

COMMENTARIO DEL CODICE CIVILE

diretto da

ENRICO GABRIELLI

Professore Ordinario di Diritto civile nell'Università di Roma "Tor Vergata"

UTET
GIURIDICA

DELL'IMPRESA E DEL LAVORO

a cura di

Oreste Cagnasso

Professore Ordinario di Diritto commerciale nell'Università di Torino

Antonio Vallebona

Professore Ordinario di Diritto del lavoro nell'Università di Roma "Tor Vergata"

artt. 2060-2098

Edoardo Ales – Andrea Allamprese – Guido Bonfante – Maurizio Cavanna
Nicola De Marinis – Valeria Fil – Luigi Fiorillo – Andrea Lassarandari
Ivana Marimpietri – Luigi Menghini – Giuseppe Pellacani
Antonio Pileggi – Fabrizio Pirelli – Carlo Pisani – Giulio Prosperetti
Antonio Riccio – Roberto Voza

UTET
GIURIDICA

QUESTO VOLUME È ANCHE ONLINE

Consultalo gratuitamente ne "La Mia Biblioteca", la prima biblioteca professionale in the cloud con le pubblicazioni di CEDAM, UTET Giuridica, IPSOA. Grazie al suo evoluto sistema di ricerca puoi accedere ai tuoi scaffali virtuali e ritrovare tra i tuoi libri la soluzione che cerchi da PC, iPad o altri tablet. Ovunque tu sia.

Per conoscere le modalità di accesso al servizio e consultare il volume online collegati a www.lamibiblioteca.com e clicca su "Richiedi la tua password".

La consultazione online viene offerta all'acquivalente del presente volume a titolo completamente gratuito ed a fini promozionali del servizio "La Mia Biblioteca" e potrebbe essere soggetto a recesso da parte dell'Editore.

© 2013 Wolters Kluwer Italia S.r.l.
Strada 1, Palazzo F6 - 20090 Milanofiori Assago (MI)

Redazione UTET Giuridica:
Corso Vittorio Emanuele II, 44 - 10123 Torino
Site Internet: www.utetgiuridica.it
e-mail: info@wkgiuridica.it

UTET GIURIDICA® è un marchio registrato e concesso in licenza da De Agostini Editore S.p.A. a Wolters Kluwer Italia S.r.l.
I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica, di riproduzione e di adattamento totale o parziale, con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche), sono riservati per tutti i Paesi.

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941 n. 633.

Le riproduzioni diverse da quelle sopra indicate (per uso non personale - cioè, a titolo esemplificativo, commerciale, economico o professionale - cioè oltre il limite del 15%) potranno avvenire solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da EDISER Srl, società di servizi dell'Associazione Italiana Editori, attraverso il marchio CLEARedi Centro Licenze Autorizzazioni Riproduzioni Editoriali. Informazioni: www.clearedi.org.

L'elaborazione dei testi, anche se curata con scrupolosa attenzione, non può comportare specifiche responsabilità per eventuali errori o inesattezze.

Project editor: Maria Cristina Bozzo
Redazione: Manuella Orsi - Wilma Armando
Editing: Editrix - Torino
Composizione: Centrofotocomposizione Dorigo S.r.l. - Padova
Stampa: L.E.G.O. S.p.A. - Lavis (TN)
ISBN 978-88-598-0817-6

INDICE

LIBRO QUINTO DEL LAVORO

TITOLO I DELLA DISCIPLINA DELLE ATTIVITÀ PROFESSIONALI

Art. 2060-2081 c.c. di Giulio Prosperetti	p. 5
1. Osservazioni generali	» 5
CAPO I DISPOSIZIONI GENERALI	
Art. 2060 - <i>Del lavoro</i>	» 7
Art. 2061 - <i>Ordinamento delle categorie professionali</i>	» 7
Art. 2062 - <i>Esercizio professionale delle attività economiche</i>	» 7
CAPO II DELLE ORDINANZE CORPORATIVE E DEGLI ACCORDI ECONOMICI COLLETTIVI	
Art. 2063 - [Oggetto]	» 9
Art. 2064 - [Formazione e pubblicazione]	» 9
Art. 2065 - [Efficacia]	» 9
Art. 2066 - [Inderogabilità]	» 10
CAPO III DEL CONTRATTO COLLETTIVO DI LAVORO E DELLE NORME EQUIPARATE	
Art. 2067 - [Soggetti] di Giulio Prosperetti	» 11
1. Autonomia collettiva e contratto collettivo	» 11
2. Dall'ordinamento corporativo al pluralismo sindacale	» 13

competente per territorio, perché promuova eventualmente i provvedimenti indicati nell'articolo 2091.]

¹ Il presente articolo deve ritenersi abrogato per effetto della soppressione dell'ordinamento corporativo, disposta con r.d.l. 9.8.1943, n. 721 e della soppressione delle organizzazioni sindacali fasciste, disposta con d.l.g.l. 23.11.1944, n. 369.

Art. 2090 - Procedimento¹

[Il presidente della magistratura del lavoro, ricevuta l'istanza del pubblico ministero, fissa il giorno per la comparizione dell'imprenditore e assegna un termine entro il quale egli deve presentare le sue deduzioni. La magistratura del lavoro decide in camera di consiglio, sentiti il pubblico ministero e l'imprenditore. Può anche, prima di decidere, sentire l'associazione professionale alla quale appartiene l'imprenditore, assumere le informazioni e compiere le indagini che ritiene necessarie.]

Contro la sentenza della magistratura del lavoro l'imprenditore e il pubblico ministero possono proporre ricorso per cassazione a norma dell'articolo 426 del codice di procedura civile.]

¹ Il presente articolo deve ritenersi abrogato per effetto della soppressione dell'ordinamento corporativo, disposta con r.d.l. 9.8.1943, n. 721 e della soppressione delle organizzazioni sindacali fasciste, disposta con d.l.g.l. 23.11.1944, n. 369.

Art. 2091 - Sanzioni¹

[La magistratura del lavoro, se accerta che l'inosservanza perdura, fissa un termine entro il quale l'imprenditore deve uniformarsi agli obblighi suddetti.]

Qualora l'imprenditore non vi ottemperi nel termine fissato, la magistratura del lavoro può ordinare la sospensione dell'esercizio dell'impresa o, se la sospensione è tale da recare pregiudizio all'economia nazionale, può nominare un amministratore che assuma la gestione dell'impresa, scegliendolo fra le persone designate dall'imprenditore, se riconosciute idonee, e determinazione i poteri e la durata.

Se si tratta di società, la magistratura del lavoro, anziché nominare un amministratore, può assegnare un termine entro il quale la società deve provvedere a sostituire gli amministratori in carica con altre persone riconosciute idonee.]

¹ Il presente articolo deve ritenersi abrogato per effetto della soppressione dell'ordinamento corporativo, disposta con r.d.l. 9.8.1943, n. 721 e della soppressione delle organizzazioni sindacali fasciste, disposta con d.l.g.l. 23.11.1944, n. 369.

Art. 2092 - Sanzioni previste da leggi speciali¹

[Le disposizioni dei tre articoli precedenti non si applicano nei casi in cui per le trasgressioni commesse dall'imprenditore le leggi speciali prevedono particolari sanzioni a di lui carico.]

¹ Il presente articolo deve ritenersi abrogato per effetto della soppressione dell'ordinamento corporativo, disposta con r.d.l. 9.8.1943, n. 721 e della soppressione delle organizzazioni sindacali fasciste, disposta con d.l.g.l. 23.11.1944, n. 369.

Art. 2093 - Imprese esercitate da enti pubblici

[1] Le disposizioni di questo libro si applicano agli enti pubblici inquadrate nelle associazioni professionali.

[2] Agli enti pubblici non inquadrate si applicano le disposizioni di questo libro, limitatamente alle imprese da essi esercitate.]¹

[3] Sono salve le diverse disposizioni della legge.

¹ Per effetto della soppressione dell'ordinamento corporativo, disposta con r.d.l. 9.8.1943, n. 721 e della soppressione delle organizzazioni sindacali fasciste, disposta con d.l.g.l. 23.11.1944, n. 369, il riferimento alle associazioni professionali deve ritenersi non più rilevante.

commento di Eduardo Ales e Antonio Riccio *

Sommario: 1. Premessa. - 2. Il concetto di impresa pubblica anche alla luce delle acquisizioni del diritto europeo. - 3. Gli enti pubblici economici quale forma privilegiata di esercizio dell'impresa pubblica e il loro declino in favore delle s.p.a. controllate a seguito del processo di c.d. «privatizzazione». - 4. La generale applicabilità delle disposizioni in materia di lavoro privato ai rapporti alle dipendenze dell'ente pubblico economico e delle s.p.a. controllate. La rilevanza dell'impiego di fondi pubblici e i suoi riflessi sulla disciplina del rapporto di lavoro.

* Eduardo Ales è autore dei §§ 1 e 2, Antonio Riccio è autore dei §§ 3 e 4.

1. Premessa

Quello dell'imprenditorialità pubblica rappresenta, senza dubbio, un tema di grande rilievo nella storia economico-giuridica italiana. Non essendo rintracciabile nell'ordinamento una circoscrizione legale del campo di azione pubblico, per un lungo periodo lo Stato ha fatto largo uso della possibilità concessagli e «il suo intervento è stato assai cospicuo nella nostra esperienza positiva, quasi pervasivo in determinati settori, investendo massicciamente le attività di servizio pubblico spesso in posizione monopolistica ed operando anche al di fuori di queste attività, in settori di mercato in concorrenza con operatori privati»¹.

Una storia composita, caratterizzata spesso dall'incrociarsi e sovrapporsi di regole, il più delle volte non uniformi, dettate nel quadro di scelte guidate da politiche di diversa ispirazione. Questa circostanza rende il compito dell'interprete che voglia offrire una ricostruzione sistematica del tema estremamente arduo, quando anche impossibile, laddove le, spesso confuse, scelte legislative non ne offrano lo spazio o, meglio, la possibilità teorica. Tale difficoltà è da attribuirsi a un duplice ordine di motivi. Il primo, rappresentato dalla possibilità per lo Stato di ricorrere a diversi strumenti giuridici per l'esercizio dell'impresa, ognuno dei quali con proprie discipline regolatrici. Il secondo, legato alla scelta del legislatore di adottare nozioni non omogenee di impresa pubblica a seconda del fine perseguito, il che determina la compresenza, nel medesimo momento storico, di una nozione privatistica, una tributaria e una comunitaria di impresa anche molto diverse tra loro.

Le pagine che seguono hanno, almeno apparentemente, un obiettivo più agevole, potendoci qui limitare alle implicazioni privatistiche dell'impresa pubblica, posto il fine di inquadrare il rapporto di lavoro alle dipendenze di questa. La scelta di non limitarsi alle sole imprese esercitate dagli enti pubblici, poi, come pure l'articolo in commento avrebbe consentito, è dettata da ragioni contingenti legate al declino della figura dell'ente pubblico economico come strumento privilegiato di esercizio dell'impresa in favore delle s.p.a. partecipate² e, soprattutto, dalla constatazione della presenza di numerosi punti di contatto nella disciplina del rapporto di lavoro alle loro dipendenze. L'esigenza di ampliare l'indagine oltre i soli enti pubblici economici determina la scelta, quindi, di dedicare la prima parte del commento al più ampio e generale concetto di impresa pubblica.

¹ CERULLI IRELLI, *L'impresa pubblica nella Costituzione economica italiana*, in *una struttura online di*

² V. *infra* il commento al § 3.

Se è vero, infatti, che per ragioni di economia non sarà possibile entrare nel dettaglio delle vicende storiche, giuridiche ed economiche dell'intervento statale nell'economia, è altrettanto vero che le brevi riflessioni che seguiranno, riguardanti alcuni punti di principio, condivisi dalla dottrina maggioritaria, sul concetto di impresa pubblica risulteranno di non poca utilità nei paragrafi successivi. In particolare essi ci consentiranno, laddove possibile, di utilizzare con maggiore consapevolezza l'espressione «impresa pubblica» attribuendole il significato, a nostro avviso, più idoneo a rappresentare il quadro concettuale al cui interno potranno poi collocarsi le diverse estrinsecazioni dell'imprenditorialità pubblica.

2. Il concetto di impresa pubblica anche alla luce delle acquisizioni del diritto europeo

L'intervento pubblico nell'economia, com'è noto, si è concretizzato attraverso diverse forme organizzate di impresa pubblica³, come le aziende pubbliche, gli enti pubblici economici e le società per azioni a partecipazione pubblica. L'utilizzo da parte dei pubblici poteri di ognuna delle forme giuridiche appena menzionate, poi, ha conosciuto alterne vicende legate, essenzialmente, a ragioni contingenti di carattere economico, tecnico, sociale⁴ e, soprattutto, politiche. L'affermarsi sul piano europeo e globale dell'ideologia liberista ha inciso, infatti, non solo sul complessivo campo di azione dell'impresa pubblica, via via erodendolo, ma anche sulla predilezione mostrata dal legislatore per alcune, piuttosto che per altre, delle forme giuridiche di intervento.

Rinvitando al paragrafo successivo per alcune riflessioni sul punto, pare qui opportuno, in primo luogo, dare breve cenno dei principi che hanno rappresentato e rappresentano ancor oggi la base giuridica legittimante l'attività economica di stampo pubblico.

³ Sul concetto di impresa pubblica, v. per tutti GIANNINI, *Le imprese pubbliche in Italia*, in *Riv. società*, 1958, 227 ss.; ID., *Sull'azione dei pubblici poteri nel campo dell'economia*, in *Riv. dir. comm.*, 1959, 313 ss.; ID., *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1985; BENVENUTI, *Profilo giuridico dell'organizzazione economica pubblica*, in *Riv. società*, 1962, 206 ss.; BERTOLUSSI, *Impresa pubblica*, in *Enc. Giur.*, XVI, Roma, 1989; CARABA, *Impresa pubblica*, in *Digesto pubbl.*, VIII, Torino, 1993, 175 ss.; CERULLI IRELLI, *op. cit.*; CERENZI, *Le imprese pubbliche*, Milano, 1983; GUARINO, *Pubblico e privato nella organizzazione e nella disciplina delle imprese*, in ID., *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Milano, 1970; OTTAVIANO, *Impresa pubblica*, in *Enc. Dir.*, XX, Milano, 1970, 669 ss.; SANDULLI A.M., *Le imprese pubbliche in Italia*, in *Studi per Liebmanna*, Milano, 1979; VALENTINI, *L'impresa pubblica*, Milano, 1980.

⁴ BERTOLUSSI, *op. cit.*, I ss.

Tale base è, naturalmente, da individuarsi negli artt. 41-43 cost. che consentono all'interprete di parlare dell'Italia come di un paese a «economia mista», ossia come di un paese in cui le attività di produzione e scambio di beni e servizi possono essere praticate da soggetti sia pubblici che privati⁵. L'art. 41 cost., al suo 3° co., prevede, infatti, che «l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali», per mezzo di programmi e controlli opportuni stabiliti dalla legge. In tal modo, il legislatore costituzionale, nel riconoscere il fondamento dell'autonomia privata e prevedendo la sua potenziale sottoposizione a programmi e controlli per la realizzazione di determinati fini sociali, equipara le imprese pubbliche e le imprese private. È, poi, l'art. 42, 1° co., cost., nel prevedere che i beni economici possano appartenere allo Stato, a enti o a privati, a sancire di fatto il principio, proprio di una economia mista, per il quale l'attività economica può essere esercitata indifferentemente da soggetti pubblici e privati.

L'art. 43 cost., ancora, nel sancire che «ai fini dell'utilità generale la legge può riservare originariamente o trasferire (...), allo Stato, agli enti pubblici od a comunità di lavoratori e di utenti determinate imprese o categorie di imprese che si riferiscono a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio ed hanno carattere di preminente interesse generale» ci consente di individuare, seppur in termini generali, i fini che caratterizzano le attività di servizio pubblico. Come è stato condivisibilmente affermato, infatti, può intendersi con tale espressione il complesso delle «attività ritenute in un determinato momento storico e in un determinato contesto sociale, necessarie nell'interesse della collettività, al di là di quelle ascritte alla pubblica amministrazione in senso stretto»⁶.

Può inoltre osservarsi che i principi sanciti nella Carta costituzionale trovavano, sul tema, disposizioni del tutto convergenti, fatta eccezione per le disposizioni più strettamente legate all'ordinamento corporativo, nel codice civile del 1942, come nitidamente testimoniano le previsioni contenute nell'articolo che qui si commenta. E, in assenza di una definizione specifica di impresa pubblica, proprio a queste ultime bisogna far riferimento per comprendere quando, almeno in termini generali, l'attività svolta per soddisfare un interesse pubblico debba essere sottoposta alle regole applicate per l'impresa privata e quando, in particolare, a essa debbano appli-

carsi le disposizioni del Libro V del codice civile. Quando, cioè, in ultima analisi possa propriamente parlarsi di impresa pubblica.

L'art. 2093 c.c., nell'occuparsi delle imprese esercitate da enti pubblici, ha disposto l'applicazione delle regole comuni sia agli enti pubblici economici⁷ che agli enti pubblici non economici limitatamente alle imprese da essi esercitate. Sulla scorta di queste previsioni, in linea di prima approssimazione si può dunque certamente sostenere che l'ordinamento italiano accoglie una nozione unitaria d'impresa, indifferente alle caratteristiche soggettive di chi la esercita.

Sul punto deve osservarsi che, da un lato, il legislatore costituente ha riconosciuto la piena legittimità dell'intervento pubblico nell'economia, già in precedenza praticato, dall'altro la prevista indifferenza rispetto al soggetto esercitante enunciata nel codice civile ha come implicazione la regola per cui, salvo diversa disposizione legale, ogni impresa è sottoposta alle comuni regole del diritto privato.

Almeno per quel che riguarda l'angolo prospettico offerto dalla ricerca di una concezione unitaria d'impresa pubblica, l'ordinamento comunitario sembra essere del tutto coerente con quanto sinora affermato. In primo luogo, infatti, l'atteggiamento assunto dal diritto comunitario è quello della neutralità rispetto alla possibilità che i poteri pubblici partecipino all'esercizio di imprese⁸. Tale neutralità è emblematicamente cristallizzata nell'art. 345 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), il quale, icasticamente dispone che «i trattati lasciano del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri». Pur lasciando alla libera determinazione degli Stati la scelta del se e come partecipare alla vita economica attraverso l'esercizio d'impresa, è interesse dell'Unione che qualora tale scelta venga effettuata i soggetti pubblici sottostiano alle norme che tutelano le libertà economiche e della concorrenza al pari degli operatori privati⁹, principio, questo, espresso nell'art. 106 TFUE¹⁰.

⁷ Il riferimento dell'art. 2093, 1° co., c.c., agli «enti pubblici inquadrati nelle associazioni professionali», a seguito del venir meno dell'ordinamento corporativo, va letto, infatti, in questo senso. V. sul punto MIANI CANIVAT, *Sub art. 2093 c.c.*, in *Nuova rassegna di giurisprudenza sul codice civile*, diretta da RUPERTO, Sgroi, *Libro V, I*, Milano, 1994, 83 ss.; OTTAVIANO, *Ente pubblico economico*, in *Digesto pubbl.*, VI, Torino, 1991, 88 ss.

⁸ CARFAGNO, *Impresa pubblica*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, diretto da OHTI, Greco e coordinato da Carrai, Galetta, *Parte speciale*, III, Milano, 2007, 1213 ss.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ Art. 106 TFUE: «1. Gli Stati membri non emanano né mantengono, nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, alcuna misura

⁵ Sul tema v. almeno, CASSSE, *La nuova costituzione economica*, Bari, 2004; GIANNINI, *Diritto pubblico*, cit., *passim*; STIGLITZ, *Economia del settore pubblico*, Milano, 1989.

⁶ CERULLI IERULLI, *op. cit.*, 4.

In realtà, l'enunciazione di principio contenuta nell'art. 106 TFUE, non riuscirebbe, da sola, a garantire l'esigenza di trasparenza finalizzata a evitare abusi di posizione dominante, intese discriminatorie e elargizioni irregolari di aiuti di Stato, nascenti dall'intreccio, spesso perverso, che lega gli Stati alle proprie imprese. Per questa ragione il tema delle imprese pubbliche è stato oggetto di interesse sia della legislazione derivata che della Corte di giustizia europea.

In particolare, il nostro interesse specifico può qui limitarsi alla direttiva 80/723/CEE, relativa alla trasparenza delle relazioni finanziarie tra gli Stati membri e le loro imprese pubbliche¹¹, codificata da ultimo dalla direttiva 2006/111/CE e recepita con il d.lg. n. 333/2003. La definizione di impresa pubblica offerta dall'art. 2, 1° co., lett. b), della direttiva, come di «ogni impresa nei confronti della quale i poteri pubblici possano esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante per ragioni di proprietà, di partecipazione finanziaria o della normativa che la disciplina», infatti, è a nostro avviso idonea, pur nella genericità della sua enunciazione, a fornire elementi utili nell'opera di analisi svolta nei paragrafi successivi e a rappresentare un adeguato riferimento concettuale da legare all'espressione impresa pubblica. Come vedremo, infatti, proprio la posizione di controllo

contaria alle norme dei trattati, specialmente a quelle contemplate dagli articoli 18 e da 101 a 109 inclusi. 2. Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme dei trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata. Lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi dell'Unione. 3. La Commissione vigila sull'applicazione delle disposizioni del presente articolo rinvolgendo, ove occorra, agli Stati membri, opportune direttive o decisioni».

Risulta evidente come in questo caso il diritto comunitario vada ben oltre le previsioni del nostro legislatore costituzionale. Le disposizioni del Trattato, infatti, nel sottoporre alle regole del mercato l'impresa pubblica, si discostano non poco dall'impianto costituzionale delineato negli artt. 41-43 cost., in cui, in nessun modo, si era previsto tale assoggettamento al mercato. Come è stato osservato, «anzi, l'art. 43 afferma il principio opposto, sia pur con riferimento ai casi ivi espressamente previsti, e cioè che le imprese pubbliche possano in quei casi dettati usufruire di regimi differenziati e privilegiati nell'ambito dell'attività di impresa». Ciò è tanto vero che al riguardo si è condivisibilmente parlato di rivisitazione della costituzione economica interna ad opera del diritto europeo. Sul punto v., da ultimo, CARULLI IRELLI, *op. cit.*, 8 ss.

¹¹ Sul tema v., tra gli altri, GIARESSI, *Liberalizzazioni, servizi di interesse economico generale e sussidi incrociati: la direttiva della Commissione 2000/52/ce e il nuovo ambito della disciplina trasparenza*, in *Dir. commercio internaz.*, 2001, 281 ss.; CAVAGNO, *op. cit.*, 1217 ss.

¹⁰ dei poteri pubblici sull'impresa sembra determinare conseguenze non marginali su diversi aspetti della disciplina applicabile al rapporto di lavoro.

3. Gli enti pubblici economici quale forma privilegiata di esercizio dell'impresa pubblica e il loro declino in favore delle s.p.a. controllate a seguito del processo di c.d. «privatizzazione»

La storia dell'Italia repubblicana del secolo scorso è stata caratterizzata dalla netta predilezione dei pubblici poteri per l'ente pubblico economico¹³ come strumento d'esercizio dell'attività di impresa, la cui comparsa è solita farsi risalire al 1933, anno di istituzione dell'Iri¹⁴. Ma la casistica si arricchisce ben presto. Nel secondo dopoguerra si assiste, oltre alla conferma dello stesso Iri, alla istituzione dell'Eni, dell'Enel e dell'Ente ferrovie, solo per rimanere alle figure che hanno assunto maggior rilievo nell'economia nazionale. L'ente pubblico economico è l'istituto che – utilizzando una miriade sintesi descrittiva – «non conosce né capitale di rischio né scopo di lucro né distribuzione di utili, ma soltanto fondi di dotazione erogati da autorità pubbliche; rinnova il lacerto dissidio tra interesse pubblico, generatore di controlli e direttive ministeriali, e attività economica (...); sottraendosi al fallimento e alle altre procedure concorsuali, altera la parità della competizione economica e immette nel mercato elementi di anomalia e di eccezionalità»¹⁵.

All'interno di questo contesto, va ricordato, inoltre, come non vi fosse

¹² L'art. 2, 2° co., della direttiva 2006/111/CE, poi, specifica che «l'influenza dominante è presunta qualora i poteri pubblici si trovino nei riguardi dell'impresa, direttamente o indirettamente, almeno in una delle seguenti situazioni: a) detengono la maggioranza del capitale sottoscritto dell'impresa; b) dispongono della maggioranza dei voti attribuiti alle quote emesse dall'impresa; c) possono designare più della metà dei membri dell'organo di amministrazione, di direzione o di vigilanza dell'impresa».

¹³ In generale, sulla disciplina degli enti pubblici economici v., almeno, oltre la bibliografia già richiamata in tema di impresa pubblica (*supra*, nt. 3), ARENA, *Enti pubblici economici*, in *Noviss. Dig. it., App.*, III, Torino, 1982, 413 ss.; CASSISE, *Ente pubblico economico*, *ivi*, VI, Torino, 1959, 533 ss.; IRTI, *Dall'ente pubblico economico alla società per azioni (profilo storico-giuridico)*, in *Id.*, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 2001, 121 ss.; OTTAVIANO, *Ente pubblico*, *cit.*, 85 ss. e *Id.*, *Considerazioni sugli enti pubblici strumentali*, Padova, 1959; SPAGNUOLO VIGORITA V., *MARAWA, Ambiguità e prospettive degli enti pubblici economici*, in *Pass. giur. Enel*, 1984, 5 ss.

¹⁴ R.d.l. 23.1.1933, n. 5 convertito nella l. 3.5.1933, n. 512. L'attività, inizialmente prevista come provvisoria, venne poi istituzionalizzata e resa permanente con il r.d.l. 24.6.1937, n. 905, poi convertito con la l. 15.4.1938, n. 637.

¹⁵ IRTI, *op. cit.*, 130.

alcuna uniformità¹⁶ sia rispetto alle possibili forme assunte dall'ente pubblico economico (enti di gestione, enti strumentali), che riguardo alla disciplina propria di ogni ente, essendo quest'ultima, di frequente, contenuta in gran parte nell'atto istitutivo del singolo ente. Inoltre, come già accennato, è come intuibile ripercorrendo anche le sole vicende dell'Iri o ricordando il potente ministero per le Partecipazioni statali, l'intervento dello Stato in campo economico si spingeva ben al di là della esigenza di realizzazione di servizi di pubblico interesse.

Per quel che ci riguarda, poi, è appena il caso di sottolineare che nel periodo storico ora preso in considerazione e coerentemente con il dominante centralismo statale, vi era una netta prevalenza, almeno in termini di rilevanza economica complessiva, degli enti economici a carattere nazionale piuttosto che locale. Vedremo tra breve che tale circostanza subirà negli anni una radicale inversione di tendenza.

Come è stato acutamente osservato, la ragione che per lungo tempo ha determinato la scelta dell'ente pubblico economico piuttosto che quella della società per azioni è attribuibile a quella «densa trama di principi politici e ideologici, che a loro volta si traducono nella scelta di figure giuridiche»¹⁷. In particolare ci riferiamo a quella «sorta d'incompatibilità (...) tra Stato e società per azioni: questa appartenendo al diritto privato, al regime giuridico degli interessi individuali e degli scopi lucrativi; quello, al diritto pubblico, alla tutela di interessi che sovrastano e dominano l'economia»¹⁸. Allo stesso tempo, poi, l'ente pubblico consentiva ai poteri pubblici di intervenire in campo economico con una formula organizzativa e una strutturazione giuridica meno burocratizzata di quella propria della figura dell'impresa organo¹⁹. Il modello organizzativo dell'ente pubblico economico, infatti, avrebbe assicurato «una maggiore autonomia della struttura deputata alla produzione e allo scambio dei beni o servizi prodotti» e avrebbe consentito allo Stato di «agire con la medesima scioltezza con cui opera-

vano i produttori privati»²⁰. Questo sarebbe avvenuto, in particolare, attraverso l'affidamento dell'esercizio d'impresa a un ente pubblico, quale mediatore tecnico dell'amministrazione²¹ - mentre nello schema dell'impresa organo l'esercizio ricade direttamente in capo all'amministrazione - che, nonostante la qualificazione soggettiva, avrebbe agito, in monopolio come in regime concorrenziale, al pari di un privato imprenditore.

Una serie di fattori²² determinerà, a partire dagli anni '90, una completa inversione della tendenza sin qui descritta, a seguito dell'avvio di un importante processo di privatizzazione²³. Tale sviluppo comporterà conseguenze apprezzabili, relativamente all'analisi che va articolandosi, almeno sotto tre rilevanti profili specifici: il primo, relativo alla scelta effettuata dalle autorità pubbliche dei moduli organizzativi cui affidare l'esercizio di impresa. Il secondo e il terzo, strettamente collegati tra loro, riguardano, l'uno, il complessivo campo di azione dell'imprenditoria pubblica, l'altro, il progressivo trasferimento dal piano nazionale a quello regionale e locale del centro gravitazionale dell'interesse prevalente verso l'impresa pubblica.

In primo luogo, dunque, va segnalato l'abbandono dello schema organizzativo dell'ente pubblico economico in favore della società per azioni in mano pubblica, riconoscendo nello strumento societario, che contempla capitale di rischio, scopo lucrativo e distribuzione di utili, quello maggiormente idoneo a perseguire l'interesse pubblico. In questo modo si tenta di superare «l'antico dissidio tra interesse pubblico e attività economica, poiché la qualità pubblica dell'azionista non vulnera l'interesse proprio della

²⁰ OTTAVIANO, *Ente pubblico*, cit., 86.

²¹ IRTI, *op. cit.*, 124.

²² IRTI, *ivi*, 132. L'autore parla di fattori di ordine ideologico, politico e finanziario. In particolare, «(a) ideologici, poiché si afferma l'incontrastata concezione dello Stato minimo, che quasi regredisce alla tutela dell'ordine interno ed all'erogazione di servizi essenziali; (b) politico, poiché il vasto territorio, già tenuto dall'impresa pubblica, viene sottratto al dominio della classe politica, ormai spoglia di dignità morale e di fiducia collettiva; (c) finanziario, poiché la vendita di questi beni appare destinata a soddisfare o ridurre il fabbisogno pubblico».

²³ Sul tema la bibliografia è molto vasta. v. almeno, BONELLI F., *La privatizzazione delle imprese pubbliche*, Milano, 1996; Id., *Privatizzazioni*, in *Enc. Dir.*, Agg., IV, Milano, 2000, 994 ss.; Id., *Il codice delle privatizzazioni nazionali e locali*, Milano, 2001; CARABBA, *Privatizzazione di imprese ed attività economiche*, in *Digesto pubbl.*, XI, Torino, 1996, 558 ss.; CLARICH, *Privatizzazioni*, *ivi*, XI, Torino, 1996, 568 ss.; CASSESE, *Le privatizzazioni in Italia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1988, 32 ss.; FERRI, *Le privatizzazioni*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di Cassese, *Parte speciale*, 2ª ed., Milano, 2003, 3947 ss.; DI GASPARI, *Privatizzazioni. Privatizzazione delle imprese pubbliche*, in *Enc. Giur.*, XXIV, Roma, 1995; JARIGER, *Privatizzazioni. Profili generali*, *ivi*, XXIV, Roma, 1995; *Profili giuridici delle privatizzazioni*, a cura di Marasà, Torino, 1998; *Le privatizzazioni in Italia*, a cura di Martelli, Milano, 1995.

¹⁶ SPAGNIOLO VIGORITA V., *Marasà*, *op. cit.*, 5 ss.

¹⁷ IRTI, *op. cit.*, 124.

¹⁸ IRTI, *ivi*, 125.

¹⁹ L'azienda organo (o autonoma) quale complesso di beni, servizi e attività facente parte del patrimonio e dell'organizzazione dello Stato, all'inizio del secolo scorso e fino agli anni '90 è stato il modello organizzativo preferito per le imprese pubbliche. Attraverso di essa lo Stato, o altro ente territoriale, svolge direttamente l'attività d'impresa attraverso proprie strutture, prive di distinta personalità giuridica, e solo in via secondaria ed accessoria rispetto ai propri fini istituzionali. Sul punto v., tra gli altri, OTTAVIANO, *Impresa pubblica*, cit., 681 ss.

società», «non altera la parità della competizione economica e non introduce nel mercato elementi di anomalia e di eccezionalità»²⁴.

Al contempo, poi, si registra una decisa ritrazione dell'autorità pubblica da tutte quelle attività che non attingano in senso più stretto l'erogazione di servizi di pubblico interesse attraverso «politiche di riduzione della sfera dei servizi d'interesse economico generale sottratti alle regole del mercato e della concorrenza»²⁵.

L'indirizzo delle politiche della nuova stagione alla liberalizzazione, risultando, anche, delle scelte politiche compiute in ambito comunitario, rendeva, infatti, necessaria una riconsiderazione del ruolo e dei caratteri delle imprese pubbliche. Anche se il diritto comunitario, come abbiamo visto, «rimane indifferente al regime della proprietà dell'impresa, l'estensione all'impresa pubblica delle regole concorrenziali ne rendeva in concreto ingiustificabile l'utilizzazione, se si conviene che la loro esistenza risultava inscindibilmente connessa a situazioni di oligopolio o monopolio»²⁶.

In questo contesto è facilmente intuibile la centralità assunta dal livello regionale e locale in materia di complessiva gestione dell'economia pubblica, determinata dall'essere, gli enti pubblici locali, attualmente i maggiori produttori ed erogatori di servizi pubblici essenziali.

Ciò è vero, a maggior ragione, se riflettiamo sul nesso, stretto, intercorrente tra liberalizzazione e privatizzazione²⁷, prima, e sulle diverse implicazioni derivanti da una privatizzazione solo formale o sostanziale dell'impresa pubblica²⁸, poi.

Se è vero, infatti, che il processo di privatizzazione – come mutamento di regime giuridico da diritto pubblico a diritto privato – si inserisce nell'ambito di politiche volte a rendere aperto e concorrenziale il mercato su materie prima riservate all'autorità pubblica – che rappresenta il *proprium* del termine liberalizzazione –, è altrettanto vero che tale processo può dirsi realizzato solo attraverso una privatizzazione di tipo sostanziale. Ossia, non mediante il solo passaggio da un regime giuridico ad un altro (formale), ma con la cessione delle quote azionarie di titolarità pubblica a soggetti privati

²⁴ IRPI, *op. cit.*, 133.

²⁵ CARABBA, *Privatizzazione di imprese*, cit., 559.

²⁶ VITALE, *Governano societario e tutela dell'interesse pubblico nelle società per la gestione dei servizi pubblici locali*, in *www.unibo.it*.

²⁷ V., tra le altre, le riflessioni di CLARICH, *op. cit.*, 569 ss. e DI GASPARI, *op. cit.*, 8 ss.

²⁸ Sulle diverse nozioni di formale e sostanziale si soffermano ampiamente tutti gli Autori che si sono occupati delle privatizzazioni, ai quali si rinvia per gli opportuni approfondimenti, v. *supra*, nt. 23.

(sostanziale). Come intuibile, il nostro interesse, legato al presente studio, permance in gran parte nel solo caso in cui la società abbia quote azionarie pubbliche che permettano il controllo dei pubblici poteri sulla stessa, in aderenza al concetto assunto di impresa propriamente pubblica grazie al richiamo al diritto comunitario. Attualmente, il campo dei servizi pubblici locali rimane pressoché l'ultimo baluardo che si oppone all'agognato processo di liberalizzazione²⁹.

Senza poter entrare nel dettaglio di una materia come quella della gestione dei servizi pubblici locali, che nel corso degli ultimi anni ha conosciuto una miriade di interventi riformatori spesso contraddittori, è però appena il caso di segnalare, in termini generali, che le possibili configurazioni societarie cui gli enti locali possono far ricorso per la garanzia dei servizi, società *in house providing*³⁰ e, almeno in parte, le società *mixte*³¹, sembrano potersi classificare, in relazione all'aspetto della disciplina del rapporto di lavoro alle proprie dipendenze come l'evoluzione stessa del lento pubblico economico. Anzi, il processo di privatizzazione che ha portato lo Stato a mutare la propria funzione in campo economico da imprenditore ad azionista e soprattutto a regolatore, ha determinato il sorgere di disposizioni che tratteggiano caratteri di specialità di sicuro rilievo in alcune fasi del rapporto di lavoro alle dipendenze delle società controllate, addirittura assenti nella fase storica di maggior successo degli enti pubblici economici.

²⁹ Si sofferma ampiamente sul tema, VITALE, *op. cit.*, 32 ss. Sul rapporto tra processo di liberalizzazione e diritto del lavoro v., ZOPPOLA L., *Le trasformazioni dei servizi pubblici e il diritto del lavoro*, in *Lavoro e dir.*, 1996, 81 ss.; NOVELLA, *La "seconda fase" della trasformazione dei servizi pubblici locali di fronte alla nuova disciplina del trasferimento d'azienda. Nuove discipline delle trasformazioni dei servizi pubblici locali. Profili giuridici*, *ivi*, 2002, 159 ss.; DE SIMONE, *La "seconda fase" della trasformazione dei servizi pubblici locali di fronte alla nuova disciplina del trasferimento d'azienda. Modificazioni soggettive dei gestori di servizi pubblici locali e disciplina del trasferimento d'azienda. Prime riflessioni sul rapporto tra norme speciali e norme generali dopo il d.lgs. n. 18/2001*, *ivi*, 2002, 181 ss.; BALLESTERO, *La "seconda fase" della trasformazione dei servizi pubblici locali di fronte alla nuova disciplina del trasferimento d'azienda. Il trattamento economico e normativo dei lavoratori nella nuova disciplina del trasferimento d'azienda*, *ivi*, 2002, 201 ss. Sulla evoluzione del processo di liberalizzazione dei servizi pubblici locali è destinato a inchiodare, da ultimo, il dl. 24.1.2012, n. 1, all'art. 25.

³⁰ Per una riflessione sulle società *in house*, v., almeno, ROVERSI MONACO, *I caratteri delle gestioni in house*, in *Giornale dir. amm.*, 2006, 1371 ss.

³¹ CLARICH, *Le società miste a capitale pubblico e privato tra affidamenti "in house" e concorrenza per il mercato*, in *Corriere giur.*, 2007, 893 ss.

4. La generale applicabilità delle disposizioni in materia di lavoro privato ai rapporti alle dipendenze dell'ente pubblico economico e delle s.p.a. controllate. La rilevanza dell'impiego di fondi pubblici e i suoi riflessi sulla disciplina del rapporto di lavoro

La questione dell'applicabilità agli enti pubblici economici, in termini generali, delle disposizioni in materia di rapporto di lavoro alle dipendenze dei privati datori di lavoro non incontra particolari incertezze²². In particolare, però, va segnalato che nel corso degli anni il tema della individuazione dei soggetti cui fa riferimento il 1° co. dell'art. 2093 c.c. è stato oggetto di ampio dibattito.

In primo luogo deve essere sottolineato il rilievo di quanto disposto dell'art. 409, n. 4, c.p.c.²³, il quale devolve alla competenza del giudice del lavoro le controversie relative ai rapporti di lavoro dei dipendenti degli «enti pubblici che svolgono esclusivamente o prevalentemente attività economica»²⁴. Carattere economico dell'attività che nella interpretazione giurisprudenziale è stato individuato, in maniera pressoché univoca, non necessariamente nella ricerca dell'utile, ma almeno nel perseguimento dell'equilibrio finanziario attraverso i cc.dd. criteri di economicità²⁵.

Al di là delle possibili incertezze legate a specifici enti, è evidente il fine del legislatore, chiarito dal 2° co. dell'art. 2093 c.c., di sottoporre anche l'ente pubblico non economico, limitatamente all'eventuale attività d'impresa esercitata, alla disciplina dell'impresa. In questo modo, dunque, avremo che l'ente pubblico che gestisca l'impresa sarà assoggettato totalmente – salvo eccezioni di cui si dirà tra breve – alle regole privatistiche, qualora venga accertata la prevalenza dell'attività d'impresa, o solo parzialmente, ove tale attività estrinsechi solo in termini residuali le funzioni dell'ente rispetto all'attività amministrativa²⁶.

Sul punto della individuazione degli enti pubblici non economici da sottoporre parzialmente alle comuni regole dell'impresa ci pare opportuno sottolineare, come suggerito dalla giurisprudenza, che l'attività imprenditoriale, svolta da un ente pubblico non economico, conserva – a prescindere

²² SPAGNUOLO VIGORRA V., MARRAMA, *op. cit.*, 14 ss.; GHERA, *Enti pubblici economici (Dipendenti degli. Rapporto di lavoro e sicurezza sociale)*, in *Noviss. Dig. it., App.*, III, Torino, 1982, 417 ss.; ORTAVIANO, *Ente pubblica*, *cit.*, 113 ss.

²³ Nel testo novellato dalla l. 11.8.1973, n. 593.

²⁴ Cfr. anche l'art. 37, l. 20.5.1970, n. 300.

²⁵ Su cui v. almeno, Cass., S.U., 11.10.1997, n. 9879; Cass., S.U., 20.10.2000, n. 1132.

²⁶ Cassese, *Ente pubblico*, *cit.*, 573; ORTAVIANO, *Ente pubblico*, *cit.*, 113 ss.; SPAGNUOLO VIGORRA V., MARRAMA, *op. cit.*, 14 ss.; ARENA, *op. cit.*, 413 ss.; MILANI CANEVARI, *op. cit.*, 84.

dalla sussistenza, o meno, di finalità speculative – la natura pubblicistica quando si svolge nell'ambito dell'organizzazione tipica e fondamentale dell'ente, con gli strumenti propri dell'azione amministrativa. Al contrario, essa acquista natura privatistica nel caso in cui l'ente, per il suo esercizio, si avvalga di un'organizzazione distinta e separata dalla struttura pubblicistica, dotata di autonomia gestionale, finanziaria, contabile e patrimoniale. Di conseguenza, l'assoggettamento del rapporto di lavoro alle regole tipiche del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni²⁷ o del lavoro alle dipendenze dell'impresa, dipende dalla struttura pubblicistica o privatistica dell'attività svolta²⁸.

Seppure l'applicazione della integrale disciplina del lavoro privato agli enti pubblici economici appaia giustificata dal fatto che gli stessi operino sul mercato analogamente alle comuni imprese, necessitando di una maggiore capacità di adattamento ai cambiamenti del mercato stesso, non si può dimenticare che il capitale impiegato dagli enti è interamente pubblico, trasferito dall'autorità pubblica per garantire il corretto funzionamento. Questo comporta l'emergere di una serie di questioni circa la sottoposizione dell'ente pubblico al controllo contabile della Corte dei Conti e al rispetto dei principi di imparzialità e buon andamento, di cui all'art. 97 cost.

Per quel che qui più specificamente interessa, infatti, va segnalato che in maniera piuttosto uniforme le norme regolatrici, o gli atti costitutivi, degli enti pubblici economici, hanno quasi sempre previsto per l'assunzione di personale procedure selettive ispirate ai principi dell'art. 97 cost. ma non per questo coincidenti con il concorso pubblico soggetto alla disciplina del diritto amministrativo e alla competenza del giudice amministrativo.

In particolare, sul tema delle procedure, la giurisprudenza ha oscillato tra la loro riconduzione all'istituto della promessa al pubblico a quello dell'offerta al pubblico²⁹, orientandosi, quindi, verso l'area della responsabilità

²⁷ Sulla disciplina del rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni v. il commento all'art. 2129 c.c.

²⁸ Cass., S.U., 22.3.1995, n. 3322; Cass., 3.6.1992, n. 6785; Cass., 21.12.1990, n. 12138; Cass., 27.6.1987, n. 5728.

²⁹ Cfr. Cass., 19.4.2006, n. 9049, secondo la quale il bando di concorso indetto, nell'ambito dei rapporti di lavoro regolati dal diritto privato, per l'assunzione, la promozione o il riconoscimento di determinati trattamenti o benefici a favore del personale all'estero di determinate procedure selettive, costituisce un'offerta contrattuale al pubblico (ovvero ad una determinata cerchia di destinatari potenzialmente interessati), caratterizzata dal fatto che l'individuazione del soggetto o dei soggetti, tra quelli che con l'iscrizione al concorso hanno manifestato la loro adesione e che devono ritenersi concretamente destinatari e beneficiari della proposta, avverrà per mezzo della stessa procedura concorsuale e secondo le regole per

contrattuale per le conseguenze della mancata assunzione. Infatti, si è sostenuto, «il rapporto di lavoro con i propri dipendenti resta disciplinato sin dalla costituzione dal diritto privato in virtù di quanto dispone l'art. 2093 del codice civile, anche nelle ipotesi in cui la controversia abbia origine dall'espletamento di un concorso per l'assunzione di un dipendente»⁴⁰. Tale procedura infatti costituisce soltanto un sistema di reclutamento del personale che si esplica con l'esercizio di un'attività privatistica, propria dell'imprenditore nell'ambito del rapporto obbligatorio attinente al concorso, dato che i candidati vengono selezionati in base a valutazioni tecniche incidenti su loro posizioni di diritto, acquisite con l'ammissione a sostenere le prove di idoneità.

Sulla scorta di queste premesse, la Corte ha più volte evidenziato che il comportamento dell'ente pubblico economico/datore di lavoro deve essere valutato anche alla stregua dei canoni di correttezza e buona fede, nell'attuazione del concorso, come nell'adempimento di ogni obbligazione contrattuale, con la conseguenza che, in caso di loro violazione, incorre in responsabilità contrattuale per inadempimento esponendosi al relativo risarcimento del danno in favore del lavoratore che abbia subito la lesione del suo diritto conseguente all'irregolare espletamento della procedura concorsuale⁴¹.

Risulta di sicuro interesse sottolineare che l'elaborazione dei principi cui si è fatto ora cenno, in particolare per quel che riguarda l'applicazione delle clausole di correttezza e buona fede in materia di procedure selettive, è stata in seguito utilizzata dalla giurisprudenza in tema di incarichi dirigenziali nella p.a. Nello specifico, «i principi di correttezza e buona fede sono stati (...) valorizzati dalla Corte di cassazione, quali fonti degli obblighi di motivare gli atti di conferimento degli incarichi, di assicurare la partecipazione dei dirigenti ai processi decisionali e di procedere a valutazioni anche comparative tra più aspiranti»⁴².

la medesima stabilite. V. anche, Cass., S.U., 25.10.1993, n. 10604, in *Giur. civ. mass.*, 1993, 1515 ss.; Cass., S.U., 15.5.1992, n. 5794, Cass., S.U., 27.7.1987, n. 6523.

⁴⁰ Ch. Cass., 25.10.1993, n. 10604, cit. 1515.

⁴¹ Cass., 19.4.2006, n. 9049; Cass., 25.10.1993, n. 10604, cit. 1515; Cass., S.U., 15.5.1992, n. 5794, Cass., S.U., 27.7.1987, n. 6523.

⁴² MERZACAPÒ, *Il conferimento degli incarichi tra autonomia privata e autonomia amministrativa*, in *Quaderni dir. lav. e relaz. ind.*, 2009, 31, 194; GARULLI, *Profilo dell'organizzazione e tutela della professionalità nelle pubbliche amministrazioni*, in *Giornale dir. lav. e relaz. ind.*, 2004, 1, 142 ss. In giurisprudenza v., almeno, Cass. (ord.), 12.10.2010, n. 21088; Cass., 14.4.2008, n. 9814; Cass., S.U., 26.6.2002, n. 9392, in *Arch. civ.*, 2003, 439 ss. Per

In tutti i casi affrontati dalla giurisprudenza, la materia del contendere è stata, dunque, risolta alla luce dei criteri privatistici⁴³ con esclusione della possibilità di applicazione dei principi pubblicistici come quello, già ricordato, di buon andamento e imparzialità della p.a., e si è ritenuto, di conseguenza, competente il giudice ordinario.

A conferma della bontà della ricostruzione appena proposta, è ora possibile richiamare le previsioni del d.lg. 19.12.2002, n. 297 [«Disposizioni modificative e correttive del decreto legislativo 21 aprile 2000, n. 181, recante norme per agevolare l'incontro tra domanda e offerta di lavoro, in attuazione dell'articolo 45, comma 1, lettera a) della legge 17 maggio 1996, n. 144»]. Il quale stabilisce espressamente che: «I datori di lavoro privati e gli enti pubblici economici, procedono all'assunzione diretta di tutti i lavoratori per qualsiasi tipologia di rapporto di lavoro, salvo l'obbligo di assunzione mediante concorso eventualmente previsto dagli statuti degli enti pubblici economici».

Naturalmente, come intuibile, il discorso cambia radicalmente nel momento in cui sia dettata una disciplina specifica, dalla legge o dallo statuto stesso dell'ente, per l'assunzione, che, per esempio, prescriveva una determinata procedura selettiva e questa venga aggirata. In tal caso infatti, non sarà possibile alcuna eventuale costituzione giudiziale del rapporto al pari di quello che avviene nel caso del rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni⁴⁴. Tale circostanza nell'esperienza degli enti pubblici economici non risultava affatto marginale e trovava la propria ragione d'essere nell'esigenza di garantire il corretto utilizzo delle risorse economiche pubbliche messe a disposizione dall'autorità pubblica.

Va osservato come detta esigenza non sia affatto venuta meno con l'avvento della società per azioni controllata⁴⁵. A maggior ragione in virtù del fatto che queste società, a seguito del declino di formule organizzative diverse, che consentivano un certo controllo da parte dell'autorità pubblica sul tema di cui ci stiamo occupando, sono divenute, proprio per

un approfondimento del tema riguardante il regime giuridico dell'incarico dirigenziale v. ALES, *Contratti di lavoro e pubbliche amministrazioni*, Torino, 2007, 223 ss.

⁴³ Ch. T.A.R. Lazio, 3.1.2008, n. 11.

⁴⁴ Ch. Cass., S.U., 16.4.1984, n. 2437.

⁴⁵ Sul rapporto di lavoro alle dipendenze delle società nascenti dalla privatizzazione degli enti pubblici economici v. AA.VV., *Privatizzazioni e rapporti di lavoro*, in *Quaderni dir. lav. e relaz. ind.*, 1995, 18; D'ANTONA, *Vincoli contrattuali in materia di procedure di assunzione e loro compatibilità con la natura giuridica della società per azioni FS*, in *CONVUS*, *Romei, Sprelli (a cura di), La testimonianza del giurista nell'impresa: scritti in onore di Massimo D'Antona*, Milano, 2001, 263 ss.

l'assenza di tale possibilità di controllo, strumento a gestione clientelare e spesso inefficiente. Ciò avviene, in particolare, nei settori, ancora recenti alla completa liberalizzazione, dei servizi pubblici locali attraverso il proliferare delle società *in house* o, comunque, a prevalente controllo pubblico.

In questo contesto vanno lette le disposizioni dell'art. 18, l. n. 133/2008, in base alle quali sia le società che gestiscono servizi pubblici locali a totale partecipazione pubblica (art. 18, 1° co., l. n. 133/2008), sia le altre a partecipazione pubblica totale o di controllo (art. 18, 2° co., l. n. 133/2008), vengono obbligate a dotarsi, mediante "propri provvedimenti", di criteri e modalità per il reclutamento del personale – oltre che di conferimento degli incarichi – nel primo caso conformi ai principi enunciati nel 3° co. dell'art. 35, d.lg. 30.3.2001, n. 165 in materia di reclutamento del personale nelle pubbliche amministrazioni e, nel secondo, rispettosi dei principi, anche comunitari, di trasparenza, pubblicità e imparzialità.

Inoltre, lo stesso art. 18, al co. 2 *bis* prescrive che «le disposizioni che stabiliscono, a carico delle amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, divieti o limitazioni alle assunzioni di personale si applicano, in relazione al regime previsto per l'amministrazione controllante, anche alle società a partecipazione pubblica locale totale o di controllo che siano titolari di affidamenti diretti di servizi pubblici locali senza gara» e che «le predette società adeguano inoltre le proprie politiche di personale alle disposizioni vigenti per le amministrazioni controllanti in materia di contenimento degli oneri contrattuali e delle altre voci di natura retributiva o indennitaria e per consulenze».

Infine, il 3° co., espressamente prevede che le disposizioni dell'articolo non si applicano alle società quotate su mercati regolamentati e quindi, possiamo aggiungere, alle sole società oggetto di privatizzazione sostanziale.

Con l'art. 18, l. n. 133/2008, dunque, il legislatore «ha inteso introdurre, a carico delle società a partecipazione pubblica totale, vincoli di trasparenza, imparzialità, pubblicità ed economicità che, di regola, l'art. 97 della Costituzione impone per le pp.aa. e gli enti pubblici strettamente intesi; si tratta di vincoli espressi che, nel settore "de quo", mancavano e che ora, attraverso tali disposizioni, obbligano il soggetto giuridico, in sede di reclutamento del personale e di conferimento degli incarichi, ad uniformarsi, attraverso propri provvedimenti, alle procedure di evidenza pubblica».⁴⁶

⁴⁶ T.A.R. Basilicata, 20.4.2011, n. 218, in *Giornale dir. amm.*, 2011, 7, 768 ss.

Per concludere, possiamo dunque osservare che se è vero che i rapporti di lavoro alle dipendenze, tanto dell'ente pubblico economico quanto delle s.p.a. controllate, soggiacciono alla disciplina comune, altrettanto vero è che la circostanza dell'impiego di risorse pubbliche in entrambi gli schemi determina un parziale allontanamento da quella disciplina, suggerendo al legislatore un graduale avvicinamento di tali rapporti alla disciplina del lavoro con le pubbliche amministrazioni, soprattutto per ciò che concerne le procedure di accesso.

Sezione II

Dei collaboratori dell'imprenditore

Art. 2094 – Prestatore di lavoro subordinato

[1] *È prestatore di lavoro subordinato chi si obbliga mediante retribuzione a collaborare nell'impresa, prestando il proprio lavoro intellettuale o manuale alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore.*

commento di Ivana Marimpietri, Nicola De Marinis, Andrea Allamprese, Roberto Voza, Giuseppe Pellacani e Fabrizio Pirelli, Giuseppe Pellacani, Luigi Menghini *

Sommario: I. Il lavoro subordinato. - 1. La subordinazione nel codice civile. - 2. La subordinazione tecnico-funzionale: l'assoggettamento al potere direttivo quale tratto distintivo del tipo legale lavoro subordinato. - 3. La valorizzazione dell'elemento della dipendenza a connotare il tipo legale lavoro subordinato. - 4. Subordinazione e lavoro autonomo continuativo. - 5. Unitarietà del tipo legale lavoro subordinato e pluralità dei modelli regolativi. Cenni. - 6. Il metodo di qualificazione dei contratti di lavoro. - 7. L'onerosità quale elemento essenziale del tipo legale lavoro subordinato. - 8. (Segue). La certificazione del contratto di lavoro. - 9. L'onerosità quale elemento essenziale del tipo legale lavoro subordinato. - 10. La tutela del lavoro oltre la subordinazione. - II. Il contratto di lavoro. - 1. Il lavoro subordinato tra contratto e rapporto. - 1.1. Le origini del contratto di lavoro. - 1.2. La reazione all'originaria

* Ivana Marimpietri è autrice della sez. I; Nicola De Marinis è autore della sez. II; Andrea Allamprese è autore della sez. III; Roberto Voza è autore della sez. IV; Giuseppe Pellacani e Fabrizio Pirelli sono autori della sez. V e della sez. VI; Giuseppe Pellacani è autore della sez. VII e della sez. VIII; Luigi Menghini è autore della sez. IX.