

**A. Garilli - A. Riccobono - C. De Marco
A. Bellavista - M. Marinelli - M. Nicolosi - A. Gabriele**

ALESSANDRO GARILLI

Ordinario di diritto del lavoro dell'Università di Palermo

ALESSANDRO RICCOBONO

Ricercatore di diritto del lavoro dell'Università di Palermo

CINZIA DE MARCO

Associato di diritto del lavoro dell'Università di Palermo

ALESSANDRO BELLAVISTA

Ordinario diritto del lavoro dell'Università di Palermo

MASSIMILIANO MARINELLI

Ordinario diritto del lavoro dell'Università di Palermo

MARINA NICOLOSI

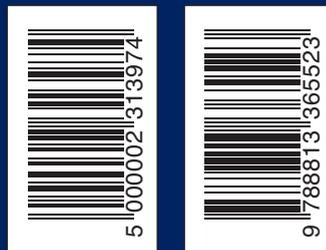
Associato diritto del lavoro dell'Università di Palermo

ALESSIA GABRIELE

Ricercatore diritto del lavoro dell'Università Enna "Kore"

IL LAVORO ALLE DIPENDENZE DELLA P.A. DOPO LA "RIFORMA MADIA"

IL LAVORO ALLE DIPENDENZE DELLA P.A. DOPO LA "RIFORMA MADIA"



€ 15,00 I.V.A. INCLUSA

 Wolters Kluwer

CEDAM

A. GARILLI, A. RICCOBONO, C. DE MARCO, A. BELLAVISTA, M. MARINELLI, M.
NICOLOSI, A. GABRIELE *Il lavoro alle dipendenze della p.a. dopo la Riforma*
Madia

A. Garilli, A. Riccobono, C. De Marco, A. Bellavista,
M. Marinelli, M. Nicolosi, A. Gabriele

IL LAVORO ALLE DIPENDENZE DELLA P.A.
DOPO LA RIFORMA MADIA



Wolters Kluwer

CEDAM

CONTRATTAZIONE COLLETTIVA E PARTECIPAZIONE SINDACALE NELLA RIFORMA MADIA

ALESSANDRO BELLAVISTA

SOMMARIO: 1. Premessa. Dalla riforma Brunetta alla riforma Madia. – 2. I rapporti tra legge e contrattazione collettiva. – 3. La partecipazione sindacale. – 4. Le materie trattabili. – 5. Le determinazioni unilaterali e le deroghe alla riserva di contrattazione collettiva. – 6. I vincoli alla contrattazione integrativa e nazionale. – 7. Valutazione e contrattazione collettiva. – 8. La sanatoria della contrattazione integrativa illegittima.

1. *Premessa. Dalla riforma Brunetta alla riforma Madia.*

La recente riforma Madia interviene sugli spazi normativi della contrattazione collettiva e della partecipazione sindacale, nel lavoro pubblico, temperando il forte ostracismo contenuto dalla precedente riforma Brunetta¹. Va ricordato, infatti, che con quest'ultimo provvedimento, tra l'altro, il legislatore restringe l'area delle relazioni sindacali². Con ciò si esprime un giudizio fortemente negativo sul metodo bilaterale di regolazione degli interessi, adottato espressamente per la determinazione delle condizioni di lavoro dei dipendenti pubblici, a partire dalla fine degli anni sessanta del secolo scorso. E così si assiste al ripristino della primazia della regolazione unilaterale che ha dominato, fin dalle origini, la normazione sul lavoro pubblico³.

¹ Sulla cosiddetta riforma Brunetta cfr. L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Napoli 2009; F. CARINCI-S. MAINARDI (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico*, Milano, 2011; M. NAPOLI-A. GARILLI (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico tra aziendalismo e autoritarismo*, Padova, 2013.

² Cfr. F. CARINCI, *Contrattazione e contratto collettivo*, in *Trattato di diritto del lavoro* (diretto da M. PERSIANI-F. CARINCI), vol. II, Padova 2014, 981 e segg.

³ Cfr. T. TREU, *La contrattazione collettiva nel pubblico impiego: ambiti e struttura*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1994, 1 e segg.

Più precisamente, sia la L. delega n. 15/2009 sia il D.Lgs. n. 150/2009 mettono sostanzialmente sotto tutela la contrattazione collettiva ed avviano una profonda rilegificazione del rapporto di lavoro pubblico, insieme al rafforzamento (in realtà solo apparente⁴) dell'autonomia decisionale della dirigenza pubblica cercando di liberarla dai condizionamenti provenienti dalle organizzazioni sindacali⁵.

Infatti, già la L. n. 15/2009, con una disposizione immediatamente operativa, cambia la struttura del meccanismo che consente la deroga da parte del contratto collettivo successivo delle disposizioni di legge precedenti che dettano regole riservate ai lavoratori pubblici. Dopo la L. n. 15/2009, la deroga è ammessa solo se la legge lo consente espressamente. Inoltre, il D.Lgs. n. 150/2009 assoggetta alla esclusiva o parziale regolazione legislativa tutta una serie di materie relative al rapporto di lavoro e quindi "naturalmente" di competenza della contrattazione collettiva⁶. In questo modo si esprime una sorta di fiducia nella legge e di completa sfiducia nelle capacità della contrattazione collettiva di garantire gli interessi pubblici coinvolti. Che poi la legge sia impermeabile alle pressioni degli interessi di parte, però, è sempre stato sconfessato da tutta la storia della regolazione del lavoro pubblico in Italia⁷.

Così, con la riforma Brunetta, la disciplina della contrattazione collettiva si allontana sempre di più dal modello del settore privato. Tuttavia, e questo rappresenta uno dei punti della riforma Brunetta che desta maggiori perplessità, il legislatore non interviene sugli aspetti problematici del rapporto politica-amministrazione, cercando di allentare la presa della politica sull'amministrazione. Infatti, al momento del varo di tale riforma, è già consolidata l'opinione che le cause del cattivo funzionamento del metodo contrattuale nelle pubbliche amministrazioni vadano ricercate principalmente nella mancanza nel datore di lavoro pubblico di una effettiva posizione di contrasto di interessi

⁴ Cfr. C. D'ORTA, *L'organizzazione delle p.a. dal diritto pubblico al diritto privato: il fallimento di una riforma*, in *Lav. Pubb. Amm.*, 2011, 407 e segg.

⁵ Cfr. M. RICCI, *Struttura e articolazione della contrattazione collettiva nel lavoro pubblico*, in F. CARINCI-M. PERSIANI (diretto da), *Trattato*, cit., 1207 e segg.

⁶ Cfr. L. ZOPPOLI, *Il ruolo della legge nella disciplina del lavoro pubblico*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia*, cit., 29 ss.

⁷ Cfr. S. BATTINI, *Le fonti della disciplina del rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni: da una regolamentazione unilaterale all'altra?*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2007, 631 e segg.; C. D'ORTA, *Legge quadro sul pubblico impiego e qualifiche funzionali sette anni dopo: una riforma "strabica"*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1990, 770 e segg.; M. RUSCIANO, *Sindacato e pubblica amministrazione*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1976, 1554 e segg.

con la controparte sindacale. In realtà, il datore di lavoro pubblico (a qualunque livello negoziale, seppure con graduazioni differenti) tende ad assumere un atteggiamento troppo morbido e sovente collusivo con i sindacati e i lavoratori⁸.

Più precisamente, la contrattazione collettiva nazionale è stata sovente usata dal potere politico come strumento di acquisizione del consenso da parte delle grandi organizzazioni sindacali. D'altra parte, la gestione concreta della negoziazione a questo livello è rimasta, in sostanza, in mano allo stesso potere politico, che invece dovrebbe limitarsi ad agire (come comitato di settore) fornendo solo indirizzi allo specifico negoziatore pubblico, l'Aran, creato negli anni novanta proprio allo scopo di allontanare la politica dai tavoli negoziali⁹. In realtà, l'esperienza dimostra che l'Aran è rimasta sfornita di poteri effettivi e pertanto è sempre un ostaggio della politica e delle organizzazioni sindacali¹⁰.

Come risulta dai dati disponibili, la contrattazione collettiva integrativa è stata la principale responsabile degli eccessivi incrementi della spesa pubblica che hanno giustificato il draconiano (ed eccessivo) intervento della riforma Brunetta¹¹. Comunque, è vero che il datore di lavoro pubblico è particolarmente fragile quando si trova a stretto contatto con i suoi dipendenti e quindi proprio al livello della contrattazione integrativa. Ciò dipende dalla circostanza che (nonostante il tanto retoricamente sbandierato principio di distinzione tra politica e amministrazione) la guida effettiva delle pubbliche amministrazioni è in mano agli organi politici che hanno il potere di scegliere i dirigenti da proporre agli uffici e soprattutto quello, ancora più discrezionale (se non del tutto arbitrario), di decidere se confermare o meno questi ultimi negli incarichi scaduti. E così i dirigenti, a causa della debolezza del loro statuto, sono precari e fidelizzati e quindi privi di una concreta autonomia operativa. Sicché, gli organi politici, nel governo delle pubbliche amministrazioni, mirano soprattutto alla realizzazione dei loro

⁸ Cfr. C. DELL'ARINGA, *Contrattazione collettiva e costo del lavoro*, in C. DELL'ARINGA-G. DELLA ROCCA (a cura di), *Pubblici dipendenti. Una nuova riforma?*, Soveria Mannelli, 2007, 3 e segg.; L. BORDOGNA, *La contrattazione collettiva. Un nuovo equilibrio tra centralizzazione e decentramento?*, *ivi*, 63 e segg.

⁹ Cfr. V. TALAMO, *Gli interventi sul costo del lavoro nelle dinamiche della contrattazione collettiva nazionale ed integrativa*, in *Lav. Pubb. Amm.*, 2009, 504 e segg.

¹⁰ Cfr. L. BORDOGNA - S. Neri, *La regolazione del lavoro pubblico in Italia e Francia: convergenze e divergenze*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2010, 485.

¹¹ Cfr. V. TALAMO, *Gli interventi*, *cit.*, 515 e segg.

interessi elettorali e di pace sociale, trascurando quello della collettività all'imparzialità e al buon andamento dell'amministrazione¹².

Dopo la riforma Brunetta, il sistema contrattuale risulta centralizzato e il Governo, in vario modo, ha la possibilità di svolgere il ruolo di *dominus* in tutti i comparti di contrattazione. Il che favorisce inevitabilmente la concentrazione dello scambio politico nelle sedi governative, trascurando le esigenze di differenziazione che provengono dal variegato mondo delle pubbliche amministrazioni. Secondo questo disegno, la contrattazione collettiva nazionale deve muoversi solo nello spazio consentito dalla disciplina legale, per giunta correndo il rischio di perdere ogni possibilità innovativa, dovendo solo riempire le caselle già predefinite dal legislatore. Il novellato comma 1 dell'art. 40, D.Lgs. n. 165/2001, infatti, afferma 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».

Peraltro, l'annunciata ridefinizione dell'Aran si arresta a qualche lieve modifica della sua composizione, senza alcuna reale valorizzazione delle sue potenzialità di porsi come resistente barriera tecnica alle sollecitazioni politiche che dominano la negoziazione nel settore pubblico. I comitati di settore possono continuare, senza alcuna vera forma di responsabilità, a flirtare con le organizzazioni sindacali e a premere anche indebitamente sull'Aran, scaricando sugli organi di controllo (Governo e Corte dei conti) i risultati sgraditi ai lavoratori della contrattazione collettiva e viceversa assumendo i relativi meriti per quelli valutati positivamente. Il momento contrattuale di fatto più importante resta immune da un auspicabile intervento razionalizzante¹³. Infatti, è noto che, nel settore pubblico, diversamente da quello privato, le risorse disponibili per il rinnovo dei contratti sono note alla controparte sindacale ben prima dell'inizio delle trattative. E proprio sulla definizione dell'esatto ammontare di queste si è sempre svolta una vera e propria contrattazione informale che si colloca al di fuori di ogni quadro legale¹⁴.

¹² Cfr. C. D'ORTA, *L'organizzazione*, cit., 435 e segg.

¹³ Cfr. G. D'AURIA, *Il nuovo sistema delle fonti: legge e contratto collettivo, Stato e autonomie territoriali*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2010, 9.

¹⁴ Cfr. S. BATTINI, *Le fonti*, cit., 636 e segg.; L. ZOPPOLI-M. DELFINO, *La rappresentanza delle pubbliche amministrazioni*, in M. Persiani-F. Carinci (diretto da), *Trattato*, cit., 1033 e segg.; nonché volendo A. BELLAVISTA, *Contrattazione collettiva nazio-*

Il ridimensionamento del ruolo della contrattazione collettiva, inoltre, emerge nettamente se si tiene conto che il D.Lgs. n. 150/2009 contiene due innovazioni rivoluzionarie. In base alla prima, prevista dal nuovo art. 47-*bis*, D.Lgs. n. 165/2001, diventa possibile, una volta approvata la legge di stabilità e trascorsi sessanta giorni senza che siano rinnovati i contratti collettivi nazionali, per i comitati di settore dare il via libera, unilateralmente, all'erogazione degli incrementi previsti per il trattamento stipendiale. Ancora più rilevante è la seconda novità: secondo cui qualora non si raggiunga l'accordo per la stipulazione del contratto collettivo integrativo, l'amministrazione interessata può provvedere, anche qui unilateralmente, su tutte le materie oggetto del mancato accordo. Di fatto le due previsioni aumentano enormemente il potere delle pubbliche amministrazioni e rendono inutile la mediazione sindacale. Con ciò risulta profondamente alterato il sistema della contrattazione collettiva nel settore pubblico che da sempre s'è fondato sul principio dell'affidamento alla competenza riservata della contrattazione collettiva della determinazione del trattamento economico dei dipendenti pubblici: principio che, come s'è poc'anzi osservato, ha ispirato tutte le riforme del lavoro pubblico a partire dalla fine degli anni sessanta del secolo scorso. E in questo modo, invece di favorire la convergenza del sistema di relazioni sindacali nel settore pubblico con quello privato, il legislatore mira ad eliminare *ex abrupto* la deprecabile prassi della preventiva negoziazione sotterranea delle risorse per il finanziamento dei nuovi contratti.

Peraltro, la contrattazione integrativa risulta sottoposta al doppio cappio dei limiti legislativi e della contrattazione nazionale: limiti fortemente ampliati dal D.Lgs. n. 150/2009. Vero è che la riforma Brunetta cerca di valorizzare la funzione della contrattazione integrativa quale strumento di innovazione e di miglioramento dell'efficienza e della qualità dei servizi. Però, se tale risultato era stato raggiunto in minima parte, nel periodo precedente alla riforma Brunetta, ciò è dipeso, vale la pena ribadirlo, soprattutto dal fatto che la logica di gestione di gran parte delle amministrazioni pubbliche s'è dimostrata subalterna alle esigenze elettorali e clientelari dei vertici politici delle medesime amministrazioni. Come s'è già accennato, il datore di lavoro pubblico, per quanto privatizzato, assume modalità di comportamento molto lontane dalle dinamiche prevalenti nel settore privato. E questo è causato (non da una genetica colpa della contrattazione integrativa, bensì) dalla endemica debolezza della dirigenza (precarizzata e fidelizzata) nei con-

nale e integrativa, in M. NAPOLI – A. GARILLI (a cura di), *La terza riforma*, cit., 377 e segg.

fronti del potere politico al vertice delle amministrazioni. In sostanza, è mancato, e manca tuttora, nelle pubbliche amministrazioni un datore di lavoro serio e cioè un “vero” datore di lavoro¹⁵.

In sintesi, il D.Lgs. n. 150/2009 persegue la strada del rafforzamento del datore di lavoro pubblico esaltandone i poteri di decisione unilaterale. Fin da subito, però, s’è osservato che la valorizzazione del potere unilaterale delle pubbliche amministrazioni, senza incidere sulla prevalenza degli incentivi e dei vincoli di stampo politico a cui sono sottoposte e senza la garanzia di una loro effettiva responsabilizzazione quanto all’efficienza dei servizi offerti¹⁶, presenta il pericolo di produrre un effetto diverso da quello voluto¹⁷. Per avere una dimostrazione empirica di tale paventata distorsione è sufficiente, infatti, rievocare quanto accaduto nella lunga storia del lavoro pubblico prima dell’apertura alla contrattazione collettiva con la legislazione di settore della fine degli anni sessanta del secolo scorso, e quindi nel periodo in cui dominava la regolazione unilaterale. In effetti, ieri come oggi, seppure in un quadro giuridico formalmente mutato, sopravvive un contesto in cui gli organi politici orientano la gestione in funzione delle loro esigenze elettorali e la dirigenza non è in grado di sganciarsi da tale condizionamento. Ciò produce la conseguenza perversa che il metodo della regolazione unilaterale può contribuire ad esaltare il circuito vizioso dello scambio politico, ripristinare la vecchia strategia delle mance, nonché della cura e della salvaguardia degli interessi particolaristici e corporativi¹⁸.

Ad ogni modo, la riforma Brunetta della contrattazione collettiva nazionale non ha il tempo di entrare a regime, perché, com’è noto, sotto la spinta dell’esigenza di fronteggiare la forte crisi economica (esplosa nel 2007-2008 negli Stati Uniti e i cui effetti poi si sono diffusi a livello globale, benché il Governo italiano dell’epoca mostrò grande negligenza nel non adottare tempestivamente le opportune misure) il D.l. n. 78/2010 blocca i rinnovi dei contratti nazionali che erano tutti scaduti il 31 dicembre 2009¹⁹. La sospensione della contratta-

¹⁵ Cfr. C. D’ORTA, *L’organizzazione*, cit., 454 e segg.

¹⁶ Cfr. L. BORDOGNA, *La contrattazione collettiva*, cit., 87 e segg.

¹⁷ Cfr. A. GARILLI – A. BELLAVISTA, *Riregolazione legale e decontrattualizzazione: la neoibridazione normativa del lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2010, 17.

¹⁸ Cfr. T. TREU, *Struttura contrattuale e tendenze delle politiche rivendicative nel pubblico impiego*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1973, 1112 e segg.

¹⁹ Cfr. A. GARILLI, *Il tormentato percorso della privatizzazione*, in M. NAPOLI – A. GARILLI (a cura di), *La terza riforma*, cit., 29 e segg.

zione collettiva è, ripetutamente, prorogata, con successivi interventi legislativi, fino a quando la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 178/2015, ne ha dichiarato l'illegittimità costituzionale sopravvenuta (per contrasto con l'art. 39 Cost.), a partire dalla data della pubblicazione della medesima sentenza sulla gazzetta ufficiale²⁰.

Così, il Governo è costretto ad avviare le procedure per il rinnovo dei contratti collettivi nazionali, che infatti al momento sono in corso. Peraltro, a partire dalla primavera del 2014, il governo Renzi elabora un ampio programma di riforma della pubblica amministrazione, prima anticipato nel D.l n. 90/2014 (convertito dalla L. n. 114/2014)²¹ e poi confluito nella L. delega n. 124/2015. Nelle more dell'esercizio della parte della delega relativa al lavoro pubblico e alla dirigenza²², il 30 novembre 2016 è stipulato un accordo tra Governo e Cgil, Cisl e Uil proprio per fissare le linee che dovrebbero guidare il rinnovo dei contratti pubblici. Ma, inoltre, nello stesso accordo, il Governo assume l'impegno di alleggerire alcuni dei vincoli alla contrattazione collettiva introdotti dalla riforma Brunetta e di ripristinare il primato di questa fonte rispetto alla legge nella regolazione delle condizioni di lavoro dei dipendenti pubblici²³.

È evidente che, riguardo a quest'ultimi due profili, l'accordo esalta al massimo livello lo scambio politico²⁴, e vede, un po' paradossal-

²⁰ Cfr. M. BARBIERI, *Contratto collettivo e lavoro pubblico: blocco salariale e blocco della contrattazione tra scelte legislative e giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2015, I, 453 ss.; L. ZOPPOLI, *Una sentenza interpretativa di accoglimento con manipolazioni temporali relative allo ius novum*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2017, 185 e segg.

²¹ Cfr. A. BOSCATI, *La politica del governo Renzi per il settore pubblico tra conservazione e innovazione: il cielo illuminato diverrà luce perpetua?*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2014, 233 e segg.; A. VISCOMI, *Linee di riforma in materia di reclutamento e incarichi dirigenziali. Brevi note introduttive*, *ivi*, 2014, 1 e segg.; Id., *La riforma dell'amministrazione del governo Renzi. Note brevi per un lettura del ddl 1577*, *ivi*, 2014, 479 e segg.; M. RICCI, *Lavoro privato e lavoro pubblico: rapporti tra le due ipotesi di riforma, estensione delle regole e modelli*, *ivi*, 2014, 461 e segg.

²² Sulla parte d'interesse lavoristico della L. n. 124/2015 cfr. A. GARILLI, *Contrattazione e partecipazione nel nuovo assetto delle fonti di disciplina del lavoro nelle p.a.: quali prospettive dopo la terza riforma (e in attesa della quarta)?*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2015, 397 e segg.; e gli scritti di M. BARBIERI, A. BELLAVISTA, G. D'AURIA, R. REALFONZO, VISCIONE, L. ZOPPOLI, F. BORGOGELLI, A. GARILLI, T. VETTOR, M. D'ONGHIA, in *Riv. Giur. Lav.*, 2015, 473 e segg.

²³ Sulle ambiguità di tale accordo cfr. A. GARILLI, *Breve storia di una riforma incompiuta*, *antea*.

²⁴ Difatti l'accordo è stato fortemente criticato dalla comunità dei dirigenti pubblici tra cui quelli che fanno capo all'associazione Nuova Etica Pubblica: cfr. *Relazioni sindacali nel pubblico impiego: un ritorno al passato*, in www.eticapca.it

mente, un Governo, che aveva fino ad allora praticato la cosiddetta disintermediazione (basti pensare alla precedente elaborazione del *Jobs Act* avvenuta senza dialogo con le grandi organizzazioni di rappresentanza degli interessi), questa volta alla ricerca del consenso sindacale. Ciò probabilmente in vista dell'importante appuntamento referendario sulle modifiche costituzionali del successivo 4 dicembre. La grossa sconfitta referendaria determina le dimissioni del governo Renzi, ma il subentrato governo Gentiloni dà attuazione alla delega e vara il D.Lgs. n. 74/2017, che ha modificato il D.Lgs. n. 150/2009, e il D.Lgs. 75/2017, che ha novellato il D.Lgs. n. 165/2001.

In particolare qui si esaminano soprattutto le innovazioni relative alla disciplina legale della contrattazione collettiva nazionale e integrativa²⁵, limitandosi ad osservare, in via preliminare, che esistono fondati dubbi circa la conformità alla delega di tale intervento sulle competenze contrattuali²⁶. Va però sottolineato che la riforma Madia si muove in linea di perfetta continuità con le impostazioni seguite in tutti i precedenti tentativi di innovazione della pubblica amministrazione, tranne che in alcune stagioni troppo brevi. E cioè, il riformatore resta ostinato nel fare eccessivo affidamento sulle virtù taumaturgiche dell'intervento legislativo, trascurando la necessità di agire materialmente sulle effettive condizioni di contesto ed organizzative che ostacolano il cambiamento²⁷

2. I rapporti tra legge e contrattazione collettiva.

Anzitutto, la novella modifica il secondo periodo del c. 2 dell'art. 2, D.Lgs. n. 165/2001. Ora la disposizione afferma che «eventuali disposizioni di legge, regolamento o statuto, che introducano o che abbiano introdotto discipline dei rapporti di lavoro la cui applicabilità sia limitata ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche, o a categorie di essi, possono essere derogate nelle materie affidate alla contrattazione collettiva ai sensi dell'art. 40, c. 1, e nel rispetto dei principi stabiliti dal presente decreto, da successivi contratti o accordi collettivi

²⁵ Su tutte le innovazioni a questo riguardo della riforma Madia, cfr. A. BOSCATI-A. BIANCO, *Il sistema delle fonti e le novità della contrattazione*, in *La riforma del pubblico impiego e la valutazione*, Santarancangelo di Romagna, 2017, 15 ss.

²⁶ Cfr. A. Garilli, *Breve storia*, cit.

²⁷ Cfr. A. VISCOMI, *Lavoro pubblico: cose fatte, disfatte e da fare*, in *Lav. Pubb. Amm.*, 2015, 209 e segg.; M. BARBIERI-A. BELLAVISTA, *Una riforma senz'anima*, cit., 473 e segg.

nazionali e, per la parte derogata, non sono ulteriormente applicabili». In questo modo, è ripristinato il principio della primazia della regolazione bilaterale delle condizioni di lavoro dei dipendenti pubblici, capovolgendo l'impostazione della riforma Brunetta. Il legislatore ha cura di precisare che l'effetto derogatorio può riguardare anche normative precedenti all'entrata in vigore (il 22 giugno 2017) del D.Lgs. n. 75/2017. Probabilmente, il legislatore intende riferirsi alla disciplina speciale prodotta nell'arco temporale intercorrente dal momento di operatività dell'opposta previsione, inserita dalla L. n. 15/2009, fino appunto al 22 giugno 2017. Ciò non toglie che l'opinione prevalente, consolidatasi prima della Riforma Brunetta, ha sempre ritenuto che la contrattazione collettiva sopravveniente potesse derogare la normativa unilaterale speciale ad essa antecedente a meno che questa non contenesse un'esplicita clausola di inderogabilità²⁸.

Beninteso, la potestà derogatoria della contrattazione collettiva non è illimitata. In primo luogo, nonostante il silenzio del nuovo secondo periodo del c. 2 dell'art. 2, D.Lgs. n. 165/2001, che non ha riprodotto la formula del testo precedente la riforma Brunetta, è logico ritenere che la legge futura possa sempre escludere, espressamente, la sua derogabilità da parte della contrattazione collettiva. Una diversa soluzione sarebbe inequivocabilmente contraria all'assetto costituzionale delle fonti. In particolare, parimenti inderogabili dalla contrattazione collettiva vanno ritenute anche tutte quelle discipline legislative speciali varate sia prima sia dopo la riforma Brunetta e contenenti la clausola della loro inderogabilità ad opera della contrattazione collettiva. Benché sia possibile sostenere, invece, che ora la contrattazione collettiva possa agire, nei confronti della legislazione passata, come se la clausola di inderogabilità non esistesse²⁹, è più razionale pensare che la cancellazione di questa possa essere operata solo dalla legge, visto che l'inderogabilità è sempre posta dal legislatore a presidio di interessi pubblici superiori a quelli delle parti contrattuali.

Altri limiti alla potestà derogatoria, introdotti dalla novella, sono costituiti dalla precisazione che tale facoltà spetta ai «contratti o accordi collettivi nazionali», solo «nelle materie affidate alla contrattazione collettiva ai sensi dell'art. 40, c.1» D.Lgs. n. 165/2001, e «nel rispetto

²⁸ Cfr. G. D'ALESSIO-L. ZOPPOLI, *Riforma della pubblica amministrazione: osservazioni sugli schemi di decreti legislativi attuativi dell'art. 17 della L. n. 124/2015*, in *Astrid Rassegna*, 2017, 4.

²⁹ Cfr. A. GARILLI, *Breve storia*, cit.; G. D'ALESSIO-L. ZOPPOLI, *Riforma*, cit., 5 e segg.

dei principi stabiliti dal presente decreto». Si tratta di limiti a dir poco ovvi, ricavabili da una semplice esegesi del testo, ma probabilmente «politicamente» necessari in un contesto particolare (quello appunto della contrattazione collettiva del settore pubblico) in cui sovente s'è assistito al parto di clausole contrattuali apertamente in contrasto con principi costituzionali, con norme inderogabili di legge, e comunque antinomiche rispetto all'intero sistema regolativo delle competenze della contrattazione collettiva. Va spesa, però, qualche parola in più sulla barriera alla potestà derogatoria rappresentata dal perimetro disegnato dalle «materie affidate alla contrattazione collettiva». È evidente che il *range* della delegificazione dipenderà, in concreto, dal modo in cui i negoziatori interpreteranno lo spazio negoziale concesso dalla riforma Madia, che, come s'è già accennato, appare ampliato rispetto alla riforma Brunetta, ma, come si vedrà tra poco, non più di tanto.

3. *La partecipazione sindacale.*

Secondo la nuova formulazione del comma 2 dell'art. 5, D.Lgs. n. 165/2001, «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, nel rispetto del principio di pari opportunità, e in particolare la direzione e l'organizzazione del lavoro nell'ambito degli uffici sono assunte in via esclusiva dagli organi preposti alla gestione con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro, fatte salve la sola informazione ai sindacati ovvero le ulteriori forme di partecipazione, ove previste nei contratti di cui all'art. 9».

Certo, a mo' di battuta, sembra lecito osservare che questa disposizione non riesce ad avere pace, poiché è stata modificata, di recente, non solo dalla riforma Brunetta, ma anche, di lì a poco, nel 2012 dal governo Monti. In base all'ultimo testo, la contrattazione collettiva nazionale poteva introdurre, quali forme di partecipazione sindacale, la sola informazione per le determinazioni organizzative e l'esame congiunto per le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro³⁰. Ora, il legislatore della riforma Madia innova l'assetto precedente abilitando la contrattazione collettiva a prevedere forme di partecipazione sindacale diverse dal solo diritto all'informazione, anche per quanto concerne le determinazioni organizzative.

³⁰ Cfr. A. GARILLI, *Contrattazione*, cit., 399 e segg.

Come si nota, questo è uno dei punti dove la riforma Madia riassume lo spazio negoziale. Ma va sottolineato che, anche oggi, quanto alle materie organizzative, la fonte collettiva nazionale può soltanto istituire procedure di partecipazione sindacale diverse dalla contrattazione e quindi non può assoggettare le suddette materie alla regolazione bilaterale, in nessuna sede contrattuale né nazionale né, a maggiore ragione, integrativa. Da un lato, ciò emerge chiaramente dal nuovo testo dell'art. 40, D.Lgs. n. 165/2001 che, seppure novellato, conferma l'inabilità regolativa della contrattazione collettiva su un vasto grappolo di materie, tra cui *in primis* quelle organizzative. Dall'altro lato, si esprimono nella stessa direzione le chiare parole dell'art. 5 dello stesso decreto che ribadiscono la blindatura dei poteri dirigenziali nei confronti delle invasioni della contrattazione collettiva, operata dalla riforma Brunetta.

Più precisamente, la novella si premura di confermare, seppure con qualche modifica formale rispetto al testo precedente, che «in particolare la direzione e l'organizzazione del lavoro nell'ambito degli uffici» rientrano tra le «determinazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro» che «sono assunte in via esclusiva dagli organi preposti alla gestione». Nella stessa linea si muove l'atto di indirizzo governativo del 6 luglio 2017, «per la riapertura dei tavoli di contrattazione», secondo cui «continuano ad essere vigenti quelle limitazioni, anch'esse introdotte dal D.Lgs. n. 150/2009, che sottraggono alla contrattazione collettiva le determinazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione del rapporto di lavoro»; e che «a maggiore specificazione, continuano, pertanto, ad essere escluse dalla contrattazione collettiva materie quali l'articolazione dell'orario di lavoro, compresi turnazione e reperibilità, nonché l'organizzazione del lavoro nell'ambito degli uffici».

Da tutto ciò consegue che la futura contrattazione collettiva nazionale non potrà mai creare *ex novo* o rivitalizzare istituti partecipativi che surrettiziamente allargano l'area dell'ambito contrattabile, com'è, in realtà, accaduto in passato. Infatti, nella tornata contrattuale 1998-2001 apparve la cosiddetta concertazione che si risolveva di fatto (e talvolta anche *de iure*) in una forma di contrattazione mascherata, per giunta su materie spiccatamente organizzative. In tale modo veniva assoggettato ad un perverso regime cogestionale il nucleo centrale delle prerogative dirigenziali che avrebbero dovuto sempre rimanere nell'esclusiva disponibilità del dirigente. Sicché, le forme di partecipazione sindacale previste dai futuri contratti collettivi nazionali potranno assestarsi nell'ambito della consultazione e dell'esame congiunto.

D'altra parte, la scelta legislativa di allargare l'ambito della parte-

cipazione sindacale è stata probabilmente indotta dalla volontà di permettere alla contrattazione collettiva nazionale di dare attuazione all'accordo sui requisiti minimi comuni di informazione e consultazione dei lavoratori pubblici del settore delle amministrazioni centrali, stipulato il 21 dicembre 2015 nell'ambito del Comitato di dialogo sociale per il settore delle amministrazioni centrali dell'Unione europea. La dottrina aveva tempestivamente segnalato l'importanza, quantomeno politica, di tale accordo, non nascondendo condivisibili dubbi sull'effettivo obbligo delle parti (e in special modo del Governo italiano) di darvi seguito in sede nazionale, stante l'attuale e complesso assetto dei rapporti tra contratti collettivi europei e diritto europeo e nazionale³¹. Tuttavia, l'opzione del Governo italiano è stata di fatto quella di abilitare la contrattazione collettiva nazionale ad operare un ampliamento della partecipazione sindacale in modo tale da consentirle di rispettare i principi del suddetto accordo. In effetti, il dianzi menzionato atto di indirizzo per la riapertura dei tavoli di contrattazione, del 6 luglio 2017, nella parte generale comune a tutti i comparti ed aree dirigenziali di contrattazione, riprende quasi letteralmente le parole dell'accordo, quando afferma che «anche in coerenza con le tendenze del dialogo sociale in atto a livello europeo: l'informazione deve essere data nei tempi, nei modi e nei contenuti adeguati atti a consentire alle parti sindacali di procedere ad una completa valutazione delle misure proposte; la consultazione deve essere organizzata nei tempi, nei modi e nei contenuti atti a consentire alle parti sindacali di esprimere un parere e quindi cercare di avere la possibilità di influenzare le misure proposte dall'amministrazione, sulla base delle informazioni fornite in merito alle stesse misure».

4. *Le materie contrattabili.*

L'art. 40, D.Lgs. n. 165/2001 risulta oggi interamente riscritto, seppure senza eccessive sostanziali novità.

In primo luogo, il nuovo primo periodo del comma 1 dell'art. 40, D.Lgs. n. 165/2001 afferma che «la contrattazione collettiva disciplina il rapporto di lavoro e le relazioni sindacali e si svolge con le modalità previste dal presente decreto». Secondo la formulazione della riforma Brunetta, «la contrattazione collettiva determina i diritti e gli obblighi direttamente pertinenti al rapporto di lavoro, nonché le materie relative

³¹ Cfr. A. GARILLI, *Contrattazione*, cit., 408 e segg.

alle relazioni sindacali». Quest'ultima disposizione aveva stimolato esegesi fortemente divergenti³². In concreto non s'era posto alcun problema visto che il blocco della contrattazione collettiva impediva di darle applicazione. Ma era evidente che l'intenzione del legislatore di allora fosse quella di limitare lo spazio negoziale.

Oggi comunque è indubbio che la riforma Madia, in linea con gli impegni assunti dal Governo con l'accordo del 30 novembre 2016, esprime la volontà di allargare l'area consentita alla negoziazione rispetto alla previsione introdotta dalla riforma Brunetta, e ciò è chiaramente desumibile dal ritorno ad un testo simile a quello precedente a quest'ultimo intervento legislativo.

Tuttavia, va considerato che la novella riprende la formula della riforma Brunetta che circoscrive il perimetro negoziale in relazione ad alcune materie attinenti al rapporto di lavoro. Così, per il secondo periodo della disposizione in esame, «nelle materie relative alle sanzioni disciplinari, alla valutazione delle prestazioni ai fini della corresponsione del trattamento accessorio, della mobilità, la contrattazione collettiva è consentita nei limiti previsti dalle norme di legge». Si tratta, a ben vedere, di materie che sono state fortemente legificate non solo dalla riforma Brunetta, ma anche da interventi successivi, come la mobilità all'interno delle singole amministrazioni con il D.L. n. 90/2014 (convertito dalla L. n. 114/2014).

A questo proposito, il D.Lgs. n. 75/2017 modifica il comma 2.2 dell'art. 30, D.Lgs. n. 165/2001. L'enunciato ora afferma, al primo periodo, che «i contratti collettivi nazionali possono integrare le procedure e i criteri generali per l'attuazione di quanto previsto dai commi 1 e 2». Queste ultime due disposizioni regolano, rispettivamente, la copertura di vacanze in organico attraverso il passaggio diretto di personale tra amministrazioni diverse e il trasferimento d'ufficio del dipendente all'interno della stessa amministrazione o in altra amministrazione. Il secondo periodo del comma 2.2 riproduce letteralmente il testo inserito dal D.l. n. 90/2014, secondo cui «sono nulli gli accordi, gli atti o le clausole dei contratti collettivi in contrasto con le disposizioni di cui ai commi 1 e 2». È percepibile pertanto che, stante l'intensa legificazione operante in tale ambito, la contrattazione collettiva sia costretta a muoversi con particolare difficoltà per ritagliarsi un piccolo margine d'azione.

Nella nuova elencazione degli oggetti sui quali la contrattazione è

³² Cfr. A. GARILLI, *Breve storia*, cit., antea.

consentita nei limiti previsti dalla legge è assente la materia delle progressioni economiche. Il che potrebbe fare pensare ad un recupero pieno di agibilità, in quest'ambito, della contrattazione collettiva³³. Ma non è così, perché è tuttora in vigore l'art. 23, D.Lgs. n. 150/2009 (sebbene in parte modificato dal D.Lgs. n. 74/2017) per il quale, in particolare, «le progressioni economiche sono attribuite in modo selettivo, ad una quota limitata di dipendenti». E siffatta disposizione, in base all'art. 29, D.Lgs. n. 150/2009, ha «carattere imperativo» e non può essere derogata dalla contrattazione collettiva. Nemmeno è pensabile che l'art. 23, D.Lgs. n. 150/2009 rientri nell'operatività del meccanismo di cui al nuovo secondo periodo dell'art. 2, comma 2, D.Lgs. n. 165/2001, poc'anzi esaminato, poiché, come s'è cercato di argomentare, sarebbe contraria ai principi elementari che governano il rapporto tra le fonti l'attribuzione, seppure da parte di una disposizione legislativa, alla contrattazione collettiva del potere generale di derogare anche a norme legali qualificate come inderogabili in via negoziale dallo stesso legislatore che le ha coniate. Sul piano pratico, comunque, il problema non dovrebbe porsi, poiché il potere derogatorio in questione spetta, in forza della disposizione anzidetta, solo ai contratti nazionali. Sicché, è molto difficile che, in sede di contrattazione nazionale, possano essere accolte le eventuali richieste sindacali volte a derogare ai principi della selettività e dell'attribuzione ad una quota limitata del personale delle progressioni economiche. Nonostante la sua debolezza, l'Aran non arriverebbe mai ad accettare soluzioni siffatte. In effetti, l'esperienza della contrattazione collettiva precedente alla riforma Brunetta insegna che è stata la contrattazione integrativa a consentire progressioni economiche di massa, insieme a fare un uso estremamente disinvolto di altri istituti rimessi a tale livello.

Inoltre, il nuovo testo dell'art. 40, D.Lgs. n. 165/2001 riproduce l'elenco (già introdotto dalla riforma Brunetta) delle materie non negoziabili. Infatti, il terzo periodo della disposizione afferma che «sono 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 artt. 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, lettera c), della l. 23 ottobre 1992, n. 421». Nella nuova previsione non v'è più la formula «in particolare» che nel testo precedente era collocata tra le

³³ Cfr. A. BOSCATI-A. BIANCO, *Il sistema delle fonti*, cit., 24.

parole «sono» ed «escluse». Il che non sembra comportare alcuna novità sostanziale oltre a quanto fin qui detto. In effetti, il campo di azione della contrattazione collettiva è quello desumibile dall'interpretazione coordinata degli artt. 5, 9 e 40 D.Lgs. n. 165/2001 e da tutte le altre disposizioni di quest'ultimo decreto e del D.Lgs. n. 150/2009 che rinviano alla potestà regolatoria della fonte collettiva. Ciò induce a ritenere sempre possibile individuare, in via ermeneutica e a seguito della provocazione dei casi concreti, altre materie (diverse da quelle espressamente menzionate) o frammenti di esse che non sono negoziabili.

5. Le determinazioni unilaterali e le deroghe alla riserva di contrattazione collettiva.

Come s'è osservato in premessa, uno degli aspetti più rilevanti della riforma Brunetta, quanto alle relazioni sindacali, è stata l'introduzione di deroghe al principio della riserva di contrattazione collettiva in materia di trattamento economico sia a livello nazionale sia a livello integrativo. Quanto alla contrattazione nazionale, la deroga, prevista dall'art. 47-*bis*, D.Lgs. n. 165/2001, non ha mai avuto occasione di essere applicata, a causa del già citato blocco della contrattazione nazionale. Stante l'attuale riapertura della negoziazione, si vedrà se talvolta la medesima sarà utilizzata, visto che essa non è stata toccata dalla riforma Madia.

Analoga facoltà di procedere in via unilaterale, con una cosiddetta determinazione provvisoria, è stata concessa, dal comma 3-*ter* dell'art. 40, D.Lgs. n. 165/2001 alla singola amministrazione in caso di stallo della contrattazione integrativa. Questa disposizione concede alla parte pubblica l'enorme potere di prescindere dal consenso sindacale e di regolare unilateralmente le materie demandate alla competenza contrattuale e soprattutto di erogare il trattamento accessorio con criteri fissati anche questi unilateralmente. Ciò soprattutto qualora le pretese delle organizzazioni sindacali appaiono non condivisibili o eccessive rispetto ai canoni organizzativi. V'è chi osserva che questo strumento è stato utilizzato in misura assai ridotta da parte delle amministrazioni³⁴. Tuttavia, non bisogna trascurare che le norme giuridiche hanno anche ef-

³⁴ Cfr. A. BOSCATI – A. BIANCO, *Il sistema delle fonti*, cit., 22, che fanno riferimento ai dati contenuti nel rapporto predisposto dall'Aran, *Monitoraggio della contrattazione integrativa. Anno 2015*, 12.

fetti latenti e cioè non immediatamente visibili. È molto probabile, infatti, che, in molti casi, la mera eventualità che l'amministrazione potesse avvalersi del suddetto strumento abbia indotto le organizzazioni sindacali ad addivenire a più miti consigli e a sottoscrivere contratti integrativi non graditi, pur di non perdere *audience* presso i lavoratori. D'altra parte, l'orientamento prevalente della (seppure limitata) giurisprudenza ha quasi sempre avallato l'uso del potere unilaterale di regolamentazione provvisoria da parte delle amministrazioni³⁵. Beninteso, a seguito dell'accordo del 30 novembre 2016, la disposizione è stata novellata, con una più accurata procedimentalizzazione della determinazione unilaterale e con la previsione di un sistema di monitoraggio a livello nazionale.

Perciò, il nuovo primo periodo del suddetto c. 3-ter afferma che «nel caso in cui non si raggiunga l'accordo per la stipulazione di un contratto integrativo, qualora il protrarsi delle trattative determini un pregiudizio alla funzionalità dell'azione amministrativa, nel rispetto dei principi di correttezza e buona fede tra le parti, l'amministrazione interessata può provvedere, in via provvisoria, sulle materie oggetto del mancato accordo fino alla successiva sottoscrizione e prosegue le trattative al fine di pervenire in tempi celeri alla conclusione dell'accordo». Resta pertanto indiscusso il fatto che spetta alla sola amministrazione la valutazione se siano o meno integrati i presupposti che consentono di procedere in via unilaterale. Il secondo periodo dell'enunciato conferma quanto già previsto dal testo precedente e cioè che «agli atti adottati unilateralmente si applicano le procedure di controllo di compatibilità economico-finanziaria previste dall'art. 40-bis».

Una reale novità rispetto al testo precedente è che il terzo periodo della medesima disposizione sancisce che «i contratti collettivi nazionali possono individuare un termine minimo di durata delle sessioni negoziali in sede decentrata, decorso il quale l'amministrazione interessata può in ogni caso provvedere». Bisognerà vedere come sarà sfruttata quest'occasione regolativa, anche se è facile pensare che le organizzazioni sindacali tenderanno a dilatare al massimo tale termine, in modo da favorire lo svolgimento di trattative anche estenuanti pur di evitare la soluzione unilaterale. Inoltre, la novella non ha ripreso la previsione, contenuta nell'accordo del 30 novembre 2016, secondo cui «i contratti nazionali determineranno la durata massima della vigenza

³⁵ Cfr. A. VISCOMI, *Lost in transition: la contrattazione integrativa nelle pubbliche amministrazioni tra riforme incompiute e crisi emergenti*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2013, 266 e segg.; Trib. Verona, decreto 21 aprile 2011, a quanto costa inedita.

dell'atto unilaterale». È dubbio, pertanto, se in assenza di un'apposita autorizzazione legale, i contratti collettivi possano stabilire siffatta durata, poiché, in questo modo, limiterebbero una potestà organizzativa *lato sensu* concessa dal legislatore alle singole amministrazioni. Comunque, è logico ritenere che la durata della regolamentazione provvisoria sia ancorata al periodo di disponibilità dei fondi per la contrattazione integrativa che, in genere, vanno ridefiniti ogni dodici mesi.

In base al quarto periodo della nuova disposizione, «è istituito presso l'Aran, senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica, un osservatorio a composizione paritetica con il compito di monitorare i casi e le modalità con cui ciascuna amministrazione adotta gli atti di cui al primo periodo». E aggiunge il successivo quinto periodo che «l'osservatorio verifica che tali atti siano adeguatamente motivati in ordine alla sussistenza del pregiudizio alla funzionalità dell'azione amministrativa». Infine, l'ultimo periodo della stessa disposizione precisa, con una formula ormai di rito, «ai componenti non spettano compensi, gettoni, emolumenti, indennità o rimborsi di spesa comunque denominati». Apprezzabile è sicuramente l'intenzione della novella di approntare un organismo che vigili sul corretto uso di questo strumento da parte delle singole amministrazioni. Ma, se si tiene conto della realtà effettuale delle relazioni sindacali nelle pubbliche amministrazioni, forse la preoccupazione del legislatore appare un po' eccessiva. La creazione di un organismo di monitoraggio *ad hoc* sembra presupporre che le amministrazioni pubbliche ormai adottino strategie Thatcheriane e decisioniste nella gestione delle relazioni sindacali.

Invero, come s'è già accennato, la prassi insegna che la contrattazione decentrata è sempre stata condizionata ed usata dal potere politico più come strumento di acquisizione del consenso che come metodo per il miglioramento dell'efficacia e dell'efficienza dell'azione organizzativa. E le cose non sono affatto cambiate anche dopo la riforma Brunetta che voleva modificare le abitudini e i comportamenti fortemente consociativi (e spesso collusivi), prevalenti nelle amministrazioni pubbliche, favorendo la responsabilizzazione degli attori negoziali e la reciproca distinzione dei ruoli. La sopravvivenza sostanziale del tanto deprecato regime cogestionale e quindi del completo fallimento della riforma Brunetta è dimostrata dal fatto che, dopo di essa e nonostante le sue draconiane previsioni, s'è spesso assistito alla stipulazione di contratti integrativi «fuorilegge»³⁶. Sicché, in un clima del genere è

³⁶ Cfr. V. TALAMO, *Relazioni collettive e dirigenza pubblica: prove di legislazione al test della Consulta (ed ancora alla ricerca di un assetto ragionevole)*, in *WP*

logico ritenere che lo strumento unilaterale in questione, visto che di per sé è antitetico alla logica della ricerca del consenso ad ogni costo, sarà sempre usato solo come *ultima ratio* e quindi molto raramente.

6. I vincoli alla contrattazione integrativa e nazionale.

È stato altresì novellato, seppure non del tutto, il comma 3-*bis* dell'art. 40, D.Lgs. n. 165/2001. Il secondo periodo dell'enunciato mantiene ferma la finalizzazione retorica, già risalente alla riforma Brunetta, secondo cui «la contrattazione collettiva integrativa assicura adeguati livelli di efficienza e produttività dei servizi pubblici, incentivando l'impegno e la qualità della *performance*»; ma ora precisa che ciò deve avvenire «destinandovi, per l'ottimale perseguimento degli obiettivi organizzativi ed individuali, una quota prevalente delle risorse finalizzate ai trattamenti accessori comunque denominati ai sensi dell'art. 45, c. 3». Nel testo precedente l'anzidetta quota prevalente andava riservata al solo trattamento collegato alla *performance* individuale. Con la novella, in sostanza, si stempera un po' la rigidità del modello di incentivazione imposto dall'alto alle singole amministrazioni e si ripristina un minimo di autonomia delle scelte manageriali. Però, è anche vero che la norma della riforma Brunetta mirava ad evitare che alla produttività individuale fossero attribuite risorse scarse ed ora, invece, diventa possibile destinare la suddetta quota in modo totale o quasi alla sola *performance* organizzativa. Peraltro, la novella inserisce il successivo periodo della disposizione, secondo cui «la predetta quota è collegata alle risorse variabili determinate per l'anno di riferimento». Il che fa sì che il calcolo della quota con siffatto vincolo di destinazione vada operato solo sulla parte variabile dei fondi per la contrattazione integrativa e non sull'intero.

La riforma Madia, come s'è visto, non abbandona affatto l'abitudine del legislatore di finalizzare la contrattazione collettiva ad obiettivi d'interesse pubblico. È ovvio che tale vincolo di scopo incide sul solo attore pubblico³⁷, senza alcuna possibilità di pensare che ciò possa influenzare la validità o l'efficacia del contratto collettivo. Così, si giudica incapace lo stesso negoziatore pubblico di considerare tali scopi già impliciti nella sua logica d'azione o di perseguirli sulla sola base

C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 330/2017, 18 e segg., che si basa sui dati del poc'anzi citato rapporto dell'Aran, *Monitoraggio*, cit., 13 e segg.

³⁷ Cfr. Cass. 14 luglio 2015, n. 14689, Sez. un., in *Riv. Giur. Lav.*, 2015, II, 629 e segg., con nota di A. BELLAVISTA, *La Cassazione nega la responsabilità dei rappresentanti sindacali per il cosiddetto danno da contrattazione collettiva*.

dell'atto di indirizzo proveniente dall'organo di governo o dal relativo comitato di settore.

In questa direzione, inoltre, si muovono alcune disposizioni introdotte *ex novo* dalla riforma Madia. La prima è il comma 4-*bis* dell'art. 40, D.Lgs. n. 165/2001 secondo cui «i contratti collettivi nazionali di lavoro devono prevedere apposite clausole che impediscono incrementi della consistenza complessiva delle risorse destinate ai trattamenti economici accessori, nei casi in cui i dati sulle assenze, a livello di amministrazione o di sede di contrattazione integrativa, rilevati a consuntivo, evidenzino, anche con riferimento alla concentrazione in determinati periodi in cui è necessario assicurare continuità nell'erogazione dei servizi all'utenza o, comunque, in continuità con le giornate festive e di riposo settimanale, significativi scostamenti rispetto ai dati medi annuali nazionali o di settore». È evidente lo scopo dell'enunciato di disincentivare l'assenteismo attraverso una sorta di sanzione collettiva che opera nei confronti di tutto il personale, impedendo il possibile incremento dei fondi per il trattamento accessorio qualora si verificano i presupposti da esso stabiliti. Tuttavia, l'istituto appare di difficile implementazione. Basti pensare alla questione di quali tipologie di assenze debbano essere computate, oppure alla determinazione dei menzionati «significativi scostamenti», che implica la costruzione di un complesso sistema di monitoraggio. Inoltre, l'aspetto più complicato attiene alla precisa fissazione di quali incrementi non potranno operare una volta accertati tali «significativi scostamenti». La difficoltà di attuare tale istituto è stata, probabilmente, percepita dallo stesso Governo che (nel più volte citato atto di indirizzo del 6 luglio 2017) non prende in considerazione tale previsione e si limita genericamente a richiamare, tra gli obiettivi dell'intesa del 30 novembre 2016, il «miglioramento della qualità dei servizi e della produttività del lavoro, da perseguire attraverso una pluralità di strumenti (tra i quali... misure contrattuali che incentivino più elevati tassi medi di presenza)». In effetti, sembra più praticabile e fruttuoso, nella lotta contro l'assenteismo, mirare ad incentivare la presenza e la partecipazione dei dipendenti agli obiettivi organizzativi, con un'apposita strategia premiale sia sul piano economico sia su quello dell'agevolazione della carriera. Invece, un po' troppo ispirato ad un modello disciplinare antiquato e da caserma è l'istituto in esame che danneggia lavoratori del tutto incolpevoli solo perché si trovano a convivere con colleghi assenteisti.

Altra nuova disposizione dirigitista è quella di cui al comma 4-*ter* dell'art. 40, D.Lgs. n. 165/2001, secondo cui «al fine di semplificare la gestione amministrativa dei fondi destinati alla contrattazione integrativa e di consentirne un utilizzo più funzionale ad obiettivi di valo-

rizzazione del personale, nonché di miglioramento della produttività e della qualità dei servizi, la contrattazione collettiva nazionale provvede al riordino, alla razionalizzazione e alla semplificazione delle discipline in materia di dotazione ed utilizzo dei fondi destinati alla contrattazione integrativa». *Vaste programme*, direbbe il generale de Gaulle! La previsione è tanto ovvia e scontata, da chiedersi quale possa essere il motivo per cui essa, invece, costituisce oggetto di un enunciato legislativo; quando, al massimo, avrebbe potuto essere contenuta in una direttiva all'Aran. In realtà, l'esperienza insegna che la costruzione di un edificio così complesso (a dir poco una vera e propria torre di Babele), come quello degli attuali meccanismi di costituzione ed utilizzazione dei suddetti fondi, è stata condivisa dal negoziatore pubblico che, a causa della sua debolezza, ha così favorito, di fatto, l'anarchia finanziaria e regolativa della contrattazione integrativa. Inoltre, l'eterodirezione della contrattazione collettiva continua con il comma 1 dell'art. 23, D.Lgs. n. 75/2017, secondo cui «al fine di perseguire la progressiva armonizzazione dei trattamenti economici accessori del personale delle amministrazioni di cui all'art. 1, c. 2, D.Lgs. n. 165/2001, la contrattazione collettiva nazionale opera, tenuto conto delle risorse di cui al comma 2, la graduale convergenza dei medesimi trattamenti anche mediante la differenziata distribuzione, distintamente per il personale dirigenziale e non dirigenziale, delle risorse finanziarie destinate all'incremento dei fondi per la contrattazione integrativa di ciascuna amministrazione». Anche questa previsione avrebbe potuto essere contenuta solo nella direttiva all'Aran. Inoltre, il comma 2 dell'art. 23, D.Lgs. n. 75/2017, fissa il tetto dei fondi per il trattamento accessorio a decorrere dal 1° gennaio 2017; e, nei commi successivi, disciplina, in via sperimentale, un macchinoso apparato attraverso il quale, le regioni e le città Metropolitane, rispettando le condizioni ivi sancite, possono «incrementare, oltre il limite di cui al c. 2, l'ammontare della componente variabile dei fondi per la contrattazione integrativa destinata al personale in servizio presso i predetti enti».

7. Valutazione e contrattazione collettiva.

Estremamente importante è la modifica (effettuata dal D.Lgs. n. 74/2017) dell'art. 19, D.Lgs. n. 150/2009, che, nella versione originaria, prevedeva (come un risultato obbligato del sistema di valutazione) la collocazione del personale in tre categorie di merito allo scopo di assegnare, in modo diversificato, i premi per la produttività individuale. L'enunciato perseguiva, seppure in maniera errata, la condivisibile

finalità di bloccare la risalente prassi della distribuzione a pioggia e quindi indifferenziata delle risorse disponibili. Con ciò si precostituiva a monte un effetto del sistema di valutazione e si trascurava l'idea della possibilità che, in un'amministrazione effettivamente virtuosa, tutto il personale potesse meritare il massimo della premialità. Comunque, la disposizione non è mai stata di fatto operativa, perché congelata (in prima battuta, sul piano spiccatamente politico) da un'intesa tra Governo e sindacati del 4 febbraio 2011, poi recepita dal D.Lgs. n. 141/2011.

Ora, il nuovo testo dell'art. 19, D.Lgs. 150/2009 afferma che «il contratto collettivo nazionale, nell'ambito delle risorse destinate al trattamento economico accessorio collegato alla performance ai sensi dell'art. 40, c. 3-*bis*, D.Lgs. n. 165/2001, stabilisce la quota delle risorse destinate a remunerare, rispettivamente, la performance organizzativa e quella individuale e fissa criteri idonei a garantire che alla significativa differenziazione dei giudizi di cui all'art. 9, c. 1, lettera d), corrisponda un'effettiva diversificazione dei trattamenti economici correlati». La prima parte della disposizione si collega al già esaminato c. 3-*bis* dell'art. 40, D.Lgs. 165/2001 che impone al contratto integrativo di destinare la quota prevalente delle risorse per il trattamento economico accessorio all'incentivazione della performance organizzativa e individuale. E ciò deve avvenire, in base alla prima parte del nuovo art. 19, D.Lgs. n. 150/2009, osservando i criteri sanciti dal contratto collettivo nazionale. La seconda parte del novellato art. 19, D.Lgs. n. 150/2009 affida al contratto collettivo nazionale la fissazione di criteri adeguati ad assicurare la corrispondenza tra valutazioni individuali differenziate e diversificazione dei trattamenti economici connessi.

Come si vede, qui il legislatore concede al contratto collettivo nazionale una fortissima apertura di credito quanto alla costruzione di un sistema di valutazione fondato sulla effettiva valorizzazione del merito: merito che non è detto che debba essere solo di tipo spiccatamente individuale, ma può anche essere misurato a livello di gruppo e/o di ufficio. Tuttavia, i primi commentatori allo schema di decreto, ben a conoscenza delle «imprevedibili dinamiche contrattuali», hanno sottolineato, a ragione, che «la nuova regola non garantisce, però, in alcun modo che effettivamente si correggeranno prassi di valutazione in cui spesso si determinano situazioni di eccessivo appiattimento». Sicché, essi consigliavano al legislatore (all'atto del varo della versione finale del decreto) di «inserire una norma finale in base alla quale il Dipartimento della funzione pubblica, ove necessario di concerto con il sistema delle autonomie locali, sentito anche l'Aran, possa determinare alcuni parametri, anche articolati per amministrazioni, di differenziazione delle valutazioni, cui correlare i trattamenti economici specifici; se

quei parametri non vengono riscontrati, comunque si potrebbe vietare l'erogazione delle relative quote di salario accessorio»³⁸.

È da segnalare che il D.Lgs. n. 75/2017 abroga il comma 3-*quater* dell'art. 40, D.Lgs. n. 165/2001 che assegnava alla contrattazione collettiva nazionale la definizione delle modalità di ripartizione delle risorse per la contrattazione integrativa sulla base della graduatoria di *performance* delle amministrazioni statali e degli enti pubblici nazionali, elaborata annualmente dalla Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche. Questa Commissione (cosiddetta Civit), prevista dalla versione originaria della riforma Brunetta, è stata poi trasformata nell'Autorità nazionale anticorruzione (Anac), ma le suddette funzioni di valutazione sono state trasferite al Dipartimento della funzione pubblica con il D.L. n. 90/2014 (convertito in L. n. 114/2014). In tutti questi anni, quanto previsto dal comma 3-*quater* è stato del tutto inapplicato. E ciò è sicuramente disdicevole, perché l'avvio di un processo di valutazione, volto a definire (e pubblicizzare) una graduatoria di *performance* di tutte le amministrazioni pubbliche, compresi gli enti territoriali, avrebbe fornito ai cittadini-elettori chiari parametri di giudizio circa l'effettiva capacità di governo dei responsabili politici e amministrativi degli enti pubblici di loro riferimento.

8. *La sanatoria della contrattazione integrativa illegittima.*

Il D.Lgs. n. 75/2017, da un lato, novella l'ultima parte del comma 3-*quinqüies* dell'art. 40, D.Lgs. n. 165/2001 ed introduce una disposizione più articolata della precedente concernente la cosiddetta sanatoria della contrattazione integrativa illegittima; dall'altro, modifica il D.L. n. 16/2014 (convertito dalla L. n. 68/2014) che aveva regolato la suddetta sanatoria per gli enti territoriali³⁹. È evidente che tale disciplina si dimostra estremamente farraginoso, e sarebbe un fuor d'opera occuparsene nell'equilibrio di questo scritto.

Va sottolineato, però, che tale complessità dipende soprattutto dal fatto che il legislatore si trova costretto a conciliare le opposte esigenze di venire incontro alle richieste delle amministrazioni pubbliche di evitare giudizi contabili e, al tempo stesso, di garantire che i vincoli finan-

³⁸ Cfr. G. D'ALESSIO-L. ZOPPOLI, *Riforma*, cit., 17.

³⁹ Cfr. A. BIANCO, *Gli effetti immediati: dirigenza, fondo, sanatoria della contrattazione decentrata, concorsi interni e stabilizzazioni*, in *La riforma*, cit., 64 e segg.

ziari alla contrattazione integrativa siano in qualche modo rispettati, almeno nel lungo periodo. Al di là del ricorso alle procedure di sanatoria, peraltro, resta tuttora controverso, con pareri discordanti tra le varie giurisdizioni competenti in materia, se le amministrazioni debbano o meno recuperare le somme indebitamente erogate anche sui singoli dipendenti⁴⁰.

A ben vedere, sarebbe opportuna una riflessione più ampia sulle varie forme e cause di sfondamento dei vincoli finanziari da parte della contrattazione integrativa. Qui è sufficiente osservare che andrebbero introdotti effettivi sistemi di monitoraggio tali da consentire di accertare se le spese eccessive siano state realmente giustificate per realizzare incrementi dell'efficienza amministrativa e del livello di soddisfazione dei cittadini-utenti oppure se si siano ridotte a mere elargizioni pecuniarie per acquisire il consenso di sindacati e lavoratori. Fatto ciò, dovrebbero essere ben diverse le misure conseguenti: alquanto morbide, se non premiali, nel primo caso; duramente sanzionatorie nel secondo. Ma questa è veramente un'altra storia.

⁴⁰ Cfr. A. BOSCATI, *La politica*, cit., 253 e segg. e 265 e segg.; V. TALAMO, *Relazioni collettive*, cit., 20 e segg.