

Legge, contratto collettivo e circuiti della rappresentanza nella riforma "meritocratica" del lavoro pubblico

di Lorenzo Zoppoli

Sommario

1. Cosa cambia con la riforma Brunetta sul piano normativo e sul piano sistematico. – **2.** In particolare: la delegificazione rivisitata e l'assimilazione legge/contrattazione nazionale. – **3.** La legge-regolamento: una nuova stagione legislativa sulla gestione del personale. – **4.** Il contratto-regolamento: la predeterminazione legale delle convenienze contrattuali. – **5.** Tranelli interpretativi e tranelli applicativi. – **6.** La concorrenza (sleale) tra le fonti. – **7.** I rischi di sistema e la scomposizione/ricomposizione dei circuiti della rappresentanza politico-sindacale.

1. Cosa cambia con la riforma Brunetta sul piano normativo e sul piano sistematico

La l. 4 marzo 2009, n. 15 e il d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150 hanno un impatto molto incisivo sul rapporto tra legge e contratto con riguardo almeno a tre aspetti di fondo: *a)* il sostanziale abbandono di un sistema di regolazione del lavoro pubblico stabilmente delegificato; *b)* il ripristino di un chiaro carattere imperativo della normativa legale; *c)* l'ampliamento delle materie sottratte alla contrattazione collettiva, da regolare preferenzialmente in via unilaterale. Queste tre modifiche sono tali da alterare sensibilmente il modello normativo introdotto dalle riforme degli anni '90, mutando il processo di unificazione regolativa tra pubblico e privato, nonostante tale processo venga richiamato nell'oggetto e nei criteri di delega contenuti nella l. n. 15/2009, che si presenta perciò per più versi contraddittoria.

Gli aspetti appena menzionati sono però già stati esaminati in molte altre occasioni, così come i conseguenti problemi di coerenza e costituzionalità della "quarta" riforma legislativa

della materia ⁽¹⁾. Sembra ora utile mettere a fuoco le ragioni di fondo del mutamento di scelta legislativa, anche al fine di valutarne l'ammissibilità giuridica in punto di principio e in punto di coerenza logico-sistematica. Vanno poi vagliati praticabilità e riflessi di largo raggio del nuovo sistema regolativo del lavoro pubblico, che configura, com'è sin troppo facile intuire, una profonda invasione dei circuiti e delle regole della rappresentanza politico-sociale, tale da far pensare ad una riforma di carattere propriamente istituzionale.

Inevitabile mi sembra ricondurre questa nuova configurazione dei rapporti legge/contratto collettivo ad una profonda rivisitazione della funzione istituzionale che il legislatore è disposto a riconoscere alla contrattazione collettiva per il lavoro pubblico. In sintesi, mentre in passato lo sguardo era incentrato sulla contrattazione nazionale e sui suoi effetti di razionalizzazione e visibilità/trasparenza dei trattamenti economico-normativi riconosciuti ai dipendenti pubblici, oggi il baricentro della nuova disciplina gravita intorno alla contrattazione integrativa. Quest'ultima, a torto o a ragione, viene regolata con grande diffidenza: essa, infatti, non è ritenuta veicolo né di meritocrazia né di trasparenza. E questo in un provvedimento legislativo che, riguardato sotto l'aspetto "ideologico", tratta l'una (la meritocrazia) e l'altra (la trasparenza) come l' α e l' ω dei suoi orizzonti.

Una conferma abbastanza chiara di questo mutamento di baricentro e di ottica funzionale si ha se si guarda proprio alle modifiche introdotte dalla nuova legislazione alla disciplina dei rapporti di lavoro rimessa ai contratti collettivi nazionali. Al riguardo, nonostante gli annunci e le norme-principio, lo spazio lasciato alla contrattazione nazionale è in definitiva ancora ampio (v. art. 40, comma 1, del d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165 novel-

(1) V. L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Napoli, Editoriale scientifica, 2009, ed ivi gli scritti di con saggi di Edoardo Ales, Stefano Battini, Franca Borgogelli, Rosa Casillo, Benedetto Cimino, Mario Cerbone, Massimiliano Delfino, Marco Esposito, Vincenza Esposito, Umberto Gargiulo, Vincenzo Luciani, Pasquale Monda, Riccardo Mercurio, Carmine Russo, Raffaello Santagata, Rosario Santucci, Paola Saracini, Angelo Scala, Anna Trojsi, Antonio Visconti, Antonello Zoppoli.

lato dal d.lgs. n. 150/09): tanto ampio da non sfruttare fino in fondo neanche le potenzialità “restrittiva” dell’elencazione delle materie riservate alle fonti unilaterali dall’art. 2, comma 1, lett. c), della l. 23 ottobre 1992 n. 421. Questa norma, richiamata “in servizio” attivo dal neo-legislatore, avrebbe permesso di escludere dalla contrattazione collettiva tutta la “disciplina della responsabilità” (art. 2 lett. c) n. 7 della l. n. 421/92); la riforma Brunetta invece non esclude, ma anzi esplicitamente consente, la contrattazione collettiva sulle sanzioni disciplinari dei dipendenti pubblici, seppure “negli esclusivi limiti previsti dalle norme di legge” (così sempre il novellato art. 40, comma 1). E non va sottaciuto che una porzione non irrilevante della contrattazione nazionale in materia viene “legificata” proprio con il d.lgs. n. 150/09 ⁽²⁾.

A ben guardare, e ferma restando l’ambiguità della nuova formula di apertura dell’art. 40, comma 1, del d.lgs. n. 165/01 (“la contrattazione collettiva determina i diritti e gli obblighi direttamente pertinenti al rapporto di lavoro” ⁽³⁾), l’unica “materia” esclusa *ex novo* dalla legge che sembrerebbe incidere più direttamente sulla contrattazione nazionale è quella del conferimento e della revoca degli incarichi dirigenziali. Al riguardo nemmeno si deve però trascurare che l’art. 19 del d.lgs. n. 165/01, rubricato appunto “incarichi di funzioni dirigenziali”, già era stato corredato da un comma 12-*bis* dalla l. 15 luglio 2002 n. 145, in base al quale le sue disposizioni costituivano “norme non derogabili dai contratti o accordi collettivi”.

Per il resto, tutte le modifiche legali dell’ambito materiale della contrattazione collettiva riguardano essenzialmente la contrattazione integrativa e, più in generale, la possibilità di regolare le relazioni sindacali a livello micro-organizzativo, destinate a “barcamenarsi” tra prassi informative e spazi di negoziazione integrativa espressamente previsti dalla contrattazione

(2) F. BORGOGELLI, *La responsabilità disciplinare del dipendente pubblico*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Napoli, Editoriale scientifica, 2009.

(3) V. cap. 1 di *Ideologia e tecnica*, cit.

nazionale entro i più rigorosi limiti indicati dal legislatore ⁽⁴⁾.

2. In particolare: la delegificazione rivisitata e l'assimilazione legge/contrattazione nazionale

Anche l'alterazione del rapporto legge/contratto configurato originariamente dal d.lgs. n. 165/01 va analizzata con molta attenzione. È vero infatti che l'art. 1 della l. 15/09, modificando l'art. 2, comma 2, del d.lgs. n. 165/01, ribalta il rapporto tra microlegislazione riguardante solo il lavoro pubblico e contrattazione collettiva; ed è anche vero che tale modifica, prevedendo la necessità di un'espressa "autorizzazione legislativa" per la contrattazione collettiva derogatoria di disposizioni speciali per il lavoro pubblico contenute in leggi, statuti o regolamenti, vanifica in buona misura la delegificazione sistematica perseguita con la riforma degli anni '90, che aveva un importante significato proprio per ridurre l'incidenza dei circuiti politici sulle negoziazioni del lavoro pubblico ⁽⁵⁾. Per questo verso quindi può dirsi che si sono ripristinate le condizioni per una nuova giungla normativa rispetto alla quale la contrattazione collettiva si ritroverà giuridicamente impotente e, per di più, costretta a subire la concorrenza "sindacale" di un legislatore reso più potente che mai. Il legislatore non solo infatti può intervenire nelle materie oggetto di contrattazione, come ha sempre potuto fare, ma produrrà, di norma, un effetto di rilegificazione dei trattamenti normativi dei dipendenti pubblici che allontanerà sempre

(4) V. G. NATULLO, P. SARACINI, *Vincoli e ruoli della contrattazione integrativa*; E. ALES, *Le prerogative datoriali delle pubbliche amministrazioni e il loro doveroso esercizio*; R. SANTUCCI, P. MONDA, *Valorizzazione del merito e metodi di incentivazione della produttività e della qualità della prestazione lavorativa*, tutti in L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Napoli, Editoriale scientifica, 2009; U. CARABELLI, *I poteri dirigenziali nel limbo della non contrattabilità*, relazione al convegno "Lavoro pubblico: riforme in corso e strategie di sviluppo organizzativo per gli enti locali", Bologna, 6-10-2009.

(5) È infatti evidente che se la pressione di un gruppo di lavoratori per ottenere un certo trattamento normativo arriva ad essere accolta in una legge, è ben difficile che poi quella stessa legge si autoqualifichi come derogabile dalla contrattazione collettiva.

più il pubblico dal privato.

La riforma Brunetta però non intende rinunciare alle potenzialità perequatrici che la contrattazione collettiva nazionale può avere riguardo ai trattamenti economico-retributivi. Infatti l'art. 1 della l. n. 15/09 in materia retributiva non si rimangia la regola della prevalenza del contratto sulla microlegislazione (art. 2, comma 3, del d.lgs. n. 165/01): e con questo conferma l'intenzione del legislatore di continuare ad avvalersi ampiamente della contrattazione collettiva nazionale per finalità di governo della spesa dei trattamenti economici dei dipendenti pubblici. L'obiettivo viene per la verità realizzato in modo alquanto maldestro: infatti la regola contenuta nell'art. 2, comma 3, del d.lgs. n. 165/01, sia per la sua automaticità sia perché va oggi letta alla luce della diversa filosofia della riforma – che, come s'è detto, svaluta profondamente la contrattazione collettiva come veicolo di razionalità normativo/organizzativa – è una regola destinata, da un lato, ad essere ridimensionata e, dall'altro, ad avere un'applicazione sempre più problematica, con la crescita certa del contenzioso. Se la si legge con la dovuta attenzione, ci si rende conto che il suo effetto caducatorio si produce soltanto con riguardo a norme di legge, statuto o regolamento che comportino “incrementi retributivi”: una fattispecie difficile da rinvenire se lo strumento unilaterale viene accuratamente utilizzato per regolare problemi interpretativo-applicativi dei tanti istituti retributivi previsti dai contratti collettivi. E non ci sarà da attendere chissà quali *performance* del Parlamento nazionale; basterà seguire scrupolosamente la legislazione regionale o la copiosa normativa secondaria che in materia ha sempre caratterizzato gli enti locali o le aziende sanitarie locali.

Comunque, prescindendo dalla bontà della fattura legislativa, risulta nel complesso evidente che la riforma Brunetta mantiene quasi intatta la funzione regolativa della contrattazione collettiva nazionale, vista essenzialmente come una fonte eteronoma governabile dal “centro” del sistema. Tale centro per di più è disegnato intorno al Presidente del Consiglio dei Ministri e al Ministro per la pubblica amministrazione (v. art. 41 del

d.lgs. n. 165/01): non si deve infatti trascurare che l'organizzazione della contrattazione collettiva viene brutalmente semplificata (non più di quattro contratti di comparto e altrettanti di area: art. 40, comma 2, del d.lgs. n. 165/01) e che i comitati di settore sono praticamente ridotti a due, fungendo la Presidenza del Consiglio da comitato di settore in tutti gli altri casi ⁽⁶⁾.

In sostanza non solo la contrattazione collettiva è considerata come una fonte eteronoma di livello nazionale (assimilabile ad una sorta di legge macrosettoriale), ma si raggiunge il risultato che in una buona percentuale (tutti i dipendenti di ministeri, agenzie, scuola, parastato, università, enti di ricerca) quella fonte sia sotto lo stretto controllo (di una parte) del Governo centrale.

Possiamo dunque dire che, con riguardo agli aspetti esaminati, i confini identitari del contratto rispetto alla legge sfumano perché il primo viene sempre più assimilato alla seconda. Anche se, vista la concentrazione in capo alla coppia Presidente del Consiglio-Ministro per la pubblica amministrazione, si dovrebbe forse più correttamente osservare che la contrattazione collettiva nazionale tende sempre più a (ri)prendere le fattezze di una fonte regolamentare.

3. *La legge-regolamento: una nuova stagione legislativa sulla gestione del personale*

Non bisogna poi trascurare un altro aspetto della riforma Brunetta, che riguarda gli ambiti materiali fatti oggetto di una disciplina legislativa assai più dettagliata e penetrante di quella precedente. Qui a rilevare sono innanzitutto le norme del d.lgs. n. 150/09, soprattutto i titoli II e III. In queste norme si ritrovano puntuali indicazioni in ordine a: a) modalità, ambiti ed estensione dei sistemi di misurazione e valutazione delle per-

(6) M. DELFINO, *Comitati di settore e rappresentanza negoziale delle amministrazioni pubbliche*, in ZOPPOLI L. (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Napoli, Editoriale scientifica, 2009.

formance organizzative e del personale dipendente e dirigenziale; *b*) articolazione del ciclo di gestione della *performance*, organismi competenti, requisiti e monitoraggio di obiettivi e indicatori; *c*) documenti programmatici e consuntivi riguardanti le *performance* (piano e relazione sulla *performance*), con i rispettivi termini di presentazione (31 gennaio e 30 giugno); *d*) tipologia e modalità d'uso degli strumenti di valorizzazione del merito e dei metodi di incentivazione della produttività e della qualità della prestazione lavorativa; *e*) quantificazione dei criteri per la differenziazione delle valutazioni (le famose tre fasce, precisate con riguardo persino alle percentuali 25/50/25%); *f*) indicazione tassativa dei premi per merito e professionalità (bonus annuale delle eccellenze; premio annuale per le innovazioni; progressioni economiche; progressioni di carriera; attribuzione di incarichi e responsabilità; accessi a percorsi di alta formazione e di crescita professionale; premio per l'efficienza) e dei rapporti tra essi intercorrenti; *g*) imputazione delle risorse economico-finanziarie necessarie per le varie premialità; *h*) carattere imperativo della normativa in materia (art. 29) e grado (minimo) di derogabilità da parte della contrattazione collettiva (art. 19, comma 4).

Per valutare il grado di invasività e predeterminazione delle scelte organizzative che questa disciplina configura, occorre aver presente che, pur considerando le diversità connesse alle autonomie costituzionalmente riconosciute, la riforma Brunetta delinea per tutte le pubbliche amministrazioni un sistema meritocratico generalizzato e basato sull'attribuzione (rigidamente) selettiva di riconoscimenti di carattere retributivo a tutti i dipendenti a fronte di una gamma di modelli meritocratici che, nella teoria e nella pratica dei tanti universi organizzativi esistenti, potrebbe presentare un'infinità di variabili (riguardo a: soggetti valutati e premiati; rilevanza della motivazione o della relazione; modalità di *goal setting*; curvatura delle graduazioni valutative; tipologia di premi; criteri di selezione, ecc. ⁽⁷⁾).

(7) V., per tutti e da ultimo, L. BORGOGNI (a cura di), *Valutazione e motivazione delle risorse umane nelle organizzazioni*, Milano, Franco Angeli, 2008.

Se a questo ambito materiale si aggiunge l'espansione della regolazione legislativa in materia disciplinare, risultante dalle innovazioni apportate al d.lgs. n. 165/01 (v. artt. 55-55 *nonies*), e l'ingessatura dei criteri di inquadramento dei dipendenti pubblici prevista dall'art. 54 novellato del d.lgs. n. 165/01 ⁽⁸⁾, si arriva alla conclusione che la riforma Brunetta configura un uso della legge con finalità pervasivamente organizzative, attraverso una regolazione generale di profilo molto minuzioso e dettagliato, tale da ricalcare una modellistica che riporta direttamente agli anni '50. Si potrebbe dire che la riforma è attraversata da un enorme potenziamento della legislazione sull'organizzazione e sulla gestione dei rapporti di lavoro, che, proprio con riguardo ai contenuti (peraltro in gran parte ripresi dalla contrattazione collettiva nazionale), assume anch'essa delle fattezze di tipo regolamentare.

In Italia dunque, dopo oltre cinquant'anni dal testo unico sull'impiego pubblico degli statali (1957), siamo di nuovo dinanzi ad una legge di organizzazione del sistema di gestione del personale, che, a prescindere dalla bontà della specifica strumentazione (che se, cinematograficamente, usiamo il "fermo immagine", può anche essere considerata ottima), prefigura una scelta di tecnica regolativa assai pericolosa per due ragioni: l'effetto di cristallizzazione dei suoi contenuti; l'effetto di giudiziarizzazione delle valutazioni organizzative.

Dinanzi a questo nuovo corso legislativo c'è chi richiama le recenti tendenze, maturate soprattutto negli Stati dell'Est europeo, verso il modello del *Neo-Weberian State*, basato su una più marcata regolazione di procedure e finalità dell'azione amministrativa e finanche dello *status* dirigenziale, un modello che, nella testa del neo-legislatore, quanto meno affiancherebbe, seppure un po' confusamente, il modello del *New Public Management* ⁽⁹⁾. Io ho piuttosto l'impressione di uno spavento-

(8) V. U. GARGIULO, *La promozione della meritocrazia*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Napoli, Editoriale scientifica, 2009.

(9) G. CAPANO, *Administrative Traditions And Policy Change: When Policy Paradigms Matter. The Case Of Italian Administrative Reform During The 1990*, in *Public*

so *dejà vu*. Nel nostro paese l'opzione legislativa si è già tradotta in un'*over-regulation*, che, non più di 25 anni fa, ha dato la stura ad un infinito processo riformatore nel quale è insita la sfida a gestire in modo moderno e *goal oriented* le organizzazioni amministrative, una sfida che le classi dirigenti italiane non si rassegnano ad accettare per quello che è: una grigia conquista quotidiana, lontana dalle pagine dei giornali e dai *talk-show* televisivi così come dai ragionamenti (o, per i più disillusi, dalle "pance") "elettorali" dei cittadini, ma fondamentale per perseguire davvero la soddisfazione degli interessi degli utenti dei tanti servizi pubblici.

4. Il contratto-regolamento: la predeterminazione legale delle convenienze contrattuali

Volgendo ora lo sguardo a quello che abbiamo considerato il cuore della riforma delle regole sul contratto collettivo – cioè la contrattazione integrativa – emerge un'altra peculiarità. Anche a tal riguardo infatti, ferma restando la chiara intenzione di ridimensionare libertà e spazi per la contrattazione integrativa, la riforma Brunetta sembra sposare una concezione della contrattazione piuttosto singolare, che la rende "altro" da quello che è.

In sintesi, e senza ripetere cose già dette, si può rilevare che l'art. 19 del d.lgs. n. 150/09 e l'art. 40 del d.lgs. n. 165/01, novellato dal medesimo d.lgs. n. 150/09, danno vita ad un contratto integrativo che, oltre ad essere confinato negli ambiti materiali e nelle risorse economico-normative fissate dalla legge e dai contratti collettivi nazionali nonché sottoposto a nuovi stringenti controlli (v. artt. 40 e 40-bis del d.lgs. n. 165/01), sembrerebbe dover necessariamente portare a determinati esiti

Administration, 2003, vol. 81, n. 4, p. 781 ss.; R. MERCURIO, ESPOSITO V., *La valutazione delle strutture: il punto di vista dello studioso di organizzazione*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Napoli, Editoriale scientifica, 2009; A. VISCOMI, "Amministrare riformando": *paradigmi organizzativi e funzione pubblica tra razionalità tecnica e valori costituzionali*. Note introduttive, Quaderni Field, 2009.

negoziali. In effetti nel d.lgs. n. 150/09 si può vedere una sorta di “funzionalizzazione forte” del contratto integrativo, cioè una funzionalizzazione non tanto della contrattazione collettiva o, genericamente, del sistema di contrattazione collettiva oppure dell’agire della parte pubblica – tutte funzionalizzazioni alle quali siamo, seppure problematicamente, abituati, in quanto, almeno finché vige l’art. 97 Cost., fanno parte del dna della disciplina del lavoro pubblico ⁽¹⁰⁾ – ma addirittura dei singoli contratti collettivi. Al riguardo si può essere più o meno d’accordo sul se e come fosse configurata in passato la particolare funzionalizzazione della parte datoriale o del sistema contrattuale, cioè la “funzionalizzazione” già ricavabile dal d.lgs. 3 febbraio 1992, n. 29 o dal d.lgs. n. 165/01. Ma la formulazione che troviamo ora negli artt. 19, comma 4, del d.lgs. n. 150/09 e, ancor più, 40, comma 3-bis, del d.lgs. n. 165/01 è ben diversa dal passato. In quest’ultima norma la legge prescrive, in maniera estremamente assertiva, che qualunque espressione della contrattazione integrativa – cioè ciascun contratto integrativo – deve assicurare adeguati livelli di efficienza e produttività dei servizi pubblici e deve destinare una quota prevalente del trattamento economico accessorio alla *performance* individuale. In tal modo la legge fissa un obiettivo, uno scopo, addirittura un contenuto necessario per la contrattazione integrativa, lasciando uno spazio molto limitato all’autonomia negoziale delle parti.

Inoltre va adeguatamente considerato che la riforma del 2009 predispone un percorso di “scavalco” della contrattazione integrativa (e non solo: v. l’inserimento dell’art. 47 bis del d.lgs. n. 165/01) ad opera della regolazione unilaterale (v. art. 40, commi 3-bis e 3-ter, del d.lgs. n. 165/01, modificato dall’art. 54 del d.lgs. n. 150/09), che opera ogniqualvolta le trattative si prolunghino oltre un termine che la contrattazione collettiva nazionale è tenuta a prevedere. Questa norma, seppure entro limiti che in seguito accennerò, può portare ad una regolazione unilaterale provvisoria oppure, più credibilmente,

(10) V., soprattutto e da ultimo, M. RUSCIANO, *Organizzazione pubblica e contrattualizzazione dei rapporti di lavoro*, in *Dir. Pub.*, 2008, p. 70 ss.

può consentire alla parte datoriale di tener ferma la propria “piattaforma” contrattuale (magari parzialmente “anticipata” dal potere di regolazione unilaterale) fino a quando la controparte non sia disposta ad accettarla. Tale regola vale a mettere la parte pubblica in condizione di negoziare “con il coltello sotto il tavolo”: una condizione poco piacevole per l’altra parte e, forse, una meritata Nemesis per sindacati che non hanno esitato a fare qualcosa di simile in passato. Ma, in una valutazione giuridica non grettamente formalistica, non può sfuggire che la configurazione della contrattazione integrativa racchiusa in una simile regola appare ben strana, in quanto – ferma restando l’eventuale scelta dell’amministrazione di mantenere formalmente o sostanzialmente in vita un determinato assetto negoziale (almeno finché ulteriori vincoli eteronomi non lo impediscano) – può dar vita ad un percorso negoziale ad esito predeterminato o predeterminabile ad opera di una delle parti posta comunque in una situazione di notevole “vantaggio” nel condurre la trattativa.

Se, ricordando pure quanto detto nel precedente paragrafo, si considera che nel nuovo quadro legislativo il contratto nazionale sembra dover funzionare come una fonte regolamentare quasi unilaterale e quello integrativo, ridotto in spazi asfittici e fortemente funzionalizzati, può essere predeterminato dalla parte pubblica, davvero si perde di vista l’*ubi consistam* del contratto collettivo nel lavoro pubblico, che dovrebbe mantenere in ogni caso almeno una parte del suo radicamento nel genuino consenso dei lavoratori ⁽¹¹⁾.

5. Tranelli interpretativi e tranelli applicativi

Non bisogna però pensare che il nuovo quadro legislativo sia così chiaro e così solido come potrebbe apparire dall’analisi sin qui svolta. Molteplici sono i “tranelli” interpretativi ed applica-

(11) V., da ultimo, L. ZOPPOLI, *Contratto collettivo del lavoro pubblico*, voce del Digesto delle discipline privatistiche, sez. Commerciale, Aggiornamento, Utet, 2009, p. 125 ss.

tivi racchiusi sia nella rilegificazione del lavoro pubblico sia nella funzionalizzazione dei contratti integrativi.

Ad alcuni di questi tranelli già ho accennato: derivano dalle lacune nei criteri di delega o da criteri di delega tradotti in modo poco conseguente nel decreto legislativo (naturalmente quello che conta è la delega realizzata senza avere la base, non il caso inverso). Vi sono poi altri problemi, per nulla secondari.

Innanzitutto il decreto legislativo è pieno di formulazioni o troppo vaghe (esempio: “diritti e obbligazioni direttamente pertinenti al rapporto di lavoro”) o troppo imperative (“destina... una quota prevalente del trattamento accessorio”). Tanto le formule vaghe quanto quelle troppo imperative o invasive consentono un controllo finale sulla contrattazione collettiva o sulle procedure di negoziazione, che è destinato a prevalere (per giunta *ex post*) sul controllo esercitato dal vertice politico o dal dirigente legittimato a negoziare. Quando, ad esempio, la legge fissa direttamente un criterio che si riflette su una determinata attività (dall’assegnazione degli obiettivi alla stipulazione di un contratto), alla fine il rispetto di quel criterio può esser fatto valere dinanzi al giudice ed è il giudice abilitato a darne l’ultima interpretazione, vincolante ovviamente anche per il vertice politico o dirigenziale. Un esempio può essere proprio la nuova versione del più volte citato art. 40, comma 3-bis, del d.lgs. n. 165/02 con la sua “quota prevalente”: in caso di dissenso tra le parti contrapposte o tra le organizzazioni a decidere sull’osservanza di questo criterio non sarà l’autorità politica ma il giudice. E siccome ogni volta che un contratto integrativo è in contrasto con una di queste norme, si tratta di contrasto con norma imperativa – secondo l’esplicita qualificazione dell’art. 2, comma 2, del d.lgs. n. 165/01, come modificato dall’art. 33, comma 1, del d.lgs. n. 150/09 – scatterà sempre la sanzione della nullità, che può essere fatta valere da chiunque davanti al giudice. Quindi, per questo versante, non ci sarà un governo politico-amministrativo dei meccanismi di rilegificazione e funzionalizzazione, bensì un governo (in ultima analisi) giudiziario.

Anche il punto della “scavalcabilità” della contrattazione

collettiva viene regolato in maniera niente affatto tranquillizzante. L'art. 40, comma 3-*bis* e 3-*ter* del d.lgs. n. 165/01, è di utilizzazione assai più problematica di quanto possa a prima vista apparire. Prima di tutto perché la riappropriazione del potere unilaterale da parte dell'amministrazione opera solo laddove ci sia il termine fissato dal contratto collettivo nazionale e le trattative vadano oltre questo termine. In secondo luogo perché la nuova regola non è generalizzabile, cioè riferibile a tutta la fenomenologia contrattuale. Infatti il termine "liberatorio" deve essere introdotto da una fonte specifica, la contrattazione collettiva nazionale; e poi, in applicazione di principi generali di correttezza e buona fede, deve essere un termine ragionevole, entro cui sia possibile raggiungere l'accordo. Queste precisazioni devono portare ad un'analisi attenta, volta a valutare cosa accade se ci si trova dinanzi ad un termine che non è fissato dalla contrattazione collettiva o se il contratto non si conclude per ragioni che poco o nulla hanno a che vedere con lo svolgimento dei negoziati.

Il primo caso si presenta già in relazione ad una norma del d.lgs. n. 150/09. L'art. 65, comma 1, prevede infatti che tutti i contratti integrativi vigenti debbano essere rinegoziati entro il 31 dicembre del 2010 (il termine è diverso per le autonomie territoriali). Tale termine, non essendo fissato dalla contrattazione collettiva nazionale, non è un termine al quale si possa così meccanicamente applicare il "percorso" di deroga unilaterale. Escluderei dunque che, se non si raggiunge l'accordo entro quella data, l'amministrazione recuperi o acquisti la potestà regolativa unilaterale (e infatti diversa è la regola fissata dall'art. 65, comma 2).

Un'altra ipotesi singolare può verificarsi se non si raggiunge l'accordo entro il termine, in ipotesi fissato dalla contrattazione collettiva nazionale, perché c'è incertezza sulla controparte sindacale, sulla composizione dei tavoli, sulla maggioranza abilitata a stipulare. Vista l'attuale situazione sindacale, queste ipotesi possono facilmente verificarsi, perché tutto si muoverà in un contesto di forte conflittualità. Mi pare però assai dubbio che anche queste difficoltà, che attengono spesso alle scelte e alla

gestione dei negoziati ad opera della parte datoriale o ai criteri di ponderazione della rappresentatività della controparte, possano legittimare l'amministrazione ad imboccare il percorso di regolazione unilaterale. A tacer d'altro, sarebbe troppo comodo dar vita ad un tavolo negoziale impraticabile e poi regolare unilateralmente le materie sulle quali non si raggiunge l'accordo.

Nemmeno da escludere è che la stessa correttezza e congruità delle negoziazioni svolte entro il termine possa essere oggetto di valutazione giudiziaria. Anzi, a dire il vero, immagino che su questi aspetti ci saranno molti ricorsi *ex art. 28 Stat. Lav.* Quindi anche questo è un percorso di ulteriore fortissima giudiziizzazione del sistema delle relazioni sindacali nelle pubbliche amministrazioni.

Infine, sempre con riguardo al recupero del potere unilaterale dell'amministrazione *ex art. 40, comma 3 ter, del d.lgs. n. 165/01*, segnalerei problemi applicativi anche per quella parte della norma secondo cui l'amministrazione non solo recupera la propria libertà di iniziativa, ma anche la possibilità di provvedere unilateralmente (deve intendersi), seppure in via provvisoria, su tutte le materie oggetto del mancato accordo. Ora, a parte che un tale indefinito potere non sembra avere un chiaro fondamento nella legge delega ⁽¹²⁾, mi pare estremamente discutibile che il potere unilaterale si possa configurare su tutte le materie su cui non c'è stato l'accordo. Dietro o prima dell'accordo collettivo c'è infatti un contratto individuale. Se il percorso contrattuale collettivo consente di modificare alcuni istituti regolati nel contratto individuale con il lavoratore, il "percorso unilaterale" non lo consente tanto pacificamente; né il decreto legislativo può attribuire un così ampio potere d'imperio all'amministrazione, abilitata a modificare unilateralmente le condizioni previste nel contratto individuale. Dove finirebbe il principio, fissato tuttora dall'*art. 2, comma 3, del d.lgs. n. 165/01*, secondo cui i rapporti di lavoro sono regolati contrattualmente? In realtà in molti casi l'amministrazione dovrebbe

(12) L. ZOPPOLI, *Legge e contrattazione collettiva nell'epoca della meritocrazia*, in M. GENTILE (a cura di), *L'attuazione della legge Brunetta: primo esame del decreto delegato*, Roma, Ediesse (in corso di stampa).

instaurare una vera e propria trattativa con il proprio dipendente, proponendo una modifica del contratto individuale, anche magari attraverso proposte “minacciose” per arrivare a concludere la contrattazione individuale nel senso preferito. Come si vede, il nodo delle effettive capacità negoziali di ciascuna amministrazione non è facile da eludere, una volta che si sia imboccata la strada della “privatizzazione” dei rapporti di lavoro.

Né si può pensare di incentrare la portata dell’art. 40, comma 3 *ter*, sull’espressione “in via provvisoria”. A parte la valenza “soggettiva” dell’espressione, si è mai visto che il contenuto di un atto di autonomia negoziale privata bilaterale venga configurato come surrogabile in via provvisoria da una decisione unilaterale di una delle due parti se non si raggiunge l’accordo? E poi questa provvisorietà può durare fino alla successiva sottoscrizione di un accordo collettivo (così espressamente recita l’art. 40, comma 3 *ter*, del d.lgs. n. 165/01), con definitiva espropriazione dell’autonomia contrattuale del lavoratore. Insomma il lavoratore (che potrebbe anche non essere iscritto ad alcun sindacato) si vedrebbe trasformare d’imperio le condizioni del proprio contratto di lavoro fino a quando amministrazione e sindacato non trovino un punto d’accordo. Mi pare un assetto relazionale estremamente autoritativo, che giuridicamente non sta né in cielo né in terra, cioè non ha un inquadramento che rispecchi questo squilibrio di poteri formali e sostanziali. Neanche l’amministrazione “pubblicistica” aveva un potere di questo genere; o, almeno, doveva provvedere attraverso atti suscettibili di vaglio giudiziario per eccesso di potere⁽¹³⁾.

Si deve considerare, infine, che il recupero del potere unilaterale dell’amministrazione è spesso connesso all’utilizzazione piena del sistema premiale o punitivo, un sistema, come s’è visto, assoggettato a regole piuttosto rigide. Si pensi, ad esempio, alla tre fasce di merito previste dall’art. 19 del d.lgs. n. 150/09.

(13) Per la conformità di queste norme del d.lgs. n. 150/09 ai criteri di delega v. *Il ruolo della legge nella disciplina del lavoro pubblico*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Napoli, Editoriale scientifica, 2009 p. 32 ss.

In mancanza di accordo collettivo, l'amministrazione dovrà per forza inserire un 25% di lavoratori o lavoratrici tra coloro che non potranno percepire alcun trattamento accessorio connesso alla *performance* individuale. È facile immaginare che questo avverrà in un clima di tensioni e conflitti; ed è altrettanto facile immaginare che provocherà ogni tipo di contenzioso giudiziario, a cominciare dall'attivazione di tutte le tutele previste dal nuovo diritto antidiscriminatorio. Potrebbero così verificarsi le condizioni ideali per far decollare le tutele sostanziali e processuali previste da un diritto che finora ha stentato a manifestarsi in tutte le sue potenzialità ⁽¹⁴⁾. Basterà che in quel 25% di lavoratori che resta senza alcun "premio" sia rinvenibile un qualche scompenso statistico riconducibile al sesso, all'appartenenza a un partito o a un sindacato o a una certa religione o etnia.

Dunque, come si è visto, molti sono i tranelli nascosti nella nuova disciplina legale diretta a riaffermare un vasto potere unilaterale in capo al legislatore o alle amministrazioni. In linea più generale va osservato che qualunque ripristino di autorità unilaterale deve fare i conti con uno scenario di principi e regole giuridiche che (per fortuna, aggiungo io) non è più quello degli anni '50.

6. La concorrenza (*sleale*) tra le fonti

Riprendendo il ragionamento svolto sulle caratteristiche sistematiche delle linee di fondo della riforma Brunetta, quel che più colpisce è che si tratta chiaramente di innovazioni rese possibili proprio dall'evoluzione conosciuta dall'ordinamento delle amministrazioni e del lavoro pubblico nell'ultimo quarto di secolo. Si potrebbe dire, in sintesi, che è stato proprio lo sviluppo della contrattazione collettiva e dell'inserimento nelle organizzazioni amministrative di nuove tecniche di gestione che rende ora proponibile e in qualche misura praticabile l'ultima riforma

(14) V., per tutti, M. BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 227 ss.; L. CALAFÀ, D. GOTTARDI, *Il diritto antidiscriminatorio tra teoria e prassi applicativa*, Roma, Ediesse, 2009.

legislativa. Essa deve moltissimo a cultura, regole e strumenti di gestione nati ed alimentati da sistemi organizzativi poco regolati dalla legge e assai più calati in logiche e metodologie gestionali che si avvalgono molto di libere dinamiche relazionali e negoziali. Il d.lgs. n. 150/09 attinge ampiamente a questo terreno e legifica *alcune* logiche e *alcuni* strumenti sradicandoli dal loro contesto originario. È vero anche che alla contrattazione collettiva o (più difficilmente) individuale non si vieta del tutto di tornare parzialmente su alcuni degli strumenti premiali o punitivi regolati dalla legge, ma gli spazi consentiti sono in genere unidirezionali, volti essenzialmente a tutelare ancor più le caratteristiche del sistema valutativo e meritocratico disegnato dal legislatore. E comunque, l'investimento *second best* del legislatore è per una regolamentazione sostanzialmente o, addirittura, formalmente unilaterale della strumentazione meritocratica e sanzionatoria.

Il meno che si possa dire di questa politica del diritto è che appare fortemente ingenerosa verso una contrattazione collettiva che, pure con i suoi difetti e le sue lentezze (gli uni e le altre indotti però non di rado dalla stessa “classe politica” che ora prende le distanze), ha traghettato il lavoro pubblico fuori da logiche gestionali ferme alla *belle époque* ⁽¹⁵⁾. Andando oltre, si può manifestare un certo scetticismo sull’“espianto” di culture e tecniche dal loro *habitat* originario con conseguente trapianto in un contesto iper-regolato. E non solo perché non si sa cosa possa far pensare che il nuovo corso iper-regolato funzioni meglio di quello fallito vari decenni orsono. Ma anche perché questa scelta configura, nell'immediato, una “concorrenza sleale” tra legge e contratto collettivo, fonti molto diverse per matrice, soggetti e procedure, ma che, per orientamenti ampiamente condivisi e confermati da diverse maggioranze parlamentari per numerose legislature, si sono storicamente susseguite nel “guidare” una determinata evoluzione normativa. La nuova tappa della riforma Brunetta sembra disegnata contando soprat-

(15) Per un bilancio v. M. CARRIERI, V. NASTASI (a cura di), *Spazio e ruolo delle autonomie nella riforma della contrattazione collettiva*, il Mulino, 2009.

tutto sulla forza prioritaria della legge (tra l'altro declassata nei contenuti a disciplina regolamentare), un dato essenzialmente formale a forte rischio di ineffettività, se non si tiene in debito conto che i diversi equilibri sostanziali nella disciplina dei rapporti di lavoro pubblico, sebbene ancora insoddisfacenti, sono stati realizzati grazie alla natura sostanzialmente consensuale di quella fonte.

7. I rischi di sistema e la scomposizione/ricomposizione dei circuiti della rappresentanza politico-sindacale

Le considerazioni da ultimo espresse esulano però dall'ambito strettamente giuridico-istituzionale. Invece compito precipuo del giurista è chiedersi quali possano essere le ripercussioni generali di una riforma così (improvvidamente) incisiva su alcuni dei fondamenti del diritto sindacale e del lavoro. È un tema che ci occuperà per diversi anni, credo. Vorrei però subito segnalare come ben poco si sia riflettuto su quanto questa riforma confermi un ruolo che, al di là delle apparenze e degli *slogan*, da anni il lavoro pubblico svolge nell'evoluzione del diritto del lavoro. Un ruolo che, pure all'interno di un continuo processo "osmotico" ⁽¹⁶⁾, vede il lavoro pubblico segnare delle tappe da cui è difficile tornare indietro: così è stato proprio per il potere disciplinare ⁽¹⁷⁾ e, in genere, per la procedimentalizzazione dei poteri datoriali o per la disciplina degli accessi, della mobilità, della stabilità dell'impiego ⁽¹⁸⁾. Per quanto in precedenza si è detto, si corre ora il rischio che la riforma Brunetta segni una spinta verso la ripresa generale di tecniche regolative assai più legificate che in passato, con i conseguenti vincoli per organizzazione e poteri datoriali; oppure che induca ad interro-

(16) M. RUSCIANO, *L'impiego pubblico in Italia*, Bologna, il Mulino, 1978.

(17) V. L. ZOPPOLI, *Potere disciplinare e unificazione normativa del lavoro*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 1991.

(18) In particolare sulla stabilità v. Corte Cost. 27 gennaio 1958 n. 7, in L. ZOPPOLI (coordinato da), *I rapporti di lavoro nel diritto vivente. Casi e materiali*, Giappichelli, 2009, p. 276.

garsi sulla razionalità di un diritto del lavoro fortemente “unilateralista” per i rapporti con le pubbliche amministrazioni – per le quali si apprestano vari circuiti regolativi para-regolamentari – e invece ancora prevalentemente “contrattualista” per quanto riguarda i rapporti di lavoro con le imprese. È vero che il tradizionale contrattualismo lavorista è stato intaccato anche nel privato grazie a qualche regola introdotta negli anni scorsi (specie dal d.lgs. 10 settembre 2003 n. 276) e che il consensualismo formale è bilanciato da un ben diverso equilibrio sostanziale tra le parti contrattuali a livello tanto individuale che collettivo. Ma l’ordinamento giuridico non può a lungo tollerare nodi così di fondo, accettando che un contratto dalla medesima natura – com’è quello ancora oggi posto a fondamento dei rapporti di lavoro pubblici e privati – sia poi regolato attraverso sistemi delle fonti così diversificati anche formalmente.

Infine, non si può trascurare che le modifiche al sistema di regolazione del lavoro pubblico si riflettono anche sui meccanismi della rappresentanza e del consenso. In una recente “Autobiografia della Repubblica”, si è rilevato come lo sviluppo italiano nel ventennio 1958-1978 abbia molto alterato antichi equilibri creando “circuiti di consenso e di potere che hanno coinvolto maggioranza e opposizione, sindacati, partiti politici e istituzioni, in un sistema sempre più corporativo e consociativo. Sotto le apparenti e talvolta durissime contrapposizioni politiche l’ideologia cattolica dell’assistenza si è spontaneamente associata al rivendicazionismo sindacale di ispirazione classista”⁽¹⁹⁾. Può sembrare un frammento di memoria troppo generale e lontano dal tema specifico di cui si sta parlando. Non si deve però mai dimenticare che le relazioni sindacali delle amministrazioni pubbliche si sono sviluppate proprio mettendo radici profonde dentro il processo storico efficacemente descritto dalla citazione appena riportata e sono andate affermandosi con un grado aggiuntivo di complessità ed opacità rispetto a quelle del settore privato, dando vita ad un sistema di rappresentanza

(19) Così G. CRAINZ, *Autobiografia di una Repubblica*, Donzelli, Roma, 2009, p. 76 ss., che cita l’analisi di P. SCOPPOLA, *La repubblica dei partiti*, Bologna, il Mulino, 1991, p. 295.

frammentato, ultracorporativo e dagli inestricabili intrecci con una partitocrazia sempre più in crisi ⁽²⁰⁾.

Se si può discutere dell'incisività delle riforme degli anni '90 sull'efficienza/efficacia delle amministrazioni pubbliche, non si può però negare che quelle riforme hanno affrontato con decisione crescente il problema della pluralità di canali rappresentativi che il tradizionale assetto regolativo consentiva ai dipendenti pubblici, in precedenza messi nella "comoda" condizione di optare per il circuito legislativo/unilaterale o il circuito semi-contrattuale/regolamentare, entrambi ricchi di criptonegoziazioni più o meno informali. Con il d.lgs. n. 29/93, e le modifiche successive, le negoziazioni erano state portate alla luce del sole, con la crescente responsabilizzazione dei soggetti abilitati a svolgere i diversi ruoli (comitati di settore e vertici politici per gli indirizzi ai vari livelli; Aran e sindacati dei lavoratori dalla rappresentatività accertata per le contrattazioni nazionali; dirigenza e rappresentanze sindacali di amministrazione per le contrattazioni integrative). Indubbiamente negli anni recenti i rappresentanti delle amministrazioni hanno mediamente dimostrato, soprattutto a livello periferico, di essere in grado di negoziare assai peggio dei sindacati, le cui responsabilità sono state più e più volte sottolineate (sovente senza però metterle in relazione con quelle dei vertici politici, relazione che invece esiste e non è affatto secondaria). La riforma Brunetta in fondo torna a "puntare" sulla capacità della parte pubblica di giocare meglio il proprio ruolo avvalendosi di una regolazione meno formalmente condizionata dalla contrattazione. Può darsi che in qualche caso questo valga "a dare coraggio a chi non ce l'ha" (anche se il precedente letterario non è confortante). È bene però aver chiaro che ci si incammina su una strada già percorsa, lungo la quale si ripresenterà il problema di incanalare adeguatamente la rappresentanza degli interessi (micro, meso o macro) dei lavoratori pubblici. Questi ultimi, davanti ad un maggior

(20) V. L. ZOPPOLI, *Selezione eteronoma dei soggetti sindacali ed efficienza delle pubbliche amministrazioni: oltre la nozione di sindacato maggiormente rappresentativo*, in *Quaderni del pluralismo*, 1987, n. 4.; ID., *Il lavoro pubblico negli anni '90*, Torino, Giappichelli, 1998, spec. p. 69 ss.

potere anche formale della parte pubblica, individualmente o tramite i loro sindacati, torneranno presumibilmente a praticare tutti e due i circuiti regolativi (unilaterale e contrattuale), anche se, occorre riconoscerlo, entrambi declassati e confusi. Insomma sembra di assistere alla ricostruzione, seppure un po' onirica, di un sistema in cui la rappresentanza degli interessi dei lavoratori pubblici – formalmente poco modificata (ma non vanno trascurate le modifiche alle aggregazioni di comparti ed aree e il congelamento del rinnovo delle rappresentanze unitarie: v. il nuovo art. 40, comma 2, del d.lgs. n. 165/01 e l'art. 65, comma 3, del d.lgs. n. 150/09 ⁽²¹⁾) – potrà essere ricostruita a strati: lavoratori e sindacati più “vicini” al vertice politico interessato si faranno rappresentare preferibilmente da chi ha il potere di indirizzare e condizionare in ultima istanza l'adozione delle normative di riferimento; gli altri faranno valere come possono le loro istanze ai tavoli negoziali, se avranno i requisiti per esservi ammessi; agli esclusi resteranno gli scioperi, i *sit in* e tutto l'armamentario disponibile per farsi sentire fuori dai “palazzi”. Quanto al primo circuito (quello politico-unilaterale) si tratterà di scegliere di volta in volta se è più comodo il canale legislativo/parlamentare o quello governativo. La riforma Brunetta a livello centrale rafforza il secondo, verso il quale saranno attratti quindi i sindacati più in grado di negoziare con la maggioranza politica al governo (o con il Presidente del Consiglio o con il Ministro della funzione pubblica). Gli altri gruppi di lavoratori o di sindacati però cercheranno altre strade per avere adeguata rappresentanza; e, probabilmente, per non restare esclusi dalle decisioni “ultime”, saranno indotti a dare più peso di prima ai circuiti della rappresentanza politica ai vari livelli, che, in un sistema rilegificato, possono essere tranquillamente utilizzati in luogo di quelli del confronto genuinamente e apertamente sindacale. Insomma nel lavoro pubblico si profila un rapido ritor-

(21) V. M. DELFINO, *Comitati di settore e rappresentanza negoziale delle amministrazioni pubbliche*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Napoli, Editoriale scientifica, 2009 e L. ZOPPOLI, *Sulla rappresentatività sindacale nel lavoro pubblico dopo la riforma Brunetta: il “ritorno” dei problemi di costituzionalità (e le possibili soluzioni)*, in Arel, 2009, maggio.

no agli anni '70-'80 del secolo scorso, cioè ad un panorama non *meno* sindacalizzato, ma sindacalizzato in modo più opaco e confuso. Per di più con un sistema politico-elettorale che, per un verso, appare meno permeabile dagli interessi che non trovano spazio nella più selettiva rappresentanza parlamentare (quindi meno sensibile alle forze marginali nell'economia e nella società e più a rischio di perpetrare profonde ingiustizie), e, per altro verso, incoraggia le aggregazioni intorno a singole personalità o gruppi, disposti ad abbracciare battaglie identitario-lobbistiche sia all'interno del proprio schieramento sia bipartisan. C'è poco da essere ottimisti. Nonostante le scorciatoie imboccate dal neo-legislatore, nel nuovo quadro delle fonti per il lavoro pubblico le insidie alla meritocrazia e alla trasparenza non sembrano destinate a diminuire.