

Quelle difficoltà dei sistemi ibridi nel governo del personale

Impiego pubblico

Cristina Petrucci

Viene da interrogarsi se le conclusioni cui è giunta la Consulta possano in qualche modo avere un impatto nell'ambito delle società a partecipazione pubblica, anche esse soggette a un regime normativo ibrido

Con la recente sentenza in esame, la Corte costituzionale ha dichiarato la non fondatezza della questione di legittimità costituzionale degli articoli 6, comma 2 e 10, comma 6, della legge n. 84/1994 nel testo anteriore alle modifiche apportate dal Dlgs n. 169/2016, sollevata dalla Corte di Cassazione con ordinanza del 9 agosto 2022 n. 24575, nella parte in cui, **con l'espressa esclusione della applicabilità alle Autorità portuali dello statuto del pubblico impiego contrattualizzato**, in violazione della regola del concorso pubblico ai sensi dell'articolo 97, quarto comma, della Costituzione, le sopracitate disposizioni **consentivano ai dipendenti di dette Autorità l'accesso in via automatica ad una qualifica superiore per effetto dell'esercizio delle relative mansioni ai sensi dell'articolo 2103 del codice civile**.

Il Giudice delle leggi perviene a detta conclusione a motivo che la scelta operata dal legislatore di regolare questi rapporti di lavoro secondo **modelli propri del diritto privato** - e la conseguente applicabilità dell'articolo 2103 del codice civile nell'ambito delle **progressioni in carriera** - appare giustificata dal perseguimento del buon andamento e dell'efficienza dell'amministrazione delle Autorità portuali.

Il quadro normativo esistente per le Autorità portuali

Al fine di meglio comprendere il percorso motivazionale seguito dal Giudice costituzionale, nella sentenza in esame viene effettuato un "excursus" sulle vicende normative delle Autorità portuali. In particolare, **la prima disposizione censurata (articolo 6, comma 2, legge n. 84 del 1994)** prevedeva che l'Autorità portuale ha **personalità giuridica di diritto pubblico** ed è dotata di autonomia amministrativa e che a essa non si applicano né le disposizioni di cui alla legge 20 marzo 1975 n. 70 e smi né le disposizioni di cui al decreto legislativo 3 febbraio 1993 n. 29 e smi.

Il successivo articolo 10 al comma 6 prevedeva, altresì, che il rapporto di lavoro del personale delle **Autorità portuali è di diritto privato** ed è disciplinato dalle disposizioni del codice civile libro V - titolo I - capi II e III, titolo II - capo I, e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa. Il suddetto rapporto è regolato da contratti collettivi nazionali di lavoro.

Successivamente, con l'articolo 1 comma 993 della legge n. 296/1996, norma di natura fiscale, le Autorità in esame sono state espressamente definite **enti pubblici non economici**, riconoscimento normativo, questo attestato anche dalla giurisprudenza sia contabile (Corte dei Conti, sezione giurisdizionale Liguria, sentenza n. 92/2017), sia amministrativa (*ex multis*, Consiglio di Stato, n. 5801/2015) sia ordinaria (*ex multis*, Cassazione n. 5673/2022 e da ultimo Cassazione n. 15401/2023). **Le suddette Autorità sono state quindi ricondotte a tutti gli effetti nell'alveo delle pubbliche amministrazioni** indicate dall'articolo 1, comma 2 del Dlgs n. 165/2001 e invero, il successivo Dlgs n. 169/2016 che ha modificato il testo legislativo del 1994 ha accentuato ancora di più questo aspetto delle Autorità di sistema portuale, subentrate alle precedenti Autorità portuali.

In particolare, ai sensi dell'attuale articolo 6, comma 5, **l'Autorità di sistema portuale (cosiddetto Adsp) è un ente pubblico non economico di rilevanza nazionale a ordinamento speciale ed è dotato di autonomia amministrativa, organizzativa, regolamentare, di bilancio e finanziaria.**

Sempre ai sensi della citata disposizione normativa, all' Adsp non si applicano le disposizioni della legge 20 marzo 1975 n. 70, e successive modificazioni, **ma si applicano i principi di cui al titolo I del decreto legislativo 30 marzo 2001 n. 165.** In particolare, sempre nell'articolo 6, comma 5, si prevede che le Adsp adeguano i propri ordinamenti ai predetti principi e adottano, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale dirigenziale e non dirigenziale nel rispetto dei principi di cui all'articolo 35, comma 3, del medesimo decreto legislativo (a tal fine, è necessario, pertanto, che vengano adottati meccanismi oggettivi e trasparenti, idonei a verificare il possesso dei requisiti attitudinali e professionali richiesti in relazione alla posizione da ricoprire; che venga prevista la nomina di una commissione giudicatrice, i cui componenti non facciano parte dell'organo di direzione politica della società; che sia previsto il rispetto delle pari opportunità tra lavoratrici e lavoratori; che vi sia una valutazione comparativa dei candidati con una graduatoria di merito, insomma è necessario che le procedure selettive si conformino ai criteri di cui all'articolo 35, comma 3 del Dlgs n. 165/2001).

I medesimi provvedimenti disciplinano, secondo criteri di trasparenza ed imparzialità, **le procedure di conferimento degli incarichi dirigenziali e di ogni altro incarico.** Pertanto, l'assunzione del personale, dirigenziale e non dirigenziale, delle attuali **Adsp deve avvenire mediante procedure selettive di natura comparativa**, secondo i principi di adeguata pubblicità, imparzialità, oggettività e trasparenza (articolo 6, comma 6).

L'accoglimento di una tesi pan o liberal-privatistica dovrebbe comunque sempre fare i conti con i principi affermati a suo tempo dalla stessa Corte costituzionale nella sentenza n. 466/1993

Le indicazioni della Corte costituzionale

Tuttavia, la Corte costituzionale rileva che l'attrazione delle Autorità in esame nell'ambito delle pubbliche amministrazioni **non abbia determinato affatto l'assoggettamento dei rapporti di lavoro per il relativo personale alla disciplina dell'impiego pubblico**, dal momento che l'attuale articolo 10, comma 6 della legge n. 84/1994 continua a prevedere che «il rapporto di lavoro del personale delle **Autorità di sistema portuale è di diritto privato** ed è disciplinato dalle disposizioni del codice civile libro V - titolo I - capi II e III, titolo II - capo I, e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa. Il suddetto rapporto è regolato da contratti collettivi nazionali di lavoro».

La Corte evidenzia inoltre che il Dlgs n. 169 del 2016 non ha richiamato l'articolo 52 del Dlgs n. 165 del 2001, che - in caso di effettiva prestazione di mansioni proprie della qualifica immediatamente superiore - **riconosce al lavoratore solo il diritto al trattamento economico previsto per la qualifica superiore**, prevedendo la nullità dell'assegnazione del medesimo lavoratore a mansioni proprie di una qualifica superiore non dirigenziale con la conseguenza che, anche all'esito della riforma del 2016, al rapporto di lavoro con le Adsp non si applicherebbe il divieto di cui all'articolo 52 del Dlgs n. 165 del 2001.

Pertanto, da questo assetto normativo, complessivamente configurato dalle disposizioni censurate, discenderebbe secondo i Giudici delle leggi la legittima applicabilità dell'articolo 2103 del codice civile e **il conseguente riconoscimento di una qualifica superiore per effetto dell'assegnazione e dell'esercizio delle relative mansioni.** Infatti, osserva la Corte, «la scelta operata dal legislatore del 1994 di regolare i rapporti di lavoro in esame secondo modelli propri del diritto privato - e la conseguente applicabilità dell'articolo 2103 cod. civ. nell'ambito delle progressioni in carriera - appare giustificata dal perseguimento del buon andamento e dell'efficienza dell'amministrazione delle Autorità portuali, così come istituite e configurate dalla legge n. 84 del 1994. **Prevedere il concorso pubblico ai fini della promozione a una qualifica superiore per lo svolgimento di funzioni e mansioni non dirigenziali**, come sono quelle di cui al giudizio *a quo*, avreb-

be avuto come conseguenza l'eccessivo irrigidimento nella gestione del personale e non avrebbe consentito risposte tempestive alle esigenze operative dei porti».

Diverso è, invece, secondo i Giudici delle leggi, il caso del passaggio nei ruoli dirigenziali presso le suddette Autorità, con riferimento al quale viene invece pacificamente esclusa l'applicabilità dell'articolo 2103 del Cc, in quanto «l'immissione in tali ruoli anche quando consegue **ad una progressione verticale, è equiparabile al reclutamento esterno** e attiene alla fase della costituzione del rapporto di lavoro, retta dai principi fissati dall'articolo 97, quarto comma, Cost. (Corte di cassazione, ordinanza n. 21484 del 2020); ciò che, invece, non può dirsi quanto al passaggio tra mansioni e qualifiche meno elevate, quali quelle impiegatizie oggetto del giudizio a quo (...omissis...) la differenza che si è così determinata rispetto all'inquadramento nelle qualifiche non dirigenziali, riflette una distinzione sostanziale, che discende dalle peculiarità proprie della qualifica dirigenziale, la quale è posta al vertice dell'organizzazione e nel settore pubblico è caratterizzata dalla preposizione ad uffici aventi natura di organi».

La disarmonia tra Corte costituzionale e Corte di cassazione su questo tema è stata confermata anche da ultimo (Cassazione 31 maggio 2023, n. 15401 in cui viene affermato che «alla incontestata natura privatistica dei rapporti di lavoro alle dipendenze delle Autorità portuali, enti pubblici non economici di rilevanza nazionale ad ordinamento speciale, non può farsi conseguire la completa sottrazione dei suddetti rapporti alle regole generali del pubblico impiego contrattualizzato, dovendo, per converso, ad essi applicarsi i principi generali del D. Lgs. n. 165 del 2001 (si pensi alla impossibilità, per esempio, di conversione del rapporto o ancora all'esclusione del riconoscimento del superiore livello di inquadramento in ragione dell'esercizio in fatto di mansioni superiori o ancora al regime delle incompatibilità)»).

Mette ancora in risalto la natura di enti pubblici non economici delle Autorità portuali, Cassazione n. 5673/2022, da cui deriva che al relativo personale si applicano le disposizioni sul contenimento della spesa pubblica, che hanno fissato un tetto al trattamento economico complessivo e al valore del buono pasto o dell'indennità sostitutiva di mensa.

Le analogie con le società a partecipazione pubblica

Tornando al tema affrontato dalla Corte costituzionale (applicazione alle Autorità Portuali della disciplina privatistica di cui all'articolo 2103 del Cc in caso di svolgimento da parte di un dipendente di mansioni non dirigenziali superiori) **la sentenza offre lo spunto per qualche riflessione anche per le società a partecipazione pubblica, dotate anch'esse di un quadro legislativo ibrido.**

E invero, si ricorda, queste, in base a una disposizione normativa analoga a quella dettata per le Autorità portuali e costituita dal Dlgs n. 175/2016 cosiddetto Tusp, da una parte, mantengono ferma **la natura privatistica dei rapporti di lavoro**, che sono sottratti quindi alla disciplina pubblicistica dettata dal Dlgs n. 165/2001, dall'altra, sono destinatarie dei vincoli procedurali imposti alle amministrazioni pubbliche nella fase del reclutamento del personale che trovano la loro giustificazione **nella natura del socio unico o maggioritario e negli interessi collettivi** da quest'ultimo curati, sia pure attraverso il ricorso allo strumento societario (così Corte di Appello di Catania, 12 luglio 2019 n. 780).

In particolare, l'articolo 19, comma 1, Dlgs n. 175/2016 prevede espressamente che ai rapporti di lavoro dei dipendenti delle **società a partecipazione pubblica** si applicano le disposizioni del Capo I, Titolo II, del Libro V del codice civile, e, più in generale, le norme sul rapporto di lavoro subordinato nell'impresa, ivi incluse quelle in materia di ammortizzatori sociali, secondo quanto previsto dalla normativa vigente e dai contratti collettivi.

Tuttavia, lo stesso articolo 19 del Dlgs n. 175/2016 al comma 2, ha imposto un obbligo cogente di espletamento delle procedure selettive per l'assunzione del personale da parte delle società pubbliche – obbligo che

E invero la progressione verticale indiscriminata, senza l'osservanza di una procedura selettiva, potrebbe violare uno dei principi cardine per le società a partecipazione pubblica

Dall'analisi dell'orientamento giurisprudenziale non omogeneo si evince che, allo stato, è ancora incerto il confine tra pubblico e privato nella disciplina dei rapporti di lavoro

costituisce pur sempre attuazione dell'articolo 97 della Costituzione - prevedendo che le società a controllo pubblico stabiliscano, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale nel rispetto dei principi, anche di derivazione europea, di trasparenza, pubblicità e imparzialità e dei principi di cui all'articolo 35, comma 3, del Dlgs n. 165/2001 e prevedendo, altresì, che, in caso di mancata adozione dei suddetti provvedimenti, trova diretta applicazione il suddetto articolo 35, comma 3.

Ai sensi del successivo comma 4 dello stesso articolo 19, l'omesso esperimento delle procedure concorsuali nell'ambito del reclutamento del personale è espressamente sanzionato con la nullità dei contratti di lavoro dalle stesse stipulati.

L'obbligo imposto alle società a partecipazione pubblica di osservare procedure concorsuali/selettive per il reclutamento e l'assunzione del personale, da una parte, e l'applicazione espressa delle norme di diritto privato, dall'altra, ha posto ai giudici, come del resto già avvenuto, problemi di coordinamento tra diritto privato e diritto pubblico. **Per restare in tema di progressioni verticali si sono registrati orientamenti contrapposti tra chi, dalla natura sostanzialmente pubblica del capitale impiegato dalla società controllata**, fa discendere l'applicazione dei medesimi principi validi nel pubblico impiego e quindi la necessità di avviare una procedura selettiva ai sensi dell'articolo 35, comma 3 del Dlgs n. 165/2001 **a pena di nullità**, non potendosi attribuire una qualifica superiore per effetto dello svolgimento di fatto delle corrispondenti mansioni (Tribunale di Roma, sentenza 20 gennaio 2022; Tribunale di Roma, sentenza 20 dicembre 2022; Corte di Appello di Catania, 12 luglio 2019 citato), chi sostiene che, in assenza di una norma speciale **ed in ragione di una diversità sostanziale tra costituzione del rapporto di lavoro e gestione dello stesso**, la disciplina delle mansioni superiori debba essere dettata dall'articolo 2103 c.c., applicabile ai rapporti di diritto privato (Tribunale di Napoli, sentenza 6 dicembre 2022; Cassazione n. 35421/2022) e chi, ancora, sostiene inapplicabile la regola concorsuale alle società in house solo in caso di passaggio del personale ad un superiore livello di inquadramento, ma nell'ambito della medesima area contrattuale (Tribunale di Napoli, 20 dicembre 2019).

Dall'analisi dell'orientamento giurisprudenziale non omogeneo sopra enunciato si evince, dunque, che, allo stato, è ancora incerto il confine tra pubblico e privato nella disciplina dei rapporti di lavoro nelle suddette società.

Viene, tuttavia, da interrogarsi se le conclusioni cui, con riferimento alle Adsp, è pervenuta la Corte Costituzionale - che, dichiarando l'infondatezza della questione di legittimità costituzionale delle norme censurate, **ha ritenuto non irragionevole applicare l'articolo 2103 del Cc al passaggio a qualifica superiore non dirigenziale** - possa in qualche modo avere un impatto anche sulle progressioni verticali nell'ambito delle società a partecipazione pubblica che, come detto, analogamente alle predette Autorità, **sono soggette ad un regime normativo ibrido**, essendo tenute in fase di reclutamento del personale all'osservanza dei principi pubblicistici di cui all'articolo 35, terzo comma del Dlgs n. 165/2001, mentre disciplinano i rapporti di lavoro in base a norme privatistiche. **L'accoglimento di una tesi pan o liberal-privatistica** dovrebbe comunque sempre fare i conti con i principi affermati a suo tempo dalla stessa Corte Costituzionale nella sentenza n. 466/1993, in cui il Giudice delle leggi osservava come «il solo mutamento della veste giuridica dell'ente **non è sufficiente a giustificare la totale eliminazione dei vincoli pubblicistici**, ove la privatizzazione non assuma anche connotati sostanziali, tali da determinare l'uscita delle società derivate dalla sfera della finanza pubblica». **E invero la progressione verticale indiscriminata, senza l'osservanza di una procedura selettiva, potrebbe violare uno dei principi cardine per le società a partecipazione pubblica** ossia quello del contenimento e del controllo delle spese inerenti il personale, indirettamente gravanti sulla finanza pubblica, suggellato nel Dlgs n. 175/2016.