la fonte unilaterale ha tracciato con segni netti i confini dell’area negoziale accordata alla fonte medesima: è stabilito, infatti, che la contrattazione collettiva integrativa – che, per espressa previsione, «può avere ambito territoriale e riguardare più amministrazioni» – possa svolgersi «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».

Per tal via, è 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 livello<sup>150</sup>.

Con le prescrizioni surriferite<sup>151</sup> si produce l’effetto di impedire che la contrattazione integrativa si occupi della negoziazione di materie che alla stessa non siano state espressamente delegate<sup>152</sup>.

Il livello di contrattazione in esame è altresì assoggettato direttamente

<sup>148</sup> Art. 40, co. 3 *bis* ss., d.lg. n. 165/2001.

<sup>149</sup> SOLOPERTO, *La contrattazione collettiva*, cit., 314. Sempre a questo proposito, MARAZZA, *Contrattazione collettiva e riforma del lavoro pubblico*, in *Giornale dir. lav. e relaz. ind.*, 2010, 380, sottolinea come ci si trovi di fronte ad un «limite esterno all’autonomia negoziale collettiva» piuttosto che ad un effettivo vincolo di scopo imposto dal legislatore.

<sup>150</sup> V., NATULLO, SARACINI, *Vincoli e ruoli della contrattazione integrativa*, in *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, a cura di Zoppoli L., cit., 75.

<sup>151</sup> Sotto questo profilo una rilevanza determinante acquista la previsione di cui al co. 3 *quinquies*, dell’art. 40, d.lg. n. 165/2001, nella quale è stabilito che «le pubbliche amministrazioni non possono in ogni caso sottoscrivere in sede decentrata contratti collettivi integrativi (...) che disciplinano materie non espressamente delegate a tale livello negoziale».

<sup>152</sup> Fuori dai casi di «attribuzione diretta» ad opera della legge, dunque, la competenza della contrattazione integrativa ha natura essenzialmente «derivata». Valendo, pertanto, nei rapporti tra i livelli di contrattazione, il principio per cui il contratto collettivo di comparto possa validamente «trasferire alla contrattazione integrativa, il compito di regolare soltanto quelle materie che esso avrebbe potuto regolare direttamente». In questi termini, CARABELLI, *Riforma Brunetta: contrattazione collettiva e limiti funzionali della contrattazione integrativa*, in *Risorse umane*, 2011, 1, 26 ss. In particolare, per le questioni attinenti all’attribu-

alla fonte collettiva nazionale e ciò sia in materia di risorse finanziarie che in relazione alle procedure negoziali.

Con riferimento al primo aspetto, si ricorda come alla contrattazione collettiva di secondo livello sia già imposto il rispetto dei vincoli di bilancio risultanti dagli strumenti di programmazione annuale e pluriennale di ciascuna amministrazione. Tuttavia, come emerge dalla prassi applicativa del passato e «in coerenza», peraltro, con le vigenti norme in materia, «è sempre il contratto collettivo nazionale a definire l'entità delle risorse finanziarie destinabili, presso ciascuna amministrazione, alla contrattazione integrativa»<sup>153</sup>.

In definitiva, le prescrizioni surriferite – cui prestano manforte le disposizioni dei commi 3 *quater*<sup>154</sup> e 3 *quinquies*<sup>155</sup> dell'art. 40, d.lg. n. 165/2001 – fondano la piena sovraordinazione della fonte collettiva nazionale, cui soggiace la contrattazione integrativa, che rimane subordinata e susseguente alla prima.

Al livello nazionale è demandata, inoltre, la regolazione delle procedure negoziali. Attesa, tuttavia, l'esperienza applicativa – nella quale non sono mancati tanto sforamenti di spesa, quanto trasgressioni al dettato normativo – il legislatore ha sentito la necessità di «guidare» e «sorvegliare» con attenzione tale livello negoziale<sup>156</sup>.

È in questo contesto che vanno collocate le previsioni del co. 3 *sexies* dello stesso art. 40, d.lg. n. 165/2001, nel quale è previsto che le amministrazioni pubbliche redigano, «a corredo di ogni contratto integrativo», una «relazione tecnico-finanziaria ed una relazione illustrativa», servendosi di schemi predisposti a livello ministeriale. Relazioni, queste, che devono essere certificate dagli organi di controllo delle amministrazioni secondo le procedure disciplinate dall'art. 40 *bis*, d.lg. n. 165/2001.

zione *ex lege* di competenze specifiche alla contrattazione integrativa, si rinvia a quanto ricostruito *ivi*, 32 ss.

<sup>153</sup> Così, SOLOPERTO, *La contrattazione collettiva*, cit., 313.

<sup>154</sup> Si legga all'interno della disposizione del co. 3 *quater*, dell'art. 40, d.lg. n. 165/2001, ove è prescritto che: «La contrattazione nazionale definisce le modalità di ripartizione delle risorse per la contrattazione decentrata tra i diversi livelli di merito».

<sup>155</sup> Nel co. 3 *quinquies*, dell'art. 40, d.lg. n. 165/2001, invece, si legge, tra l'altro, che: «le regioni, per quanto concerne le proprie amministrazioni, e gli enti locali possono destinare risorse aggiuntive alla contrattazione integrativa nei limiti stabiliti dalla contrattazione nazionale».

<sup>156</sup> Di questo avviso, NATULLO, SARACINI, *op. cit.*, 78 ss., cui si rimanda per un'analisi della materia.

**10. (Segue). La definizione dei tempi della negoziazione in sede decentrata e lo spazio per l'esercizio del potere unilaterale datoriale**

Alla contrattazione collettiva nazionale è 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» (art. 40, co. 3 *bis*, d.lg. n. 165/2001).

La prescrizione deve essere letta unitamente al successivo co. 3 *ter*, ove – allo scopo di «assicurare la continuità e il migliore svolgimento della funzione pubblica» – è previsto che, «qualora non si raggiunga l'accordo per la stipulazione di un contratto collettivo integrativo, l'amministrazione interessata può provvedere, in via provvisoria, sulle materie oggetto del mancato accordo, fino alla successiva sottoscrizione».

Dalla lettura combinata delle due previsioni discende che, nell'ipotesi in cui trascorrono inutilmente i termini fissati a livello nazionale per le sessioni negoziali decentrate ovvero qualora non si addivenga alla conclusione di un accordo negoziale di secondo livello, si attribuisce alle amministrazioni pubbliche il potere di decidere sulle materie oggetto della contrattazione medesima. Potere, questo, il cui esercizio non è, tuttavia, illimitato. Il co. 3 *ter*, infatti, fissa un duplice vincolo, stabilendo dapprima che l'azione dell'amministrazione debba essere finalizzata allo scopo di «assicurare la continuità e il migliore svolgimento della funzione pubblica»; poi, che le decisioni assunte unilateralmente dalle amministrazioni abbiano durata provvisoria, potendo le amministrazioni provvedere soltanto «fino alla successiva sottoscrizione»<sup>157</sup>.

Anche con riguardo al dettato del co. 3 *bis* non è mancato chi ha ridimensionato la portata della disposizione, sostenendo come non sia 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 provvisoria. 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, le quali, infatti, trovano disciplina nella legge e nel contratto individuale per ciò che attiene all'oggetto del rapporto. Con la conclusione che «tranne che per specifici limitati profili, il dirigente si

<sup>157</sup> LUCIANI, LOMBARDO, *Sub art. 40*, d.lg. n. 165/2001, cit., 647.

troverebbe pertanto nella necessità di negoziare il trattamento contrattuale con i lavoratori singolarmente considerati»<sup>158</sup>.

Si tratta, in ogni caso, di previsioni attraverso le quali il legislatore ha inteso «evitare una contrattazione senza soluzione di continuità», foriera di possibili disfunzioni di carattere organizzativo<sup>159</sup>.

Ma, pur se accomunate dagli intenti, le disposizioni differiscono, comportando: la prima (co. 3 *bis*), che, alla scadenza del termine fissato per la sessione negoziale, l'attività contrattuale si concluda; la seconda (co. 3 *ter*), che, pur avendo l'amministrazione provveduto unilateralmente, l'attività medesima prosegue. Possono condividersi, in proposito, le opinioni di chi ha ritenuto convincente la lettura secondo la quale la prima norma afferisca agli istituti del rapporto di lavoro di natura non retributiva e la seconda, invece, a quelli di natura retributiva: «poiché, infatti, in materia retributiva il legislatore ha fissato (meglio: confermato), in generale, la competenza esclusiva della contrattazione collettiva, si giustifica il vincolo, implicitamente ricavabile dalla formulazione della seconda norma, di proseguire nella ricerca di una soluzione negoziata»<sup>160</sup>.

Tali divergenze, tuttavia, non sminuiscono la radice comune delle due norme: entrambe le disposizioni, infatti, consegnano alle amministrazioni uno strumento con il quale porsi in una posizione contrattuale di certo vantaggio<sup>161</sup>.

Si tratta di norme che favoriscono una forte ingerenza sulla gestione del potere negoziale (con l'effetto di «stringere nell'angolo» la fonte collettiva integrativa), in piena consonanza, d'altronde, col sistema contrattuale consegnato dal legislatore, nel quale è fatto in modo che «il (...) timone resti saldamente nelle mani dell'attore pubblico, a livello nazionale, ma soprattutto a livello decentrato»<sup>162</sup>.

#### **11. (Segue). La nullità delle clausole integrative e l'applicazione del meccanismo sostitutivo di cui agli artt. 1339 e 1419, 2° co., c.c.**

Il co. 3 *quinqüies* dell'art. 40, d.lg. n. 165/2001 introduce, per l'ipotesi che le clausole dei contratti collettivi di secondo livello contravvengano a

<sup>158</sup> Di questo avviso, TOPO, *op. cit.*, 423 ss.

<sup>159</sup> Così, TALAMO, *La riforma del sistema*, cit., 20 ss.

<sup>160</sup> In questi termini, CARABELLI, *La "riforma Brunella": un breve quadro*, cit., 14.

<sup>161</sup> V. MAINARDI, *op. cit.*, 13. L'Autore rileva come la disposizione contenuta nel co. 3 *ter* dell'art. 40, d.lg. n. 165/2001, come pure quella inserita nell'art. 47 *bis*, d.lg. n. 165/2001, costituisca uno «strumento di minaccia nei confronti della controparte sindacale».

<sup>162</sup> Così, ancora CARABELLI, *La "riforma Brunella": un breve quadro*, cit., 12.

quanto imposto dal livello nazionale o dalle norme di legge, una specifica disciplina sanzionatoria.

La norma statuisce che «nei casi di violazione dei vincoli e dei limiti di competenza imposti dalla contrattazione nazionale o dalle norme di legge», le clausole dei contratti medesimi siano nulle, facendone derivare la necessaria disapplicazione e la sostituzione automatica in forza dell'espresso richiamo agli artt. 1339 e 1419, 2° co., c.c.<sup>163</sup>.

Il richiamo operato dalla norma agli strumenti civilistici costituisce ulteriore conferma circa la rilegificazione del sistema contrattuale pubblico.

La previsione di tale automatismo sanzionatorio ricorre anche altrove nella disciplina posta dal d.lg. n. 165/2001<sup>164</sup>. Già nel co. 3 *bis* dell'art. 2, d.lg. n. 165/2001, infatti, è statuito che nell'ipotesi di nullità delle disposizioni contrattuali per violazione di norme imperative o dei limiti fissati alla contrattazione collettiva, si faccia applicazione delle medesime norme del codice civile<sup>165</sup>.

La disposizione prevista per la contrattazione integrativa riveste una maggiore rilevanza rispetto a quanto statuito nell'art. 2, d.lg. n. 165/2001 in quanto impone alle amministrazioni un obbligo ulteriore, con lo scopo di porre un freno all'aumento della spesa pubblica. La norma prescrive, infatti, che «in caso 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», oltre alle conseguenze sanzionatorie sopra descritte, sussista per le amministrazioni interessate, altresì, l'obbligo di recupero nell'ambito della sessione negoziale successiva. Si tratta, come è evidente, di una norma che – unita alle

<sup>163</sup> Si tratta di un «originale e specifico meccanismo sanzionatorio» congegnato al fine di garantire il mantenimento di quegli equilibri tra i livelli contrattuali fissati dalla norma e di cui si è già detto, che, tuttavia, non trova rispondenza alcuna «nell'esperienza privatistica». V. sul punto SOLOPERTO, *La contrattazione collettiva*, cit., 317 ss.

<sup>164</sup> Non si tratta, in effetti, nemmeno di un meccanismo nuovo. Anche prima della riforma operata con il d.lg. n. 150/2009, infatti, la nullità sostitutiva era già prevista da tempo, «considerata uno strumento idoneo a garantire la coerenza tra i livelli contrattuali in un sistema in cui al livello nazionale era attribuito un ruolo "ordinante"» (così, LUCIANI, LOMBARDO, *Sub art. 40, d.lg. n. 165/2001*, cit., 650, e VISCOMI, *Contrattazione integrativa, nullità della clausola difforme e responsabilità "diffusa"*, in *Lavoro nelle PA*, 2007, 859 ss.). Tanto che non è mancato, pure, chi ha ritenuto come desti perplessità «l'introduzione *ex novo* di riferimenti alle norme codicistiche, che trovando la loro origine nella regolazione di ben altri contesti e interessi, rischiano solo di complicarne ulteriormente l'applicazione» (così NATULLO, SARACINI, *op. cit.*, 80). V. pure quanto affermato da FERRARO, *Prove generali*, cit., 245.

<sup>165</sup> Per una disamina delle conseguenze derivanti da siffatto rinvio si legga quanto già osservato *supra* nel commento alla sez. I, § 5.

previsioni del successivo art. 40 *bis*, d.lg. n. 165/2001, ed in specie del 7° co.<sup>166</sup> – è servita al legislatore per responsabilizzare i diversi attori del processo<sup>167</sup>.

## 12. (Segue). Meccanismi di controllo e pubblicità

L'obiettivo di rafforzare l'effettività dei vincoli di bilancio fissati dagli strumenti di programmazione economica e finanziaria presso ciascuna amministrazione ha determinato il legislatore a procedere al potenziamento dell'apparato dei controlli sulla contrattazione integrativa, che principalmente aveva contribuito all'incremento della spesa per il personale. Per tal ragione, alle disposizioni del d.lg. n. 165/2001 è stata aggiunta una nuova norma finalizzata ad un rigido controllo di tale livello negoziale<sup>168</sup>.

La verifica sulla compatibilità dei costi della contrattazione integrativa deve essere effettuato dagli organi deputati al controllo interni a ciascuna amministrazione. Organi che la norma individua nel Collegio dei revisori dei conti, nel Collegio sindacale, negli uffici centrali di bilancio o negli analoghi organi previsti dai rispettivi ordinamenti.

È disposto, inoltre, che per le amministrazioni statali, per gli enti pubblici non economici e per gli enti e le istituzioni di ricerca con organico superiore a duecento unità, i contratti integrativi debbano essere sottoposti al controllo ulteriore della Presidenza del Consiglio dei Ministri (Dipartimento della funzione pubblica) ed al Ministero dell'economia e delle finanze (Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato)<sup>169</sup>.

Nel contesto sopra delineato si inseriscono anche una serie di obbli-

<sup>166</sup> Al 7° co. dell'art. 40 *bis*, d.lg. n. 165/2001, è stabilito 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».

<sup>167</sup> Sul punto, NATULLO, SARACINI, *op. cit.*, 81.

<sup>168</sup> Si tratta dell'art. 40 *bis*, d.lg. n. 165/2001 introdotto con la l. n. 448/2001 (legge Finanziaria per il 2002), art. 17, 2° co., modificato dall'art. 14, l. n. 3/2003 e, ancora, rivisitato dall'art. 55, 1° co., d.lg. n. 150/2009. Per una ricostruzione di tali passaggi si rimanda a LUCIANI, LOMBARDO, *Sub art. 40 bis*, d.lg. n. 165/2001, in AMOROSO, DI CERBO, FIORILLO, MARESCA A., *op. cit.*, 653 ss.

<sup>169</sup> Il 2° co. della norma prevede che la Presidenza del Consiglio dei Ministri (Dipartimento della funzione pubblica) ed il Ministero dell'economia e delle finanze (Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato), accertino congiuntamente, entro trenta giorni dalla data di ricevimento, la compatibilità economico-finanziaria del contratto integrativo, ai sensi del medesimo articolo e dell'art. 40, co. 3 *quinquies*, d.lg. n. 165/2001, di modo che, decorso inutilmente tale termine, la delegazione di parte pubblica possa procedere alla stipula del contratto stesso. Nel caso, invece, di riscontro negativo, non potendo le parti stipulare il contratto integrativo, si riaprono le trattative.

ghi di comunicazione e trasparenza sempre previsti dalla normativa in esame.

Le amministrazioni pubbliche hanno l'obbligo di comunicare, annualmente, al Ministero dell'economia e delle finanze «specifiche informazioni sui costi della contrattazione integrativa», certificate dagli organi di controllo interno<sup>170</sup>, trasmesse, poi, alla Corte dei Conti che se ne serve anche ai fini del referto sul costo del lavoro. Restano ferme, in ogni caso, «le ipotesi di responsabilità eventualmente ravvisabili», dal momento che le amministrazioni non sono esonerate da responsabilità per l'eventualità che abbiano superato i tetti di spesa (3° co.)<sup>171</sup>.

Di seguito, la norma fissa una serie di previsioni volte a garantire la trasparenza e l'accessibilità dei dati relativi al costo del personale, così da promuovere «il controllo sociale e diffuso del cittadino-utente sul funzionamento dei pubblici servizi»<sup>172</sup>.

È fatto obbligo, infatti, che le amministrazioni pubbliche rendano disponibili – sul proprio sito istituzionale, in modo permanente e tale da garantire la piena visibilità e l'accessibilità ai cittadini – i contratti integrativi stipulati, insieme con le relazioni tecnico-finanziaria e illustrativa, certificate dagli organi di controllo, nonché le informazioni sui costi (4° co.)<sup>173</sup>.

È delineato, poi, un sistema di pubblicità degli accordi integrativi, preve-

<sup>170</sup> Si tratta, come spiega lo stesso comma, di informazioni «volte ad accertare, oltre il rispetto dei vincoli finanziari in ordine sia alla consistenza delle risorse assegnate ai fondi per la contrattazione integrativa sia all'evoluzione della consistenza dei fondi e della spesa derivante dai contratti integrativi applicati, anche la concreta definizione ed applicazione di criteri improntati alla premialità, al riconoscimento del merito ed alla valorizzazione dell'impegno e della qualità della *performance* individuale, con riguardo ai diversi istituti finanziati dalla contrattazione integrativa, nonché a parametri di selettività, con particolare riferimento alle progressioni economiche».

<sup>171</sup> La locuzione riportata nella norma sembrerebbe legittimare comunque una azione della Corte dei Conti volta ad accertare possibili danni erariali. Per un approfondimento sulla questione, v. SOLOPETTO, *La contrattazione collettiva*, cit., 316, specie nt. 33.

<sup>172</sup> Così TALAMO, *La riforma del sistema*, cit., 21.

<sup>173</sup> La norma prescrive che la relazione illustrativa, fra l'altro, «evidenzia gli effetti attesi in esito alla sottoscrizione del contratto integrativo in materia di produttività ed efficienza dei servizi erogati, anche in relazione alle richieste dei cittadini». Allo scopo di apprestare alla norma uno strumento per la verifica d'efficacia del meccanismo, è stabilito che il Dipartimento per la funzione pubblica (d'intesa con il Ministero dell'economia e delle finanze e in sede di Conferenza unificata) formuli «un modello per la valutazione, da parte dell'utenza, dell'impatto della contrattazione integrativa sul funzionamento dei servizi pubblici, evidenziando le richieste e le previsioni di interesse per la collettività»; modello, questo, che, insieme ai risultati della valutazione, deve trovare pubblicazione sul sito istituzionale delle amministrazioni pubbliche coinvolte nella negoziazione.

dendo che il testo contrattuale – unitamente agli allegati sopra richiamati – venga trasmesso, per via telematica, dalle pubbliche amministrazioni all'Aran, entro cinque giorni dalla sottoscrizione, ed altresì al Cnel.

Il sistema congegnato dalla norma adempie ad una funzione di «cognizione» dei contenuti adottati dalla nuova contrattazione collettiva, permettendo, al tempo stesso, di avere contezza dei dati «reali» dello sviluppo assunto nonché, per tal via, di avere «le dimensioni effettive del fenomeno»<sup>174</sup>.

Infine, è prevista un'apposita sanzione per l'ipotesi che le pubbliche amministrazioni non adempiano alle prescrizioni fissate dal medesimo articolo, statuendo che, ferme le altre sanzioni pure richiamate<sup>175</sup>, sia fatto divieto alle amministrazioni «di procedere a qualsiasi adeguamento delle risorse destinate alla contrattazione integrativa»<sup>176</sup>.

È interessante evidenziare che le nuove regole sulla vigilanza formale e sostanziale della contrattazione collettiva di secondo livello si arricchiscono di nuove modalità di controllo. Accanto ai «rinnovati organi di controllo interno, non più competenti solo per la congruità economico-finanziaria ma anche per la valutazione della legittimità e della finalizzazione a merito e produttività dei contratti integrativi», ed ai controlli esterni (con il significativo ruolo delle sezioni regionali della Corte dei Conti), introducono, anche se in via mediata, il controllo diffuso dell'utente finale del servizio<sup>177</sup>.

### 13. L'efficacia del contratto collettivo

Il contratto collettivo è in grado di vincolare le amministrazioni che operano nel comparto di riferimento ed anche, quale conseguenza indiretta, la generalità dei dipendenti ricompresi nell'ambito di applicazione del contratto stesso.

Garantiscono la sostanziale efficacia “*erga omnes*” nei confronti delle pubbliche amministrazioni specifiche norme contenute nel d.lg. n. 165/2001: l'art. 46, 1° co., assegnando all'Aran la rappresentanza legale delle pubbli-

<sup>174</sup> Così, ZILIO GRANDI, VITALETTI, *La contrattazione integrativa nel settore pubblico dopo le riforme*, in *Dir. relazioni ind.*, 2011, 847.

<sup>175</sup> Si tratta delle sanzioni di cui all'art. 60, 2° co., d.lg. n. 165/2001.

<sup>176</sup> V. sul punto SOLOPERTO, *La contrattazione collettiva*, cit., 317, il quale ritiene che la «portata generale» della previsione induce a concludere che «l'inadempimento anche di uno solo degli obblighi di trasmissione (ad esempio al CNEL) o di pubblicazione del contratto integrativo può determinare l'applicazione del sistema sanzionatorio previsto».

<sup>177</sup> In questi termini, TALAMO, *La riforma del sistema*, cit., 22.



che amministrazioni «agli effetti della contrattazione collettiva nazionale», sortisce l'esito di vincolare le amministrazioni stesse all'applicazione dei contratti sottoscritti dall'Agenzia; l'art. 40, 4° co., imponendo alle pubbliche amministrazioni di adempiere agli obblighi assunti con i contratti collettivi, nazionali o integrativi e di garantirne l'osservanza «nelle forme previste dai rispettivi ordinamenti», rafforza il disposto dell'art. 46, 1° co., cit.

Più in generale deve rilevarsi che è il modello, prefigurato nella sua interezza, a fondare, in via mediata, l'obiettivo del legislatore di dotare il contratto collettivo di una efficacia generalizzata nei confronti di tutti i lavoratori<sup>178</sup>. Emblematico, sotto tale profilo, l'art. 45, 2° co., d.lg. n. 165/2001, che impone alle amministrazioni la regola della parità di trattamento contrattuale e, soprattutto, quella della inapplicabilità di trattamenti inferiori rispetto alle previsioni del contratto collettivo.

Dal lato del dipendente, non potendo realizzare l'obiettivo per il tramite di una modifica sostanziale alle caratteristiche del contratto collettivo, stante la mancata attuazione nel nostro ordinamento dell'art. 39 cost., la vincolatività della disciplina pattizia è conseguenza del concatenarsi di taluni passaggi che mettono in relazione le disposizioni del contratto collettivo con quelle del contratto individuale di lavoro<sup>179</sup>. Allo stato attuale, infatti, l'efficacia vincolante dei contratti collettivi sorge in forza di un espresso rinvio ai contratti medesimi inserito, in adempimento alla prescrizione pattizia di un contenuto necessario, nelle clausole del contratto individuale di lavoro<sup>180</sup>.

Il meccanismo utilizzato per fondare l'efficacia della fonte negoziale col-

<sup>178</sup> Opinione concordemente condivisa, sin dai primi commenti, da parte della dottrina: v. NOGLER, ZOLI, *Efficacia del contratto collettivo e parità di trattamento*, in *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, commentario a cura di Carinci F., D'Antona, Milano, 2000, specie 1432 ss.; v. anche Ricci M., *L'efficacia del contratto collettivo*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, a cura di Carinci F., Zoppoli L., cit., 464.

<sup>179</sup> V. quanto osservato, in proposito, da SORDI, *op. cit.*, 723. L'Autore ha ritenuto che l'efficacia *erga omnes* sarebbe il «risultato» raggiunto «senza incidere sulla natura e la struttura del contratto collettivo» – che pertanto continuerebbe ad avere la natura di mero contratto di diritto privato – servendosi di «una serie di meccanismi che, pur non toccando la sfera di efficacia soggettiva del contratto in quanto tale, sono rivolti a realizzare una applicazione generalizzata della disciplina pattizia imponendo alla p.a. di attribuire a tutti i lavoratori (iscritti o meno che siano ai sindacati firmatari) i trattamenti prodotti dalla fonte collettiva».

<sup>180</sup> In tutti i contratti collettivi di comparto sottoscritti nel quadriennio 1994-1997 (peraltro mai modificati, sul punto, in occasione dei successivi rinnovi) è inserito un articolo, dal medesimo contenuto, che indica le clausole che il contratto individuale di lavoro deve necessariamente contenere: tra queste, la clausola di rinvio al contratto collettivo vigente e successive modificazioni.

lettiva – accanto al precetto della parità di trattamento di tutti i dipendenti, imposto al datore di lavoro pubblico, in applicazione del principio contenuto nell'art. 97 cost., come regola di buona amministrazione – si serve della valorizzazione dell'efficacia soggettiva del contratto medesimo nei confronti di ciascuna delle parti del rapporto di lavoro.

L'efficacia del contratto collettivo è il frutto della contemporanea operatività, da un lato, dei vincoli legali posti in capo alle amministrazioni e, dall'altro, delle scelte liberamente operate dal dipendente con la sottoscrizione del contratto individuale di lavoro.

Siffatta ricostruzione ha dato adito, comunque, alle critiche di quanti hanno ritenuto il modello non conforme al disposto di cui all'art. 39 cost., adducendo, in particolare, l'illegittimità delle previsioni che avrebbero conferito ai contratti collettivi l'efficacia *erga omnes* sulla base di un meccanismo diverso da quello previsto – e, peraltro, mai attuato – dalla norma costituzionale<sup>181</sup>.

A dirimere il dibattito sorto è intervenuta la Corte costituzionale, che, con una pronuncia di rigetto<sup>182</sup>, ha fugato qualsivoglia dubbio circa la legittimità del modello congegnato.

La Consulta chiarisce come siano le amministrazioni – e non anche i dipendenti delle medesime – ad essere le destinatarie esclusive del dovere, imposto dalle norme richiamate, di osservare gli obblighi assunti con i contratti collettivi. Da tanto facendo derivare come l'applicazione del contratto collettivo costituisca conseguenza, non già di «una generalizzata previsione di obbligatorietà di questo», ma di tale dovere posto in capo alle amministrazioni.

La Consulta spiega che il meccanismo congegnato dal legislatore non costituisce realizzazione di quell'efficacia *erga omnes* che la disposizione costituzionale di cui all'art. 39, 4° co., conferisce «ai contratti stipulati dalle associazioni sindacali in possesso di determinate caratteristiche», ma si collochi, piuttosto, «sul distinto piano delle conseguenze che derivano, per un verso, dal vincolo di conformarsi imposto alle amministrazioni e, per l'altro, dal legame che avvince il contratto individuale al contratto collettivo».

Allo stesso modo – prosegue la Corte – è possibile dedurre come anche

<sup>181</sup> V. PILEGGI, *Comparti, materie, livelli della contrattazione collettiva*, in *Quaderni dir. lav. e relaz. ind.*, 1995, 143 e RESCIGNO G.U., *La nuova disciplina del pubblico impiego. Rapporto di diritto privato speciale o rapporto di diritto pubblico speciale?*, in *Lavoro e dir.*, 1993, 533.

<sup>182</sup> Con la sentenza C. cost., 16.10.1997, n. 309, cit.

la garanzia della parità di trattamento contrattuale e dell'inderogabilità dei livelli minimi (contenuta nelle previsioni di cui all'art. 45, 2° co., d.lg. n. 165/2001) debba considerarsi sottratta al confronto con l'art. 39 cost., in quanto «funzione diretta di un preciso dovere dell'amministrazione-datore di lavoro», disposto dal legislatore nell'esercizio della potestà, attribuitagli dalla legge, di definire le modalità con le quali pervenire alla contrattualizzazione dei rapporti di impiego.

Le argomentazioni sopra riferite consentono di giungere alla conclusione per cui, nonostante sia imposto alle amministrazioni (in base alle scelte di tipo organizzativo adottate dal Parlamento nell'esercizio della funzione di indirizzo ad esso conferita dall'art. 97 cost.) di applicare i contratti collettivi alle condizioni di garanzia appena riferite (cioè senza discriminazioni e nel rispetto della inderogabilità *in peius*), nessuna delle disposizioni di cui si tratta incida sulla natura giuridica dei contratti collettivi, che, pertanto, restano di diritto comune.

Con riguardo alla posizione soggettiva del dipendente, la Consulta afferma come la «fonte regolatrice» del rapporto di lavoro debba essere rinvenuta nel contratto individuale, «che sostituisce ad ogni effetto l'atto di nomina». Sicché «l'obbligo di conformarsi, negozialmente assunto», trova origine proprio in conseguenza del rinvio alla disciplina contrattuale contenuto nel negozio medesimo. Anche in questo caso l'efficacia del contratto collettivo non risiede in una sua idoneità ad incidere, in maniera autonoma, nella posizione giuridica del lavoratore, «bensì nell'aver il singolo dipendente accettato che il rapporto di lavoro si instauri (o prosegua) secondo regole definite, almeno in parte, nella sede della contrattazione collettiva»<sup>183</sup>.

<sup>183</sup> La tesi sostenuta e ampiamente argomentata dalla Consulta ha trovato concorde la maggioranza della dottrina che ha condiviso le ragioni sostanziali di tale pronuncia. Non mancano, tuttavia, Autori che evidenziano alcune criticità v. BARBIERI, *op. cit.*, 140 e NATULLO, *Sub art. 45, d.lg. n. 29/1993*, in CORPACI, RUSCIANO, ZOPPOLI L. (a cura di), *La riforma dell'organizzazione, dei rapporti di lavoro e del processo nelle amministrazioni pubbliche*, in *Leggi civ. comm.*, 1999, 1312. L'Autore ritiene che il carattere indiretto della generalizzata efficacia riconosciuta al contratto collettivo non sia sufficiente a fugare i dubbi di «aggiramento» dell'art. 39 cost.