



Numero 2 / 2020
(estratto)

Maurizio Falsone

Recensione de
A. MARESCA, R. ROMEI (a cura di), *Il rapporto di lavoro
nelle società a controllo pubblico,*

A. MARESCA, R. ROMEI (a cura di), *Il rapporto di lavoro nelle società a controllo pubblico*, Milano, Giuffrè, 2019, VIII – 238.

La disciplina lavoristica delle società pubbliche: una “semplicità solo apparente”.

Recensione di Maurizio Falsone

Ricercatore di diritto del lavoro dell'Università Ca' Foscari di Venezia

SOMMARIO: 1. La struttura del volume. – 2. I capitoli introduttivi: la collocazione privatistica delle società pubbliche e l'eterna questione dei rapporti con il diritto speciale. – 3. Al cuore del fenomeno: la costituzione e lo svolgimento dei rapporti di lavoro fra deroghe esplicite e limiti impliciti all'applicazione del diritto comune. – 4. Le vicende organizzative straordinarie: la disciplina transitoria delle eccedenze di personale e i fenomeni circolatori. – 5. Un volume a cavallo fra trattazione istituzionale, analisi operativa e spunti di ricerca.

1. La struttura del volume.

Il volume curato da A. MARESCA e R. ROMEI offre una panoramica della disciplina lavoristica applicabile alle società pubbliche, con attenzione sia a questioni dibattute in giurisprudenza e in dottrina, sia a profili di rilievo gestionale e operativo. I due curatori, che nel volume vestono anche i panni degli autori, hanno raccolto insieme i contributi di avvocati, dottori di ricerca e funzionari di note società pubbliche, dando alle stampe un'opera collettanea di interesse non solo per gli operatori del diritto, ma anche per chi voglia cominciare a frequentare il tema da un punto di vista strettamente scientifico.

Pur in mancanza di una premessa dei curatori, le ragioni che giustificano la struttura del volume sono subito chiare. Il percorso analitico proposto comincia, infatti, con uno sguardo più generale sul fenomeno delle società pubbliche e sulla sua collocazione nella dimensione giuridica, attraverso un'analisi di diritto amministrativo e commerciale e un *focus* sulla dinamica delle fonti rilevanti (cfr. il capitolo 1 di F. DI LASCIO e F. SPANICCIATI e il capitolo 2 di A. GAMBARDELLA). Si giunge poi al cuore dei fenomeni indagati, attraverso l'analisi della disciplina applicabile in fase di costituzione e svolgimento del rapporto di lavoro (cfr. il capitolo 3 di R. ROMEI e C. SERRAPICA e il capitolo 4 di V. PORCHERA, V. BERTI, M. GRASSI, C. SERRAPICA). Il percorso si conclude con l'analisi delle più rilevanti vicende organizzative straordinarie che possono interessare le società pubbliche (cfr. il capitolo 5 di A. MARESCA e il capitolo 6 di L. LAMA).

Il volume si chiude, infine, con una appendice ove sono collocate le copie fotostatiche di alcuni significativi pareri e decisioni di organi pubblici consultivi.

2. I capitoli introduttivi: la collocazione privatistica delle società pubbliche e l'eterna questione dei rapporti con il diritto speciale.

Il primo capitolo offre al lettore alcune pillole di storia giuridica delle società pubbliche. Gli autori, infatti, riprendono le fila del fenomeno partendo dai primi esempi di società pubblica in Italia (la Cassa Depositi e Prestiti) e sottolineano poi il suo rilevante sviluppo durante il periodo fascista, anche grazie al ruolo centrale assunto dalla codificazione del 1942. In un contesto in cui prevaleva la formale funzionalizzazione di qualunque attività all'interesse supremo della nazionale (cioè un

interesse pubblico), lo “zampino” dei redattori di cultura liberale del codice civile, lasciava una traccia ancora oggi indelebile in materia di impresa pubblica, come emerge a chiare lettere nella relazione allegata al testo normativo. Vi si legge infatti che l'intenzione del legislatore è di assoggettare lo stato e gli enti pubblici alla disciplina privatistica, quando questi svolgano un'attività di impresa. È la ragione per cui non solo le società pubbliche, ma anche gli enti pubblici economici sono chiamati ad applicare l'intero libro V del codice civile – intitolato retoricamente al lavoro, ma dedicato sia alla disciplina lavoristica e sindacale, sia a quella di diritto societario e commerciale¹. La rassegna di eventi storici successivi tocca tutti i tornanti essenziali di epoca repubblicana: l'istituzione del Ministero delle Partecipazioni pubbliche nel 1956, la costruzione piramidale delle società pubbliche attraverso le note *holding* (IRI, ENI, EGAM etc.), la crisi degli anni '70, che mostra e colpisce il ventre molle di quasi tutte le società pubbliche, la cessione delle partecipazioni pubbliche durante la furia privatizzatrice degli anni '90 – anche su pressante richiesta della nascente unione monetaria UE – i problemi di convivenza con la giurisprudenza europea, che fissava i paletti entro i quali si poteva e si può derogare alle regole auree della libera concorrenza e del *level playing field* (attraverso i c.d. organismi di diritto pubblico), fino alla complicata storia delle società pubbliche locali, tirate a destra e a manca da quanti ne chiedevano la dismissione e quanti ne pretendevano un più intenso controllo pubblico (inutile ricordare la storia travagliata dell'art. 23 *bis* d.l. 112/2008 in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica). Il risultato di queste vicende complesse fu una disciplina caotica, alluvionale, quanto mai frammentata e quasi inconoscibile.

Giunti alle vicende più recenti, gli autori descrivono il percorso politico che ha condotto all'emanazione del d.lgs. 175/2016 (TUSP), ovvero a quel testo normativo che ha dato la stura e vigore alla ripresa del dibattito sulle società pubbliche e i cui profili lavoristici sono ampiamente trattati nel volume. Gli autori, in particolare, evidenziano alcuni dati oramai acquisiti al dibattito: il TUSP rappresenta l'ultimo rilevante tentativo del legislatore di fare ordine nel disordine, ribadendo con più chiarezza di prima la collocazione privatistica della società pubblica, in continuità con il codice civile, e ammettendo solo le deroghe ed eccezioni in esso contenute; tratta con circospezione la partecipazione pubblica, limitandone l'esercizio e tipizzando le società pubbliche legittime. Gli autori sottolineano, inoltre, le criticità del TUSP, facendo riferimento a temi che saranno approfonditi dai coautori – come i non lineari rapporti con il codice dei contratti pubblici (d.lgs. 50/2016), la complicata e poco effettiva disciplina della revisione straordinaria delle società pubbliche².

Il contributo si conclude con un giudizio tutto sommato indulgente rispetto al resto della dottrina, ampiamente citata nell'apparato di note: si ritiene infatti che il TUSP abbia effettivamente dotato il sistema di maggiore razionalità e ordine, e abbia operato un equilibrato bilanciamento fra collocazione privatistica delle società e deroghe pubblicistiche. Quanto alle criticità individuate nel contributo, invece di ricondurle ad un legislatore poco accorto, se ne coglie il loro radicamento in profondità nel contesto istituzionale.

Il secondo capitolo di respiro generale riguarda le fonti normative nel contesto delle società pubbliche. L'autore rilegge la questione della collocazione privatistica delle società partecipate sotto il profilo strettamente lavoristico, rilevando il grave problema della tendenza giudiziale (e non solo) ad applicare a tali società la disciplina dedicata al settore pubblico, anche in mancanza di indicazioni espresse in questo senso dal legislatore. L'intervento chiarificatore del TUSP è, quindi, salutato con favore.

¹ Sulla stessa linea ma in riferimento agli enti pubblici economici si permetta il rinvio a M. FALSONE, *I rapporti di lavoro e le imprese esercitate da enti pubblici*, Giuffrè, 2018.

² Le unità partecipate dal settore pubblico nel 2017 (ultimo dato disponibile all'ISTAT) sono 9.118, l'1,3% in meno rispetto al 2016. Di queste, le imprese attive sono 6.310 (- 4,0%) e occupano 847.232 addetti (+0,1%).

Il contributo si segnala per l'approfondimento relativo all'ambito di applicazione del TUSP; di interesse è la tesi (sostenuta anche nel capitolo 3 da R. ROMEI e C. SERRAPICA) secondo cui la RAI s.p.a. rientrerebbe nell'ambito di applicazione del TUSP, nonostante quest'ultimo escluda espressamente le società quotate, proprio come la RAI, dal proprio raggio d'azione. Si afferma, infatti, che la disciplina di diritto singolare applicabile alla RAI in materia di retribuzione (art. 29 comma 1 *ter* d.lgs. 177/2005), renda inoperante nei suoi confronti tale esclusione. L'argomento, in verità, non sembra schiacciante, in ogni caso rimane il fatto che il TUSP fa salve le "specifiche disposizioni, contenute in leggi o regolamenti governativi o ministeriali, che disciplinano società a partecipazione pubblica di diritto singolare costituite per l'esercizio della gestione di servizi di interesse generale o di interesse economico generale o per il perseguimento di una specifica missione di pubblico interesse". Pertanto, siccome la RAI s.p.a. appartiene senza dubbio alla categoria delle società pubbliche di diritto singolare³, la disciplina del TUSP, ove proprio si ritenga di doverla applicare, dovrebbe cedere il passo alle discipline di legge appositamente elaborate per la RAI s.p.a., ad esempio nel d.lgs. 177/2005.

Il contributo si conclude con una dettagliata analisi critica dell'art. 19 comma 1 TUSP, che declina, per l'ambito lavoristico, la suddetta regola dell'applicazione del diritto comune, facendo riferimento anche alla contrattazione collettiva e agli ammortizzatori sociali, per ragioni poco chiare che vengono convincentemente individuate.

3. Al cuore del fenomeno: la costituzione e lo svolgimento dei rapporti di lavoro fra deroghe esplicite e limiti impliciti all'applicazione del diritto comune.

Il terzo capitolo è intitolato alle questioni che sorgono in sede di costituzione del rapporto di lavoro con le società pubbliche. Nella prima parte del contributo l'attenzione è concentrata sulla disciplina previgente, ovvero sul noto art. 18 d.l. 112/2008 che, per la prima volta, ha procedimentalizzato e limitato la facoltà di reclutamento delle società pubbliche. Si tratta di un approfondimento di particolare interesse, perché aiuta a ricostruire il percorso e la *ratio* delle discipline che si sono succedute nel tempo, con ampi riferimenti sia alla dottrina che alla giurisprudenza. Gli autori, con l'abilità necessaria a districarsi nel pantano di una disciplina che elegantemente definiscono "accidentata", mettono in luce la scelta del legislatore di elaborare discipline diverse per ogni tipo di società pubblica, dando vita ad un apparato normativo complesso e, nonostante ciò, nemmeno esaustivo. Accanto alla disciplina regolativa delle procedure assunzionali, viene giustamente collocata l'analisi della disciplina sul contenimento del costo del personale, che vincola a monte anche la libertà di reclutamento.

L'analisi della disciplina vigente (art. 19 TUSP) è arricchita da riferimenti alla letteratura non solo giuslavoristica, ma anche di diritto amministrativo. Gli autori, in coerenza con gli altri contributi del volume, valorizzano la scelta di campo del legislatore in favore dell'applicazione del diritto privato, affermando che le deroghe al diritto civile, devono essere solo quelle "nomite" (dal legislatore). Alla luce di ciò, affrontano nel dettaglio molti nodi interpretativi problematici dell'art. 19 TUSP, offrendo in diversi casi soluzioni coerenti con l'impostazione privatistica accolta ora anche dal legislatore. Riguardo alle procedure di reclutamento delle società pubbliche, gli autori si esprimono nettamente a favore dell'orientamento che non vede in esse delle procedure concorsuali pubbliche, cioè del tutto analoghe a quelle imposte alle pubbliche amministrazioni. Ciò al fine di promuovere una lettura elastica dei limiti imposti, nonostante la nuova disciplina preveda espressamente la nullità dei contratti di lavoro stipulati in violazione di tali procedure. Come si riconosce analizzando il tema delicatissimo della trasformazione/conversione dei

³ P. PIZZA, *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi*, Giuffrè, 2007.

rapporti di lavoro non standard dichiarati nulli dal giudice, tuttavia, questa impostazione sembra oramai minoritaria, soprattutto in giurisprudenza. Anche se gli orientamenti relativi al TUSP non si sono ancora assestati, gli argomenti spesi dai giudici in riferimento alla disciplina vigente fra il 2008 e il 2016, sembrano poter essere estesi anche alla disciplina attuale. I giudici, infatti, tendono ad appiattare la disciplina delle procedure selettive delle società pubbliche su quella del concorso pubblico, fino a giustificarla, dal punto di vista funzionale, alla luce dell'art. 97 Cost. In tal modo, i giudici escludono l'applicazione del diritto comune in tema di conversione dei rapporti di lavoro non standard per evitare una elusione di fatto della regola costituzionale del concorso pubblico, ma ciò senza alcuna autorizzazione da parte del legislatore, e violando, così, la regola di principio per cui le deroghe al diritto comune devono essere nominate⁴.

Si segnala inoltre la tesi per cui il diritto di precedenza che spetta a certe condizioni ai lavoratori a termine del settore privato, sarebbe applicabile anche alle società pubbliche. È una posizione coerente con l'impostazione sposata dagli autori ma, per le stesse ragioni di cui sopra, non è detto che essa abbia seguito in giurisprudenza.

Alla fine della lettura del contributo risulta pienamente confermato l'assunto espresso *in limine*, che peraltro dà il titolo a questa recensione, secondo cui la disciplina vigente è semplice solo in apparenza.

Il capitolo dedicato allo svolgimento del rapporto di lavoro affronta una serie di questioni scottanti, quali il regime di incompatibilità applicabile alle società pubbliche, i limiti alla retribuzione e ai compensi dei lavoratori dipendenti, collaboratori e amministratori, le restrizioni particolari previste per i rapporti di lavoro dirigenziali. Il contributo si segnala per la scelta di non limitarsi ad una pedissequa analisi della disciplina rintracciabile nel TUSP; gli autori, piuttosto, hanno raccolto i diversi frammenti normativi rilevanti, ponendo(si) giustamente il problema della loro attuale vigenza, considerato che l'art. 1 comma 3 del TUSP stabilisce che alle società pubbliche si devono applicare le norme di diritto comune, salvo quanto previsto (solo?) in esso. Pertanto il rapporto fra TUSP e altre discipline speciali previgenti è affatto particolare, perché è governato non solo da casi (semplici) di abrogazioni esplicite (cfr. art. 28 TUSP), ma anche da casi (complicati) di abrogazione implicita.

Nel contributo, inoltre, si presta particolare attenzione ai rapporti del TUSP con le circolari ministeriali, gli altri provvedimenti amministrativi (ad esempio dell'ANAC), i pareri e le decisioni della Corte dei Conti, le leggi regionali. Si forniscono, così, importanti spunti di analisi per la risoluzione di questioni interpretative che si pongono con particolare frequenza nella dinamica dei rapporti fra fonti applicabili alle società pubbliche. Era impossibile, se non nel contesto di un vero e proprio commentario, riprendere le fila di tutti i provvedimenti normativi che incidono sullo svolgimento del rapporto, ma gli autori hanno fatto una selezione tematica interessante e coerente e, alla luce di quella, hanno svolto un lavoro di raccolta certosino, in grado di fare anche da prontuario per gli operatori (si veda, ad esempio, la completa analisi sulla definizione di "trattamento economico annuo onnicomprensivo"). Di particolare interesse, ancora, è l'analisi dei rapporti fra la disciplina limitativa del trattamento retributivo e la disciplina sugli incentivi per le funzioni tecniche previsti nel codice dei contratti pubblici, ove si sostiene la tesi secondo cui anche questi ultimi sono assoggettati ai limiti posti dal TUSP in materia di retribuzione dei dipendenti. Il contributo, infine, dedica particolare attenzione ai rapporti di lavoro dirigenziale, verificando le ricadute applicative della disciplina limitativa dei trattamenti di fine mandato, con un *focus* sugli incentivi all'esodo, le clausole *malus* e *claw back* del settore bancario, i patti di non concorrenza.

⁴ Cfr. da ultimo Cass. 23 luglio 2019 n. 19925, in *Riv. it. dir. lav.*, 1/2020, II, 46.

Il contributo ha il pregio di dimostrare che l'obiettivo del legislatore del TUSP di creare un *corpus* di norme ordinato, unitario e completo, non è affatto stato raggiunto e che sono davvero tanti i punti interrogativi che si pongono, ad alcuni dei quali gli autori rispondono con argomenti sintetici e puntuali.

4. Le vicende organizzative straordinarie: la disciplina transitoria delle eccedenze di personale e i fenomeni circolatori.

Il contributo d'autore di A. MARESCA è dedicato al regime transitorio disposto dall'art. 25 del TUSP per la gestione delle eccedenze di personale rilevate a seguito di un'apposita ricognizione straordinaria imposta dal legislatore. Si tratta di un contributo che potrebbe apparire a prima vista di minore interesse pratico, perché la disciplina analizzata ha cessato di produrre effetti a giugno del 2018, quando la procedura regolata si è di fatto conclusa. Tuttavia, oggi, esso torna ad essere di prezioso aiuto agli operatori e alla ricerca, perché il decreto c.d. mille proroghe per il 2020, come convertito con la l. 8/2020, ha sostituito la disciplina dell'art. 25, con una molto simile a quella analizzata dall'autore, prevedendo una procedura di gestione delle eccedenze pure per gli anni 2020, 2021 e 2022. Le suggestive proposte interpretative dell'autore possono, quindi, essere considerate in sede di attuazione delle procedure che saranno avviate nei prossimi mesi.

L'autore esprime un giudizio positivo quanto alle intenzioni del legislatore di promuovere una gestione delle eccedenze del personale in un'ottica di tutela dei lavoratori e di efficienza – invece che di “congelamento” delle stesse, come accadeva in passato in Italia. Tuttavia, si registra un certo scetticismo quanto ai risultati e all'effettività delle procedure imposte; uno scetticismo oggi confermato dai dati. L'Anpal, infatti, chiamata a gestire la seconda fase della procedura di ricollocamento nazionale del personale eccedente delle società pubbliche, ha fatto sapere che, alla data del 31 marzo 2018, gli esuberanti relativi alle società a partecipazione pubblica presenti nell'elenco nazionale ammontavano a 563 unità in tutto il territorio nazionale⁵. Un dato ancora più sconcertante che conferma le preoccupazioni dell'autore è offerto dalle statistiche ISTAT, ove si registra, a fronte di un lieve calo nel numero delle partecipate, un lieve aumento del personale impiegato, che sembra smentire l'esigenza del legislatore di combattere situazione di esubero di personale.

Il giudizio equilibrato dell'autore è fin troppo indulgente, se si pensa a come egli stesso abbia dovuto proporre soluzioni interpretative correttive di un decreto ministeriale attuativo delle procedure di gestione delle eccedenze, che fissava scadenze anteriori alla sua stessa pubblicazione in gazzetta ufficiale: una situazione grottesca ma significativa del grado di patologica burocratizzazione che ancora inquina il nostro sistema. Le soluzioni proposte – a cominciare da quella secondo cui il procedimento deve essere interpretato nel senso di autorizzare le società pubbliche ad avviare una prima selezione riservata al personale in esubero e, in caso di mancata assunzione, una seconda selezione aperta a tutti – vengono incontro, in coerenza con l'intenzione del legislatore, all'esigenza di salvaguardare sia l'efficienza organizzativa sia i lavoratori.

Infine, il contributo di L. Lama passa in rassegna la disciplina del TUSP sulle vicende circolatorie del personale delle società pubbliche⁶. Si affrontano, così, i problemi interpretativi legati alla prevista applicazione dell'art. 2112 c.c., in caso di cambio di appalto pubblico o mutamento di concessione, propendendosi per la tesi dell'applicazione parziale della disciplina sul trasferimento d'azienda, ovvero solo in riferimento alla regola della continuazione dei rapporti di lavoro.

⁵ Cfr. l'interrogazione a risposta in commissione 5-00085 presentata da A. VISCOMI il 4 luglio 2018, seduta n. 21. Con riferimento alla distribuzione territoriale di questi esuberanti, le eccedenze di personale risultavano maggiori nelle regioni Lazio (234), Abruzzo (87), Sardegna (46), Veneto (42), Umbria (36) e Toscana (28)

⁶ Sul punto cfr. anche AA., *Il lavoro nelle imprese a capitale pubblico* (fascicolo a cura di M. ALTIMARI e M. G. GRECO), 1/2019, *Variazioni su temi di diritto del lavoro*.

Inoltre, si focalizza l'attenzione sul problematico rapporto fra questa disciplina e l'obbligo di assunzione tramite procedure para-concorsuali. Infine, viene presa in considerazione la disciplina speciale sulle reinternalizzazioni e si sostiene, insieme alla maggior parte della dottrina, che i limiti posti al passaggio del personale dalle società partecipate agli enti pubblici avrebbero potuto essere evitati almeno in parte, sia in coerenza della già ricordata propensione della giurisprudenza a considerare le procedure selettive delle società pubbliche alla stregua di concorsi pubblici (cfr. supra § 3), sia per garantire la coerenza con la discipline UE sui trasferimenti d'azienda.

5. Un volume a cavallo fra trattazione istituzionale, analisi operative e spunti di ricerca.

Il volume si legge agilmente, nonostante il tema presenti profili ostici. Inoltre, offre un buon apparato di fonti normative, di letteratura e un'appendice documentale, che gli autori hanno valorizzato con equilibrio fra approccio descrittivo e analisi critica originale. Per questo mi sembra che il volume sia ad un tempo adatto agli operatori pratici chiamati a risolvere questioni concrete, ma anche adeguato a fare da prontuario istituzionale a fini didattici o di introduzione alle ricerche sul tema.

Sotto il primo profilo, l'opera si rivela utile anche in prospettiva, perché la narrazione di un'impresa capitalista senza rapporti con i poteri pubblici è in declino, a favore di una rappresentazione che vede nell'intervento dello stato uno dei fenomeni peculiari del sistema economico, anche di libero mercato⁷. È vero che con la crisi economica dovuta alla pandemia da covid-19, il Governo e il Parlamento italiano sembrano orientati a garantire solo un sostegno esterno alle imprese, ma non è da escludere che la grave situazione che l'Italia dovrà affrontare nel futuro prossimo, indurrà questa maggioranza di governo a sostenere un intervento diretto, attraverso nuovi enti pubblici economici e/o un ampliamento delle partecipazioni societarie pubbliche. L'attenzione costante della dottrina più recente⁸ è, in fondo, l'ennesima prova del fatto che un neo-interventismo pubblico in economia è in agguato più che mai e non rappresenta, come un tempo, lo "spettro" della fine del libero mercato.

Quanto al secondo profilo, quest'opera collettanea può rappresentare un contributo proficuo per la nostra comunità scientifica, considerato che il diritto del lavoro nelle società pubbliche è una disciplina da sempre negletta nelle opere manualistiche. Tradizionalmente, infatti, i manuali di diritto del lavoro sono dedicati o alla disciplina del settore privato o a quella del settore pubblico: si trovano spesso riferimenti incrociati ai due universi della nostra materia, ma quasi mai gli autori dei manuali azzardano incursioni nella zona grigia fra pubblico e privato⁹. Questo volume, è costruito in modo da contribuire ad una diffusione della conoscenza dei tratti essenziali di questo diritto del lavoro "specialissimo", anche nelle aule universitarie. Editore per tipi della Giuffrè è disponibile sia in formato cartaceo che elettronico.

⁷ Cfr. R. GALLO, *Perché la Cassa depositi e prestiti ricorda tanto l'Iri*, in *L'Espresso*, 21.4.2017), M. MAZZUCATO, *The Entrepreneurial State. Debunking Public vs. Private Sector Myths*, Public Affairs, 2015 (Revised ed), C. CROUCH, *The Paradoxes of Privatisation and Public Service Outsourcing*, in M. JACOBS, M. MAZZUCATO (edited by), *Rethinking capitalism: economics and policy for sustainable and inclusive growth*, Chichester, 2016.

⁸ M. ALTIMARI, *Diritto del lavoro e società pubbliche*, Giappichelli, 2020.

⁹ Una recente e felice eccezione si riscontra in M. MAGNANI, *Diritto del lavoro*, Giappichelli, 2019, p. 237