

LA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA PERIODO APRILE 2016 - SETTEMBRE 2016

Luigi Menghini, Roberta Nunin (*)

SOMMARIO: 1. Congedo parentale, congedo di maternità e richiesta di modifica dell'orario di lavoro. — 2. Ferie annuali retribuite e congedo per recupero della salute. — 3. Libertà di circolazione del lavoratore ex pubblico dipendente in un altro Stato e diritti pensionistici. — 4. Parità retributiva, magistrato e periodi di maternità obbligatoria — 5. Diritto alle ferie annuali retribuite e cessazione del rapporto di lavoro per pensionamento. — 6. Lavoro a termine: a) misure di prevenzione dell'utilizzo abusivo di una successione di contratti o rapporti a termine e riqualificazione del rapporto; b) abuso del lavoro a termine nel settore sanitario pubblico; c) lavoro a termine, non discriminazione e diritto all'indennità di cessazione del contratto di lavoro. — 7. Indennità di disoccupazione e computo dei periodi di assicurazione od occupazione compiuti in forza della legislazione di un altro Stato membro. — 8. Tassazione delle pensioni di vecchiaia e disparità di trattamento fondata sull'età. — 9. Periodo di apprendistato, diritti pensionistici e discriminazione fondata sull'età.

RAPPORTO DI LAVORO:

1. — *Congedo parentale, congedo di maternità e richiesta di modifica dell'orario di lavoro* — La sentenza della Corte di Giustizia del 16.6.2016, relativa al caso spagnolo *Rodríguez Sánchez* (1), puntualizza la distinzione tra «congedo di maternità» e «congedo parentale», per poi rilevare l'irricevibilità di una domanda di pronuncia pregiudiziale che invocava l'applicazione delle disposizioni dell'Accordo quadro europeo sul congedo parentale al caso di una socia lavoratrice che aveva richiesto una modifica all'orario di lavoro al rientro dalla maternità e se lo era visto negare.

La Corte precisa che il congedo parentale viene concesso ai genitori affinché possano prendersi cura del figlio ed è possibile usufruirne sino a

(*) Luigi Menghini è professore ordinario di Diritto del lavoro presso l'Università di Trieste; Roberta Nunin è professore associato di Diritto del lavoro presso l'Università di Trieste.

(1) C. Giust. (Seconda Sezione), sentenza 16.6.2016, in C-351/14, *Rodríguez Sánchez* – Presidente M. Ilešič, Relatore A. Prechal, Avvocato Generale M. Szpunar.

un'età determinata di quest'ultimo, non superiore a otto anni, mentre il congedo di maternità persegue una finalità diversa, mirando a garantire la protezione della condizione biologica della donna e le relazioni particolari tra madre e figlio durante il periodo successivo alla gravidanza e al parto, evitando che queste relazioni siano turbate dal cumulo degli oneri derivanti dal contemporaneo svolgimento di un'attività lavorativa (v. anche, sul punto, C. Giust., sentenza 14.4.2005, in C-519/03, *Commissione c. Lussemburgo*). La Corte peraltro sottolinea di essersi già pronunciata sulla qualificazione alla luce del diritto dell'Unione sul congedo preso dalla madre alla nascita del figlio ai sensi dell'art. 48, par. 4, dello Statuto dei lavoratori spagnolo (v. sentenza 19.9.2013, in C-5/12, *Betriu Montull*), rilevando come tale congedo previsto dalla legislazione spagnola non potrebbe inquadrarsi come «congedo parentale» ai sensi della Direttiva n. 96/34. Di conseguenza, la Corte osserva che la clausola 6, punto 1, dell'Accordo quadro riveduto, che riguarda le situazioni di ripresa dell'attività professionale in seguito a un «congedo parentale», non può essere interpretata nel senso di ricomprendere anche una situazione di ritorno da un «congedo di maternità», ai sensi della Direttiva n. 92/85, quale quella in cui si trovava la ricorrente nel procedimento principale quando ha presentato la sua domanda.

2. — *Ferie annuali retribuite e congedo per recupero della salute* — Nella decisione relativa al caso polacco *Sobczyszyn* (2) la Corte di Giustizia ha precisato che l'art. 7, par. 1, della Direttiva n. 2003/88/Ce del 4 novembre 2003, concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro, deve essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa o prassi nazionale in base alla quale a un lavoratore – che nel periodo delle ferie annuali fissato nel calendario dell'istituto scolastico in cui lavora si trovi in congedo per recupero della salute concesso ai sensi del diritto nazionale – possa essere negato, al termine di tale congedo, il diritto a godere delle ferie annuali retribuite in un periodo successivo, sempre che la finalità del diritto del congedo per recupero della salute differisca da quella del diritto alle ferie annuali; circostanza che dovrà valutare il giudice nazionale.

La Corte ha esaminato le finalità del diritto al congedo per recupero della salute, quale previsto dal diritto polacco, segnalando che l'articolo 73, par. 1, della Carta degli insegnanti polacca dispone che detto congedo sia concesso «al fine di seguire un trattamento prescritto da un medico», per un periodo massimo di un anno, concesso in un'unica volta. Ai sensi del

(2) C. Giust. (Decima Sezione), sentenza 30.6.2016, in C-178/15, *Sobczyszyn* – Presidente F. Biltgen, Relatore E. Levits, Avvocato Generale Y. Bot.

paragrafo 10 di tale articolo, spetta al medico curante dell'insegnante, convenzionato con la cassa malattia, decidere riguardo alla «necessità di [un tale congedo] ai fini della somministrazione di un trattamento prescritto». Inoltre, l'articolo 73, paragrafo 6, di tale Carta prevede che, due settimane prima della fine di detto congedo, l'insegnante debba sottoporsi a esami volti a verificare l'assenza di controindicazioni alla ripresa delle sue funzioni. Dunque, osserva la Corte, trattasi di un congedo che ha l'obiettivo di migliorare lo stato di salute dei lavoratori ai quali è prescritto e non, contrariamente alle ferie annuali retribuite di cui all'articolo 7, par. 1, della Direttiva n. 2003/88, di far beneficiare tali lavoratori di un periodo di riposo e di svago, dato che essi devono seguire un trattamento prescritto da un medico. Sarà il giudice nazionale a valutare se la finalità del citato congedo differisca da quella del diritto alle ferie annuali retribuite come interpretato dalla Corte, e nel caso in cui il giudice del rinvio dovesse concludere nel senso della sussistenza di una tale divergenza, la normativa nazionale deve prevedere l'obbligo per il datore di lavoro di concedere al lavoratore interessato un altro periodo di ferie annuali proposto da quest'ultimo, che sia compatibile, se del caso, con ragioni imperative legate agli interessi del datore di lavoro, senza escludere *a priori* che tale periodo si collochi al di fuori del periodo di riferimento per le ferie annuali di cui trattasi (v., sul punto, C. Giust., sentenza del 10.9.2009, in C-277/08, *Vicente Pereda*). Specifica, infatti, la Corte, riprendendo la propria consolidata giurisprudenza, che, se è pur vero che l'effetto positivo delle ferie annuali retribuite sulla sicurezza e sulla salute del lavoratore si esplica pienamente se esse vengono prese nell'anno all'uopo previsto, vale a dire l'anno in corso, tale periodo di riposo permane interessante sotto tale profilo anche qualora se ne fruisca in un momento successivo (v. C. Giust., sentenza 6.4.2006, in C-124/05, *Federatie Nederlandse Vakbeweging*; C. Giust., sentenza 20.1.2009, in cause C-350/06 e C-520/06, *Schultz-Hoff et al.*).

3. — *Libertà di circolazione del lavoratore ex pubblico dipendente in un altro Stato e diritti pensionistici* — La sentenza sul caso tedesco *Pöpperl* (3) precisa che l'art. 45 TfUE deve essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale per effetto della quale una persona in possesso dello *status* di pubblico dipendente in uno Stato membro, il cui rapporto sia cessato su richiesta del medesimo lavoratore, ai fini dell'assunzione di altra attività lavorativa in un altro Stato membro, perda i diritti al tratta-

(3) C. Giust. (Prima Sezione), sentenza 13.7.2016, in C-187/15, *Pöpperl* – Presidente R. Silva de Lapuerta, Relatore S. Rodin, Avvocato Generale M. Bobek.

mento pensionistico derivanti dal rapporto di pubblico impiego e sia assicurato retroattivamente in un regime di assicurazione obbligatoria che attribuisce una pensione di vecchiaia inferiore a quella che risulterebbe da tali diritti.

La vicenda che ha condotto alla decisione della Corte riguardava un insegnante che, dopo aver acquisito lo *status* di insegnante pubblico *ad vitam* nel Land Renania settentrionale-Vestfalia, si era dimesso e si era trasferito in Austria, dove aveva continuato a lavorare come insegnante. Nella sentenza si precisa in prima battuta che il diritto primario dell'Unione non può garantire a un assicurato che il trasferimento in un altro Stato membro resti neutrale in materia previdenziale – segnatamente sul piano delle prestazioni di malattia e di pensioni di vecchiaia, ove tale trasferimento, in considerazione delle disparità tra i regimi e le normative degli Stati membri, può, a seconda dei casi, risultare più o meno favorevole o sfavorevole per l'interessato sotto il profilo previdenziale –; tuttavia si ricorda che, secondo la giurisprudenza consolidata della Corte, nell'ipotesi in cui la sua applicazione sia meno favorevole, una normativa nazionale è conforme al diritto dell'Unione solo se tale normativa nazionale non svantaggi il lavoratore interessato rispetto a quelli che svolgono l'insieme delle loro attività nello Stato membro in cui essa si applichi e non si risolva nel fatto puro e semplice di versare contributi previdenziali a fondo perduto (v. C. Giust., sentenza 21.1.2016, in C-515/14, *Commissione c. Cipro*). D'altra parte – ricorda la Corte –, lo scopo degli articoli 45 TfUE e 48 TfUE non sarebbe raggiunto se i lavoratori migranti, come conseguenza dell'esercizio del diritto di libera circolazione, dovessero essere privati dei vantaggi previdenziali garantiti loro solo dalla normativa di uno Stato membro (v. la già citata C. Giust. 21.1.2016, *Commissione c. Cipro*, nonché C. Giust., sentenza 1.4.2008, in C-212/06, *Governo della Comunità francese e Governo valdone*). Inoltre, sempre secondo la giurisprudenza consolidata dei giudici di Lussemburgo, gli articoli da 45 TfUE a 48 TfUE mirano, in particolare, a evitare che un lavoratore il quale, avvalendosi del diritto alla libera circolazione, abbia prestato attività in più di uno Stato membro riceva, senza giustificazione oggettiva, un trattamento meno favorevole rispetto a chi abbia compiuto l'intera carriera in un solo Stato membro (v. C. Giust., sentenze 30.6.2011, in C-388/09, *da Silva Martins*, e, da ultimo, 21.1.2016, in C-515/14, *Commissione c. Cipro*). Nel caso di specie, la scelta del lavoratore di esercitare il proprio diritto alla libertà di circolazione, rinunciando allo *status* di lavoratore pubblico a vita acquisito nel Land tedesco già citato, aveva comportato la perdita dei diritti a una pensione di vecchiaia a titolo del regime pensionistico dei pubblici dipendenti e l'iscrizione retroattiva al

regime generale di assicurazione di vecchiaia, che attribuiva un trattamento pensionistico di importo notevolmente inferiore rispetto a quello che risulterebbe dai diritti persi. In una normativa di tal fatta la Corte ha rinvenuto una restrizione alla libera circolazione dei lavoratori, essendo la stessa idonea a impedire o a dissuadere i funzionari pubblici dal lasciare lo Stato membro di origine per accettare un impiego in un altro Stato membro: pertanto, dal momento che tale normativa condiziona direttamente l'accesso dei funzionari del Land Renania settentrionale-Vestfalia al mercato del lavoro negli Stati membri diversi dalla Repubblica federale di Germania, essa appare tale da ostacolare la libera circolazione dei lavoratori (v., in tal senso, anche la risalente giurisprudenza *Bosman*, C. Giust. 15.12.1995, in C-415/93). La Corte ribadisce che spetterà al giudice nazionale assicurare la piena efficacia all'art. 45 TfUE, riconoscendo ai lavoratori, in una situazione quale quella oggetto del procedimento principale, diritti alla pensione di vecchiaia analoghi a quelli dei pubblici dipendenti che conservano i diritti a un trattamento pensionistico corrispondente, malgrado un mutamento del datore di lavoro pubblico, agli anni di servizio compiuti, interpretando il diritto interno in conformità con la citata disposizione del Trattato o, qualora detta interpretazione non sia possibile, disapplicando ogni disposizione contraria di diritto interno al fine di applicare il medesimo regime applicabile a detti dipendenti pubblici.

4. — *Parità retributiva, magistrato e periodi di maternità obbligatoria* — La decisione della Corte di Giustizia relativa al caso *Ornano* (4) muove da una domanda pregiudiziale proposta dal Consiglio di Stato italiano in relazione a una disparità retributiva lamentata dalla ricorrente, magistrato ordinario, in relazione alla mancata corresponsione dell'indennità giudiziaria per i periodi di congedo di maternità obbligatoria antecedenti al 1° gennaio 2005; indennità riconosciuta dalla legge solo a far tempo da tale data, a seguito di una modifica della normativa di riferimento (v. art. 3, comma 1, l. n. 27/81, come novellato dall'art. 1, comma 325, della legge del 30 dicembre 2004, n. 311). La Corte ha ritenuto che le disposizioni del diritto dell'Unione in materia di parità retributiva tra lavoratori e lavoratrici debbano essere interpretate nel senso che, qualora lo Stato interessato non abbia previsto il mantenimento di tutti gli elementi della retribuzione ai quali una magistrata ordinaria aveva diritto prima del suo congedo di maternità, esse non ostino a una normativa nazionale, quale quella italiana in questione, ai sensi della quale, nell'ipotesi di un periodo di congedo di ma-

(4) C. Giust. (Ottava Sezione), sentenza 14.7.2016, in C-335/15, *Ornano*.

ternità obbligatorio antecedente al 1° gennaio 2005, una magistrata ordinaria era esclusa dal beneficio di un'indennità relativa agli oneri che i magistrati ordinari incontrano nello svolgimento della loro attività professionale, a condizione che tale lavoratrice abbia beneficiato – durante il periodo di congedo in questione – di un reddito di importo perlomeno equivalente a quello della prestazione, prevista dalla normativa nazionale, che avrebbe percepito in caso di interruzione delle sue attività per motivi di salute: circostanza, questa, che spetterà al giudice nazionale verificare.

5. — *Diritto alle ferie annuali retribuite e cessazione del rapporto di lavoro per pensionamento* — Il tema del diritto alle ferie annuali retribuite – affrontato di recente dalla Corte anche nel caso *Greenfield* (C. Giust., sentenza 11.11.2015, vedila nel precedente numero di questo *Osservatorio*), con riguardo a una lavoratrice *part-time* – è oggetto della sentenza del 20 luglio 2016 sul caso austriaco *Maschek* (5) con riferimento a una vicenda di collocamento a riposo del lavoratore prima della fruizione di tutte le ferie annuali maturate. I giudici di Lussemburgo non mancano preliminarmente di rammentare che, come emerge dalla stessa formulazione dell'articolo 7, par. 1, della Direttiva n. 2003/88, disposizione alla quale tale direttiva non consente di derogare, ogni lavoratore deve beneficiare di ferie annuali retribuite di almeno quattro settimane: diritto che, secondo la giurisprudenza costante della Corte, deve essere considerato come un principio particolarmente importante del diritto sociale dell'Unione e che è conferito a ogni lavoratore, indipendentemente dal suo stato di salute (vd. C. Giust., sentenze 20.1.2009, in cause C-350/06 e C-520/06, *Schultz-Hoff et a.*, C-520/06; 3.5.2012, in C-337/10, *Neidel*). Quando è cessato il rapporto di lavoro e allorché, pertanto, la fruizione effettiva delle ferie annuali retribuite non è più possibile, l'articolo 7, par. 2, della Direttiva n. 2003/88 prevede che il lavoratore abbia diritto a un'indennità finanziaria per evitare che, a causa di tale impossibilità, egli non riesca in alcun modo a beneficiare di tale diritto, neppure in forma pecuniaria (v. sul punto le già citate sentenze *Schultz-Hoff et a.* e *Neidel*, cui *adde* C. Giust., sentenza 12.6.2014, in C-118/13, *Bollacke*).

Nella decisione sul caso *Maschek*, la Corte ha statuito che l'art. 7, par. 2, della Direttiva n. 2003/88/Ce deve essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa, quale quella austriaca di cui al procedimento principale, che priva del diritto all'indennità finanziaria per ferie annuali retribui-

(5) C. Giust. (Decima Sezione), sentenza 20.7.2016, in C-341/15, *Maschek* – Presidente e relatore F. Biltgen, Avvocato Generale E. Sharpston.

te non godute un lavoratore il cui rapporto di lavoro sia cessato a seguito della sua domanda di pensionamento e che non sia stato in grado di usufruire di tutte le ferie prima della fine di tale rapporto di lavoro. Un lavoratore – statuisce inoltre la Corte – ha diritto, al momento del pensionamento, all'indennità finanziaria per ferie annuali retribuite non godute per il fatto di non aver esercitato le sue funzioni per malattia; e un lavoratore, il cui rapporto sia cessato e che, in forza di un accordo con il datore, pur continuando a percepire lo stipendio fosse tenuto a non presentarsi al lavoro per un periodo antecedente il suo pensionamento, non ha diritto all'indennità per ferie non godute durante tale periodo, fatta salva la circostanza che egli non abbia potuto usufruire di tali ferie a causa di una malattia. Quanto alla possibilità che negli Stati membri si concedano ai lavoratori periodi di ferie retribuite supplementari che si sommino alle ferie annuali retribuite minime di quattro settimane *ex art. 7, Direttiva n. 2003/88*, la Corte precisa che trattasi di una scelta rimessa ai singoli paesi ma che, in tali ipotesi, gli Stati membri possono prevedere di concedere, a un lavoratore che, a causa di una malattia, non abbia potuto usufruire di tutte le ferie annuali retribuite supplementari prima della fine del proprio rapporto di lavoro, un diritto all'indennità finanziaria corrispondente a tale periodo, spettando comunque agli Stati membri stabilire le condizioni di tale concessione.

6. — *Lavoro a termine: a) misure di prevenzione dell'utilizzo abusivo di una successione di contratti o rapporti a termine e riqualificazione del rapporto; b) abuso del lavoro a termine nel settore sanitario pubblico; c) lavoro a termine, non discriminazione e diritto all'indennità di cessazione del contratto di lavoro* — Anche nel semestre in esame continua il lavoro interpretativo della Corte in materia di contrasto all'utilizzo abusivo del lavoro a tempo determinato, con decisioni che risultano di particolare interesse anche guardate dal contesto italiano, dove non accenna a diminuire il contenzioso in materia. Con tre sentenze coeve, tutte del settembre 2016 e tutte relative a vicende spagnole, i giudici di Lussemburgo si sono pronunciati su diverse questioni in materia.

Nella decisione sul caso *Martínez Andrés et al.* (6) la Corte di Giustizia ha puntualizzato che la clausola 5, par. 1, dell'Accordo quadro sul lavoro a tempo determinato allegato alla Direttiva n. 99/70/Ce deve essere interpretata nel senso che la stessa osta a che una normativa nazionale, quale quel-

(6) C. Giust. (Decima Sezione), sentenza 14.9.2016, in cause riunite C-184/15 e C-197/15, *Martínez Andrés et al.* – Presidente e relatore F. Biltgen, Avvocato Generale E. Sharpston.

la spagnola nei procedimenti principali, sia applicata dai giudici nazionali in modo che, in caso di utilizzo abusivo di una successione di contratti di lavoro a tempo determinato, il diritto alla conservazione del rapporto di lavoro sia accordato alle persone assunte dall'amministrazione mediante un contratto di lavoro soggetto alla normativa del lavoro di natura privatistica, ma non sia riconosciuto, in generale, al personale assunto da tale amministrazione in regime di diritto pubblico, a meno che non esista un'altra misura efficace, nell'ordinamento giuridico nazionale, per sanzionare tali abusi nei confronti dei lavoratori: circostanza che dovrà essere verificata dal giudice nazionale. Inoltre, la Corte di Giustizia precisa che le disposizioni dell'Accordo quadro, lette in combinato disposto con il principio di effettività, devono essere interpretate nel senso che ostano a norme processuali nazionali che obblighino il lavoratore a tempo determinato a intentare una nuova azione per la determinazione di una sanzione adeguata, quando un'autorità giudiziaria abbia accertato un ricorso abusivo a una successione di contratti a termine, in quanto ciò comporterebbe per tale lavoratore inconvenienti processuali in termini di costo, durata e regole di rappresentanza, tali da rendere per lo stesso eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti a esso conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione.

La coeva decisione sul caso *Pérez López* (7) si occupa della successione di contratti a termine nell'ambito della sanità pubblica e assume un particolare interesse anche in relazione al contesto italiano, sempre con riguardo all'abuso nell'utilizzo del lavoro a termine alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche, dal momento che la Corte rileva il contrasto con la clausola 5, punto 1, lett. *a*, dell'Accordo quadro europeo di una normativa spagnola che consente il rinnovo di contratti a tempo determinato successivi nel settore della sanità pubblica sulla base di «ragioni obiettive» fondate su disposizioni di legge che ammettono tali rinnovi per la prestazione di specifici servizi di natura temporanea, congiunturale o straordinaria, mentre in realtà tali esigenze risultano permanenti e durature. Inoltre, ha rilevato la Corte, le disposizioni dell'Accordo quadro ostano a che non esista alcun obbligo per l'amministrazione competente di creare posti strutturali che mettano fine all'assunzione di personale con inquadramento statutario occasionale e a che sia permesso alla stessa amministrazione di destinare i posti strutturali creati all'assunzione di personale a termine, in modo tale che la situazione di precarietà dei lavoratori perduri, mentre al contempo lo Stato interessato conosce un deficit strutturale di posti per il per-

(7) C. Giust. (Decima Sezione), sentenza 14.9.2016, in C-16/15, *Pérez López* – Presidente e relatore F. Biltgen, Avvocato Generale M. Bobek.

sonale di ruolo di tale settore (v. sul punto anche C. Giust., sentenza 26.11.2014, *Mascolo et a.*, in cause riunite C-22/13, C-61/13, C-63/13 e C-418/13).

Infine, nel caso *de Diego Porras* (8), con riguardo a un'indennità per la cessazione del contratto di lavoro non prevista dalla legislazione spagnola per i lavoratori a termine, la Corte di Giustizia ha rilevato un contrasto con il principio di non discriminazione di cui all'Accordo quadro, ritenendo che anche tale indennità rientri nella nozione di «condizioni di impiego» di cui all'art. 4, punto 1, del predetto Accordo quadro. Nello specifico, la Corte ha ritenuto che la disposizione da ultimo citata osti a una normativa nazionale, come quella spagnola in discussione, che neghi qualsiasi indennità di cessazione del contratto di lavoro al lavoratore assunto mediante un contratto di lavoro cd. di «*interinidad*» (contratto a termine per la copertura temporanea di un posto) mentre consente l'attribuzione di tale indennità ai lavoratori assunti a tempo indeterminato comparabili, dal momento che la sola circostanza che il lavoratore in questione abbia lavorato sulla base di un contratto di *interinidad* non può costituire una ragione oggettiva tale da consentire di giustificare il rifiuto di far beneficiare lo stesso della menzionata indennità.

SICUREZZA SOCIALE:

7. — *Indennità di disoccupazione e computo dei periodi di assicurazione od occupazione compiuti in forza della legislazione di un altro Stato membro* — Con la decisione sul caso belga *ONEm e M* del 7.4.2016 (9) la Corte di Giustizia – in relazione a un procedimento principale che verteva sull'applicazione delle norme in tema di sicurezza sociale con riguardo alla (mancata) fruizione di un'indennità di disoccupazione e di un'indennità di garanzia di reddito da parte di un lavoratore (un musicista di nazionalità ceca) che, dopo aver lavorato per un periodo nel proprio paese, aveva esercitato il diritto alla libertà di circolazione trasferendosi in Belgio e qui aveva in prima battuta richiesto l'indennità di disoccupazione, negatagli, e poi aveva iniziato a lavorare a tempo parziale per 2,5 ore settimanali, richiedendo un'indennità di garanzia di reddito e, al termine del periodo di

(8) C. Giust. (Decima Sezione), sentenza 14.9.2016, in C-596/14, *de Diego Porras* – Presidente e relatore F. Biltgen, Avvocato Generale M. Bobek.

(9) C. Giust. (Sesta Sezione), sentenza 7.4.2016, in C-284/15, *ONEm e M* – Presidente A. Arabadjiev, Relatore S. Rodin, Avvocato Generale N. Wahl.

lavoro, il riconoscimento dell'indennità di disoccupazione, entrambe anche in questo caso negate – ha statuito che l'art. 67, par. 3, del Regolamento (Cee) n. 1408/71, nella versione modificata e aggiornata dal Regolamento (Ce) n. 118/97, come modificato dal Regolamento (Ce) n. 592/2008, deve essere interpretato nel senso che esso non osta a che uno Stato membro neghi, come avvenuto nel caso di specie, la totalizzazione dei periodi di occupazione necessaria al fine di poter beneficiare di un'indennità di disoccupazione destinata a integrare i redditi di un impiego a tempo parziale, nel caso in cui l'occupazione in tale impiego non sia stata preceduta da alcun periodo di assicurazione o di occupazione in tale Stato membro.

Nello specifico, la Corte ha sottolineato come, secondo il diritto belga, il richiedente l'indennità di disoccupazione destinata a integrare i redditi di un impiego a tempo parziale, nella fattispecie l'indennità di garanzia di reddito di cui si è detto, deve soddisfare le condizioni di concessione dell'indennità di disoccupazione come lavoratore a tempo pieno. Peraltro, come osservato dal Governo belga, tale indennità è stata istituita al fine di evitare che le persone che hanno diritto all'indennità di disoccupazione come lavoratori a tempo pieno siano dissuasi dall'accettare un impiego a tempo pieno per il motivo che l'importo di tale indennità è superiore a quello dello stipendio versato per tale impiego. Poiché nel sistema belga una persona che non soddisfi le condizioni per la concessione dell'indennità di disoccupazione non può nemmeno beneficiare dell'indennità di garanzia di reddito, la Corte ha dovuto esaminare se l'articolo 67, par. 3, del Regolamento n. 1408/71, applicabile *ratione temporis* ai fatti del procedimento principale, ostasse a che, qualora nello Stato membro in cui è presentata una domanda di indennità di disoccupazione non fosse stato compiuto alcun periodo di assicurazione o di occupazione, i periodi di occupazione il cui compimento è una condizione per la concessione del beneficio di tali prestazioni non fossero totalizzati. A tale proposito, i giudici di Lussemburgo hanno rilevato come, secondo costante giurisprudenza della Corte, un disoccupato in cerca di lavoro che non sia mai stato soggetto alla legislazione sociale dello Stato membro nel quale chiede l'assegnazione delle indennità di disoccupazione e non abbia pertanto compiuto, da ultimo, periodi di assicurazione o di occupazione secondo le disposizioni della legislazione dello stesso Stato membro non possa fruire delle indennità di disoccupazione ai sensi dell'articolo 67 di detto Regolamento (v. sentenze *van Noorden*, in C-272/90, punto 10; *Martínez Losada et a.*, in cause C-88/95, C-102/95 e C-103/95, punto 36; ordinanza *Verwayen-Boelen*, in C-175/00, punto

26), e hanno dunque ritenuto non in contrasto con le disposizioni in materia di applicazione dei regimi di sicurezza sociale il diniego della totalizzazione nel caso di specie.

8. — *Tassazione delle pensioni di vecchiaia e disparità di trattamento fondata sull'età* — Nel caso C (10), un lavoratore pensionato aveva contestato la decisione dell'amministrazione tributaria finlandese di assoggettarlo a un'imposta addizionale del 6% sulla frazione dei redditi pensionistici che, al netto della deduzione per la pensione, eccedevano un determinato importo, lamentando una discriminazione per età a fronte di una legislazione nazionale che prevedeva in talune ipotesi una tassazione superiore dei redditi derivanti da pensioni di vecchiaia rispetto ai redditi salariali.

Con la decisione del 2.6.2016 la Corte di Giustizia ha ritenuto che l'art. 1, lett. c, della Direttiva n. 2000/78/Ce del Consiglio, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e condizioni di lavoro, debba essere interpretata nel senso che una normativa nazionale quale quella finlandese di cui al procedimento principale, relativa a un'imposta addizionale sui redditi pensionistici, non rientri nell'ambito di applicazione sostanziale di tale direttiva, dal momento che lo stesso deve intendersi, alla luce dell'articolo 3, par. 1, lett. c, e par. 3, della medesima direttiva (letti in combinato disposto con il suo Considerando n. 13), nel senso che non si estende ai regimi previdenziali le cui prestazioni non siano assimilate a una retribuzione, nell'accezione data a tale termine ai fini dell'applicazione dell'articolo 157, par. 2, TfUE (v. sul punto anche C. Giust., sentenza 21.1.2015, in C-529/13, *Felber*, punto 20, e ulteriore giurisprudenza ivi citata). Un'imposta addizionale sui redditi pensionistici, come quella di cui al procedimento principale, priva di qualsivoglia legame con il contratto di lavoro – ha statuito la Corte – deriva direttamente ed esclusivamente da una normativa tributaria nazionale applicabile a ogni persona fisica i cui redditi pensionistici, al netto della deduzione, superano un determinato importo; di conseguenza, la Corte ha anche escluso che possa ravvisarsi l'applicabilità dell'art. 21, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, pure invocata dal ricorrente nel procedimento principale, non rilevandosi una discriminazione in base all'età.

(10) C. Giust. (Prima Sezione), sentenza 2.6.2016, in C-122/15, C – Presidente R. Silva de Lapuerta, Relatore A. Arabadjiev, Avvocato Generale J. Kokott.

9. — *Periodo di apprendistato, diritti pensionistici e discriminazione fondata sull'età* — Con la sentenza sul caso *Lesar* (11) la Corte di Giustizia è stata chiamata a valutare la compatibilità con il divieto di discriminazione fondata sull'età di una normativa austriaca che esclude la rilevanza dei periodi di apprendistato e di lavoro svolti da un dipendente pubblico anteriormente al compimento del diciottesimo anno d'età ai fini della maturazione del diritto alla pensione e del calcolo dell'importo della pensione di vecchiaia. Ha ritenuto la Corte che tale compatibilità sussista, laddove tale normativa sia volta a garantire la fissazione, in seno a un regime pensionistico dei dipendenti pubblici, di requisiti di età uniformi per poter accedere al regime medesimo nonché per aver titolo alle prestazioni pensionistiche erogate nell'ambito dello stesso. Nello specifico, la Corte, facendo proprie le conclusioni dell'Avvocato Generale, ha osservato che una normativa come quella austriaca oggetto del procedimento principale può considerarsi espressione della libertà di cui dispongono gli Stati membri, in virtù dell'articolo 6, par. 2, della Direttiva n. 2000/78, di fissare, per i regimi professionali di sicurezza sociale, un'età per poter accedere a un regime pensionistico dei dipendenti pubblici o per avere titolo alle prestazioni pensionistiche erogate nell'ambito del regime medesimo. Infatti – sottolinea la Corte – la formulazione di detta disposizione è tale da consentire agli Stati membri non solo di fissare età diverse in base ai lavoratori o a gruppi o categorie di lavoratori, ma anche di stabilire, in seno a un regime professionale di sicurezza sociale, un'età per poter accedere o per aver titolo alle prestazioni pensionistiche.

(11) C. Giust. (Prima Sezione), sentenza 16.6.2016, in C-159/15, *Lesar* – Presidente R. Silva de Lapuerta, Relatore A. Arabadjiev, Avvocato Generale Y. Bot.

LAVORO PUBBLICO (*)

PERIODO MAGGIO 2016 - OTTOBRE 2016

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

SOMMARIO: 1. La riforma della riforma: le dirigenze pubbliche e il *restyling* delle regole nella recente disciplina Renzi-Madia. — 1.1. Premessa. — 1.2. L'accesso e i nuovi ruoli. — 1.3. Gli incarichi fra vecchie e nuove disposizioni. — 1.4. Il rendiconto: la responsabilità. — 2. Il decreto legislativo sulle attività degli enti pubblici di ricerca. — 2.1. Lo schema di decreto sugli enti di ricerca: un ulteriore tassello della riforma Madia. — 2.2. Reclutamento e mobilità: cambiano le regole. — 3. La gestione del personale nella nuova disciplina delle società a partecipazione pubblica. — 3.1. Premessa. — 3.2. Ambito di applicazione. — 3.3. Reclutamento. — 3.4. Politiche retributive. — 3.5. Estinzione del rapporto di lavoro.

1. — *La riforma della riforma: le dirigenze pubbliche e il restyling delle regole nella recente disciplina Renzi-Madia* —

1.1. — *Premessa* — Le norme contenute nella riforma Renzi-Madia, e in particolare nella bozza divulgata con la relazione illustrativa del 25.8.2016, intendono rimaneggiare profondamente la disciplina in materia di dirigenza pubblica o meglio di dirigenze pubbliche.

Sembra doveroso, adesso, declinare al plurale la categoria dei dirigenti pubblici posto che finalmente il legislatore ne codifica il polimorfismo (1) e finisce per costruire un ragionamento al plurale.

Fra le principali novità introdotte dalla riforma (a oggi ancora non definitivamente varata) vale la pena osservare proprio quelle correlate all'ac-

(*) Il lavoro è frutto di una riflessione comune; tuttavia il par. 1 è ascrivibile a Gabriella Nicosia, il par. 2 a Paola Saracini e il par. 3 a Carla Spinelli.

(**) 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.

(1) Qualche anno fa ho provato a concettualizzare la diversificazione morfologica fra le dirigenze dei nostri apparati e con un po' di soddisfazione osservo oggi questa acquisita consapevolezza da parte del legislatore. Sia così consentito il rinvio a Nicosia 2009.

cesso in ruoli unificati e coordinati dei dirigenti delle amministrazioni italiane con contestuale eliminazione della distinzione in due fasce separate. Ciò al fine di assicurare una maggiore mobilità orizzontale e verticale, e soprattutto il superamento delle annose diatribe legate alle aspettative di avanzamento nelle fasce da parte dei dirigenti, specie delle amministrazioni dello Stato.

Al riguardo, nella relazione illustrativa si precisa che «l'intento è quello di favorire mobilità e interscambio, costituendo le premesse per un vero e proprio mercato della dirigenza, in grado di favorire, al contempo, la legittima aspettativa dei dirigenti migliori di occupare i ruoli più significativi nell'organizzazione amministrativa e l'interesse delle amministrazioni di dotarsi, in modo flessibile e razionale, delle migliori competenze dirigenziali in relazione al programma politico-amministrativo da realizzare».

Certo non sono mancate le critiche già in questa fase preliminare di rimaneggiamento sistemico. La più pungente sembra provenire proprio dal Consiglio di Stato, il quale, nel parere del 14.10.2016, afferma che ogni riforma, per potere trovare un'adeguata ed effettiva implementazione, ha bisogno di essere sorretta da strumenti di effettività; strumenti che qui paiono, invece, mancare. Ciò con particolare riguardo alle regole correlate alle metodologie che richiedono interventi finanziari non previsti e che a parere del Consiglio di Stato sono per tale ragione destinate a rivelarsi esperienze fallimentari.

Si legge, infatti, nel documento ora menzionato che «non è sufficiente prevedere nuove regole di disciplina se poi non si prende in adeguata considerazione la fase di attuazione della riforma stessa e l'impiego di risorse finanziarie e umane che essa può richiedere: si pensi, tra l'altro, ai costi di gestione della banca dati ovvero alla necessità che alcune funzioni previste, quali quelle della Commissione [...], non possano essere svolte in aggiunta agli attuali impegni di lavoro, ma richiedano una piena dedizione. Senza una considerazione di questo principio di invarianza di spesa, appare quindi poco realistico assicurare il funzionamento concreto di molti meccanismi previsti dalla riforma».

Fatta questa premessa, relativa alle potenzialità di effettiva applicazione della normativa *in itinere*, è adesso possibile provare a sintetizzare le principali traiettorie innovative che è dato scorgere nel reticolato normativo in commento. La breve analisi di seguito descritta si concentra su tre macroaree di riflessione che esprimono le tre principali fasi dello sviluppo del rapporto di lavoro dei dirigenti pubblici: l'accesso, il conferimento dell'incarico di funzione dirigenziale, il relativo monitoraggio e l'eventuale addebito di responsabilità.

1.2. — *L'Accesso e i nuovi ruoli* — I tre ruoli cui sopra si accennava (dirigenti statali, dirigenti regionali e dirigenti locali) costituiscono invero la grande novità sulla quale ormai è stato detto molto. Qui vale la pena ricordare almeno il superamento, all'interno di ciascuno di questi, della divisione in fasce. Quella, cioè, che per molti versi aveva in passato determinato complicazioni applicative e ampio malcontento fra le file della dirigenza che aspirava al passaggio alla fascia più elevata e si ritrovava delusa in questa aspettativa. Il concorso o il corso concorso selettivo di formazione esprimono l'unico mezzo di reclutamento dei dirigenti e la procedura selettiva (similare anche se non identica) l'unico mezzo per il conferimento degli incarichi di funzione dirigenziale.

1.3. — *Gli incarichi fra vecchie e nuove disposizioni* — Il Capo III del decreto disciplina gli incarichi e le correlate responsabilità, e si compone di tre articoli con i quali viene di fatto sostituito il vigente art. 19 del d.lgs. n. 165/2001. Si tratta della norma su cui si può dire ogni Governo sia intervenuto dopo la seconda privatizzazione del lavoro pubblico avviata da Massimo D'Antona negli anni 1997-1998.

Sotto l'egida della riforma Renzi-Madia, si ravvisa, e per la prima volta, l'introduzione di un nuovo organismo preposto al controllo delle dinamiche afferenti al sistema del conferimento degli incarichi di funzione dirigenziale: la Commissione. È prevista, infatti, una Commissione per ciascuna delle tre macroaree dirigenziali individuate dalla legge. L'intento è quello di rivestire questo delicato momento sistemico della tipica garanzia giustiziaristica racchiusa nella procedimentalizzazione dei processi.

La suddivisione in fasi in funzione di garanzia dei lavoratori entra a pieno titolo anche nel sistema del conferimento degli incarichi dirigenziali.

Il giusto procedimento consacrato dalla Corte costituzionale (2), e già implementato nella riforma Brunetta, trova una precisa riaffermazione nell'operazione di *restyling* normativo attuata dalla riforma Renzi-Madia.

Nella relazione di accompagnamento si legge testualmente che «Il conferimento dell'incarico viene accuratamente procedimentalizzato. L'amministrazione che intende conferire un incarico dirigenziale definisce previamente i criteri di scelta nell'ambito dei criteri generali definiti dalla relativa Commissione. Questi ultimi contemplano, in ogni caso, la valutazione delle attitudini e delle capacità professionali del dirigente, quella dei risultati conseguiti nei precedenti incarichi, delle specifiche competenze organizzative possedute, delle esperienze di direzione eventualmente maturate».

(2) Si tratta delle assai note sentenze della Consulta n. 103 e n. 104 del 2007.

te all'estero o presso il settore privato o presso altre pubbliche amministrazioni, il rispetto del principio delle pari opportunità e dell'equilibrio di genere, nonché della priorità, in caso di parità, per i dirigenti privi di incarico da più tempo...».

Vale la pena osservare come fra i criteri di scelta occupi una posizione progressivamente più importante «... la valutazione [...] dei risultati conseguiti nei precedenti incarichi e delle relative valutazioni...».

La valutazione è posta al centro del sistema e c'è motivo di credere che il ruolo riconosciuto dal legislatore sia destinato a essere viepiù consolidato.

L'occasione di rinnovo della normativa non è stata, invece, sfruttata sino in fondo per risolvere l'annosa *querelle* relativa alla natura del conferimento dell'incarico di funzione dirigenziale.

Si parla ancora di contratto, come sede di definizione della controprestazione in denaro per l'accettazione dell'incarico, e, dunque, si configura ancora un sinallagma contrattuale proprio in questo delicato punto del sistema. Sinallagma confermato anche dalla nuova previsione della «cessione del contratto» in occasione del conferimento di incarico a dirigente di ruolo presso altra amministrazione (cfr. il nuovo art. 19-*bis*, n. 7, del d.lgs. n. 165/2001), ma pure dalla conferma della previsione della risoluzione consensuale del contratto (d'incarico), nonché dalla successiva codificazione della «rinegoziazione degli obiettivi» che fa ufficialmente il suo ingresso fra le norme di disciplina della dirigenza (cfr. il nuovo art. 21 del d.lgs. n. 165/2001).

Sono tutte tracce di una evidente scelta di riconferma della natura negoziale di tutto il rapporto di incarico di funzione dirigenziale, come del resto, ormai da tempo, è acclarato almeno nella dottrina e nella giurisprudenza maggioritarie.

Gli esiti del conferimento devono oggi essere resi pubblici in nome delle regole sottese alla *total disclosure* (la casa di vetro) che esprime il *trend* amministrativo degli ultimi anni.

Con il decreto è stata riempita di contenuti la delega sulla tanto attesa disciplina in materia di decadenza automatica dai ruoli.

In effetti, l'art. 7 contiene le novità più rilevanti in materia di reinvestimento dei dirigenti nelle varie amministrazioni. Alla scadenza di ogni incarico il dirigente resta in posizione di *stand by* nei ruoli ed è collocato in disponibilità in attesa di un nuovo conferimento. È previsto un obbligo a partecipare ad almeno 5 procedure comparative bandite con avviso pubblico.

Viene da chiedersi cosa possa accadere se un dirigente partecipa a un numero inferiore di procedure.

L'idea di fondo sembra, in ogni modo, quella di una dirigenza flessibile, adattabile a tutti i tipi di cambiamenti (anche alla mobilità verticale verso il basso), in nome di una derogabilità espressa dell'art. 2103 c.c.; norma, quest'ultima, che il legislatore da sempre ritiene, comunque, inapplicabile alla dirigenza di cui all'art. 19 del d.lgs. n. 165/2001. In questo caso si tratterebbe del passaggio a qualifiche non dirigenziali con evidente demansionamento; e questo per il solo fatto di essere rimasti per un certo periodo privi dell'incarico.

In ogni caso, si legge nel decreto, «il dirigente privo di incarico è tenuto ad assicurare la presenza in servizio, e rimane a disposizione dell'amministrazione per lo svolgimento di mansioni di livello dirigenziale» (cfr. n. 2, lett. *b*, art. 7).

Quanto, poi, al controverso (e sempre *in progress*) dilemma della durata degli incarichi di funzione dirigenziale, il legislatore dispone, all'art. 19-*quinquies*, che, in attuazione del criterio di delega contenuto nell'art. 11, comma 1, lett. *b*, gli incarichi abbiano durata di quattro anni e siano nuovamente attribuibili al dirigente precedentemente titolare dell'incarico solo mediante procedura selettiva; fermo restando il rispetto del principio di rotazione degli incarichi per gli uffici individuati dalla legge a rischio di corruzione (comma 1).

È ammesso per una sola volta il rinnovo dello stesso incarico al dirigente titolare senza procedura selettiva per i successivi due anni ma esclusivamente previa decisione motivata, e solo nei casi in cui il dirigente sia stato positivamente valutato durante il periodo dell'incarico (comma 2).

Al di fuori di questa ipotesi, una proroga dell'incarico scaduto è ammissibile solo per il periodo strettamente necessario al completamento delle procedure per il conferimento del nuovo incarico, comunque non superiore a novanta giorni (comma 4).

Viene poi riempita di contenuti la delega in materia di cessazione dell'incarico per superamento del periodo massimo di attesa per il conferimento di un nuovo incarico.

In caso di revoca dell'incarico ai sensi dell'art. 21, infatti, ove il dirigente sia rimasto privo di incarico per i successivi quattro anni, può incorrere nel licenziamento (comma 5).

Il legislatore delegato ha previsto dei temperamenti (sospensione del termine in caso di aspettativa per assumere incarichi in altre p.a., ovvero in società partecipate o per spostarsi nel settore privato) che però non neutralizzano la «carica lesiva» di questa previsione normativa.

È facile prevedere come questa sarà la disposizione che desterà maggiori problemi in fase di applicazione della riforma.

1.4. — *Il rendiconto: la responsabilità* — Quanto ai profili della responsabilità di cui alla nuova edizione dell'art. 21, d.lgs. n. 165/2001, si può da subito osservare che il legislatore del 2016 intende questa volta rilanciare l'apporto di ciascun dirigente al progresso della struttura cui appartiene, introducendo nel sistema strumenti di effettività.

Non si ravvisano novità eclatanti ma è già di per sé eclatante che si voglia collegare l'addebito della responsabilità dirigenziale individuale alla scarsa *performance* (organizzativa) della struttura in cui il dirigente compie la propria attività manageriale. La norma non è certamente perspicua, ma vale la pena osservare come il rigore con il quale si intende ora collegare la *performance* individuale a quella organizzativa appare tale da costruire un'apposita causale per l'addebito della responsabilità dirigenziale.

A questo specifico fine sono rilevanti tutti i comportamenti descritti nella nuova norma. Si tratta in massima parte del mancato compimento di tutti quei comportamenti correlati alla microorganizzazione (manageriale) degli uffici, e cioè della frustrazione delle strategie dirigenziali dirette a rilanciarne il funzionamento e quindi la soddisfazione dell'utente finale del servizio. Certo v'è ragionevolmente da chiedersi come sarà operato il controllo qui previsto, posto che ancora le amministrazioni fanno fatica a costruire e registrare i report relativi al grado di raggiungimento degli obiettivi. È ancora complicato raccogliere in maniera oggettiva dati di *customer satisfaction* o viceversa di insoddisfazione del cittadino utente e dunque pare di poter condividere le preoccupazioni della Corte dei conti, sopra citata, con riguardo alla ineffettività in cui rischiano di incappare molte delle norme oggetto della riforma in commento.

Va comunque riconosciuto al legislatore il merito di avere voluto (ancora una volta) provare a riempire di contenuti quella norma costituzionale (3) in cui la dottrina ha ravvisato il fondamento del dovere di dar conto da parte delle amministrazioni e lo speculare diritto di rendersi conto da parte di tutti i consociati.

Non si può nascondere, viceversa, una certa delusione rispetto al tanto atteso chiarimento normativo riguardo la distinzione espressa fra responsabilità dirigenziale e disciplinare. Sono pertanto tutte condivisibili le osservazioni e recriminazioni del Consiglio di Stato, sopra citato, che di seguito si riportano per esteso: «la responsabilità dirigenziale è [...] una forma di responsabilità aggiuntiva [...] che si giustifica in ragione dei poteri gestionali attribuiti alla dirigenza. Tale peculiarità avrebbe imposto una pre-

(3) Si tratta dell'art. 28 della Costituzione e della relativa interpretazione proposta da Vittorio Ottaviano.

visione generale che ne definisse, in modo chiaro, i connotati identificativi, soprattutto al fine di tracciare le linee di distinzione rispetto alla responsabilità disciplinare ed evitare rischi di sovrapposizione».

2. — *Il decreto legislativo sulle attività degli enti pubblici di ricerca* —

2.1. — *Lo schema di decreto sugli enti di ricerca: un ulteriore tassello della riforma Madia* — Nell'ambito della l. n. 124/2015, l'art. 13 prevede l'adozione di uno o più decreti volti a favorire e semplificare le attività degli enti pubblici di ricerca (d'ora in avanti Epr), attraverso la previsione di procedure e norme più consone alle peculiarità dei loro scopi istituzionali, in attuazione e nel rispetto dei principi di autonomia sanciti dall'art. 33 della Costituzione.

I principi e i criteri direttivi individuati dal comma 1 dell'art. 13 sono numerosi: da qui lo schema di decreto abbastanza articolato (19 articoli, ripartiti in cinque titoli), che interviene su molteplici aspetti (autonomia statutaria e regolamentare degli enti, reclutamento, valutazione, premialità dei ricercatori e dei tecnologi ecc.).

Il decreto riguarda tutti gli Epr che fanno capo al Governo, ma anche l'Inail, seppure limitatamente al personale e alle funzioni di ricerca a esso trasferiti ai sensi del d.l. n. 78 del 2010 (decreto legge che ha soppresso l'Ispema e l'Ispels trasferendo le relative funzioni all'Inail).

Da un punto di vista più generale è opportuno segnalare le diverse perplessità sollevate nei confronti del documento in esame specie da parte delle organizzazioni sindacali. In estrema sintesi, sebbene si tratti di un provvedimento fortemente auspicato tanto dalla comunità scientifica quanto dagli operatori del settore, in quanto indice di una rinnovata attenzione verso un settore chiave per lo sviluppo sociale ed economico del paese, molti sono stati i dubbi espressi sul risultato finale, sia per il metodo utilizzato sia nel merito delle proposte presentate (sul punto si rinvia al resoconto dell'incontro del 6.9.2016) (4).

In questa sezione dell'*Osservatorio* si focalizza l'attenzione sulle novità più rilevanti e strettamente connesse alle vicende del personale di tali enti che, nel caso di specie, attengono, in particolare, alle regole sul reclutamento e sulla mobilità.

2.2. — *Reclutamento e mobilità: cambiano le regole* — Lo schema di decreto sembrerebbe improntato a una logica di semplificazione delle attuali

(4) Si tratta del resoconto dell'incontro tra Oo.Ss e Miur sul decreto semplificazione degli Enti pubblici di ricerca.

regole sul reclutamento del personale tecnico, dei ricercatori e dei tecnologi degli Epr. Le novità attengono sia al *modus* sia al *quantum*.

Viene novellato l'art. 35, comma 4, del d.lgs. n. 165/2001, eliminando la previsione per gli enti di ricerca dell'autorizzazione dell'avvio delle procedure concorsuali e delle relative assunzioni; tale autorizzazione, nello schema di decreto, è adesso concessa in sede di approvazione del piano triennale del fabbisogno del personale e della consistenza dell'organico, secondo i rispettivi ordinamenti (art. 11, comma 1) (5). Più semplicemente, per le determinazioni assunte l'ente interessato dovrà limitarsi a una mera comunicazione al Dipartimento della funzione pubblica della Presidenza del Consiglio dei ministri (art. 11, comma 2).

Quanto al limite massimo di assunzioni consentite, per il personale tecnico-amministrativo il tetto viene fissato al 30% dell'indicatore di cui all'art. 8, comma 2, dello schema di decreto (art. 11, comma 3). Tale disposizione prevede che quest'ultimo vada calcolato rapportando le spese complessive di competenza dell'anno di riferimento al contributo per il funzionamento assegnato dallo Stato al medesimo anno. Gli enti, salvo casi specifici, non possono superare il limite dell'80% di tale rapporto.

Per i ricercatori e i tecnologi, invece, a decorrere dal 2017 e fermo restando quanto previsto dall'art. 8 appena citato, è data la possibilità di assunzione nella misura del cento per cento (art. 11, comma 5). Infine, sempre con riferimento a tali figure professionali, gli Epr, previo nulla osta del Ministero vigilante, possono assumere, per chiamata diretta con contratto a tempo indeterminato nell'ambito del 10% dell'organico dei ricercatori e tecnologi e nei limiti della disponibilità di bilancio, ricercatori o tecnologi italiani o stranieri di elevato profilo scientifico accertato anche in ambito internazionale (6) (art. 15).

Se, per un verso, queste norme sembrerebbero effettivamente dirette a una sorta di semplificazione delle procedure di assunzione, vanno però segnalate talune perplessità connesse, in particolare, alla previsione particolarmente stringente di una serie di limiti (criticità rilevate anche dalle parti sociali nell'audizione dello scorso 6 settembre, prima richiamata).

(5) Secondo l'art. 6 dello schema di decreto, il piano triennale, aggiornato annualmente e adottato in conformità con le linee guida enunciate nel Programma nazionale della ricerca, tenuto conto delle linee di indirizzo del Ministro vigilante, è sottoposto alla approvazione del Ministero vigilante, che deve pronunciarsi entro sessanta giorni dalla ricezione, decorsi i quali il Piano si intende approvato.

(6) Previsione per la quale, come sottolineato anche nel parere del Consiglio di Stato citato, sarebbe necessario un raccordo con l'emanando d.P.c.m. relativo al «Fondo per le cattedre universitarie del merito Giulio Natta».

In primo luogo, il limite massimo del 30% per l'assunzione del personale tecnico amministrativo, senza alcuna possibilità di deroga in caso di specifiche esigenze dei singoli enti e a prescindere dall'esercizio dell'autonomia propria di ogni ente – cui, tra l'altro, la riforma è ispirata –, rischia di ripercuotersi negativamente sulla sostenibilità del sistema.

In secondo luogo, il limite alla spesa del personale all'80% del contributo per il funzionamento erogato dallo Stato può tradursi per molti Enti nell'impossibilità di assumere nuovo personale, vanificando così anche il ripristino del *turn-over* al 100% per ricercatori e tecnologi. Per diversi enti di ricerca, infatti, tale limite è già oggi abbondantemente superato (7).

Inoltre, come sottolineato anche nel Parere del Consiglio di Stato del 25.10.2016, il comma 4 dell'art. 11, che fa riferimento alla revisione del modello contrattuale degli enti di ricerca e delle figure professionali che vi operano, andrebbe riformulato in quanto si presenta troppo generico, con il rischio di favorire un'attuazione incompleta della delega proprio sul tema dello stato del personale degli enti di ricerca: la delega, infatti, prevede il recepimento anche del documento *European Framework for Research Careers*.

Infine, risultano del tutto assenti le misure in tema di «precariato» negli Epr; questione che, come noto, da anni è al centro di un intenso dibattito mirante a individuare soluzioni specifiche per gli Epr e che ha più volte necessitato di interventi *ad hoc*, come, ad esempio, quello in tema di durata dei contratti a termine e del relativo regime delle proroghe. Certamente nei criteri di delega di cui all'art. 13 non si rinvencono indicazioni in tal senso; ciò nonostante una riflessione su tale problematica nell'affrontare la questione del reclutamento sarebbe stata quanto mai opportuna.

Quanto alla mobilità del personale, l'art. 10, comma 1, esclude i ricercatori e i tecnologi degli Epr dall'applicazione dell'art. 30 del d.lgs. n. 165/2001 in materia di passaggio diretto di personale tra amministrazioni diverse; ciò significa che si tiene conto del peculiare profilo professionale di tali figure per le quali non troveranno applicazione le regole sul cd. passaggio diretto da un ente all'altro che, nel lavoro pubblico – come risaputo –, costituisce la forma ordinaria per realizzare il trasferimento dei propri dipendenti ed è altresì prodromico per l'espletamento delle procedure concorsuali.

Inoltre, il periodo di durata obbligatoria di permanenza nella prima sede di destinazione è ridotto a tre anni rispetto ai cinque previsti dalla normativa generale, ossia dall'art. 35, comma 5-*bis*, del d.lgs. n. 165/2001.

(7) Tale è, ad esempio, la situazione in cui si troverebbe il Cnr.

Infine sono dettate regole specifiche, sempre per le sole figure dei ricercatori e dei tecnologi, in materia di congedi per motivi di studio o di ricerca presso istituti o laboratori esteri nonché presso istituzioni internazionali e comunitarie. Al fine di favorire la circolazione di tali soggetti e sempre tenuto conto delle esigenze dell'ente di appartenenza, essi possono essere richiesti fino a un anno per ogni cinque anni di servizio ed è prevista che tanto al ricercatore quanto al tecnologo venga conservata la retribuzione mensile fissa, qualora l'istituzione ricevente gli corrisponda una retribuzione inferiore al 75 per cento del trattamento forfettario di missione presso la stessa istituzione (art. 10, commi 3 e 4).

3. — *La gestione del personale nella nuova disciplina delle società a partecipazione pubblica* —

3.1. — *Premessa* — L'opportunità di un riordino della regolamentazione in materia di società partecipate da enti pubblici, in quanto caratterizzata da una notevole stratificazione normativa, e l'esigenza di riequilibrare il rapporto tra disciplina generale e regimi speciali hanno indotto il legislatore a intervenire in proposito, con l'obiettivo del coordinamento e della razionalizzazione del dato positivo esistente (artt. 16 e 18, l. n. 124/2015).

Il d.lgs. 19.8.2016, n. 175, ha sostanzialmente provveduto a consolidare l'assetto regolativo preesistente, conservandone soprattutto la fondamentale ispirazione a obiettivi di contenimento della spesa pubblica. La disciplina dei rapporti di lavoro è contenuta principalmente nelle disposizioni dell'art. 19, sebbene anche alcune altre previsioni normative meritino adeguata considerazione.

3.2. — *Ambito di applicazione* — La disciplina da applicarsi ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle società a controllo pubblico è quella prevista dal codice civile e dalle leggi sul lavoro subordinato nell'impresa, fatte salve le disposizioni speciali contenute nel d.lgs. n. 175/2016. Così recita l'art. 19, comma 1, del decreto, il quale detta nei commi successivi le principali regole speciali, che concernono in particolare il reclutamento, le politiche retributive e l'estinzione del rapporto di lavoro.

Tali disposizioni si applicano, come già precisato, alle società a controllo pubblico, che sono definite dall'art. 2, comma 1, lett. *m*, del decreto come «le società in cui una o più amministrazioni pubbliche esercitano poteri di controllo ai sensi della lettera *b*». Quest'ultima fa rinvio, in merito, «alla situazione descritta nell'articolo 2359 del codice civile». L'art. 2, comma 1, lett. *b*, precisa, inoltre, che «il controllo può sussistere anche quando, in

applicazione di norme di legge o statutarie o di patti parasociali, per le decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all'attività sociale è richiesto il consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo».

Un primo problema interpretativo si pone proprio relativamente alla delimitazione di tale ambito di applicazione, se solo si tiene conto della frammentazione tipologica delle società pubbliche e delle conseguenti incertezze sulla loro qualificazione giuridica, particolarmente controversa, ad esempio, con riferimento alle società *in-house* (8).

3.3. — *Reclutamento* — Una disciplina speciale per quanto concerne il reclutamento nelle società a partecipazione pubblica era già stata introdotta dall'art. 18, d.lgs. n. 112/2008, convertito dalla l. n. 133/2008, che viene in parte riproposta.

Ai sensi dell'art. 19, comma 2, d.lgs. n. 175/2016, le società a controllo pubblico sono tenute ad adottare, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale che si conformino ai principi generali, anche di derivazione europea, di trasparenza, pubblicità e imparzialità, nonché ai principi previsti dall'art. 35, comma 3, d.lgs. n. 165/2001 (9). Tale ultima disposizione trova diretta applicazione nel caso in cui i suddetti provvedimenti non siano stati adottati. I contratti di lavoro stipulati in difetto di questi presupposti (provvedimenti e procedure di reclutamento) sono nulli, fatta salva l'applicazione dell'art. 2126 c.c. per gli aspetti retributivi.

Il rinvio al solo comma 3 e non, invece, all'intero sistema delle assunzioni regolato dal d.lgs. n. 165/2001 potrebbe far propendere per una qualificazione giuridica comunque privatistica delle procedure selettive adottate da queste società. Il legislatore avrebbe, cioè, inteso perseguire unicamente obiettivi di maggiore garanzia circa la correttezza delle selezioni del personale addetto, senza voler anche rendere obbligatorio il ricorso allo strumento concorsuale. D'altro canto, per le controversie aventi a oggetto la validità dei provvedimenti e delle procedure di reclutamento, l'art. 19 conferma la devoluzione al giudice ordinario.

(8) Si richiama, in tal senso, l'orientamento giurisprudenziale secondo cui, pur avendo forma societaria, le *in-house* andrebbero considerate quali articolazioni interne (*longa manus*, per Cass. 25.11.2013, n. 26283, S.U.) della pubblica amministrazione (v. anche Cons. Stato 11.12.2015, n. 5643).

(9) Si tratta dei principi dell'evidenza pubblica riferiti alle assunzioni nel settore delle pubbliche amministrazioni e, in particolare: pubblicità, imparzialità, economicità e trasparenza delle procedure; pari opportunità per l'accesso; provata competenza e indipendenza dei componenti delle commissioni.

Le società a controllo pubblico possono essere assoggettate a vincoli quanto alle politiche di reclutamento del personale. A tal proposito, merita segnalare la previsione del comma 5 dell'art. 19, che attribuisce alle amministrazioni pubbliche socie il potere di fissare obiettivi specifici, annuali e triennali, di contenimento delle assunzioni. Si tratta di un potere di fonte legale, immediatamente azionabile da parte delle amministrazioni.

Altra disposizione rilevante in materia di reclutamento è l'art. 25, d.lgs. n. 175/2016, che stabilisce una disciplina transitoria finalizzata a ottenere una redistribuzione del personale fra società controllate operanti nel medesimo territorio regionale, previa rilevazione degli esuberi. Fino al 30 giugno 2018 il legislatore delegato ha imposto un blocco delle assunzioni a tempo indeterminato per le società a controllo pubblico, che potranno soddisfare il proprio fabbisogno di personale unicamente attingendo agli elenchi dei lavoratori eccedenti (10). Tuttavia, per il personale indispensabile, con professionalità infungibile e non disponibile negli elenchi dei lavoratori in esubero, si potranno avviare procedure di assunzione con autorizzazioni in deroga.

3.4. — *Politiche retributive* — Tra gli obiettivi specifici, annuali e pluriennali, che le società controllate ricevono dalle amministrazioni socie relativamente al complesso delle spese di funzionamento, comprensive di quelle per il personale, possono esservi obiettivi di contenimento degli oneri contrattuali. In tal caso, le società controllate devono garantire il concreto perseguimento di quegli obiettivi tramite propri provvedimenti «da recepire, ove possibile [...] in sede di contrattazione di secondo livello» (art. 19, commi 5 e 6).

Nell'attuazione dei vincoli di spesa per il personale delle società pubbliche il legislatore ribadisce, dunque, sia pure con qualche attenuazione, lo «strano» ruolo della contrattazione collettiva di secondo livello già previsto dall'art. 18, comma 2-*bis*, del d.l. n. 112/2008, convertito dalla l. n. 133/2008 (11).

L'ambiguità di tale previsione – soprattutto nella vecchia, ma anche nella nuova formulazione (12) – suscita il dubbio che possa configurare un'ipotesi di funzionalizzazione della contrattazione collettiva decentrata,

(10) Analoga soluzione organizzativa era già stata prevista per le amministrazioni statali dalla legge sulla *spending review* (d.l. n. 95/2012, convertito dalla l. n. 135/2012), poi solo parzialmente attuata.

(11) Il suddetto comma 2-*bis* è stato aggiunto dall'art. 19, d.l. n. 78/2009, convertito con modifiche dalla l. n. 102/2009 e poi ripetutamente modificato.

(12) Chieco 2015.

che sarebbe incompatibile con l'esercizio dell'autonomia negoziale privatistica. Il ricorso all'interpretazione sistematica, tuttavia, rende plausibile ritenere che, come per il reclutamento, il legislatore abbia inteso proceduralizzare l'esercizio dei poteri datoriali e, pertanto: da un lato, sottoporre le assunzioni al rispetto dei principi delle procedure concorsuali pubbliche; dall'altro, ricondurre l'attività negoziale della società a controllo pubblico alla medesima procedura della contrattazione di comparto, che, tanto a livello nazionale quanto decentrato, prevede un'attività di indirizzo da parte dell'organo di vertice, che vincola il solo attore negoziale di parte pubblica. In questa prospettiva, le amministrazioni pubbliche controllanti fissano i vincoli di spesa, le società controllate adottano provvedimenti di indirizzo che ne garantiscano il rispetto e i dirigenti conducono la trattativa sulle modalità con cui procedere in concreto alla distribuzione delle risorse disponibili.

Un'altra previsione di rilievo in materia di politiche retributive è contenuta nell'art. 11, comma 6, il quale dispone che le società a controllo pubblico debbano essere classificate con decreto ministeriale in cinque fasce e che, per ciascuna di queste, dovranno prevedersi, in proporzione, tetti massimi entro i quali contenere i trattamenti economici annui onnicomprensivi, oltre che per gli amministratori e i componenti degli organi di controllo, anche per i dirigenti e i dipendenti. Si tratta, dunque, di una norma che pone limiti alla contrattazione collettiva, per la cui attuazione, al fine di salvaguardarne la legittimità, occorrerà tener conto di quanto da ultimo ribadito dalla Corte costituzionale (n. 178/2015), e cioè che devono sussistere situazioni eccezionali di emergenza economica, che impongano la salvaguardia di superiori interessi generali, e deve essere previsto un limite temporale alla fissazione dei tetti, al fine di non incorrere nella violazione della libertà sindacale tutelata dall'art. 39, comma 1, Cost.

3.5. — *Estinzione del rapporto di lavoro* — L'art. 19, comma 1, d.lgs. n. 175/2016, nel prevedere l'applicazione ai dipendenti delle società controllate delle norme del codice civile e delle leggi sul lavoro nell'impresa, precisa che sono comprese anche quelle, di fonte legale e contrattuale, che regolano il ricorso agli ammortizzatori sociali.

D'altro canto, il comma 8 dell'art. 19 dispone che, in caso di reinternalizzazione di funzioni o servizi da parte delle amministrazioni controllanti, queste ultime, prima di poter procedere a nuove assunzioni, debbano provvedere al riassorbimento delle unità di personale già loro dipendenti a tempo indeterminato e poi transitate alle dipendenze della società interessata, mediante l'utilizzo delle procedure di mobilità *ex* art. 30, d.lgs. n.

165/2001, e rispettando i vincoli in materia di finanza pubblica e contenimento delle spese di personale. Ulteriori condizioni per il riassorbimento del suddetto personale, imposte dalla norma, sono la sussistenza di vacanze di organico nell'amministrazione interessata e il rispetto dei vincoli assunzionali.

Dal combinato disposto delle norme appena richiamate sembrerebbe doversi dedurre che, qualora le amministrazioni controllanti decidano di tornare a gestire direttamente le funzioni o i servizi esternalizzati, una diversa sorte toccherà ai dipendenti delle società controllate a seconda delle modalità del loro reclutamento. E precisamente, mentre il personale già dipendente a tempo indeterminato dell'amministrazione controllante e successivamente trasferito alla società controllata potrebbe essere riassorbito dall'amministrazione, beneficiando della mobilità *ex art.* 30, d.lgs. n. 165/2001, per i lavoratori assunti direttamente dalla società controllata dovrebbero trovare applicazione, invece, le norme sugli ammortizzatori sociali. La *ratio* di questa disparità di trattamento parrebbe doversi rintracciare nella esigenza di rispettare la regola costituzionale che prevede l'accesso al lavoro pubblico tramite concorso. Tuttavia, non si può escludere che anche i lavoratori assunti direttamente dalla società controllata siano stati reclutati con un vero e proprio concorso, qualora la società così abbia deciso, benché tenuta unicamente al rispetto dei principi posti dall'art. 36, comma 3, d.lgs. n. 165/2001. Ma soprattutto si pongono problemi di compatibilità con la normativa europea sul trasferimento d'azienda, per la quale il passaggio alle dipendenze del nuovo datore di lavoro è un effetto automatico della vicenda traslativa (13).

Riferimenti bibliografici

- Chieco P. (2015), *Il disegno di legge delega per il riordino delle società pubbliche: principi e criteri direttivi per la semplificazione e il rafforzamento dei vincoli pubblici vigenti in materia di personale*, in F. Carinci (a cura di), *La politica del lavoro del governo Renzi*, Adapt e-book, n. 40, 416 ss.
- Nicosia G. (2009), *Il polimorfismo delle dirigenze pubbliche e la buona amministrazione*, in *QDLRI*, n. 31, 65 ss.
- Spinelli C. (2012), *Mobilità del personale delle pubbliche amministrazioni*, in Nogler L., Marinelli M. (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro. Commento alla legge 4 novembre 2010, n. 183*, Utet, Torino, 77 ss.

(13) Su questo tema, sia consentito il rinvio a Spinelli 2012.