

## LE FONTI DEL RAPPORTO DI LAVORO PUBBLICO\*

di Gianfranco D'Alessio

**Sommario:** 1. La logica ispiratrice delle disposizioni sulle fonti nella legge n. 15/2009 e nel d. lgs. n. 150/2009. -2. La prevalenza della legge sul contratto (il ribaltamento del principio di “derogabilità”). -3. L’“imperatività” delle disposizioni del d. lgs. n. 165/2001 e l’“inserzione automatica” di clausole legali nei contratti. -4. La riduzione dell’ambito di intervento dei contratti collettivi. -5. Fonti del rapporto di lavoro e fonti dell’organizzazione. -6. Poteri “datoriali” dei dirigenti e limiti alla partecipazione sindacale.

### 1. La logica ispiratrice delle disposizioni sulle fonti nella legge n. 15/2009 e nel d. lgs. n. 150/2009

Il riassetto del sistema delle fonti abilitate a disciplinare il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni costituisce, sicuramente, uno degli aspetti più significativi dell’intervento normativo realizzato con la legge delega n. 15/2009 ed il conseguente d. lgs. n. 150/2009: ciò, non tanto per il peso quantitativo delle previsioni concernenti le fonti nell’economia di detti provvedimenti legislativi, né per il carattere innovativo ed originale di tali previsioni, quanto per il fatto che esse ne esprimono più di altre l’ispirazione o, quantomeno, una delle linee ispiratrici fondamentali.

In effetti, anche da una sommaria lettura delle disposizioni contenute nella legge delega e nel decreto legislativo risulta evidente la volontà di ridisegnare i confini fra l’ambito regolativo che, in materia di personale pubblico, è riservato alla legge e quello che, invece, è demandato alla contrattazione collettiva, in termini tali da comportare, complessivamente, un restringimento dello spazio e del ruolo della fonte contrattuale rispetto a quella normativa: il che, però, se accentua le divergenze fra la regolazione del lavoro privato e quella del lavoro pubblico<sup>1</sup>, non implica una “ripubblicizzazione” dei rapporti di lavoro con le pubbliche amministrazioni, che rimangono in generale regolati – in base alle norme contenute nel d. lgs. n. 165/2001 - da un “diritto privato differenziato”<sup>2</sup>.

---

\*In corso di pubblicazione in F. Pizzetti, A. Rughetti (a cura di) *“La riforma del lavoro pubblico”*, Studi Cis Anci, EDK editore, 2010, pp 29 e ss.

<sup>1</sup> Il che sembra dare luogo ad una palese contraddizione con la finalità di realizzare la “convergenza degli assetti regolativi del lavoro pubblico con quelli del lavoro privato”, che campeggia come primo obiettivo nella legge delega n. 15/2009 (art. 1, comma 1, lettera a): vedi in proposito, tra gli altri, G. Natullo, *La nuova contrattazione collettiva nel lavoro pubblico: ambito e limiti*, in “Le istituzioni del federalismo”, 2009, p. 685 ss. Va, peraltro, segnalato che sul reale significato di tale formula le opinioni sono assai diverse fra loro, anche in dipendenza di differenti letture della realtà del lavoro nelle imprese private.

<sup>2</sup> Così, con chiarezza, G. D’Auria, *Il nuovo sistema delle fonti: legge e contratto collettivo, Stato e autonomie territoriali*, in “Giornale di diritto amministrativo”, 2010, p. 6. Vedi anche V. Talamo, *Pubblico e privato nella legge delega per la riforma del lavoro pubblico*, in “Giornale di diritto amministrativo”, 2009, p. 471, per il quale “La rilegificazione disposta dalla legge delega non comporta...una re-amministrativizzazione del rapporto di lavoro pubblico” e, pertanto, “i rapporti di lavoro alle dipendenze di amministrazioni pubbliche non mutano la natura privatistica e le situazioni giuridiche soggettive deducibili...non degradano ad interesse legittimo”.

Già nei primi documenti programmatici del Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione, con i quali venivano definiti gli indirizzi e gli obiettivi generali degli interventi che si intendevano adottare in materia di lavoro pubblico<sup>3</sup>, si sottolineava - nel richiamare le linee portanti della riforma in senso privatistico del pubblico impiego realizzata a partire dalla legge delega n. 421/1992 e dal d. lgs. n. 29/1993 - che "il principio della privatizzazione, pur prevedendo la competenza della contrattazione collettiva nella materia del rapporto di lavoro, non esclude (né potrebbe), la possibilità che la legge delinea un quadro di riferimento normativo che circostanzi l'operatività delle stesse norme collettive", e si richiamava l'attenzione sul fatto che "anche nel lavoro privato una serie di principi ed un quadro di regole sono ricavabili non solo nel codice civile ma anche nella legislazione ordinaria": si poneva, quindi, una particolare enfasi nell'evidenziare il rilievo della legge nel determinare l'ambito entro il quale può operare la disciplina di origine negoziale, ricordando, significativamente, che anche il nuovo sistema regolativo del lavoro presso le amministrazioni scaturito dalla riforma in senso privatistico del pubblico impiego deve, in ogni caso, fare i conti con "la necessità che l'esercizio del pubblico potere...rimanga un potere funzionalizzato alla realizzazione del pubblico interesse" (si tratta del richiamo ad un principio ovvio ed indiscutibile, che qui rischia, però, di produrre effetti di distorsione e confusione, perché dimentica che il valore fondante della riforma stava proprio nella distinzione, nell'ambito dell'attività delle amministrazioni pubbliche, fra gestione dei rapporti di lavoro dei dipendenti ed esercizio della funzione di cura degli interessi pubblici, con quanto logicamente ne conseguiva sul piano del regime giuridico).

Tale impostazione trova puntuale riscontro nel testo della legge n. 15/2009, dove nell'art. 3, comma 1, si indica al Governo l'esigenza di assicurare, nell'esercitare la delega, "*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*"<sup>4</sup> e nel successivo comma 3, lettera a), si chiede, conseguentemente, di "*precisare...gli ambiti della disciplina del rapporto di lavoro pubblico riservati rispettivamente alla contrattazione collettiva e alla legge, fermo restando che è riservata alla contrattazione collettiva la determinazione dei diritti e delle obbligazioni direttamente pertinenti al rapporto di lavoro*".

Il decreto legislativo n. 150/2009 si muove lungo questa scia, operando, come detto, un consistente spostamento dell'equilibrio fra fonti pubblicistiche e fonti privatistico-contrattuali a favore delle prime: il presupposto di questa scelta del legislatore delegante,

<sup>3</sup> Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione, *Riforma del lavoro pubblico e della contrattazione collettiva*, Roma, 4 giugno 2008. Su tale documento vedi F. Carinci, *La privatizzazione del pubblico impiego alla prova del terzo Governo Berlusconi: dalla Legge 133/2008 alla Legge n. 15/2009*, in "Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni", 2008, pp. 953-954.

<sup>4</sup> Questa formula viene puntualmente recepita dal d. lgs. n. 150/2009, all'art. 32. Sembra utile ricordare che nel disegno di legge governativo A. S. n. 847, dal quale è scaturita la legge n. 15/2009, mancava qualunque riferimento agli atti organizzativi e all'autonomia dirigenziale, evidenziandosi così come l'obiettivo dei proponenti fosse essenzialmente la determinazione (rideterminazione) dei confini fra legge e contratto. Sul rischio - evidentemente paventato anche dal Parlamento, il quale ha provveduto opportunamente ad integrare il testo della disposizione - che in tal modo potesse crearsi un "corto circuito" fra le due fonti, in quanto non si teneva conto della rilevanza del ruolo svolto nelle amministrazioni dai responsabili della gestione, sia consentito rinviare alle considerazioni svolte in occasione dell'audizione di G. D'Alessio presso la Commissione Affari Costituzionali del Senato in data 10 settembre 2008 (pubblicata in "Aran Newsletter", n. 4-5, 2008). Sulla sussistenza non di due sole aree di disciplina del lavoro pubblico, bensì di tre (in quanto fra la legge e il contratto si interpongono le determinazioni per l'organizzazione degli uffici assunte con atti unilaterali di natura privatistica) vedi M. G. Garofalo, *Delegificazione e rilegificazione*, in M. Gentile (a cura di), *Lavoro pubblico: ritorno al passato? La legge Brunetta su produttività e contrattazione*, Roma, Ediesse, 2009, p. 16.

così come di quello delegato, va trovato in un giudizio fortemente critico sugli esiti prodotti, in termini di miglioramento della produttività del lavoro pubblico e della qualità dell'azione amministrativa, oltre che di razionalizzazione della spesa per il personale<sup>5</sup>, dalla contrattazione collettiva sviluppatasi negli scorsi anni<sup>6</sup>.

Tenendo conto di questi primi, sommari, elementi è evidente che, nel ricostruire l'assetto delle fonti in materia di lavoro pubblico risultante dalla "riforma Brunetta", occorre affrontare fondamentalmente due questioni, fra loro strettamente connesse:

- a) in primo luogo, si tratta di verificare quale sia, per così dire, il nuovo "rapporto di forze" fra legge e contratto, cioè quale sia il peso e l'incidenza che la fonte normativa esercita rispetto a quella negoziale, anche in una dimensione diacronica;
- b) su tali basi, si può e si deve procedere alla individuazione di come si configurino i rispettivi ambiti di operatività degli atti di natura legislativa (*rectius*, unilaterale) e di quelli di ordine contrattuale: occorre, cioè, capire se e come sia cambiato, rispetto al precedente quadro normativo, l'oggetto della contrattazione in rapporto alla ridefinizione del ruolo assegnato non solo alla legge, ma anche ad altri atti (normativi o amministrativi) di natura pubblicistica e alle determinazioni organizzative e gestionali dei dirigenti.

## 2. La prevalenza della legge sul contratto (il ribaltamento del principio di "derogabilità")

Il mutamento di paradigma nella determinazione del bilanciamento fra le fonti, rispetto alla linea tracciata dal legislatore degli anni Novanta dello scorso secolo, derivante dall'intervento legislativo del 2009 si coglie chiaramente guardando alla correzione apportata dall'art. 1, comma 1, della legge delega n. 15/2009 al testo dell'art. 2, comma 2, secondo periodo, del d. lgs. n. 165/2001: mentre nella versione precedente (che, a sua volta, scaturiva da una modifica della formulazione originaria presente nel d.lgs. n. 29/1993 intervenuta in occasione della "seconda privatizzazione" del 1997-98, la quale, peraltro, non ne stravolgeva la *ratio*<sup>7</sup>) si stabiliva che "*eventuali disposizioni di legge, regolamento o*

<sup>5</sup> Si ricorda che la prima legge delega n. 421/1992, nella disposizione di apertura dell'art. 2, finalizzava la riforma del impiego presso le pubbliche amministrazioni, incentrata sull'adozione del modello privatistico, "*al contenimento, alla razionalizzazione e al controllo della spesa per il settore del pubblico impiego, al miglioramento dell'efficienza e della produttività, nonché alla sua riorganizzazione*".

<sup>6</sup> V., in proposito, L. Zoppoli, *La contrattazione collettiva dopo la delega*, in *Lavoro pubblico: ritorno al passato?*, cit., p. 30 (con i numerosi riferimenti bibliografici ivi citati in nota); V. Talamo, *Pubblico e privato nella legge delega per la riforma del lavoro pubblico*, cit., p. 469; P. Caligiuri, *Tra legge e contrattazione: il nuovo sistema delle fonti e la "distanza" dal modello del lavoro privato*, in "Amministrativ@mente", n. 11, 2009, su [www.amministrativamente.it](http://www.amministrativamente.it); F. Verbaro, *La privatizzazione del lavoro pubblico e la sua evoluzione nella legge 15/2009 e nel decreto legislativo 150/2009*, in G. Scognamiglio (a cura di), *Il nuovo ordinamento del lavoro pubblico e il ciclo della performance*, Promo P.A. Fondazione, 2010, p. 20, per il quale l'intervento di riforma nasce da "una scarsa fiducia nella contrattazione collettiva e nella parte pubblica, che dovrebbe gestire tale strumento con maggiore responsabilità rispetto all'impatto delle regole sull'organizzazione pubblica e sulla qualità dei servizi erogati dall'amministrazione".

<sup>7</sup> Sul significato e sulla portata di queste due versioni dell'art. 2, comma 2, secondo periodo, contenute prima nel d. lgs. n. 29/1993 e poi nel d. lgs. n. 165/2001 (dopo la correzione apportata al decreto del 1993 con il d. lgs. n. 80/1998) si è sviluppata un'ampia riflessione, soprattutto nell'ambito della dottrina giuslavoristica: vedi, per tutte, le ricostruzioni (successive alla modifica) di M. Rusciano e L. Zoppoli, *Commento all'art. 2 (Fonti)*, in *La riforma dell'organizzazione, dei rapporti di lavoro e del processo nelle amministrazioni pubbliche* (commentario a cura di A. Corpaci, M. Rusciano e L. Zoppoli), in "Le nuove leggi civili commentate", n. 5-6, 1999, p. 1071 ss.; A. Reale, *Commento all'art. 2*, in M. Dell'Olio e B. Sassani (a cura di), *Amministrazioni pubbliche, lavoro, processo*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 17 ss.; V. Speciale, *La deroga della legge, del regolamento e dello statuto da parte del contratto collettivo*, in *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche* (commentario diretto da F. Carinci e M. D'Antona), Milano, Giuffrè, 2000, p. 257 ss.; L. Fiorillo, *Le fonti del lavoro pubblico nell'elaborazione di dottrina e giurisprudenza*, in "Il lavoro nelle

*statuto, che introducano discipline dei rapporti di lavoro la cui applicabilità sia limitata ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche, o a categorie di essi, possono essere derogate da successivi contratti o accordi collettivi e, per la parte derogata, non sono ulteriormente applicabili, salvo che la legge disponga espressamente in senso contrario*", con la legge n. 15/2009 le ultime parole sono state sostituite dalle seguenti: ***“solo qualora ciò sia espressamente previsto dalle legge”***.

Risulta evidente come quella che, ad una lettura distratta, potrebbe apparire una semplice revisione formale assume, in realtà, i caratteri di un cambio di “rilievo strategico”<sup>8</sup>, in quanto comporta un vero e proprio rovesciamento del significato e del valore della norma. Va ricordato, infatti, che la disposizione contenuta nel decreto del 2001 - coerentemente con un impianto normativo incentrato sulla riconduzione dell'ordinamento dei rapporti di lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche ad un regime privatistico (a partire dal principio affermato nel primo periodo dello stesso art. 2, comma 2) - rispondeva allo scopo di dare solidità e continuità al contratto collettivo come fonte naturale e privilegiata (seppure non necessitata) di regolazione di tali rapporti, facendo fronte alle incursioni della legislazione e, in particolare, della “microlegislazione”, che storicamente avevano caratterizzato in senso negativo la storia della disciplina della materia<sup>9</sup>.

Con la formulazione introdotta dalla legge delega del 2009 (che, ai sensi dell'art. 1, comma 2, si applica alle disposizioni emanate o adottate successivamente alla sua entrata in vigore<sup>10</sup>) viene, invece, affermata chiaramente la prevalenza della legge rispetto al contratto, stante l'inderogabilità delle prescrizioni legislative da parte dei successivi accordi negoziali: i contenuti di questi ultimi, quindi, potranno essere sempre e comunque oggetto di interventi modificativi da parte della fonte legislativa, che potrà anche arrivare ad alterarne la configurazione o, al limite, sostituirsi ad essi, senza che la contrattazione collettiva possa in prosieguo di tempo riaffermare in via derogatoria il proprio ruolo di fonte “ordinaria” del pubblico impiego privatizzato. La norma, certo, ammette la deroga alla legge da parte del contratto quando la legge stessa lo preveda espressamente: ma è da immaginare che, di fatto, questa rimarrà un'ipotesi del tutto eccezionale<sup>11</sup>, specie in quanto andrebbe a calarsi in un contesto connotato da un palese disfavore nei confronti della fonte contrattuale.

pubbliche amministrazioni”, 2004, p. 569 ss.; A. Riccardi e V. Speciale, *Il rapporto tra fonti unilaterali e contratto collettivo*, in *Diritto del lavoro. Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni* (commentario a cura di F. Carinci e L. Zoppoli), Torino, Utet, 2004, p. 156 ss.; S. Battini, *Le fonti della disciplina del rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni: da una regolamentazione unilaterale all'altra?*, in “Rivista trimestrale di diritto pubblico”, 2007, p. 633 ss.

<sup>8</sup> F. Carinci, *La privatizzazione del pubblico impiego alla prova del terzo Governo Berlusconi: dalla Legge 133/2008 alla Legge n. 15/2009*, cit., p. 960.

<sup>9</sup> Le finalità che ci si proponeva di perseguire con questa norma sono state, di recente, così efficacemente sintetizzate: “Si intendevano raggiungere in questa maniera tre obiettivi. Innanzitutto quello di evitare il ripetersi della giungla dei trattamenti normo-retributivi, determinata da leggi e leggine micro-settoriali e corporative, prodotte da un Parlamento sensibile alle ‘voci di dentro’ a vantaggio di alcuni, che il precedente regime normativo aveva garantito. Inoltre, un qualsiasi intervento legislativo nell'area contrattualizzata avrebbe vanificato gli obiettivi di parificazione normativa perseguiti, provocando un effetto di rilegificazione stabile e irreversibile, per cui la norma sulla disapplicazione, che agiva a regime, appariva posta a presidio della stessa privatizzazione. Infine si voleva legittimare un'inedita forza dei contratti collettivi, capaci di imporsi a certe condizioni sulla fonte legale gerarchicamente superiore” (V. Talamo, *Pubblico e privato nella legge delega per la riforma del lavoro pubblico*, cit., p. 468).

<sup>10</sup> A partire, quindi, proprio dal d. lgs. n. 150/2009.

<sup>11</sup> V. Talamo, *Pubblico e privato nella legge delega per la riforma del lavoro pubblico*, cit., p. 470, osserva che “l'eccezione alla regola sarà costituita da una legge che dichiara la propria disapplicabilità ad opera dei successivi Ccnl, nascendo per propria espressa ammissione ‘indebolita’ e quasi ‘dimidiata’”; dello stesso autore v. anche *Il sistema delle relazioni sindacali nel lavoro pubblico*, in “Giornale di diritto amministrativo”, 2010, p. 15. A sua volta F. Carinci, *La privatizzazione del pubblico impiego alla prova del terzo Governo Berlusconi: dalla Legge 133/2008 alla Legge n. 15/2009*, cit., p. 961, nota come il fatto che la derogabilità debba essere dichiarata dal legislatore sia “cosa un po' contro

Va, per la verità, ricordato che la preferenza per la disciplina contrattuale viene mantenuta per quanto attiene ai trattamenti economici, l'attribuzione dei quali, come stabilito dall'art. 2, comma 3, del d. lgs. n. 165/2001 (e ribadito dall'art. 45, comma 1) “*può avvenire esclusivamente mediante i contratti collettivi*”<sup>12</sup>. La riforma, infatti, non ha toccato il contenuto dell'ultima parte del medesimo art. 2, comma 3: quindi, restano in vigore le norme in base alle quali “*le disposizioni di legge, regolamenti o atti amministrativi che attribuiscono incrementi retributivi non previsti da contratti cessano di avere efficacia a far data dall'entrata in vigore del relativo rinnovo contrattuale*” e “*i trattamenti economici più favorevoli in godimento sono riassorbiti con le modalità e nelle misure previste dai contratti collettivi e i risparmi di spesa che ne conseguono incrementano le risorse disponibili per la contrattazione collettiva*”. Ma queste previsioni, se pongono un limite alle materie “rilegificate” o “rilegificabili”, nella concreta attuazione – come è stato opportunamente notato<sup>13</sup> - rischiano di provocare incertezza e confusione, perché non sarà agevole individuare se una certa legge provveda solo a ridefinire in senso incrementale specifiche voci della retribuzione (“riassorbibili” dalla successiva contrattazione) oppure intervenga a regolare *ex novo* una intera struttura retributiva o venga utilizzata per risolvere problemi interpretativi e applicativi di determinati istituti del trattamento economico (risultando, così, “intangibile” dalla contrattazione).

Tornando alla scelta di operare un ribaltamento del rapporto fra legge e contratto, si è con qualche ragione espresso il timore che l'introduzione della “presunzione di inderogabilità

il senso comune, perché toccherebbe allo stesso autore della legge ammettere che sia tanto provvisoria da poter essere messa in non cale dalla contrattazione collettiva del giorno dopo”.

<sup>12</sup> Occorre, peraltro, rilevare che il d. lgs. n. 150/2009 introduce alcune previsioni che vanno ad incidere all'interno della sfera concernente la retribuzione, che pure lo stesso legislatore considera come naturalmente demandata alla contrattazione, consentendo - in applicazione di una sorta di legge del contrappasso - “l'invasione di campo della legge e dei poteri unilaterali dell'amministrazione nei territori (teoricamente) propri della fonte negoziale collettiva” (G. D'Auria, *Il nuovo sistema delle fonti: legge e contratto collettivo, Stato e autonomie territoriali*, cit., p. 7). Nella richiamata proposizione normativa dell'art. 2, comma 3 (e, ugualmente, in quella dell'art. 45, comma 1), viene inserito un inciso secondo il quale il carattere di esclusività della disciplina degli istituti retributivi tramite contratti collettivi sussiste “*salvo i casi previsti dal comma 3-ter e 3-quater dell'articolo 40 e le ipotesi di tutela delle retribuzioni di cui all'articolo 47-bis*”. In particolare, il nuovo comma 3-ter dell'art. 40 (introdotto dall'art. 54 del d. lgs. n. 150/2009) prevede che “*qualora non si raggiunga l'accordo per la stipulazione di un contratto collettivo integrativo, l'amministrazione interessata può provvedere, in via provvisoria, sulle materie oggetto del mancato accordo, fino alla successiva sottoscrizione*”, mentre il nuovo articolo 47-bis (introdotto dall'art. 59, comma 2, del d. lgs. n. 150/2009, riprendendo una disposizione già contenuta nell'art. 2, comma 35, della legge finanziaria n. 203/2008) stabilisce che “*decorsi sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge finanziaria che dispone in materia di rinnovi dei contratti collettivi per il periodo di riferimento, gli incrementi previsti per il trattamento stipendiale possono essere erogati in via provvisoria previa deliberazione dei rispettivi comitati di settore, sentite le organizzazioni sindacali rappresentative, salvo conguaglio all'atto della stipulazione dei contratti collettivi nazionali di lavoro*”. Ne deriva la possibilità di anticipare le determinazioni contrattuali in tema di retribuzione – ma per i contratti integrativi l'intervento potrebbe estendersi all'insieme degli oggetti della negoziazione ed assumere una carattere sostitutivo, e non solo anticipatorio - con determinazioni unilaterali dell'amministrazione, intaccando (seppure, essenzialmente, in via provvisoria) il principio di “riserva” alla contrattazione della materia retributiva. Per l'analisi di tali disposizioni si rinvia alle riflessioni, di diverso segno, di G. D'Auria, *Il nuovo sistema delle fonti: legge e contratto collettivo, Stato e autonomie territoriali*, cit., pp. 7-8; V. Talamo, *Il sistema delle relazioni sindacali nel lavoro pubblico*, cit., pp. 20-21; M. Magri, *Il ritorno del pubblico impiego (le fonti nel d. lgs. 27 ottobre 2009, n. 150)*, in *Amministrativamente*, n. 11, 2009, su [www.amministrativamente.it](http://www.amministrativamente.it); L. Zoppoli, *Legge, contratto collettivo e circuiti della rappresentanza nella riforma “meritocratica” del lavoro pubblico*, in “Le istituzioni del federalismo”, 2009, pp. 674-678; ID., *Legge e contrattazione collettiva all'epoca della meritocrazia*, in M. Gentile (a cura di), *Lavoro pubblico: il passato ritorna. Il decreto attuativo della legge Brunetta sulle pubbliche amministrazioni*, Roma, Ediesse, 2010, p. 65.

<sup>13</sup> L. Zoppoli, *Il ruolo della legge nella disciplina del lavoro pubblico*, in I. Zoppoli (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2009, p. 30; ID., *Legge e contrattazione collettiva all'epoca della meritocrazia*, cit., p. 64; G. D'Auria, *Il nuovo sistema delle fonti: legge e contratto collettivo, Stato e autonomia territoriali*, cit., p. 5.

della futura legislazione speciale”<sup>14</sup>, posta in essere dalla legge n. 15/2009, la quale risponde alla logica di sfiducia nei confronti della contrattazione collettiva che permea l'intero provvedimento legislativo (e il relativo decreto attuativo), possa finire per produrre conseguenze del tutto opposte rispetto alle proclamate finalità di razionalizzazione dell'assetto delle fonti in materia di lavoro nel settore pubblico: è facile prevedere che, come è stato ben scritto, “la giungla di regole speciali sul pubblico impiego, che il legislatore della privatizzazione si era illuso di abbattere, ricomincerà a crescere. Progressivamente, tornerà ad occupare il campo che si voleva preservare per la contrattazione, sovrapponendosi a quest'ultima, con un effetto di ri-pubblicizzazione e ri-politicizzazione della disciplina del lavoro pubblico”<sup>15</sup>. E' stato, però, anche rilevato che almeno il pericolo della creazione di una nuova “giungla retributiva” dovrebbe essere evitato, grazie alla “funzione perequativa ed omogeneizzante” del potere di riassorbimento mantenuto – sia pure con i limiti sopra indicati - in capo ai contratti collettivi<sup>16</sup>.

### **3. L'”imperatività” delle disposizioni del d. lgs. n. 165/2001 e l'”inserzione automatica” di clausole legali nei contratti**

Il rafforzamento dello strumento normativo, a scapito di quello negoziale, trova inoppugnabilmente conferma in altre indicazioni reperibili all'interno della legge n. 15/2009 e, soprattutto, del decreto di attuazione.

In tal senso va citato, innanzitutto, l'art. 33, comma 1, del d. lgs. n. 150/2009, dove si provvede ad integrare il testo dell'art. 2, comma 2, primo periodo, del d. lgs. n. 165/2001, che afferma il principio generale in base al quale i rapporti di lavoro dei dipendenti pubblici sono disciplinati dalle disposizioni del codice civile e delle leggi generali sul lavoro nell'impresa, fatte salve le diverse disposizioni contenute nello stesso d. lgs. n. 165/2001, attribuendo a queste ultime “*carattere imperativo*”: non occorre sottolineare che, in realtà, l'imperatività (e, quindi, l'inderogabilità) delle norme di legge, purchè non disapplicate, sussisteva anche prima, a prescindere da questa statuizione<sup>17</sup>; ma è significativo, per comprendere lo spirito che anima la “riforma Brunetta”, che si sia ritenuto di dover dare una esplicita conferma a questo dato, che “assume un valore ed un effetto rafforzativo della posizione della norma nel sistema delle fonti”<sup>18</sup>.

<sup>14</sup> S. Battini, *Un vero datore di lavoro per il settore pubblico: politico o amministrativo?*, in “Giornale di diritto amministrativo”, 2009, p. 479.

<sup>15</sup> Ibidem. Nello stesso senso, e con gli stessi termini, si esprime anche L. Zoppoli, *Il ruolo della legge nella disciplina del lavoro pubblico*, cit., pp. 29-30, secondo il quale “si sono ... ripristinate le condizioni per una nuova giungla normativa rispetto alla quale la contrattazione collettiva si ritroverà giuridicamente impotente e, per di più, costretta a subire la concorrenza ‘sindacale’ di un legislatore reso più potente che mai”.

<sup>16</sup> V. Talamo, *Pubblico e privato nella legge delega per la riforma del lavoro pubblico*, cit., p. 470. Vedi anche F. Carinci, *La privatizzazione del pubblico impiego alla prova del terzo Governo Berlusconi: dalla Legge 133/2008 alla Legge n. 15/2009*, cit., p. 961.

<sup>17</sup> Già l'art. 2, comma 2, del d. lgs. n. 29/1993, infatti, stabiliva che i rapporti di lavoro sono assoggettati al regime privatistico e, quindi, anche alla contrattazione, “*fatti salvi i limiti stabiliti dal presente decreto*”, mentre l'art. 2, comma 2, del d. lgs. n. 165 fin dalla sua versione originaria fa salve, come visto, “*le diverse disposizioni contenute nel presente decreto*”. E' difficile dire se la sopravvenuta attribuzione del carattere di “imperatività” a dette disposizioni aggiunga davvero qualcosa al fatto, ormai acquisito, che esse, in quanto “salvate” dalla privatizzazione, per ciò stesso non dovrebbero poter essere incise dai contratti collettivi: questo, sul piano giuridico, anche se non di rado la prassi sembra essere andata in altra direzione, con i ripetuti sconfinamenti della fonte negoziale nei territori (teoricamente) presidiati dalla legge. Sul punto, vedi V. Talamo, *Il sistema delle relazioni sindacali nel lavoro pubblico*, cit., p. 16.

<sup>18</sup> F. Verbaro, *La privatizzazione del lavoro pubblico e la sua evoluzione nella legge 15/2009 e nel decreto legislativo 150/2009*, cit., p. 21.

In realtà, sussiste qualche dubbio rispetto all'effettiva portata della norma *de qua*, se messa in relazione con altre indicazioni del d. lgs. n. 150/2009: da una parte, il dato letterale induce a ritenere che si sia inteso qualificare come imperative tutte le norme ricomprese nel decreto che regola in generale il lavoro nelle pubbliche amministrazioni<sup>19</sup>; ma, se così è, non si capisce il senso e il valore di altre disposizioni del decreto (come quelle dell'art. 29, in tema di merito e premi, e soprattutto degli articoli 68 e 69, che inseriscono nel d. lgs. n. 165/2001 un complesso di disposizioni su sanzioni e procedure disciplinari), le quali attribuiscono il crisma dell'imperatività/inderogabilità a specifiche norme o a gruppi di norme<sup>20</sup>.

Optando, pur con questi elementi di incertezza, per l'interpretazione che conferisce il connotato di norme imperative all'insieme delle previsioni del d.lgs. n. 165/2001, va ricordato che l'art. 33 del d.lgs. n. 150/2009 supporta tale previsione attraverso un'altra correzione all'art. 2 del decreto del 2001: viene, infatti, introdotto un nuovo comma 3-*bis*, destinato anch'esso ad incidere sul rapporto fra regole contrattuali e regole legislative, nel quale – riprendendo quanto previsto dall'art. 3, comma 2, lettera *d*), della legge delega n. 15/2009 - si stabilisce 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*”<sup>21</sup>. Pertanto, laddove il contratto contenga disposizioni che siano in contrasto con quelle a carattere “imperativo” dettate dalla legge (cioè, in base a quanto sopra rilevato, tutte quelle ricomprese nel d. lgs. n. 165/2001, con le successive modifiche e integrazioni) o che fuoriescano dai limiti posti alla contrattazione dall'art. 40 del d. lgs. n. 165/2001, come riformulato dall'art. 54 del d. lgs. n. 150/2009 (su cui v. oltre), le sue clausole saranno automaticamente sostituite dalle norme legislative.

In ordine all'introduzione di questo meccanismo di inserzione automatica nei contratti delle previsioni di legge, in luogo delle disposizioni contrattuali affette da nullità, sono stati sollevati due diversi ordini di questioni.

In primo luogo, si è fatto presente che, secondo una linea interpretativa consolidata e sostanzialmente indiscussa, nel campo del lavoro privato il riferimento alle norme codicistiche sulla sostituzione di diritto delle clausole contrattuali nulle è stato sempre usato per tutelare la posizione del contraente debole, che nel diritto del lavoro viene identificato con il lavoratore (ad es., per garantire adeguati trattamenti retributivi o la durata di determinati rapporti di lavoro), mentre nella recente riforma del lavoro pubblico è stato evidentemente concepito come un meccanismo volto a “difendere” lo spazio regolativo della legge e le prerogative dell'amministrazione da possibili “invasioni” da parte della contrattazione: quindi, in ultima istanza, è posto a tutela della parte datoriale. Di qui, la denuncia di un possibile snaturamento dello strumento<sup>22</sup>, alla quale si è replicato affermando

<sup>19</sup> L'ultima parte del testo novellato dell'art. 2, comma 2, primo periodo, del d. lgs. n. 165/2001, infatti, recita “...*fatte salve le diverse disposizioni contenute nel presente decreto, che costituiscono disposizioni a carattere imperativo*”: la presenza della virgola, prima delle parole aggiunte dal d. lgs. n. 150/2009, parrebbe non lasciare dubbi sull'intenzione di assegnare il carattere dell'imperatività a tutto il contenuto del decreto n. 165/2001.

<sup>20</sup> In termini dubitativi sulla valenza generale, oppure limitata alle sole disposizioni esplicitamente qualificate come tali, dell'attribuzione della “imperatività” si esprime M. Magri, *Il ritorno del pubblico impiego (le fonti nel d. lgs. 27 ottobre 2009, n. 150)*, cit.

<sup>21</sup> Art. 1339: “*Le clausole, i prezzi di beni o di servizi, imposti dalla legge (o da norme corporative) sono di diritto inseriti nel contratto, anche in sostituzione delle clausole difformi apposte dalle parti*”. Art. 1419, comma 2: “*La nullità di singole clausole non importa la nullità del contratto, quando le clausole nulle sono sostituite di diritto da norme imperative*”.

<sup>22</sup> Si rinvia a G. D'Alessio, *La riforma del pubblico impiego: un work in progress*, intervento al Convegno su “*Il nuovo modello contrattuale del pubblico impiego*” (Roma, Forum P.A., 14 maggio 2009), su [www.forumpa.it](http://www.forumpa.it).

che nelle relazioni di lavoro nel settore pubblico l'esperienza della negoziazione collettiva svoltasi dopo la privatizzazione ha fatto emergere, in concreto, una condizione di debolezza (arrendevolezza) dei rappresentanti della parte pubblica rispetto alle richieste e pressioni sindacali<sup>23</sup>, e che, comunque, l'esigenza prevalente è quella di assicurare la rispondenza della "politica del personale" ai principi di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione<sup>24</sup>.

Al di là di questo profilo di ordine concettuale, poi, è stato messo in luce un rilevante problema di tipo applicativo: la sostituzione diretta delle previsioni contrattuali con quelle di legge (con particolare riferimento a quelle contenute nello stesso decreto) spesso risulta problematica, se non tecnicamente impossibile, in quanto "le disposizioni del decreto legislativo destinate a 'prendere il posto' delle clausole contrattuali nulle sono spesso formulate non alla stregua di proposizioni normative suscettibili di immediata trasposizione nel corpo dei contratti, ma come disposizioni che attribuiscono poteri...ovvero indicano modalità, strumenti o percorsi procedimentali..., anche con rinvio alla contrattazione collettiva...Sicché può accadere che la nullità di una clausola si traduca non nella sua sostituzione *ex lege* con un'altra clausola, ma con una clausola 'in bianco', da riempire con una decisione dell'amministrazione o, addirittura, da contrattare con i sindacati"<sup>25</sup>.

#### 4. La riduzione dell'ambito di intervento dei contratti collettivi

Come è noto, prima della recente riforma sussisteva una competenza di ordine generale della contrattazione collettiva, estesa a "*tutte le materie relative al rapporto di lavoro ed alle relazioni sindacali*" (art. 40, comma 1, del d. lgs. n. 165/2001). Ora, con il d. lgs. n. 150/2001, questa tendenziale coestensione, in termini di principio, dell'ambito di possibile intervento delle fonte contrattuale e della totalità delle tematiche afferenti alla relazione di lavoro fra i dipendenti e le amministrazioni è venuta meno.

Il nuovo testo dell'art. 40 del d. lgs. n. 165/2001, introdotto dall'art. 54 del "decreto Brunetta", nel comma 1 riprende, innanzitutto, l'indicazione contenuta nella norma della legge delega citata in apertura, affermando che "*la contrattazione collettiva determina i diritti e gli obblighi direttamente pertinenti al rapporto di lavoro, nonché le materie relative alle relazioni sindacali*". Questa previsione pone, indubbiamente, consistenti problemi di ordine interpretativo e, soprattutto, rischia di creare non poche difficoltà in sede attuativa: ci si può interrogare, in particolare, sul significato del termine "determinazione", del quale, come è stato rilevato<sup>26</sup>, si possono alternativamente dare una lettura restrittiva, che lo fa

<sup>23</sup> Cfr. A. Bacci, *I rapporti tra la legge e la contrattazione collettiva e la contrattazione aziendale. L'inserzione automatica delle clausole, i profili di nullità dei contratti collettivi*, in *Il nuovo ordinamento del lavoro pubblico e il ciclo della performance*, cit., pp. 71-72

<sup>24</sup> M. Magri, *Il ritorno del pubblico impiego (le fonti nel d. lgs. 27 ottobre 2009, n. 150)*, cit.

<sup>25</sup> G. D'Auria, *Il nuovo sistema delle fonti: legge e contratto collettivo, Stato e autonomie territoriali*, cit., p. 9, dove si manifesta la preoccupazione che "la più netta divisione dei ruoli perseguita dal legislatore fra disciplina di fonte legislativa e disciplina di fonte negoziale, unitamente all'incerto operare del meccanismo di sostituzione automatica delle clausole nulle, finirà per determinare una continua *actio finium regundorum* fra l'una e l'altra, con una conflittualità e una 'gestione giudiziaria' della riforma che non sarebbero la migliore premessa del clima organizzativo necessario a migliorare la qualità dei servizi ai cittadini". Vedi anche M. Magri, *Il ritorno del pubblico impiego (le fonti nel d. lgs. 27 ottobre 2009, n. 150)*, cit., dove si nota come la sostituzione automatica sia resa difficile in quanto in gran parte si ha a che fare con norme aventi contenuto programmatico, che istituiscono poteri, senza prestarsi ad alcuna immediata applicazione: per cui "si ha l'impressione che l'apparato sanzionatorio fondato sul principio di nullità tenda a trasferire competenze regolative, non già dalla contrattazione alla legge, ma dalla contrattazione all'amministrazione".

<sup>26</sup> Vedi, sul punto, L. Zoppoli, *Il ruolo della legge nella disciplina del lavoro pubblico*, cit., pp. 31-32.



coincidere soltanto con la “quantificazione” ad opera della contrattazione, essenzialmente a fini retributivi, di diritti ed obblighi altrove (cioè, da altre fonti) riconosciuti, oppure una lettura più ampia, che la identifica a con la “regolazione” dei diritti e degli obblighi del lavoratore; e, una volta che si sia adottata questa interpretazione più comprensiva, ci si può chiedere come vadano identificati i diritti e gli obblighi “direttamente” pertinenti al rapporto di lavoro, ed in quanto tali suscettibili di essere fatti oggetto di negoziazione, e come possano essere distinti da quelli che, invece, hanno con tale rapporto una connessione soltanto “indiretta”, e pertanto sono da ritenere estranei alla contrattazione<sup>27</sup>.

Nei primi commenti al d. lgs. n. 150/2009 non sono mancati i tentativi di indicare i confini del territorio che d'ora in avanti potrà essere governato dagli atti negoziali: così, ad esempio, si è ipotizzato che la nuova normativa abbia inteso “limitare il contenuto dei contratti collettivi alla definizione degli istituti normativi ed economici che danno luogo alle prestazioni corrispettive del lavoratore e del datore di lavoro; con il divieto di disporre in quelle materie che attengono, seppure indirettamente, all'organizzazione del lavoro e ai poteri datoriali che via via sono state invase dalla contrattazione”<sup>28</sup>; secondo un'altra opinione, “gli obblighi pertinenti al rapporto di lavoro non sono più la ‘materia relativa al rapporto di lavoro’, ma ciò che resta di essa, dopo l'esercizio dei poteri datoriali dell'amministrazione”<sup>29</sup>; e, ancora, si è affermato che “la competenza della contrattazione risulta ora circoscritta esclusivamente alle sola regolamentazione di quelle situazioni soggettive di debito e credito delle parti che strettamente e direttamente si riferiscono o sono connesse al rapporto di lavoro e che trovano il proprio fondamento nel contratto individuale (ad esempio trattamento economico, durata dell'orario di lavoro, sistemi di inquadramento, riposi, tutela della salute del lavoratore, a tutela della maternità, ferie e festività, trattamento economico, ecc.), e risulta evidente la portata riduttiva delle nuove previsioni rispetto al passato”<sup>30</sup>.

Non si può, però, sfuggire all'impressione che la genericità della formula adottata per ridefinire lo *spatium operandi* della contrattazione provochi una condizione di incertezza, di potenziale conflittualità, suscettibile di dar luogo a divergenze applicative, e che rischia di produrre una situazione caratterizzata da ripetute, reciproche invasioni di campo fra le fonti pubblicistiche e privatistiche, riproponendo la “confusa dinamica”<sup>31</sup> che aveva affaticato l'attuazione della “legge quadro” n. 93/1983<sup>32</sup>.

<sup>27</sup> Vedi le osservazioni di S. Battini, *Un vero datore di lavoro per il settore pubblico: politico o amministrativo?*, cit., p. 479, e di E. Gagnoli, *Contrattazione collettiva, relazioni sindacali e riforma dell'Aran*, in “Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni”, 2008, p. 1006.

<sup>28</sup> Così A. Bacci, *I rapporti tra la legge e la contrattazione collettiva e la contrattazione aziendale. L'inserzione automatica delle clausole, i profili di nullità dei contratti collettivi*, cit., p. 42, il quale, su tale premessa, ipotizza che residui “alla competenza del contratto collettivo la determinazione delle mansioni, dei profili professionali, oltre che la disciplina delle varie tipologie di assenza dal servizio, a cominciare dalle ferie e dai permessi, nonché la determinazione del regime delle malattie, pur nella cornice, inderogabile, disegnata dai recenti interventi legislativi”. Lo stesso autore, peraltro, rileva che la formula legislativa, nel parlare di “diritti” e “obblighi”, “presuppone che sia possibile distinguere con un certo grado di certezza tra le situazioni soggettive che abbiano una diretta inerenza con il rapporto da quelle per le quali tale relazione sia soltanto indiretta”, ma in realtà, “l'espressione utilizzata si rivela alquanto generica, non essendo prevista nei contratti collettivi vigenti una differenziazione, sotto questo profilo, delle situazioni soggettive nell'ambito del rapporto di lavoro”.

<sup>29</sup> Così M. Magri, *Il ritorno del pubblico impiego (le fonti nel d. lgs. 27 ottobre 2009, n. 150)*, cit.

<sup>30</sup> Così R. Soloperto, *La contrattazione collettiva nazionale e integrativa*, in M. Tiraboschi e F. Verbaro (a cura di), *La nuova riforma del lavoro pubblico*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 465.

<sup>31</sup> A. Corpaci-A. Orsi Battaglini, *Commento all'art. 2 (Fonti)*, in *La riforma dell'organizzazione, dei rapporti di lavoro e del processo nelle amministrazioni pubbliche*, cit., p. 1065.

<sup>32</sup> Come ricordato da S. Battini, *Un vero datore di lavoro per il settore pubblico: politico o amministrativo?*, cit., p. 478.

L'ipotesi che l'intervento legislativo del 2009 trovi la sua motivazione fondamentale nella volontà di restringere lo spazio d'azione dei contratti collettivi nel settore pubblico sembra avvalorata dal modo in cui vengono identificate (nella seconda parte del medesimo art. 40, comma 1, del d. lgs. n. 165/2001, come modificato dall'art. 54 del nuovo decreto) le materie escluse dalla contrattazione. L'esclusione riguarda, *“in particolare”* (il che comporta che possono, in linea di principio, sussistere altri ambiti sottratti alla contrattazione): *“le materie attinenti all'organizzazione degli uffici, quelle oggetto di partecipazione sindacale ai sensi dell'articolo 9, quelle afferenti alle prerogative dirigenziali ai sensi degli articoli 5, comma 2, 16 e 17, la materia del conferimento e della revoca degli incarichi dirigenziali, nonché quelle di cui all'articolo 2, comma 1, lettera c), della legge 22 ottobre 1992, n. 421”*.

Si tratta, come si vede, di un elenco complesso e articolato, che intende rimettere in discussione, a sfavore della contrattazione<sup>33</sup>, l'equilibrio fra le fonti che si era realizzato a seguito delle leggi e dei decreti di riforma del decennio precedente, e che dovrebbe essere distintamente esaminato nei singoli elementi, verificando come si configuri l'assetto delle fonti abilitate a regolare le diverse materie sottratte alla disciplina per via contrattuale. Va, peraltro, segnalata una certa ridondanza e ripetitività di questa lista di materie, posto che in larga misura sia quelle oggetto di partecipazione sindacale, sia quelle afferenti alle prerogative dirigenziali *ex art. 5* (alle quali, del resto, rinvia lo stesso art. 9 nel definire lo spazio e i limiti di detta partecipazione), sia molte di quelle comprese nell'art. 2, comma 1, lettera c), della legge n. 421/1992, in sostanza non riguardano altro se non la materia dell'*“organizzazione degli uffici”*, che qui, invece, viene giustapposta ad esse.

Proprio il riferimento alla dimensione organizzativa consente, poi, di sottolineare che in buona parte la contrazione dello spazio regolativo della contrattazione rispetto alla disciplina legislativa previgente è solo apparente, trattandosi prevalentemente di una esplicitazione di dati già acquisiti: è stato giustamente osservato che *“in via diretta il nuovo art. 40 del d. lgs. n. 165 del 2001 esclude apertis verbis dalla sfera del contrattabile un gruppo di materie che, tuttavia, già antecedentemente dovevano considerarsi precluse, in quanto afferenti a materie organizzative e comunque ad istituti esterni al rapporto di lavoro e che solo per la congenita debolezza dell'agente negoziale pubblico (nazionale e decentrato) hanno conosciuto unarinegoziazione sicuramente extra ordinem”*<sup>34</sup>.

Una effettiva riduzione del ruolo della fonte contrattuale può derivare, piuttosto, dall'ulteriore previsione – sempre contenuta nel nuovo testo dell'art. 40, comma 1, del d. lgs. n. 165/2001, in base alla quale *“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”*. Qui, effettivamente, si vanno a toccare materie che finora sono state oggetto di contrattazione, mentre in futuro potranno essere sottoposte a negoziazione, a pena di nullità delle clausole adottate, solo nella misura in cui ciò sarà consentito dalle leggi, e nello spazio lasciato scoperto da queste ultime<sup>35</sup>: e che non si tratti di un vincolo solo teorico o potenziale è dimostrato dal fatto che su di esse lo stesso

<sup>33</sup> P. Caligiuri, *Tra legge e contrattazione: il nuovo sistema delle fonti e la “distanza” dal modello del lavoro privato*, cit., parla di *“una nettissima compressione degli spazi e degli ambiti ove la contrattazione può agire”*.

<sup>34</sup> V. Talamo, *La riforma delle relazioni sindacali nel settore pubblico*, cit., p. 15. Sul punto si vedano anche le considerazioni di L. Zoppoli, *Legge, contratto collettivo e circuiti della rappresentanza nella riforma “meritocratica” del lavoro pubblico*, cit., pp. 664-666.

<sup>35</sup> Vedi anche su questo aspetto V. Talamo, *La riforma delle relazioni sindacali nel settore pubblico*, cit., p. 15.

d. lgs. n. 150/2009 interviene in modo ampio e significativo, assegnando, quindi, un ruolo marginale alle future discipline contrattuali<sup>36</sup>.

## 5. Fonti del rapporto di lavoro e fonti dell'organizzazione

Quanto all'”*organizzazione degli uffici*” – nella quale, come detto, confluisce buona parte delle materie sottratte alla contrattazione - va chiarito essa era da ritenere comunque estranea all'area della “negoziabilità” già prima della recente revisione del d. lgs. n. 165/2001, in quanto demandata in parte alle fonti pubblicistiche di cui all'art. 1, comma 2, in parte alle determinazioni dirigenziali di cui all'art. 5, comma 2.

Infatti, secondo la prima delle due norme ora richiamate, le amministrazioni pubbliche provvedono alla definizione delle “*linee fondamentali di organizzazione degli uffici*”, all'individuazione degli “*uffici di maggiore rilevanza*” e dei “*modi di conferimento della titolarità dei medesimi*”, nonché alla determinazione delle “*dotazioni organiche complessive*” mediante propri atti organizzativi, secondo i rispettivi ordinamenti, sulla base di principi generali fissati da disposizioni di legge (in ottemperanza della riserva relativa di cui all'art. 97, comma 1, della Costituzione): si tratta, comunque, di una disciplina che non solo dà luogo ad un regime di diritto pubblico, ma si esprime attraverso atti, di tipo normativo o amministrativo, aventi sempre natura pubblicistica, il che preclude qualunque spazio per atti di natura privatistico-contrattuale.

Se, in tal modo, si chiude la strada alla contrattazione nell'ambito della c.d. “macro-organizzazione”, lo stesso avviene per quanto concerne la “micro-organizzazione”, ai sensi di quanto stabilito nell'art. 5, comma 2, del d. lgs. n. 165/2001, non solo nella versione modificata dal d. lgs. n. 150/2009, ma anche in quella precedentemente in vigore: secondo tale previsione, nell'ambito delle leggi e degli atti di organizzazione di cui all'art. 2, comma 1, le determinazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro sono assunte dai dirigenti (in quanto organi preposti alla gestione delle amministrazioni) “*con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro*”; nel testo introdotto dal decreto del 2009 si chiarisce che tali decisioni spettano ai dirigenti “*in via esclusiva*”, e si precisa che nei loro poteri rientrano, in particolare, “*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* (sembra di poter dire che si tratta di una precisazione che, oltre ad apparire poco felice nella sua formulazione, presenta un carattere essenzialmente declamatorio, posto che non aggiunge dati sostanziali a quanto è agevolmente deducibile dalla affermazione di ordine generale contenuta nella prima parte della disposizione). In questo caso gli atti di organizzazione, costituiti dalle determinazioni dirigenziali, hanno natura privatistica, ma si configurano, in ogni caso, come atti unilaterali, espressione del potere datoriale, con conseguente esclusione di forme di negoziazione destinate a produrre atti di tipo contrattuale.

Pertanto, il superamento (almeno a partire dal d. lgs. n. 80/1998, dal quale è derivato il testo dell'attuale art. 5, comma 2, del d. lgs. n. 165/2001, anche se, secondo alcuni, indicazioni in tal senso erano individuabili già nel d.lgs. n. 29/1993) dell'impostazione tradizionale, che

<sup>36</sup> Basta pensare all'ampia “legificazione” della materia degli illeciti disciplinari e delle relative procedure sanzionatorie ad opera degli artt. 68 e 69 del d. lgs. n. 150/2009, su cui v. F. Borgogelli, *La responsabilità disciplinare del dipendente pubblico*, in *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, cit., p. 408 ss.; V. Lostorto, *Il nuovo procedimento disciplinare*, in *La nuova riforma del lavoro pubblico*, cit., p. 477 ss.; B. G. Mattarella, *La responsabilità disciplinare*, in “Giornale di diritto amministrativo”, 2010, p. 34 ss.

voleva riservata la materia organizzativa unicamente ad atti di diritto pubblico, non comporta la messa in discussione del dato per il quale l'amministrazione non può abdicare all'esercizio della "funzione organizzatrice" dei propri uffici, in coerenza con i principi costituzionali e con le previsioni legislative, assoggettandosi a procedure negoziali.

Ma vi è di più: se appare chiara e indiscutibile la preclusione per l'uso di strumenti contrattuali in ordine agli interventi sull'organizzazione degli apparati pubblici, in quanto questa va definita solo attraverso atti unilaterali, vuoi di carattere pubblicistico (per la "macro-organizzazione"), vuoi di carattere privatistico (per la "micro-organizzazione"), è meritevole di considerazione il fatto che tale conclusione, alla luce delle disposizioni sopra citate, si estenda anche agli atti di gestione del personale. Come visto, le decisioni dei dirigenti concernenti la gestione dei rapporti di lavoro sono affiancate alle loro determinazioni organizzative, e ne condividono natura e regime giuridico, come atti privatistici a carattere unilaterale adottati nell'esercizio del potere datoriale loro spettante "in via esclusiva": pertanto, anche per tali decisioni è da escludere in radice la possibilità di subordinarle a procedure di tipo contrattuale.

Pure su questo punto va sottolineato come a una tale conclusione fosse possibile (anzi, necessario) arrivare già prima che il d. lgs. n. 150/2009 desse ad essa una copertura formale, da un lato dichiarando il carattere di "esclusività" della potestà dirigenziale, dall'altro includendo, come visto, tutte le determinazioni dirigenziali *ex art. 5, comma 2*, fra le materie sottratte alla contrattazione<sup>37</sup>.

## 6. Poteri "datoriali" dei dirigenti e limiti alla partecipazione sindacale

In realtà, come da molti è stato sottolineato, il motivo che ha indotto da ultimo il legislatore ad affermare in termini espliciti il divieto di "contrattare" i contenuti degli atti dei dirigenti relativi all'organizzazione degli uffici ed alla gestione dei rapporti di lavoro va ritrovato nella prassi, diffusa in molte realtà amministrative, e sancita da previsioni inserite in contratti collettivi, di far precedere l'adozione di tali atti da forme di "consultazione" che, non di rado, si traducevano in una vera e propria "concertazione" con le rappresentanze sindacali.

Ovviamente, non si trattava, né ciò sarebbe stato possibile (alle luce di quanto sopra ricordato), di una vera e propria contrattazione, ma di altre e diverse forme di partecipazione sindacale, coperte dalla formula dell'art. 9 del d. lgs. n. 165/2001 in vigore fino al 2009 ("*I contratti collettivi nazionali disciplinano i rapporti sindacali e gli istituti di partecipazione anche con riferimento agli atti interni di organizzazione aventi riflessi sul rapporto di lavoro*"): ma, nei fatti, spesso si dava luogo, in pratica, ad una condivisione con i rappresentanti dei dipendenti di scelte che, in base alla legge, sarebbero dovute restare nella sfera di responsabilità dei dirigenti<sup>38</sup>.

<sup>37</sup> L. Zoppoli, *Il ruolo della legge nella disciplina del lavoro pubblico*, cit., p. 35, nel riconoscere che "negli anni scorsi c'è stato effettivamente uno 'sfioramento' da parte dei contratti collettivi, che hanno cercato di appropriarsi di materie 'organizzative' senza troppo distinguere" rileva che "molte delle clausole contrattuali 'incriminate' erano però comunque *contra legem* anche nel precedente quadro normativo".

<sup>38</sup> "... generalmente nel lavoro pubblico anche le forme di partecipazione sindacale sono state intese come fonti di disciplina para-contrattuale, fino alla paralisi delle potestà unilaterali della pubblica amministrazione" (V. Talamo, *Pubblico e privato nella legge delega per la riforma del lavoro pubblico*, cit., p. 471). Per considerazioni analoghe vedi, tra gli altri, U. Carabelli-M. T. Carinci, *Privatizzazione e contrattualizzazione dei rapporti di lavoro e nuovi assetti giuridici dell'organizzazione delle pubbliche amministrazioni*, e A. Vimercati, *Relazioni sindacali e*

E', appunto, dalla convinzione che si dovesse far fronte, attraverso la fissazione di vincoli normativi, ad una condizione di debolezza della dirigenza - la quale, incalzata dalle pressioni sindacali, rinunciava ad esercitare autonomamente i propri poteri organizzativi e datoriali - che scaturiscono le correzioni apportate dal d. lgs. n. 150/2009 al testo degli artt. 5 e 9 (oltre che dell'art. 40) del d. lgs. n. 165/2001.

L'intervento correttivo, però, non si limita a chiarire definitivamente il divieto per la contrattazione di occuparsi delle materie afferenti alle "*prerogative dirigenziali*", ma pone una drastica limitazione alle forme "extracontrattuali" di partecipazione dei lavoratori e dei loro rappresentanti al processo decisionale delle amministrazioni, che per certi aspetti sembra realizzare una certa forzatura, con la quale si rischia di creare, in prospettiva, uno sbilanciamento nei rapporti sindacali in senso opposto, ma non meno discutibile (non solo dal punto di vista dei diritti dei lavoratori, ma anche da quello del buon andamento degli uffici pubblici), rispetto a quello riscontrabile nella situazione precedente.

Nel testo dell'art. 5, comma 2, del d. lgs. n. 165/2001, novellato dall'art. 34 del d. lgs. n. 150/2009, infatti, si specifica che in ordine agli atti di spettanza dirigenziale (compresi quelli riguardanti la gestione dei rapporti di lavoro e l'organizzazione del lavoro) ai sindacati spetta "*la sola informazione*", mentre l'art. 36 del nuovo decreto riscrive l'art. 9 di quello del 2001, in termini tali ("*fermo restando quanto previsto dall'articolo 5, comma 2, i contratti collettivi nazionali disciplinano le modalità gli istituti della partecipazione*") da rendere puramente formale il richiamo alla partecipazione e, in particolare, alla possibilità di una articolazione dei relativi istituti attraverso la fonte negoziale, in quanto, tenendo fermo il riferimento a quanto affermato nella nuova versione dell'art. 5, comma 2, è difficile ipotizzare uno spazio per altre forme di partecipazione, diverse dall'"informazione" lì prevista.

Il legislatore delegato del 2009, in tal modo, sembra essere andato molto al di là dell'obiettivo, giusto e condivisibile, di limitare forme di indebita ingerenza sindacale nella sfera decisionale propria della dirigenza: chiaramente, è e rimane del tutto impraticabile l'ipotesi di ammettere in questo ambito momenti di contrattazione, ma confinare la partecipazione delle rappresentanze dei lavoratori pubblici, sempre e comunque, alla mera informazione appare eccessivamente riduttivo (anche alla luce di quello che normalmente avviene nel settore privato, con il quale quello pubblico in teoria dovrebbe "convergere", proprio "*con particolare riferimento al sistema delle relazioni sindacali*", stando al principio, già richiamato, di cui all'art. 2, comma 1, lettera b), della legge n. 15/2009) e, in ogni caso, poco realistico: ci può essere il fondato timore che in non pochi casi, nella prassi, tale prescrizione - in presenza di una dirigenza che, nel dettare questa disciplina che la sottrae al "contatto" con le rappresentanze dei dipendenti, si assume come debole, soggetta alle "prevaricazioni" sindacali e, comunque, propensa alla "cogestione"<sup>39</sup> - possa produrre l'effetto perverso di una sostituzione delle consultazioni formali con forme surrettizie di "negoziato" di fatto.

Il tema avrebbe meritato una disciplina diversamente modulata ed opportunamente articolata: l'informazione è, probabilmente, istituto adeguato e sufficiente in ordine alle

---

*partecipazione*, entrambi in U. Carabelli e M. T. Carinci (a cura di), *Il lavoro pubblico in Italia*, Bari, Cacucci, 2010, rispettivamente pp. 92-93 e p. 344.

<sup>39</sup> Vedi, in tal senso, F. Verbaro, *La privatizzazione del lavoro pubblico e la sua evoluzione nella legge 15/2009 e nel decreto legislativo 150/2009*, cit., p. 19, il quale parla di una parte pubblica che si vincola "per resistere alle sirene delle organizzazioni sindacali a alla voce degli interni".

determinazioni di ordine squisitamente organizzativo<sup>40</sup>; invece, per quelle attinenti all'organizzazione del lavoro<sup>41</sup> ed alla gestione dei rapporti di lavoro si sarebbe potuto lasciare alla contrattazione collettiva nazionale (fonte indicata dall'art. 9) la decisione sulla possibilità di dare luogo anche a forme di consultazione, se non di concertazione (tenendo sempre presente che, comunque, si tratta di cose diverse e distinte rispetto alla contrattazione)<sup>42</sup>.

---

<sup>40</sup> Va, peraltro, notato che il mancato coordinamento fra la nuova norma dell'art. 5 e quella, non modificata, dell'articolo successivo sembra produrre nel sistema delle relazioni sindacali dettato dal d. lg. n. 165/2001 una singolare contraddizione: infatti, nell'art. 6 si statuisce che “*Nelle amministrazioni pubbliche l'organizzazione e la disciplina degli uffici, nonché la consistenza e la variazione delle dotazioni organiche sono determinate ... previa **consultazione delle organizzazioni sindacali***”. Tale indicazione si inseriva logicamente nell'assetto regolativo precedente alla “riforma Brunetta”: ora, appare decisamente problematico mettere coerentemente insieme questa previsione con la nuova formulazione degli artt. 5 e 9. Il punto è colto con precisione da A. Vimercati, *Relazioni sindacali e partecipazione*, cit., pp. 346-347, la quale parla di una “irrazionalità regolativa” che si traduce in una contraddizione interna al sistema (salvo ipotizzare – ma la stessa autrice non pare troppo convinta di questa opzione – che nell'art. 6 il termine “consultazione” sia utilizzato dal legislatore, in modo atecnico, per fare genericamente riferimento alla “partecipazione”).

<sup>41</sup> Sulla nozione di “organizzazione del lavoro” vedi le considerazioni di U. Carabelli-M. T. Carinci, *Privatizzazione e contrattualizzazione dei rapporti di lavoro e nuovi assetti giuridici dell'organizzazione delle pubbliche amministrazioni*, cit., pp. 71-72.

<sup>42</sup> Ci si permette di rinviare a G. D'Alessio, *Le norme sulla dirigenza nel decreto legislativo di attuazione della legge delega n. 15/2009*, in *Lavoro pubblico: il passato ritorna*, cit., pp. 19-20. Per una valutazione critica sul restringimento ed irrigidimento delle forme di partecipazione, e sulle sue conseguenze, vedi anche M. Magri, op. cit., dove si nota che “Nella clausola di esclusività dei poteri datoriali, nella degradazione della partecipazione a mera informazione, non vi è solo la perdita di un diritto dal lato dei lavoratori. Il punto è un altro: lavoratori privati di partecipazione diventano proporzionalmente privi di responsabilità. Il loro essere, e *trasparire* all'esterno, come soggetti *valutati*, diviene quindi piuttosto torbido. Non vi è significato, per l'attività che il decreto chiama il ‘ciclo della *performance*’, se il dipendente non ha strumenti per incidere sull'organizzazione e sulla gestione delle risorse umane, tranne l'informazione sindacale, poiché la *performance* di un lavoratore escluso dalla partecipazione all'amministrazione non può ridursi ad altro che una misura della capacità di stare alla direzione altrui”.