



Oggetto

**LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE  
SEZIONE LAVORO**

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. LUCIA TRIA - Presidente -  
Dott. ANNALISA DI PAOLANTONIO - Consigliere rel. -  
Dott. IRENE TRICOMI - Consigliere -  
Dott. MARIA LAVINIA BUCONI - Consigliere -  
Dott. DARIO CAVALLARI - Consigliere -

**Dipendente  
farmacia gestita  
da s.p.a.  
partecipata da  
ente locale  
Mansioni  
superiori  
Applicabilità art.  
2103 cod. civ.**

**R.G.N.8169/2018**

Cron.

Rep.

Ud. 04/07/2023

CC

ha pronunciato la seguente

**ORDINANZA**

sul ricorso 8169 – 2018 proposto da:

(omissis)

presso lo studio dell'avvocato (omissis)  
rappresentata e difesa dall'avvocato (omissis)

;

**- ricorrente-**

**contro**

(omissis)

SPA

– (omissis) SPA, in persona del legale rappresentante pro tempore,  
elettivamente domiciliata in (omissis) presso lo  
studio degli avvocati (omissis)  
che la rappresentano e difendono;

**- controricorrente -**

avverso la sentenza n. 760/2017 della CORTE D'APPELLO di  
L'AQUILA, pubblicata il 21/09/2017 R.G. n. 807/2016;  
udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del  
04/07/2023 dal Consigliere Dott. ANNALISA DI PAOLANTONIO



**RILEVATO CHE**

1. la Corte d'appello di L'Aquila, adita dalla s.p.a. (omissis) (omissis) -, ha riformato la sentenza del Tribunale della stessa sede che aveva accolto il ricorso di (omissis) (omissis) , accertato il diritto della stessa all'inquadramento, con decorrenza dal 18 gennaio 2013, nel livello 1S del C.C.N.L. per i dipendenti delle imprese esercenti farmacie gestite o partecipate dagli enti locali, aveva condannato la società al pagamento delle differenze retributive;
2. la ricorrente aveva agito in giudizio deducendo che, a partire dal 16 aprile 2012 ed a seguito del pensionamento del direttore della farmacia, era stata chiamata a ricoprirne il ruolo, a rotazione con altre due colleghe e per ripetuti periodi di durata prossima ai tre mesi;
3. il Tribunale aveva ritenuto applicabile l'art. 2103 cod. civ. ed aveva escluso che la società potesse invocare l'art. 10 della legge n. 475/1968, che prevede l'assunzione del direttore di farmacia a seguito di concorso, trattandosi di disposizione riferibile alle sole farmacie gestite nelle forme previste dall'art. 9 della stessa legge;
4. la Corte territoriale non ha condiviso il percorso argomentativo sulla base del quale il giudice di prime cure aveva accolto il ricorso e, richiamata giurisprudenza amministrativa e contabile, ha, in sintesi, ritenuto di poter estendere la disciplina dettata dal citato art.10 anche alle farmacie gestite con modalità diverse che, all'epoca, non potevano essere previste dal legislatore perché consentite solo successivamente;
5. il giudice d'appello ha aggiunto che, in ogni caso, alle società a totale partecipazione pubblica sono stati imposti vincoli, quanto alle assunzioni ed alla spesa per il personale, dal d.l. n. 112/2008, nelle diverse versioni succedutesi nel tempo, e, in particolare, l'art. 18 ha reso doveroso il reclutamento a mezzo di procedura concorsuale, da espletare nel rispetto dei principi di cui all'art. 35 del d.lgs. n. 165/2001;
6. per la cassazione della sentenza M (omissis) ha proposto ricorso sulla base di tre motivi, ai quali ha opposto difese con controricorso la (omissis) .p.a.;



7. entrambe le parti hanno depositato memoria.

### **CONSIDERATO CHE**

1. con il primo motivo, formulato ai sensi dell'art. 360 n. 3 cod. proc. civ., la ricorrente denuncia la violazione e falsa applicazione degli artt. 9 e 10 della legge n. 475/1968, dell'art. 18 del d.l. n. 112/2008, dell'art. 2103 cod. civ.;

deduce, in sintesi, che ha errato la Corte territoriale nel ritenere applicabile alla fattispecie il comma 4 dell'art. 10 della legge n. 475/1968, disposizione, questa, che presuppone la gestione diretta della farmacia da parte del Comune, in una delle forme previste dall'art. 9 della stessa legge;

aggiunge che in caso di costituzione di una società di capitali alla quale l'ente territoriale si limita a partecipare, sia pure in posizione di controllo, si realizza una scissione fra il Comune e la persona giuridica dallo stesso partecipata, dotata di autonoma soggettività, sicché non può operare la norma che impone all'amministrazione comunale di approvare il bando di concorso e di procedere alle conseguenti operazioni, non essendo ipotizzabile che il concorso pubblico possa essere bandito ed espletato da un ente diverso dal soggetto privato con il quale il rapporto di lavoro dovrà essere instaurato;

richiama i diversi orientamenti espressi da questa Corte sul rapporto fra l'art. 10 della legge n. 475 del 1968 e l'art. 13 della legge n. 300 del 1970 e deduce che il contrasto non ha rilievo nella fattispecie perché in quel caso veniva in rilievo l'esercizio di mansioni superiori in relazione alla gestione di farmacie gestite direttamente dall'ente locale;

assume che ha errato il giudice d'appello nel richiamare a sostegno della ritenuta infondatezza della domanda l'art. 18 del d.l. n. 112/2008 perché la norma si riferisce unicamente alla costituzione del rapporto e dalla stessa non si può evincere l'inapplicabilità dell'art. 2103 cod. civ. che attiene, invece, alla progressione di qualifica;

rileva, infine, che la nomina del direttore di farmacia poteva riguardare anche il personale già in servizio e non avrebbe comportato alcun aumento di spesa, perché ai farmacisti



chiamati a rotazione a ricoprire la qualifica superiore era stato corrisposto il trattamento economico corrispondente;

2. la seconda censura, formulata ai sensi dell'art. 360 n. 5 cod. proc. civ., denuncia l'omesso esame di fatto decisivo per il giudizio oggetto di discussione fra le parti, ravvisato dalla ricorrente nella mancata considerazione della disciplina dettata dalla contrattazione collettiva succedutasi nel tempo;

rileva che le parti sindacali hanno preso atto della mutata soggettività delle aziende farmaceutiche comunali e, a partire dal C.C.N.L. del 2013 per i dipendenti delle imprese gestite o partecipate dagli enti locali esercenti farmacie, non hanno riprodotto nell'art. 11, relativo al «mutamento di mansioni e di livello», la clausola che escludeva la definitività dell'assegnazione al livello superiore per le qualifiche in relazione alle quali il legislatore aveva richiesto l'espletamento del concorso pubblico;

3. il terzo motivo eccepisce, ex art. 360 n. 4 cod. proc. civ., la nullità della sentenza per motivazione apparente:

la ricorrente addebita alla Corte territoriale di avere motivato esclusivamente sull'applicabilità della legge n. 475/1968, che non era in discussione, trattandosi di disciplina che si estende anche alle farmacie gestite da privati;

nella fattispecie, invece, il giudice d'appello avrebbe dovuto esaminare il tema, diverso e specifico, della compatibilità degli adempimenti imposti al Comune dal comma 4 dell'art. 10 con la forma di gestione della farmacia per mezzo di società controllata, questione, questa, non affrontata dalla pronuncia gravata;

infine la ricorrente evidenzia che il giudice d'appello non ha pronunciato sulla legittimità dell'assegnazione reiterata a mansioni superiori per periodi tutti di poco inferiori a tre mesi e rileva, richiamando giurisprudenza di questa Corte, che detta assegnazione, provata da specifici ordini di servizio con i quali l'incarico era stato attribuito a rotazione, era chiaramente finalizzata ad impedire l'acquisizione del diritto alla promozione automatica;

4. il primo motivo è fondato, nei limiti e per le ragioni di seguito precisate;



non è questa la sede per ricostruire in dettaglio la complessa normativa inerente alle modalità di esercizio dell'attività di vendita al pubblico di farmaci, rispetto alla quale, da tempo, la giurisprudenza costituzionale (cfr. Corte Cost. nn. 150/2011, 430/2007, 448/2006) ha evidenziato che i poteri di programmazione, vigilanza e controllo attribuiti all'amministrazione pubblica trovano la loro giustificazione, pur a fronte dell'indubbia natura commerciale dell'attività, nell'esigenza di tutelare il diritto alla salute dei cittadini, atteso che con l'istituzione del Servizio Sanitario Nazionale le farmacie, pubbliche e private, sono state ritenute parte integrante del Servizio stesso, il quale, previo convenzionamento, se ne avvale per erogare l'assistenza farmaceutica alla popolazione ( art. 28 della legge n. 833 del 1978);

4.1. si è, dunque, in presenza di un servizio pubblico di natura economica (cfr. Cons. Stato Ad. Plen. n. 5/2022; C.d.S. n. 687/2022) ed è proprio l'interesse pubblico che giustifica la previsione, anch'essa risalente nel tempo, della possibilità della gestione delle farmacie da parte dei Comuni nel cui territorio le stesse sono ubicate;

4.2. in particolare l'art. 9 della legge n. 475/1968, nel testo modificato dalla legge n. 362/1991, prevede forme diverse di gestione da parte degli enti territoriali minori, stabilendo che i Comuni possono assumere la titolarità della farmacia e gestirla in economia, a mezzo di azienda speciale o di consorzi tra enti territoriali oppure « *a mezzo di società di capitali costituite tra il comune e i farmacisti che, al momento della costituzione della società, prestino servizio presso farmacie di cui il comune abbia la titolarità. All'atto della costituzione della società cessa di diritto il rapporto di lavoro dipendente tra il comune e gli anzidetti farmacisti*»;

si tratta, in quest'ultimo caso, di «un modello specialissimo di società a partecipazione mista per la gestione di servizi pubblici locali .....(che) valorizza una peculiare categoria di dipendenti dell'ente locale, i farmacisti, ...resi compartecipi dell'impresa pubblica...nel quale la società mista rappresenta la nuova veste gestionale di un servizio pubblico che il comune già svolgeva sotto altra forma...» ( Corte Cost. n. 116/2018);



4.3. il legislatore, peraltro, già con il successivo art. 12, comma 1, della legge n. 498/1992 ha legittimato gli enti locali a costituire «*appropriate società per azioni..... anche in deroga a quanto previsto dall'art. 9, primo comma, lettera d ), della legge 2 aprile 1968, n. 475...*» e ciò ha comportato, quanto alle forme di gestione, l'avvicinamento della disciplina del settore farmaceutico alla normativa generale sui servizi pubblici locali con rilevanza economica;

non a caso, negli anni, la giurisprudenza amministrativa e contabile è pervenuta ad escludere la tassatività delle forme indicate nel richiamato art. 9 ed a ritenere ammissibile l'affidamento del servizio a società di capitali a partecipazione totalitaria pubblica (*in house*), a società miste con socio privato individuato con gara pubblica, a terzi in concessione, previo esperimento delle procedure ad evidenza pubblica (cfr. fra le tante C.d.S. n. 687/2022; Corte dei Conti – Sez. Autonomie n. 18/2015);

5. ciò premesso, va osservato che qualora, come nella fattispecie, la farmacia venga gestita dal Comune non direttamente, bensì per il tramite di un soggetto giuridico diverso, la qualificazione dei rapporti che si instaurano con i dipendenti deve tener conto della diversa soggettività e della diversa natura giuridica, rispetto all'ente locale, del datore di lavoro, il quale, sia nel caso della società prevista dall'art. 9 lett. d) della citata legge n. 475/1968, sia nell'ipotesi di società a totale partecipazione o a controllo pubblico, è soggetto di diritto privato, con la conseguenza che il rapporto medesimo non può essere qualificato di impiego pubblico ed esula dall'ambito di applicazione del d.lgs. n. 165/2001;

6. quanto alla disciplina valgono, di conseguenza, i medesimi principi affermati da Cass. n. 35421/2022 in tema di società a controllo pubblico, in relazione alla quale, sviluppando l'orientamento più generale da tempo consolidatosi nella giurisprudenza delle Sezioni Unite (cfr. fra le tante Cass. S.U. n. 29078/2019, Cass. S.U. n. 21299/2017, Cass. S.U. n. 7759/2017, Cass. S.U. n. 26591/2016), si è detto che «*il rapporto di lavoro alle dipendenze delle società a controllo pubblico non è disciplinato dal d.lgs. n. 165 del 2001, bensì dalle*



*norme del codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro alle dipendenze di privati, che trovano applicazione in assenza di una disciplina speciale derogatoria. L'art. 18 del d.l. n. 112 del 2008..., che fa divieto alle società a partecipazione totale o maggioritaria ... di procedere all'assunzione di nuovo personale ed impone il contenimento della spesa per il personale, non comporta una deroga all'applicazione, quanto alla disciplina delle mansioni, dell'art. 2103 cod. civ.»;*

ad analoghe conclusioni Cass. n. 17631/2023 è pervenuta quanto all'applicabilità dell'art. 2103 cod. civ. ai rapporti di lavoro con enti pubblici economici nell'ipotesi in cui per l'instaurazione degli stessi la normativa imponga il previo superamento di una procedura concorsuale, ed anche in quel caso si è rimarcato che, atteso il carattere non novativo della promozione in corso di rapporto, non si può pretendere di desumere dalla regola concorsuale o selettiva fissata per l'assunzione anche la nullità (virtuale) dell'assegnazione a mansioni superiori, che sola, in difetto di applicazione dell'art. 52 del d.lgs. n. 165/2001, potrebbe giustificare la sottrazione alla disciplina generale dettata dalla disposizione codicistica; in quelle pronunce, alla cui motivazione si rinvia ex art. 118 disp. att. cod. proc. civ., si è precisato che, in ragione della diversità della disciplina e del sistema di inquadramento del personale, non si presta ad essere estesa alle società a controllo pubblico ed agli enti pubblici economici la giurisprudenza costituzionale sulla necessità del concorso pubblico anche per le progressioni di carriera in pendenza di rapporto di lavoro già costituito; i richiamati principi, condivisi dal Collegio e qui ribaditi, portano, quindi, ad escludere che la regola concorsuale imposta dall'art. 10 della legge n. 475/1968 per l'assunzione del farmacista direttore, così come quella fissata dall'art. 18 del d.l. n. 112/2008 per l'instaurazione del rapporto di lavoro con la società a controllo pubblico, possa indurre quali conseguenze l'inapplicabilità dell'art. 2103 cod. civ. al rapporto privatistico instaurato con il dipendente della farmacia e la giuridica impossibilità di attribuzione della qualifica di direttore al farmacista collaboratore già in servizio, in possesso dei necessari titoli, che sia stato assegnato dal datore all'espletamento delle



mansioni superiori, ove detta assegnazione si sia protratta oltre i termini previsti dal richiamato art. 2103 cod. civ., nel testo applicabile *ratione temporis*;

7. il principio, dal quale la Corte territoriale si è discostata, è assorbente rispetto ad ogni altra questione, ivi compresa quella dell'applicabilità dell'art. 10 alle società con partecipazione pubblica totalitaria o di controllo diverse da quelle previste dall'art. 9 lett. d) della stessa legge n. 475/1968, sicché, in accoglimento del primo motivo ( nei termini sopra indicati), la sentenza impugnata deve essere cassata, con rinvio alla Corte territoriale indicata in dispositivo che procederà ad un nuovo esame, attenendosi a quanto sopra enunciato e provvedendo anche al regolamento delle spese del giudizio di cassazione;

8. non sussistono le condizioni processuali richieste dell'art. 13, comma 1 quater, del d.P.R. n. 115/2002, come modificato dalla L. 24.12.12 n. 228, ai fini del raddoppio del contributo unificato.

### **P.Q.M.**

La Corte accoglie il primo motivo di ricorso, nei limiti indicati in motivazione, e assorbe le ulteriori censure. Cassa la sentenza impugnata in relazione al motivo accolto e rinvia, anche per il regolamento delle spese del giudizio di cassazione, alla Corte d'appello di L'Aquila, in diversa composizione.

Così deciso nella Adunanza camerale del 4 luglio 2023

Il Presidente

Lucia Tria





Numero registro generale 8169/2018

Numero sezionale 3403/2023

Numero di raccolta generale 25590/2023

Data pubblicazione 01/09/2023

