

**L'impiego dei pensionati.
Il diritto al lavoro del personale in quiescenza fra garanzia e elusione.
Difficile far quadrare il cerchio**

di Antonio Alberto Azzena e Francesco Monceri¹

1 aprile 2018

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'evoluzione delle ipotesi tassative in cui opera il divieto. Dal principio dell'inconferibilità a quello della gratuità. – 3. La limitazione delle opportunità di lavoro del soggetto in quiescenza. – 4. Sugli incarichi conferibili a titolo oneroso ai lavoratori in quiescenza. – 5. Conclusioni

1. Premessa

Il titolo piuttosto dettagliato ed eloquente, non evita che sia da esplicitare ulteriormente la constatazione da cui l'analisi successiva prende le mosse.

Quello del pensionamento del personale pubblico che conserva, spesso indipendentemente dall'età, capacità lavorativa e interesse a continuare a lavorare, sfruttando nel medesimo settore in cui operava la professionalità acquisita ha sempre costituito un problema di difficile soluzione. Che si riscontra anche in rapporto alla prosecuzione dell'attività lavorativa passando dal settore pubblico a quello privato. In entrambi i casi, infatti, lo spazio lavorativo che si ottiene, creando occupazione, rischia di essere annullato da chi, uscito dalla porta del mercato del lavoro, vi rientrasse dalla finestra, continuando a lavorare pur percependo un trattamento di quiescenza che gli assicuri la sopravvivenza e magari qualcosa in più².

Il che crea notevoli difficoltà nei sempre più frequenti periodi in cui l'offerta di lavoro si restringe; troppo spesso perché si indulge alla mentalità diffusa che concentra l'attenzione sulla distribuzione della ricchezza prima di preoccuparsi della sua creazione, ignorando che, ad esempio, se si espropria un terreno per affidarlo a chi è incapace di

¹Il presente scritto è il frutto di una riflessione comune. Sono tuttavia da attribuire a Francesco Monceri i paragrafi 1-3 e ad Antonio Alberto Azzena i paragrafi 4-5.

²Sull'estensione del divieto v. anche art.25 l. 23 dicembre 1994 n. 724, in GU Serie Generale n.304 del 30-12-1994 - Suppl. Ordinario n. 174, che in ordine agli incarichi di consulenza dispone che *“al fine di garantire la piena e effettiva trasparenza e imparzialità dell'azione amministrativa, al personale delle amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29, che cessa volontariamente dal servizio pur non avendo il requisito previsto per il pensionamento di vecchiaia dai rispettivi ordinamenti previdenziali ma che ha tuttavia il requisito contributivo per l'ottenimento della pensione anticipata di anzianità previsto dai rispettivi ordinamenti, non possono essere conferiti incarichi di consulenza, collaborazione, studio e ricerca da parte dell'amministrazione di provenienza o di amministrazioni con le quali ha avuto rapporti di lavoro o impiego nei cinque anni precedenti a quello della cessazione dal servizio”*.

farlo produrre (foss'anche per indolenza) si fa venire meno una fonte di guadagno suscettibile di giovare a entrambi.

Con la cessazione dall'attività del dipendente si perde infatti la capacità lavorativa da lui acquisita e affinata in anni di esperienza di lavoro. Ciò che pesa particolarmente quando essa fosse di livello tale che pochi raggiungono. Da qui la tentazione di sbarazzarsi definitivamente del personale meno produttivo senza rimpianti o respiscenze e, quel che ne occupa, senza tentare di trattenerlo o recuperarlo al lavoro; e all'opposto i tentativi di continuare a giovare del pensionato professionalmente esperto, che viene così a integrare il trattamento di quiescenza con ulteriori guadagni, giovando alla produttività.

Questo, naturalmente, vale laddove vi sia una valutazione dell'attività in termini di produttività, nel senso che essa produce i risultati cui mira l'organismo, che nel settore pubblico viene appositamente costituito come struttura organizzativa. Valutazione che, in genere, nel privato si manifesta nel mercato, *alias* nell'accettazione del prodotto, che viene appunto richiesto dall'utenza, mentre nel pubblico, ivi compresa l'attività produttiva di beni (quindi meglio valutabile di quella di servizi) si assiste con sempre maggiore frequenza a assunzioni (nomine) e quindi anche a tentativi di eludere il pensionamento, ispirate a un diverso criterio di produttività. Quello della produzione di consenso politico (specie elettorale) attraverso l'impiego di danaro pubblico, che dovrebbe invece essere destinato in prevalenza alla soddisfazione dell'utente (*customer satisfaction*, dicono gli inglesi, che se ne preoccupano un po' più di noi).

Tutte ovvietà (non si può disconoscerlo) che però attualmente vengono perse di vista con eccessiva frequenza.

In questo contesto al legislatore (ma non solo) si presenta l'esigenza di conciliare i diversi interessi in gioco, in particolare, come detto, quello a non disperdere energie ed esperienza, e quello opposto a non lasciare inutilizzato il capitale umano costituito dai giovani in grado (non tutti) di occupare degnamente il posto di lavoro liberatosi, impegnando eguale energia ed acquisendo pari esperienza in funzione della produttività (che, come detto, consente di acquisire le risorse per venire incontro ai meno dotati e/o fortunati).

Con i risultati di seguito esposti.

2. L'evoluzione delle ipotesi tassative in cui opera il divieto. Dal principio dell'inconferibilità a quello della gratuità

L'attuale disciplina concernente gli incarichi conferibili al personale in quiescenza siccome non compresi nel divieto di cui all'art.5 comma 9 del d.L.95/2012 (c.d. *spending review*, convertito nella l.135/2012, come modificato dall'art.6 del D.L. 24 giugno 2014 n.90, convertito nella legge 114/2014³, e da ultimo dall'art.17, comma 3, l.124/2015, costituisce una stratificazione evolutiva della stessa per la comprensione della quale appare utile far riferimento alle Circolari interpretative, emanate a seguito delle ultime

³Il divieto si riferiva alle amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del d.lgs. 165/2001, le amministrazioni inserite nel conto economico consolidato della P.A., come individuate dall'ISTAT, incluse le Autorità indipendenti, gli enti e le società controllati (anche indirettamente) dalle medesime amministrazioni. V. F. Logiudice, *Sul divieto di conferimento di incarichi a soggetti in quiescenza*, in www.altalex.com, 08/06/2015.

due novelle richiamate, dal Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione⁴.

I ripetuti interventi legislativi ed esplicativi che hanno interessato la norma in oggetto nel volgere di un tempo piuttosto ristretto comprovano che la questione presenta elementi di complessità più ampi di quelli che *prima facie* sembrerebbero emergere. Un approccio più semplicistico alla questione lascerebbe, infatti, propendere per la piena legittimità del divieto assoluto di incarichi professionali/dirigenziali al lavoratore posto in quiescenza che già gode di un trattamento retributivo/pensionistico adeguato alle proprie esigenze, al fine di rimuovere un ostacolo all'ingresso nei ranghi delle amministrazioni pubbliche di altri operatori, riducendo per questa via anche l'endemico problema dell'accesso al lavoro da parte delle più giovani generazioni⁵. Anche perché, simmetricamente, il medesimo problema potrebbe riguardare i dipendenti della pubblica amministrazione in servizio che, tutt'ora, sono ammessi al cumulo di incarichi retribuiti previa autorizzazione dell'amministrazione di provenienza.

Per tali eventualità, peraltro ricondotte ad un principio generale di riduzione di spesa invero non agevolmente percepibile, l'originaria formulazione dell'art. 9, comma 5, del 95/2012 convertito con modificazioni nella legge 7 agosto 2012, n. 135 vietava alle p.a. *“di attribuire incarichi di studio e di consulenza a soggetti, già appartenenti ai ruoli delle stesse e collocati in quiescenza, che abbiano svolto, nel corso dell'ultimo anno di servizio, funzioni e attività corrispondenti a quelle oggetto dello stesso incarico di studio e di consulenza”*.

Limitando dunque il divieto ai soli incarichi di “studio” e “consulenza”⁶, e circoscrivendolo a quei soli dipendenti (pubblici) che nell'anno precedente il collocamento in quiescenza avesse svolto presso quell'amministrazione “funzioni attività corrispondenti all'incarico”. Una norma, quindi, significativa per il principio che intendeva porre, ossia la necessità di favorire il ricambio generazionale nella p.a., ma facilmente aggirabile sia utilizzando diverse denominazioni dell'incarico, sia provvedendo al conferimento di incarichi a soggetti in quiescenza provenienti da altra amministrazione (con possibilità di scambi incrociati), sia attendendo pazientemente la scadenza del termine di divieto.

L'art.6 del dl 24 giugno 2014 n.90, convertito con modificazioni nella l. 11 agosto 2014 n.114, provvedeva a rivedere la disciplina estendendo il divieto a “lavoratori privati o pubblici collocati in quiescenza”. E prevedendo che *“Alle suddette amministrazioni è, altresì, fatto divieto di conferire ai medesimi soggetti incarichi dirigenziali o direttivi o*

⁴Cfr. Circolare n.6/2014 *“Interpretazione e applicazione dell'art.5, comma 9, del decreto-legge n.95 del 2012, come modificato dall'art.6 del decreto legge 24 giugno 2014, n.90”*; nonché Circolare n.4/2015 *“Interpretazione e applicazione dell'art.5, comma 9, del decreto-legge n.95/2012, come modificato dall'art.17, comma 5, della legge 7 agosto 2015, n.124. Integrazione della circolare del Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione n.6 del 2014”*.

⁵Sulla ammissibilità di norme che limitino il conferimento di *“incarichi di consulenza, collaborazione, studio e ricerca al personale che sia cessato volontariamente dal servizio pur non avendo il requisito per il pensionamento di vecchiaia, bensì il requisito contributivo per l'ottenimento della pensione anticipata di anzianità”* a fini di tutelare la *“piena ed effettiva trasparenza e la imparzialità dell'azione amministrativa”* cfr. Corte cost., sent. 406 del 20 luglio 1995, depositata in data 27 luglio 1995.

⁶Sull'estensione del divieto in questo ambito vedi Corte dei conti, Sez. riunite in sede di controllo, delibera 15 febbraio 2005, n. 6/CONTR/05. Dovendosi considerare che al divieto sfuggano per lo meno gli incarichi di “ricerca” che non determinino l'acquisizione di una posizione di direzione, l'attività di docenza, l'attività legale etc.

cariche in organi di governo delle amministrazioni di cui al primo periodo e degli enti e società da esse controllati, ad eccezione dei componenti delle giunte degli enti territoriali e dei componenti o titolari degli organi elettivi degli enti di cui all'articolo 2, comma 2-bis, del decreto-legge 31 agosto 2013, n. 101, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 ottobre 2013, n. 125. Incarichi e collaborazioni sono consentiti, esclusivamente a titolo gratuito e per una durata non superiore a un anno, non prorogabile né rinnovabile, presso ciascuna amministrazione. Devono essere rendicontati eventuali rimborsi di spese, corrisposti nei limiti fissati dall'organo competente dell'amministrazione interessata. Gli organi costituzionali si adeguano alle disposizioni del presente comma nell'ambito della propria autonomia.""

Di tal che il divieto veniva indistintamente riferito tanto ai lavoratori pubblici che privati posti in quiescenza, ed esteso agli incarichi dirigenziali o direttivi e alle cariche in organi di governo delle amministrazioni pubbliche interessate.

Questa prima novella, pur sancendo, come si vedrà, un divieto che deve essere tassativamente ristretto alle ipotesi di incarico richiamate espressamente e non anche ad altre tipologie di incarico⁷, appare più specificamente rivolta a preoccupazioni riguardanti il contenimento della spesa che non la tutela dell'accesso al lavoro⁸.

Ed invece l'introduzione di una specifica tolleranza per gli incarichi gratuiti, che vengono appunto consentiti, finisce per depotenziare il divieto del conferimento e, dunque, il principio della liberazione del relativo posto di lavoro a favore dell'ingresso di nuove leve nei ranghi della pubblica amministrazione, ammettendo che il lavoratore in quiescenza mantenga o svolga l'incarico, seppur in maniera gratuita nei limiti dell'anno. Anzi ammettendo implicitamente la possibilità, entro gli stessi limiti territoriali, che il soggetto in quiescenza si veda attribuita una pluralità di incarichi a titolo gratuito presso diverse pubbliche amministrazioni, con ulteriore limitazione al diritto di accesso al lavoro delle nuove generazioni.

Per di più, come esperienza insegna, la gratuità non è mai del tutto tale, almeno in questi contesti, e la sua imposizione induce a pensare che la remunerazione (imposta da un preciso precetto costituzionale) rischi di essere sostituita da utilità di tipo diverso, non sempre in linea con la correttezza dei comportamenti.

Senza dire che la gratuità ben può incidere, almeno in talune circostanze, su eventuali divieti di cumulo di retribuzioni; col risultato che, pur perdendo quella della prestazione divenuta gratuita, si riacquisterebbe quella cui si fosse dovuto rinunciare per il divieto di cumulo o per incompatibilità, almeno in tutti i casi in cui quest'ultima non sia legata a un incarico per cui i limiti di età coincidano.

Ed inoltre, quel che anche conta, non sembrerebbero potersi escludere dubbi di incostituzionalità della norma alla luce degli artt. 3, 51 e 36 Cost., poichè essa non opera distinzione alcuna rispetto al tipo di trattamento pensionistico del soggetto in quiescenza, generalizzando il divieto, pur circoscritto alle tipologie di incarico che ricomprende, che deve essere considerato applicabile indistintamente ai titolari "di pensione di vecchiaia,

⁷Specificamente sul punto v. Corte dei Conti, Sezione Centrale del controllo di legittimità sugli atti del Governo e delle Amministrazioni dello Stato, Deliberazione n.SCCLEG/1/2015/PREV del 26 gennaio 2015, depositata in data 28 gennaio 2015; cfr. anche Corte dei Conti, Sezione centrale del controllo di legittimità sugli atti del Governo e delle amministrazioni dello Stato, deliberazione n.23/2014/prev del 30 settembre 2014.

⁸Sul problema della mancata realizzazione del c.d. "effetto staffetta" che avrebbe dovuto derivare dall'entrata in vigore della legge in oggetto v. C. Romeo, *Le problematiche del trattenimento in servizio (e dintorni) dopo il d.l.90/2014*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 1/2014, 35.

di anzianità, di invalidità, o (a soggetti) con trattamenti pensionistici esigui⁹. Difatti non si vede come i principi costituzionali del diritto di accesso agli uffici pubblici in condizioni di uguaglianza e al diritto all'equa retribuzione del lavoro non dovrebbero trovare applicazione nei confronti di quei soggetti in quiescenza con trattamento economico insufficiente a garantire un'adeguata sussistenza¹⁰, anche se è pur vero che una certa giurisprudenza costituzionale ha già in passato ritenuto, in tema di licenziamento *ad nutum*, che "una affievolita tutela del rapporto di lavoro del pensionato non contrasta con le previsioni degli altri precetti costituzionali"¹¹.

In ogni caso, l'impostazione generale ha subito una nuova correzione con l'art. 17, comma 3, l. 124 del 2015 che provvede a sostituire il terzo periodo della norma in oggetto prevedendo che "*Gli incarichi, le cariche e le collaborazioni di cui ai periodi precedenti sono comunque consentiti a titolo gratuito. Per i soli incarichi dirigenziali e direttivi, ferma restando la gratuità, la durata non può essere superiore a un anno, non prorogabile né rinnovabile, presso ciascuna amministrazione*".

Cosicché l'attuale disciplina del divieto di attribuzioni di incarichi al lavoratore in quiescenza appare del tutto ribaltata, nel senso che è senz'altro permessa in via generale quando svolta a titolo gratuito, mentre per i soli incarichi dirigenziali e direttivi non può essere superiore ad un anno non prorogabile né rinnovabile.

Ne discende che per le altre ipotesi tassativamente indicate il divieto non deve ritenersi più operante quando l'incarico sia ricoperto a titolo gratuito. Cosicché la nuova disciplina degli incarichi conferibili a personale pubblico e privato in quiescenza (o, come abbiamo detto, di pluri-incarichi) risulta senz'altro pienamente ammissibile, quando svolta a titolo gratuito, senza limiti temporali per gli incarichi di studio e consulenza e per le cariche in organi di governo delle amministrazioni e degli enti da esse controllate. Di modo che il limite della durata annuale, non rinnovabile né prorogabile, residua solo per gli incarichi dirigenziali o direttivi, sempre se svolti a titolo gratuito.

E' dunque soltanto in ordine a tale ultimo profilo che resta da individuare lo spazio costituito dalla eccezione stabilita dalla stessa norma per gli incarichi gratuiti.

In particolare per quanto riguarda la limitazione a un anno e il divieto di proroga e di rinnovo.

In proposito può essere interessante osservare che resta esclusa dal divieto l'instaurazione di un nuovo rapporto, che per comune opinione e per giurisprudenza ormai consolidata è cosa diversa da proroga (che riguarda la durata del rapporto in essere) e rinnovo (che ha ad oggetto pur sempre il rapporto originario venuto a scadenza), entrambi connessi in continuità al rapporto scaduto o in scadenza, di cui costituiscono la prosecuzione, (il secondo tollerando anche qualche modifica).

Da questo punto di vista sembra potersi parlare di proroga, quando si sia in presenza di un provvedimento durevole, quale quello appunto che attribuisce l'incarico, i cui effetti vengano dilatati, per un periodo più o meno lungo prima della scadenza

⁹In questo senso vedi ancora Corte dei Conti, Sezione Centrale del controllo di legittimità sugli atti del Governo e delle Amministrazioni dello Stato, Deliberazione n. SCCLEG/1/2015/PREV, cit., 10 s.

¹⁰Sulla perenne sorgere di situazioni di nuova debolezza nelle categorie sociali v. L. Azzena, *Divieto di discriminazione e posizione dei soggetti "deboli". Spunti per una teoria della "debolezza"*, in AA.VV., *Divieto di discriminazione e giurisprudenza costituzionale*, Torino, 2006.

¹¹Così Corte cost., sent. n. 15/1983. In proposito v. M. Bellocci, P. Passaglia (a cura di), *La tutela dei «soggetti deboli» come esplicazione dell'istanza solidaristica nella giurisprudenza costituzionale*, in www.cortecostituzionale.it, 9.

naturale dello stesso, in certi casi anche in forma tacita come è stato ammesso nel settore dei contratti a tempo determinato¹². Laddove il rinnovo, pur trovando anch'esso il proprio fondamento nel provvedimento pregresso (che attribuisce l'incarico), si riferirebbe alle sole ipotesi in cui il precedente rapporto sia materialmente scaduto¹³. E' anche da dire che, allo stato, entrambe le figure giuridiche in discorso subiscono evidenti limitazioni che conducono alla penetrazione del diritto europeo nel diritto nazionale¹⁴.

Mentre, sotto altro profilo, la giurisprudenza ha altresì osservato che, mentre la proroga costituisce la prosecuzione del rapporto pregresso, il rinnovo implica una nuova valutazione dell'amministrazione che la può ad esempio indurre a continuare ad affidare in concessione una determinata attività, indipendentemente dal soggetto cui verrà successivamente affidata o riaffidata¹⁵.

La stessa controversa applicabilità degli anzidetti istituti nel settore dei contratti pubblici soccorre al fine di meglio delimitarne i tratti, nella misura in cui la proroga, in

¹²V. di recente Corte Cass., Sez. L, sent. 21 gennaio 2016, n. 1058; e, precedentemente, Corte Cass., Sez. L, sent. 10.10.2014, n. 21520; Cass. civ., Sez. L, sent. n. 6797 del 3/07/1990. Tuttavia v. anche Corte di Cassazione, I Sez. Civile, sent. n. 4047 del 01/03/2016, nella misura in cui sancisce che *"pur se una clausola, predisposta unilateralmente, non è a carico soltanto dell'altro contraente, avendo effetto per entrambe le parti – nella specie tacita proroga o rinnovo del contratto in difetto di tempestiva disdetta – non perciò è sottratta alla necessità di specifica approvazione per iscritto, ai sensi dell'art. 1341 cod. civ., perché comunque colui che la propone ha preventivamente valutato i vantaggi derivantegli dalla accettazione di essa, a differenza del contraente per adesione, che perciò è necessario vi ponga particolare attenzione (Cass. 2152/98 – Cass. 5137/01 Cass. 11734/04)"*.

¹³In questo senso E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2015, 556 s. V. anche V. Cerulli Irelli, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, 2016, 462. Nel medesimo senso, AA.VV. (a cura di L. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca), *Diritto amministrativo*, II, Bologna, 1998, 1454.

¹⁴V. Tar Lazio, Sez. II, sent. Del 26 aprile 2017 n.05574, *"I principi comunitari non possono essere elusi attraverso l'utilizzo di moduli convenzionali che, al di fuori del necessario confronto competitivo e della necessaria apertura al mercato, abbiano l'effetto di conservare in capo al concessionario scaduto, ossia dopo il decorso del termine di durata della concessione, il diritto ad utilizzare per finalità economiche il bene demaniale, come accade nelle ipotesi di proroga o di rinnovo della concessione in favore dello stesso concessionario (cfr. Consiglio Stato, sez. VI, 30 settembre 2010, n. 7239; T.A.R. Liguria, Sez. I, 24 aprile 2013, n. 721). Allo stesso modo, anche la sostituzione nel corso del rapporto concessorio di un soggetto ad un altro nella concreta gestione del bene demaniale non può avvenire in elusione dei principi comunitari. Il subentro del terzo nella concessione può verificarsi nella forma del sub-contratto, quando dall'originaria concessione, che permane immutata, scaturisce un nuovo rapporto contrattuale fra concessionario e terzo, oppure nella forma della successione nel rapporto, con il terzo che succede nella concessione sostituendo l'originario concessionario. In entrambi i casi l'individuazione del terzo non può eludere il principio del confronto concorrenziale, sicché deve avvenire all'esito di una procedura ad evidenza pubblica (cfr. T.A.R. Liguria, sez. II, 13 dicembre 2011, n. 1799)"*.

¹⁵V. Consiglio di Stato, Sez. II, Adunanza di Sezione del 18 giugno 2014, parere numero 02760/2014 del 26/08/2014, pubblicato in Gazzetta Amministrativa della Repubblica Italiana martedì 26 agosto 2014, *"la nozione di "rinnovo" non va confusa con quella di "proroga" dello stesso titolo concessorio, ovvero con la protrazione dell'efficacia nel tempo dell'originaria concessione: ipotesi, quest'ultima, che ricorre sul piano sostanziale quando il medesimo rapporto concessorio venga fatto proseguire, a beneficio del precedente titolare, ex lege o a fronte di una sola domanda, presentata prima della scadenza del titolo (cfr. in tal senso, per il principio, Cons. Stato, VI, 26 maggio 2010, n. 3348 e 1 febbraio 2013, n. 626). Il "rinnovo" comporta invece un nuovo atto concessorio che ha il medesimo oggetto, ma non necessariamente il medesimo destinatario: tale fattispecie comporta la volontà dell'amministrazione di rinnovare un affidamento in concessione (anziché far cessare qualsiasi affidamento del genere), ma non implica la reiterazione in toto, anche dal punto di vista soggettivo, del titolo precedente"*. Principio, peraltro, riaffermato da Consiglio di Stato, Sezione VI, Sentenza del 15 gennaio 2013 n.1502, pubblicata il 13 marzo 2013.

tale sede, è stata ad esempio ricondotta all'esigenza di garantire l'erogazione del servizio in attesa dello svolgimento della gara, mentre il rinnovo, pur contrario in linea generale al diritto comunitario¹⁶, sembrerebbe dover conseguire ad una valutazione e ricognizione dell'amministrazione, successiva alla scadenza del contratto, tale da far propendere per la riassegnazione dell'appalto (con oggetto identico o parzialmente diverso) all'impresa che lo svolgeva precedentemente¹⁷. Tuttavia il discrimine tra i due istituti si complica ulteriormente per la tendenza delle amministrazioni ad adottare provvedimenti di "proroga-rinnovo"¹⁸, mentre un ulteriore elemento di distinzione che è venuto affermandosi riguarda la non configurabilità del rinnovo tacito del contratto pubblico¹⁹, come della concessione demaniale²⁰. Di tal che ogni prosecuzione del rapporto originario senza che sia intervenuta una nuova valutazione dell'amministrazione, dovendo essere considerato come proroga, soggiace ai limiti che ne contraddistinguono la funzione, e, dunque, quando l'inerzia dell'amministrazione si protragga nel tempo oltre ai limiti fisiologici, la differenza con un vero e proprio rinnovo del contratto tende alquanto a sfumare.

Riportando la questione della *proroga* e del *rinnovo* degli incarichi alla disciplina applicabile al lavoratore in quiescenza cui venga assegnato un incarico direttivo o dirigenziale, il limite dell'annualità che essa sancisce perde gran parte della propria consistenza.

¹⁶Si veda ad es. Cons. Stato, Sez. IV, sent. 23 maggio 2006 n.6458, depositata in data 31.10.2006, punto 2.2. Interessante è anche notare come la disciplina generale abbia anche provveduto a offrire una limitazione temporale che vale a circoscrivere e distinguere il "rinnovo" dal "nuovo" contratto con un soggetto che precedentemente abbia avuto un rapporto analogo o simile con la pubblica amministrazione. L'art.7, c.2, lett. f) del d.lgs. 157/1995 nell'ammettere che vengano affidati "*nuovi servizi consistenti nella ripetizione di servizi analoghi già affidati allo stesso prestatore di servizi mediante un precedente appalto aggiudicato dalla stessa amministrazione*" richiede che la trattativa privata si svolga "*nei tre anni successivi alla conclusione dell'appalto*".

¹⁷In direzione contraria alla tesi che qui si propone l'ultimo periodo dell'art.6, comma 2, legge 24 dicembre 1993, n.537, come sostituito dall'articolo 44 della legge n. 724 del 1994, poi soppresso dalla legge 18 aprile 2005, n.62, all'art.23, comma 1, sembrava ammettere la possibilità di "rinnovare" i contratti delle pubbliche amministrazioni, entro i tre mesi prima della loro scadenza. Sul punto v. L. Oliviero, *Differenze tra rinnovo e proroga dei contratti, nonché tra il rinnovo di cui alla legge 537/1993 ed i nuovi servizi di cui al d.lgs. 157/1995*, in *lexitalia.it*, n.3/2004, 1, rileva come, successivamente, Consiglio di Stato, Sez. V, 31 dicembre 2003, n. 9302, abbia interpretato tale termine di tre mesi come successivo alla scadenza del contratto. In tale sede, infatti, il Consiglio di Stato, richiamando la propria giurisprudenza (Cons. Stato, Sez. VI, 29.3.2002 n. 1767), nel riprendere la distinzione civilistica tra i due istituti confermava la legittimità delle clausole contrattuali di proroga previste nel contratto originario anche esorbitanti i limiti più restrittivi poi emersi sulla scorta della ricezione delle norme comunitarie, "*solo il rapporto che si instaura anche tacitamente tra le parti dopo la scadenza del periodo di durata del contratto può considerarsi nuovo, proprio perchè dà vita ad un rapporto giuridicamente nuovo rispetto a quello originario, con tutte le conseguenze che ne derivano, mentre la proroga riguarda lo stesso contratto originariamente stipulato. In sostanza, la proroga sposta in avanti il solo termine di scadenza del rapporto, che resta regolato dalla convenzione accessiva all'atto di affidamento del servizio, mentre il rinnovo del contratto, anche se in forma tacita, comporta una nuova negoziazione con il medesimo soggetto, ossia un rinnovato esercizio dell'autonomia negoziale (cfr. C.d.S., Sez. VI, 29.3.2002 n. 1767). Dunque, tra la proroga e la rinnovazione del contratto corre una sostanziale differenza e appunto per tale ragione deve ritenersi che l'art. 6, nella prima parte, vieta, in modo diretto ed assoluto, solo l'effetto del rinnovo, ma non impedisce l'inserimento di clausole che prevedano la prorogabilità del contratto (cfr. dec. Sez. V, 20.10.1998 n. 1508)*".

¹⁸Cons. Stato, sez.V, sent. 8 luglio 2008 n.3391, depositata in data 08.08.208, punto 5.

¹⁹Cfr. Cons. Stato, Sez. III, parere 4.3.1997 n. 269; Cons. Stato, sez. V, sentenza 19.2.2003 n.921.

²⁰V. Tar Lazio, Sez.II, sent. 26 aprile 2017 n.05573.

In estrema sintesi, sembra dunque ritenersi consentito che l'incarico venga riproposto dopo una interruzione più o meno lunga, ma comunque significativa, tale da non mascherare un rinnovo o una proroga, caratterizzati dalla continuità dal (precedente) rapporto. In modo tale che si dia vita ad un nuovo rapporto, sempre per la durata di un (altro) anno; se del caso mediante lo svolgimento di una nuova selezione.

Questa lettura della disposizione sull'inconferibilità di incarichi per come è andata evolvendo a seguito delle riformulazioni della stessa che si sono susseguite, vale, ad avviso di chi scrive, a ridimensionare se non a tradire quello che poteva essere considerato lo spirito della previsione originaria volto ad evitare che ruoli verticistici o comunque di estremo rilievo nei ranghi della pubblica amministrazione fossero ricoperti da lavoratori posti in quiescenza e a favorire quindi il ricambio generazionale.

L'introduzione del principio generale dell'ammissibilità dell'incarico non direttivo o dirigenziale, così come le possibili letture più elastiche del rinnovo e della proroga degli incarichi dirigenziali e direttivi di cui si è appena detto, sembrano, infatti, determinare la possibilità di un cospicuo ricorso alle prestazioni di soggetti in quiescenza purché essi prestino la loro attività a titolo gratuito. Con effetti ancora più evidenti per la mancata previsione di un esplicito divieto al cumulo di incarichi che rende, di fatto, possibili che diverse amministrazioni affidino contemporaneamente incarichi anche dirigenziali o direttivi a lavoratori in quiescenza.

Soprattutto in tempi di crisi economica l'originaria volontà di favorire, progressivamente, il ricambio generazionale potrebbe dunque, all'opposto, indurre le amministrazioni, sempre alle prese con problemi di bilancio, a far largo uso del conferimento dell'incarico gratuito anche per gli incarichi direttivi e dirigenziali.

Cosicché il principio dell'affiancamento temporaneo del funzionario/dirigente più esperto al dipendente neo-assunto, coerente con il principio generale del buon andamento dell'amministrazione pubblica, potrebbe subire limitazioni determinate dalle esigenze di bilancio.

Se è, infatti, evidente che il conferimento dell'incarico al dipendente in quiescenza non costituisce un obbligo dell'amministrazione configurabile come diritto del lavoratore a farne richiesta, ma una autonoma decisione dell'amministrazione, potrebbe profilarsi, per converso, il problema di giustificare la scelta di assumere quando siano disponibili soluzioni, permesse dalla legge, che consentirebbero di usufruire delle prestazioni gratuite di ex dipendenti di notevole esperienza.

Mentre anche sotto il non trascurabile profilo dell'eventuale obbligo assicurativo Inail del lavoratore non sembra potersi configurare un'ipotesi di esclusione per il solo fatto che l'incarico sia posto in essere gratuitamente. Dunque, un'ulteriore possibilità di risparmio di spesa potrebbe vedere come discriminante dell'obbligo il tipo di affidamento prescelto, dovendo considerare sussistente l'obbligo della copertura assicurativa quando il rapporto sia costruito ad esempio come prestazione coordinata e continuativa, mentre si potrebbe eluderlo quando, discutibilmente, venga considerato come lavoro autonomo per la carenza di un provvedimento legislativo che lo imponga²¹.

²¹In questo senso si esprime lo stesso Inail con nota n. prot. 4856 dell'8 marzo 2017.

3. La limitazione delle opportunità di lavoro del soggetto in quiescenza

L'evoluzione normativa sommariamente esaminata attiene, non tanto al diritto al lavoro *tout court* del soggetto in quiescenza, che appare del tutto riconoscibile²², soprattutto in considerazione delle mutate esigenze socio-culturali e finanche biologiche²³, quanto ad un particolare aspetto che si ricollega alla "prosecuzione" variamente denominata del rapporto di lavoro pregresso dopo il collocamento in quiescenza, al di là ad esempio del fisiologico periodo di affiancamento in cui il dirigente più anziano trasferisce, al di là consegne, esperienza al dirigente più giovane.

Discorso all'interno del quale non è peregrino osservare che proprio le mutate condizioni cui poc'anzi si faceva riferimento hanno, al di là delle leggi, vieppiù aumentato la capacità fisiologica lavorativa, restituendo una classe di pensionati affatto nuova, ossia dotata di un grande bagaglio esperienziale e perfettamente in condizione di proseguire al meglio la propria attività lavorativa²⁴. Fatto che, in quanto valore, costituisce un preciso interesse pubblico che appare incoerente oltreché antieconomico disperdere, e che tuttavia potrebbe condurre, quando oggettivamente ragionevole in base all'entità della nuova fonte di reddito, ad una congrua riduzione dell'assegno pensionistico²⁵.

Da questo punto di vista, la presa di coscienza di questo stato di cose, rappresenta un interesse pubblico, prima ancora dell'interesse del lavoratore posto in quiescenza. Dunque, la stessa logica che stava alla base dell'originaria formulazione del divieto ossia quella di favorire il ricambio generazionale e il ringiovanimento della pubblica amministrazione, certamente condivisibile, va valutata anche alla luce dell'interesse pubblico in un mondo che va mutando.

Non sarebbe, invero, interesse di una grande azienda privata cambiare il manager anziano con uno più giovane solo in considerazione dell'età, ma semmai quando i risultati promessi dal giovane appaiono migliori o quando i risultati conseguiti dall'anziano siano in declino. Sostituire il lavoratore con uno più giovane solo in ragione dell'età pagando i costi di una direzione meno efficiente sarebbe una scelta strategicamente incomprensibile.

Ciò, non per sottostimare la necessità del graduale ricambio generazionale, ma per sollecitare una riflessione su quello che sembrava essere lo spirito della norma ossia, soprattutto per gli incarichi dirigenziali, direttivi, o comunque verticistici, vietare indistintamente di continuare a ricoprirli a tutti quei soggetti che, avendoli assunti precedentemente, sono stati posti in quiescenza.

²²Cfr. Corte costituzionale, sent. 566 del 13/12/1989, depositata il 22/12/1989, "*il pubblico dipendente in quiescenza, infatti, di regola è libero di svolgere qualsiasi utile prestazione, al servizio di privati o di enti pubblici, di lavoro dipendente od autonomo*".

²³In ordine alla generale tendenza al fisiologico allungamento della vita lavorativa come conseguenza delle migliorate condizioni di vita v. almeno Corte cost., sent. 27 febbraio 2013 n. 33, pubblicata in data 6 marzo 2013; e già Corte cost., sent. 444 del 26/09/1990, depositata in data 12/10/1990.

²⁴Pur discutendo di ammissibilità del mantenimento in servizio di lavoratori che al momento del pensionamento non avevano ancora maturato l'anzianità di lavoro per accedere al trattamento pensionistico e, dunque di attuazione dell'art.38 Cost., il principio è comunque affermato da Corte Cost., sent.440/90, cit., "*la presunzione secondo cui al compimento dei sessantacinque anni si pervenga ad una diminuita disponibilità di energia incompatibile con la prosecuzione del rapporto <è destinata ad essere vieppiù inficiata dai riflessi positivi del generale miglioramento delle condizioni di vita e di salute dei lavoratori sulla loro capacità di lavoro>*".

²⁵Cfr. Corte cost., sent.566/1989, cit., par.3.

Tanto che negli interstizi che, anche per gli incarichi retribuiti, paiono profilarsi esiste uno spazio per impiegare il lavoratore in quiescenza almeno in incarichi minori o diversi da quelli tassativamente vietati.

Ed, in effetti è già stato confermato che “l’ambito applicativo dei divieti imposti dalla normativa richiamata - di cui la Circolare n.6/2014- non costituisce che un atto “interno” di chiarimento, rivolto alle amministrazioni destinatarie-, in conformità all’art.14 delle preleggi, non possa estendersi oltre i casi espressamente contemplati (incarichi di studio e consulenza, incarichi dirigenziali, incarichi direttivi o cariche in organi di governo delle amministrazioni pubbliche)”, dovendosi disattendere lo stesso *nomen iuris* utilizzato dall’amministrazione quand’anche riconducibile a quelli vietati ogni qual volta l’effettivo contenuto della prestazione richiesta sia diverso da quelli tassativamente vietati²⁶.

Una soluzione, sul piano dell’efficienza, decisamente antieconomica, laddove si andrebbe a permettere al dirigente in quiescenza di svolgere incarichi di scarsa rilevanza o per i quali egli non ha specifica competenza, bloccando comunque per questa via il ricambio generazionale, ed impedendogli invece di svolgere funzioni che ancora sa ricoprire al meglio. Soluzione decisamente irragionevole, cui sarebbe stato allora preferibile un divieto assoluto di affidare un qualsivoglia incarico nella p.a ad un dipendente pubblico o privato posto in quiescenza.

Tanto è vero che la soluzione che pare consolidarsi sulla scia dell’evoluzione normativa che ha interessato il divieto non pare più quella mirante a salvaguardare il ricambio generazionale quanto quella di avvalersi del lavoratore in quiescenza, come visto anche per gli incarichi di vertice, in forma gratuita.

In questo modo oltre a frustrare l’esigenza che, all’origine la norma intendeva proteggere, si indulge all’attuale tendenza al risparmio e al contingentamento delle spese imposto soprattutto alle amministrazioni periferiche dall’ingente taglio di trasferimenti. E si generano anche ulteriori e diverse problematiche, *in primis* la maggiore esposizione al fenomeno corruttivo di soggetti che potrebbero essere indotti a ricercare *aliunde* il corrispettivo delle prestazioni rese alla p.a.

Quando al contrario dal punto di vista costituzionale (art.36) il principio retributivo dovrebbe trovare applicazione anche per il lavoratore in quiescenza, fatte salve le eventuali (ragionevoli) decurtazioni del trattamento pensionistico già in godimento.

4. Sugli incarichi conferibili a titolo oneroso ai lavoratori in quiescenza

Si è finora visto come la norma che interessa, si propone almeno originariamente di evitare che i dipendenti in quiescenza possano essere utilizzati al pari di quando erano in servizio con i medesimi incarichi dirigenziali adottando forme contrattuali di incarico professionale a titolo oneroso.

Questo fine assolve, come detto, al precetto che risulta da pronunce della Corte costituzionale che definiscono non lesive del persistente diritto al lavoro dei dipendenti

²⁶ Cfr. Tar Lazio, Sez. Terza Bis, sent. 12173 del 8 ottobre 2015, depositata in data 23/10/2015; v. anche Corte conti Sezione centrale del controllo di legittimità sugli atti del Governo e delle Amministrazioni dello Stato n. 23/2014. I due casi riguardavano contratti per la realizzazione dell’inventario dei costumi, coordinamento e realizzazione dei costumi di scena, ed un contratto d’opera per l’attività di falegname.

in quiescenza tali forme di reclutamento solo se improntate a finalità di interesse pubblico che risultino prioritarie nel bilanciamento di interessi²⁷.

Nella norma in questione tale finalità, non è solo enunciata genericamente come limite, lasciando all'interprete un certo margine, ma viene ulteriormente specificata mediante una casistica, sia pure a maglie larghe, in quanto relativa a categorie assai ampie.

Questo consente di individuare meglio almeno alcuni dei casi che sfuggono al divieto.

Abbiamo anche osservato come le norme che attengono alle ipotesi di inconferibilità qui esaminate abbiano riguardo più all'aspetto contenutistico dell'incarico che alla forma contrattuale prescelta per la sua attribuzione. Cosicché per individuare gli interstizi in cui sia possibile concludere per l'ammissibilità di un incarico retribuito al lavoratore in quiescenza deve senz'altro farsi riferimento alle ipotesi di incarico che, quanto al contenuto, si differenzino qualitativamente da quelle tassativamente vietate.

In particolare, per quanto riguarda il tipo di attività, colpendo il divieto quella di studi e di consulenza, sembra doversi ritenere consentita quella di assistenza, nei limiti in cui si diversifica, in primo luogo, linguisticamente, dalle altre due; vale a dire assistenza che non comporti studio o consulenza, attività caratterizzate, nelle note esplicative diramate dal Ministero per la semplificazione in data 4 dicembre 2014, in negativo, cioè come quelle che non *"presuppongono competenze specialistiche e rientrano nelle ipotesi di contratto d'opera intellettuale, di cui agli articoli 229 e seguenti del codice civile"*

Tale, parrebbe, la attività che si concreta nel dare supporto nella adozione di provvedimenti in applicazione di norme giuridiche che non presentino particolari difficoltà interpretative, richiedendo soltanto una adeguata conoscenza delle norme stesse, della giurisprudenza e della prassi applicativa, ivi comprese le istruzioni degli organi competenti.

Si pensi al ruolo dei così detti assistenti dei giudici costituzionali, incaricati di predisporre il materiale utile al giudice, in particolare a quello relatore sulla singola questione di costituzionalità; caso nel quale il destinatario del loro lavoro non ha certo bisogno della loro consulenza né di una particolare attività di studio che esuli dalla normale conoscenza del caso concreto e della normativa da applicare, oltre che dei precedenti.

Deve dunque ritenersi consentita la collaborazione alla normale attività amministrativa che non implica un ruolo direttivo che comporti supremazia nei confronti dei collaboratori aventi i medesimi compiti, nonché quella di revisione della stessa; in particolare la predisposizione di tutto quanto necessario alla adozione dei provvedimenti.

5. Conclusioni

L'attuale formulazione del divieto di conferimento a lavoratori pubblici e privati in quiescenza da parte delle pubbliche amministrazioni di cui all'art.5 comma 9 del

²⁷V. ex multis si veda almeno M. Cartabia, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in www.cortecostituzionale.it, 2013; A. Morrone, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001; L. Paladin, *Ragionevolezza*, in *Enc. Dir., Aggiornamento*, I, Milano, 1997, 899 ss.

d.L.95/2012²⁸, mostra, in definitiva, elementi di evidente contraddittorietà rispetto al fine che sin dagli anni 90 ne aveva suggerito l'adozione, ossia l'effettivo ricambio generazionale nella p.a. soprattutto negli incarichi di tipo direttivo/dirigenziale.

In parallelo, peraltro, risulta poco comprensibile il mancato divieto di cumulo di incarichi (previa autorizzazione) per il lavoratore non in quiescenza, poiché anche tale prassi costituisce un problema all'ingresso di forze nuove nella p.a. La diversa disciplina di tali situazione che viene così a prender forma determina, infatti, un'incomprensibile disparità di trattamento tra la tutela del diritto al lavoro del dipendente attivo rispetto a quella del lavoratore in quiescenza.

Non secondariamente, la sostituzione del principio della gratuità a quello della inconfirmità determina la possibilità di affidare *sine die* al lavoratore in quiescenza qualsiasi tipo di incarico diverso da quelli dirigenziali/direttivi, con effetti evidentemente opposti a quelli che ispirano il principio del *favor* per il ricambio generazionale nella p.a., di cui si è detto.

Problema, che invero, pare anche riguardare gli incarichi direttivi/dirigenziali dal momento che l'argine della durata massima annuale dell'incarico sembra in effetti poco solido; tale limitazione può essere variamente elusa ad esempio spostando periodicamente il lavoratore in quiescenza da amministrazione ad amministrazione diversa, affidando più incarichi nello stesso periodo, così come si è detto che lo stesso limite alla "proroga" e al "rinnovo" non costituiscono limiti assoluti ad una successiva o diversa utilizzazione del medesimo lavoratore in quiescenza.

Ulteriore punto critico della norma è rappresentato, infine, dall'ampia gamma di incarichi che sfuggono al divieto in cui rimane pur possibile affidare incarichi a soggetti in quiescenza a titolo oneroso.

Difatti, tale norma sembra poter indurre ad utilizzare il personale in quiescenza per incarichi per così dire minori e finanche sottodimensionati rispetto all'esperienza maturata nella vita lavorativa.

Cosicché, anche in questo caso, si finisce per perdere il valore aggiunto dell'esperienza consentendo invece che ad esempio *ex* dirigenti vengano (sotto)impiegati per funzioni che potrebbero essere ricoperte assumendo personale più giovane e non occupato (che potrebbe così fare esperienza), conseguendo il duplice obiettivo di

²⁸ "E' fatto divieto alle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165 del 2001, nonché alle pubbliche amministrazioni inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione, come individuate dall'Istituto nazionale di statistica (ISTAT) ai sensi dell'articolo 1, comma 2, della legge 31 dicembre 2009, n. 196 nonché delle autorità indipendenti ivi inclusa la Commissione nazionale per le società e la borsa (Consob) di attribuire incarichi di studio e di consulenza a soggetti già lavoratori privati o pubblici collocati in quiescenza. Alle suddette amministrazioni è, altresì, fatto divieto di conferire ai medesimi soggetti incarichi dirigenziali o direttivi o cariche in organi di governo delle amministrazioni di cui al primo periodo e degli enti e società da esse controllati, ad eccezione dei componenti delle giunte degli enti territoriali e dei componenti o titolari degli organi elettivi degli enti di cui all'articolo 2, comma 2-bis, del decreto-legge 31 agosto 2013, n. 101, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 ottobre 2013, n. 125. Gli incarichi, le cariche e le collaborazioni di cui ai periodi precedenti sono comunque consentiti a titolo gratuito. Per i soli incarichi dirigenziali e direttivi, ferma restando la gratuità, la durata non può essere superiore a un anno, non prorogabile né rinnovabile, presso ciascuna amministrazione. Devono essere rendicontati eventuali rimborsi di spese, corrisposti nei limiti fissati dall'organo competente dell'amministrazione interessata. Gli organi costituzionali si adeguano alle disposizioni del presente comma nell'ambito della propria autonomia. (comma modificato dall'art. 6, comma 1, legge n. 114 del 2014, poi dall'art. 17, comma 3, legge n. 124 del 2015)".



frustrare sia il valore di continuare a giovare delle qualità migliori del lavoratore in quiescenza sia l'esigenza del ricambio generazionale.