

**SOCIETÀ PUBBLICHE E RAPPORTI DI LAVORO: NULLITÀ DELLE CLAUSOLE
DEI CONTRATTI INDIVIDUALI CONTRARIE A PRINCIPI DI ORDINE PUBBLICO ECONOMICO,
OVVERO QUANDO IL GIUDICE DEL LAVORO SI FA CARICO DELLE ESIGENZE
DI TUTELA DELLE FINANZE PUBBLICHE**

di Harald Bonura e Marco Villani (*)

Abstract: L'equilibrio tra diritto pubblico e privato nella disciplina dei rapporti di lavoro alle dipendenze di società a controllo pubblico, come previsto dall'art. 19 del Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, può cambiare in ragione degli interessi concretamente tutelati. In particolare, le fonti ordinarie del rapporto di lavoro devono comunque tenere conto, a pena di nullità delle relative clausole, dei principi in materia di tutela dell'erario pubblico.

The balance between public and private law in the regulation of contracts of employment with publicly controlled companies, as fixed by the article 19 of the Public Companies Code, may change in view of the interests actually protected. In particular, normal legal sources of employment relationship, in any case, take account of the principles of the protection of the public purse, under penalty of nullity.

Sommario: 1. *Premessa: la questione all'esame del giudice del lavoro.* – 2. *Il rapporto di lavoro alle dipendenze di una società in house e i vincoli di diritto pubblico.* – 3. *Il caso concreto e le soluzioni proposte dal giudice del lavoro.* – 4. *Alcune brevi riflessioni finali.*

1. *Premessa: la questione all'esame del giudice del lavoro*

Una recente sentenza del giudice del lavoro (Tribunale Grosseto, Sez. lavoro, 16 settembre 2020, n. 137) offre lo spunto per alcune riflessioni sistematiche rispetto a un tema – quello della disciplina del rapporto di lavoro alle dipendenze delle società a controllo pubblico – che presenta ancora margini di incertezza, anche in sede giurisprudenziale.

La vicenda prende le mosse dalla pretesa, formulata da un ex-dirigente di una società *in house* (nel frattempo, incorporata in altra società, sempre *in house*), licenziato nel 2014 per giustificato motivo oggettivo, con provvedimento non contestato, di ottenere il pagamento di una somma assai rilevante in applicazione di una clausola fissata dal contratto individuale di lavoro, stipulato nel 2005.

In particolare, il contratto di lavoro stipulato dalla società con il dirigente (a tempo parziale e indeterminato) prevedeva, in ogni caso di risoluzione anticipata dello stesso, il riconoscimento di un'indennità pari a cinque volte la retribuzione annuale, salvo il solo caso di risoluzione “*per fatti dolosi del dirigente*”. Tale indennità andava, poi, ulteriormente incrementata del 50 per cento nel caso in cui la risoluzione fosse intervenuta anteriormente allo spirare del primo quinquennio di durata del rapporto.

In altri termini, la clausola, nella volontà delle parti, avrebbe dovuto trovare applicazione perfino nell'ipotesi di risoluzione per colpa grave del dirigente o, addirittura, per dimissioni volontarie dello stesso. Come sottolineato dal giudice adito, “*anche a fronte di un solo giorno di lavoro, il dipendente potrebbe rivendicare la corresponsione – a mezzo di denaro pubblico – di ben 5 annualità, oltre l'aumento del 50 per cento previsto per il caso di risoluzione prima dei 5 anni*”.

A ciò si deve aggiungere che, sempre nella volontà originaria delle parti, le somme corrisposte a titolo di indennità avrebbero dovuto avere carattere risarcitorio (con ogni conseguenza, anche sul piano del trattamento fiscale) e non retributivo.

A fronte della richiesta del riconoscimento di tale indennità, formulata in sede giudiziale dal dirigente licenziato, la società incorporante (nuova datrice di lavoro) ha, quindi, contestato la pretesa, proponendo anche una nutrita serie di domande riconvenzionali, in larga parte fondate sul presupposto che al dirigente andava applicato non il c.c.n.l. di diritto privato (*Federmanager*) individuato con il contratto individuale di lavoro, bensì il contratto collettivo per il personale dirigente del comparto Regioni e autonomie locali (oggi, Funzioni locali). In ragione di ciò, allo stesso sarebbero state riconosciute illegittimamente voci retributive non previste dalla contrattazione di comparto, da restituire alla società stessa.

Al di là delle complesse e intricate vicende di fatto, delle considerazioni che si potrebbero fare sulla responsabilità e la *performance* di alcuni rami di dirigenza, fino a lambire risvolti di natura etica, per quanto di interesse, il giudice si

(*) H. Bonura è avvocato e docente a contratto di Diritto economico applicato presso la Libera Università di Bolzano/Freie Universität Bozen; M. Villani è consigliere della Corte dei conti.

è trovato ad affrontare una questione centrale e, cioè, se il rapporto di lavoro di un dirigente di una società *in house* sia indifferente rispetto al diritto pubblico, rimanendo interamente disciplinato dalle fonti tradizionali – formali e informali (1) – del diritto privato (norme di legge, clausole del contratto collettivo e clausole del contratto individuale), ovvero se, ed entro che limiti, possano o debbano trovare spazio principi o norme di diritto pubblico o, più precisamente, di finanza pubblica o, ancora, come invocato dal giudice di Grosseto, di “ordine pubblico economico”.

2. Il rapporto di lavoro alle dipendenze di una società *in house* e i vincoli di diritto pubblico

Come è noto, nel corso degli ultimi anni, la disciplina delle società a partecipazione pubblica è stata oggetto di alluvionali interventi legislativi, con il risultato che più che la tanto temuta “privatizzazione del diritto amministrativo”, si è verificata, quantomeno *in parte qua*, una sorta di “pubblicizzazione del diritto privato” (2). La “contaminazione pubblicistica” della disciplina delle società a partecipazione pubblica ha diverse ragioni: (i) la scelta delle pubbliche amministrazioni di ricorrere allo strumento societario oltretutto per la trasformazione di enti pubblici (funzionale ai programmi di privatizzazione sostanziale o di liberalizzazione di settori economici) e per la produzione di servizi di interesse generale o di beni e servizi strumentali, anche per l’esercizio di funzioni (dando luogo all’ibrido di un’organizzazione di impresa preordinata non alla produzione o allo scambio di beni e servizi, ma alla gestione di una funzione amministrativa); (ii) la necessità di contrastare i sempre più frequenti casi di “fuga dal pubblico” e, cioè, di ricorso allo strumento societario per eludere i vincoli pubblicistici in materia di assunzioni, di selezione dei contraenti, di contenimento della spesa gravanti sulle amministrazioni stesse; (iii) il tentativo di trovare rimedio all’incapacità delle pubbliche amministrazioni di esercitare efficacemente le proprie funzioni regolatorie (sia nella veste di socio, che in quella di committente, spesso unico), confidando nella maggiore dimisticchezza delle stesse con i tradizionali modelli gerarchici; (iv) la crescente affermazione, nella giurisprudenza, di tesi “sostanzialistiche”, volte a “neutralizzare” la forma giuridica degli enti in favore di un apprezzamento degli aspetti sostanziali. Ciò ha dato vita, con il contributo decisivo di una cattiva legislazione, a un’intricata tela in cui aspetti pubblicistici e privatistici si sono confusi e affastellati in una trama pressoché impossibile da dipanare (3).

Un deciso cambio di prospettiva è stato introdotto attraverso il Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica (d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175), fondato sul criterio ermeneutico generale (4) per cui alle società a partecipazione pubblica si applicano le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali di diritto privato, salve le deroghe espressamente previste dallo stesso testo unico (art. 1, c. 3). Si tratta di un criterio esplicativo dell’ispirazione di fondo dell’intervento legislativo, mirato a ridurre la specialità della disciplina delle società pubbliche, trasferendo il più possibile i vincoli di matrice pubblicistica sul socio-amministrazione, in una delicata operazione di scomposizione e ricomposizione del rapporto tra diritto pubblico e diritto privato (5) in relazione alla decisione, assunta da una pubblica amministrazione, di costituire una società di capitali ovvero acquistare o detenere una partecipazione nella stessa (6).

(1) Così, A. Vallebona, *Breviario di diritto del lavoro*, Torino, Giappichelli, 2015, 9^a ed., 19.

(2) G. Fontana, *Il rapporto di lavoro nelle società pubbliche. Problemi applicativi e riforme legislative*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2014, 707; il quale, a sua volta, rinvia a L. Torchia (a cura di), *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna, il Mulino, 2009, 37.

(3) H. Bonura, *La sfida di una partecipazione unitaria per le società a partecipazione pubblica*, in H. Bonura, A. Rughetti (a cura di), *L’impresa pubblica in Italia e i servizi per i cittadini*, Milano, Angeli, 2017, 20.

(4) Così, già Cass. civ., S.U., ord. 23 gennaio 2015, n. 1237, sulla precedente, pressoché identica norma di cui all’art. 4, c. 13, d.l. 6 luglio 2012, n. 95, convertito con modificazioni dalla l. 7 agosto 2012, n. 135.

(5) Nella sterminata letteratura sul tema, per economia, sia consentito, in questa sede, citare solo, per tutti, C. Ibba, *Diritto comune e diritto speciale nella disciplina delle società pubbliche*, in *Giur. comm.*, 2018, I, 958; G. Rossi, *Le società partecipate fra diritto privato e diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 2017, 31 ss.

(6) Sul punto, H. Bonura, *Le partecipazioni pubbliche*, in B.G. Mattarella, E. D’Alterio (a cura di), *La riforma della pubblica amministrazione*, Milano, Il Sole 24 ore, 2017, 345; H. Bonura, G. Fonderico, *Amministrazioni pubbliche, società di capitali e libertà d’iniziativa economica*, in *Giur. comm.*, 2019, I, 985; H. Bonura, G. Fonderico, *Brevi note su società pubbliche e libertà d’iniziativa economica delle pubbliche amministrazioni a due anni dall’entrata in vigore del Testo unico*, in V. Cerulli Irelli, M. Libertini (a cura di), *Iniziativa economica pubblica e società partecipate*, Milano, Egea, 2019, 81; H. Bonura, G. Fonderico, *Il Testo unico sulle società a partecipazione pubblica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 722; F. Caringella, F.M. Ciaralli, D. Bottega, *Codice ragionato delle società pubbliche*, Roma, Dike, 2018, 6 ss.; F. Cintioli, F. Massa Felsani, *Le società a partecipazione pubblica tra diritto dell’impresa e diritto dell’amministrazione. Una riflessione di apertura*, in F. Cintioli, F. Massa Felsani (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica tra diritto dell’impresa e diritto dell’amministrazione*, Bologna, il Mulino, 2017, 7; M. Clarich, *Continuità e discontinuità nella nuova disciplina delle società a partecipazione pubblica*, in F. Capriglione (a cura di), *Liber amicorum Guido Alpa*, Milano-Padova, Wolters Kluwer-Cedam, 2019, 235; A. Di Nunzio, E. De Carlo, *Il decreto legislativo sulle società a partecipazione pubblica*, in M. Meschino, A. Lalli (a cura di), *Le società partecipate dopo la Riforma Madia*, Roma, Dike, 2016, 32; C. Ibba, *Introduzione*, in C. Ibba, I. Demuro (diretto da), *Le società a partecipazione pubblica. Commentario tematico ai d.lgs. 175/2016 e 100/2017*, Bologna, Zanichelli, 2018, 1; B.G. Mattarella, *Il riordino delle società a partecipazione pubblica*, in R. Garofoli, A. Zoppini, *Manuale delle società a partecipazione pubblica*, Molfetta, Neldiritto, 3; G. Morbidelli, *Introduzione*, in G. Morbidelli (a cura di), *Codice delle società a partecipazione pubblica*, Milano, Giuffrè, 2018; G. Piperata, *La partecipazione delle pubbliche amministrazioni a società di capitali nel nuovo disegno di riforma: modelli, procedure e limiti*, in F. Cerioni (a cura di), *Le società pubbliche nel Testo unico*, Milano, Giuffrè, 2017, 1.

Tra i punti più delicati di tale controverso rapporto, vi è senz'altro la disciplina dei rapporti di lavoro alle dipendenze delle società pubbliche. A partire dal 2007 (7), infatti, si è assistito a una produzione normativa, disordinata e affastellatasi nel tempo, con la quale il legislatore ha introdotto, in capo ad alcune tipologie di società a partecipazione pubblica, vincoli, di matrice pubblicistica, specialmente in materia di assunzioni di personale e di tetti alle retribuzioni. Interventi disorganici dettati da tentativi episodici di fornire risposte al moltiplicarsi di deficit aziendali, accompagnati da politiche assunzionali talora scellerate e che rispondevano a esigenze "altre" rispetto alla produzione del servizio di interesse pubblico. L'effetto di tale confusa legislazione è la generazione di quello che è stato definito un *effetto alone* (8) destinato a provocare il convincimento di un automatismo in forza del quale i principi e le norme dettate dal d.lgs. n. 165/2001 per il lavoro pubblico "privatizzato" (o "contrattualizzato") dovessero trovare applicazione estensiva anche ai lavoratori delle società in partecipazione pubblica (o, quantomeno, di alcune di esse). Una sorta di ombrello "vocazionale" pubblico sotto al quale calare ogni motivazione, al contempo, di efficientamento e di regola morale.

L'art. 19 del Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica – in coerenza con il criterio generale già visto – precisa, invece, che, salve le deroghe previste dallo stesso t.u., ai rapporti di lavoro dei dipendenti delle società a controllo pubblico si applicano le disposizioni del capo I, titolo II, del libro V del codice civile, e delle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, ivi incluse quelle in materia di ammortizzatori sociali, secondo quanto previsto dalla normativa vigente e dai contratti collettivi.

In buona sostanza, una volta insorto, il rapporto di lavoro alle dipendenze di una società a controllo pubblico (ma, a maggior ragione, di una società a partecipazione pubblica (9)) è disciplinato dalle comuni fonti del lavoro subordinato nell'impresa.

In linea generale, quindi, la "deroga" rispetto alla disciplina privatistica riguarda le sole società a controllo pubblico e si colloca in una fase anteriore a quella di formazione del rapporto e, precisamente, in quella di individuazione del contraente-dipendente. Nello specifico, l'art. 19 prevede tre distinti blocchi di obblighi-deroghe:

1) il primo è posto in capo alle pubbliche amministrazioni socie (troppo assenti, in passato, nei momenti di programmazione e indirizzo) che sono tenute a fissare, con propri provvedimenti, obiettivi specifici, annuali e pluriennali, sul complesso delle spese di funzionamento, ivi comprese quelle per il personale, delle società controllate. Gli obiettivi devono essere elaborati e assegnati tenendo conto sia delle eventuali disposizioni che stabiliscono, a carico delle amministrazioni stesse, divieti o limitazioni alle assunzioni, che del settore in cui la singola società interessata opera. Le società a controllo pubblico, pertanto, non sono libere di determinare autonomamente i propri livelli e obiettivi di spesa (in funzione dei ricavi attesi), ma devono sottostare alla programmazione effettuata, all'esterno degli organi sociali, dalle proprie amministrazioni-socie, sia pure – si presume – con modalità che, a loro volta, tengano conto dei piani di sviluppo societari;

2) il secondo prevede un'obbligazione di mezzi in capo alle società a controllo pubblico, che sono tenute a garantire "il perseguimento degli obiettivi" assegnati dalle pubbliche amministrazioni socie tramite propri provvedimenti da recepire, altresì, ove possibile, nel caso del contenimento degli oneri contrattuali, in sede di contrattazione di secondo livello (è utile ricordare che il testo unico è stato redatto durante un periodo di grande – doverosa – attenzione alle politiche di contenimento dei costi pubblici);

3) il terzo impone alle società a controllo pubblico di stabilire, 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'art. 35, c. 3, del d.lgs. n. 165/2001. Si tratta dello scostamento più significativo rispetto al modello privatistico, dal momento che trasferisce sulle società a controllo pubblico un modello di reclutamento – ispirato dall'art. 97 della Costituzione – fondato su principi e criteri di derivazione pubblicistica. Nonostante ciò, tuttavia, l'art. 19 – aderendo a un consolidato filone giurisprudenziale (10) – precisa che "*resta ferma la giurisdizione ordinaria sulla validità dei provvedimenti e delle procedure di reclutamento del personale*". Va anche precisato che, per il c. 4 dell'art. 19, salvo quanto previsto dall'art. 2126 del codice civile, i contratti di lavoro stipulati in assenza dei

(7) Per parte della dottrina, nella relazione tra rapporto di lavoro e società a partecipazione pubblica sarebbe possibile rinvenire addirittura "quattro stagioni": la prima precedente il giugno 2008; la seconda aperta dal d.l. 25 giugno 2008, n. 112; la terza relativa alle modifiche apportate a tale decreto nel biennio 2013-2014; la quarta, e ultima, caratterizzata dal Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica (F. Carinci, *Rapporto di lavoro e società a partecipazione pubblica: l'evoluzione legislativa*, in *Lav. dir. Europa*, 2018, fasc. 2, 2).

(8) A. Maresca, *Il lavoro alle dipendenze delle società a controllo pubblico*, in <www.federalismi.it>, 7 settembre 2018. In senso conforme, A. Gambardella, *Le fonti*, in A. Maresca, R. Romei (a cura di), *Il rapporto di lavoro nelle società a controllo pubblico*, Milano, Giuffrè, 2019, 42.

(9) Come è noto, ai sensi della lett. n) del c. 1 dell'art. 2 del Tusp sono società a partecipazione pubblica "*le società a controllo pubblico, nonché le altre società partecipate direttamente da amministrazioni pubbliche o da società a controllo pubblico*"; mentre, ai sensi della lett. m), sono a controllo pubblico "*le società in cui una o più amministrazioni pubbliche esercitano poteri di controllo*" ai sensi dell'art. 2359 c.c. ovvero, per effetto norme di legge o statutarie o di patti parasociali, adottano le decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all'attività, mediante il consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo.

(10) V., in particolare, Cass. civ., S.U., 22 dicembre 2011, n. 28330, per cui "*l'obbligo di adottare i detti 'criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi' si inserisce pur sempre nell'agire (iure privatorum) della società, senza comportare esercizi di pubbliche potestà e senza incidere sulla giurisdizione*"; in termini, già anteriormente, Tar Lazio, Roma, Sez. II, 14 giugno 2011, n. 5266; Cass. civ., S.U., 29 aprile 2008, n. 10818. *Contra*, Tar Basilicata 20 aprile 2011, n. 218.

provvedimenti o delle procedure imposti dal c. 2 sono nulli. La giurisprudenza ha, però, precisato che va esclusa la portata innovativa di tale norma che ha solo reso esplicita una conseguenza già desumibile dai principi generali in tema di nullità virtuali: “*se il legislatore vieta, in determinate circostanze, di stipulare il contratto e, nondimeno, il contratto viene stipulato, è la sua stessa esistenza a porsi in contrasto con la norma imperativa; e non par dubbio che ne discenda la nullità dell’atto per ragioni – se così può dirsi – ancor più radicali di quelle dipendenti dalla contrarietà a norma imperativa del contenuto dell’atto medesimo*” (11).

L’articolo 19 del t.u., tuttavia, non esaurisce interamente il rapporto tra regola (applicazione delle fonti del lavoro subordinato nell’impresa) ed eccezioni (vincoli pubblicistici nella programmazione e nelle modalità delle assunzioni), all’interno di una struttura bifasica in cui i vincoli pubblicistici sono collocati nella fase anteriore alla formazione del rapporto e le fonti di diritto privato operano, invece, nella gestione dello stesso nel rispetto della considerazione fattuale che sempre di soggetti chiamati a lavorare in un comparto alimentato da risorse pubbliche.

Altre parti del Testo, infatti, contengono deroghe di altra natura.

Per quanto d’interesse, l’art. 11 interviene proprio sul contratto di lavoro alle dipendenze delle società a controllo pubblico, stabilendo che:

1) il trattamento economico dei dirigenti e dei dipendenti di tali società sia fissato – mediante decreto del Ministero dell’economia e delle finanze – in ragione dei limiti determinati per fasce di classificazione delle società, entro quello massimo di 240.000,00 euro;

2) i dipendenti delle società controllanti che siano nominati amministratori di società controllate, “*in virtù del principio di onnicomprensività della retribuzione, fatto salvo il diritto alla copertura assicurativa e al rimborso delle spese documentate*” hanno l’obbligo di riversare alla società di appartenenza i compensi percepiti per la carica amministrativa (c. 8);

3) coloro che hanno un rapporto di lavoro con società a controllo pubblico e che sono al tempo stesso componenti degli organi di amministrazione della società con cui è instaurato il rapporto di lavoro, sono collocati in aspettativa non retribuita e con sospensione della loro iscrizione ai competenti istituti di previdenza e di assistenza, salvo che rinuncino ai compensi dovuti a qualunque titolo agli amministratori (c. 12);

4) è fatto divieto di corrispondere, ai dirigenti delle società a controllo pubblico, indennità o trattamenti di fine mandato diversi o ulteriori rispetto a quelli previsti dalla legge o dalla contrattazione collettiva ovvero di stipulare patti o accordi di non concorrenza, anche ai sensi dell’art. 2125 c.c. (c. 10).

L’art. 11 del t.u. contiene, quindi, un complesso di norme che – pur non smentendo l’assetto generale configurato dall’art. 19 (che, si ripete, nel fissare la prevalenza della disciplina “privatistica” in materia di gestione dei rapporti di lavoro, contiene un rinvio espresso alle deroghe previste dal Testo) – incidono significativamente sul rapporto di lavoro dei dipendenti delle società in controllo pubblico e, nello specifico, sull’autonomia negoziale privata in materia retributiva.

Il riferimento solo incidentale a istituti tipici del rapporto alle dipendenze della pubblica amministrazione – come quello dell’onnicomprendività della retribuzione (12) –, peraltro, rischia di provocare la persistenza dell’*effetto alone* ovvero la percezione di una sostanziale sovrapposibilità di alcuni principi del lavoro “pubblico” (specie se collegati al tema della spesa pubblica, sia in ragione degli obiettivi di contenimento, che di razionalizzazione, se non moralizzazione (13) nel suo uso) al lavoro nelle “società pubbliche”, con un effetto “distonico” per cui, mentre il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni dovrebbe essere sempre più attratto nella sfera “ordinaria”, quello alle dipendenze delle società a controllo pubblico continuerebbe a vivere una spinta (quantomeno ermeneutica) opposta.

(11) App. Catania 12 luglio 2019, n. 780, e Cass. civ., Sez. lav., 14 febbraio 2018, n. 3261, che richiamano, sul punto, Cass. civ., S.U., 19 dicembre 2007, n. 26724.

(12) “*Nel pubblico impiego privatizzato vige il principio di onnicomprensività della retribuzione dirigenziale, in virtù del quale il trattamento economico remunera tutte le funzioni e i compiti attribuiti secondo il contratto individuale o collettivo nonché qualsiasi incarico conferito dall’amministrazione di appartenenza o su designazione della stessa o che sia riconducibile a funzioni e poteri connessi all’ufficio ricoperto*” (Cass. civ., Sez. lav., 10 dicembre 2019, n. 32664); per cui “*Il principio di onnicomprensività della retribuzione, affermato del d.lgs. n. 165 del 2001, art. 24, comma 3 e art. 27, comma 1, [...], opera inderogabilmente in tutti i casi in cui l’attività svolta sia riconducibile a funzioni e poteri connessi all’ufficio ricoperto, ed a mansioni cui il dirigente è obbligato rientrando nei normali compiti di servizio, salvi i soli incarichi retribuiti a titolo professionale dall’Amministrazione sulla base di una norma espressa che gliene attribuisca il potere, sempre che ciò non costituisca comunque espletamento di compiti di istituto*” (Cass. civ., Sez. lav., 23 giugno 2020, n. 12371). Da qui anche la configurabilità del reato di abuso d’ufficio a carico del soggetto che abbia attribuito al dirigente pubblico somme di denaro ulteriori rispetto alla retribuzione concordata nei contratti collettivi (Cass. pen., Sez. V, 4 aprile 2018, n. 33843).

Nel settore privato, invece, il principio di onnicomprensività della retribuzione ha un diverso significato, costituendo un criterio utile a determinare gli elementi retributivi da prendere a base di calcolo per il riconoscimento di altri istituti (ad es., il Tfr; *ex pluribus*, Cass. civ., Sez. lav., 24 ottobre 2012, n. 18207) ovvero per determinare la conformità della retribuzione ai requisiti costituzionali di proporzionalità e sufficienza della stessa (Tar Trentino-Alto Adige, Trento, 11 marzo 2016, n. 139).

(13) G. Urbano, *Le società a partecipazione pubblica tra tutela della concorrenza, moralizzazione e amministrativizzazione*, in <www.amministrazioneincammino.luiss.it>, 24 maggio 2012.

3. *Il caso concreto e le soluzioni proposte dal giudice del lavoro*

L'esame della vicenda sottoposta al vaglio del giudice ordinario, tuttavia, consente di comprendere (almeno, sul piano sostanziale) le ragioni sottese alle spinte "pubblicistiche" (o di "moralizzazione"). Come detto, infatti, il giudice si è trovato a valutare la legittimità di una clausola – concordata tra le parti – di contenuto "originale" perfino nello stesso settore privato, dal momento che era destinata a riconoscere al dirigente un'indennità (a titolo "risarcitorio"), pari a 5 annualità di retribuzione, per ogni caso di risoluzione del rapporto di lavoro, salvo che nell'ipotesi di fatti "dolosi" del dipendente. Si tratta, con ogni evidenza, di una clausola di particolare favore per il dirigente (il che, di per sé, non è deprecabile), ma difficilmente comprensibile (ragionevole) nella sua estensione, dal momento che esponeva il datore di lavoro a un obbligo di "risarcimento" anche in presenza di atti di volontà (ad esempio, dimissioni o comportamenti gravemente colposi) del dipendente e in relazione a un rapporto, quello dirigenziale, caratterizzato, per definizione, da una maggiore "instabilità" rispetto a quello degli altri lavoratori subordinati (14). Una sorta di patto leonino caratterizzato, peraltro, dall'aleatorietà delle incombenze, di cui non può sfuggire la responsabilità diretta – presumibilmente anche nei confronti dell'erario – di coloro che lo hanno sottoscritto.

Si tenga conto, peraltro, che – nel caso di specie – il c.c.n.l. (Federmanager 2004 (15)) richiamato dal contratto individuale e applicabile al rapporto dirigenziale prevedeva, secondo lo schema tipico vigente nel settore privato per tali tipi di rapporti, un'indennità supplementare rispetto alle ordinarie spettanze di fine rapporto per il solo caso di "ingiustificatezza" della risoluzione disposta da parte datoriale, all'esito di una procedura di conciliazione affidata a un collegio arbitrale e per un massimo di non più di 29 mensilità (a fronte delle 60 previste in misura fissa dal contratto individuale, anche in caso di licenziamento giustificato e senza procedimentalizzazione funzionale a una possibile graduazione della misura dell'indennità).

Al di là della particolare "ampiezza" del contenuto della clausola contrattuale si ricadeva, dunque, nella fattispecie oggetto dell'esaminata ipotesi di divieto di cui al c. 10 dell'art. 11 del Testo unico in materia di società a partecipazione unica, trattandosi di indennità diversa o ulteriore rispetto a quelle previste dalla legge o dal c.c.n.l. per l'ipotesi di risoluzione del rapporto. Il relativo divieto è stato correttamente ritenuto applicabile, dalla dottrina, anche nel caso di indennità concordate prima dell'entrata in vigore della norma, dal momento che il legislatore, vietando di "corrispondere" le "indennità", prescinde dal momento in cui le stesse sono state concordate (16).

Il giudice, tuttavia, si è trovato di fronte a un caso in cui la domanda giudiziale (e, quindi, l'insorgenza dell'eventuale diritto alla corresponsione) era stata formulata in data anteriore rispetto a quella di entrata in vigore del testo unico, con conseguente controvertibilità dell'applicazione del divieto ivi previsto. Per dirla diversamente, in questo caso, a venire in rilievo non era il rapporto tra il tempo di adozione della clausola e quello del suo materiale azionamento; più precisamente, infatti, la questione riguardava il fatto che il diritto alla corresponsione dell'indennità fosse sorto per effetto del licenziamento e della conseguente domanda, intervenuti anteriormente all'entrata in vigore del divieto di corresponsione.

Ciò non ha condotto, tuttavia, al riconoscimento delle somme, attraverso la valorizzazione dei consolidati principi in materia di prevalenza dell'autonomia negoziale privata, quando *in melius* per il lavoratore.

Al contrario, il giudice ha dichiarato comunque illegittima la previsione del contratto individuale, sulla base del principio in forza del quale "*se è vero che il legislatore – da ultimo, con il citato t.u. in materia di società a partecipazione pubblica – ha inteso affidare a principi e istituti di diritto privato la regolamentazione dei rapporti di lavoro con i dipendenti delle partecipate, è altrettanto vero che la presenza pubblica continua a condizionare e valorizzare le esigenze di tutela delle finanze collettive, attraverso l'avallo di principi preesistenti a presidio dei quali sono dettate norme di carattere imperativo, immediatamente cogenti. Non può consentirsi, infatti, neppure nel caso si tratti di società partecipate, che la forma privata della regolamentazione del rapporto di lavoro travalichi principi a tutela del contenimento della spesa per la corretta gestione delle casse pubbliche, se non – in ipotesi – nei casi espressamente previsti da leggi o fonti comunque generali*".

Da qui, la conclusione per cui la clausola attributiva del diritto all'indennità sarebbe nulla, ai sensi dell'art. 1418, c. 1, c.c., non perché lesiva del divieto introdotto dall'art. 11, c. 10, del Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, ma perché "*in contrasto con principi generali di ordine pubblico economico*" e, nello specifico, con gli interessi generali tutelati dal principio di onnicomprensività del trattamento economico dei dirigenti pubblici, di cui all'art. 24, c. 3, del d.lgs. n. 165/2001.

4. *Alcune brevi riflessioni finali*

Per il giudice del lavoro di Grosseto, dunque, il principio di onnicomprensività del trattamento economico del personale alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni rappresenterebbe un principio fondamentale posto a presidio di esigenze superiori di tutela e controllo della spesa pubblica, in quanto tale estendibile a tutti i casi – come quello di

(14) Al punto da potersi arrivare a ipotizzare – in alternativa alle conclusioni raggiunte dal giudice, e di cui si dirà – una possibile nullità della clausola contrattuale per assenza di causa.

(15) Si tratta, peraltro, di un c.c.n.l. più favorevole, almeno sul punto, rispetto a quello che sarebbe stato più "omogeneo" alla società *in house* e, cioè, il c.c.n.l. Dirigenti Confservizi 2004.

(16) A. Maresca, *Il lavoro alle dipendenze delle società a controllo pubblico*, cit., 27.

una società *in house*, affidataria diretta di contratti pubblici, finanziati con risorse pubbliche, e stabilmente inserita nella stessa organizzazione amministrativa – in cui la natura delle risorse amministrative dovrebbe prevalere su quella del soggetto agente. Il criterio discrezionale, dunque, ai fini del rinvenimento della disciplina da applicare, tornerebbe a essere quello della natura pubblica delle risorse gestite.

Si tratta di una conclusione che riecheggia quella giurisprudenza contabile che, nell'affrontare il tema del possibile danno erariale provocato dal riconoscimento di alcuni superminimi a dipendenti di una società *in house*, ha equiparato tale tipo societario al datore di lavoro pubblico, concludendo che *“In altri termini, mentre il datore di lavoro privato ha l’obbligo di erogare la retribuzione tabellare, fermo restando la libera facoltà di elargire aumenti salariali o gratifiche retributive anche una tantum, quello pubblico, proprio perché gestisce risorse non di sua pertinenza, ha l’obbligo di attenersi scrupolosamente al rispetto della normativa di settore, non potendo procedere al di fuori delle previsioni contrattuali”* (Corte conti, Sez. app. reg. Siciliana, 4 settembre 2018, n. 188).

La questione è delicata, perché, posta in questi termini, rischia di estendersi ben al di là della ricerca di una soluzione a un problema di diritto transitorio ed è destinata a incrociare il tema del carattere neutrale o meno della forma giuridica dell’ente datore di lavoro. Come è noto, infatti, il sistema del lavoro pubblico “contrattualizzato” e “non contrattualizzato” ha una sua compiutezza e non può trovare applicazione “a spicchi” o per “estrazione” di principi e parti disciplinari.

È altrettanto vero, tuttavia, che alcune delle esigenze che continuano a giustificare la specialità del lavoro pubblico (contrattualizzato e non) sono rinvenibili anche in relazione alle società in controllo pubblico e, specialmente, a quelle c.d. “*in house*” (17). Così come rischierebbero di apparire illogiche soluzioni ermeneutiche che non consentano di prevenire (attraverso un’attenta valutazione della eventuale invalidità-nullità delle stesse clausole contrattuali) la formazione di eventi (quale, appunto, il riconoscimento o la materiale corresponsione di indennità non dovute) che darebbero luogo a danno erariale alla luce delle responsabilità oggi chiaramente delineate, per gli amministratori delle società *in house*, dall’art. 12 del d.lgs. n. 175/2016.

Il punto di equilibrio, allora, potrebbe essere proprio rappresentato dagli assetti delineati dal Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, che ha selezionato le esigenze di carattere pubblico che giustificano una deroga alla disciplina altrimenti rimessa alle ordinarie fonti del lavoro subordinato nell’impresa. Compito del legislatore sarebbe quello di “monitorare” attentamente eventuali esigenze di ampliamento o restringimento dell’area delle deroghe; compito dell’operatore (amministratori soci o amministratori sociali) quello di dare una corretta e intelligente applicazione dei vigenti assetti normativi (ad esempio, limitare l’autonomia negoziale privata entro i limiti delle previsioni legali o della contrattazione collettiva, anche di livello aziendale, non impedisce di agire, su quest’ultimo versante, in modo ragionevole e prudente).

Non manca l’eco di un richiamo forte ai doveri di vigilanza e controllo in capo al socio pubblico, troppe volte carente o distratto nell’esercizio di tali compiti e – almeno apparentemente – ingenuo davanti alle proprie responsabilità di fronte alle molteplici forme di possibile impiego o spreco di denaro pubblico.

Il tutto nella consapevolezza che il confine tra diritto privato e diritto pubblico nella gestione dei rapporti di lavoro alle dipendenze di società a controllo pubblico è probabilmente destinato a rimanere “mobile” ancora a lungo, spettando al magistrato, specie, ma abbiamo visto, non solo, contabile, evitare che ciò accada in danno della collettività nazionale che è sottesa dietro la dizione “erario pubblico”.

* * *

(17) V., ad esempio, le conclusioni del giudice di legittimità sulla necessaria estensione, alle società a controllo pubblico, anche dopo il d.lgs. n. 175/2016, del divieto di conversione in rapporto a tempo indeterminato del contratto a termine affetto da nullità (Cass. civ., Sez. lav., 7 febbraio 2019, n. 3662).

RIVISTA DELLA CORTE DEI CONTI



CORTE DEI CONTI

Rivista della Corte dei conti - www.rivistacorteconti.it
Anno LXXIII - n. 5 - Settembre-Ottobre 2020

IN QUESTO FASCICOLO:

- › *Prima lettura del d.l. n. 76/2020 tra formante legislativo e interpretazione costituzionalmente orientata*
- › *Società pubbliche e rapporti di lavoro: quando il giudice del lavoro si fa carico delle esigenze di tutela delle finanze pubbliche*
- › *Sindacato del giudice ordinario e partecipazioni detenute da ente pubblico*
- › *La governance della crisi d'impresa: le "società pubbliche"*
- › *Giurisdizione della Corte dei conti in tema di imposta di soggiorno dopo le recenti modifiche del d.l. n. 34/2020 (c.d. "decreto rilancio")*
- › *Giurisdizione contabile in materia di concessione del servizio di riscossione*
- › *La responsabilità civile diretta del funzionario o amministratore di Ente locale, per debiti fuori bilancio, nella prospettiva di un'adeguata tutela del fornitore privato della P. A.*
- › *Pensioni: ricongiunzione, totalizzazione, cumulo*
- › *La responsabilità dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato per comunicati stampa lesivi della reputazione e della professionalità degli operatori commerciali*

5



Direttore responsabile: Tommaso Miele

Coordinatori

Area giurisdizione: Daniela Morgante

Area controllo: Paola Cosa, Andrea Luberti

Comitato scientifico

Alberto Avoli – Luigi Balestra – Francesco Capalbo – Vincenzo Caputi Jambrenghi – Beniamino Caravita di Toritto – Vincenzo Cerulli Irelli – Gabriele Fava – Francesco Fimmanò – Franco Gallo – Margherita Interlandi – Amedeo Lepore – Massimo Luciani – Francesco Saverio Marini – Bernardo Giorgio Mattarella – Fulvio Pastore – Antonio Pedone – Aristide Police – Stefano Pozzoli – Giuseppe Recinto – Aldo Sandulli – Maria Alessandra Sandulli – Raffaele Trequattrini – Antonio Felice Uricchio.

Redazione: Ernesto Capasso

Editing: coordinamento Anna Rita Bracci Cambini

Giulia Borgia – Maria Ciani – Agnese Colelli – Roberto Compagnucci – Stefano De Filippis – Eleonora Di Fortunato – Valeria Gallo – Lucia Pascucci – Paola Pellecchia.

Hanno collaborato alla redazione di questo fascicolo:

Paola Avallone; Alessandro Benigni; Harald Bonura; Francesco Antonino Cancilla; Ilaria Annamaria Chesta; Anna-paola Coletta; Gerardo Cringoli; Stanislao De Matteis; Alessandro Francesco Di Sciascio; Maria Teresa D’Urso; Emilio Fabbiani; Jacopo Fronticelli Baldelli; Enrico Marinaro; Carlo Efisio Marrè Brunenghi; Eleonora Marzano; Lucio Murgolo; Giovanni Natali; Anna Peta; Andrea Pomella; Angelo Maria Quaglini; Ciro Santoriello; Marco Vilani; Ana Laura Viveros.

La pubblicazione dei contributi proposti alla redazione della Rivista è sottoposta ad una procedura di *peer review* che garantisce il doppio anonimato (*double blind*), dell’autore e del valutatore.

La Rivista della Corte dei conti è a cura del Servizio Massimario e Rivista

La rivista è consultabile anche in:
www.rivistacorteconti.it

RIVISTA
DELLA
CORTE DEI CONTI

Rivista della Corte dei conti
Anno LXXIII - n. 5
Settembre-Ottobre 2020

Pubblicazione bimestrale
di servizio

Direttore responsabile
Tommaso Miele

SOMMARIO

Editoriale

Guido Carlino

Dottrina

- Alessandro Benigni, *Prima lettura del d.l. n. 76/2020 tra formante legislativo e interpretazione costituzionalmente orientata* 1
- Harald Bonura, Marco Villani, *Società pubbliche e rapporti di lavoro: nullità delle clausole dei contratti individuali contrarie a principi di ordine pubblico economico, ovvero quando il giudice del lavoro si fa carico delle esigenze di tutela delle finanze pubbliche* 7
- Stanislao De Matteis, *La governance della crisi d'impresa: le "società pubbliche". Prime riflessioni a margine del Codice della crisi e dell'insolvenza e del Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica* 13
- Ciro Santoriello, *Riflessioni su responsabilità penale degli amministratori e dirigenti delle società a partecipazione pubblica* 40
- Maria Teresa D'Urso, *Giurisdizione della Corte dei conti in tema di imposta di soggiorno dopo le recenti modifiche del d.l. 19 maggio 2020, n. 34 (c.d. "decreto rilancio"), convertito con modificazioni dalla l. 17 luglio 2020, n. 77* 46
- Eleonora Marzano, *Tendenze evolutive sulla giurisdizione contabile in materia di concessione del servizio di riscossione* 57
- Lucia Murgolo, *La responsabilità civile diretta del funzionario o amministratore di ente locale, per debiti fuori bilancio, nella prospettiva di un'adeguata tutela del fornitore privato della p.a.* 64
- Paola Avallone, Ana Laura Viveros, *Esclusione finanziaria nella Regione Campania (2004-2016)* 72
- Gerardo Cringoli, Andrea Pomella, *Un sistema a responsabilità contabile multipla in una company town borbonica: San Leucio* 91

Note a commento

- Angelo Maria Quaglini, *Ipotesi di sospensione del giudizio e ragionevole durata del processo: le Sezioni riunite fanno il punto sull'incidente di falso* 177
- Giovanni Natali, *Danno erariale da indebita percezione di emolumenti e ritenuta Irpef operata a titolo d'acconto sugli stessi: le Sezioni riunite escludono la compensatio* 187
- Ilaria Annamaria Chesta, *Le "ragioni di credito" sottese alla misura del fermo amministrativo di cui all'art. 69, c. 6, r.d. n. 2440/1923 si estinguono al trascorrere del tempo, in assenza di promozione dell'azione di responsabilità amministrativa* 215
- Carlo Efsio Marrè Brunenghi, *Ricongiunzione, totalizzazione, cumulo: tra causa petendi e quaestio iurisdictionis* 233
- Alessandro Francesco Di Sciascio, *La giurisdizione (pacifica) della Corte dei conti sulle società interamente partecipate dagli enti locali: uno sguardo al futuro* 237
- Annapaola Coletta, *Socio moroso di s.r.l.: non opera l'esclusione in caso di mancata esecuzione dei conferimenti a seguito della sottoscrizione di un aumento di capitale* 244
- Emilio Fabbiani, *Sindacato del giudice ordinario e partecipazioni detenute da ente pubblico. Commento a sentenza Tribunale di Brescia, 27 febbraio 2019* 258
- Jacopo Fronticelli Baldelli, *La responsabilità dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato per comunicati stampa lesivi della reputazione e della professionalità degli operatori commerciali* 273

Controllo	101
Pareri	151
Giurisdizione	171
Altre Corti	223
Recensioni	277
Indici	279



ISBN 978-88-498-5743-6



9 788849 857436

I.S.S.N. 0392-5358
(c.m. 30-443900120101)