

IMPIEGO PUBBLICO: Pubblico impiego privatizzato – Dirigente – Conferimento incarico – Atto negoziale di natura privatistica – Società a partecipazione pubblica – Procedure concorsuali – Applicazione.

Cass. civ., Sez. Lav., 14 settembre 2022, n. 27126

- in *Giurisprudenza Italiana*, 11, 2022, pag. 2299 e ss., con commento a cura di Francesco Antonio Genovese.

Nel pubblico impiego privatizzato, l'atto di conferimento di incarichi dirigenziali integra una determinazione negoziale di natura privatistica, per la cui adozione l'amministrazione datrice non è assoggettata al rispetto della regola del concorso pubblico ma è tenuta ad osservare le norme di cui all'art. 19, comma 1, del d.lgs. 165 del 2001; ciò non vale nell'ambito delle società a partecipazione pubblica, atteso che l'art. 18 del d.l. n. 112 del 2008, conv. dalla l. n. 133 del 2008, applicabile "ratione temporis", ha esteso alle predette società le procedure concorsuali e selettive delle amministrazioni pubbliche, imponendo espressamente il rispetto dei principi stabiliti dall'art. 35, comma 3, del d.lgs. 165 del 2001, non solo per il reclutamento del personale ma anche per il conferimento degli incarichi.

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONE LAVORO

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. RAIMONDI Guido - Presidente -

Dott. PATTI Adriano Piergiovanni - rel. Consigliere -

Dott. GARRI Fabrizia - Consigliere -

Dott. PAGETTA Antonella - Consigliere -

Dott. CINQUE Guglielmo - Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

sul ricorso 27811-2016 proposto da:

A.S., elettivamente domiciliato in ROMA, VIA PREMUDA 2, presso lo studio dell'avvocato SERGIO LUCCHETTI, rappresentato e difeso dall'avvocato FRANCESCO TRUGLIO;

- ricorrente -

contro

TERRA DEI FENICI S.P.A. IN LIQUIDAZIONE, in persona del Liquidatore pro tempore, domiciliata in ROMA PIAZZA CAVOUR presso LA CANCELLERIA DELLA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE, rappresentata e difesa dall'avvocato PASQUALE PERRONE;

- controricorrente - avverso la sentenza n. 678/2016 della CORTE D'APPELLO di PALERMO, depositata il 21/07/2016 R.G.N. 1454/2014;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 08/06/2022 dal Consigliere Dott. ADRIANO PIERGIOVANNI PATTI;

il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. SANLORENZO Rita, visto il D.L. 28 ottobre 2020, n. 137, art. 23, comma 8 bis, convertito con modificazioni nella L. 18 dicembre 2020, n. 176, ha depositato conclusioni scritte.

Svolgimento del processo

1. Con sentenza 21 luglio 2016, la Corte d'appello di Palermo ha rigettato l'impugnazione di A.S. della deliberazione 20 settembre 2012 del C.d.A. di Terra dei Fenici s.p.a. - società d'ambito (ATO) costituita per la gestione integrata dei rifiuti con la partecipazione totalitaria dei Comuni del bacino territoriale della Provincia di Trapani - di risoluzione anticipata con efficacia ex nunc dell'incarico fiduciario quinquennale nelle funzioni di direttore generale conferito al predetto con contratto del 31 agosto 2009, siccome recesso ingiustificato ante tempus e le sue domande di condanna della società, previo l'accertamento dell'obbligo, al risarcimento del danno, pari alle retribuzioni dovutegli fino alla naturale scadenza del rapporto e al pagamento dell'indennità supplementare prevista dagli artt. 22 e 23 del CCNL dei Dirigenti delle Aziende Industriali. In accoglimento dell'appello principale della società e rigetto dell'incidentale del lavoratore, essa ha così riformato la sentenza di primo grado, che aveva rigettato la domanda di condanna al pagamento dell'indennità supplementare del secondo nei confronti della società d'ambito, che aveva invece condannato al risarcimento del danno richiesto, commisurato alle retribuzioni non corrisposte per tutto il periodo di durata legale del contratto (liquidato in misura complessiva di Euro 193.851,66), al diverso titolo di responsabilità precontrattuale, nei limiti del c.d. interesse negativo, a causa del legittimo affidamento suscitato nel dirigente dalla società medesima con la sua condotta, colpevole della stipulazione del contratto nonostante il divieto di legge.

2. La Corte territoriale ha qualificato l'ATO alla stregua di società in house (pertanto articolazione funzionale della P.A., con istituzione di un rapporto di servizio con i propri dirigenti), per la sua compagine azionaria a totale partecipazione pubblica, per il controllo dell'ente "analogo" a quello esercitato sui propri servizi diretti e per il fine prevalentemente pubblico di gestione integrata dei rifiuti, di evidente interesse per la comunità locale. In conseguenza della natura pubblicistica della

società (pertanto vincolata al rispetto delle procedure di reclutamento delle pubbliche amministrazioni, per il rinvio esplicito del D.L. n. 112 del 2008, art. 18, conv. in L. n. 133 del 2008, al D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 35: e quindi alla cogenza dell'obbligo di assunzioni mediante procedura selettiva, a norma del D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 19, L.R. n. 2 del 2007, art. 45, comma 2, L.R. n. 6 del 2009, art. 61, comma 4), essa ha così ravvisato la nullità del rapporto di lavoro a tempo determinato istituito dalla società con il dirigente, ai sensi dell'art. 21 regolamento del personale e delle procedure concorsuali, senza alcuna procedura selettiva, obbligatoria anche per le qualifiche apicali, come appunto quella conferita di direttore generale.

3. Tanto accertato, la Corte d'appello ha quindi ravvisato l'eccedenza da parte del Tribunale, rispetto al potere di qualificazione della domanda, dell'individuazione di una responsabilità precontrattuale della società, in difetto di una prospettazione da parte del lavoratore, nè sotto il profilo dell'allegazione, nè tanto meno della prova: nel caso di specie, dovendo piuttosto rinvenirsi la regola di giudizio nell'art. 2126 c.c., applicabile pure nel rapporto di pubblico impiego in funzione protettiva del prestatore, istitutiva della fictio iuris di sussistenza del rapporto, al solo fine di erogazione al lavoratore delle retribuzioni e competenze accessorie per il periodo di effettiva prestazione dell'attività, nonostante l'improduttività di effetti giuridici del contratto nullo.

4. Infine, essa ha ritenuto la coerente infondatezza dell'appello incidentale del lavoratore, di richiesta di condanna della società al risarcimento del danno patrimoniale da lucro cessante.

5. Con atto notificato 25 novembre 2016, il dirigente ha proposto ricorso per cassazione con unico motivo, cui la società ha resistito con controricorso e memoria ai sensi dell'art. 378 c.p.c. 6. A seguito di differimento in occasione di quella precedente, la causa è stata nuovamente fissata per la pubblica udienza odierna.

7. Il P.G. ha rassegnato conclusioni scritte, a norma del D.L. 28 ottobre 2020, n. 137, art. 23, comma 8bis inserito da L. conv. n. 176 del 2020, nel senso dell'accoglimento del ricorso.

8. Entrambe le parti hanno comunicato memoria ai sensi dell'art. 378 c.p.c.

Motivi della decisione

1. Con unico motivo, il ricorrente deduce violazione e falsa applicazione del D.Lgs. 25 gennaio 2008, n. 25, art. 35, D.L. n. 112 del 2008, art. 18 (conv. in L. n. 133 del 2008), D.L. n. 95 del 2012, art. 4, comma 13 (conv. in L. n. 135 del 2012), in relazione all'art. 21 del regolamento del personale e delle procedure concorsuali, L.R. n. 2 del 2007, art. 45, comma 2 L.R. n. 6 del 2009, art. 61, comma 4 per il richiamo fuorviante della Corte territoriale alla figura della società in house, non decisivo ai fini della qualificazione della natura giuridica della società ricorrente, in quanto persona giuridica di diritto privato, soggetta pertanto a tale regime e nel cui ambito il socio pubblico esercita

il potere di controllo, anche secondo una lettura costituzionalmente (Corte Cost. 28 marzo 2013, n. 50) ed Eurounitariamente orientata (essendo stato in particolare ricondotto, ai fini di negare la relazione in house, "il controllo esercitato dal Comune... su queste società... nei poteri che il diritto societario riconosce alla maggioranza dei soci": così, in particolare, CGUE 11 maggio 2006, in causa C-340/04, Carbotermo, p.to 38), avente uno scopo, incompatibile con quello pubblicistico, di natura lucrativa, consistente nella produzione di servizi in modo organizzato secondo criteri di economicità e professionalità, risultanti dallo statuto. Sicchè, deve essere ritenuto legittimo l'art. 21 del regolamento del personale e delle procedure concorsuali, di nomina del dirigente per reclutamento intuitu personae.

2. Esso è infondato.

3. In via di premessa, deve essere affermata la devoluzione con l'odierno ricorso dell'accertamento di applicabilità del regime (privatistico piuttosto che pubblico) di assunzione del lavoratore, con evidente riflesso sulla validità o meno del recesso ante tempus della società dall'incarico commissogli senza procedura di evidenza pubblica. Non si configura, pertanto, un difetto d'interesse del ricorrente, a causa della erroneamente supposta formazione di un giudicato sulla nullità del contratto di lavoro a tempo determinato, per violazione della L.R. n. 6 del 2009, art. 61, comma 4 (eccepita da Terra dei Fenici s.p.a. dall'ultimo capoverso di pg. 7 al secondo capoverso di pg. 9 del controricorso).

Al riguardo, sono noti i requisiti di formazione del giudicato, individuati con la locuzione giurisprudenziale "minima unità suscettibile di acquisire stabilità", costituita dalla sequenza logica di fatto, norma ed effetto giuridico: con la conseguenza che la censura motivata anche in ordine ad uno solo di tali elementi riapre la cognizione sull'intera statuizione, perchè, impedendo la formazione del giudicato interno, impone al giudice di verificare la norma applicabile e la sua corretta interpretazione (Cass. 4 febbraio 2016, n. 2217; Cass. 16 maggio 2017, n. 12202; Cass. 26 giugno 2018, n. 16853; Cass. 28 ottobre 2021, n. 30441).

3.1. Ed è proprio questa conseguenza a verificarsi nel caso di specie: l'impugnazione del regime giuridico applicabile al rapporto tra le parti (ravvisato dalla corte d'appello in quello pubblicistico) assorbe, infatti, "in radice" la questione di blocco temporaneo di assunzioni (all'interno di un tale regime) stabilito dalla L.R. n. 6 del 2009, art. 61, comma 4: sicchè, l'impugnazione di quello riapre anche la verifica (eventuale) anche di questa.

Peraltro, la norma regionale è stata pure impugnata dal lavoratore con appello incidentale, ritenuto dalla Corte d'appello "per logica transitività, destituito di fondamento... poggiante sulla irrilevanza della regola pubblicistica in confronto alla società d'ambito" (così al secondo capoverso di 7 della

sentenza), per effetto dell'accertata applicazione del regime pubblico di assunzione del personale, appunto assorbente.

3.2. In ogni caso, la questione non è dotata di una propria individualità nè rilevanza, così da risultare idonea a costituire un capo autonomo della decisione (Cass. 18 settembre 2017, n. 21566; Cass. 28 ottobre 2021, n. 30441).

4. Ancora in via di premessa, occorre pure dare atto della palese irrilevanza, ai presenti fini, della citata sentenza della Corte di Giustizia UE 11 maggio 2006, in causa C-340/04, Carbotermo, avendo essa ad oggetto una questione relativa alla direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/36/CEE (che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture), ostativa all'affidamento diretto di un appalto di forniture e di servizi, con prevalenza del valore della fornitura, a una società per azioni il cui consiglio di amministrazione possieda ampi poteri di gestione esercitabili in maniera autonoma e il cui capitale sia, allo stato attuale, interamente detenuto da un'altra società per azioni, della quale l'amministrazione aggiudicatrice a propria volta sia socia di maggioranza.

5. Nel merito della questione, ribadita l'accoglibilità del ricorso per una ragione di diritto anche diversa da quella prospettata da parte ricorrente, purchè fondata sui fatti come prospettati dalle parti, fermo restando che l'esercizio del potere di qualificazione non può comportare la modifica officiosa della domanda per come definita nelle fasi di merito o l'introduzione nel giudizio d'una eccezione in senso stretto (Cass. s.u. 11 febbraio 2015, n. 19704, in motivazione sub p.to 1, con richiamo di precedenti conformi), deve essere ribadito il consolidato indirizzo di questa Corte, in tema di reclutamento del personale da parte di società a partecipazione pubblica avente ad oggetto la gestione del servizio pubblico locale.

In base ad esso, si ritiene che il D.L. n. 112 del 2008, art. 18 conv. in L. n. 133 del 2008, nel testo applicabile *ratione temporis*, abbia esteso alle predette società le procedure concorsuali e selettive delle amministrazioni pubbliche (in virtù dell'esplicito richiamo del D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 35, comma 3 dei criteri e delle modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi), la cui omissione determina la nullità del contratto di lavoro, ai sensi dell'art. 1418 c.c., comma 1: nullità ora espressamente prevista dal D.Lgs. n. 165 del 2016, art. 19, comma 4, tuttavia non di portata innovativa, avendo la citata disposizione reso esplicita una conseguenza già desumibile dai principi in tema di nullità virtuali (Cass. 14 febbraio 2018, n. 3621; Cass. 7 febbraio 2019, n. 3662; Cass. 27 gennaio 2022, n. 2538; Cass. 11 febbraio 2022, n. 4571).

6. Nell'odierna controversia, si pone tuttavia la questione dell'applicabilità di tale norma, non già al reclutamento di personale in genere, bensì al conferimento di un incarico dirigenziale, in particolare

attribuito a A.S. da parte dell'A.T.O. Terra dei Fenici s.p.a., con contratto del 31 agosto 2009 per la durata quinquennale nelle funzioni di direttore generale, dal quale essa è receduta ante tempus con deliberazione 20 settembre 2012 del suo C.d.A. Giova allora osservare come l'art. 18 D.L. cit. stabilisca al comma 1, per le società che gestiscano servizi pubblici locali a totale partecipazione pubblica, l'adozione, con propri provvedimenti, di criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il "conferimento degli incarichi", nel rispetto dei principi di cui al D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 35, comma 3; e preveda al comma 2, per le altre società a partecipazione pubblica totale o di controllo, l'adozione, con propri provvedimenti, di criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il "conferimento degli incarichi": nel rispetto dei principi, anche di derivazione comunitaria, di trasparenza, pubblicità e imparzialità.

6.1. Nel caso di specie, rileva in particolare, per la natura della società (a partecipazione totalitaria dei Comuni del bacino territoriale della Provincia di Trapani) e l'oggetto della sua attività (gestione integrata dei rifiuti), la previsione del comma 1 dell'art. 18 in esame. Ed esso, anche per il "conferimento degli incarichi", impone esplicitamente il rispetto dei principi stabiliti dal D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 35, comma 3, individuati nei seguenti:

- a) adeguata pubblicità della selezione e modalità di svolgimento che garantiscano l'imparzialità e assicurino economicità e celerità di espletamento, ricorrendo, ove è opportuno, all'ausilio di sistemi automatizzati, diretti anche a realizzare forme di preselezione;
- b) adozione di meccanismi oggettivi e trasparenti, idonei a verificare il possesso dei requisiti attitudinali e professionali richiesti in relazione alla posizione da ricoprire;
- c) rispetto delle pari opportunità tra lavoratrici e lavoratori;
- d) decentramento delle procedure di reclutamento;
- e) composizione delle commissioni esclusivamente con esperti di provata competenza nelle materie di concorso, scelti tra funzionari delle amministrazioni, docenti ed estranei alle medesime, che non siano componenti dell'organo di direzione politica dell'amministrazione, che non ricoprano cariche politiche e che non siano rappresentanti sindacali o designati dalle confederazioni ed organizzazioni sindacali o dalle associazioni professionali.

Ma anche dall'art. 18, comma 2 come detto riguardante "altre società a partecipazione pubblica totale o di controllo", si trae, non soltanto per il reclutamento del personale, ma anche per "il conferimento degli incarichi", attraverso il richiamo al "rispetto dei principi, anche di derivazione comunitaria, di trasparenza, pubblicità e imparzialità", il chiaro rimando a procedure di cd. "evidenza pubblica".

6.2. Diversamente, nel pubblico impiego privatizzato, ai dirigenti non si applica l'art. 35 (e quindi, neppure il suo comma 3), rubricato "Reclutamento del personale" e contenuto nel Titolo II (Organizzazione), Capo III (uffici, piante organiche, mobilità e accessi) del D.Lgs. n. 165 del 2001. Ad essi si applica, invece, l'art. 19 stesso D.Lgs., rubricato "Incarichi di funzioni dirigenziali", contenuto nel medesimo Titolo II (Organizzazione), ma in un diverso capo (non più III: Uffici, piante organiche, mobilità e accessi; bensì) II (Dirigenza), il quale prevede in particolare che: a) per il conferimento di ciascun incarico di funzione dirigenziale, si tenga conto della natura e delle caratteristiche dei programmi da realizzare, delle attitudini e della capacità professionale del "singolo dirigente", anche in relazione ai risultati conseguiti in precedenza (di norma secondo il criterio della rotazione degli incarichi), non essendo ad esso applicabile l'art. 2103 c.c. (comma 1); b) tutti gli incarichi di direzione degli uffici delle amministrazioni dello Stato, anche ad ordinamento autonomo, siano conferiti a tempo determinato, secondo le disposizioni del presente articolo, abbiano durata non inferiore a due anni e non superiore a sette, con facoltà di rinnovo e siano definiti contrattualmente, per ciascun incarico, l'oggetto, gli obiettivi da conseguire e la durata salvi i casi di revoca di cui all'art. 21, nonchè il corrispondente trattamento economico (comma 2); c) detti incarichi di direzione degli uffici dirigenziali possano essere conferiti con contratto a tempo determinato (comma 6); d) i medesimi siano revocati nelle ipotesi di responsabilità dirigenziale per inosservanza delle direttive generali e per i risultati negativi dell'attività amministrativa e della gestione, disciplinate dall'art. 21 (comma 7).

Sicchè, nel pubblico impiego privatizzato, il conferimento di posizioni organizzative e di incarichi di alta responsabilità nell'ambito dell'organizzazione dell'ente non è assoggettato al rispetto della regola del concorso pubblico, perchè l'assegnazione delle predette funzioni costituisce espressione di discrezionalità amministrativa, con la conseguenza che la scelta operata deve solo rispondere ai principi di imparzialità, trasparenza ed efficienza che presiedono ad ogni attività amministrativa (Cass. 3 novembre 2021, n. 31421).

6.3. Per questa ragione, in tema di pubblico impiego privatizzato, l'atto di conferimento di incarichi dirigenziali integra una determinazione negoziale di natura privatistica, per la cui adozione l'amministrazione datrice è tenuta ad osservare le norme di cui al D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 19, comma 1 dovendo pertanto procedere, alla stregua delle clausole generali di correttezza e buona fede di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c. (e degli stessi principi evocati dall'art. 97 Cost.), ad una valutazione comparativa con gli altri candidati che contempli adeguate forme di partecipazione ai processi decisionali e sia sorretta da una congrua motivazione circa i criteri seguiti e le ragioni giustificatrici delle scelte adottate (Cass. 2 febbraio 2018, n. 2603; Cass. 9 marzo 2021, n. 6485).

Ma ciò non può valere nell'ambito delle società di gestione dei servizi pubblici locali a totale partecipazione pubblica, per le ragioni dette; altresì evidenziando come, con l'inserimento (ad opera del D.L. 1 luglio 2009, n. 78, art. 19 conv. in L. n. 102 del 2009, in vigore dal 10 luglio 2009, applicabile *ratione temporis* al contratto del 31 agosto 2009 del dirigente A.S.) nel D.L. n. 112 del 2008, art. 18, comma 2bis, siano state introdotte ulteriori limitazioni alle partecipate locali, per l'estensione di quelle poste alla amministrazione controllante (nella sua versione originaria e sino alla riscrittura operata dal D.L. n. 66 del 2014) in riferimento non solo al reclutamento del personale ed alla retribuzione, ma anche alle indennità ed alle consulenze.

7. Dalle argomentazioni sopra svolte discende allora l'applicabilità dell'art. 18 D.L. cit. e pertanto il rigetto del ricorso, con la compensazione tra le parti delle spese del giudizio, per la novità della questione affrontata e il raddoppio del contributo unificato, ove spettante nella ricorrenza dei presupposti processuali (Cass. s.u. 20 settembre 2019, n. 23535).

P.Q.M.

La Corte, rigetta il ricorso e dichiara interamente compensate tra le parti le spese del giudizio di legittimità.

Ai sensi del D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1 quater, dà atto della sussistenza dei presupposti processuali per il versamento, da parte del ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso, a norma dello stesso art. 13, comma 1 bis se dovuto.

Conclusione

Così deciso in Roma, il 8 giugno e, il 6 luglio 2022.

Depositato in Cancelleria il 14 settembre 2022