

---

**CONTRATTAZIONE E CONTRATTO COLLETTIVO  
NELL'IMPIEGO PUBBLICO "PRIVATIZZATO" (\*)**

DI FRANCO CARINCI

SOMMARIO: 1. La nascita della riforma del pubblico impiego: "privatizzazione" o "contrattualizzazione". — 2. L'evoluzione fino alla riforma Brunetta, che ne rappresenta la tappa ultima: non de-privatizzazione, ma de-contrattualizzazione. — 3. Le peculiarità della contrattazione collettiva: provvista finanziaria predeterminata *ex lege* e articolazione contrattuale assistita da efficacia reale. — 4. L'individuazione dei soggetti legittimati. — 5. La determinazione dei procedimenti negoziali. — 6. La discriminante costituita dall'efficacia. — 7. Efficacia soggettiva ed oggettiva: nei confronti delle pubbliche amministrazioni. — 8. (*Segue*): nei confronti dei dipendenti. — 9. L'attività di informazione e di sorveglianza successiva alla conclusione del contratto collettivo. — 10. L'interpretazione autentica e l'accertamento pregiudiziale sull'efficacia, validità ed interpretazione del contratto collettivo. — 11. La qualificazione del contratto collettivo nel pubblico *vis-à-vis* di quella nel privato. — 12. La crescente divaricazione di disciplina fra pubblico e privato. — 13. La riforma "bloccata" fra l'aspettativa di una maggiore efficienza e la realtà di una compressione della spesa pubblica dettata dall'Ue.

1. *La nascita della riforma del pubblico impiego: "privatizzazione" o "contrattualizzazione"*.

È trascorso più di un ventennio da quando Governo e Confederazioni sindacali cominciarono a confrontarsi sulla riforma che, scaturita dalla crisi irreversibile della legge quadro del 1983 <sup>(1)</sup>, sarebbe stata

---

(\*) Il presente contributo è destinato al *Trattato di diritto del Lavoro* diretto da M. Persiani e F. Carinci, volume secondo, *Organizzazione sindacale e contrattazione collettiva*, a cura di Proia, in corso di pubblicazione.

(1) Cfr. ORSI BATTAGLINI, *Gli accordi sindacali nella legge quadro sul pubblico impiego*, in *GDLRI*, 1984, 85 ss.; RUSCIANO, TREU (a cura di), *La legge quadro sul pubblico impiego*, Padova, 1985; nonché ROMAGNOLI, *La legge quadro sul pubblico impiego*, Bologna, 1986.

realizzata nel corso del decennio '90 in due fasi, segnate, rispettivamente, dalle l.d. n. 421/1992 <sup>(2)</sup> e n. 59/1997 <sup>(3)</sup>, con una serie di correzioni ed integrazioni apportate all'originario d.lgs. n. 29/1993.

Riscriverne ancora una volta la storia sarebbe far torto alla copiosa dottrina che l'ha seguita a guisa di *Annales*, anno dietro anno, segnalandone continuità e discontinuità, compiendone accurate esegesi e ricostruzioni, scrutandone virtù e difetti alla luce della lezione dei fatti. Ma ritornando alla sua filosofia originaria, c'è da dire che essa è ben espressa nelle due denominazioni che ne hanno accompagnato la nascita, "contrattualizzazione" e "privatizzazione" le quali hanno sì identica radice, ma diversa rilevanza.

Entrambe partivano dalla convinzione di una sostanziale corrispondenza delle prestazioni effettuate alle dipendenze di una amministrazione pubblica e di un'impresa, a prescindere dalla natura delle loro rispettive attività; e, conseguentemente, ritenevano non solo giusta ma anche praticabile la sottoposizione di entrambe alla disciplina comune quale data dal codice civile e dalla legislazione lavoristica. E, di conseguenza, condividevano appieno quella duplice spinta ad una de-pubblicizzazione e ad una de-politicizzazione, che verrà tradotta nel corso decennale della riforma. Attuata la prima, col sottrarre all'area amministrativa non solo la disciplina del personale, impiegatizio e dirigenziale, ma anche la c.d. micro-organizzazione: da qui l'auspicata eliminazione della pesante ipoteca di una regolamentazione pubblicistica costruita sulla supremazia di una amministrazione ossessionata dalla legalità a scapito dell'efficienza e concentrata

---

<sup>(2)</sup> Cfr., per una compiuta panoramica di questo percorso nella fase di avvio CORPACI, RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *La riforma dell'organizzazione dei rapporti di lavoro e del processo nelle amministrazioni pubbliche (D.lgs 3 febbraio 1993, n. 29)*. Commentario, NLCC, 1047 ss. Poi, sul "secolo breve" del pubblico impiego, D'ANTONA, *Lavoro pubblico e diritto del lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle "Leggi Bassanini"*, in questa Rivista, 1, 1998, 35 ss. Da ultimo le dense pagine di MONTUSCHI, *A proposito di mitologie nel riformismo del lavoro pubblico*, in AA.VV., "Il contributo di Mario Rusciano all'evoluzione teorica del Diritto del lavoro", Napoli, 2013.

<sup>(3)</sup> Quindi, per il passaggio dalla prima alla seconda fase, F. CARINCI, *Le fonti della disciplina del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, in ADL, 2000, 55 ss., cui si possono aggiungere gli altri contributi raccolti in F. CARINCI-D'ANTONA (diretto da), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche dal d.lgs. n. 29/1993 ai d.lgs. nn. 396/1997, 80/1998 e 387/1998*. Commentario, Milano, 2000. Dopo la stabilizzazione della riforma degli anni novanta e prima della stagione di riforme a noi più vicine, cfr. invece i contributi raccolti in F. CARINCI, L. ZOPPOLI (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Torino, 2004.

sulla correttezza formale dei singoli atti, valutati e sindacati a prescindere dalla resa complessiva dell'attività svolta. Realizzata, la seconda, col distinguere fra indirizzo riservato ai vertici elettivi o istituzionali e gestione attribuita ai dirigenti, blindando il tutto tramite clausole ed elencazioni delle rispettive competenze: da qui l'attesa messa a regime di un circolo virtuoso fra autonomia e responsabilità dirigenziale, protetta dall'interferenza invasiva della politica <sup>(4)</sup>.

Ma, certo, prospettavano una differente evoluzione, come ben ricorda chiunque partecipò alla *querelle* apertasi e consumatasi a suo tempo: "contrattualizzazione" era la denominazione privilegiata da quanti dilatavano la contrattazione collettiva fino a patrocinarne un'estensione "assoluta", spinta a coprire l'intera area sottratta all'egemonia pubblica <sup>(5)</sup>; "privatizzazione" era la denominazione preferita da coloro che delimitavano la stessa contrattazione, fino a ricostruirne un'estensione "relativa", portata a coprire una parte significativa, ma pur sempre determinata di quell'area <sup>(6)</sup>.

La partita riguardava la negoziabilità dei *managerial rights*. Non senza una qualche forzatura nominalistica, verrebbe da dire che coloro che pensavano in termini di "contrattualizzazione", vi erano favorevoli scommettendo soprattutto sulla tensione rinnovatrice di un sindacalismo confederale, capace di promuovere una "rivoluzione", destinata a risalire dal personale alla dirigenza; mentre coloro che ragionavano in termini di "privatizzazione" vi erano contrari, puntando

<sup>(4)</sup> Ho illustrato questi profili prima in F. CARINCI, *Una riforma in itinere: la c.d. privatizzazione del rapporto di impiego pubblico*, in *Studi in onore di G.F. Mancini*, Milano, 1998, p. 163 ss. e quindi in F. CARINCI, *Una riforma "conclusa". Fra norma scritta e prassi applicativa*, in questa *Rivista*, 2004, p. 329 ss., e in AA.VV., *Studi in onore di Giuseppe Suppiej*, Padova, cui mi permetto di fare rinvio per ogni dettaglio e approfondimento.

<sup>(5)</sup> Sottolineando "la riscoperta centralità del contratto", ritiene preferibile l'uso del termine "contrattualizzazione" in tempi a noi vicini VISCOMI, *La contrattazione collettiva nazionale*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2009, 43; nello stesso senso cfr. altresì SGROI, *Dalla contrattualizzazione dell'impiego all'organizzazione privatistica dei pubblici uffici*, Torino, 2006.

<sup>(6)</sup> Mi permetto di rinviare alla ricostruzione storico-politica effettuata in F. CARINCI, *Massimo D'Antona e la "contrattualizzazione" del pubblico impiego: un tecnico al servizio di un'utopia*, in WP C.S.d.l.E. "Massimo D'Antona".IT, n. 80/2008, e GDLRI, 2009, 1, 25 ss., ove si è ribadita la preferenza accordata al termine "privatizzazione" certamente più consono allo spirito della riforma; nonché, in precedenza a F. CARINCI, *Privatizzazione del pubblico impiego e ripartizione della giurisdizione per materia (breve storia di una scommessa perduta)*, in questa *Rivista*, 2006, 6, 1052 ss.

I anzitutto sulla capacità auto-riformatrice della struttura, con una "svolta" destinata a discendere dalla dirigenza al personale (7).

Sicché se comune era la consapevolezza che la riforma non comportava di per sé sola una delegificazione, perché richiedeva una disciplina specifica che la rendesse compatibile con la natura pubblica della persona e dell'attività amministrativa, si da costringerla a dar vita ad una normativa "speciale", assai dettagliata per la contrattazione collettiva e per la dirigenza, ma significativa per lo stesso personale impiegatizio; diversa rimaneva la valutazione circa l'estensione e la rilevanza di tale normativa. I pro-contrattualizzazione erano per ridurre aprioristicamente, in vista di una tendenziale pan-contrattualizzazione, estesa ai poteri della dirigenza, declassati da unilaterali a bilaterali; mentre i pro-privatizzazione erano per contenerla selettivamente, in ragione di una salvaguardia di quei poteri, mantenuti *ex lege* unilaterali.

2. *L'evoluzione fino alla riforma Brunetta, che ne rappresenta la tappa ultima: non de-privatizzazione, ma de-contrattualizzazione.*

Una rappresentazione in bianco e nero, questa, che non rende piena giustificazione alla realtà variegata della dottrina, ma che offre una chiave di lettura di una riforma che ha avuto fin dall'origine come sua ragione di fondo, quella del contenimento del *deficit*; tanto da essere varata da una legge delega, la n. 421/1992, che puntava a mettere sotto controllo le quattro voci che lo alimentavano: sanità, impiego pubblico, previdenza, finanza territoriale (8).

---

(7) Per la compiuta ricostruzione di quel dibattito nella luce della ricostruzione della figura del contratto collettivo nel settore pubblico e dei problemi della contrattazione collettiva, si veda BARBIERI, *Problemi costituzionali nel diritto sindacale italiano*, Cacucci, Bari, 1997; per una sintesi dal punto di vista di uno studioso del diritto amministrativo cfr. invece CASSESE, *Le ambiguità della privatizzazione del pubblico impiego*, in BATTINI, CASSESE (a cura di), *Dall'impiego pubblico al rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, Milano, 1997, 78 ss.

(8) Sul tali problemi, a partire dalla legge-delega n. 421, GHEZZI, *La legge delega per la riforma del pubblico impiego: prime osservazioni*, in RGL, 1992, I, p. 537 ss.; F. CARINCI, *La c.d. privatizzazione del pubblico impiego: l'art. 2 della L. 23 ottobre 1992, n. 421*, in RIDL, 1993, I, spec. p. 9 ss.; ROMAGNOLI, *La revisione della disciplina del pubblico impiego: dal disastro verso l'ignoto*, in LD, 1993, 231 ss.; TREU, *La contrattazione collettiva nel pubblico impiego: ambiti e struttura*, in GDLRI, 1994, 1 ss.; LISO, *La privatizzazione dei rapporti di lavoro*, in F. CARINCI (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche dal D.lgs. 29/1993 alla Finanziaria 1995*, Milano, 1995, I, 73 ss.; D'ANTONA, *La neolingua del*

La scommessa effettuata dalla l.d. 421/1992 verrà rilanciata dalla l.d. n. 59/1997, con una accelerazione della c.d. privatizzazione ben visibile sia nell'estensione verticale alla dirigenza generale ed orizzontale alla micro-organizzazione, sia nella procedura relativa alla contrattazione nazionale, liberata della previa autorizzazione governativa alla sottoscrizione e dalla possibile esondazione del potere di controllo della Corte dei conti dalla legittimità al merito, nonché resa più partecipata con la creazione dei comitati di settore. Se pure sarà avvertibile, nel passaggio dall'una all'altra legge delega, una diversità di ispirazione generale, collocandosi la l.d. n. 59/1997 nella prospettiva ambiziosa di una decentralizzazione, poi tradotta nella l. c. n. 3/2001<sup>(9)</sup>; tuttavia la scommessa di fondo resterà sempre quella di una riforma destinata a comportare di per sé una maggiore efficienza della pubblica amministrazione, come tale capace di assicurare servizi migliori a costi inferiori<sup>(10)</sup>.

Ed è con questa giustificazione che la riforma verrà "salvata" dalla Corte costituzionale, che, dopo aver acceso e mantenuto il semaforo verde all'indomani della l.d. n. 421/1992 e dell'originario d.lgs. n.

---

*pubblico impiego riformato*, in *LD*, 1996, 240 ss.; GHEZZI, *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche e la ridefinizione delle fonti*, in *GDLRI*, 1996, 265 ss.; MARESCA, *Le trasformazioni dei rapporti di lavoro pubblico e il sistema delle fonti*, in *GDLRI*, 1996, 183 ss.; RUSCIANO, *La riforma del lavoro pubblico: fonti della trasformazione e trasformazione delle fonti*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 1996, 245 ss.; ID., *Contratto, contrattazione e relazioni industriali nel "nuovo" pubblico impiego*, in *ADL*, 1997, 97 ss.

<sup>(9)</sup> Con diverse impostazioni: F. CARINCI, *Il lento tramonto del modello unico ministeriale: dalla "dirigenza" alle "dirigenze"*, in F. CARINCI-MAINARDI (a cura di), *La dirigenza nelle pubbliche amministrazioni*, Milano, 2005, XLIII ss.; L. ZOPPOLI, *La riforma del Titolo V della Costituzione e la regolazione del lavoro nelle pubbliche amministrazioni: come ricomporre i pezzi di un difficile puzzle?*, in questa *Rivista*, 2002, *Suppl.*, 152 ss.; L. ZOPPOLI, *La (piccola) "controriforma" della dirigenza nelle amministrazioni pubbliche non statali: prime riflessioni critiche*, in questa *Rivista*, 2002, 911 ss.

<sup>(10)</sup> Sulla stagione in questione, tra i tanti M. G. GAROFALO-BARBIERI, *Contrattazione collettiva e lavoro pubblico: un modello per tutti*, in questa *Rivista*, 1998, 401 ss.; D'ORTA, *La seconda fase di riforma dell'impiego pubblico: verso la fine del guado, cercando di evitare gli scogli*, in questa *Rivista*, 1998, 347 ss.; D'ANTONA, *Contratto collettivo, sindacati e processo del lavoro dopo la "seconda privatizzazione" del pubblico impiego*, in *FI*, 1999, 1, 621 ss.; DELL'OLIO, *Privatizzazione del pubblico impiego (voce)*, in *EGT*, Roma, 2000; PERSIANI, *Brevi riflessioni sulla privatizzazione del pubblico impiego*, in *ADL*, 2000, 3, 161 ss.; infine TURSÌ, *Libertà sindacale e soggettività negoziale nella contrattazione collettiva del lavoro pubblico*, in *LD.*, 2000, 377 ss.

29/1993, con le sentenze nn. 359/1993<sup>(11)</sup>, 88/1996, pronuncerà, proprio a ridosso della l.d. n. 59/1997, le nn. 313/1996 e 309/1997, destinate a consacrare definitivamente la privatizzazione del pubblico impiego<sup>(12)</sup>, offrendone la lettura destinata a divenire diritto costituzionale vivente. Senza scendere ad una analisi dettagliata, c'è da rilevare come la formula "vincente" sia, per Corte cost. n. 313/1996, quella di "un corretto bilanciamento tra i due termini dell'art. 97 della Costituzione, imparzialità e buon andamento", per cui deve "escludersi il prospettato *vulnus* al valore dell'art. 97 della Costituzione", visto che "il valore dell'imparzialità può essere in astratto — e viene dalla normativa in esame — non irrazionalmente integrato con quello dell'efficienza: essendo da ritenere che l'imparzialità stessa non debba essere garantita necessariamente nelle forme dello statuto pubblicistico del dipendente, ben potendo viceversa trovare attuazione (...) in un equilibrato dosaggio di fonti regolatrici". E così anche per Corte cost. n. 309/1997, che recupera Corte cost. n. 313/1996 in maniera per così dire "rovesciata", col ribadire che "attraverso un equilibrato dosaggio di fonti regolatrici si è potuto così abbandonare il tradizionale statuto integralmente pubblicistico del pubblico impiego, non imposto dall'art. 97 cost., a favore del diverso modello che scaturisce appunto dal nuovo assetto delle fonti", avendo già la Corte "osservato come per questa via il legislatore abbia inteso garantire, senza pregiudizio della imparzialità, anche il valore dell'efficienza contenuto nel precetto costituzionale"<sup>(13)</sup>.

Quando all'inizio del nuovo secolo, il d.lgs. n. 29/1993 venne incorporato nel d.lgs. n. 165/2001 (Tupi)<sup>(14)</sup>, ci fu chi ritenne di poter

<sup>(11)</sup> Su cui vedi anche CORPACI, *Agenzia per la rappresentanza negoziale e autonomia delle pubbliche amministrazioni nella regolazione delle condizioni di lavoro*, in *Re*, 1994, 4, 1025 ss.

<sup>(12)</sup> Cfr. per questi passaggi la sintesi critica di LISO, *La più recente giurisprudenza sul lavoro pubblico. Spunti critici*, in *ADL*, 1998, 183 ss. e se si vuole anche F. CARINCI, "Costituzionalizzazione" ed "autocorrezione" di una riforma (la c.d. privatizzazione del rapporto di impiego pubblico), in *ADL*, 1998, 1, 35 ss. con i necessari riferimenti. E quindi F. CARINCI, *Giurisprudenza costituzionale e c.d. privatizzazione del pubblico impiego*, in AMBROSIO, FALCUCCI (a cura di), *Lavoro: la giurisprudenza costituzionale (1989-2005)*, Roma, vol. IX (saggi), 2006, 327 anche in questa *Rivista*, 2006, 499 ss.

<sup>(13)</sup> Su questa fase, per tutti, D'ANTONA, *Contratto collettivo, sindacati e processo del lavoro dopo la "seconda privatizzazione" del pubblico impiego*, in *FI*, 1999, I, c. 625 ss.; Id., *La contrattualizzazione del rapporto di lavoro con la pubblica amministrazione*, in MARTINENGO-PERULLI (a cura di), *La contrattualizzazione del rapporto di lavoro con la pubblica amministrazione*, Padova, 1998, 11 ss.

<sup>(14)</sup> Sulla storia del (mancato) Testo Unico sul pubblico impiego cfr. F.

rà,  
17,  
co  
u-  
le-  
16,  
lla  
u-  
:",  
ne  
lo  
ba  
ci-  
in  
te  
er  
o-  
le  
o-  
p-  
to  
a-  
el  
  
ie  
er

e  
di  
  
i-  
le  
'a  
n  
i.  
'a  
7  
  
e  
l,  
a  
el  
i.

a

parlare di una riforma "conclusa", che meritasse solo di verificare la corrispondenza fra norma scritta e prassi applicativa. Il costo fu, però, di essere clamorosamente smentito nel corso del decennio successivo (15).

Già all'indomani del varo del Tupi, verrà rivista la disciplina della dirigenza, con la l. n. 145/2002 (16), con una de-contrattualizzazione del conferimento degli incarichi, tale da restituire ampia discrezionalità ai vertici elettivi ed istituzionali ed ai responsabili di uffici dirigenziali generali. Ma, poi, anno dopo anno, via via che l'originaria scommessa si rivelerà almeno parzialmente persa, sarà varata tutta una normativa congiunturale e frammentaria dettata dalla preoccupazione di contenere la spesa, soprattutto con una stretta sulla contrattazione nazionale ed una progressiva messa sotto tutela di quella integrativa, sfuggita progressivamente di mano (17).

Tuttavia il Tupi giungerà modificato, ma sostanzialmente intatto nell'impianto e nel contenuto fin quasi alla fine del primo decennio del nuovo secolo (18), allorché sarà oggetto della c.d. riforma Brunetta, anticipata dalla l. n. 133/2008 (19) e realizzata dalla l.d. n. 15/2009 e dal d.lgs. n. 150/2009. Se si vuole si può anche parlare di una contro-riforma, ma non priva di una sua ragione di fondo, né di una sua continuità rispetto al passato: la ragione, data dalla constatata insufficienza di quella che avrebbe dovuto costituire la duplice causa efficiente della riforma, cioè una contrattazione collettiva atta a coniugare partecipazione e crescita della produttività complessiva ed una dirigenza capace di realizzare una relazione virtuosa fra autonomia e

---

CARINCI-L. ZOPPOLI (a cura di), *Progettando il testo unico sul pubblico impiego*, in questa *Rivista*, 2001, 1, 5 ss.; F. CARINCI, *Il mancato testo unico sul pubblico impiego*, in *GDA*, 2001, 1178 ss.

(15) F. CARINCI, *Una riforma conclusa tra norma scritta e prassi applicativa*, in questa *Rivista*, 2004, 335 ss.

(16) In chiave critica CASSESE, *Il rapporto tra politica e amministrazione e la disciplina della dirigenza*, in questa *Rivista*, 2003, 2, 231.

(17) Per questi passaggi si veda quanto ho cercato di argomentare in F. CARINCI, *La privatizzazione del pubblico impiego alla prova del terzo Governo Berlusconi: dalla l. n. 133/2008 alla l.d. n. 15/2009*, in questa *Rivista*, 2008, 949 ss.

(18) Per una sintesi efficace dei passaggi caratterizzanti questa fase si veda almeno A. Bellavista, *Lavoro pubblico e contrattazione collettiva*, in *RGL*, 2007, 1, 333 ss.

(19) Su questo "arresto" del legislatore cfr. invece CARUSO, *La flessibilità (ma non solo) del lavoro pubblico nella l. 133/08 (quando le oscillazioni del pendolo si fanno frenetiche)*, in questa *Rivista*, 2008, 465 ss.

responsabilità; la continuità, costituita dalla rinuncia a qualsiasi ri-pubblicizzazione e ri-politicizzazione <sup>(20)</sup>.

Anzi tutt'altro, perché, l'esplicita intenzione perseguita sarà quella di un'infusione di tecnica aziendalista, non senza la precisa consapevolezza che questa poteva essere imposta e mantenuta in ragione non di una pressione del mercato, perché insussistente e irriproducibile artificialmente, ma di una disciplina di legge imperativa, che limitasse la contrattazione e vincolasse la dirigenza. Da qui, però, l'inevitabile contraddizione della riforma Brunetta: da un lato, la spinta ad una conversione della cultura e della prassi della pubblica amministrazione a quella dell'azienda; dall'altro, la previsione di una normativa rigida e formalista, come tale ben poco adatta alla flessibilità ed informalità richiesta da una azienda <sup>(21)</sup>.

Una "azienda senza impresa", come si è avuto occasione di scrivere <sup>(22)</sup>, che chiedeva per esistere e funzionare legge, ancora più legge, così da dar luogo ad una ri-legificazione spinta, destinata a trovar posto nel d.lgs. n. 150/2009, con un tit. II — che resta confinato nel decreto — sulla "Misurazione, valutazione e trasparenza della performance" ed un tit. III — che trasmigra nel Tupa a titolo di novella — sulle "Nuove norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni".

A farne le spese non è la "privatizzazione", ma la "contrattualizzazione", di cui viene ridimensionata l'area di manovra con riguardo sia alla legge sia alla attività dirigenziale. Già l'art. 1 della l.d. n. 15/2009 era intervenuto a modificare l'art. 2, comma 2, secondo periodo, con sostituirne l'inciso finale, per cui "Eventuali disposizioni di legge ... 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

<sup>(20)</sup> Vedi comunque ora l'amara sintesi di D'ORTA, *L'organizzazione delle P.A. dal diritto pubblico al diritto privato: il fallimento di una riforma*, in questa *Rivista*, 2011, 391 ss.; oppure, da altra angolazione, quella di L. ZOPPOLI, *Bentoranta realtà: il pubblico impiego dopo la fase onirica*, in *WP C.S.d.l.E. "Massimo D'Antona".IT*, n. 168/2013.

<sup>(21)</sup> Sul rinnovato assetto delle prerogative della dirigenza pubblica in questa fase si veda, in chiave critico-ricostruttiva, l'analisi di CARUSO, *Le dirigenze pubbliche tra nuovi poteri e responsabilità (Il ridisegno della governance nella p.a. italiane)*, *WP C.S.d.l.E. "Massimo D'Antona".IT*, n. 104/2010.

<sup>(22)</sup> V. F. CARINCI, *Il secondo tempo della riforma Brunetta: il d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150*, in questa *Rivista*, 2010, 6, 1028 ss., nonché in F. CARINCI, MAINARDI (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico: commentario al d.lgs 27 ottobre 2009, n. 150, aggiornato al "collegato lavoro"*, Collana Leggi e Lavoro, Ipsoa, Milano, 2011, XXII ss.

ri-  
lla  
ne-  
on  
ile  
se  
le  
na  
a-  
va  
r-  
i-  
e,  
ar  
el  
r-  
-  
1-  
Z-  
O  
1.  
2-  
li  
i-  
a  
O  
e  
a  
t-  
O  
1  
i-  
2  
e  
il  
e  
'  
t

501

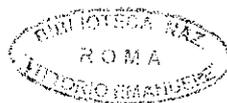
accordi collettivi e, per la parte derogata non sono ulteriormente applicabili" non più "salvo che la legge disponga espressamente in contrario", ma "solo qualora ciò sia esplicitamente previsto dalla legge". Ed è difficile immaginare una legge che, nel mentre espropria consapevolmente la competenza riservata alla contrattazione collettiva, preveda *apertis verbis* di poter essere in seguito derogata dalla medesima (23).

Volendosi limitare alle novelle più significative apportate dal d.lgs. n. 150/2009 ai Tupi, può dirsi che riguardano sia la struttura, sia la competenza della contrattazione collettiva (24). Quanto alla struttura, risulta evidente una preferenza, al limite dell'assolutezza, per la contrattazione di area dirigenziale e di comparto (25): da un lato, quella interconfederale perde rilievo, perché ormai è ristretta alla conclusione di accordi quadro che individuano in comparti fino ad un massimo di quattro, cui corrispondono non più di altrettante separate aree per la dirigenza o regolano "istituti comuni a più comparti" (artt.

(23) Sulla complessiva ispirazione e "filosofia" dell'intervento del legislatore del 2009 cfr. almeno: BELLAVISTA-GARILLI, *Riregolazione legale e decontrattualizzazione: la neoibridazione normativa del lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in questa Rivista, 2010, 1 ss.; CARABELLI, *La "riforma Brunetta": un breve quadro sistematico delle novità legislative e alcune considerazioni critiche*, in WP C.S.d.l.E. "Massimo D'Antona". IT, n. 101/2010; CARUSO, *Gli esiti regolativi della "Riforma Brunetta" (come cambia il diritto del lavoro nelle pubbliche amministrazioni)*, in questa Rivista, 2010, 282 ss.; D'AURIA, *Il nuovo sistema delle fonti: legge e contratto collettivo, Stato e autonomie territoriali*, in GDA, 2010, 1, 5 ss.; Ma altresì FERRARO, *Prove generali di riforma del lavoro pubblico*, in GDLRI, 122, 2009, 239 ss.; da ultimo, RICCI, *Alcune osservazioni sulla legge "Brunetta": quali prospettive di riforma?*, in Jus, 2012, 3, 533; e volendo anche F. CARINCI, *Filosofia e tecnica di una riforma*, in RGL, 2010, 452 ss.

(24) Per considerazioni più specifiche su questi aspetti, fermo quanto si dirà oltre nel testo, si può rinviare sin da ora alle trattazioni di NATULLO, *La nuova contrattazione collettiva nel lavoro pubblico: ambito e limiti*, in IF, 2009, 685 ss.; ROMEO, *La contrattazione collettiva nel settore pubblico tra controlli e ottimizzazione della produttività del lavoro*, in DML, 2009, 449 ss.; ALAIMO, *La contrattazione collettiva nel settore pubblico tra vincoli, controlli e "blocchi": dalla "riforma Brunetta" alla "manovra finanziaria" 2010*, in WP C.S.d.l.E. "Massimo D'Antona". IT, n. 107/2010.

(25) Nella chiave del raccordo tra fonti autonome e fonti eteronome cfr. specialmente L. ZOPPOLI, *La contrattazione collettiva dopo la delega*, in WP C.S.d.l.E. "Massimo D'Antona". IT, n. 87/2009. Quindi L. ZOPPOLI, *Legge, contratto collettivo e circuiti della rappresentanza nella riforma "meritocratica" del lavoro pubblico*, in IF, 2009, 663 ss.; e anche, ovviamente, L. ZOPPOLI, *Contratto collettivo del lavoro pubblico, voce del Digesto delle discipline privatistiche, sez. Commerciale, Aggiornamento, Utet, 2009, 125 ss.*



41, comma 5, e 40, comma 2); dall'altro, quella integrativa viene ancor più vincolata alla nazionale (artt. 40, comma 3 quinquies), nonché sottoposta ad un'attività di controllo con riguardo alla sua compatibilità economico-finanziaria (art. 40-bis).

Quanto alla competenza della stessa contrattazione l'art. 40, comma 1 la restringe ai "diritti e (...) obblighi direttamente pertinenti al rapporto di lavoro, nonché materie relative alle relazioni sindacali"; ma rende anche esplicito quanto le rimane comunque escluso, pur potendo esserle attribuito proprio in virtù di quel principio generale, cioè "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 artt. "5, comma 2, 16 e 17, la materia del conferimento e della revoca degli incarichi dirigenziali, nonché quelle di cui all'art. 2, comma 1, lett. c, della legge 23 ottobre 1992, n. 421".

E vale la pena di ricordare che l'art. 9 rinvia ai contratti collettivi nazionali la disciplina di una "partecipazione" destinata a fermarsi prima della contrattazione, anche dopo la modifica apportata all'art. 5, comma 2 dall'art. 2, comma 18, lett. a) d.l. n. 95/2012, con una prudente riapertura all'"esame congiunto". Si ribadisce che "Nell'ambito delle leggi e degli atti organizzativi di cui all'art. 2, comma 2, le determinazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro sono assunte in via esclusiva dagli organi preposti alla gestione con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro" per poi far salvi oltre "la sola informazione ai sindacati per le determinazioni relative all'organizzazione degli uffici" anche "limitatamente alle misure riguardanti i rapporti di lavoro, l'esame congiunto, ove previsti nei contratti di cui all'art. 9". Ma, poi, si chiude, riaffermando che "Rientrano, in particolare, nell'esercizio dei poteri dirigenziali le misure inerenti la gestione delle risorse umane nel rispetto del principio di pari opportunità, nonché la direzione, l'organizzazione del lavoro nell'ambito degli uffici" <sup>(26)</sup>.

"La materia del conferimento e della revoca degli incarichi dirigenziali" era stata, del resto, già considerata inderogabile "dai contratti o accordi collettivi" in forza dell'art. 3, comma 1, lett. n) l. n. 145/2002, che aveva aggiunto all'art. 19 l'attuale comma 12-bis. E, a sua volta, la lista delle "sette materie" di cui all'art. 1, comma 2, lett. c), nn. 1-7 l. n. 421/1992 <sup>(27)</sup> aveva in passato dato vita ad un autentico giallo, perché considerate del tutto scomparse in virtù della successiva l.d. n. 59/

<sup>(26)</sup> Ha trattato con profondità di analisi questi aspetti BOSCATI, *Il dirigente dello Stato, Contratto di lavoro e organizzazione*, Milano, 2006, *passim*.

<sup>(27)</sup> In merito al problema accennato nel testo si veda la ricostruzione di

icor  
ché  
ibi-  
  
40,  
nti  
li”;  
pur  
ale,  
tto  
alle  
. la  
ali,  
ore  
  
ivi  
rsi  
rt.  
na  
m-  
le  
iti  
gli  
to  
la-  
n-  
e-  
si  
ei  
ne  
e,  
  
i-  
ti  
2,  
la  
1.  
ié  
)/  
  
te  
li  
  
a

1997, ma a torto, come conferma la loro esplicita richiamata in servizio; non senza, peraltro, riproporre qualche questione di coordinamento fra la riserva ivi prevista ai nn. 1 e 7 circa le “responsabilità giuridiche attinenti ai singoli operatori nell’espletamento di procedure amministrative” e, rispettivamente, la “disciplina delle responsabilità” e la pur limitata negoziabilità delle “materie relative alle sanzioni disciplinari” permessa nell’ultimo periodo di quello stesso comma 1 dell’art. 40 del Tupa.

Qui vi si dice alla lettera che nelle “materie relative alle sanzioni disciplinari, alla valutazione delle prestazioni ai fini della corresponsione del trattamento accessorio, della mobilità e delle progressioni economiche, la contrattazione collettiva è consentita negli esclusivi limiti previsti dalle norme di legge”, cioè dagli artt. 55 ss. del Tupa (sanzioni disciplinari), 2 ss. d.lgs. n. 150/2009 (valutazione delle prestazioni), 29 bis ss. del Tupa (mobilità), 23 d.lgs. n. 150/2009 e 52, comma 1 bis del Tupa (28).

Certo, resta la riserva per “i trattamenti economici”, prevista dall’art. 2, comma 3 (“L’attribuzione di trattamenti economici può avvenire esclusivamente mediante contratti collettivi e salvo i casi previsti dai commi 3-ter e 3-quater e le ipotesi di tutela delle retribuzioni di cui all’art. 47-bis”) e ribadita dall’art. 45, comma 1 (“Il trattamento economico fondamentale ed accessorio fatto salvo quanto previsto all’art. 40, commi 3-ter e 3-quater, e all’articolo 47-bis, comma 1, è definito dai contratti collettivi”). Essa costituisce una caratteristica della contrattazione del settore pubblico, dettata da quell’esperienza fatta con la “giungla retributiva” da leggi e leggine di passata memoria che ne giustifica anche la peculiare “resistenza”, prevista dal comma 3, ultimo periodo, dell’art. 2 del Tupa (come eccezione rispetto al già citato comma 2, secondo periodo), per cui 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”.

Riserva, questa, da ritenersi esclusiva, come recita testualmente l’art. 2, comma 3, cioè tale da non permettere una regolazione unilaterale, una volta esaurita senza fortuna la procedura negoziale previ-

---

BARBIERI, *Problemi costituzionali della contrattazione collettiva nel lavoro pubblico*, cit., con ogni dettaglio bibliografico.

(28) Per un’indagine più approfondita su tutti questi profili si possono vedere i contributi raccolti in F. CARINCI-MAINARDI (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico: commentario al d.lgs 27 ottobre 2009, n. 150, aggiornato al “collegato lavoro”*, cit., e qui specialmente i contributi di MAINARDI e di MAINARDI - LIMA.

I sta; come invece, almeno di massima, resta possibile per ogni altra materia attribuita alla contrattazione collettiva. Ne rappresenta una conferma proprio la lista delle eccezioni contestualmente previste dagli artt. 2, comma 3, e 45, comma 1, su cui si avrà occasione di ritornare; anche se, poi, c'è da tener conto della peculiare "resistenza" contemplata dallo stesso art. 2, comma 3, penultimo periodo, che dà per valida ed efficace una sospensione temporanea di tale competenza contrattuale non solo da parte della legge, ma anche di regolamenti o atti amministrativi.

Trattasi, però, di una previsione dettata da un eccesso di preoccupazione rispetto a qualsiasi possibile esproprio eteronomo della competenza contrattuale in materia, quando la c.d. privatizzazione era minacciata dalla contro-offensiva della dottrina e della giurisdizione amministrativa. Sopravvissuta per inerzia, essa si rivela non solo inutile ma anche, per così dire, controproducente: la regolazione unilaterale dei trattamenti economici resta "privata" anche laddove permessa a' sensi degli artt. 40, comma 3-ter, e 47, comma 1; sì da dover escludere che ne possa essere una legittima di natura "pubblica" addirittura incondizionata, con l'ovvia conseguenza che ove vi fosse, sarebbe radicalmente nulla.

3. *Le peculiarità della contrattazione collettiva: provvista finanziaria predeterminata ex lege e articolazione contrattuale assistita da efficacia reale.*

Non v'è dubbio che la differenza al tempo stesso più rilevante e percepibile fra contrattazione collettiva nel settore pubblico e nel settore privato sia costituita da un qualcosa posto per così dire a monte e a valle della stessa (29). C'è a monte quella provvista finanziaria che nel pubblico deve essere predeterminata con legge per tutte le amministrazioni pubbliche, previa consultazione delle rappresentanze istituzionali delle autonomie rispetto alla loro contrattazione (art. 48, commi 1 e 2); mentre nel privato riesce affidata alla relazione di forza delle parti contrapposte. Ed esiste a valle quell'efficacia generale che nel pubblico è stata salvata dalla Corte costituzionale con un vero e proprio *escamotage*; mentre nel privato rimane bloccata dalla mancata attuazione dell'art. 39, commi 2 e ss., Cost.

Il che si è riflesso sulla definizione della struttura, dei soggetti,

---

(29) Cfr. ancora, sul punto, BARBIERI, *Problemi costituzionali della contrattazione collettiva nel lavoro pubblico*, cit. nonché MARAZZA, *Il contratto collettivo di lavoro all'indomani della privatizzazione del pubblico impiego*, cit. Ma anche la sintesi di TORO, *Legge e autonomia collettiva nel lavoro pubblico*, Padova, 2008.

tra  
na  
ste  
di  
za”  
dà  
iza  
i o

ru-  
m-  
ra  
ne  
u-  
re-  
sa  
u-  
ra  
be

re-  
ia

e  
el  
te  
le  
i-  
i-  
3,

ia  
le  
e  
a

i,

r-  
ti  
a

a

della procedura della contrattazione, caratterizzandola in maniera affatto peculiare. Il sistema contrattuale è articolato anche su contratti integrativi, che per quanto definiti “autonomi”, devono svolgersi nel contesto precostituito dai contratti nazionali, cui compete disciplinare i rapporti fra i livelli e stabilire le relative durate (art. 40, comma 3), nonché definire le materie, accompagnate dai relativi vincoli e limiti, le parti stipulanti, le procedure, le tempistiche delle sessioni negoziali degli integrativi (art. 40, commi 3 e 3-bis).

Dunque la distribuzione delle materie è rimessa ai contratti nazionali, ma non senza la significativa eccezione dei trattamenti economici attribuiti *ex lege* alla competenza esclusiva della contrattazione collettiva. Secondo la suddivisione di livello già collaudata nel lavoro privato, peraltro operativa nella contrattazione collettiva di comparto ma non di area dirigenziale, il livello nazionale è tenuto a farsi carico del trattamento fondamentale, con l’obiettivo di difendere il potere di acquisto, adeguandolo il più possibile al tasso di inflazione assunto a referente, che, a seguito dell’accordo interconfederale del 15 aprile 2009, sottoscritto da Confindustria e da Cisl ed Uil, ma non dalla Cgil, dovrebbe essere non più quello programmato dal Governo a’ sensi del Protocollo del 23 luglio 1993, ma quello “costruito sull’IPCA (l’indice dei prezzi al consumo armonizzato in ambito europeo per l’Italia), depurato dalla dinamica dei beni energetici importati”, se pur, come previsto dal successivo accordo del 30 aprile, per il pubblico impiego solo come dato di riferimento condizionato dal bilancio <sup>(30)</sup>.

A sua volta l’integrativo è tenuto ad occuparsi del trattamento accessorio, se pur nel quadro precostituitogli dal nazionale, con lo scopo preminente di premiare la performance organizzativa ed individuale, tanto che, ferma restando l’esplicita proibizione di “erogare trattamenti economici accessori che non corrispondano alle prestazioni effettivamente rese” (art. 7, comma 5 Tupi), deve destinare a quella individuale la sua “quota prevalente” (art. 40, comma 3 bis del Tupi <sup>(31)</sup>).

<sup>(30)</sup> Si veda F. CARINCI, *Una dichiarazione d’intenti: l’Accordo quadro 22 gennaio 2009 sulla riforma degli assetti contrattuali*, in RIDL, 2009, I, 177 ss.; RICCI, *L’accordo quadro e l’accordo interconfederale del 2009: contenuti, criticità e modelli di relazioni industriali*, *ivi*, 2009, I, 353 ss.; ZOLI, *Contratto collettivo come fonte e contratto collettivo come sistema di regole*, in F. CARINCI-PERSIANI (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro, Le fonti del diritto del lavoro*, vol. I (a cura di PERSIANI), 2010, 571 ss.

<sup>(31)</sup> Per il pregresso, si può rinviare all’analisi di TREU, *La contrattazione collettiva nel pubblico impiego: ambiti e struttura*, in GDLRI., 1994, 1 ss. Per l’inquadramento del tema nel contesto attuale cfr. invece ora ZOLI, *La struttura*

Il punto di maggior stacco fra pubblico e privato è costituito dall'essere i contratti collettivi nazionali dotati di effetti reali e non meramente obbligatori rispetto a quelli integrativi <sup>(32)</sup>. È fatto espresso divieto alle pubbliche amministrazioni di sottoscrivere integrativi tali da essere "in contrasto con i vincoli e con i limiti risultanti dai contratti collettivi nazionali", ma anche da comportare "oneri non previsti negli strumenti di programmazione annuale e pluriennale" (art. 40, comma 3-*quinquies*); divieto, questo, sanzionato con la nullità delle clausole difformi, cui si aggiunge una loro sostituzione ai sensi degli artt. 1339 e 1419 c.c. <sup>(33)</sup>.

#### 4. *L'individuazione dei soggetti legittimati.*

L'individuazione dei soggetti della contrattazione collettiva non è rimessa al reciproco riconoscimento, ma predeterminata dallo stesso legislatore <sup>(34)</sup>. Da qui pare doversi dedurre a carico dell'Aran e delle pubbliche amministrazioni l'obbligo non solo di convocare tutte le parti sindacali legittimate ai rispettivi livelli, quando questi debbono essere attivati a' sensi di legge o di contratto; ma anche di condurre le trattative secondo buona fede, salvo esporsi al rischio di un ricorso

---

*della contrattazione collettiva nel settore pubblico*, in FIORILLO- PERULLI (a cura di), *Il nuovo diritto del lavoro*, Torino, in corso di pubblicazione.

<sup>(32)</sup> Di recente, anche per la considerazione delle prime applicazioni giurisprudenziali, cfr. TALAMO, *La contrattazione integrativa dopo il d.lgs. n. 150/2009. Le prime applicazioni giurisprudenziali*, in *GDA*, 2012, 435 ss.

<sup>(33)</sup> Secondo un meccanismo già ritenuto pacifico nella giurisprudenza di legittimità per cui v. Cass. 2 maggio 2007, n. 10099, in *GC Mass.*, 2007, 5 e di merito v. Trib. Reggio Calabria 31 marzo 2005, in *Gm*, 2005, 2785; Trib. Bologna, 6 maggio 2004, in questa *Rivista*, 2005, 67. In dottrina, per tutti, si rinvia a LUNARDON, *Le nullità nel diritto del lavoro*, in *ADL*, 2010, 3, 653 ss. Sull'imperfezione tecnica del richiamo delle due norme codicistiche, cfr. NAPOLI, *La riforma del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni tra mortificazione della contrattazione collettiva e valutazione della performance*, in NAPOLI-GARILLI (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico tra aziendalismo e autoritarismo*, Padova, 2013, 7; FERRANTE, *I poteri datoriali rivisitati*, *ivi*, 62 ss.; BELLAVISTA, *Poteri del datore di lavoro pubblico*, in F. CARINCI- MAINARDI (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico cit.*, 158 ss.

<sup>(34)</sup> I soggetti, cioè gli attori del sistema di relazioni collettive che danno vita alle vicende della contrattazione nel settore pubblico, sono oggetto di analisi da parte di altri Autori in *Trattato di diritto del Lavoro* diretto da M. Persiani e F. Carinci, volume secondo, *Organizzazione sindacale e contrattazione collettiva*, a cura di Proia, in corso di pubblicazione. Ad essi si fa rinvio anche per ogni necessario approfondimento di carattere bibliografico.

ito  
ion  
sso  
tali  
on-  
evi-  
40,  
elle  
gli

1 è  
so  
lle  
le  
to  
le  
so

Il

ni  
0/

za  
e

2.  
si  
s.  
v-  
a  
n  
e  
;  
7

3)  
i  
.  
2  
:

giudiziale: per l'Aran quello ex art. 414 c.p.c., con eventuale previo utilizzo dell'art. 700 c.p.c.; per le pubbliche amministrazioni anche quello ex art. 28 St. lav.

a) A livello nazionale, da un lato del tavolo, siede l'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni (Aran) (art. 46, comma 1) <sup>(35)</sup>; dall'altro sindacati le confederazioni sindacali "rappresentative", per gli accordi relativi alle aree dirigenziali e dei comparti o ad istituti comuni o le organizzazioni sindacali "rappresentative", e le organizzazioni sindacali rappresentative con le rispettive confederazioni, per i contratti di area dirigenziale e di comparto (art. 47, commi 1, 2, 4) <sup>(36)</sup>.

Qui l'innovazione è duplice rispetto al modello di cui all'art. 19, lett. a) Statuto, che al tempo costituiva il modello vigente nel privato, con la sua rappresentatività presunta in via originaria come "maggiore" a capo delle confederazioni e derivata per ciò che concerne le federazioni: la rappresentatività è effettiva in testa alle organizzazioni sindacali e derivata con riguardo alle confederazioni cui esse siano eventualmente aderenti. Così le organizzazioni sindacali accedono ai tavoli di area dirigenziale e di comparto in forza di una formula composita associativa/elettorale (art. 43, comma 1), destinata a rilevare anche in sede di calcolo della maggioranza del 50+1 % delle sigle sindacali firmatarie, richiesta per la stessa validità ed efficacia generalizzata del contratto nazionale (art. 43, comma 3). Le confederazioni intervengono, invece, negli accordi relativi alle aree dirigenziali e ai comparti o ad istituti comuni se vi siano associate organizzazioni sindacali rappresentative in almeno due aree o comparti (art. 44, comma 4); nonché, come già notato, ai contratti di area dirigenziale e

<sup>(35)</sup> In tema cfr. RICCIARDI, *La contrattazione collettiva nel pubblico impiego: le difficoltà della riforma nell'applicazione pratica*, in *DLM*, 2008, 679 ss.; FONTANA, *Agenzia per la Rappresentanza Negoziale delle pubbliche amministrazioni*, in FIORILLO (a cura di), *Il lavoro pubblico*, in AMOROSO, DI CERBO, MARESCA (a cura di), *Il diritto del lavoro*, Milano, III, 2007, 554; L. ZOPPOLI, *Contratto collettivo del lavoro pubblico*, cit., 133-134; nonché M.T. CARINCI, *Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni*, in *Digesto, pubb., agg.*, 2000, 27 ss. tutti ovviamente con ampi riferimenti bibliografici.

<sup>(36)</sup> Cfr., per tutti, CAMPANELLA-M.T. CARINCI, *L'attuazione della legge delega « Bassanini »: Il d.lgs. 396/1997 in tema di contrattazione collettiva e rappresentatività sindacale nel pubblico impiego*, in questa *Rivista*, 1998, 65 ss. Ho ripercorso il cammino parallelo tra settore pubblico e settore privato in F. CARINCI *Adelante pedro, con juicio: dall'accordo interconfederale 28 giugno 2011 al protocollo d'intesa 31 maggio 2013 (passando per la riformulazione "costituzionale" dell'articolo 19, lettera b, st.)*, in *DRI*, 2013, 3.

di comparto se vi siano affiliate organizzazioni sindacali rappresentative in quell'area o comparto (art. 43, comma 2).

Se tale individuazione dei soggetti a livello nazionale è rimasta la stessa, la loro sorte nella esperienza attuativa si sarebbe rivelata ben diversa. La scommessa di una Agenzia dotata non solo di una sua identità giuridica ed organizzativa, ma anche di una sua autonomia "tecnica" (37), si sarebbe rivelata persa già in partenza, essendo come visto, la provvista finanziaria di cui dispone già predeterminata a monte con la legge apposita, se pur non senza una trattativa informale più o meno fortunata con le grandi confederazioni (38).

E, comunque, la crescente presa del Governo in sede di contrattazione collettiva si sarebbe manifestata nella stessa evoluzione della disciplina dei comitati di settore, ora previsti nel numero massimo di quattro, con il potere di formulare atti di indirizzo sulle trattative e di esprimere pareri sulle ipotesi di accordo (39). Che sia il Governo a far la parte da leone è dimostrato dalla previsione da parte dell'art. 41 del Tupo, di un comitato di settore *monstrum*, con il Presidente del Consiglio ad operare come tale per tutte le amministrazioni diverse dalle Regioni e dalle autonomie locali, tramite il Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze; anche, se, per salvaguardare le specificità delle diverse amministrazioni e categorie di personale, gli indirizzi sono emanati sentiti i Ministri responsabili, le conferenze, le istanze rappresentative volta a volta interessate. Mentre le Regioni ne hanno sì uno per conto loro, creato nell'ambito della propria Conferenza, con ri-

(37) Così RICCI, *Il contratto collettivo nazionale nel lavoro pubblico: verso un suo ridimensionamento?*, in F. CARINCI-MAINARDI (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico*, cit., 313 ss. e spec. 316.

(38) Di recente, per condivisibili critiche alle scelte del legislatore, cfr. D'ONGHIA, *I soggetti della contrattazione collettiva di parte pubblica: Comitati di settore e ARAN*, in F. CARINCI-S. MAINARDI (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico*, cit., 367 ss.; e già L. ZOPPOLI, *La "terza volta" dell'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle amministrazioni pubbliche. Brevi riflessioni sulla riforma dell'Aran*, in questa Rivista, 1999, 39 ss. Nonché ROMAGNOLI, Art. 50, in AA.VV., *La riforma dell'organizzazione dei rapporti di lavoro e del processo nelle amministrazioni pubbliche*, cit., 1355 ss.

(39) Cfr. già F. CARINCI, *Il secondo tempo della riforma Brunetta: il d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150*, in questa Rivista, 2010, 6, 1067 ss., nonché in F. CARINCI-MAINARDI (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico: commentario al d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, aggiornato al "collegato lavoro"*, cit., e qui spec. LVII ss. Ma, sulla stessa linea, cfr. anche D'AURIA, *La « riforma Brunetta » del lavoro pubblico*, in GDA, 2010, 1, 5 ss., e D'ONGHIA, *I soggetti della contrattazione collettiva di parte pubblica*, cit., 394-395 con ulteriori riferimenti.

nta-  
a la  
ben  
sua  
mia  
ome  
a a  
ale  
  
tta-  
ella  
di  
di  
la  
del  
si-  
lle  
ca  
o-  
lle  
io  
e-  
io  
i-

m  
el

r.  
di  
o  
-  
a  
a  
-  
7  
-  
7  
.  
.  
?

guardo anche al personale dipendente dal servizio sanitario nazionale, ma qui con la partecipazione di una rappresentante del Governo, designato dal Ministro del lavoro; e le autonomie locali ne vantano un altro, costituito nell'ambito dell'Anci e dell'Upi, con l'aggiunta dell'Unioncamere, operante anche rispetto ai segretari comunali e provinciali. Ma, comunque, i loro atti di indirizzo devono essere previamente trasmessi al Governo per una valutazione circa la loro compatibilità con la politica economica finanziaria nazionale <sup>(40)</sup>.

Invece tutt'altra fortuna è toccata alla formula inventata per selezionare le organizzazioni sindacali titolate a prender parte alla contrattazione collettiva nazionale, perché è sopravvissuta nell'art. 43 del Tupo così come era stata pensata, se pur non senza qualche fatica nella prassi attuativa; ed è stata recentemente ripresa dagli accordi interconfederali del 28 giugno 2011 e del 31 maggio 2013 siglati fra Confindustria e Cgil, Cisl ed Uil <sup>(41)</sup>.

b) A livello integrativo, i soggetti titolati a sedere intorno al tavolo sono disciplinati dai contratti collettivi nazionali (artt. 40, 3-bis e 43, comma 5), non senza una doppia previsione legislativa. Da un lato, le amministrazioni possono farsi assistere dall'Aran (art. 46, comma 2) e, se Regioni a statuto speciale o province autonome, avvalersi di proprie agenzie tecniche (art. 46, comma 13); dall'altro, le RSU, elette con voto segreto e metodo proporzionale (art. 42, comma 4), sembrano investite del potere negoziale, con l'eventuale integrazione dei rappresentanti delle organizzazioni sindacali firmatarie del contratto nazionale, se ed in quanto prevista dagli appositi accordi regolanti l'istituto, almeno a stare ad un non chiarissimo dettato legislativo (art. 42, comma 7). Comunque l'art. 5, comma 3 dell'accordo collettivo quadro per la costituzione delle rappresentanze sindacali unitarie per il personale dei comparti delle pubbliche amministra-

---

<sup>(40)</sup> Oltre a quanto osservato da DELFINO e L. ZOPPOLI in *Trattato di diritto del Lavoro* diretto da M. Persiani e F. Carinci, volume secondo, *Organizzazione sindacale e contrattazione collettiva*, a cura di Proia, in corso di pubblicazione, per ulteriori approfondite valutazioni si può rinviare a DELFINO, *Comitati di settore e rappresentanza negoziale della amministrazioni pubbliche*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Napoli, 2009, 191 ss., e D'ONGHIA, *I soggetti della contrattazione collettiva di parte pubblica: Comitati di settore e Aran*, in F. CARINCI-MAINARDI (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico*, Milano, 2011, 367 ss.

<sup>(41)</sup> Cfr. D'ANTONA, *Lavoro pubblico e diritto del lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle leggi Bassanini*, in questa *Rivista*, 1998, 35 ss. Per una analisi di questi profili si può vedere anche la sintesi di R. SOLOPERTO, *La contrattazione collettiva nel settore pubblico*, in CARABELLI-M.T. CARINCI (a cura di), *Il lavoro pubblico in Italia*, cit., spec. 326 ss.

zioni, prevede che "Nella contrattazione collettiva integrativa i poteri e le competenze contrattuali vengono esercitate dalle RSU e dai rappresentanti delle organizzazioni sindacali di categoria firmatarie del relativo CCNL di comparto", senza peraltro precisare, al pari del dettato legislativo di riferimento, come pesino le RSU e le singole organizzazioni sindacali ai fini dell'approvazione dei testi negoziali (42).

Il che con riguardo all'elezione delle RSU anticipa ancora una volta quanto previsto nel settore privato dai citati accordi interconfederali, per il passaggio al metodo proporzionale puro, con conseguente abbandono del criterio del terzo riservato; ma non senza un significativo distinguo: qui c'è la compresenza di RSA e RSU (art. 42, commi 2 e 3), mentre là c'è la temporanea esistenza alternativa di RSA e RSU, ma in vista di una definitiva presenza esclusiva delle RSU; qui è esplicitamente prevista la possibilità di una partecipazione delle organizzazioni sindacali territoriali, mentre là non lo è almeno per ora.

##### 5. *La determinazione dei procedimenti negoziali.*

La procedura non viene lasciata alla codeterminazione delle parti, se non nella misura esplicitamente prevista.

a) A livello nazionale essa è stata oggetto di una continua e tormentata rivisitazione legislativa circa il *quantum* di autonomia da lasciare alle parti contraenti almeno nella distribuzione delle risorse finanziarie già predeterminate, si è assestata nella riforma Brunetta su una disciplina che rafforza il controllo "interno" del Governo e conferma il controllo "esterno" della Corte dei Conti. Una volta approvata l'ipotesi di accordo con la prescritta maggioranza del 50%+1, occorre che l'Aran, prima, acquisisca i pareri favorevoli di quei Comitati di settore in cui, come detto, è proprio il Governo a far la parte del leone; poi, trasmetta la quantificazione dei relativi costi alla Corte dei conti, per ottenerne una certificazione positiva, esplicita o tacita per decorrenza del termine di quindici giorni, della loro attendibilità e compatibilità con gli strumenti di programmazione e di bilancio, senza la quale non può procedere alla sottoscrizione definitiva, ma deve riaprire la trattativa in vista di una nuova ipotesi di accordo (art. 47).

b) A livello integrativo, la procedura è stata ancor più rimaneg-

(42) Sul punto si può rinviare alla più completa analisi del tema svolta, alcuni anni or sono, da CAMPANELLA, *Rappresentatività sindacale. Fattispecie ed effetti*, Milano, 2000. Più di recente, rispetto al problema che ci occupa in questa sede, cfr. ALAIMO, *La contrattazione collettiva nel settore pubblico tra vincoli, controlli e "blocchi": dalla "riforma Brunetta" alla "manovra finanziaria" 2010*, cit.



Con riguardo al livello nazionale, l'art. 47 *bis* sancisce che, qualora sia decorso un periodo di sessanta giorni dall'entrata in vigore della legge finanziaria di autorizzazione alla spesa da sostenersi per il rinnovo dei contratti di comparto e d'area, "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". E, con rispetto al livello integrativo, l'art. 40, al suo comma 3 *bis*, stabilisce che, una volta scaduto il termine fissato dal contratto nazionale per lo svolgimento del negoziato decentrato, entrambe "le parti riassumono le rispettive prerogative e libertà di iniziativa e decisione". Poi, però, al suo comma 3 *ter*, prevede che, qualora non sia concluso l'accordo, l'amministrazione interessata non può procedere da sola in via definitiva, ma solo "provvedere in via provvisoria, sulle materie oggetto del mancato accordo, fino alla successiva sottoscrizione". Ne emerge un contrasto fra l'uno e l'altro comma circa lo scenario aperto dallo stallo negoziale, che sembrerebbe possibile risolvere distinguendo il rispettivo contesto applicativo: il comma 3 *bis* interesserebbe il trattamento normativo, a quel punto modificabile definitivamente; mentre il comma 3 *ter* riguarderebbe il trattamento economico, a quel momento rivedibile solo provvisoriamente.

Ora la previsione di una regolazione, che per il rinnovo dei contratti di comparto e di area non è neppure condizionata da un mancato accordo, con la quale si anticipa l'applicazione di trattamenti unilateralmente determinati è destinata a perturbare la mobilitazione sindacale, sedandola, col soddisfare una parte della richiesta o anche stimolandola, con l'alimentare l'aspettativa della parte residua <sup>(47)</sup>.

#### 6. La discriminante costituita dall'efficacia.

Tutto questo porta a riproporsi la domanda relativa alla natura o

---

*tica dei contratti collettivi è ancora una prerogativa esclusiva delle parti stipulanti?*; PASQUARELLA, *L'art. 63 D. Lgs. n. 150 /2009: una norma "ricognitiva", ma "dinamica"*; TOPO, *La contrattazione integrativa*; ZILIO GRANDI, *I controlli sulla contrattazione integrativa*.

<sup>(47)</sup> Sulla finalizzazione delle risorse e, più genericamente, sui rapporti tra legge, contrattazione nazionale e contrattazione integrativa si può rinviare anche alla analisi svolta da MAINARDI, *Legge 15/2009 e decreti di attuazione: il rapporto fra fonte legislativa e contrattazione collettiva nazionale e integrativa*, in ZILIO GRANDI (a cura di), *Il lavoro negli Enti Locali: verso la riforma Brunetta*, Giappichelli, Torino, 2009, 1 ss.

ilora  
tella  
rin-  
er il  
pre-  
niz-  
ipu-  
o al  
una  
igi-  
o le  
o al  
do,  
efi-  
tto  
rge  
llo  
o il  
ta-  
tre  
to-  
n-  
n-  
ti  
ne  
ne

o

?

z-

z-

ti

e

l'

l'

'

i

*rectius* qualificazione del contratto collettivo nell'impiego pubblico privatizzato, che ha affaticato e diviso la dottrina fin dalla sua prima entrata in scena nella versione originaria del d.lgs. n. 29/1993 <sup>(48)</sup>.

Ora, è cosa ben nota che tale domanda non ha trovato una risposta unanime neppure per il contratto collettivo nel lavoro privato, dove continua sì a prevalere la sua ricostruzione come contratto c.d. di diritto comune, ma non senza una posizione minoritaria specie nella dottrina giuspubblicista a favore di una sua configurazione come "fonte di diritto", peraltro declinata con più di una variante. Qui, però, la qualificazione riveste una particolare importanza in quanto propeudeutica all'efficacia, che una volta optatosi per la figura del contratto collettivo c.d. diritto comune, resta di per sé confinata alle parti stipulanti, per sé e per i loro rappresentati, secondo la tesi mantenuta ferma della giurisprudenza costituzionale ed ordinaria in virtù della mancata attuazione dell'art. 39, commi 2 ss., Cost.

Si è sostenuto che siffatta preclusione varrebbe solo per la contrattazione di categoria, facendo appello alla lettera del comma 4, dell'art. 39 Cost., ma senza tener conto del fatto che riferire la parola "categoria" unicamente alla dimensione nazionale, così come poteva fare un'assemblea costituente cui quella sola era nota, comporterebbe una duplice conseguenza perlomeno discutibile: considerare esclusa dal comma 4 la stessa contrattazione territoriale decentrata, ancor prima di quella aziendale; ignorare tutta l'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale circa la nozione stessa di "categoria", estesa fino a ricomprendere qualsiasi *bargaining unit* individuata dall'autonomia collettiva consacrata dal comma 1.

Certo la figura del contratto collettivo c.d. di diritto comune è stata sottoposta una pressione esterna da parte di una crescente alluvione legislativa che in forza di una mera selezione delle organizzazioni sindacali stipulanti, prima come "maggiormente rappresentative" poi come "comparativamente più rappresentative", l'ha delegato ad integrare, supplire, derogare la legge, sì da riproporre il problema di una sua efficacia estesa *ultra partes*. Non è certo la sede per entrare nel merito <sup>(49)</sup>, ma solo di puntualizzare che il possibile contrasto coll'art.

<sup>(48)</sup> Per l'inquadramento del problema teorico-dogmatico, nei suoi diversi profili e con le sue ricadute, rinvio ancora alle due più importanti trattazioni monografiche in tema: MARAZZA, *Il contratto collettivo di lavoro all'indomani della privatizzazione del pubblico impiego*, cit.; BARBIERI, *Problemi costituzionali della contrattazione collettiva nel lavoro pubblico*, cit., entrambe ovviamente con abbondanti riferimenti alla dottrina e alla giurisprudenza che ha affrontato i problemi accennati nel testo.

<sup>(49)</sup> Sul problema della natura del contratto collettivo nel settore pub-

39, comma 2 ss. è stato tenuto ben presente dalla dottrina, la quale ha cercato o di escludere o di ricondurre ad altra concausa tale efficacia: il legislatore, che avrebbe "assunto" il contratto come mero "fatto", cui ricollegare indirettamente l'effetto; o il datore, che avrebbe "subito" il contratto quale limite esterno all'esercizio del suo potere direttivo, cui ricondurre direttamente lo stesso effetto.

Lo stesso si può dire per la Corte costituzionale, che non si è trattenuta dal rigettare più volte le eccezioni di costituzionalità sollevate per violazione dell'art. 39, comma 4, perché, una volta ribadito che solo la sua attuazione potrebbe legittimare una contrattazione collettiva con efficacia *erga omnes*, ha sempre trovato un qualche *escamotage* idoneo ad escludere l'illegittimità delle norme impugnate. Per limitarsi qui ai casi più significativi, ci sono da ricordare Corte cost. n. 268/1994<sup>(50)</sup> e Corte cost. n. 344/1996<sup>(51)</sup> a riprova di una capacità manipolativa, dettata da un comprensibile *self-restraint* rispetto ad una scelta parlamentare qualificante ed attuata secondo un modello mutuato dalla stessa dottrina. Corte cost. n. 268/1994 vede il rinvio operato dall'art. 5, comma 1, della l. n. 223/1991 ai contratti collettivi sui criteri di scelta dei lavoratori da collocare in mobilità, sottoscritti *in primis* dalle RSA costituite a norma dell'art. 19 St. lav., nei termini di un potere datoriale originariamente libero, ma poi regolato negozialmente, sì da essere esercitato con un atto unilaterale vincolato nel contenuto, ma pur sempre quello cui ricondurre *in toto* l'effetto obbligatorio nel riguardi di tutto il personale. Mentre, a sua volta, Corte cost. n. 344/1996, seguendo un percorso simile, legge il ricorso effettuato dall'art. 2, comma 2, l. n. 146/1990 agli accordi aziendali in tema di prestazioni indispensabili conclusi con le rappresentanze aziendali o le rappresentanze del personale per dare attuazione ai contratti di categoria o ai contratti di comparto, nei termini di mero presupposto di un potere datoriale esercitabile tramite un regolamento che, se pur conforme nel contenuto agli accordi attuativi, rimane di per sé solo

---

blico privatizzato in relazione a quello del settore privato si possono vedere, in ogni caso, dagli anni novanta del secolo scorso ad oggi G.U. RESCIGNO, *Rapporto di diritto privato speciale o rapporto di diritto pubblico speciale?*, in *LD*, 1993, 553 ss.; SCIARRA, *Natura e funzioni del contratto collettivo*, in *GDLRI*, 1993, 485 ss.; D'ANTONA, *Autonomia negoziale, discrezionalità e vincolo di scopo nella contrattazione collettiva delle pubbliche amministrazioni*, in *ADL*, 1996, 35 ss.; RUSCIANO, *La riforma del lavoro pubblico: fonti della trasformazione e trasformazione delle fonti*, cit. 69 ss.; M. GRANDI, *La posizione del contratto collettivo nell'impiego pubblico privatizzato*, in *Scritti in onore di Matteo Dell'Olio*, Torino, 2008, 704 ss.

<sup>(50)</sup> In *FI*, 1994, I, c. 2307.

<sup>(51)</sup> In *GCost.*, 1996, 3833, con nota di VALLEBONA.

ha  
r: il  
cui  
" il  
cui

i è  
le-  
to  
ne  
he  
te.  
st.  
tà  
na  
u-  
io  
vi  
in  
li  
l-  
el  
i-  
e  
-  
a  
i  
i  
)  
r  
)

produttivo dell'effetto vincolante nei confronti dell'intero organico <sup>(52)</sup>.

Solo che il legislatore dell'originario d.lgs. n. 29/1993 aveva sì assunto a termine di riferimento un nuovo sistema delle fonti costruito a ricalco di quello del settore privato, cioè basato sulla legislazione del lavoro e sulla contrattazione collettiva c.d. di diritto comune. Ma un ricalco praticabile solo alla lontana, per il persistente carattere pubblico del datore di lavoro, che lo vincolava all'osservanza di rigidi vincoli finanziari e lo obbligava all'applicazione di trattamenti comuni ed omogenei per tutti i suoi dipendenti. Sicché *in primis* si trattava di assicurare *ex lege* un'efficacia soggettiva generalizzata a tale contrattazione collettiva senza entrare in collisione diretta ed esplicita con la carta fondamentale; cosa non facile perché non sembrava possibile escludere in partenza l'applicabilità dell'art. 39, comma 4, Cost. all'impiego pubblico privatizzato, senza esporsi al rischio di ricadere *in toto* sotto l'art. 97, comma 1 (ora comma 2) Cost., che sembrava riservare solo ed esclusivamente alla legge una organizzazione dei pubblici uffici ritenuta comprensiva della disciplina degli addetti, sì da escludere qualsiasi competenza della contrattazione collettiva.

7. *Efficacia soggettiva ed oggettiva: nei confronti delle pubbliche amministrazioni.*

Come, dunque, assicurare al contratto collettivo quella efficacia generale necessaria ad un'amministrazione pubblica per applicare la stessa disciplina a tutta la sua forza lavoro, senza tradire la natura privatistica del contratto stesso e senza entrare in contrasto con l'art. 39, comma 4 Cost.? Lo si è cercato di fare per via di una triplice formula, rimasta poi immodificata: a) quella che assegna all'Agenzia la rappresentanza legale di tutte le pubbliche amministrazioni per la contrattazione nazionale (art. 50, comma 1, d.lgs. n. 29/1993, ora 46, comma 1, T.U.); b) quella che impegna le pubbliche amministrazioni ad adempiere "agli obblighi assunti con i contratti collettivi nazionali o integrativi" (art. 45, comma 9, d.lgs. n. 29/1993, ora art. 40, comma 4, T.U.); c) quella che vincola le pubbliche amministrazioni a garantire ai propri dipendenti "parità di trattamenti contrattuali e comunque

---

(52) Si veda almeno D'ANTONA, *Il quarto comma dell'art. 39 Cost., oggi*, in *GDLRI*, 1998, 665 ss. con la recente rilettura di CARUSO, *Nella bottega del maestro: "Il quarto comma dell'art. 39 della Costituzione, oggi"* (sapere, tecnica e intuizione nella costruzione di un saggio), in *GDLRI*, 2009, 1, 53 ss.

trattamenti non inferiori a quelli prescritti dai contratti collettivi" (art. 49, comma 2, d.lgs. n. 29/1993, ora art. 45, comma 2, T.U.) <sup>(53)</sup>.

Senza dubbio una strumentazione in eccesso, che di per sé testimonia la preoccupazione del primo legislatore, ma rivelatasi opportuna perché tale da offrire ad una Corte costituzionale eventualmente simpatetica una possibilità di scelta, che appunto farà propria nella sentenza n. 309/1997. Qui essa sembra dare implicitamente per scontata la legittimità "dell'intera procedura di contrattazione", che di per sé rinvia ad una lettura di contemperamento degli artt. 39 e 97, comma 1 (ora comma 2), Cost. Naturalmente è consapevole che ogni operazione ermeneutica non può superare certi limiti, specie se posti e riproposti dalla sua stessa consolidata giurisprudenza; sicché ritiene di poter utilizzare la chiave fornita dal contemperamento fra l'uno e l'altro articolo per "recuperare" nel pubblico impiego "privatizzato" il principio della libertà di organizzazione sindacale di cui all'art. 39, comma 1, ma non anche il procedimento costitutivo dell'efficacia *erga omnes* del contratto collettivo di cui all'art. 39, comma 2 ss., Cost. E, così, con un esercizio ulteriore e rafforzato di *self-restraint*, asseconda il tentativo del legislatore di bypassare il "blocco" costituzionale, con una strumentazione *ad hoc*, diretta a conferire, comunque al contratto collettivo quell'efficacia generale, esclusa dalla mancata attuazione dell'art. 39, comma 2 ss., ma richiesta dalla corretta applicazione degli stessi criteri di imparzialità e di buon andamento di cui all'art. 97, comma 1 (ora comma 2), Cost.

La Corte, però, non privilegia la scelta di cui *sub a*), condivisa nella precedente sentenza n. 359/1993 <sup>(54)</sup>, quando a proposito della costituzione di una apposita Agenzia dotata di rappresentanza legale generale, aveva considerato corretta la "imputazione dell'attività di contrattazione ad un unico organismo tecnico", con l'ovvia conseguenza di un'efficacia estesa a tutte le amministrazioni pubbliche soggette alla riforma. Non lo fa, forse anche perché quello della rappresentanza

---

<sup>(53)</sup> Sulle questioni connesse all'efficacia oggettiva del contratto collettivo del settore pubblico si vedano almeno le analisi svolte da NOGLER-ZOILI, *Efficacia del contratto collettivo e parità di trattamento*, in F. CARINCI-D'ANTONA (diretto da), *Il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, Commentario*, Milano, 2000, II, 443 ss., e SANTUCCI, *Parità di trattamento, contratto di lavoro e razionalità organizzative*, Torino, 1997, 189 ss.; da altra angolazione, ma con riflessioni di più largo respiro, anche Nogler, *Il contratto collettivo nel prisma dell'accertamento pregiudiziale ex art. 68-bis d.lgs n. 80/1998*, in *GDLRI*, 85, 2000, 1 ss.; e RICCI, *L'efficacia del contratto collettivo*, in F. CARINCI-L. ZOPPOLI (a cura di), *Diritto del lavoro, Commentario, Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, cit., 1472 ss.

<sup>(54)</sup> In *FI*, 1993, I, c. 3219.

(art.  
esti-  
por-  
ente  
ella  
on-  
per  
97,  
gri  
ti e  
e di  
o e  
" il  
39,  
ga  
E,  
il  
on  
to  
re  
gi  
7,  
la  
i-  
e-  
t-  
a  
a  
a

legale le è sembrato un argomento un po' forzante: sia rispetto all'art. 39, comma 1, in quanto tale da limitare la libertà sindacale delle pubbliche amministrazioni, nonostante il suo "precedente" costituito da Corte cost. n. 1/1960, in tema di "distacco" delle pp.ss. dalla Confindustria; sia riguardo all'art. 39, comma 4, in quanto tale da ricondurre pur sempre ad una procedura negoziale diversa da quella ivi prevista la efficacia generale<sup>(55)</sup>. Ma, viene da pensare, soprattutto perché siffatto argomento le è apparso comunque spendibile solo con riguardo alla contrattazione condotta dall'Agenzia, cioè quella nazionale<sup>(56)</sup>.

È in ogni caso comprensibile che la Corte scarti l'opzione *sub c*), dato che neppure il suo discutibile accoppiamento fra l'obbligo principale di garantire "parità di trattamenti contrattuali" e quello sussidiario di assicurare "comunque trattamenti non inferiori a quelli prescritti dai contratti collettivi" (art. 49, comma d.lgs. n. 29/1993, ora art. 45, 2 c.), poteva servire alla bisogna. Preso alla lettera, il testo pare riguardare l'applicazione dei contratti collettivi da parte delle Amministrazioni, da farsi secondo una regola valida per il lavoro privato, cioè quella di assicurare trattamenti economici e normativi "non inferiori", sì da considerarli derogabili *in melius*; ma certo non altrettanto valida per l'impiego pubblico "privatizzato".

Fatto sta che la Corte opta per la soluzione di cui *sub b*), per cui le pubbliche amministrazioni sono vincolate *ex lege* all'osservanza dei contratti nazionali ed integrativi, considerandola compatibile con il dettato costituzionale, in forza di una distinzione tracciata fra "quell'efficacia *erga omnes* conferita dall'art. 39, quarto comma, Cost. ai contratti stipulati dalle associazioni sindacali in possesso di determinate caratteristiche" e "le conseguenze che derivano, per un verso, dal vincolo di conformarsi imposto alle amministrazioni e, per altro, dal legame che avvince il contratto individuale al contratto collettivo". Sicché ritiene di poter concludere che "l'applicazione del contratto collettivo deriva non già da una generale previsione di obbligatorietà di questo, bensì dal suindicato dovere gravante sulle pubbliche amministrazioni" (57).

Insomma, a stare alla Corte, una cosa sarebbe l'efficacia *erga omnes*

(55) Cfr. RICCI, *L'efficacia del contratto collettivo*, in F. CARINCI-L. ZOPPOLI (a cura di), *Diritto del lavoro, Commentario, Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, cit., 1477 ss.

(56) Cfr. ancora NOGLER-ZOLI, *Efficacia del contratto collettivo e parità di trattamento*, in F. CARINCI-D'ANTONA (diretto da), *Il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, Commentario*, Milano, 2000, II, 453 ss.

(57) Vedi ancora RICCI, *L'efficacia del contratto collettivo*, in F. CARINCI-L.

I derivabile dall' "interno", cioè dalla stessa procedura di contrattazione, come in forza dell' art. 39, comma 4 Cost.; ed una cosa del tutto diversa sarebbe, invece, l'efficacia generale deducibile — dall'esterno — da un dovere di comportamento fissato *ex lege* a carico delle amministrazioni nei confronti di tutti i loro dipendenti. E, con una qual sorta di concentrazione di quella variegata strumentazione utilizzata dal legislatore per cercare di porre l'efficacia generale della contrattazione collettiva al riparo da un'eccezione di incostituzionalità, la Corte considera la scelta *sub b)* come funzionale a quella *sub c)*, nel senso che l'imposizione di un obbligo *ex lege* all'osservanza dei contratti nazionali ed integrativi rappresenta "a sua volta la premessa per realizzare la garanzia della parità di trattamento contrattuale, affermata dall' art. 49, comma 2, del decreto legislativo n. 29 del 1993 e rafforzata dall'ultima parte della norma stessa, che impone di assicurare 'trattamenti non inferiori a quelli previsti dai rispettivi contratti collettivi'".

Niente da dire, se non che risulta a tutt'oggi una ricostruzione forzata, poco condivisibile da una prospettiva "tecnica", perché trattasi sempre di un'efficacia estesa all'intera unità contrattuale interessata, a prescindere dalla regola aurea privatistica della rappresentanza volontaria: per la contrattazione nazionale tutte le amministrazioni e tutti i dipendenti del comparto o area dirigenziale; per la contrattazione integrativa, l'amministrazione o una sua sede e tutti i lavoratori ivi occupati; e come tale equiparabile a quella efficacia *erga omnes* conseguibile a' sensi dell' art. 39, commi 2 ss., in forza della peculiare procedura ivi prevista. Una volta abbracciata la soluzione *sub b)*, la sopravvivenza delle altre due contemplate *sub a)* e *sub c)* non è sembrata meritare troppa attenzione almeno ai fini dell'efficacia generale, neppure per verificare la conciliabilità operativa di tutte e tre.

Come detto, una ricostruzione forzata da una prospettiva "tecnica", ma pur sempre condivisa al tempo da una prospettiva "politica", fatta propria dalla Corte all'alba stessa di una riforma giudicata come non solo opportuna, ma anche necessaria<sup>(58)</sup>. Una volta attribuita alla discrezionalità del legislatore la predisposizione della miscelatura ottimale fra le "fonti" regolatrici dell'impiego pubblico privatizzato, non poteva certo arrestarsi a mezza strada, col negare alla contrattazione collettiva quell'efficacia generalizzata resa indispensabile dalla stessa natura del datore di lavoro.

---

ZOPPOLI (a cura di), *Diritto del lavoro, Commentario, Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, cit.

<sup>(58)</sup> Cfr. RICCI, *L'efficacia del contratto collettivo*, in F. CARINCI-L. ZOPPOLI (a cura di), *Diritto del lavoro, Commentario, Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, cit., 1479 ss.

8. (Segue): *nei confronti dei dipendenti.*

Peraltro, la Corte sembra ritenere che la scelta fatta sia parziale, cioè valida per le pubbliche amministrazioni, ma non per i dipendenti. E per renderla completa, afferma che "sul versante della posizione soggettiva del dipendente è, poi, agevole osservare come quest'ultimo rinviene nel contratto individuale di lavoro — che sostituisce ad ogni effetto l'atto di nomina — la fonte regolatrice del proprio rapporto: l'obbligo di conformarsi, negozialmente assunto, nasce proprio dal rinvio alla disciplina collettiva contenuto in tale contratto". Ma, poi, tenuto conto, che questo non può valere per il personale già in servizio, non assunto per contratto, continua col dire: "In altri termini, per effetto della privatizzazione dei rapporti, la prestazione e le condizioni contrattuali della stessa trovano la loro origine, non già in una formale investitura, bensì nell'aver il singolo dipendente accettato che il rapporto di lavoro si instauri (o prosegua) secondo regole definite, almeno in parte, nella sede della contrattazione collettiva". Col che, sotto forma di una mera riformulazione, arriva a precisare come sia sufficiente il fatto di aver accettato di essere sottoposto al regime collettivo applicato anche col mero comportamento concludente espresso anche nel prosieguo di un rapporto iniziato con un atto di nomina <sup>(59)</sup>.

---

<sup>(59)</sup> Assai significativo è richiamare la posizione del tutto consonante assunta dalla Corte di Cassazione (si veda da ultimo Cass. 4 settembre 2012, n. 14830, da cui è tratto il virgolettato che segue): "il sistema attuale di cui al d.lgs. n. 165 del 2001, art. 40, comma 4, pone a carico solo delle pubbliche amministrazioni il dovere di osservare le disposizioni dei contratti collettivi, per cui in virtù di questa previsione e di quella contenuta nel d.lgs. n. 165 del 2001, art. 45, comma 1 (il trattamento economico fondamentale ed accessorio è definito dai contratti collettivi), si assicura un'efficacia erga omnes del contratto collettivo del settore pubblico: infatti, l'estensione della contrattazione ai lavoratori deriva da quest'obbligo di legge e dall'obbligo di garantire la parità di trattamento di tutti i dipendenti previsto dal d.lgs. n. 165 del 2001, art. 45, comma 2. A tal riguardo è interessante rilevare che già con riferimento al testo previgente di cui al d.lgs. n. 29 del 1993, art. 45, commi 2, 7 e 9 e art. 49, comma 2, pressoché analogo al d.lgs. n. 165 del 2001, art. 40, comma 4, la Corte Costituzionale, con sentenza del 16 ottobre 1997, n. 309, aveva affermato che "è infondata la questione di legittimità costituzionale del d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29, art. 45, commi 2, 7 e 9 e art. 49, comma 2, nella parte in cui impongono alle amministrazioni pubbliche di osservare i contratti collettivi, stipulati con le confederazioni e con le organizzazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale e nell'ambito del comparto, di garantire parità di trattamento e comunque di non applicare trattamenti inferiori a quelli previsti dai contratti collettivi, in riferimento all'art. 39 Cost. Sul ver-

Così la fonte dell'efficacia generale della contrattazione sarebbe sì riconducibile ad un obbligo di osservarla, ma distinto e diverso: per le amministrazioni *ex lege*; e per i lavoratori *ex contractu*, assunto all'inizio con lo stesso contratto di assunzione o in seguito con un comportamento concludente. Ciò, però, non era strettamente necessario, perché, una volta configurato a capo delle amministrazioni l'obbligo *ex lege*, queste non avrebbero potuto né instaurare né continuare rapporti non regolati a' sensi dei contratti collettivi vigenti; sì da legittimarle a pretendere una conformazione incondizionata alla disciplina collettiva vigente da parte dei concorrenti ad un posto o dei dipendenti, senza bisogno di chiamare in causa la finzione di una loro adesione volontaria.

Solo che, a questo punto, il risultato raggiunto dalla Corte sembra non dissimile da quello che avrebbe ottenuto abbracciando la soluzione *sub a)* della rappresentanza legale dell'Aran in sede di contrattazione nazionale. Anche qui la Corte finisce, infatti, per spiegare l'efficacia generale del contratto collettivo con riguardo esclusivo alle pubbliche amministrazioni, lasciando, pertanto, scoperto il versante dell'*erga omnes* nei confronti dei lavoratori, al punto da richiedere per esso una spiegazione aggiuntiva. Tuttavia, l'aver utilizzato a tale scopo una finzione di un'adesione volontaria dei singoli dipendenti, ha comportato l'ulteriore complicazione, scaricata sulla dottrina e sulla giurisprudenza, di dover argomentare la effettiva dinamica e natura della efficacia generale, distinguendo fra le due possibili ipotesi, date dalla presenza o dall'assenza, nei contratti individuali, di clausole di c.d. rinvio mobile alla contrattazione collettiva.

Se la prima ipotesi, destinata a divenire quella a regime, non presentava alcuna particolare difficoltà, la seconda, propria della fase di transizione, finiva per porre tutta una problematica relativa ad una eventuale dissidenza. *Bon gré, mal gré*, una volta richiesta una adesione volontaria per comportamento concludente, veniva implicitamente data per scontata la legittimità di un'eventuale chiamata fuori dalla

---

sante della posizione soggettiva del dipendente la stessa Corte Costituzionale ha affermato, attraverso la summenzionata sentenza, che è agevole osservare come quest'ultimo rinvii nel contratto individuale di lavoro, che sostituisce ad ogni effetto l'atto di nomina, la fonte regolatrice del proprio rapporto: l'obbligo di conformarsi, negozialmente assunto, nasce proprio dal rinvio alla disciplina collettiva contenuto in tale contratto. In altri termini, *per effetto della privatizzazione dei rapporti, la prestazione e le condizioni contrattuali della stessa trovano la loro origine, non già in una formale investitura, bensì nell'aver il singolo dipendente accettato che il rapporto di lavoro si instauri (o prosegua) secondo regole definite, almeno in parte, nella sede della contrattazione collettiva*" (il corsivo è nostro).

nuova disciplina negoziale, con l'ulteriore complicazione che, se questa fosse stata fatta in maniera collettiva, avrebbe chiamato in causa la stessa libertà di azione sindacale garantita dagli artt. 39, comma 1, e 40 Cost. <sup>(60)</sup>.

La discussione sulla dinamica dell'efficacia generale nell'ipotesi di assenza nei contratti individuali di clausole di rinvio mobile alla contrattazione collettiva è ormai una discussione consegnata al passato; non altrettanto può dirsi per quella della natura di tale efficacia, obbligatoria o reale, nell'ipotesi di presenza nei contratti individuali di dette clausole. Certo la prassi è tutta per la natura reale, ma la teoria fa ancora fatica a darne ragione, perché il rinvio di cui all'art. 2, comma 1 del Tupo è limitato alle "disposizioni del capo I, titolo II, del libro V del codice civile", sì da lasciar fuori, l'art. 2077 <sup>(61)</sup>, costringendo a ripiegare su quell'art. 2113 <sup>(62)</sup> interpretato come il suo erede nel compito di assicurare la sostituzione di diritto delle "clausole difformi" dei contratti individuali <sup>(63)</sup>.

Ora c'è da osservare come l'art. 2, comma 3 preveda che "I rapporti di lavoro (...) sono regolati contrattualmente", per poi precisare che "i contratti individuali devono conformarsi ai principi di cui all'art. 45, comma 2", a quanto pare dettati con riferimento all'applicazione dei contratti collettivi, da effettuarsi garantendo la parità negativa e co-

<sup>(60)</sup> In tema CAMPANELLA, *Rappresentatività sindacale: fattispecie ed effetti*, cit., 298 ss., spec. 300-301.

<sup>(61)</sup> Ha escluso espressamente l'applicabilità dell'art. 2077 c.c. nel settore pubblico L. ZOPPOLI, *Il sistema delle fonti di disciplina del rapporto di lavoro dopo la riforma: una prima ricognizione dei problemi*, in RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *L'impiego pubblico nel diritto del lavoro*, Torino, 1993, 12; analogamente LAUDO, *La questione della parità di trattamento*, in QDLRI, 1995, 192; *contra*, però, FIORILLO, *La "contrattualizzazione" del lavoro pubblico*, in RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *L'impiego pubblico nel diritto del lavoro*, cit., 125.

<sup>(62)</sup> Escluso il richiamo all'art. 2077 c.c., sulla possibilità di utilizzare in ogni caso l'art. 2113 c.c. a conforto della inderogabilità *in peius* del contratto collettivo nel lavoro pubblico v. CORSO, *Le fonti della disciplina dei rapporti di lavoro*, in ALLEVA, D'ALESSIO, D'ANTONA (a cura di), *Nuovo rapporto di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Roma, 1995, 124; M. T. CARINCI, *Il contratto collettivo nel settore pubblico fra riserva di regime pubblicistico e riserva di legge*, in RIDL, 1994, I, 586; NOGLER, *Saggio sull'efficacia regolativa del contratto collettivo*, Padova, 1997, 179.

<sup>(63)</sup> R. DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Jovene, Napoli, 1976, 185; MENGONI, *Il contratto collettivo nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Jus*, 1975, 186 ss. Da ultimo, NOVELLA, *L'inderogabilità nel diritto del lavoro*, Milano, 2008 e anche, MAIO, *Contratto collettivo e norme di diritto*, Napoli, 2008, proprio con riguardo alla valorizzazione del dato derivante dal diritto positivo.

munque trattamenti normativi ed economici non inferiori a quelli negozialmente previsti. Sicché si viene a riconoscere i contratti individuali come fonte non solo costitutiva ma anche regolativa; senza, peraltro, concedere loro, almeno con riguardo ai non dirigenti, margini effettivi per personalizzare i trattamenti, che risultano già predefiniti nei bandi concorsuali, ivi compresi quelli economici accessori destinati a variare secondo i relativi criteri legislativi e collettivi.

È difficile pensare alla presenza di "clausole difformi" dei contratti individuali rispetto a quelli collettivi; ma se ci fossero, non parrebbe applicabile al lavoro pubblico il principio di cui agli artt. 2077 e 2113 c.c. di una inderogabilità unilaterale, cioè solo *in peius*, con la conseguente applicazione del criterio del conglobamento. Ciò contrasterebbe con lo stesso dettato degli artt. 2, comma 3, 40, comma 4, 45, comma 2, che ben possono giustificare appieno un'efficacia reale dei contratti collettivi non mutuata da quella delineata dal codice civile per il lavoro privato, ma costruita dal d.lgs. n. 165/2001 a misura dell'impiego pubblico<sup>(64)</sup>: tale, cioè, da fondare una inderogabilità bilaterale, assistita da una sostituzione delle clausole difformi<sup>(65)</sup>.

(64) V. pure CAMPANELLA, *Rappresentatività sindacale: fattispecie ed effetti*, cit., 298, per quanto con richiamo anche all'art. 2113 c.c., la cui applicabilità al lavoro pubblico confermerebbe la c.d. efficacia reale del relativo contratto collettivo; ha, invece, ritenuto il contratto collettivo del lavoro pubblico "sprovvisto di una propria normatività intrinseca" ROMAGNOLI, *La revisione della disciplina del pubblico impiego: dal disastro verso l'ignoto*, in LD, 1993, 231 ss., spec. 237-238; nello stesso senso M. GRANDI, *L'assetto della contrattazione collettiva: un ballo in maschera*, ivi, 1993, 575 ss., spec. 586.

(65) Per la tesi della inderogabilità bilaterale v. anche PANARIELLO, *Retribuzione ed incentivi: riserva di contrattazione collettiva e residualità delle determinazioni unilaterali*, in RUSCIANO, L. ZOPPOLI, *Lo "spazio negoziale" nella disciplina del lavoro pubblico*, Bologna, 1995, 337 ss.; LAUDO, *La questione della parità di trattamento*, cit., 189 ss.; ma per la tesi della derogabilità *in melius*, sia pur in ottemperanza del principio di parità di trattamento e con l'unica eccezione della materia economica, v. CAMPANELLA, *Rappresentatività sindacale: fattispecie ed effetti*, cit., 297; ancora diversamente, cfr. CLARICH, IARIA, *La riforma del pubblico impiego*, Rimini, 1993, 77 ss., spec. 79, i quali non escludono che siano i contratti collettivi a poter « autorizzare » dei margini di trattativa individuale per particolari posizioni di lavoro (ad es. dirigenziali), giacché in tal caso il contratto individuale risulterebbe comunque conforme agli accordi collettivi di lavoro ».

quelli  
i indi-  
senza,  
, mar-  
prede-  
essori  
.  
tratti  
rebbe  
2113  
onse-  
raste-  
t, 45,  
e dei  
civile  
isura  
bilità  
).

fetti,  
ilità  
atto  
lico  
ella  
ss.,  
let-

bu-  
na-  
del  
di  
in  
ne  
cie  
tel  
io  
ri-  
so  
it-

a

9. *L'attività di informazione e di sorveglianza successiva alla conclusione del contratto collettivo.*

Una ulteriore caratteristica della contrattazione collettiva nel pubblico impiego è costituita dall'attività di informazione e vigilanza successiva alla sua conclusione, svolta a vario titolo e modo dall'ARAN, dalla Presidenza del Consiglio dei ministri-Dipartimento funzione pubblica, dal Ministero dell'economia e delle finanze, dalla Ragioneria dello Stato, dalla Corte dei Conti, dagli organi di controllo delle singole amministrazioni (su cui in particolare gli artt. 40-bis, 46, comma 3 e 4, 59, 60).

Non è questa la sede per darne conto <sup>(66)</sup> anche succintamente, ma qualcosa merita di essere detto riguardo alla attività di "reazione" in presenza di sforamenti economici o normativi <sup>(67)</sup>, con un cenno preliminare alle misure legislative correttive da proporre al Parlamento da parte del Ministro dell'economia e del bilancio qualora "si verificano o siano prevedibili per qualsiasi causa, scostamenti rispetto agli stanziamenti previsti per le spese destinate al personale" o si diano sentenze della Corte costituzionale o decisioni esecutive di altre autorità giurisdizionali, generali o generalizzabili, che "producano nuovi e maggiori oneri rispetto alle spese autorizzate" (art. 61).

Qui interessa in particolare render conto di un "istituto" che da un punto di vista civilistico riesce piuttosto strano, per non dir altro. Secondo l'art. 48, c. 3, i contratti collettivi devono essere corredati da "prospetti contenenti la quantificazione degli oneri nonché l'indicazione della copertura complessiva per l'intero periodo di validità contrattuale". E fin qui niente da obiettare, ma aggiunge che tali prospetti servono ad attivare "apposite clausole" debitamente previste ed inserite, che rendono possibile "prorogare l'efficacia temporale del contratto ovvero sospenderne l'esecuzione parziale o totale in caso di accertata esorbitanza dai limiti di spesa" <sup>(68)</sup>.

La formulazione approssimativa di per sé ne rende assai problematica l'applicazione già a partire dalla questione preliminare, se cioè

<sup>(66)</sup> Si veda però, in tema almeno GRAGNOLI, *Contrattazione collettiva, relazioni sindacali e riforma dell'ARAN*, in questa *Rivista*, 2008, 1015 ss.

<sup>(67)</sup> Sul punto di recente Cfr. TALAMO, *La riforma del sistema di relazioni sindacali nel lavoro pubblico*, cit., 8 ss. Ma si può vedere anche L. GALLO, *Gli aspetti procedurali della contrattazione collettiva nel lavoro pubblico*, in questa *Rivista*, 2004, 94 ss.

<sup>(68)</sup> Cfr. anche SOLOPERTO, *La contrattazione collettiva nel settore pubblico*, cit., 326 ss., ancora D'ONGHIA, *I soggetti della contrattazione collettiva di parte pubblica*, cit., 375 ss. e DELFINO, *Comitati di settore e rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni*, cit., 191 ss.

I trattasi di una mera indicazione di buona politica contrattuale o di una direttiva vincolante elevata a condizione di legittimità o d'una clausola legale inserita di diritto; d'altronde, poi, l'attivazione della clausola dovrebbe dar per scontata una valutazione condivisa della esorbitanza della spesa, nonché essere rimessa ad entrambe le parti del contratto, che dal contesto risulterebbero essere quelli nazionali, con l'ulteriore questione relativa alla procedura applicabile per la proroga o per la sospensione. Tutto questo a prescindere dalla difficoltà "tecnica" e soprattutto "politico-sindacale" di una messa in opera, in corso di vigenza, di una disciplina partorita a conclusione di una procedura complessa ed articolata, di regola ben oltre la scadenza di quella precedente <sup>(69)</sup>. Sicché resta l'impressione che trattasi di una qual sorta di concessione verbale all'auto-regolamentazione delle parti, destinata a trovare ben altra traduzione negli artt. 49, sull'interpretazione autentica dei contratti collettivi, e 64, sull'accertamento pregiudiziale sull'efficacia, validità ed interpretazione dei contratti collettivi. D'altronde, come dimostra l'esperienza, quando il Governo intende intervenire sulla spesa del personale, lo fa per diminuirla o almeno decelerarla con riguardo alla contrattazione nella sua dinamica fisiologica e, dunque, a prescindere da qualsiasi esorbitanza patologica di quella pregressa; e prolunga sì la vigenza della disciplina collettiva, ma non con una proroga, bensì con un "blocco" della tornata dei rinnovi <sup>(70)</sup>.

Una soluzione diversa è prospettata dall'art. 40, comma 3 quinquies, secondo capoverso, che dopo aver previsto per la contrattazione integrativa che nei "casi di violazione dei vincoli e dei limiti di competenza imposti dalla contrattazione nazionale o dalle norme di legge, le clausole sono nulle, non possono essere applicate e sono sostituite ai sensi degli articoli 1339 e 1419, secondo comma, del codice civile", aggiunge che se sia accertato un "superamento di vincoli finanziari da parte delle sezioni regionali di controllo della Corte dei conti, del Dipartimento della funzione pubblica o del Ministero dell'economia e delle finanze è fatto altresì obbligo di recupero nell'ambito della sessione negoziale successiva", periodo quest'ultimo poi richiamato dall'art. 40-bis, comma 1 <sup>(71)</sup>. Da ciò sembra doversi dedurre che la nullità

---

<sup>(69)</sup> Si veda TALAMO, *La riforma del sistema di relazioni sindacali nel lavoro pubblico*, in WP C.S.d.l.E. "Massimo D'Antona".IT, n. 96/2010; e VISCOMI, *La contrattazione collettiva nazionale*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica*, cit., 50 ss.

<sup>(70)</sup> Su cui, oltre a quanto osservato altrove in questo Trattato, cfr. ZOLI, *La struttura della contrattazione collettiva nel settore pubblico*, in FIORILLO-PERULLI (a cura di), *Il nuovo diritto del lavoro*, cit.

<sup>(71)</sup> Si è ritenuto che attraverso tale disposizione — che ricalca, peraltro,

o di una  
ia clau-  
la clau-  
la esor-  
arti del  
lli, con  
roroga  
à "tec-  
i corso  
cedura  
la pre-  
orta di  
nata a  
uten-  
le sul-  
D'al-  
inter-  
cefele-  
ica e,  
quella  
non  
i (70).  
quin-  
zione  
com-  
egge,  
te ai  
ile",  
ri da  
del  
tia e  
ses-  
dal-  
lità  
oro  
La  
cit.,  
OLI,  
I(a  
ro,  
ia

con conseguente sostituzione delle clausole difformi non sia considerata di per sé sempre sufficiente per evitare il superamento dei vincoli finanziari; ma resta pur sempre che in tale ipotesi l'amministrazione resta obbligata a richiedere indietro anche per via giudiziaria le somme indebitamente corrisposte ai dipendenti. Se così è, il recupero col successivo contratto, per riuscire "liberatorio", dovrebbe essere effettuato non in modo complessivo ed indifferenziato, cioè sotto forma di una sorta di sconto compensativo — come pare far intendere il testo legislativo — bensì specificando motivi, casi e lavoratori interessati (72).

10. *L'interpretazione autentica e l'accertamento pregiudiziale sull'efficacia, validità ed interpretazione del contratto collettivo.*

Una preoccupazione corrente al tempo della c.d. privatizzazione era quella per cui ne sarebbe conseguita un'autentica alluvione di controversie da parte dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni coinvolte, prodotta in larga misura dalla introduzione nel pubblico impiego della contrattazione collettiva, con tutta la problematica posta dalla validità, efficacia, interpretazione di una disciplina ancor fresca. Del che si trova traccia in una duplice procedura accomunata dalla finalità di contribuire a deflazionare il contenzioso atteso, che si è venuta consolidando nel d.lgs. n. 29/1993, ancor prima del suo "recepimento" nel d.lgs. n. 165/2001 (73). La prima procedura è presentata nella rubrica dell'art. 49 come "Interpretazione autentica dei contratti collettivi", cioè un'interpretazione rimessa alle stesse parti stipulanti e retroattiva (74). Il che trova piena conferma nel testo, per cui qualora sorgano controversie sul significato di clausole contenute

---

quella contenuta nell'art. 67, comma 10, d.l. n. 112 del 2008 — il legislatore abbia inteso in sostanza responsabilizzare i diversi attori del processo, favorendo il recupero delle somme spese in modo scorretto ed assicurando la trasparenza dell'operato della contrattazione anche in sede decentrata, v. NATULLO, *Vincoli e ruoli della contrattazione integrativa*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, cit., 81.

(72) Si veda TALAMO, *La contrattazione integrativa dopo il d.lgs. n. 150/2009. Le prime applicazioni giurisprudenziali*, cit., 438 ss.

(73) Cfr. GRAGNOLI, *La c.d. interpretazione "autentica" del contratto collettivo*, in F. CARINCI-L. ZOPPOLI (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, cit., tomo I, 481 ss.

(74) Si veda DE ANGELIS, *L'accertamento pregiudiziale sull'efficacia, validità e interpretazione dei contratti collettivi dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni (art. 68 bis, D. Lgs. n. 29/1993)*, in questa Rivista, 1998, 825 ss.

in contratti collettivi, le parti che li hanno stipulati possono incontrarsi, per concludere un "accordo di interpretazione autentica": quanto al modo, l'accordo viene "stipulato con le procedure di cui all'articolo 47"; e quanto all'effetto, esso "sostituisce la clausola in questione fin dall'inizio della vigenza del contratto" (75).

Non esiste un problema sostanziale con riguardo al modo (76), perché il rinvio è a quell'art. 47, che regola il procedimento di contrattazione collettiva condotto dall'Aran con le organizzazioni sindacali rappresentative a livello nazionale; anche se, poi, qui non si tratta di effettuare un rinnovo, ma di chiarire un singolo punto del testo collettivo vigente (77). Esiste, invece, con rispetto all'effetto, dato che il suo carattere retroattivo lo equipara ad una transazione collettiva, peraltro senza previa delega delle parti individuali interessate. Tant'è che nella iniziale versione dell'articolo, si subordinava l'efficacia dell'accordo al consenso di tali parti, in sintonia con l'art. 2113 cod. civ. (78).

Una volta varata la versione attuale, la Cassazione s'è fatta carico di correggerla: perché l'accordo di interpretazione autentica sia valido non è sufficiente l'assenso di organizzazioni sindacali capaci di raggiungere complessivamente le maggioranze previste dall'art. 47; ma è necessario l'avallo di tutte le firmatarie del contratto originario (79). E è una vera e propria soluzione di compromesso, che crede di compensare con un'"apertura sul piano collettivo", data dalla richiesta di un consenso da parte di tutte le organizzazioni sindacali che avevano sottoscritto il contratto, la "chiusura" sul piano individuale, rappresentata dall'esclusione delle persone interessate; ma che rimane esposta a qualche riserva circa la sua correttezza costituzionale (80).

(75) Si vedano VACCARELLA, *Appunti sul contenzioso del lavoro dopo la privatizzazione del pubblico impiego e sull'arbitrato in materia di lavoro*, in *ADL*, 1998, 748 ss.; VALLEBONA, *Le questioni di interpretazione, validità ed efficacia dei contratti collettivi del settore pubblico*, in *GC*, 1998, II, 217 ss.

(76) GRAGNOLI, *La c.d. interpretazione "autentica" del contratto collettivo*, cit.

(77) ANCORA GRAGNOLI, *La c.d. interpretazione "autentica" del contratto collettivo*, cit.

(78) Cfr. NOGLER, *Il contratto collettivo nel prisma dell'accertamento giudiziale*, in *GDLRI*, 2000, 1 ss.

(79) Vedi Cass., 18 aprile 2005, n. 7932, in *GC*, 2006, I, 1013. Nello stesso senso, Cons. St., sez. I, 31 ottobre 2001 n. 955, in questa *Rivista*, 2002, 330, con nota di DE ANGELIS.

(80) Si veda sul punto, con diverse valutazioni DE ANGELIS, *L'accertamento pregiudiziale sull'efficacia, validità e interpretazione dei contratti collettivi dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni (art. 68 bis, D. Lgs. n. 29/1993)*, in

incon-  
autentica":  
e di cui  
isola in

do (76),  
ontrati-  
ndacali  
ratta di  
to col-  
che il  
lettiva,  
Tant'è  
ia del-  
3 cod.

carico  
valido  
li rag-  
; ma è  
(79). E  
npen-  
di un  
evano  
ppre-  
espo-

priva-  
1998,  
ntratti  
o, cit.

o col-  
giudi-  
tesso  
, con

mento  
ei di-  
'), in

rina

La seconda procedura è presentata nella rubrica dell'art. 64 come "Accertamento pregiudiziale sull'efficacia, validità ed interpretazione dei contratti collettivi", cioè un giudizio preliminare per accertare l'operatività e portata delle clausole negoziali, prima di procedere alla loro applicazione nelle fattispecie concrete. Il giudice chiamato a decidere una controversia individuale ricadente nella sua giurisdizione a' sensi dell'art. 63, che richieda la soluzione in via preliminare di una questione concernente l'efficacia, la validità, l'interpretazione di un contratto o accordo collettivo nazionale (81), emana un'ordinanza con cui incarica l'ARAN di verificare se sia possibile stipulare un accordo di interpretazione autentica o di modifica del testo contrattuale (comma 1) (82), fermo restando che solo per l'interpretazione autentica vale la retroattività di cui all'art. 49.

Se tale accordo non viene raggiunto, il giudice pronunzia una sentenza parziale sulla sola questione pregiudiziale, che può essere impugnata, saltando l'appello, con ricorso immediato in Cassazione (cd. ricorso in cassazione *per saltum*) (83) (comma 3). Il che si colloca

questa *Rivista*, 1998, 825 ss.; VACCARELLA, *Appunti sul contenzioso del lavoro dopo la privatizzazione del pubblico impiego e sull'arbitrato in materia di lavoro*, cit.; VALLEBONA, *Le questioni di interpretazione, validità ed efficacia dei contratti collettivi del settore pubblico*, cit.; MARESCA, *Appunti per uno studio dell'interpretazione "autentica" del contratto collettivo di lavoro pubblico*, in FLAMMIA (a cura di), *L'interpretazione dei contratti collettivi di lavoro*, Roma, 1999, 155 ss.; NOGLER, *Il contratto collettivo nel prisma dell'accertamento giudiziale*, cit.; GRAGNOLI, *La c.d. interpretazione "autentica" del contratto collettivo*, cit.

(81) La procedura non è applicabile ai contratti integrativi v. Cass., sez. lav., 21 febbraio 2008, n. 4505, in questa *Rivista*, 2008, 1, 128 (s.m.).

(82) Sul punto v. Cass., sez. lav., 15 settembre 2008, n. 23696, in questa *Rivista*, 2008, 5, 885 secondo cui è rimesso alla decisione del giudice di merito non promuovere il procedimento interpretativo di cui al d.lgs. n. 165 del 2001, art. 64, qualora l'apprezzamento della questione interpretativa della norma collettiva deponga nel senso di non ritenerla di spessore tale da doverne rimettere la soluzione alle parti stipulanti.

(83) La Corte Costituzionale si è già pronunciata due volte sulla disposizione di cui all'art. 64, respingendo una serie di eccezioni di incostituzionalità avanzate dai Tribunali di Genova e di Treviso contro il meccanismo del rinvio a titolo pregiudiziale: cfr. Corte cost. 5 giugno 2003, n. 199 e 22 luglio 2003, n. 268, entrambe in questa *Rivista*, 2003, rispettivamente 885 e 895 ss., con nota di BORGHESI. I giudici del rinvio lamentavano la irrazionalità di un sistema che consente ad un accordo di incidere su di una controversia già insorta, imponendosi con efficacia retroattiva al giudicante, con arresto del processo civile ed attribuzione al dipendente pubblico di un trattamento deteriore rispetto al dipendente privato. In risposta, la Corte Costituzionale ha sottolineato la persistente disparità tra impiego pubblico e privato e la coerenza normativa

nella scia di quell'estensione del ruolo nomofilattico della Suprema Corte anche alla contrattazione collettiva realizzato con l'art. 61, comma 5, per cui "Il ricorso per cassazione può essere proposto anche per violazione o falsa applicazione dei contratti e accordi collettivi nazionali di cui all'art. 40".

Dopo aver considerato le due procedure nelle loro caratteristiche essenziali, è facile coglierne la finalità deflattiva del contenzioso che le accomuna. L'interpretazione autentica assolve ad una funzione preventiva, col fornire, prima o nel corso di una causa, la "corretta" lettura di una clausola contrattuale controversa, che in quanto retroattiva fin alla data della sua entrata in vigore, blocca qualsiasi rivendicazione esercitabile in forza di una lettura diversa. Se, poi, una volta attivata nel corso di una causa, l'interpretazione autentica dovesse fallire, si aprirebbe la via ad una sentenza parziale, la cui impugnativa *per saltum* permetterebbe di ottenere abbastanza rapidamente una decisione della Suprema Corte, di per sé tale da fornire una interpretazione vincolante per quella sola causa, ma significativa per qualsiasi altra simile si volesse instaurare.

#### 11. *La qualificazione del contratto collettivo nel pubblico vis-à-vis di quella nel privato.*

Si può dire che sia attenuato se non proprio spento il dibattito, all'inizio vivacissimo, sul se il contratto collettivo nell'impiego pubblico possa considerarsi fonte normativa, cioè produttiva di vere e proprie norme giuridiche. La tesi condivisa soprattutto dalla dottrina pubblicistica <sup>(84)</sup> trovava una prima ragione a suo favore nella efficacia generale riconosciuta ai contratti collettivi; e, poi, una composita conferma in tutta una serie di peculiarità relative ai contratti collettivi nazionali: la capacità "derogatoria" riconosciuta sia con riguardo alla disciplina legislativa e regolamentare pre-privatizzazione, in forza del c.d. meccanismo di trasformazione (artt. 69), sia con rispetto ad una

---

del sistema, disattendendo invero la questione più delicata, vale a dire quella della dipendenza dell'esito di una controversia giudiziaria da un atto di disposizione delle parti collettive.

<sup>(84)</sup> Rinvio ancora a G.U. RESCIGNO, *Rapporto di diritto privato speciale o rapporto di diritto pubblico speciale?*, cit.; SCIARRA, *Natura e funzioni del contratto collettivo*, cit.; D'ANTONA, *Autonomia negoziale, discrezionalità e vincolo di scopo nella contrattazione collettiva delle pubbliche amministrazioni*, cit.; RUSCIANO, *La riforma del lavoro pubblico: fonti della trasformazione e trasformazione delle fonti*, cit.; M. GRANDI, *La posizione del contratto collettivo nell'impiego pubblico privatizzato*, cit.

prema  
rt. 61,  
anche  
lettivi

stiche  
che le  
e pre-  
retta”  
retro-  
endi-  
volta  
vesse  
ativa  
una  
pre-  
sias

ris di

ttito,  
pub-  
ere e  
trina  
acia  
con-  
ttivi  
alla  
del  
una

ella  
spo-

ile o  
ratto  
copo  
, La  
nti,  
tiz-

ina

legge precedente espropriatrice di una qualche competenza contrattuale che non escludesse esplicitamente tale possibilità (art. 2, comma 2); la pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale (art. 47, c. 8); l'interpretazione autentica (art. 49); l'accertamento pregiudiziale dell'efficacia, validità ed interpretazione (art. 64); il ricorso in Cassazione per violazione o falsa applicazione (art. 63, comma 5).

Ora, c'è da osservare come la tesi in parola non partiva dalla qualifica del contratto collettivo come fonte normativa per attribuirgli una regolamentazione del tutto assente, a cominciare dall'efficacia generale, ma da una disciplina legislativa esistente, per conferirgli tale qualifica; cosicché finiva per rivestire una rilevanza esclusivamente teorica. Ma, poi, anche la serie di peculiarità sopra ricordate è apparsa subito come non decisiva, a partire da quella considerata più rilevante, cioè l'efficacia generale: di per sé sola non significa molto, per essere un'interpretazione condivisa dell'art. 39, comma 2 ss. Cost., quella secondo cui non si possa assolutamente desumere dal procedimento di conferimento della efficacia *erga omnes* una configurazione pubblicistica del contratto.

Per quanto riguarda le altre tesi, esse sono state affrontate senza dover ricorrere a quella del contratto collettivo fonte di diritto e soprattutto risultano ormai ridimensionate dalla stessa evoluzione legislativa. Così la capacità "derogatoria" di cui al c.d. meccanismo di trasformazione di cui all'art. 71, d.lgs. 165/2001 — ben presto riformulata nei termini di una mera inapplicabilità della normativa preprivatizzazione a seguito dell'intervento della contrattazione collettiva — era stata spiegata dalla dottrina lavoristica, col prendere a prestito da quella pubblicistica una tesi elaborata a proposito della delegificazione per via regolamentare (cfr. art. 17, l. n. 400/1988), e adattandola alla bisogna: qui l'art. 71 avrebbe assunto il futuro contratto collettivo come mero "fatto", cui ricollegare una efficacia derogatoria rispetto alla normativa precedente alla sua emanazione. E se il meccanismo in parola ha poi esaurito lo scopo per cui era stato congegnato, pur sopravvivendo a tutt'oggi nell'art. 69, questa tesi è nel bagaglio dottrinale, sì da essere ripresa con riguardo alla c.d. contrattazione delegata.

Di certo più difficile riusciva applicare la stessa chiave di lettura alla capacità "derogatoria" di cui all'art. 2, comma 2: vi si parlava espressamente di una deroga da parte di un successivo contratto collettivo ad una legge precedente, che avesse invaso l'ambito riservato alla stessa contrattazione collettiva, se ed in quanto tale legge non escludesse apertamente questa conseguenza. Invero, qui l'art. 2, comma 2 avrebbe configurato il futuro contratto collettivo come mero

“fatto”, cui ricondurre un’efficacia derogatoria rispetto ad una normativa non precedente, ma successiva alla sua entrata in vigore.

Si può comunque prescindere dalla *querelle* ermeneutica maturata con riguardo alla precedente versione di questo art. 2, comma 2, perché quella attuale <sup>(85)</sup> prescrive che la legge precedente debba non solo non escludere, ma addirittura prevedere *apertis verbis* la possibilità di deroga da parte di una contrattazione collettiva successiva, di cui risulta ormai ampiamente ridotta la competenza, sicché la questione si presenta oggi meno problematica sul piano teorico e meno rilevante su quello pratico.

Se pur solo per completezza, non è, invece, possibile ignorare che è rimasta a tutt’oggi invariata l’ipotesi di cui all’art. 2, comma 3, che non riguarda l’attribuzione di una capacità “derogatoria” alla contrattazione collettiva, che qui può esercitarla o meno, ma la cessazione automatica dell’efficacia delle “disposizioni di legge, regolamenti o atti amministrativi che attribuiscono incrementi retributivi non previsti dai contratti a far data dall’entrata in vigore del relativo rinnovo contrattuale” <sup>(86)</sup>. A prescindere dalla equiparazione impropria fra legge, regolamenti ed atti amministrativi, perché questi ultimi non hanno titolo in tema di incrementi retributivi, qui si potrebbe recuperare la tesi per cui l’art. 2, comma 3 offre una regola interpretativa: tali disposizioni dovrebbero intendersi a termine, cioè destinate a scadere con l’entrata in vigore del rinnovo contrattuale che le concerne.

Assai meno impegnative risultano le residue peculiarità chiamate in causa. Alcune non mostravano alcuna specialità fin dall’inizio, come la pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale, che, per l’art. 47, comma 8, riguarda solo i contratti e gli accordi nazionali, costituendone una mera fonte informativa concorrente con quelle dei siti Aran e delle amministrazioni interessate, tant’è che la loro efficacia e quella degli stessi contratti integrativi scatta immediatamente e direttamente dalla sottoscrizione definitiva <sup>(87)</sup>. Altre peculiarità hanno, invece,

<sup>(85)</sup> Tra i primi a criticare l’abolizione, operata già con la l. d. n. 15/2009, della c.d. “norma Cassese”, che permetteva di arginare la micro-legiferazione in materia d’impiego pubblico, vedi M.G. GAROFALO, *Delegificazione e rilegificazione*, in GENTILE (a cura di), *Lavoro pubblico: ritorno al passato? La legge Brunetta su produttività e contrattazione*, Roma, 2009, 16 ss.

<sup>(86)</sup> Rinvio ancora alla sintesi di TOPO, *Legge e autonomia collettiva nel lavoro pubblico*, cit., spec. 313 ss.

<sup>(87)</sup> Si veda da ultimo Cass. 11 ottobre 2013, n. 23177 con riferimento in particolare, per quanto attiene al contratto collettivo decentrato, alla precisazione che in tema di giudizio per cassazione, l’esonero dall’onere di depositare il contratto collettivo del settore pubblico su cui il ricorso si fonda deve intendersi limitata ai contratti nazionali, con esclusione di quelli integrativi,

orma-  
urata  
na 2,  
i non  
bilità  
li cui  
one si  
vante

e che  
, che  
itrat-  
zione  
nti o  
pre-  
rovo  
a fra  
non  
upe-  
: tali  
dere

nate  
izio,  
47,  
uen-  
Aran  
iella  
ente  
ece,

009,  
ione  
fica-  
ietta

i nel

o in  
cisa-  
iosi-  
leve  
tivi,

ina

perso la loro specialità iniziale, essendo state estese a tutti i contratti collettivi nazionali di lavoro, inclusi quelli del privato: si pensi all'accertamento pregiudiziale dell'efficacia, validità ed interpretazione dei contratti collettivi nazionali e al ricorso in Cassazione per violazione o falsa applicazione, per i quali valgono ora gli artt. 420 *bis* e rispettivamente 360, comma 1, n. 3, c.p.c.

Certo, resta la peculiarità costituita dall'interpretazione autentica, ma non è che di per sé stessa possa essere considerata risolutiva per la qualificazione del contratto collettivo come fonte di diritto. E, comunque, anche chi ha coltivato questa tesi all'alba stessa della "privatizzazione", deve ormai, *bon grè, mal grè*, dar atto dell'aver la Consulta "costituzionalizzato" la c.d. privatizzazione del pubblico impiego, col ritenerla figlia di quell'"equilibrato dosaggio di fonti regolatrici", comprensivo di un contratto collettivo ricalcato su quello del lavoro privato. Tant'è che lo ritiene potenzialmente soggetto all'art. 39, comma 4, al punto da doverne poi giustificare l'efficacia generale del contratto collettivo richiesta dall'art. 97, comma 1 (ora comma 2), come derivante non da esso stesso ma dalla legge. Con ciò non si intende certo ridimensionare quanto di diverso esiste fra contrattazione collettiva nell'impiego pubblico e nel lavoro privato, così com'è stato ampiamente ricostruito sopra. Ma si vuole solo evidenziare, secondo l'indirizzo dottrinale e giurisprudenziale dominante, che tutto quanto attiene alla provvista delle risorse finanziarie, alla procedura, alla attività di vigilanza successiva costituisce una cornice rilevante, ma non di per sé idonea a snaturare tale contrattazione, che è e resta espressione della comune volontà delle parti contrapposte. Se l'attività negoziale dell'Aran, così come indirizzata dai Comitati di settore, e quella delle singole amministrazioni, deve almeno sulla carta essere ispirata dalle finalità del buon andamento e dell'imparzialità, peraltro espressione tanto generale da poter essere declinata in più di una maniera, quella delle organizzazioni sindacali può sì tener conto di tali finalità, ma subordinatamente alle rivendicazioni classiche relative alla stabilità occupazionale, alla retribuzione, alla carriera, ecc.

Ora, parlare qui, come pur si è fatto, di una "funzionalizzazione"

atteso che questi ultimi, attivati dalle amministrazioni sulle singole materie e nei limiti stabiliti dai contratti collettivi nazionali, tra i soggetti e con le procedure negoziali che questi ultimi prevedono, se pure parametrati al territorio nazionale in ragione dell'amministrazione interessata, hanno una dimensione di carattere decentrato rispetto al comparto e per essi non è previsto, a differenza dei contratti collettivi nazionali, il particolare regime di pubblicità di cui al d.lgs. n. 165 del 2001, art. 47, comma 8, (cfr. Cass. 11 aprile 2011 n. 8231; Cass. 21 settembre 2011 n. 19227).

**Dottrina** ○ *Contrattazione e contratto collettivo nell'impiego pubblico*

della contrattazione collettiva, significherebbe ritenere che entrambe le parti, quindi anche le organizzazioni sindacali siano tenute a concordare su una disciplina comune all'insegna di un interesse pubblico condiviso, che ben potrebbe essere assunto a criterio per sindacarla. Il che richiederebbe coerentemente un ritorno a quel giudice amministrativo, che si è voluto escludere proprio per evitare un controllo sul merito della disciplina collettiva, tale da vanificare completamente la c.d. privatizzazione. Tant'è che quando si prospettò il rischio concreto che la Corte dei conti esercitasse tale controllo in ragione del ruolo assegnatole nel procedimento negoziale nazionale, si provvide, nel passaggio dalla prima alla seconda fase della "privatizzazione", a rivedere lo stesso procedimento per evitarlo.

Né si può argomentare *a contrario*, facendosi forte di qualche formula scappata di mano al legislatore, come pur si è provato a fare ieri, prima che fosse eliminata proprio per la sua ambiguità. Ci si può riprovare oggi, col richiamare l'art. 40, comma 3-bis, secondo capoverso, laddove recita che "La contrattazione collettiva integrativa assicura adeguati livelli di efficienza e produttività dei servizi pubblici, ...". Ma, a prescindere dalla stranezza che una siffatta "funzionalizzazione" sia stata prevista solo per la contrattazione collettiva integrativa, basta proseguire nella lettura del testo legislativo per accorgersi che una tale "funzionalizzazione" non vi è stata affatto. La norma continua, infatti, col precisare come detti livelli di efficienza e produttività dei servizi debbano venir garantiti e cioè "incentivando l'impegno e la qualità della performance ai sensi dell'art. 45, comma 3", il quale, a propria volta, collega il trattamento economico accessorio alla performance individuale ed organizzativa <sup>(88)</sup>.

Dato che non pare possibile evitare di trovare una casella dogmatica a misura del contratto collettivo nell'impiego pubblico, se non a costo di divenire oggetto del giudizio più pesante per uno studioso o aspirante, cioè di essere solo uno attento all'aspetto pratico, rimane da

---

<sup>(88)</sup> Sulla disciplina della valutazione della performance, v. GRAGNOLI, *I principi generali in tema di premi per il merito dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni*, in F. CARINCI-MAINARDI (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico*, cit., 93 ss.; SANTUCCI-MONDA, *Valorizzazione del merito e metodi di incentivazione della produttività e della qualità della prestazione lavorativa*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica*, cit., 279 ss.; OCCHINO, *Misurazione e valutazione della performance nel sistema delle responsabilità*, in NAPOLI-GARILLI (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico tra aziendalismo e autoritarismo* cit., 203 ss.; PUTATURO DONATI, *Merito e premialità nella riforma del lavoro pubblico*, in RGL, 2010, I, 570 ss.; da ultimo v. i contributi in TALAMO (a cura di), *Misura delle prestazioni e riforma della Pubblica Amministrazione*, in questa Rivista, 2013, 15 ss., ove ampi riferimenti.

ch  
in  
co  
da  
gli  
eff  
na  
39  
  
co  
as  
de  
le;  
ri  
pe  
pi  
pr  
cc  
  
pi  
se  
ce  
ti  
  
d  
co  
p  
l'  
ra  
d  
ii  
b  
-  
  
B  
l'  
v  
n  
a  
a  
c  
M  
z  
  
I

rambe  
a con-  
bblico  
aria. Il  
imini-  
llo sul  
nte la  
icreto  
ruolo  
e, nel  
rive-

alche  
a fare  
i può  
capo-  
ra as-  
blici,  
izza-  
agra-  
gersi  
uma  
dut-  
npe-  
", il  
alla

ma-  
on a  
io o  
e da

li, I  
iche  
oro  
en-  
POLI  
one  
La  
ss.;  
L,  
lle  
15

1a

chiedersi se si possa parlare di un contratto tipico oppure atipico o innominato. Non v'è dubbio alcuno che il suo referente, costituito dal contratto collettivo c.d. di diritto comune, sia stato messo a punto dalla dottrina e dalla giurisprudenza come innominato o atipico, tagliato a misura di un preciso modello social-tipico, ai sensi e per gli effetti dell'art. 1322 c.c.; anche se, poi, tutto un certo indirizzo dottrinale ha creduto di poterlo vedere nominato o tipizzato dallo stesso art. 39, comma 1, Cost.

Sia chiaro, il contratto collettivo c.d. di diritto comune veniva considerato atipico o innominato nel duplice senso che tale termine assume nel corrente linguaggio dottrinale<sup>(89)</sup>: sia della assenza di una definizione legale della causa; sia della mancanza di una disciplina legislativa. Il che ha comportato per tale contratto la necessità di ricorrere alla disciplina generale dettata dal libro IV del codice civile per le obbligazioni e per i contratti, peraltro debitamente manipolata proprio con riguardo alla sua efficacia oggettiva e soggettiva fin dalla prima giurisprudenza col resuscitare l'art. 2077 c.c. e rispettivamente col valorizzare l'art. 36, comma 1, Cost.

Rispetto a tale referente, quello introdotto e disciplinato dalla c.d. privatizzazione, appare pur sempre innominato o atipico nel primo senso, perché anche qui manca una definizione legale della causa, non certo nel secondo, perché risulta sottoposto ad una disciplina legislativa dettagliata ed autosufficiente.

A questo punto, si può assumere che il contratto collettivo c.d. di diritto comune sia quello "ordinario", per poi qualificare il contratto collettivo nell'impiego pubblico come "speciale". Ma si può anche prefigurare un *genus* comune all'uno ed all'altro per sottolinearne l'identica natura di espressione dell'autonomia privata collettiva, garantita e promossa dall'art. 39, comma 1 cost.; cui ricondurre, poi, le due *species* tenute ben distinte per enfatizzarne la differente disciplina in ragione dell'essere diversa la controparte datoriale, privata e pubblica.

(89) Tra i tanti, si vedano almeno MARIUCCI, *La contrattazione collettiva*, Bologna, 1985; LIEBMAN, *Contributo allo studio della contrattazione collettiva nell'ordinamento giuridico italiano*, Milano, 1986; GIUGNI, *Contratti collettivi di lavoro*, in EGT, Roma, 1988, vol. III; ROMAGNOLI, *Il contratto collettivo di lavoro nel novecento italiano*, in GDLRI, 2000, 225 ss.; RUSCIANO, *Contratto collettivo e autonomia sindacale*, Torino, 2003; SANTUCCI-L. ZOPPOLI, *Contratto collettivo e disciplina dei rapporti di lavoro*, Torino, 2004; PERSIANI, *Il contratto collettivo di diritto comune nel sistema delle fonti del diritto del lavoro*, in ADL, 2004, 1 ss.; M.G. GAROFALO, *Per una teoria giuridica del contratto collettivo - Qualche osservazione di metodo*, in GDLRI, 2011, 515.

## I 12. *La crescente divaricazione di disciplina fra pubblico e privato.*

Si può, al termine di questa panoramica sull'attuale, confermare la valutazione espressa all'inizio, che quella restituitaci dalla lunga evoluzione legislativa non è una "privatizzazione" rispondente all'aspettativa e alla finalità della riforma, cioè di ricondurre l'intero universo del lavoro ad una "casa comune". Dall'aprirsi del primo decennio del secolo, la spinta originaria si è esaurita, per poi lasciare il passo ad una contro-spinta verso una rinnovata diversità di disciplina fra impiego pubblico e lavoro privato. Come visto, l'art. 2, comma 2, primo periodo del Tupo continua a recitare che i "rapporti di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche sono disciplinati dalle disposizioni del capo I, titolo II, del libro V del codice civile e delle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, fatte salve le diverse disposizioni contenute nel presente decreto", con l'aggiunta effettuata dall'art. 33, comma 1, lett. a) del d.lgs. n. 150/2009, significativa nella sua superfluità "che costituiscono disposizioni a carattere imperativo", ma queste ultime sono divenute assai rilevanti e consistenti con riguardo a quella stessa normativa del rapporto di lavoro non dirigenziale, proprio dove la convergenza era ampia e significativa.

Questa involuzione della stessa normativa del rapporto di lavoro non dirigenziale trova a *pendant* una precisa tendenza legislativa che si sviluppa con continuità dalla riforma Biagi alla riforma Fornero<sup>(90)</sup>, cioè quella di ritornare su una disciplina nata o divenuta comune, per differenziarla, con una tecnica peculiare: modificarla per il lavoro privato; mantenerla identica per l'impiego pubblico, con "delega" alla concertazione Governo-Parti sociali per una futura armonizzazione. Così il d.lgs. n. 276/2003, al suo art. 1, comma 2, stabiliva che "Il presente decreto non trova applicazione per le pubbliche amministrazioni e il loro personale"; e, al suo art. 86, comma 8, aggiungeva che "Il Ministro della funzione pubblica convoca le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative ... per esaminare i profili di armonizzazione conseguenti all'entrata in vigore del presente decreto". E, ora, la l. n. 92/2012, al suo art. 1, comma 7, recita che le "disposizioni della presente legge, per quanto da esse non espressa-

---

<sup>(90)</sup> Sul tema si vedano almeno F. CARINCI-M. MISCIONE (a cura di), *Commentario alla Riforma Fornero* (Legge n. 92/2012 e Legge 134/2012), Milano, 2012; MAGNANI, TIRABOSCHI (a cura di), *La nuova riforma del lavoro*, Milano, 2012; PELLACANI (a cura di), *Riforma del lavoro*, Milano, 2012; CINELLI-FERRARO-MAZZOTTA (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro*, Torino, 2012; CHIECO (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012 n. 92*, Bari, 2013; e tra gli altri *ex multis* VALLEBONA, *La riforma del lavoro*, Torino, 2012.

are la  
evo-  
spet-  
verso  
o del  
l una  
diego  
o pe-  
pen-  
posi-  
gi sui  
e di-  
uata  
nella  
pera-  
con  
gen-

vorò  
he si  
(90),  
, per  
vorò  
alla  
one.  
è "Il  
stra-  
e "Il  
icali  
i di  
de-  
e le  
ssa-

om-  
no,  
12;  
OTTA  
essi-  
13;

ina

mente previsto, costituiscono principi e criteri per la regolazione dei rapporti di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni"; e, al suo art. 1, comma 8, precisa chi, come e perché dovrebbe dedurre tali "principi e criteri", affermando che il Ministro, "sentite le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative ... individua e definisce, anche mediante iniziative normative, gli ambiti, le modalità e i tempi dell'armonizzazione della disciplina relativa ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche". Ad interessare era ed è la modifica limitata al lavoro privato, perché la concertazione per l'"armonizzazione", prevista dall'art. 86, comma 8 d.lgs. n. 276/2003, non avrà mai luogo; e, a sua volta, quella contemplata dall'art. 1, comma 8 troverà solo una qual sorta di anticipazione, senza seguito alcuno, nell'accordo 11 maggio 2009 fra il Ministro e le tre grandi confederazioni, concluso con la l. n. 92/2009 ancora *in itinere*, per una apertura sulla partecipazione sindacale, poi timidamente ripresa dall'art. 2, commi 17-19 d.l. n. 95/2012, e per una riaffermazione della piena validità della reintegra in caso di licenziamento disciplinare illegittimo.

Si è realizzata così una sorta di doppia spinta centrifuga che porta a riaprire la forbice nella disciplina del rapporto individuale fra impiego pubblico e lavoro privato (91). La prima è data dalla costante

(91) Oltre a chi scrive (F. CARINCI, *Art. 18 St. lav. per il pubblico impiego privatizzato cercasi disperatamente*, in AA.VV., *Il contributo di Mario Rusciano all'evoluzione teorica del Diritto del lavoro. Studi in onore. Lavoro pubblico, rappresentanza sindacale, contratto collettivo, diritto di sciopero*, Torino, 2013, 36 ss.), propendono per l'inapplicabilità della l. n. 92/2012 nell'impiego pubblico: BELLAVISTA, *La storia infinita della riforma del lavoro pubblico*, in NAPOLI, GARILLI (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico tra aziendalismo e autoritarismo*, cit., 591; ROMEO, *La legge "Fornero" e il rapporto d'impiego pubblico*, in questa *Rivista*, 2012, 713, che ribadisce sinteticamente la posizione in ROMEO, *Le nuove regole del diritto del lavoro tra incertezze e destrutturazione: privato e pubblico a confronto*, in *LG*, 2013, 552; LUCIANI, *Il licenziamento del dipendente pubblico: un "mito" che non conosce crisi*, in AA.VV., *Il contributo di Mario Rusciano all'evoluzione teorica del Diritto del lavoro. Studi in onore* cit., 64 ss.; VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012* cit., 55; PASQUALETTO, *La questione del pubblico impiego privatizzato*, in CESTER (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, Padova, 2013, 58; SPINELLI, *Le nuove regole del mercato del lavoro e la loro (in)applicabilità ai dipendenti delle pubbliche amministrazioni*, in CHIECO (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario alla legge 28 giugno 2012, n. 92*, Bari, 2013, 844; GERARDO, MUTARELLI, *Il licenziamento nel pubblico impiego dopo la Riforma Fornero (ovvero il cubo di Rubik)*, in questa *Rivista*, 2012, 191 (che però propendono per estendere al pubblico impiego il nuovo rito speciale per i licenziamenti); M. MISCIONE, *Il licenziamento e il rito del lavoro nelle pubbliche amministrazioni dopo la legge 92 del 2012*, in *GI*, in corso di pubblicazione. Giunge a ritenere tutt'ora applicabile sempre la reintegra al licenziamento disciplinare illegittimo nell'impiego pub-

attenzione per la spesa nel pubblico impiego, che si concretizza in una rigidità normativa della prestazione, tale da limitare, se non addirittura escludere una flessibilità "in entrata" o "in uscita"; la seconda è costituita dalla crescente preoccupazione per la situazione occupazionale nel lavoro privato, che si scarica proprio in un incremento di flessibilità in uscita.

La spinta centrifuga operante sul pubblico impiego doveva inevitabilmente riguardare la regolamentazione legislativa della contrattazione collettiva, giacché l'art. 2, comma 3, primo e secondo periodo del Tupo continua ad affermare che "I contratti collettivi sono stipulati secondo i criteri e le modalità previste nel titolo III del presente decreto (...)", a quest'ultimo titolo ben si addice la nota esclamazione "*Quantum mutatus ab illo!*". Come visto, quel titolo III era già curvato a misura di un datore pubblico, con un duplice vincolo costituzionale: quello dell'equilibrio di bilancio; e quello del "buon andamento", nonché della "imparzialità dell'amministrazione" (art. 97, comma 2). Ma lo è divenuto ancor più con quel processo di ri-legificazione che ha trovato almeno per ora la sua conclusione nella c.d. riforma Brunetta, dove la contrattazione collettiva appare ridimensionata nella sua area di manovra e assoggettata a rigida sorveglianza.

Questo non significa che la scena possa essere girata tutta in bianco e nero. Se la si guarda dal lato del lavoro privato, si può

---

blico BOSCATI, *La difficile convivenza tra il nuovo articolo 18 e il lavoro pubblico*, in WP C.S.d.l.E. "Massimo D'Antona".IT, n. 170/2013, tramite il diverso percorso argomentativo che valorizza la natura imperativa delle speciali norme contenute nel d.lgs. n. 165/2001 (non richiamate espressamente dal nuovo art. 18 St.lav., che invece richiama l'art. 7 St.lav.); analogamente DE LUCA, *Riforma della tutela reale contro il licenziamento illegittimo e rapporto di lavoro privatizzato alle dipendenze di amministrazioni pubbliche: problemi e prospettive di coordinamento*, in questa Rivista, 2013, 2 ss. Propendono invece per l'applicabilità del nuovo art. 18 St. lav. nell'impiego pubblico: TAMPIERI, *La legge n. 92/2012 e il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in PELLACANI (a cura di), *Riforma del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2012, 29; GENTILE, *I dipendenti delle pubbliche amministrazioni*, in CINELLI-FERRARO-MAZZOTTA (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro: dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013* cit., 227 (che propende però per escludere il pubblico impiego dal nuovo rito speciale); CAVALLARO, *Pubblico impiego e (nuovo) art. 18 e (nuovo) art. 18 St. lav.: "difficile convivenza" o coesistenza pacifica?*, WP C.S.d.l.E. "Massimo D'Antona".IT, n. 176/2013 (rielaborazione di *L'art. 18 St. lav. e il pubblico impiego: breve (per ora) storia di un equivoco*, in questa Rivista, 2012, 1019), 2 ss.; RIVERSO, *Indicazioni operative sul rito Fornero (con una divagazione minima finale)*, testo scritto presentato in occasione dell'incontro di studio organizzato dal CSM sul tema, a Roma in data 29 ottobre 2012, in [www.magistraturademocratica.it](http://www.magistraturademocratica.it), 2 ss.; DEL PUNTA, *Sull'applicazione del nuovo art. 18 al rapporto di lavoro pubblico*, in RIDL, 2013, II, 420.

a in una  
addirit-  
tonda è  
spazio-  
ento di

a inevi-  
tratta-  
eriodo  
ipulati  
lecreto  
'Quan-  
vato a  
onale:  
ento",  
na 2).  
he ha  
netta,  
a area

ta in  
può

co, in  
corso  
onte-  
rt. 18  
orma  
zzato  
dina-  
à del  
? e il  
voro,  
ioni,  
rma  
re il  
ovo)  
WP  
3 St.  
sta,  
ga-  
di  
in  
rt.

na

osservare come ci sia stato al tempo stesso, in forza degli accordi interconfederali del giugno 2011 e del maggio 2013, un ulteriore allontanamento ed un riavvicinamento rispetto all'impiego pubblico. L'allontanamento è percepibile sul punto strategico, dato dal rapporto fra livelli: diversamente dall'impiego pubblico, nel lavoro privato quel rapporto era, ieri, a' sensi del Protocollo del luglio '93, debole, per non essere la contrattazione nazionale assistita da efficacia reale rispetto a quella integrativa; e oggi, a' sensi dell'accordo del luglio 2011, è divenuto anche flessibile, per essere la contrattazione integrativa dotata di una facoltà di deroga riguardo a quella nazionale. Il riavvicinamento è, invece, ben visibile nell'adozione della formula mista associativa/elettiva necessaria per selezionare le organizzazioni sindacali da ammettere alla negoziazione nazionale e per calcolare la maggioranza del 50%+1 delle sigle sindacali firmatarie ai fini della stipula dei contratti di comparto; anche se a tutt'oggi la traduzione di tale formula, consegnata alle federazioni, si presenta assai difficile in una realtà produttiva ed occupazionale diversa da quella pubblica, più frammentata e meno sindacalizzata.

Se, poi, ci si sposta a guardare la stessa scena dal lato dell'impiego pubblico, si può constatare come ci sia stato un ulteriore riavvicinamento tra i due universi del lavoro dipendenti. Ciò per effetto della ricezione nelle P.A. dell'accordo quadro "separato" di riforma degli assetti contrattuali del 22 gennaio 2009 e del relativo accordo interconfederale attuativo <sup>(92)</sup> che hanno modificato il Protocollo del luglio '93 relativamente alla cadenza dei rinnovi contrattuali: ora l'art. 40, comma 3 del Tupi prevede, infatti, che "La durata viene stabilita in modo che vi sia coincidenza fra la vigenza della disciplina giuridica e di quella economica".

<sup>(92)</sup> Ho già ragionato in modo approfondito sul tema in F. CARINCI, *Una dichiarazione d'intenti: l'Accordo quadro 22 gennaio 2009 sulla riforma degli assetti contrattuali*, in WP C.S.d.I.E. "Massimo D'Antona".IT, n. 86/2009; più di recente cfr. F. CARINCI, *Alice non abita più qui (a proposito e a sproposito del "nostro" diritto sindacale)*, in corso di pubblicazione in GDLRI, 2013; ma vedi anche Pessi, *Prospettive evolutive delle relazioni industriali in Italia: la riforma degli assetti contrattuali*, in DRI, 2009, 2, 326 ss.; FERRANTE, *L'accordo interconfederale dell'aprile 2009 di riforma del sistema della contrattazione collettiva: brevi note*, in ADL, 2009, 1021 ss.; BELLARDI, *La revisione della struttura contrattuale negli accordi separati del 2009*, in RGL, 2009, I, 447 ss.; RICCI, *L'accordo quadro e l'accordo interconfederale del 2009: contenuti, criticità e modelli di relazioni industriali*, in RIDL, 2009, I, 353 ss.; nonché da ultimo Tosi, *Gli assetti contrattuali fra tradizione e innovazione*, in ADL, 2013, 511 ss.

I 13. *La riforma "bloccata" fra l'aspettativa di una maggiore efficienza e la realtà di una compressione della spesa pubblica dettata dall'Ue.*

Di più non sembra di poter dire, se non per esprimere il disagio di dover scrivere per un'opera come il Trattato — destinata a durare nel tempo in ragione del suo stesso dna — a proposito di un sistema sindacale, quello del pubblico impiego, iper-regolato, con un particolare dispendio di vincoli procedurali e sostanziali, tutti finalizzati ad assicurarne un funzionamento fisiologico, cioè rispettoso del duplice vincolo costituzionale: l'equilibrio di bilancio, oggi rafforzato col limite al ricorso all'indebitamento (art. 81 commi 1 e 2) e operante nei confronti di tutte le pubbliche amministrazioni "in coerenza con l'ordinamento dell'Unione europea" (art. 97, comma 1)<sup>(93)</sup>; dall'altro, il "buon andamento" e l'"imparzialità dell'amministrazione" (art. 97, comma 2). Si tratta, però, di un sistema sottoposto, nel caso migliore, ad un continuo *stop and go* da parte di un Governo costretto ad inseguire affannosamente il miraggio di un deficit non superiore al 3% se non addirittura a ipotizzare, prima o poi, un rimaneggiamento più o meno radicale, sul punto, della stessa riforma.

Per l'intanto l'art. 9, co. 17, del d.l. 78/2010 (convertito con modificazioni dalla l. 122/2010) aveva previsto il blocco delle procedure contrattuali relative al triennio 2010-2012, successivamente esteso fino al 2014. L'art. 16 d.l. 98/2011 ha poi previsto la possibilità di prorogare, con regolamento, fino al 31 dicembre 2014 le "vigenti disposizioni che limitano la crescita dei trattamenti economici anche accessori del personale delle Pubbliche Amministrazioni". Il blocco è stato attuato con il DPR 4 settembre 2013, n. 122 con cui si è altresì previsto che si dia luogo alle procedure contrattuali e negoziali ricadenti negli anni 2013-2014 per la sola parte normativa e senza possibilità di recupero per la parte economica.

---

<sup>(93)</sup> Sul tema, nel tempo a noi più vicino, A. MORRONE, *Pareggio di bilancio e Stato costituzionale*, in *LD*, 2013, 365 ss., e GOLINO, *Il principio del pareggio di bilancio. Evoluzione e prospettive*, Cedam, Padova, 2013, 138 ss., ove ulteriori riferimenti.