Commento di

LUIGI OLIVERI

L'atto unilaterale sostitutivo del mancato accordo decentrato è attualmente vigente

Le organizzazioni sindacali hanno segnato un punto a loro favore, con il decreto del Tribunale di Salerno in veste di giudice del lavoro 19 luglio 2010 che ha condannato il comune di Bellizzi per condotta antisindacale, causata dall'applicazione dell'articolo 40, comma 3-ter, del d.lgs 165/2001.

Tale ultima disposizione stabilisce che "*al fine di assicurare la continuità e il migliore svolgimento della funzione pubblica, qualora non si raggiunga l'accordo per la stipulazione di un contratto collettivo integrativo, l'amministrazione interessata può provvedere, in via provvisoria, sulle materie oggetto del mancato accordo, fino alla successiva sottoscrizione. Agli atti adottati unilateralmente si applicano le procedure di controllo di compatibilità economico-finanziaria previste dall'articolo 40-bis*".

In estrema sintesi, il Tribunale di Salerno ha affermato che il Comune non avrebbe potuto dare applicazione alla norma, in quanto il diritto transitorio regolato dall'articolo 65 del d.lgs 150/2009 imporrebbe di attendere che i contratti integrativi prima esauriscano la loro efficacia. Il che può avvenire o a seguito del loro adeguamento alle disposizioni del d.lgs 150/2009, oppure una volta spirato il termine di ultrattività disposto dal comma 4 del citato articolo 65 al 31.12.2011 per gli enti locali.

Occorre affermarlo senza alcuna remora, pur con tutto il rispetto che si deve ad un provvedimento del Giudice: esso è del tutto sbagliato nei suoi presupposti e nelle valutazioni di merito. Ma, soprattutto, come meglio si vedrà in conclusione della presente analisi, è un provvedimento giuridicamente inutile e, tuttavia, forse utile sul piano fattuale, affinché il legislatore decida o di rinunciare all'articolo 40, comma 3-ter, oppure di meglio precisare l'evidente oscura portata dell'articolo 65 del d.lgs 150/2009.

Sulla stessa linea del decreto, un primo entusiastico commento dottrinale (1) glorifica le conclusioni cui perviene il decreto stesso, con una serie di argomentazioni che appare opportuno esaminare, allo scopo di evidenziare gli evidenti difetti ed errori che inficiano la pronuncia.

Secondo tale dottrina, l'amministrazione comunale condannata per condotta antisindacale sarebbe vittima di "*pretestuose argomentazioni giuridicamente non fondate e diffuse da superficiali consulenti e commentatori*" che indurrebbero le amministrazioni pubbliche, succube di tali misfatti, ad utilizzare l'atto unilaterale sostitutivo del mancato accordo, come cavallo di Troia per "*distruggere un modello pluralistico e democratico che trova le sue basi non solo nella nostra Costituzione ma ormai anche nell'ordinamento comunitario ed internazionale*". Tanto che, se si considerasse come attualmente vigente l'articolo 40, comma 3-ter, "*il decreto 150 sarebbe censurabile sul piano della legittimità costituzionale*".

Questo primo blocco di argomentazioni pare, onestamente, più spinto dalla passione sindacale, che non basato su convincenti argomentazioni.

In quanto i commentatori superficiali, chi scrive si dichiara da subito di appartenere a tale reproba schiera e si scusa con gli altri insigni commentatori che citerà nell'articolo i quali, con i loro scritti, hanno espresso visioni e tesi diametralmente opposte e che, senza colpa, rischieranno di essere inseriti nella lista nera dei pretestuosi e superficiali interpreti. Esiste, tuttavia, una consistente dottrina che dando una lettura serena delle norme, conclude per l'inevitabile immediata applicabilità dell'articolo 40°, comma 3-ter. Ad esempio, R. Nobile (Contrattazione decentrata integrativa e applicazione unilaterale in caso di mancato accordo: sí e da súbito, in www.lagazzettadeglientilocali.it 26/3/2010) utilizza 2000 parole, 152, 11.449 caratteri per suffragare la tesi dell'immediata vigenza dell'articolo 40, comma 3-ter; R. Soloperto (in La nuova riforma del lavoro pubblico, a cura di M. Tiraboschi e F. Verbaro, ed. Giuffrè, Milano 2010) impiega otto pagine fittissime per delineare le conseguenze sulle relazioni sindacali sempre determinate dall'articolo 40, comma 3-ter, concludendo per la sua inevitabile applicabilità, con le opportune prudenze di merito e procedimentali. Oggettivamente, tacciare di superficialità commentatori che hanno approfondito in maniera ampia e dettagliata la questione, per di più in un commento di una pagina, appare, questo sì, poco meditato.

Non è con gli slogan da manifestazione sindacale di piazza che la questione interpretativa possa essere risolta. A comprova che l'approccio degli interpreti risulti tutt'altro che superficiale la circostanza che lo stesso decreto del Tribunale di Salerno per "*La novità e peculiarità della questione*" ha compensato le spese di giudizio.

In quanto al modello pluralistico e democratico che, se si applicasse da ora la riforma-Brunetta, si porrebbe contro la Costituzione, pare trattarsi null'altro se non di una frase ad effetto, del tutto non appagante sul piano giuridico.

Non è dato, infatti, reperire nella Costituzione, così come nelle norme europee, una norma che sia una da cui desumere un vincolo giuridico tale da obbligare il datore di lavoro pubblico a regolare necessariamente per via contrattuale ambiti del rapporto di lavoro. Se, poi, come afferma il Tribunale di Salerno, solo una volta scaduti i termini transitori fissati sarà possibile applicare il d.lgs 150/2009, si assisterebbe al nuovo fenomeno di una legge costituzionale "a scadenza", costituzionalmente legittima finchè inapplicabile, improvvisamente illegittima quando la si applicherà. Sì, perché una volta caduta la debole, flebile ed erronea argomentazione principale utilizzata dal decreto per rilevare l'antisindacalità degli atti del comune di Bellizzi, cioè la vigenza del diritto transitorio, allora si determinerebbe senza ostacolo alcuno la paventata lesione dell'ordinamento democratico e della Costituzione. Strano che prima del 1993, data della prima contrattualizzazione del rapporto di lavoro nessuno abbia rilevato l'incostituzionalità o antidemocraticità di una disciplina del lavoro pubblico interamente fondata su fonti di natura pubblicistica.

A ben vedere, il d.lgs 150/2009 e, in particolare, l'articolo 40, comma 3-ter del d.lgs 165/2001 nulla hanno di incostituzionale, potendo il legislatore agevolmente stabilire come fissare la regolamentazione del lavoro pubblico.

Occorrerebbe, partendo da una visione oggettiva e distaccata, prendere atto di una circostanza: la contrattualizzazione del rapporto di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione è stata, purtroppo, un clamoroso fallimento. Del resto, proprio il d.lgs 150/2009 ha inteso correggere il tiro, limitando fortemente gli spazi della contrattazione collettiva. Molti sono i fallimenti delle riforme del lavoro pubblico degli anni compresi tra il 1993 e il 2008. Tra essi in particolare almeno i seguenti elementi incontestabili:

1. il costo del lavoro pubblico, a partire dal 2000, anno della prima piena contrattualizzazione, è aumentato in modo sostanzialmente incontrollato e ben più del costo del lavoro privato;

2. a tali incrementi ha contribuito in modo decisivo la contrattazione decentrata, nell'ambito della quale, illegittimamente molto spesso:

a) si è stabilito l'ammontare delle risorse, competenza, invece, esclusivamente dell'ente datore di lavoro;

b) si sono modificati, in aumento, gli importi di indennità varie, fissati invece in modo inderogabile dai contratti nazionali;

c) si sono accresciuti i fondi delle risorse variabili, senza rispettare limiti e presupposti consentiti dalla contrattazione nazionale;

d) si sono destinati a istituti fissi e continuativi parti consistenti delle risorse variabili;

e) si sono contrattate le progressioni verticali, totalmente estranee alla relazione della contrattazione;

f) si sono contrattati "piani" di progressioni orizzontali, che nel comparto regioni enti locali, come rilevato dalla Corte dei conti, nel periodo 2001-2008 hanno fatto effettuare passaggi ad 1.006.057 dipendenti su un totale di 522.267 appartenenti al comparto (1,93 passaggi a dipendente in media).

Disciplinare il lavoro pubblico significa anche, necessariamente, curare aspetti rilevanti di finanza pubblica, in quanto il costo del personale rappresenta una delle principali voci della spesa corrente dello Stato.

Per questo una "libera" contrattazione non è ammissibile e possibile. E' ben vero che anche l'imprenditore privato è vincolato dalle necessità imposte dalla competizione nel mercato. Tuttavia, gli spazi di autonomia di cui dispone sono pieni, perché delle sue risorse e della sua organizzazione risponde pienamente e solo lui.

Per lo Stato, si tratta anche di scelte di coordinamento di finanza pubblica. E la legge 122/2010 lo dimostra ampiamente: il legislatore, approvando una legge dichiaratamente attuativa dell'articolo 119 della Costituzione, incide così tanto sulla contrattazione da bloccarla per ben tre anni, altro che atto unilaterale. E, con specifico riferimento agli enti locali, modificando l'articolo 1, comma 557 della legge 296/2006 chiarisce a lettere cubitali come sia addirittura doveroso, non solo possibile, ridurre le risorse della contrattazione decentrata laddove sia necessario ricorrere a tale decisione, per garantire la progressiva riduzione dell'incidenza della spesa di personale sul totale delle spese correnti.

A meno di non ritenere, sotto gli aspetti indicati prima, la manovra economica incostituzionale, non vi sono spazi concreti per evidenziare contrasti con la Costituzione di qualsiasi norma che incida sulle relazioni sindacali coinvolgenti il datore pubblico, data la preminente necessità di assicurare la solidità finanziaria dello Stato.

L'articolo 40, comma 3-ter, del d.lgs 165/2001 è, senza alcun dubbio, norma finalizzata a sua volta a garantire il rispetto dei precetti di coordinamento di finanza pubblica, oltre che l'efficienza dell'organizzazione. Esso, infatti, consente di superare la

concezione di una necessità di contrattare a oltranza su tutto, così da condizionare, come in effetti è sin qui avvenuto, le scelte.

Non è negabile che le amministrazioni pubbliche, colpevolmente, abbiano nella stragrande maggior parte dei casi, ceduto alle istanze delle parti sindacali (anche per effetto della sempiterna ricerca di consenso da parte degli organi di governo, inclini alla non belligeranza con le sigle sindacali), stipulando contratti decentrati intrisi di numerosissime clausole illegittime, foriere di incrementi di spesa incontrollati e danni erariali.

Esattamente al contrario di quanto affermano gli ultras della contrattazione permanente, l'articolo 40, comma 3-ter ha lo scopo di porre rimedio ad un modello di relazioni sindacali nel pubblico impiego che di pluralistico e democratico ha ben poco, perché spesso si dimentica che si fronteggiano due parti contraenti, una delle quali libera nei fini e da responsabilità, l'altra, al contrario vincolata in gran parte delle sue scelte e compressa tra un sistema di relazioni oppressivo e l'azione ambigua degli organi di governo, come detto sopra troppo attenti alle sirene sindacali e troppo distratti verso le conseguenze gestionali derivanti dalla stipulazione di clausole nulle.

Le organizzazioni sindacali contrattano nel pieno esercizio della loro autonomia di diritto privato, senza incorrere in nessuna responsabilità. Non in quella erariale. Sia nei lavoratori preparatori della legge 15/2009, sia in quelli del d.lgs 150/2009, si evidenzia il tentativo del legislatore di coinvolgere nella responsabilità derivante dalla stipulazione di clausole in violazione dei vincoli normativi e contrattuali anche le sigle sindacali, ma ciò non è avvenuto. La cosa che colpisce è che i sindacati trattano sulla base di posizioni estremamente rigide perché sanno di non correre un altro rischio, ben presente, invece, nelle negoziazioni del lavoro privato: la possibile crisi aziendale, tale da mettere a repentaglio i posti di lavoro.

La disciplina contrattuale del lavoro pubblico è sin troppo intrisa di tutele. E' l'unico ambito nel quale non solo è obbligatorio per il datore applicare un contratto collettivo, ma è altrettanto obbligatoria anche la contrattazione di secondo livello. Non solo: per quanto concerne gli istituti legati al trattamento economico dei dipendenti, per la contrattazione di secondo livello si è anche introdotto un obbligo non solo a contrattare, ma anche a stipulare.

E' duro intravedere in questa ridda di norme una contrattualizzazione vera, un esercizio pieno e concreto di autonomia negoziale.

A fronte di una libertà di iniziativa così ampia dei sindacati e della pervasività dell'obbligo a trovare comunque un accordo, la parte pubblica trattante, invece, agisce dovendo rispettare una miriade di vincoli e divieti, incorrendo in pesantissime responsabilità erariali; e con essa anche l'organo di revisione.

Non si riflette mai abbastanza sull'assurdo logico di una contrattazione collettiva che regola la contrattazione sulla destinazione delle risorse del fondo contrattuale decentrato obbligando a stipulare annualmente un contratto, e la presenza di una serie di limiti alla prestazione di consenso tali da condurre quasi inevitabilmente a situazioni di stallo.

L'articolo 40, oggi al comma 3-quinquies, ieri al comma 3, pone un limiti chiarissimi al potere contrattuale in capo alle parti pubbliche trattanti: "*Le pubbliche amministrazioni non possono in ogni caso sottoscrivere in sede decentrata contratti collettivi integrativi in*

contrasto con i vincoli e con i limiti risultanti dai contratti collettivi nazionali o che disciplinano materie non espressamente delegate a tale livello negoziale ovvero che comportano oneri non previsti negli strumenti di programmazione annuale e pluriennale di ciascuna amministrazione. Nei casi di violazione dei vincoli e dei limiti di competenza imposti dalla contrattazione nazionale o dalle norme di legge, le clausole sono nulle, non possono essere applicate e sono sostituite ai sensi degli articoli 1339 e 1419, secondo comma, del codice civile. In caso di accertato superamento di vincoli finanziari da parte delle sezioni regionali di controllo della Corte dei conti, del Dipartimento della funzione pubblica o del Ministero dell'economia e delle finanze è fatto altresì obbligo di recupero nell'ambito della sessione negoziale successiva".

Così stando le cose, allora, se, ad esempio, le organizzazioni sindacali si incaponiscono nella richiesta palesemente contrastante con i vincoli normativi di finanziare le progressioni orizzontali con le risorse variabili, la parte pubblica non potrebbe mai e poi mai stipulare il contratto. Per altro, anche se lo facesse la clausola sarebbe nulla e dunque non produttiva di effetti. Per questo, non dovrebbe nemmeno essere applicata. Ma, laddove si giungesse alla sua applicazione, la nullità potrebbe essere accertata in ogni tempo dalla magistratura contabile, che oltre a chiedere il risarcimento a chi stipulò e chi applicò la clausola, metterebbe nelle condizioni di ripetere quanto distribuito, dal momento che la nullità assoluta renderebbe impossibile anche la percezione in buona fede.

Di fronte al possibile fronteggiarsi di una risoluta volontà sindacale di ottenere la stipulazione di una clausola e di una consapevolezza della sua nullità da parte della delegazione trattante, quale sarebbe la regola pluralistica e democratica? Stipulare comunque o quanto meno "venirsi incontro"? Se un certo istituto o una clausola risulti nulla in quanto contrastante con i vincoli non è questione di "misura" (quanto "costa), ma di "qualità", se sia, cioè, giuridicamente possibile o meno stipulare.

E' chiaro che il contrasto tra le parti sindacali può portare a conseguenze operative molto negative:

possibili agitazioni sindacali;

possibili campagne di stampa;

il blocco dell'erogazione degli istituti del salario accessorio che richiedano la destinazione annuale delle risorse (indennità varie e compensi incentivanti in particolare);

malumori tra il personale;

difficoltà nel richiedere l'espletamento di attività organizzate in turni o comportanti rischi, disagi e altri presupposti per la percezione di indennità, in quanto il personale si vedrebbe non compensato correttamente, per le condizioni nelle quali svolge l'attività.

Le sigle sindacali lo sanno molto bene ed agendo ai fianchi, coinvolgendo gli organi di governo, spesso ottengono la sottoscrizione anche del contratto con clausole nulle, pur di andare avanti.

L'articolo 40, comma 3-ter, del d.lgs 165/2001 è palesemente rivolto ad evitare il manifestarsi di queste situazioni, in quanto finalizzato comunque a far rimpossessare il datore di lavoro pubblico del ruolo di parte contrattuale "forte", se ciò sia necessario per garantire il corretto svolgimento dei servizi.

Ma, e qui torniamo al merito del decreto, si afferma che osterebbe alla sua attuale applicabilità la norma transitoria di cui all'articolo 65, comma 1, del d.lgs 150/2009. E' bene trascriverla, per evidenziare il clamoroso errore interpretativo del decreto del Tribunale di Salerno e della dottrina che aderisce alla tesi ivi sostenuta: "*Entro il 31 dicembre 2010* (per gli enti locali il 31.12.2011, nda)*, le parti adeguano i contratti collettivi integrativi* ***vigenti*** *alla data di entrata in vigore del presente decreto alle disposizioni riguardanti la definizione degli ambiti riservati, rispettivamente, alla contrattazione collettiva e alla legge, nonchè a quanto previsto dalle disposizioni del Titolo III del presente decreto*".

Scrive il giudice salernitano: "*Nel caso che ci occupa con deliberazione G.M. n. 186 del 26.11.2009 del 26.11.2009 decideva di NON approvare l'intesa sul contratto decentrato integrativo parte economica per l'anno 2009, è indubbio quindi che l'amministrazione non solo non abbia dato attuazione né per la parte economica al contratto integrativo né ne suo complesso al dettato del comma 1 dell'art. 65 sopra citato, il cui termine scade a dicembre 2010, a ciò consegue che continueranno a trovare applicazione fino al* 31 dicembre 2011 e al 31 dicembre 2010, fermo restando quanto previsto dall'articolo 30, comma 4, i contratti collettivi integrativi vigenti alla data di entrata in vigore del decreto. *Pertanto, fino alle date sopra indicate, i contratti integrativi conservano la loro efficacia e quindi solo dopo tali scadenze, ove le parti ancora* non adeguano i contratti collettivi integrativi vigenti alla data di entrata in vigore del presente decreto alle disposizioni riguardanti la definizione degli ambiti riservati, rispettivamente alla contrattazione collettiva e alla legge, nonché a quanto previsto dalle disposizioni del Titolo III del presente decreto, l'amministrazione può provvedere, in via provvisoria, sulle materie oggetto del mancato accordo, fino alla successiva sottoscrizione. *Quindi affinché l'amministrazione possa procedere unilateralmente occorre che i precedenti contratti integrativi abbiano esaurito la loro efficacia: per essere stato raggiunto un accordo tra le parti ovvero siano decorsi infruttuosamente i termini sopra indicati*".

Non è chi non veda quanto involuto sia il pensiero e quanto contraddittoria l'analisi prospettata.

Non può che essere così, dal momento che essa forza la conclusione, a partire da una lettura del tutto errata dell'articolo 65, comma 1, del d.lgs 150/2009. Nella sostanza, secondo il giudice, l'articolo 65, comma 1, impone alle amministrazioni di continuare ad applicare i contratti vigenti, finchè non si raggiunga la data in cui perdono efficacia ex lege, o anche prima, laddove vengano adeguati. E qui è il punto dolente. Come si fa ad adeguare un contratto, se non attraverso un altro contratto? Ma, il contratto di adeguamento è un "nuovo" contratto; non è, cioè, un contratto "vigente" alla data di entrata in vigore del d.lgs 150/2009.

Ora, l'articolo 65, comma 1, conserva efficacia solo ed esclusivamente ai contratti stipulati antecedentemente al 15 novembre 2009, data di entrata in vigore della riforma-Brunetta. Per questi contratti e solo per questi è necessaria un'opera di adeguamento, che il legislatore ha previsto, consapevole che una serie di clausole stipulate anni prima della riforma senza sapere quello che nell'ordinamento sarebbe cambiato, potevano non essere colpite da un'immediata ghigliottina giuridica; sicchè il legislatore ha lasciato ferma, entro un limitato arco temporale, l'autonomia negoziale, allo scopo di indurre le parti ad esercitarla, per apportare consensualmente tra loro le modifiche necessarie ai contratti previgenti, così da allinearli alla riforma.

Poiché così stanno le cose, allora:

l'articolo 65, comma 1, non detta alcun regime di diritto transitorio per i contratti stipulati successivamente al 15 novembre 2009;

nel caso di specie, poiché l'accordo decentrato del comune di Bellizzi alla data di entrata in vigore del d.lgs 150/2009 non era stato stipulato, risultando solo sottoscritta la preintesa, la disciplina ricadeva integralmente nel nuovo regime normativo e sotto l'egida dell'articolo 40, comma 3-ter, del d.lgs 165/2001, per nulla condizionato nella sua applicabilità dall'articolo 65, comma 1, del d.lgs 150/2009.

Ai fini interpretativi, l'analisi letterale non sempre è quella che si lascia preferire. Ma, laddove il legislatore risulti chiaro e preciso, l'interpretazione letterale non lascia spazio a voli pindarici. L'articolo 12 delle "preleggi" dispone: "*Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore*". Nel caso dell'articolo 40, comma 3-ter:

l'intenzione del legislatore è, palesemente, quella di limitare la portata della contrattazione decentrata, scongiurare il pericolo di sessioni infinite, evitare che la parte pubblica datoriale si trasformi in parte debole contrattuale e fornire uno strumento per superare eventuali stalli negoziali, scaturenti ovviamente da prese di posizione inconciliabili con i vincoli posti dalle norme;

il senso fatto palese dal significato delle parole è inequivocabile: "*Entro il 31 dicembre 2010, le parti adeguano i contratti collettivi integrativi* ***vigenti alla data di entrata in vigore del presente decreto***...".

La norma vale, dunque, solo per i contratti già stipulati. Applicando semplicissime regole di logica, per sillogismo, allora, la norma non assume alcuna funzione per i contratti ancora da stipulare. Punto. Dunque, l'analisi proposta dal decreto del Tribunale di Salerno risulta totalmente erronea per falsa interpretazione della norma.

La cosa non stupisce. Le organizzazioni sindacali avevano già sventolato il vessillo dello "stop alla riforma Brunetta" all'indomani del decreto del Tribunale di Torino in veste di giudice del lavoro 2 aprile 2010 (2), che invece si era limitata ad osservare come le relazioni sindacali della concertazione e dell'informazione fossero ancora in piedi.

Il decreto aveva, tuttavia, compulsato il Ministro Brunetta ad emanare una circolare esplicativa, allo scopo di chiarire meglio e orientare l'interpretazione giudiziale. La circolare è giunta. Troppo tardi. E' la circolare della Funzione Pubblica 7/2010 che approfondisce proprio il tema del cosiddetto diritto transitorio, affermando totalmente l'opposto di quanto ritenuto dal Tribunale di Salerno, ad ulteriore conferma che l'analisi dei commentatori risulta per nulla superficiale, ma molto argomentata in proporzione alla complessità e novità della questione.

E' una circolare tardiva in assoluto, in quanto emanata a 10 mesi circa dalla vigenza del d.lgs 150/2009. Lo è intermini relativi, perché non è stata utile nel caso della vertenza concernente il comune di Bellizzi, non essendo probabilmente stata prodotta in giudizio. Altrimenti il giudice avrebbe dovuto tenerne conto, per motivare meglio le proprie conclusioni. E' una circolare, comunque, forse non sufficiente a scongiurare il pericolo di un cortocircuito interpretativo da parte dei giudici del lavoro, che chi scrive ebbe a vaticinare (non ci voleva molto) (3):

"È ormai noto e scontato che il valore delle circolari è piuttosto limitato: esse non possono innovare l'ordinamento. Indubbiamente non è questo l'intento della nota di Palazzo Vidoni, attenta il più possibile a rimanere nei confini dell'interpretazione. Non si tiene conto, però, che i principali interlocutori delle amministrazioni-datori di lavoro nell'ambito trattato dalla circolare sono i giudici del lavoro e i sindacati.

Né per gli uni, né per gli altri una circolare può sortire l'effetto di regolare, se non di chiudere ogni questione interpretativa sul ruolo, le funzioni, le competenze, i vincoli della contrattazione. Palazzo Vidoni sottovaluta fortemente la circostanza che il giudice del lavoro non ha particolare confidenza col diritto speciale regolante il lavoro pubblico. Per quanto siano ad esso applicabili le regole sul lavoro nelle imprese, nella realtà il sistema normativo che disciplina il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni è fortissimamente derogatorio alle regole di diritto comune: i contenuti del d.lgs. 165/2001 e dello stesso d.lgs. 150/2009 sono inconcepibili e a volte antitetici a quelli delle regole giuslavoristiche comuni e dei contratti collettivi del settore privato".

Insomma, l'incidente di percorso del decreto del Tribunale di Salerno tale è, cagionato da una norma, l'articolo 65, comma 1, in sé chiara, ma che avrebbe potuto essere meglio scritta e concepita e, comunque, dalle difficoltà di applicare le complesse regole lavoristiche pubbliche da parte di giudici avvezzi ad un sistema lavoristico privato piuttosto diverso.

In ogni caso, la circolare 7/2010 colpisce al cuore proprio l'argomentazione centrale del decreto. Con estrema chiarezza, la circolare espone: "*Come già accennato, il decreto legislativo n. 150 del 2009 prevede un sistema graduale di applicazione delle disposizioni in materia di contrattazione integrativa. In particolare, dalla lettura delle norme si evince che alcune disposizioni sono di diretta ed immediata applicazione, per altre è previsto un "adeguamento" entro termini prefissati, per altre ancora è necessario attendere la stipulazione dei nuovi contratti collettivi nazionali. E' l'articolo 65 del d.lgs. n. 150 del 2009 che porta a tali conclusioni, in quanto stabilisce, che i contratti integrativi vigenti dovranno essere adeguati ad alcune delle nuove disposizioni entro i termini ivi previsti (v. paragrafo 4). Nello specifico, il comma 1 prevede l'adeguamento dei contratti integrativi alle disposizioni relative alla definizione degli ambiti riservati, rispettivamente, alla contrattazione ed alla legge, nonché a quelle del Titolo III del nuovo decreto (Merito e Premi). Ragionando per converso, tutte le altre disposizioni in materia, non menzionate cioè dal comma 1 dell'articolo 65 del decreto citato, devono intendersi applicabili dall'entrata in vigore del medesimo, purché non vincolate alla stipulazione di clausole di competenza della nuova contrattazione nazionale*". E, a completamento del ragionamento, prosegue: "*Ai sensi dell'art. 65, c. 1, del decreto legislativo n. 150 del 2009, le amministrazioni sono tenute, in particolare, all'adeguamento entro il 31 dicembre 2010 dei contratti integrativi vigenti ai principi di ripartizione di competenza della legge e della contrattazione collettiva ed alle disposizioni del Titolo III (Merito e premi), a prescindere dall'anno di riferimento finanziario del fondo di amministrazione regolato. E' da sottolineare che il comma 2 del citato articolo 65 prevede una sanzione nel caso di mancato adeguamento entro il termine finale, che comporta la cessazione e la conseguente non applicabilità dei contratti integrativi a partire dal 1° gennaio 2011.*

Dunque, poiché l'articolo 65, comma 1, nulla dispone rispetto ai contratti da stipulare successivamente al 15.11.2009, tali contratti sono soggetti alla piena applicabilità delle norme del d.lgs 150/2009, ivi compresa, pertanto, quella che attiva l'atto unilaterale sostitutivo del mancato accordo.

Il decreto ha totalmente contravvenuto al contenuto della norma. Certo, sarebbe meglio ed opportuno che si intervenisse urgentemente, per bloccare una possibile deriva interpretativa dei giudici del lavoro, tale da privare di significato e contenuti la riforma attraverso legge, possibilmente modificando l'articolo 65, comma 1, del d.lgs 150/2001, rendendo più chiaro il suo ristretto ambito operativo, nonché sull'articolo 40, comma 3-ter, del d.lgs 165/2001, sancendo espressamente la sua immediata applicabilità. Tuttavia, per quanto la circolare non possa vincolare l'interpretazione del giudice, in questo caso è di fatto una vera e propria interpretazione autentica, in quanto proveniente dal Governo: non si deve dimenticare che la riforma Brunetta è una legge delegata, dunque emanata dall'organo esecutivo. La circolare 7/2010, pertanto, assume un rilievo interpretativo di particolare peso.

In ogni caso, il decreto del Tribunale di Salerno si rivela totalmente contraddittoria. Infatti, il comportamento antisindacale deriverebbe dal fatto che l'ente abbia adottato l'atto unilaterale, mentre invece avrebbe dovuto prima adeguare i vigenti contratti decentrati alle norme del d.lgs 150/2009 o attendere la scadenza del termine del 31.12.2011. Torniamo a chiedere: ma l'adeguamento dei contratti come può essere operato, se non con un contratto?

Il contratto che intenda adeguare (adempiendo ad una prescrizione imperativa della legge) un precedente contratto decentrato non può che essere successivo all'entrata in vigore del d.lgs 150/2009. Laddove la parte sindacale manifestasse tutta la sua opposizione all'adeguamento, perché magari significherebbe rinunciare a qualche clausola vantaggiosa ma non in linea con la riforma, il datore di lavoro pubblico dovrebbe rimanere inerme e continuare a dare applicazione al contratto "inadeguato", anche per la parte in ipotesi in contrasto con la legge? Certo che no. Precisa, in proposito, la circolare 7/2010: "*In ogni caso, le norme che dispongono un termine finale per l'adeguamento non valgono ovviamente a sanare le eventuali illegittimità contenute nei contratti integrativi vigenti alla data di entrata in vigore del d.lgs. n. 150 del 2009 e maturate sulla base dei principi previgenti (ad esempio con riferimento all'erogazione della retribuzione di produttività in modo non selettivo o indifferenziato o sulla base di automatismi ovvero in relazione alla regolazione con il contratto integrativo di materie non espressamente devolute dal CCNL o, a maggior ragione, disciplinanti materie escluse dalla contrattazione collettiva o, ancora, alla violazione del vincolo di bilancio e delle regole di finanziamento dei fondi di amministrazione). Tali illegittimità, che comportano la nullità delle singole clausole del contratto integrativo (nonché le forme di responsabilità secondo le norme vigenti anche alla luce della giurisprudenza contabile e di merito), rimangono pienamente rilevabili. … Tutte le norme dei contratti collettivi che dispongono in materie precluse alla contrattazione integrativa (come quelle riguardanti materie organizzative o non espressamente delegate al contratto nazionale ovvero che distribuivano premi "a pioggia") erano già antecedentemente la novella normativa da considerare nulle e da questo punto di vista le nuove disposizioni non comportano certamente una "sanatoria" dei contratti integrativi illegittimi fino al 31 dicembre 2010*".

Risulta palesemente abnorme da un lato ritenere che i contratti decentrati debbano essere adeguati, perché si possa adottare l'atto unilaterale, e nello stesso tempo affermare che tale atto unilaterale, se applicato alla contrattazione che intenda adeguare il contratto disallineato con la riforma, determini condotta antisindacale.

C'è, sul punto, da chiarire che nel caso concreto il comune di Bellizzi stava conducendo la contrattazione decentrata finalizzata alla destinazione delle risorse decentrate. Tale destinazione è obbligatorio presupposto per l'erogazione del salario

finanziato dalle risorse decentrate che non sia configurabile come fisso e continuativo (progressioni orizzontali, indennità di comparto, inquadramenti automatici di particolari qualifiche), e va regolata anno per anno (4) con la contrattazione decentrata. Poiché la logica, oltre che la magistratura contabile, indica che la destinazione del fondo vada disciplinata entro l'anno di competenza e non successivamente, il mancato accordo tra le parti pone l'ente in una potenziale situazione di squilibrio finanziario, oltre a determinare negative conseguenze sul clima sociale e sull'organizzazione.

Ogni anno, comunque, si dà luogo ad un contratto diverso e nuovo. Il contratto decentrato relativo al fondo 2009 non è stato stipulato, dal comune di Bellizzi, entro la data di entrata in vigore del d.lgs 150/2009 e, per altro, come emerge dalle delibere citate dal decreto del Tribunale di Salerno e pubblicate sul sito dell'ente, la mancata approvazione della preintesa, con conseguente adozione dell'atto unilaterale, è derivata dalla piattaforma sindacale. Che conteneva clausole in violazione dei vincoli normativi, determinando la crescita complessiva del tetto di spesa di personale, sul presupposto di poter applicare la deroga al tetto (a suo tempo ancora vigente), inammissibile a causa della violazione del patto di stabilità l'anno precedente.

Alla parte pubblica trattante, dunque, era fatto assoluto divieto di stipulare simili clausole, determinanti la violazione del precetto di ridurre il tetto di spesa, particolarmente forte e grave per enti non in regola col patto.

Poiché il contratto decentrato dell'anno successivo modifica comunque i contenuti di quello precedente, era necessario dunque un "adeguamento" finanziario, ma anche normativo. Proprio quel tipo di adeguamento al quale si riferisce l'articolo 65, comma 1, del d.lgs 150/2009. E', allora, assurdo pensare che il datore di lavoro pubblico non possa né adeguare il contratto, né risolvere la situazione di stallo sulle risorse finanziare, avvalendosi nel 2010 di una norma pienamente applicabile ad un contratto ancora in fieri, e non vigente al momento della riforma, dunque non salvaguardato dalla regola di diritto transitorio.

Insomma, quando il comune di Bellizzi ha adottato l'atto unilaterale non ha certamente, come afferma il decreto, "*dato attuazione né per la parte economica al contratto integrativo né nel suo complesso al dettato del 1° comma dell'art. 65*"...ma: come avrebbe potuto? L'articolo 65, comma 1, non riguarda il contratto ancora da stipulare, ma quello già stipulato, obbligatoriamente da rinnovare (e dunque adeguare) di anno in anno.

Chiarito, allora, che l'articolo 65, comma 1, del d.lgs 150/2009 risulta inoperante per i contratti stipulati successivamente al 15.11.2009, risulta inevitabile concludere che l'articolo 40, comma 3-ter, del d.lgs 165/2001 trova piena forza applicativa, non condizionata da alcuna regola di diritto transitorio. Ed ogni diversa interpretazione risulta errata.

Del resto, anche sul piano letterale l'articolo 40, comma 3-ter, non contiene alcuna clausola che ne condizioni l'operatività né a regole di diritto transitorio, né ad altri aspetti.

L'Anci nelle sue Linee guida sull'applicazione della riforma Brunetta all'ordinamento locale ha invece sostenuto che l'articolo 40, comma 3-ter potrebbe essere applicato solo una volta che i prossimi contratti collettivi nazionali abbiano definito il termine delle sessioni negoziali in sede decentrata, al cui spirare le parti potranno assumere "le rispettive prerogative e libertà di iniziativa e decisione". Tale presupposto all'unilaterale decisione

sarebbe richiesto dall'articolo 40, comma 3-bis, ultimi due periodi, del d.lgs 165/2001, ai sensi del quale "*i contratti collettivi nazionali definiscono il termine delle sessioni negoziali in sede decentrata. Alla scadenza del termine le parti riassumono le rispettive prerogative e libertà di iniziativa e decisione*".

Detta interpretazione, tuttavia, non può essere condivisa. In primo luogo, si deve osservare, come rilevato prima, che il comma 3-ter dell'articolo 40 non contiene alcun condizionamento espresso della sua operatività rispetto alla contrattazione collettiva. Né tale rapporto di presupposizione della previsione espressa del termine delle sessioni negoziali può, in via interpretativa, essere desunto. Infatti, il comma 3-bis si limita a fissare per la contrattazione collettiva di tutti i comparti un contenuto obbligatorio: il termine delle sessioni negoziali. Null'altro. C'è da osservare, per altro, che per il comparto regioni autonomie locali il Ccnl 1/4/1999, all'articolo 4, comma 4, già determina in 30 giorni, prorogabili di altri 30, la durata delle sessioni. Sicché, la norma contenuta nel comma 3-bis dell'articolo 40 per regioni ed enti locali non avrebbe che valore ricognitivo. È erroneo ritenere che la durata della sessione prevista dall'articolo 4, comma 4, del Ccnl riguardi solo le materie non soggette ad obbligo di stipulazione. La durata vale per l'intera gamma delle trattative; solo che per le materie non soggette ad obbligo di stipulazione (quelle non comportanti conseguenze sul trattamento economico) alla scadenza della sessione contrattuale il contratto nazionale collettivo consente alle parti di riassumere le rispettive prerogative e libertà di iniziativa e decisione, per il solo semplice spirare del termine della sessione.

L'articolo 40, comma 3-ter, introduce una diversa ipotesi: una volta scaduto il termine negoziale ed in presenza di una perdurante mancata intesa tra le parti, che comporti anche pregiudizio alla continuità ed al migliore svolgimento della funzione pubblica, è possibile adottare un atto unilaterale sostitutivi del mancato accordo.

Per altro, si deve sottolineare come non vi sia alcuna relazione tra la durata delle sessioni negoziali e il potere di definire unilateralmente i contenuti della contrattazione decentrata.

Lo scopo della previsione dei termini delle sessioni negoziali è definire su quali ambiti della contrattazione esista un obbligo a contrattare e su quali altri un obbligo a stipulare. Nel primo caso, una volta scaduto il termine della sessione, le parti possono autonomamente riassumere la libertà di iniziati.

Nel caso, invece, della sussistenza dell'obbligo a stipulare, no: le parti sono tenute comunque a giungere alla prestazione del consenso.

Ovviamente, l'articolo 40, comma 3-ter, esplica effetti solo per il caso di materie sulle quali sussista un obbligo a stipulare. Infatti, la norma si riferisce espressamente al mancato raggiungimento dell'accordo per stipulare un contratto decentrato. In questo caso, il termine della sessione risulta indifferente: le parti dovrebbero comunque perseguire l'accordo, anche a oltranza. In ogni caso, essendo già previsto dalla contrattazione collettiva nazionale del comparto regioni-autonomie locali l'obbligo a stipulare esclusivamente per le materie aventi ad oggetto i criteri per destinare le risorse finanziarie ai vari istituti del trattamento economico accessorio, risulta evidente che nel caso di mancato accordo su questi ambiti, le amministrazioni possono già agire unilateralmente, per scongiurare pregiudizi alla continuità ed efficienza dello svolgimento delle loro funzioni. Non è assolutamente necessario che intervenga una nuova contrattazione collettiva nazionale in merito, perchè la durata delle sessioni è già fissata.

Comunque, l'articolo 40, comma 3-ter ha l'evidente fine di evitare sessioni contrattuali infinite, causate spesso da pregiudiziali alla stipulazione illegittime (come clausole per accordarsi su materie non comprese nella contrattazione, quali le progressioni orizzontali), che rischiano di indurre le amministrazioni ad accettare condizioni in violazione dei vincoli alla contrattazione.

In ogni caso, il decreto si manifesta profondamente sbagliato, anche perché manca totalmente il presupposto della condotta antisindacale. Essa, infatti, si determinerebbe se l'ente agisse oltre che violando i principi di buona fede e correttezza da rispettare nelle contrattazioni, nonché le prerogative sindacali, agisse anche *contra legem*. Poiché si è visto che l'articolo 40, comma 3-ter e l'atto unilaterale sono immediatamente applicabili, l'ente che lo attui pone in essere un comportamento di per sé legittimo. La condotta antisindacale potrebbe essere eccepita solo laddove si dimostrassero pretestuose le ragioni poste alla base del provvedimento e finalizzate a prevaricare i sindacati. Il che non è, nel caso di specie: il comune ha adottato l'atto unilaterale per chiudere, finalmente, con un anno di ritardo la contrattazione, erogare il salario accessorio ed evitare la stipulazione di clausole – nulle – da cui sarebbero derivate sicure responsabilità erariali in capo a chi le avesse sottoscritte ed attuate, e nessun vantaggio economico stabile per i dipendenti dell'ente.

Non può comportare condotta antisindacale l'attuazione di una norma, sgradita quanto si vuole alle organizzazioni sindacali, prevista espressamente dalla legge, con la finalità sicuramente non nascosta di limitare lo strapotere dei sindacati nella contrattazione infinita.

In secondo luogo, cosa ben più rilevante, il giudice salernitano non ha tenuto nel debito conto che l'atto unilaterale non pregiudica per nulla i diritti sindacali, in quanto esso provvede "*in via provvisoria, sulle materie oggetto del mancato accordo, fino alla successiva sottoscrizione*". Di conseguenza, con l'adozione dell'atto unilaterale non si "chiude" definitivamente la porta alla trattativa. Il sindacato, mantiene certamente la possibilità di continuare a chiedere le trattative ed a pretendere che si giunga alla sottoscrizione dell'accordo: solo, non potrà partire dalla "sua" piattaforma, non potrà tenere sotto scacco la parte pubblica trattante e l'intero ente negando la stipulazione dell'intero accordo pur di ottenere anche la condivisione su clausole i cui effetti si rivelino devastanti per il rispetto delle regole di finanza pubblica, alle quali l'ente e la parte trattante non può in alcun modo derogare. Adottato l'atto unilaterale, la trattativa può e deve riprendere, su basi diverse, nei residui spazi ancora lasciati aperti dall'atto, dando per presupposto che le materie da esso affrontate siano risolte nel rispetto dei vincoli e limiti, che il contratto non stipulato avrebbe, invece, violato.

Dunque, se l'atto unilaterale lascia aperti, in quanto provvisorio, spazi alla contrattazione, come può esservi condotta antisindacale?

Ma, come affermato all'inizio del presente lavoro, il decreto del Tribunale di Salerno non solo è errato, è anche inutile.

Ed infatti, proprio rifacendosi all'impossibilità di qualificare come antisindacale un comportamento posto ad applicare una legge dello Stato vigente ed operante, che non pregiudica la contrattazione, non si può non rilevare l'inanità del decreto. Esso, infatti, induce il comune di Bellizzi a desistere dal sottrarre il suo "*diritto al raggiungimento dell'accordo*". Ma, l'atto unilaterale, per espressa previsione edittale dell'articolo 40,

comma 3-ter, non lede assolutamente il diritto del sindacato a raggiungere un accordo per stipulare il contratto.

Pertanto, un decreto di condanna per comportamento antisindacale altro non fa che assoggettare il datore di lavoro pubblico ad un dovere già prescritto dalla legge: cioè continuare a perseguire la stipulazione dell'accordo.

Il comune di Bellizzi, in conseguenza del decreto, ha revocato la deliberazione che aveva autorizzato la delegazione di parte pubblica ad adottare l'atto unilaterale e, verosimilmente, esso deve essere stato a sua volta privato di effetti.

La trattativa, dunque, ricomincia. Ma, i vincoli e i limiti posti dalla legge non sono stati cancellati dal decreto, che, del resto, non ha – e non poteva – prescritto al Comune cosa contrattare. L'impossibilità di stipulare le clausole che avrebbero comportato una crescita della spesa di personale, come c'era alcuni mesi fa, per il comune, continua ad esistere anche dopo il decreto, aggravato, anzi, dalle restrizioni scaturenti dalla legge 122/2010.

I sindacati hanno vinto la battaglia. Ma sembra realmente una vittoria di Pirro, in quanto hanno ottenuto solo ciò che già la legge riconosceva loro, il diritto a stipulare.

Cinicamente, allora, per il comune di Bellizzi ed ogni altro ente in queste condizioni, nelle more della necessaria maturazione da parte dei giudici del lavoro di una diversa consapevolezza sulla portata delle norme analizzate sin qui, anche alla luce della circolare 7/2010 della Funzione Pubblica o, meglio, di un intervento normativo più chiaro e deciso, potrebbe essere strategico agire in tutt'altro modo. Stipulare egualmente le clausole nulle così da sbloccare la contrattazione. Per poi non applicarle, adempiendo al precetto dell'articolo 40, comma 3-quinquies, del d.lgs 165/2001, in tutto o in quella parte che cagionerebbe danno erariale. A questo punto, la condotta antisindacale non potrebbe essere invocata, ma, semmai, l'inadempimento. Ma, non è ovviamente possibile pretendere l'adempimento a clausole nulle *ex lege*. Dunque, qualsiasi azione sindacale, al netto dei già citati problemi di compenetrazione delle regole pubblicistiche di disciplina del rapporto di lavoro nella cultura del giudice civile, si rivelerebbe del tutto inutile.

Ma bisogna ricorrere a trucchi ed aggiramenti di questo genere, per rendersi conto che il legislatore ha modificato, da subito, l'assetto della contrattazione?

Infine, una considerazione. L'applicazione dell'articolo 40, comma 3-ter, del d.lgs 165/2001 non sono è possibile, ma sussistendo le condizioni da esso previste, è obbligatoria. Non sarebbe, infatti, possibile difendersi di fronte alla magistratura contabile che avviasse l'azione di responsabilità amministrativa derivante dalla stipulazione di clausole nulle e foriere di danni. La Corte dei conti potrebbe e dovrebbe a giusta ragione censurare la mancata applicazione dell'atto unilaterale, posto proprio a scongiurare tali esiziali effetti. Anche l'articolo 40, comma 3-ter, come tutte le altre del d.lgs 165/2001 è imperativa e deve essere applicata.

E', comunque, indispensabile che il legislatore batta un colpo e con efficacia ancora maggiore della circolare 7/2010, che in eventuali futuri giudizi non potrà essere ignorata, chiuda sul nascere ogni questione.

---

(1) C. Russo, senza titolo, sul portale della Cisl funzione pubblica, http://www.fps.cisl.it/images/stories/PareresProfRussoTribunaleSalerno03ago10.pdf

(2) Sul tema, L. Oliveri, Nuovi contratti soggetti alle regole del dopo-Brunetta, in La Settimana degli Enti Locali n. 15/2010, www.lasettimanadeglientilocali.it.

(3) L. Oliveri, Riforma "Brunetta", no sanatoria sulle clausole nulle, in La Settimana degli Enti Locali n. 30/2010 www.lasettimanadeglientilocali.it.

(4) Sul punto, così ha sancito la Corte dei conti, Sezione regionale di controllo della Lombardia, col proprio parere 287/2010: "*sussistono forti dubbi sulla liceità di contratti collettivi integrativi che non solo siano conclusi dopo la scadenza del periodo di riferimento ma che individuino criteri di ripartizione della parte variabile di retribuzione in assenza sia di criteri predeterminati prima dell'inizio del periodo di riferimento che di qualsivoglia processo di verifica, di fatto impossibile, proprio a causa della mancanza dei criteri preliminari*".