

Numero 2 / 2018
(estratto)

Maurizio Falsone

**I rapporti di lavoro nelle imprese pubbliche:
la tendenza espansiva del diritto “speciale”**

I rapporti di lavoro nelle imprese pubbliche: la tendenza espansiva del diritto "speciale"

Maurizio Falsone

Ricercatore di diritto del lavoro presso l'Università Cà Foscari di Venezia

Sommario:

1. I rapporti di lavoro con le imprese pubbliche: un fenomeno ambiguo di difficile classificazione. – 2. Dal binomio diritto privato/diritto pubblico al binomio diritto comune/diritto speciale. – 3. Il regime misto privato/pubblico e la "naturale" tendenza espansiva del diritto speciale. – 4. La tecnica della preliminare della (ri)qualificazione della natura del datore di lavoro. 4.1. (segue) Le imprese pubbliche e le prassi "più realiste del re". – 5. La tecnica dell'applicazione analogica del diritto speciale (e un'ipotesi di lavoro da approfondire).

1. I rapporti di lavoro con le imprese pubbliche: un fenomeno ambiguo di difficile classificazione.

L'intervento pubblico nell'economia detiene un ruolo rilevante in Italia, perciò il tema dei modelli organizzativi d'impresa attraverso i quali esso si realizza è sempre stato scottante¹. La disciplina dei rapporti di lavoro nelle imprese pubbliche non fa eccezione; anzi, l'analisi dei suoi contenuti e delle sue caratteristiche ha rappresentato in passato un esercizio utile a comprendere meglio il fenomeno stesso dell'impresa pubblica *tout court*².

Quando si dice che il tema del rapporto di lavoro con l'impresa pubblica è scottante non si allude ad una sua trattazione particolarmente diffusa da parte dei giuristi: se la dottrina ha speso energie importanti nello studio dei due poli opposti rappresentati dal lavoro nell'impresa privata e dal lavoro con la pubblica amministrazione (ovvero con quegli enti pubblici che non svolgono attività d'impresa), le questioni poste dai rapporti lavorativi che si svolgono nella terra di mezzo rappresentata dai vari modelli di impresa pubblica sono semmai di nicchia o, quantomeno, risultano note a (e scandagliate da) settori non ampi della dottrina³. Questa circostanza è confermata anche dalle scelte tematiche dei più diffusi manuali di diritto del lavoro: quasi tutti riservano una loro parte al lavoro nella pubblica amministrazione, nessuno, invece,

¹ Cfr. da ultimo Caprara, *Impresa pubblica e società a partecipazione pubblica*, ESI, Napoli 2017, Bonura, Rugghetti, *L'impresa pubblica in Italia e i servizi per i cittadini: riflessioni su mercato, società pubbliche e pubblica amministrazione dopo la legge Madia*, Franco Angeli, Milano 2017.

² Corso, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2013, p. 87, Ottaviano, *Ente pubblico*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano 1965, p. 969 e Alecci, *L'ente pubblico economico - il modello siciliano e l'az.a.si*, in <https://iris.unipa.it/retrieve/handle/10447/105421/145336/Tesi%20SIMONE%20ALECCI.pdf>, 2015, p. 61. Nel presente scritto si considera impresa pubblica sia il fenomeno dell'ente pubblico che esercita direttamente un'attività economica (l'ente pubblico economico) sia quello della società privata controllata, tramite gli ordinari strumenti societari, da enti pubblici.

³ Cfr. però il recente nuovo interessamento dei giuslavoristi per il fenomeno in questione (anche per ulteriori riferimenti bibliografici la dottrina citata *infra* nonché, da ultimo, Altimari, *Assunzioni e contratti a termine nelle società a partecipazione pubblica*, in *Lavoro e Diritto*, 2018, p. 323 e Ferrara, *Organizzazione e gestione del personale nelle società in controllo pubblico e in house tra mercato e interessi generali*, in Zoppoli, Esposito, Luciani, Zoppoli, *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni. Commento alle innovazioni della XVII legislatura (2013-2018) con particolare riferimento ai d.lgs. nn. 74 e 75 del 25 maggio 2017 (c.d. riforma Madia)*, Giappichelli, 2018, p. 441).

accenna alla disciplina del lavoro nelle imprese pubbliche, se non in termini di mero rinvio. Eppure le problematiche emergenti quando si guarda ai fenomeni lavoristici nell'impresa pubblica sono del tutto peculiari, rappresentando un ostacolo concreto per gli operatori del diritto che si trovano ad affrontare il tema a partire dai casi pratici di rilievo lavoristico – quantitativamente non irrilevanti – e offrendo perciò un'occasione piuttosto allettante per comprendere meglio i meccanismi di funzionamento del sistema giuridico al confine fra privato e pubblico.

Innanzitutto è opportuno chiarire i termini teorici del problema. L'intervento pubblico nell'economia, nella forma dell'impresa, pone problemi giuridici concreti anche perché la diffusa *forma mentis* degli interpreti impegnati ad analizzare il fenomeno è contraddistinta dall'alternativa secca pubblico/privato⁴, un binomio totalizzante che caratterizza da sempre anche la formazione dei giuristi e la produzione legislativa. Essa, fra le altre cose, favorisce una separazione netta fra ciò che attiene alla sfera pubblica – in quanto inerisce la soddisfazione di interessi generali – e ciò che riguarda la sfera privata, perché riguarda il perseguimento di interessi individuali o di gruppo, come il lucro. Questa logica binaria, ovviamente, caratterizza anche la cultura dei giuslavoristi. Ebbene, in questo contesto culturale, l'intervento pubblico nell'economia nella forma d'impresa rappresenta un fenomeno ambiguo e ambivalente, dunque problematico. Ciò perché esso consiste nell'esercizio di un'attività tipicamente afferente alla sfera privatistica, come è l'attività economica finalizzata alla raccolta e alla divisione degli utili, la quale è svolta però da un ente pubblico istituito per perseguire, in vario modo, interessi generali potenzialmente confliggenti con quelli individuali o di specifici gruppi sociali. In pratica, di fronte ad un fenomeno di tal fatta si fronteggiano i due grandi universi del diritto privato e di quello pubblico, e dunque, le loro *rationes* e i loro regimi, a volte incompatibili e spesso non facilmente sovrapponibili. Nell'ambito del diritto del lavoro, il problema del rapporto fra regole di diritto pubblico e regole di diritto privato emerge sotto numerosissimi profili, ma il culmine è rappresentato dall'applicazione (o meno) delle ipotesi legali di trasformazione/conversione giudiziale dei contratti di lavoro “non standard” invalidi stipulati con imprese pubbliche, ovvero con datori di lavoro che devono fare i conti, invero in modo e in misura diversa, con i limiti posti all'esercizio della libertà di reclutamento, in virtù dell'art. 97 Cost. e/o di leggi ordinarie attuative del principio costituzionale (cfr. *infra* §§ 4 e 5).

Non è facile venire a capo delle numerose questioni enucleabili, soprattutto se l'analisi rimane confinata entro il perimetro della materia lavoristica. Ad avviso di chi scrive, infatti, per raggiungere soluzioni coerenti in questo ambito, è necessario coltivare un approccio interdisciplinare che favorisca un più profondo dialogo con (almeno) un altro ramo dell'ordinamento “assillato”, per antonomasia, dal problema dello storico binomio pubblico/privato: il diritto amministrativo (ma anche quello commerciale). Con il presente scritto, pur rinviando ad altre sedi per una più approfondita analisi⁵, si intende allora rispondere alle seguenti domande: 1) in che misura e in che modo il nostro ordinamento, almeno sotto il profilo lavoristico, risponde alla risalente

⁴ Bobbio, *La grande dicotomia: pubblico/privato* (1980), in Bobbio, *Stato, governo, società. Per una teoria generale della politica*, Torino, 1985, p. 3 secondo cui i concetti di pubblico e privato hanno la caratteristica di essere “reciprocamente esclusivi e congiuntamente esaustivi”; più recentemente, Pupolizio, *Materiali per uno studio sociologico della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato*, *Soc. Dir.*, 2012, p. 7.

⁵ Falsone, *I rapporti di lavoro nelle imprese esercitate da enti pubblici: [art. 2093]*, Milano, Giuffrè, 2018.

tendenza culturale di descrivere la realtà alla luce del binomio pubblico/privato? 2) Quale regime normativo è applicabile ai diversi modelli di impresa pubblica? 3) La dottrina e la giurisprudenza tendono, di fronte al fenomeno dell'impresa pubblica, a privilegiare la sua dimensione privatistica o quella pubblicistica? Come e perché?

Si vuole, in questo modo, evidenziare e spiegare sia l'esistenza di una propensione – a volte presentata, con troppa enfasi, come inevitabile – ad estendere l'applicazione di alcune regole di diritto pubblico del lavoro oltre i confini che il diritto positivo disegna, a nostro avviso, molto chiaramente, sia l'esigenza di un intervento del legislatore teso a sciogliere nodi altrimenti difficili da sbrogliare.

2. Dal binomio diritto privato/diritto pubblico al binomio diritto comune/diritto speciale.

Non è possibile svolgere, in questa sede, un *excursus* completo sulla storia e sul significato del binomio pubblico/privato nel diritto⁶. Possiamo, però, limitarci ad evidenziare che una parte importante della dottrina innanzitutto amministrativistica, approfondendo la questione della natura (pubblica o privata) delle persone giuridiche, ha evidenziato come “alle certezze delle letture dicotomiche si sostituisce la continua e sempre mutevole ricostruzione di istituti a geometria variabile”⁷. A questa presa di coscienza, dovuta in primo luogo all'analisi del diritto positivo e, in particolare, del concreto variegato atteggiarsi dell'intervento pubblico in economia, si accompagna, più in generale, la netta “sensazione” che lo sguardo binario sul mondo del diritto sia insoddisfacente, anche solo sul piano descrittivo, e in via di superamento⁸. Tuttavia, questa “percezione” non sembra per il momento aver influenzato in radice l'approccio dei giuristi al problema, ovvero quella *forma mentis* degli interpreti (e del legislatore) cui abbiamo accennato *supra*: ancora oggi, infatti, la questione del rapporto fra pubblico e privato assume una valenza ideologica importante che favorisce la polarizzazione delle posizioni degli interpreti: la logica dominante del libero mercato pone l'interesse privato e il diritto che ne tutela il soddisfacimento in una posizione di tendenziale primazia, a scapito, secondo le letture più critiche del liberismo *mainstream*, dell'interesse generale e della tutela dei beni comuni⁹. La portata ideologica (e quindi culturale) della dicotomia pubblico/privato, come è naturale, influenza l'interpretazione del diritto positivo e, in certi casi, addirittura, sopravanza la lettera

⁶ Cfr. fra i tanti contributi, Galgano, *Pubblico e privato nella regolazione dei rapporti economici*, in Aa.Vv., *La Costituzione economica*, in Galgano (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 1977, p. 3.

⁷ Napolitano, *Soggetti privati “enti pubblici”*, in *Dir. amm.*, 2003, p. 828 ss.

⁸ In ambito giuslavoristico ciò è segnalato anche da Fontana, *Il rapporto di lavoro nelle società pubbliche problemi applicativi e riforme legislative*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2014, 5, p. 707 e Giacconi, *Il lavoro nella pubblica amministrazione partecipata da privati*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2017, 155, p. 524.

⁹ Uno dei sintomi più recenti della crisi della dicotomia è offerto, infatti, dal tema dei c.d. beni comuni, recentemente *à la page* soprattutto a seguito del referendum del 13 giugno 2011 che ha condotto all'abrogazione dell'art. 23 *bis* (sui servizi pubblici locali di rilevanza economica) del d.l. 25 giugno 2008, n. 112. Marinelli, *Beni comuni*, in *Enc. dir.*, Annali, VII, 2014, p. 159, ad esempio, afferma che esiste “un motivo preciso per cui la riscoperta dei beni comuni sia avvenuta proprio” a cavallo tra i due millenni, e cioè che in tale periodo si verifica “una rilevante accentuazione del fenomeno delle liberalizzazioni dei mercati e delle privatizzazioni dei beni pubblici in chiave sia italiana, sia europea, sia universale”. Sul tema dei beni comuni è obbligatorio il rinvio a Mattei, *Beni comuni. Un manifesto*, Roma-Bari, 2011, ma cfr. anche Pellicchia, *Valori costituzionali e nuova tassonomia dei beni: dal bene pubblico al bene comune*, in *Foro it.*, 2012, I, p. 573 e Marella (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, Verona, 2012 (in particolare gli scritti di Nivarra e Rodotà); dissente radicalmente da questa prospettiva dottrinaire Vitale, *Contro i beni comuni. Una critica illuminista*, Roma-Bari, 2013.

della legge (peraltro non sempre sufficientemente chiara in questo ambito) conducendo a delle conclusioni a volte discutibili.

In ogni caso, come si è anticipato, il diritto italiano offre, almeno sotto il piano formale, delle indicazioni generali sufficientemente univoche. Se guardiamo, in particolare, alle regole (contenute nel nostro codice civile e al di fuori di esso) che governano i rapporti fra discipline privatistiche e pubblicistiche nel settore del diritto del lavoro, possiamo trarre dei dati chiari che dovrebbero agevolare la soluzione delle questioni concrete poste dal fenomeno dell'impresa pubblica. Il nostro ordinamento, in particolare, considera sia la natura del datore di lavoro sia l'attività da esso svolta e, alla luce di queste due variabili, "dosa" l'intervento normativo privatistico e quello pubblicistico seguendo la logica del rinvio, più o meno esteso per l'appunto, ad una disciplina speciale, nonché del rinvio suppletivo al diritto codicistico (o a quello extracodicistico) dedicato alle persone e alle imprese private. Abbiamo così un diritto privato sempre applicabile (il diritto comune), a meno che non sia derogato da regole di diritto pubblico (diritto speciale/derogatorio). Riscontriamo questo schema di "governo" del regime normativo in relazione agli enti pubblici che svolgono l'attività della pubblica amministrazione, agli enti pubblici che svolgono attività economica (gli enti pubblici economici), nonché alle società private controllate da enti pubblici ("società pubbliche").

Seguendo un ordine crescente rispetto alla misura e alla rilevanza delle deroghe al diritto comune effettivamente previste dal legislatore, alla luce della disciplina attualmente vigente, possiamo riassumere che:

1) ai rapporti di lavoro instaurati con enti pubblici economici¹⁰ si applicano in via suppletiva le disposizioni del Libro V del Codice civile (ai sensi dell'art. 2093), le disposizioni dello statuto dei lavoratori (art. 37) e del rito processuale speciale (art. 409 n. 4 c.p.c.), nonché l'intera disciplina extracodicistica del lavoro applicabile alle imprese private, di regola richiamata dalle leggi e/o regolamenti e/o statuti istitutivi di ogni ente pubblico economico; sono però fatte salve – *ex art. 2093 comma 3 cod. civ.* - le norme speciali/derogatorie espressamente previste dal legislatore. Attualmente tali norme speciali non sono numerose e sono difficilmente reperibili perché non sono mai state sistematizzate e hanno spesso un campo d'applicazione molto limitato, ovvero relativo ad un singolo ente pubblico economico¹¹. Agli enti pubblici economici, dunque, si applica la più ampia parte del diritto del lavoro privato¹².

2) ai rapporti di lavoro instaurati con le "società pubbliche" si applicano "le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali di diritto privato" (art. 1

¹⁰ L'ente pubblico economico è un ente pubblico che svolge attività esclusivamente o prevalentemente economica, come si desume riconsiderando e attualizzando le radici (corporative) da cui trae linfa l'art. 2093 c.c. (cfr. il primo capitolo di Falsone, *I rapporti di lavoro nelle imprese esercitate da enti pubblici*, (art. 2093), Milano, Giuffrè, 2018).

¹¹ Sulla portata normativa attuale dell'art. 2093 c.c. cfr. il I capitolo di Falsone, *I rapporti di lavoro nelle imprese esercitate da enti pubblici*, (art. 2093), Milano, Giuffrè, 2018, sulla disciplina speciale reperibile attualmente cfr. il II e III capitolo del medesimo contributo.

¹² È importante evidenziare questo profilo perché la natura pubblica dell'ente economico potrebbe indurre a diverse, ma errate, considerazioni. Il discorso si capovolge dal punto di vista del diritto societario: le leggi istitutive di enti pubblici economici derogano completamente e ampiamente al diritto societario privato del Libro V del codice civile, impedendo, *ab origine*, l'applicazione del diritto privato.

comma 3 d.lgs. n. 175/2016)¹³ e, in particolare, le disposizioni del capo I, titolo II, del Libro V del Codice civile (artt. da 2082 a 2134 cod. civ.), le leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, ivi incluse quelle in materia di ammortizzatori sociali e i contratti collettivi (art. 19 comma 1 d.lgs. n. 175/2016); anche in questo caso, viene fatto salvo quanto previsto dallo stesso d.lgs. n. 175/2016 e da altre leggi speciali ivi espressamente richiamate. In sostanza, la disciplina speciale è stata riordinata con il c.d. testo unico del 2016 perché si presentava sempre più estesa e caotica. Il grado di specialità, infatti, è decisamente più alto del caso precedente, come dimostrano, in ambito lavoristico, i limiti posti alla libertà di reclutamento (art. 19 e, fino al 30 giugno 2018, art. 25) o quelli relativi alla retribuzione (art. 11 comma 6), già previsti in altre discipline ora abrogate.

3) ai rapporti di lavoro instaurati con la pubblica amministrazione *tout court* si applicano, ai sensi dell'art. 2129 c.c., le disposizioni della sez. III capo I titolo II del Libro V (artt. da 2096 a 2128 c.c.) "salvo che il rapporto sia diversamente regolato dalla legge" e, ai sensi del "rinvio indietro" contenuto nel d.lgs. n. 165/2001, b) le "disposizioni del capo I, titolo II, del Libro V del codice civile [artt. da 2082 a 2134] e (...) le leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa" (art. 2 comma 2 del d.lgs. n. 165/2001); anche in questo secondo caso, ovviamente, sono fatte salve le discipline speciali contenute nello stesso decreto legislativo e in qualunque altra fonte di legge speciale che abbia il medesimo campo di applicazione. In questo caso il grado di specialità è quello massimo, incidendo su quasi tutti i tipici poteri datoriali: dal reclutamento, allo svolgimento del rapporto (si pensi allo *ius variandi* disciplinato dall'art. 52 d.lgs. 165/2001), alla cessazione del rapporto (si pensi alla disciplina rimediabile in caso di recesso datoriale illegittimo prevista ora all'art. 63 comma 2 d.lgs. 165/2001), fino alla disciplina in materia di lavoro non standard (artt. 7 e 36 d.lgs. 165/2001)¹⁴.

Questo quadro sinottico, innanzitutto, dimostra che, sul piano formale, il c.d. diritto privato conserva ancora oggi pienamente il ruolo di diritto c.d. comune, mentre il diritto pubblico assume le funzioni di diritto speciale/derogatorio e, inoltre, che l'ampiezza (o meno) delle deroghe al diritto privato, non autorizza a disconoscere questa impostazione di fondo, a prescindere dalla tendenza culturale a tenere separati l'universo privatistico da quello pubblicistico¹⁵. Questa ricostruzione implica, in definitiva, una concezione del diritto pubblico "come sovrastruttura mobile dell'ordinamento giuridico" e una visione del diritto privato come "un fondamento

¹³ Questa disposizione si rivolge, in primo luogo, al profilo strutturale delle società a partecipazione pubblica, dunque riguarda il diritto societario. In secondo luogo, essa si rivolge, più genericamente, ad ogni altro profilo giuridico che possa coinvolgere le medesime società, indicando come fonte di disciplina suppletiva "le norme generali di diritto privato". Non è chiaro il motivo per cui il rinvio alluda "solo" a norme generali, né è agevole distinguere fra norme generali e norme non generali di diritto privato. È certo comunque che, con questa previsione di principio, il decreto abbia inteso "restituire" (se mai le è stato sottratto) lo statuto delle società a partecipazione pubblica alla disciplina civilistica, "contenendo le relative deroghe nella misura strettamente necessaria al concreto soddisfacimento dell'interesse pubblico di volta in volta perseguito" (Bonura, Fonderico, *Il testo unico sulle società a partecipazione pubblica*, in *Giorn. dir. amm.*, n.6, 2016, p. 722).

¹⁴ Cfr. per una analisi sistematica della disciplina fra pubblico e privato Tosi, *Le novelle legislative sul lavoro privato e pubblico privatizzato tra armonizzazione e diversificazione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2018, p. 17 che individua una tripartizione della disciplina (per il pubblico privatizzato, per le società partecipate e per i privati) ma non prende in considerazione gli enti pubblici economici.

¹⁵ Cfr. Galgano, *Pubblico e privato nella qualificazione della persona giuridica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1966, p. 279, Pagliari, *Il criterio discrezionale tra persona giuridica privata e persona giuridica pubblica: verso una legge sullo statuto della persona giuridica pubblica?*, in Raimondi, Ursi, *Fondazioni e attività amministrativa*, in *Dir. econ.*, 2005, p. 664.

difficilmente mutabile¹⁶, anche quando è ridotto a sfondo di una disciplina speciale invasiva. In sostanza, essa prefigura un diritto privato *comune* a tutti i soggetti e fenomeni e un diritto pubblico che è tale in quanto si differenzia dalla disciplina comune in virtù del perseguimento di un interesse pubblico/generale che, in mancanza della deroga, sarebbe travolto dal soddisfacimento degli interessi individuali o di gruppo, nel caso contrastanti e inconciliabili¹⁷.

In secondo luogo, il quadro sinottico evidenzia una situazione in qualche misura contraddittoria: se, come è nella logica delle cose, la disciplina speciale del lavoro nella pubblica amministrazione deroga il diritto comune con la massima estensione riscontrata, viceversa la normativa speciale applicabile al lavoro nelle società pubbliche prevede delle deroghe al diritto privato ben più rilevanti di quelle applicate agli enti pubblici economici. Quindi questi ultimi, pur non avendo natura privata, a differenza delle società, sono concretamente soggetti ad un regime lavoristico molto più simile a quello di una impresa privata¹⁸. Questo tratto singolare, per certi versi contraddittorio, è probabilmente dovuto al fatto che, soprattutto a partire dagli anni '90 del secondo scorso, il legislatore ha rivolto la propria attenzione verso il modello di impresa pubblica dominante, quello della società controllata, ignorando le esigenze di regolazione dei declinanti enti pubblici economici. Tuttavia, la singolarità evidenziata merita di essere affrontata anche *de iure condendo*: gli enti pubblici economici, infatti, anche se nel recente passato sono stati in buona parte sostituiti da società pubbliche, non sono mai scomparsi, sono diffusi soprattutto a livello locale e, oggi, vedono interrompere la loro tendenza declinante¹⁹, in parallelo con

¹⁶ Cfr. Galgano, *Pubblico e privato nella qualificazione della persona giuridica*, cit., p. 288 ma vedi anche Galgano, *Pubblico e privato nella regolazione dei rapporti economici*, in Aa.vv., *La Costituzione economica*, in Galgano (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 1977, p. 3, spec. p. 126.

¹⁷ Cirenei, *Le imprese pubbliche*, Milano, 1983, p. 99 secondo cui "in relazione a questa mutata posizione del diritto privato le persone giuridiche come le associazioni, le fondazioni, le società cessano di essere persone giuridiche private per divenire persone giuridiche di diritto comune, mentre la nozione di persona giuridica pubblica viene a disegnare una delle possibili forme, e non più la forma esclusiva, che il perseguimento organizzato dei pubblici interessi può assumere".

¹⁸ Per un verso si può sostenere che tale situazione sia banalmente dovuta alla dimenticanza del legislatore speciale dovuta alla desuetudine del modello di impresa pubblica tradizionalmente chiamato ente pubblico economico. Per altro verso, si può sostenere che la natura pubblica dell'ente, per il più rigoroso attaccamento all'interesse generale che dovrebbe garantire il suo indirizzo politico/amministrativo, riduca l'esigenza di una disciplina legislativa speciale finalizzata ad imbrigliare l'esercizio libero dei datori datoriali.

¹⁹ I segnali di una possibile reviviscenza del modello di impresa pubblica entrato in fase di declino nei primi anni '90 erano già stati colti in passato da Goisis, *Imprese pubbliche*, in Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, III, Milano, 2006, p. 2962 che premoniva una "inattesa attualità" del fenomeno. La possibilità che il legislatore torni in futuro a riconsiderare il modello dell'ente pubblico economico sembra confermata dalle prese di posizione dei principali partiti politici italiani che, anche solo pochi anni or sono, sarebbero apparse fuori tempo o comunque inopportune. Di recente ad esempio esponenti appartenenti alle più disparate forze politiche si sono dichiarati favorevoli ad una trasformazione di Cassa Depositi e Prestiti s.p.a. (attualmente controllata dal Ministero dell'economia e delle finanze, ma partecipata anche da diverse fondazioni bancarie) in un vero e proprio *player* della politica industriale italiana, ossia in una sorta di nuova IRI (cfr. l'articolo di Patucchi, *Cdp verso Iri e la quota Eni. Tanta voglia di Stato padrone*, in *la Repubblica*, 26 novembre 2017, p. 24 con interviste di contenuto sostanzialmente convergente rese da esponenti del Partito Democratico, di Forza Italia e del Movimento 5 Stelle). Solo per citare i casi più recenti, lo stesso legislatore ha istituito da poco nuovi enti pubblici economici. Ciò è accaduto con il d.l. 193/2016, che ha soppresso quasi tutte le « società pubbliche » del gruppo Equitalia e, per garantire la continuità dell'attività di riscossione, ha istituito, con l'art. 1 comma 3, l'"Agenzia delle entrate-riscossione", ente strumentale dell'Agenzia delle entrate, etichettandola come ente pubblico economico; con la CSEA (Cassa per i servizi energetici e ambientali) trasformata in ente pubblico economico dall'art. 1 comma 670 della l. 28 dicembre 2015, n. 208; o, ancora, con l'art. 16 del d.l. 31 maggio 2014, n. 83, conv. con l. 29 luglio 2014, n. 106, che ha trasformato in ente pubblico economico l'ente pubblico

l'esaurimento della parabola ascendente conosciuta dalle società pubbliche²⁰, rendendo più urgente un adeguato intervento del legislatore²¹.

3. Il regime misto privato/pubblico e la “naturale” tendenza espansiva del diritto speciale.

Il nostro ordinamento lavoristico, per ciò che si è detto nel paragrafo precedente, autorizza espressamente a declinare il binomio teorico privato/pubblico nell'alternativa diritto comune-suppletivo/diritto speciale-derogatorio. Fra i vari effetti che questa ricostruzione produce, almeno uno assume una valenza potenzialmente positiva: il sistema normativo, così delineato, dovrebbe infatti presentare l'evidente vantaggio di essere autosufficiente, perché dovrebbe tendere a colmare le lacune grazie alla funzione suppletiva del diritto comune.

Le cose, come è noto, non sono sempre così semplici e lineari. Anche se la costruzione del sistema nel senso più sopra descritto è accolta dai più, come abbiamo anticipato, non è raro riscontrare la tendenza – sia in dottrina che in giurisprudenza o addirittura guardando alla prassi degli operatori economici medesimi – di applicare ai casi concreti di rilievo lavoristico norme di diritto speciale/pubblico, anche in mancanza di una esplicita disciplina che deroghi al diritto comune. Difficilmente, invece, si osserva il fenomeno opposto.

Ciò, però, non accade di solito in virtù di una arbitraria applicazione estensiva del diritto speciale. Anche se queste scelte esegetiche, possono muovere, come è naturale, da opzioni ideologicamente connotate – peraltro in senso, di volta in volta, diverso²² –, esse si fondano, nella maggior parte dei casi, su due argomenti principali.

Il primo argomento riguarda l'analisi preliminare della natura dei soggetti coinvolti nei rapporti di specie – nel nostro caso, in particolare, del datore di lavoro – da cui dipende il problema conseguente della individuazione della norma applicabile. Attraverso la riqualificazione soggettiva l'interprete risolve una questione “in favore” del diritto speciale.

ENIT (Agenzia Nazionale del Turismo). Fra gli enti pubblici economici, inoltre, possiamo collocare l'Agenzia del Demanio (cfr. art. 1 comma 1, lett. *f*) del d.lgs. 3 luglio 2003, n. 173), la SIAE (art. 1 della l. 9 gennaio 2008, n. 2) oltre agli innumerevoli enti istituiti da leggi regionali.

²⁰ La parabola ascendente delle società partecipate si apre nel 1990, con un forte e continuo incremento che ha conosciuto due picchi nel 2002 e nel 2006, da allora questo nuovo modello di impresa pubblica conosce un lento ma progressivo declino (cfr. il rapporto sulle partecipazioni detenute dalle amministrazioni pubbliche al 31 dicembre 2012 redatto dal Ministero dell'Economia e della Finanza). L'ultima analisi statistica dell'ISTAT è stata pubblicata lo scorso 23 ottobre 2017 e registra una diminuzione delle società pubbliche pari al 2,1% nel 2015 (rispetto al 2014); Il report pubblicato il 23 dicembre 2016 registrava una diminuzione del 10% nel 2014 (rispetto al 2013). Da ultimo il decreto legislativo 21 maggio 2018 n. 74 sulla riorganizzazione dell'Agenzia per le erogazioni in agricoltura (AGEA) e riordino del sistema dei controlli nel settore agroalimentare (in attuazione dell'articolo 15 della legge 28 luglio 2016, n. 154), ha soppresso una importante partecipata (Agecontrol s.p.a.) sostituendola con un nuovo ente pubblico non economico (cfr., in particolare, gli artt. 16 e 17).

²¹ Il legislatore, per il momento in modo occasionale ha ripreso a prestare attenzione verso l'ente pubblico economico, ad esempio, con la disciplina del c.d. *whistleblowing* di cui all'art. 54-*bis* del d.lgs. n. 165/2001, come modificato dalla l. 30 novembre 2017, n. 179 nonché con la disciplina del c.d. *split payment* dell'IIVA ora disciplinata dall'art. 17-*ter* del d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633 come riformulato dal d.l. 16 ottobre 2017, n. 148 conv. in l. 4 dicembre 2017, n. 172.

²² Si vuole dire che non sempre la preferenza per il diritto privato giova ai datori di lavoro: si pensi, da un lato, alla disciplina estremamente rigorosa in materia di lavoro non standard dedicata alla pubblica amministrazione ma non applicabile, invece, alle imprese private e, dall'altro, alla disciplina rimediabile, su cui ci soffermeremo, delle conversioni dei rapporti di lavoro flessibili invalidi applicabile solo a queste ultime e non alla pubblica amministrazione.

Il secondo argomento viene speso quando una norma di diritto comune, non espressamente derogata, risulta di incerta o irragionevole applicazione in conseguenza della applicazione di un'altra norma speciale inerente a un profilo diverso della vicenda concreta, ma evidentemente ad esso sistematicamente collegato. In sostanza, in questo secondo caso, l'estensione del diritto speciale è una possibile conseguenza del *mixage* che si verifica quando il legislatore speciale, invece di formare un regime giuridico speciale tendenzialmente autosufficiente e dunque completamente sostitutivo del diritto comune²³, sceglie di disciplinare solo certi profili di un rapporto giuridico, lasciando al diritto comune il compito di svolgere la sua funzione suppletiva prevista dalle regole generali che abbiamo visto *supra*.

4. La tecnica della preliminare (ri)qualificazione della natura del datore di lavoro.

Consideriamo ora il primo argomento spesso adoperato per giustificare l'applicazione, non scontata, di una norma speciale a scapito del diritto comune.

Abbiamo già notato che il particolare regime giuridico applicabile ad un rapporto di lavoro si individua in dipendenza – oltre che del tipo di attività esercitata (economica o non economica) – della “natura” pubblica o privata del datore di lavoro²⁴.

Nonostante il progressivo avvicinamento dei poli opposti rappresentati dal lavoro nella pubblica amministrazione e dal lavoro nell'impresa privata, la qualificazione del(la natura del) datore di lavoro è ancora oggi un momento determinante ai fini dell'applicazione o meno di una regola o di un istituto, e ciò malgrado la dicotomia pubblico/privato applicata alla natura degli enti sia in grave crisi, come insegnano *in primis* gli amministrativisti²⁵. Pertanto, il più delle volte, l'oggetto del contendere in causa non è, di per sé, l'applicazione di una disciplina speciale al posto di una norma di diritto comune, quanto la natura pubblica o privata del datore di lavoro – o il fatto di svolgere o meno un'attività economica/imprenditoriale.

Se la questione della natura giuridica di un ente è complessa e, come abbiamo detto, sostanzialmente irrisolta, in ambito lavoristico è stata, in parte, sdrammatizzata. In primo luogo, in virtù dell'art. 1 comma 2 d.lgs. 165/2001²⁶ che ha fissato esplicitamente l'ambito di applicazione della disciplina speciale, definendo, ai propri medesimi fini, il perimetro della categoria “pubblica amministrazione” coinvolta dall'intervento legislativo²⁷; in secondo luogo, la soluzione della questione è agevolata

²³ È quello che accade di regola, in materia di diritto societario, quando la legge istituisce un ente pubblico economico: l'art. 2093 c.c. prevedendo l'applicazione suppletiva del Libro V del codice civile, rinvia, in teoria, alla disciplina delle società private, questa tuttavia non viene, a quanto consta, mai applicata in concreto perché la legge istitutiva dell'ente, regola con norme speciali tutti i profili della *governance* aziendale.

²⁴ Cfr. *ex plurimis*, Pagliari, *Il criterio discrezionale tra persona giuridica privata e persona giuridica pubblica: verso una legge sullo statuto della persona giuridica pubblica?* in Raimondi, Ursi, *Fondazioni e attività amministrativa*, Torino, 2006, p. 55, Cerulli Irelli, “Ente pubblico”: *problemi di identificazione e disciplina applicabile*, in Cerulli Irelli, Morbidelli (a cura di), *Ente pubblico ed enti pubblici*, Torino, 1994, p. 98, Napolitano, *Soggetti privati “enti pubblici”*, in *Dir. amm.*, 2003, p. 801.

²⁵ Giannini, *Il problema dell'assetto e della tipizzazione degli enti pubblici nell'attuale momento*, in *Riordinamento degli enti pubblici e funzioni delle loro avventure*, Napoli, 1974, p. 36 cfr. anche Napolitano, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003, De Leonardis, *Soggettività privata e azione amministrativa. Cura dell'interesse generale e autonomia privata nei nuovi modelli di amministrazione*, Milano, 2000, p. 347.

²⁶ Già art. 1 del d.lgs. n. 29 del 1993 modificato dall'art. 1 del d.lgs. n. 80 del 1998.

²⁷ Dall'ambito di applicazione del d.lgs. 165/2001 sono, invece, esclusi gli enti pubblici economici, in ragione del tipo di attività esercitata e, naturalmente, le società. L'art. 1 comma 2 d.lgs. 165/2001 con una definizione che ha riscosso particolare successo nella legislazione successiva, recita che “per amministrazioni pubbliche si

dal "testo unico" in materia di società partecipate da enti pubblici (d.lgs. 175/2016), che ha chiarito alcuni profili problematici legati al modello d'impresa pubblica rappresentato dalla società controllata, in particolare – per quel che riguarda la questione che stiamo trattando – riconducendo nell'alveo delle altre società controllate anche quelle particolari società, c.d. *in house providing* (cfr. art. 16)²⁸, considerate una *longa manus* della pubblica amministrazione e per questo, in passato, assoggettate, forse un po' frettolosamente, al regime pubblicistico *tout court*²⁹.

Tuttavia il benefico effetto chiarificatore dei succitati interventi legislativi non ha certo sciolto tutti i nodi³⁰, perché fra i poli opposti rappresentati dal datore di lavoro pubblico o privato *tout court*, si collocano altre forme giuridiche che complicano l'operazione di qualificazione.

Si pensi alla categoria dell'organismo di diritto pubblico, creata dalla giurisprudenza europea³¹, o a quella, cui abbiamo già fatto cenno più volte, dell'ente pubblico economico che, per espressa previsione legislativa, non ricade nell'ambito di

intendono tutte le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le Regioni, le Province, i Comuni, le Comunità montane e loro consorzi e associazioni, le istituzioni universitarie, gli Istituti autonomi case popolari, le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale l'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni (ARAN) e le Agenzie di cui al decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300. Fino alla revisione organica della disciplina di settore, le disposizioni di cui al presente decreto continuano ad applicarsi anche al CONI". Naturalmente, sono esclusi dall'elenco gli enti pubblici i cui rapporti di lavoro non sono stati "contrattualizzati" (art. 3 d.lgs. n. 165/2001) e che sono assoggettati ad altri regimi speciali. La fortuna della disposizione definitiva è dimostrata dal suo utilizzo, sempre finalizzato a delimitare il campo di applicazione, (anche) nel d.lgs. 8 aprile 2013, n. 39 in tema di incompatibilità nelle pubbliche amministrazioni, nell'art. 2-*bis* del d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33 (anche dopo la modifica intervenuta con d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97) in tema di diritto di accesso civico e di obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni, nell'art. 1 comma 2 del d.lgs. 3 luglio 2017, n. 112 che reca la disciplina della c.d. impresa sociale, nonché, infine, nell'art. 2 comma 1 dello stesso d.lgs. 175/2016 sulle società partecipate. Che si tratti di una nozione "a vocazione generale" lo afferma anche Napolitano, *Pubblica amministrazione*, in Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, III, Milano, 2006, p. 4746.

²⁸ L'espressione *in house providing* è traducibile con la locuzione "gestione in proprio" e sta ad indicare le società a cui è possibile affidare direttamente contratti pubblici ai sensi della disciplina europea e del codice dei contratti pubblici (cfr. ora d.lgs. 50/2016). Cfr. Cammelli, *Società pubbliche (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, Annali V, 2012, p. 1195.

²⁹ Cfr. Cass., sez. II, 9 settembre 2016, n. 17845, in *De jure* e Cons. Stato, sez. VI, 11 dicembre 2015, n. 5643, in *Foro amm.*, 2015, 12, p. 3101 (cassata poi da Cass., sez. un., 27 marzo 2017, n. 7759, in *De Jure*), Cass., sez. un., 5 dicembre 2016, n. 24737, in *Giust. civ. Mass.*, 2017, Cass., sez. II, 14 marzo 2016, n. 4938, in *Dir. & Giust.*, 2016, 15 marzo. Cfr. Cerioni, *La Cassazione procede alla riqualificazione soggettiva delle società pubbliche iniziando da quelle in house*, in *Le Società*, 2014, 8-9, p. 956.

³⁰ Anzi, il d.lgs. 175/2016 si è collocato, tutto considerato, in posizione di sostanziale continuità rispetto al passato senza risolvere in radice i problemi di fondo posti dall'intervento pubblico nell'economia tramite il controllo di società private (cfr. Cirillo, *Modelli societari e organizzazione dei servizi pubblici*, *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2016, p. 1073 e Id., *La società pubblica e la neutralità delle forme giuridiche soggettive*, in *Riv. Notar.*, 2015, 871 ss., Rossi, *Le società partecipate fra diritto privato e diritto pubblico*, in *ridiam.it*, 28 ottobre 2016.

³¹ L'organismo di diritto pubblico presenta le seguenti caratteristiche: a) la personalità giuridica, b) la circostanza che l'attività "sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure che gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure che l'organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico", c) il fatto di soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale (cfr. art. 3 d.lgs. n. 50/2016 e, da ultimo, Corte giustizia UE, sez. IV, 5 ottobre 2017, n. 567, in *Guida al diritto*, 2017, 43, p. 36).

applicazione del d.lgs. 165/2001³², per via del tipo di attività esercitata, né in quello del d.lgs. 175/2016, per la sua natura pubblica.

Peraltro, le problematiche inerenti la qualificazione della natura dei datori di lavoro non sono agevolmente risolvibili nemmeno *de iure condendo*, perché l'operazione di qualificazione di un ente spetta innanzitutto all'interprete e quindi, in definitiva, al giudice. Ciò è vero, addirittura, anche quando un ente viene formalmente qualificato dal legislatore. I *nomina* fissati da quest'ultimo, infatti, – come delle “etichette”³³ – possono non corrispondere al “contenuto”, cioè possono non essere coerenti con la natura effettiva di un ente. Natura effettiva che solo un interprete può cogliere e individuare *tutto considerando*, ovvero vagliando sia l'eventuale qualificazione legislativa formale, sia gli altri indici offerti dalla disciplina sostanziale³⁴. Infatti, secondo un autorevole orientamento dottrinale³⁵, che ha avuto una discreta fortuna anche in giurisprudenza³⁶, le qualificazioni legali non vincolano l'interprete, quindi, pur svolgendo un ruolo esegetico, più o meno centrale – e ciò secondo le sensibilità di ogni operatore — non rappresentano un criterio interpretativo indiscutibile e definitivo a proposito della natura di un soggetto giuridico³⁷. Questa considerazione, osservata da un'altra angolazione, significa che il legislatore, almeno secondo questa prospettiva teorica, non è infallibile e può commettere “errori” (ma solo) di qualificazione, che spetta all'interprete scorgere e correggere³⁸.

³² Salvo poche eccezioni che confermano la regola: cfr. l'art. 8 comma 2 del d.lgs. n. 165/2001 secondo cui “l'incremento del costo del lavoro negli enti pubblici economici (...) è soggetto a limiti compatibili con gli obiettivi e i vincoli di finanza pubblica” e l'art. 60 comma 3 d.lgs. n. 165/2001, secondo cui “gli enti pubblici economici, le aziende e gli enti che producono servizi di pubblica utilità (...) relativamente ai singoli rapporti di lavoro dipendente o autonomo, sono tenuti a comunicare alla Presidenza del Consiglio dei ministri - Dipartimento della funzione pubblica e al Ministero dell'economia e delle finanze, il costo annuo del personale comunque utilizzato, in conformità alle procedure definite dal Ministero dell'economia e delle finanze, d'intesa con il predetto Dipartimento della funzione pubblica”.

³³ Di “etichette” a proposito del *nomen iuris* parla anche Jaeger, *Problemi attuali delle privatizzazioni*, in *Giur. comm.*, 1992, p. 990.

³⁴ Cfr. Galgano, *Pubblico e privato nella qualificazione della persona giuridica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1966, p. 289 che rinvia a quel filone giurisprudenziale secondo cui è ininfluente la “qualificazione formale contenuta nello statuto” o “nella legge istitutiva di un ente”, la qualità di un ente pubblico “derivando da elementi obiettivi” e non rientrando “nelle facoltà di un fondatore stabilire la natura di un ente”. Sul ruolo dell'interprete nella qualificazione di un ente cfr. anche Visentini, *Partecipazioni pubbliche, società di diritto comune e di diritto speciale*, Milano, 1979, p. 7 secondo cui “è risaputo che spetta all'interprete definire e delimitare le categorie giuridiche e classificare in esse gli istituti e che questo l'interprete deve fare sulla base degli elementi comuni secondo la disciplina concretamente dettata, e non secondo il nome, e assumendo quali criteri di raggruppamento e di differenziazione gli elementi più rispondenti alle esigenze logiche e operative del sistema”.

³⁵ Fra gli altri, Pagliari, *Il criterio discrezionale tra persona giuridica privata e persona giuridica pubblica: verso una legge sullo statuto della persona giuridica pubblica?*, in Raimondi, Ursi, *Fondazioni e attività amministrativa*, Torino, 2006, p. 55, Cerulli Irelli, “Ente pubblico”: *problemi di identificazione e disciplina applicabile*, in Cerulli Irelli, Morbidelli (a cura di), *Ente pubblico ed enti pubblici*, Torino, 1994, p. 98.

³⁶ Tale orientamento ha origini antiche e continua ad avere fortuna, come vedremo subito. Si consideri, quanto alle origini, Cons. Stato, sez. IV, 19 gennaio 1938, n. 33, in *Giur. it.*, 1938, III, p. 110 secondo cui l'AGIP, qualificata dal legislatore come società anonima, era da considerare in realtà un ente pubblico in virtù della disciplina approntata dalla stessa legge.

³⁷ Il tema della vincolatività o meno delle qualificazioni legislative è di grande interesse, ma non è possibile affrontarlo *funditus*. Si rinvia pertanto a Pizza, *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi*, Milano, 2007, spec. 669 ss. oltre che alla ampia bibliografia ivi citata e sistematicamente analizzata.

³⁸ *Contra* in dottrina Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, p. 209 secondo cui “in taluni casi è la legge stessa a definire economico l'ente pubblico (con la conseguenza) di assoggettare incontestabilmente l'ente al regime proprio degli enti pubblici economici”.

Infine, si consideri anche che non è possibile nemmeno contare sull'assunto secondo cui un ente privato non possa essere qualificato contestualmente anche come pubblico, visto che lo stesso legislatore ha addirittura istituito un ente "nella forma di società per azioni con personalità di diritto pubblico"³⁹.

Guardando ora all'atteggiamento della giurisprudenza e alle prassi degli operatori economici, si può osservare come sia proprio a partire da queste considerazioni, a volte implicite, sulla incerta natura degli enti datori di lavoro che sono stati ritenuti applicabili istituti e norme dedicate ai rapporti di lavoro con la pubblica amministrazione, sia a delle società di capitali che a degli enti pubblici economici.

Si consideri, a titolo di esempio, Corte cost., 22 ottobre 2015, n. 209 (in *Giur. cost.*, 2015, 5, p. 1643) e Corte cost., 10 marzo 2017, n. 55, (in *De jure*) che hanno dichiarato inammissibili le questioni di costituzionalità sollevate in relazione ad una legge che prevede il trasferimento del personale da ANAS s.p.a. ad un ufficio interno al Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, in considerazione del fatto che il giudice remittente non aveva valutato se ANAS S.p.A. "dovesse considerarsi, o non, « pubblica amministrazione » ai fini dell'applicazione dell'art. 31 del d.lgs. n. 165/2001" che, come noto, disciplina il passaggio di personale fra enti pubblici o da enti pubblici verso persone giuridiche private, ma non il passaggio da enti privati (come formalmente è ANAS S.p.A.) a soggetti pubblici⁴⁰. O, ancora, si consideri il caso di Agenzia delle Entrate – Riscossione, il nuovo ente pubblico economico che, in virtù di una precisa disposizione di legge (l'art. 1 comma 15 del d.l. n. 193/2016), ha beneficiato dell'immissione in ruolo del personale delle ex società private del gruppo Equitalia, senza dover predisporre procedure concorsuali: ebbene la giurisprudenza amministrativa, per ora solo in sede cautelare, ha avanzato l'ipotesi, da vagliarsi nella fase di merito del giudizio, che nel caso concreto il trasferimento di personale dovesse realizzarsi tramite concorso, come se l'ente di destinazione fosse una pubblica amministrazione *tout court*⁴¹.

A parere di chi scrive, comunque stiano le cose, solo una lineare ed argomentata operazione esegetica che conduca a (ri)qualificare la natura dell'ente - datore di lavoro, sulla base di circostanze univoche di fatto e di diritto, può giustificare l'applicazione di una norma di diritto speciale formalmente destinata ad enti di natura diversa. Viceversa, il tentativo, a volte portato avanti, di ampliare l'ambito di applicazione di una norma speciale oltre i suoi confini espressamente definiti, in virtù di una sua interpretazione estensiva o addirittura analogica – che valorizzi, ad esempio, la

³⁹ Si tratta della già citata Agecontrol s.p.a., istituita con l'art. 18 comma 9 della l. 22 dicembre 1984, n. 887 e ora abolita con il decreto legislativo 74/2018 di riorganizzazione dell'Agenzia per le erogazioni in agricoltura (AGEA) e riordino del sistema dei controlli nel settore agroalimentare (in attuazione dell'articolo 15 della legge 28 luglio 2016, n. 154), per essere sostituita da un ente pubblico non economico.

⁴⁰ Sul trasferimento di attività in ambito pubblico cfr. Giacconi, Scarpelli, *Trasferimento di attività nelle pubbliche amministrazioni e rapporti di lavoro*, in Aimò, Izzi (a cura di), *Esternalizzazioni e tutela dei lavoratori*, Torino, 2014, p. 373, Chieco, *Privatizzazioni, esternalizzazioni e tutela dei lavoratori*, in Carabelli, Carinci F. (a cura di), *Il lavoro pubblico in Italia*, Bari, 2010, p. 270.

⁴¹ In questo secondo caso i giudici amministrativi potranno rilevare una questione di costituzionalità del d.l. 193/2016 o riqualificare l'ente pubblico economico come ente pubblico non economico, sempre che ve ne siano le condizioni di fatto. Sulla natura economica o meno dell'attività di un ente pubblico cfr. Ferraro, *Commento all'art. 37 st. lav.*, in Giugni (diretto da), *Lo Statuto dei lavoratori: commentario*, cit., p. 655cit., p. 659 e, per altri riferimenti più recenti, Falsone, cit., p. 55.

supposta *ratio* della legge – è criticabile perché in contrasto con la logica in cui si radica il sistema normativo (cfr. *supra* § 2)⁴².

4.1. (segue) Le imprese pubbliche e le prassi “più realiste del re”.

Come si diceva, la tendenza ad estendere la disciplina speciale anche laddove manchi una deroga effettiva al diritto comune, si riscontra anche nella prassi invalsa fra gli operatori economici, prassi certamente influenzata anche dagli orientamenti giurisprudenziali e dottrinali di cui sopra. Vediamo perché e in che modo, prendendo in considerazione la materia del reclutamento, su cui ci intratteremo brevemente anche nel paragrafo successivo.

Secondo l'art. 97 comma 4 Cost., agli “impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge” (anche regionale)⁴³. Per un verso, possiamo affermare che rientrano nella categoria delle pubbliche amministrazioni ai sensi dell'art. 97 Cost. solo gli enti qualificati come tali dal legislatore ordinario, ovvero i soggetti di cui all'art. 1 comma 2 d.lgs. n. 165/2001; per altro verso, anche a voler riconoscere alla nozione di “pubblica amministrazione” adoperata dal costituente una sua “autonomia”, magari per allargarne i confini, si deve comunque riconoscere come sia nella facoltà del legislatore ordinario di derogare (cfr. art. 97 comma 4 ultima parte, Cost.) alla regola concorsuale, anche restringendo il suo ambito di applicazione originario. Dunque, in ogni caso, l'applicazione della regola costituzionale del concorso, dipende dalle previsioni della legislazione ordinaria⁴⁴. Ebbene, come si sa, originariamente, il concorso era obbligatorio solo per gli enti che oggi rientrano nell'elenco dell'art. 1 comma 2 d.lgs. 165/2001. Successivamente, i principi ispiratori della regola del concorso sono stati estesi alle società private controllate da enti pubblici, prima con l'art. 18 d.l. n. 112/2008⁴⁵, nella versione in vigore fino al 23 settembre 2016 e, oggi, con l'art. 19 del d.lgs. n. 175/2016⁴⁶. Invece non sono rintracciabili nell'ordinamento leggi speciali vigenti, nazionali o regionali, che estendano, relativamente all'intera categoria di enti pubblici economici o a

⁴² Cfr., ad esempio, Trib. Monza 16 novembre 2016, Wikilabour secondo cui “*l'ibrida natura di tali soggetti [le società pubbliche] fa sì che il regime giuridico non possa essere esclusivamente pubblicistico o esclusivamente privatistico ma è sostanzialmente rimesso al legislatore e all'interprete individuare la legittimità delle deviazioni dal modello civilistico che perseguimento di finalità pubblicistiche da parte di tali società impone*”. Ebbene, a partire da questo presupposto il medesimo giudice giunge alla conclusione per cui, pur mancando nella legge speciale asseritamente applicabile, “*un espresso riferimento alle società a totale partecipazione pubblica [essa] possa ben incidere sui rapporti negoziali della società convenuta. Ed invero, essendo una società totalmente basata sul finanziamento pubblico ne discende che i vincoli di finanza pubblica cui sono assoggettati gli enti proprietari possano essere da essa legittimamente invocati nei propri rapporti negoziali in particolare (...) nei rapporti con i propri dipendenti*”.

⁴³ L'art. 97 comma 4 Cost. si riferisce, infatti, ad ogni istanza produttiva di norme, quindi impone il rispetto del principio concorsuale sia al legislatore nazionale che a quello regionale, nella misura in cui l'uno e l'altro abbiano competenza, ai sensi dell'art. 117 Cost., a disciplinare il reclutamento nella pubblica amministrazione (cfr. Caranta, *Art. 97 Cost.*, in Bifulco, Celotto, Olivetti, (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, vol. II, 2006, p. 1889).

⁴⁴ Da ultimo si sofferma sull'analisi dell'art. 97 Cost. Altamari, cit., p. 328 e ss. ma cfr. anche Borgogelli, *Modelli organizzativi e tutele dei lavoratori nei servizi di interesse pubblico*, in Aa. Vv., *Frammentazione organizzativa e lavoro: rapporti individuali e collettivi. Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro – Cassino 18-19 maggio 2017*, Giuffrè, p. 371.

⁴⁵ Bellini, *Modalità di selezione del personale nelle società partecipate: limiti assunzionali e di costo del lavoro*, in *Il giurista del lavoro*, 2014, 3, p. 30. Gentile, *Reclutamento del personale nelle pubbliche amministrazioni e società pubbliche*, in Ferraro, Cinelli (a cura di), *Lavoro, competitività e welfare*, II, Torino, 2009, p. 347, Albi, *La disciplina dei rapporti di lavoro nelle società a partecipazione pubblica fra vincoli contabili e garanzie giuslavoristiche*, in Passalacqua (a cura di), *Il “disordine” dei servizi pubblici locali. Dalla promozione del mercato ai vincoli di finanza pubblica*, Torino, 2015, p. 233.

⁴⁶ Gramano, *Il reclutamento e la gestione del personale alle dipendenze delle società a partecipazione pubblica*, cit., Borgogelli, *Modelli organizzativi e tutele dei lavoratori nei servizi di interesse pubblico*, cit.

rilevanti gruppi di essi, la regola del concorso pubblico, ferma l'incontestabile impossibilità di applicare ad essi il d.lgs. 165/2001. Stando a quanto chiarito *supra*, quindi, agli enti pubblici economici non può che applicarsi, salva l'eventuale individuazione di norme dedicate a singoli enti appartenenti alla categoria, la disciplina di diritto comune, in virtù della quale essi possono esercitare liberamente la loro facoltà di reclutamento, mentre alle società pubbliche dovranno applicarsi i soli principi ispiratori del concorso pubblico.

In questo contesto, è stato osservato che le società controllate da enti pubblici si sono, in molti casi, adeguate alla disciplina speciale ad esse applicabile con un atteggiamento "inerziale e passivo"⁴⁷, ovvero adottando in sostanza tutte le regole di reclutamento previste per la pubblica amministrazione, invece di applicare solo i principi ispiratori richiamati dalla legge (ora dall'art. 19 d.lgs. 175/2016); allo stesso modo, anche gli enti pubblici economici si sono "autovincolati", con diverse gradazioni di rigore, ad una disciplina limitativa della libertà di reclutamento che ricalca quella prevista per le società pubbliche, se non addirittura alla disciplina prevista per le pubbliche amministrazioni in senso stretto⁴⁸.

Nulla naturalmente impedisce ai datori di lavoro di vincolare la propria libertà di reclutamento, esercitandola, per così dire, in negativo. Ma sotto il profilo giuridico è necessario tenere distinto il caso del concorso disciplinato da norme speciali stabilite dalla legge (in applicazione, in questo caso, dell'art. 97 Cost.), dal caso del concorso previsto da fonti sub-legislative, unilaterali o convenzionali. Il primo è convenzionalmente definibile "concorso pubblico", il secondo "concorso privato"⁴⁹. La violazione delle rispettive discipline, infatti, lede interessi diversi – quelli all'imparzialità e al buon andamento, da un lato, e quelli alla parità di trattamento dei lavoratori dall'altro⁵⁰ – e può comportare effetti giuridici dissimili.

5. La tecnica dell'applicazione analogica del diritto speciale (e un'ipotesi di lavoro da approfondire).

Come abbiamo anticipato, esiste un secondo argomento che conduce all'applicazione di discipline speciali nei confronti di enti-datori di lavoro cui, sotto il profilo

⁴⁷ Il rischio era stato subito evidenziato da Caruso, *La flessibilità (ma non solo) del lavoro pubblico nella l. 133/08 (quando le oscillazioni del pendolo si fanno frenetiche)*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2008, 3-4, p. 494.

⁴⁸ Cfr., solo per considerare l'ente pubblico economico istituito più recentemente (con l'art. 3 d.l. 193/2016) l'art. 19 del regolamento di amministrazione dell'Agenzia delle entrate - Riscossione, approvato con Determinazione del Commissario straordinario n. 6 del 23 giugno 2017 secondo cui "1. La selezione del personale dipendente dall'Ente è realizzata nel rispetto dei principi di trasparenza, pubblicità e imparzialità, in conformità alle disposizioni normative vigenti. 2. La selezione riguarda rapporti di lavoro subordinato a tempo determinato ed indeterminato, ivi compresi i rapporti derivanti dagli obblighi di copertura delle quote di riserva previste dalla normativa in tema di collocamento obbligatorio, da inquadrarsi nelle categorie delle aree professionali, dei quadri direttivi e dei dirigenti".

⁴⁹ La fattispecie del concorso privato, infatti, è stata approfondita in particolare in riferimento agli enti pubblici economici, rispetto ai quali, come detto, non esisteva e non esiste un obbligo legale ad applicazione generale di reclutamento tramite concorso. Cfr. Mazzotta, *Concorsi privati e tecniche di tutela. Quasi un inventario*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1991, p. 740, per altri riferimenti bibliografici si consenta il rinvio a Falsone, cit, p. 145. Cfr. anche Altimari, cit., p. 331 che, unitamente ad altra dottrina ivi citata, considera "privato" (anche se etero-regolato) il concorso previsto dal d.lgs. 175/2016 per il reclutamento nelle società pubbliche.

⁵⁰ Come è noto non vige nel nostro ordinamento un principio generale di parità di trattamento, esso piuttosto torna ad assumere rilevanza giuridica in particolari casi e contesti, come quello in cui il datore di lavoro è vincolato al rispetto di una procedura concorsuale per il reclutamento di personale (cfr. Busnelli, *L'obbligazione soggettivamente complessa: profili sistematici*, Milano, 1974, p. 360 e più recentemente, Ballestrero, *Il ruolo della giurisprudenza nella costruzione del diritto del lavoro*, in *Lav. dir.*, 2016, 4, spec. p. 772).

rigorosamente formale, esse non andrebbero applicate. Questo argomento viene speso quando il regime giuridico speciale/pubblico applicabile ad un datore di lavoro e dunque al rapporto di lavoro da questi instaurato – invece di sostituirsi completamente al diritto comune – non è, di per sé, autosufficiente e, quindi, chiama in causa quest'ultimo a svolgere effettivamente la sua funzione di supplenza. In questi casi, infatti, è naturale che il *mix* di regole di ispirazione privatistica e pubblicistica possa provocare delle incompatibilità logico-giuridiche e/o degli esiti interpretativi irragionevoli, soprattutto quando la qualità della legislazione speciale non è buona⁵¹. Ebbene, quando ciò effettivamente si verifica a “farne le spese” è, anche in questo caso, il diritto comune, non invece il diritto speciale.

Il caso più eclatante riguarda, ancora una volta, la disciplina del reclutamento del personale ma, in questo caso, in relazione all'eventuale applicazione, a tutela dei lavoratori, della conversione (*rectius*, trasformazione) giudiziale dei contratti di lavoro flessibili invalidi⁵².

Quando, infatti, l'assunzione dei lavoratori è condizionata – nell'interesse generale tutelato dall'art. 97 comma 4 Cost. – all'espletamento di un concorso pubblico, l'applicazione della disciplina privatistica che impone la “conversione” di un rapporto di lavoro per sanzionare la violazione dei limiti legali fissati in materia di rapporti lavorativi non standard, si tradurrebbe in un'elusione della regola concorsuale.

Nei casi più gravi la fattispecie potrebbe celare finanche una vera e propria collusione fra le parti del rapporto di lavoro coinvolte: in tal caso, l'unico interesse leso meritevole di tutela sarebbe quello pubblico; più in generale, però, ad essere minacciati dall'applicazione di tali regole di diritto comune, sarebbero due interessi contrapposti ma meritevoli di adeguate misure rimediali: da un lato, l'interesse generale allo svolgimento del concorso, dall'altro il diritto del lavoratore a non svolgere lavoro “precario” oltre i confini fissati dalla legge⁵³.

I casi di “conversione” previsti dalla legge sono, invero, meno diffusi, dopo il *jobs act*, ma mantengono la loro centralità e non sembrano certo destinati a scomparire del tutto. La questione dunque è ancora attuale. Si pensi ai casi di “conversione” del contratto di lavoro subordinato a tempo determinato⁵⁴, del contratto di lavoro intermittente⁵⁵, del contratto irregolare di somministrazione di lavoro⁵⁶ o, inoltre, ai

⁵¹ Cfr. Gramano, *Il reclutamento e la gestione del personale alle dipendenze delle società a partecipazione pubblica*, in Ibba, Demuro (diretto da), *Le società a partecipazione pubblica, Commentario tematico al decreto legislativo*, Bologna, 2018, p. 426.

⁵² In generale, sul tema cfr. Ratti, *Conversione del contratto e rapporti di lavoro: trasformazione e sanzione nel trattamento delle invalidità dei contratti di lavoro*, Torino, Giappichelli, 2017.

⁵³ Cfr. fra le tante Cass., sez. un., 9 marzo 2015, n. 4685, in *De jure* e Cass., 2 marzo 2017, n. 5319, in *De Jure*.

⁵⁴ Per quanto riguarda il contratto a tempo determinato, la trasformazione del contratto è prevista nei casi in cui esso sia stipulato senza la forma scritta (art. 19 comma 4 d.lgs. n. 81/2015), in violazione dei divieti espressi all'art. 20 d.lgs. n. 81/2015 o del limite massimo delle cinque proroghe o ancora della regola del c.d. *stop and go* (art. 21 d.lgs. n. 81/2015) o, infine, della continuazione di fatto del rapporto oltre il termine massimo di tolleranza espressamente fissato (art. 22 d.lgs. n. 81/2015). Su queste ipotesi e sulla problematica possibilità di estendere la sanzione della “conversione” anche ad altre ipotesi non espressamente previste dalla legge, cfr. Cester, *Il neotipo e il prototipo: precarietà e stabilità*, in *Labor*, 5-6, 2016, p. 327.

⁵⁵ La disciplina del contratto di lavoro intermittente prevede la conversione del rapporto in caso di superamento del limite massimo di lavoro nell'ambito di un arco di tempo stabilito dalla legge (art. 13 comma 3 d.lgs. n. 81/2015).

⁵⁶ A questo riguardo si consideri il caso della mancanza di forma scritta del contratto di somministrazione, del superamento delle soglie numeriche di utilizzo di lavoratori somministrati a tempo indeterminato o determinato in rapporto al numero di lavoratori dipendenti, della violazione dei divieti di cui all'art. 32 d.lgs. n. 81/2015, della mancanza nel contratto di somministrazione di alcuni elementi formali ritenuti essenziali dal legislatore

casi del contratto di appalto non genuino, del distacco transnazionale non “autentico”⁵⁷ e, più in generale, al divieto di interposizione illecita di manodopera — che è un principio immanente al sistema lavoristico⁵⁸ —, e, ancora, ai casi di dissimulazione del contratto di lavoro subordinato realizzati attraverso la simulazione di rapporti di lavoro autonomo o parasubordinato, rispetto ai quali i giudici sono tenuti a riquilibrare il rapporto in modo da applicare le discipline legali inderogabili dettate per il lavoro subordinato (arg. *ex artt.* 1414 e 1362 cod. civ.)⁵⁹; si pensi, infine, alle previgenti ipotesi di conversione del rapporto previste nell’ambito della disciplina delle collaborazioni coordinate e continuative a progetto e della disciplina sulle collaborazioni dei titolari di partita IVA, abrogate dal d.lgs. n. 81/2015⁶⁰.

Ebbene, il legislatore che ha regolato, con disciplina speciale, le modalità di reclutamento tramite concorso pubblico, si è preoccupato di risolvere il potenziale problema esecutivo solo in riferimento al pubblico impiego, stabilendo che “*la violazione di disposizioni imperative riguardanti l’assunzione o l’impiego di lavoratori, da parte delle pubbliche amministrazioni, non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le medesime pubbliche amministrazioni, ferma restando ogni responsabilità e sanzione*”⁶¹.

Invece, in riferimento alle società pubbliche, il legislatore del d.lgs. 175/2016 (come già quello del d.l. 112/2008) ha omesso di prendere posizione sul punto, lasciando all’interprete il compito di trovare, caso per caso, la soluzione al problema. Ed anche in relazione agli enti pubblici economici — rispetto ai quali, come abbiamo visto, non esiste un generale obbligo legale di reclutamento tramite concorso pubblico, anche se l’utilizzo dello strumento del concorso privato è ampiamente diffuso — è sorto un contenzioso giudiziale a proposito dell’applicabilità o meno delle ipotesi legali di “conversione” dei rapporti di lavoro invalidi di cui sopra.

In questo contesto normativo (più “antinomico” (che lacunoso), la dottrina e la giurisprudenza, nei modi e nei limiti che andiamo subito a precisare, hanno ritenuto, il più delle volte, *non applicabili* le ipotesi legali di conversione previste dal diritto comune/privato del lavoro, pure in mancanza di una deroga legale esplicita.

In particolare, in relazione alle società pubbliche, la dottrina e la giurisprudenza maggioritarie tendono ad individuare ed applicare la regola del *divieto di conversione* dei

(cfr. art. 38 d.lgs. n. 81/2015). Cfr. in generale Ciucciovino, *Il sistema sanzionatorio del contratto a termine e della somministrazione di lavoro dopo il jobs act*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2015, 148, p. 611

⁵⁷ Ai sensi dell’art. 3 comma 4 d.lgs. 17 luglio 2016, n. 136.

⁵⁸ Da ultimo Carinci M.T., *Processi di ricomposizione e di scomposizione dell’organizzazione: verso un datore di lavoro à la carte?*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 152, 2016, p. 734 che segnala la preferenza accordata nel nostro ordinamento al datore di lavoro sostanziale piuttosto che a quello formale. Cfr. anche Mazzotta, *Rapporti interpositori e contratti di lavoro*, Milano, 1979 e De Simone, *Titolarità dei rapporti di lavoro e regole di trasparenza. Interposizione, imprese di gruppo, lavoro interinale*, Milano, 1995.

⁵⁹ Cfr. Pinto, *Sui rapporti di lavoro alle dipendenze delle società in controllo pubblico e delle società in house*, cit., p. 236 che, però, fa riferimento all’art. 1374 cod. civ. sull’integrazione del contenuto del contratto. Si ricorda che, secondo la nuova disciplina prevista all’art. 19 d.lgs. 175/2016 gli incarichi di lavoro autonomo non devono più essere preceduti da una procedura di selezione ad evidenza pubblica come previsto dall’art. 18 d.lgs. 112/2008 fino al 2016.

⁶⁰ La medesima questione di compatibilità con la regola del concorso si pone, anche se in termini invero meno “gravi”, in relazione alla regola di diritto comune che riconosce ai lavoratori a tempo determinato il diritto di precedenza in caso di nuove assunzioni presso l’ente per cui è stata già prestata attività lavorativa in modalità flessibile (cfr. art. 24 d.lgs. n. 81/2015).

⁶¹ Cfr. art. 36 comma 5 del d.lgs. 165/2001 che continua precisando che “*il lavoratore interessato ha diritto al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative*”.

rapporti di lavoro⁶², anche se non mancano letture, invero molto caute, che considerano possibile (e auspicabile) una conclusione opposta nell'interesse dei lavoratori⁶³ e più coerente, almeno sotto il piano formale, con il rinvio al diritto comune, ora esplicitato nel d.lgs. 175/2016.

Diversamente, in relazione agli enti pubblici economici, la soluzione al problema dipende dal fatto che venga reperita o meno una disciplina *legale* speciale o singolare (cioè applicabile ad un unico ente pubblico economico) che imponga lo svolgimento del concorso pubblico. Quando questa manchi, come accade il più delle volte, la giurisprudenza ammette, a quanto consta unanimemente, la conversione dei rapporti di lavoro⁶⁴. Ciò è accaduto sia nei casi delle collaborazioni coordinate e continuative illegittime⁶⁵, sia in caso di illegittima apposizione del termine⁶⁶, sia, infine, in caso di interposizione illecita di manodopera⁶⁷. All'opposto, la giurisprudenza tende a rigettare le domande di "conversione" del rapporto di lavoro con un ente pubblico economico e a riconoscere solo un risarcimento del (comprovato) danno al lavoratore, quando l'ente coinvolto nel giudizio sia soggetto, come invero accade

⁶² Cfr., anche per ulteriori rinvii alla giurisprudenza Pinto, *Sui rapporti di lavoro alle dipendenze delle società in controllo pubblico e delle società in house*, in Fortunato, Vessia (a cura di), *Le "nuove" società partecipate e in house providing*, Milano, 2017, p. 237 e Raimondi, *Società a capitale pubblico, reinternalizzazioni e tipologie flessibili di manodopera*, in *Riv. giur. lav.*, 2014, 4, p. 565 che segnala e commenta Trib. Salerno, 1° ottobre 2013, Trib. Pescara, 16 novembre 2013, Trib. Pescara, 16 aprile 2013, Trib. Chieti, 18 settembre 2013 e Trib. Chieti, 3 ottobre 2013; da ultimo cfr. Cass. 1° marzo 2018 n. 4897 in *Arg. dir. lav.*, in corso di pubblicazione.

⁶³ Borgogelli, *Modelli organizzativi e tutele dei lavoratori nei servizi di interesse pubblico*, in *Dir. lav. rel. ind.* e in *Aa.Vv.*, *Frammentazione organizzativa e lavoro: rapporti individuali e collettivi: atti delle giornate di studio di Cassino, 18-19 maggio 2017*, Milano, 2018, in corso di pubblicazione, § 2.1. In giurisprudenza cfr. Trib. Lucca, 10 gennaio 2013, Trib. Firenze, 10 gennaio 2013 anche in *Riv. critica dir. lav.*, 2013, 1-2, p. 66 con nota di Ranfagni, Trib. Massa, 9 gennaio 2013, Trib. Roma, 7 ottobre 2014, Cass., 18 ottobre 2013, n. 23702 anche in *Ragusan*, 2014, 367-368, p. 196. Cfr. a proposito delle società pubbliche anche Fontana, *Il rapporto di lavoro nelle società pubbliche problemi applicativi e riforme legislative*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2014, 5, p. 707.

⁶⁴ Purtroppo non è chiaro, dalla lettura delle sentenze, se gli enti pubblici economici coinvolti fossero obbligati, come è piuttosto probabile, a svolgere concorsi privati in applicazione di contratti collettivi o di regolamenti aziendali, né è chiaro se questa circostanza avrebbe inciso o meno sulla decisione del giudice adito. Si tratta di un aspetto di grande interesse sotto il profilo ricostruttivo che meriterebbe maggiore approfondimento.

⁶⁵ Trib. Milano, 6 settembre 2013, n. 3001, in *De Jure*, Trib. Milano, 19 aprile 2013, n. 1627, in *De Jure*, e Trib. Milano, 17 maggio 2012, n. 2506, in *De jure*, che hanno riqualificato dei contratti di collaborazione a progetto come rapporti di lavoro subordinato a tempo indeterminato in capo ad un ente pubblico economico ai sensi dell'art. 69 d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276 allora vigente, poiché il progetto non era stato formalmente individuato.

⁶⁶ Cfr. Cass., sez. un., 9 marzo 2015, n. 4685, in *Mass. giust. civ.*, 2015 che, in caso di nullità del termine apposto ad un contratto di lavoro, ha ammesso l'instaurazione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato proprio sul presupposto dell'inesistenza, in capo all'ente chiamato in causa, di un obbligo di assumere con concorso (nel caso di specie, però, la Cassazione ha rinviato il giudizio al giudice del merito per accertare l'effettiva natura del datore di lavoro ed applicare il suddetto principio di diritto solo nel caso fosse stata confermata la sua natura di ente pubblico economico e non nel caso in cui l'ente fosse stato considerato ente pubblico non economico) e App. Firenze, 26 ottobre 2012, n. 1074, in *De Jure*. Cfr. inoltre Trib. Milano, 29 luglio 2014, n. 2515, in *De jure* che *non* ha "convertito" un rapporto di lavoro subordinato a tempo determinato in rapporto a tempo indeterminato ma dopo aver considerato legittima l'apposizione della clausola del termine, nel merito e verificando dunque il rispetto della disciplina di diritto comune allora vigente.

⁶⁷ Cass., 28 luglio 2009, n. 17497, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, 9, 1238 e Trib. Grosseto, 9 maggio 2006, in *Lav. giur.*, 2006, 11, p. 1135. Nel caso dell'interposizione di manodopera la giurisprudenza, nel vigore della l. 23 ottobre 1960, n. 1369 che ne esplicitava il divieto e l'illiceità, affermava che la sanzione della riconduzione del rapporto in capo all'effettivo utilizzatore prevista all'art. 1 comma 5 della legge, si applica(va) senza limiti agli enti pubblici economici ed alle imprese gestite da altri enti pubblici, "mentre gli enti pubblici non economici che non svolgono attività imprenditoriale sono assoggettati al divieto in questione limitatamente alle attività contenutisticamente imprenditoriali o comunque *latu sensu* imprenditoriali" (cfr. anche Cons. Stato, 25 luglio 2003, n. 4259, in *Foro amm. CDS*, 2003, p. 2201, s.m.). Sull'interposizione illecita di manodopera nel vigore della l. n. 1369/1960 cfr. ovviamente Mazzotta, *Rapporti interpositori e contratto di lavoro*, Milano, 1979, spec. p. 434.

raramente, ad una disciplina speciale che imponga la regola del concorso pubblico per l'assunzione del personale⁶⁸.

Volendo segnare la differenza rispetto all'argomento di cui al § 4, nei casi considerati da ultimo dottrina e giurisprudenza ricavano la regola derogatoria del diritto comune a seguito di una deduzione logico-giuridica che scaturisce (a loro dire, inevitabilmente) dall'applicazione di un'altra norma speciale (quella del concorso pubblico) esplicitamente posta dal legislatore e applicabile al datore di lavoro.

In questi casi, quindi, l'interprete non procede ad una preliminare riqualificazione soggettiva del datore⁶⁹ cui segue una (lineare) applicazione della disciplina speciale, ma sviluppa una particolare esegesi della regola del concorso pubblico che conduce a ricavare una diversa norma (implicita): quella del *divieto di conversione* dei rapporti non standard invalidi instaurati con società pubbliche o enti pubblici economici vincolati alla regola del concorso.

In sostanza, questa scelta esegetica si traduce in una applicazione, diretta o per analogia, della regola speciale fissata espressamente dall'art. 36 comma 5 d.lgs. 165/2001 solo nei confronti della pubblica amministrazione (ovvero degli enti pubblici non economici).

Questa tecnica interpretativa tuttavia entra in inevitabile tensione con il principio generale di rinvio al diritto comune previsto sia per le società pubbliche (artt. 1 e 19 del d.lgs. 175/2016) che per gli enti pubblici economici (art. 2093 c.c.), poiché esso impone un'interpretazione non estensiva né tantomeno analogica e, di conseguenza, una applicazione "stretta" del diritto speciale (art. 14 preleggi).

Più in generale, inoltre, anche in questo orientamento assolutamente maggioritario l'antinomia individuata nell'ordinamento viene risolta in ogni caso attraverso la disapplicazione del diritto comune e quindi tramite il sacrificio dell'interesse dei lavoratori alla "conversione" del rapporto, mai invece tramite il sacrificio, per lo meno in certi casi, della regola concorsuale. Eppure, quest'ultima non tutela un interesse sempre assolutamente prevalente rispetto a quello dei lavoratori, come la Costituzione chiarisce senza ombra di dubbio: sia per la sua generale impronta "lavorista", sia perché l'art. 97 Cost. autorizza il legislatore, non solo a disegnare con margini di discrezione i confini della "pubblica amministrazione" vincolata alla regola concorsuale, ma anche a stabilire delle eccezioni ad essa. Eccezioni che potrebbero essere individuate anche nelle ipotesi in cui il giudice si trovi nella situazione di dover preservare, oltre all'interesse pubblico, anche il diritto dei lavoratori a non subire le violazioni datoriali delle leggi in materia di lavoro flessibile. È chiaro che la "conversione" del rapporto, quando sia ipotizzabile una connivenza del lavoratore "precario", rappresenterebbe un *nonsense*, ma essa potrebbe tornare in auge quando la collusione del lavoratore coinvolto può essere esclusa, nonché quando la spesa pubblica possa sopportare il costo della sanzione, anche rivalendosi sui dirigenti responsabili.

⁶⁸ Cass., 2 marzo 2017, n. 5319, in *De Jure*, Cass., 1 marzo 2017, n. 5286, in *De jure* e Cass., 7 luglio 2017, n. 16940, in *De Jure* che hanno escluso la "conversione" del contratto di lavoro a tempo determinato stipulato con un ente pubblico economico nonostante l'illegittimità della clausola del termine impugnata, in ragione della previsione legale del concorso pubblico fissata dalla legge regionale (di una regione a statuto speciale) che aveva istituito lo stesso ente pubblico economico (trasformato solo successivamente allo svolgersi dei fatti in società per azioni).

⁶⁹ Con le difficoltà che essa comporta, come abbiamo visto *supra*.

Quanto fin qui detto, ad avviso di scrive, dimostra che la posizione ampiamente maggioritaria emersa in giurisprudenza e in dottrina, pur essendo fondata su argomenti convincenti, non è indiscutibile perché è il frutto di un percorso logico-giuridico solo apparentemente ineludibile, come dimostrano i possibili argomenti di segno contrario che qui si è provato ad esporre e su cui è certamente opportuno svolgere ulteriori approfondimenti.

Tutto quanto si è detto conferma l'urgenza di un intervento chiarificatore del legislatore ma dimostra, a nostro avviso, che tale intervento non deve necessariamente limitarsi a "consacrare" le soluzioni prevalse nel diritto vivente, ma potrebbe condurre a delle soluzioni non scontate, finalizzate a bilanciare meglio gli interessi in gioco, fra loro contrastanti ma tutti di rilievo costituzionale.