

OSSERVATORI ONLINE

LA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA PERIODO APRILE 2017 - SETTEMBRE 2017

Luigi Menghini (*), *Roberta Nunin* (**)

SOMMARIO: 1. Libera circolazione dei lavoratori e limitazione dei diritti di ingresso e soggiorno per ragioni di ordine pubblico. — 2. Normativa sul diritto di voto per le elezioni dei rappresentanti dei lavoratori nel consiglio di sorveglianza di una società e limiti alla libertà di circolazione. — 3. Pensione aziendale, lavoro *part-time* e divieto di discriminazione basata sul sesso. — 4. Contratto di lavoro intermittente e discriminazione fondata sull'età: la pronuncia sul caso *Abercrombie & Fitch*. — 5. Trasferimento d'impresa e nozione di «lavoratore» e «trasferimento di stabilimento». — 6. Rientro dal congedo parentale e mantenimento dei diritti acquisiti. — 7. Personale di volo e luogo «abituale» di lavoro. — 8. Riconoscimento di qualifiche professionali, odontotecnici «clinici» e libertà di stabilimento. — 9. Lavoratori migranti, regime di sicurezza sociale applicabile e rilievo dell'Accordo sul coordinamento della sicurezza sociale tra Ce e Confederazione svizzera. — 10. Prestazioni familiari, diritto alla parità di trattamento e cittadini di paesi terzi titolari di un permesso unico. — 11. Lavoratori impiegati nel territorio di due o più Stati membri e applicazione dei regimi di sicurezza sociale.

Rapporto di lavoro

1. — *Libera circolazione dei lavoratori e limitazione dei diritti di ingresso e soggiorno per ragioni di ordine pubblico* — Con la sentenza del 13.7.2017 nel caso spagnolo *E. c. Subdelegación del Gobierno en Álava* (1), la Corte di Giustizia è tornata a occuparsi dei limiti alla libertà di circolazione per motivi di ordine pubblico, statuendo che l'art. 27, par. 2, secondo comma, della Direttiva n. 2004/38/Ce – relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri – deve essere interpretato nel senso che il fatto che una persona si trovi in stato di detenzione al momento dell'adozione della deci-

(*) Professore ordinario di Diritto del lavoro presso l'Università di Trieste.

(**) Professoressa associata di Diritto del lavoro presso l'Università di Trieste.

(1) Corte di Giustizia, sentenza 13.7.2017, Terza Sezione, *E. c. Subdelegación del Gobierno en Álava*, C-193/16 – Presidente Bay Larsen, Relatore Vilaras, Avvocato Generale Saugmandsgaard Øe.

sione di allontanamento, senza prospettive di liberazione in un prossimo futuro, non esclude che il suo comportamento rappresenti, eventualmente, per un interesse fondamentale della società dello Stato membro ospitante, una minaccia di carattere reale e attuale.

Nel caso di specie, E., cittadino italiano residente in Spagna, era risultato destinatario di una decisione che ne ordinava l'allontanamento dal territorio del Regno di Spagna, con divieto di ritorno per un periodo di dieci anni, in ragione del fatto che lo stesso era stato condannato con tre sentenze definitive a dodici anni di reclusione per delitti reiterati di abuso sessuale su minori: pena che egli stava scontando in un istituto penitenziario. Nel risolvere la questione pregiudiziale proposta dalla Corte Superiore di Giustizia del Paese Basco (*Tribunal Superior de Justicia del País Vasco*) nel senso che si è detto, i giudici di Lussemburgo osservano tra l'altro che, a norma dell'art. 83, par. 1, TfUE, lo sfruttamento sessuale dei minori rientra tra le sfere di criminalità particolarmente grave presentanti una dimensione transnazionale nelle quali è previsto l'intervento del legislatore dell'Unione; pertanto, gli Stati membri sono legittimati a considerare che reati quali quelli contemplati in tale disposizione configurino una lesione particolarmente grave di un interesse fondamentale della società, il cui rischio di reiterazione «rappresenta una minaccia diretta per la tranquillità e la sicurezza fisica della popolazione ed è pertanto suscettibile di ricadere sotto la nozione di “motivi imperativi di pubblica sicurezza” atti a giustificare un provvedimento di allontanamento», a condizione che le modalità con le quali tali reati sono stati commessi presentino caratteristiche particolarmente gravi; aspetto che spetta al giudice del rinvio verificare sulla base di un esame individuale della fattispecie sottoposta alla sua cognizione (2).

2. — *Normativa sul diritto di voto per le elezioni dei rappresentanti dei lavoratori nel consiglio di sorveglianza di una società e limiti alla libertà di circolazione* — La decisione sul caso *Erzberger* del 18.7.2017 (3) è intervenuta su una questione pregiudiziale sollevata dal *Kammergericht* (Tribunale superiore) del Land di Berlino, chiarendo che l'art. 45 TfUE deve essere interpretato nel senso che esso non osta alla normativa di uno Stato membro, come quella tedesca di cui al procedimento principale, in virtù della quale i lavoratori occupati presso gli stabilimenti di un gruppo, situati nel

(2) Vd. in questo senso anche C. Giust., sentenza 22.5.2012, I, C-348/09.

(3) Corte di Giustizia, sentenza 18.7.2017, Grande Sezione, *Erzberger*, C-566/15 – Presidente Lenaerts, Relatore Levits, Avvocato Generale Saugmandsgaard øe.

territorio di detto Stato membro, siano privi del diritto di voto attivo e passivo alle elezioni dei rappresentanti dei lavoratori nel consiglio di sorveglianza della società capogruppo, situata nel citato Stato membro, nonché, se del caso, del diritto di esercitare o di continuare a esercitare le funzioni di rappresentante in seno a detto consiglio, allorché tali lavoratori lascino il proprio posto di lavoro in uno dei citati stabilimenti per essere occupati presso una società partecipata appartenente al medesimo gruppo e stabilita in un altro Stato membro.

La Corte ha osservato che, in tali ipotesi, da un lato, la perdita di tale diritto non integra un limite alla libertà di circolazione e, dall'altro, che il fatto che detti lavoratori siano costretti a rinunciare a un ulteriore esercizio del loro incarico in Germania è semplicemente la conseguenza della legittima scelta operata dalla Repubblica federale tedesca di limitare l'applicazione delle proprie norme nazionali in materia di cogestione (*Gestez über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer* del 4 maggio 1971) ai lavoratori occupati presso uno stabilimento situato in territorio tedesco; delimitazione che si fonda su di un criterio oggettivo e non discriminatorio.

3. — *Pensione aziendale, lavoro part-time e divieto di discriminazione basata sul sesso* — Con la sentenza sul caso tedesco *Kleinsteuber* del 13.7.2017 (4), la Corte ha affrontato una questione in tema di possibile impatto discriminatorio in ragione del sesso delle modalità di calcolo dei diritti acquisiti con riguardo a una pensione aziendale, in relazione alle disposizioni della Direttiva n. 97/81/Ce, concernente l'attuazione dell'Accordo quadro sul lavoro a tempo parziale, concludendo peraltro in senso negativo.

Infatti, la Corte ha ritenuto che la clausola 4, punti 1 e 2, dell'Accordo quadro sul lavoro a tempo parziale, concluso il 6 giugno 1997 e allegato alla citata direttiva, nonché l'art. 4 della Direttiva n. 2006/54/Ce del 5 luglio 2006 (riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento tra uomini e donne in materia di occupazione e impiego) debbano essere interpretati nel senso che non contrastano con una normativa nazionale che, ai fini del calcolo dell'importo di una pensione aziendale, stabilisca una distinzione tra il reddito da lavoro inferiore alla soglia di reddito massimo considerabile per il calcolo dei contributi al regime di assicurazione pensionistica obbligatoria e il reddito da lavoro superiore a essa, e che non tratti il reddito derivante da un impiego a tempo parziale calcolando, innanzitutto, il reddito corrisposto per un impiego a

(4) Corte di Giustizia, sentenza 13.7.2017, Prima Sezione, *Kleinsteuber*, C-354/16 – Presidente Silva de Lapuerta, Relatore Arbadjiev, Avvocato Generale Szpunar.

tempo pieno corrispondente, determinando, in seguito, le quote parte, rispettivamente, superiore e inferiore alla soglia di reddito massima considerabile per il calcolo dei contributi e, infine, applicando tale rapporto al reddito ridotto derivante dall'impiego *part-time*. Precisa inoltre la Corte che le norme sopra richiamate devono essere altresì interpretate nel senso che non ostino a una normativa nazionale, come quella tedesca venuta in discussione, che, nel calcolo dell'importo di una pensione aziendale di un lavoratore dipendente che abbia lavorato in parte a tempo pieno e in parte a tempo parziale, stabilisca un tasso di occupazione uniforme per la durata complessiva del rapporto di lavoro, purché tale metodo di calcolo della pensione non violi la regola del *pro rata temporis*; circostanza che spetterà al giudice del rinvio verificare.

Infine, la Corte statuisce che gli artt. 1 e 2, nonché l'art. 6, par. 1, della Direttiva n. 2000/78/Ce (che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e condizioni di lavoro), debbano essere interpretati nel senso che ben può una normativa nazionale prevedere una pensione aziendale di entità corrispondente al rapporto tra l'anzianità di servizio e la durata del periodo compreso tra l'entrata in servizio nell'azienda e il raggiungimento del limite di età ordinario previsto dal regime di assicurazione pensionistica obbligatoria e applicare un limite massimo alle annualità di servizio che possono essere computate.

4. — *Contratto di lavoro intermittente e discriminazione fondata sull'età: la pronuncia sul caso Abercrombie & Fitch* — Con l'attesa decisione sul caso *Abercrombie & Fitch Italia Srl* del 19.7.2017 (5), la Corte di Giustizia si è pronunciata sulla questione pregiudiziale sollevata dalla Corte di Cassazione italiana con ordinanza del 29.2.2016, n. 3982, con la quale si domandava, in sostanza, se l'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nonché l'art. 2, par. 1, l'art. 2, par. 2, lett. a, e l'art. 6, par. 1, della Direttiva n. 2000/78 (con specifico riferimento al divieto di discriminazione in ragione dell'età) dovessero essere interpretati nel senso di ostare a una normativa, quale quella italiana di cui all'art. 34 del d.lgs. n. 276/2003, che autorizzava il datore di lavoro a concludere un contratto di lavoro intermittente con un lavoratore che avesse meno di 25 anni, qualunque fosse la natura della prestazione da eseguire, e a licenziare tale lavoratore al compimento del venticinquesimo anno di età.

(5) Corte di Giustizia, sentenza 19.7.2017, Prima Sezione, *Abercrombie & Fitch*, C-143/16 – Presidente Silva de Lapuerta, Relatore Arbadjiev, Avvocato Generale Bobek.

Deludendo sicuramente molte attese, i giudici del Lussemburgo hanno ritenuto che le norme europee sopra richiamate debbano essere interpretate nel senso che esse non ostino a una disposizione che autorizzi un datore di lavoro a concludere un contratto di lavoro intermittente con un lavoratore che abbia meno di 25 anni (qualunque sia la natura della prestazione da eseguire) e a licenziarlo al compimento del venticinquesimo anno, giacché tale disposizione – nell’opinione della Corte – persegue una finalità legittima di politica del lavoro e del mercato del lavoro e i mezzi per conseguire tale finalità sono appropriati e necessari. In definitiva, di fronte alle perplessità di chi aveva sollevato il tema del possibile rilievo di una discriminazione in base all’età, la Corte sposa integralmente le considerazioni della società chiamata in causa nel procedimento principale, affermando che «in un contesto di perdurante crisi economica e di crescita rallentata, la situazione di un lavoratore che abbia meno di 25 anni e che, grazie a un contratto di lavoro flessibile e temporaneo, quale il contratto intermittente, possa accedere al mercato del lavoro è preferibile rispetto alla situazione di colui che tale possibilità non abbia e che, per tale ragione, si ritrovi disoccupato». Come condivisibilmente osservato in dottrina in uno dei primi commenti (6), il rischio di esclusione sociale diviene così un pretesto per abbassare il livello standard del funzionamento del principio di parità di trattamento.

Rispetto a un tale orientamento espresso dalla Corte, è immaginabile che le voci critiche non mancheranno e saranno probabilmente numerose.

5. — *Trasferimento d’impresa e nozione di «lavoratore» e «trasferimento di stabilimento»* — Affrontando le questioni pregiudiziali proposte dal Tribunale di Faro (Portogallo), la Corte di Giustizia, con la sentenza *Ricardo* del 20.7.2017 (7), ha precisato che l’art. 1, par. 1, della Direttiva n. 2001/23/Ce del 12 marzo 2001 (concernente il riavvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento di imprese, di stabilimenti o di parti di imprese o di stabilimenti) deve essere interpretato nel senso che una situazione nella quale un’impresa comunale (il cui unico azionista sia un Comune) sia sciolta mediante delibera dell’organo esecutivo di tale Comune, e le cui attività siano trasferite in parte a detto Comune, per essere eser-

(6) Vd. Calafà (2017, in particolare 345), alla quale si rinvia anche per un’articolata ricostruzione di tutta la vicenda e per ulteriori e ampi riferimenti bibliografici.

(7) Corte di Giustizia, sentenza 20.7.2017, Ottava Sezione, *Ricardo*, C-416/16 – Presidente Vilaras, Relatore Malenovsky, Avvocato Generale Tanchev.

citare direttamente dallo stesso, e in parte a un'altra impresa comunale, ricostituita a tal fine (e della quale il Comune sia unico azionista), rientra nel campo di applicazione della suddetta direttiva, a condizione che l'identità dell'impresa di cui trattasi sia conservata dopo il trasferimento; circostanza che dovrà essere accertata dal giudice del rinvio.

Inoltre, la Corte ha statuito che una persona – quale il ricorrente nel procedimento principale *de quo* – che, per via della sospensione del suo contratto di lavoro, non si trovi nell'esercizio effettivo delle sue funzioni, rientri comunque nella nozione di «lavoratore» ai sensi dell'art. 2 della citata direttiva, allorché risulti essere tutelato come lavoratore dalla legislazione nazionale in questione; circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare; fatta salva tale verifica – conclude la Corte – i diritti e gli obblighi derivanti dal contratto di lavoro debbono essere considerati trasferiti al cessionario, conformemente all'art. 3, par. 1, della Direttiva in questione.

6. — *Rientro dal congedo parentale e mantenimento dei diritti acquisiti* —
Con la decisione sul caso tedesco *H. c. Land Berlin* del 7.9.2017 (8), la Corte ha puntualizzato che la clausola 5, punti 1 e 2, dell'Accordo quadro riveduto sul congedo parentale, allegato alla Direttiva n. 2010/18/UE dell'8 marzo 2010, dev'essere interpretata nel senso che essa osta a una normativa nazionale che subordini la promozione definitiva a un posto di direzione nell'ambito di un rapporto di pubblico impiego alla condizione che il candidato selezionato effettui con successo un periodo di prova preliminare di due anni su tale posto. Precisa, altresì, che per effetto di tale normativa, in una situazione in cui il candidato medesimo sia stato, per tutto o parte del periodo di prova, in congedo parentale – ivi trovandosi ancora –, il periodo di prova di cui trattasi si conclude *ex lege* al termine di tale periodo di due anni, senza possibilità di proroga, ove l'interessato sia conseguentemente reintegrato, al rientro dal congedo parentale, nelle funzioni di grado inferiore (sia dal punto di vista statutario che retributivo), occupate anteriormente alla sua non ammissione al periodo di prova stesso.

Aggiunge la Corte, inoltre, che il contrasto con tale clausola non può essere giustificato dall'obiettivo perseguito dal periodo di prova in questione (consistente nel permettere la verifica dell'idoneità a ricoprire il posto di dirigente).

I giudici di Lussemburgo concludono l'*iter* argomentativo della decisione rilevando come spetti al giudice del rinvio (in questo caso il Tribu-

(8) Corte di Giustizia, sentenza 7.9.2017, Seconda Sezione, *H. c. Land Berlin*, C-174/16 – Presidente Iličić, Relatore Prechal, Avvocato Generale Mengozzi.

nale amministrativo di Berlino), se necessario disapplicando la normativa nazionale, verificare, come imposto dalla già citata clausola 5 della Direttiva n. 2010/18, se, in circostanze come quelle in esame nel procedimento principale, per il Land interessato, quale datore di lavoro, fosse oggettivamente impossibile consentire all'interessata di ritornare nello stesso posto di lavoro al termine del congedo parentale e, in caso affermativo, garantire che a quest'ultima sia attribuito un posto di lavoro equivalente o analogo, senza che tale assegnazione di posto possa essere subordinata alla previa effettuazione di una nuova procedura di selezione; parimenti, spetterà al giudice del rinvio garantire che, al termine del congedo parentale, l'interessata possa proseguire, per lo stesso posto nel quale sia ritornata (o che le sia stato assegnato *ex novo*), un periodo di prova conforme ai requisiti dettati dalla clausola 5, punto 2, dell'Accordo quadro sopra richiamato, che dispone che i diritti acquisiti o in via di acquisizione alla data di inizio del congedo parentale restino immutati fino alla fine dello stesso e che, al termine del congedo parentale, tali diritti si applichino con le eventuali modifiche derivanti dalle leggi, dai contratti collettivi e/o dalle prassi nazionali.

7. — *Personale di volo e «luogo abituale di lavoro»* — Con la sentenza del 14.9.2017 (nel caso *Nogueira et al.*) (9), la Corte di Giustizia ha statuito che l'art. 19, punto 2, lett. *a*, del Regolamento (Ce) n. 22/2001 del 22 dicembre 2000 (cd. Regolamento «*Bruxelles I*», concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale) debba essere interpretato nel senso che, nel caso di ricorso presentato da un membro del personale di volo di una compagnia aerea (nel caso di specie si trattava delle compagnia Ryanair) o messo a sua disposizione e al fine di determinare la competenza del giudice adito, la nozione di «luogo in cui il lavoratore svolge abitualmente la propria attività», ai sensi di tale disposizione, non sia equiparabile a quella di «base di servizio» (ai sensi dell'all. III del Regolamento n. 3922/91/Cee, concernente l'armonizzazione di regole tecniche e di procedure amministrative nel settore dell'aviazione civile, come modificato dal Regolamento n. 1899/2006/Ce): quest'ultima intesa come «il luogo designato dall'operatore per ogni membro dell'equipaggio dal quale un membro dell'equipaggio solitamente inizia e dove conclude un periodo di servizio o una serie di periodi di servizio e nel quale, in

(9) Corte di Giustizia, sentenza 14.9.2017, Seconda Sezione, *Nogueira et al.*, C-168/16 e C-169/16 – Presidente Ilesič, Relatore Toader, Avvocato Generale Saugmandsgaard øe.

condizioni normali, l'operatore non è responsabile della fornitura dell'alloggio al membro d'equipaggio interessato».

La nozione di «base di servizio», precisa però la Corte, può costituire nondimeno un indizio significativo per determinare il luogo in cui il lavoratore svolge abitualmente la propria attività.

8. — *Riconoscimento di qualifiche professionali, odontotecnici «clinici» e libertà di stabilimento* — Con riferimento a una questione pregiudiziale sollevata dalla Sezione I del Tribunale civile di Malta, concernente la domanda di riconoscimento a Malta delle qualifiche professionali degli odontotecnici clinici (nel caso di specie i ricorrenti chiedevano fosse consentito di esercitare tale professione senza la necessaria «mediazione» di un dentista), la Corte di Giustizia ha avuto modo di precisare (10) che l'art. 49 TfUE, l'art. 4, par. 1, e l'art. 13, par. 1, primo comma, della Direttiva n. 2005/36/Ce relativa al riconoscimento delle qualifiche professionali – come modificata dalla Direttiva n. 2013/55/UE – devono essere interpretati nel senso che essi non ostano a una normativa di uno Stato membro, come quella controversa nel procedimento principale davanti al giudice maltese, la quale stabilisca che le attività di odontotecnico debbano essere esercitate in collaborazione con un dentista, nella misura in cui tale requisito è applicabile, conformemente alla normativa nazionale *de qua*, nei confronti di odontotecnici clinici che abbiano conseguito le loro qualifiche professionali in un altro Stato membro e che desiderino esercitare la propria professione nel primo Stato membro sopra citato.

La Corte osserva come, nella normativa nazionale in questione, la partecipazione obbligatoria di un dentista nel trattamento di un paziente al quale un odontotecnico presta i propri servizi sia volta a garantire la tutela della salute pubblica, che costituisce un motivo imperativo di carattere generale idoneo a giustificare una restrizione alla libertà di stabilimento. Tenuto conto del rischio per la salute del paziente, dell'importanza dell'obiettivo di tutela della salute pubblica nonché del margine di discrezionalità di cui dispongono gli Stati membri nell'attuazione del suddetto obiettivo, la Corte constata – richiamando anche le conclusioni sul punto dell'Avvocato Generale Mengozzi – che il requisito dell'intermediazione obbligatoria di un dentista risulta idoneo a raggiungere l'obiettivo e non va oltre quanto è necessario a tale scopo.

(10) Corte di Giustizia, sentenza 21.9.2017, Terza Sezione, *Malta Dental Technologists Association*, C-125/16 – Presidente Bay Larsen, Relatore Safjan, Avvocato Generale Mengozzi.

Sicurezza sociale

9. — *Lavoratori migranti, regime di sicurezza sociale applicabile e rilievo dell'Accordo sul coordinamento della sicurezza sociale tra Ce e Confederazione svizzera* — Con la decisione sul caso *A-Rosa Flussschiff GmbH* (11), del 27.4.2017, la Corte ha statuito che l'art. 12-*bis*, punto 1-*bis*, del Regolamento (Cee) n. 574/72 del Consiglio, che stabilisce le modalità di applicazione del Regolamento (Cee) n. 1408/71, relativo all'applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori subordinati, ai lavoratori autonomi e ai loro familiari che si spostino all'interno della Comunità, nella versione modificata e aggiornata dal Regolamento (Ce) n. 118/97, come modificato dal Regolamento (Ce) n. 647/2005, deve essere interpretato nel senso che un certificato E101, rilasciato dall'istituzione designata dall'autorità competente di uno Stato membro, vincola tanto le istituzioni di sicurezza sociale dello Stato membro in cui l'attività lavorativa viene svolta quanto i giudici del medesimo Stato membro, anche qualora questi ultimi rilevino che le condizioni di svolgimento dell'attività lavorativa interessata esulino palesemente dalla sfera di applicazione *ratione materiae* di tale disposizione del Regolamento n. 1408/71.

La questione, nel caso di specie, sorgeva nell'ambito di una controversia tra la società tedesca *A-Rosa Flussschiff GmbH*, da un lato, e la *Union de recouvrement des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales (Urssaf) d'Alsace* (Francia) e la *Sozialversicherungsanstalt del Cantone svizzero dei Grigioni*, dall'altro, in merito a un avviso di accertamento notificato dall'*Urssaf* alla *A-Rosa* per omesso versamento di contributi previdenziali al regime previdenziale francese. La società tedesca gestiva due navi da crociera che navigavano sul Rodano e sulla Saona, in Francia, a bordo delle quali erano impiegati dei lavoratori stagionali, cittadini di Stati diversi dalla Francia, nelle cui acque interne le due navi in questione navigavano in via esclusiva. La società, inoltre, possedeva una succursale in Svizzera, che si occupava della gestione delle imbarcazioni e delle risorse umane; i contratti dei dipendenti stagionali erano soggetti al diritto svizzero. A seguito di un controllo sulle navi, l'ente previdenziale francese aveva rilevato delle irregolarità contributive e aveva emanato un avviso di accertamento, richiedendo il pagamento di arretrati asseritamente dovuti al sistema previdenziale francese. La società tedesca aveva allora fornito all'Ente un primo gruppo di cer-

(11) Corte di Giustizia, sentenza 27.4.2017, Prima Sezione, *A-Rosa Flussschiff GmbH*, C-620/15 – Presidente e Relatore Silva de Lapuerta, Avvocato Generale Saugmandsgaard øe.

tificati E101 (che mirano ad agevolare la libera circolazione dei lavoratori e nei quali l'istituzione competente dello Stato in cui ha sede l'impresa dichiara che questi restano soggetti al proprio regime previdenziale) rilasciati dall'Istituto svizzero delle assicurazioni sociali, a norma dell'art. 14, par. 2, lett. *a*, del Regolamento n. 1408/71; il ricorso della società tedesca davanti al tribunale francese competente veniva però respinto nel 2011. Nel corso del procedimento d'appello, la società forniva un secondo gruppo di certificati, anch'essi rilasciati dall'ente previdenziale svizzero, ma anche in questo caso il ricorso veniva respinto. In sede di giudizio di Cassazione, la *Cour de Cassation* francese sollevava la questione pregiudiziale, interrogandosi sulla questione se il rilascio di un certificato E101 da parte dell'istituzione competente di uno Stato membro (in questo caso viene in gioco il rilievo dell'Accordo del 21 giugno 1999 sul coordinamento della sicurezza sociale tra la Ce e la Svizzera: paese al quale, nell'ambito di applicazione del predetto accordo, si conviene di applicare il termine «Stato membro») potesse produrre gli effetti a esso riconducibili qualora le modalità di lavoro esulassero dalla sfera di applicazione *ratione materiae* dello stesso.

La Corte opta per quest'ultima interpretazione, non solo richiamando il principio di leale collaborazione tra gli Stati nell'ambito del coordinamento della sicurezza sociale (12), ma rilevando anche come la soluzione contraria potrebbe pregiudicare il principio dell'iscrizione dei lavoratori a un unico regime previdenziale, come pure la prevedibilità del regime applicabile e, quindi, la certezza del diritto. Essendo prevista una specifica procedura per risolvere le eventuali controversie in materia, la Corte rileva inoltre come gli argomenti invocati da parte francese sulla pretesa inefficacia di detta procedura e sulla necessità di evitare possibili rischi di *dumping* sociale non possano in alcun modo giustificare la violazione della procedura stessa né, a maggior ragione, la decisione di ignorare un certificato E101 rilasciato dall'istituzione competente di un altro Stato membro.

10. — *Prestazioni familiari, diritto alla parità di trattamento e cittadini di paesi terzi titolari di un permesso unico* — Con la decisione del 21.6.2017 nel caso italiano *Kerly Del Rosario Martinez Silva c. Inps* (13), la Corte di Giustizia ha affermato che l'art. 12 della Direttiva n. 2011/98/Ue del 13 dicembre 2011, relativa a una procedura unica di domanda per il rilascio

(12) Su cui vd. C. Giust., sentenza 26.1.2006, *Herbosch Kiere*, C-2/05.

(13) Corte di Giustizia, sentenza 21.6.2017, Settima sezione, *Kerly Del Rosario Martinez Silva c. Inps*, C-449/16 – Presidente Prechal, Relatore Jarašiūnas, Avvocato Generale Tanchev.

di un permesso unico che consente ai cittadini di paesi terzi di soggiornare e lavorare nel territorio di uno Stato membro dell'Unione e a un insieme di diritti comuni per tali lavoratori che soggiornino regolarmente in uno Stato membro, deve essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale, come quella italiana oggetto del procedimento principale, in base a cui il cittadino del paese terzo, titolare di un permesso unico ai sensi della direttiva, non possa beneficiare di una prestazione come l'assegno a favore dei nuclei familiari con almeno tre figli minori, istituito dalla legge 23 dicembre 1998, n. 448.

La signora Martinez Silva, residente a Genova e madre di tre figli minori, aveva chiesto nel 2014 l'attribuzione dell'assegno, che le era stato negato sulla base dell'assunto che la stessa – titolare di un permesso unico di lavoro di durata superiore a sei mesi – non fosse tuttavia titolare del permesso di soggiorno per soggiornanti di lungo periodo Ce. Respinta la domanda della ricorrente in primo grado, in grado di appello la Corte genovese aveva sollevato la questione pregiudiziale, in relazione al principio di parità di trattamento; questione alla quale la Corte ha risposto nei termini sopra richiamati. In particolare, i giudici del Lussemburgo hanno rilevato come, non avendo l'Italia inteso avvalersi della facoltà di operare eventuali deroghe, il cittadino del paese terzo titolare di un permesso unico non possa essere escluso del beneficio di una prestazione quale l'assegno in parola, ritenuto dalla Corte inquadabile quale prestazione di sicurezza sociale, rientrante nelle prestazioni familiari di cui all'art. 3, par. 1, lett. j, del Regolamento n. 883/2004.

11. — *Lavoratori impiegati nel territorio di due o più Stati membri e applicazione dei regimi di sicurezza sociale* — Nella decisione relativa al caso *X c. Staatssecretaris van Financiën* del 13.9.2017 (14), la Corte è intervenuta in relazione all'ipotesi di un lavoratore che di norma eserciti la sua attività subordinata nel territorio di due o più Stati membri, statuendo che l'art. 14, par. 2, lett. b, del Regolamento (Cee) n. 1408/71 (come successivamente modificato e aggiornato, da ultimo, con il Regolamento n. 592/2008) relativo all'applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori subordinati, ai lavoratori autonomi e ai loro familiari che si spostano all'interno della Comunità, deve essere interpretato nel senso che una persona che eserciti un'attività subordinata per un datore di lavoro stabilito in

(14) Corte di Giustizia, sentenza 13.12.2017, Terza Sezione, *X c. Staatssecretaris van Financiën*, C-570/15 – Presidente e Relatore Bay Larsen, Avvocato Generale Szpunar.

uno Stato membro e che risieda in un altro Stato membro, nel quale pure abbia svolto parte di tale attività subordinata, corrispondente al 6,5% delle sue ore lavorative, senza che ciò sia stato oggetto di un previo accordo con il datore di lavoro, non debba essere considerata una persona che di norma esercita attività subordinata nel territorio di due Stati membri, ai sensi di tale disposizione.

Nel caso di specie, X, cittadino dei Paesi Bassi, residente in Belgio, aveva lavorato per 1.872 ore per un datore di lavoro stabilito nei Paesi Bassi e, di queste ore di lavoro, 121 erano state effettuate in Belgio; la controversia origine del rinvio pregiudiziale era sorta tra X e il Segretariato di Stato alle Finanze dei Paesi Bassi, che riteneva che si dovesse applicare in materia fiscale e contributiva la normativa dei Paesi Bassi, attesa l'occasionalità dell'attività svolta in Belgio. Avverso la decisione in tal senso del giudice olandese in grado di appello, X aveva proposto ricorso per Cassazione e la Corte Suprema dei Paesi Bassi (*Hoge Raad den Nederlanden*) aveva ritenuto di sollevare la questione pregiudiziale. La Corte di Lussemburgo ha risolto la questione nei termini di cui si è detto inizialmente, non ritenendo inquadrabile l'ipotesi *de qua* – alla luce del carattere occasionale dell'attività prestata – nell'ambito dell'art. 14, par. 2, lett. *b*, del Regolamento sopra richiamato, che prevede che la persona che di norma eserciti un'attività subordinata nel territorio di due o più Stati membri sia soggetta alla legislazione dello Stato membro nel cui territorio risiede, se esercita una parte della sua attività in tale territorio. Rileva la Corte che, laddove al contrario si ritenesse applicabile tale norma, ciò comporterebbe la conseguenza, da un lato, di disconoscere il carattere derogatorio del collegamento allo Stato membro di residenza e, dall'altro, di creare un rischio di elusione delle norme di conflitto previste dal Titolo II del Regolamento.

Riferimenti bibliografici

Calafà L. (2017), *Teoria e pratica del diritto antidiscriminatorio del lavoro nel caso Abercrombie Fitch*, in Bonardi O. (a cura di), *Eguaglianza e divieti di discriminazione nell'era del diritto del lavoro derogabile*, Ediesse, Roma, 337 ss.

LAVORO PUBBLICO (*)

PERIODO MAGGIO 2017 - OTTOBRE 2017

*Gabriella Nicosia, Paola Saracini, Carla Spinelli (**)*

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. La stabilizzazione dei precari: percorsi del legislatore nella riforma del 2017. — 2.1. Introduzione. — 2.2. C'è qualcosa di nuovo oggi nell'aria. — 2.3. Qualche riflessione conclusiva. — 3. Il lavoro agile nella pubblica amministrazione. — 3.1. Il quadro normativo. — 3.2. La direttiva del Presidente del Consiglio dei ministri n. 3/2017. — 3.3. Prime considerazioni a margine. — 4. L'avvio della stagione contrattuale 2016-2018. — 4.1. L'Atto di indirizzo per la riapertura dei tavoli di contrattazione. — 4.1.1. Ambiti di contrattazione e partecipazione sindacale. — 4.1.2. Strumenti di *welfare* e conciliazione vita/lavoro. — 4.1.3. La flessibilità contrattuale. — 4.1.4. Permessi, assenze e malattie. — 4.1.5. Il procedimento disciplinare. — 4.1.6. La costituzione del fondo accessorio. — 4.2. Il percorso da compiere.

1. — *Premessa* — Questo numero dell'Osservatorio è dedicato ad alcune disposizioni legislative che si pongono due obiettivi rilevanti, sebbene non inediti nelle diverse riforme attinenti al lavoro pubblico. Il primo è offrire una soluzione all'annoso problema del precariato, attraverso dei meccanismi che consentano di mantenere in servizio personale «precario», ma ormai, spesso, indispensabile per il buon funzionamento della macchina amministrativa (d.lgs. n. 75/2017, art. 20). Il secondo è rinvenibile nella ricerca di introdurre modelli organizzativi virtuosi idonei sia a innescare cambiamenti positivi nelle pubbliche amministrazioni sia a contemperare le esigenze di conciliazione vita/lavoro delle lavoratrici e dei lavoratori e, più in generale, il loro benessere: anch'esso un obiettivo certo non nuovo, ma che oggi trova nel lavoro agile un'ulteriore opportunità (l. n. 124/2015, art. 14, e l. n. 81/2017, art. 18). Infine una parte della riflessione è rivolta

(*) Il lavoro è frutto di una riflessione comune, così come comune è la stesura della *Premessa*. Tuttavia il par. 2 è ascrivibile a Gabriella Nicosia, il par. 3 a Carla Spinelli e il par. 4 a Paola Saracini.

(**) Gabriella Nicosia è professore associato di Diritto del lavoro presso l'Università di Catania; Paola Saracini è ricercatore di Diritto del lavoro presso l'Università del Sannio; Carla Spinelli è professore associato di Diritto del lavoro presso l'Università di Bari.

alla nuova stagione contrattuale che finalmente, dopo anni di blocco, è tornata a muovere i suoi primi passi.

2. — *La stabilizzazione dei precari: percorsi del legislatore nella riforma del 2017* —

2.1. — *Introduzione* — Nell'ultimo decennio il ricorso, per così dire «spinto», alle tipologie di lavoro flessibili ha, com'è noto, determinato l'indifferibile necessità di prendere in considerazione e assecondare le aspettative di stabilità lavorativa dei molti lavoratori inseriti negli apparati pubblici con contratti di durata temporanea, ma che, di fatto, spesso hanno prestato servizio per molto tempo a seguito di rinnovi o di ulteriori contratti.

La giurisprudenza (1), chiamata più volte a pronunciarsi sugli aspetti di legittimità delle relative procedure di stabilizzazione, ha evidenziato come non sia possibile attuare procedure che comportino automatismi, perché ciò si porrebbe in palese violazione del principio costituzionale *ex art. 97 Cost.*, che impone l'accesso ai pubblici uffici per mezzo del concorso pubblico.

(1) Così C. cost. 13.4.2011, n. 127, in *Quaderni regionali*, 2011, 790, ma anche in <https://www.aranagenzia.it/araninforma/marzo-2012/34-sentenze/51-sentenza-ccostn-127-2011doc.html>, secondo la quale è affetto da illegittimità costituzionale l'art. 23 della legge della Regione Puglia 25 febbraio 2010, n. 5 (Norme in materia di lavori pubblici e disposizioni diverse), il quale dispone, al comma 1, che «I dipendenti in servizio con contratto di lavoro a tempo determinato dall'Agenzia per il diritto allo studio universitario (Adisu), assunti a seguito di selezione pubblica, al raggiungimento del requisito temporale di trentasei mesi, transitano con contratto di lavoro a tempo indeterminato nei ruoli dell'Adisu». Il *decisum* della Consulta è confermato pure da una pronuncia della Corte di poco precedente – sentenza 18.2.2011, n. 52, in *Quaderni regionali*, 2011, 689, <http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/app/uploads/2011/02/In-materia-di-pubblico-impiego-febbraio-2011.pdf> –, secondo la quale al principio del pubblico concorso deve riconoscersi un ambito di applicazione ampio, tale da non includere soltanto le ipotesi di assunzione di soggetti precedentemente estranei alle pubbliche amministrazioni, ma anche i casi di nuovo inquadramento di dipendenti già in servizio e quelli di trasformazione di rapporti non di ruolo, e non instaurati *ab origine* mediante concorso, in rapporti di ruolo. Cosicché il principio suddetto, pur non essendo incompatibile, nella logica dell'agevolazione del buon andamento della pubblica amministrazione, con la previsione per legge di condizioni di accesso intese a consentire il consolidamento di pregresse esperienze lavorative maturate nella stessa amministrazione, tuttavia non tollera, salvo circostanze del tutto eccezionali, la riserva integrale dei posti disponibili in favore del personale interno. Non è sufficiente a giustificare la deroga la semplice circostanza che determinate categorie di dipendenti abbiano prestato attività a tempo determinato presso l'amministrazione, come pure la personale aspettativa degli aspiranti a una misura di stabilizzazione.

Questa è la ragione che ha portato in più di un'occasione il legislatore a occuparsi della questione e a costruire percorsi privilegiati per l'assunzione stabile dei precari all'interno delle amministrazioni. Uno degli ultimi interventi è racchiuso proprio nel d.lgs. n. 75/2017, che, dopo qualche anno di silenzio normativo, torna a occuparsi della questione.

2.2. — *C'è qualcosa di nuovo oggi nell'aria* — L'art. 20 di questo decreto dispone che le pubbliche amministrazioni, al fine di superare il precariato, ridurre il ricorso ai contratti a termine e valorizzare la professionalità acquisita dal personale con rapporto di lavoro a tempo determinato, possono, nel triennio 2018-2020, in coerenza con il piano triennale dei fabbisogni e con l'indicazione della relativa copertura finanziaria, assumere a tempo indeterminato personale non dirigenziale che possenga tutti i requisiti di seguito elencati:

- risulti in servizio successivamente alla data di entrata in vigore della legge delega n. 124/2015, e cioè il 28 agosto 2015, con contratti a tempo determinato presso l'amministrazione che procede all'assunzione;

- sia stato reclutato a tempo determinato, in relazione alle medesime attività svolte, con procedure concorsuali anche espletate presso amministrazioni pubbliche diverse da quella che procede all'assunzione;

- abbia maturato, al 31 dicembre 2017, alle dipendenze dell'amministrazione che procede all'assunzione, almeno tre anni di servizio, anche non continuativi, negli ultimi otto anni. Si tratta, come si vede, di un evidente *restyling* del processo di cooptazione del personale precario a tempo determinato reclutato, nel tempo, dagli apparati amministrativi per far fronte ai sempre crescenti bisogni delle nostre p.a. Eppure la strada intrapresa dal legislatore del 2017 tenta di contemperare al massimo l'esigenza di neutralizzazione del fenomeno del precariato con il bisogno di non abbassare la guardia sul fronte dell'affermazione del principio del *merit system*. La misura appena descritta prevede, infatti, che vi possano accedere coloro che almeno una volta siano stati, per così dire, «verificati» al momento dell'accesso nei pubblici uffici. Ciò proprio per soddisfare il requisito di cui all'art. 97 della Costituzione.

Diverso discorso va fatto per la novella previsione dei concorsi riservati ai precari di cui all'art. 20, comma 2, dello stesso decreto. In questo caso, sempre nel triennio 2018-2020, le amministrazioni possono bandire, in coerenza con il piano triennale dei fabbisogni, previa indicazione della relativa copertura finanziaria, *procedure concorsuali riservate*, in misura non superiore al cinquanta per cento dei posti disponibili, ai precari della p.a., ovvero al personale non dirigenziale che abbia i seguenti requisiti:

- sia titolare, sempre successivamente alla data del 28.8.2015, di un contratto di lavoro flessibile presso l'amministrazione che bandisce il concorso;
- abbia maturato, alla data del 31 dicembre 2017, almeno tre anni di contratto, anche non continuativi, negli ultimi otto anni, presso l'amministrazione che bandisce il concorso.

Qui, come ci hanno insegnato gli studiosi di diritto amministrativo, si è in presenza di un modello spinto di cooptazione, sebbene la norma comunque preveda l'indizione di un concorso dotato di tutte le caratteristiche proprie.

Per le amministrazioni che decidano di imboccare la strada tracciata nel decreto Madia si apre, peraltro, la porta del divieto di stipula di co.co.co, posto che è fatto divieto alle pubbliche amministrazioni, fino al termine delle procedure per la stabilizzazione dei precari sopra descritte, di stipulare ulteriori rapporti di lavoro flessibile per le professionalità interessate dalle predette procedure. Questo crea non pochi problemi in alcuni settori (2) dove spesso si manifestano esigenze correlate ad alcune peculiari attività che necessariamente pretendono una breve collaborazione, a volte anche di poche settimane. Come sempre accade in questi casi, probabilmente qualche circolare esplicativa proverà a togliere dall'*impasse* le amministrazioni coinvolte in questi cavilli applicativi.

Comunque, per quanto riguarda contratti ancora in essere, le amministrazioni possono prorogare i corrispondenti rapporti di lavoro flessibile con i soggetti che partecipano alle procedure di stabilizzazione fino alla relativa conclusione, nei limiti delle risorse disponibili ai sensi dell'articolo 9, comma 28, del d.l. n. 78/2010.

2.3. — *Qualche riflessione conclusiva* — Volendo provare a sviluppare qualche riflessione conclusiva, è possibile certamente osservare che anche il recente intervento normativo si iscrive nel novero di quelli che cercano di portare chiarezza in tema di precariato nel settore pubblico e di ristabilire certezza nello svolgimento di molti rapporti di lavoro. Tuttavia, non ci si può nascondere che, al pari di qualsivoglia sanatoria, il continuo *stop and go* in questo ambito così delicato, induce a mantenere in vita il fenomeno piuttosto che a neutralizzarlo. Le amministrazioni, alcune in particolare, spesso bisognose di personale, finiscono, lo stesso, per ricorrere alle tipologie flessibili disponibili, confidando poi in un intervento (che ormai a cadenze temporali prevedibili arriva sempre) del legislatore che consente di rivestire di legittimità rapporti di lavori non costituiti secondo la forma

(2) Si pensi alle Università e alle attività di ricerca temporalmente circoscritte.

classica (e auspicata) del rapporto di lavoro a tempo indeterminato, subordinato, basato sull'accesso per concorso.

3. — *Il lavoro agile nella pubblica amministrazione* —

3.1. — *Il quadro normativo* — La legge delega di riforma della pubblica amministrazione 7 agosto 2015, n. 124, approvata dal governo Renzi, all'articolo 14, rubricato «Promozione della conciliazione di vita e di lavoro nelle amministrazioni pubbliche», ha previsto che le pubbliche amministrazioni adottino misure organizzative volte a fissare obiettivi annuali, oltre che per l'attuazione del telelavoro, per la sperimentazione di forme di *smart working*, ovvero «di nuove modalità spazio-temporali di svolgimento della prestazione lavorativa». A tal riguardo, il legislatore ha fissato un obiettivo ambizioso: entro tre anni dall'attuazione della legge delega, i meccanismi di flessibilità lavorativa dovranno essere operativi per almeno il 10% dei dipendenti pubblici che ne vogliano fare richiesta. Questi ultimi non dovranno subire penalizzazioni per effetto di tale scelta, con riferimento al riconoscimento della professionalità posseduta e alla progressione di carriera. L'impegno di rimodulazione organizzativa dei processi lavorativi, necessario per raggiungere i suddetti obiettivi di ricorso al lavoro a distanza, deve compiersi — come da ultimo si legge frequentemente negli interventi normativi che riguardano le pubbliche amministrazioni — «nei limiti delle risorse di bilancio disponibili a legislazione vigente e senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica».

L'introduzione del «lavoro agile» promossa dalla legge Madia appare, dunque, intesa a innescare cambiamenti positivi nelle pubbliche amministrazioni in termini di ammodernamento organizzativo e manageriale, in grado di sviluppare processi virtuosi con impatti positivi sulla conciliazione vita-lavoro e sul benessere dei lavoratori, ma anche sull'efficacia ed efficienza dell'azione amministrativa. Il conseguimento di tali obiettivi, come recita ancora l'art. 14, l. n. 124/2015, sarà oggetto di monitoraggio attraverso l'adozione di specifici indicatori e costituirà parte della valutazione della *performance* organizzativa e individuale all'interno delle amministrazioni pubbliche.

Nell'aprire il Capo relativo al lavoro agile, l'art. 18, c. 3, della legge 22 maggio 2017, n. 81, prevede che: «le disposizioni del presente capo si applicano, in quanto compatibili, anche nei rapporti di lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, secondo le direttive emanate anche ai sensi dell'articolo 14 della legge 7 agosto

2015, n. 124, e fatta salva l'applicazione delle diverse disposizioni specificamente adottate per tali rapporti».

3.2. — *La direttiva del Presidente del Consiglio dei ministri n. 3/2017* — Nel giugno scorso è stata varata la direttiva del Presidente del Consiglio dei ministri n. 3/2017, che, sulla scorta di quanto dispone l'art. 14, c. 3, l. n. 124/2015, definisce linee guida per l'adozione di misure di organizzazione del lavoro finalizzate alla conciliazione e, in questa logica, fornisce indicazioni in merito all'utilizzo del lavoro agile.

La direttiva, che si articola in 6 paragrafi, dopo un'introduzione che richiama il contesto normativo di riferimento e gli obiettivi che si intendono perseguire, avanza proposte metodologiche per l'attivazione del lavoro agile, soffermandosi sugli aspetti organizzativi, di gestione del rapporto di lavoro e di relazioni sindacali connessi. Una particolare attenzione è riservata ai profili concernenti le infrastrutture tecnologiche e la protezione dei dati; la misurazione e la valutazione della *performance*; la salute e la sicurezza sul lavoro.

In primo luogo, si ribadisce che la prestazione dell'attività lavorativa in modalità di lavoro agile non muta la natura giuridica del rapporto di lavoro subordinato, né la posizione dei lavoratori all'interno dell'amministrazione e la relativa sede di lavoro di assegnazione. Di seguito si afferma, ricalcando le previsioni dell'art. 18, l. n. 81/2017, che la prestazione di lavoro agile dovrà svolgersi, previo accordo scritto tra le parti, con le seguenti modalità: esecuzione della prestazione in parte all'interno dei locali dell'amministrazione e in parte all'esterno, entro i soli limiti di durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale stabiliti dalla legge e dai contratti collettivi, con possibilità di utilizzo di strumenti tecnologici per svolgere l'attività lavorativa.

Con riferimento alla flessibilità spaziale della prestazione, si richiama l'opportunità di individuare i locali esterni d'intesa tra amministrazioni e lavoratori. Quanto alla flessibilità oraria, si pone ancora il problema del controllo del rispetto dell'orario, e si precisa che occorre: definire il numero di giorni, ore, mesi e anni di durata dello *smart working*, con prevalenza della modalità di prestazione in sede; valutarne la frazionabilità nella giornata o prevederlo per la giornata intera; ragionare in termini di giorni fissi o variabili; individuarne la correlazione temporale rispetto all'orario di lavoro e di servizio dell'amministrazione, anche mediante fasce di reperibilità. Le modalità di articolazione dell'orario di lavoro durante le giornate di lavoro agile, infine, dovranno essere tenute in conto dalle amministrazioni «ai fini dell'applicazione degli istituti normativi e contrattuali relativi al

trattamento giuridico ed economico della lavoratrice o del lavoratore», nel rispetto del principio di non discriminazione. Rispetto all'impiego degli strumenti tecnologici, si predilige la formula *Byod* (*bring your own device*), onde sottrarre l'amministrazione all'obbligo di fornirli e ai conseguenti oneri di gestione e in materia di sicurezza sul lavoro.

Nella predisposizione delle misure organizzative per la sperimentazione del lavoro agile, i cui potenziali destinatari sono tutti i dipendenti, le amministrazioni dovranno adattare le linee guida fornite dalla direttiva alla specificità dei propri contesti, poiché non è possibile immaginare «un *template* unico di approccio» e, quindi, «modelli statici di *smart working*».

A tal proposito, un interessante documento del Dipartimento per le Pari Opportunità della Presidenza del Consiglio dei ministri, intitolato «Misure e servizi di conciliazione innovativi: una guida per le p.a. Telelavoro, *smart working*, *co-working*», presenta il percorso necessario per avviare e introdurre lo *smart working* all'interno di una pubblica amministrazione. A tal fine, individua alcune esperienze virtuose e fornisce istruzioni operative sull'analisi organizzativa da condurre.

L'adozione di queste misure di organizzazione del lavoro, intese a «stimolare l'autonomia e la responsabilità dei lavoratori e a realizzare una maggiore conciliazione dei tempi di vita e di lavoro», si ricollega al sistema di valutazione della *performance*, organizzativa e individuale, e rileva ai fini della predisposizione del bilancio di genere, chiamando in causa gli Organismi indipendenti di valutazione (Oiv) e i Comitati unici di garanzia (Cug). Entrambi dovranno contribuire, secondo la direttiva, all'attività di monitoraggio dell'attuazione dei nuovi modelli di organizzazione del lavoro, in relazione alle proprie competenze.

Un ruolo fondamentale è riconosciuto, poi, ai dirigenti quali agenti propulsori del cambiamento, per questo chiamati all'adozione di stili direzionali sempre più improntati a logiche di risultato e sempre meno inclini all'esercizio di poteri di controllo sulla mera prestazione.

Tra le azioni trasversali da intraprendere si sottolinea l'importanza della formazione, anche attraverso il coinvolgimento della Scuola nazionale di amministrazione (Sna), al fine di sensibilizzare i dirigenti e i dipendenti al cambiamento della cultura organizzativa e diffondere buone prassi.

Infine, va evidenziato l'approccio suggerito per le relazioni sindacali: benché si verta ampiamente su materie di organizzazione del lavoro – salvo quanto attiene alle ricadute della flessibilizzazione spazio-temporale della prestazione sulla disciplina dei rapporti di lavoro –, per cui secondo le norme vigenti è dovuta solo l'informazione (d.lgs. n. 165/2001, art. 5, c. 2, e art. 40, c. 1), la direttiva auspica che le amministrazioni perseguano un

maggiore coinvolgimento e un'ampia partecipazione delle organizzazioni sindacali a questi cambiamenti.

3.3. — *Prime considerazioni a margine* — Lo scorso 11 ottobre, in conferenza stampa, l'Osservatorio sullo *smart working* del Politecnico di Milano ha presentato alcuni dati interessanti, che attestano come, nonostante gli apprezzabili sforzi a livello normativo (l'approvazione della legge, le iniziative del Dipartimento Pari Opportunità e la direttiva della riforma Madia), tali sperimentazioni nel settore pubblico siano solo all'inizio. Solo il 5% delle pubbliche amministrazioni italiane coinvolte nella ricerca dell'Osservatorio, infatti, risulta aver adottato progetti strutturati di *smart working*, mentre un altro 4% afferma di praticarlo informalmente. D'altra parte, sebbene quasi la metà del campione (48%) dichiari interesse per una sua prossima introduzione, il 32% delle pubbliche amministrazioni ammette esplicitamente assenza di interesse o manifesta incertezza in ordine alla possibilità che lo *smart working* sia adottato in futuro. Le motivazioni principali sono la percezione che non si possa applicare alla propria realtà (66%), la valutazione di carenze di normativa o regolamentazione sul tema (27%), o il limitato livello di digitalizzazione dei processi (18%).

Questi dati consentono di cogliere il nodo del problema.

Per le pubbliche amministrazioni il processo di innovazione organizzativa, che si compie anche attraverso la digitalizzazione, è più lento e più farraginoso rispetto al settore privato e incontra molte resistenze, benché sia un tassello non meno fondamentale per lo sviluppo del nostro paese.

È dai tempi della privatizzazione dei primi anni novanta che nella riflessione dottrinale è stato sottolineato come modificare le regole dei rapporti di lavoro pubblici senza modificare l'organizzazione delle amministrazioni non potesse ritenersi sufficiente al tanto invocato processo di modernizzazione delle p.a. L'occasione che il potenziamento del ricorso al telelavoro e al lavoro agile offre è, dunque, propizia e va colta con la piena consapevolezza delle opportunità che ne derivano (anche in termini di miglioramento, in generale, delle capacità di analisi della dimensione organizzativa), senza trascurare di prestare la necessaria attenzione ai rischi che può comportare, al fine di adottare le misure idonee a contenerli, quando non sia possibile prevenirli.

4. — *L'avvio della stagione contrattuale 2016-2018* —

4.1. — *L'Atto di indirizzo per la riapertura dei tavoli di contrattazione* — Dopo anni di blocco della contrattazione collettiva, finalmente il 6 luglio

2017, il Dipartimento della Funzione Pubblica ha inviato all'Aran l'«Atto di indirizzo per la riapertura dei tavoli di contrattazione». Il documento è particolarmente ricco e articolato, anche in ragione del fatto che l'avvio della stagione contrattuale, per il triennio 2016-2018, dovrà occuparsi di adeguare le discipline contrattuali rimaste immutate nel corso degli anni alle nuove regole legali, e soprattutto che il recente riassetto dei comparti e delle aree negoziali richiederà un ampio lavoro di armonizzazione delle discipline contrattuali, negli anni passati riferite ad ambiti negoziali più circostanziati. Al fine di dare una visione d'insieme dei contenuti dell'Atto di indirizzo, i temi affrontati dallo stesso, descritti nelle loro linee essenziali, saranno così raggruppati: ambiti contrattuali e partecipazione sindacale, *welfare* e conciliazione vita-lavoro, lavori flessibili, assenze, potere disciplinare, costituzione e utilizzo dei fondi per il salario accessorio.

Prima di entrare nel merito delle diverse discipline occorre, però, ricordare che nella direttiva si dà conto anche di quali saranno le risorse per il contratto 2016-2018, anche in base a quanto stabilito nel d.P.c.m. del 27 febbraio 2017. Gli oneri posti a carico del bilancio dello Stato per la contrattazione collettiva relativa al triennio 2016-2018 e per i miglioramenti economici del personale dipendente dalle amministrazioni statali in regime di diritto pubblico ammontano a 300 milioni per il 2016, 900 milioni per il 2017 e 1.200 milioni «a decorrere» dal 2018. E corrispondono allo 0,36% nel 2016, all'1,09% nel 2017 e all'1,45% nel 2018, al netto dell'indennità di vacanza contrattuale (in sostanza si aggiungono a questa).

Per le istituzioni ed enti pubblici diversi dalle amministrazioni statali, gli oneri per la contrattazione collettiva nazionale del proprio personale dipendente saranno a carico dei rispettivi bilanci. Comunque, val la pena di segnalare che, per attuare pienamente l'intesa siglata dal ministro per la Semplificazione e la Pubblica Amministrazione e le Confederazioni sindacali il 30 novembre 2016 (3), occorrerà tenere conto della quota che verrà stanziata nella prossima legge di bilancio.

4.1.1. — *Ambiti di contrattazione e partecipazione sindacale* — L'atto di indirizzo pone l'accento sulle modifiche apportate dal d.lgs. n. 75 del 2017 – che, com'è noto, ha modificato il d.lgs. n. 165/2001 in numerose parti – in tema di ridefinizione sia degli ambiti della contrattazione collettiva sia del meccanismo della deroga alla legge da parte del contratto collettivo, non più consentita solo se prevista dalla legge. Al fine di avviare processi di

(3) In particolare ci si riferisce all'obiettivo di un incremento contrattuale pari a 85 euro mensili.

contrattazione lineari e trasparenti, nel documento è richiamato il novellato art. 40, comma 1, del d.lgs. n. 165/2001, nel quale, come noto, sono indicate le materie di pertinenza della contrattazione collettiva.

Particolare attenzione è, poi, dedicata al tema della partecipazione sindacale. La contrattazione nazionale dovrà declinare i modelli partecipativi dell'informazione e della consultazione sindacale, individuando altresì le materie a esse riservate.

In coerenza con le tendenze del dialogo sociale in atto a livello europeo, l'atto di indirizzo fornisce alcune indicazioni più specifiche su tali modelli partecipativi. Sia l'informazione che la consultazione dovranno essere effettuate nei tempi, nei modi e nei contenuti adeguati a consentire alle parti sindacali, in un caso, di procedere a una completa valutazione delle misure proposte dall'amministrazione e, nell'altro, a esprimere un parere al fine di provare a influenzarle. E sulla consultazione – che è un modello partecipativo indubbiamente più significativo – si stabilisce che la stessa potrà avvenire con modalità più agili solo se attiene a decisioni da assumere in materia di organizzazione degli uffici, mentre si richiede una modalità più approfondita nei casi in cui debbano essere assunte decisioni datoriali che abbiano riflessi più immediati sul rapporto di lavoro. Aspetto su cui prestare particolare attenzione anche in considerazione del fatto che nella nuova versione del d.lgs. n. 165/2001 è confermata l'esclusione dalla contrattazione delle materie oggetto di partecipazione sindacale (art. 40).

4.1.2. — *Strumenti di welfare e conciliazione vita/lavoro* — In considerazione dei potenziali effetti benefici sul clima lavorativo e sui progressi che, in senso lato, possono avere sui risultati complessivi dell'organizzazione, la direttiva invita a prestare particolare attenzione agli strumenti di *welfare*, sia prendendo spunto da schemi già sperimentati con successo in alcune pubbliche amministrazioni, sia guardando al settore privato. Inoltre si stabilisce che la contrattazione nazionale potrà dare impulso a sinergie tra diverse amministrazioni per lo sviluppo di pacchetti di *welfare* comuni, tra i quali possono rientrare anche quelli diretti a favorire la conciliazione vita/lavoro.

Con specifico riferimento a quest'ultimo tema, poi, i contratti saranno chiamati anzitutto ad armonizzare le discipline contrattuali con le più recenti innovazioni legislative (il riferimento è, in particolare, alle novità introdotte dal d.lgs. n. 80 del 2015). Inoltre occorrerà prestare particolare attenzione agli strumenti utili a garantire la flessibilità oraria attraverso modalità che consentano di conciliare le esigenze delle persone con quelle organizzative e con i bisogni dell'utenza.

Si tratta di indicazioni di estremo interesse, specie se lette in relazione ai possibili benefici per il clima organizzativo, ma per le quali non sono previsti specifici stanziamenti, con il serio rischio che rimangano buoni propositi sulla carta: la copertura dei costi dovrà, infatti, essere ricercata nell'ambito delle risorse destinate alla contrattazione nazionale e integrativa.

Sempre con riferimento al *welfare* aziendale, particolare attenzione è dedicata anche al capitolo «previdenza complementare». Sul punto specifico si auspicano soluzioni contrattuali dirette a incrementare la percentuale degli iscritti ai fondi (4), con particolare attenzione ai dipendenti già in regime di Tfr o con minore anzianità, nonché quello di consolidamento delle iscrizioni.

4.1.3. — *La flessibilità contrattuale* — Anche la disciplina sui lavori flessibili necessita di una particolare opera di armonizzazione, sia per le modifiche apportate, in generale, dal d.lgs. n. 81/2015, sia in considerazione delle persistenti specificità che tuttora sussistono per l'uso dei lavori flessibili nel lavoro pubblico; specificità che generano diversi dubbi interpretativi, rimasti irrisolti anche dopo la «riscrittura» del d.lgs. n. 165/2001, a opera del d.lgs. n. 75/2017.

I contratti su cui si sofferma la direttiva sono il contratto a tempo determinato, la somministrazione di lavoro e il lavoro *part-time*.

Sul contratto a termine sono tre i profili «attenzionati»: il principio di non discriminazione, i limiti quantitativi e quelli di durata.

Con riferimento al primo, anche facendo tesoro dei più recenti orientamenti giurisprudenziali (specie in ambito europeo), si suggerisce di prestare particolare attenzione alla computabilità dell'anzianità di servizio ai fini economici dei lavoratori a termine in caso di assunzione a tempo indeterminato con concorso o con percorso di stabilizzazione del rapporto di lavoro in applicazione di specifiche disposizioni di legge (con esclusione dei periodi di servizio necessari per accedere a detti servizi); nonché di estendere ai rapporti di lavoro a tempo determinato gli istituti e benefici contrattuali dai quali oggi risultino esclusi (a meno che, ovviamente, ragioni oggettive ne giustificino un trattamento diversificato). Sulle clausole di contingentamento si stabilisce che il limite del 20%, nel lavoro privato, derogabile in aumento o in diminuzione, sia, invece, da intendersi come tetto massimo. Infine, con riferimento al limite massimo dei 36 mesi o alla du-

(4) Si ricorda che i fondi attualmente previsti per il lavoro pubblico contrattualizzato sono «Espero» e «Perseo-Sirio».

rata minima del periodo tra un contratto e il successivo, si stabilisce che eventuali deroghe – da concordarsi nei limiti previsti dalla legge – dovranno essere circoscritte a situazioni determinate, tra le quali «la prosecuzione di un significativo progetto di ricerca e sviluppo, l'implementazione di un rilevante cambiamento tecnologico, il rinnovo o la proroga di un contributo finanziario, l'istituzione di nuovi enti». Anche in queste ipotesi sarà, comunque, necessario individuare un limite di durata massima.

È evidente che queste stringenti indicazioni sui limiti quantitativi e temporali, pur a fronte di una permanenza della regola in base alla quale i contratti a termine nelle amministrazioni pubbliche continuano a essere consentiti solo se giustificati da esigenze temporanee o eccezionali, denotano una chiara volontà di arginare fenomeni che possano riproporre la questione della precarietà nel lavoro pubblico.

Sulla somministrazione di lavoro a tempo determinato – unica modalità di somministrazione ammessa per le amministrazioni pubbliche –, la direttiva sottolinea come sia innanzitutto necessario prevedere una nuova e specifica disciplina pattizia, in considerazione delle significative modifiche apportate anche a questo istituto contrattuale dal d.lgs. n. 81/2015; inoltre invita le parti a individuare limiti percentuali di utilizzo contenuti, anche in considerazione delle altre forme di lavoro flessibili utilizzabili nelle amministrazioni pubbliche.

Infine, sul lavoro *part-time*, particolare attenzione dovrà prestarsi in materia di prestazioni di lavoro supplementare o straordinario che l'amministrazione potrà richiedere al dipendente, determinandone le quantità consentite e il relativo compenso.

4.1.4. — *Permessi, assenze e malattie* — Negli ultimi anni, il tema dei permessi e delle assenze è stato oggetto di particolare attenzione legislativa nel lavoro pubblico. La direttiva, intervenendo anche con indicazioni puntuali su diversi aspetti, suggerisce approcci diversificati a seconda del tipo di malattia cui è collegata l'assenza.

Rispetto a quelle che potremmo definire «generiche», cioè legate a visite, terapie, prestazioni specialistiche o esami diagnostici, si consiglia di dettare una disciplina specifica sui permessi orari, a giorni o a ore, e di consentire l'uso per questi scopi anche dei permessi brevi a recupero, dei permessi per motivi familiari e personali, dei riposi connessi alla banca delle ore, dei riposi compensativi per le prestazioni di lavoro straordinario. Possibilità che però deve essere esclusa nell'arco della stessa giornata, prima o dopo i permessi orari. Inoltre si stabilisce di prevedere un periodo di servizio minimo nell'arco della giornata – almeno la metà dell'orario – e, salvi

i casi di urgenza, adeguati periodi di preavviso. Infine, nel tentativo di arginare possibili abusi del diritto, si chiede di: prevedere che la giustificazione dell'assenza avvenga con un'attestazione rilasciata dal medico o dalla struttura che ha svolto la visita o la prestazione oppure trasmessa da questi all'amministrazione; introdurre un monte ore annuale per questi permessi ed escluderli, nel caso in cui siano fruiti a ore nell'arco di una giornata, dalle decurtazioni economiche previste dalle disposizioni legali per i primi dieci giorni di ogni periodo di assenza per malattia, individuando le risorse necessarie all'interno delle risorse contrattuali; considerare anche i permessi nel computo del «comporto», stabilendo convenzionalmente che sei ore di permesso corrispondano a un'intera giornata di lavoro.

Sulle assenze per malattia in caso di gravi patologie richiedenti terapie salvavita, si stabilisce che l'Aran negozierà nel rinnovo contrattuale una definizione del perimetro applicativo di questa disciplina che includa pure i giorni di assenza, comunque collegati all'effettuazione di terapie salvavita, anche se non coincidono con i giorni di terapia e a condizione che si determinino effetti che diano incapacità lavorativa. Per circoscrivere il beneficio e prevenire utilizzi non corretti dell'istituto, sarà necessario prevedere un tetto massimo di giornate di assenza, nell'arco dell'anno, alle quali è applicata la disposizione.

Infine, richiamando quanto disposto dal d.lgs. n. 151/2015, che stabilisce che ferie e riposi possono essere «ceduti», a titolo gratuito e a dipendenti dallo stesso datore di lavoro per consentire a questi di assistere i figli minori che, per le particolari condizioni di salute, abbiano bisogno di cure costanti, i contratti collettivi nazionali sono chiamati a dettare una disciplina applicativa dell'istituto, definendo misure, condizioni e modalità che garantiscano la piena attuazione della previsione di legge. I contratti collettivi potranno anche individuare fattispecie ulteriori, purché analoghe, meritevoli della medesima tutela.

4.1.5. — *Il procedimento disciplinare* — Venendo al tema dei procedimenti disciplinari, la direttiva ribadisce che la contrattazione collettiva deve seguire i limiti previsti dalla legge (che ha competenza esclusiva sugli aspetti procedurali) e dovrà prevedere interventi sulle fattispecie disciplinari e relative sanzioni, armonizzandole e coordinandole con le previsioni di legge. Sarà necessario, ad esempio, eliminare alcune fattispecie sanzionabili ora previste dalla legge o coordinare fattispecie legali e contrattuali con contenuti simili anche se di diversa gravità, come pure tenere conto delle recidive in relazione a fattispecie di legge per le quali siano previste sanzioni conservative.

In continuità con l'attenzione dedicata all'uso fraudolento dei giorni di assenza da parte dei lavoratori, la direttiva invita la contrattazione nazionale a individuare più precisamente le condotte sanzionabili e a stabilire le corrispondenti sanzioni disciplinari con riferimento alle ipotesi di ripetute e ingiustificate assenze dal servizio in continuità con le giornate festive e di riposo settimanale, nonché con riferimento ai casi di ingiustificate assenze collettive in determinati periodi nei quali è necessario assicurare continuità nell'erogazione dei servizi all'utenza. Si dovrà verificare anche la possibilità di prevedere la sospensione cautelare per accertamenti sui fatti addebitati al dipendente in tutti i casi in cui questo risulti necessario «a prescindere dalle sanzioni conservative o espulsive applicabili».

4.1.6. — *La costituzione del fondo accessorio* — In ultima analisi, si dedica attenzione al fondo per il salario accessorio: croce e delizia per chi si occupa di contrattazione, specie integrativa. La contrattazione nazionale dovrà innanzitutto perseguire obiettivi di semplificazione amministrativa al fine di consentire un utilizzo più funzionale a valorizzare gli apporti del personale, nonché il miglioramento della produttività e della qualità dei servizi. Riordino e razionalizzazione da attuarsi nel rispetto dell'art. 23, c. 2, del d.lgs. n. 75/2017.

Gli utilizzi delle risorse saranno stabilite dalla contrattazione integrativa che, in particolare e ferme restando le specificità per il settore scuola, è chiamata a definire i criteri di riparto delle risorse disponibili annualmente (dopo che l'amministrazione ne abbia quantificato l'ammontare e abbia dedotto la quota delle risorse destinate alle progressioni economiche riferite ad annualità precedenti, i compensi riconosciuti ai titolari di posizioni organizzative individuate negli atti di organizzazione interna, nonché altre eventuali finalità stabilite dai contratti collettivi nazionali).

Il contratto nazionale avrà comunque cura di elencare i possibili utilizzi delle risorse, stabilendo che le stesse possono essere destinate ai trattamenti economici correlati alla *performance* individuale od organizzativa, alle indennità correlate alle condizioni di lavoro (disagio, rischio, responsabilità, turni), alle progressioni economiche, ai trattamenti economici riconosciuti a titolari di posizioni organizzative.

Particolare attenzione è, poi, riservata al trattamento accessorio collegato alle *performance*. Sarà il livello nazionale o, se esplicitamente previsto, quello integrativo a stabilire la quota delle risorse destinate a remunerare la *performance* organizzativa e quella individuale e, soprattutto, a fissare dei criteri idonei a garantire una significativa differenziazione dei giudizi valutativi individuali e, di conseguenza, una effettiva differenziazione dei trat-

tamenti economici correlati. Si dovrà, inoltre, dettare una disciplina per attribuire un bonus annuale a chi abbia conseguito un giudizio individuale di «eccellenza».

Insomma si continua a insistere su una sana e reale valorizzazione del merito tra i dipendenti della pubblica amministrazione.

4.2. — *Il percorso da compiere* — Il processo per il rinnovo contrattuale è ormai avviato. Nella medesima direzione sono stati emanati anche ulteriori atti prodromici alla stipulazione dei futuri contratti collettivi. La stessa direttiva poc'anzi descritta contiene, ad esempio, anche indicazioni specifiche per la contrattazione del comparto Funzioni centrali; in questo caso, si sottolinea la necessità di valutare in sede di trattativa la convergenza dei diversi modelli di classificazione del personale verso un modello unico che sia riferito a tutti i dipendenti del comparto, ferma restando la necessità di costituire sezioni separate per talune professionalità per le quali l'omogeneizzazione non può comunque essere perseguita. Ma si guardi anche all'atto di indirizzo all'Aran per il comparto dell'istruzione e della ricerca e per la relativa area dirigenziale del 19 ottobre 2017 (in cui sono individuate le sezioni speciali in cui si articolerà il contratto di comparto, ossia Scuola, Afam, Università, Ricerca e, per l'area dirigenziale, la sezione dirigenti scolastici e dirigenti università e ricerca).

Certo la strada non si presenta lineare, sia a causa delle risorse economiche che appaiono ancora non sufficienti, sia per le oggettive difficoltà a gestire un cambiamento di assetti e ambiti contrattuali piuttosto significativo.

A questo punto, non resta che attendere la stipulazione dei contratti che saranno monitorati e commentati nei prossimi appuntamenti di questo Osservatorio.

Riferimenti bibliografici

- Battini S. (2013), *La stabilizzazione dei precari*, in *GDA*, 917 ss.
D'Aponte M. (2013), *Razionalizzazione della spesa pubblica e stabilizzazione dei precari nella pubblica amministrazione: le ragioni di un equivoco*, in *LPA*, I, 575 ss.
Loffredo A. (2007), *La «stabilizzazione» dei precari nelle pubbliche amministrazioni*, in *DLM*, 301 ss.
Nicosia G. (2012), *L'accesso nelle amministrazioni pubbliche e la «carriera» dei dipendenti nel prisma delle procedure selettive e concorsuali*, in *LPA*, I, 109 ss.
Pinto V. (2013), *Lavoro subordinato flessibile e lavoro autonomo nelle amministrazioni pubbliche*, Bari, Cacucci.
Pizzoferrato A. (2017), *La stabilizzazione dei posti di lavoro nella finanziaria 2007*, in *LG*, 221 ss.

CORTE COSTITUZIONALE E CORTE DI CASSAZIONE MATERIA PREVIDENZIALE PERIODO OTTOBRE 2016 - OTTOBRE 2017

Antonino Sgroi (*)

SOMMARIO: 1. Contributi. — 1.1. Cartella esattoriale non opposta – Contribuzione – Prescrizione – Quinquennale. — 1.2. Gestione previdenziale commercianti – Socio accomandatario di società di locazione immobili – Requisiti iscrizione – Abitualità e prevalenza. — 1.3. Contribuzione minore – Contribuzione di maternità – Società sorte dopo la privatizzazione dell’Enel – Obbligo pagamento – Sussiste. — 1.4. Contribuzione minore – Contribuzione di maternità – Società sorte dopo la privatizzazione dell’Enel – Esenzione dall’obbligo di pagamento giusta applicazione della disciplina in tema di esenzione dal pagamento della contribuzione di malattia – Esclusione. — 2. Prestazioni. — 2.1. Corte costituzionale. — 2.1.1. Lavoratori agricoli – Indennità di disoccupazione a requisiti ridotti – Giorni lavorativi effettuati nel 2012 – Mini Aspi – Diritto – Esclusione. — 2.1.2. Lavoratori agricoli a tempo determinato – Licenziamento nell’ultimo giorno dell’anno di riferimento della prestazione di disoccupazione. — 2.2. Corte di Cassazione. — 2.2.1. Indennità ordinaria disoccupazione – Dimissioni rassegnate per motivi di salute – Spettanza – Esclusione. — 2.2.2. Fondo di garanzia – Indennità sostitutiva del preavviso e indennità per ferie non godute – Computo ultime tre mensilità – Intervento del Fondo – Esclusione. — 2.2.3. Indennità ordinaria di disoccupazione – Presupposti – Allontanamento dal territorio nazionale – Irrilevanza – Inosservanza di comportamenti attivi – Necessità. — 2.2.4. Permessi giornalieri retribuiti – Numero – Lavoratore che trasforma il rapporto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale – Riproporzionamento – Criteri. — 3. Pensioni. — 3.1. Corte costituzionale. — 3.1.1. Pensione – Base di calcolo della pensione retributiva – Settimane di contribuzione caratterizzate da retribuzioni inferiori alla media – Neutralizzazione. — 3.2. Corte di Cassazione. — 3.2.1. Dirigente imprese industriali confluito dall’Inpdai all’Inps – Modalità – Conseguenze – Criterio del *pro rata* – Introduzione – Ambito applicativo. — 3.2.2. Dipendenti Banco di Napoli – Pensioni erogate dal regime previdenziale esclusivo – Cumulo fra reddito di lavoro e pensioni – Divieto. — 3.2.3. Pensione – Cumulo con il reddito da lavoro autonomo – Contribuzione figurativa – Computabilità – Esclusione.

(*) Avvocato – Avvocatura centrale Inps.

1. — *Contributi* —

1.1. — *Cartella esattoriale non opposta – Contribuzione – Prescrizione – Quinquennale* — La Cassazione, con la sentenza resa a Sezioni Unite il 17.11.2016, n. 23397, ha affermato che la prescrizione della contribuzione, successivamente alla notifica della cartella esattoriale e alla non opposizione alla stessa da parte del destinatario, resta quinquennale, non potendosi ricondurre il titolo stragiudiziale costituito dalla cartella esattoriale al titolo giudiziale per il quale esiste la disciplina dettata dall'art. 2953 c.c. (si vd. in *FI*, 2017, I, 953 ss., con nota di L.S. Gentile).

1.2. — *Gestione previdenziale commercianti – Socio accomandatario di società di locazione immobili – Requisiti iscrizione – Abitualità e prevalenza* — La Corte di Cassazione, con la decisione resa il 30.12.2016, n. 27589, nel risolvere la questione afferente ai requisiti per il sorgere del rapporto previdenziale in capo al soggetto, socio accomandatario di Sas che ha quale oggetto sociale quello della locazione di immobili, ha ritenuto che non basta lo svolgimento di un'attività lavorativa (di natura individuale o societaria) per essere iscritti a un fondo di previdenza relativo ai lavoratori autonomi. Ma occorre che tale attività lavorativa sia svolta con l'esistenza congiunta degli ulteriori requisiti previsti dalla legislazione previdenziale, per il sorgere della tutela in capo ai lavoratori autonomi, siano essi artigiani o commercianti, ovvero sia l'abitualità e la prevalenza.

1.3. — *Contribuzione minore – Contribuzione di maternità – Società sorte dopo la privatizzazione dell'Enel – Obbligo pagamento – Sussiste* — Il giudice della nomofilachia, con la sentenza del 21.6.2017, n. 15394, ha riformato la sentenza della Corte d'Appello di Roma e, andando di contrario avviso a quanto ritenuto dalla Corte di merito, ha affermato la sussistenza in capo alle società, sorte dopo la privatizzazione dell'Enel, dell'obbligo del pagamento della contribuzione di maternità, trattandosi di società di natura privata, finalizzate all'erogazione di servizi al pubblico in regime di concorrenza, nelle quali l'amministrazione pubblica esercita il controllo esclusivamente attraverso gli strumenti di diritto privato, e restando irrilevante, in mancanza di una disciplina derogatoria rispetto a quella propria dello schema societario, la mera partecipazione pur maggioritaria, ma non totalitaria, da parte dell'ente pubblico. Nonostante, si aggiunga, il versamento diretto del trattamento dovuto alle lavoratrici madri ex art. 1 del d.P.R. n. 145 del 1965, non essendo estensibile a tali contributi l'esonero previsto dall'art. 20 del d.l. n. 112 del 2008, conv., con

modif., dalla l. n. 133 del 2008, con riferimento ai contributi per malattia, in favore dei datori di lavoro che abbiano corrisposto direttamente ai lavoratori la relativa indennità.

1.4. — *Contribuzione minore – Contribuzione di maternità – Società sorte dopo la privatizzazione dell’Enel – Esenzione dall’obbligo di pagamento giusta applicazione della disciplina in tema di esenzione dal pagamento della contribuzione di malattia – Esclusione* — La Suprema Corte, sempre nel contenzioso che ha visto contrapposte le società per azioni sorte dalla privatizzazione dell’Enel e l’Inps, con la sentenza n. 23845 dell’11.10.2017, ha avuto occasione di affermare che, seppure l’indennità di maternità è corrisposta dall’Inps secondo le modalità e i criteri previsti per l’erogazione delle prestazioni assicurative di malattia, essa gode di una propria disciplina autonoma in ordine alla specifica indicazione dell’evento protetto, dei soggetti beneficiari e del livello di prestazioni garantite all’avente diritto; e, soprattutto, vi è differenza tra le due tutele in ragione delle modalità di finanziamento.

2. — *Prestazioni* —

2.1. — *Corte costituzionale* —

2.1.1. — *Lavoratori agricoli — Indennità di disoccupazione a requisiti ridotti – Giorni lavorativi effettuati nel 2012 – Mini Aspi – Diritto – Esclusione* — Con la sentenza n. 53 del 10.3.2017, la Corte costituzionale ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 2, commi 3, 24 e 69, lettera *b*, della legge 28 giugno 2012, n. 92, in riferimento agli artt. 3, primo comma, e 38, secondo comma, della Costituzione, nella parte in cui non prevede che ai lavoratori agricoli che abbiano maturato il diritto all’indennità di disoccupazione a requisiti ridotti, in virtù dei giorni lavorativi effettuati nell’anno 2012, non possa applicarsi la prestazione cd. Mini Aspi di cui all’art. 2, comma 24, della citata legge n. 92/2012.

La Consulta ha ritenuto praticabile e doverosa un’interpretazione conforme a Costituzione della disposizione impugnata.

In particolare, la Corte delle leggi ha statuito che, in relazione all’anno 2012, si debbano applicare ancora, *ratione temporis*, le disposizioni riguardanti l’indennità di disoccupazione a requisiti ridotti (si vd. nota di commento di R. Pessi ed E. Rocchini, in *GC*, 2017, n. 2, p. 637).

2.1.2. — *Lavoratori agricoli a tempo determinato – Licenziamento nell'ultimo giorno dell'anno di riferimento della prestazione di disoccupazione* — Con la sentenza n. 194 del 14.7.2017, la Corte costituzionale ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 32, primo comma, della legge 29 aprile 1949, n. 264, in riferimento agli artt. 3, primo comma, e 38, secondo comma, della Costituzione, poiché, nel caso come quello sottoposto al vaglio del giudice *a quo*, il lavoratore agricolo a tempo determinato licenziato nell'ultimo giorno dell'anno di riferimento della prestazione di disoccupazione agricola richiesta avrebbe diritto a zero giornate di disoccupazione. Ad avviso del giudice remittente, la disposizione denunciata prevederebbe un trattamento irragionevolmente uguale delle diverse situazioni dei lavoratori agricoli a tempo determinato e dei lavoratori agricoli a tempo indeterminato, che si rivelerebbe congruo per i primi, ma non per i secondi, che si trovano a veder lesionato il loro diritto al sostegno previdenziale, nelle ipotesi in cui la cessazione involontaria del loro rapporto di lavoro intervenga a ridosso della conclusione dell'anno di riferimento, e, in secondo luogo, perché la suddetta disposizione prevedrebbe un trattamento irragionevolmente peggiore dei lavoratori agricoli a tempo indeterminato rispetto alla generalità degli altri lavoratori a tempo indeterminato.

La Consulta ha ritenuto erroneo il presupposto interpretativo posto a fondamento delle stesse questioni di legittimità sollevate, fissando l'attenzione sulla maturazione del requisito contributivo richiesto per ottenere l'indennità di disoccupazione agricola, anziché sulla misura del trattamento di disoccupazione agricola richiesto per l'anno di riferimento.

In specie, la Corte delle leggi ha statuito che il tenore letterale dell'art. 32, primo comma, della legge n. 264 del 1949 non preclude l'interpretazione secondo cui i 102 contributi giornalieri possono essere accreditati al lavoratore anche in uno solo dei due anni per il quale è richiesta l'indennità e nell'anno precedente. La disposizione censurata, infatti, richiedendo un accredito complessivo di 102 contributi giornalieri, esige soltanto che l'insieme dei contributi accreditati nei due anni di riferimento sia di 102 unità, ma non che queste siano suddivise tra tali due anni, con la conseguenza che deve in effetti escludersi che la disciplina dell'indennità di disoccupazione per i lavoratori agricoli a tempo indeterminato si traduca in un trattamento incongruo per questi ultimi, tale da privarli, nelle ipotesi in cui la cessazione involontaria del loro rapporto di lavoro intervenga a ridosso della conclusione dell'anno di riferimento, del diritto al sostegno previdenziale, e che essa, per tale privazione, discrimini i detti lavoratori agricoli rispetto alla generalità degli altri lavoratori a tempo indeterminato.

2.2. — Corte di Cassazione —

2.2.1. — *Indennità ordinaria disoccupazione – Dimissioni rassegnate per motivi di salute – Spettanza – Esclusione* — Con la sentenza 18.5.2017, n. 12565, la Corte di Cassazione ha rimeditato la questione concernente la sussumibilità o meno delle dimissioni rassegnate per motivi di salute del lavoratore nell'ambito delle dimissioni per giusta causa e, dunque, se dette dimissioni per motivi di salute siano o no volontarie ai fini della sussistenza del diritto all'indennità ordinaria di disoccupazione. La Corte ha riaffermato il principio, già espresso con la precedente sentenza della Suprema Corte n. 29481/2008, che le dimissioni del lavoratore per motivi di salute non sono riconducibili all'ipotesi di cessazione del rapporto di lavoro per giusta causa (cfr. anche, al riguardo: Cass. n. 17303/2016, in tema di risoluzione consensuale) ascrivibile al comportamento del datore di lavoro o di altro soggetto, sicché non determinano uno stato di disoccupazione involontario idoneo a fondare il diritto alla percezione della relativa indennità, e superando, così, un precedente contrario espresso al riguardo dalla medesima Suprema Corte (cfr. Cass. n. 11051/2015).

2.2.2. — *Fondo di garanzia – Indennità sostitutiva del preavviso e indennità per ferie non godute – Computo ultime tre mensilità – Intervento del Fondo – Esclusione* — Con l'ordinanza 12.6.2017, n. 14559, la Sezione lavoro della Corte Suprema di Cassazione ha affrontato la questione della computabilità dell'indennità sostitutiva del preavviso e dell'indennità per ferie non godute nel novero dei crediti di lavoro diversi da quelli spettanti a titolo di trattamento di fine rapporto, inerenti agli ultimi tre mesi del rapporto di lavoro, allo scopo di delimitare i confini del possibile intervento del Fondo di garanzia istituito presso l'Inps al posto del datore di lavoro insolvente, ai sensi dell'art. 2, primo comma, del d.lgs. n. 80/1992.

La Suprema Corte ha ritenuto che dette indennità di mancato preavviso e di ferie non godute non possono essere incluse nel computo delle ultime tre mensilità, ai sensi dell'art. 2 del d.lgs. n. 80/1992, tenuto conto della natura della prima, finalizzata a indennizzare il lavoratore del mancato guadagno per un periodo ulteriore rispetto alla data nella quale il rapporto si è interrotto, e avendo la seconda natura anche risarcitoria.

2.2.3. — *Indennità ordinaria di disoccupazione – Presupposti – Allontanamento dal territorio nazionale – Irrilevanza – Inosservanza di comportamenti attivi – Necessità* — Con la sentenza 10.7.2017, n. 16997, la Corte di Cassazione ha rimeditato la questione della conservazione o meno

del diritto all'indennità ordinaria di disoccupazione da parte di un assicurato (italiano o straniero) anche per un periodo di sua permanenza all'estero in un paese non appartenente all'Unione europea e non legato da convenzione di sicurezza sociale con l'Italia. La Corte ha affermato che la perdita del diritto all'indennità di disoccupazione non può essere ancorata a un generico allontanamento all'estero dell'assicurato, bensì all'inosservanza degli specifici comportamenti attivi imposti dal legislatore al fine di controllare la permanenza dello stato di disoccupazione, previsti dall'art. 4 del d.lgs. n. 181 del 2000, *ratione temporis* vigente.

Con tale statuizione si supera il precedente contrario orientamento espresso al riguardo dalla medesima Suprema Corte (cfr. Cass. n. 22151/2008; conformi: Cass. n. 16801/2011, sebbene solo incidentalmente, e Cass. n. 17936/2013, seppure in tema di indennità di mobilità).

Detto *revirement* giurisprudenziale è stato, inoltre, ribadito nella successiva ordinanza della Sezione lavoro della Corte Suprema di Cassazione 18.9.2017, n. 21564, con la quale i giudici di legittimità hanno espressamente affermato di superare il loro precedente orientamento di cui alle sentenze n. 22151/2008 e n. 17936/2013.

Il nuovo orientamento giurisprudenziale supera, di fatto, la necessità di stipulare specifiche convenzioni di sicurezza sociale con gli Stati *extra* Ue, poste a garanzia del cd. principio di reciprocità, per consentire la conservazione del trattamento previdenziale di disoccupazione in caso di rientro dei lavoratori stranieri nel paese di origine.

2.2.4. — *Permessi giornalieri retribuiti – Numero – Lavoratore che trasforma il rapporto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale – Riproporzionamento – Criteri* — Con la sentenza 29.9.2017, n. 22925, la Suprema Corte ha affrontato la questione del numero dei permessi giornalieri retribuiti di cui all'art. 33 della legge n. 104/1992 per assistere un figlio affetto da handicap grave, da attribuire a un lavoratore che abbia trasformato il suo rapporto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale verticale.

Nel caso di specie era stata portata al vaglio della Corte Suprema di legittimità la questione se, nell'ipotesi di trasformazione del rapporto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale verticale, il numero dei suddetti permessi dovesse essere riproporzionato, atteso che Poste italiane Spa – in applicazione della circolare dell'Inps n. 133 del 2000 – aveva provveduto a riproporzionare i giorni di permesso mensile di cui all'art. 33, legge n. 104/1992, da tre a due mensili, a seguito della nuova articolazione della prestazione lavorativa del lavoratore imperniata su quattro giorni settimanali anziché sei.

La Suprema Corte, sulla base di una valutazione comparativa delle esigenze dei datori di lavoro e dei lavoratori, ha ritenuto che il riproporzionamento era illegittimo, e dunque che la fruizione di permessi vada integralmente riconosciuta solo nel caso in cui la prestazione di lavoro *part-time* verticale sia articolata sulla base di un orario settimanale che comporti una prestazione per un numero di giornate superiore al 50% di quello ordinario.

Il criterio adottato dalla Suprema Corte, nonostante lo sforzo compiuto per contemperare le esigenze dei datori di lavoro e dei lavoratori, sconta un inevitabile tasso di creatività che, tuttavia, appare di non facile applicazione pratica rispetto all'interpretazione più rigorosa del principio di riproporzionamento seguita dall'ente previdenziale.

3. — *Pensioni* —

3.1. — *Corte costituzionale* —

3.1.1. — *Pensione – Base di calcolo della pensione retributiva – Settimane di contribuzione caratterizzate da retribuzioni inferiori alla media – Neutralizzazione* — La Corte costituzionale, con la sentenza n. 82 del 13.4.2017 (ma già prima la Corte di Cassazione, con la sentenza n. 22315/2016), ha affrontato la questione della cd. neutralizzazione. Si tratta, in sostanza, della possibilità di espungere dalla base di calcolo della pensione retributiva quelle settimane di contribuzione, caratterizzate da retribuzioni (reali o parametrate a fronte di contribuzione figurativa) inferiori alla media e, in quanto tali, comportanti un abbassamento dell'importo della pensione rispetto a quello conseguibile ove delle ridette settimane non si fosse tenuto alcun conto.

L'istituto della «neutralizzazione» nasce dalla giurisprudenza costituzionale che, per prima con la sentenza n. 307/1989, teorizzò il principio per cui la contribuzione accreditata dopo la maturazione del requisito minimo previsto per l'accesso a pensione non può avere quale effetto quello di deprimere il livello del trattamento potenzialmente già raggiunto (fattispecie relativa a contribuzione volontaria versata dopo la maturazione del requisito contributivo minimo).

Da allora la Consulta ha dato continuità al predetto orientamento, confermato a fronte delle sempre diverse ipotesi di contribuzione (obbligatoria connessa a lavoro meno retribuito del precedente: sent. n. 264/1994; figurativa per integrazione salariale: sent. n. 388/1995; da «prolungamento» nell'ambito della previdenza marinara: sent. n. 427/1997) confluita nella posizione assicurativa dell'assicurato dopo la maturazione del requisito minimo.

Con la sentenza n. 82/2017, il predetto principio viene ribadito e confermato a fronte di contribuzione figurativa per disoccupazione.

Occorre tuttavia osservare che le descritte pronunce di incostituzionalità hanno riguardato l'art. 3 della legge 29 maggio 1982, n. 297, il quale prevedeva che il calcolo della retribuzione pensionabile andasse effettuato sulle ultime 260 settimane (5 anni) di contribuzione anteriori alla decorrenza della pensione. L'individuazione di tale arco di tempo riposava, essenzialmente, su di una ragione di favore per il lavoratore. Si presumeva, difatti, che le retribuzioni collocate verso il termine della carriera fossero le più favorevoli. L'isolare le retribuzioni degli ultimi 5 anni di lavoro (si consideri che per l'accesso a pensione di anzianità erano necessari 35 anni di contributi) rendeva dunque verosimile che rientrassero nella base di calcolo del trattamento le migliori retribuzioni percepite dall'interessato. Era dunque irragionevole «in un sistema che prende in considerazione per la determinazione della retribuzione pensionabile solo l'ultimo periodo lavorativo (in quanto si presume più favorevole per il lavoratore)» (Così C. cost. n. 264/1994) che la contribuzione, a qualsiasi titolo, cadente in ridotto periodo potesse indurre un abbassamento del livello della pensione.

Si tratta allora di verificare se il descritto principio della neutralizzazione possa essere invocato pure a fronte delle modifiche legislative che, negli anni novanta (rileva in specie il d.lgs. n. 503/1992), hanno comportato l'estensione dell'arco di tempo nel quale si calcola la retribuzione pensionabile, dilatandolo da 5 a 10 anni. Il quesito è, dunque, se sussista il diritto alla «neutralizzazione» pure dei periodi di contribuzione deleteri se collocati oltre i limiti del quinquennio precedente la decorrenza della pensione.

La Consulta non entra nel merito della questione, ritenuta inammissibile. Il giudice delle leggi rileva infatti che il rimettente non avrebbe illustrato «le ragioni che allineano alle rime costituzionalmente obbligate l'estensione della “neutralizzazione” anche oltre il quinquennio».

Sennonché, a dire della Corte di Cassazione (sent. n. 22315/2016), siffatte ragioni non sussistono affatto. Con la sentenza n. 22315/2016, infatti, la Corte, nel confermare la decisione della Corte d'Appello, ha rilevato che i principi sanciti dalla Corte costituzionale, sopra sommariamente riassunti, sono specificamente riferiti alla legge n. 297/1982, sicché sarebbe arbitrario applicarli anche al nuovo regime legislativo.

3.2. — Corte di Cassazione —

3.2.1. — *Dirigente imprese industriali confluito dall'Inpdai all'Inps – Modalità – Conseguenze – Criterio del pro rata – Introduzione – Ambito ap-*

plicativo — Con la sentenza n. 4897 del 27.2.2017, la Corte affronta la questione relativa alle modalità di calcolo delle pensioni di assicurati titolari di contribuzione «mista» accreditata presso l'Ago Inps e il soppresso Inpdai.

La particolarità risiede nel fatto che i pensionati erano stati iscritti all'Inpdai prima della soppressione di tale ente (31.12.2002) e, sempre in epoca anteriore alla soppressione, erano transitati nell'Ago Inps in ragione o del mutamento della loro qualifica ovvero della area di attività (non industriale) del datore di lavoro.

A dire dei pensionati, la descritta peculiarità rendeva loro inopponibile la previsione dell'art. 42 della legge n. 289/2002, che, nell'abolire l'Inpdai, aveva disposto la iscrizione all'assicurazione generale obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti dei titolari di posizioni assicurative di trattamenti pensionistici presso il predetto soppresso Istituto, stabilendo altresì che il calcolo delle pensioni da liquidare, con decorrenza gennaio 2003, ai lavoratori titolari di contribuzione «mista» dovesse avvenire in ossequio al principio del *pro rata*. Difatti, secondo gli interessati, la vigenza di tale sistema di calcolo era predicabile solo per gli iscritti all'Inpdai alla data della soppressione dell'ente medesimo (e che erano dunque transitati «forzosamente» all'Ago a seguito della soppressione del loro ente assicurativo), ma non anche ai lavoratori che, titolari di contribuzione versata all'Inpdai prima del 31 dicembre 2002, erano tuttavia già iscritti all'Ago (per ragioni indipendenti, dunque, dalla soppressione dell'Inpdai) alla stessa data.

La Corte ha disatteso la tesi dei lavoratori. I giudici hanno osservato che il tenore testuale dell'art. 42 della legge n. 289/2002 non consente alcuna differenziazione di regime pensionistico fra i lavoratori ancora iscritti all'Inpdai alla data del 31 dicembre 2002 e assicurati, titolari di pregressa contribuzione Inpdai, ma non in costanza di iscrizione all'ente al 31 dicembre 2002.

3.2.2. — *Dipendenti Banco di Napoli – Pensioni erogate dal regime previdenziale esclusivo – Cumulo fra reddito di lavoro e pensioni – Divieto* — Con la sentenza n. 12364 del 17.5.2017, la Corte affronta la questione relativa al divieto di cumulo fra reddito e pensioni già erogate dal regime previdenziale esclusivo del Banco di Napoli.

Lo statuto del Banco prevedeva, infatti, che le pensioni in questione fossero attratte alle stesse regole previste per le pensioni statali. Tanto comportava, ai sensi del d.P.R. n. 1092/1973 la insussistenza del divieto di cumulo, almeno fino all'entrata in vigore del d.l. n. 17/1983 che tale divieto ha introdotto.

Senonché la pensione per cui era causa era stata liquidata prima del 1983, e sfuggiva dunque all'applicazione di tale ultima norma.

Tuttavia, secondo la Corte, occorreva notare che in virtù del d.lgs. n. 357/1990 le pensioni degli istituti bancari erano state poste a parziale carico dell'Ago Inps, sulla quale grava infatti una quota del trattamento pensionistico in essere. Pertanto, secondo la Corte, il regime del cumulo andava differenziato in ragione della scissione del trattamento in due quote (una gravante sull'Inps, l'altra rimasta a carico degli Istituti di credito), ciò che determinava l'applicazione delle regole dell'Ago, ivi compreso dunque il divieto di cumulo, almeno limitatamente alla parte di pensione posta a carico dell'Inps (in senso conforme *ante* Cass. n. 10148/2017).

3.2.3. — *Pensione – Cumulo con il reddito da lavoro autonomo – Contribuzione figurativa – Computabilità – Esclusione* — Con la sentenza n. 18192 del 24.7.2017 la Corte di Cassazione affronta la questione relativa alla computabilità o meno della contribuzione figurativa nel monte dei 37 anni di contributi, alla maturazione del quale è subordinata la ammissione al cumulo con il reddito da lavoro autonomo ai sensi dell'art. 44 della legge n. 289/2002.

La Corte risolve la questione, sulla quale non vi erano precedenti, affermando che l'esenzione dal divieto di cumulare pensione e reddito riguarda i soli lavoratori che abbiano maturato 37 anni di contribuzione obbligatoria, con esclusione dunque di quella figurativa.

Tale soluzione, a dire della Corte, si impone – pur a fronte di un dato testuale della norma non univoco – in considerazione della sua maggiore coerenza con il principio che regola le pensioni di anzianità, il diritto alle quali presuppone infatti che l'assicurato abbia maturato almeno 35 anni di contribuzione obbligatoria.