IL RITORNO DEL PUBBLICO IMPIEGO

(Le fonti nel D.Lgs. 27 ottobre 2009, n. 150)

di MARCO MAGRI[1]

SOMMARIO: 1. Il Decreto Brunetta: modifica o superamento del "sistema" delle fonti? 2. La "rilegificazione" (Titolo IV D.Lgs. n. 150 del 2009): profili generali. 3. La pubblicizzazione dei poteri datoriali. 4. L'abolizione della partecipazione sindacale all'organizzazione ed alla gestione delle risorse umane nell'amministrazione. 5. Norme imperative e sostituzione automatica di clausole invalide: rimedi o fonti "indirette" di potere amministrativo? 6. L'erosione sommersa degli ambiti di contrattazione collettiva: la leva della negoziazione decentrata ed il potere unilaterale "provvisorio". 7. La *perfomance* come fonte esclusiva del trattamento economico accessorio. Verso una nuova "giungla retributiva"? 8. Il capovolgimento dell'ordine delle fonti nel regime transitorio. 9. Il ritorno del pubblico impiego ed i suoi antagonisti.

1. *Il Decreto Brunetta: modifica o superamento del "sistema" delle fonti?*

Preliminare ad ogni discorso sulle fonti, riguardo al D.Lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, è la consapevolezza di una duplice possibilità di approccio a questo tema. La netta ripresa dell'autorità della legge rispetto al gioco delle relazioni sindacali era già stata segnalata nei commenti alla legge delega n. 15 del 2009[2] e non può essere, ora, ripercorsa come autentica novità. Il Decreto delegato, semmai, offre l'occasione di riflettere sulla trasformazione di quel disegno in un modello "rilegificato" della disciplina giuridica dell'impiego pubblico. Ma è proprio a questo proposito che si avverte l'esigenza di un chiarimento preliminare.

La "rilegificazione" può continuare ad essere valutata in termini, per così dire, istituzionali, postulando che il legislatore abbia modificato il "dosaggio" tra norme imperative e norme di fonte negoziale: abbia cioè irrobustito l'area delle prime, ma lasciato comunque invariato il ruolo delle seconde, in modo tale da non intaccare i lineamenti complessivi del "sistema". In questa prospettiva, ciò che sembra prendere corpo è soltanto la realizzazione di quel meccanismo di rilegificazione espressa già previsto dall'art. 2, comma 2 del D.Lgs. n. 165 del 2001, prima della

[1] Associato di diritto amministrativo, Università di Ferrara.

[2] S. BATTINI, *Un vero datore di lavoro per il settore pubblico, politico o amministrativo?*, in *Giornale di dir. amministrativo*, 2009, p. 475.

sua modifica ad opera della legge n. 15 del 2009[3]. Legge e contrattazione collettiva ci appariranno allora, anche in questo Decreto legislativo, come sotto-sistemi che si muovono secondo le regole del gioco, l'uno verso l'altro, in guisa complementare o scambievole (la *legificazione* come alternativa alla *contrattualizzazione* del lavoro pubblico); due "ordini normativi distinti, interagenti nell'ambito della delimitazione dei confini effettuata dall'ordinamento giuridico-statuale"[4].

D'altro lato, non dobbiamo sottovalutare la complessità, e diciamo pure un certo "disordine" delle fonti del diritto del lavoro: settore che rivela un struttura straordinariamente complessa di elementi costitutivi.[5] "Le disposizioni del presente decreto" – si legge all'art. 1, comma 2 – "assicurano (…) il rispetto degli ambiti riservati rispettivamente alla legge e alla contrattazione collettiva". Ma una siffatta schematizzazione dell'ordinamento del lavoro è solo un punto di partenza, poiché legge e contrattazione collettiva non sono soltanto figure statiche, *organizzate* in "sistemi": sono anche figure *organizzanti*, strumenti di regolazione sostanziale di un determinato rapporto. Il loro comportamento effettivo non deriva dal come l'una si dispone verso l'altra, ma dal modo in cui ciascuna di esse provvede sui singoli istituti disciplinanti condizione del lavoratore. Il D.Lgs. n. 150 del 2009 potrà allora essere osservato in modo "meno scolastico"[6], in funzione delle norme che effettivamente dominano la prestazione del dipendente pubblico.

C'è molta differenza tra il riflettere sul contenuto del "Decreto Brunetta" nell'orizzonte dei rapporti formali tra legge e contratto collettivo, tra legge e fonti secondarie, tra legge statale e legge regionale, ed il procedere dalla contemplazione delle dinamiche reali che esso pretende di disciplinare.

Dal primo punto di vista, la precedenza compete al profilo più disputato, anche nel dibattito parlamentare precedente all'approvazione della legge delega n. 15 del

---

[3] La norma, nel porre una clausola di derogabilità generale della legge ad opera del contratto collettivo, faceva salva la possibilità che legge medesima disponesse "espressamente in senso contrario". Sulla dubbia portata della clausola, L. GALANTINO, *Diritto sindacale*, Torino, 2008, p. 178. Si è peraltro osservato che, proprio per questa "riserva" alla legge della facoltà di disporre in contrario, la clausola in esame non derogasse "né al principio della prevalenza della norma di legge successiva nel tempo su quella anteriore, né a quella della subordinazione del contratto collettivo alla legge" (G. GIUGNI, *Diritto sindacale*, Bari, 2006, p. 190 e con altro impianto F. CARINCI, R, DE LUCA TAMAJO, P. TOSI, T. TREU, *Diritto del lavoro – 1. Il diritto sindacale*, Torino, 2006, p. 222; sotto il vigore del D.Lgs. n. 29/93, G. GHEZZI, *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche e la ridefinizione delle fonti*, in *Le trasformazioni dei rapporti di lavoro pubblico e il sistema delle fonti*, Milano, 1998, p. 119 ss. A questo testo si rimanda per una sintesi di numerose opinioni sul tema in esame e, più in generale, sul regime del contratto collettivo nel sistema delle fonti del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni).

[4] L. MARIUCCI, *Le fonti del diritto del lavoro*, Torino, 1988, p. 89.

[5] G. NICOLINI, *Fonti extralegislative del diritto del lavoro*, Milano, 1982, p. 5.

[6] L. Mariucci, Le fonti, cit., p. 10.

2009. Si allude all'accennata questione della "rilegificazione" nel suo significato di "dosaggio" tra l'area della legge e quella del contratto. Dal secondo punto di vista, è legittimo interrogarsi liberamente sulla struttura attuale dell'ordinamento del lavoro pubblico; ma tale domanda implica un secondo quesito: *esiste ancora un vero e proprio "sistema delle fonti", nel diritto del lavoro pubblico?*

2. *La "rilegificazione" (Titolo IV D.Lgs. n. 150 del 2009): profili generali.*
Molto si è già scritto riguardo a questa operazione. L'art. 1 della legge n. 15 del 2000 ha capovolto il senso dell'art. 2, comma 2, secondo periodo del D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165, sostituendo alla possibilità per la contrattazione di derogare alla legge salvo espressa disposizione contraria, la norma diametralmente opposta: ora il contratto collettivo può disciplinare il rapporto di lavoro, rendendo inapplicabili le contrarie disposizioni di legge, solo quando ciò sia espressamente previsto.
Il Decreto delegato attua il suddetto principio fondamentale, segnatamente con le norme di cui al Titolo IV (art. 32 e ss.). Soprattutto all'interno del Capo I (principi generali) e del Capo IV (contrattazione collettiva nazionale e integrativa), la "rilegificazione" prende le forme dell'armonizzazione di tutto l'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche.

3. *La pubblicizzazione dei poteri datoriali.*
L'articolo 32 del D.Lgs. n. 150 del 2009 enuncia il criterio fondamentale di ripartizione della disciplina giuridica del lavoro tra le diverse fonti regolatrici, distinguendo tra: 1) materie sottoposte alla legge e, sulla base di questa, ad atti organizzativi ed *all'autonoma responsabilità del dirigente nella gestione delle risorse umane*; 2) materie oggetto di contrattazione collettiva".
I poteri dei dirigenti nella gestione delle risorse umane (che rimangono "poteri del privato datore di lavoro") si rappresentano così quali *fonti unilaterali* del rapporto, capaci anch'essi di concorrere con la contrattazione collettiva.
Una delle manifestazioni più evidenti di questo nuovo assetto è il potere sostitutivo provvisorio istituito dall'art. 54 del D.Lgs. n. 150 del 2009 (nuovo art. 40, comma 3-*ter*, del D.Lgs. n. 165 del 2001) che attribuisce alle pubbliche amministrazioni la potestà di intervenire con atti unilaterali sulle materie oggetto di contrattazione integrativa, qualora non si raggiunga l'accordo con le associazioni sindacali, fino alla successiva sottoscrizione (sul punto si tornerà in seguito).
Ma prima ancora, lo stesso art. 54 *sottrae alla contrattazione collettiva* una serie di materie afferenti alle "prerogative dirigenziali" (nuovo art. 40, comma 1 D.Lgs. n. 165 del 2001). Si tratta delle materie che l'art. 34 comma 1 identifica come "*misure*

inerenti alla gestione delle risorse umane", rientranti "*nell'esercizio dei poteri dirigenziali*" (nuovo art. 5 D.Lgs. n. 165 del 2001).

Restano pertanto estranee alla contrattazione collettiva le attività che permettono ai dirigenti di svolgere poteri di *proposta*, ai fini dell'elaborazione del documento di programmazione triennale del fabbisogno del personale (art. 35), poteri di *individuazione* di risorse e profili professionali necessari allo svolgimento dei compiti dell'ufficio cui sono preposti (art. 38 e 39), poteri di *definizione* di "*misure idonee*" a combattere la corruzione ed il controllo del rispetto di tali misure da parte dei dipendenti (art. 39), poteri di *valutazione* della *performance* del personale assegnato al proprio ufficio (art. 39, collegato agli articoli 9, comma 2, 17, 62), poteri di *controllo* sulle eccedenze di personale (art. 50), poteri *disciplinari* (art. 67 e ss.).

L'esclusione del contratto collettivo da tali ambiti è confermata (non è un'eccezione alla regola) dalla clausola secondo cui, in talune delle suddette materie (sanzioni disciplinari, valutazione delle prestazioni ai fini della corresponsione del trattamento accessorio, mobilità e delle progressioni economiche) la contrattazione collettiva "è *consentita negli esclusivi limiti previsti dalle norme di legge*" (art. 54 D.Lgs. n. 150 del 2009, nuovo art. 40, comma 1 D.Lgs. n. 165 del 2001, ultimo periodo). E' chiaro infatti che tale norma sottende relazioni sindacali di tipo gerarchico, relegando la contrattazione ad ruolo puramente esecutivo.

Ne ricaviamo così uno schema trilaterale: la organizzazione degli uffici, la gestione del personale, la contrattazione collettiva. Un modello in cui la gestione diventa "potere" e trascorre per intero nell'orizzonte pubblicistico, lasciando alla contrattazione uno spazio negoziale svuotato di un senso propriamente organizzativo. Si vede perciò indebolita la consolidata dicotomia tra organizzazione (pubblica) degli uffici e disciplina (privata) del rapporto di lavoro[7].

Solo da questa angolazione, assumendo cioè il paradigma della cancellazione di una linea di confine tra pubblico e privato, si può tributare una certa coerenza al nuovo 40, comma 1 D.Lgs. n. 165 del 2001 (art. 54 D.lgs. n. 150 del 2009), dove è stabilito che la contrattazione collettiva non più "si svolge su tutte le materie relative al rapporto di lavoro" (vecchio testo), ma "*determina i diritti e gli obblighi direttamente pertinenti al rapporto di lavoro*". Disposizione di significato incerto[8], ma paradossalmente chiara nel suo senso de-materializzante: gli obblighi pertinenti

[7] S. BATTINI, *Un vero datore di lavoro*, cit., p. 478.
[8] S. BATTINI, *loc. ult. cit.*, p. 479

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[9].

4. *L'abolizione della partecipazione sindacale all'organizzazione ed alla gestione delle risorse umane nell'amministrazione.*

Speculare alla previsione del potere datoriale come autonoma fonte di produzione è l'abolizione della partecipazione sindacale e dei lavoratori all'organizzazione amministrativa ed alla gestione dei rapporti di lavoro.

L'art. 5, comma 2 del D.Lgs. n. 165 del 2001, come modificato dall'art. 34 del Decreto n. 150 del 2009, stabilisce che le determinazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro siano assunte "*in via esclusiva*" dagli organi preposti alla gestione con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro, fatta salva "la *sola informazione*" ai sindacati, ove prevista nei contratti di cui all'articolo 9. La norma si combina con il successivo art. 9 del D.Lgs. n. 165 del 2001 (modificato dall'art. 36 D.Lgs. n. 150 del 2009), che fa salvo "*quanto previsto all'art. 5, comma 2*", devolvendo ugualmente ai contratti collettivi nazionali la disciplina delle modalità e degli istituti della "*partecipazione*".

Nel vecchio testo del D.Lgs. n. 165 del 2001, mentre nessuna *esclusività* accompagnava il regime delle determinazioni datoriali in materia di organizzazione e gestione del personale, l'art. 9 prevedeva che i contratti collettivi disciplinassero "i rapporti sindacali e gli istituti della partecipazione, *anche con riferimento agli atti interni di organizzazione aventi riflessi sul rapporto di lavoro*".

La nuova norma è quindi l'esatto opposto della precedente. O si va errati, o il Decreto del 2009 ha abolito entrambe le prerogative: non solo la competenza dei contratti collettivi nazionali alla disciplina degli istituti della partecipazione sindacale, ma, nella sostanza, la partecipazione stessa, che rimane appannaggio dell'azione sindacale in guisa di mero diritto d'informazione.

Non si disconosce che il termine "partecipazione" fosse approssimativo e già inquadrabile in diversi modelli di relazioni industriali, ma è fuori dubbio che la norma in esame sottragga spazio, indistintamente, a tutti tali schemi, prendendo a bersaglio le relazioni sindacali *partecipative* in quanto tali[10].

---

[9] Un quadro diametralmente opposto a quello sviluppatosi con le privatizzazioni degli anni novanta, in cui proprio il potere datoriale poteva essere qualificato come esercizio di capacità di diritto privato dell'amministrazione (M. D'ANTONA, *Lavoro pubblico e diritto del lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle «leggi Bassanini»*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 1998, I, p. 62.

[10] Sul tema della partecipazione, L. ZOPPOLI, *Rappresentanza collettiva dei lavoratori e diritti di partecipazione alla gestione delle imprese*, in *Rappresentanza collettiva dei lavoratori e diritti di*

La conseguenza di ciò è presto rappresentata. Nella clausola di esclusività dei poteri datoriali, nella degradazione della partecipazione e 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.
La modificazione degli articoli 5 e 9 del D.Lgs. n. 165 del 2001 sembra dunque in palese contrasto con il principio fondamentale del D.Lgs. n. 150 del 2009, e sottende un'idea del buon andamento dell'amministrazione (art. 97 Cost.) basata non sulla "efficienza", ma sulla "capacità di obbedienza".

5. *Norme imperative e sostituzione automatica di clausole invalide: rimedi o fonti "indirette" di potere amministrativo?*
La tendenza del legislatore al rafforzamento dei poteri datoriali dell'amministrazione emerge anche da un terzo profilo: l'auto-qualificazione di talune disposizioni quali norme *imperative* ed *inserite di diritto nei contratti collettivi*, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1339 e 1419, secondo comma, del codice civile.
La tecnica delle disposizioni inderogabili compare a più riprese all'art. 33 del D.Lgs. n. 150 del 2009, in particolare alle lettere a) e c). Tuttavia, non è affatto chiara la ragione del ricorso a tale strumento da parte del legislatore.
Nell'ordinamento del lavoro privato, il primato della legge sulla contrattazione collettiva si fonda sulla funzione di assicurare trattamenti minimi[11]; in quello del lavoro pubblico, anche sull'esigenza di assicurare il principio di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione (art. 97 Cost.); interessi di natura generale e sociale che possono giustificare un certo tasso di inderogabilità unilaterale della legge da parte della contrattazione collettiva.
In entrambi i casi, tuttavia, le disposizioni che costituiscono norme imperative sono chiaramente identificate o almeno identificabili. Quando poi tali norme sono destinate a essere inserite automaticamente nel contratto, in luogo delle clausole

---

partecipazione alla gestione delle imprese, Milano, 2005, p 187; R. SANTUCCI, *I diritti di partecipazione dei lavoratori nelle amministrazioni pubbliche*, ivi, p. 391 ss.
[11] L. MARIUCCI, *Le fonti*, cit., p. 100.

difformi, si pone logicamente un problema di effettività dell'automatismo e di coerenza tra la fattispecie integrativa legale e quella negoziale.

Nel Decreto n. 150 del 2009, la denominazione di norme imperative sembra competere indistintamente a tutte o, comunque, a blocchi omogenei di disposizioni, molte delle quali si limitano ad istituire poteri amministrativi, senza in realtà prestarsi ad alcuna immediata applicazione, che non sia quella di assegnare il rapporto di lavoro ad una disciplina integralmente unilaterale.

Anzitutto, il nuovo testo dell'art. 2 del D.Lgs. n. 165 del 2001 sottopone ancora il rapporto di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche alle leggi sul rapporto di lavoro subordinato nell'impresa, fatte salve, nel testo modificato dall'art. 33, lettera a), del D.Lgs. n. 150 del 2009, le disposizioni del presente decreto, (*virgola*) "*che costituiscono disposizioni a carattere imperativo*". Non, dunque, le sole *disposizioni qualificate dal decreto come imperative*, ma tutte le disposizioni, *da intendersi come* norme imperative. Diversamente, si potrebbe ritenere che quella *virgola* serva alla precisazione di un limite, ad indicare cioè come *imperative* le sole disposizioni a cui il Decreto n. 150 del 2009 attribuisce tale qualifica.

Questa seconda soluzione sembra, a ben vedere, preferibile. A parte che la prima ipotesi stravolgerebbe il senso del rinvio al lavoro subordinato nell'impresa (qualificare tutte le disposizioni, in linea di principio, come imperative, significherebbe sostanzialmente stabilire che i rapporti di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche sono disciplinati dal Decreto n. 150 del 2009, salve le materie regolate dalle norme sul rapporto di lavoro privato), la prospettiva qui accolta pare avvalorata dal nuovo articolo 3, comma 3-*bis*, del D.Lgs. n. 165 del 2001: "*Nel caso di* nullità delle disposizioni contrattuali per violazione di norme imperative (…) si applicano gli articoli 13349 e 1419, secondo comma, del codice civile.

Ad ogni modo, anche volendo restare alle norme "qualificate come" inderogabili e provviste della clausola di sostituzione automatica – soprattutto quelle di cui al Titolo III (*merito e premi*, art. 29) – resta il fatto che si tratta, in gran parte, di norme che istituiscono poteri determinativi in capo ai soggetti delle relazioni industriali: norme quindi, aventi contenuto *programmatico*.

Il che cambia, non di poco, lo scenario giuridico che si prospetta, come conseguenza dell'accertamento dell'invalidità che tali norme sanzionano.

Il problema non è, si badi, l'accertamento del vizio di nullità delle clausole contrattuali difformi da quelle imperative (ad esempio, nullità del contratto collettivo sottoscritto senza rispettare la suddivisione del personale nei "livelli di performance" stabiliti dall'art. 19), ma il fatto che, mentre la semplice nullità si

risolverebbe nella necessità di rinnovare eventualmente i procedimenti di contrattazione, la sostituzione automatica implica – se le parole hanno un senso - l'obbligo (questa volta) dell'amministrazione datore di lavoro di riorganizzare la propria prestazione, applicando direttamente le norme imperative violate.
Si ha allora l'impressone che anche l'apparato sanzionatorio fondato sul principio di nullità tenda a trasferire competenze regolative, non già dalla contrattazione alla legge, ma dalla contrattazione all'amministrazione. Viene da chiedersi se un contratto individuale, in cui il trattamento accessorio, conforme ad un contratto collettivo (nullo), si discosta dal vincolo alle percentuali di *performance* stabilite dalla legge, debba comportare la sostituzione automatica con un contratto individuale in cui il trattamento economico è determinato dall'amministrazione mediante applicazione diretta di quei livelli. Se così fosse, visto che la sostituzione opera *ipso iure*, sarebbe questo un modo di attribuire all'amministrazione un potere di apprezzare discrezionalmente l'invalidità dei contratti collettivi, onde procedere per mezzo di atti amministrativi unilaterali alla nuova disciplina negoziale.
Il che resta, a tacer d'altro, di difficile compatibilità con la permanenza dell'art. 64, commi 1 e 2, del D.Lgs. n. 165 del 1001, che continua a disciplinare il giudizio di "accertamento pregiudiziale sull'efficacia, validità ed interpretazione dei contratti collettivi" (compreso dunque il caso di nullità[12]). Tale diversa disposizione impone al giudice ordinario di sospendere il giudizio, ai fini di consentire all'ARAN di convocare le organizzazioni sindacali firmatarie per "*verificare la possibilità di un accordo sull'interpretazione autentica del contratto o accordo collettivo, ovvero sulla modifica della clausola controversa*". La nullità del contratto collettivo ha dunque differenti conseguenze: non può essere dichiarata, prima dell'esaurimento della fase di devoluzione all'ARAN della potestà di rinnovazione delle trattative. Come si coordini tutto ciò con il principio di ragionevolezza, dato che nello steso Decreto è previsto, senza alcuna norma di coordinamento, un duplice regime delle nullità, sembra questione di non poco conto. Fermo restando che la tecnica delle norme inderogabili non naviga in acque tranquille nemmeno rispetto all'art. 24 Cost., proprio perché la "sostituzione automatica di clausole" priva il soggetto interessato del diritto di far accertare la nullità nei modi di cui all'art. 64 cit.

[12] Lo si riscontra, ad esempio, in C. Cost., sentenza n. 199 del 2003.

6. *L'erosione sommersa degli ambiti di contrattazione collettiva: la leva della negoziazione decentrata ed il potere unilaterale "provvisorio".*

L'art. 2, comma 3 del D.Lgs. n. 165 del 2001, come modificato dall'art. 33 D.lgs. n. 150 del 2009, continua a prevedere che l'attribuzione di trattamenti economici al lavoratore pubblico possa avvenire esclusivamente mediante contratti collettivi o, alle condizioni previste, mediante contratti individuali.

Tuttavia, l'art. 33, comma 2, lettera b) inserisce nel medesimo art. 2, comma 3 del D.Lgs. n. 165 del 2001 un'eccezione espressa, riguardante casi in cui la retribuzione è determinata *unilateralmente dall'amministrazione*.

Si tratta dei "casi previsti dai commi 3-*ter* e 3-quater dell'art. 40 e l'ipotesi di tutela delle retribuzioni di cui all'art. 47-*bis*"[13].

Lasciamo qui da parte la fattispecie dell'art. 47-*bis*, che riguarda l'erogazione degli incrementi retributivi (a quanto pare, sul trattamento economico fondamentale) in difetto di rinnovo della contrattazione collettiva.

Più ricca di implicazioni appare la norma di cui all'art. 40, comma 3-*ter*, dove si prevede che "al fine di assicurare la continuità e il migliore svolgimento della funzione pubblica, *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*". Viene così introdotto un vero e proprio potere provvisorio, *sostitutivo* e non solo *anticipatorio* (come è quello del nuovo art. 47-*bis* D.Lgs. n. 165 del 2001) in capo alle singole amministrazioni pubbliche (leggi: ai dirigenti).

Questo potere sostitutivo si lega, non casualmente, alla contrattazione decentrata (integrativa) e non a quella nazionale. Non si tratta infatti (come nell'art. 47-*bis*) di una misura di tutela della retribuzione, che presuppone quest'ultima determinata o determinabile, ma di una fonte atipica decentrata del rapporto di lavoro, competente a disciplinare, in via surrogatoria, tutte le materie che potrebbero formare oggetto di contrattazione collettiva integrativa.

Il nuovo art. 40, comma 3-*bis,* del D.Lgs. n. 165 del 2001 prevede ancora che la contrattazione integrativa "si svolge sulle materie, con i vincoli e nei limiti stabiliti dai contratti collettivi nazionali, tra i soggetti e con le procedure negoziali che questi ultimi prevedono". Coerentemente, nell'art. 40, comma 3-*quinquies*, del D.Lgs. citato viene ribadito che le pubbliche amministrazioni *non possono in ogni caso sottoscrivere in sede decentrata* contratti collettivi in contrasto con i vincoli e con i

[13] Si confronti la modifica, in termini identici, del testo dell'art. 45 D.Lgs. n. 164 del 2001 sul "trattamento economico", da parte dell'art. 57 del D.Lgs. n. 150 del 2009.

limiti risultanti dai contratti collettivi nazionali o che disciplinano materie non espressamente delegate a tale livello negoziale, ovvero che comportano oneri non previsti negli strumenti di programmazione annuale e pluriennale di ciascuna amministrazione, sotto pena di nullità delle relative clausole.

Se non che, nessuna norma prevede analoghi vincoli all'esercizio del potere datoriale di cui all'art. 40, comma 3-*ter*. La mancata sottoscrizione del contratto nazionale, cioè la mancata individuazione di materie delegate alla contrattazione decentrata e delle procedure, nonché dei soggetti della contrattazione integrativa, non è una circostanza impediente delle determinazioni unilaterali adottabili dalle pubbliche amministrazioni sulle materie oggetto del mancato accordo.

Il solo limite comune è quello di compatibilità economico-finanziaria, non a caso, espressamente ripreso dallo stesso art. 40, comma 3-*ter*.

Altre circostanze, del resto, sembrano deporre per la conclusione appena raggiunta: il fatto che il comma 3-*ter* dell'art. 40 finalizzi il potere datoriale all'assicurazione della "continuità" e del "migliore svolgimento della funzione pubblica", espressioni che richiamano una volontà di tutela del buon andamento dell'amministrazione pubblica intesa appunto come *funzione* (il che non avrebbe grande significato se il potere datoriale in esame fosse subordinato alla contrattazione nazionale); il fatto che sia l'art. 2, comma 3, sia l'art. 45 del D.Lgs. n. 165 del 2001, siano stati modificati introducendo il potere unilaterale di cui all'art. 3-*ter* accanto alle fonti di disciplina negoziale del rapporto di lavoro, superando la precedente riserva assoluta di contrattazione in ordine ai trattamenti economici (il che non sarebbe stato a rigore necessario, se il potere datoriale di stiamo parlando si potesse esplicare solo una volta stipulato il contratto collettivo nazionale di lavoro).

Se ne ricava, conclusivamente, l'impressione che il mancato coordinamento tra il comma 3-*ter* e i commi 3-*bis* e 3-*quinquies* sia tutt'altro che involontario. Gli atti adottati unilateralmente dalle pubbliche amministrazioni ai sensi dell'art. 40, comma 3-*ter*, D.Lgs. n. 165 del 2001, hanno la dignità di fonti del rapporto di lavoro, originarie, ma anche *concorrenti con la contrattazione collettiva nazionale*, salvo il limite della copertura finanziaria dei costi di tale attività.

Per questo motivo, qualche perplessità si potrebbe anche avanzare a proposito della "provvisorietà" della misura: non perché l'efficacia nel tempo di quest'ultima possa di fatto prorogarsi senza limiti, ma perché l'adozione dell'atto unilaterale, appunto, può impegnare risorse prima della contrattazione collettiva, che a sua volta sconta un procedimento di formazione più lungo e macchinoso; onde non è escluso che l'ARAN si presenti ai sindacati con un potere negoziale già largamente eroso da un massiccio impiego di misure unilaterali decentrate.

Si avrebbe così una sorta di capovolgimento di fatto del sistema delle fonti. O, forse, l'emersione di qualche dubbio d'incostituzionalità del comma 3-*ter*. In un sistema delle fonti ancora basato testualmente sul principio della riserva alla contrattazione dei trattamenti economici, in cui la contrattazione integrativa è rigorosamente subordinata a quella nazionale e dove la norma in questione, art. 40, comma 3-*ter*, è diffusamente – ma semplicemente – "fatta salva", la contrattazione deve avere gli strumenti di affermazione della sua prevalenza, che è poi l'affermazione del principio di libertà sindacale (art. 39 Cost.) ad essa sotteso. Eletta la via della contrattazione collettiva come fonte dei trattamenti economici, il contemperamento con un sistema di atti unilaterali sembra potersi reggere su di una funzione conservativa della contrattazione collettiva, da parte di questi ultimi (come nell'art. 47-*bis* del D.Lgs. n. 165 del 2001); molto meno sull'idea di tutela del buon andamento realizzata da misure sostitutive della contrattazione stessa.

7. *La perfomance come fonte esclusiva del trattamento economico accessorio. Verso una nuova "giungla retributiva"?*

Il nucleo essenziale, il "vero" paradigma, non solo per l'argomento delle fonti, ma riguardo a tutta l'impostazione del "Decreto Brunetta" è, com'è noto, il sistema della valutazione della *performance* dei dipendenti pubblici, disciplinato nel Titolo II, ma richiamato in tutto il testo del Decreto stesso.

Il legislatore delegato ha recepito l'influsso di un modello ben conosciuto nel campo della scienza dell'amministrazione, basato sul *New public management*, sul ruolo dello Stato quale "valutatore" del rendimento del personale pubblico. Nel che è implicita una frattura netta con alcuni sistemi precedenti di misurazione della prestazione lavorativa del dipendente pubblico, osservabile sia muovendo dallo statuto epistemologico della scienza dell'amministrazione[14], sia muovendo dal dato più strettamente giuridico, dell'abrogazione pressoché integrale del sistema di controllo strategico di cui al D.lgs. 30 luglio 1999, n. 286.

Non compete, beninteso, al tema delle "fonti" indagare l'intima struttura di questa impostazione. C'è solo un aspetto che si vorrebbe notare. Stando alle acquisizioni della scienza dell'amministrazione, il giudizio sulla produttività del dipendente non dovrebbe mai potersi tramutare – poiché tecnicamente non si presta ad esserlo – in "fonte" della disciplina del rapporto di lavoro.

---

[14] V. per ampie ed interessanti notazioni, anche di carattere storico, sull'ideale dello Stato valutatore e, più in generale, dell'istituto in esame dal punto di vista non giuridico, M MORISI, A. LIPPI, *Manuale di scienza dell'amministrazione. La valutazione*, Torino, 2001, spec. p. 24 ss., a cui si rinvia integralmente anche per altre citazioni di dottrina.

Proviamo a riflettere sul sintagma più diffuso, foriero di molte citazioni nel testo del D.Lgs. n. 150 del 2009: la valutazione della *performance*. E' stato osservato, al riguardo, che "il carattere di questo giudizio (…) non ha alcun valore sanzionatorio, non è orientato all'ispezione, né è l'espressone di un potere. L'esercizio della valutazione è finalizzato al miglioramento ed all'incremento di conoscenza in vista di una correzione, revisione, riprogettazione dell'intervento adottato, delle sue caratteristiche e dei suoi margini di realizzazione. Questa conoscenza si configura come un servizio, e non come una sorveglianza. Si tratta di un'operazione di produzione di informazioni sistematiche, corredate di apposita argomentazione che ne specifica il merito ed esprime un giudizio sui risultati e sui metodi seguiti, ma che viene svolta nel nome di un interesse collettivo per comprendere e misurare se e quanto degli obiettivi e dei programmi fissati sia stato conseguito o meno, in quali termini e attraverso quali scansioni e passaggi operativi"[15].

Manca, quindi, il presupposto extragiuridico per trasformare la *performance* e la sua valutazione nell'attribuzione di poteri giuridicamente esercitabili sul piano del rapporto di lavoro. Invece, nel D.Lgs. n. 150 del 2009, oltre ad un controllo diffuso sul buon andamento della p.a. mediante norme sulla trasparenza e rendicontazione della *performance* (art. 11), si prevede un controllo di tipo accentrato, finalizzato a differenziare i trattamenti economici accessori.

Il Decreto prescrivem infatti, con norme inderogabili e di immediata applicazione, ai sensi degli articoli 1339 e 1419 C.C., una classificazione dei dipendenti secondo una graduatoria delle valutazioni individuali (di cui il venticinque per cento obbligatoriamente destinato a non percepire alcun trattamento accessorio, art. 19) e li costringe a competere per l'attribuzione di premi (art. 20 ss.) nonché per le progressioni economiche e di carriera (art. 23 e art. 24).

Il che ha ricadute difficilmente calcolabili sulla condizione, giuridica ed economica, dei lavoratori. Non si dimentichi che soggetti alla valutazione non sono solo i dirigenti, ma tutto il personale pubblico. Inoltre, riagganciando il discorso a quanto sopra osservato (n. 4), resta incomprensibile l'elemento capace di differenziare il trattamento accessorio. O, forse, tale elemento è l'*obbedienza* del dipendente al

[15] Insomma, "lo scopo della valutazione è orientato a dotare istituzioni e organizzazioni di una propria capacità di *apprendimento* (…) In questa chiave, la valutazione ha anche una specifica rilevanza ai fini della legittimazione delle istituzioni politiche", M. MORISI, A. LIPPI, *op. ult. cit.*, pp. 42, 43. Allargando l'orizzonte, si può azzardare l'affermazione che il modello di burocrazia presupposto dal "Decreto Brunetta" corrisponda ad un ideale legale e razionale, valutabile come si giudica il personale dell'impresa, ovverosia secondo un criterio di separazione dalla società che non corrisponde più alla realtà della pubblica amministrazione odierna (per questa dimostrazione, F. DUPUY, J. C. THOENIG, *Sociologia dell'azione burocratica*, Bologna, 1986, con introduzione di S. CASSESE).

potere di direzione altrui, dato che si è visto eliminato il diritto di partecipazione agli atti di organizzazione e di gestione delle risorse umane.
Siamo dunque innanzi a qualcosa di molto diverso dall'istituto della retribuzione correlata ai risultati, agganciata alla logica dello *scambio*, negoziata tra le parti entro un modello promozionale, quindi flessibile. Istituto che, peraltro, denunciava già dopo la seconda privatizzazione il complessivo fallimento dell'incentivazione alla produttività nella pubblica amministrazione[16].
Semmai, è possibile osservare che il "Decreto Brunetta", disgregando l'istituto dei trattamenti accessori, predispone il sistema delle fonti ad una nuova "giungla retributiva": un panorama in cui i livelli di *performance*, la contrattazione integrativa, i poteri unilaterali del datore di lavoro, concorreranno su risorse date. E' chiaro quindi che in gioco c'è anche il trattamento economico fondamentale ed il potere d'acquisto della retribuzione nel suo complesso.

8. *Il capovolgimento dell'ordine delle fonti nel regime transitorio.*
L'art. 65 del D.Lgs. n. 150 del 2009 prescrive che le parti, entro il 31 dicembre 2010, adeguino i contratti collettivi integrativi, vigenti alla data di entrata in vigore del Decreto, alle disposizioni riguardanti la definizione degli ambiti riservati rispettivamente alla contrattazione collettiva e alla legge, nonché a quanto previsto dalle disposizioni del Titolo III ("Merito e premi").
In caso contrario, i contratti collettivi integrativi vigenti cesseranno di produrre i loro effetti alla data del 1° gennaio 2011.
Nel frattempo, con riferimento alla contrattazione collettiva nazionale ed al periodo contrattuale immediatamente successivo a quello in corso, è previsto l'avvio delle trattative contrattuali da parte dell'ARAN con le organizzazioni sindacali e le confederazioni rappresentative, nei nuovi comparti (*quattro*, per la precisione) di cui all'art. 40, comma 2 del D.Lgs. n. 165 del 2001 (come modificato dall'art. 54 del D.Lgs. n. 150 del 2009). Trattative che avverranno sulla base dei dati associativi ed elettorali rilevati per il biennio contrattuale 2008-2009, con proroga degli organismi di rappresentanza del personale "anche se le elezioni siano state già indette"; mentre le nuove elezioni si svolgeranno entro il 30 novembre 2010.
Coerentemente, le disposizioni relative alla contrattazione collettiva "*nazionale*" si applicheranno dalla tornata successiva a quella in corso. Non è previsto quindi alcun

[16] G. CANANZI, L. PROSPERETTI, *I compensi correlati alla produttività e alla qualità*, in *I contratti collettivi di comparto*, *Commentario*, diretto da F. CARINCI, Milano, 1997, p. 92.

adeguamento dei contratti collettivi "*nazionali*" vigenti alla data di entrata in vigore del Decreto (art. 65, comma 5 D.Lgs. n. 150 del 2009).

Torniamo alla contrattazione integrativa.

Il comma 4 dell'art. 65 dispone che relativamente al comparto regioni e autonomie locali, l'adeguamento della contrattazione integrativa possa avvenire entro termini più lunghi (31 dicembre 2001 per l'adeguamento, 31 dicembre 2012 per la cessazione dell'efficacia dei contratti vigenti), ferma restando la scadenza al 30 aprile 2010 degli organismi di controllo di cui al D.Lgs. n. 286 del 1999.

E' il caso di ricordare che, a norma dell'art. 30, comma 3 D.Lgs. n. 150 del 2009, entro il 30 aprile 2010 devono essere istituiti gli organismi di valutazione della *performance*, i quali assicureranno la piena operatività del nuovo sistema dal 1° gennaio 2011. La stessa data da cui, diremmo così, iniziano a perdere efficacia i contratti collettivi integrativi, non rivisti secondo le nuove disposizioni.

E' opportuno rammentare inoltre che la piena operatività del sistema di valutazione si attuerà secondo gli indirizzi della Commissione statale di cui all'art. 13, impartiti agli organismi locali di cui all'art. 14, cioè secondo un modello pseudo gerarchico, interno alla stesso sistema di valutazione

A ciò si aggiunga l'art. 40, comma 3-*ter*, del Decreto, che, come già visto, autorizza ciascuna amministrazione all'emanazione di misure unilaterali provvisorie, in caso di mancata sottoscrizione dei contratti collettivi integrativi, fino alla sottoscrizione, con il solo vincolo di compatibilità economico-finanziaria.

Ricostruendo il quadro delle disposizioni transitorie, il "sistema" si muoverà quindi nel seguente modo: 1) prima l'istituzione degli organismi di valutazione, entro il 30 aprile 2010, in tutte le amministrazioni; 2) poi la fissazione dei criteri di valutazione della *performance* da parte della Commissione statale di cui all'art. 13, entro il 1° gennaio 2011, contestualmente all'adeguamento dei contratti integrativi; 3) dal 1° gennaio 2011 (o dal 1° gennaio 2013 per le amministrazioni del comparto regioni ed enti locali), in difetto di adeguamento dei contratti integrativi, la possibilità di atti unilaterali di disciplina del rapporto di lavoro (si noti che i criteri per la valutazione della *performance* potrebbero rendersi disponibili scaduto il termine di adeguamento del 31 dicembre 2010). Infine – o, comunque, indipendentemente da tutto questo – la contrattazione collettiva nazionale, che non ha regime transitorio, né una "prima applicazione". Tutto ciò dimostra come il legislatore abbia messo in moto forze sociali che attingono al di fuori della contrattazione nazionale. Si direbbe quasi che tutto sia stato progettato al fine di far trovare, alla contrattazione collettiva, una realtà giuridica ed economica già ampiamente modificata.

9. *Il ritorno del pubblico impiego (ed i suoi antagonisti).*

In uno scritto del 1926, Umberto Borsi si chiedeva come mai i giuristi si stessero ancora impegnando contro le teorie privatistiche del rapporto di pubblico impiego, preferendo perfezionare i risultati di una battaglia già vinta, anzichè prodigarsi per contrastare un'idea molto più insidiosa: la unilateralità del contratto di lavoro pubblico. Dopo di lui, altri giuristi hanno avvertito sostanzialmente la medesima esigenza[17]: non si tratta di scindere il contratto pubblico dal privato, bensì di sviluppare l'idea della contrattazione come espressione di un carattere normale, in quanto sociale e dunque spontaneo, dell'ordinamento del lavoro[18].

Nel 1997, Sabino Cassese osservava come la seconda privatizzazione del pubblico impiego fosse rimasta "a metà del guado"; ed avesse in fondo già legificato troppo il sistema delle fonti[19], riempiendo con norme sulla contrattazione collettiva uno spazio giuridico che era naturalmente già del contratto, e che quest'ultimo avrebbe potuto occupare anche senza la copertura della legge.

Credo che oggi più che mai, questa strada debba essere seguita.

Sotto la forma della rilegificazione , non esiste, nel "Decreto Brunetta", alcun sistema di fonti. Il progetto è piuttosto quello di un'alterazione di tutti i meccanismi di produzione giuridica, in funzione della realizzazione di un principio di supremazia speciale che riporta il pubblico impiego nella sua versione più antica ed autoritaria. Il buon andamento dell'amministrazione è fatalmente confuso con il dovere del lavoratore di rispettare la volontà di un dirigente (o di un organismo "indipendente"), anziché identificato in un principio di controllo sociale sull'amministrazione e di sviluppo della professionalità dei dipendenti.

Eppure, il Decreto si inserisce in una "forma" aperta dalla legislazione precedente, senza soverchianti modifiche di struttura; tanto che potrà anche essere visto come un nuovo punto di equilibrio del "dosaggio" tra fonti, secondo la nota prospettiva della Corte Costituzionale (sentenza n. 313/96).

L'obiettivo delle presenti note era quello di dimostrare che il Decreto Brunetta, comunque lo si giudichi, esige invece una verificazione per ciò che è, non per la rilegificazione che in esso *formalmente* si osserva.

Certo, anche il Decreto ha i suoi naturali "antagonisti". Le regioni e gli enti territoriali, anzitutto. La suddivisione operata dal Decreto, tra norme

---

[17] In parte maturata anche nella «teoria giuridica» del rapporto di pubblico impiego, su cui M. RUSCIANO, *L'impiego pubblico in Italia*, Bologna, 1978, p. 119 ss.

[18] G. BERTI, *Diritto e Stato. Riflessioni sul cambiamento*, p. 286

[19] S. CASSESE, *Le ambiguità della privatizzazione del pubblico impiego*, in AA.VV., *Dall'impiego pubblico al rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, a cura di S. BATTINI e S. CASSESE, Milano, 1997, p. 77 ss.

immediatamente applicabili, rientranti nella potestà legislativa esclusiva dello Stato (art. 74, comma 1)[20]; norme programmatiche, costituenti diretta attuazione dell'art. 97 e formanti principi generali dell'ordinamento (art. 74, comma 2); norme che devono essere attuate entro il 31 dicembre 2010, sotto pena dell'entrata in vigore della legge statale "cedevole" (art. 16, comma 2 e 3, 31, comma 4); non ultime, le norme che impongono alle regioni ed agli enti locali di rivedere i propri contratti collettivi integrativi entro il 31 dicembre 2011 (art. 65, comma 4). Tutto ciò costituisce un quadro di incerta e difficile esecuzione, in cui, comunque, le disposizioni immediatamente applicabili danno l'idea di un disegno abbozzato *dallo Stato per sé stesso*, più che di una riforma dell'intera amministrazione pubblica.

L'altro antagonista della riforma è la giurisdizione del giudice ordinario. Il Decreto Brunetta non ha osato reintrodurre – né c'era da attendersi che lo facesse – un ritorno al "*terzo polo del sistema amministrativo dell'impiego pubblico*"[21]: la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Vero è che il percorso, sopra descritto come "pubblicizzazione" dei poteri datoriali delle pubbliche amministrazioni, può tendere a far nascere nuovi interessi, laddove prima c'erano diritti. Così può succedere anche per la ipotetica contestazione delle risultanze della valutazione della *performance* e degli atti datoriali od organizzativi che ad essa si riferiscono (piano triennale della performance e programma triennale per la trasparenza e l'integrità). Ma nonostante ciò e tutto quello che ne consegue, il dipendente pubblico non vede la sua posizione verso il sistema delle fonti puntualizzata in termini di interesse legittimo. C'è solo da augurarsi che i giudici trovino il modo di adeguare le forme ed i contenuti della tutela giurisdizionale del dipendente al mutato contesto organizzativo e sindacale.

[20] Il titolo sarebbe precisamente, ai sensi del Decreto, la competenza dello Stato alla determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni (art. 117 Cost. comma 2, lett. *m*).

[21] M. RUSCIANO, *L'impiego pubblico in Italia*, cit., p. 331.