

«I rapporti di lavoro delle società a controllo pubblico, degli enti pubblici economici, delle associazioni e fondazioni» -dott. Francesca Spena

Napoli, 6 luglio 2023

ENTI PUBBLICI: CRITERI DI QUALIFICAZIONE-pag.1; ENTI PUBBLICI ECONOMICI: pag.3; RAPPORTI DI LAVORO DI DIRITTO PRIVATO CON ENTI PUBBLICI: AUTORITA' DI SISTEMA PORTUALE (AdSP): pag.8; AZIENDE AUTONOME STATALI: pag. 11; AZIENDE SPECIALI E CONSORZI TRA ENTI LOCALI: pag.11; SOCIETA' A PARTECIPAZIONE PUBBLICA: pag.15; ASSOCIAZIONI E FONDAZIONI: pag. 26

ENTI PUBBLICI: CRITERI DI QUALIFICAZIONE

Il criterio di qualificazione della natura pubblica di un ente deve muovere dalla disposizione dettata dalla L. 20 marzo 1975, n. 70, art. 4, secondo la quale «nessun ente pubblico può essere istituito o riconosciuto se non per legge».

L'interpretazione dottrinale e giurisprudenziale di tale norma è nel senso di consentire l'individuazione di un ente come pubblico 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»), nel senso che la qualificazione del legislatore può essere desunta dal trattamento giuridico riservato ad un determinato soggetto.

Rimane indice di riferimento certo la scelta del legislatore di dichiarare formalmente un ente come pubblico.

La qualificazione per legge di un ente come ente pubblico non va, tuttavia, confusa con il mero assoggettamento di un ente a certi fini o in determinati settori alla disciplina pubblicistica.

Invero, può accadere che anche enti privati siano sottoposti a regole pubblicistiche o in ragione di espresse disposizioni legislative ovvero attraverso l'attività interpretativa dei giudici (cfr. Cass. Sez. Un., aprile 2020, n. 7645).

Ciò implica il riconoscimento ad un determinato soggetto della natura pubblica a certi fini ma non l'automatica e integrale sottoposizione alla disciplina prevista in generale per la pubblica amministrazione; la considerazione di soggetti privati come «enti pubblici» varia, cioè, da disciplina a disciplina e sta ad indicare non una diversa natura giuridica ma, semplicemente, l'applicazione di alcune regole in luogo di altre.

E' il caso degli «organismi di diritto pubblico», nozione di matrice Europea, elaborata per individuare le cd. «amministrazioni aggiudicatrici», ossia i soggetti, per lo più con veste privatistica, tenuti al rispetto delle regole dell'evidenza pubblica, a prescindere dalla loro natura negli ordinamenti nazionali.

La nozione di organismo di diritto pubblico non è stata enucleata per operare identificazioni soggettive sostanziali, ma al solo e limitato fine di delimitare il perimetro entro cui applicare la normativa in tema di procedure ad evidenza

Napoli, 6 luglio 2023

pubblica, ferma restando la sottoposizione dell'ente, di regola, alle norme del diritto privato.

Altrettanto va detto con riguardo alla classificazione delle pubbliche amministrazioni contenuta nel D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 1, comma 2, trattandosi di norma che non riveste portata generale ma è volta a definire l'ambito applicativo della disciplina del lavoro pubblico.

Nello stesso senso deve leggersi il D.Lgs. n. 2016, n. 175, art. 2, comma 1, TU delle società a partecipazione pubblica, a tenore del quale «Ai fini del presente decreto si intendono per: a) "amministrazioni pubbliche": le amministrazioni di cui al D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 1, comma 2, i loro consorzi o associazioni per qualsiasi fine istituiti, gli enti pubblici economici e le autorità di sistema portuale».

Neppure è decisivo il dato della inclusione nell'elenco stilato annualmente dall'Istat al fine di individuare i soggetti da inserire nel conto economico consolidato ai sensi della L. 31 dicembre 2009, n. 196, art. 1, comma 3 (legge di contabilità e finanza pubblica) e successive modificazioni. Tale elenco è stato istituito— come ha ricordato la Corte costituzionale (sentenza n. 7 del 2017)— in attuazione di precisi obblighi comunitari ed i criteri utilizzati per la classificazione sono dettati dalla necessità di armonizzare i sistemi della finanza pubblica a livello Europeo ai fini della verifica da parte della Commissione degli eventuali deficit eccessivi. Essi poggiano su fattori economico-fattuali per loro natura mutevoli nel tempo, tanto che l'Istituto di statistica è tenuto ad aggiornare annualmente il proprio elenco (considerando n. 1 del regolamento UE n. 549/2013)¹.

In mancanza di qualificazione legislativa di un ente come ente pubblico, per risolvere i dubbi circa la sua natura la dottrina ha elaborato vari criteri, tra cui quelli più comuni sono: il collegamento con il potere pubblico; il fine dell'ente; il regime dei controlli; i rapporti con la finanza statale o regionale. In ogni caso tali indici, congiuntamente riscontrabili, rivelano la natura pubblica dell'ente solo se ne dimostrano il dovere istituzionale di agire per la cura di un interesse collettivo.

La questione si è posta, ad esempio, in merito alla natura dell'ISTITUTO DI PROGRAMMAZIONE INDUSTRIALE – IPI (già IASM) prima della soppressione dispostane dal DL 78/2010 (articolo 7, comma 20), ai fini della convertibilità a tempo indeterminato dei contratti di lavoro a termine conclusi dall'ente in violazione delle condizioni di legge.

Cassazione civile sez. lav., 09/12/2020, n.28060 ha qualificato l'IPI come ente pubblico basandosi sul finanziamento pubblico dell'attività, sulla assunzione dei

¹ Nello stesso senso: Corte conti, sez. un., 27 novembre 2013, n. 7.

Napoli, 6 luglio 2023

costi di funzionamento da parte del Ministero vigilante (MINISTERO DELLE ATTIVITA' PRODUTTIVE), sull'interesse generale alla promozione industriale anche attraverso programmi di incentivazione per le imprese, sull'impossibilità dell'Ente di valutare la propria convenienza economica nell'esercizio della sua attività.

CASS SU 19/04/2021, n.10244, nel pronunciarsi sulla natura giuridica dell'ANCI ai fini della individuazione del giudice munito di giurisdizione, ha comunque evidenziato che ciascuno dei criteri di qualificazione della natura pubblica dell'ente sopra ricordati non è di per sé esaustivo e tutti mantengono un alto tasso di empiricità che li rende ambivalenti. Invero: quanto al fine, negli ordinamenti moderni gli interessi della collettività possono essere perseguiti anche attraverso soggetti privati; quanto ai controlli ed al criterio del finanziamento, lo Stato controlla e sovvenziona numerose attività private che ritiene rivestano interesse per la collettività.

Per tirare le fila del discorso, può dirsi che al di là della necessaria previsione per legge non si individuano elementi che da soli possano asseverare la natura pubblica di un ente; occorre valutare le complessive caratteristiche, tra le quali va ricordata anche l'impossibilità degli enti pubblici di disporre di se stessi (autoscioglimento).

ENTI PUBBLICI ECONOMICI

L'art. 2093 c.c., prevede, al comma 1, l'applicabilità dell'intero libro V («DEL LAVORO») agli enti pubblici inquadrati nelle associazioni professionali nonché, al comma 2, l'applicazione della medesima disciplina per quelli non inquadrati limitatamente alle imprese esercitate.

Dopo il venir meno dell'inquadramento previsto dal sistema corporativo, la distinzione fra il primo e secondo comma è stata ricondotta a quella fra un ente pubblico che svolge esclusivamente o prevalentemente un'attività di impresa ed un ente pubblico che svolge un'attività d'impresa in via marginale; si è passati, cioè, da un requisito formale (l'inquadramento) ad un requisito sostanziale (l'attività svolta). Quelli di cui al comma 1, cioè che esercitano esclusivamente o prevalentemente un'attività economica, sono stati definiti come enti pubblici economici, assoggettati al diritto del codice civile, salvo, come dispone il comma terzo, che sia diversamente previsto dalla legge.

L'articolo 2129 cod.civ., con riferimento a tutti gli enti pubblici, dispone ugualmente che, salvo diverse disposizioni di legge, si applicano ai rapporti di lavoro dipendente le disposizioni del codice civile.

Napoli, 6 luglio 2023

In base alle norme citate, ai rapporti di lavoro degli enti pubblici economici si applicano, salvo disposizioni speciali, le norme del lavoro privato, poiché uno statuto diverso *ex lege* del rapporto di lavoro si rinviene oggi soltanto per gli enti individuati dall'articolo 1, comma due, del D.L.gs n. 165/2001.

La qualificazione di un ente come pubblico economico determina, dunque, oltre all'iscrizione nel registro delle imprese, l'assoggettamento dello stesso alla disciplina di diritto privato per quanto attiene al profilo dell'impresa e per i rapporti di lavoro dei dipendenti.

Deve peraltro precisarsi che, secondo una consolidata giurisprudenza di legittimità (Cass. SU. 6 marzo 2018 n. 5304; Cass. SU 10 ottobre 2002, n. 14475; Cass. SU 01 dicembre 2000, n. 1243; Cass. SU 22 dicembre 1999 n. 929; Cass. SU 01 dicembre 1994 n. 10239) gli enti pubblici economici, pur operando in aree prevalentemente sottoposte al regime privatistico, sfuggono a detto regime, per rientrare in quello di diritto pubblico, con riguardo alle attività che discendono dalla potestà autoritativa dell'ente di disporre la propria organizzazione, quale espressione di un potere di supremazia inerente alla organizzazione e, cioè, allo svolgimento di una funzione pubblica. L'art. 2093 c.c. si limita ad estendere le disposizioni del libro quinto del codice civile all'espletamento delle attività imprenditoriali dell'ente pubblico economico di produzione di beni o servizi e di intermediazione negli scambi.

Si è ritenuto, pertanto, essere espressione di un potere pubblicistico la nomina e la revoca degli organi di un ente pubblico economico (Cass. SU n. 5304/2018; n. 14475/2002; n. 929/1999; n. 10239/1994), così come la nomina da parte del Consiglio di Amministrazione di un ente pubblico economico dei membri del Consiglio di Amministrazione e del Collegio sindacale di una società controllata (Cass. SU n. 10239/1994).

Cass sez. lav. 03/02/2021, n.2485 ha parimenti ritenuto essere espressione della potestà autoritativa di autorganizzazione dell'ente pubblico economico AZIENDA TERRITORIALE EDILIZIA RESIDENZIALE della PROVINCIA di ROMA (di cui alla L.R. Lazio n. 30 del 2002), la nomina del direttore generale dell'ente, che ha qualificato come provvedimento amministrativo.

Alla attualità, alcuni enti sono qualificati *ex lege* come enti pubblici economici, come la AGENZIA DELLE ENTRATE-RISCOSSIONE (D.L.gs. 193/2016), la SIAE (legge n 633/1941) la AGENZIA DEL DEMANIO (D.Lgs. 173/2003)², l'ENTE NAZIONALE RISI (RDL 1237/1931).

² Le altre Agenzie fiscali sono invece enti pubblici non economici.

Napoli, 6 luglio 2023

In mancanza di qualificazione normativa, la giurisprudenza ha precisato che, ai fini della qualificazione di un ente pubblico come economico, lo svolgimento dell'attività economica deve essere caratterizzato, se non necessariamente dalla ricerca dell'utile, almeno dal perseguimento dell'equilibrio finanziario con criteri di economicità, ossia con equivalenza, almeno tendenziale, tra costi e ricavi (Cass.S.U., n. 6573/2006; Cass.S.U., n. 1132/2000).

L'indagine rivolta a stabilire se un ente pubblico sia o meno economico deve essere compiuta tenendo presente la disciplina legale e statutaria che ne regola l'attività con riferimento agli scopi dell'ente medesimo, non rilevando, a tal fine, l'oggetto dell'attività stessa, ma, piuttosto, la fonte delle entrate utilizzate per il sostentamento di siffatto ente.

Un ente pubblico non è economico se ha scopi e modalità operative che trascendono l'attività meramente imprenditoriale ed opera avvalendosi di mezzi finanziari erogati soprattutto dallo Stato e da altri enti pubblici, sicchè i costi dell'attività sono prevalentemente sostenuti con entrate estranee ad una gestione puramente economica³.

Non costituiscono, ad esempio, enti pubblici economici le CAMERE DI COMMERCIO, in quanto, pur avendo esse la possibilità di gestire direttamente infrastrutture e servizi in regime di impresa, queste funzioni non sono da considerarsi principali⁴.

Diversa è invece la qualificazione della Aziende speciali delle Camere di Commercio; la Suprema Corte (Cass., sez. lav., 21/06/2021, n.17601 e giurisprudenza ivi citata) ha evidenziato che esse sono caratterizzate da una organizzazione distinta da quella, tipicamente pubblicistica, dell'ente di riferimento, i cui tratti distintivi si sostanziano nel conferimento di pieni poteri deliberativi all'organo di vertice, in ampia libertà di azione, nella massima semplificazione delle

³ Per una applicazione di tali criteri: Cass. SU 11/07/2006, n.15661

⁴ L'art. 1, comma 1, della legge di riordinamento 29 dicembre 1993, n. 580, afferma esplicitamente che le Camere di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura sono enti autonomi di diritto pubblico che svolgono, nell'ambito della circoscrizione territoriale di competenza, funzioni di interesse generale per il sistema delle imprese curandone lo sviluppo nell'ambito delle economie locali. Già l'art. 2, comma 2, del D.Lgs. Lgt. n. 315/1944, qualificava le Camere di Commercio «enti di diritto pubblico». Dal contesto normativo si desume che le Camere di Commercio sono da considerarsi quali enti locali non territoriali con autonomia statutaria, di gestione, finanziaria e contabile e vanno annoverate nella categoria degli enti autarchici, esercitando esse una potestà amministrativa che si sostanzia nell'emanazione di atti amministrativi. Le CAMERE DI COMMERCIO sono incluse nell'elenco delle pubbliche amministrazioni cui si applica il TU n. 165/2001.

Napoli, 6 luglio 2023

procedure, in una notevole attenuazione dei controlli, in una quasi completa autonomia patrimoniale, finanziaria e contabile, nell'avere proprio personale, senza che rilevi, ai fini della separazione tra le due organizzazioni, il fatto che all'azienda non sia conferita una distinta personalità giuridica e neppure l'assenza del fine di lucro, siccome lo svolgimento dell'attività economica con modalità e strumenti tipicamente imprenditoriali vale a produrne l'equiparazione agli enti pubblici economici.

E' stato dunque affermato che in caso di eccedenze di personale, le aziende speciali delle Camere di commercio possono procedere al licenziamento per giustificato motivo oggettivo senza alcun obbligo di mantenimento dei livelli occupazionali, attesa l'inapplicabilità della disciplina di cui all'art. 3 del d.lgs. n. 219 del 2016, riservata unicamente alle Camere di Commercio, che, in caso di soprannumero del personale, ne prevede la riassegnazione o ricollocazione ad altri enti.

Significativa è la giurisprudenza formatasi sulle AZIENDE (o AGENZIE, secondo la definizione datane dalla legge regionale) PER LA EDILIZIA RESIDENZIALE PUBBLICA-ATER, che hanno sostituito gli ex ISTITUTI AUTONOMI CASE POPOLARI-IACP: mentre questi ultimi avevano natura di Ente pubblico non economico, le nuove Aziende hanno natura di Enti pubblici economici regionali, disciplinati dalla legge regionale.

Si è detto della natura privatistica dei rapporti di lavoro costituiti alle dipendenze degli enti pubblici economici.

Sulla base di tale rilievo Cass. sez. lav. 20/06/2023 n. 17631 ha ritenuto applicabile all'ente pubblico economico ATER TERAMO la disciplina delle mansioni superiori di cui all'articolo 2103 cod.civ., in una fattispecie in cui veniva in rilievo l'acquisizione della qualifica superiore di dirigente dell'ATER.

Si è ivi affermato che il rapporto di lavoro che intercorre con l'ente pubblico economico ha natura privatistica ed ad esso si applica, in difetto di specifiche disposizioni di legge derogatorie, la disciplina dettata dal codice civile e dalle leggi sul rapporto subordinato di lavoro alle dipendenze delle imprese private sicchè l'assegnazione a mansioni superiori è disciplinata dall'articolo 2103 cod.civ.

Si è precisato che, salva un'espressa disposizione di legge o statutaria, per l'accesso all'impiego presso gli enti pubblici economici non è richiesta la previa selezione concorsuale— al pari della assunzione presso i datori di lavoro privati— e che, comunque, la eventuale selezione concorsuale prevista per la instaurazione del rapporto di lavoro non sarebbe impeditiva della acquisizione della qualifica per effetto dello svolgimento di mansioni superiori. Tanto in base alla considerazione

Napoli, 6 luglio 2023

che nei rapporti di impiego privati, quale è quello con un ente pubblico economico, il mutamento delle mansioni originarie costituisce una mera modifica della prestazione e non una novazione oggettiva del rapporto di lavoro e ciò anche nell'ipotesi in cui ad esso consegua, con l'attribuzione di un'altra qualifica, l'applicazione di una diversa normativa collettiva, come nel caso del passaggio a qualifica dirigenziale.

Diversa è invece la ipotesi della costituzione del rapporto di lavoro; se, secondo la disciplina civilistica, la assunzione non richiede lo svolgimento di procedure selettive o concorsuali, le previsioni della legge speciale o dello Statuto degli enti pubblici economici, di norma, ne prevedono l'obbligo.

Da tali previsioni la giurisprudenza ha fatto discendere la impossibilità di riconoscere rapporti di lavoro stipulati in assenza della procedura prevista, ferma l'applicazione ai fini retributivi dell'articolo 2126 c.c. nonché di convertire a tempo indeterminato rapporti di lavoro flessibile illegittimamente instaurati.

Il principio è stato affermato da Cass. SU 9 marzo 2015 n. 4685 in relazione agli enti pubblici economici della Regione Sicilia; la convertibilità del rapporto a termine, seppure regolato dal diritto privato, è stata condizionata alla assenza di una disciplina di settore che imponesse per il reclutamento procedure concorsuali o selettive.

Analoghe conclusioni sono state raggiunte da Cass. sez. lav. 12/04/2021, n.9565 in relazione dell'ente pubblico economico-ATER, essendosi affermato che la eventuale previsione speciale — della legge regionale ovvero statutaria— che imponesse per la assunzione alle dipendenze dell'ATER una procedura concorsuale impedirebbe la conversione dei contratti di lavoro flessibile illegittimamente instaurati in rapporti di lavoro a tempo indeterminato; nella fattispecie di causa veniva in questione un rapporto di lavoro a termine intercorso con l' ATER di Chieti, per il quale la legislazione della regione Abruzzo prevedeva la assunzione tramite procedura concorsuale.

Il medesimo effetto di non convertibilità dei rapporti di lavoro flessibile illegittimamente instaurati in rapporti di lavoro a tempo indeterminato è stato affermato in presenza di normative di settore che fanno divieto di assunzione a tempo indeterminato. E' il caso dei consorzi di bonifica della regione Sicilia, enti pubblici economici, in relazione ai quali l'impossibilità della conversione è stata desunta dal divieto di assunzione a tempo indeterminato dettato per tali consorzi dalla L.R. SICILIA n. 45 del 1995, art. 32 (Cass. sez. lav. 9 gennaio 2019, n. 274,seguita da numerosi altre conformi).

Napoli, 6 luglio 2023

La rilevanza pratica della categoria degli enti pubblici economici è molto diminuita dopo che il legislatore ha realizzato una vasta opera di trasformazione degli enti pubblici economici in società per azioni.

RAPPORTI DI LAVORO DI DIRITTO PRIVATO CON ENTI PUBBLICI: AUTORITA' DI SISTEMA PORTUALE (AdSP).

Il fenomeno della commistione pubblico/privato si presenta anche nelle forme della sottoposizione dei rapporti di lavoro instaurati da alcuni enti pubblici non economici ad un regime di diritto privato, in virtù di previsioni speciali che derogano alla previsione generale dell'articolo 1, co. 2, D.Lgs. 165/2001

E' il caso dei rapporti di lavoro alle dipendenze delle AUTORITA' DI SISTEMA PORTUALE, già AUTORITA' PORTUALI.

La Suprema Corte, con orientamento consolidato⁵, ha qualificato le Autorità Portuali enti pubblici non economici ancor prima della esplicita qualificazione in tal senso operata dal legislatore, facendo leva sugli argomenti sviluppati dalle Sezioni Unite (Cass. S.U. n. 3733/2016 e Cass. S.U. n. 17930/2013), le quali, nel superare un precedente orientamento espresso dalla Sezione Lavoro, avevano escluso che, a seguito del riordino del sistema portuale, le Autorità istituite dalla L. n. 84 del 1994, avessero conservato la natura di ente pubblico economico propria dei soppressi enti portuali⁶.

Secondo la attuale formulazione normativa (articolo 6 L. n. 84/1994) l' AdSP è ente pubblico non economico di rilevanza nazionale a ordinamento speciale ed è dotato di autonomia amministrativa, organizzativa, regolamentare, di bilancio e finanziaria. L'AdSP esercita compiti e funzioni più propriamente ascrivibili alla regolazione ed al controllo dell'erogazione dei servizi che alla loro produzione ed allo scambio; inoltre, pur operando in regime di oggettiva economicità, non persegue finalità di lucro né opera in regime di concorrenza con soggetti privati.

La disciplina dei rapporti di lavoro che si instaurano con le Autorità risente, peraltro, delle peculiarità dell'ente e delle sue radici storiche; la L. n. 84 del 1994, art. 10, comma 6, prevede che il rapporto di lavoro del personale delle Autorità di

⁵ Per tutte: Cassazione civile sez. lav., 21/02/2022, n.5673; 09/08/2022 n. 24725 e giurisprudenza ivi citata.

⁶ Il mutamento funzionale delle Autorità Portuali è stato attuato dalla L. n. 84 del 1994 per ottemperare alla decisione della Corte di Giustizia (sentenza 10.12.1991 in causa C179/90, Merci Convenzionali Porto di Genova s.p.a.), la quale aveva ritenuto non conforme al diritto comunitario la mancanza di concorrenza che, nel precedente regime, si registrava in relazione al mercato del lavoro e dei servizi portuali.

Napoli, 6 luglio 2023

Sistema portuale è di diritto privato ed è disciplinato dalle disposizioni del codice civile libro V - titolo I - capi II e III, titolo II - capo I, e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa. Il suddetto rapporto è regolato da contratti collettivi nazionali di lavoro, sulla base di criteri generali stabiliti con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti stipulati dall'associazione rappresentativa delle Autorità di Sistema Portuale per la parte datoriale e dalle organizzazioni sindacali nazionali maggiormente rappresentative del personale delle Autorità di sistema portuale per la parte sindacale.

La disciplina dei rapporti di lavoro che fanno capo alle Autorità è, dunque, connotata da specialità perché dall'affermata natura privatistica non discende l'integrale sottrazione ai principi che, pur all'esito della contrattualizzazione, continuano a contraddistinguere l'impiego pubblico da quello privato.

La specialità del rapporto di lavoro alle dipendenze delle Autorità è stata valorizzata da Cassazione civile sez. lav., 21/02/2022, n.5673 (ed altre conformi) per affermare che al personale delle Autorità portuali si applicano le disposizioni sul contenimento della spesa pubblica (nella specie veniva in discussione la fissazione di un tetto al trattamento economico complessivo ed al valore del buono pasto o dell'indennità sostitutiva di mensa).

Secondo la ricostruzione operata da Cass. SU 24 luglio 2013 n. 17930 l'ente pubblico non economico-Autorità portuale costituisce rapporti di lavoro subordinato che nella fase del reclutamento sono regolati dal diritto pubblico, in ossequio all'art. 97 Cost., e nella fase successiva di gestione del rapporto, una volta costituito, sono regolati interamente dal diritto privato.

Tale principio ha successivamente trovato disciplina a livello legislativo nel testo dell'articolo 6 L. n. 84/1994 sostituito dalla riforma del 2016 (articolo 7, comma 1, del D.Lgs. 4 agosto 2016, n. 169), rimasto sul punto immodificato, a tenore del quale le Autorità di Sistema Portuale adottano, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale dirigenziale e non dirigenziale nel rispetto dei principi di cui all'articolo 35, comma 3, del D.Lgs. n. 165/2001 comma 5; il personale dirigenziale e non dirigenziale è assunto mediante procedure selettive di natura comparativa, secondo principi di adeguata pubblicità, imparzialità, oggettività e trasparenza.

La distinzione tra la fase del reclutamento e la fase della gestione del rapporto di lavoro è stata valorizzata da Cass. sez. Lavoro, 25 giugno 2020 n. 12627, per escludere che il contratto di lavoro a termine concluso da una Autorità portuale possa dare luogo, in ipotesi di illegittima apposizione del termine, ad un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato.

Napoli, 6 luglio 2023

Nel successivo arresto del 6 ottobre 2020 n. 21484, la Suprema Corte ha escluso che la qualifica di dirigente della Autorità portuale possa essere acquisita in via automatica per effetto dell'esercizio delle relative funzioni, ai sensi dell'art. 2103 c.c. e della L. n. 190 del 1985, art. 6; è stato ivi applicato il principio secondo cui il passaggio dall'inquadramento nelle aree funzionali di una amministrazione pubblica alla qualifica di dirigente della stessa amministrazione è del tutto equiparato al reclutamento dall'esterno (Cass. sez. lav. 21 febbraio 2007 n. 4012).

Per il personale non dirigenziale, invece, trova applicazione la disciplina del passaggio automatico all'inquadramento superiore di cui all'articolo 2103 cod.civ. in ragione dell'art. 6, comma 2 e dell'art. 10, comma 6, della L. n.84 del 1994, che prevedono l'applicazione della disciplina privatistica ai rapporti di lavoro.

Tale disciplina è stata ritenuta conforme a Costituzione da Corte Costituzionale 30 giugno 2023 n. 133, che ha respinto il dubbio di legittimità costituzionale sollevato dalla Corte di Cassazione⁷ sotto il profilo della deroga alla regola costituzionale del concorso (articolo 97 Cost.), che è applicabile anche al passaggio ad un inquadramento superiore nei ruoli di una pubblica amministrazione.

La Corte Costituzionale ha ricordato che, secondo la propria giurisprudenza, la regola del concorso pubblico di cui all'articolo 97 Cost. consente una deroga in via legislativa per singoli casi, purchè funzionale essa stessa al buon andamento dell'amministrazione, rispondente a canoni di ragionevolezza ed in armonia con le altre disposizioni costituzionali. Nella fattispecie in considerazione, ha ritenuto che la scelta del legislatore del 1994 di regolare i rapporti di lavoro secondo modelli privatistici, con conseguente applicabilità dell'articolo 2103 c.c., appare giustificata dal perseguimento del buon andamento e dell'efficienza dell'amministrazione, tenuto conto della natura delle attività delle Autorità portuali, anche di carattere economico ed imprenditoriale, richiedenti flessibilità di impiego del personale.

Sono stati valorizzati, altresì, sotto un diverso e concorrente profilo, la genesi privatistica del rapporto di lavoro instaurato alle dipendenze delle preesistenti organizzazioni portuali e l'affidamento maturato dal personale nella permanenza di tale disciplina dopo il transito *ex lege* alle dipendenze delle Autorità portuali.

AZIENDE AUTONOME STATALI

Le aziende autonome— di norma costituite per legge statale— hanno lo scopo di garantire e/o gestire servizi pubblici o di interesse pubblico.

⁷ Cass. sez. lav., ord. 09/08/2022 n. 24725

Napoli, 6 luglio 2023

Pur essendo normalmente prive di personalità giuridica, gli organi e uffici che le compongono spesso godono di norme di organizzazione e funzionamento differenziate, allo scopo di esercitare in modo più agile un'impresa pubblica.

Le aziende autonome statali hanno un'autonomia che si esplica nella possibilità di avere propria organizzazione, separata da quella del ministero di appartenenza; titolarità di rapporti giuridici; capacità contrattuale; libertà più o meno ampia nella gestione dei beni loro affidati; bilancio distinto da quello dello Stato, seppure ad esso allegato. Gli utili e le perdite confluiscono nelle finanze statali.

In generale la loro autonomia è piuttosto limitata, essendo sottoposte al controllo gerarchico del Ministro; normalmente sono rette dallo stesso Ministro, che ne ha anche la rappresentanza, affiancato da un consiglio di amministrazione, solitamente da lui presieduto, con compiti consultivi e talora deliberativi, e dal direttore generale, con compiti esecutivi.

Esse sono state all'attualità per lo più soppresse o trasformate in enti pubblici economici, in società per azioni o in Agenzie. Si ricordano la Amministrazione Autonoma delle Poste e Telecomunicazioni (PT), la Azienda Autonoma delle Ferrovie dello Stato (FS); la Azienda Nazionale Autonoma delle Strade (ANAS); la Azienda autonoma di assistenza al volo per il traffico aereo generale (AAAVTAG); la Azienda per gli interventi sul mercato agricolo (AIMA).

Le Aziende Autonome sono formalmente differenti dalle aziende speciali, che possono essere create dagli enti locali.

I rapporti di lavoro alle dipendenze delle Aziende Autonome sono stati ritenuti di natura pubblicistica.

Nel D.L.gs. 30 marzo 2001, n. 165, articolo 1, comma due, esse sono indicate come aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo e sottoposte alla disciplina del Testo Unico sul pubblico impiego privatizzato.

AZIENDE SPECIALI E CONSORZI TRA ENTI LOCALI

In origine alle aziende Autonome dello Stato si affiancavano le Aziende Municipalizzate (art. 2 r.d. 15 ottobre 1925 n. 2578), anch'esse istituite per l'attuazione di servizi ritenuti pubblici per finalità e gestione, come organo dell'ente pubblico, privo di autonoma personalità e dotato di autonomia gestionale, finanziaria e contabile.

La giurisprudenza si era pronunciata nel senso della natura privatistica del rapporto di lavoro con tali aziende, in quanto esse integravano strutture con connotati d'impresa, autonome rispetto all'organizzazione pubblicistica del Comune; ne derivava la giurisdizione del giudice ordinario sulle relative controversie, anche

Napoli, 6 luglio 2023

in ordine all'espletamento delle procedure concorsuali di assunzione (Cassazione civile sez. un., 10/03/2011, n. 5685; Cass. n. 14852/2006; n. 14672/2003; n. 10604/1993; n. 8173/1990).

Successivamente la l. 8 giugno 1990 n. 142 (artt. 22 e 23) ha sostituito le Aziende Municipalizzate con le aziende speciali, enti strumentali dell'ente locale, dotati di personalità giuridica ed autonomia imprenditoriale.

La loro disciplina è poi confluita nel Testo Unico degli Enti Locali (D.Lgs. n. 267/2000).

L'art. 112 del Testo Unico degli enti locali n. 267/2000 — con il quale si apre il Titolo V dello stesso, interamente dedicato ai servizi ed agli interventi pubblici locali— affermava che gli enti locali, nell'ambito delle proprie competenze, provvedono alla gestione dei servizi pubblici che abbiano ad oggetto produzione di beni ed attività rivolte alla realizzazione di fini sociali, nonché a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali.

Il Testo Unico enti locali distingueva tra: servizi pubblici a rilevanza economica— ossia quelli in cui vi sono margini significativi di redditività per il soggetto che li eroga— (art. 113) e servizi pubblici privi di rilevanza economica (art. 113 *bis*) come i servizi sociali, culturali e del tempo libero, questi ultimi resi con costi a totale o parziale carico dell'ente locale e gestiti o tramite affidamento diretto (*id est*: senza procedere a gare pubbliche) ad istituzioni, aziende speciali, società a capitale interamente pubblico ovvero in economia.

Con il decreto legislativo n. 201 del 23 dicembre 2022 è stata riordinata l'intera materia dei servizi pubblici locali di rilevanza economica; lo stesso testo normativo, all'articolo 37 lettera b), ha abrogato gli articoli 112, 113 e 117, del TU n. 267/2000. Il decreto legislativo (art. 2) identifica i «servizi pubblici locali di rilevanza economica» con i servizi di interesse economico generale, secondo la definizione europea⁸. L'articolo 14 individua tra le forme di gestione del servizio l'affidamento ad aziende speciali limitatamente ai servizi diversi da quelli a rete (*id est*: servizi suscettibili di essere organizzati tramite reti strutturali o collegamenti

⁸ L'articolo 14 del decreto legislativo individua le diverse forme di gestione del servizio pubblico tra cui l'ente competente può scegliere, qualora ritenga che le gestioni in concorrenza nel mercato non siano sufficienti e idonee e che il perseguimento dell'interesse pubblico debba essere assicurato affidando il servizio pubblico a un singolo operatore o a un numero limitato di operatori: affidamento a terzi, secondo la disciplina in materia di contratti pubblici (d.lgs. 50 del 2016); affidamento a società mista pubblico-privata, come disciplinata dal decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175 c) affidamento a società in house, nei limiti e secondo le modalità di cui alla disciplina in materia di contratti pubblici e di cui al decreto legislativo n.175 del 2016; d) gestione in economia o mediante aziende speciali limitatamente ai servizi diversi da quelli a rete.

Napoli, 6 luglio 2023

funzionali necessari tra le sedi di produzione o di svolgimento della prestazione oggetto di servizio, sottoposti a regolazione ad opera di un'autorità indipendente).

La azienda speciale è a tutt'oggi disciplinata dall'art. 114 del D.L.gs n. 267/2000, come ente strumentale dell'ente locale dotato di personalità giuridica, di autonomia imprenditoriale e di proprio statuto, approvato dal consiglio comunale o provinciale. L'azienda, a norma del comma 4 del suddetto art. 114, conforma la sua attività a criteri di efficacia, efficienza ed economicità ed ha l'obbligo dell'equilibrio economico— considerando anche i proventi derivanti dai trasferimenti— e del pareggio finanziario.

Sulla scorta di tali disposizioni, si è discusso in giurisprudenza se l'Azienda Speciale si qualifichi o meno come ente pubblico economico.⁹

Secondo Cassazione civile sez. un., 09/08/2018, n.20684— cui si rinvia per una ricostruzione degli orientamenti sul punto di dottrina e giurisprudenza— se è tendenzialmente pacifico che l'azienda speciale abbia cessato, con la riforma del 1990, di essere una «azienda organo» (come sostanzialmente si definiva l'azienda municipalizzata), per assumere un'alterità soggettiva, esaltata dal conferimento di personalità giuridica autonoma e della qualifica di ente come dall'obbligo di iscrizione nel registro delle imprese, non può disconoscersi la rilevante persistenza di importanti connotati pubblicistici, che impedisce una piena o perfetta assimilazione agli imprenditori privati.

La giurisprudenza è alla attualità attestata nel senso della natura peculiare di tali Aziende, che costituiscono parti dell'ente locale, cui sono riferibili le relative determinazioni (Cass. sez. lav. 09 febbraio 2023 n. 3984; Cass. n. 30744/2021).

Ferma la questione qualificatoria, pacifica è la sottoposizione del rapporto di lavoro alla disciplina di diritto privato.

La giurisprudenza ha, tuttavia, precisato che per le assunzioni presso le Aziende speciali vige l'obbligo del concorso, tanto per la loro natura giuridica che secondo quanto specificamente previsto per le province, i comuni, i consorzi e le «rispettive aziende» dal D.L. 10 novembre 1978, n. 702, art. 5, convertito, con modificazioni, nella L. 8 gennaio 1979, n. 3 (comma 12¹⁰ e comma 18¹¹), norma la

⁹ In questo senso: Cass.11 settembre 2012 n. 15167, secondo cui la qualificazione dell'Azienda speciale come ente pubblico economico non contrasta con la natura di ente strumentale del Comune ed elemento del sistema di amministrazione che fa capo all'ente territoriale, nel rispetto dell'autonomia decisionale che consente all'azienda speciale stessa di effettuare scelte di tipo imprenditoriale.

¹⁰ A tenore del quale: «Le assunzioni di nuovo personale dovranno avvenire solo per pubblico concorso o per prova pubblica selettiva che è consentita per il solo personale salariato e ausiliario».

¹¹ Secondo il quale: «I provvedimenti di assunzione temporanea o di conferma in servizio adottati

Napoli, 6 luglio 2023

cui perdurante vigenza è stata confermata dal D.L. n. 153 del 1980, art. 8, convertito in L. n. 299 del 1980 (Cass. SU 19.12.2014, n. 26939).

E' stato dunque enunciato il divieto di conversione a tempo indeterminato del rapporto a termine illegittimamente costituito da una azienda speciale e la salvezza dei soli effetti ex art. 2126 c.c. (*ex aliis*: Cass. n. 30744/2021; Cass. n.25223/2020).

In applicazione dello stesso principio, Corte di Cassazione, sezione Lavoro, 9 febbraio 2023 n. 3984 ha affermato che la nomina del direttore generale delle aziende speciali deve avvenire previa procedura concorsuale sicchè ove non sia preceduta da pubblico concorso (da intendersi come selezione trasparente, comparativa, basata esclusivamente sul merito e aperta a tutti i cittadini in possesso di requisiti previamente e obiettivamente definiti), la medesima nomina deve ritenersi nulla¹².

La gestione dei servizi assunti dagli enti locali può avvenire anche attraverso un consorzio tra più enti locali, come dispone, il D.Lgs. n. 267 del 2000, art. 31, comma 1: «Gli enti locali per la gestione associata di uno o più servizi e l'esercizio associato di funzioni possono costituire un consorzio secondo le norme previste per le aziende speciali di cui all'art. 114, in quanto compatibili».

Il successivo comma 8 stabilisce, poi, che «Ai consorzi che gestiscono attività di cui all'art. 113 bis, si applicano le norme previste per le aziende speciali».

Vanno dunque distinti i consorzi che esercitano in maniera associata funzioni, che sono ordinari enti pubblici, dai Consorzi di servizi, finalizzati alla gestione dei servizi pubblici locali, a rilevanza economica e non economica.

La natura giuridica di questi Consorzi è controversa.

in violazione di quanto sopra indicato sono nulli di diritto e danno luogo a responsabilità degli amministratori ed anche dei segretari e dei ragionieri che abbiano firmato mandati di pagamento non coperti da atti validi».

¹² L'articolo 114 del D.Lgs. n. 267/2000, al comma due, prevede, accanto alle Aziende speciali, le Istituzioni, «organismo strumentale dell'ente locale per l'esercizio di servizi sociali, dotato di autonomia gestionale». All'istituzione possono dunque essere affidati solo i «servizi sociali» ovvero le prestazioni rapportate alla persona. Vi si possono ricomprendere i servizi di assistenza sociale, culturali, socio-sanitari, scolastici e per l'infanzia e quelli socio-educativi fra i quali rientrano, i servizi di formazione ed istruzione professionale. L'Istituzione, al contrario della azienda speciale, non possiede personalità giuridica; l'autonomia gestionale dell'Istituzione, quindi, si traduce nella possibilità di scelta degli assetti organizzativi interni e di definizione dei livelli di ottimale allocazione ed utilizzazione delle risorse. L'ente territoriale, conferisce all'Istituzione il capitale di dotazione; determina le finalità e gli indirizzi; approva gli atti fondamentali; esercita la vigilanza; verifica i risultati della gestione attraverso il proprio collegio dei revisori dei conti (comma sette dell'articolo 114).

Napoli, 6 luglio 2023

La Corte di Cassazione si è pronunciata sul punto, affermando che mentre i consorzi che esercitano in maniera associata funzioni sono ordinari enti pubblici i consorzi che gestiscono servizi aventi rilevanza economica possono tanto essere enti pubblici economici che rientrare tra le amministrazioni pubbliche previste dall'articolo 1, comma 2, D.Lgs. 165/2001, che fa riferimento a Regioni, Province, Comuni, Comunità montane, «e loro consorzi e associazioni».

Secondo la giurisprudenza della Suprema Corte, infatti, la mancanza di una esplicita distinzione tra le diverse categorie di consorzi nell'art. 1, comma 2, del richiamato D.Lgs. n. 165/2001 (che include tra le pubbliche amministrazioni i consorzi e associazioni tra enti locali) non è idonea a determinare l'applicazione della disciplina del pubblico impiego contrattualizzato a tutti i consorzi tra enti locali, essendo prevalente il senso complessivo e la *ratio* della disposizione, la quale esclude, comunque, dalla tutela apprestata dal compendio normativo gli enti pubblici economici (Cass. sez. lav. 14/12/2016, n.25749 e giurisprudenza ivi citata).

La indagine sulla natura del consorzio va compiuta secondo gli ordinari criteri di classificazione di un ente pubblico come ente pubblico economico, avendo riguardo alla disciplina legale e statutaria.

La Suprema Corte (Cass. sez. lav. 01/08/2022, n. 23884), ad esempio, ha qualificato come ente pubblico economico il CONSORZIO INTERCOMUNALE SERVIZI ISCHIA- CISI, avente ad oggetto la gestione dei servizi idrici e fognari dell'isola d'Ischia, aggiungendo che tale qualificazione non era esclusa dalla concessione in gestione dei servizi svolti dal Consorzio ad una società di capitali, dietro pagamento di un canone.

Sono stati qualificati, invece, come enti pubblici non economici i consorzi costituiti per la gestione dei rifiuti urbani ex art. 45 della l.r. Sicilia n. 2 del 2007, negli ambiti territoriali individuati dalla stessa legge (Consorzi Intercomunali Rifiuti Energia Servizi – CO.IN.RES), con conseguente esclusione della possibilità di costituire rapporti a tempo indeterminato in violazione della regola del concorso pubblico (Cassazione civile sez. lav., 14/12/2016, n.25749).

SOCIETA' A PARTECIPAZIONE PUBBLICA

La disciplina del rapporto di lavoro alle dipendenze delle società a partecipazione pubblica, statale o locale, si è sempre caratterizzata per la compresenza di profili pubblicistici, riferiti a specifici aspetti del rapporto di lavoro, in rapporto di eccezione rispetto alla regola generale della applicazione della disciplina privatistica.

Napoli, 6 luglio 2023

Gli interventi di ispirazione pubblicistica hanno riguardato in primo luogo la fase del reclutamento, che è stata regolata, fino alla entrata in vigore del D.Lgs. 19 agosto 2016 n. 175-Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, dall'articolo 18 del DL 25 giugno 2008, n. 112, conv. con mod. dalla Legge 6 agosto 2008, n. 133; la legge di conversione è entrata in vigore dal 22 agosto 2008, giorno successivo alla pubblicazione (in Gazz. Uff., 21 agosto 2008, n. 195).

La norma dell'articolo 18, nella formulazione modificata in sede di conversione, non si applicava alle società quotate nei mercati regolamentati (in forza della esclusione di cui al comma tre) e si riferiva: al comma uno, alle società che gestiscono servizi pubblici locali a totale partecipazione pubblica; al comma due, alle altre società a partecipazione pubblica totale o di controllo.

Soltanto le società di cui al comma uno, caratterizzate da due requisiti —e cioè l'affidamento della gestione di servizi pubblici locali e la partecipazione pubblica totale al capitale— erano tenute ad adottare, con propri provvedimenti, a decorrere dal sessantesimo giorno successivo alla data di entrata in vigore della legge di conversione, 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 D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165 (relativi alle procedure di reclutamento nelle pubbliche amministrazioni).

Tutte le altre società a partecipazione pubblica totale o di controllo, secondo il comma due, erano invece tenute ad adottare, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi secondo i più generici principi, anche di derivazione comunitaria, di trasparenza, pubblicità e imparzialità.

Tale distinzione era foriera di incertezze interpretative in ordine alla diversa misura dell'adeguamento ai principi di reclutamento vigenti nelle pubbliche amministrazioni.

In ogni caso, secondo la giurisprudenza della Suprema Corte, per le società di cui al comma uno, la violazione di tali disposizioni dà luogo alla nullità del rapporto di lavoro instaurato. E' stato tuttavia precisato che il divieto di assunzione in violazione dei principi dettati per le procedure di reclutamento presso le pubbliche amministrazioni si applica esclusivamente ai contratti stipulati in data successiva a quella di entrata in vigore della norma, fissata a decorrere dal sessantesimo giorno successivo alla entrata in vigore della legge di conversione e, pertanto, dal 21 ottobre 2008.

L'orientamento, inaugurato da Cass. n. 3621/2018 e ribadito da numerose successive pronunce conformi (fra le tante Cass. n. 6171/2023, Cass. n. 89/2023,

Napoli, 6 luglio 2023

Cass. n. 30235/2022, Cass. n. 27126/2022, Cass. n. 4571/2022), ha fatto leva sul principio enunciato da Cass. S.U. n. 26724/2007, secondo cui, anche in difetto di una previsione testuale di nullità, incidono sulla validità del contratto, ex art. 1418 c.c., comma 1, tutte le disposizioni cogenti che «in assoluto, oppure in presenza o in difetto di determinate condizioni oggettive o soggettive, direttamente o indirettamente, vietano la stipulazione stessa del contratto...» perché «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».

Il divieto di conversione, pertanto, è stato fatto discendere, per le sole assunzioni disposte a partire dall'entrata in vigore della disposizione sopra richiamata, dal principio secondo cui, in presenza di una norma che subordina l'instaurazione del rapporto di lavoro alla ricorrenza di specifiche condizioni oggettive e soggettive (o, a maggior ragione, a fronte di disposizioni che fanno divieto di costituzione di nuovi rapporti) non può operare la regola, ritenuta nell'impiego privato di carattere generale, alla stregua della quale il rapporto di lavoro nella sua forma ordinaria si intende instaurato a tempo pieno ed indeterminato.

I commi 1, 2, e 3 dell'articolo 18 sono stati abrogati dal D.Lgs. 175/2016 (articolo 28, comma 1, lettera g); il reclutamento del personale delle società partecipate è oggi disciplinato dall'articolo 19 del medesimo decreto legislativo, ai commi 2, 3 e 4. Giova *in limine* precisare che le disposizioni del Testo unico, per quanto dispone il suo articolo 1, al comma 5, si applicano alle società quotate ed alle società da esse controllate solo se espressamente previsto.

A tenore del comma 2 del richiamato articolo 19 del Testo Unico, le società a controllo pubblico¹³ stabiliscono, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il

¹³ Secondo le definizioni contenute nell'articolo 2 del D.Lgs 175/2016:

- per «amministrazioni pubbliche» si intendono, ai fini del D.Lgs. n. 175/2016, in base alle definizioni contenute nell'articolo 2, lettera a): le amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, D.Lgs. 165/2001, i loro consorzi o associazioni «per qualsiasi fine costituiti», gli enti pubblici economici e le autorità di sistema portuale

- sono «società a controllo pubblico», in base alla lettera b) ed alla lettera m) dello stesso articolo 2, le società in cui una o più amministrazioni pubbliche esercitano poteri di controllo secondo la situazione descritta dall'articolo 2359 del codice civile. 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

Napoli, 6 luglio 2023

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.

E' venuta meno, dunque, la distinzione, di cui agli abrogati commi uno e due dell'articolo 18, tra società a totale partecipazione pubblica che gestiscono servizi pubblici locali ed altre società a partecipazione pubblica totale e di controllo; il riferimento è ora a tutte le società a controllo pubblico, indipendentemente dalla misura (totale o meno) del controllo pubblico nonché dall'oggetto della attività (servizi pubblici locali o altre attività).

Alla attualità, tutte le società a controllo pubblico sono tenute al rispetto della disciplina in materia di reclutamento del personale vigente per le pubbliche amministrazioni. Non è stato riprodotto, invece, il riferimento al conferimento degli incarichi sicchè il vincolo riguarda il solo personale dipendente e non anche la stipula di contratti di lavoro autonomo.

Inoltre, sono stati estesi alle società a controllo pubblico tanto i principi di cui all'articolo 35, comma 3, D.Lgs. n. 165/2001 che i principi, anche di derivazione europea, di trasparenza, pubblicità ed imparzialità, richiamandosi congiuntamente i parametri prima distintamente previsti dai commi 1 e 2 dell'articolo 18.

Una novità consiste nella previsione della diretta applicabilità dell'articolo 35, comma 3, D.Lgs. n. 165/2001 nell'ipotesi in cui le società controllate non provvedano a conformarsi, con i propri provvedimenti, ai suddetti principi.

Ulteriore novità risiede nella espressa previsione, al comma 4, della nullità dei contratti di lavoro stipulati in assenza dei provvedimenti o delle procedure di cui al precedente comma due. Si è passati, cioè, da una nullità virtuale, individuata in via giurisprudenziale, ad una nullità testuale dei rapporti di lavoro instaurati in violazione delle procedure di reclutamento. Il medesimo comma 4 si preoccupa di far salva l'applicazione dell'articolo 2126 del codice civile ai fini retributivi.

Nell'assetto complessivo restano comunque confermati, in ordine alle procedure di reclutamento ed agli effetti della loro violazione, gli approdi già raggiunti in via giurisprudenziale.

Resta confermata dal comma 4 anche la giurisdizione del giudice ordinario sui provvedimenti e sulle procedure di reclutamento del personale; la devoluzione delle

controllo.

Napoli, 6 luglio 2023

controversie in materia di assunzione dei dipendenti alla giurisdizione del giudice ordinario era stata già affermata— in vigore dell'art. 18 DL n. 112/2008— da Cass civ. Sez. Un. 22/12/2011, n.28330, sul rilievo che la norma di diritto sostanziale non incideva in alcun modo sulla giurisdizione, in entrambe le fattispecie disciplinate dai commi 1 e 2, trattandosi ugualmente di società non equiparabili alle pubbliche amministrazioni.

Un secondo aspetto derogatorio della disciplina privatistica è costituito dalla disciplina dei costi del personale.

Il primo intervento risale all'art. 5 ter d.l. n. 778 del 1978, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 3 del 1979, che, prevedeva, fino all'entrata in vigore della legge di riforma della municipalizzazione, il divieto per gli enti locali territoriali, per le loro aziende municipalizzate, consortili o società per azioni, a partecipazione maggioritaria degli enti locali di approvare o stipulare accordi integrativi aziendali che prevedano per il personale dipendente erogazioni economiche aggiuntive rispetto a quelle previste dai contratti nazionali di categoria o di trattare materie non espressamente demandate dai contratti collettivi nazionali, a pena di nullità degli accordi raggiunti.

Risale all'anno 2009, l'introduzione, ad opera dell'articolo 19, comma 1, del D.L. 1 luglio 2009, n. 78, convertito con modificazioni, in Legge 3 agosto 2009, n. 102, di un comma 2 *bis* nel corpo dell'articolo 18 DL 112/2008.

Nella formulazione originaria la norma estendeva alle società a partecipazione pubblica locale totale o di controllo, ad alcune condizioni¹⁴, le disposizioni che stabilivano per i rispettivi enti controllanti divieti o limiti alle assunzioni di personale; le medesime società erano, altresì, tenute ad adeguare 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. Infine, spettava al Ministro dell'Economia e delle Finanze l'adozione di un decreto di definizione delle modalità e della modulistica per l'assoggettamento delle medesime società al patto di stabilità interno.

La norma del comma 2 *bis* ha subito diverse sostituzioni e modifiche negli anni 2013 e 2014¹⁵.

¹⁴ Tali condizioni erano: l'affidamento diretto senza gara di servizi pubblici locali ovvero lo svolgimento di funzioni atte a soddisfare esigenze di interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale ovvero lo svolgimento di attività di supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica inserite nel conto economico consolidato della p.a.

¹⁵ Il comma 2 bis dell'articolo 18 DL n. 112/2008 è stato sostituito dall'articolo 1, comma 557,

Napoli, 6 luglio 2023

Per effetto di tali interventi l'ambito di applicazione soggettivo è stato ampliato a tutte le società a partecipazione pubblica locale totale o di controllo nonché esteso alle aziende speciali ed alle istituzioni, salvo le eccezioni indicate nell'ultimo periodo¹⁶.

Per tali enti è stato previsto l'obbligo di attenersi al principio di riduzione dei costi del personale attraverso il contenimento degli oneri contrattuali e delle assunzioni di personale. A tal fine si imponeva all'ente controllante l'emanazione di un proprio atto di indirizzo che definisse, per ciascuno di tali soggetti, specifici criteri e modalità di attuazione del principio di contenimento dei costi del personale, tenendo conto dei vincoli alle assunzioni di personale che esso stesso era tenuto a rispettare e del settore in cui ciascun soggetto operava. Le aziende speciali, le istituzioni e le società a partecipazione pubblica locale totale o di controllo erano, poi, tenute a recepire tali indirizzi con propri provvedimenti e, nel caso del contenimento degli oneri contrattuali, in sede di contrattazione di secondo livello.

Il D.Lgs. n. 175/2016 ha conservato la disciplina del comma 2 *bis* dell'articolo 18 per le aziende speciali ed istituzioni, sopprimendo ogni riferimento alle società a partecipazione pubblica locale totale o di controllo (articolo 27, comma 1, lettera *b* del medesimo decreto legislativo).

La disciplina sul contenimento dei costi del personale delle società partecipate è oggi contenuta nell'articolo 19 del D.Lgs. n. 175/2016, ai commi 5, 6 e 7.

La previsione di contenimento della spesa è stata estesa a tutte le società a controllo pubblico e non più soltanto alle società a partecipazione pubblica locale. Resta, a norma del comma 5, il compito dell'ente controllante, che interviene non più attraverso atti di indirizzo ma con la definizione di obiettivi specifici, annuali e pluriennali, di riduzione delle spese di funzionamento *anche* – e non più solo— in materia di personale, anche attraverso il contenimento degli oneri contrattuali e delle assunzioni.

Le società a controllo pubblico, a loro volta, secondo quanto dispone il comma 6, garantiscono il concreto perseguimento degli obiettivi di cui al comma 5 tramite

della Legge 27 dicembre 2013, n. 147 e dall'articolo 4, comma 12 bis del D.L. 24 aprile 2014, n. 66, convertito, con modificazioni, dalla Legge 23 giugno 2014, n. 89 e da ultimo, modificato dall'articolo 3, comma 5-quinquies, del D.L. 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla Legge 11 agosto 2014, n. 114 e dall'articolo 27, comma 1, lettera b), del D.Lgs. 19 agosto 2016, n. 175.

¹⁶ Si tratta delle ex IPAB e delle farmacie— escluse dai limiti, fermo restando l'obbligo di mantenere un livello dei costi del personale coerente rispetto alla quantità di servizi erogati— nonché delle aziende speciali cosiddette multiservizi cui le disposizioni di contenimento dei costi si applicano qualora l'incidenza del fatturato dei servizi esclusi risulti superiore al 50 per cento del totale del valore della produzione

Napoli, 6 luglio 2023

propri provvedimenti, da recepire, ove possibile, nel caso del contenimento degli oneri contrattuali, in sede di contrattazione di secondo livello.

Inoltre l'articolo 11, comma 6, dello stesso TU prevede la fissazione di compensi massimi, con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, ai quali gli organi delle società a controllo pubblico devono fare riferimento per la determinazione del trattamento economico annuo onnicomprensivo degli amministratori, dei titolari degli organi di controllo, dei dirigenti e dei dipendenti, fermo il limite insuperabile di euro 240.000 annui lordi. Il decreto stabilisce altresì i criteri di determinazione della parte variabile della remunerazione, commisurata ai risultati di bilancio raggiunti dalla società nel corso dell'esercizio precedente; la parte variabile non può essere corrisposta in caso di risultati negativi attribuibili alla responsabilità dell'amministratore. Un ulteriore vincolo è imposto dal comma 10 dello stesso articolo 11 riguardo alle indennità di cessazione dei dirigenti.

La contrattazione collettiva delle società partecipate resta comunque disciplinata secondo i principi dell'impiego privato sia quanto alla mancanza di efficacia *erga omnes* sia quanto ai rapporti tra contratti di diverso livello (che restano regolati dalla volontà delle parti) sia quanto agli oneri di allegazione e di prova del testo contrattuale che fanno carico della parte che intende avvalersene.

La specialità della disciplina sin qui esposta non esclude la applicazione alle società partecipate della progressione automatica ex articolo 2103 cod.civ. in virtù dell'esercizio di fatto di mansioni superiori.

A stabilire questo principio sono due sentenze della Corte di cassazione pubblicate il 1^o dicembre 2022, la n. 35421/2022 e la n. 35422/2022, con le quali sono state cassate due pronunce di merito che – richiamando l'articolo 18 del D.L. n. 112/2008 nonché le leggi regionali siciliane n. 25 del 2008 e n. 11 del 2010 – avevano argomentato che i vincoli ivi imposti fossero ostativi all'applicazione dell'art. 2103 del codice civile.

La Cassazione ha evidenziato che la soluzione da dare alla questione controversa deve tener conto del sistema delle fonti, della natura privatistica della società a partecipazione pubblica, della qualificazione dei rapporti di lavoro che con la stessa si instaurano, elementi, questi, che univocamente indirizzano verso l'applicabilità dell'art. 2103 cod. civ e non dell'art. 52 del d.lgs. n. 165 del 2001.

Secondo la Corte di legittimità, l'articolo 18 del DL n. 112 del 2008 e lo stesso successivo articolo 19 del d.lgs. n. 175 del 2016 – prevedendo sostanzialmente un obbligo, posto a carico della società partecipata, di perseguire nelle politiche inerenti al personale il contenimento dei costi, indirettamente gravanti sulla spesa pubblica – hanno fissato una regola di comportamento per gli amministratori delle

Napoli, 6 luglio 2023

partecipate, che incide sul rapporto che si instaura fra il socio pubblico e la società e può essere fonte di responsabilità, eventualmente anche erariale; da quell'obbligo non si può desumere, invece, la nullità degli atti adottati dalla società in violazione delle direttive date dal socio (cioè dall'ente controllante), perché il legislatore non ha previsto un meccanismo analogo a quello pensato per l'impiego pubblico contrattualizzato, in relazione al quale il combinato disposto degli artt. 2, comma 3, e 45 del d.lgs. n. 165 del 2001 garantisce, a pena di nullità della pattuizione individuale, la necessaria conformazione del contratto individuale a quello collettivo.

Escluso, quindi, che l'attribuzione definitiva della qualifica superiore possa essere impedita dalle disposizioni di leggi, statali e regionali, che onerano gli amministratori delle società controllate di perseguire nella gestione del personale politiche di contenimento dei costi, è stato parimenti escluso che l'applicazione dell'art. 2103 cod. civ. si ponga in contrasto con gli obblighi imposti alle società a controllo pubblico in tema di reclutamento.

La Corte di cassazione ha osservato che nel rapporto di lavoro alle dipendenze di privati, l'attribuzione della qualifica superiore avviene nell'ambito dell'unico rapporto già costituito e non determina l'instaurazione di un rapporto nuovo, distinto dal precedente, sicché non può essere equiparata all'assunzione.

Alla luce del richiamato principio, applicabile alle società a partecipazione pubblica per la natura privatistica delle stesse e dei rapporti dalle medesime instaurati, è dunque da escludere che la disciplina del reclutamento, dettata dapprima dal D.L. n. 112 del 2008, art. 18, e poi dal D.Lgs. n. 175 del 2016, art. 19, possa essere interpretata nel senso di ricomprendere anche le progressioni di carriera.

D'altro canto, secondo la Suprema Corte, l'orientamento che per l'impiego pubblico contrattualizzato riconosce un'efficacia novativa al passaggio di area ha ragionato su rapporti di impiego pubblico che richiedono, nella normalità, il superamento di una procedura concorsuale in senso stretto, attuativa del precetto dell'art. 97 Cost., procedura alla quale la stessa Corte Costituzionale (Corte Cost. n. 227/2020) ha escluso possa essere equiparata quella prevista dal D.L. n. 112 del 2008, art. 18 e dal D.Lgs. n. 175 del 2016, art. 19.

In conclusione, si è affermato che non si può fare leva sulle procedure di reclutamento (fermo restando che esse costituiscono formalità necessarie per l'instaurazione del rapporto di lavoro alle dipendenze delle società controllate) per ritenere derogata, in assenza di un'espressa previsione normativa, la disciplina delle mansioni del rapporto già costituito.

Napoli, 6 luglio 2023

Ancora un elemento di specialità si rinviene quanto alla disciplina del trasferimento del rapporto di lavoro; sul punto deve distinguersi il passaggio del rapporto di lavoro tra società controllate dal fenomeno della «re-internalizzazione» da parte della pubblica amministrazione delle funzioni e dei servizi in precedenza esternalizzati mediante affidamento a società controllate.

Anche in relazione a tali vicende va ribadito che il rapporto di lavoro che si instaura con la società a controllo pubblico non è qualificabile di pubblico impiego ed allo stesso non si applica il D.Lgs. n. 165 del 2001, sicché non assumono alcuna incidenza i principi di carattere generale che si ricavano dall'art. 31 del richiamato D.Lgs., disposizione, quest'ultima, applicabile solo in caso di trasferimento o conferimento di attività fra enti pubblici o dall'ente pubblico al soggetto privato e non viceversa.

Nell'ipotesi di re-internalizzazione, viene in questione la possibile violazione della regola dell'articolo 97 Cost., che condiziona l'assunzione alle dipendenze di una pubblica amministrazione alla regola del concorso.

La Corte costituzionale ha censurato per violazione di tale regola costituzionale le disposizioni delle leggi regionali che prevedevano il passaggio automatico dei dipendenti delle società partecipate ed, in generale, di enti di diritto privato ad amministrazioni pubbliche in senso proprio (Corte Cost. sent. n. 5/2020; n.7 del 2015 ; n. 134 del 2014; n. 227 e n. 167 del 2013; n. 62 del 2012; n. 310 e n. 299 del 2011; n. 267 del 2010).

Sulla base di tali rilievi, la Corte di Cassazione, con sentenza n. 35343 del 18/11/2021, seguita da altre conformi, ha interpretato, ad esempio, la disciplina speciale di cui al D.L. n. 95 del 2012, art. 12, comma 18 *bis* (inserito dalla Legge di Conversione n. 135 del 2012), che prevede il trasferimento delle risorse umane dalla soppressa società BUONITALIA s.p.a. (strumento operativo del Ministero delle Politiche Agricole e Forestali) all'ente pubblico ICE-AGENZIA PER LA PROMOZIONE ALL'ESTERO E L'INTERNAZIONALIZZAZIONE DELLE IMPRESE ITALIANE, nel senso di escludere il carattere automatico del passaggio dalla società privata all'ente pubblico e di subordinarlo al previo espletamento della prevista procedura selettiva di verifica dell'idoneità.

In linea generale, prima dell'intervento operato dal D.Lgs. 175/2016, l'articolo 1, comma 563, della L. dicembre 2013, n. 147 impediva la realizzazione di processi di mobilità tra le società controllate, direttamente o indirettamente, dalle pubbliche amministrazioni (di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni) o dai loro enti strumentali e le pubbliche amministrazioni.

Napoli, 6 luglio 2023

Il TU del 2016 ha abrogato tale disposizione (con l'articolo 28, comma 1, lettera t); la disciplina della re-internalizzazione è oggi contenuta nel comma 8 dell'articolo 19, a tenore del quale le pubbliche amministrazioni titolari di partecipazioni di controllo in società, nelle ipotesi di reinternalizzazione di funzioni o servizi esternalizzati, affidati alle società stesse, prima di poter effettuare nuove assunzioni procedono al riassorbimento delle unità di personale già dipendenti a tempo indeterminato da amministrazioni pubbliche e transitate alle dipendenze della società interessata dal processo di reinternalizzazione, mediante l'utilizzo delle procedure di mobilità di cui all'articolo 30 del decreto legislativo n. 165 del 2001 e nel rispetto dei vincoli in materia di finanza pubblica e contenimento delle spese di personale. Il riassorbimento può essere disposto solo nei limiti dei posti vacanti nelle dotazioni organiche dell'amministrazione interessata e nell'ambito delle facoltà assunzionali disponibili. Riguardo alle facoltà assunzionali, tuttavia, a seguito della modifica apportata dal D.Lgs. n. 100/2017 (articolo 12, comma 1, lettera b) non rileva la spesa per il riassorbimento del personale già in precedenza dipendente dalle stesse amministrazioni con rapporto di lavoro a tempo indeterminato, alle condizioni dettate dall'ultimo periodo del comma 8 (per gli enti territoriali la spesa è sterilizzata anche ai fini del parametro di contenimento del costo del personale di cui all'articolo 1, comma 557-quater, della legge n. 296 del 2006)

Il procedimento di riassorbimento è stato ricondotto, dunque, alla disciplina del *cd.* passaggio diretto di personale tra amministrazioni pubbliche diverse e riguarda il personale che dapprima assunto presso una pubblica amministrazione sia transitato, poi, nelle società controllate nella fase, necessariamente anteriore, di esternalizzazione del servizio.

Tale disciplina non presenta profili di contrasto con l'articolo 97 Cost., in quanto l'obbligo del riassorbimento riguarda personale assunto originariamente da una pubblica amministrazione e, dunque, già selezionato mediante concorso pubblico e solo successivamente transitato presso la società controllata.

Venendo, invece, al passaggio di personale tra le società controllate, prima del D.Lgs. 175/2016 una disciplina speciale era detta dall'articolo 1, commi 563 e 564 L. 147/2013, che prevedeva una procedura finalizzata alla mobilità del personale tra le società controllate dalle pubbliche amministrazioni (ex articolo 1, comma due, D.Lgs n. 165/2001) o da loro enti strumentali attraverso un accordo tra esse, senza la necessità del consenso del lavoratore, nel rispetto degli atti di indirizzo adottati dagli enti controllanti. La disciplina è stata abrogata dal D.Lgs. n. 175/2016 (articolo 28, lettera t); in mancanza di una diversa disciplina, dunque, i passaggi di

Napoli, 6 luglio 2023

personale tra società controllate restano disciplinati dalle norme generali dell'impiego privato.

Resta, da ultimo, da considerare la disciplina delle eccedenze di personale.

La L. 147/2013, articolo 1, commi da 565 e 568 *ter*, aveva introdotto una procedura speciale da attivare nell'ipotesi in cui le società controllate avessero rilevato eccedenze di personale nonché, comunque, nell'ipotesi in cui l'incidenza delle spese di personale fosse pari o superiore al 50 per cento delle spese correnti. La procedura era tesa alla riallocazione totale o parziale, a cura dell'ente controllante, del personale in eccedenza o nella stessa società, mediante il ricorso a forme flessibili di gestione del tempo di lavoro, ovvero presso altre società controllate dal medesimo ente o dai suoi enti strumentali. Era prevista per la gestione delle eccedenze la possibilità, sia per gli enti controllanti che per le società partecipate, di concludere accordi collettivi finalizzati alla realizzazione di forme di trasferimento in mobilità dei dipendenti in esubero presso altre società dello stesso tipo, operanti anche al di fuori del territorio della regione.

Tale disciplina è stata abrogata dal D.lgs. n. 175/2016 (articolo 28 lettera t) e conservata temporaneamente in vita in attesa dello svolgimento della procedura di ricognizione del personale eccedente prevista dall'articolo 25 dello stesso D.L.gs. e comunque non oltre il 31 dicembre 2017.

Decorso detto periodo, la gestione delle eccedenze di personale è tornata ad essere regolata dalla disciplina privatistica di cui alla legge n. 223/1991.

Il richiamato articolo 25 del medesimo D.Lgs. nel testo originario prevedeva per le società a controllo pubblico la formazione entro il 30 settembre 2017 (termine così modificato dal D.lgs. n. 100/2017, articolo 16 lettera a) di un elenco del personale eccedente, trasmesso alla regione competente in relazione alla sede legale della società, che avrebbe formato e gestito l'elenco dei lavoratori dichiarati eccedenti e agevolato processi di mobilità in ambito regionale per ulteriori sei mesi (*id est*: fino al 30 marzo 2018), per trasmettere, poi, gli elenchi dei lavoratori non ricollocati all'Agenzia nazionale per le politiche attive del lavoro, che ne avrebbe curato la gestione.

Di rilievo è la previsione del divieto fino al 30 giugno 2018, per le società a controllo pubblico, di procedere a nuove assunzioni a tempo indeterminato, se non attingendo a tali elenchi, salva specifica autorizzazione, presidiato dalla nullità dei rapporti di lavoro stipulati in violazione di tali disposizioni (e dalla qualificazione dei relativi provvedimenti come grave irregolarità ai sensi dell'articolo 2409 del codice civile).

Napoli, 6 luglio 2023

L'articolo 25 è stato in seguito sostituito dal D.L. 30 dicembre 2019, n. 162, convertito, con modificazioni dalla Legge 28 febbraio 2020, n. 8 (articolo 1, comma 10-novies); nel nuovo testo la ricognizione del personale eccedente è prevista entro il 30 settembre di ciascuno degli anni 2020, 2021 e 2022 ed il passaggio degli elenchi dalle regione all'Agenzia nazionale per le politiche attive del lavoro è previsto dopo 12 mesi dalla stessa scadenza; nella fase di gestione regionale degli elenchi si prevede la stipula di un accordo con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative e la riallocazione del personale in eccedenza presso altre società controllate dal medesimo ente o da altri enti della stessa regione, sulla base di un accordo tra le società interessate¹⁷.

E' scomparso, nel nuovo testo, il divieto per le società a controllo pubblico di procedere a nuove assunzioni a tempo indeterminato se non attingendo agli elenchi.

ASSOCIAZIONI E FONDAZIONI

Molte associazioni e fondazioni sono state costituite con l'apporto degli enti pubblici che provvedono, talvolta parzialmente, alla nomina dei consiglieri, erogano i fondi di dotazione nonché quelli di gestione e devono esprimere il loro parere per l'approvazione delle modifiche statutarie.

In questo quadro deve darsi conto anche del fenomeno delle «fondazioni di partecipazione», che trova la sua base giuridica nell'articolo 1 DPR 10 febbraio 2000 n. 361 là dove prevede, accanto alle associazioni ed alle fondazioni «le altre istituzioni di carattere privato».

La fondazione di partecipazione è un ente non lucrativo che si distacca dal modello tradizionale di fondazione, che tradizionalmente è connotato dalla costituzione con un atto unilaterale, tramite il quale un patrimonio iniziale viene vincolato al perseguimento di uno scopo necessariamente di pubblica utilità. Dalla centralità dell'aspetto patrimoniale sono stati fatti discendere, come corollari, il distacco dell'ente dal fondatore e la configurazione degli organi come serventi, in antitesi al ruolo egemone che gli stessi svolgono nell'associazione.

La fondazione di partecipazione è una forma mista, con i tratti tipici della fondazione ma con i caratteri organizzativi propri delle associazioni.

¹⁷ Tali disposizioni sono state estese dall' articolo 1, comma 10 decies DL n.162/2019 ai dipendenti dei consorzi e delle aziende costituiti, rispettivamente, ai sensi degli articoli 31 e 114 del TU n. 267/2000, che, alla data di entrata in vigore della legge di conversione dello stesso decreto, fossero già posti in liquidazione da parte delle amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165

Napoli, 6 luglio 2023

I tratti identificativi sono costituiti dalla pluralità di fondatori o comunque di partecipanti all'iniziativa mediante un apporto di qualsiasi natura, purchè utile al raggiungimento degli scopi; dalla formazione progressiva del patrimonio, per cui la dotazione patrimoniale iniziale non è autosufficiente e definitiva, ma aperta ad incrementi per effetto di adesioni successive da parte di soggetti ulteriori rispetto ai fondatori; dal principio di partecipazione attiva alla gestione dell'ente da parte di tutti i fondatori o partecipanti.

Il fenomeno è stato promosso legislativamente in alcune fondazioni a partecipazione pubblica, quali le fondazioni liriche (articolo 10, comma 2, D.L.gs. 367/1996), le Ipb trasformate in fondazioni (art. 17 primo comma lett. c D.L.gs. 207/2001), le fondazioni universitarie (art. 2, comma 3, D.P.R. 254/2001).

Tali condizioni, però, non sono sufficienti ad attribuire all'ente natura pubblica. Non depone per la natura pubblica il fatto che la associazione o fondazione sia stata costituita da amministrazioni o enti pubblici, che abbia finalità di interesse generale (che possono ben essere perseguite anche da soggetti privati ed in particolare lo sono dalle fondazioni), nè che vada considerata organismo di diritto pubblico ai fini dell'applicazione della disciplina in tema di appalti pubblici.

Invero, secondo un principio già affermato dalle Sezioni unite, con la sentenza 23 novembre 1993, n. 11541: «La natura pubblica degli enti che concorrono a formare un nuovo ente non è sufficiente ad attribuire natura pubblicistica a quest'ultimo, sebbene esso risulti costituito per perseguire anche finalità riguardanti i soggetti che lo compongono; nè può ritenersi indicativa della natura pubblica di un'associazione la partecipazione ai suoi organi di rappresentanti dei soggetti pubblici che l'hanno formata»¹⁸.

La permeabilità delle forme pubbliche e private trova un chiaro riferimento normativo nella L. 7 agosto 1990, n. 241, art. 1, comma 1 *ter*, a tenore del quale: «I soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative assicurano il rispetto dei principi di cui al comma 1, con un livello di garanzia non inferiore a quello cui sono tenute le pubbliche amministrazioni in forza delle disposizioni di cui alla presente legge». Vi è dunque, da parte del legislatore, un riconoscimento esplicito che anche soggetti privati possono curare interessi pubblici, e ciò conformemente alla nostra Costituzione per la quale non esiste nell'ordinamento un

¹⁸ nello stesso senso, Cass. 26 luglio 2007, n. 16600, che — nel ribadire che la natura pubblica del Comune non è sufficiente ad attribuire natura pubblica ad un ente dal primo costituito, così come non rileva la sua finalità non di lucro, compatibile anche con le persone giuridiche di diritto privato— ha ritenuto rilevante l'attribuzione di poteri e prerogative analoghi a quelli dello Stato e degli enti territoriali e l'assoggettamento ad un sistema di controlli inversamente proporzionale all'autonomia dell'ente.

Napoli, 6 luglio 2023

insuperabile divieto ad affidare a soggetti privati lo svolgimento di funzioni amministrative (Corte Cost. sentenza n. 234/2010).

La categoria, di matrice dottrinale, in cui vengono inquadrati tali organismi, è quella degli «enti privati che curano interessi generali», anch'essi sottoposti ad una disciplina giuridica mista, tra pubblico e privato; in linea generale, essi si costituiscono nelle forme delle fondazioni, delle associazioni e delle organizzazioni civiche.

Rilevano al riguardo gli ordinari criteri in tema di individuazione degli enti pubblici.

Le Sezioni Unite nel citato arresto 19/04/2021, n.10244, pronunciandosi in punto di giurisdizione, hanno, ad esempio, affermato la natura di soggetto di diritto privato della Associazione Nazionale Comuni Italiani (ANCI), pur titolare di compiti di natura tendenzialmente amministrativa, svolti su mandato e dietro finanziamento statale, oltre che attribuiti da norme di natura pubblicistica, sulla base della forma giuridica prescelta, delle previsioni statutarie, della libertà di adesione e recesso degli associati, della sua funzione, tipica delle associazioni di rappresentanza, di rappresentanza e tutela degli interessi dei comuni associati.

In linea più generale le Sezioni Unite, (in dichiarata continuità con Cass., Sez. Un. 27 marzo 2017, n. 7759; Cass. Sez. Un. 8 luglio 2019, n. 18270 nonché con Cass. 27 dicembre 2019, n. 34473) hanno affermato che la scelta di un paradigma privatistico per la realizzazione delle finalità perseguite dalla pubblica amministrazione, ove non vi siano specifiche posizioni in contrario o ragioni ostative di sistema, comporta l'applicazione del regime giuridico proprio dello strumento adoperato.

Qualora debba essere esclusa la natura di ente pubblico, la associazione o fondazione costituita in forma civilistica resta integralmente soggetta alle norme del diritto privato, in assenza di norme specifiche che la sottraggono a queste ultime; la qualificazione come associazione o fondazione di diritto privato resiste, così come avviene per le società partecipate, pure in presenza di una disciplina speciale.

Tra gli elementi di specialità vengono in rilievo in primo luogo le modalità assunzionali, che per legge o per Statuto possono prevedere lo svolgimento di procedure selettive, anche concorsuali; né è escluso un intervento legislativo che intervenga a vietare o limitare le nuove assunzioni per esigenze di contenimento della spesa pubblica.

In tali casi si producono gli stessi effetti di nullità dei rapporti a tempo indeterminato e di non convertibilità dei rapporti flessibili illegittimamente instaurati già esaminati in relazione agli enti pubblici economici ed alle società partecipate.

Napoli, 6 luglio 2023

Il principio è stato recentemente ribadito da Cass. SU 22 febbraio 2023 n. 5542 in relazione alla vicenda dei rapporti di lavoro a termine illegittimamente instaurati dalle fondazioni lirico sinfoniche, enti di diritto privato derivanti dalla trasformazione *ex lege*,¹⁹ a far data dal 23 maggio 1998, degli ex-enti lirici autonomi e delle istituzioni concertistiche assimilate (di cui all'articolo 5 L. n. 800/1967).

Nel citato arresto le Sezioni Unite hanno ricordato che la disciplina settoriale ha imposto alle fondazioni lirico sinfoniche il divieto di assunzione a tempo indeterminato, in termini assoluti o relativi, a partire all'anno 2005, divieto riproposto, attraverso successivi interventi normativi²⁰, sino a tutto l'anno 2011, stabilendosi poi, a regime, dall'anno 2012 limitazioni alle facoltà assunzionali. Hanno altresì dato conto della previsione contenuta nel DL 8 agosto 2013 n.91 conv. dalla L. 7 ottobre 2013 n. 112, articolo 11, comma 19, a tenore della quale il contratto di lavoro subordinato presso le fondazioni lirico-sinfoniche è instaurato «esclusivamente» a mezzo di apposite procedure selettive pubbliche.

Hanno rilevato che le conseguenze della violazione del divieto di assunzione, diversamente da quanto ritenuto da un orientamento giurisprudenziale formatosi in seno alla sezione lavoro, non restano circoscritte alla responsabilità degli amministratori bensì determinano la nullità del contratto, secondo il principio espresso in ordine alle nullità virtuali da Cass. SU n. 26704/2007; analoghe considerazioni hanno espresso anche quanto all'obbligo di reclutamento previo esperimento di procedure selettive pubbliche e ciò anche prima che la sanzione di nullità fosse testualmente prevista dall'articolo 22, comma 2 *bis*, D. Lgs. 367/1996, introdotto dall'articolo 1, comma 2, del D.L. 28 giugno 2019, n. 59, convertito con modificazioni dalla Legge 8 agosto 2019, n. 81.

Il principio affermato dalle Sezioni Unite è di valenza generale, nel senso che:

«Nei casi di rapporto di lavoro a tempo determinato con clausola affetta da nullità, l'instaurazione del rapporto a tempo indeterminato è impedita dalle norme imperative settoriali, vigenti al momento della stipulazione del contratto, che fanno divieto assoluto di assunzione a tempo indeterminato o subordinano l'assunzione stessa a specifiche condizioni oggettive e soggettive, fra le quali rientra il previo esperimento di procedure pubbliche concorsuali o selettive».

¹⁹ ai sensi del D.Lgs n. 367/1996 e del DL 20 novembre 2000 n. 345, conv. dalla L. 26 febbraio 2001 n. 6

²⁰ Per una ricostruzione del quadro normativo si rinvia al punto 16 della sentenza in esame

«I rapporti di lavoro delle società a controllo pubblico, degli enti pubblici economici, delle associazioni e fondazioni» -dott. Francesca Spena

Napoli, 6 luglio 2023

Il momento di riferimento per valutare la presenza di una disciplina di settore impeditiva della instaurazione del rapporto a tempo indeterminato è, dunque, quello della conclusione del contratto di lavoro in contestazione.