

“Progressioni verticali” nelle società a controllo pubblico: nessun obbligo di esperire procedure selettive e/o comparative

di F. Maffei - 23 Gennaio 2024

Con l’ordinanza del 1° settembre 2023, n. 25590 la Suprema Corte torna a pronunciarsi sulla disciplina applicabile alle cd. “promozioni” nelle società a controllo pubblico, sancendo l’applicabilità dell’art. 2103 c.c. ed escludendo la necessità del previo superamento di una procedura selettiva per conseguire una qualifica superiore, come invece previsto per l’impiego pubblico privatizzato.

La decisione della S.C. e i precedenti recenti cui si conforma (Cass., 1 dicembre 2022, n. 35421; Cass., 1 dicembre 2022, n. 35422 e Cass., 20 giugno 2023, n. 17631) mettono fine ad un annoso dibattito, che per anni ha impegnato dottrina e giurisprudenza con esiti peraltro incerti e contrastanti (per un riepilogo di tutto il dibattito Preteroti, *Sulla disciplina applicabile alle promozioni dei dipendenti delle società a controllo pubblico*, in *LPA*, 2023, 2, 259 ss.; Verzaro, *Accesso al lavoro e progressioni di carriera nelle società a controllo pubblico: la giurisprudenza conferma l’unum ius*, in *ADL*, 2023, n. 3, 646 ss.; Maresca, *Datore di lavoro (impresa pubblica)*, in *Enc dir*, 2023, 530 ss.; Torsello, *Sul diritto all’inquadramento superiore nelle società controllate*, in *LPA*, 3, 2023, 599 ss.; Romei-Serrapica, *La costituzione del rapporto di lavoro*, in Maresca-romei (a cura di), *Il rapporto di lavoro nelle società a controllo pubblico*, Milano, 2019, 53 ss. Si v. anche Nicosia, *Riflessioni sulla carriera del personale nelle società pubbliche*, in *LPA*, 2018, 4, 26 ss. secondo cui per le progressioni di carriera occorre una procedura selettiva e Altimari, *Diritto del lavoro e società pubbliche. Tra impresa e amministrazione*, Giappichelli, 2020).

Le ragioni del contrasto derivano sicuramente dal frastagliato quadro normativo che regola le società a controllo pubblico (pur dopo l’incontestabile sforzo fatto dal legislatore con il d.lgs. 175/2016) oltre che dalla natura ontologicamente anfibia di questi organismi che pur conservando un’anima pubblicistica (quanto a servizio reso, a principi regolatori e a capitale impiegato) vestono invece un abito totalmente privato, con conseguente applicazione ai rapporti di lavoro della disciplina codicistica, salve le deroghe espressamente previste dal legislatore.

In particolare, proprio sul tema delle mansioni superiori, la dottrina (Nicosia, op. cit.) e la giurisprudenza di merito (cfr. tra le altre App. Messina 10 febbraio 2020, n. 52; Trib. Napoli 14 febbraio 2019, n. 1085 e App. Catania 12 luglio 2019, n.780) avevano a lungo dubitato dell’applicabilità, ai rapporti di lavoro con le società pubbliche, dell’art. 2103 c.c. evidenziando come la natura pubblica del capitale impiegato dalla società controllata e la conseguente necessità di contenimento o comunque di controllo della spesa pubblica dovessero far propendere per l’estensione alle stesse del divieto di promozioni automatiche posto dall’art.

52 d.lgs. 165/2001 per l'impiego pubblico contrattualizzato. Ad indurre a questa ricostruzione erano non solo plurimi argomenti giuridici ma soprattutto i timori che, ricondotta la materia delle promozioni nell'alveo privatistico, si potesse assistere a incontrollati "scivolamenti" verso l'alto degli inquadramenti dei dipendenti, soprattutto in direzione della dirigenza. Con il rischio, tutt'altro che peregrino, di vanificare lo sforzo fatto dal legislatore, dapprima con l'art. 18, D.L. n. 112 del 2008 (applicabile *ratione temporis* al caso su cui la Suprema Corte si è pronunciata) e poi con l'art. 19 d.lgs. n. 175/2016 di preservare i principi di imparzialità e trasparenza anche per l'accesso nelle società pubbliche prevedendo l'obbligatorietà di una procedura selettiva per l'instaurazione dei rapporti di lavoro.

Con la decisione in commento, come già detto, la Suprema Corte, pur non rinnegando i rischi ora illustrati, sottolinea come la natura totalmente privatistica dei rapporti di lavoro con le società controllate impedisca di estendere ad essi le regole stabilite per rapporti di lavoro alle dipendenze della p.a., salvi i casi espressamente previsti dal legislatore. Pertanto, nell'attuale quadro normativo, i vincoli "para-concorsuali" sussistono solo per le nuove assunzioni ma non anche per i passaggi a qualifiche superiori, che ben potranno essere conseguite per lo svolgimento di fatto delle relative mansioni per il tempo stabilito dall'art. 2103 c.c. o in virtù di un'attribuzione discrezionale da parte del datore di lavoro. Nell'impiego privato d'altronde la promozione di un dipendente già in forze non ha carattere novativo e la diversità della disciplina e del sistema di inquadramento del personale, non rende possibile estendere alle società a controllo pubblico ed agli enti pubblici economici la giurisprudenza costituzionale (per una rassegna della giurisprudenza v. Allena-Trimarchi, *La Costituzione «dimenticata» il principio del concorso pubblico*, in *RTDP*, 2021, 1, 379 ss.) nata per l'impiego pubblico privatizzato sulla necessità del concorso pubblico anche per le progressioni di carriera in pendenza di rapporto di lavoro già costituito.

Certo, i rischi di un uso distorto o financo clientelare della disciplina delle mansioni rimangono evidenti ma nella sentenza n. 35421/2022 la Suprema Corte individua come soluzioni la responsabilità civilistica ed erariale in capo a chi abbia "strumentalmente" attribuito mansioni superiori e il rimedio civilistico della frode alla legge.

La decisione della Corte in commento, pur conformandosi a ormai consolidati orientamenti, si presenta particolarmente interessante perché il principio di diritto ivi affermato viene applicato ad un'ipotesi molto delicata di società a controllo pubblico (si tratta di una farmacia "comunale", ossia di un organismo che seppur costituito in forma privatistica è comunque parte integrante del Servizio sanitario nazionale) e soprattutto riguarda la "promozione" ad una qualifica dirigenziale (ossia al ruolo di direttore della farmacia per il quale si richiede di regola, invece, proprio per la delicatezza del ruolo ricoperto, il previo superamento di un concorso *ad hoc*).

Su quest'ultimo punto la Corte chiarisce che, nonostante la crucialità del ruolo direttivo e nonostante l'esistenza di una regola concorsuale imposta dal legislatore per l'assunzione del farmacista direttore, trovi comunque applicazione al rapporto privatistico instaurato con il dipendente della farmacia l'art. 2103 c.c. con conseguente possibilità per il farmacista collaboratore già in servizio, in possesso dei necessari titoli, che sia stato assegnato dal datore all'espletamento delle mansioni superiori, di vedersi attribuita la qualifica di direttore.

Francesca Maffei, assegnista di ricerca nell'Università degli Studi della Tuscia

Visualizza il documento: [Cass., ordinanza 1 settembre 2023, n. 25590](#)