

CCNL - CCDI - Progressioni

I contratti decentrati possono integrare i criteri per le progressioni di carriera, ma nei limiti fissati dai CCNL

di Paola Cosmai - Avvocato

A sei anni di distanza dall'entrata in vigore del D.Lgs. n. 150/2009, la materia della valutazione è ancora oggetto di dibattito e di attenzione da parte del legislatore e della giurisprudenza. Le modifiche introdotte dall'art. 19 del D.L. n. 90/2014 convertito dalla Legge n. 114/2014, che ha soppresso l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, trasferendone le funzioni all'Autorità Nazionale Anticorruzione, e attribuito le funzioni in materia di misurazione e valutazione della performance al Dipartimento della Funzione Pubblica, rendono attuale un'analisi sul ruolo e l'autonomia propri dell'Organismo di valutazione, anche alla luce di alcune recenti pronunce e dello scenario dischiuso dalla Legge 7 agosto 2015, n. 124, la riforma "Madia" della PA.

La complessa gerarchia delle fonti nel lavoro pubblico

La limitazione delle incursioni eteronome nella disciplina del rapporto d'impiego con la Pubblica Amministrazione è stata tentata già prima della c.d. privatizzazione con la Legge quadro sul pubblico impiego 29 marzo 1983, n. 93, con cui lo Stato aveva demandato alla contrattazione sindacale confederata la regolamentazione di alcuni istituti (1), ma è con la riforma delegata dalla Legge 23 ottobre 1992, n. 421 (2) ed attuata con il D.Lgs. 3 febbraio 1993, n. 29, che viene effettivamente potenziato il ruolo dei contratti collettivi nazionali di

lavoro (da qui CCNL) assurti a fonte primaria della disciplina, in una ai contratti collettivi decentrati di lavoro (da ora CCDI), introducendo una nuova gerarchia delle fonti foriera di non pochi problemi per il suo anomalo stratificarsi ed intrecciarsi e demandando al giudice ordinario il sindacato sul loro corretto adempimento (3).

In disparte le difficoltà registrate per il superamento dei tradizionali assetti in favore dell'implementazione della c.d. prima privatizzazione (o contrattualizzazione) del rapporto di lavoro con la Pubblica Amministrazione (4), poi superate con i numerosi interventi della Consulta (5) sul finire degli anni novan-

(1) Tra cui: le qualifiche professionali, la sostituzione del potere gerarchico con quello direttivo e di coordinamento funzionale, nonché il riconoscimento del ruolo del sindacato e della contrattazione, sebbene filtrata dal potere regolamentare in cui era destinata a sfociare per divenire efficace, atteso che la disciplina del rapporto, ancorché discussa con le organizzazioni sindacali, rinveniva la sua fonte nei relativi D.P.R.

(2) La Legge fu elaborata dal Governo Amato e aveva l'ambizioso obiettivo di tendere alla equiparazione o, quanto meno, all'avvicinamento della disciplina del lavoro pubblico con quello privato, rivitalizzando l'azione della PA, anche sotto il profilo organizzativo (dopo quello funzionale introdotto con la Legge 8 agosto 1990, n. 241) razionalizzandone e controllandone la spesa pubblica, compulsato dalla grave crisi economica congiunturale del periodo.

(3) L'art. 2, D.Lgs. n. 29/1993 devolveva le controversie al giudice del lavoro decorso un periodo di transizione in cui per-

durava la giurisdizione esclusiva di quello amministrativo, di fatto procrastinata fino all'emanazione del D.Lgs. n. 80/1998 (ossia fino al 30 giugno 1998, col termine del 15 settembre 2000 per l'esercizio dell'azione, secondo quanto disposto dall'art. 45, co. 17, del citato D.Lgs.).

(4) CDS, Adunanza Generale, 31 agosto 1992, n. 146, esprimendosi sul disegno di legge in materia di privatizzazione del rapporto sottolineava la difficoltà di coniugare la funzione pubblica dei dipendenti posti al servizio della Nazione, secondo la Costituzione, con il regime contrattualistico del rapporto di impiego.

(5) Corte cost., n. 359/1993, nonché *funditus* 25 luglio 1996, n. 313 e 16 ottobre 1997, n. 309 secondo cui: "il tradizionale statuto integralmente pubblicistico del lavoro con le Pubbliche Amministrazioni non è frutto di un vincolo costituzionale, ma di una scelta di discrezionalità legislativa".

ta, in occasione della c.d. seconda privatizzazione varata con il D.Lgs. 30 giugno 1998, n. 80, poi rifluito nel D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165 (recante il Testo Unico del Pubblico Impiego, da ora solo TU-PI), con i quali ha concluso che la privatizzazione del rapporto di impiego, destinato ad essere disciplinato pattiziamente, delineata dal legislatore delegato non risultava in contrasto con l'art. 97 cit., in quanto "in piena sintonia con l'evoluzione legislativa in atto, diretta ad accentuare le finalità di decentramento, snellimento e semplificazione di apparati e procedure della Pubblica Amministrazione".

L'apice della seconda privatizzazione è rappresentato dall'art. 45, commi 1, 3 e 4, oggi art. 40 TUPI, a tenore del quale: "1. La contrattazione collettiva si svolge su tutte le materie relative al rapporto di lavoro ed alle relazioni sindacali ... 3. La contrattazione collettiva disciplina, in coerenza con il settore privato, la durata dei contratti collettivi nazionali e integrativi, la struttura contrattuale e i rapporti tra i diversi livelli. Le Pubbliche Amministrazioni attivano autonomi livelli di contrattazione collettiva integrativa, nel rispetto dei vincoli di bilancio risultanti dagli strumenti di programmazione annuale e pluriennale di ciascuna Amministrazione. La contrattazione collettiva integrativa si svolge sulle materie e nei limiti stabiliti dai contratti collettivi nazionali, tra i soggetti e con le procedure negoziali che questi ultimi prevedono; essa può avere ambito territoriale e riguardare più Amministrazioni. Le Pubbliche Amministrazioni non possono sottoscrivere in sede decentrata contratti collettivi integrativi in contrasto con vincoli risultanti dai contratti collettivi nazionali o che comportino oneri non previsti negli strumenti di programmazione annuale e pluriennale di ciascuna Amministrazione. Le clausole difformi sono nulle e non possono essere applicate. 4. Le Pubbliche Amministrazioni adempiono agli obblighi assunti con i contratti collettivi nazionali o integrativi dalla data della sottoscrizione definitiva e ne assicurano l'osservanza nelle forme previste dai rispettivi ordinamenti".

Cuore propulsivo della riforma che ha immediatamente entusiasmato la dottrina che vi ha letto la caduta della supremazia speciale della Pubblica Amministrazione nel rapporto di lavoro con i propri dipendenti, sostituendolo con i poteri propri del privato datore di lavoro, ivi inclusi quelli disciplinari.

Ai contratti collettivi, infatti, spetta disciplinare direttamente i rapporti di lavoro, senza alcuna distinzione tra iscritti e non iscritti al sindacato, grazie all'obbligo imposto alle Amministrazioni di garantire a tutti i dipendenti il trattamento contrattuale (art. 40 cit.), particolarmente gradito ai sindacati confederati che, vittime di emorragie di iscritti, hanno trovato nel Decreto un implicito riconoscimento di interlocutori pressoché unici del Governo (6). Fulcri dell'intero impianto normativo, la contrattazione e la dirigenza, cui viene assegnato l'arduo compito di conseguire gli obiettivi fissati dalla politica, attraverso una gestione della cosa pubblica che però risponda ai canoni della legalità e dell'efficienza ed efficacia, con una progressiva razionalizzazione e riduzione dei costi di esercizio, anche per quanto concerne quelli afferenti al personale, attraverso due fondamentali leve: quello della stipulazione dei CCDI e quello della oculata gestione delle risorse per l'incentivazione del personale.

Punti che riveleranno, in breve, la debolezza dell'intero impianto (tuttora irrisolta), aggravata, per un verso, dalla natura pur sempre pubblica tanto del datore di lavoro, quanto delle risorse economiche destinate al funzionamento della macchina amministrativa e, per l'altro verso, da obiettivi spesso tra loro confliggenti, quali la privatizzazione delle regole a fronte della prevalenza dell'interesse generale dell'erario (7).

Il riconoscimento tanto della primazia del contratto nella disciplina dei rapporti tra sindacati e Amministrazione, a monte, e lavoratori e datore di lavoro, a valle, quanto di due distinti livelli di contrattazione, costituiscono, da un lato, il momento più qualificante della sintesi tra le esigenze di privatizzazione e di decentramento amministrativo e, dall'altro, il tallone d'Achille dell'impalcatura, che il legislatore, nonostante i ripetuti sforzi, non è riuscito sin qui a rinsaldare.

Difatti, proprio la duplice finalità di rendere coerente la natura consensuale e privatistica della fonte collettiva con le esigenze di efficienza, economicità, trasparenza ed uniformità insite nell'*agere publicum*, nonché quella di garantire la simmetria tra il decentramento amministrativo (in senso federalista, dopo la Legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3) e l'autonomia contrattuale delle Pubbliche Amministrazioni, soprattutto regionali e locali, ha posto l'ac-

(6) O. Forlenza - I. Volpe, *La riforma del pubblico impiego*, *Il Sole - 24 Ore*, 1999.

(7) Contrasto acuito dal permanere di due distinte giurisdizioni, parallele, quale quella del giudice ordinario del lavoro e del giudice contabile, destinate a dirimere conflitti tra soggetti

diversi (Pubblica Amministrazione quale datore di lavoro e lavoratori, il primo, funzionari pubblici e Stato, il secondo) e con tempi di prescrizione, categorie e finalità giuridiche non coincidenti (civilistiche e risarcitorie il primo, economico-contabili e sanzionatorie, il secondo).

cento sulla scarsa tenuta del sistema gerarchico delineato dal legislatore a presidio del controllo centrale sulla spesa pubblica complessiva del personale, messa in costante ed ascendente pericolo dall'uso ed abuso delle prerogative così riconosciute.

La salvaguardia del sistema, in particolare, come emerge dal tenore letterale dell'art. 40 nell'originaria versione sopra trascritta, è stata affidata, sotto il profilo sostanziale, alla sanzione della nullità e del divieto di applicazione delle clausole del CCDI che esorbitino dai limiti, non solo economici, posti dal relativo CCNL, ovvero che comportino comunque oneri non previsti negli strumenti di programmazione finanziaria annuale e pluriennale di ciascun ente; mentre, sotto il profilo procedurale, ad una fitta rete di controlli, approvazioni e monitoraggi dello stanziamento e dell'uso delle risorse destinate alla contrattazione decentrata da parte degli organi di controllo interno (quali la Ragioneria ed il Collegio dei Revisori dei Conti) oltre che esterno (8) (art. 58 ss. D.Lgs. cit.).

Ragguardevole reticolato normativo che, tuttavia, non è valso allo scopo, cosicché le fondate preoccupazioni del legislatore hanno dato la stura ad una serie di correttivi, del pari rivelatisi inidonei, apportati dall'introduzione dell'art. 40-bis, con l'art. 17, comma 2, della Legge 28 dicembre 2001, n. 448, recante la nullità delle disposizioni contrattuali integrative non compatibili con i vincoli di bilancio delle singole Amministrazioni, cui ha fatto seguito quello, più incisivo, addotto dalla Legge finanziaria per il 2009, di cui al D.L. 25 giugno 2008, n. 112, convertito con modificazioni dalla Legge 6 agosto 2008, n. 133, recante modifiche all'art. 47, del D.Lgs. n. 165/2001, in tema di procedimento della contrattazione collettiva (9).

Ritorni alla centralità del sistema che hanno segnato l'inizio della fase discendente della parabola della privatizzazione, da più parti censurato perché, se certamente più rispondente al prevalente interesse alla conservazione dei complessivi equilibri fi-

nanziari, pubblici, è tuttavia del tutto incoerente rispetto all'assetto costituzionale vigente.

Malgrado i copiosi interventi restrittivi, però, la prassi ha continuato a mostrare la fallacia del sistema, col conseguente sfioramento della spesa pubblica per il personale da parte della contrattazione decentrata, a più riprese censurata dal giudice contabile, nelle duplici sedi del monitoraggio e, soprattutto, dell'azione di responsabilità per danno erariale cagionato tanto dall'indebito accrescimento da parte delle singole Amministrazioni del fondo destinato alla contrattazione integrativa, quanto dalla sua sconsiderata erogazione (10).

La Riforma Brunetta e il Decreto Salva Roma

Esperienze applicative che, unitamente alla forte depressione economica internazionale e nazionale, nonché alla crescente intolleranza della collettività verso la *mala gestio* della cosa pubblica, nonostante l'innalzamento dei costi necessari a sostenerne l'apparato burocratico, hanno indotto il legislatore a puntualizzare ulteriormente i limiti della CCDI, oltre agli effetti derivanti dalla perdurante inosservanza dei CCNL, innovando profondamente gli artt. 40 e 40-bis, del D.Lgs. n. 165/2001, col D.Lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, recante il c.d. Piano Industriale della Pubblica Amministrazione, in attuazione dei principi contenuti nella delega di cui alla Legge 4 marzo 2009, n. 15. Demarcazione evidentemente non sufficiente se, rimasti insoluti i problemi di sfioramento dei budget delle singole Amministrazioni e dei confini economici fissati dai CCNL per i singoli istituti contrattuali, e risultato problematico il recupero delle somme differenziali indebitamente erogate ai dipendenti (11) (*ex art. 2033 Cod. civ.*), il Governo ha ritenuto di intervenire nuovamente con il c.d. Decreto Salva Roma traslando gli obblighi di restituzioni dai singoli, ai fondi per i rinnovi dei CCDI con l'art. 4, del D.L. n. 16/2014, convertito con modificazioni dalla Legge n. 68/2014 (12).

(8) T. Grandelli - M. Zamberlan, "La contrattazione collettiva decentrata integrativa: la procedura", in questa *Rivista*, n. 6/2009, pag. 282; A. Di Filippo, "Le regole per la corretta gestione delle risorse decentrate", *ibidem*, n. 12/2008, pag. 565.

(9) V. Talamo, "La riforma del sistema di relazioni sindacali nel lavoro pubblico", in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 1/2010, pag. 13 e G. Astegiano, "Contrattazione integrativa e funzioni di controllo della Corte dei conti", in questa *Rivista*, n. 2/2009, pag. 91.

(10) Tra le tante: Corte conti, Sez. Giur. Trentino Alto Adige, 12 febbraio 2007, n. 6; Id., 4 aprile 2008, n. 2; Id. Lombardia, 8 luglio 2008, n. 457; Id. Toscana, 23 aprile 2009, n. 250; Id., Se-

zioni Riunite, delibera 17 dicembre 2009, n. 41 e Id., Sez. Giur. Basilicata, 13 maggio 2010, n. 123, in www.lexitalia.it con nota di A. Santopietro, "Gli ambiti della giurisdizione contabile in materia di danno da contrattazione decentrata".

(11) Cass. civ., Sez. lav., 2 maggio 2007, n. 10099; Id., 19 marzo 2007, n. 6435; Id., 22 settembre 2006, n. 20599; Trib. Palmi, 9 marzo 2007; Trib. Pisa, 4 giugno 2007, in www.lexitalia.it con nota di L. Busico.

(12) Trib. Firenze, Sez. lav., 4 settembre 2015, nn. 888 e 889, in *Quotidiano per la Pubblica Amministrazione, Leggi d'Italia*, Wolters Kluwer, 2015, con nota di S. Di Falco, "Dopo il decreto Salva Roma illegittimi i recuperi individuali".

In disparte, però, le questioni inerenti la compatibilità economica dei CCDI tanto con i vincoli finanziari di bilancio, quanto con i confini fissati per ciascun istituto dai CCNL, non rilevanti per la disciplina degli aspetti non patrimoniali del rapporto quali quelli esaminati dalla Suprema Corte con la decisione 12 ottobre 2015, n. 20421, che ci occupa, l'art. 40 cit., per quanto qui di interesse, ribadisce che è rimesso alla CCNL l'individuazione dei tempi, delle modalità di rinnovo e dei contenuti dei CCDI, cosicché le singole 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 ... 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" (l'art. 40-bis, poi, prescrive un dettagliato iter di verifica della compatibilità economico-finanziaria dei CCDI).

Laddove, poi, gli artt. 1339 e 1419, comma 2, Cod. civ., dispongono, rispettivamente, che: "le clausole, i prezzi di beni o servizi, imposti dalla legge sono di diritto inseriti nel contratto, anche in sostituzione delle clausole difformi apposte dalle parti"; e che "la nullità di singole clausole non importa la nullità del contratto, quando le clausole nulle sono sostituite di diritto da norme imperative".

In altre parole, a mente dell'art. 40 cit. qualora i singoli istituti dei CCDI esorbitino per l'*an*, il *quantum* ed il *quomodo* i confini fissati dai CCNL C.C.D.I., la loro disciplina decentrata sarà ritenuta nulla e sostituita *ex lege* da quella corrispondente di portata nazionale, gerarchicamente sovraordinata, alla stregua del citato art. 1339 Cod. civ. Con la duplice conseguenza sia di escludere che la nullità si estenda all'intero contratto, sia che il giudice ordinario, eventualmente adito da una delle parti al fine di far accertare e dichiarare la nullità delle clausole, possa discrezionalmente apprezzarle e, per

l'effetto, diversamente valutarle sostituendo al paradigma fissato dai CCNL quello del caso concreto vagliato.

L'insanabile contrasto tra CCDI e CCNL: il soggetto deputato all'accertamento ...

L'apparente linearità del dettato normativo inerente la nullità delle clausole del CCDI perché esorbitanti l'alveo segnato dal CCNL, è in realtà foriera di complesse problematiche applicative, accresciute sia dal doppio binario di giurisdizione, che dai differenti soggetti coinvolti, essendo le parti formali (e responsabili) del contratto (la delegazione di parte pubblica) distinte da quelle sostanziali sulle quali gli effetti, tanto del negozio, quanto della sua nullità, sono destinati a ricadere (i dipendenti). Partendo dall'inevitabile presupposto che il fitto regime dei controlli interni, politici (dell'Organo esecutivo, in sede di approvazione delle direttive e della piattaforma contrattuale) e tecnici (del Segretario e del Ragioniere Generale, nonché del Collegio dei Revisori), oltre che l'eventuale supporto esterno dell'ARAN, dovrebbe costituire valido strumento per scongiurare qualsivoglia violazione normativa e contrattuale in sede di stipula del contratto decentrato, nelle pur ricorrenti ipotesi in cui tanto non sia bastato, la breccia del sistema è dovuta al fatto che i dubbi sulla conformità del contratto decentrato rispetto ai limiti segnati da quello nazionale partono da soggetti terzi, estranei tanto alla sua procedura, quanto ai suoi effetti, quali la Ragioneria Generale dello Stato (13) e sono eventualmente avallati dal giudice contabile che, tuttavia, è anch'egli terzo rispetto alle sorti del contratto sul quale è del tutto privo di giurisdizione, non potendone conoscere e disporre in via diretta e principale (così come, viceversa, il giudice del lavoro), ma solo *incidenter tantum* in sede di accertamento della responsabilità erariale dei funzionari pubblici che, in diverse vesti, lo hanno concluso (14).

In altre parole, per la Corte dei conti degradando il contratto a mero fatto, giuridicamente intangibile, per lei foriero di effetti rilevanti solo in termini

(13) Sulle più ricorrenti violazioni contrattuali perpetrate in sede decentrata rilevate dalla Ragioneria Generale: Voci, "La contrattazione integrativa negli Enti Locali tra vincoli di finanza pubblica e spinte autonomistiche", in *Lav. P.A.*, 2004, 3-4, pag. 749 nonché Viscomi, "Contrattazione integrativa, nullità della clausola difforme e responsabilità diffusa", *ibidem*, 2007, 5, pag. 859.

(14) Sulla possibilità di estendere la responsabilità erariale anche ai componenti della Giunta, oltre che ad altri partecipanti della procedura: Avvocatura Generale dello Stato, parere

15931/02, su richiesta della Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento della Funzione Pubblica del 9 settembre 2002; nonché Corte conti, Sez. Giur. Lombardia, 14 giugno 2006, n. 372, con nota di R. Schulmers, in www.amcorteconti.it; Id., 10 marzo 2006, n. 172, in *Lav. P.A.*, 2006, n. 3-4, pag. 725, con nota di Montanari, "Responsabilità per danno erariale in seguito alla corresponsione a dipendenti di trattamenti economici non previsti dai contratti collettivi"; Id., Sez. Giur. Liguria, 21 maggio 2007, n. 447.

di accertamento delle eventuali, sottese, responsabilità amministrativo-contabili.

Limiti che portano all'ineludibile conclusione per cui, così come il giudice del lavoro può conoscere solo incidentalmente dell'illegittimità degli atti amministrativi inferenti sulla gestione del personale, disapplicandoli e, se del caso, riconoscendo al dipendente il diritto al risarcimento dei danni per equivalente, ma non pure in forma specifica attraverso l'annullamento del provvedimento lesivo, che gli è precluso; del pari il giudice contabile non può conoscere *principaliter* il CCDI, dovendo astenersi da qualunque accertamento e pronuncia sulla sua validità, che possa determinarne la nullità o l'inefficacia, pena una sentenza cassabile per difetto di giurisdizione (15), potendo sindacarlo per il diverso aspetto della responsabilità erariale dei funzionari pubblici coinvolti, nei limiti in cui ne sussistono i presupposti di condotta, colpevolezza, danno e nesso causale e nei limiti della prescrizione quinquennale dagli esborsi indebiti.

Come pure deve escludersi che tale potere di certificazione e dichiarativo sia efficacemente rimesso in via unilaterale alla Pubblica Amministrazione, atteso che essa, spogliatasi *ex lege* delle vesti autoritative, dopo la privatizzazione agisce con i poteri propri del datore di lavoro privato.

E, come noto, nel nostro ordinamento civilistico, la nullità consegue ad una pronuncia di accertamento giudiziale, sollecitata dalla relativa azione che la legge riconosce in via generale a chiunque vi abbia interesse, ovvero in via eccezionale solo a specifiche e determinate categorie di soggetti, salvo il potere di rilevarla dal giudice *ex officio* (art. 1421 Cod. civ.). Azione imprescrittibile, salvi però gli effetti dell'usucapione e della prescrizione delle azioni di ripetizione (art. 1422 Cod. civ.). Né è del pari ipotizzabile la sospensione unilaterale di efficacia da alcuna delle parti contraenti delle clausole contrattuali, di cui sia solo paventata ma non pure giudizialmente accertata, la nullità, atteso che nei contratti a prestazioni corrispettive, quali quello che ci occupa, tale forma di tutela del creditore (ossia di sospendere la propria prestazione, in tutto o in parte) trova spazio solo nella codificata ipotesi dell'*exceptio inadimpleti*, ossia nel caso di inadempimento della controprestazione, purché, avuto riguardo alle circostanze, il rifiuto di adempiere non sia contrario alla buona fede (art. 1460 Cod. civ.).

Nondimeno, la particolare posizione in evidente conflitto di interessi della parte pubblica che abbia stipulato il CCDI sulla cui coerenza con il relativo CCNL inizi a nutrire dubbi in ragione di sopravvenute vicende ispettive ovvero di sentenze giuscontabili, induce la stessa a porre rimedio, con l'evidente scopo di limitare la sua responsabilità erariale, contenendo temporalmente e quantitativamente il danno che è chiamata personalmente a ristore e che permane fino alla cessazione dell'erogazione delle somme.

Tuttavia, esclusa l'unilateralità della modifica contrattuale, stante il dovere per i datori di lavoro pubblici di adempiere "agli obblighi assunti con i contratti collettivi nazionali o integrativi dalla data della sottoscrizione definitiva, assicurandone l'osservanza" alla stregua dell'art. 40, comma 4, TUPI, ed esclusa altresì la sospensione unilaterale dell'esecuzione della clausola contrattuale controversa, in ragione dei principi civilistici sopra descritti in tema di contratti sinallagmatici, l'*iter* che residua è o l'azione di nullità, al fine di munirsi della relativa pronuncia di accertamento, se del caso preceduta da un'azione monitoria, allo scopo di salvaguardare, nelle more della pronuncia di merito, il pubblico erario, ovvero la consensuale stipula con le organizzazioni sindacali di un negozio di accertamento (della nullità).

Ipotesi, entrambe, che daranno luogo, tuttavia, nel caso di istituti di applicazione automatica e fissa, non già alla discrezionale sostituzione del contenuto delle clausole incriminate, bensì alla loro automatica sostituzione con quelle corrispondenti previste dal CCNL, alla stregua dell'art. 1339 Cod. civ., come richiamato dall'art. 40 cit., con l'evidente scopo di limitare l'intervento discrezionale sia del giudice del lavoro, che delle parti contraenti, nell'apprezzamento del suo contenuto, foriero di quelle differenze di trattamento ostracizzate dall'art. 2 TUPI.

E la sua definizione

Quanto innanzi osservato sotto il profilo soggettivo dell'ambito di applicazione del rimedio, introduce all'approfondimento di quello oggettivo, complicato in ragione degli sfumati contorni della sua area semantica. Discernere, infatti, cosa debba intendersi per quel "contrasto" o per quell'"insanabile contrasto" che la giurisprudenza lavorista richiede

(15) Sulla nullità di tali tipi di pronunce, esorbitanti la giurisdizione della Corte dei conti: Cass., 15 novembre 1982, n. 6084 e Corte conti, Sez. riunite, n. 6/2002 di cui dà contezza

l'interessante decisione della Corte conti, Sez. Giur. Lazio, 5 settembre 2005, n. 1602.

ai fini della declaratoria di nullità non è di poco momento, almeno in taluni casi, come peraltro anche la Suprema Corte ha argomentato nella sentenza in esame.

Detratte le pacifiche e marchiane ipotesi di nullità insite negli istituti di applicazione fissa ed automatica, come l'orario di lavoro, lo stipendio tabellare e quant'altro agli stessi assimilabile, in cui può revocarsi in dubbio anche l'esistenza della buona fede e della tutela dell'affidamento di tutte le parti contraenti (che, presumibilmente, operano per una modifica consensuale del CCDI per renderlo conforme al nazionale), permane una folta schiera di fattispecie ibride, connesse all'interpretazione, non facile, degli oscuri rapporti tra le due fonti pattizie. Ambiguità testimoniata dal succedersi di tre distinte tesi dottrinarie (16).

La prima, tesa a enfatizzare l'assoluta preminenza *ex lege* del CCNL così da vietare qualsivoglia variazione, sia *in melius*, che *in pejus* da parte del CCDI (17).

La seconda, prevalente, volta a privilegiare l'autonomia della CCNL cui è rimessa la delimitazione più o meno restrittiva dei campi di esclusivo interesse e di quelli rimessi al completamento o all'autonoma regolamentazione della CCDI (18).

La terza, decisamente più spinta, atta a riconoscere prevalenza al CCNL solo per la disciplina degli istituti effettivamente contemplati, rimettendo al CCDI non solo la regolamentazione di dettaglio o discrezionale in suo favore ritagliata dal contratto nazionale, ma anche la previsione di istituti e materie del tutto nuove, purché non espressamente vietate dalla fonte pattizia superiore (19).

Tra le teoriche succintamente riportate, quella mediana sembra da preferirsi, anche perché in linea con gli *obiter dicta* ricavabili dalla giurisprudenza di merito e di legittimità che si è formata nelle Sezioni lavoro, incline a fornire una nozione di "insanabile contrasto" più che altro in termini negativi, non ravvedendola quante volte la CCNL autorizzi quella decentrata a prevedere una diversa decorrenza o disciplina degli istituti economici non automatici (20).

In buona sostanza, pertanto, è possibile sostenere la conformità al CCNL di tutte quelle clausole del CCDI che disciplinino o fissino il trattamento retributivo o le categorie di dipendenti destinatari di istituti loro demandati dal CCNL e nei limiti di questo.

Detto altrimenti, non potranno essere comminate da nullità le clausole che siano espressione di un'esplicita autorizzazione a trattare e contrarre o in ordine all'*an*, o al *quantum*, al quando o al *quomodo*, non potendo giungere a sindacarsi l'esercizio della discrezionalità applicativa e regolamentare (tanto dal punto di vista giuridico, quanto economico) dell'Amministrazione in sede decentrata, purché sia esercitata nel perimetro riconosciute dalla contrattazione nazionale e nei limiti delle disponibilità finanziarie e di bilancio ai sensi dell'art. 40 cit., pena la mortificazione della sua autonomia e un'ingerenza indebita nella libertà negoziale, ancorché conformata dai CCNL (come nel caso dell'individuazione dei dipendenti aventi diritto a particolari indennità di disagio o di responsabilità o di rischio per lo svolgimento di particolari mansioni, ai sensi degli artt. 36 e 37 del CCNL Comparto Regioni - Enti Locali, 19 settembre 2000; ovvero come nel caso della quantificazione della retribuzione di posizione dei dirigenti oltre quella massima prevista per gli Enti di minori dimensioni, quante volte siano dotate di strutture organizzative complesse, approvate secondo i rispettivi ordinamenti, ai sensi dell'art. 27, CCNL Comparto Regioni - Enti Locali, Dirigenza, 23 dicembre 2009).

L'incidenza dell'art. 40 del TUP sulla disciplina delle progressioni

La gerarchia delle fonti del rapporto di lavoro sin qui esaminate, con la conseguente declaratoria di nullità delle disposizioni concordate in sede decentrata ma in violazione dei confini fissati a livello nazionale, ha rilievo non solo per gli istituti di diretta valenza economica, ma anche per quelli disciplinanti altri profili, di valenza economica indiretta, quale il sistema di progressione economica all'interno della medesima categoria di appartenenza

(16) Evoluzioni dottrinarie ricostruite puntualmente da C. Spinelli, "Il rapporto tra contratti collettivi di diverso e di pari livello nel lavoro pubblico", in *Lav. P.A.*, 2006, 2, pag. 386.

(17) Viscomi, "La contrattazione integrativa", in Carinci - Zoppoli, *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, UTET, 2004, pag. 411.

(18) Giugni, *Diritto sindacale*, Cacucci, 2006 e Barbieri, *Problemi costituzionali della contrattazione collettiva nel lavoro pubblico*, id. 1997.

(19) Bellardi, *Concertazione e contrattazione*, Cacucci, 1999.

(20) Cass., Sez. lav., 19 marzo 2007, n. 6435; Id., 2 aprile 2007, n. 8154; Id., 2 maggio 2007, n. 1009; App. Milano, Sez. lav., 2 marzo 2004, n. 165; Trib. Pisa, Sez. lav., 4 giugno 2007, in www.lexitalia.it con nota di Busico; Trib. Napoli, Sez. lav., 16 marzo 2010, n. 6561, in *Guida Pubblico Impiego*, 2010, 7-8, pag. 53, con nota della scrivente "Contratti integrativi vincolati al Ccnl".

del personale, oggetto di esame dalla Suprema Corte. Sistema di particolare delicatezza, considerato che l'accorpamento dei vecchi livelli di gerarchia (oscillanti da otto a dieci, a seconda dei Comparti pubblici) in poche categorie (21), per rendere più flessibile l'esigibilità delle mansioni e, al contempo, l'eliminazione degli scatti retributivi di anzianità sostituiti da diversi gradi economici all'interno di ciascuna categoria, ha reso centrale per la proficua gestione ed incentivazione del personale il suo sviluppo tra l'una e l'altra categoria (c.d. progressioni verticali) ovvero all'interno di quella di appartenenza (c.d. progressioni orizzontali o economiche). Possibilità accordata dal combinato disposto degli artt. 35, comma 1, lett. a) e 52, commi 1 e 6, del TUPI, alla stregua dei quali si è ritenuto che il legislatore legittimasse due diverse modalità di carriera: l'una attraverso il concorso e l'altra in base a forme alternative fondate sull'effettività delle prestazioni. Legittimazione tuttavia fermamente contrastata, *ab origine*, dal giudice delle leggi (22) che a più riprese ha ribadito la contrarietà ai precetti costituzionali dei passaggi di qualifica, di categoria, di carriera o altrimenti denominati, riservati al solo personale interno, atteso che essi configurano pur sempre una forma di reclutamento, come tale da rimettere a procedure concorsuali aperte, pubbliche, con adeguata apertura all'esterno.

L'art. 35 cit., dunque, ha ricevuto un'applicazione rigorosa da parte del giudice costituzionale orientata al rispetto dei canoni di eguaglianza, di buon andamento e di imparzialità fissati dagli artt. 3 e 97 della Carta Fondamentale, alla stregua dei quali ha costantemente ribadito la primazia del concorso quale "meccanismo strumentale rispetto al canone di efficienza dell'amministrazione, il quale può dirsi pienamente rispettato qualora le selezioni non siano caratterizzate da arbitrarie forme di restrizione dei soggetti legittimati a parteciparvi; forme che possono considerarsi non irragionevoli solo in presenza di particolari situazioni che possono giustificare per una migliore garanzia del buon andamento dell'amministrazione" (23). Sistema al quale, peraltro, non si sottrae "l'accesso dei dipendenti delle Pubbliche Amministrazioni a funzioni più elevate",

talché devono ritenersi parimenti illegittime le progressioni di carriera di carattere automatico, senza adeguate selezioni o verifiche attitudinali, nonché i concorsi interni per la totalità dei posti vacanti (24). Dogma poi corroborato anche dalla giurisprudenza amministrativa (25).

In linea con tali arresti pretori, pertanto, nel 2002 l'allora Ministro della Funzione Pubblica, Frattini, nel corso di una riunione del Comitato di Coordinamento dei Comitati di Settore dell'ARAN, sollecitò la parte pubblica in sede di contrattazione ad uniformarsi alla regola del pubblico concorso, rivedendo il sistema delle progressioni verticali, in buona sostanza assimilabili ai concorsi interni (26), ma, di fatto, tutte le Amministrazioni, soprattutto quella delle Finanze e gli Enti Locali, hanno proseguito nel creare un doppio binario di accesso a categorie di inquadramento superiori, allineandosi ai precetti della Suprema Corte solo con riferimento al *quantum* della percentuale dei posti da ricoprire, ma contravvenendovi in ordine al *quomodo*.

Adattamento morbido di principi che, in pratica, si è tradotto nella sola limitazione, a monte, della percentuale del numero dei posti da riservare al personale interno, pari a non più del 50% del loro totale, ferma restando la conservazione della duplicità delle procedure concorsuali, per gli interni e per gli esterni, evidentemente elusive dei canoni di eguaglianza e di imparzialità orientati alla scelta dei migliori, propugnata dal giudice delle leggi. In assenza di uno spontaneo adeguamento delle parti contraenti, pertanto, è intervenuto il legislatore, che con la Legge n. 15/2009, all'art. 2, comma 1, lett. g), ha delegato il Governo a legiferare per "l'affermazione del principio di concorsualità per l'accesso al lavoro pubblico e per le progressioni di carriera", mentre al successivo art. 5, comma 2, lett. d), e) ed f) lo ha autorizzato a "stabilire che le progressioni meramente economiche avvengano secondo principi di selettività", a "definire una riserva di accesso dall'esterno alle posizioni economiche apicali nell'ambito delle rispettive aree funzionali, anche tramite un corso-concorso bandito dalla Scuola superiore della Pubblica Amministrazione" e, infine, a "stabilire che le progressioni di carriera avvengano per concorso pubblico, limi-

(21) Il nuovo sistema di classificazione del personale è stato concordato nella tornata contrattuale del quadriennio 1998-2001, all'indomani dell'entrata in vigore del menzionato D.Lgs. n. 80/1998.

(22) *In primis* da Corte cost., 4 gennaio 1999, n. 1.

(23) Corte cost., 16 maggio 2002, n. 194.

(24) *Ex multis*: Corte cost. n. 1/1999, nonché Id., 28 luglio 1999, n. 364 e Id., 24 luglio 2003, n. 274.

(25) *Ex plurimis*: CDS, Sez. IV, 5 giugno 1998, n. 646; Id.,

Sez. V, 24 maggio 1996, n. 587; Id., 9 marzo 1995, n. 307; TAR Roma, Sez. III, 12 luglio 1999, n. 2125; Id., Sez. VI, 28 aprile 1998, n. 552 e 6 maggio 2004, n. 2797; Id., Sez. V, 26 agosto 2009, n. 5080.

(26) Notizia apparsa sul quotidiano *Italia Oggi* del 10 settembre 2002 e riportato, per estratto, dal sito www.giustamm.it, con commento di L. Olivieri, "Progressioni verticali, concorsi interni e Corte Costituzionale".

tando le aliquote da destinare al personale interno ad una quota comunque non superiore al 50 per cento". Mandato che poi la Riforma Brunetta ha concretizzato riscrivendo l'art. 52 del TUPI nel quale ha introdotto i commi 1-bis e ter: "1-bis. I dipendenti pubblici, con esclusione dei dirigenti e del personale docente della scuola, delle accademie, conservatori e istituti assimilati, sono inquadrati in almeno tre distinte aree funzionali. Le progressioni all'interno della stessa area avvengono secondo principi di selettività, in funzione delle qualità culturali e professionali, dell'attività svolta e dei risultati conseguiti, attraverso l'attribuzione di fasce di merito. Le progressioni fra le aree avvengono tramite concorso pubblico, ferma restando la possibilità per l'Amministrazione di destinare al personale interno, in possesso dei titoli di studio richiesti per l'accesso dall'esterno, una riserva di posti comunque non superiore al 50 per cento di quelli messi a concorso. La valutazione positiva conseguita dal dipendente per almeno tre anni costituisce titolo rilevante ai fini della progressione economica e dell'attribuzione dei posti riservati nei concorsi per l'accesso all'area superiore. 1-ter. Per l'accesso alle posizioni economiche apicali nell'ambito delle aree funzionali è definita una quota di accesso nel limite complessivo del 50 per cento da riservare a concorso pubblico sulla base di un corso-concorso bandito dalla Scuola superiore della Pubblica Amministrazione".

Le progressioni negli Enti Locali

Sull'immediata decorrenza applicativa del novellato art. 52 cit., soprattutto per il Comparto Regioni ed Autonomie Locali, sono stati avanzati dubbi tanto dalle Amministrazioni, quanto da una parte degli operatori del diritto, soprattutto in ragione del combinato disposto degli artt. 24, 29 e 31 del D.Lgs. n. 150/2009, tutti iscritti nel Titolo III dedicato al "Merito e Premi" non pedissequamente applicabile *in toto* alle stesse, onerate però ad uniformarsi mediante l'adozione di atti normativi o regolamentari che ne recepiscano i principi, definiti inderogabili, entro il termine del 31 dicembre 2010, pena l'immediata ed integrale applicazione anche

della disciplina di dettaglio contenuta nella Riforma Brunetta (27).

Sorvolando sulle questioni della perentorietà del termine e sugli effetti del suo inutile decorso e della riforma nel suo insieme sulle procedure in itinere (28), ormai superate a distanza di un lustro, ciò che rileva al fine che ne occupa è l'aver la novella Brunetta stabilito principi selettivi per la progressione di carriera in tutte le Amministrazioni, ivi incluse quelle locali, affidate poi, nella loro specifica declinazione ai CCNL e, nei limiti da essi consentito, dai singoli CCDI.

Difatti, per quanto concerne il Comparto Regioni - Enti Locali, i due sistemi di sviluppo economico e di carriera sono stati e risultano tuttora, rispettivamente, disciplinati dagli artt. 5 e 4 del CCNL del 31 marzo 1999, a tenore dei quali si rimette alla disponibilità finanziaria di ciascun ente la definizione del quando e del *quantum* sia delle progressioni economiche, da effettuarsi in applicazione dei criteri concordati in sede nazionale e decentrata, sia delle progressioni verticali, nei limiti delle disponibilità dei posti vacanti nella dotazione organica.

I criteri di progressione fissati dal CCNL

Fermi i principi di accessibilità pubblici fissati dal TUPI, l'art. 4 CCNL cit., stabilisce che le procedure selettive per la progressione verticale finalizzate al passaggio dei dipendenti alla categoria immediatamente superiore del nuovo sistema di classificazione, per i posti vacanti non destinati all'esterno, possano essere indette dagli Enti non strutturalmente deficitari tenendo conto della professionalità dall'interno, anche prescindendo dai titoli di studio ordinariamente previsti per l'accesso dall'esterno, fatti salvi quelli prescritti dalle norme vigenti, esonerando dal periodo di prova "il personale riclassificato nella categoria immediatamente superiore a seguito delle procedure selettive previste dal presente articolo" (così il comma 5).

Il successivo art. 5 del menzionato contratto nazionale, poi, che, all'interno di ciascuna categoria è prevista una progressione economica che si realizza mediante la previsione, dopo il trattamento tabel-

(27) Difatti, l'art. 24, rubricato "Progressioni di carriera", al comma 1 sancisce espressamente che "ai sensi dell'articolo 52, comma 1-bis, del Decreto legislativo n. 165 del 2001, come introdotto dall'articolo 62 del presente Decreto, le Amministrazioni pubbliche, a decorrere dal 1° gennaio 2010, coprono i posti disponibili nella dotazione organica attraverso concorsi pubblici, con riserva non superiore al cinquanta per cento a favore del personale interno, nel rispetto delle disposizioni vigenti in materia di assunzioni".

(28) Sulle questioni si sono espressi: l'ANCI con apposite

Linee guida con le quali, in estrema sintesi autorizzava gli Enti a completare le procedure di sviluppo di carriera già bandite alla data di entrata in vigore del D.Lgs. n. 150/2009; e la Corte dei conti che, dapprima, ha aderito all'impostazione ANCI (in particolare la Sezione Regionale di Controllo per la Lombardia con il parere 18 marzo 2010, n. 375) e, successivamente, ha optato per la tesi più rigorosa dell'immediata applicazione delle nuove regole restrittive (Sez. Autonomie, 29 aprile 2010, n. 10).

lare iniziale, di successivi incrementi economici. Essa, nel limite delle risorse disponibili nel fondo per la contrattazione decentrata, avviene nel rispetto dei seguenti criteri:

- a) per i passaggi alla prima posizione economica successiva ai trattamenti tabellari iniziali delle categorie B e C, gli elementi di cui alla lett. c) sono integrati valutando anche l'esperienza acquisita;
- b) per i passaggi alla prima posizione economica successiva ai trattamenti tabellari iniziali delle categorie B e C, gli elementi di cui alla lett. c) sono integrati valutando anche l'esperienza acquisita;
- c) per i passaggi alla seconda posizione economica, successiva ai trattamenti tabellari iniziali delle categorie B e C, previa selezione in base ai risultati ottenuti, alle prestazioni rese con più elevato arricchimento professionale, anche conseguenti ad interventi formativi e di aggiornamento collegati alle attività lavorative ed ai processi di riorganizzazione, all'impegno e alla qualità della prestazione individuale;
- d) per i passaggi all'ultima posizione economica delle categorie B e C nonché per la progressione all'interno della categoria D, secondo la disciplina dell'art. 12, comma 3, previa selezione basata sugli elementi di cui al precedente punto c), utilizzati anche disgiuntamente, che tengano conto del:
 - diverso impegno e qualità delle prestazioni svolte, con particolare riferimento ai rapporti con l'utenza;
 - grado di coinvolgimento nei processi lavorativi dell'ente, capacità di adattamento ai cambiamenti organizzativi, partecipazione effettiva alle esigenze di flessibilità;
 - iniziativa personale e capacità di proporre soluzioni innovative o migliorative dell'organizzazione del lavoro.

I limiti dell'incidenza dei CCDI e gli approdi della Suprema Corte

Considerato, come argomentato innanzi, che la gerarchia delle fonti legislative e contrattuali delineata dal TUPI impone che i CCDI si svolgano nei limiti fissati dai CCNL non solo per la parte economica, ma anche per quella normativa, i primi devono risultare in sintonia con i secondi anche per quanto concerne la disciplina di dettaglio dei requisiti convenuti per la progressione orizzontale del personale.

Da ciò derivando che laddove essi si ritengano in contrasto con quelli previsti a livello nazionale, l'unico rimedio possibile non può che essere, come visto, l'azione di nullità ai sensi dell'art. 40 TUPI da promuovere innanzi al giudice ordinario, per-

ché, in sede di merito, ne apprezzi l'eventuale "insanabile contrasto", se del caso sostituendo, le clausole difformi con quelle corrispondenti di rango superiore.

Impostazione di recente confermata anche dalla Suprema Corte nella sentenza n. 20421/2015, che si è pronunciata sulla valenza integrativa o innovativa dei criteri selettivi di merito fissati dal CCNL dell'anzianità di servizio, unico parametro di valutazione richiesto dal CCDI di un Comune ligure.

Derivando, nel primo caso, la validità dello stesso e del bando di selezione; mentre, nel secondo, la nullità della clausola e, per l'effetto, della procedura indetta per la progressione di carriera. In proposito, in sede di gravame proposto dai dipendenti interessati a partecipare all'*iter*, ma non in possesso dei requisiti di anzianità di servizio concordati in sede decentrata, la Corte territoriale aveva ritenuto che detto criterio di anzianità non fosse in contrasto con la disciplina nazionale, bensì ne risultasse una declinazione legittima. Opzione confermata dalla Corte di cassazione sul presupposto che l'art. 4 del CCNL del 31 marzo 1999 dispone, tra l'altro, che "le materie di contrattazione decentrata ... sono integrate dalle seguenti: completamento ed integrazione dei criteri di progressione economica all'interno della categoria di cui all'art. 5 comma 2" (tra questi: esperienza acquisita, risultati ottenuti, interventi formativi e di aggiornamento, impegno e qualità della prestazione).

Parametri nel cui ambito può ricondursi quello, più specifico, del biennio di permanenza in servizio nel livello precedente alla data del 31 dicembre 1999 concordato in sede decentrata per la prima progressione economica del personale dopo la sua nuova classificazione. Esso, infatti, lungi dall'innovare o dal derogare ai principi fissati dal CCNL, secondo la Suprema Corte, infatti, si limita ad integrarli, posto che una effettiva valutazione degli elementi previsti dal menzionato art. 5 al fine della progressione economica presuppone e richiede lo svolgimento dell'attività lavorativa per un congruo periodo di tempo.

Detto in altri termini, una valutazione della portata e della consistenza della clausola prevista nell'accordo di comparto, secondo i criteri sopra indicati, in tanto può utilmente essere realizzata in quanto ci si possa riferire ad una certa anzianità di servizio da valutare, che, peraltro, l'art. 4 del medesimo CCNL fissa proprio in un biennio (stabilendo che "il personale dipendente sarà ammesso alla valutazione per le progressioni orizzontali - che dunque permangono - se in possesso di un'anzianità di servizio di almeno due anni").