

1. Un momento delicato

In una fase di incertezza normativa dovuta alla prima applicazione della nuova disciplina sul lavoro pubblico ed accentuata dal blocco della contrattazione disposta dal d.l. 78/2010 convertito nella legge 122/2010, l'attuazione delle novità introdotte dal d.lgs. 150/2009 rischia di svilupparsi con modalità che, più che favorire il lineare e fisiologico aggiornamento delle regole, evidenziano tensioni che – è inutile negare – permeano la vita delle relazioni sindacali di molte amministrazioni.

Si sta assistendo così ad un elevato e diffuso tasso di litigiosità che talvolta trova lo sbocco in atti di organizzazione unilateralmente adottati dalla dirigenza su materie per le quali le organizzazioni sindacali ne affermano l'attribuzione alla fonte negoziale o alla procedura partecipata, e che altre volte lo trova nelle aule dei Tribunali del lavoro su ricorso sindacale per avallare con sentenze di condanna ex art. 28 St. richieste di confronto non accolte dalle amministrazioni.

Le occasioni del contendere non sono poche e vanno dalle regole del confronto al suo contenuto, soprattutto ora che la moratoria della contrattazione fino al 2013 pone problemi relativi ai possibili spazi di contrattazione integrativa e di applicazione completa dei contratti nazionali 2006-2009.

Una situazione delicata da gestire ma non nuova per il sindacalismo del settore pubblico, visto che già al termine della vigenza della legge-quadro sul pubblico impiego (legge 29 marzo 1983, n. 93), quando si erano svolte due tornate contrattuali a carattere triennale (1985-1987 e 1988-1990), non furono rinnovati i contratti nazionali fino al 1995, quando applicando il nuovo modello nel frattempo definito dal d.lgs. 29/1993, la sequenza contrattuale riprese, su base quadriennale, con i contratti 1994-1997. Anche in quell'occasione un'invasiva crisi economica comportò il mancato stanziamento di risorse per i rinnovi; ma, per la struttura della retribuzione di quel periodo, continuarono ad applicarsi le diverse forme di automatismi previsti dall'ordinamento. In altri termini, fino al 1994-1995 nel bilancio dello Stato non furono previsti stanziamenti specifici finalizzati agli incrementi retributivi tabellari e alla contrattazione decentrata. Furono tuttavia salvaguardate tutte le ordinarie dinamiche retributive: non furono pertanto bloccate le dinamiche stipendiali ordinarie correlate alle progressioni di carriera (normalmente con automatismi), al mutamento di funzioni, allo scatto di automatismi di anzianità, né ogni altro pagamento connesso ai normali eventi della dinamica retributiva (straordinari, turni, ecc).

Le relative somme erano stanziare in bilancio nelle spese ordinarie e d'obbligo in quanto connesse a vincoli normativi preesistenti. L'indennità di vacanza contrattuale venne invece concessa con DPCM 28 aprile 1994 (dal 1° aprile 1994 fino alla stipula dei CCNL post d.lgs. 29/1993), recettivo del "Protocollo di intesa - Contratto quadro sulla struttura e sequenze contrattuali per l'avvio delle trattative nonché per la corresponsione dell'indennità di vacanza contrattuale", concordato fra ARAN e Confederazioni rappresentative.

Dalla data di istituzione dell'ARAN (d.lgs. 29/93) fino al 1995 si è, invece, verificato il sostanziale blocco delle dinamiche contrattuali dovute alla fase di avvio del nuovo modello di negoziazione.

2. Il sistema di relazioni sindacali

Il tema che sta creando maggiori tensioni applicative è quello riferito al nuovo sistema di relazioni sindacali, sia sotto il profilo della gestione della fase transitoria, sia per quanto riguarda il modello a regime che non potrà che partire quando saranno firmati i prossimi contratti collettivi nazionali; non bisogna mai dimenticare, infatti, che l'assetto delle fonti del lavoro pubblico poggia sia sulla fonte legislativa che su quella contrattuale. A questo proposito si pongono due questioni relative al rapporto tra legge e contratto:

- a. la loro funzione di fonte e cioè il grado di autonomia/gerarchia di una fonte rispetto all'altra;
- b. la loro funzione di norma e cioè lo spazio innovativo che il contratto può avere nei confronti della legge.

Si tratta di due aspetti che solo parzialmente coincidono come vedremo esaminando alcune delle recenti polemiche sorte e alimentate anche sugli organi di informazione.

A) la gestione della fase transitoria è regolata dall'art.65 del d.lgs. 150/2009 e riguarda sia il livello integrativo (commi 1-4) che il livello nazionale (comma 5).

Al livello integrativo è assegnato un periodo di tempo (fino a tutto il 2010 per le amministrazioni centrali e fino a tutto il 2011 per le regioni e autonomie locali) per adeguarne il contenuto alla nuova articolazione di materie tra legge e contratto e alle disposizioni sulla valutazione della performance (Merito e premi).

Rinviando a quanto diremo nel prossimo paragrafo a proposito dei poteri datoriali e, quindi della possibilità che la dirigenza assuma determinazioni unilaterali e/o limitate solo al confronto tramite informazione, qui va detto che il fatto che la legge abbia posto un termine ultimo, significa che la stessa legge ha legittimato la sola contrattazione integrativa a modificare i precedenti contratti dello stesso livello. E conseguentemente, un eventuale confronto che in questo lasso di tempo dovesse svolgersi senza giungere a risultati condivisi tra le parti non può essere considerato come unica e secca opportunità offerta alle parti, visto che l'art. 65 rende possibili anche più confronti purché svolti nel lasso di tempo previsto. È ovvio che durante lo stesso periodo, anche in caso di negoziati non risolutivi non potranno essere assunte su quelle materie determinazioni unilaterali.

Il quinto comma dell'art.65 esplicita che le disposizioni riguardanti il livello nazionale di contrattazione contenute nell'intero decreto si applicano a partire dalla tornata successiva a quella in corso alla data di entrata in vigore del d.lgs. 150/2009.

Ciò significa che, in presenza della moratoria dei rinnovi contrattuali stabilita dall'art.9 della legge 122/2010, la fase transitoria si prolunga fino alla fine della moratoria, tranne che per le materie che le parti nazionali dovessero decidere di negoziare precedentemente alla fine della moratoria o perché si determinino condizioni di parziale disponibilità finanziaria, o perché si tratti di materie che non hanno un impatto economico sul bilancio delle amministrazioni (come ad esempio nel caso di un contratto quadro sulle relazioni sindacali).

Si determina così un modello ad aggiornamento scalare della disciplina vigente, per cui mano a mano che i contratti nazionali regoleranno ex novo una materia, questa modificherà definitivamente la disciplina precedente.

Questa precisazione è opportuna e necessaria per dare significato compiuto al quinto comma dell'art.65, in una fase di moratoria del contratto nazionale, e per salvaguardare l'autonomia della contrattazione nazionale che in nessun caso è stata abrogata dalla legislazione del 2009 e da quella del 2010 (ma su quest'ultimo anno, torneremo in seguito a proposito del quarto comma dell'art. 9 della legge 122/2010).

Va anche detto a questo proposito, e sempre per la gestione della fase transitoria, che tutti i contratti nazionali contengono una clausola di ultrattività (di solito nell'art.2) che ne consente la vigenza anche dopo il termine di scadenza e fino alla firma del contratto di pari livello successivo, tranne che nell'ipotesi di recesso di una parte firmataria.

Questa impostazione salvaguarda sia alla lettera della legge sia l'autonomia negoziale delle parti e si contrappone a quelle interpretazioni che vorrebbero affermare l'immediata inoperatività dei contratti vigenti dalla data di entrata in vigore del d.lgs. 150/2009.

In questo errore applicativo ed interpretativo incorre anche la Circolare del DFP n.7/2010 quando ritiene immediatamente operative e senza la mediazione del contratto nazionale la nuova disciplina legislativa. È bene chiarire questo aspetto, precisando fin da subito che le circolari non hanno valore normativo se non espressamente abilitate a ciò dalla fonte legislativa; di conseguenza una circolare, per quanto autorevolmente emanata dal Ministro competente, non può contrastare con la norma di legge e con i principi dell'ordinamento.

A questo proposito, abbiamo già detto che in nessuna parte della nuova legislazione è contenuta una clausola di abrogazione della contrattazione in corso al momento dell'entrata in vigore del d.lgs. 150/2009 e che anzi il quinto comma dell'art.65 imposta un percorso del tutto diverso che affida alla prossima tornata contrattuale la ricerca del nuovo equilibrio tra legge e contrattazione.

Nello stesso tempo, secondo i principi del nostro ordinamento il rapporto tra legge e contratto collettivo non è compiutamente regolato dal codice civile, perché quando il codice civile emanato nel 1942 richiama norme collettive si riferisce a quelle dell'ordinamento corporativo e non a quelle emanate nel nuovo assetto democratico; proprio per questo si parla di contratti di diritto comune, anche se le parti del codice dedicate ai contratti in genere male si adattano alla specifica realtà delle relazioni sindacali. Per questa asimmetria tra realtà di fatto delle relazioni sindacali e capacità dell'ordinamento civilistico di tenerne conto, non essendo stata attuata la seconda parte dell'art. 39 Cost. (cd. legge sindacale), l'elaborazione del rapporto tra legge e contratto collettivo è prevalentemente frutto di dottrina e giurisprudenza: entrambe si basano sulla teoria dell'"ordinamento intersindacale" elaborata da G. Giugni nel 1960 secondo la quale tra legge e contratto collettivo si instaura un rapporto di dialogo fondato sul reciproco riconoscimento di pari dignità con una distribuzione di funzioni elastica e mutevole ma mai rigidamente gerarchica. In conseguenza di ciò - e in assenza di un'esplicita volontà del legislatore in senso contrario - l'autonomia del contratto va salvaguardata soprattutto se contiene in sé gli elementi e le regole per il suo regolare funzionamento e tale deve essere considerata appunto la clausola di ultrattività.

Si tratta di principi che sono alla base della civiltà giuridica del nostro sistema che salvaguardano il pluralismo dei soggetti e delle fonti e che non possono essere posti in discussione senza ledere il livello di democrazia dell'ordinamento.

B) *il nuovo modello, a regime*, si fonda sul binomio coordinato di leggi e contratti.

1. L'entrata in vigore del d.lgs. 150/2009, per l'impostazione di alcune disposizioni e per la necessità di coordinamento con il modello contrattuale definito dall'Intesa del 30 aprile 2009, consiglia una rielaborazione del sistema di relazioni sindacali nel settore del lavoro pubblico che riconduca ad organicità disposizioni spesso non coordinate e, nello stesso tempo, favorisca una fase transitoria (in attesa dei CCNL 2010-2012) senza eccessivi strattoni determinati da pronunce contraddittorie (sentenze, pareri, decreti) dei diversi tribunali e corti o da commenti troppo spesso superficiali ed allarmistici. Si tratta inoltre di favorire una lettura coerente delle stesse norme legislative, anch'esse fonte di contrapposizione di analisi e di approssimativa organicità interna.

2. Se l'obiettivo è quello di governare questa fase e, nello stesso tempo impostare le relazioni sindacali del futuro, lo strumento non può che essere quello contrattuale; sia perché è ontologicamente corretto che siano le parti stesse a definire le regole dei loro rapporti, sia perché la nuova disciplina legislativa e contrattuale (Intesa) prefigura un modello contrattuale bipolare coordinato in base alla specializzazione di ruolo ed all'integrazione degli istituti.

Considerando che il problema si pone per l'intero sistema contrattuale del settore pubblico, il livello da privilegiare per questa azione di traghettamento delle relazioni sindacali è quello del Contratto quadro, che preveda ove necessario ed opportuno il rinvio ai contratti di comparto o area di singoli e specifici aspetti.

3. Presupposti di questa rivisitazione devono essere principi dell'ordinamento (giuridico-statale e sindacale) condivisi e funzionali alle regole del rapporto di lavoro ed alla funzionalità delle amministrazioni.

Tali criteri sono:

- a. il riconoscimento della libertà di associazione sindacale e di contrattazione;

- b. la configurabilità di un possibile obbligo a contrattare, ma non di un obbligo a contrarre;
- c. il ruolo del contratto collettivo come autorità salariale;
- d. il potere dirigenziale come responsabile dell'organizzazione e dei risultati;
- e. il riconoscimento della partecipazione sindacale come strumento e fondamento di un'organizzazione trasparente e consapevole;
- f. l'articolazione delle modalità di partecipazione, evitando slittamenti e confusioni tra i diversi istituti;
- g. la non modificabilità del modello relazionale ai diversi livelli della struttura della contrattazione se non per esplicito rinvio da parte del CQ.

4. Il punto di partenza dell'opera di riorganizzazione delle regole è rappresentato dalla ricognizione del modello di relazioni sindacali previsto nella legislazione vigente da integrare con le regole previste dall'Intesa del 30 aprile 2009, al fine di evidenziare le possibili incongruenze interne e individuare possibili nuovi assetti in via interpretativa senza necessità di ricorrere a modifiche legislative. In questa fase si preferisce non ricorrere alle previsioni dei CCNL vigenti proprio per evitare sovrapposizioni di modelli tra passato e futuro.

Utilizzando come strumenti di lavoro la legge delega 15/2009 e il d.lgs. 150/2009, il d.lgs. 165/2001 nella versione vigente successiva alle modifiche apportate e all'Intesa, si ricava a normativa invariata il seguente quadro.

- a. l'art.3 della legge 15/2009 tra i criteri di delega affida alla contrattazione collettiva il compito di definire il sistema di relazioni sindacali;
- b. in modo coerente al criterio di delega, il nuovo art.9 del d.lgs. 165/2001 contiene la stessa previsione, ma con un rinvio al nuovo art. 5 comma 2 dello stesso decreto;
- c. questo articolo limita le modalità di partecipazione alla sola informazione (se prevista dai contratti) sia per l'organizzazione degli uffici sia per la gestione del personale ed esclude per principio la possibilità di contrattazione sulle stesse materie. Questo articolo contiene contraddizioni ed opportunità possibili in un confronto aperto e non prevenuto.
 - la contraddizione principale è con il citato principio di delega che viene scavalcato e contraddetto (contrasto con l'art. 76 Cost.) nel

momento in cui è la fonte legislativa a sovrapporsi alla funzione attribuita alla contrattazione collettiva, preconstituendo la scelta.

- La possibile opportunità è in una lettura che tenga presente un'interpretazione più articolata del suo dettato e per la quale:
 1. la locuzione "in via esclusiva", per dove è posta, si riferisca al rapporto tra politica e dirigente e sia quindi tutela dell'autonomia dirigenziale;
 2. la limitazione alla sola "informazione" riguardi "la gestione dei rapporti di lavoro" (fanno parte del capoverso dell'art.5) che può essere inteso come riferito alle tipologie di rapporto, alla determinazione delle eccedenze, alla valutazione sul part-time, sulle aspettative, sul prolungamento del rapporto, etc.
 3. la "gestione delle risorse umane" e "l'organizzazione del lavoro" (siamo passati ad un altro capoverso dell'art.5) facciano parte del potere dirigenziale - come è naturale - ma secondo un modello partecipativo/relazionale da definire con il CQ.

5. Se si accetta questa impostazione (lettura compatibile con il testo della norma e rispettosa del principio di delega) si è sminato il principale terreno e si può procedere lungo il cammino della ricognizione delle norme vigenti per continuare a creare lo scheletro del nuovo modello di relazioni sindacali.

Si rileva così che:

- l'art. 6 del d.lgs. 165/2001 prevede che *"l'organizzazione e la disciplina degli uffici, nonché la consistenza e la variazione delle dotazioni organiche* sono determinate in funzione delle finalità indicate all'articolo 1, comma 1, previa verifica degli effettivi fabbisogni e *previa consultazione* delle organizzazioni sindacali rappresentative *ai sensi dell'articolo 9"*;
- l'art. 30 prevede che "i contratti collettivi nazionali possono definire le *procedure e i criteri generali per il passaggio diretto* di personale tra amministrazioni";
- l'art. 31 prevede che nel passaggio di personale per trasferimento di attività *si osservano le procedure di informazione e di consultazione di cui all'articolo 47, commi da 1 a 4, della legge 29 dicembre 1990, n. 428*;
- L'art. 33 prevede che in caso di eccedenze e mobilità si osservano *procedure di informazione ed esame*;
- L'art. 40 prevede *l'incompatibilità tra materie di contrattazione e materie di partecipazione* e dispone che *la contrattazione integrativa si svolge sulle materie, con i vincoli e nei limiti*

stabiliti dai contratti collettivi nazionali, tra i soggetti e con le procedure negoziali che questi ultimi prevedono;

- L'art. 44 prevede che la contrattazione collettiva nazionale definisce nuove *forme di partecipazione delle rappresentanze del personale ai fini dell'organizzazione del lavoro;*
- L'art. 51 prevede *l'applicazione integrale e generalizzata dello statuto dei lavoratori* con quello che ciò comporta in termini di *istituti di partecipazione, soprattutto come proceduralizzazione del potere di controllo del dirigente.*

Inoltre:

- l'art.19 del d.lgs. 150/2009 prevede che la contrattazione possa derogare alle fasce di merito;
- l'art. 23 assegna alla contrattazione il compito di prevedere i criteri per la progressione orizzontale;
- gli artt. 21 e 22 riconoscono alla contrattazione il compito di determinare l'ammontare di bonus e premio annuale;
- l'art. 27 assegna alla contrattazione la definizione dei criteri per il premio di efficienza;

A questa disciplina, occorre aggiungere quella di carattere generale contenuta in altre leggi che si applicano anche al lavoro pubblico (orario di lavoro, salute e sicurezza, ...)

6. Il dettato legislativo, inoltre, va armonizzato con i seguenti punti dell'*Intesa del 30 aprile 2009*:

- il punto 2.3 per il quale il contratto collettivo nazionale di lavoro regola il sistema di relazioni sindacali a livello nazionale, territoriale e di amministrazione; a tal fine il contratto collettivo nazionale di lavoro definisce la disciplina dei *diritti di informazione, consultazione e concertazione*, in accordo con i *principi della l.15/2009*, nonché modelli, regole e procedure di funzionamento di eventuali organismi paritetici;
- il punto 2.4 per il quale il contratto collettivo nazionale definisce le modalità e gli ambiti di *applicazione della contrattazione di secondo livello, le materie e le voci nelle quali essa si articola*, nonché la relativa tempistica, secondo il principio dell'autonomia dei cicli negoziali;
- il punto 2.5. che prevede che il contratto nazionale possa definire eventuali *forme di bilateralità per il funzionamento di servizi integrativi del welfare;*
- il punto 4.3 che *contiene un'esplicita previsione alla possibilità di contrattare l'organizzazione del lavoro.*

7. Un aspetto delicato delle relazioni sindacali riguarda il ruolo di *autorità salariale* del contratto collettivo che è confermato dagli art. 2 e 45 del d.lgs. 165 e dagli articoli appena richiamati del d.lgs. 150, ma rischia nella prassi di essere messo in discussione dall'art. 40.3-bis che quando si afferma che *alla scadenza del termine della sessione negoziale le parti riassumono le rispettive prerogative e libertà di iniziativa* e decisione e quando il comma successivo prevede che *qualora non si raggiunga l'accordo per la stipulazione di un contratto collettivo integrativo, l'amministrazione interessata può provvedere, in via provvisoria, sulle materie oggetto del mancato accordo, fino alla successiva sottoscrizione*.

In questo caso è utile affermare il principio per cui in materia retributiva l'erogazione unilaterale va effettuata comunque secondo i criteri del contratto precedente; in questo modo si salvaguarda uno dei principali presupposti del controllo della spesa che è il divieto di trattamenti differenziati fuori dal controllo dei contratti; mentre nel caso di innovazione degli istituti, si possono prevedere sedi (bilaterali o arbitrali) di conciliazione con possibilità di proposte che vincolino le parti in caso di mancato accordo.

8. In base a queste considerazioni si possono articolare le relazioni sindacali secondo il seguente schema riassuntivo (salvaguardando le modalità specifiche già previste per legge).

- forme previste:
 - o *informazione* (preventiva e scritta, ma senza ulteriori obblighi) sulle materie di pertinenza dirigenziale (artt.16 e 17 del d.lgs. 165) e quelle prima definite materie di "gestione del rapporto di lavoro";
 - o *consultazione* nei casi previsti dalla legge;
 - o *informazione e a richiesta esame* (eliminazione della concertazione) sulle materie di gestione delle risorse umane e dell'organizzazione del lavoro (orario, mobilità interna, incarichi, etc.);
 - o *contrattazione* sull'organizzazione del lavoro che comporta erogazione di retribuzione accessoria (programmi, deroghe al sistema premiante, etc.) e sul trattamento economico.

Definizioni per evitare slittamenti tra procedure (si può prevedere un esplicito divieto di slittamento):

- *informazione*: invio scritto di documentazione organizzata in modo da essere utile alla acquisizione di consapevolezza delle soluzioni che saranno adottate (per questo, l'informazione deve essere completa e

individuare le soluzioni prese in considerazione, nonché i motivi di ragionevolezza, (non la motivazione organizzativa di quella adottata);

- **consultazione**: modalità attraverso la quale si acquisisce senza ulteriori formalità il parere delle rappresentanze sindacali;
- **esame**: (in sostituzione della concertazione) confronto sul merito dei problemi con lo scopo di individuare la soluzione ottimale;
- **contrattazione**: attività orientata a definire soluzioni vincolanti per la regolazione dei rapporti individuali e per le relazioni tra le parti firmatarie.

9. Una distinzione importante riguarda i concetti di “organizzazione degli uffici” e “organizzazione del lavoro”, rispetto ai quali articolare soprattutto le forme di partecipazione.

In linea generale può dirsi che:

- **l'organizzazione degli uffici**: *corrisponde alla distribuzione di compiti e responsabilità tra le varie unità operative. Essa comprende l'individuazione degli apparati amministrativi, delle dotazioni organiche e dei relativi processi, nonché le modalità di integrazione tra strutture al fine del perseguimento di un obiettivo; l'organizzazione degli uffici comprende anche l'individuazione e l'attribuzione di responsabilità di processo o di struttura in capo a singoli dipendenti;*
- **l'organizzazione del lavoro**: *riguarda i meccanismi per il funzionamento ottimale di strutture e risorse. Essa comprende le decisioni operative e gestionali per il funzionamento della struttura amministrativa, nonché l'organizzazione delle risorse professionali in base agli obiettivi; l'organizzazione del lavoro comprende la programmazione di istituti di valorizzazione del personale (rotazione, formazione, orario, etc.), ma esclude l'adozione puntuale ed individuale di soluzioni gestionali (spostamenti transitori, mutamento di mansioni, etc.).*

10. L'apparato di strumenti può essere accompagnato da due previsioni di principio che orientino il comportamento delle parti.

- a. il divieto dell'obbligo a contrarre;
- b. l'obbligo per il dirigente a gestire le relazioni sindacali secondo principi di correttezza e buona fede per non incorrere in comportamento antisindacale.

3. I poteri datoriali, le relazioni sindacali e la valutazione della performance

Da quanto finora detto, è ricavabile la corretta interpretazione sulla gestione delle relazioni sindacali. In questa fase di turbolenza, durante la quale più che alla ricerca di un nuovo equilibrio tra Parti che reciprocamente si riconoscono e legittimano come interlocutori, in molte realtà sembra si stia assistendo ad una ricollocazione delle posizioni di potere, dispiace constatare il livello di crisi di credibilità cui è giunto il rapporto tra le parti in molte amministrazioni.

Rispetto a questo stato di cose vanno riconosciute le rispettive e reciproche responsabilità da parte di chi – per tutelare il lavoro in fasi di scarsità di risorse – ha orientato la contrattazione integrativa in una direzione non compatibile con il riconoscimento del merito e con le esigenze di produttività, ma anche da parte di chi – per tutelare la propria impossibilità o limitata capacità d'innovazione – ha preferito privilegiare situazioni di consenso che non richiedessero capacità di selezione e di gestione del personale.

Esaurita la dovuta fase del riconoscimento delle responsabilità, completata con la dichiarazione consapevole della non riproponibilità di quelle situazioni, cerchiamo di capire quale sia la situazione attuale e come possa essere affrontata in prospettiva per poter evitare di ricorrere al giudice.

Nelle pagine precedenti abbiamo ampiamente evidenziato come alla base dell'applicazione delle norme di legge nella fase transitoria ci sia la necessità di salvaguardare lo spazio di autonomia delle relazioni sindacali. Questa esigenza è rispettata prendendo atto del percorso indicato dall'art. 65 del d.lgs. 150/2010 che *spalma* le procedure di adeguamento su un periodo più o meno lungo a seconda delle esigenze di adeguamento degli ordinamenti da parte delle autonomie e su due livelli contrattuali, affidando a quello decentrato il compito di adeguare i precedenti contratti dello stesso livello (a normativa nazionale invariata) e a quello nazionale il compito di riequilibrare l'intero modello in modo da ricomporre il ruolo di governo che il CCNL continua ad avere, soprattutto nel settore pubblico anche sul livello decentrato. Nel corso di questo duplice percorso di adeguamento, la normativa contrattuale vigente continua ad operare per le parti non direttamente derivate dai contratti integrativi nell'esercizio del loro ruolo di riequilibrio, sia perché il legislatore non ha previsto un'abrogazione dei contratti vigenti, sia per non determinare un vuoto normativo.

Corollari di questa impostazione sono: *a)* la possibilità che le parti possano utilizzare l'intero arco di tempo a loro disposizione; *b)* la non applicabilità

immediata di tutte le norme che per loro natura, per logica di sistema e per collocazione nel corpo della legge derivano dal nuovo modello contrattuale (compreso lo spesso citato art. 40 nel suo complessivo dettato); c) l'immediata applicazione delle disposizioni che modificano il sistema di controllo ed il ruolo della Corte dei conti, nonché della normativa riguardante il rapporto individuale di lavoro incardinata nel nuovo testo del d.lgs 165/2001 e che non ha bisogno di alcuna mediazione contrattuale (sanzioni e procedimenti disciplinari, adeguamento degli organi e delle strumentazioni da parte delle amministrazioni, modifiche alle procedure di accesso con le specificazioni che faremo in seguito a proposito delle progressioni verticali).

A questa impostazione, naturale e lineare per le regole che governano il *Diritto del lavoro* e il *Diritto sindacale*, hanno aderito le diverse pronunce dei Tribunali del lavoro finora chiamati a decidere in merito a comportamenti delle amministrazioni che - al contrario - ritenevano che l'approvazione del d.lgs.150/2009 avesse provocato uno smottamento nel sistema delle fonti fino a negare per l'immediato la funzione dei contratti collettivi nel disciplinare il sistema di relazioni sindacali.

A questo proposito, nel paragrafo precedente abbiamo visto come sia riduttivo e incoerente limitare l'interpretazione al solo contenuto dell'art 5 comma 2 a proposito del ruolo svolto dall'informazione e come occorra molta più cautela sia nella gestione della fase transitoria, sia nell'affrontare in prospettiva la problematica integrazione di norme legislative e negoziali (con particolare riferimento all'Intesa del 30 aprile 2009).

A questo scopo abbiamo anche avanzato una proposta di percorso e di contenuto che, siamo convinti, abbia gli elementi di equilibrio utili a consentire il confronto. Proprio perché si basa sui cardini della disciplina lavoristica, non desta meraviglia l'omogeneità di posizioni finora registrata da parte della giurisprudenza sia del Nord (cfr tribunale *Torino*, sentenza 2 aprile 2010; trib. *Milano*, sent. 4 agosto 2010), che del Centro (trib. *Pesaro*, sent. 19 luglio 2010; trib. *Perugia*, sent. 28 luglio 2010), che del Sud (trib. *Salerno*, sent. 18 luglio 2010; trib. *Lamezia Terme*, sent. 7 settembre 2010) del Paese. Non è escluso che si potranno registrare pronunce di differente orientamento, ma è chiaro che si sta discutendo di una materia che attiene direttamente alle fonti, prima ancora che al rapporto tra le parti al livello decentrato.

Proprio chi ha a cuore le relazioni sindacali non può essere contento che questo dibattito si svolga nelle aule dei Tribunali, a segnalare una crisi reciproca di credibilità tra i soggetti non in grado di trovare autonomamente la strada del sereno confronto.

Se ne comprendono le ragioni e si condivide l'attuale orientamento della giurisprudenza, ma incombe anche l'obbligo di proporre soluzioni che anche in questo caso possano riportare serenità nelle organizzazioni.

La moratoria della contrattazione collettiva adottata dalla legge 122/2010 complica la gestione di questa fase. In un fisiologico susseguirsi di contratti nazionali, la norma perno contenuta nell'art. 65 del d.lgs.150/2009 poteva svolgere il suo ruolo in un periodo limitato e con una funzione di anticipazione del nuovo modello che, di lì a poco, sarebbe stato costruito dai contratti nazionali. In questo senso, la tempistica individuata dall'Intesa del 30 aprile (triennialità), la semplificazione delle procedure di individuazione dei criteri per la quantificazione delle disponibilità economiche (indice IPCA) ed il ruolo "leggero" assegnato al CCNL potevano essere garanzia di rapida registrazione del nuovo modello: i commi 1, 2 e 4 dell'art. 65 per la contrattazione di secondo livello e il terzo e il quinto per quella nazionale si integravano nel tempo perché consentivano l'adeguamento degli ordinamenti (regolamentari e contrattuali) senza vuoti normativi.

La moratoria non solo allunga i tempi ma, proprio per questo, rischia di rompere l'incastro tra norme che era possibile costruire senza traumi applicativi.

Ora, la funzione di anticipazione attribuita ai contratti integrativi dall'art. 65 riguarda solo due aspetti: la redistribuzione delle materie tra legge e contratto, la predisposizione degli strumenti premianti il merito; nulla è invece innovato per quanto riguarda il ruolo normativo del contratto integrativo per la determinazione delle regole relative alla gestione del personale.

Quest'ultimo aspetto continua ad essere regolato dal contratto nazionale attraverso le regole sulle relazioni sindacali in esso previste.

L'impatto del primo comma dell'art. 9 della legge 122/2010 su questo aspetto è duplice: da un lato rende quasi inoperanti le eventuali innovazioni che la contrattazione integrativa dovesse apportare al sistema premiante (su questo si veda oltre), dall'altro sterilizza anche la prima funzione perché la priva dell'orizzonte di sistema che il contratto nazionale avrebbe garantito, col rischio di una diaspora di modelli non governabili.

Che fare, considerando che lo stesso art. 65 prevede un periodo limitato allo scadere del quale i contratti collettivi integrativi vigenti alla data di entrata in vigore del decreto cessano la loro efficacia e non sono ulteriormente applicabili? In questa situazione l'interpretazione della norma crea qualche problema, perché non può operare se non sulle due funzioni temporaneamente (fino al 2010 o fino al 2011) attribuite al contratto integrativo, in attesa di un contratto nazionale che nel 2009 si pensava potesse giungere nei tempi prefissati.

L'unica interpretazione giuridicamente ragionevole è che cessino di operare quelle clausole dei contratti integrativi non adeguate per i due aspetti individuati dal primo comma: quelle che abbiano ecceduto i limiti della contrattazione rispetto ai contratti nazionali (che, come più volte detto, continuano ad operare in virtù della clausola di ultrattività), ma non quelle sul sistema premiante, visto che la norma di legge del Titolo III non è di per sé autoapplicativa, non solo perché necessita di risorse economiche, ma soprattutto perché necessita anche del ruolo di un nuovo contratto collettivo per la determinazione delle risorse economiche e per la loro articolazione (art. 45 del d.lgs. 165/2001 anche nella versione modificata dal d.lgs. 150/2009, che in questo modo conferma il ruolo di autorità salariale svolto dal contratto collettivo).

Proprio per questa difficoltà, è auspicabile una proroga dei termini previsti dall'art. 65, ricomponendo l'articolazione temporale di ruoli col contratto nazionale o, in alternativa un Contratto nazionale quadro che governi questa "nuova e più ampia" fase transitoria.

Resta, a questo punto da esaminare che futuro avranno i contratti integrativi firmati dopo l'entrata in vigore del d.lgs. 150 e, comunque, di quelle clausole contrattuali che non riguardano le due funzioni ricordate dall'art. 65, ma la gestione del personale.

La risposta non può che essere che il loro rinnovo (nel limitato ambito consentito dalla moratoria) segue le regole proprie del rinnovo del contratto integrativo, sulle quali è ora il caso di soffermarci brevemente.

A tal fine è utile ricordare che il contratto collettivo è il frutto della libera determinazione delle parti di pervenire ad un accordo condiviso e che soddisfi gli interessi di ognuna e di entrambe, sul piano della rappresentanza e su quello dell'organizzazione. Questo significa che non può esistere un obbligo a contrarre per nessuna delle delegazioni, ma solo quello di condurre la trattativa con correttezza e buona fede, senza pregiudiziali chiusure o rigidità. Garantita la correttezza delle relazioni, ogni parte deve valutare la quota di flessibilità della propria posizione per conseguire un accordo; ma non può essere messo in discussione il fatto che il potere organizzativo spetti al dirigente, al quale anche i contratti nazionali vigenti riconoscono il potere di adottare soluzioni organizzative unilaterali una volta esauriti i tempi e i modi (corretti) del confronto.

Un discorso a parte meritano gli istituti retributivi per i quali in parte la legge (artt. 2 e 45 del d.lgs. 165/2001 e in parte i CCNL) prevedono un ruolo più incisivo della contrattazione, fino a configurare una sorta di obbligo a contrarre, comunque anomalo per il nostro ordinamento.

È questo un aspetto che potrebbe essere riequilibrato nel futuro modello contrattuale; sta di fatto che, a normativa invariata, il modo corretto di interpretare questa disposizione è quello di ammettere, in caso di mancato accordo, l'unilateralità delle decisioni organizzative e la conservazione di quelle retributive nel contenuto previsto dai contratti integrativi: una specie di clausola di ultrattività non prevista dai contratti, ma che deriva proprio dal ruolo di autorità salariale che il contratto collettivo svolge.

Peraltro, la quota di autonomia decisionale del dirigente è obbligata anche dal rischio di responsabilità erariale nel quale incorre, qualora la Corte dei conti accertasse la corresponsione di trattamenti economici non coerenti con le disponibilità economiche e/o con i criteri previsti dal contratto nazionale: un *danno erariale* prevalentemente configurato dalla giurisprudenza contabile e che, nonostante l'esistenza di un principio di delega contenuto nella legge 15/2009 non ha trovato nel decreto legislativo una specifica regolamentazione ed è stato sostituito dall'obbligo posto in capo alle parti di recuperare nella sessione contrattuale successiva la disponibilità maggiore elargita in sede di contrattazione collettiva.

Il fatto che il legislatore delegato abbia optato per una modalità più *soft* di recupero delle somme non dovute, non significa che la responsabilità per *danno da contrattazione* non sussista in capo al dirigente.

A questo proposito occorre essere chiari e responsabili. Sotto il mero profilo del modello giuridico, la riconduzione del danno da contrattazione in capo alla delegazione di parte pubblica e, in alcuni casi all'organo di governo che autorizza la spesa, è coerente col fatto che:

- a) solo questi soggetti agiscono in rappresentanza dell'amministrazione, mentre la delegazione sindacale agisce in rappresentanza dei lavoratori;
- b) che il dirigente detiene il potere organizzativo, al quale corrisponde anche la facoltà di non firmare contratti che dovesse ritenere lesivi delle finanze pubbliche.

La consapevolezza della coerenza giuridica del modello tuttavia non risolve il problema della responsabilità dei comportamenti che, anche per le rappresentanze sindacali devono essere improntati a principi di correttezza e buona fede, all'interno dei cui parametri rientra senz'altro anche quello di evitare che, per effetto di scelte contrattuali, sia posto in discussione il buon andamento dell'amministrazione.

È noto che nel dibattito sul contenuto d.lgs 150/2009 sia stato posto il problema dell'estensione della responsabilità da contrattazione anche per le rappresen-

tanze sindacali, pertanto la soluzione legislativa adottata ha preferito percorrere una strada diversa. Il dato oggettivo di una corresponsabilità di fatto di tutti i soggetti che hanno dato vita al contratto censurato tuttavia non può essere rimosso e la Corte dei conti, da ultimo con la sentenza della sezione Basilicata 13 maggio 2010, n. 123, in fase di quantificazione del danno, ha tenuto conto della responsabilità comune per ridurre percentualmente il danno da risarcire da parte dei rappresentanti dell'amministrazione. Una soluzione equilibrata che non nasconde, ma pone il problema della responsabilità dei comportamenti.

4. L'incompatibilità sindacale

In alcune sue disposizioni il d.lgs. 150/2009 introduce forme di incompatibilità per l'esercizio di ruoli e funzioni che riguardano anche la partecipazione attiva all'azione sindacale e le forme di collaborazione professionale con le organizzazioni di rappresentanza dei lavoratori.

La legge delega 15/2009 definisce i criteri per la determinazione dei requisiti dei componenti dell'Aran riformata, del nuovo organismo nazionale di coordinamento per la valutazione (ora CIVIT) e dei riformati organismi di controllo interno (ora organismi indipendenti); inoltre, la stessa legge detta criteri per la revisione della figura dei dirigenti pubblici.

Nello svolgere queste funzioni, la legge delega adotta tre diverse soluzioni:

- a) nel caso dell'Aran ne prevede un rafforzamento dell'autonomia rispetto alle organizzazioni rappresentative dei lavoratori;
- b) nel caso della figura dirigenziale ne prevede un rafforzamento dell'autonomia rispetto alle organizzazioni rappresentative dei lavoratori e all'autorità politica;
- c) nel caso dell'organismo nazionale di coordinamento e degli organismi indipendenti, si limita a prevedere i requisiti di professionalità senza indicazione di ipotesi di incompatibilità.

Il d.lgs. 150/2009, attuativo della legge 15/2009, unifica sostanzialmente le diverse fattispecie:

- a. **a proposito dell'Aran** afferma che non possono far parte del collegio di indirizzo e controllo ne ricoprire funzioni di presidente, persone che rivestano incarichi pubblici elettivi o cariche in partiti politici ovvero che ricoprano o abbiano ricoperto nei cinque anni precedenti alla nomina cariche in organizzazioni sindacali. L'incompatibilità si intende estesa a qualsiasi rapporto di carattere professionale o di consulenza con le predette organizzazioni sindacali o politiche. L'assenza delle predette cause di incompatibilità costituisce presupposto necessario per l'affidamento degli incarichi dirigenziali nell'agenzia.
- b. **a proposito della CIVIT** afferma che i componenti della Commissione non possono essere scelti tra persone che rivestono incarichi pubblici elettivi o cariche in partiti politici o in organizzazioni sindacali o che abbiano rivestito tali incarichi e cariche nei tre anni precedenti la nomina e, in ogni caso, non devono avere interessi di qualsiasi natura in conflitto con le funzioni della Commissione;
- c. **a proposito degli organismi indipendenti** afferma che i componenti dell'Organismo indipendente di valutazione non possono essere

nominati tra soggetti che rivestano incarichi pubblici elettivi o cariche in partiti politici o in organizzazioni sindacali ovvero che abbiano rapporti continuativi di collaborazione o di consulenza con le predette organizzazioni, ovvero che abbiano rivestito simili incarichi o cariche o che abbiano avuto simili rapporti nei tre anni precedenti la designazione.

- d. **a proposito della figura dirigenziale** afferma che non possono essere conferiti incarichi di direzione di strutture deputate alla gestione del personale a soggetti che rivestano o abbiano rivestito negli ultimi due anni cariche in partiti politici o in organizzazioni sindacali o che abbiano avuto negli ultimi due anni rapporti continuativi di collaborazione o di consulenza con le predette organizzazioni

La semplice ricostruzione del dettato normativo della legge delega e del decreto attuativo rende evidente come sulla disciplina delegata di cui ai precedenti punti b) e c) gravino fondati dubbi di illegittimità costituzionale per eccesso di delega ai sensi dell'art. 76 Cost., dal momento che la previsione di ipotesi di incompatibilità che potremmo definire "politico-sindacale" non era contemplata nei criteri di delega.

Ma la critica di illegittimità costituzionale è ancora più estesa e riguarda quanto meno anche l'ipotesi di cui al precedente punto d).

Va infatti ricordato che la Costituzione prevede rigidamente le ipotesi di limitazione dell'esercizio dei diritti politici, economici e sociali:

- *tutelando in termini assoluti e generalizzati la libertà di organizzazione sindacale* (art. 39.1) nella quale rientra necessariamente oltre che il diritto di associazione anche quello di partecipare a pieno titolo alla vita ed agli organismi statutari della propria associazione;
- *limitando solo per poche e definite professioni/funzioni pubbliche* l'iscrizione ai partiti politici (art. 98.1).

Dal confronto tra le discipline si evince come **l'illegittimità costituzionale** delle suddette ipotesi di incompatibilità di cui ai **punti b), c) e d)** riguardi anche ragioni di merito, anche con riferimento al principio di uguaglianza; i parametri costituzionali di riferimento sono quindi quanto meno gli artt. 3, 39.1 e 98.3 Cost.

L'incompatibilità riferita agli organismi ARAN può invece considerarsi ragionevole in virtù della funzione di rappresentanza da essa svolta.

A valle di questa normativa legislativa che, come detto, pone di per sé problemi di costituzionalità, si pongono due provvedimenti che, se possibile, rendono più visibile il rischio di illegittimità.

A) La delibera n. 4/2010 della CIVIT, nell'individuare i requisiti per i componenti degli organismi di valutazione presso le pubbliche amministrazioni, dispone al comma 2.4 che ai sensi dell'articolo 14, comma 8, del d.lgs. n. 150/2009, i componenti dell'Organismo indipendente di valutazione *non possono essere nominati tra soggetti che rivestano incarichi pubblici elettivi o cariche in partiti politici o in organizzazioni sindacali ovvero che abbiano rapporti continuativi di collaborazione o di consulenza con le predette organizzazioni, ovvero che abbiano rivestito simili incarichi o cariche o che abbiano avuto simili rapporti nei tre anni precedenti la designazione.*

Il problema che questa disposizione pone è ancora più delicato se si considera che, al successivo comma, la stessa delibera prevede che un componente dell'Organismo debba essere interno per garantire la conoscenza dei processi lavorativi ed organizzativi dell'amministrazione da valutare. Inoltre, nei commi ed articoli successivi, la Delibera prevede stringenti requisiti professionali che i componenti devono possedere. La delibera Civit, dalla quale siamo partiti, deve necessariamente condividere le sorti delle fonti primarie che rappresentano il quadro di riferimento della sua azione e, quindi, le incostituzionalità prima descritte colpiscono anche il dettato della delibera 4/2010 sul punto della previsione di quelle incompatibilità che abbiamo definito "politico-sindacali".

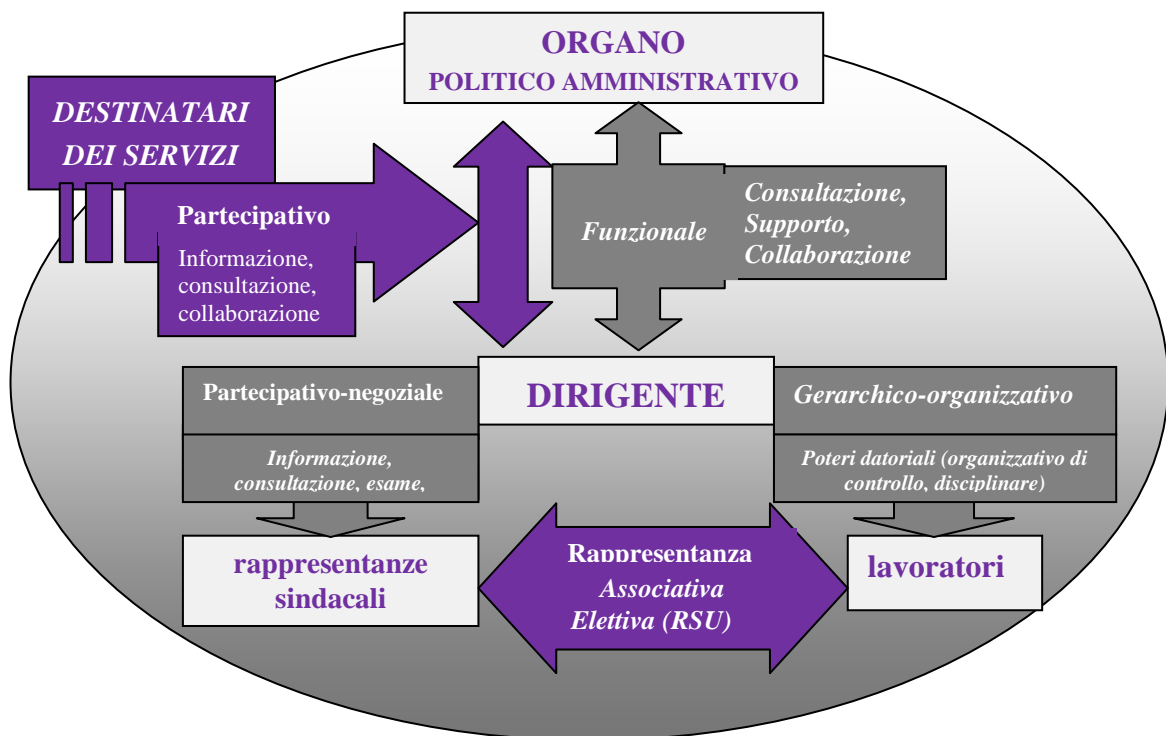
D'altra parte, un'analogha disposizione prevista dall'art. 35 del d.lgs. 165/2001 per quanto riguarda la composizione delle commissioni di concorso è interpretata dalla giustizia amministrativa (da ultimo, TAR Lazio, 24 dicembre 2009, n.13464) nel senso che i rappresentanti sindacali possono fare i commissari di esame in un concorso pubblico. Infatti, le uniche due circostanze impugnabili da un candidato escluso sono che il rappresentante sindacale non sia stato scelto per meriti professionali o che la sua attività "possa interferire" con quella dell'ente che ha indetto il concorso.

Applicando questo equilibrato criterio alla delibera in esame e considerando che un componente interno deve far parte dell'organismo, possiamo concludere che, ferma restando l'incostituzionalità già denunciata, anche per questa via non è possibile escludere dall'organismo stesso chi - dotato dei requisiti professionali richiesti - sia anche associato o dirigente di un'organizzazione sindacale nel libero esercizio dei propri diritti costituzionali.

B) La Circolare 11/2010 del dipartimento della Funzione pubblica si sofferma invece sull'incompatibilità per i dirigenti cui siano *conferiti incarichi di direzione di strutture deputate alla gestione del personale*.

A partire dalla legislazione del 1993, il dirigente pubblico opera "con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro". Intorno a questa definizione si è costruita nel tempo un'immagine carica più di simbolismi che di funzioni, ed ultimamente ha preso il sopravvento una visione della responsabilità dirigenziale caratterizzata da un ruolo gerarchico/punitivo nei confronti dei lavoratori e di pretestuosa autosufficienza nei confronti delle loro rappresentanze.

Ma quella locuzione si limita ad assimilare la responsabilità dirigenziale a quelle datoriali individuate dal codice civile, senza presupporre "a priori" le modalità di esercizio del potere. In altri termini, la figura dirigenziale si costruisce dentro l'organizzazione e non attraverso un'interpretazione preconcepita di locuzioni giuridiche.



Ciò che organizzativamente conta è che il dirigente sia l'unico soggetto che intrattiene rapporti con tutti gli altri: rapporti con caratteristiche diverse (separazione di funzioni e collaborazione di ruoli con la dirigenza politica; partecipazione sociale e consultazione con l'utenza; gerarchica con i lavoratori; partecipativo/negoziale con i sindacati) ma che richiedono – come fondamentale esercizio di potere organizzativo – la capacità di ottimizzare le informazioni che derivano da queste relazioni convertendole in risorse e decisioni organizzative (*secondo lo schema riportato nella pagina precedente*).

Chiedere al dirigente di accettare il confronto con rigore dei ruoli e trasparenza delle regole significa valorizzare la posizione cardine che egli occupa nell'organizzazione dei servizi.

Ma può questa delicata posizione sopprimere le libertà costituzionali riconosciute ad ogni lavoratore? E, per essere più concreti, è accettabile ritenere che il coinvolgimento attivo in un'organizzazione sindacale significhi di per sé perdita di imparzialità e comprometta la competenza?

La legge 15 e il d.lgs. 150 operano questa criticabile assimilazione ed ora la Circolare 11/2010 della Funzione pubblica dà un'interpretazione della legge che, se da un verso ne "limita" l'applicazione ai soli soggetti preposti a strutture che abbiano specificamente la funzione della gestione del personale, dall'altro la estende anche ai titolari di posizioni organizzative. Inoltre, considera una locuzione ampia (anche più di quella utilizzata per la presunta incompatibilità di appartenenti a partiti politici) del requisito impeditivo della militanza sindacale, includendo di fatto tutte le figure di rappresentanza (RSU, RSA, terminale associativo e carica statutaria di qualunque livello).

Si manifesta così sfiducia nei confronti dei dirigenti ed una rappresentazione della militanza sindacale come incompatibile per definizione con l'imparzialità e la responsabilità. Una normativa poco rispettosa della persona sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità (art.2 Cost). Anche in questo caso la circolare va oltre lo stesso dettato legislativo e vanno ricercati riequilibri sul fronte dei destinatari o su quello della definizione di carica sindacale.

5. La struttura della retribuzione pubblica e l'impatto del decreto legge 78/2010 convertito in legge 122/2010

A) Il quadro normativo sulle fonti ed i poteri per la determinazione della retribuzione è mutato nel corso del 2009 ad opera del d.lgs. 150/2009 e dell'Intesa del 30 aprile che attua nel settore pubblico l'Accordo quadro del 22 gennaio. Il primo aspetto di analisi riguarda la distribuzione della materia tra fonti e poteri, assumendo come dato di fatto immodificabile ed immodificato la competenza della legge nella determinazione delle disponibilità economiche attraverso le leggi di bilancio ed i documenti di programmazione economica.

Il contratto collettivo mantiene la sua funzione di autorità salariale nella fase di determinazione della retribuzione, anche nei confronti delle fonti pubblicistiche settoriali o microsettoriali (l'art. 1 della legge delega 15/2009 ha ridimensionato il ruolo del contratto in caso di invadenza della fonte legislativa, ma solo per gli aspetti normativi e non per quelli salariali; non ha infatti modificato l'intero terzo comma dell'art. 2 del d.lgs.165/2001).

La competenza della contrattazione è piena anche nella determinazione ed articolazione del trattamento accessorio: il nuovo art. 45 del d. lgs. 165/2001 conferma questo ruolo, anche se prevedendo un esplicito orientamento alle parti per una valorizzazione delle quote da destinare al merito ed alla *performance* (comma 3-bis dell'art. 45; sesto comma dell'art. 19 del d.lgs. 150/2009; comma 3-bis dell'art. 40 del d.lgs. 165/2001).

Inoltre, il contratto nazionale assume l'inedito ruolo di distribuire le risorse per la contrattazione integrativa sulla base della valutazione delle performance delle amministrazioni (comma 3-quater dell'art. 40 del d.lgs. 165/2001; punto 4.3.c) dell'Intesa del 30 aprile).

Una interferenza nelle procedure di contrattazione nazionale, per quanto affievolita dall'istituto della consultazione, è inserita dal primo comma del nuovo art. 47-bis del d.lgs. 165/2001 che in parte interferisce con la previsione del secondo comma col quale si rinorma di fatto l'istituto della "vacanza contrattuale".

Anche il secondo livello di contrattazione svolge significative funzioni in materia retributiva, ovviamente nell'ambito delle previsioni del contratto nazionale e dei bilanci delle amministrazioni (art. 40.3-quinquies che ripropone i vincoli già previsti nel precedente testo dello stesso articolo).

Ma la riproposizione è realizzata con alcune incongruenze:

- non si comprende, infatti, come possa operare la sostituzione automatica di clausole in un modello contrattuale nel quale il secondo livello svolge una funzione specializzata rispetto al primo ed alla legge.
- pone problemi applicativi la disposizione prevista dal comma 3-ter dell'art.40 del d.lgs.165/2001 che sembra autorizzare le singole amministrazioni a gestire in via provvisoria ma unilateralmente anche gli istituti retributivi, che sono invece competenza contrattuale. La difficoltà di raccordo è nel fatto che nel conflitto tra potere dirigenziale e contrattazione, l'atto unilaterale determina istituti che configurano veri diritti soggettivi, in quanto tali difficilmente modificabili successivamente ad opera della contrattazione.

Lo stesso comma 40.3-quinquies prevede nei casi di accertato superamento dei vincoli finanziari l'obbligo del recupero nella sessione contrattuale successiva: questa disposizione è diversa nella sostanza dal criterio previsto dalla legge delega (art. 3.2 lett h.6) che ipotizzava la possibilità di configurare una responsabilità erariale per danno da contrattazione in capo alla delegazione pubblica ed agli organismi di controllo (ipotesi estensibile, come precisato da una sentenza della Corte dei conti, anche alla delegazione sindacale).

Sulle funzioni che i due livelli di contrattazione svolgono nel nuovo modello contrattuale, va detto che l'Intesa del 30 aprile specializza le sedi in modo meno lineare di quanto faccia l'Accordo del 22 gennaio per il settore privato.

Con riferimento al contratto nazionale, alle modalità di determinazione delle disponibilità economiche, alla base di calcolo, al valore punto (coefficiente che con l'indice IPCA determina le disponibilità economiche), alla verifica degli scostamenti.

Con riferimento al contratto integrativo, la tripartizione delle risorse operata dall'art. 45 del d.lgs. 165/2001 si integra solo parzialmente con le previsioni di cui agli artt. 17-28 del d.lgs. 150/2009 e va raccordata con il punto 4.3 dell'Intesa del 30 aprile.

Gli articoli del d.lgs 150 si soffermano, infatti, quasi esclusivamente sulla *performance individuale* e sulle quote di retribuzione destinate a questo istituto dai contratti collettivi (in particolare l'art. 19) e non fa riferimento alla destinazione delle quote di *performance organizzativa*; nello stesso

tempo l'Intesa del 30 aprile parla esplicitamente di possibilità di contrattare aspetti organizzativi e la relativa retribuzione.

Questa differenza fa sorgere diverse ipotesi interpretative, in particolare se gli istituti di cui agli artt. 21, 22, 23 e 25 (tutti finanziati con le risorse della contrattazione integrativa) debbano riferirsi ad entrambe le quote o solo alla prima: questa ultima ipotesi sembra preferibile soprattutto se ci si riferisce ad istituti che direttamente richiamano le fasce di merito dell'art.19 (bonus annuale, progressioni economiche).

A seconda della interpretazione che si privilegia, la negoziabilità dell'organizzazione del lavoro prevista dall'Intesa potrebbe influenzare anche le fasce di merito ed il sistema di deroghe (art. 19.4), oppure consentire ulteriori strumenti per la retribuzione conseguente alla performance organizzativa (nel caso in cui si dovesse ritenere che gli strumenti degli art. 21-26 si riferiscano solo alla performance individuale).

Il ruolo della contrattazione collettiva integrativa è comunque rilevante in quanto può:

- definire le deroghe alla distribuzione di personale e risorse tra le tre fasce di merito (art. 19.4); di particolare rilievo è la seconda deroga per l'effetto che ha sulla distribuzione delle risorse economiche anche a personale collocato nella terza fascia;
- definire l'ammontare del bonus delle eccellenze e del premio per l'innovazione (artt. 21 e 22);
- definire i criteri per la progressione economica (art. 23);
- definire i criteri per la distribuzione del premio di efficienza (art. 27).

B) Che la "manovra di giugno", convertita in legge 122/2010, intervenga con forza sulla contrattazione collettiva e sulle retribuzioni del pubblico impiego (contrattualizzato e non) è chiaro e incontrovertibile.

Su di essa si stanno rincorrendo letture dell'art. 9 che vanno ben oltre il dettato normativo e che non si attengono solo ai normali criteri interpretativi delle leggi, ma li caricano con considerazioni che nulla hanno di tecnico e giuridico.

Per procedere con ordine, riassumiamo il contenuto dei due punti salienti dell'articolo 9:

- col primo comma, si prevede che dal 2011 al 2013, il trattamento economico complessivo dei singoli dipendenti non può superare il trattamento ordinariamente spettante per l'anno 2010;

- col quarto comma, si dispone che i *rinnovi contrattuali* per il biennio 2008-2009 e i trattamenti derivanti dagli *accordi* del personale non contrattualizzato non possono determinare aumenti retributivi superiori al 3,2%;

Che si tratti di due disposizioni che non possono essere lette in modo da confondere vincoli e livelli contrattuali, e che il primo comma si riferisca *anche* al secondo livello di contrattazione, mentre il quarto comma si riferisca *solo* al livello nazionale, risulta evidente da diversi elementi che è opportuno elencare in modo analitico, e cioè:

- con riferimento al **primo comma**,
 - o trattandosi di trattamento economico complessivo, ivi compreso il trattamento accessorio, è chiaro che si intende l'insieme della retribuzione di fatto alla cui formazione concorrono le retribuzioni del primo livello e i trattamenti del secondo;
 - o in questo caso, il riferimento del vincolo è naturalmente quello del trattamento ordinariamente spettante, con riferimento al 2010; tale deve essere inteso, come ha affermato anche la sez. Piemonte della Corte dei conti nel parere 51/2010 che esclude dal limite gli effetti derivanti da eventi straordinari (quali la corresponsione di arretrati) della dinamica retributiva, o l'attribuzione di funzioni diverse nel corso dell'anno;
 - o a questa disposizione va collegata quella prevista dal comma 2-bis che, nel riferirsi alle disponibilità economiche per il salario accessorio, di fatto consente alla contrattazione di secondo livello di operare diverse distribuzioni dello stesso in ragione della diversa articolazione di voci quali indennità, funzioni diverse, straordinario, strettamente vincolate all'erogazione della prestazione lavorativa;
 - o il richiamo all'indennità di vacanza contrattuale si spiega solo col fatto che essa - allo stato attuale della normativa e salvo modifiche in sede di conversione - è l'unica risorsa che in assenza di contratti può incrementarsi;
- con riferimento al **quarto comma**,
 - o è chiaro che si parli esclusivamente del livello nazionale sia perché si richiama la doppia struttura di vigenza che vale solo per questo livello, sia perché si richiamano i vincoli percentuali definiti in finanziaria per i rinnovi del secondo biennio del

- livello nazionale (TIP all'1,7 per il 2008; IPCA all'1,5 per il 2009), sia perché richiamando contratti ed accordi si richiama al doppio regime privatistico e pubblicistico dei diversi ordinamenti come appare confermato anche dalla deroga prevista per il comparto "sicurezza";
- o la norma non incide sulle disponibilità economiche aggiuntive ed eventuali previste dai CCNL del comparto autonomie locali (+1,5%) e sanità (+0,8%), proprio perché, come ha correttamente affermato l'ANCI nella sua nota sull'applicazione della "manovra di giugno", quelle somme e le modalità di corresponsione condizionata non incrementano il trattamento retributivo complessivo e la stessa Corte dei Conti ha certificato positivamente il contratto per il rispetto del vincolo finan-ziario.

Il fatto che ognuno dei commi si riferisca a situazioni e trattamenti diversi comporta:

- che il vincolo del 3,2 vale solo per il livello nazionale e non per la somma del trattamento tra i due livelli;
- a quest'ultimo si riferisce invece il primo comma che ha invece come unico vincolo quello del non superamento del trattamento complessivo individuale in godimento nel 2010.

Di conseguenza manca qualsiasi sostegno e motivazione giuridica ad una interpretazione che volesse sommare i due vincoli, determinando di fatto una decurtazione del trattamento economico complessivo ad un livello anche più basso di quello in godimento nel 2010. Come anche non ha alcun senso ipotizzare forme di restituzione delle somme già versate o regimi diversi di trattamento, per cui le amministrazioni che già avessero erogato le quote superiori al 3,2% non dovrebbero recuperare l'elargito e le amministrazioni che non lo avessero ancora fatto non dovrebbero elargire le somme. Quest'ultima lettura, che pure fa capolino in alcuni ambienti, determinerebbe l'assurda situazione per cui l'applicazione di una stessa disciplina potrebbe comportare trattamenti differenziati solo in ragione del momento applicativo da parte dell'amministrazione. Proprio perché i trattamenti dei due livelli si sommano, sono definiti due vincoli diversi, 3,2 per il livello nazionale; trattamento in godimento nel 2010 per il trattamento globale di fatto. Una diversificazione che non avrebbe senso se il legislatore avesse voluto perseguire il solo ed assoluto vincolo del 3,2%.

6. Le progressioni verticali

Più volte soprattutto nelle amministrazioni delle autonomie locali si sta ponendo il problema della sorte delle progressioni verticali a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. 150/2009.

Il problema è noto e risiede nell'interpretazione di alcune disposizioni del d.lgs. 150/2009 in raccordo con la previsione di cui all'art. 91 del TUEL (d.lgs. 267/2000) che possono essere così sintetizzate:

- Nel d.lgs. 150/2009:
 - o l'art. 62, modificando l'art. 52 del d.lgs. 165/2001, assoggetta le progressioni verticali alla procedura concorsuale e prevede che il favor per i dipendenti non possa andare oltre una riserva del 50% dei posti messi a concorso;
 - o l'art. 24, confermando la disposizione (seppure in una prospettiva di strumento premiante), fa obbligo alle amministrazioni di ricorrere al nuovo sistema di reclutamento dal 1 gennaio 2010;
 - o l'art. 31 prevede che le nuove disposizioni, tra le quali il primo comma dell'art. 24, si applichino alle autonomie locali a seguito delle modifiche che gli enti dovranno apportare nei loro ordinamenti entro il 31 dicembre 2010.

- A sua volta, per il TUEL:
 - o l'art. 91 consente agli enti finanziariamente "sani" di prevedere concorsi interamente riservati al personale interno, seppure nel limite di specifiche professionalità e figure professionali;
 - o l'art. 88 prevede che all'ordinamento degli uffici e del personale degli enti locali si applicano le disposizioni del decreto legislativo 3 febbraio 1993, n.29, e successive modificazioni ed integrazioni, e le altre disposizioni di legge in materia di organizzazione e lavoro nelle pubbliche amministrazioni nonché quelle contenute nel presente testo unico;
 - o il quarto comma dell'art. 1 sancisce che le leggi della Repubblica non possono introdurre deroghe al TUEL se non mediante espressa modificazione delle sue disposizioni.

La discussione verte sulla questione se la norma statale necessiti di uno specifico percorso normativo da parte delle autonomie per transitare nell'ordinamento locale o se le norme del d.lgs. 150 siano immediatamente operative anche per le autonomie locali. Dalla soluzione di questo problema

dipende la legittimità o meno delle procedure di progressione approvate entro il 2009 sulla base di piani triennali di assunzione già approvati, anche se con effetti che si protraggono al 2010.

Sul punto si sono espressi finora l'ANCI e la sezione Lombardia della Corte dei conti che hanno aderito alla prima soluzione; la sezione Autonomie locali della Corte dei conti e di recente il TAR della Calabria con sentenza 23 agosto 2010, n. 914 hanno aderito alla seconda.

Fermo restando che siamo ancora ai livelli iniziali dell'interpretazione, visto che le deliberazioni della Corte dei conti sono pareri e la sentenza del TAR è ancora al primo grado di giudizio, facciamo notare che tutto si gioca – quasi sul piano dell'equilibrio istituzionale – su come si debba intendere il concetto di autonomia degli ordinamenti nel nostro sistema amministrativo.

Sul piano strettamente normativo, la recente sentenza del TAR distingue il profilo della premialità e quello dell'assunzione – entrambi presenti nell'istituto delle progressioni verticali – e afferma che mentre per il primo vale il rinvio dell'art. 31, per il secondo va affermata l'immediata applicabilità, considerando che nella struttura del decreto l'art. 62 non rientra nello stesso Capo dell'art. 24.

Ma in questo modo il problema non è risolto, dal momento che comunque sia i dd. lggss. 165 e 150 sono leggi dello Stato ed il rapporto con il sistema ordinamentale delle autonomie (a maggior ragione dopo la riforma della Costituzione) non si risolve in via interpretativa norma per norma o ipotizzando forme di abrogazione tacita, ma solo sulla base del quarto comma del TUEL che è chiaro nell'affermare che “le leggi della Repubblica non possono introdurre deroghe al presente testo unico se non mediante espressa modificazione delle sue disposizioni”.

Ora, il d.lgs 150 né direttamente né tramite le modifiche che apporta al d.lgs. 165 “espressamente” modifica il TUEL; ed anche se il secondo comma dell'art. 74 è chiaro nel determinare la necessità di una modifica degli ordinamenti delle autonomie, non è nemmeno regolamentata la fase transitoria per le progressioni in essere.

Avrebbe potuto farlo, ma non lo ha fatto.

La conseguenza è che anche per effetto dell'art. 88 TUEL il nuovo sistema di reclutamento e progressione è indubbiamente innovato anche per le autonomie, ma nel rispetto dei principi di rapporto tra ordinamenti; e va comunque consentita la conclusione delle procedure per le progressioni

verticali già programmate nel piano triennale del fabbisogno di personale, purché operino nell'ambito delle procedure previste dai regolamenti, che devono comunque essere modificati entro il 2010.

Più in generale e con riferimento a tutti i comparti, va ricordato che per gli anni 2011-2013 le progressioni comunque denominate hanno limitatamente a questi soli anni effetto ai soli fini giuridici.

7. Una sintesi conclusiva

Le conclusioni a quanto finora detto non possono che avere la forma di una sintesi che ricordi in modo schematico anche i diversi documenti richiamati. Abbiamo visto nelle pagine precedenti in che modo il blocco della contrattazione incida sul modello stesso delle future regole che disciplinano il lavoro pubblico.

Soprattutto, si dilatano i tempi di quella che era stata prevista come fase transitoria (art. 65 d.lgs.150/2010) e, di conseguenza, il rapporto di sistema che avrebbero dovuto svolgere nella transizione i due livelli di contrattazione e la legge; anche l'Intesa del 30 aprile 2009 vede rinviata la sua attuazione attraverso i contratti nazionali, ma non per questo perde il ruolo politico/sindacale e giuridico che svolge nel prefigurare il nuovo modello.

Questo mutamento di quadro indotto dalla legge 122/2010 richiede che sia predisposto un diverso percorso di implementazione della nuova legislazione che, preservando il mutamento voluto dal legislatore, non sviscusi il ruolo di nessuna delle fonti e di nessuno dei soggetti coinvolti. Si tratta soprattutto di un'esigenza di ridimensionare le tensioni che si vanno diffondendo in molte amministrazioni nei rapporti tra le parti e nell'applicazione della normativa.

Questo percorso può partire distinguendo le funzioni che il contratto integrativo è chiamato a svolgere in questa fase, e soprattutto isolando quelle richiamate dall'art. 65 (riequilibrio tra legge e contratto e sperimentazione della normativa su premialità e merito) da quelle normalmente svolte sul piano normativo e di gestione del personale.

Le funzioni ex art. 65 devono essere riparametrate sia perché non avrebbe senso lo sfaldamento del modello senza un governo sistematico offerto dal contratto nazionale (in questo l'Intesa del 30 aprile, ma anche la legge è chiara), sia perché anche le anticipazioni riguardanti il merito risulterebbero sterilizzate dalla mancanza di risorse e dal blocco predisposto dal primo comma dell'art.9 della legge 122/2010. A questo scopo si possono seguire due strade: un decreto che posticipi le scadenze dell'art. 65 per riequilibrarle con il riavvio della contrattazione, oppure un contratto quadro sulle relazioni sindacali che segua immediatamente quello sui comparti, che ridefinisca le nuove regole ed eviti il moltiplicarsi sia delle sentenze che degli atti unilaterali.

Documenti richiamati a proposito delle relazioni sindacali

- Circolare DFP 7 giugno 2010, n. 7
- Linee guida ANCI: "L'applicazione del decreto legislativo n. 159/2009 negli enti locali: le prime linee guida dell'ANCI"
- Sentenza Tribunale *Torino* 27 marzo 2010
- Sentenza Tribunale *Milano* 4 agosto 2010
- Sentenza Tribunale *Pesaro* 19 luglio 2010
- Sentenza Tribunale *Perugia* 28 luglio 2010
- Sentenza Tribunale *Salerno* 18 luglio 2010
- Sentenza Tribunale *Lamezia Terme* 7 settembre 2010

La definizione di un contratto quadro può essere anche l'occasione per ragionare sulla cd. Clausola di incompatibilità sindacale.

Infatti va evitata un'applicazione della norma sull'incompatibilità delle cariche sindacali negli organismi di valutazione e nella direzione di uffici con funzioni di gestione del personale che sia tanto estensiva sul piano dell'inquadramento (comprendente anche le posizioni organizzative), del concetto di dirigente sindacale (comprendente anche la sola elezione nelle RSU) da risultare svincolato dai criteri di delega della legge 15/2009 o in contrasto con la Costituzione.

Documenti richiamati a proposito della cd. "incompatibilità sindacale"

- Delibera CIVIT 16 febbraio 2010, n. 4
- Circolare DFP 8 agosto 2010, n. 11

Le funzioni normativo-gestionali del contratto integrativo possono essere garantite (fino all'eventuale firma del Contratto quadro) secondo le regole attualmente previste dai contratti nazionali, visto che - come ha finora riconosciuto unanimemente la giurisprudenza - non sono stati abrogati dalla legge e continuano a essere vigenti fino alla loro sostituzione ad opera di un altro contratto.

L'opera di riparametrazione dei tempi non necessariamente deve riguardare singoli istituti normativi o retributivi.

A proposito dei primi, pur restando fermi i tempi previsti per la gestione in senso completamente concorsuale delle progressioni verticali, va definitivamente chiarito in tempi rapidi il raccordo tra normativa statale e normativa delle autonomie per non affidare il tutto a pronunce (pareri e sentenze) peraltro discordanti della giurisprudenza amministrativa o contabile.

Su questo punto è equilibrata e giuridicamente fondata la posizione che salvaguarda le progressioni predisposte prima della d.lgs. 150, anche se sfocianti nel 2010 e fino alla ridefinizione degli ordinamenti, mentre resta fisso il vincolo del 1 gennaio 2010 per il nuovo regime giuridico delle progressioni.

Documenti richiamati a proposito delle progressioni verticali

- Linee guida ANCI: “L’applicazione del decreto legislativo n. 159/2009 negli enti locali: le prime linee guida dell’ANCI”
- Corte dei conti (parere), sez. Lombardia, 18 marzo 2010, n. 375
- Corte dei conti (parere), sez. Lombardia, 28 aprile 2010, n. 517
- Corte dei conti (parere), sez. centrale Autonomie 31 marzo 2010, n. 10
- Sentenza TAR Calabria, 23 agosto 2010, n. 914

A proposito dei secondi, il quarto comma dell’art. 9 della legge 122/2010 non può che riguardare gli incrementi generalizzati e fissi predefiniti dai contratti nazionali (il tenore del contenuto e della lettera del comma non consentono diverse posizioni) e ciò significa che gli incrementi eventuali previsti da alcuni CCNL devono essere corrisposti anche se successivamente alla data di approvazione del decreto. A sua volta, il primo comma pone un argine al mutamento del trattamento economico del personale, ma questo non può significare che la retribuzione accessoria debba restare svincolata da ogni modifica organizzativa e gestionale del personale.

Documenti richiamati a proposito dell’art. 9 della legge 122/2010.

- Linee guida ANCI: “Le disposizioni in materia di personale degli enti locali recate dal decreto legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito in legge 30 luglio 2010, n. 122

NOTA TECNICA: tutte le circolari, le delibere e le sentenze citate in questa pubblicazione si possono visionare e scaricare sul sito www.fpcisl.it