

19

La Terza Riforma del Lavoro Pubblico

Commentario al D.Lgs 27 ottobre 2009, n. 150, aggiornato al "Collegato Lavoro"

a cura di
Franco Carinci
Sandro Mainardi

19

La Terza Riforma del Lavoro Pubblico

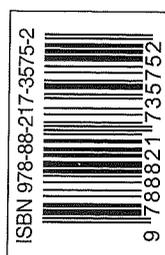
a cura di Franco Carinci e Sandro Mainardi

19

La c.d. Riforma "Brunetta" del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni si è sviluppata nell'arco di un triennio (2008-2011), dando luogo ad una serie complessa ed articolata di provvedimenti legislativi che hanno profondamente modificato gli assetti del lavoro pubblico "privatizzato" definiti negli anni '90. A ragione, dunque, si può parlare oggi di una "Terza Riforma" del lavoro nelle pubbliche amministrazioni, che modifica il testo fondamentale del D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165 ed introduce discipline del tutto nuove riguardo ai temi della valutazione della performance del personale e del principio meritocratico applicato ai trattamenti economici e normativi.

L'Opera offre una lettura coordinata e sistematica del Decreto Legislativo 27 ottobre 2009, n. 150, la quale ha potuto tenere conto non solo degli aggiornamenti legislativi apportati da successivi provvedimenti "omnibus", quali, in particolare, il D.L. 31 maggio 2010, n. 78, conv. in L. n. 122/2010; ma anche del recente contributo offerto dal "Collegato Lavoro" (L. 4 novembre 2010, n. 183); attenzione particolare è dedicata al contenzioso giudiziale alimentato dalla prima applicazione del Decreto.

L'appendice normativa riporta i riferimenti legislativi oggetto di commento ed il testo consolidato del D.Lgs.n. 165/2001.



€ 50,00 I.V.A. INCLUSA

SOMMARIO

Profilo degli Autori	XVII
----------------------------	------

INTRODUZIONE

Il secondo tempo della riforma Brunetta:

il D.Lgs. 27 ottobre 2009, n. 150

di Franco Carinci

I. Filosofia e struttura del D.Lgs. n. 150/2009	XIX
1. Una costante: la privatizzazione.....	XIX
2. Un'azienda senza impresa.....	XXII
3. Panoramica del decreto legislativo: contenuto e disegno.....	XXVI
II. Tecnica aziendale e pubblica amministrazione	XXVIII
4. Il Titolo II. La prima regola aurea, la valutazione della <i>performance</i>	XXVIII
4. a) Il ciclo di gestione (capo II).....	XXIX
4. b) La trasparenza (capo III).....	XXXI
4. c) I soggetti (capo IV).....	XXXIII
5. Il Titolo III. La seconda regola aurea, l'incentivazione e la premiazione della <i>performance</i>	XXXVII
6. Amministrazione statale e non.....	XLI
7. Una struttura parallela generale e sovra-ordinata	XLIII
III. La riforma del D.Lgs. n. 165/2001	XLV
8. Il Titolo IV. La rilegificazione: la nuova <i>actio finium regundorum</i> fra legge e contrattazione collettiva e la blindatura <i>ex lege</i> dei <i>managerial rights</i> (Capo I)	XLV
9. Contrattazione collettiva: patologia e terapia (Capo IV).....	XLIX
10. La dirigenza: meno autonomia e più responsabilità (Capo II e richiami dai Capi III e V)	LIX
IV. La partenza rinviata	LXVII
11. Lo scadenziario applicativo	LXVII
12. Il lavoro della Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni Pubbliche (CiVIT) ... ed il posticipo dell'avvio	LXXXV

**PARTE I – IL DECRETO LEGISLATIVO 27 OTTOBRE 2009, N. 150
PRINCIPI GENERALI E DISCIPLINA DELLE FONTI**

Il sistema delle fonti di disciplina del lavoro pubblico

di Sandro Mainardi

1. Continuità negli obiettivi, discontinuità negli strumenti.....	5
---	---

Copyright 2011 Wolters Kluwer Italia S.r.l.
Strada 1, Palazzo F6 – 20090 Milanofiori Assago (MI)

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 AIDRO, Corso di Porta Romana, n. 108, 20122 Milano, e-mail segreteria@aidro.org e sito web www.aidro.org

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

2. Il nuovo rapporto tra legge e contratto collettivo. La questione dell'inderogabilità e lo spostamento di competenze regolative dal contratto alla fonte unilaterale.....	9
3. Segue. Le fonti in materia di trattamenti economici.....	11
4. Ambiti di competenza riservati alla legge e alle fonti unilaterali....	14
5. Il destino delle norme contrattuali incompatibili rispetto alla legge. La difficile gestione del periodo transitorio.....	18
6. Non è in discussione la privatizzazione dei poteri di gestione.....	25

Ambito di applicazione del decreto. Disposizioni per Regioni, autonomie locali, amministrazioni del SSN ed altre amministrazioni

di Riccardo Salomone

1. La riforma <i>cd.</i> Brunetta tra frammentazione istituzionale e rischi di "fuga".....	27
1.1. Il lavoro pubblico e le autonomie: il ruolo della Corte costituzionale.....	28
2. L'ambito di applicazione della riforma del 2009: dalla legge delega n. 15/2009 al decreto legislativo delegato.....	31
3. Le norme del D.Lgs. n. 150/2009 (artt. 16, 31, 34 e 74) e le ambiguità della tecnica legislativa adottata.....	33
4. Il dopo, tra prassi e contraccolpi interpretativi.....	41

MISURAZIONE, VALUTAZIONE E TRASPARENZA DELLA PERFORMANCE

Misurazione, valutazione e trasparenza della performance

di Marta Barbieri, Andrea Francesconi, Enrico Guarini

1. Premessa.....	47
2. Il significato della misurazione della <i>performance</i> nell'approccio economico aziendale.....	48
3. I livelli di <i>performance</i>	52
3.1. Il livello strategico.....	52
3.2. Il livello direzionale.....	53
3.3. Il livello operativo.....	53
4. Il tema della misurazione nel D.Lgs. n. 150/2009.....	55
5. Gli elementi qualificanti il sistema di misurazione nel D.Lgs. n. 150/2009.....	56
6. La valutazione individuale nell'approccio economico aziendale....	62
6.1. Gli scopi della valutazione.....	62
6.2. L'oggetto della valutazione.....	64
6.3. Il processo di valutazione.....	66

7. La valutazione individuale nel D.Lgs. n. 150/2009.....	68
7.1. Gli scopi della valutazione.....	69
7.2. L'oggetto della valutazione.....	70
7.3. Il processo di valutazione.....	73
8. La trasparenza verso i cittadini.....	75
9. Finalità e oggetto della rendicontazione.....	78
10. L'informativa esterna sulla <i>performance</i>	83
11. Le opportunità e le criticità connesse all'implementazione del D.Lgs. n. 150/2009.....	84

MERITO, PREMI, TRATTAMENTI ECONOMICI ACCESSORI. PROGRESSIONI ECONOMICHE E DI CARRIERA

I principi generali in tema di premi per il merito dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni

di Enrico Gragnoli

1. Il sistema del D.Lgs. n. 150/2009 sui premi ai dipendenti pubblici.....	91
2. La valorizzazione del merito e gli atti dei datori di lavoro pubblici.....	94
3. Merito e automatismi.....	97
4. La stesura della graduatoria per le diverse valutazioni del merito dei dipendenti pubblici.....	100
5. Lo spazio della contrattazione collettiva integrativa in ordine alla predisposizione delle graduatorie per la valutazione del merito dei dipendenti pubblici.....	103
6. I controlli sulla predisposizione delle graduatorie e la valorizzazione del merito nei piccoli enti pubblici.....	105

Merito e premi. Gli strumenti per ricompensare il valore e la professionalità

di Susanna Palladini

1. L'apparato strumentale di premialità.....	109
2. La dotazione finanziaria.....	113
3. Eccellenza e ricompensa: l'individuazione dei meritevoli.....	115
4. Divieto di cumulo.....	117
5. Il finanziamento del <i>bonus</i>	118
6. Il merito e l'innovazione.....	119
7. Destinatari ed assegnazione.....	120

Mansioni, progressioni professionali e altri strumenti premiali

di Alessandra Miscione

1. Le mansioni e l'inquadramento dei dipendenti pubblici	123
2. La (nuova) definizione di equivalenza delle mansioni	124
3. Il sistema delle progressioni professionali	126
4. Le progressioni economiche.	127
5. Le progressioni di carriera.	129
6. Ulteriori sistemi premiali: incarichi e responsabilità, percorsi di alta formazione e di crescita professionale	131
7. Il premio di efficienza: ipotesi residuale?	132
8. I compiti della Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità nelle amministrazioni pubbliche in tema di qualità dei servizi pubblici	133
9. Il trattamento economico dei dipendenti e il nuovo ruolo della contrattazione collettiva.....	133

Il periodo transitorio in materia di trattamenti premiali

di Fabio Pantano

1. L'art. 29 del D.Lgs. n. 150/2009 e il sistema delle fonti nel lavoro pubblico	135
2. Il contenuto precettivo della disposizione	137
3. I termini per la costituzione degli organi di valutazione	139
4. Le abrogazioni	140
5. Norme per gli Enti territoriali e il Servizio sanitario nazionale (rinvio)	141
6. L'attuazione negli ordinamenti degli enti locali e l'obbligo di comunicazione alla Conferenza unificata.....	145

Poteri del datore di lavoro pubblico

di Alessandro Bellavista

1. Premessa.....	151
2. Il contenuto della novella	153
3. I casi patologici e i rimedi.	157

LA DIRIGENZA

Dirigenza pubblica: le finalità della riforma

di Edoardo Ales

1. Ambito di applicazione e oggetto.....	165
2. Finalità (obiettivi) di primo e secondo livello	167
3. Strumenti.....	169

Le nuove attribuzioni della dirigenza

di Edoardo Ales

1. Le nuove attribuzioni nella legge delega.	173
2. L'individuazione dei profili professionali.....	173
3. La competenza valutativa del personale assegnato.....	174
4. Valorizzazione della valutazione vs. "concorsualizzazione" delle progressioni.....	176

**Conferimento e «mutamento»
degli incarichi di funzione dirigenziale**

di Edoardo Ales

1. Le fattispecie: conferimento, revoca, «impossibilità di rinnovo» e «mutamento» degli incarichi.....	177
2. Trasparenza e pubblicità nel conferimento e nel «mutamento» degli incarichi tra requisiti legali oggettivati, criteri di scelta discrezionali e situazioni soggettive del dirigente	179

Accesso alle qualifiche dirigenziali

di Edoardo Ales

1. Accesso alla prima fascia vs. conferimento di incarico di uffici dirigenziali di livello generale.....	185
2. Il periodo di formazione all'estero e il suo limitato ambito di applicazione.....	186

Collocamento in aspettativa

di Edoardo Ales

1. Un diritto all'aspettativa per favorire la mobilità?.....	189
--	-----

Responsabilità dirigenziale, trattamento economico

di Alessandro Boscati

1. Premessa. Le nuove disposizioni in materia di responsabilità dirigenziale e di trattamento economico accessorio della dirigenza quali elementi qualificanti del percorso riformatore del lavoro pubblico	191
2. La centralità della valutazione della dirigenza quale strumento di misurazione della prestazione dirigenziale a fini di controllo ed incentivanti. Legami con il c.d. "ciclo della <i>performance</i> ", con la	

nuova disciplina del conferimento degli incarichi e con l'asserito rafforzamento delle prerogative datoriali.....	196
2.1. Definizione ed assegnazione degli obiettivi e delle risorse quale premessa per la effettiva valutazione della dirigenza	197
2.2. Misurazione e valutazione della dirigenza sulla base della preventiva determinazione dei valori attesi di risultato e dei relativi indicatori	200
2.3. Esercizio dell'attività di indirizzo politico ed assegnazione degli obiettivi	201
3. (Segue): La nuova disciplina del conferimento degli incarichi dirigenziali tra valutazione, responsabilità e trattamento economico accessorio	203
4. (Segue): Le "nuove" prerogative datoriali del dirigente tra valutazione, responsabilità e trattamento economico accessorio	206
5. La riforma dell'istituto della responsabilità dirigenziale nella ridisegnata disciplina della dirigenza pubblica	215
6. Responsabilità per mancato raggiungimento degli obiettivi e per inosservanza delle direttive. Generalità	216
6.1. La fattispecie	217
6.2. Le misure e la loro graduazione	224
6.3. La procedura per l'applicazione delle misure.	231
7. Responsabilità per colpevole violazione del dovere di vigilanza sul personale	233
7.1. La fattispecie.	234
7.2. Le misure	239
7.3. La procedura per l'accertamento della responsabilità	240
8. Il Comitato dei Garanti	241
9. Cenni sulle conseguenze dell'annullamento della misura applicata dall'amministrazione	244
10. I nuovi principi in materia di trattamento economico.	246
10.1. (Segue): I premi connessi alla <i>performance</i>	251
11. Conclusioni	252

La gestione della performance dei dirigenti pubblici: an, quando, quis e quomodo della "misurazione" e "valutazione" individuale

di Gabriella Nicosia

1. Premessa.....	255
2. (an) La valutazione della dirigenza: la centralità della <i>performance</i> individuale.....	258

3. (quando) L'obbligo di implementazione della valutazione.....	263
3.1. La condizione della erogazione della retribuzione di risultato	264
3.2. La gestione del conferimento degli incarichi di funzione dirigenziale.....	265
3.3. L'addebito della responsabilità dirigenziale.....	266
4. Il ciclo di gestione della <i>performance</i> dirigenziale: i soggetti preposti alla valutazione (<i>quis</i>)	269
5. Il <i>quomodo</i> della valutazione	274
6. Brevi considerazioni conclusive.	277

La mobilità e il reclutamento del personale

di Mauro Montini

1. Premessa	281
2. L'ambito applicativo della disciplina sulla mobilità	283
3. Il ruolo della contrattazione collettiva	286
4. La «mobilità intercompartimentale»	288
5. Il passaggio diretto del personale fra amministrazioni diverse: i tratti di continuità dell'istituto con la disciplina previgente	291
6. Il passaggio diretto del personale fra amministrazioni diverse: i tratti di novità.....	297
7. L'assegnazione temporanea del personale di altre amministrazioni	302
8. Il ruolo dei dirigenti nella programmazione delle assunzioni	305
9. Territorializzazione delle procedure concorsuali	307

CONTRATTAZIONE COLLETTIVA NAZIONALE, PARTECIPAZIONE SINDACALE, RAPPRESENTATIVITÀ AI FINI DELLA CONTRATTAZIONE NAZIONALE. PROCEDURE NEGOZIALI PER IL PERSONALE AD ORDINAMENTO PUBBLICISTICO

Il contratto collettivo nazionale nel lavoro pubblico: verso il suo ridimensionamento?

di Maurizio Ricci

1. Alcune osservazioni introduttive sull'evoluzione legislativa	313
1.1. La prima riforma	313
1.2. Il ruolo della contrattazione collettiva nella prima e nella seconda riforma	314
1.3. I limiti emersi nella contrattazione collettiva	315

1.4. Gli interventi legislativi dopo il Testo Unico: alcuni cenni ...	319
2. Finalità e obiettivi della L. n. 15/2009 e del D.Lgs. n. 150/2009 nel rapporto tra fonte legale e contrattuale.....	320
2.1. Finalità della revisione legislativa.....	320
2.2. Gli interventi legislativi: le principali caratteristiche.....	322
3. Le fonti sui rapporti di lavoro nelle PP.AA.: brevi note.....	325
4. Il contratto collettivo nazionale.....	329
4.1. L'ambito negoziale.....	329
4.2. Contrattazione collettiva e regime delle autonomie: alcune osservazioni.....	338
4.3. Il finanziamento della contrattazione collettiva: brevissimi cenni.....	340
5. La tutela retributiva per i dipendenti pubblici.....	341
6. La procedura negoziale del CCNL.....	344
7. Alcune (provvisorie) conclusioni.....	351

La partecipazione sindacale

di Cristiana Corbo

1. L'evolversi della norma in esame.....	355
2. Il criterio informatore della delega.....	356
3. La clausola di salvaguardia.....	357
4. Il differente oggetto rimesso alla competenza dei contratti collettivi nazionali.....	358
5. Alcune brevi osservazioni conclusive.....	360
6. I primi problemi applicativi.....	362

I soggetti della contrattazione collettiva di parte pubblica:

Comitati di settore e ARAN

di Madia D'Onghia

1. Un po' di storia.....	367
2. Le persistenti criticità del sistema previgente.....	369
3. I principi direttivi della legge delega.....	371
A) I COMITATI DI SETTORE	
4. La nuova organizzazione dei Comitati di settore.....	373
5. Un timido rafforzamento delle competenze dei Comitati.....	375
B) L'AGENZIA PER LA RAPPRESENTANZA NEGOZIALE	
6. La struttura e i profili organizzativi: la quarta versione.....	378
6.1. Il nuovo sistema di incompatibilità.....	380

6.2. L'autonomia finanziaria - normativa e la dotazione di personale.....	382
7. Una ridefinizione, non solo formale, dei compiti dell'Agenzia in sede negoziale.....	384
8. La conferma delle ulteriori competenze con qualche <i>restyling</i>	388
9. Qualche breve riflessione sulla configurazione giuridica dei soggetti di parte pubblica.....	389
10. Alcune osservazioni critiche: verso un depotenziamento della delegazione pubblica?.....	391

L'interpretazione autentica dei contratti collettivi è ancora una prerogativa esclusiva delle parti stipulanti?

di Valentina Pasquarella

1. L'art. 61: un ritocco non proprio "marginale".....	397
2. Brevi osservazioni conclusive.....	400

L'art. 63, D.Lgs. n. 150/2009: una norma "ricognitiva", ma "dinamica"

di Valentina Pasquarella

1. Premessa.....	403
2. I procedimenti di negoziazione per il personale in regime di diritto pubblico.....	405
2.1. Le fasi della procedura nelle normative di settore.....	407

CONTRATTAZIONE INTEGRATIVA, RISORSE E CONTROLLI

La contrattazione integrativa

di Adriana Topo

1. La contrattazione integrativa del settore pubblico fra presente e futuro: il nuovo ambiguo approccio della legge nei confronti del contratto integrativo.....	415
2. Contrattazione collettiva e mercato del lavoro. La preminenza del contratto collettivo nella determinazione dei trattamenti economici.....	419
3. Le materia sottratte alla contrattazione collettiva integrativa.....	424
4. Il raccordo fra contratti collettivi di diverso livello e il vincolo a carico della contrattazione integrativa.....	430
5. Contrattazione collettiva e valorizzazione del merito.....	437
6. Conclusioni.....	440

I controlli sulla contrattazione integrativa
di Gaetano Zilio Grandi

1. Premessa.....	443
2. Il "nuovo" significato dei controlli sulla contrattazione integrativa dalla L. n. 133/2008 al D.Lgs. n. 150/2009	444
3. La stretta relazione tra trasparenza e controlli.....	447
4. Controlli diretti e indiretti: il piano di valutazione della <i>performance</i> come strumento di controllo.....	450
5. I possibili effetti dei controlli: una possibile (e difficile) funzionalizzazione della contrattazione integrativa rispetto ad efficienza e produttività dei servizi pubblici	451
5.1. Il caso delle autonomie locali.....	455
6. Il D.L. n. 78/2010 e la sua conversione in L. n. 122/2010.	457

RESPONSABILITÀ E SANZIONI DISCIPLINARI

Sanzioni disciplinari e (nuove) responsabilità dei dipendenti pubblici: dalla legge al contratto collettivo, e ritorno
di Sandro Mainardi

1. Regime delle responsabilità e obiettivi della riforma. Dal Piano Industriale della P.A. al D.Lgs. n. 150/2009	461
2. Generalità ed ambito di applicazione.....	467
3. L'assetto delle fonti per la materia disciplinare: espansione della competenza di legge in chiave inderogabile.....	469
4. Il contenzioso disciplinare innanzi al Giudice del lavoro. Una (pleonastica?) conferma.	472
5. Il tramonto dei CAD, dell'Arbitro Unico e della giustizia arbitrale in materia disciplinare. Le prospettive dopo il Collegato lavoro 2010	473

I limiti sostanziali all'esercizio del potere disciplinare nel lavoro pubblico. Il licenziamento disciplinare
di Carla Spinelli

1. Premessa.....	477
2. La responsabilità disciplinare del dipendente pubblico e il potere disciplinare dell'amministrazione datore di lavoro.....	478
3. Il codice disciplinare e le competenze della contrattazione collettiva	482
3.1. La pubblicazione <i>on line</i>	483

4. Il licenziamento disciplinare.....	484
4.1. Le ipotesi legali di giusta causa.....	486
4.2. Le fattispecie di giustificato motivo (soggettivo e oggettivo).....	487
5. Le altre condotte disciplinarmente rilevanti tipizzate dal Legislatore e le relative sanzioni.....	489
6. Osservazioni conclusive	491

Il procedimento disciplinare e i rapporti con il procedimento penale

di Sandro Mainardi e Alessandro Lima

1. La leva del procedimento per rendere più effettivo il potere sanzionatorio delle p.a. Percorsi guidati, responsabilità e perentorietà dei termini	493
2. Dalla sostanza alla procedura: la pubblicità del codice disciplinare	495
3. Titolarità pluriarticolata del potere ai fini del procedimento. L'azione disciplinare nei confronti dei dirigenti.....	496
4. Semplificazione ed accelerazione del procedimento	500
4.1. Il tentativo di conciliazione endoprocedimentale previsto dai contratti collettivi	505
5. La responsabilità dell'azione disciplinare. Obbligatorietà vs. discrezionalità.....	506
6. Il rapporto tra procedimento disciplinare e procedimento penale. La regola della non sospensibilità del procedimento disciplinare.....	508
7. La riapertura del procedimento disciplinare	511
8. I termini per la riapertura e per la ripresa del procedimento disciplinare. L'obbligo di comunicazione della sentenza da parte della cancelleria penale.....	514

La certificazione e il controllo della malattia
di Davide Casale

1. La legge delega e il contrasto all'"assenteismo".....	519
2. Il nuovo quadro normativo sul controllo della malattia	521
3. La certificazione medica, la sua trasmissione telematica e la riservatezza dei dati.	523
4. I controlli e le fasce orarie di reperibilità.....	529
5. (<i>Segue</i>): questioni di legittimità costituzionale e de <i>iure condendo</i>	537

6. La decurtazione del trattamento economico e le altre prescrizioni nell'art. 71 del D.L. n. 112/2008..... 542

Il licenziamento per sopravvenuta inidoneità psicofisica permanente

di Davide Casale

1. La nuova disciplina contenuta nel decreto delegato 547
2. La disciplina comune del licenziamento per giustificato motivo oggettivo dovuto a permanente inidoneità psicofisica 551
3. La L. n. 68/1999: il licenziamento per inidoneità psicofisica sopravvenuta causata da inadempimento del datore ed il licenziamento del disabile assunto in quota obbligatoria 559
4. Accertamento medico e inidoneità dei dipendenti pubblici 563

I cartellini di riconoscimento

di Davide Casale

1. I precedenti e la legge delega 569
2. Il decreto delegato e il D.P.C.M. dell'estate 2010 573

PARTE II - IL PUBBLICO IMPIEGO NELLA L. 4 NOVEMBRE 2010, N. 183

La trasformazione del rapporto di lavoro da tempo pieno in tempo parziale nelle pubbliche amministrazioni

di Maria Giovanna Murrone

1. L'evoluzione della disciplina del *part time* nel lavoro pubblico 581
2. Il "diritto" alla trasformazione in tempo parziale 583
3. L'attuale disciplina 586

L'aspettativa

di Ester Villa

1. L'aspettativa di cui all'art. 18: lettura in chiave sistematica della norma 589
2. La deroga al regime dell'incompatibilità 592
3. Il rapporto con l'art. 23-bis, D.Lgs. n. 165/2001 595

Misure in materia di pari opportunità

di Andrea Lassandari

1. Norme di modificazione del D.Lgs. n. 165/2001, concernenti pari opportunità, benessere dei prestatori e contrasto delle discriminazioni 597
2. Le integrazioni agli artt. 3 e 7: l'eliminazione di "qualunque forma di discriminazione e di violenza morale o psichica" 597
3. Il nuovo art. 57: la costituzione del "Comitato unico di garanzia per le pari opportunità, la valorizzazione del benessere di chi lavora e contro le discriminazioni" 600
4. I "piani di azioni positive" nelle pubbliche amministrazioni. 603

L'età pensionabile dei dirigenti medici

di Alessandro Lima

1. Le modifiche alle norme previgenti 605
2. La permanenza in servizio per un ulteriore biennio oltre il limite massimo d'età: la non applicabilità ai dirigenti del ruolo sanitario e i nuovi termini per la presentazione della domanda per i dipendenti che ricoprono cariche elettive 608
3. Il diritto alla permanenza in servizio fino alla maturazione dei quaranta anni di servizio effettivo 610
4. La retroattività della norma e il contrasto con la facoltà di risoluzione unilaterale del rapporto al raggiungimento dei 40 anni di anzianità contributiva 611

La disciplina dei permessi per l'assistenza a portatori di handicap in situazione di gravità

di Ester Villa e Maria Giovanna Murrone

1. Modifiche alla disciplina dei permessi di cui all'art. 33, comma 3, L. n. 104 del 1992 615
2. L'assistenza dei genitori al figlio con *handicap* grave 618
3. Il riconoscimento della scelta della sede più vicina al domicilio della persona da assistere 619
4. Le misure sanzionatorie: il nuovo comma 7-bis 622
5. L'eliminazione della "continuità" ed "esclusività" dell'assistenza di cui all'art. 20, L. n. 53 del 2000 623
6. La comunicazione di dati inerenti la fruizione dei permessi 624
7. Potere di controllo e *privacy*: le scelte del Legislatore 627
8. Qualche osservazione conclusiva 631

Il nuovo arbitrato e i riflessi sul settore pubblico

di Laura Orsini e Paolo Matteini

1. La precedente esperienza del settore pubblico.....	635
2. L'art. 31: a) Le novità in materia di conciliazione	636
3. (Segue) b) Le diverse forme arbitrali	638
4. I possibili sviluppi nel settore pubblico	644

PARTE III – APPENDICE LEGISLATIVA

Decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165	651
Legge delega 4 marzo 2009, n. 15.....	785
Decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150	805
Legge 4 novembre 2010, n. 183 (<i>Articoli estratti</i>)	869

NOTIZIE SUI CURATORI

Franco Carinci - Professore ordinario di Diritto del lavoro dell'Università di Bologna

Sandro Mainardi - Professore ordinario di Diritto del lavoro dell'Università di Bologna

NOTIZIE SUGLI AUTORI

Edoardo Ales - Professore ordinario di Diritto del Lavoro nell'Università di Cassino

Marta Barbieri - Docente SBA Bocconi

Alessandro Bellavista - Professore ordinario di Diritto del Lavoro nell'Università di Palermo

Alessandro Boscati - Professore associato di Diritto del Lavoro nell'Università statale di Milano

Davide Casale - Ricercatore di Diritto del Lavoro nell'Università di Bologna

Cristiana Corbo - Dottore di ricerca in Diritto del Lavoro nell'Università di Foggia

Madia D'Onghia - Professore associato di Diritto del Lavoro nell'Università di Foggia

Andrea Francesconi - Professore associato di Economia aziendale nell'Università di Trento

Enrico Gragnoli - Professore ordinario di Diritto del Lavoro nell'Università di Parma

Enrico Guarini - Ricercatore di Economia aziendale nell'Università Bicocca di Milano

Andrea Lassandari - Professore associato di Diritto del Lavoro nell'Università di Bologna

Alessandro Lima - Dottorando di ricerca in Diritto del Lavoro nell'Università di Padova

Sandro Mainardi - Professore ordinario di Diritto del Lavoro nell'Università di Bologna

Paolo Matteini - Dirigente ARAN

Poteri del datore di lavoro pubblico

di Alessandro Bellavista

Art. 34 D.Lgs. n. 150/2009

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il contenuto della novella. – 3. I casi patologici e i rimedi.

1. Premessa

L'art. 34 del D.Lgs. n. 150/2009 dà attuazione al mandato contenuto, da un lato, nell'art. 3, c. 1, della legge delega n. 15/2009, di «assicurare il rispetto della ripartizione tra le materie sottoposte alla legge, nonché, sulla base di questa, ad atti organizzativi e all'autonoma determinazione dei dirigenti, e quelle sottoposte alla contrattazione collettiva»; e, dall'altro, nell'art. 6, c. 2, lett. a), della stessa legge delega, di «affermare la piena autonomia e responsabilità del dirigente, in qualità di soggetto che esercita i poteri del datore di lavoro pubblico, nella gestione delle risorse umane».

In sintesi, il Legislatore della riforma intende evitare il fenomeno della «negoziabilità dei poteri dirigenziali», vale a dire il rischio che il dirigente pubblico contratti, con le organizzazioni sindacali, limitazioni delle proprie prerogative.

Va ricordato che, durante la prima privatizzazione, s'è alquanto discusso se il dirigente potesse validamente negoziare e quindi stipulare contratti collettivi decentrati su materie sottoposte a regime privatistico e che, alla stregua del D.Lgs. n. 29/1993 e dei contratti collettivi nazionali, costituivano mero oggetto di informazione o consultazione ed esame. La questione della negoziabilità dei poteri privatistici del dirigente s'è riproposta, a seguito della seconda privatizzazione (quella avviata con la legge n. 59/1997), con la complicazione derivante dall'ampliamento dell'area privatizzata. Così, era controverso se il dirigente potesse stipulare contratti collettivi integrativi vertenti su materie organizzative rientranti nell'area privatizzata: e cioè, nella bassa organizzazione. Più in generale, il tema riguardava anche il punto se il dirigente potesse contrattare, in sede integrativa, su materie relative sì al rapporto di lavoro, ma non delegate dal contratto collettivo nazionale di riferimento alla contrattazione integrativa, bensì oggetto di mera informazione o consultazione. A ciò si collegava la domanda se la stessa contrattazione collettiva nazionale fosse legittimata ad aprire spazi negoziali, in sede integrativa, proprio su materie relative all'organizzazione micro o bassa. Materie, pertanto, diverse da quelle «relative al rapporto di lavoro e alle relazioni sindacali», formalmente attribuite alla competenza della contrattazione collettiva

dal testo allora vigente dell'art. 40 del D.Lgs. n. 165/2001. Il tutto era sublimato dal fatto che la contrattazione collettiva della seconda tornata ha escogitato una nuova procedura partecipativa, la concertazione, a cui sono state assoggettate anche materie inequivocabilmente di carattere organizzativo. Benché la concertazione non preveda un vero e proprio obbligo a contrarre, ma solo a trattare, molti contratti collettivi (al momento ancora in vigore) stabiliscono che «nella concertazione le parti verificano la possibilità di un accordo», e uno di essi aggiunge che gli impegni assunti in sede di concertazione sono vincolanti per le parti (in pratica, solo per il datore di lavoro pubblico). Sul piano della realtà effettuale, peraltro, la contrattazione integrativa non ha rispettato i vincoli stabiliti dal contratto collettivo nazionale di riferimento e ha assunto carattere a dir poco creativo. Infatti, in parecchie amministrazioni sono stati sottoscritti contratti integrativi fortemente invasivi delle prerogative dirigenziali e comunque, nella prassi, è stato ripristinato un clima co-gestionale simile a quello in voga durante la legge quadro e la cui eliminazione, in verità, costituiva uno degli obiettivi fondamentali della riforma avviata con la legge delega n. 421/1992¹.

Tale situazione era stata valutata dalla dottrina più condivisibile come *contra legem*². Infatti, nonostante la teoria della negoziabilità dei poteri dirigenziali fosse relativamente diffusa³, gli argomenti a suo favore risultavano alquanto deboli di fronte alle stesse indicazioni del quadro legale. Tuttavia, la prassi, come s'è già detto, è andata in direzione contraria. La responsabilità di tali effetti ricade su due categorie di soggetti. In primo luogo, sul negoziatore pubblico a livello centrale che ha accettato di stipulare contratti collettivi nazionali del genere qui considerato. In secondo luogo, sulla dirigenza pubblica che ha acconsentito di codeterminare con le organizzazioni sindacali la gestione delle proprie esclusive prerogative. È evidente che non si può nascondere come la debolezza della dirigenza, in sede negoziale, sia stata probabilmente influenzata dalle pressioni dei vertici politici delle pubbliche amministrazioni: i quali, pur di garantirsi la pace sociale e il sostegno elettorale delle organizzazioni sindacali, sono portati ad invadere la gestione e a trascurare le esigenze di efficienza della macchina amministrativa. E, se si

¹ Per una ricostruzione della vicenda Cfr. F. CARINCI, Una riforma «conclusa». Fra norma scritta e prassi applicativa, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2004, 340 ss. e 366 ss.; BELLAVISTA, Lavoro pubblico e contrattazione collettiva, in *Riv. Giur. Lav.*, 2007, I, 333 ss.

² Cfr. F. CARINCI, Le fonti della disciplina del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, in *Arg. Dir. Lav.*, 2000, 76 ss.; ID., La dirigenza nelle amministrazioni dello Stato ex capo II, titolo II, d.lgs. n. 29 del 1993 (il modello «universale»), ivi, 2001, 52 ss.; BOSCATI, La partecipazione sindacale nel settore pubblico e la negoziabilità dei poteri privatistici del dirigente datore di lavoro, in *Dir. Rel. Ind.*, 2000, 407 ss.; GARILLI, Profili dell'organizzazione e tutela della professionalità nelle pubbliche amministrazioni, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2004, 135 ss.

³ Cfr. BARBIERI, La contrattazione collettiva, in *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, Commentario diretto da F. CARINCI e D'ANTONA, 2°, Milano, 2000, 1124 ss.

considera quanto la sorte dell'incarico dirigenziale (specie la conferma dell'incarico una volta scaduto o l'assegnazione di un nuovo incarico, parimenti prestigioso) dipenda dalla discrezionalità dell'organo politico titolare del potere di nomina, ci si rende conto dell'assenza di una vera autonomia in capo alla dirigenza: che è, *in primis*, autonomia nei confronti degli organi politici titolari del potere di investitura. Sicché, la riforma della L. n. 15/2009 e del D.Lgs. n. 150/2009 mira a rafforzare l'autonomia dirigenziale «in senso lato» con tutta una serie di interventi normativi: quindi nei confronti sia degli organi politici sia delle organizzazioni sindacali; anche se non è detto che il risultato concreto corrisponda alla finalità dichiarata, soprattutto per quanto concerne l'equilibrio delle relazioni tra politica e amministrazione.

Tornando alla disposizione in commento, va così sottolineato che la novella da essa apportata però non appare tanto innovativa, poiché il Legislatore si limita a codificare la posizione dottrinale più fedele al quadro legale previgente nonché ad arrestare la deriva della contrattazione collettiva nazionale e integrativa sviluppatasi in via di fatto. In sostanza, lo stesso risultato poteva essere ottenuto senza alcun bisogno di intervenire in via legislativa, bensì con una più coerente azione del negoziatore pubblico a livello nazionale ed integrativo. Ma tant'è! Probabilmente, il legislatore ha ritenuto urgente bloccare le storture accennate, valutando non concepibile uno spontaneo *revirement* da parte dei negoziatori pubblici ai vari livelli né un'immediata rivendicazione della propria sfera di autodeterminazione da parte della dirigenza pubblica, benché stimolata dalle varie sanzioni negative di cui è ricco il D.Lgs. n. 150/2009.

2. Il contenuto della novella

L'art. 34 del D.Lgs. n. 150/2009, c. 1, lett. a), modifica il comma 2, dell'art. 5 del D.Lgs. n. 165/2001, lasciando inalterata la prima parte: «nell'ambito delle leggi e degli atti organizzativi di cui all'art. 2, c. 1, le determinazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro sono assunte». L'enunciato poi aggiunge la precisazione «in via esclusiva», per continuare, riprendendo il vecchio testo, «dagli organi preposti alla gestione con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro», al quale segue la frase «fatta salva la sola informazione ai sindacati, ove prevista nei contratti di cui all'art. 9». Infine, il nuovo testo afferma che «rientrano, in particolare, nell'esercizio dei poteri dirigenziali le misure inerenti la gestione delle risorse umane nel rispetto del principio di pari opportunità, nonché la direzione, l'organizzazione del lavoro nell'ambito degli uffici».

La disposizione va letta in correlazione con il comma 2 dell'art. 4 del D.Lgs. n. 165/2001. Quest'ultima stabilisce che i dirigenti «sono responsabili in

via esclusiva dell'attività amministrativa, della gestione e dei relativi risultati», la prima sottolinea che il dirigente esercita i suoi poteri organizzativi e gestionali parimenti in «via esclusiva». In questo modo, si rimarca la perfetta corrispondenza tra potere di gestione e responsabilità del dirigente. Peraltro, l'ultimo periodo del nuovo comma 2 dell'art. 5 del D.Lgs. n. 165/2001 assume il semplice valore di chiarire quanto detto dal periodo precedente. Stante che gli «organi preposti alla gestione», di cui al primo periodo, sono i dirigenti (e non può essere altro soggetto in base al principio di distinzione tra politica e amministrazione), il secondo periodo specifica le facoltà rientranti nell'ambito dei «poteri dirigenziali». La conclusione è confermata dal nuovo comma 1 dell'art. 40 del D.Lgs. n. 165/2001, come modificato dall'art. 54 del D.Lgs. n. 150/2009, che parla di «prerogative dirigenziali ai sensi degli articoli 5, comma 2, 16 e 17».

Inoltre, benché sia stato cambiato il testo dell'art. 5 del D.Lgs. n. 165/2001, non muta la natura giuridica dei poteri organizzativi (relativi alla organizzazione micro o bassa) e gestionali del dirigente pubblico. Essi restano poteri assoggettati al regime giuridico privatistico. Pertanto, il Legislatore delegato risolve il dubbio sorto sulla base della lett. a) del c. 2 dell'art. 6 della legge delega n. 15/2009 che parla del dirigente come del «soggetto che esercita i poteri del datore di lavoro pubblico». Tale formula offriva lo spazio all'interpretazione (seppure un po' troppo ardita in base ad un'esegesi sistematica dell'intera legge n. 15/2009) secondo cui sarebbe mutata la natura giuridica dei suddetti poteri; cioè, essi sarebbero ritornati ad essere di tipo pubblicistico.

Il significato della disposizione va così colto nell'esplicita introduzione di una clausola di salvaguardia del potere unilaterale privatistico del dirigente pubblico, che produce l'effetto di fondare l'indisponibilità del relativo potere sia per lo stesso dirigente sia in sede negoziale a qualunque livello.

Basti ricordare che una versione più tenue della anzidetta clausola di salvaguardia era contenuta nell'art. 10 del D.Lgs. n. 29/1993, vigente durante la prima privatizzazione, ma essa non aveva impedito l'emergere di tesi favorevoli alla negoziabilità dei poteri dirigenziali. E, come s'è accennato, le suddette tesi sono state riproposte con più forza, durante la seconda privatizzazione, facendo leva sulla scomparsa della clausola di salvaguardia di cui all'art. 10 del D.Lgs. n. 29/1993 e sulla versione allora introdotta dell'art. 9 del D.Lgs. n. 165/2001 che sembrava ammettere la possibilità che i contratti collettivi nazionali prevedessero anche la forma di partecipazione più intensa sugli atti interni di organizzazione, come la contrattazione. Infatti, già s'è segnalato che l'area della contrattazione vera e propria è stata ampliata in modo surrettizio, dai contratti collettivi nazionali della seconda tornata, fino

a toccare materie tipicamente organizzative, grazie al «cavallo di Troia» della procedura partecipativa della concertazione ivi introdotta.

Pertanto, la novella qui in commento va, in primo luogo, letta insieme al nuovo testo dell'art. 9 del D.Lgs. n. 165/2001, come modificato dall'art. 36 del D.Lgs. n. 150/2009, secondo cui «fermo restando quanto previsto dall'art. 5, c. 2, i contratti collettivi nazionali disciplinano le modalità e gli istituti della partecipazione». Da qui emerge che, per quanto concerne «le determinazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro», l'informazione è la sola modalità partecipativa consentita alle organizzazioni sindacali che la contrattazione collettiva nazionale è abilitata ad introdurre. Conseguenza che la prossima stagione contrattuale dovrà smantellare il complesso reticolo di forme di partecipazione sindacale, concernenti l'organizzazione degli uffici e del lavoro, nonché la gestione dei rapporti di lavoro, le quali prevedono momenti come la consultazione e la concertazione, per ricondurle alla mera informazione; e, con l'unica facoltà di scegliere se l'informazione debba essere preventiva o successiva alla decisione del dirigente.

In secondo luogo, il cerchio si chiude se si esamina il testo dell'art. 40 del D.Lgs. n. 165/2001, come modificato dall'art. 54 del D.Lgs. n. 150/2009. Il primo periodo della disposizione restringe la competenza della contrattazione collettiva, rispetto alla situazione precedente, perché afferma che «la contrattazione collettiva determina i diritti e gli obblighi direttamente pertinenti al rapporto di lavoro, nonché le materie relative alle relazioni sindacali». Ancora più drastico è il secondo periodo che, in modo sicuramente innovativo, indica esplicitamente i terreni su cui la contrattazione collettiva non può incamminarsi. Così, l'enunciato dice che «sono, in particolare, escluse dalla contrattazione collettiva le materie attinenti all'organizzazione degli uffici, quelle oggetto di partecipazione sindacale ai sensi dell'art. 9, quelle afferenti alle prerogative dirigenziali ai sensi degli articoli 5, c. 2, 16 e 17, la materia del conferimento e della revoca degli incarichi dirigenziali, nonché quelle di cui all'art. 2, c. 1, lett. c), della legge 23 ottobre 1992, n. 421».

Infine, il terzo periodo della disposizione circoscrive lo spazio negoziale lungo il binario legislativo: infatti, precisa che «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». Il riferimento alla contrattazione collettiva non distingue tra i vari livelli e può anche ritenersi che la disposizione riguardi sia quello nazionale sia quello integrativo. Però, una lettura sistematica dell'enunciato induce a pensare che esso concerne solo le competenze della contrattazione nazionale, mentre quelle della contrattazione integrativa dipendono dalle scelte della prima; la quale ovviamente può muoversi solo nei limiti fissati dalla legge.

La novella quindi comporta una drastica riduzione della partecipazione sindacale alle scelte dirigenziali. Tutte le determinazioni che concernono l'organizzazione degli uffici, l'organizzazione del lavoro e la gestione dei rapporti di lavoro possono al massimo essere oggetto di sola informazione, se prevista dai contratti collettivi nazionali. È probabile che il Legislatore abbia fatto leva su un dato concreto: v'è sovente un inestricabile intreccio tra aspetti organizzativi e questioni inerenti al rapporto di lavoro, soprattutto al livello dell'attività di organizzazione degli uffici che si sviluppa a stretto contatto con lo svolgimento del rapporto di lavoro, come l'organizzazione del lavoro. Pertanto, la fissazione di chiari confini tra le varie aree può rivelarsi, in questi casi, estremamente ardua⁴. La soluzione scelta è quella, per un verso, di una compressione dello spazio della contrattazione collettiva che oggi non può più toccare in generale «*tutte le materie relative al rapporto di lavoro*», come prevedeva il precedente testo del comma 1 dell'art. 40 del D.Lgs. n. 165/2001, ma solo «*determina i diritti e gli obblighi direttamente pertinenti al rapporto di lavoro*», come dice la nuova versione del medesimo enunciato. Per altro verso, quella di assoggettare tutte le determinazioni dirigenziali, di qualunque tipo siano, ad un'unica forma partecipativa: l'informazione. Con ciò viene meno il problema di capire se una specifica decisione sia inquadrabile nell'ambito dell'organizzazione degli uffici, o dell'organizzazione del lavoro o della mera gestione dei rapporti di lavoro.

L'articolo in commento e gli artt. 36 e 54 del D.Lgs. n. 150/2009, infine, semplificano il sistema delle relazioni sindacali: tutte le decisioni ricadenti nell'area delle prerogative dirigenziali, comunque la si individui, possono al limite essere condizionate dal solo diritto delle organizzazioni sindacali ad essere informate.

Meno radicale sarebbe stata la novella se fosse passata la versione originaria della bozza di decreto legislativo fatta circolare dal Governo. L'art. 39 di questo modificava l'art. 5 del D.Lgs. n. 165/2001, con l'inserimento della formula «*in via esclusiva*» quanto alle determinazioni dirigenziali, però affermava «*fatte salve le procedure di partecipazione sindacale di cui all'art. 9, con esclusione della concertazione sugli atti riguardanti l'organizzazione degli uffici*».

L'art. 41 dello schema di decreto si limitava ad aggiungere all'art. 9 del D.Lgs. n. 165/2001 le parole «*ferma restando, in ogni caso, l'autonoma decisione definitiva e la responsabilità del dirigente*». Mentre l'art. 58 del medesimo testo modificava il comma 1 dell'art. 40 del D.Lgs. n. 165/2001 ponendo alla contrattazione collettiva gli stessi limiti oggi risultanti dall'art. 54 del D.Lgs. n.

⁴ Cfr. D'ANTONA, Lavoro pubblico e diritto del lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle «leggi Bassanini», in *Lav. Pubb. Amm.*, 1998, 44; RUSCIANO, Giannini e il pubblico impiego, in *Riv. Trim. Dir. Pubb.*, 2000, 1144.

150/2009. Più precisamente, se fosse stata adottata tale impostazione, sarebbe stata comunque impedita ogni forma di contrattazione sulle prerogative dirigenziali, la concertazione «sugli atti riguardanti l'organizzazione degli uffici» non avrebbe potuto più sfociare nella conclusione di un accordo di qualunque genere, ma sarebbe rimasto lo spazio, a favore della contrattazione collettiva nazionale, per prevedere, alla stregua di quel nuovo testo dell'art. 9 del D.Lgs. n. 165/2001, forme di partecipazione più intense dell'informazione, come la consultazione, sugli «*atti interni di organizzazione aventi riflessi sui rapporti di lavoro*».

3. I casi patologici e i rimedi

Va presa in considerazione l'ipotesi in cui un contratto collettivo nazionale preveda una forma di partecipazione sindacale più intensa della mera informazione circa «*le determinazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro*». Lo stesso problema si pone qualora la contrattazione collettiva tocchi le materie «intangibili» di cui al secondo periodo del nuovo comma 1 dell'art. 40 del D.Lgs. n. 165/2001; oppure vada al di là dei tasselli legislativi alla stregua del terzo periodo dello stesso comma.

La questione si pone in termini analoghi sia se la contrattazione collettiva nazionale affronti direttamente la materia fornendo una regolazione eccedente quella legislativa sia se essa consenta alla contrattazione collettiva integrativa di intervenire al riguardo con una propria normativa.

È evidente che il novellato quadro normativo impone al negoziatore pubblico a livello centrale di perseguire una strategia contrattuale volta ad adeguare l'intero sistema di relazioni sindacali, al momento vigente, secondo le direttive delle nuove prescrizioni legali. La stagione contrattuale si preannuncia alquanto turbolenta, proprio perché sarà difficile che le organizzazioni sindacali accettino un drastico ridimensionamento delle loro prerogative, come invece impongono le norme legislative.

Comunque, qualora si riscontrassero divergenze tra le regole contrattuali e quelle legislative, sono chiari i punti di riferimento. Infatti, il comma 2 dell'art. 2 del D.Lgs. n. 165/2001, come modificato dalla lett. a) del comma 1 dell'art. 33 del D.Lgs. n. 150/2009, sancisce ora esplicitamente (sebbene già prima la dottrina prevalente fosse giunta ad analogo risultato in via interpretativa)⁵ che le disposizioni contenute nel D.Lgs. n. 165/2001, diverse da quelle vigenti per i rapporti di lavoro del settore privato, «*costituiscono di-*

⁵ Cfr. LISO, La privatizzazione dei rapporti di lavoro, in *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, cit., 222 ss.

sposizioni imperative. Il richiamo alla nozione di norma imperativa ha lo scopo, nel quadro di un contesto che resta privatizzato, di fissare limiti alla contrattazione collettiva. Poi, il nuovo comma 3-*bis* dello stesso art. 2 del D.Lgs. n. 165/2001, introdotto dalla lett. *c*) del comma 1 dell'art. 33 del D.Lgs. n. 150/2009, sancisce che «nel caso di nullità delle disposizioni contrattuali per violazione di norme imperative o dei limiti fissati alla contrattazione collettiva, si applicano gli articoli 1339 e 1419, secondo comma, del codice civile». Stante la sua collocazione sistematica, l'enunciato si riferisce sicuramente alla contrattazione collettiva. Anche perché lo spazio d'azione del contratto individuale, nel settore pubblico, resta sempre governato dal contratto collettivo di riferimento (cfr. il comma 3 dell'art. 2 e l'art. 25 del D.Lgs. n. 165/2001): quindi i limiti del secondo condizionano il primo.

Sorprende come il Legislatore abbia fatto ricorso al meccanismo della «sostituzione automatica», di cui agli artt. 1339 e 1419, comma 2, c.c., delle clausole contrattuali nulle con quelle legali, per regolare il rapporto tra legge e contrattazione collettiva. In realtà, il richiamo agli artt. 1339 e 1419, comma 2, c.c. appare pleonastico. Una volta riconosciuta esplicitamente natura imperativa a tutte le disposizioni del D.Lgs. n. 165/2001 (e quindi anche a quelle sulla competenza della contrattazione collettiva) la logica conseguenza del contrasto tra previsione legale e contrattuale è sempre la nullità della seconda e la sua eventuale sostituzione con il precetto legale. Se invece si fosse voluto rafforzare (sebbene non ve ne fosse bisogno alla stregua di una coerente applicazione dei principi in materia) la blindatura dei limiti all'autonomia collettiva sarebbe stato sufficiente affermare la nullità e quindi l'inapplicabilità delle clausole del contratto collettivo in contrasto con le norme imperative, come prevedeva il testo precedente del comma 3 dell'art. 40 del D.Lgs. n. 165/2001 quanto ai rapporti tra contratto collettivo nazionale e contratto collettivo integrativo. Peraltro, non è detto che le norme imperative che determinano la nullità delle contrastanti clausole contrattuali siano sempre in grado di sostituirsi automaticamente ad esse e quindi di fornire una disciplina immediatamente applicabile. Ad ogni modo, per quanto concerne la disposizione in commento, qualora la contrattazione collettiva nazionale sottoponesse le prerogative dirigenziali a forme partecipative diverse dalla mera informazione (per esempio la consultazione), la relativa disposizione sarebbe nulla e però le organizzazioni sindacali non avrebbero diritto nemmeno alla sola informazione, se questa non è, in via autonoma, prevista nello stesso contratto.

Beninteso, l'effetto prodotto dalle innovazioni citate è più che altro quello di sostenere la posizione e l'autonomia del dirigente pubblico. Con ciò si impedisce ogni tentativo della contrattazione collettiva nazionale di annacquare i poteri del dirigente, tramite l'attenuazione del principio secon-

do cui costui esercita in via esclusiva le cosiddette prerogative manageriali. Diverso problema è l'accertamento del contrasto tra le clausole del contratto nazionale e le norme imperative.

L'eventualità non è da fantascienza, stante la diffusa presenza in molti contratti nazionali di istituti bizzarri e chiaramente contrastanti con norme imperative. L'ideale sarebbe che il negoziatore pubblico non commettesse più errori del genere. Stante la natura politica dei comitati di settore è impossibile da parte loro una sensibilità al riguardo. Difficile è che la Corte dei Conti si spinga a svolgere un esame siffatto, a meno che ritenga che l'istituto sospetto coinvolga questioni di compatibilità con le linee di politica economica e finanziaria nazionale di sua competenza. Se il contratto collettivo dovesse così passare il vaglio dei controlli, allora dovranno essere i singoli dirigenti delle varie amministrazioni a sollevare il problema, con tutto quello che ne seguirà sul piano della conflittualità sindacale; e anche con il rischio di divergenti valutazioni in sede giudiziaria.

Altra ipotesi è quella se in sede di contrattazione integrativa siano lambite le prerogative dirigenziali arricchendo il tessuto partecipativo rispetto a quanto previsto dal contratto collettivo nazionale di riferimento che invece si muove lungo le linee della disciplina legislativa. Per esempio: nell'ambito di materie rientranti nell'area di cui al comma 2 dell'art. 5 del D.Lgs. n. 165/2001, il contratto nazionale prevede correttamente la sola informazione successiva, mentre il contratto integrativo introduce la consultazione preventiva.

Oppure, e sarebbe il caso più grave, si può configurare anche l'eventualità di veri e propri contratti integrativi concernenti temi come l'organizzazione degli uffici, la gestione delle risorse umane, la direzione e l'organizzazione del lavoro nell'ambito degli uffici. A questo proposito, viene in rilievo l'art. 54 del D.Lgs. n. 150/2009 che, nel riscrivere l'art. 40 del D.Lgs. n. 165/2001, mira a precisare i limiti della contrattazione collettiva integrativa, ribadendo in vario modo la sua subordinazione nei confronti del livello superiore della contrattazione sindacale e delle norme legislative. Così, nel comma 3-*quinquies* del nuovo art. 40 del D.Lgs. n. 165/2001, si legge che «le pubbliche amministrazioni non possono in ogni caso sottoscrivere in sede decentrata contratti collettivi integrativi in contrasto con i vincoli e con i limiti risultanti dai contratti collettivi nazionali o che disciplinano materie non espressamente delegate a tale livello negoziale»; e che «nei casi di violazione dei vincoli e dei limiti di competenza imposti dalla contrattazione collettiva nazionale o dalle norme di legge, le clausole sono nulle, non possono essere applicate e sono sostituite ai sensi degli articoli 1339 e 1419, secondo comma, del codice civile».

Accertata l'indiscutibile nullità di tali clausole, sul piano pratico, si pone il problema di individuare il soggetto che concretamente abbia l'interesse a

farla valere. Se si parte dal fatto che queste clausole sono state consensualmente definite, è difficile pensare che chi le ha sottoscritte faccia in seguito marcia indietro. Il dirigente pubblico che le accetta probabilmente ha dietro di sé l'organo politico che in qualche modo è sempre interessato al buon esito del negoziato e alla pace sociale.

Forse è concepibile un'attivazione dell'organo dell'amministrazione deputato al controllo della contrattazione integrativa. Tuttavia, il nuovo comma 1 dell'art. 40-*bis* del D.Lgs. n. 165/2001, come modificato dall'art. 55 del D.Lgs. n. 150/2009, sembra circoscrivere la competenza di tale organo alla verifica della compatibilità dei costi della contrattazione collettiva con i vincoli di bilancio e legislativi. E quindi il controllo può trascurare le clausole che non producono costi, ma limitano i poteri dirigenziali.

Ancora meno sanzionabile è il caso in cui l'aggressione ai poteri dirigenziali sia il frutto di prassi e accordi informali, come avviene sovente nelle amministrazioni pubbliche. Ovviamente, ciò può essere evitato solo se la dirigenza maturi un'effettiva capacità di resistenza (simile a quella della dirigenza del settore privato) alle pressioni sia dei sindacati sia degli organi politici.

Proprio quest'ultima considerazione induce a sottolineare nuovamente come l'autonomia delle scelte dirigenziali si imponga anche di fronte agli organi politici. La correlazione, sancita dagli artt. 4 e 5 del D.Lgs. n. 165/2001, tra potere gestionale e responsabilità, dovrebbe indurre i dirigenti a rivendicare costantemente l'esclusività del proprio spazio decisionale senza accedere a qualunque forma di cogestione con i vertici politici della propria amministrazione, ma limitandosi a rispettare gli atti di indirizzo da questi formulati e gli obiettivi fissati nei provvedimenti di preposizione agli uffici. Quanto ciò sia realistico può essere valutato solo quando tutta la riforma del D.Lgs. n. 150/2009 funzionerà a pieno regime.

Quando questo commento era già definito, sono apparse le prime pronunce (ovviamente *ex art.* 28 St. lav.) della giurisprudenza di merito la quale, al momento, sembra dell'opinione di ritenere che l'entrata in vigore della limitazione delle prerogative sindacali, introdotta dal complesso di disposizioni del D.Lgs. n. 150/2009 di cui s'è parlato in precedenza, sia condizionata alla stipula dei nuovi contratti collettivi di comparto⁶. È evidente che si tratta di un'interpretazione contraria alla lettera e alle finalità degli enunciati legislativi poc'anzi esaminati, nonché che viola il rapporto gerarchico tra

⁶ Cfr. Trib. Torino 2 aprile 2010, in *Lav. Pubbl. amm.*, 2010, 91 ss., con note di MATTEINI (che critica la pronuncia) e CORBO (che la condivide); e Trib. Pesaro 19 luglio 2010, in *Riv. Giur. Lav.*, 2010, II, 527.

legge e contrattazione collettiva⁷. Però, è probabile che così facendo i giudici vogliano rendere meno drammatico il cambiamento e concedere a tutti gli attori del sistema il tempo necessario per adattarsi alle nuove regole.

⁷ Sul punto, cfr., ampiamente, D'AURIA, *Contratti collettivi e "istituti della partecipazione" nel settore pubblico dopo la "riforma Brunetta"*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2010, II, 528 ss.; e NICOLOSI, *La negoziabilità dei poteri dirigenziali dopo il D.Lgs. 150/2009*, in *Lav. Giur.*, 2011, 2, 181 ss.