

Rapporto di lavoro nelle società controllate

Il rapporto di lavoro nelle società controllate. Problematiche passate e presenti, prospettive future

di Marco Menicucci - Avvocato in Salerno (*)

L'art. 19, D.Lgs. n. 175/2016 ha previsto espressamente l'applicazione delle regole del lavoro privato alle società controllate ed ha dato con ciò risposta ad importanti interrogativi, lasciando tuttavia irrisolti molti dilemmi.

Lo scritto affronta svariati profili problematici derivanti dalla nuova normativa, a cominciare dalla previsione della diretta applicazione dei contratti collettivi; vengono esaminati poi i problemi relativi alle assunzioni, con particolare riguardo al trasferimento di azienda, alle reinternalizzazioni ed esternalizzazioni da parte della P.A., alla clausola sociale. Ci si chiede in particolare se in casi del genere possa esservi un passaggio dei lavoratori alle dipendenze delle società controllate o se ciò sia impedito dalle regole che presidiano le assunzioni in queste società.

Il contributo si sofferma anche sulla ragionevolezza della scelta di "pubblicizzare" la fase di assunzione senza prevedere alcuna peculiarità per il licenziamento, chiedendosi se le due situazioni non meritino la medesima attenzione.

Il saggio affronta poi la complessa tematica della possibilità riconosciuta alle società controllate di incidere in maniera unilaterale sui trattamenti retributivi ed in particolare sui riflessi che ciò ha sulla contrattazione collettiva e sulla stessa libertà sindacale.

L'Autore prospetta infine alcune soluzioni *de iure condendo* per la gestione di questo tema di estrema delicatezza.

Premessa

L'art. 19, D.Lgs. 19 agosto 2016, n. 175 è una norma che poteva avere (e forse aveva) l'ambizione di fare chiarezza in via definitiva nell'intricato mondo dei rapporti di lavoro alle dipendenze delle società pubbliche. Uscita sostanzialmente indenne dalla sentenza della Corte cost. n. 251 del 2016 (1) - che ha invece creato scompiglio su numerosi altri aspetti del decreto n. 175 - tale norma ha subito modifiche tutto sommato marginali (il comma 8 è la parte che su cui c'è stato l'intervento più profondo) ad opera

dell'art. 12 del D.Lgs. correttivo 16 giugno 2017, n. 100.

La chiarezza serviva e serve in un settore che ha conosciuto negli ultimi dieci anni una serie di questioni di grandissimo interesse giuridico e pratico e che coinvolge numerosissimi addetti (2) con un notevole onere per la pubblica economia.

In particolare l'introduzione ad opera dell'art. 18, D.L. 25 giugno 2008, n. 112 (conv. con modd. L. 6 agosto 2008, n. 133) di regole per le assunzioni ed i paletti retributivi fissati a partire dal

(*) N.d.R.: Il presente contributo è stato sottoposto, in forma anonima, al vaglio del Comitato di valutazione.

(1) Corte cost. 25 novembre 2016, n. 251, in *Giur. it.*, 2017, n. 3, 733 con nota di Meale.

(2) Secondo il I Rapporto Ires-Cgil, *Le società partecipate e i criteri di razionalizzazione*, in <http://www.cgil.it/>

admin_nv47t8g34/wp-content/uploads/2016/01/Primo-Rapporto-sul-sistema-delle-societ%C3%A0-partecipate-Luglio-2017-.pdf, 23, nel 2014 i dipendenti delle società partecipate sarebbero 783.974.

2009 proprio da tale norma, così come modificata nel tempo, hanno fatto esplodere problematiche di non poco momento. Da un lato, ad esempio, quelle afferenti la possibilità di chiedere al giudice di dichiarare la sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato in caso di lavoro a progetto dissimulante un rapporto di lavoro dipendente (3), la conversione di rapporti di lavoro a termine in rapporti di lavoro a tempo indeterminato (4) o i delicati problemi del trasferimento di azienda o del cambio di appalto coinvolgenti una società pubblica (5); dall'altro, la tematica che potremmo definire della "auto-riduzione" del corrispettivo da parte del datore di lavoro.

Probabilmente, come d'altronde spesso accade in tempi di cattiva qualità legislativa, l'occasione è stata sprecata ed infatti restano irrisolti sul tappeto numerosi problemi.

La riconduzione del lavoro alle dipendenze delle controllate nell'ambito del lavoro privato

Ma partiamo, al contrario, dalle domande cui la norma *de qua* ha dato una risposta. Il legislatore ha finalmente posto fine ad un dibattito dagli esiti potenzialmente "esplosivi": quello sull'applicabilità o meno alle società controllate delle norme riguardanti il pubblico impiego.

Lo ha fatto scegliendo la soluzione a parere di chi scrive preferibile, vale a dire quella dell'attrazione dei rapporti nell'ambito del lavoro privato.

Tale soluzione è preferibile sia per ragioni sistematiche, visto che probabilmente ha poco senso prevedere che una società che vive secondo le regole proprie del diritto privato debba poi confrontarsi con le norme del lavoro pubblico, sia perché le ragioni dell'esistenza stessa delle controllate scontano la necessità di allontanarsi dal campo giuridico del pubblico per entrare in quello del privato.

Invero, affermare che l'art. 19 ha risolto questo dilemma richiede una considerazione preliminare sui rapporti tra legge delega e decreto n. 175.

L'eccesso di delega nella disciplina dello status dei dipendenti delle controllate

Il D.Lgs. n. 175/2016 è stato emanato in attuazione della delega contenuta nell'art. 18, L. n. 124/2015, che, per quanto ora interessa, stabiliva che la normativa delegata dovesse essere adottata nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi: "e) razionalizzazione dei criteri pubblicistici per gli acquisti e il reclutamento del personale, per i vincoli alle assunzioni e le politiche retributive, finalizzati al contenimento dei costi, tenendo conto delle distinzioni di cui alla lettera a) e introducendo criteri di valutazione oggettivi, rapportati al valore anche economico dei risultati".

Il decreto legislativo avrebbe quindi dovuto applicare criteri pubblicistici in punto di assunzioni e retribuzioni.

Non pare che il legislatore delegato fosse autorizzato, come in sostanza invece ha fatto, a scrivere una sorta di piccolo statuto del lavoro alle dipendenze delle controllate. Il Governo non aveva, a parere di chi scrive, il potere di intervenire sull'intera materia del rapporto di lavoro, ma solo su assunzioni e retribuzioni.

Invece il primo comma dell'art. 19, D.Lgs. n. 175/2016, nell'assoggettare alla normativa privatistica il rapporto, ha inciso su ogni possibile aspetto dello stesso (ad esempio sulla disciplina delle mansioni, sul licenziamento, sulle ferie, sulla malattia, sul procedimento disciplinare, sulla contrattazione, sui diritti sindacali).

Già questo pare porre il decreto al di fuori dei confini della delega.

Si consideri poi, per completezza, che il legislatore delegato ha ricondotto tutto nell'area del lavoro privato, laddove i criteri consegnatigli dalla legge delega riguardavano invece la pubblicizzazione (seppur limitata ad alcuni aspetti).

Si pone quindi, secondo lo scrivente, un problema di costituzionalità per eccesso di delega dell'art. 19, comma 1.

È evidente che il tema è "depotenziato" dal fatto che allo stato la norma *de qua* potrebbe essere considerata

(3) Con riferimento alla vecchia normativa numerose sentenze del Tribunale di Napoli, inedite a quanto si sa, avevano escluso la possibilità di dichiarare la sussistenza di un rapporto di lavoro dipendente nel caso di contratti di lavoro a progetto con una *in house* svoltisi in realtà con le modalità della subordinazione: Trib. Napoli (est. Chiodi), 27 gennaio 2016; Trib. Napoli (est. Picciotti), 26 gennaio 2017; Trib. Napoli (est. Papa), 28 marzo 2017; Trib. Napoli (est. Lombardi), 21 aprile 2017; dal canto suo Trib. Salerno (est. Orio), 8 marzo 2016, inedita a quanto consta, affermava poi la assenza di alterità soggettiva tra la *in house* e la P.A. partecipante.

(4) Con possibilità di conversione esclusa categoricamente da M. Miscione, *Ritorno alla pubblicizzazione per le società in mano pubblica (i concorsi per assunzioni e incarichi)*, in M. Miscione - D. Garofalo (a cura di), *Commentario alla legge n. 133/2008*, Trento, 2009, 389; in tal senso anche Trib. Salerno (est. Laudati), 1° ottobre 2013, inedita a quanto consta.

(5) Con passaggio dei dipendenti escluso ad es. da Trib. Salerno (est. Laudati), 11 febbraio 2013, ord., in ed. a quanto consta.

una norma ricognitiva degli approdi giurisprudenziali in punto di lavoro alle dipendenze delle società pubbliche (aspetto sul quale si veda il prossimo paragrafo) e che quindi la sua eventuale rimozione dall'ordinamento per incostituzionalità potrebbe non cambiare di molto la situazione. È altrettanto vero, però, che se tale norma fosse inutile non avrebbe neppure avuto senso scriverla andando al di fuori dei confini della delega.

Inoltre, tale norma non lascia più al magistrato la libertà di decidere se alle controllate si applichino le regole del lavoro pubblico (tesi che appare in questo momento "perdente", ma che ha avuto più di una conferma in giurisprudenza) o quelle del lavoro privato, e quindi la questione della sua costituzionalità appare in fin dei conti molto rilevante.

La situazione per il periodo antecedente all'entrata in vigore dell'art. 19

In questa sede non si vuole affrontare la problematica della riconducibilità dei rapporti di lavoro alle dipendenze delle società controllate al lavoro privato o pubblico prima del decreto Madia, essendo invece il presente scritto rivolto ad analizzare la situazione risultante dall'entrata in vigore dell'art. 19, D.Lgs. n. 175/2016.

Nondimeno, appare opportuno rilevare che resta aperto il dibattito (6) per il periodo precedente alla nuova normativa.

Esso sembra avviarsi a soluzione con la prevalenza della tesi "privatistica" (7), ma non pare essere del tutto sopito.

D'altronde, se si concludesse per la riconduzione al pubblico impiego dei rapporti di lavoro nelle società pubbliche si porrebbero dei problemi probabilmente irrisolvibili. Se tali società fossero attratte *sic et simpliciter* nel campo di applicazione del D.Lgs. n. 165/2001 si dovrebbe conseguentemente ritenere che praticamente tutti i rapporti di lavoro instaurati dalle stesse (o quanto meno quelli instaurati prima del D.L. n. 112/2008) sarebbero nulli per violazione dell'art. 35, D.Lgs. n. 165/2001, con la conseguenza

che le società dovrebbero rifiutare le prestazioni dei propri (a questo punto, fantomatici) dipendenti (8). Il che avrebbe conseguenze sociali inimmaginabili per la perdita di migliaia di posti di lavoro e porterebbe altresì all'immediata paralisi di numerosissimi servizi, anche essenziali (raccolta rifiuti, gestione del servizio idrico, trasporti, ecc.).

Il legislatore ha risolto questa problematica per il futuro, lasciandola aperta per il passato. La legge delega n. 124/2015 avrebbe forse potuto essere l'occasione per una norma di interpretazione che risolvesse in via definitiva la questione, fermo restando - si ripete - che essa pare andare verso una risoluzione in via giurisprudenziale.

Al riguardo è comunque doveroso ricordare che la L. n. 135/2012 in sede di conversione del D.L. n. 95/2012 aveva aggiunto al comma 13 dell'art. 4 una norma interpretativa che comportava l'applicazione delle norme del codice civile in materia di società di capitali; tale norma - che pur non riguardando espressamente i rapporti di lavoro poteva certamente costituire valido criterio interpretativo ai nostri fini - è stata abrogata dall'art. 28, comma 1, lett. q), D.Lgs. n. 19 agosto 2016, n. 175; quindi attualmente nell'ordinamento non è in vigore una norma di interpretazione autentica che possa soccorrere nella risoluzione della problematica.

L'ambito di applicazione dell'art. 19

L'esegesi della norma in parola deve iniziare dall'individuazione dei suoi destinatari. Si pone innanzitutto una questione relativa al campo di applicazione della stessa, che il legislatore delegato - ricevuta espressa segnalazione al riguardo da parte del Consiglio di Stato - ha deciso di non affrontare.

L'art. 19 in parola si applica ai "rapporti di lavoro dei dipendenti delle società a controllo pubblico". Sul punto il Consiglio di Stato nel proprio parere 968 del 21/04/2016 aveva rilevato che la norma sembrava applicarsi alle sole "società a controllo pubblico", così come definite dalle lettere b) ed m), con esclusione delle altre società a partecipazione pubblica.

(6) A. Saporito, *Società pubbliche e reclutamento del personale profili problematici*, in *Giustamm* Anno XIV, luglio 2017, in <https://www.giustamm.it/viewPermalink/5272/d/>; F. Borgogelli, *Modelli organizzativi e tutele dei lavoratori nei servizi di interesse pubblico*, 5 ss., in <http://www.aidlass.it/wp-content/uploads/2017/05/Relazione-Borgogelli.pdf>.

(7) Cass., SS.UU., 27 marzo 2017, n. 7759 che, pur pronunciandosi in punto di giurisdizione, svolge importanti considerazioni sulla natura privata delle società; allo stesso modo Cass., Sez. I, 7 febbraio 2017, n. 3196, sent., nel confermare la sentenza di merito che aveva dichiarato la fallibilità delle *in house* ne ha affermato la

natura privata. Ma non bisogna dimenticare che altrettanto autorevoli sono state le affermazioni in senso contrario: si vedano Cass. 6 ottobre 2016, n. 20060; Cass. Pen., Sez. VI, n. 48036; Cass., Sez. VI - Lavoro, 15 dicembre 2016, n. 25926 ord., o, semplicemente, la stessa Cons. Stato, Sez. VI, 11 dicembre 2015, n. 5643 cassata dalle citate SS.UU., n. 7759/2017.

(8) Non essendo neppure necessario ricorrere al licenziamento, potendo la P.A., sul presupposto della nullità dell'assunzione, limitarsi a rifiutare di ricevere le prestazioni (Cass. 1° ottobre 2015, n. 19626; Cass. 8 aprile 2010, n. 8328).

Il Governo nella Relazione Illustrativa del decreto legislativo (9) ha esposto i motivi del non accoglimento dell'osservazione del Consiglio di Stato "volta a differenziare l'applicazione del regime giuridico del personale in base alle differenti tipologie societarie (es. in house o strumentali): come già chiarito in relazione all'art. 3, le società in house sono ovviamente a controllo pubblico; quelle strumentali sono normalmente in house e, se non sono a controllo pubblico, non rientrano nella norma".

In sede di parere (14 marzo 2017, n. 638) sul decreto correttivo il Consiglio di Stato ha poi ribadito la propria richiesta di chiarire tale aspetto, pur dando atto che se una norma si applica alle società a controllo pubblico si deve ritenere in via interpretativa applicabile alle società *in house*.

Valgano al riguardo due brevi considerazioni.

Innanzitutto, non pare che il Consiglio di Stato avesse richiesto di differenziare il regime giuridico: anzi, era stato chiesto proprio di chiarire che le *in house* non sono escluse dall'ambito di applicazione della norma.

In secondo luogo, appare condivisibile - ed il Consiglio di Stato ne dà atto nel parere sul correttivo - il rilievo governativo secondo il quale la *in house* rientra tra le società a controllo pubblico.

Vale però la pena di porre il problema da un'altra prospettiva. L'art. 19 troverà applicazione a tutte le società a controllo pubblico (come definite dall'art. 2, lett. m), D.Lgs. n. 175/2016), essendo sufficiente, ad esempio, che la P.A. ne sia socia di maggioranza. Anticipando quindi un aspetto su cui si tornerà *infra*, ci si chiede se la semplice partecipazione maggioritaria al capitale di un soggetto pubblico possa giustificare forme di distacco così radicale dal lavoro privato (e conseguenti differenze di trattamento rispetto al lavoro privato) come quelle stabilite per le assunzioni ed in materia di retribuzione.

La formulazione della norma dal punto di vista lessicale

L'attrazione dei rapporti di lavoro delle controllate nell'ambito del privato avviene, cosa ormai purtroppo consueta, con una norma che lascia abbastanza a desiderare per il modo in cui è formulata.

Dal punto di vista dell'analisi grammaticale non è possibile comprendere a cosa si colleghino le preposizioni articolate "dalle" (leggi sui rapporti di lavoro

subordinato nell'impresa) e "dai" (contratti collettivi).

Difatti la norma dice: "... ai rapporti di lavoro ... si applicano le disposizioni del capo I, titolo II, del libro V del codice civile"; sarebbe stato quindi lecito aspettarsi che la preposizione successiva fosse "delle" (leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa) e non "dalle" (leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa). *Idem* quando l'art. 19 prosegue dicendo "dai" e non "dei" contratti collettivi. Ma si tratta di una piccola sciattezza che non sembra sollevare problemi giuridici.

Il richiamo ai contratti collettivi

È interessante soffermarsi invece sul richiamo ai contratti collettivi contenuto nella norma in commento.

Al di là dell'imprecisione grammaticale di cui si è riferito, bisogna rilevare che in sostanza il legislatore prevede che i rapporti di lavoro siano regolati dai contratti collettivi.

C'è in pratica una legge dello Stato che direttamente ed immediatamente stabilisce l'applicazione dei contratti collettivi ad un determinato settore dell'economia (tra l'altro molto eterogeneo e di grande consistenza numerica, secondo quanto già rilevato). Per il datore di lavoro non si tratta di un onere, né di una scelta, né di una possibilità, ma siamo di fronte all'applicazione incontestabile del contratto collettivo.

Viene da chiedersi innanzitutto: a quali contratti si riferisce la norma? Si immagina che il riferimento sia a quelli nazionali, territoriali ed aziendali.

Si consideri poi che il legislatore non usa neppure la nozione cui siamo abituati di contratti collettivi stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi (e nemmeno la "vecchia" nozione di maggiore rappresentatività).

E la norma non tiene conto neppure del fatto che la materia si caratterizza per l'esistenza di numerose società che operano in svariati settori assolutamente non omogenei tra di loro.

Il fatto che molte società siano nate per consentire l'esternalizzazione di determinati servizi che magari sono a carico di un Ente Locale ha favorito il sorgere di società con oggetto sociale eterogeneo, cosa che si riflette in maniera molto rilevante sulla scelta del contratto collettivo da applicare.

(9) In http://documenti.camera.it/apps/nuovosito/attigoverno/Schedalavori/getTesto.ashx?file=0297_F001.pdf&leg=XVII.

Inoltre, è vero che l'obbligo ricade su un soggetto privato (la società datrice di lavoro) che ha una connotazione del tutto peculiare e che la maggiore incidenza di tale norma riguarda la P.A., socia naturale delle società controllate; ma è altrettanto vero che in caso di società mista l'obbligo è in sostanza imposto in via mediata anche all'imprenditore privato per il tramite della società di cui è socio.

È questa misura compatibile con l'art. 39, comma 4, Cost.?

Non si dimentica, ovviamente, che dal punto di vista pratico è abbastanza evidente che ogni società pubblica applica la contrattazione collettiva e che si può ragionevolmente escludere che vi siano società che abbiano scelto di non applicare alcun contratto, ma ciò non toglie che per una vasta area di lavoro privato il legislatore ha previsto che si applichi direttamente la contrattazione collettiva, che diventa fonte eteronoma di regolazione del rapporto di lavoro indipendentemente dalla scelta delle parti. Il tutto, ovviamente, prescindendo anche dalle complesse procedure (*in primis*, di negoziazione) previste per il pubblico impiego.

Ad colorandum, si tenga presente che ciò viene fatto, tra l'altro, in una situazione nella quale il CCNL viene svuotato di contenuto alla luce della normativa che prevede in sostanza la derogabilità del contratto nella fondamentale parte retributiva (vd. *infra*).

Si consideri poi che l'applicazione di contratti collettivi non appositamente pensati per le società controllate creerà sicuramente numerosi problemi. Si pensi ad esempio ai contratti nazionali che disciplinano i cambi di appalto (ad esempio igiene urbana, vigilanza, multi servizi, pubblici esercizi), che potrebbero rimanere inapplicabili *in parte qua* in ragione del divieto di assumere senza il rispetto delle procedure di legge (anche su questo aspetto in realtà si tornerà più avanti).

La costituzione del rapporto: la regola concorsuale

Da quando - ormai quasi dieci anni fa - sono state introdotte regole "concorsuali" (10) per l'assunzione nelle partecipate, la dottrina e la giurisprudenza (11) hanno dovuto confrontarsi con svariate problematiche.

Certamente risolta dall'art. 19, con l'espressa comminatoria della nullità, è la questione delle conseguenze del mancato rispetto delle procedure, che aveva originato un interessante dibattito (12).

Non si dimentichi però che probabilmente la partita è da considerare ancora aperta per quanto riguarda i contratti a termine illegittimi, in ragione della necessità di coordinare la problematica col diritto eurounitario (questione questa che per la sua delicatezza meriterebbe un'apposita trattazione, che si omette in questa sede) (13).

Il trasferimento di azienda: passaggio automatico e regola del concorso

È invece di interesse soffermarsi sul problema del trasferimento di azienda, la cui sorte giuridica non appare chiara né in relazione al periodo antecedente all'entrata in vigore dell'art. 19 né in relazione al periodo successivo.

Vi è un conflitto tra due norme: da un lato quella sulle assunzioni (dapprima identificata nell'art. 18, D.L. n. 112/2008 e poi nell'art. 19, D.Lgs. n. 175/2016), che impedisce la costituzione di un rapporto di lavoro senza seguire le procedure di legge; dall'altro l'art. 2112 c.c., che stabilisce invece la continuazione del rapporto di lavoro con il cessionario. Bisogna quindi valutare innanzitutto quale delle due possa essere considerata norma speciale.

La prima riguarda unicamente le assunzioni nelle controllate, e quindi solo un settore del rapporto di lavoro privato; la seconda disciplina solo un

(10) Si usa per comodità quest'espressione per significare l'introduzione di procedure particolari per l'assunzione, fermo restando che non si tratta di vere e proprie regole concorsuali (Cass., SS.UU., 27 marzo 2017, n. 7759).

(11) Per un interessante caso in cui si prevedeva, in sostanza, l'assunzione di un soggetto al posto del genitore pur rispettandosi nella forma la procedura concorsuale si veda Cass., Sez. VI, 9 marzo 2012, n. 3831. ord.

(12) Già prima dell'entrata in vigore del D.Lgs. n. 175/2016 sosteneva convintamente la tesi della nullità M. Miscione, *Ritorno alla pubblicizzazione per le società in mano pubblica*, cit., 386 ss.; G. Fontana, *Il rapporto di lavoro nelle società pubbliche Problemi applicativi e riforme legislative*, in *LPA*, 2014, 735 si chiede se non sia possibile individuare soluzioni che contemperino meglio l'interesse pubblico e quello del lavoratore. F.M. Giorgi, *Il regime del pubblico concorso non è obbligatorio ex se per le società in house*,

in questa *Rivista*, in corso di pubblicazione, sostiene invece che dalla violazione della regola concorsuale non derivi la nullità del contratto di lavoro.

(13) F. Borgogelli, *Modelli organizzativi e tutele dei lavoratori nei servizi di interesse pubblico*, cit., 26 ss., non esclude la possibilità di conversione *ope iudicis* dopo l'entrata in vigore dell'art. 19, D.Lgs. n. 175/2016. In giurisprudenza Cass., SS.UU., 9 marzo 2015, n. 4685 nella nota vicenda dei contratti a termine dell'Ente Fiera del Mediterraneo ha affermato in motivazione che la presenza di una concorsualità (quand'anche semplificata) impedisce l'automatica trasformazione del contratto a tempo determinato in contratto a tempo indeterminato. Cass., Sez. VI - Lavoro, 15 dicembre 2016, n. 25926, ord. afferma in maniera perentoria e tutto sommato priva di motivazione l'applicabilità delle regole del pubblico impiego alle *in house*, con il conseguente divieto di conversione.

momento (tra l'altro, non frequentissimo) della vita aziendale.

Sia prima che dopo l'entrata in vigore dell'art. 19 la soluzione più naturale secondo il diritto interno sarebbe stata, a parere di chi scrive, quella di escludere il diritto di passaggio per i dipendenti, ritenendo che la norma che obbliga al concorso sia norma speciale rispetto al 2112 c.c. (14), anche se in realtà non sarebbe certamente peregrina neppure la tesi opposta. Dopo l'entrata in vigore dell'art. 19 in commento e l'espressa comminatoria della nullità la soluzione proposta esce probabilmente ulteriormente avvalorata.

Fin qui il diritto interno: ma bisogna chiedersi se ciò sia rispettoso del diritto eurounitario.

La Dir. 12 marzo 2001, n. 2001/23/CE non sembra consentire l'esclusione della tutela del trasferimento del rapporto di lavoro in capo al cessionario solo perché si tratti di una società controllata. Si aggiunga che, diversamente dal pubblico impiego, nessuna norma costituzionale impedisce tale passaggio (su tale aspetto si tornerà nel prossimo paragrafo). Inoltre, una volta perentoriamente affermata per legge la riconducibilità dei rapporti di lavoro alle dipendenze delle controllate nell'alveo del rapporto privato, sembra essere in conflitto col diritto europeo escludere il diritto di passare alle dipendenze della controllata in caso di trasferimento di azienda.

Ecco allora che l'obbligo di interpretazione conforme (15) deve spingere l'esegeta, nel conflitto tra le due regole (quella del concorso di cui all'art. 19, D.Lgs. n. 175/2016 e quella sulla continuazione di cui all'art. 2112 c.c.), a preferire l'interpretazione che faccia salvi gli obblighi imposti dalla direttiva europea, ritenendo così che il diritto di passaggio non sia escluso dalla presenza della regola concorsuale. E tale interpretazione, secondo quanto appena detto, appare pienamente possibile riconoscendo la natura di norma speciale all'art. 2112 c.c. Certamente si pone però il problema di non secondaria importanza circa la riconoscibilità della solidarietà di cui al secondo comma dell'art. 2112 c.c., con le conseguenti ripercussioni sulle casse pubbliche dei crediti dei dipendenti trasferiti (in primo luogo a titolo di trattamento di fine rapporto), soprattutto in caso di insolvenza del cedente. Ma anche questo

non sembra a chi scrive un argomento in grado di impedire la doverosa interpretazione conforme al diritto dell'UE.

L'interpretazione conforme porta quindi a concludere per l'applicazione della regola del passaggio dei dipendenti anche in caso di cessione di azienda in cui una società controllata assuma la veste di cessionaria. Ma pare che anche applicando la tecnica del bilanciamento degli interessi (16) si raggiungano i medesimi risultati.

Trasferire un'azienda senza trasferire il personale significherà che il datore di lavoro dovrà comunque procedere a delle assunzioni. Magari il personale in precedenza occupato poteva essere in esubero, avere un costo superiore al dovuto, essere poco produttivo, ma certamente è raro che un'azienda che circoli senza lavoratori non necessiti di assunzioni. Inoltre, non è detto che acquisire un'azienda senza dipendenti sia conforme all'interesse del cessionario, il quale non ha a disposizione un'azienda immediatamente produttiva e con personale già rodato ed in grado di gestire l'attività; ciò soprattutto nel caso di aziende ad elevato *know-how*.

Nel caso di passaggio di azienda dal privato al pubblico si può ben capire che il bilanciamento veda la prevalenza della regola dell'art. 97 Cost., in quanto espressamente dedicata a disciplinare il lavoro pubblico; ma nelle controllate - soggette in tutto al diritto privato - la situazione appare differente. Per completezza si rappresenta che l'opinione di chi scrive è condizionata dalla difficoltà a condividere *in toto* la posizione della Consulta che qualifica le norme sul pubblico concorso nelle società pubbliche come norme interposte e l'art. 97 Cost. come norma che in sostanza governa anche tale settore (si vedano le sentenze n. 68 del 2011 e n. 29 del 2006; su tale aspetto ci si soffermerà *infra* parlando dei cambi di appalto); nondimeno, indipendentemente da questo, appare certo che l'art. 97 Cost. non possa trovare immediata e diretta applicazione alle controllate (a pena della nullità di tutti i contratti precedenti al 2008, come si è già accennato).

Ecco allora che nel bilanciamento la regola concorsuale pare a chi scrive in ogni caso dover soccombere rispetto al diritto al lavoro (art. 4) ed alla parità di trattamento (art. 3) tra dipendenti privati e

(14) Corte Conti Liguria, Sez. contr., 9 ottobre 2014, n. 55 ritiene che l'acquisto di un'azienda da parte di una società pubblica non comporti il passaggio dei dipendenti *ex art.* 2112 c.c. Nello stesso senso M. Miscione, *Ritorno alla pubblicizzazione per le società in mano pubblica*, cit., 390.

(15) G. Vidiri, *La certezza del diritto tra "positivismo giuridico" e "giusnaturalismo"*, in G. Bronzini - R. Cosio (a cura di),

Interpretazione conforme, bilanciamento dei diritti e clausole generali, Milano, 2017, 16; imprescindibile sul punto il richiamo al contributo, nel medesimo volume, di R. Cosio, *L'interpretazione Conforme al Diritto dell'Unione Europea*, 41 ss.

(16) L. Tria, *Brevi osservazioni sul bilanciamento nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *Interpretazione conforme*, cit., 201 s.

dipendenti delle controllate (anch'essi soggetti alle regole del lavoro privato per espressa volontà legislativa), senza dimenticare lo stesso potenziale interesse dell'imprenditore-società pubblica ad acquisire l'azienda con i dipendenti (art. 41 Cost.).

Anche per questa via, quindi, si ritiene che l'interpretazione preferibile sia quella che porta a considerare pienamente operante l'art. 2112 c.c., con la conseguenza che in caso di trasferimento di azienda o di suo ramo il rapporto di lavoro dei dipendenti deve continuare alle dipendenze del cessionario anche qualora lo stesso sia una società pubblica.

Le reinternalizzazioni da parte della P.A. e le ipotesi di esternalizzazione

Nella pratica si è verificata di frequente la problematica della P.A. che decide di costituire una controllata - attribuendo alla stessa determinati servizi con il relativo personale, ceduto ai sensi dell'art. 2112 c.c. - e che poi ritiene di tornare sui propri passi reinternalizzando il servizio e ponendo in sostanza fine all'esperienza della controllata.

In questi casi alla P.A. possono tornare solo coloro che erano suoi dipendenti vincitori di concorso poi transitati alla controllata, non essendo naturalmente consentito che coloro che nelle more fossero stati assunti dalla società acquistino lo *status* di pubblici dipendenti in violazione dell'art. 97 Cost. (17).

Tale regola è stata confermata dal comma 8 della norma in commento.

In sostanza, in caso di retrocessione controllata - P.A. (reinternalizzazione) era (18) e resta vietato assumere dipendenti che non fossero già dipendenti della P.A. Ma bisogna chiedersi se per il diritto nazionale non sarebbe da considerare vietato anche il passaggio P.A. - controllata (esternalizzazione).

L'art. 31, D.Lgs. n. 165/2001 stabilisce l'applicazione dell'art. 2112 c.c. in caso di trasferimento o conferimento di attività svolte dalla P.A. ad altri soggetti, pubblici o privati.

Ma oggi per diventare dipendenti di una controllata bisogna risultare vincitori dell'apposita procedura: l'essere risultati vincitori del concorso pubblico per la P.A. dà diritto a passare alla controllata?

Per rispondere affermativamente bisognerebbe sostenere una sorta di equivalenza (19) tra il concorso pubblico e quello per la controllata, ma ciò non appare possibile; difatti, si ricava *a contrario* dal

comma 8 dell'art. 19 in commento che chi è stato assunto dalla controllata, anche se all'esito di regolare procedura, non può passare alle dipendenze della P.A. (20). Quindi i due concorsi non sono equivalenti.

Si può altresì escludere che si possa ipotizzare una sorta di "supremazia" del concorso per la P.A. su quello per la controllata (come se chi ha superato il concorso per la P.A. sia in automatico considerato come un soggetto che ha titolo per lavorare nella controllata). Una tale soluzione sarebbe disancorata, a parere di chi scrive, da qualsiasi giustificazione normativa.

La supremazia del concorso pubblico potrebbe in realtà sembrare avallata da Corte cost. 1° luglio 2013, (ud. 7 maggio 2013), n. 167, sent. che evidenzia le radicali differenze esistenti tra l'art. 18, D.L. n. 112/2008 e l'art. 35, D.Lgs. n. 165/2001, visto che la prima norma non garantiva in concreto il rispetto dei principi di pubblicità, di trasparenza, di pari opportunità e di decentramento di cui all'art. 35 cit., né che la selezione fosse avvenuta mediante procedure selettive aperte al pubblico, come richiesto dall'art. 97 Cost., e con garanzia di imparzialità di reclutamento. In verità chi scrive non ritiene che questa pronuncia consenta di ritenere la sussistenza di una tale "supremazia", essendosi il giudice delle leggi limitato a motivare perché il dipendente assunto per concorso dalla controllata non possa diventare dipendente della P.A. Ma ciò non fa venir meno che si tratta di due ambiti del tutto diversi e che a questi fini sembrano essere caratterizzati dalla reciproca indifferenza.

Soprattutto, l'argomento della maggiore "forza" del pubblico concorso viene meno, almeno potenzialmente, in ragione del disposto del secondo comma dell'art. 19, che fa addirittura diretta applicazione dell'art. 35, D.Lgs. n. 165/2001 nei casi in cui la controllata non abbia adottato il provvedimento per il reclutamento del personale. In tali casi il ragionamento basato sulla differenza tra i due tipi di concorso non reggerebbe più, in quanto essi sarebbero disciplinati dalla medesima norma, ma rimarrebbe ovviamente ferma l'impossibilità di diventare dipendente della P.A. solamente perché si è superata la selezione per la controllata, pure alla luce dell'argomento *a contrario* che si ricava dal comma 8 dell'art. 19 in commento.

(17) Corte Conti Campania, Sez. contr. Delibera, 19 aprile 2017, n. 56.

(18) Corte cost. 1° luglio 2013, n. 167.

(19) V. anche F. Borgogelli, *Modelli organizzativi e tutele dei lavoratori nei servizi di interesse pubblico*, cit., 28.

(20) Regola che si ricava, sempre con argomentazione *a contrario*, anche dal citato art. 31, D.Lgs. n. 165/2001.

È per questo che si ritiene che i due settori siano caratterizzati da reciproca indifferenza, talché si considera impossibile sia il passaggio del contratto di lavoro dalla controllata alla P.A., sia il contrario.

Né d'altronde è da dimenticare che vi potrebbero essere dipendenti della P.A. assunti senza concorso, magari in adempimento della L. n. 68/1999. Ma la controllata potrebbe addirittura non essere neppure soggetta all'obbligo di assunzione perché al di sotto della soglia numerica: non si vedrebbe quindi la ragione della costituzione di tale rapporto alle dipendenze della controllata senza procedura.

Ovviamente, non si può dimenticare quanto rilevato sopra a proposito del fatto che il diritto eurounitario non sembra consentire che in caso di trasferimento di azienda che veda una controllata in veste di cessionaria sia esclusa l'applicazione dell'art. 2112 c.c. Ecco allora che anche in questo caso la soluzione che potrebbe essere la più valida secondo il diritto interno (divieto di assunzione in caso di esternalizzazione dalla P.A.) merita probabilmente di essere capovolta per non infrangere gli obblighi derivanti dall'appartenenza all'UE.

In conclusione, se per il diritto interno sembra preferibile vietare il passaggio P.A. - controllata, sembra invece necessario riconoscere tale diritto per non violare la Dir. 2001/23/CE.

Da ultimo non si può fare a meno di richiamare l'art. 24, comma 9, D.Lgs. n. 175/2016, che detta una norma transitoria riguardante le cessazioni degli affidamenti delle società a controllo pubblico.

Premesso che la finalità della norma non è la tutela del lavoro (21), bisogna porsi una domanda: se il nuovo appaltatore è a sua volta una controllata, il rapporto di lavoro - anche dei dipendenti assunti senza concorso - continuerà?

In ragione di quanto esposto sopra, si ritiene di sì nel caso in cui vi sia un effettivo trasferimento di azienda; diversamente, se si tratti di un mero cambio di appalto, potrebbe ritenersi insuperabile la regola concorsuale.

La regola concorsuale e la clausola sociale

La problematica dei cambi di appalto è diventata di cruciale importanza nel momento in cui l'impresa subentrante sia una controllata, quindi non vincolata alle previsioni dei bandi e dei CCNL in punto di

assunzione del personale dipendente dell'impresa uscente, nel senso che tali previsioni trovano impedimento nell'applicazione della regola concorsuale in fase di assunzione. Il problema è destinato ad acuirsi per effetto del disposto dell'art. 50, D.Lgs. n. 50/2016 risultante a seguito delle modifiche apportate dall'art. 33, comma 1, D.Lgs. 19 aprile 2017, n. 56 che prevede la necessaria inserzione nei bandi pubblici della clausola sociale. La clausola sociale, ormai obbligatoria per legge nei pubblici appalti, e con essa l'interesse che il legislatore ha manifestato per l'insistenza del lavoratore sul posto di lavoro possono essere *in toto* derogati nel caso in cui l'appalto sia vinto da una società controllata (22)?

O si può sostenere che tale norma si ponga come norma speciale rispetto alla regola generale dell'assunzione per concorso alle dipendenze di una controllata?

La soluzione obbligata sembrerebbe quella di ritenere impedito il passaggio alle dipendenze della controllata in caso di cambio di appalto. Se il pubblico concorso nella controllata è regola legislativa, che addirittura costituisce attuazione dell'art. 97 Cost. (sentenza 29 del 2006 della Consulta), vuol dire che il posto di lavoro per regola generale deve essere occupato da chi ha vinto il concorso. È vero che lo stesso art. 97 Cost. prevede deroghe ("salvi i casi stabiliti dalla legge"), ma è altrettanto vero che la Corte Costituzionale ha sempre chiarito che esse devono avere i caratteri dell'eccezionalità (23), e non pare che l'art. 50 cit. li abbia.

Bisogna però esaminare attentamente la giurisprudenza costituzionale ed amministrativa in punto di clausola sociale.

Con la sentenza n. 68 del 28 marzo 2011 la Consulta si è pronunciata tra l'altro sui commi 1 e 4 dell'art. 30 della L. R. Puglia n. 4 del 2010, che avevano sostituito l'art. 25 della L. n. 25/2007.

La pronuncia opera innanzitutto un confronto con la precedente versione della norma che porta la Corte ad affermare che non si è più, come nella originaria formulazione della stessa, in presenza di una vera e propria "clausola sociale", visto che essa non prevede il mantenimento in servizio di personale già assunto, ma la vera e propria assunzione a tempo indeterminato; ciò comporta secondo la Consulta (che richiama anche il precedente costituito dalla

(21) F. Borgogelli, *Modelli organizzativi e tutele dei lavoratori nei servizi di interesse pubblico*, cit., 50.

(22) Si tralasciano naturalmente i problemi che una norma del genere pone sulla libertà imprenditoriale del nuovo appaltatore (e sulla compatibilità col diritto eurounitario), su cui svariate volte si è

concentrata la giurisprudenza amministrativa. In argomento si rimanda a F. Borgogelli, *Modelli organizzativi e tutele dei lavoratori nei servizi di interesse pubblico*, cit., 51 - 54.

(23) Corte cost. 1° luglio 2013, n. 167, sent.; Corte cost. 24 giugno 2010, n. 225, sent.

sentenza n. 267 del 2010) “una violazione dell’art. 97 Cost. e delle norme interposte dettate dall’art. 18 del decreto-legge n. 112 del 2008”.

Innanzitutto si evidenzia che forse non è del tutto agevole dal punto di vista logico-sistematico considerare le norme in materia di assunzioni nelle società pubbliche come norme interposte (24), a meno di non voler considerare le società in questione come ricadenti nell’ambito di applicazione dell’art. 97 Cost., cosa che contrasterebbe inesorabilmente (almeno sotto questo aspetto) con la natura privata (25).

Soprattutto, se l’art. 18, D.L. n. 112/2008 è norma interposta, la conseguenza potrebbe essere quella esplosiva di cui già si è detto sopra in punto di automatica cessazione di tutti i rapporti di lavoro instaurati senza concorso. Per essere più chiari: se l’art. 97 Cost. riguarda pure le società pubbliche, allora le assunzioni che sono avvenute senza concorso - anche svirati anni fa - sono nulle (26).

Pur con le perplessità appena avanzate, bisogna prendere atto di tali perentorie affermazioni della Consulta e calarle nella problematica in esame.

Proseguendo nell’esame della pronuncia, leggiamo che la Corte ritiene che debba rimanere ferma l’applicazione della clausola sociale in senso proprio in permanenza dell’affidamento del servizio; la Consulta dichiara invece l’illegittimità costituzionale della norma in parola nella parte in cui prevede l’assunzione a tempo indeterminato e nella parte in cui prevede la stabilizzazione di personale della precedente impresa o società affidataria dell’appalto senza alcuna forma selettiva. Da questa sentenza Cons. Stato, Sez. III, 5 aprile 2013, n. 1896, sent., ricava che la clausola sociale sia rispettata in presenza di una assunzione a tempo determinato.

Dalla sentenza del giudice delle leggi si ricava una fondamentale differenza tra assunzione a tempo indeterminato e utilizzo. La prima deve necessariamente rispettare il pubblico concorso; il secondo no.

Trattasi di soluzione che può destare più di qualche perplessità. Immaginiamo che una società controllata vinca un appalto e proceda ad “utilizzare”

i dipendenti in ragione della clausola sociale, ritenendo, naturalmente, che alla cessazione del contratto essi transiteranno in capo al nuovo appaltatore. In sostanza, lo *status* di dipendente di controllata sembra potersi acquisire senza concorso in ragione della sua transitorietà. Ma cosa accadrebbe se il dipendente rifiutasse, alla cessazione dell’appalto in capo alla controllata, di passare alle dipendenze del nuovo appaltatore? Magari il dipendente sa che in quel momento c’è una scopertura di organico e ritiene che il datore di lavoro anziché licenziarlo lo ricollocerà nel rispetto del proprio obbligo di *repechage*. In questo caso lo *status* sarà acquisito in via definitiva. Immaginiamo poi che la P.A. appaltante decida di internalizzare il servizio. In questo caso non vi sarà nessun nuovo appaltatore su cui “scaricare” i dipendenti (27) e quindi la controllata si troverà a fare i conti con l’esubero di un certo numero di dipendenti assunti senza concorso.

Appare a chi scrive poco condivisibile la scelta di consentire l’instaurazione del rapporto con queste modalità, ma la giurisprudenza costituzionale sembra lasciare poco spazio a ricostruzioni alternative.

E la giurisprudenza amministrativa ha affermato a chiare lettere la possibilità per la controllata di effettuare assunzioni in esecuzione della clausola sociale senza il rispetto del D.L. n. 112/2008.

Il T.A.R. Puglia - Sezione Distaccata di Lecce ha avuto modo di pronunciarsi proprio sulla normativa incisa dalla sentenza della Corte Costituzionale in discorso, con due pronunce (aventi ad oggetto il medesimo appalto) in cui il Collegio afferma che la normativa sulle assunzioni alle dipendenze delle *in house* non impedisce la costituzione del rapporto in attuazione della clausola sociale (28).

Mutatis mutandis, quindi si deve concludere - pur manifestandosi perplessità al riguardo - che le controllate possano assumere senza concorso (a tempo determinato, a voler seguire la sopra citata pronuncia del CdS) per cambio di appalto in esecuzione delle clausole sociali previste dall’art. 50, D.Lgs. n. 50/2016 (29).

(24) Non manifesta perplessità G. Fontana, *Il rapporto di lavoro nelle società pubbliche*, cit., 720.

(25) F. Borgogelli, *Modelli organizzativi e tutele dei lavoratori nei servizi di interesse pubblico*, cit., 26.

(26) Sembra porsi tutto sommato nella medesima ottica di accettare con difficoltà che le norme in materia di assunzioni possano essere considerate come norme interposte anche F. Borgogelli, *Modelli organizzativi e tutele dei lavoratori nei servizi di interesse pubblico*, cit., 45.

(27) Che ovviamente non possono passare alle dipendenze della P.A. appaltante, secondo quanto detto al paragrafo precedente.

(28) T.A.R. Puglia Lecce Sez. II, 1° dicembre 2014, n. 2986, sent.; T.A.R. Puglia Lecce Sez. II, 29 gennaio 2015, n. 548, sent. Per completezza, si rappresenta che la prima di queste due sentenze è stata riformata dal Consiglio di Stato (7 maggio 2015, n. 2291), che però non si è interessato del profilo in parola.

(29) Sul punto si vedano anche le perplessità di F. Borgogelli, *Modelli organizzativi e tutele dei lavoratori nei servizi di interesse pubblico*, cit., 54.

Il licenziamento nelle società controllate: ipotesi di ampliamento delle tutele

La regola concorsuale in fase di assunzione può incidere sulle tutele spettanti in caso di licenziamento? Questo interrogativo di primo acchito può destare perplessità; tuttavia esso rappresenta probabilmente l'evidenza del fatto che l'ibridazione della figura delle controllate può essere foriera di conseguenze che il legislatore non aveva immaginato.

È cosa ben nota che nel rapporto di lavoro pubblico la reintegrazione operi in maniera ben diversa rispetto al settore privato.

Conosciutissimo è il dibattito relativo all'applicabilità al pubblico impiego del testo dell'art. 18 Statuto riformato dalla Legge Fornero, risolto in senso negativo dalla Cassazione (30).

Di grande interesse è anche ricordare che la giurisprudenza è oramai pervenuta alla conclusione che nel pubblico impiego vada riconosciuta la tutela reintegratoria anche ai dirigenti (31).

L'art. 51, comma 2, D.Lgs. n. 165/2001, poi, stabilisce espressamente che lo Statuto dei Lavoratori trovi applicazione alle Pubbliche Amministrazioni a prescindere dal numero dei dipendenti.

Da ultimo, il secondo comma dell'art. 63 T.U. del Pubblico Impiego, a seguito della riforma apportata dall'art. 21, comma 1, lett. b), D.Lgs. 25 maggio 2017, n. 75 prevede espressamente la reintegrazione in caso di licenziamento illegittimo.

La reintegrazione nell'ambito del lavoro pubblico è in sostanza regola generale estesa ben al di là dei confini, oramai angusti (soprattutto dopo il D.Lgs. n. 23/2015), in cui si trova nel lavoro privato.

L'attuale legislazione applica alle società controllate la disciplina del lavoro privato e contestualmente - in sostanza - la disciplina pubblicistica per la fase di assunzione. Viene allora da chiedersi se sia giusto che il dipendente debba incontrare in fase di "entrata" quasi le stesse difficoltà del dipendente pubblico senza avere in fase di "uscita" le medesime tutele; e se ciò sia conforme agli stessi interessi pubblici che hanno portato alla introduzione della regola concorsuale in fase di assunzione.

La pubblicizzazione delle procedure assuntive nelle controllate risponde certamente all'esigenza di fare in modo che in questo settore ibrido accedano al posto i più meritevoli. Ciò è conforme all'interesse della collettività che quel posto di lavoro è chiamata

a retribuire; all'interesse del concorrente, che se più bravo ha diritto al posto; all'interesse pubblico di evitare assunzioni facilmente "clientelari" o comunque di soggetti scelti da chi abbia il potere di fare l'imprenditore privato con soldi pubblici.

Ebbene, è altrettanto vero che le medesime esigenze possono esistere in sede di risoluzione del rapporto di lavoro.

Se la collettività ha "assunto" il più meritevole all'esito del concorso, non sarebbe giusto che se ne privasse per un licenziamento illegittimo irrogato da chi semplicemente rappresenta la società. Il legale rappresentante - vincolato alle regole del concorso - non ha il potere di scegliere liberamente il contraente; non dovrebbe avere quindi nemmeno il potere di far cessare definitivamente il rapporto, se il licenziamento non è lecito. A voler essere estremamente maliziosi, si potrebbe ipotizzare il caso di un licenziamento attuato al fine di liberare il posto e poter scorrere la graduatoria, assumendo così il concorrente classificatosi subito dopo il licenziato, perché magari più gradito.

Né si dimentichi che la tutela indennitaria aggrava le conseguenze economiche che la collettività (chiamata a pagare un soggetto per una prestazione non resa) subisce per effetto della scelta illegittima di chi per essa agisce (gli organi amministrativi della società).

E questi aspetti sono stati sempre tenuti ben presenti dalla giurisprudenza costituzionale e da quella di legittimità nel decidere le problematiche afferenti la reintegrazione nel pubblico impiego.

Si veda per tutte Corte cost. 24 ottobre 2008, n. 351, che afferma che la limitazione al potere di licenziamento che nel settore privato mira a tutelare il dipendente, nel settore pubblico protegge invece gli interessi collettivi quali "imparzialità amministrativa, con cui, secondo quanto affermato da questa Corte, contrasta un regime di automatica cessazione dell'incarico che non rispetti il giusto procedimento; il buon andamento, che risulta pregiudicato, sempre in base alla giurisprudenza di questa Corte, da un sistema di automatica sostituzione dei dirigenti che prescindendo dall'accertamento dei risultati conseguiti" da ciò conseguendo che forme di compensazione economica in favore del dipendente "non possono rappresentare, nel settore pubblico, strumenti

(30) Ovviamente a voler seguire la tesi di Cass. 9 giugno 2016, n. 11868 e non quella contraria di Cass. 26 novembre 2015, n. 24157.

(31) Sulla reintegrazione del dirigente pubblico: Cass. 18 dicembre 2012, n. 23330; Cass. 1° febbraio 2007, n. 2233; Cass. 13 giugno 2012, n. 9651; Cass. 20 febbraio 2007, n. 3929; di interesse è anche Cass., SS.UU., 16 febbraio 2009, n. 3677.

efficaci di tutela degli interessi collettivi lesi da atti illegittimi di rimozione di dirigenti amministrativi.”.

Nello stesso senso, si diceva, è anche il giudice di legittimità (Cass., Sez. lav., 7 aprile 2014, n. 8077, sent.).

E d'altronde (quanto meno dal punto di vista teorico), le minori tutele in caso di licenziamento non potrebbero costituire un ostacolo alla stessa appetibilità della società sul mercato del lavoro? Se il dipendente meritevole deve comunque superare un concorso, non converrà ai più bravi puntare sulla P.A. piuttosto che sulle controllate, al fine di avere poi maggiori tutele?

Se il riconoscimento della regola concorsuale mira a prendere atto che l'assunzione è un'assunzione alle dipendenze di un datore di lavoro privato che opera con danaro pubblico bisogna chiedersi se questa considerazione non abbia come corollario la necessità di un corrispondente intervento sulla cessazione del rapporto, anche ai sensi degli artt. 3, 51 e 97 Cost. In sostanza, l'interesse pubblico in fase di assunzione sembra doversi muovere di pari passo con quello in fase di licenziamento, anche perché le tutele previste in tale ipotesi non sono previste per il dipendente, ma per la collettività (Corte cost. 24 ottobre 2008, n. 351 appena citata) e quindi una normativa che “pubblicizzi” nel settore delle controllate solo l'assunzione non sembra tutelare tali interessi e potrebbe apparire quindi anche irragionevole.

L'autoriduzione del corrispettivo da parte del datore di lavoro

Il tema posto dai commi 5 e 6 della norma in commento (e già presente nel nostro ordinamento sin dal 2009, con le prime modifiche dell'art. 18, D.L. n. 112/2008) è probabilmente il più spinoso, sia dal punto di vista teorico che dal punto di vista pratico.

La complessa tematica della riduzione delle retribuzioni in ragione delle decisioni del socio pubblico trova probabilmente un motivo per acuirsi nell'espressa affermazione dell'attrazione delle società a controllo pubblico nell'orbita del lavoro privato.

Si sono posti ovviamente numerosi problemi riguardo a tale possibilità - che sopra si è definita di

“autoriduzione” del corrispettivo da parte del datore di lavoro - che si appalesa naturalmente di difficile coordinamento con i principi generali del nostro ordinamento.

Ma adesso, differentemente da prima, abbiamo una norma (il comma 1 dell'art. 19) che espressamente ci dice che le società di cui stiamo parlando sono in tutto e per tutto soggette alle regole del lavoro privato.

Adesso l'antinomia (32) esplose in tutto il suo fragore: il rapporto di lavoro è *in toto* privato ma il datore di lavoro può e deve intervenire sulle retribuzioni se il socio pubblico lo vuole. Pare a chi scrive una situazione scarsamente compatibile con le regole del diritto del lavoro.

La rilettura della travagliata esistenza della norma sulla modifica delle condizioni retributive (33) vale innanzitutto come paradigma della confusione che ormai si è impadronita dei nostri testi legislativi (o, più propriamente, del nostro legislatore). Di fronte a tali proliferazioni di poco chiari interventi normativi sembra che qualsiasi tentativo di trovare soluzioni ai mali della giustizia, quali lentezza e contraddittorietà delle decisioni ed elevatissimo numero di giudizi di merito e di ricorsi in cassazione sia destinato a risolversi in un nulla di fatto. Risolvere i problemi della giurisdizione richiede necessariamente un intervento in sede di legiferazione, ma questa è tutt'altra questione (34).

Ritornando in argomento, e quindi innanzitutto al testo dell'art. 19, commi 5 e 6, D.Lgs. n. 175/2016, viene da chiedersi in quale settore dell'ordinamento il datore di lavoro possa intervenire in via unilaterale in modo così incisivo sulla retribuzione.

Soprattutto considerando che tale intervento è slegato da qualsivoglia parametro: non è limitato nel tempo, non è collegato ad indici di produttività o a dati di bilancio, non serve ad affrontare un'emergenza. Si tratta della stabilizzazione del potere del contraente-datore di lavoro (anzi, del socio pubblico) di decidere di ridurre il corrispettivo economico a suo carico, incidendo in maniera significativa, arbitraria ed incontrollabile sul sinallagma contrattuale.

È sicuramente vero che negli anni le partecipate si sono segnalate per i consistenti sprechi di risorse

(32) Si ricorda che il comma 2, lett. c) della legge-delega (L. n. 124/2015), così dispone: “Nell'esercizio della delega di cui al comma 1, il Governo si attiene ai seguenti principi e criteri direttivi generali: ... c) risoluzione delle antinomie in base ai principi dell'ordinamento e alle discipline generali regolatrici della materia”.

(33) Una rapida scorsa alle varie versioni dell'art. 18, comma 2 bis, D.L. n. 112/2008 fornisce (oltre ad una comprensibile

sensazione di spossatezza) una desolante rappresentazione della attuale qualità della nostra legislazione.

(34) G. Vidiri, *La certezza del diritto tra “positivismo giuridico” e “giusnaturalismo”*, cit., 7 “È stato da più parti denunciato sul punto come all'origine di un diritto incerto vi siano una tecnica legislativa approssimativa e lacunosa ed una giurisprudenza non di rado “anarchica” e “creativa” ed anche ideologicamente condizionata”.

pubbliche perpetrati attraverso politiche retributive ingiustificatamente gratificanti per il personale e per un numero di dipendenti spesso notevolmente superiore rispetto alle esigenze produttive.

Ma è altrettanto vero che questo appare uno strumento per trasferire sul lavoratore il rischio dell'andamento negativo della controllata, o forse dell'amministrazione socia. O magari nemmeno dell'andamento negativo, ma della semplice volontà di risparmiare risorse per destinarle magari ad altri fini (che non è detto siano più sensati e nobili rispetto al pagamento delle retribuzioni dei dipendenti delle controllate). In quest'ottica, mancando qualsiasi collegamento agli indicatori economici della società o della P.A. socia, neppure potrebbe soccorrere il richiamo all'art. 81 Cost.

Nel contempo, la società a controllo pubblico, che è comunque un attore di rilievo sul mercato economico (pur con i relevantissimi limiti che in molti casi incontra la sua attività, ad esempio quando siamo di fronte a società *in house*), si avvantaggia di un costo del lavoro assolutamente peculiare, ridotto e arbitrariamente modificabile. Il tutto, tra l'altro, con riflessi previdenziali di non poco momento.

Inoltre, probabilmente questo è il momento più sbagliato dal punto di vista giuridico per dare piena cittadinanza nel nostro ordinamento ad una norma del genere. In sostanza, una volta fissato il principio dell'assunzione mediante procedure concorsuali, cui si sono uniti altri importanti ulteriori paletti (innanzitutto in materia di limiti alle assunzioni di cui agli artt. 19, comma 5 e 25, comma 4, D.Lgs. n. 175/2016) la situazione è radicalmente cambiata: i presupposti su cui si può basare una tale scelta legislativa (vale a dire gli ingenti sprechi di cui si è detto) sembrano destinati ad attenuarsi enormemente.

È vero che le società a controllo pubblico sono ancora - ed a maggior ragione lo erano quando nel 2009 è stata prevista per la prima volta la possibilità di intervenire sulle retribuzioni - piene di dipendenti assunti senza concorso, ma è altrettanto vero che in questo momento la selezione c'è e può apparire allora non corretta la permanenza di una norma del genere. Inoltre, se tale norma fosse giusta, perché allora non estenderla al pubblico impiego?

Perché, si dirà, qui non si tratta di pubblico impiego. Vero, ma la norma sembra voler "tutelare", più che la

società, l'Amministrazione socia. Ma poi, se è vero che non si tratta di pubblico impiego, perché differenziare in maniera così radicale il trattamento dei dipendenti rispetto al lavoro privato? Ed anche per questa ragione - come si ipotizzava sopra in punto di tutele in caso di licenziamento - la norma potrebbe scoraggiare i più meritevoli dall'inseguire una assunzione in una società dove non si ha garanzia dell'importo della retribuzione.

Anche in questo caso quindi ci si deve chiedere se non siano violati gli artt. 3, 4 e 41 Cost. e lo stesso art. 97 Cost., potendo essere la norma non coerente con il principio di buon andamento della Pubblica Amministrazione socia che potrebbe subire in via mediata gli effetti della scarsa appetibilità per i dipendenti dell'occupazione alle dipendenze della controllata.

I suoi riflessi sulla contrattazione collettiva

Le norme sulle limitazioni retributive nelle società pubbliche non riguardano in maniera diretta ed immediata la contrattazione, ma è pur vero che autorizzano - su impulso della P.A. - un soggetto privato ad incidere sull'aspetto più rilevante della stessa, vale a dire quello retributivo.

Non sono mancati casi in cui le norme in questione sono state utilizzate per non riconoscere gli aumenti previsti dal CCNL (35); ovviamente, potrebbero non mancare in futuro, visto che il "congelamento" della retribuzione può essere uno degli strumenti prescelti dalle società per realizzare gli obiettivi di cui all'art. 19.

È opportuno allora chiedersi se questa norma non incida sulla libertà sindacale (36) e non comporti violazione dell'art. 39 Cost. D'altronde, si ricordi che il CCNL su cui, autorizzata dalla legge, la controllata - datrice di lavoro può incidere è un CCNL del settore privato, pienamente vigente per tutte le altre imprese che lo applicano.

La lettura di Corte cost. 23 luglio 2015, n. 178 fornisce sicuramente interessanti spunti di riflessione, pur riguardando il pubblico impiego.

In questa notissima pronuncia il giudice delle leggi, chiamato a giudicare della legittimità costituzionale del "congelamento" delle retribuzioni e del "blocco" della contrattazione collettiva, ha ritenuto conforme alla Carta il primo aspetto e censurabile invece il secondo.

(35) Trib. Salerno 15 aprile 2016 (est. Orio), inedita a quanto consta, ha ritenuto legittimo il comportamento di una società *in house* che non aveva riconosciuto gli aumenti contrattuali.

(36) F. Borgogelli, *Modelli organizzativi e tutele dei lavoratori nei servizi di interesse pubblico*, cit., 30 ritiene la norma lesiva della libertà di contrattazione.

Dal primo punto di vista la Consulta ha valorizzato la temporaneità della misura (37), non dimenticando la sussistenza di un costo del lavoro pubblico più elevato di quello privato (38) e tenendo altresì presente che detta misura si applicava all'intero mondo del lavoro pubblico (39).

Per converso, la Corte ha ritenuto che la sospensione della contrattazione violasse il principio di libertà sindacale per aver assunto nei fatti natura strutturale (40).

Su tali basi ci si deve chiedere quindi innanzitutto se sia legittima una norma che vuole incidere in questo modo sul costo del lavoro non in via transeunte, ma in via definitiva (41).

Tale norma, inoltre, non si applica a tutto il lavoro privato, ma solo ad una sua parte. Certo, potrebbe essere questa l'occasione per affermare che è oramai sorto nel nostro ordinamento un *tertium genus* (42), ma si tenga altresì presente che la norma è *astrattamente* applicabile a tutto il lavoro nelle controllate, ma poi sarà *concretamente* applicata a seconda delle volontà delle amministrazioni socie, sicché anche tale inquadramento potrebbe poi non corrispondere alla realtà dei fatti.

Si ricorda poi che tale norma, che in sostanza tutela - attraverso la mediazione della società - la pubblica amministrazione socia, trova applicazione indipendentemente dall'entità della partecipazione del soggetto pubblico (che potrebbe anche non essere totale), così accomunando situazioni che è difficile non definire eterogenee.

Al riguardo è interessante richiamare la sentenza 29 del 2006 della Corte Costituzionale con cui è stata dichiarata non fondata la questione di legittimità di una Legge della Regione Abruzzo che prevedeva l'obbligo per le società a capitale interamente pubblico affidatarie del servizio pubblico di assumere personale nel rispetto delle procedure ad evidenza pubblica imposte agli enti locali. Tale lungimirante

disposizione, che anticipava la normativa nazionale del D.L. n. 112/2008, veniva - probabilmente tecnicamente a ragione - tacciata di incostituzionalità dal Presidente del Consiglio dei Ministri in quanto invasiva della competenza esclusiva statale nella materia dell'ordinamento civile (art. 117, comma 2, lett. 1, Cost.). Per quanto qui interessa, il giudice delle leggi riteneva la questione non fondata in quanto la disposizione era volta a dare applicazione al principio di cui all'art. 97 Cost. 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, richiamando la distinzione tra privatizzazione formale e privatizzazione sostanziale già utilizzata dalla sentenza n. 466 del 1993.

Se le società a capitale interamente pubblico possono essere assimilate agli Enti Pubblici è corretto prevedere in tema di retribuzione una differenza così radicale con il lavoro pubblico (differente trattamento di situazioni uguali)? Lo stesso vale se esse sono private. Ed è corretto mettere nello stesso calderone le questioni retributive di società che hanno in comune l'essere controllate dal soggetto pubblico, ma nelle quali la quota di partecipazione dello stesso può essere significativamente diversa (identico trattamento di situazioni differenti)?

Anche in relazione al sacrificio imposto al *quantum* della retribuzione pare difficile utilizzare i parametri richiamati dalla Consulta nella sent. n. 178/2015. In quel caso si muoveva innanzitutto dal presupposto di un valore delle retribuzioni più elevato nel settore pubblico rispetto a quello privato, e si potrebbe anche astrattamente concepire che nelle controllate tale costo sia ancora più elevato. Ma la Corte ha ritenuto che il sacrificio imposto ai dipendenti dovesse essere considerato tollerabile sulla base del fatto che la valutazione va fatta sull'insieme della retribuzione e

(37) Massima n. 38538, in <http://www.cortecostituzionale.it/actionRicercaMassima.do>.

(38) Massima n. 38539 in <http://www.cortecostituzionale.it/actionRicercaMassima.do>.

(39) In motivazione, punto 12.2.

(40) Massima n. 38540 in <http://www.cortecostituzionale.it/actionRicercaMassima.do>.

(41) Sono interessanti le parole - che paiono poter essere facilmente trasposte nella vicenda che ci occupa - di Giovanni Di Cosimo, *Oscillazioni della Corte costituzionale di fronte alla crisi economica* in www.forumcostituzionale.it nel commento al tritico di sentenze costituzionali del 2015 (nn. 10, 70 e 178) che riguarda il rapporto tra diritti ed equilibrio di bilancio: "La questione va inquadrata partendo dalla constatazione che la crisi economica mette a rischio i diritti sociali. Nondimeno, la loro tutela resta un asse portante dello stato costituzionale anche in questa fase

storica. Se ciò è vero, il principio dell'equilibrio di bilancio non può prevalere in modo assoluto sulle esigenze di protezione dei diritti sociali. Piuttosto, i termini della questione vanno invertiti, attribuendo la prevalenza ai diritti. La Costituzione impone che le esigenze sociali prevalgano sulle esigenze economico-finanziarie, nel senso che il fine del soddisfacimento dei diritti sociali della persona non può essere messo sullo stesso piano del mezzo costituito dall'efficienza economica. Quest'indicazione resta sostanzialmente valida nonostante che la costituzionalizzazione dell'equilibrio di bilancio comporti il rischio di un abbassamento delle garanzie dei diritti fondamentali".

(42) Su questo interessante aspetto si vedano G. Fontana, *Il rapporto di lavoro nelle società pubbliche*, cit., 708 e 710 s.; F. Borgogelli, *Modelli organizzativi e tutele dei lavoratori nei servizi di interesse pubblico*, cit., 12.

la norma impugnata era limitata a brevi periodi ed ad alcune voci (43). È altrettanto vero, però, che l'art. 19, D.Lgs. n. 175/2016 non pone alcun limite alla riduzione retributiva (nemmeno quello del CCNL vigente che era stato invece previsto dall'art. 1, comma 557, L. n. 147/2013), potendo così apparire ben più concreta la possibilità della lesione all'art. 36 Cost.

Vi è poi il nodo interpretativo costituito dalla poco chiara formulazione della parte finale del sesto comma dell'art. 19 in commento (44). Una volta riconosciuto alla società controllata il potere di incidere in via unilaterale sulla retribuzione il legislatore si è preoccupato di aggiungere che i provvedimenti (termine tra l'altro giuridicamente opinabile) del datore di lavoro vadano recepiti "ove possibile, nel caso del contenimento degli oneri contrattuali, in sede di contrattazione di secondo livello".

Tale testo scaturisce dall'accoglimento da parte del Governo di una proposta della Commissione V Bilancio della Camera dei deputati (45). In maniera più corretta la Camera proponeva semplicemente che fosse assicurato un confronto sindacale, mentre la definitiva formulazione del Governo è nel senso che sia necessario "recepire, ove possibile". Si tratta evidentemente di una spinta alla contrattazione aziendale, di un invito alla società a non fare da sola ed a coinvolgere i sindacati, ma tecnicamente è una scelta molto discutibile.

Recepire, ove possibile, una scelta già adottata ed immodificabile sembra dire di aprire una trattativa dall'esito già deciso. È evidente che qualsiasi trattativa può sfociare in un accordo, ma appare abbastanza difficile ottenere il consenso dei sindacati su un piano di riduzione retributivo già stabilito.

Sicuramente la formulazione proposta dalla Camera risultava assolutamente preferibile; è evidente invece che a fronte dell'attuale formulazione della norma vi saranno controversie promosse da dipendenti che sosterranno che il mancato recepimento in sede di contrattazione aziendale non consenta la riduzione retributiva.

Prospettive future

È addirittura superfluo prendere atto del fatto che la questione del lavoro nelle controllate è un cantiere

ancora aperto, sia dal punto di vista normativo che giurisprudenziale.

È sicuramente sì deve dare atto che la risoluzione delle problematiche del settore non è affatto facile. Le esigenze che si scontrano sono molteplici e ben differenti: da un lato la necessità che le controllate siano un soggetto più agile della P.A., a pena di vanificazione della loro stessa esistenza; dall'altro la necessità di controllarne i costi, in quanto in sostanza affrontati con danaro pubblico.

Ciò detto, certamente sembra possibile adottare alcuni correttivi.

Innanzitutto, si potrebbe immaginare di perseguire la parificazione concorsuale tra P.A. e controllate. Se un concorso vi deve essere, che sia direttamente disciplinato dall'art. 35, D.Lgs. n. 165/2001 senza rinviare ai "provvedimenti" della società, che non sembrano necessari né al fine di tutelare l'interesse pubblico né per la più corretta gestione della società.

In punto di trattamento economico, anziché genericamente consentire al datore di lavoro di ridurre le retribuzioni, si potrebbe pensare ad un'ipotesi di blocco temporaneo degli aumenti retributivi; dopodiché, se l'Amministrazione socia ritenesse insostenibile la situazione economica, si potrebbe prevedere che essa possa ricontrattare con i sindacati le retribuzioni ed in difetto di accordo proceda a ridurre il personale. Si tratta di misure forse radicali ma certamente più conformi agli interessi in gioco ed ai principi del nostro ordinamento.

Inoltre, sarebbe opportuno valutare se non sia il caso di applicare ai licenziamenti operati dalle controllate la stessa normativa del pubblico impiego, per evitare i rischi di cui si è già parlato.

Oppure, si potrebbe pensare di attrarre *in toto* la disciplina del rapporto di lavoro alle dipendenze delle controllate nell'area del lavoro pubblico contrattualizzato. È vero che all'inizio del presente lavoro si è sostenuta la correttezza della scelta della strada privatistica, ma essa andrebbe eseguita in maniera tecnicamente irreprensibile; se non si riesce a farlo, può apparire più semplice - e forse addirittura preferibile - optare per la soluzione diametralmente opposta.

(43) Massima n. 38539 in <http://www.cortecostituzionale.it/action/RicercaMassima.do>.

(44) F. Borgogelli, *Modelli organizzativi e tutele dei lavoratori nei servizi di interesse pubblico*, cit., 15 s.

(45) In <http://documenti.camera.it/leg17/resoconti/commissioni/bollettini/pdf/2016/06/30/leg.17.bo10665.data20160630.com05.pdf>, 74.