

IL RAPPORTO DI LAVORO NELLE SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE PUBBLICA. PROFILI APPLICATIVI DEL TUSP DLGS. 175/2016.

(di Tania De Antoniis)

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Profili storici. – 3 Ambito soggettivo di applicazione. – 4. Le fonti. – 5. Disposizioni in deroga alla disciplina privatistica. – 6. Considerazioni conclusive.

1. Introduzione. Il rapporto di lavoro alle dipendenze delle società partecipate appartiene a quella “zona grigia”, in cui si collocano una serie di rapporti che sono connotati da elementi pubblicistici ed elementi privatistici, non potendo ricondursi in modo univoco né al rapporto di pubblico impiego contrattualizzato, né al rapporto di lavoro privatistico. Questa commistione di elementi complica spesso la risoluzione delle controversie, in quanto non è facile individuare la normativa generale di riferimento e i principi da applicare al di là delle specifiche disposizioni legislative nazionali e regionali che disciplinano le singole fattispecie. Per questo è necessario, per le società partecipate, come anche per gli organismi che, come queste, non hanno una precisa collocazione nell’ambito pubblicistico o privatistico, cercare di individuare i principi generali elaborati dalla giurisprudenza di legittimità, dalla Corte costituzionale e dalla giurisprudenza comunitaria, che possano guidare nella soluzione delle controversie in assenza di una disposizione di legge specifica.

Trattasi, peraltro, di controversie sempre più diffuse, considerato il proliferare di enti “ibridi” in cui la partecipazione più o meno marcata di organismi connotati da elementi di pubblicità rende necessario la qualificazione dell’ente al fine di orientare l’interprete nella soluzione delle problematiche afferenti anche ai rapporti di impiego.

Solo per fornire un parametro di riferimento sulla diffusione del fenomeno va rilevato che dal report ISTAT pubblicato nel febbraio 2020¹ e relativo all’anno 2017 risulta che le imprese partecipate pubbliche attive erano oltre seimila con 847.000 addetti. Pur essendosi riscontrata una flessione del 18% rispetto al 2012, rimane in ogni caso un settore particolarmente esteso con forti investimenti pubblici. La maggiore concentrazione di addetti rimane nel Centro Italia dove è presente il 55,5% di addetti. Dal Rapporto ISTAT “Le partecipate pubbliche in Italia” del 30 dicembre 2020 emerge che le società partecipate pubbliche attive nel 2018 sono 6.085, operanti nel settore dell’industria e dei servizi (-4% rispetto al 2017), con un totale di 887.059 addetti (+4,7% rispetto al 2017). La dimensione media è di 146 addetti, valore che sale a 406 per le società per azioni. Le partecipate locali sono 4.240 e impiegano 415.243 addetti, corrispondenti al 46,8% del totale di riferimento. Le imprese a controllo pubblico sono 3.585, con un totale di 587.890 addetti e una dimensione media di 164 addetti².

Benché vi sia un programma di revisione delle partecipazioni pubbliche che prevede dismissioni e fusioni con riduzione del numero delle partecipate in ottemperanza al disposto dell’art. 24 d.lgs. 175/2016³, si tratta in ogni caso di una estesa platea di

¹ Reperibile in <https://www.istat.it/it/files/2020/02/Report-partecipate-pubbliche-2017.pdf>

² Relazione del 22.7.2021 della Camera dei deputati sulle società partecipate reperibile in <https://www.camera.it/temiap/documentazione/temi/pdf/1105323.pdf>.

³ Nella medesima relazione si legge che “Si segnala che la direzione VIII del MEF, responsabile del controllo dell’attuazione del Testo Unico, ha reso disponibile fino al 31 ottobre 2017 (fermo restando l’obbligo per le Amministrazioni di adottare i

dipendenti, spesso assunti con contratti flessibili illegittimi o ancora trasferiti da un ente all'altro con passaggio dal pubblico al privato o viceversa, per i quali la disciplina lavoristica applicabile non è sempre di semplice individuazione.

Tanto più che le società partecipate sono soltanto l'ultimo approdo di un'evoluzione non sempre lineare che connota le modalità di intervento dello Stato e degli enti pubblici nel mercato, con lo scontro di due esigenze fortemente contrapposte: da un lato creare organismi che assumendo la veste privatistica possano muoversi nel mercato in modo efficiente senza i vincoli della finanza pubblica, dall'altro non dismettere del tutto un controllo su tali organismi nei quali confluiscono spesso ingenti finanziamenti pubblici.

2. Profili storici⁴: Per una ricostruzione storica della materia che permetta di inquadrare le motivazioni e le circostanze della nascita delle partecipazioni statali occorre muovere i passi dal fenomeno degli enti pubblici economici, ossia di quegli enti che, secondo la definizione più tradizionale, svolgevano in via esclusiva o prevalente attività economica e che andavano assoggettati secondo il dettato dell'art. 2093 c.c. alla disciplina del codice civile (comma 1) salvo diversa disposizione di legge, mentre nel caso in cui l'ente pubblico svolgesse attività di impresa in via marginale si prevedeva che solo tale attività venisse sottoposta alla disciplina del codice civile (comma 2).

La disposizione codicistica emanata in pieno sistema corporativo individuava, dunque, gli enti pubblici economici sulla base del requisito formale dell'inquadramento nelle associazioni professionali (comma 1), dando comunque rilievo al requisito sostanziale dell'attività svolta nel caso di enti pubblici non economici che svolgessero in via marginale attività di impresa (comma 2). Il quadro codicistico veniva, poi, completato dal disposto dell'art. 2129 c.c. che, con riferimento agli enti pubblici in genere, dispone che si applichino le disposizioni del codice civile salva diversa disposizione di legge.

Tale ultimo articolo ha una particolare valenza nell'attuale sistema normativo, laddove a seguito della privatizzazione del pubblico impiego regolata da ultimo dal testo unico contenuto nel d.lgs. 165/2001 soltanto per gli enti individuati all'art. 1 comma 2 vi è una legge diversa che deroga al sistema codicistico, rimanendo valido per gli altri, tra cui indubbiamente vanno annoverati gli enti pubblici economici, il disposto dell'art. 2129 c.c.

Il fenomeno degli enti pubblici economici, che già all'epoca convivevano con holding pubbliche come l'Iri e l'Eni con partecipazione pubbliche in società per azioni, è stato in seguito oggetto di una massiccia privatizzazione con dismissioni totali o parziali attraverso un processo di riordino degli enti pubblici culminato nel d.lgs. 419/1999, recante il riordinamento degli enti pubblici nazionali. Tale fenomeno ha ridotto notevolmente il

provvedimenti motivati di ricognizione entro il termine del 30 settembre 2017 previsto dalla norma) un applicativo per la comunicazione dell'esito della ricognizione in merito alla revisione straordinaria delle partecipazioni dirette e indirette detenute al 23 settembre 2016 da parte delle amministrazioni pubbliche. Tale ricognizione si è conclusa il 10 novembre 2017. Secondo una prima analisi dei dati, le società a partecipazione diretta delle amministrazioni sono 4.701 e, secondo il Governo (per approfondimenti si veda il relativo comunicato stampa), circa una su tre di queste sarà interessata da interventi di dismissione. Nello specifico, il Governo evidenzia che: di 2.558 società in cui gli enti possiedono, singolarmente o nel loro complesso, la maggioranza del capitale, 747 sono le società interessate da procedure di dismissione e 118 le società oggetto di procedure di fusione; di 2.143 società in cui gli enti, nel loro complesso, non detengono la maggioranza del capitale, 785 sono le società da cui gli enti intendono uscire dalla compagine azionaria".

⁴ Per un *excursus* storico sulle quattro fasi dell'evoluzione che ha portato alle società partecipate, si veda F. CARINCI, *Rapporto di lavoro e società a partecipazione pubblica: l'evoluzione legislativa*, in Lav. dir. Europa n. 2/2018.

novero degli enti pubblici economici⁵, ampliando il numero delle società con partecipazioni pubbliche che agivano secondo regole privatistiche nell'ambito del mercato.

Appartengono a questa fase le figure delle aziende speciali che, benché prive di autonoma soggettività rispetto all'ente locale di riferimento, erano in ogni caso caratterizzate da una propria organizzazione di stampo privatistico, distinta dall'organizzazione tipicamente pubblicistica degli enti locali, con ampia libertà di azione, conferimento di pieni poteri deliberativi all'organo di vertice, massima semplificazione, attenuazione dei controlli e quasi completa autonomia patrimoniale, contabile e finanziaria. Per questo in alcune pronunce si è ritenuto che il rapporto di lavoro instaurato con i dipendenti dell'azienda speciale avesse connotati privatistici⁶.

Alle medesime conclusioni si è pervenuti per i rapporti di lavoro instaurati dalle società *in house* che per giurisprudenza costante sono connotate da tre elementi: capitale in mano ad enti pubblici, prevalente destinazione dell'attività in favore degli enti partecipanti, controllo dell'ente partecipante sugli organi di vertice della società; trattandosi di soggetti aventi forma del tutto privatistica che mantengono una soggettività autonoma rispetto all'ente pubblico di controllo, la regolamentazione del rapporto di lavoro rientra nell'ambito pienamente civilistico sia per gli aspetti funzionali ed estintivi che per gli aspetti genetici di esso, salvo la presenza di diverse disposizioni di legge regionale o statale⁷.

Il sistema connotato da una forte tendenza alla disciplina privatistica rimane fermo sino al 2008, allorquando con il DL 112/2008 convertito in legge 133/2008, il legislatore interviene sul fenomeno delle società partecipate introducendo elementi pubblicistici di controllo nell'ambito di un'operazione che mirava alla riduzione del debito pubblico. Di particolare rilievo, ai fini che qui interessano, visto che numerose pronunce della Suprema Corte fanno ancora riferimento alle disposizioni previgenti il testo unico del 2016, è l'art. 18, su cui vale la pena soffermarsi per illustrare le varie modifiche subite dalla norma che riguarda direttamente i rapporti di lavoro alle dipendenze delle società partecipate⁸.

⁵ Ad oggi gli enti pubblici economici secondo l'indicazione contenuta nelle norme istitutive sono: Agenzia Entrate – Riscossione definita ente pubblico economico dalla legge istitutiva d.lgs. 193/2016, ente strumentale dell'Agenzia delle Entrate; SIAE legge 633/1941 integrata dalla legge 2/2008; Agenzia Demanio d.lgs. 173/2003 (le altre agenzie fiscali rimangono nell'area ente pubblico non economico anche per il comparto di contrattazione stabilito dall'ARAN, con applicazione d.lgs. 29/93 e successive modifiche per il rinvio dell'art. 71 d.lgs. 300/1999); Ente Nazionale Risi RDL 1237/31.

⁶ Da ultimo Cass. 12 aprile 2021 n. 9568, con ampi richiami alla giurisprudenza precedente sulle aziende speciali (Cass. 7 agosto 1998 n. 7758 - negli stessi termini, fra le tante, Cass. n. 18 dicembre 1997 n. 12831; Cass. 3 dicembre 1996 n. 10796; Cass. 18 settembre 1978 n. 4153; Cass. 24 ottobre 1977 n. 4561), che affronta il fenomeno della reinternalizzazione del servizio e la rilevanza in tale caso delle selezioni effettuate dall'azienda speciale che, essendo esercizio di un potere privatistico, non poteva ritenersi soddisfare l'obbligo di assunzione tramite concorsi pubblici richiesta per l'accesso al pubblico impiego (Cass. 8 agosto 1998 n. 7810; Cass. 3 dicembre 1996 n. 10796; Cass. 26 febbraio 1996 n. 1491; Cass. 25 ottobre 1993 n. 10604).

⁷ Sulle caratteristiche individuanti una società *in house*, si veda Cass. 9 luglio 2014 n. 15594, mentre con specifico riferimento alla disciplina del rapporto di lavoro si veda la più recente Cass. 11 giugno 2020 n. 11265, nonché Cass. 21 gennaio 2022 n. 1885, che, partendo dalla disciplina privatistica del rapporto di lavoro con i dipendenti della società *in house*, rileva la presenza di una legge regionale specifica che impone la regola del concorso per l'assunzione prima del DL 112/2008 desumendo da ciò il divieto di conversione del contratto a tempo determinato con termine illegittimo.

⁸ L'individuazione della disposizione normativa vigente *ratio temporis* è particolarmente importante per risolvere le controversie in ordine alla possibilità di conversione del contratto di lavoro a tempo determinato con termine illegittimo. Secondo il costante orientamento della Corte di Cassazione per individuare la normativa applicabile occorre fare riferimento alla normativa vigente alla data della stipulazione del contratto e non a quella in vigore al momento della pronuncia che dichiara la nullità, perché la conversione del rapporto è la conseguenza del vizio attinente all'apposizione del termine e pertanto, sia ai fini della decisione sulla legittimità della clausola sia in relazione agli effetti che dall'illegittimità derivano, l'*actum* al quale occorre fare riferimento per individuare la legge applicabile è quello posto in essere dalle parti (Cass. 18 novembre 2009 n. 24330, richiamata da Cass. 17 settembre 2020 n. 19418, sulle fondazioni lirico-sinfoniche).

Va rilevato che con tale disposizione il legislatore ha tentato di introdurre un elemento di controllo sulle società partecipate, agendo sul momento costitutivo del rapporto di lavoro ed introducendo una disposizione che richiamava quelle norme sul pubblico impiego (in particolare l'art. 35 d.lgs. 165/2001), che davano piena attuazione al disposto dell'art. 97 Cost, per il quale “agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge”⁹.

Trattasi di una modifica non di poco conto, in quanto la previsione dell'accesso all'impiego nel rispetto della regola della concorsualità ha notevoli ripercussioni sulla disciplina dell'intero rapporto di lavoro in materia di accesso alle mansioni superiori, conversione dei contratti a tempo determinato con illegittima apposizione del termine finale, possibilità di trasferimento ad altri enti, solo per citare alcuni istituti.

Nella sua formulazione originaria (periodo di vigenza 25.6.2008-4.8.2009) l'art. 18¹⁰, come risultante dalla legge di conversione, sanciva che le società che gestivano servizi pubblici locali a totale partecipazione pubblica dovessero attenersi a modalità di reclutamento del personale rispettose dei principi di cui al comma 3 dell'art. 35 d.lgs. 165/2001 (comma 1) e che le altre società a partecipazione pubblica totale o di controllo dovessero comunque rispettare i principi, anche di origine comunitaria, di trasparenza, pubblicità e imparzialità (comma 2), precisando che tali disposizioni non si applicavano alle società quotate nei mercati regolamentati (comma 3).

Con DL 78/2009, convertito legge 102/2009 veniva introdotto il comma 2 bis¹¹ (nella formulazione vigente dal 5.8.2009 al 31.12.2013) che chiariva che i divieti o le

⁹ Sul punto si veda Cass. 16 dicembre 2021 n. 40399, che esaminando in modo approfondito il fondamento dell'accesso al pubblico impiego tramite procedure concorsuali ha evidenziato che la Corte Costituzionale da tempo ha escluso la possibilità di costituzione di rapporti di impiego con le pubbliche amministrazioni al di fuori delle regole previste per il reclutamento fondando tale assunto non solo sul principio dell'accesso per concorso, ma anche sui canoni dell'efficienza e del buon andamento della P.A.; si legge nella pronuncia della Suprema Corte che “si è precisato che il reclutamento nelle amministrazioni pubbliche «non può rendersi indipendente dalla preventiva e condizionante valutazione dell'oggettiva necessità di personale per l'esercizio di pubbliche funzioni (sentenza n. 205 del 1996): una valutazione che, nel rispetto del principio di legalità (sentenza n. 728 del 1988), si esprime di norma, in relazione alle esigenze permanenti, connesse alle funzioni istituzionali dell'ente, attraverso le procedure previste per la definizione dell'organico e l'eventuale determinazione di nuovi posti da coprire con dipendenti di ruolo...La carenza di una previa valutazione delle esigenze funzionali, infatti, finirebbe per incrementare inutilmente e quindi irragionevolmente il numero dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni e per subordinare l'interesse pubblico a quello del personale, con ciò venendosi a determinare quell'inversione di priorità che questa Corte, in diverse circostanze, ha già ritenuto lesiva dell'art. 97 della Costituzione (ad es., sentenze nn. 205 del 1996, 484 del 1991, 1 del 1989 e 123 del 1968, nonché, a contrario, 477 del 1995 e 250 del 1993), anche indipendentemente dalla recente legislazione statale di principio sull'impiego pubblico, la quale dei sopra indicati principi costituzionali costituisce una puntualizzazione» (Corte Cost. n. 59 del 1997).

¹⁰ Art. 18 (periodo di vigenza 25.6.2008-4.8.2009): 1. A decorrere dal sessantesimo giorno successivo all'entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto-legge, le società che gestiscono servizi pubblici locali a totale partecipazione pubblica adottano, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi di cui al comma 3 dell'articolo 35 del decreto legislativo n. 165 del 2001.

2. Le altre società a partecipazione pubblica totale o di controllo adottano, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi, anche di derivazione comunitaria, di trasparenza, pubblicità e imparzialità.

3. Le disposizioni di cui al presente articolo non si applicano alle società quotate su mercati regolamentati.

¹¹ Art. 18 comma 2 bis (vigenza 5.8.2009-31.12.2013): 2-bis. Le disposizioni che stabiliscono, a carico delle amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, divieti o limitazioni alle assunzioni di personale si applicano, in relazione al regime previsto per l'amministrazione controllante, anche alle società a partecipazione pubblica locale totale o di controllo che siano titolari di affidamenti diretti di servizi pubblici locali senza gara, ovvero che svolgano funzioni volte a soddisfare esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale né commerciale, ovvero che svolgano attività nei confronti della pubblica amministrazione a supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione, come individuate dall'Istituto nazionale di statistica (ISTAT) ai sensi del comma 5 dell'articolo 1 della

limitazioni alle assunzioni previste per l'amministrazione controllante si estendevano anche alla società controllata qualora vi fosse una partecipazione pubblica locale totale o di controllo e vi fosse l'affidamento diretto senza gara di servizi pubblici locali o comunque lo svolgimento di funzioni atte a soddisfare esigenze di interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale ovvero attività di supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica inserite nel conto economico consolidato della p.a.

Ulteriore estensione della disposizione di cui al comma 2 bis¹² si ha con la legge finanziaria 23.12.2013 n. 147 (periodo di vigenza 1.1.2014-23.6.2014) che estende la disposizione alle aziende speciali, alle istituzioni e alle società partecipate dalle pubbliche amministrazioni locali indicate nell'elenco di cui all'articolo 1, comma 3, della legge 31 dicembre 2009, n. 196, con possibilità di esclusione da parte degli enti locali di singole aziende speciali e istituzioni aventi ad oggetto servizi socio assistenziali ed educativi, culturali e alla persona (ex IPAB) e farmacie, pur con l'obbligo di garantire obiettivi di risparmio e contenimento della spesa del personale.

Da ultimo il DL 66/2014, come successivamente convertito in legge 19 agosto 2014 ha nuovamente riformulato la disposizione di cui al comma 2 bis¹³, escludendo del tutto

legge 30 dicembre 2004, n. 311. Le predette società adeguano inoltre le proprie politiche di personale alle disposizioni vigenti per le amministrazioni controllanti in materia di contenimento degli oneri contrattuali e delle altre voci di natura retributiva o indennitaria e per consulenze. Con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con i Ministri dell'interno e per i rapporti con le regioni, sentita la Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, e successive modificazioni, da emanare entro il 30 settembre 2009, sono definite le modalità e la modulistica per l'assoggettamento al patto di stabilità interno delle società a partecipazione pubblica locale totale o di controllo che siano titolari di affidamenti diretti di servizi pubblici locali senza gara, ovvero che svolgano funzioni volte a soddisfare esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale né commerciale, ovvero che svolgano attività nei confronti della pubblica amministrazione a supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica.

¹² Art. 18 comma 2 bis (vigenza 1.1.2014-23.6.2014): Le disposizioni che stabiliscono, a carico delle amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, divieti o limitazioni alle assunzioni di personale si applicano, in relazione al regime previsto per l'amministrazione controllante, anche alle aziende speciali, alle istituzioni e alle società a partecipazione pubblica locale totale o di controllo che siano titolari di affidamenti diretti di servizi senza gara, ovvero che svolgano funzioni volte a soddisfare esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale né commerciale, ovvero che svolgano attività nei confronti della pubblica amministrazione a supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione, come individuate dall'Istituto nazionale di statistica (ISTAT) ai sensi del comma 5 dell'articolo 1 della legge 30 dicembre 2004, n. 311. Si applicano, altresì, le disposizioni che stabiliscono, a carico delle rispettive pubbliche amministrazioni locali, obblighi di contenimento degli oneri contrattuali e delle altre voci di natura retributiva o indennitaria e per consulenze, attraverso misure di estensione al personale dei soggetti medesimi della vigente normativa in materia di vincoli alla retribuzione individuale e alla retribuzione accessoria. A tal fine, su atto di indirizzo dell'ente controllante, nella contrattazione di secondo livello è stabilita la concreta applicazione dei citati vincoli alla retribuzione individuale e alla retribuzione accessoria, fermo restando il contratto nazionale di lavoro vigente alla data di entrata in vigore della presente disposizione. Fermo restando quanto previsto dall'articolo 76, comma 7, del presente decreto, le società che gestiscono servizi pubblici locali a rilevanza economica sono escluse dall'applicazione diretta dei vincoli previsti dal presente articolo. Per queste società, l'ente locale controllante, nell'esercizio delle prerogative e dei poteri di controllo, stabilisce modalità e applicazione dei citati vincoli assunzionali e di contenimento delle politiche retributive, che verranno adottate con propri provvedimenti. Fermo restando quanto previsto dall'articolo 76, comma 7, del presente decreto, gli enti locali di riferimento possono escludere, con propria motivata deliberazione, dal regime limitativo le assunzioni di personale per le singole aziende speciali e istituzioni che gestiscono servizi socio-assistenziali ed educativi, scolastici e per l'infanzia, culturali e alla persona (ex IPAB) e le farmacie, fermo restando l'obbligo di garantire il raggiungimento degli obiettivi di risparmio e di contenimento della spesa di personale.

¹³ Art. 18 comma 2 bis vigente ad oggi: Le aziende speciali, le istituzioni e le società a partecipazione pubblica locale totale o di controllo si attengono al principio di riduzione dei costi del personale, attraverso il contenimento degli oneri contrattuali e delle assunzioni di personale. A tal fine l'ente controllante, con proprio atto di indirizzo, tenuto anche conto delle disposizioni che stabiliscono, a suo carico, divieti o limitazioni alle assunzioni di personale, definisce, per ciascuno dei soggetti di cui al precedente periodo, specifici criteri e modalità di attuazione del principio di contenimento dei costi del personale, tenendo conto del settore in cui ciascun soggetto opera. Le aziende speciali, le istituzioni e le società a partecipazione pubblica locale totale o di controllo adottano tali indirizzi con propri provvedimenti e, nel caso del

aziende speciali e istituzioni aventi ad oggetto servizi socio assistenziali, educativi, ex IPAB e farmacie e disciplinando anche l'ipotesi delle aziende multiservizi.

La disciplina sinora descritta e relativa alla terza fase della riorganizzazione dell'intervento dello Stato nell'economia è rimasta in vigore sino a che la legge n. 124/2015, cd. Legge Madia, ha dato delega al governo di riorganizzare la materia.

Nasce così il Testo Unico sulle società partecipate che ha lasciato in vigore il comma 2 bis dell'art. 18 sopra esaminato unicamente per le aziende speciali e le istituzioni ai sensi dell'art. 27 comma 1 d.lgs. 175/2016, prevedendo al contrario un nuovo regime di assunzioni nelle società a controllo pubblico ai sensi dei commi 5, 6, 7 dell'art. 19 d.lgs. 175/2016 e disciplinando, altresì, ulteriori aspetti dei rapporti di lavoro alle dipendenze delle società partecipate, ad esempio relativamente alla mobilità e alle procedure di gestione delle eccedenze di personale.

L'esigenza di una revisione organica della materia è nata a fronte di una stratificazione normativa che a partire dal 2007 ha visto il legislatore estendere alle società a controllo pubblico una serie di disposizioni in modo del tutto disorganico in vari testi normativi per lo più legati al contenimento della spesa pubblica¹⁴.

Il Testo Unico del 2016 si articola sostanzialmente in quattro parti:

- disposizioni introduttive che indicano l'oggetto e l'ambito di applicazione (art. 1) fornendo le definizioni (art. 2) e l'individuazione delle tipologie di società in cui è ammessa la partecipazione pubblica (art. 3), con particolari disposizioni dedicate alle società in house (art. 16), alle società miste pubblico-private (art. 17) e al procedimento di quotazione di società controllate nei mercati regolamentari (art. 18);

- disposizioni che stabiliscono modalità, limiti e condizioni per la costituzione, il mantenimento e l'alienazione delle partecipazioni pubbliche (artt. da 4 a 10);

- disposizioni in materia di organi di amministrazione e di controllo delle società a controllo pubblico (art. da 11 a 15);

- disposizioni finalizzate a favorire una gestione economica ed efficiente con procedure di razionalizzazione e revisione (artt. 20 e 24), disposizioni specifiche di gestione del personale (artt. 19 e 25), disposizioni finanziarie per le partecipate degli enti locali (art. 21) e di promozione della trasparenza (art. 22).

Il Testo unico si chiude, poi, con le previsioni transitorie (art. 26), le norme di coordinamento con la legislazione vigente con una particolare disposizione per le regioni a statuto speciale (artt. 23 e 27) e le disposizioni abrogative (art. 28).

contenimento degli oneri contrattuali, gli stessi vengono recepiti in sede di contrattazione di secondo livello (...)). Le aziende speciali e le istituzioni che gestiscono servizi socio-assistenziali ed educativi, scolastici e per l'infanzia, culturali e alla persona (ex IPAB) e le farmacie sono escluse dai limiti di cui al precedente periodo, fermo restando l'obbligo di mantenere un livello dei costi del personale coerente rispetto alla quantità di servizi erogati. Per le aziende speciali cosiddette multiservizi le disposizioni di cui al periodo precedente si applicano qualora l'incidenza del fatturato dei servizi esclusi risulti superiore al 50 per cento del totale del valore della produzione.

¹⁴ Si veda al riguardo A. MARESCA, *Il lavoro alle dipendenze delle società a controllo pubblico*, in Federalismi.it, reperibile in <https://www.federalismi.it/AppOpenFilePDF.cfm?artid=37057&dpath=document&dfile=07092018173943.pdf&content=Il%2Blavoro%2Balle%2Bdipendenze%2Bdelle%2Bsociet%C3%A0%2Ba%2Bcontrollo%2Bpubblico%2B%2D%2Bstato%2B%2D%2Bdottrina%2B%2D%2B>, il quale afferma in modo critico che da tale tecnica legislativa si è generato un effetto alone che ha portato alla convinzione che vi fosse nel nostro ordinamento una sorta di estensione automatica al personale delle partecipate delle disposizioni vigenti per il personale delle pubbliche amministrazioni, sovvertendo il rapporto di regola ed eccezione che sussisteva tra diritto privato e diritto pubblico. Nel senso di questa tendenziale assimilazione desunta dall'art. 18 DL. 112/2008 si veda anche Cass. 9 settembre 2016 n. 17845 in tema di opposizione a sanzione amministrativa ex art. 53 comma 9 d.lgs. 165/2001 emessa nei confronti del Gruppo Torinese Trasporti s.p.a., su cui si veda *infra*, nota n. 42.

In questa relazione ci concentreremo sulla disciplina dei rapporti di lavoro alle dipendenze delle società partecipate, come risultante dal combinato disposto degli artt. 1, 19 e 25, con particolare riferimento all'ambito soggettivo di applicazione, all'individuazione delle fonti e al ruolo della contrattazione anche con riferimento ai limiti retributivi, alle modalità di accesso all'impiego e alle sue ricadute, alle procedure di mobilità.

3. Ambito soggettivo di applicazione. L'art. 1 individua le società destinatarie del testo unico (utilizzando una specifica terminologia che viene chiarita nelle definizioni di cui all'art. 2 del medesimo testo unico) nelle società partecipate in modo totale o parziale, sia a partecipazione diretta¹⁵ che a partecipazione indiretta¹⁶, facendo comunque salve le specifiche disposizioni di leggi o regolamenti relativi a società a partecipazione pubblica¹⁷ di diritto singolare costituite per l'esercizio della gestione di servizi di interesse generale¹⁸ o di interesse economico generale¹⁹ o per il perseguimento di una specifica missione di pubblico interesse, nonché quelle relative ad enti associativi diversi dalle società e a

¹⁵ Ai sensi dell'art. 2 comma 1 lettera f) la partecipazione diretta consiste ne "la titolarità di rapporti comportanti la qualità di socio in società o la titolarità di strumenti finanziari che attribuiscono diritti amministrativi".

¹⁶ Ai sensi dell'art. 2 comma 1 lettera g) la partecipazione indiretta si ha nel caso in cui sussista "la partecipazione in una società detenuta da un'amministrazione pubblica per il tramite di società o altri organismi soggetti a controllo da parte della medesima amministrazione pubblica".

¹⁷ Ai sensi dell'art. 2 comma 1 lettera n) le società a partecipazione pubblica sono "le società a controllo pubblico, nonché le altre società partecipate direttamente da amministrazioni pubbliche o da società a controllo pubblico". Il controllo pubblico viene definito alla lettera m) in combinato disposto con la lettera b) che lo identifica nella "situazione descritta nell'articolo 2359 del codice civile, nel caso in cui il controllo sia esercitato da amministrazioni pubbliche. 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". Da tali società si distinguono le società in house definite dall'art. 2 comma 1 lettera o) come "le società sulle quali un'amministrazione esercita il controllo analogo o più amministrazioni esercitano il controllo analogo congiunto, nelle quali la partecipazione di capitali privati avviene nelle forme di cui all'articolo 16, comma 1, e che soddisfano il requisito dell'attività prevalente di cui all'articolo 16, comma 3". Il controllo analogo secondo la lettera c) del medesimo comma è "la situazione in cui l'amministrazione esercita su una società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, esercitando un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della società controllata. Tale controllo può anche essere esercitato da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall'amministrazione partecipante", mentre il controllo analogo congiunto ai sensi della lettera d) è la situazione in cui l'amministrazione esercita congiuntamente con altre amministrazioni su una società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi. La suddetta situazione si verifica al ricorrere delle condizioni di cui all'articolo 5, comma 5, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50".

¹⁸ Ai sensi dell'art. 2 comma 1 lettera h) del TUSP sono servizi di interesse generale "le attività di produzione e fornitura di beni o servizi che non sarebbero svolte dal mercato senza un intervento pubblico o sarebbero svolte a condizioni differenti in termini di accessibilità fisica ed economica, continuità, non discriminazione, qualità e sicurezza, che le amministrazioni pubbliche, nell'ambito delle rispettive competenze, assumono come necessarie per assicurare la soddisfazione dei bisogni della collettività di riferimento, così da garantire l'omogeneità dello sviluppo e la coesione sociale, ivi inclusi i servizi di interesse economico generale".

¹⁹ Ai sensi dell'art. 2 comma 1 lettera i) sono servizi di interesse economico generale "i servizi di interesse generale erogati o suscettibili di essere erogati dietro corrispettivo economico su un mercato".

fondazioni²⁰. Con riferimento, poi, alle società quotate²¹ e alle società da queste controllate si precisa che le disposizioni si applicano solo ove espressamente richiamate.

È utile soffermarsi a tale riguardo sulla definizione che l'art. 2 dà di pubbliche amministrazioni, affermando alla lettera a) che “ai fini del presente decreto” per amministrazioni pubbliche si intendono “le amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165 del 2001, i loro consorzi o associazioni per qualsiasi fine istituiti, gli enti pubblici economici e le autorità di sistema portuale²²”.

La disposizione è stata di recente richiamata dalle Sezioni Unite nella pronuncia n. 10244/2021, allorquando ha dovuto affrontare il problema dell'individuazione della natura giuridica dell'ANCI al fine di statuire sulla giurisdizione del giudice ordinario o del giudice amministrativo.

La pronuncia si colloca nel solco dell'elaborazione giurisprudenziale dei criteri per la distinzione di soggetti pubblici da soggetti privati, tematica che indubbiamente interessa anche l'ambito di applicazione del TUSP, tenuto conto che in tanto le società partecipate sono sottoposte alla disciplina in esso prevista in quanto forme di partecipazione o controllo siano in capo a pubbliche amministrazioni come definite dall'art. 2 in esame.

Il criterio distintivo fondamentale ricordato anche dalle Sezioni Unite lega necessariamente l'individuazione di un ente pubblico ad una disposizione di legge. Come già ricordato da una serie di pronunce della Suprema Corte relative all'ente IPI (tra le altre Cass. n. 28409/2020²³), l'interpretazione dottrinale e giurisprudenziale, partendo dal

²⁰ Tra le fondazioni disciplinate da disposizioni specifiche si ricordano in particolare le fondazioni lirico sinfoniche le quali hanno conosciuto un'evoluzione della disciplina che le ha portate da una qualificazione pubblicistica ad una disciplina specialistica. Si ricorda a tale fine che la legge 800/67 definiva le fondazioni lirico sinfoniche come enti autonomi con personalità di diritto pubblico, rientranti dunque nell'ambito del pubblico impiego. In seguito, il DL 374/1987 conv. Legge 450/1987 estende alle fondazioni l'applicazione della disciplina lavoro degli enti pubblici economici solo per profili economici, non per quelli processuali vista la natura pubblicistica del datore di lavoro (Cass. S.U. 15 luglio 1993 n. 7834). Infine, a decorrere dal 23.5.1998 (si veda al riguardo l'impianto normativo su cui hanno inciso d.lgs. 367/1996, DL 345/2000 conv. legge 6/2001, DL 64/2010) le fondazioni lirico sinfoniche diventano fondazioni di diritto privato ma con natura pubblicistica (Corte Cost. 153/2011), si esclude l'applicazione delle norme sul pubblico impiego (Cass. 22 febbraio 2005 n. 3360), riportando dunque la disciplina del rapporto di lavoro nell'ambito privatistico, salvo disposizioni specifiche che escludono l'applicazione di alcune norme di diritto privato in materia di contratto a termine e conversione in caso di apposizione di termine illegittimo.

²¹ Ai sensi dell'art. 2 comma 1 lettera p) del TUSP sono società quotate “le società a partecipazione pubblica che emettono azioni quotate in mercati regolamentati; le società che hanno emesso, alla data del 31 dicembre 2015, strumenti finanziari, diversi dalle azioni, quotati in mercati regolamentati”.

²² Il richiamo alle autorità portuali è necessitato dalla complessità della vicenda qualificatoria che ha interessato tali enti. Da un primo orientamento che aveva qualificato le autorità portuali come enti pubblici economici per i compiti assegnati di natura imprenditoriale e per la disciplina privatistica del rapporto di lavoro con i dipendenti (Cass. 28 ottobre 1998 n. 10729, 14 ottobre 2000 n. 13729, 3 luglio 2004 n. 12232, 29 agosto 2012 n. 14703), si è passati ad una qualificazione come ente pubblico non economico sulla base dei profili sostanziali che emergevano dalla disciplina della legge istitutiva n. 84/1994 (mancanza di finalità di lucro, regolazione e controllo di servizi più che produzione e scambio). Si è, infine, giunti alla definizione formale di ente pubblico non economico nella legge 296/2006 art. 1 comma 993, cui si sono aggiunti poi vincoli pubblicistici anche nella disciplina del rapporto di lavoro dal 31.8.2016 con il d.lgs. 169/2016, che, modificando l'art. 6 legge 84/1994, introduce la necessità di procedure selettive (art. 6 comma 6), mantenendo comunque una disciplina privatistica del rapporto di lavoro (art. 10 comma 6).

²³ La pronuncia Cass. 14 dicembre 2020 n. 28409 è la prima ad affrontare la problematica della natura giuridica dell'Istituto di programmazione industriale, ente sottoposto alla vigilanza del Ministero dello Sviluppo Economico, che aveva subito una riorganizzazione a seguito di modifiche statutarie introdotte il 13.11.2008, con fuoriuscita dei soci di natura privata dalla compagine associativa; vi era poi stato l'art. 7 comma 20 DL 78/2010, che, nel procedere alla soppressione di alcuni enti definiti pubblici, aveva previsto anche la soppressione dell'IPI, con espressa disposizione di passaggio al MISE del personale assunto a tempo indeterminato. La sentenza fa un'accurata ricostruzione della normativa che aveva interessato lo IASM prima e l'IPI dopo, rilevando che da essa si poteva desumere la qualificazione pubblicistica del secondo ente anche in assenza di espressa istituzione in tal senso. Per tale ragione ha ritenuto non accoglibile la domanda di conversione dei contratti a termine e di collaborazione intercorsi con l'IPI al fine della costituzione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato con il MISE cui il personale assunto a tempo indeterminato era stato trasferito a seguito della soppressione dell'ente.

disposto dell'art. 97 comma 2 Cost. per il quale "i pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge" e dell'art. 4 legge 70/1975 per il quale "nessun ente pubblico può essere istituito o riconosciuto se non per legge"²⁴, è andata, con il tempo, nella direzione di consentire l'individuazione di enti pubblici non solo in presenza di una diretta istituzione 'per legge' ("istituzione in concreto"), ma anche in presenza di una istituzione 'in base alla legge' ("configurazione astratta"). Ciò evidentemente non vuol dire affermare che è possibile un'istituzione di fatto di un ente pubblico, ma semplicemente che la qualificazione normativa può essere desunta dal trattamento giuridico che il legislatore ha riservato ad un determinato soggetto.

Come ben sappiamo la giurisprudenza nel tempo ha elaborato una pluralità di criteri per affermare la natura pubblica o privata di un ente, valorizzando di volta in volta norme relative all'attribuzione di poteri e prerogative analoghe a quelle degli enti pubblici con controllo da parte dell'ente di riferimento analogo a quello esercitato sui propri organi²⁵, alla presenza di finanziamenti pubblici²⁶, che si accompagnano solitamente al controllo della Corte dei Conti²⁷, alla partecipazione alle finalità istituzionali dell'ente pubblico di riferimento²⁸ o comunque allo svolgimento di attività volta a soddisfare esigenze di interesse generale²⁹ o a tutelare valori costituzionalmente protetti³⁰; alla previsione del patrocinio a cura dell'Avvocatura di Stato³¹; all'inclusione nel novero degli enti soggetti al d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, recante Codice dei contratti pubblici³².

La difficoltà definitoria degli enti pubblici (e ancor di più della distinzione tra enti pubblici economici ed enti pubblici non economici) emerge palese dalla pronuncia a Sezioni Unite 20684/2018 riguardante la qualificazione delle aziende speciali³³. È interessante notare che tale pronuncia a Sezioni Unite come anche la più recente n. 10244/2021 relativa all'ANCI, non riguardino controversie di lavoro, il che denota l'importanza della tematica che stiamo affrontando nei vari ambiti giuridici e non unicamente nell'ambito del diritto del lavoro.

²⁴ Cass. 16 dicembre 2021 n. 40399, che si colloca nel filone della giurisprudenza di legittimità che si è espressa sulla natura giuridica dell'IPI, ha espressamente escluso che potesse essere stata una disposizione statutaria (ed in particolare le modifiche introdotte il 13.11.2008) ad attribuire all'IPI la natura pubblica.

²⁵ Cass. 26 luglio 2007, n. 16600, ma contra Cass. 22 febbraio 2019, n. 5346, per la quale la presenza di un controllo analogo nell'ambito delle società partecipate da ente pubblico non esclude la natura privata di queste con conseguente assoggettabilità al fallimento.

²⁶ L'assenza di finanziamenti pubblici non sempre assume valenza determinante, ben potendo questi essere sostituiti da contributi che assumono valenza latamente tributaria (T.a.r. Lazio 24 settembre 2015, n. 11392 in tema di qualificazione come ente pubblico dei Consigli degli ordini degli Avvocati).

²⁷ Corte cost. 21 aprile 2011, n. 153, richiamata da Cass. 21 novembre 2018, n. 30118 in tema di fondazioni lirico sinfoniche.

²⁸ Cass. 14 dicembre 2020, n. 28409.

²⁹ Corte cost. 21 aprile 2011, n. 153, richiamata da Cass. 21 novembre 2018, n. 30118 sulle fondazioni lirico sinfoniche. Nell'individuazione di una finalità pubblica può essere utile tenere presenti le sette macroaree in cui sono raggruppati gli enti pubblici nella l. n. 70 del 1975.

³⁰ Cass. 17 maggio 2018, n. 12108 sulle fondazioni lirico sinfoniche.

³¹ Corte cost. 21 aprile 2011, n. 153 e Cass. 21 novembre 2018, n. 30118 sulle fondazioni lirico sinfoniche.

³² Corte cost. 21 aprile 2011, n. 153.

³³ Si ricorda che secondo l'impianto della legge 142/1990 l'azienda speciale è un ente strumentale dell'ente locale, dotata di giuridica personalità, di autonomia imprenditoriale e di proprio statuto, approvato dal consiglio dell'ente locale; al pari dell'istituzione, deve informare la sua attività a criteri di efficacia, efficienza ed economicità, con l'obbligo del pareggio di bilancio, da perseguire attraverso l'equilibrio di costi e di ricavi, compresi tra questi i trasferimenti; è retta da un proprio statuto, a differenza dell'istituzione, che è governata dallo statuto del medesimo ente, il quale ultimo in entrambi i casi conferisce il capitale di dotazione, determina le finalità e gli indirizzi, approva gli atti fondamentali, esercita la sorveglianza e verifica i risultati della gestione, coprendo gli eventuali costi sociali.

Orbene, le Sezioni Unite nel 2018, dovendo “stabilire se la volontà contrattuale delle aziende speciali partecipate dallo Stato o dagli enti pubblici debba (o meno) essere necessariamente trasfusa in forma scritta”, hanno dato atto della mancanza di univocità delle soluzioni offerte dalla giurisprudenza e dagli interpreti, i quali, a seconda della accentuazione della strumentalità dell’azienda rispetto alle finalità dell’ente di riferimento o, al contrario, della natura economica dell’attività esercitata dall’azienda speciale, giungono a conclusioni opposte in ordine alla soggezione di quest’ultima al regime proprio degli enti pubblici economici o a quello degli enti pubblici non economici. Dopo aver ricostruito gli opposti orientamenti, le Sezioni Unite riconoscono che invero l’azienda speciale costituisce una figura a struttura composita o ibrida, caratterizzata dall’evidente compresenza e dalla reciproca interazione di elementi marcatamente pubblicistici e pienamente privatistici: in particolare, la Suprema Corte evidenzia la coesistenza della stretta funzionalizzazione agli scopi dell’ente locale, attuata però in forme indirette o di controllo generale e mai con immediato intervento sulle scelte di politica economica ed imprenditoriale e meno che mai sui singoli atti di gestione di questa, con l’autonomia derivante non solo dall’evidente alterità soggettiva rispetto all’ente locale, ma soprattutto dalla libertà - almeno originaria e tendenziale - di quelle scelte, propria di ogni imprenditore in quanto tale³⁴. E nell’ambito dell’attività negoziale ordinaria, che costituisce la ragion d’essere dell’azienda speciale, tenuto conto della natura imprenditoriale dei beni e servizi che le sono affidati, le Sezioni Unite ritengono che, a prescindere dalla qualificazione dell’azienda speciale come ente pubblico economico o come ente pubblico non economico, non vi è alcun vincolo di forma imposto per l’attività contrattualistica. Precisano a tale fine che “il suo inserimento funzionale nella stessa organizzazione della pubblica amministrazione degrada a mero unilaterale presupposto delle determinazioni alla contrattazione e non può allora imporre - salva ovviamente un’eventuale disciplina speciale per determinate categorie di contratti, come nel caso del codice dei contratti pubblici, non applicabile però *ratione temporis* alla fattispecie - le forme garantistiche a tutela della pubblica amministrazione nel momento in cui persegue direttamente i fini suoi istituzionali ed in ambito *lato sensu* autoritativo”, dovendo tra l’altro considerarsi “le esigenze di tutela delle controparti, che legittimamente si attendono - in difetto di norme chiare in senso contrario - di potere contrattare liberamente con l’imprenditore che si trovano davanti ed in applicazione dei principi generali sulla tendenziale o normale libertà delle forme negoziali”.

La mancanza di univocità di soluzioni viene ugualmente ribadita dalla recente pronuncia sempre a Sezioni Unite n. 10244/2021 sulla natura giuridica dell’ANCI ai fini dell’individuazione della giurisdizione del giudice ordinario o del giudice amministrativo nell’ambito di una controversia avente ad oggetto l’impugnazione della convocazione dell’assemblea regionale e del successivo verbale di nomina dei componenti del coordinamento regionale.

Anche in tale caso la pronuncia evidenzia che i criteri del fine, del regime di controlli e del rapporto con la finanza pubblica, elaborati dalla giurisprudenza per distinguere l’ente pubblico dall’ente privato, non sono di per sé esaustivi e tutti mantengono un alto tasso

³⁴ Anche di recente la Suprema Corte ha affrontato la problematica dell’individuazione della normativa applicabile alle aziende speciali, evidenziando l’autonomia organizzativa e decisionale rispetto all’ente locale e la conseguente natura prettamente privatistica dei rapporti di lavoro instaurati, Cass. 2 aprile 2021 n. 9568.

di empiricità che li rende ambivalenti, sicché nel nostro ordinamento la nozione di ente pubblico non è più statica ma «dinamica» e «funzionale» (a «geometrie variabili»), nel senso che il concetto di ente pubblico muta a seconda dell'istituto o del regime normativo che deve essere applicato, sicché un soggetto può avere natura di ente pubblico per certi fini ma non per altri.

Richiamando l'art. 4 legge 70/75 la Suprema Corte rileva che non è possibile prescindere da una base legislativa che sottoponga l'ente ad una disciplina pubblicistica, tanto che non mancano nel panorama giurisprudenziale pronunce che proprio per la carenza di una disposizione istitutiva di legge negano la natura pubblica di un ente³⁵ pur in presenza di alcuni indici sintomatici³⁶. Peraltro, le Sezioni Unite affermano che non è comunque possibile dare dell'art. 4 legge 70/1975 una lettura meramente formalistica, in quanto può accadere che la definizione di un soggetto come pubblico sia finalizzata unicamente ad estendere nei suoi confronti alcune disposizioni di stampo pubblicistico senza per questo negarne la natura privatistica che determina l'applicazione delle norme di diritto ordinario in altri ambiti.

Proprio a tale proposito, la pronuncia afferma che l'art. 2 d.lgs. 175/2016 indica le amministrazioni pubbliche ai soli fini dell'individuazione delle società partecipate soggette alle disposizioni del testo unico, finalizzato tra l'altro all'attuazione direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sui contratti degli enti pubblici, come reso palese dall'indicazione nelle premesse del Testo Unico del d.lgs. 50/2016, senza che il richiamo alle associazioni a qualsiasi scopo costituite da enti pubblici abbia valore istitutivo ai sensi dell'art. 4 legge 70/75. Allo stesso modo, l'art. 1 comma 2 d.lgs. 165/2001 è volto unicamente ad individuare l'ambito applicativo delle norme sul pubblico impiego, senza alcuna finalità istitutiva. Parimenti non è dirimente l'elenco stilato annualmente dall'ISTAT al fine di individuare i soggetti da inserire nel conto economico consolidato ai sensi dell'art. 1, comma 3, legge 31 dicembre 2009, n. 196³⁷, in quanto esso risponde unicamente a criteri di natura statistico economica di per sé variabili (tanto che l'elenco viene aggiornato annualmente) e dettati dalla necessità di armonizzare i sistemi della finanza pubblica a livello europeo ai fini della verifica da parte della Commissione degli eventuali deficit

³⁵ Si è attribuita importanza dirimente alla mancanza di una norma attributiva della personalità giuridica pubblica (Cass., Sez. Un., 17 aprile 1982, n. 2334), ovvero alla mancanza di un'espressa qualificazione legislativa in senso pubblicistico (Cass., Sez. Un., 17 maggio 1984, n. 3017).

³⁶ Si è precisato che, in difetto di questi requisiti, non è sufficiente ad attribuire la natura pubblicistica all'ente la presenza di taluni indici sintomatici, quali la natura pubblica degli enti che concorrono a formarlo (Cass., Sez. Un., 23 novembre 1993, n. 11541; Cass., Sez. Un., 17 aprile 1982, n. 2334 cit.); il perseguimento delle finalità riguardanti i soggetti che lo hanno formato (Cass. 23 novembre 1993 n. 11541), specie se la coincidenza degli scopi e delle attività dell'ente non è integrale con i fini e gli scopi della pubblica amministrazione (Cass. 17 aprile 1982 n. 2334); la partecipazione ai suoi organi dei rappresentanti dei soggetti che l'hanno formato (Cass. 23 novembre 1993 n. 11541). Infine, elemento decisivo per escludere la natura pubblicistica è il difetto dei poteri di imperio (Cass. 17 maggio 1984 n. 3017, ha negato natura di enti pubblici alle camere di commercio italiane all'estero che, pur perseguendo finalità di interesse generale nel campo dello sviluppo dei rapporti commerciali e beneficiando del contributo finanziario pubblico nelle proprie spese, costituiscono persone giuridiche private di tipo associativo, tenuto conto della mancanza di un'espressa qualificazione legislativa in senso pubblicistico - a differenza di quanto stabilito per le camere di commercio interne dal D.Lgs. Lgt. 21 settembre 1944 n. 315 -, nonché del fatto che esse non sono munite di poteri d'imperio, non sono costituite direttamente dallo stato, e operano secondo proprie autonome e libere scelte, restando soggette non a penetrante controllo, ma a mera vigilanza dello Stato, anche preventiva, in sede di riconoscimento, giustificata dai suddetti interessi generali e dal concorso finanziario dello stato medesimo).

³⁷ Si noti che il richiamo all'elenco stilato dall'ISTAT viene utilizzato a volte dal legislatore al fine di individuare gli enti che sono soggetti ad alcune disposizioni normative; le Sezioni Unite escludono che tale elenco, come pure il rinvio ad esso, possa avere valore istitutivo di un ente pubblico, trattandosi unicamente di un rinvio volto a segnare il confine applicativo di disposizioni specifiche che possono non avere valenza dirimente sull'individuazione della natura dell'ente coinvolto.

eccessivi: trattasi di atto meramente ricognitivo di natura amministrativa che non ha alcuna valenza istitutiva.

Le Sezioni Unite concludono, poi, ricordando un principio più volte affermato dalla giurisprudenza di legittimità per il quale “sarebbe illogico postulare che la scelta di quel paradigma privatistico per la realizzazione delle finalità perseguite dalla pubblica amministrazione sia giuridicamente priva di conseguenze, ed è viceversa del tutto naturale che quella scelta, ove non vi siano specifiche posizioni in contrario o ragioni ostative di sistema, comporti l'applicazione del regime giuridico proprio dello strumento societario adoperato (così Cass, Sez. Un. 27 marzo 2017, n. 7759; Cass. Sez. Un. 8 luglio 2019, n. 18270; v. pure Cass. 27 dicembre 2019, n. 34473)”³⁸.

Di contro, peraltro, non mancano pronunce in cui, invocando la distinzione tra privatizzazione formale e privatizzazione sostanziale, si annoverano tra gli organismi di diritto pubblico anche enti soggettivamente connotati dalla forma privatistica che svolgono un servizio pubblico di interesse generale, in quanto la mera forma non può, di per sé, essere idonea ad escludere la sostanziale ed oggettiva natura pubblicistica di un ente (vedi Cass. 30 settembre 2019 n. 24375, nonché da ultimo Cass. 12 maggio 2021 n. 27574 sull'Azienda Siciliana Trasporti s.p.a.), giungendo ad affermare che sono, dunque, legittime le disposizioni normative che impongono il rispetto di procedure concorsuali in fase di accesso all'impiego. La giurisprudenza, in particolare, richiama quelle pronunce della Corte Costituzionale, in cui si evidenzia che tali disposizioni sull'accesso all'impiego non sono volte a porre limitazioni alla capacità di agire delle persone giuridiche private, bensì a dare applicazione al principio di cui all'art. 97 della Costituzione rispetto ad una società che, per essere a capitale interamente pubblico, ancorché formalmente privata, può essere assimilata, in relazione al regime giuridico, ad enti pubblici (Corte Cost. 29/2006, punti 16 ss.)³⁹.

Invero, il contrasto tra i due indirizzi giurisprudenziali è soltanto apparente, in quanto entrambi partono dalla commistione di elementi pubblicistici e privatistici riscontrati nei soggetti in esame, ritenendo del tutto legittima la presenza di norme di stampo pubblicistico che pongono limiti all'accesso all'impiego anche nei confronti di enti privati che sono connotati, però, dal coinvolgimento di enti e capitali pubblici⁴⁰.

La problematica si interseca con quella di derivazione comunitaria circa la definizione di organismo di diritto pubblico, di recente esaminata anche dalle Sezioni Unite della

³⁸ Nel rispetto di tale principio vi sono state nell'ultimo anno tutta una serie di pronunce che, richiamando Cass. S.U. 1 dicembre 2016 n. 24591 e 27 marzo 2017 n. 7759, hanno ribadito che la presenza di un ente pubblico nella proprietà della società di capitale non muta la natura privatistica di quest'ultima, con conseguente applicazione delle disposizioni privatistiche salvo norme eccezionali specifiche quale l'art. 18 DL 112/2008; si vedano anche le recenti Cass. 1 settembre 2021 n. 23730, 17 agosto 2021 n. 23049, entrambe su rapporti di lavoro flessibili illegittimi con la Sicilia Patrimonio Immobiliare s.p.a.

³⁹ Anche di recente la Corte di Cassazione ha avuto modo di richiamare i principi di cui alla Corte Costituzionale n. 29/2006 affermando che il divieto di assunzione senza pubblico concorso impedisse la conversione del contratto a tempo determinato con apposizione di termine illegittimo in una società partecipata interamente da ente pubblico (Valle Umbra Servizi s.p.a.), rinvenendo peraltro una applicazione di tale principio nella legge 133/2008 applicabile *ratio temporis* in quanto l'assunzione era avvenuta nel 2011 (Cass. 11 maggio 2021 n. 12421).

⁴⁰ Per la necessità della presenza di una disposizione di legge speciale che imponga a soggetti formalmente privati l'obbligo di accesso tramite concorso, si veda Cass. 17 agosto 2021 n. 23050 in relazione ad un contratto a termine stipulato con la Formez s.p.a., che esplicitamente afferma che non vi erano vincoli per il reclutamento di personale nelle società partecipate prima del 2008, rinviando tra le altre a Cass. (ord.) 29 maggio 2018 n. 13480; Cass. 14 febbraio 2018 n. 3621; Cass. 1 marzo 2018 n. 4897; la prima relativa a contratto di lavoro stipulato prima della vigenza dei D.L. n. 112 del 2008 e le altre due relative a contratti di lavoro stipulati nella vigenza del decreto legge citato; si veda anche, sul punto, Cass. 18 dicembre 2018 n. 32696.

Suprema Corte⁴¹, le quali hanno avuto modo di precisare in relazione all'individuazione degli organismi di diritto pubblico, soggetti alle regole di evidenza pubblica nella scelta del contraente, che l'art. 3 comma 1 d.lgs. 50/2016 richiede la sussistenza di tre requisiti imprescindibili che devono coesistere necessariamente: istituzione dell'ente per soddisfare esigenze di interesse generale di carattere non industriale o commerciale (requisito teleologico), personalità giuridica propria (requisito personalistico), finanziamento dell'attività proveniente in maniera maggioritaria da soggetti pubblici o la cui gestione è comunque soggetta al controllo di questi o ancora designazione di più della metà dei membri degli organi di amministrazione, direzione o vigilanza da parte di soggetti pubblici (requisito dell'influenza dominante)⁴². Le Sezioni Unite si sono soffermate, in particolare, sul carattere non industriale o commerciale dell'interesse generale perseguito, evidenziando da un lato che trattasi di elemento ulteriore che contraddistingue l'interesse generale e dall'altro dando rilievo alle modalità con cui l'organismo opera nel mercato, dovendo escludersi la sussistenza di interessi non industriali nel caso in cui esso intervenga nell'economia nel pieno rispetto della regola della concorrenza, in normali condizioni di mercato, perseguendo un fine di lucro e subendo le perdite connesse all'esercizio della propria attività.

Anche in tale caso, dunque, sia pure con riferimento alla diversa materia delle procedure ad evidenza pubblica, è rilevante notare come l'ambito di applicazione di una disciplina speciale, che impone vincoli solitamente non presenti nel mercato nell'ordinaria attività imprenditoriale di un soggetto, vada individuato con attenzione in relazione alla *ratio* perseguita dalla norma, come resa evidente dai presupposti applicativi, in quanto, solo in presenza della finalità perseguita dal legislatore, si giustifica il particolare regime imposto nella contrattualistica a soggetti, che formalmente ben possono assumere una personalità giuridica di diritto privato.

Nel pieno rispetto di tali principi (non irrilevanza della forma privatistica prescelta, necessità di prevedere correttivi di natura pubblicistica a fronte dell'intervento di capitali pubblici) il Testo unico sulle società partecipate coniuga una disciplina di fondo di natura prettamente privatistica con specifiche disposizioni che introducono elementi pubblicistici per permettere un controllo sull'utilizzo del denaro pubblico da parte delle società partecipate.

⁴¹ Cass. 18 gennaio 2022 n. 1482, che ha affrontato il problema della qualificazione della società C.D.P. Investimenti S.G.R. s.p.a., società di gestione del risparmio costituita dalla Cassa Depositi e Prestiti s.p.a. per l'istituzione e la gestione di fondi immobiliari di tipo chiuso riservati ad investitori qualificati, giungendo ad escludere che si fosse di fronte ad un organismo di diritto pubblico, tenuto conto delle modalità di intervento nel mercato al pari delle altre società di gestione di fondi immobiliari. La pronuncia è interessante in quanto pone a confronto la fattispecie in esame con le caratteristiche di altri soggetti come le società *in house*, con le funzioni di carattere pubblico perseguite con investimenti immobiliari dagli enti previdenziali, con l'attività di raccolta del risparmio affidata alle Poste Italiane s.p.a., fornendo, dunque, elementi interpretativi e di riflessione interessanti anche con riferimento ad altre realtà afferenti al settore pubblico.

⁴² Per un'elaborazione di tali criteri ma in relazione all'art. 3 comma 26 d.lgs. 163/2006 si veda Cass. 9 settembre 2016, n. 17845, che, nel valutare se fosse applicabile o meno la sanzione di cui all'art. 53 comma 9 d.lgs. 165/2001 prevista per enti pubblici economici e soggetti privati, affronta la problematica della qualificazione del Gruppo Torinese Trasporti s.p.a., escludendo che questo potesse definirsi ente pubblico economico o soggetto privato e ritenendo che fosse una società *in house providing*, da considerare alla stregua di una pubblica amministrazione, in quanto nonostante la formale veste di società per azioni, l'ente andava qualificato come articolazione dell'amministrazione di riferimento, giungendo ad affermare che dall'art. 18 comma 2 bis DL 112/2008 fosse espressione di una più generale tendenza ad assimilare le società partecipate alle pubbliche amministrazioni.

4. Le fonti. L'impianto di fondo contenuto nel testo unico inquadra la disciplina delle società partecipate, che hanno una veste del tutto privatistica pur con partecipazione sociale da parte di enti pubblici, nell'ambito del sistema privato che viene richiamato sia dall'art. 1 (Oggetto) comma 3 per il quale "per tutto quanto non derogato dalle disposizioni di questo decreto, si applicano alle società a partecipazione pubblica le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali di diritto privato"; sia dall'art. 19 (Gestione del personale) comma 1 per il quale "salvo quanto previsto dal presente decreto, ai rapporti di lavoro dei dipendenti delle società a controllo pubblico si applicano le disposizioni del capo I, titolo II, del libro V del codice civile, dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, ivi incluse quelle in materia di ammortizzatori sociali, secondo quanto previsto dalla normativa vigente, e dai contratti collettivi".

La dottrina ha appuntato la propria attenzione sul richiamo specifico, operato dall'art. 1 d.lgs. 175/2016 nell'ambito delle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, alla normativa sugli ammortizzatori sociali, ritenendo che si trattasse di una specificazione invero non necessaria in quanto compresa nel rinvio generale. La precisazione si spiega, come peraltro vedremo anche con riguardo ad altre disposizioni, come una presa di posizione del legislatore nell'ambito di una vicenda che aveva dato origine ad un contenzioso circa l'obbligo per le società a controllo pubblico non totalitario di versare all'INPS i contributi CIG. Anche affrontando tale problematica la Suprema Corte⁴³ aveva evidenziato che le società a capitale misto con partecipazione pubblica maggioritaria erano comunque soggetti privati costituiti per fornire servizi al pubblico in regime di concorrenza, sicché l'ente pubblico, costituendo e partecipando ad una società di diritto privato, manifestava la volontà di sottoporsi alle regole del libero mercato senza ledere le dinamiche della concorrenza. Pertanto, anche l'obbligo contributivo era sottoposto al regime privatistico, non essendovi norme derogatorie se non con riferimento alle società a partecipazione pubblica totalitaria⁴⁴. Dunque, dovendo trovare applicazione gli ammortizzatori sociali secondo le disposizioni di legge le società a partecipazione pubblica totalitaria per espressa disposizione di normativa speciale sono esonerate dal versamento di contributi CIG che, al contrario, vista l'applicazione della normativa privatistica in assenza di deroghe, troverà applicazione alle altre società partecipate.

In altra recente pronuncia, sempre in ambito previdenziale, la Suprema Corte ha rilevato che occorre distinguere le società partecipate da ente pubblico dalle imprese industriali degli enti pubblici⁴⁵, in quanto le prime, a differenza delle seconde, sono soggetti

⁴³ Cass. 6 luglio 2021 n. 19154, contenente ampi richiami alle pronunce più risalenti.

⁴⁴ Nel caso esaminato dalla Corte di Cassazione nella pronuncia richiamata nella precedente nota la norma di riferimento era l'art. 3 D.Lgs. CPS 869/1947, che esonerava dall'applicazione delle norme sulla cassa integrazione guadagni le imprese degli enti pubblici, anche se municipalizzate, e dello Stato, cui ha fatto seguito il più chiaro art. 10 lett. l) D. Lgs. 148/2015 che estende la disciplina dell'integrazione salariale ordinaria e relativi contributi alle imprese industriali degli enti pubblici, salvo che il capitale sia interamente di proprietà pubblica. La giurisprudenza ha precisato che la modifica apportata dall'art. 1 comma 309 legge 208/2015, che ha escluso dalle abrogazioni previste dall'art. 46 d.lgs. 148/2015 l'art. 3 citato, ha confermato la *voluntas legis* di escludere dall'ambito di applicazione delle disposizioni sulle integrazioni salariali unicamente le imprese industriali dello Stato e degli enti pubblici, tra i quali non potevano rientrare soggetti privati come le società a capitale misto (Cass. 19 giugno 2017 n. 15088, 25 settembre 2018 n. 22730).

⁴⁵ Per una recente presa di posizione della giurisprudenza comunitaria si veda CGUE 28 ottobre 2020, causa C-521/18 sulla nozione di impresa pubblica in relazione a Poste Italiane s.p.a. ai sensi dell'art. 4, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2014/25, che definisce l'impresa pubblica come quella su cui le amministrazioni aggiudicatrici possono esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante perché ne sono proprietarie, vi hanno una partecipazione finanziaria, o in virtù di norme che disciplinano le imprese in questione. Un'influenza dominante da parte delle amministrazioni aggiudicatrici si presume in tutti i casi in cui queste autorità, direttamente o indirettamente: a) detengono la maggioranza del capitale

di natura essenzialmente privata, nei quali l'amministrazione pubblica esercita il controllo esclusivamente attraverso gli strumenti di diritto privato, escludendo, in mancanza di una disciplina derogatoria rispetto a quella propria dello schema societario, che la mera partecipazione da parte dell'ente pubblico sia idonea a determinare la natura dell'organismo attraverso cui la gestione del servizio pubblico viene attuata⁴⁶.

Anche in tal caso il sistema rispecchia integralmente l'impianto generale con applicazione, salvo deroghe specifiche, della normativa privatistica anche in ambito previdenziale.

Da ultimo l'art. 19 rinvia per la disciplina ai contratti collettivi. Si ricorda che nel pubblico impiego privatizzato, a differenza di quanto avviene nel rapporto di lavoro privato, il contratto collettivo nazionale, stipulato dall'ARAN con le organizzazioni sindacali di categoria sulla base di un ben preciso *iter* procedurale e soggetto a oneri di pubblicazione specifici (art. 47 comma 8 che prescrive la pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale), ha valenza *erga omnes* a prescindere, dunque, dall'adesione esplicita o implicita dell'amministrazione datrice di lavoro.

Il testo unico sul pubblico impiego d.lgs. 165/2001 delinea una netta gerarchia tra contratto individuale e contratto collettivo, precisando che l'attribuzione di trattamenti economici può avvenire soltanto mediante contrattazione collettiva o, alle condizioni previste, con contratti individuali (art. 2 comma 3) e le amministrazioni devono garantire tra i propri dipendenti parità di trattamento contrattuale e comunque trattamenti non inferiori a quelli previsti dai contratti collettivi (art. 45 comma 2). Allo stesso modo, vi è una netta struttura gerarchica tra contrattazione collettiva nazionale e contrattazione integrativa, laddove la contrattazione integrativa può muoversi esclusivamente nei limiti e sulle materie imposte dalla contrattazione nazionale che detta anche il termine delle sessioni negoziali della contrattazione integrativa (art. 40 comma 3 bis).

In questa rigida gerarchia viene, poi, stabilito che in ipotesi di violazione da parte della contrattazione individuale o integrativa dei limiti imposti dalla contrattazione collettiva nazionale le clausole in contrasto sono nulle, non possono essere applicate e sono sostituite ai sensi degli artt. 1339 c.c. e 1419 c.c. (art. 40 comma 3 *quinquies*)⁴⁷.

La dottrina ha fornito interpretazioni diverse sul valore del richiamo alla contrattazione collettiva contenuta nell'art. 1 del TUSP. Non è mancato chi ha ritenuto che tale richiamo collochi la contrattazione collettiva nazionale, al pari di quanto avviene

sottoscritto dell'impresa; b) controllano la maggioranza dei voti cui danno diritto le azioni emesse dall'impresa; c) possono designare più della metà dei membri dell'organo di amministrazione, di direzione o di vigilanza dell'impresa.

⁴⁶ Cass. 29 ottobre 2021 n. 30854, la quale, partendo da tali premesse, afferma che, "interpretando la portata delle disposizioni che qui maggiormente rilevano - segnatamente l'art. 36 del D.P.R. nr. 818 del 1957, *ratione temporis* applicabile - anche in relazione al personale dipendente dalle aziende esercenti pubblici servizi, l'esenzione dall'assicurazione obbligatoria per la disoccupazione volontaria opera soltanto ove al medesimo (id est: al personale dipendente dalle aziende esercenti pubblici esercizi) sia garantita la stabilità d'impiego e che tale stabilità d'impiego, ove non risultante da norme regolanti lo stato giuridico e il trattamento economico, deve essere accertata dal Ministero competente su domanda del datore di lavoro, con decorrenza dalla data di tale domanda" (la pronuncia rinvia ex multis a Cass. 8 aprile 2014 n. 8211; Cass. 23 giugno 2016 n. 13069; Cass. 22 marzo 2017 n. 7332; in motiv., tra le altre, Cass. 20 giugno 2017 n. 15232).

⁴⁷ Per una ricostruzione sistematica delle fonti nel testo unico sul pubblico impiego si veda A. BOSCATI, *Il mutevole equilibrio del sistema delle fonti del lavoro pubblico: legge, contratto collettivo, nazionale ed integrativo, contratto individuale*, relazione tenuta in occasione del corso di formazione organizzato dalla Scuola Superiore della magistratura P21004, svoltosi il 21-22 gennaio 2021.

nel pubblico impiego, tra le fonti cogenti cui le società a partecipazione pubblica devono attenersi nella gestione dei rapporti di lavoro con i propri dipendenti⁴⁸.

Altri⁴⁹, al contrario, hanno ritenuto che non sia possibile desumere dalla norma in esame che i contratti collettivi relativi alle società a controllo pubblico possano avere la medesima cogenza dei contratti collettivi del pubblico impiego, dovendo, al contrario, ricondursi alla contrattazione collettiva di diritto privato, in assenza di specifica disposizione normativa che li renda vincolanti per le società partecipate al pari di quanto avviene per le pubbliche amministrazioni per il disposto dell'art. 45 comma 2 d.lgs. 165/2001.

D'altro canto, la notevole varietà di società partecipate e la difficoltà di individuazione del contratto collettivo di riferimento applicabile secondo il settore merceologico, vista la pluralità di attività cui a volte le società partecipate si dedicano, rende difficile l'individuazione di uno specifico contratto collettivo etero-imposto dalla disposizione normativa in esame, come pure si porrebbero problemi di compatibilità con la libertà sindacale garantita dall'art. 39 comma 4 Cost.

Si nota con particolare riferimento alla contrattazione integrativa che si è avuta una modifica della normativa di riferimento.

Ed infatti, il DL 702/1978, convertito in legge 3/1979, recante disposizioni in materia di finanza locale, all'art. 5 *ter* stabiliva il divieto per le aziende municipalizzate consortili o società per azioni, a partecipazione maggioritaria degli enti locali, di “stipulare accordi integrativi aziendali, relativi al trattamento del personale dipendente che prevedono erogazioni economiche aggiuntive ai contratti nazionali di categoria, nonché accordi che trattino materie o istituti non espressamente demandati a tale sede dai contratti collettivi nazionali di lavoro della categoria”, sanzionando la violazione di tale divieto con la nullità. Trattavasi, dunque, di disciplina del tutto assimilabile alla stretta gerarchia che connota i rapporti tra contrattazione nazionale e contrattazione integrativa nell'ambito del pubblico impiego.

La disposizione ha subito un'evoluzione verso una maggiore autonomia della contrattazione integrativa nel DL 112/2008, laddove il comma 2 bis dell'art. 18 (come si diceva ancora vigente per aziende ed istituzioni) ha disposto che l'ente controllante debba emanare un atto di indirizzo per stabilire specifici criteri e modalità di attuazione del principio di contenimento dei costi del personale che le aziende speciali e le istituzioni sono obbligati a recepire in sede di contrattazione di secondo livello, che, dunque, viene ammessa, sia pure nel rispetto di tali criteri e modalità di contenimento dei costi del personale.

Nel TUSP i commi 5 e 6 dell'art. 19 delineano un meccanismo simile⁵⁰, stabilendo che le amministrazioni pubbliche fissino gli obiettivi annuali e pluriennali relativamente al complesso delle spese di funzionamento, tra cui quelle del personale, “anche” (ma non necessariamente dunque) attraverso il contenimento degli oneri contrattuali; conseguentemente le società a controllo pubblico devono garantire il raggiungimento di

⁴⁸ M. MENICUCCI, *Il rapporto di lavoro nelle società controllate. Problematiche passate e presenti, prospettive future*, reperibile in <https://www.menicucciavvocati.it/wp-content/uploads/2020/07/Il-rapporto-di-lavoro-nelle-societ%C3%A0-controllate.pdf>

⁴⁹ A. MARESCA, citato.

⁵⁰ Per un esame delle differenze tra le due norme si veda F. CARINCI, cit.

tali obiettivi, recependo “ove possibile” le disposizioni sul contenimento degli oneri contrattuali in sede di contrattazione di secondo livello, prevedendo, altresì, una forma di pubblicità di tali provvedimenti sul sito istituzionale delle società e delle pubbliche amministrazioni socie, e sanzionando la mancata o incompleta pubblicazione con rinvio agli artt. 22 comma 4 (divieto di erogazione delle somme da parte dell’amministrazione interessata), 46 (responsabilità dirigenziale) e 47 (sanzione amministrativa) del d.lgs. 33/2013 (recante riordino delle norme in materia di diritto di accesso civico e obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni).

Orbene, dalla lettura delle disposizioni in esame emerge che in presenza di un atto di indirizzo delle amministrazioni controllanti la società controllata ha la possibilità di emanare provvedimenti (dunque non atti concordati con le parti sindacali ma unilaterali della società) e che solo, ove possibile, vanno recepiti nella contrattazione integrativa, il cui ruolo ne esce fortemente ridimensionato. Ove tale possibilità non vi fosse, nulla impedirebbe, dunque, alla società partecipata di esercitare il recesso dal contratto collettivo aziendale, secondo l’orientamento ormai consolidato della Suprema Corte che ammette come mezzo di scioglimento del vincolo contrattuale stipulato con i rappresentanti sindacali la disdetta unilaterale⁵¹.

Il testo unico prevede, inoltre, dei limiti esterni alla contrattazione finalizzati a controllare la spesa per il personale, visti i capitali pubblici investiti nelle società partecipate.

Ed infatti, l’art. 11 comma 6 fissa in euro 240.000 lordi (salvo disposizioni legislative o regolamentari che individuino limiti inferiori) il tetto massimo annuo per i compensi di amministratori, titolari e componenti degli organi di controllo, dirigenti e anche dipendenti, in questo ovviamente vincolando l’autonomia delle parti sociali.

Il medesimo articolo rinvia, inoltre, ad un decreto del MEF per l’individuazione dei criteri di determinazione della retribuzione variabile, precisando che in caso di risultati negativi attribuibili all’amministratore alcuna retribuzione variabile può essere corrisposta. Vi è da interrogarsi se tale disposizione possa incidere sulla contrattazione aziendale integrativa per la definizione dei criteri di erogazione della retribuzione variabile, il che significherebbe reintrodurre ulteriori vincoli alla contrattazione collettiva per il personale dipendente, che al contrario per l’impianto generale improntato a criteri privatistici dovrebbe essere caratterizzata da un’ampia autonomia delle parti. Da una lettura complessiva della norma la disposizione sui criteri per il riconoscimento della retribuzione variabile sembrerebbe, però, avere riguardo unicamente al compenso degli amministratori,

⁵¹ Cass. 28 agosto 2009 n. 18548, per la quale il contratto collettivo, senza predeterminazione di un termine di efficacia, non può vincolare per sempre tutte le parti contraenti, perché finirebbe in tal caso per vanificarsi la causa e la funzione sociale della contrattazione collettiva, la cui disciplina, da sempre modellata su termini temporali non eccessivamente dilatati, deve parametrarsi su una realtà socio economica in continua evoluzione, sicché a tale contrattazione va estesa la regola, di generale applicazione nei negozi privati, secondo cui il recesso unilaterale rappresenta una causa estintiva ordinaria di qualsiasi rapporto di durata a tempo indeterminato, che risponde all’esigenza di evitare -nel rispetto dei criteri di buona fede e correttezza nell’esecuzione del contratto - la perpetuità del vincolo obbligatorio. Ne consegue che, in caso di disdetta del contratto, i diritti dei lavoratori, derivanti dalla pregressa disciplina più favorevole, sono intangibili solo in quanto siano già entrati nel patrimonio del lavoratore quale corrispettivo di una prestazione già resa o di una fase del rapporto già esaurita, e non anche quando vengano in rilievo delle mere aspettative sorte alla stregua della precedente più favorevole regolamentazione.

dovendo il periodo essere collegato a quello immediatamente successivo che esclude l'erogazione di tale compenso in caso di responsabilità dell'amministratore⁵².

Ulteriore vincolo è imposto, questa volta alla contrattazione individuale, dall'art. 11 comma 10 riguardo alle indennità di cessazione dei dirigenti, potendo essere riconosciuti unicamente i compensi di fine mandato previsti dalla legge o dal contratto collettivo, con divieto di stipulare patti di non concorrenza per la chiara finalità di evitare la stipula di accordi fittizi volti unicamente a giustificare l'erogazione di premi di cessazione superiori ai limiti imposti dalla legge o dal contratto collettivo⁵³.

Pur nel rispetto di tali disposizioni di matrice più pubblicistica e vincolistica, si ritiene che per il resto con il testo unico sulle società partecipate la contrattazione nazionale ed integrativa siano collocate nell'ambito di una disciplina prettamente privatistica, sicché i rapporti tra contrattazione nazionale e contrattazione integrativa e la loro efficacia sul contratto individuale sono disciplinati dalle disposizioni codicistiche. Per tali ragioni, il rapporto tra contratto collettivo e contratto individuale sarà disciplinato dalle disposizioni dell'art. 2077 c.c., per il quale il contratto individuale non può derogare *in peius* al contratto collettivo, mentre nel rapporto tra contrattazione aziendale e contrattazione nazionale la giurisprudenza è univoca nell'affermare che occorre avere riguardo non ai criteri di gerarchia e specialità, ma all'effettiva volontà delle parti, da desumersi attraverso il coordinamento delle varie disposizioni della contrattazione collettiva, aventi tutte pari dignità e forza vincolante, sicché anche i contratti aziendali possono derogare *in peius* ai contratti nazionali, senza che osti il disposto dell'art. 2077 c.c., con la sola salvaguardia dei diritti già definitivamente acquisiti nel patrimonio dei lavoratori⁵⁴.

La collocazione dei contratti collettivi delle società partecipate nell'ambito della disciplina privatistica incide, poi, anche sui presupposti applicativi. Ed infatti, non avendo efficacia *erga omnes*, il contratto collettivo potrà trovare applicazione unicamente nel caso in cui la società datrice di lavoro sia iscritta alle associazioni stipulanti o ancora nel caso in cui le parti del rapporto abbiano aderito al CCNL in via esplicita attraverso il rinvio ad esso contenuto nel contratto individuale o in via implicita dando applicazione agli istituti da questo disciplinati, con la nota problematica della scindibilità o meno degli istituti contrattuali applicati nell'ambito del rapporto di lavoro⁵⁵.

Infine, va ricordato che il diverso sistema di pubblicità della contrattazione relativa al pubblico impiego rispetto a quella dei rapporti di lavoro privati incide anche sugli oneri di prova e allegazione. Ed infatti, per giurisprudenza ormai consolidata la conoscibilità "*ex officio*" di un contratto collettivo si atteggia diversamente a seconda che si versi in un'ipotesi di violazione del contratto collettivo nazionale di lavoro privatistico o di

⁵² Per un approfondimento delle varie opzioni ermeneutiche sul punto si veda A. MARESCA, cit.

⁵³ Sul punto anche con riferimento ai limiti al cumulo di compensi si rinvia a A. MARESCA, cit.

⁵⁴ Cass. 15 settembre 2014 n. 19396, per la quale con riguardo al concorso tra i diversi livelli contrattuali è stato anche precisato che esso va risolto non secondo i principi della gerarchia e della specialità propri delle fonti legislative, bensì accertando quale sia l'effettiva volontà delle parti, da desumersi attraverso il coordinamento delle varie disposizioni della contrattazione collettiva, aventi tutti pari dignità e forza vincolante, sicché anche i contratti aziendali possono derogare *in peius* ai contratti nazionali, senza che osti il disposto dell'art. 2077 c.c., con la sola salvaguardia dei diritti già definitivamente acquisiti nel patrimonio dei lavoratori, che non possono, pertanto, ricevere un trattamento deteriore in ragione della posteriore normativa contrattuale, di eguale o di diverso livello. Più recentemente nello stesso senso Cass. 18 ottobre 2019 n. 26608.

⁵⁵ Per una più approfondita disamina delle problematiche legate alla contrattazione collettiva, si veda T. DE ANTONIIS, Retribuzione e onere della prova, relazione tenuta il 26.6.2007 nell'ambito del corso di formazione organizzato dal Consiglio Superiore della magistratura, n. 2484/2007, Controversie di lavoro e onere della prova, reperibile tra le relazioni pubblicate sul sito www.cosmag.it.

un contratto collettivo nazionale del pubblico impiego, atteso che, mentre nel primo caso il contratto è conoscibile solo con la collaborazione delle parti, la cui iniziativa, sostanziandosi nell'adempimento di un onere di allegazione e produzione, è assoggettata alle regole processuali sulla distribuzione dell'onere della prova e sul contraddittorio (che non vengono meno neppure nell'ipotesi di acquisizione giudiziale ex art. 425, comma 4, c.p.c.), nel secondo caso il giudice procede con mezzi propri, secondo il principio "*iura novit curia*"⁵⁶. Tale distinzione tra contratti collettivi del pubblico impiego e contratti collettivi di diritto privato riposa secondo l'interpretazione giurisprudenziale anche sugli oneri di pubblicità imposti dalle disposizioni sul pubblico impiego che prevedono la pubblicazione sulla gazzetta ufficiale; non sembra che al medesimo fine possa essere sufficiente l'obbligo, pure previsto e sanzionato, di pubblicazione dei provvedimenti sul contenimento degli oneri contrattuali (e non della contrattazione integrativa che eventualmente li recepisce) sul sito istituzionale delle amministrazioni interessate e delle società partecipate, considerato, peraltro, il diverso contesto nel quale le due tipologie di contrattazione si muovono.

Individuate, dunque, le fonti, che disciplinano il rapporto di lavoro alle dipendenze delle società partecipate, occorre soffermarsi su quelle specifiche disposizioni che introducono delle deroghe alla normativa civilistica, la quale rimane in ogni caso la disciplina di riferimento.

In particolare, occorre interrogarsi se alla luce del rinvio alla normativa del rapporto di lavoro nell'impresa, salvo diversa disposizione, le norme speciali dettate dal testo unico siano di natura eccezionale, e come tali di stretta interpretazione, dovendo per il resto applicarsi unicamente gli istituti di diritto privato⁵⁷ o se al contrario, pur configurandosi come norme speciali rispetto alla disciplina del lavoro nell'impresa, introducano principi generali nella disciplina dei rapporti di lavoro con le società partecipate, idonei ad influenzare altri istituti pure non direttamente normati⁵⁸.

⁵⁶ Tra le altre Cass. (ord.) 5 marzo 2019, n. 6394, che richiama un principio ormai consolidato rinviando alla precedente pronuncia Cass. 19507/2014. In tale ultima sentenza, si richiamano precedenti arresti (tra i quali si ricorda Cass. 19 marzo 2014 n. 6335) che avevano evidenziato la rilevanza delle modifiche normative in tema di contratti e accordi collettivi. In particolare, si evidenzia che la denuncia di violazione o di falsa applicazione dei "contratti o accordi collettivi di lavoro" è stata aggiunta con il D.Lgs. n. 40 del 2006, art. 2 (sostitutivo del precedente testo dell'art. 360 cod. proc. civ. ed in particolare modificativo del suo comma 1, n. 3) a quella delle "norme di diritto": così parificando i primi alle seconde sul piano processuale. E tale disposizione, che si accompagna all'introduzione dell'art. 420 bis cod. proc. civ. (ad opera dell'art. 18 D.Lgs. cit.), in coerente simmetria con quanto già previsto dal D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 63, comma 5 e art. 64, in materia di controversie nel lavoro pubblico contrattualizzato, segna il punto di approdo del movimento di distacco (sul piano processuale) del contratto collettivo dallo schema del negozio giuridico con conseguente allontanamento dall'"assolutismo legislativo" ed estensione della funzione nomofilattica della Corte di cassazione a quella che è stata definita quale "tutela dello svolgimento ragionevole e ragionevolmente prevedibile dell'intero ordinamento della collettività, in tutte le sue espressioni normative". Da tale parificazione di disposizioni di CCNL e norme di diritto sul piano processuale la pronuncia del 2014 in esame giunge ad una parificazione anche sotto il profilo della conoscibilità e rilevanza d'ufficio, evidenziando gli oneri di pubblicazione che afferiscono ai contratti collettivi di diritto pubblico e che mancano del tutto rispetto alla contrattazione collettiva di matrice privatistica. Sul punto si veda anche di recente Cass. 4 novembre 2021 n. 31582, la quale evidenzia che i medesimi oneri di pubblicazione invero non sussistono per la contrattazione integrativa aziendale sicché venendo in rilievo gli oneri di specificazione e di allegazione di cui agli artt. 366 n. 6 e 369 n. 4 cod. proc. civ., il ricorrente è tenuto, non solo a trascrivere nel ricorso le clausole che si assumono erroneamente interpretate dalla Corte territoriale, ma anche a depositare il CCNI o a fornire precise indicazioni sulle modalità e sui tempi della produzione nei precedenti gradi di giudizio (si rimanda, tra le più recenti, a Cass. 30 marzo 2018 n. 7981, 22 marzo 2018 n. 7216, 12 marzo 2018 n. 6038, 5 febbraio 2018 n. 2709, 4 gennaio 2018 n. 95).

⁵⁷ In tal senso F. CARINCI, cit.; nonché A. MARESCA, cit.

⁵⁸ In tal senso, sia pure con riguardo al diverso tema dell'estensione della disposizione sulla responsabilità solidale del committente di cui all'art. 29 comma 2 d.lgs. 276/2003 ad ipotesi assimilabili all'appalto, si veda quanto affermato da Corte

5. Disposizioni in deroga alla disciplina privatistica. Le deroghe alla disciplina privatistica del rapporto di lavoro previste dall'art. 19 sono volte da un lato, come si è visto, a favorire il contenimento della spesa pubblica, in particolare con riferimento al costo del personale e agli oneri contrattuali, dall'altro a controllare l'accesso all'impiego.

Sotto quest'ultimo profilo, l'art. 19 riprende quanto già previsto nell'art. 18 DL 112/2008, ma con alcune sostanziali differenze sia con riferimento all'ambito di applicazione, sia con riferimento alle modalità di reclutamento del personale.

In particolare, i commi della nuova normativa che vengono in rilievo sono i commi 2, 3, 4 per i quali: “2. Le società a controllo pubblico stabiliscono, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale nel rispetto dei principi, anche di derivazione europea, di trasparenza, pubblicità e imparzialità e dei principi di cui all'articolo 35, comma 3, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165. In caso di mancata adozione dei suddetti provvedimenti, trova diretta applicazione il suddetto articolo 35, comma 3, del decreto legislativo n. 165 del 2001.

3. I provvedimenti di cui al comma 2 sono pubblicati sul sito istituzionale della società. In caso di mancata o incompleta pubblicazione si applicano gli articoli 22, comma 4, 46 e 47, comma 2, del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33.

4. Salvo quanto previsto dall'articolo 2126 del codice civile, ai fini retributivi, i contratti di lavoro stipulati in assenza dei provvedimenti o delle procedure di cui al comma 2, sono nulli. Resta ferma la giurisdizione ordinaria sulla validità dei provvedimenti e delle procedure di reclutamento del personale”.

Come è facilmente evincibile dalla lettura dell'articolato di legge, scompare nell'art. 19 il riferimento contenuto nell'art. 18 al “conferimento degli incarichi” che imponeva il rispetto degli obblighi in sede di assunzione anche per la stipula di contratti di lavoro autonomo, facendo espresso riferimento la nuova norma unicamente al personale dipendente⁵⁹. D'altro canto, il mancato riferimento alle assunzioni a tempo indeterminato impone che le medesime procedure dovranno essere rispettate anche per le assunzioni a tempo determinato. Si nota ancora che viene cumulo il distinto riferimento contenuto nei primi due commi dell'art. 18, imponendo alle società a controllo pubblico di adottare propri provvedimenti per disciplinare criteri e modalità di reclutamento nel rispetto dei principi di “trasparenza, pubblicità e imparzialità” anche di derivazione comunitaria (oltre che sanciti dall'art. 97 Cost.) e di quelli di cui all'art. 35 comma 3 d.lgs 165/2001, che, dunque, non ha un'applicazione diretta se non nell'ipotesi di mancata adozione dei provvedimenti da parte delle società partecipate.

La disposizione, poi, recepisce la giurisprudenza formatasi con riferimento all'art. 18 D.L. 112/2008, prevedendo espressamente, a differenza di quest'ultimo, la sanzione della nullità del contratto in caso di assenza dei provvedimenti o delle procedure di cui al comma 2 con applicazione dell'art. 2126 c.c.. Pertanto, in caso di mancato rispetto della disciplina del reclutamento nelle società a controllo pubblico vengono previste le medesime

Cost. 254/2017, che all'obiezione per cui la natura eccezionale della norma sulla responsabilità solidale del committente osterebbe ad una sua applicazione estensiva in favore di una platea di soggetti diversi dai dipendenti dell'appaltatore o subappaltatore (ai quali soltanto la norma stessa fa testuale riferimento) replica che l'eccezionalità della responsabilità del committente è tale rispetto alla disciplina ordinaria della responsabilità civile – che esige di correlarsi alla condotta di un soggetto determinato – ma non lo è più se riferita all'ambito, ove pur distinto, ma comunque omogeneo in termini di lavoro indiretto, dei rapporti di subfornitura.

⁵⁹ A. MARESCA, cit.

conseguenze delle assunzioni effettuate in violazione delle disposizioni dell'art. 35 comma 3 d.lgs. 165/2001.

Occorre rilevare che la disposizione di cui all'art. 19 comma 4 commina la sanzione della nullità unicamente nell'ipotesi in cui manchino i provvedimenti attuativi dei principi di cui all'art. 97 Cost. e dell'art. 35 comma 3 d.lgs. 165/2001 o sia mancata l'attivazione delle procedure in essi disciplinate.

Partendo dalla natura eccezionale della previsione in un ambito disciplinato, per quanto non espressamente previsto, dalle norme di diritto civile, parte della dottrina⁶⁰ ha desunto che nel caso in cui, al contrario, il provvedimento è stato adottato e la procedura si è attivata ma non è stata rispettata, la conseguenza non potrebbe essere la nullità del contratto stipulato.

La soluzione non è del tutto scontata, tenuto conto che il mancato rispetto della procedura viola la norma di natura imperativa al pari della mancata attivazione della stessa, sicché per il fenomeno della nullità virtuale di cui all'art. 1418 c.c. anche in tale caso l'esito dovrebbe essere il medesimo, in quanto è stato pur sempre concluso un contratto in circostanze in cui la norma imperativa vietava la stipula⁶¹.

Dubbi possono sorgere con riferimento alle procedure selettive interne per l'accesso alla superiore qualifica. Se, infatti, si ritiene che tali procedure afferiscano alla fase costitutiva del rapporto esse non possono che essere soggette alle procedure di cui all'art. 19 in esame; al contrario, se le procedure in esame vengono collocate nella fase gestoria del rapporto di lavoro, per la natura eccezionale della disposizione di matrice pubblicistica in esame esse potrebbero, dunque, essere svolte senza prevedere e attivare le procedure di cui all'art. 19.

Va, peraltro, rilevato che, affrontando la questione del riparto della giurisdizione derivante dall'applicazione del disposto dell'art. 63 d.lgs. 165/2001 in tema di selezioni

⁶⁰ A. MARESCA, cit., che trae un elemento di conforto alla tesi dell'applicazione restrittiva della norma che commina la nullità dal confronto tra la formulazione contenuta nell'art. 19, co. 4 con quella dell'art. 25, co. 6 che, invece, stabilisce la nullità del contratto di lavoro non solo nel caso in cui la società partecipata abbia omesso le procedure di assunzione previste da quest'ultima norma, ma anche quando sia incorsa in una "violazione" delle stesse.

⁶¹ In tal senso F. CURCURUTO, *Osservazioni sui rapporti di lavoro nelle società a controllo pubblico*, reperibile in <https://www.lavorodirittieuropa.it/dottrina/pubblico-impiego/152-osservazioni-sui-rapporti-di-lavoro-nelle-societa-a-controllo-pubblico>, il quale osserva che, a fronte della regola dell'art. 19 comma 4 d.lgs. 175/2016, dettata per il caso di assenza dei provvedimenti o delle procedure di cui al precedente comma 2, deve ritenersi che la nullità copre, non solo, l'ipotesi di omessa adozione del provvedimento e quella in cui il provvedimento, pur emanato, non contenga le necessarie regole procedurali, ma anche quella dell'assunzione avvenuta in violazione di queste ultime, sul rilievo che la violazione della procedura sia equiparabile all'assenza della stessa. Le conseguenze della eventuale prestazione di lavoro sulla base del contratto nullo vengono anche in tal caso regolate con il richiamo dell'art. 2126 c.c.

interne, la giurisprudenza sia ordinaria⁶² che amministrativa⁶³ ha distinto la progressione verticale con accesso all'area superiore, dalla progressione orizzontale con accesso alla classe retributiva superiore della medesima area, ritenendo che soltanto nel primo caso, trattandosi di novazione del rapporto, vi fosse la giurisdizione del giudice amministrativo in quanto la procedura selettiva atteneva al momento dell'accesso all'impiego.

Sulla base del medesimo principio per il quale l'accesso ad un'area superiore (nel caso esaminato dal ruolo di funzionario al ruolo dirigenziale) integra novazione del rapporto, la Suprema Corte⁶⁴ ha ritenuto in tema di rapporto di lavoro alle dipendente dell'Autorità portuale che lo svolgimento di mansioni superiori afferenti all'area dirigenziale non potesse determinare l'inquadramento nella qualifica corrispondente, stante il carattere novativo di tale modifica, per la quale era, dunque, necessario il previo esperimento di una procedura concorsuale. In tale pronuncia, la Suprema Corte evidenzia come nel caso di specie si trattasse di una progressione verticale dal ruolo di funzionario al ruolo dirigenziale, sicché la presenza di una disposizione pubblicistica in tema di reclutamento del personale necessariamente influenzava anche le modalità di acquisizione della superiore qualifica dirigenziale, che, in quanto evento novativo del rapporto, afferiva alla

⁶² Cass. SS.UU. 25 novembre 2008 n. 28058, in tema di impiego pubblico privatizzato, l'art. 63, comma 4, del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, si interpreta, alla stregua dei principi enucleati dalla giurisprudenza costituzionale sull'art. 97 Cost., nel senso che per "procedure concorsuali di assunzione", attribuite alla giurisdizione del giudice amministrativo, si intendono quelle preordinate alla costituzione "ex novo" dei rapporti di lavoro (essendo tali le procedure aperte ai candidati esterni, ancorché vi partecipino anche soggetti già dipendenti pubblici) e i procedimenti concorsuali interni destinati a consentire l'inquadramento dei dipendenti in aree funzionali o categorie più elevate, profilandosi in tal caso una novazione oggettiva dei rapporti lavorativi, mentre restano devolute alla giurisdizione del giudice ordinario le controversie relative a procedure riguardanti le progressioni all'interno di ciascuna area professionale o categoria. Più di recente Cass. SS.UU. 20 dicembre 2016 n. 26270 con ampia ricostruzione della giurisprudenza precedente, ricordando che la classificazione dei lavoratori del pubblico impiego per aree è disciplina speciale rispetto alla classificazione per categorie previste dall'art. 2095 c.c. In particolare, la Suprema Corte ha affermato che "in conclusione, il D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 63, comma 4, si interpreta, alla stregua dei principi enucleati ex art. 97 Cost. dal giudice delle leggi, nel senso che per "procedure concorsuali di assunzione", ascritte al diritto pubblico e all'attività autoritativa dell'amministrazione, si intendono non soltanto quelle preordinate alla costituzione ex novo dei rapporti di lavoro (come le procedure aperte a candidati esterni, ancorché vi partecipino soggetti già dipendenti pubblici), ma anche i procedimenti concorsuali interni, destinati, cioè, a consentire l'inquadramento dei dipendenti in aree funzionali o categorie più elevate, profilandosi in tal caso una novazione oggettiva dei rapporti di lavoro. Le progressioni, invece, all'interno di ciascuna area professionale o categoria, sia con acquisizione di posizioni più elevate meramente retributive sia con il conferimento di qualifiche (livello funzionale di inquadramento connotato da un complesso di mansioni e di responsabilità) superiori (D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 52, comma 1), sono affidate a procedure poste in essere dall'amministrazione con la capacità e i poteri del datore di lavoro privato (D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 5, comma 2)".

⁶³ Il Consiglio di Stato Sez. V nella sentenza del 20 agosto 2015 n. 3959 ha affermato che: "La circostanza che trattasi di corso – concorso riservato al personale interno della regione e finalizzato alla riqualificazione del personale ai fini della progressione di carriera non è circostanza significativa ai fini del riparto di giurisdizione in materia di pubblico impiego tra giudice ordinario e giudice amministrativo. In base a giurisprudenza consolidata, infatti, va riconosciuta la giurisdizione del giudice amministrativo anche nelle controversie relative a concorsi interni, quando il concorso, riservato al personale già dipendente dell'Amministrazione, comporti la progressione in senso verticale e cioè una novazione oggettiva del rapporto di lavoro (cfr. Cons. Stato, sez. V, 16 luglio 2007, n. 4030; Cass., SS.UU., 23 marzo 2005, n. 6217)

⁶⁴ Cass. 6 ottobre 2020 n. 21484, che oltre a fare una esaustiva ricostruzione della normativa in materia di Autorità portuale ripercorrendo in sintesi le principali fasi del passaggio dai Consorzi Autonomi del porto, enti pubblici economici, alle Autorità di sistema portuale, qualificate *ex lege* come enti pubblici non economici, collega la tematica dell'accesso al ruolo dirigenziale tramite svolgimento di mansioni superiori alla regola dell'accesso tramite concorso, richiamando anche la precedente Cass. 28 ottobre 2014 n. 22835 e precisando che la disposizione di cui all'art. 6 comma 6 legge 84/1994, come introdotta dal d.lgs. 169/2016, che aveva imposto l'accesso all'impiego presso le Autorità portuali tramite procedura comparativa, era enunciazione di un principio già ricavabile dal sistema. Ed infatti Cass. S. U. 24 luglio 2013 n. 17930 in tema di giurisdizione avevano ritenuto che le Autorità portuali quali enti pubblici non economici rientrassero tra le amministrazioni di cui all'art. 1 comma 2 d.lgs. 165/2001 con conseguente giurisdizione del giudice amministrativo sulle procedure concorsuali ex art. 63 comma 4 d.lgs. 165/2001. In particolare, le Sezioni Unite avevano fortemente distinto il momento dell'accesso sottoposto all'obbligo del concorso secondo i dettami del d.lgs. 165/2001 e il momento della gestione del rapporto per il quale l'art. 10 comma 6 legge 84/1994 richiamava le disposizioni privatistiche del codice civile.

fase del reclutamento (soggetta all'obbligo di procedura concorsuale vista la natura dell'ente e la previsione del concorso per l'accesso all'impiego previsto dall'art. 6 comma 6 legge 84/1994 come modificato dal d.lgs. 169/2016) e non a quella di gestione del rapporto di lavoro (che al contrario era disciplinata dalle norme privatistiche per espresso rinvio dell'art. 10 comma 6 legge 84/1994).

Nel caso del rapporto alle dipendenze delle società partecipate sarà, dunque, necessario chiarire se le selezioni interne per passaggio alle qualifiche superiori siano eventi afferenti alla fase gestoria o eventi novativi afferenti alla fase costitutiva del rapporto. La soluzione della problematica viene ulteriormente complicata dalla diversa classificazione del personale nel rapporto di lavoro privato e nel pubblico impiego privatizzato. Ed infatti, nell'ambito privatistico solitamente i contratti collettivi prevedono livelli professionali che raggruppano una pluralità di mansioni equivalenti senza alcuna ulteriore distinzione al loro interno di posizioni retributive. Al contrario, nel pubblico impiego privatizzato la classificazione del personale prevede solitamente l'individuazione di quattro aree professionali, all'interno delle quali si distinguono posizioni retributive spesso collegate anche a differenti mansioni. Per questo, la distinzione effettuata dalla giurisprudenza tra progressione verticale e progressione orizzontale nel pubblico impiego non è pienamente applicabile nell'ambito della disciplina privatistica.

L'ambito su cui sicuramente incide l'introduzione di una disposizione che disciplina le modalità di accesso con previsione della sanzione della nullità in caso di violazione è quello delle conseguenze dell'apposizione di un termine illegittimo ad un contratto a termine.

È nota a tale riguardo la profonda differenza esistente tra il pubblico impiego contrattualizzato, in cui l'illegittima apposizione del termine non può mai determinare la conversione del rapporto, residuando unicamente il risarcimento del danno secondo la previsione dell'art. 36 d.lgs. 165/2001⁶⁵, e l'impiego privato, dove al contrario l'illegittima

⁶⁵ Secondo la giurisprudenza della Suprema Corte (per tutte si ricorda Cass. 26 maggio 2020 n. 9787) fermo restando il divieto di conversione del contratto a tempo determinato con termine illegittimo, residua l'esigenza di garantire una misura con efficacia dissuasiva in linea con quanto richiesto da clausola 5 dell'Accordo quadro recepito nella direttiva 1999/70/CE. Ciò postula una disciplina agevolatrice e di favore, che consenta al lavoratore che ha patito la reiterazione di contratti a termine di avvalersi di una presunzione di legge circa l'ammontare del danno, e rilevato che il pregiudizio è normalmente correlato alla perdita di chance di altre occasioni di lavoro stabile (e non alla mancata conversione), le Sezioni Unite nella pronuncia 15 marzo 2016 n. 5072 hanno rinvenuto "nella L. n. 183 del 2010, art. 32, comma 5, una disposizione idonea allo scopo, nella misura in cui, prevedendo un risarcimento predeterminato tra un minimo ed un massimo, esonera il lavoratore dall'onere della prova, fermo restando il suo diritto di provare di aver subito danni ulteriori. In tale ottica il divieto di conversione è compatibile con i vincoli eurounitari, come peraltro riconosciuto dalla giurisprudenza del Giudice delle leggi (v. Corte Cost. n. 248/2018) e della Corte di Lussemburgo (v. Corte di Giustizia 7 marzo 2018 in causa C494/16, Santoro), che, da un lato, ha ribadito l'impossibilità per tutto il settore pubblico di conversione del rapporto da tempo determinato a tempo indeterminato; dall'altro ha riaffermato che la clausola 5 dell'Accordo quadro allegato alla direttiva 1999/70/CE non osta ad una normativa nazionale che vieta la trasformazione del rapporto, purché sia prevista altra misura adeguata ed effettiva, finalizzata ad evitare e se del caso a sanzionare il ricorso abusivo alla reiterazione del contratto a termine". Le Sezioni Unite hanno ritenuto con riferimento al calcolo del danno in base all'art. 32 comma 5 legge 183/1990 che "la trasposizione di questo canone di danno presunto esprime anche una portata sanzionatoria della violazione della norma comunitaria sì che il danno così determinato può qualificarsi come danno comunitario (così già Cass. 30 dicembre 2014, n. 27481 e 3 luglio 2015, n. 13655) nel senso che vale a colmare quel deficit di tutela, ritenuto dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, la cui mancanza esporrebbe la norma interna (art. 36, comma 5, cit.), ove applicabile nella sua sola portata testuale, ad essere in violazione della clausola 5 della direttiva e quindi ad innescare un dubbio di sua illegittimità costituzionale; essa, quindi, esaurisce l'esigenza di interpretazione adeguatrice. La quale si ferma qui e non si estende anche alla regola della conversione, pure prevista dall'art. 32, comma 5, cit., perché - si ripete - la mancata conversione è conseguenza di una norma legittima, che anzi rispecchia un'esigenza costituzionale, e che non consente di predicare un (inesistente) danno da mancata conversione". Si è, pertanto, concluso che "il lavoratore pubblico - e non già il lavoratore privato - ha diritto a tutto il risarcimento del danno e, per essere agevolato nella prova (perché

apposizione del termine, viziando unicamente la specifica clausola, non si estende all'intero rapporto di lavoro, ma determina la conversione del rapporto in lavoro a tempo indeterminato.

Già prima della disposizione in esame, la giurisprudenza era ferma nell'asserire che dopo il DL 112/2008 anche per le società partecipate la presenza di vincoli relativi alla fase genetica del rapporto non poteva che riverberare effetti sulle conseguenze della illegittima apposizione del termine al contratto a tempo determinato⁶⁶.

A tale proposito, le pronunce prendevano l'avvio dai principi elaborati anche dalle Sezioni Unite che, distinguendo tra norme di comportamento dei contraenti e norme inerenti la validità del contratto, hanno precisato che, mentre la violazione delle prime, siano esse inerenti la fase prenegoziale piuttosto che la fase attuativa del rapporto genera responsabilità e può essere causa di risoluzione del contratto, ma non incide sulla validità del contratto, la violazione delle seconde tocca direttamente la genesi dell'atto negoziale ed è idonea a determinare la nullità dell'intero vincolo contrattuale⁶⁷. In particolare, si

ciò richiede l'interpretazione comunitariamente orientata), ha intanto diritto, senza necessità di prova alcuna per essere egli, in questa misura, sollevato dall'onere probatorio, all'indennità risarcitoria ex art. 32, comma 5. Ma non gli è precluso di provare che le chances di lavoro che ha perso perché impiegato in reiterati contratti a termine in violazione di legge si traducano in un danno patrimoniale più elevato".

⁶⁶ Al riguardo, va ricordata tutta l'elaborazione giurisprudenziale (da ultimo Cass. 10 novembre 2021 n. 33252, con ampi richiami alla giurisprudenza precedente) che ha valorizzato anche i vincoli per l'accesso all'impiego previsti dalla legislazione regionale, ricordando che secondo l'orientamento costante della Corte Costituzionale le norme in materia di accesso all'impiego non appartengono alla materia di ordinamento civile, riservata in via esclusiva al legislatore statale, che investe la disciplina del trattamento economico e giuridico dei dipendenti pubblici e ricomprende tutte le disposizioni che incidono sulla regolazione del rapporto di lavoro. In particolare, la Corte Costituzionale, nel delineare i confini tra ciò che è ascrivibile alla materia "ordinamento civile" e ciò che invece ricade nella competenza regionale, ha precisato che sono da ricondurre alla prima "gli interventi legislativi che [...] dettano misure relative a rapporti lavorativi già in essere (ex multis, sentenze n. 251 e 186 del 2016 e n. 180 del 2015)" (sentenza n. 32 del 2017), rientrando invece nella seconda "i profili pubblicistico-organizzativi dell'impiego pubblico regionale" (sentenze n. 241 del 2018 e n. 149 del 2012; nello stesso senso, sentenze n. 191 del 2017 e n. 63 del 2012).

⁶⁷ La pronuncia Cass. S.U. 19 dicembre 2007 n. 26725 ricostruisce il sistema delle norme disciplinanti la materia contrattualistica, evidenziando che "tale distinzione, sovente ribadita anche dalla dottrina, (sia) fortemente radicata nei principi del codice civile è difficilmente contestabile. Per persuadersene è sufficiente considerare come dal fondamentale dovere che grava su ogni contraente di comportarsi secondo correttezza e buona fede - immanente all'intero sistema giuridico, in quanto riconducibile al dovere di solidarietà fondato sull'art. 2 Cost., e sottostante a quasi tutti i precetti legali di comportamento delle parti di un rapporto negoziale (ivi compresi quelli qui in esame) - il codice civile faccia discendere conseguenze che possono, a determinate condizioni, anche riflettersi sulla sopravvivenza dell'atto (come nel caso dell'annullamento per dolo o violenza, della rescissione per lesione enorme o della risoluzione per inadempimento) e che in ogni caso comportano responsabilità risarcitoria (contrattuale o precontrattuale), ma che, per ciò stesso, non sono evidentemente mai considerate tali da determinare la nullità radicale del contratto (semmai eventualmente annullabile, rescindibile o risolubile), ancorché l'obbligo di comportarsi con correttezza e buona fede abbia indiscutibilmente carattere imperativo. E questo anche perché il suaccennato dovere di buona fede, ed i doveri di comportamento in generale, sono troppo immancabilmente legati alle circostanze del caso concreto per poter assurgere, in via di principio, a requisiti di validità che la certezza dei rapporti impone di verificare secondo regole predefinite. L'assunto secondo il quale, nella moderna legislazione (anche per incidenza della normativa europea), la distinzione tra norme di validità e norme di comportamento starebbe tuttavia sbiadendo e sarebbe in atto un fenomeno di trascinamento del principio di buona fede sul terreno del giudizio di validità dell'atto non è sufficiente a dimostrare il già avvenuto sradicamento dell'anzidetto principio nel sistema del codice civile. È possibile che una tendenza evolutiva in tal senso sia effettivamente presente in diversi settori della legislazione speciale, ma - a parte la considerazione che molte delle disposizioni invocate a sostegno di questo assunto sono posteriori ai fatti di causa, e non varrebbero quindi a dimostrare che già a quell'epoca il legislatore avesse abbandonato la tradizionale distinzione cui s'è fatto cenno - un conto è una tendenza altro conto è un'acquisizione. E va pur detto che il carattere sempre più frammentario e sempre meno sistematico della moderna legislazione impone molta cautela nel dedurre da singole norme settoriali l'esistenza di nuovi principi per predicarne il valore generale e per postularne l'applicabilità anche in settori ed in casi diversi da quelli espressamente contemplati da singole e ben determinate disposizioni. D'altronde, non si è mai dubitato che il legislatore possa isolare specifiche fattispecie comportamentali, elevando la relativa proibizione al rango di norma di validità dell'atto, ma ciò fa ricadere quelle fattispecie nella già ricordata previsione del terzo (non già del comma 1) del citato art. 1418. Si tratta pur sempre, in altri termini, di disposizioni particolari, che, a fronte della già ricordata impostazione del codice, nulla consente di elevare a principio generale

osserva che devono comprendersi nelle norme la cui violazione determina la nullità in conformità al disposto dell'art. 1418 comma 1 c.c. anche quelle che "in assoluto, oppure in presenza o in difetto di determinate condizioni oggettive o soggettive, direttamente o indirettamente, vietano la stipulazione stessa del contratto: come è il caso dei contratti conclusi in assenza di una particolare autorizzazione al riguardo richiesta dalle legge, o in mancanza dell'iscrizione di uno dei contraenti in albi o registri cui la legge eventualmente condiziona la loro legittimazione a stipulare quel genere di contratto, e simili. Se il legislatore vieta, in determinate circostanze, di stipulare il contratto e, nondimeno, il contratto viene stipulato, è la sua stessa esistenza a porsi in contrasto con la norma imperativa; e non par dubbio che ne discenda la nullità dell'atto per ragioni - se così può dirsi - ancor più radicali di quelle dipendenti dalla contrarietà a norma imperativa del contenuto dell'atto medesimo".

Facendo applicazione di tali principi generali la Suprema Corte (Cass. ord. 5 ottobre 2020 n. 21310⁶⁸) pronunciandosi sul testo dell'art. 18 dl 112/2008 conseguente alle modifiche apportate dalla L. n. 102 del 2009, di conversione del D.L. n. 78 del 2009, ha osservato che, premesso che non può dubitarsi del carattere imperativo della disposizione in commento, l'omesso esperimento delle procedure concorsuali previste dal comma 1 e di quelle selettive richiamate nel comma 2 determina la nullità del contratto ai sensi dell'art. 1418 c.c., comma 1, perché la violazione attiene al momento genetico della fattispecie negoziale e, quindi, la stessa non può essere solo fonte di responsabilità a carico del contraente inadempiente. Ha, pertanto, ritenuto che va esclusa la portata innovativa del D.lgs. n. 175 del 2016, art. 19, comma 4, che, nel prevedere espressamente la nullità dei contratti stipulati in mancanza delle procedure di reclutamento, ha solo reso esplicita una conseguenza già desumibile dai principi sopra richiamati in tema di nullità virtuali in quanto sugli effetti del mancato rispetto degli obblighi imposti dal d.l. n. 112 del 2008, art. 18, la giurisprudenza di merito aveva espresso orientamenti opposti, sicché la nuova normativa assume anche una valenza chiarificatrice della disciplina previgente⁶⁹.

La giurisprudenza di legittimità ha avuto modo di affrontare la problematica sia con riferimento alle aziende speciali, sia da ultimo con riferimento alle società partecipate, e ha sempre mantenuto fermo il principio per cui in presenza di una disposizione imperativa che disciplina la fase del reclutamento imponendo procedure selettive o pubblici concorsi è impedita la trasformazione del contratto di lavoro a tempo determinato in contratto a tempo indeterminato, in quanto l'assunzione avverrebbe in violazione di norme imperative che disciplinano l'accesso, con conseguente nullità virtuale ai sensi dell'art. 1418 comma 1 c.c.

e di farne applicazione in settori nei quali analoghe previsioni non figurano, tanto meno quando - come nel caso in esame - l'invocata nullità dovrebbe rientrare nella peculiare categoria delle cosiddette nullità di protezione, ossia nullità di carattere relativo, che già di per sé si pongono come speciali."

⁶⁸ La vicenda esaminata dalla pronuncia richiamata si colloca nell'ambito del contenzioso dell'ARST s.p.a., società di trasporto sarda, e delle conseguenze dell'illegittima apposizione di termine ai contratti di lavoro a tempo determinato da questa stipulati. Analogamente con riferimento a società partecipata di gestione dei rifiuti anche la recente Cass. 2 novembre 2021 n. 31179, nonché Cass. 15 dicembre 2020 n. 28621 che richiama la giurisprudenza sulla natura privata delle società partecipate da enti pubblici con applicazione del regime privatistico salvo norme specifiche in deroga quale l'art. 18 DL 112/2008.

⁶⁹ Sulla possibilità che la norma sopravvenuta, seppure non di interpretazione autentica, possa non essere innovativa cfr. in motivazione Cass. S.U. n. 27 agosto 2014 n. 18353 e Cass. 10 ottobre 2016 n. 20327.

Si ricorda in particolare una pronuncia a Sezioni Unite del 2014⁷⁰ che, con riferimento alle aziende speciali, ha ritenuto che la presenza di una specifica norma di legge quale l'art. 5 DL 702/78 confermato dall'art. 8 DL 153/80, che regola in modo completo il reclutamento legandolo alla regola concorsuale, determinasse la nullità delle assunzioni effettuate in violazione di tale disposizione normativa. Richiamando i principi dettati da tale pronuncia la Suprema Corte anche di recente⁷¹ ha negato la possibilità di conversione in tutte le ipotesi in cui vi fosse una disposizione normativa, sia essa statale sia essa regionale, che imponesse la regola dell'accesso tramite concorso o procedure selettiva, facendo applicazione dell'istituto della nullità virtuale ex art. 1418 comma 1 c.p.c., a prescindere, dunque, dalla qualificazione dell'ente come ente pubblico economico o ente pubblico non economico.

Se è, quindi, consolidata la giurisprudenza che afferma che, in presenza di una regolamentazione dell'accesso tramite procedure concorsuali, non è possibile la costituzione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato in caso di illegittima apposizione del termine, potrebbero ipotizzarsi ricadute di tale previsione anche su altri istituti lavoristici.

Si pensi in particolare alla disciplina dell'acquisizione di qualifiche superiori per lo svolgimento di fatto di mansioni ad esse riconducibili.

È noto a tale proposito che, mentre nel rapporto di lavoro privato lo svolgimento di mansioni superiori in modo continuativo e prevalente per un periodo di tempo indicato dall'art. 2103 c.c. o dai contratti collettivi determina l'acquisizione della mansione corrispondente, nell'ambito del pubblico impiego l'art. 52, d.lgs. n. 165 del 2001 esclude espressamente tale effetto, residuando unicamente la tutela prevista dall'art. 2126 c.c. per il periodo in cui le mansioni superiori sono state effettivamente svolte.

La giurisprudenza anche costituzionale⁷² sostiene che l'acquisizione di una qualifica superiore per effetto dello svolgimento di fatto delle mansioni corrispondenti afferisce alla fase genetica del rapporto, integrando una novazione del rapporto di lavoro sotto il profilo oggettivo⁷³.

⁷⁰ Cass. 19 dicembre 2014 n. 26939, per la quale in tema di assunzione di lavoratore già dipendente da un'azienda speciale comunale trova applicazione la disciplina dettata dal D.L. 10 novembre 1978, n. 702, art. 5, commi 15 e 17, convertito, con modificazioni, nella L. 8 gennaio 1979, n. 3, il cui vigore è confermato dal D.L. 7 maggio 1980, n. 153, art. 8 convertito nella L. 7 luglio 1980, n. 299, che, regolando in modo completo ed esauriente l'assunzione del personale a tempo determinato da parte di province, comuni, consorzi e rispettive aziende, esclude che le assunzioni temporanee effettuate dai medesimi enti possano soggiacere alla disciplina privatistica della L. 18 aprile 1962, n. 230, onde tali assunzioni temporanee non sono suscettibili di convertirsi in rapporti di lavoro a tempo indeterminato; tale disciplina è compatibile con la regolamentazione delle aziende speciali dettata dalla L. 8 giugno 1990, n. 142, art. 23 non rimanendone precluse né la sussistenza di interessi pubblici rispetto alle loro attività, né l'ammissibilità di autorizzazioni e controlli da parte dei pubblici poteri, in attuazione di quanto previsto dall'art. 41 Cost., comma 3, né l'esigenza di stabilizzazione della finanza locale.

⁷¹ Tra le altre si ricorda Cass. 10 novembre 2020 n. 25223 sull'Azienda Speciale Ambiente Reale, Cass. 20 giugno 2017 n. 15216, 14 giugno 2017 n. 14771, 13 giugno 2017 n. 14674, 13 giugno 2017 n. 14673, 13 giugno 2017 n. 14672, 13 giugno 2017 n. 14671, 13 giugno 2017 n. 14670, 13 giugno 2017 n. 14667, 13 giugno 2017 n. 14666, 27 luglio 2016 n. 25447 sull'Azienda Trasporti Pubblici ATP, Cass. 11 maggio 2021 n. 12414 sulla società Attiva s.p.a. soggetta alla legge regionale dell'Abruzzo 23/2004 che ben prima del DL 112/2008 imponeva la regola del concorso per l'accesso all'impiego presso società *in house* della regione.

⁷² Corte Cost. 17 marzo 2015, n. 37 afferma che anche il passaggio ad una fascia funzionale superiore comporta l'accesso ad un nuovo posto di lavoro corrispondente a funzioni più elevate ed è soggetto, pertanto, quale forma di reclutamento, alla regola del pubblico concorso.

⁷³ Cass. 28 ottobre 2014, n. 22835 che espressamente equipara la novazione oggettiva per passaggio dalle aree funzionali alla qualifica di dirigente al reclutamento dall'esterno.

Si è già ricordata la recente pronuncia sulle Autorità Portuali⁷⁴, che ha escluso l'applicazione dell'art. 2103 c.c. affermando espressamente che deve tenersi distinto il momento genetico del rapporto (che ai sensi dell'art. 7, comma 1, d.lgs. 4 agosto 2016, n. 169 e prima dell'art. 6, comma 6, legge 28 gennaio 1994, n. 84 prevede l'accesso tramite concorso per le autorità portuali) dal momento gestionale (il quale è improntato alla disciplina prettamente privatistica, escludendo l'art. 10, comma 6, l. n. 84 del 1994 l'applicabilità del d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29 e successive modifiche, mentre l'art. 7, d.lgs. n. 169 del 2016 rinvia ai soli principi dettati dal d.lgs. n. 165 del 2001). L'assegnazione di mansioni superiori, integrando una novazione oggettiva del rapporto, rientra nel momento genetico, con esclusione della conversione che opererebbe un'instaurazione del rapporto in violazione di norma imperativa⁷⁵.

Trasponendo tali principi nell'ambito della disciplina dettata per le società partecipate da ultimo dal d.lgs. 175/2016, si ribadisce che l'impianto normativo sopra delineato individua come disciplina generale applicabile al rapporto di lavoro alle dipendenze delle società partecipate le disposizioni del codice civile tra cui sicuramente rientra anche l'art. 2103 c.c. Pertanto, se le disposizioni derogatorie previste dall'art. 19 in esame con riferimento all'accesso devono considerarsi norme eccezionali di stretta interpretazione, esse non potranno incidere su altri istituti quale quello della disciplina delle mansioni superiori che rimarrà soggetto alle normali disposizioni privatistiche. La materia si ricollega direttamente a quella della necessità o meno di prevedere procedure concorsuali per le selezioni interne di accesso alle superiori qualifiche, di cui si è già trattato, dovendo ricordarsi che il principio per il quale l'acquisizione della superiore qualifica integra una novazione oggettiva del rapporto è stata affermata con riferimento alla progressione verticale inerente il passaggio dal ruolo di funzionario al ruolo di dirigente.

Si evidenzia, peraltro, che la presenza di una disposizione che prevede l'accesso tramite concorso accanto ad altra che dà la possibilità di novazione oggettiva del rapporto con acquisizione di qualifica superiore per svolgimento di fatto delle mansioni superiori senza alcuna procedura comparativa non sarebbe una novità nel sistema normativo.

Si pensi ad esempio alla disciplina delle fondazioni lirico sinfoniche, per le quali il d.lgs. 29 giugno 1996, n. 367, che ne ha disposto la privatizzazione, ha disciplinato espressamente l'assegnazione di mansioni superiori all'art. 22, comma 3, per il quale trova applicazione l'art. 2103 c.c. sempre che il personale superi la verifica della professionalità

⁷⁴ Cass. 6 ottobre 2020, n. 21484, che, richiamando le pronunce Cass., S.U., 24 luglio 2013, n. 17930 e Cass., S.U., 25 febbraio 2016, n. 3733, afferma con riferimento al passaggio dalla qualifica di funzionario alla qualifica di dirigente che ammettere in tal caso un avanzamento automatico ex art. 2103 c.c. renderebbe la normativa incostituzionale per contrasto con l'art. 97 Cost, rilevando che l'art. 6, comma 6, l. n. 84 del 1994, nel testo sostituito, successivamente ai fatti di causa, dall'art. 7, comma 1, d.lgs. n. 169 del 2016 (a tenore del quale «Il personale dirigenziale e non dirigenziale delle istituite Autorità portuali è assunto mediante procedure selettive di natura comparativa, secondo principi di adeguata pubblicità, imparzialità, oggettività e trasparenza, in coerenza con quanto stabilito dall'articolo 10, comma 6») costituisce enunciazione di un principio già ricavabile dal sistema.

⁷⁵ Dello stretto legame tra regola dell'accesso tramite concorso e disciplina delle mansioni superiori sembrano essere consapevoli anche le parti sociali della contrattazione collettiva pubblica: si noti che l'art. 25, CCNL dell'Agenzia del Demanio del 2 agosto 2018, avente natura di ente pubblico economico per espressa disposizione normativa, prevede l'acquisizione della qualifica superiore dopo 3 mesi di svolgimento continuativo delle mansioni ad essa corrispondenti; la disposizione è del tutto in linea con un sistema in cui manca per gli enti pubblici economici un'espressa previsione normativa che imponga l'accesso tramite concorso (che solo in presenza di una specifica disposizione normativa può essere imposto agli enti pubblici economici, sul punto si veda Cass. S.U. 9 marzo 2015 n. 4685), mentre sussiste una disposizione normativa, l'art. 4 bis comma 1 d.lgs. 181/2000 che prevede per gli enti pubblici economici la possibilità di assunzione con chiamata diretta al pari di datore di lavoro privato.

come disciplinata dalla contrattazione collettiva. In seguito, la normativa sulle fondazioni lirico sinfoniche ha subito notevoli modifiche, da un lato con l'introduzione della regola dell'accesso tramite concorso ai sensi dell'art. 11, comma 19, d.l. n. 91 del 2013, dall'altro con la disciplina delle piante organiche e l'espressa previsione del divieto di conversione del contratto con termine illegittimo ad opera del d.l. 28 giugno 2019, n. 59 convertito in legge 8 agosto 2019, n. 81. Ciò nonostante, la norma di cui all'art. 22, comma 3, è rimasta invariata, costituendo una deroga alle regole sull'accesso, che si ritiene del tutto legittima, tenuto conto della finalità di consolidare pregresse esperienze lavorative maturate presso lo stesso datore di lavoro, in linea con le sentenze della Corte Costituzionale che annoverano tale esigenza tra quelle peculiari e straordinarie di interesse pubblico idonee a giustificare eccezioni all'art. 97 Cost.⁷⁶

Pertanto, è ben possibile un'interpretazione che, valorizzando la natura eccezionale del disposto dell'art. 19 commi 2, 3 e 4 TUSP, ritenga che l'istituto dell'acquisizione della superiore qualifica per svolgimento di fatto di mansioni superiori rimanga disciplinato da disposizioni prettamente privatistiche.

Una simile opzione ermeneutica ben potrebbe essere avvalorata dalla considerazione che, allorché il legislatore del Testo Unico ha voluto prevedere una disciplina speciale per le società partecipate anche con riferimento ad istituti afferenti ad eventi novativi del rapporto che, dunque, dovrebbero rientrare nella fase genetica di esso, lo ha fatto espressamente, come avvenuto con riferimento all'istituto della mobilità, che costituisce pur sempre una novazione del rapporto questa volta sotto il profilo soggettivo. In questo ambito, il Testo Unico sulle società partecipate ha introdotto una disciplina anche qui specifica per la gestione dell'istituto in deroga alle ordinarie norme privatistiche.

Anche in questa materia le disposizioni che disciplinano l'impiego pubblico sono del tutto diverse da quelle previste dal codice civile. In particolare, nell'impiego privato l'art. 2112 c.c. lega il trasferimento dei dipendenti al fenomeno del trasferimento di azienda o di un ramo di essa, mentre nell'ambito pubblico l'art. 31, d.lgs. n. 165 del 2001 fa riferimento al passaggio di funzioni, legittimando in tal caso il trasferimento di dipendenti unicamente tra enti pubblici o da enti pubblici a soggetti privati ma non viceversa, in quanto è evidente che in tale caso il passaggio violerebbe la regola dell'accesso tramite concorso⁷⁷.

Il precedente normativo che disciplinava l'istituto della mobilità nell'ambito delle società a controllo pubblico va rinvenuto nell'art. 1 commi 563 ss legge 147/2013, che prevedeva la possibilità di accordi di mobilità tra società partecipate anche senza il consenso del lavoratore per le finalità di cui ai commi 564 e 565 legati alla gestione delle eccedenze di personale. Le disposizioni facevano espressamente rinvio alla disciplina codicistica dell'art. 2112 c.c., ma escludevano che tale mobilità potesse riguardare i passaggi tra società partecipate e pubblica amministrazione, essendo preclusivo il limite dell'obbligo di accesso mediante concorso pubblico.

⁷⁶ Cass. (ord.) 13 marzo 2020, n. 7246, con rinvio a Corte cost. 1° luglio 2013, n. 167; Corte cost. 15 giugno 2011, n. 189; Corte cost. 13 novembre 2009, n. 293.

⁷⁷ Per una trattazione completa delle varie forme di mobilità nel pubblico impiego contrattualizzato si veda M. D'ONGHIA, *Le diverse forme di mobilità: poteri delle amministrazioni e tutele del dipendente*, relazione tenuta in occasione del corso di formazione organizzato dalla Scuola Superiore della magistratura P21004, svoltosi il 21-22 gennaio 2021

Il principio è stato applicato innumerevoli volte dalla giurisprudenza nell'ambito del passaggio di funzioni dalla azienda speciale o società *in house* affidataria di servizi pubblici locali agli enti locali di riferimento, laddove si è affermato che anche in ipotesi in cui la funzione sia stata prima esternalizzata e successivamente reinternalizzata ciò non legittima l'assorbimento da parte dell'ente pubblico del personale ex dipendente dell'azienda o società partecipata se non limitatamente ai casi in cui sussistano contemporaneamente vacanza nella pianta organica, disponibilità delle risorse, assenza di vincoli normativi ostativi all'assunzione, nonché limitazione del passaggio ai soli dipendenti provenienti dallo stesso ente locale (e dunque assunti con concorso pubblico), transitati nella società partecipata a seguito del trasferimento dell'attività⁷⁸.

D'altro canto, la stessa Corte Costituzionale più volte ha avuto modo di occuparsi della legittimità di norme che avevano previsto il generale ed automatico inquadramento del personale di soggetti privati (come le società a partecipazione regionale) nei ruoli delle stesse Regioni o di enti pubblici, senza la previsione del previo espletamento di alcuna procedura selettiva ed anche in recente decisione ha ribadito che il trasferimento automatico si risolve in un privilegio indebito che viola gli artt. 97, 3 e 51 Cost. perché «la facoltà del legislatore di introdurre deroghe al principio del concorso pubblico deve essere delimitata in modo rigoroso, potendo tali deroghe essere considerate legittime solo quando siano funzionali esse stesse al buon andamento dell'amministrazione e ove ricorrano peculiari e straordinarie esigenze di interesse pubblico idonee a giustificarle» (sentenza n. 40 del 2018; fra le tante, sentenze n. 110 del 2017, n. 7 del 2015 e n. 134 del 2014) e, comunque, sempre che siano previsti «adeguati accorgimenti per assicurare [...] che il personale assunto abbia la professionalità necessaria allo svolgimento dell'incarico» (sentenza n. 225 del 2010).» (Corte Cost. n. 5/2020)⁷⁹.

Sulla scia di tale orientamento anche nell'ultimo anno sono state pubblicate alcune pronunce della Suprema Corte, che hanno affrontato la problematica delle reinternalizzazione dell'attività.

Si è innanzitutto precisato che per configurare il fenomeno della reinternalizzazione non è sufficiente che il servizio sia dismesso dall'ente esterno, occorrendo al contrario che l'ente pubblico che lo aveva assegnato all'esterno deliberi di provvedervi direttamente con proprio personale attivando le procedure di cui all'art. 6 d.lgs. 165/2001, e dunque ridefinendo le dotazioni organiche e gli uffici per far fronte alle nuove funzioni, ben potendo il servizio dismesso essere affidato ad altro soggetto esterno⁸⁰.

Sotto altro profilo si è anche evidenziato che le selezioni poste in essere dall'azienda speciale non potevano rilevare al fine di ritenere soddisfatto il requisito dell'accesso tramite pubblico concorso, essendo selezioni realizzate nell'esercizio dei poteri propri del datore di lavoro privato, che non permettevano l'acquisizione dello *status* di dipendente pubblico.

⁷⁸ Cass. (ord.) 5 marzo 2020, n. 6290, che ricostruisce l'istituto del passaggio di dipendenti alla luce della regola dell'accesso all'impiego tramite concorso pubblico, richiamando diverse pronunce della Corte dei Conti.

⁷⁹ Così testualmente Cass. 16 dicembre 2021 n. 40399 in tema di qualificazione della natura dell'IPI; negli stessi termini anche Cass. 18 novembre 2021 n. 35343 in tema di passaggio di personale dalla società controllata Buonitalia s.p.a. all'ICE, ente pubblico succeduto nelle medesime funzioni, dove si è espressamente negata l'applicabilità dell'art. 31 d.lgs. 165/2001 che riguarda i passaggi tra enti pubblici e da ente pubblico a soggetto privato ma non viceversa, essendo ostativa la necessità di prevedere un accesso tramite procedure concorsuali nel rispetto dei principi sanciti dall'art. 97 Cost., nonché dei principi di buon andamento e imparzialità della pubblica amministrazione.

⁸⁰ Cass. 12 aprile 2021 n. 9568, in tema di diritto all'assunzione presso il Comune, ente territoriale di riferimento, di un dipendente di una società di capitali a partecipazione pubblica totale, poi posta in liquidazione, illegittimamente licenziato.

D'altra parte, la Cassazione⁸¹ ha anche ricordato le diverse pronunce della Corte Costituzionale con le quali si censuravano le leggi regionali che prevedevano meccanismi automatici di assorbimento da parte dell'ente territoriale dei dipendenti delle società partecipate, ritenendo innanzitutto che tale meccanismo ledesse il principio di necessaria acquisizione dello *status* di dipendente pubblico solo a seguito di pubblico concorso (C. Cost. n. 167/2013, 227/2013, da ultimo n. 7/2015), in secondo luogo che dovesse in ogni caso salvaguardarsi la posizione finanziaria dell'ente pubblico subentrante (Corte Cost. n. 135/2020, n. 8/2016, n. 364/2010, n. 116/2007, n. 437 del 2005 e n. 89/2000), da ultimo che fosse necessario garantire per la tutela del buon andamento dell'amministrazione l'effettivo e corretto impiego dei lavoratori, dovendosi, dunque, stabilire criteri e modalità di individuazione delle figure professionali da destinare all'apparato amministrativo pubblico (Corte Cost. 202/2014, nonché nello stesso senso 170/2019, n. 79/2019, 123/1968).

Nel pieno rispetto di tali principi elaborati dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità si muove la disciplina della mobilità nell'ambito delle società partecipate prevista dall'art. 19, comma 8, d.lgs. n. 175 del 2016⁸², per il quale in caso di reinternalizzazione l'ente pubblico può assumere il personale della società partecipata a patto che vi sia disponibilità in pianta organica e solo per personale già assunto dall'ente pubblico e poi passato a società partecipata a seguito dell'esternalizzazione. Al contrario, nessuna possibilità di prosecuzione del rapporto viene garantita per il personale assunto dalla società partecipata anche se tramite le procedure di selezione previste dall'art. 18, comma 2, d.l. n. 112 del 2008. La distinzione non appare irragionevole, ove si consideri che la stessa Corte Costituzionale ha affermato che l'unica forma di assunzione idonea a garantire il pieno rispetto del disposto dell'art. 97 Cost. è il concorso pubblico⁸³.

L'art. 19 comma 8, poi, rinviando alla mobilità volontaria di cui all'art. 30 d.lgs. 165/2001, richiede, unitamente alle condizioni sopra indicate, anche l'atto volontario di adesione del dipendente che deve presentare domanda all'esito della pubblicazione del bando di mobilità in cui vanno necessariamente indicati anche i criteri di selezione nel caso in cui i posti disponibili siano inferiori rispetto ai soggetti legittimati⁸⁴.

Da ultimo, va rilevato che tale meccanismo che limita il passaggio di personale non garantendo il mantenimento dello stato occupazionale della società partecipata deve ritenersi compatibile anche con la direttiva europea 2001/23/CE, relativa «al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimenti di imprese, di stabilimenti

⁸¹ Cass. 20 settembre 2021 n. 25410, che affronta l'esame della legislazione regionale siciliana, con particolare riferimento all'art. 19 comma 13, l.r. 9/2010 in ordine alla reinternalizzazione dell'attività di gestione dei rifiuti per soppressione dell'Ambito Territoriale Ottimale.

⁸² Per un'esposizione ragionata della disciplina dei trasferimenti nelle società partecipate con osservazioni critiche sull'art. 19 in esame, si veda A. DI PAOLANTONIO, cit.

⁸³ Corte cost. 23 luglio 2013, n. 227, per la quale «il previo superamento di una qualsiasi “selezione pubblica”, presso qualsiasi “ente pubblico”, è requisito troppo generico per autorizzare una successiva stabilizzazione senza concorso, perché esso non garantisce che la previa selezione avesse natura concorsuale e fosse riferita alla tipologia e al livello delle funzioni che il personale successivamente stabilizzato è chiamato a svolgere» (Corte cost. 24 giugno 2010, n. 225, che richiama Corte cost. 13 novembre 2009, n. 293 e Corte cost. 17 marzo 2010, n. 100). La pronuncia si colloca nell'ambito delle sentenze del giudice delle leggi con le quali è stata dichiarata l'illegittimità di numerose leggi regionali che avevano previsto il passaggio automatico di personale da società *in house* o da soggetti privati all'amministrazione pubblica, tra le altre si ricorda anche Corte Cost. 7/2015 con ampi richiami alle pronunce precedenti.

⁸⁴ Per la compatibilità di tale disposizione con la direttiva comunitaria 2001/23 in tema di trasferimento di azienda, si veda A. DI PAOLANTONIO, cit.

o di parti di imprese o di stabilimenti» che, all'art. 3, comma 1, prescrive: «i diritti e gli obblighi che risultano per il cedente da un contratto di lavoro o da un rapporto di lavoro esistente alla data del trasferimento sono, in conseguenza di tale trasferimento, trasferiti al cessionario».

La Suprema Corte in una recente pronuncia ha evidenziato che, come chiarito dalla stessa Corte di Giustizia, l'ambito di applicazione della direttiva riguarda anche il trasferimento di azienda che interessi una pubblica amministrazione, in quanto vanno escluse dalla nozione di attività economica unicamente quelle attività che si collegano all'esercizio di prerogative di pubblici poteri e non invece quei servizi che, benché garantiti nell'interesse pubblico, potrebbero essere svolti anche da operatori privati nel perseguimento di finalità lucrative (Corte di Giustizia 6.9.2011 in causa C- 108/10, Scattolon; Corte di Giustizia 20.7.2017, in causa C - 416/16, Piscarreta Ricardo; Corte di Giustizia 13 giugno 2019, in causa C-317/18, Correia Moreira). D'altra parte, va rilevato che l'ambito applicativo della direttiva non riguarda qualsiasi passaggio di attività, essendo necessario un passaggio di azienda in cui quest'ultima o il ramo di essa conservi la propria identità, desunta da una pluralità di fattori (tipo di impresa, trasferimento di elementi materiali, quali gli edifici e gli immobili, valore degli elementi immateriali al momento del trasferimento, trasferimento o meno della clientela, grado di somiglianza delle attività esercitate prima e dopo il trasferimento), che denotino il mantenimento “del nesso funzionale di interdipendenza e complementarità fra tali fattori.... anche se integrati dopo il trasferimento in una nuova diversa struttura (Corte di Giustizia 20 luglio 2017, causa C - 416/16, punti 41, 43 e 44)”. Pertanto, nel caso in cui vi sia unicamente un passaggio di competenze o di attività da una società partecipata ad una pubblica amministrazione in assenza di tale identità dell'azienda trasferita non sarebbe possibile invocare l'applicazione della direttiva europea in esame⁸⁵.

6. Considerazioni conclusive. Dall'esame delle disposizioni sinora svolto emerge che sicuramente la redazione del testo unico delle società partecipate agevola l'interprete nella soluzione di alcune tipologie di controversie che affollano le aule giudiziarie. Ciò nonostante, si nota la presenza di una pluralità di aspetti non chiariti e di dubbia soluzione, in quanto dipendenti dalla *vis expansiva* delle disposizioni specifiche previste dal legislatore in deroga alla disciplina privatistica in un sistema in cui, non essendovi una qualificazione statica ed univoca dei soggetti pubblici, ogni singola questione giuridica rischia di avere una soluzione diversa e non sempre in linea con i principi giurisprudenziali elaborati in altri settori, anche a livello comunitario. Per questo occorre avere di questa materia complessa, in cui elementi pubblicistici si uniscono ad elementi privatistici, una conoscenza il più possibile completa e tentare di ricondurre sempre a sistema le questioni giuridiche in esame, facendo applicazione dei principi generali elaborati dalla giurisprudenza di legittimità, costituzionale e comunitaria.

⁸⁵ Cass. 18 novembre 2021 n. 35343, che esaminando i complessi passaggi tra Buonitalia s.p.a. e ICE, ente pubblico subentrato nella medesima attività, ha ritenuto che si fosse di fronte ad un trasferimento di attività e non di impresa, come tale esulante dall'ambito di applicazione della direttiva sul trasferimento di azienda.