

Le regole di ingaggio: quale disciplina del lavoro applicare

di F. Andretta - 2 Dicembre 2024

1. Le regole di ingaggio: natura pubblica dell'ente e dei rapporti di lavoro.

Una delle questioni principali da esaminare, in via assolutamente pregiudiziale allorché si intendano applicare le regole del pubblico impiego, risulta essere quella di vagliare se siamo di fronte ad un vero e proprio ente pubblico e quale sia l'effettiva natura dei rapporti di lavoro.

Infatti, per costante e consolidata nomofilachia delle più alte Corti italiane, alla natura dell'ente segue la natura dei rapporti di lavoro: concetto che una dottrina ha denominato "principio di coerenza".

Va, poi, effettuata la valutazione, immediatamente successiva, tesa a verificare se, nell'ambito delle norme regolatrici dell'ente, sussistono eccezioni tali da poter escludere la disciplina pubblicistica dei rapporti di lavoro.

In effetti, ed è solo questo il senso da attribuire al concetto di "specialità" del pubblico impiego, quale locuzione utilizzata dalla giurisprudenza: se, infatti, le regole dell'impiego privato costituiscono la disciplina di diritto comune dei rapporti di lavoro nell'ambito dell'ordinamento nostrano, si può affermare (ed esattamente in questi termini) che la disciplina pubblicistica dei rapporti di lavoro fa eccezione alla disciplina generale, quale *species* del più ampio *genus* dei rapporti di lavoro.

"Specialità" che si caratterizza per il venire in rilievo la figura pubblica datoriale che esprime i suoi atti di imperio anche attraverso l'organizzazione produttiva del lavoro e l'efficientamento delle risorse lavorative.

1.1. Il problema sorge quando la P.A. si spoglia dei suoi atti di imperio per delegare, a strutture organizzative e produttive più duttili (meno burocratizzate o più utili al raggiungimento delle finalità assegnate), il perseguimento di scopi sociali o per soddisfare primarie esigenze della comunità; a volte pur mantenendone, in una qualche misura, il controllo (*rectius*, come più avanti si metterà in evidenza, la vigilanza) del soggetto delegato: è il cd. principio di sussidiarietà sancito dall'art. 118, co. 4, Cost. (cfr. C. cost., n. 234/2010).

Il contributo offerto prende lo spunto proprio dalla disamina di uno di tali enti (le fondazioni lirico sinfoniche, oggetto delle distoniche sentenze nn. 5542 e 5556 del 22.02.2023 delle Sezioni Unite) onde risalire la china ai principi generali, o cd. regole di ingaggio, per le verifiche preliminari necessarie a stabilire se ad un determinato rapporto di lavoro (anche sotto il particolare lavoro a termine) si applicano le regole dell'impiego privato o quelle dell'impiego pubblico, in cui la bussola è l'art. 12 delle Preleggi.

Per tal guisa, si cercherà di esplicitare e sintetizzare al meglio le osservazioni utili all'individuazione delle questioni dirimenti.

2. Natura giuridica delle fondazioni lirico sinfoniche – diritto interno.

2.1. Va subito posto in evidenza che le fondazioni lirico sinfoniche (originariamente enti lirici, qualificati dalla giurisprudenza quali da enti pubblici economici – cfr., *ex pluribus*, Cass.,

sez. un, n. 10705/2003: “*La natura di enti pubblici non economici degli enti lirici è stata costantemente affermata dalla giurisprudenza di questa Corte, anteriormente al D.L. 11 settembre 1987, n. 374 convertito nella legge 29 ottobre 1987, n. 450 (vedi Cass., 2 marzo 1987, n. 2185; 29 giugno 1984, n. 3841; Cass., 29 giugno 1984, n. 3838).*”) hanno acquisito la natura di ente privato, secondo l’espressa disposizione dell’art. 1, co. 1, del D.Lgs. 134/1998 (in attuazione dell’art. 11, co. 1, L. 59/1997):

“gli enti autonomi lirici e le istituzioni concertistiche assimilate, già disciplinati dal titolo II della legge 14 agosto 1967 n. 800, sono trasformati in fondazione ed acquisiscono la personalità giuridica di diritto privato alla data di entrata in vigore del presente decreto”. In base al secondo comma dello stesso articolo “La fondazione subentra nei diritti, negli obblighi e nei rapporti attivi e passivi dell’ente, in essere alla data della trasformazione”.

2.2. Eppur vero che con la sentenza n. 503/2000 la Corte costituzionale ha dichiarato l’illegittimità costituzionale D.Lgs. 134/1998 per eccesso di potere conferito dalla legge delega L. 59/1997.

Ma il successivo D.L. 345/2000, convertito in L. 6/2001, ha nuovamente regolato la materia ed ha stabilito all’art. 1, co. 1, che gli enti autonomi lirici e le istituzioni concertistiche assimilate, già disciplinati dalla legge n. 800/1967, **“sono trasformati in fondazione ed acquisiscono la personalità giuridica di diritto privato a decorrere dal 23 maggio 1998”**.

Al co. 2, che *“La fondazione ... è disciplinata, per quanto non espressamente previsto ..., dal decreto legislativo 29 giugno 1996, n. 367, di seguito definito “decreto legislativo”, dal codice civile e dalle disposizioni di attuazione del medesimo.”*.

Al co. 3 che, nel proprio potere di autodeterminazione, le FLS devono dotarsi di un proprio Statuto *“... che ne specifica le finalità, con riferimento a quanto previsto dagli articoli 3 e 10 del decreto legislativo, in quanto compatibili.”*

Lo stesso D.L. 345/2000 rinvia, per quanto non disciplinato, al D.Lgs. 367/1996 e al codice civile ed alle sue disposizioni di attuazione, non mancando di specificare (art. 3): l’espressa inapplicabilità dell’art. 6, L. 407/1990, come modificato dall’art. 1 del D.Lgs. 503/1992, in tema di età pensionabile e prosecuzione del rapporto di lavoro, l’estensione dell’obbligo assicurativo contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali al personale artistico, specificamente individuato, e disciplinando la materia fiscale in tema di ritenute di acconto.

Nessuna ulteriore disposizione è dettata in tema di personale, che pertanto resta disciplinato dal D.Lgs. 367/1996, nonché dal codice civile, oltre a quanto sancito (come si rileverà in seguito, sul paragrafo della natura dei rapporti di lavoro) dall’art. 22, D.Lgs. 367/1996 e dall’art. 3, co. 5, del DPR 117/2021 (con conseguente inapplicabilità delle norme di cui al D.Lgs. 165/2001: cfr. già Cass., n. 3360/2005).

3.3. La natura privata delle FLS è stata confermata a più riprese (e mai smentita) dalla Cassazione a sezioni unite: sentenze n. 7862/2001, n. 14022/2001, n. 11560/2007, n. 5029/2010, n. 27465/2016, n. 18720/2019, n. 10244/2021.

Tra le citate merita di essere messa in rilievo proprio la sentenza della Cass., sez. un., n. 18720/2019, laddove assevera che:

– **capo 3.1:** *“la questione in esame involge la più ampia tematica della soggezione alle regole del diritto privato, e in particolare a quelle del lavoro nell’impresa, dei rapporti di lavoro instaurati da una società o un ente di diritto privato che abbia caratteri tali da poter essere qualificato come organismo di diritto pubblico, ovvero della estensione a tali soggetti dei principi che regolano il rapporto di lavoro pubblico, con particolare riferimento al tema delle assunzioni;”* a tempo indeterminato.

– **capo 3.2:** *“ora è jus receptum nella giurisprudenza di questa Corte ... (v. da ultimo, Cass. sez. un. 21/12/2018, n. 33212) [che] la regola generale è, invece, quella dell’applicabilità al personale delle società sottoposte a controllo pubblico della disciplina privatistica del lavoro subordinato nell’impresa;”*.

– **capo 3.3:** *“ne consegue che una deroga non può essere desunta dal sistema ma deve trovare un chiaro ancoraggio normativo;”*.

– **capo 5.:** *“la fondazione non è in alcun modo annoverabile tra le pubbliche amministrazioni indicate nell’art. 1, comma 2 del d.lgs.165/2001, ma è un soggetto di diritto privato: lo statuto è inequivoco in tal senso, come si desume dal nome iuris utilizzato, dal rinvio per la sua regolamentazione alle norme del codice civile, dalla sua struttura, costituita da un patrimonio vincolato al perseguimento di uno scopo di pubblica utilità, dall’atto costitutivo inter vivos posto in essere da una pluralità di fondatori, con la previsione dell’ingresso di altri soggetti che contribuiscono con i loro versamenti alla formazione del patrimonio comune e con il diritto di partecipare o sostenere le iniziative comuni;”*.

– **capo 5.1.:** *“a diversa conclusione, non potrebbe condurre l’ampia espressione contenuta nell’art. 7, comma 2 del d.lgs. n. 104 del 2010, a tenore del quale «Per pubbliche amministrazioni, ai fini del presente codice, si intendono anche i soggetti ad esse equiparati o comunque tenuti al rispetto dei principi del procedimento amministrativo»;”*.

– **capo 6.3:** *“inoltre, non può ignorarsi che la riserva della giurisdizione del giudice amministrativo in materia di procedure concorsuali, ex art. 63 comma 4 n. 165 del 2001, presuppone la finalità della instaurazione di un rapporto di lavoro pubblico, seppure contrattualizzato, alle dipendenze di una pubblica amministrazione e non può affatto configurarsi in funzione della **insorgenza di un rapporto di lavoro privato alle dipendenze di un ente di diritto privato** (v. per le fondazioni lirico sinfoniche, Cass., sez. un., 03/03/2010, n. 5029);”*.

– **capo 6.4.:** *“infine, non può non considerarsi quanto dispone l’art. 19 d.lgs. 19/8/2016, n. 175, secondo cui «Salvo quanto previsto dal presente decreto, ai rapporti di lavoro dei dipendenti delle società a controllo pubblico si applicano le disposizioni del capo I, titolo II, del libro V del codice civile, dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell’impresa, ivi incluse quelle in materia di ammortizzatori sociali, secondo quanto previsto dalla normativa vigente, e dai contratti collettivi»;”*.

– **capo 6.5 e sgg.:** *“il quadro si compone anche della recente pronuncia di questa Corte a Sezioni Unite del 27/3/2017, n. 7759 che, pronunciata con riferimento alle società in house, enuncia principi di carattere generale sul riparto di giurisdizione in materia di lavoro; in questa pronuncia si è sostenuto (richiamando Cass., sez. un., 1/12/2016, n. 24591, e Cass. 25/11/2013, n. 26283) che ... non implica che, anche sotto ogni altro profilo, l’adozione del paradigma organizzativo societario che caratterizza le società in house sia*

irrilevante e che le regole proprie del diritto societario siano poste fuori gioco: «sarebbe illogico postulare che la scelta di quel paradigma privatistico per la realizzazione delle finalità perseguite dalla pubblica amministrazione sia giuridicamente priva di conseguenze, ed è viceversa del tutto naturale che quella scelta, ove non vi siano specifiche disposizioni in contrario o ragioni ostative di sistema, comporti l'applicazione del regime giuridico proprio dello strumento societario adoperato» (così Cass., n. 7759/2017, cit.);».

2.4. Appare utile, all'uopo richiamare anche la pronuncia della Cass., sez. un., n. 10244/2021, che costituisce una *lectio magistralis* dei canoni interpretativi da utilizzare, secondo gli orientamenti consolidati delle più alte Corti interne, nella definizione della natura di un ente, sia essa pubblica o sia essa privata; non mancando, la pronuncia, di sottolineare che la volontà del Legislatore (anche ai sensi dell'art. 12 Preleggi), allorquando sancisce espressamente la natura privata o pubblica di un ente, risulta essere invalicabile e tale da doversi escludere qualsiasi nomofilachia diversa.

La pronuncia n. 10244/2021 parte proprio dall'incipit (cfr. capo 7, pag. 12 e sgg.) che “... **la scelta del legislatore di dichiarare formalmente un ente come pubblico**” (o come privato) esclude l'adozione di qualsiasi altro criterio interpretativo (diverso dall'art. 12 Preleggi), atteso che “... **l'art. 4 della legge 20 marzo 1975, n. 70, a norma del quale «Salvo quanto previsto negli articoli 2 e 3, nessun nuovo ente pubblico può essere istituito o riconosciuto se non per legge».**”.

Sicché, laddove sia lo stesso Legislatore a sancire, in maniera esplicita, la natura della personalità giuridica, non risulta essere possibile, per l'interprete giuridico, adottare una diversa interpretazione per il vincolo postone dalla espressa norma di legge. È, dunque, possibile, sancisce la sentenza in commento, che per alcune ipotesi (come quella dell'obbligo di appalto pubblico) l'ente, benché privato, sia soggetto alle norme pubblicistiche che per il venire in rilievo, da parte dello stesso, l'impiego di risorse pubbliche che vengono all'ente medesimo affidate dall'amministrazione pubblica (e che, per tal guisa, devono poter essere controllate dall'amministrazione stessa).

È questo, in breve, il concetto di “**enti a geometria variabile**” (concetto che risulta essere conforme alla disciplina SEC 2010 di cui al Reg. UE/549/2013, come vedremo in seguito).

2.4.1. In effetti, la pronuncia in commento evidenzia i principi fondanti, con una chiarezza così meridiana che risulta ineludibile riportarne gli stralci dei capi più significativi:

“6.1. Per Pubblica Amministrazione si intendono, dal punto di vista soggettivo, sia gli organi amministrativi dello Stato sia gli enti pubblici.

L'art. 28 della Costituzione costituisce il riferimento normativo per qualificare lo Stato – amministrazione come ente pubblico: mancano invece norme che definiscano l'«ente pubblico» in quanto tale o che offrano sicuri indici di riferimento per la collocazione della pluralità di organismi che operano nel settore della pubblica amministrazione sotto un unico paradigma.

A tal fine, la dottrina ha elaborato vari criteri. Quelli più comunemente proposti sono il fine dell'ente, il regime dei controlli, i rapporti con la finanza statale o regionale.

Ciascuno di essi, tuttavia, non è di per sé esaustivo e tutti mantengono un alto tasso di empiricità che li rende ambivalenti: quanto al fine, negli ordinamenti democratici moderni non si può più affermare che lo Stato sia l'unico depositario dei valori della comunità, ben potendo gli stessi essere perseguiti anche da soggetti privati; quanto ai controlli, è facile constatare che lo Stato controlla e sovvenziona numerose attività private che ritiene rivestano interesse per la collettività; quanto all'ultimo criterio, è anch'esso un indice insufficiente, numerosi essendo gli enti privati che ricevono finanziamenti dallo Stato e sono perciò obbligati a rendicontazione e finanche a bilanci preventivi.

6.2. *La progressiva frantumazione della pubblica amministrazione, con l'ingresso di nuovi soggetti e l'ampliamento delle funzioni svolte dagli apparati amministrativi, si riflette nell'evoluzione legislativa e giurisprudenziale: sotto il primo versante, sono significativi gli interventi del legislatore che sottopone, con espresse disposizioni, soggetti formalmente privati a regole pubblicistiche;”.*

6.3. *Anche la giurisprudenza amministrativa (Cons. Stato, sez. VI, 11 luglio 2016, n. 3043; Cons. Stato, Sez. VI, 26 maggio 2015, n. 2660) fa propria una nozione di pubblica amministrazione non più «statica» e «formale», bensì «dinamica» e «funzionale» (a «geometrie variabili»), nel senso che il concetto di ente pubblico muta a seconda dell'istituto o del regime normativo che deve essere applicato.*

Ciò implica che il riconoscimento ad un determinato soggetto della natura pubblica a certi fini non ne comporta l'automatica e integrale sottoposizione alla disciplina prevista in generale per la pubblica amministrazione: «al contrario, l'ordinamento si è ormai orientato verso una nozione “funzionale” e “cangiante” di ente pubblico. Si ammette senza difficoltà che uno stesso soggetto possa avere la natura di ente pubblico a certi fini e rispetto a certi istituti, e possa, invece, non averla ad altri fini, conservando rispetto ad altri istituti regimi normativi di natura privatistica» (Cons. Stato, n. 3043/2016, cit.).

La considerazione di soggetti formalmente o anche sostanzialmente privati come “enti pubblici” varia, così, da disciplina a disciplina e sta ad indicare non una diversa natura giuridica ma, semplicemente, l'applicazione di alcune regole in luogo di altre: può apparire dunque inutile, o addirittura (come opinano alcuni studiosi) sbagliato qualificare tali soggetti come “enti pubblici”: «la realtà è che, a seconda dei fini e dei casi, si applicano ad essi discipline tipicamente pubblicistiche e discipline tipicamente privatistiche. Alle certezze delle letture dicotomiche si sostituisce pertanto la continua e sempre mutevole ricostruzione degli istituti».

7. *Rimane, tuttavia, quale certo indice di riferimento la scelta del legislatore di dichiarare formalmente un ente come pubblico, perché tale dichiarazione vale, come è stato osservato in dottrina, quale «espressione riassuntiva» della normativa pubblica cui il legislatore vuole sottoporre l'ente. [NdR: cd. principio di coerenza].*

È dunque di fondamentale rilievo l'art. 4 della legge 20 marzo 1975, n. 70, a norma del quale «Salvo quanto previsto negli articoli 2 e 3, nessun nuovo ente pubblico può essere istituito o riconosciuto se non per legge».

7.1. *Questa Corte ha avuto modo di sottolineare come questa norma sancisca, con estrema chiarezza, il principio secondo cui l'esistenza di un ente pubblico dipende dall'espresso con-*

ferimento di tale qualifica da parte del legislatore, statale o regionale: **in altri termini, perché un soggetto possa essere qualificato come pubblico, non si può prescindere da una base legislativa che sottoponga quel soggetto ad un regime pubblicistico** (Cass., sez. un., 27 ottobre 1995, n. 11179; cfr. pure Cass., sez. un., 24 febbraio 1998, n. 1987, e Cass., sez. un. 9 marzo 2000, n. 2677, secondo cui l'art. 4 della legge n. 70 del 1975 stabilisce una riserva di legge di carattere relativo).

7.2. E anche in altre decisioni, al fine di escludere la qualità di ente pubblico di un soggetto, si è attribuita importanza dirimente alla mancanza di una norma attributiva della personalità giuridica pubblica (Cass., sez. un., 17 aprile 1982, n. 2334), ovvero alla mancanza di un'espressa qualificazione legislativa in senso pubblicistico (Cass., sez. un., 17 maggio 1984, n. 3017).

7.3. Si è precisato che, in difetto di questi requisiti, non è sufficiente ad attribuire la natura pubblicistica all'ente la presenza di taluni indici sintomatici, quali la natura pubblica degli enti che concorrono a formarlo (Cass., sez. un., 23 novembre 1993, n. 11541; Cass., Sez. Un., 17 aprile 1982, n. 2334 cit.); **il perseguimento delle finalità riguardanti i soggetti che lo hanno formato** (Cass., n. 11541/1993, cit.), specie se la coincidenza degli scopi e delle attività dell'ente non è integrale con i fini e gli scopi della pubblica amministrazione (Cass., n. 2334/1982 cit.); **la partecipazione ai suoi organi dei rappresentanti dei soggetti che l'hanno formato** (Cass., n. 11541/1993, cit.). **Infine, elemento decisivo per escludere la natura pubblicistica è il difetto dei poteri di imperio** (Cass., n. 3017/1984 cit. ...) [...].

“8.1. Tuttavia, è incontestato tanto in dottrina quanto in giurisprudenza che questa sottoposizione non riguarda l'intera vita dell'ente, ma solo alcuni segmenti della sua attività, ossia quelli strettamente legati all'affidamento dei contratti, ferma restando la possibilità per l'ente di ricorrere a strumenti di diritto privato per il raggiungimento delle finalità istituzionali cui è preposto (Cass. 30 settembre 2019, n. 24375; Cons. Stato, n. 3043/2016, cit.; v. anche Cons. Stato, 4 aprile 2019, n. 2217).” [...].

“8.3. In questa chiave deve essere letto e interpretato l'art. 2, comma 1, d.lgs. 2016, n. 175, a norma del quale «1. Ai fini del presente decreto si intendono per: a) «amministrazioni pubbliche»: le amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165 del 2001, i loro consorzi o associazioni per qualsiasi fine istituiti, gli enti pubblici economici e le autorità di sistema portuale». Ai fini della disciplina del testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, sono, dunque, amministrazioni pubbliche, per effetto del rinvio al d.lgs. n. 165 del 2001, recante le norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche, tutte le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e le 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, nonché gli ulteriori enti elencati.» [...].

“9.1. Vi è dunque, da parte del legislatore, un riconoscimento esplicito che anche soggetti privati possono curare interessi pubblici, e ciò conformemente alla nostra Costituzione per

la quale non esiste nell'ordinamento un insuperabile divieto ad affidare a soggetti privati lo svolgimento di funzioni amministrative (Corte Cost. sentenza n. 234/2010).

9.2. Questo affidamento di compiti a soggetti privati non è altro che una forma di attuazione del principio di sussidiarietà (art. 118, comma 4, Cost.), in forza del quale attività essenziali di natura pubblicistica vengono adempiute da organismi, diversi dalla pubblica amministrazione ma più vicini ai cittadini, e quindi, meglio in grado di soddisfarne i bisogni, in una prospettiva di cooperazione con lo Stato.

9.3. La categoria, di matrice dottrinale, in cui vengono inquadrati tali organismi, è quella degli «enti privati che curano interessi generali», anch'essi sottoposti ad una disciplina giuridica mista, tra pubblico e privato; in linea generale, essi si costituiscono nelle forme delle fondazioni di tipo associativo, delle associazioni e delle organizzazioni civiche.

L'elemento che caratterizza questi enti è l'atto costitutivo, frutto dell'autonoma iniziativa dei privati; la loro natura è solidaristica, non lucrativa, anche se in alcuni casi non è escluso l'elemento remunerativo.

9.4. La loro natura giuridica è indubbiamente privata e sono espressione di formazioni sociali costituzionalmente protette ai sensi dell'art. 2 Cost.; l'elemento di congiunzione tra l'iniziativa privata e le pubbliche amministrazioni è dato dalla iscrizione nei registri pubblici e dalle varie forme di accreditamento, in cui vengono definite le finalità di realizzazione di interessi generali.” [...].

2.4.2. Sicché, in assenza di una espressa qualificazione da parte del Legislatore, nel definire un ente come pubblico (o viceversa, in presenza di una espressa qualificazione privatistica dell'ente), non può darsi rilievo all'art. 2, co. 1, del D.Lgs. 175/2016 (**capo 12**); né tantomeno rilievo “*alla classificazione contenuta nell'art. 1, comma 2, d.lgs. n. 165/2001, trattandosi di norma che non riveste portata generale, in quanto volta a definire essenzialmente l'ambito applicativo della disciplina del lavoro pubblico*” (**v. capo 13**).

2.4.3. Neppure è decisivo il dato dell'inclusione nell'elenco stilato annualmente dall'ISTAT (**capo 15**): “*Tale elenco è stato istituito – come ha ricordato la Corte costituzionale (sentenza n. 7 del 2017, cit.) – in attuazione di precisi obblighi comunitari, sulla base di norme classificatorie e definitorie proprie del sistema statistico nazionale ed europeo, ai sensi del regolamento CE n. 2223/96 del Consiglio del 25 giugno 1996, modificato dal regolamento UE 549/2013 relativo al «Sistema Europeo dei Conti Nazionali e Regionali nell'Unione Europea» (SEC 2010).*” (**capo 15.1.**).

“Nella nota esplicativa dell'Istat, si chiarisce che, secondo il Sistema Europeo dei Conti (SEC 2010), le unità istituzionali vengono classificate «sulla base di criteri di natura prevalentemente economica, indipendentemente dalla forma giuridica assunta»” (**capo 15.2.**).

2.4.4. Infatti, la classificazione dell'ente come pubblica amministrazione è determinata solo “*da specifiche esigenze di settore (nella specie, di contabilità pubblica, interna ed europea), che non escludono la possibilità che i vari organismi appartengano a tipologie diverse, anche di tipo privatistico (si pensi, ad esempio, alle fondazioni lirico-sinfoniche, pacificamente qualificabili come enti privati e anch'esse inserite nell'elenco Istat: ma v. con riferimento alla Fondazione Teatro alla Scala di Milano, Corte conti, sezioni riunite, n.*

1/2020, che ha escluso la Fondazione dall'elenco delle amministrazioni locali redatto dall'Istat per il 2020).” (capo 15.3.).

Viene anche evidenziato: **capo “15.4.** *L’inserimento, dunque, altro non è che il riflesso della natura pubblica dei fondi di cui dispone l’ente e della correlata necessità che esso sia assoggettato alle regole di redazione del bilancio nonché ai controlli contabili tipici delle pubbliche amministrazioni, in attuazione del primo comma dell’art. 97 Cost., ai sensi del quale le «pubbliche amministrazioni, in coerenza con l’ordinamento dell’Unione europea, assicurano l’equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico» (legge cost. 20 aprile 2012, n. 1).”.*

2.4.5. Si evidenzia che **“Infine, non possono assurgere a valore classificatorio le disposizioni del d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33 (e successive modificazioni), avente ad oggetto il «Riordino della disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni», nel cui ambito di applicazione rientrano anche (ex art. 2-bis, comma 2, lett. c, introdotto dal d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97), le «associazioni, (al)le fondazioni e (a)gli enti di diritto privato comunque denominati, anche privi di personalità giuridica (...)» ...” (capo 16).**

2.4.6. In riferimento al criterio del controllo-vigilanza evidenzia che **“Quanto al controllo, ... Al riguardo sembra opportuno ricordare che, in conformità al diritto eurounitario, i poteri pubblicistici, dai quali inferire l’esistenza di un controllo da parte della Pubblica amministrazione su un ente non lucrativo, devono essere tali da consentire alla P.A. di «definire o fissare gli obiettivi dell’ente, le sue attività e i loro aspetti operativi, nonché gli indirizzi strategici e gli orientamenti che l’ente intende perseguire nell’esercizio di tali attività» (Corte di Giustizia, sent. 11 settembre 2019, C-612/17, punto 73, sulla domanda di pronuncia pregiudiziale vertente sull’interpretazione del regolamento UE n. 549/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2013, relativo al Sistema europeo dei conti nazionali e regionali nell’Unione europea, ...” – capo 17.3.).**

2.4.7. Nelle conclusioni, tirando le fila delle ampie osservazioni ed argomentazioni, le Sez. Unite in esame conferiscono rilevanza ai seguenti elementi (**capo 18 in poi**):

- *“l’assenza di un’espressa previsione normativa che la qualifichi come «ente pubblico» ai sensi dell’art. 4 della legge numero 70/1975, la forma giuridica prescelta ...”;*
- *“lo statuto è inequivoco in tal senso, come si desume dal nomen iuris utilizzato, dal rinvio per la sua regolamentazione alle norme del codice civile, dalla sua struttura, dall’atto costitutivo inter vivos posto in essere dai comuni promotori”;*
- *La sussistenza di “atti non riconducibili all’esercizio di alcun pubblico potere, in mancanza di specifiche disposizioni normative contrarie, ...” (cd. atti d’imperio).*

2.5. Tutti elementi che concorrono specularmente, con perfetta permeabilità, anche nelle fondazioni lirico sinfoniche; delle quali, però, il Legislatore (D.Lgs. 367/1996) se ne premurato di disporre espressamente la natura privata (artt. 1 e 4); ha sancito l’indipendenza e l’autonomia degli organi decisionali rispetto al controllo della P.A. vietandone espressamente l’ingerenza (artt. 10 e 13); ha sancito inequivocabilmente la disciplina privata dei rapporti di lavoro (art. 22, co. 1).

Con la riforma introdotta dal D.L. 59/2019 conv. in L. 81/2019, viene modificato l'art. 22, co. 2, sancendo espressamente che l'assunzione deve avvenire secondo i canoni di trasparenza e imparzialità tipici della P.A. (il rinvio, infatti, è posto solo in riferimento al comma 3 dell'art. 35 del D.Lgs. 165/2001, e non a tutto l'articolo 35 che disciplina il Reclutamento del personale). Continua a mancare del tutto qualsiasi funzione od attività delle FLS che possa esplicitarsi in atti riconducibili all'esercizio di un potere pubblico.

2.5.1. Natura privata che resta confermata anche dalle stesse Sezioni Unite con le sentt. n. 5542 e n. 5556 che, sul punto della applicazione della trasformazione in tempo indeterminato, si discostano (sancendo l'equiparazione della disciplina del lavoro a termine delle FLS a quello del D.Lgs. 165/2001 e, per l'effetto, imponendo l'applicazione del divieto assoluto di conversione di cui all'art. 36, co. 5) dal monolitico orientamento della Suprema Corte (cfr., *ex pluribus*, sulla natura privata delle FLS e dei rapporti di lavoro e dell'applicazione della sanzione della conversione in tempo indeterminato: decisioni n. 3360/2005, n. 2147/2011, n. 11573/2011, n. 18263/2013, n. 5748/2014, 5749/2014, n. 6547/2014, n. 7243/2014, n. 10122/2014, n. 10123/2014, n. 10124/2014, n. 10217/2014, 10924/2014, n. 11148/2014, n. 17064/2015, n. 18512/2016, n. 19189/2016, n. 208/2017, n. 620/2017, n. 9896/2018, n. 7475/2019, n. 8214/2019, n. 11121/2019, n. 11122/2019, n. 12776/2019, n. 23796/2019, n. 28409/2020).

Sul punto, appare necessario evidenziare due tra le varie pronunce già indicate per il particolare eloquenza ed incisività, da un lato, e per la figura del relatore.

2.5.2. Con la pronuncia n. 9896/2018, nel suo passaggio motivazionale più rilevante, la Cass. evidenzia che: *“Le motivazioni della sentenza impugnata sono corrette, intendendo il collegio dare continuità ai principi già affermati da questa Corte (Cfr. Cass. n. 5748 del 2014), secondo i quali, con il Decreto Legislativo 29 giugno 1996, n. 367, è stato avviato il procedimento di trasformazione degli enti lirici in fondazioni di diritto privato (articolo 1), demandato ad una delibera di trasformazione da assumersi dall'organo dell'ente competente in materia statutaria, nella forma di atto pubblico, entro il termine di tre anni dalla data di entrata in vigore del medesimo decreto (articolo 5). In definitiva la qualità dell'ente, mutata da pubblica amministrazione a figura soggettiva privata comporta la contestuale trasformazione della natura giuridica del rapporto di lavoro dipendente, che diventa un comune rapporto di lavoro subordinato, con salvezza di eventuali regole speciali dettate dalla normativa di trasformazione (cfr. Cass., sez.un., 3 marzo 2010, n. 5029). Si è in presenza non solo di una privatizzazione del rapporto di lavoro, bensì di una vera e propria privatizzazione del soggetto datore di lavoro”*.

2.5.3. Ed ancora la **pronuncia n. 28409/2020**, laddove al capo 6.9 sancisce, in sintesi, che: *“... il criterio per determinare la natura pubblica o privata di un ente deve fare i conti, da un lato, con l'art. 97, comma 2, Cost., il quale sancisce che «i pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge» e, dall'altro, con la disposizione dettata dall'art. 4 della L. 20 marzo 1975, n. 70, secondo la quale «nessun ente pubblico può essere istituito o riconosciuto se non per legge» (si veda anche Corte costituzionale n. 1179 del 1995)”*.

La stessa sentenza, al capo 6.2. in poi, assevera proprio il carattere di specialità della disciplina del lavoro a termine delle fondazioni quale *species* del *genus* del regime di diritto comune privato; l'insussistenza dell'obbligo del concorso pubblico di cui all'art.

97 Cost. ponendo espresso riferimento a quanto già asseverato da Cass. Sez. Unite sent. n. 27465/2016; **l'illegittimità del divieto di conversione per evitare l'ampliamento delle piante organiche delle fondazioni liriche** (cfr. tra le varie Cass., Sez. Un., sent. n. 894/1999); **l'inequiparabilità agli organismi di diritto pubblico anche nel senso ampliato.**

2.6. Conferma della natura privata delle fondazioni e dei relativi rapporti di lavoro viene offerta dalla stessa **Cost. con la sent. n. 260/2015** (il cui particolare valore di riferimento è nel suo assurgere a giudicato costituzionale in quanto sentenza interpretativa di accoglimento) che, vagliata la questione di legittimità dell'art. 40, co. 1-bis, D.L. 69/2013 (in riferimento al D.L. 64/2010), alla luce della propria sent. 153/2011 ed attraverso il richiamo tipico dell'art. 118 d. att. c.p.c., pone a fondamento delle proprie statuizioni quanto già ampiamente asseverato sopra dalle Sezioni Unite e refluìto nella giurisprudenza di legittimità della Sezione Lavoro della S.C., laddove, nell'incipit della fondatezza della non manifesta illegittimità costituzionale e nella sua digressione argomentativa motivazionale, assevera:

“Nel 2010 il legislatore si muove in un contesto profondamente mutato. Il decreto legislativo 29 giugno 1996, n. 367 (Disposizioni per la trasformazione degli enti che operano nel settore musicale in fondazioni di diritto privato) ha disposto la trasformazione degli enti di prioritario interesse nazionale, che operano nel settore musicale, in fondazioni di diritto privato (art. 1) e a tali fondazioni ha conferito una «personalità giuridica di diritto privato» (art. 4). La scelta di assoggettare i rapporti di lavoro dei dipendenti delle fondazioni alle disposizioni del codice civile e a una regolamentazione di matrice contrattuale (art. 22, comma 1) è coerente con le nuove previsioni, efficaci a partire dal 23 maggio 1998 (art. 1 del decreto-legge 24 novembre 2000, n. 345, recante «Disposizioni urgenti in tema di fondazioni lirico-sinfoniche», convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 26 gennaio 2001, n. 6).” [...].

“Per quel che attiene al secondo aspetto, rilevante nel presente giudizio, il legislatore si propone di fugare i dubbi che avevano accompagnato l'approdo delle fondazioni al regime privatistico. Tali dubbi erano, peraltro, circoscritti entro un arco temporale che, dalla trasformazione degli enti lirici in soggetti di diritto privato (23 maggio 1998), si estendeva fino all'entrata in vigore delle nuove regole sui contratti a tempo determinato, introdotte con il d.lgs. n. 368 del 2001 e finalizzate a evitarne l'abuso, in attuazione della direttiva comunitaria.”. [...].

“Il legislatore statuisce, per le fondazioni lirico-sinfoniche, un divieto assoluto di stabilizzazione del rapporto di lavoro «come conseguenza della violazione delle norme in materia di stipulazione di contratti di lavoro subordinato a termine, di proroga o di rinnovo dei medesimi contratti».

Come emerge dai lavori parlamentari e, in particolare, dalla relazione illustrativa del disegno di legge di conversione (A.S. n. 1014, XVII Legislatura) del d.l. n. 91 del 2013, il cui art. 11, comma 19, ultimo periodo, è l'antesignano della norma oggi impugnata, **l'esigenza di introdurre una norma interpretativa scaturisce da una «giurisprudenza estesa su tutto il territorio nazionale», che ha inteso in senso restrittivo il divieto di stabilizzazione sancito nel 2010, limitandolo alle ipotesi dei rinnovi. Il legislatore imputa alla giurisprudenza di**

avere travisato il senso del d.l. n. 64 del 2010, «che intendeva evitare la stabilizzazione dei rapporti di lavoro».

Confliggerebbe, dunque, con tale ratio legis l'interpretazione restrittiva, che, già prima dell'intervento della norma di interpretazione, aveva ricevuto l'avallo della Corte nomofilattica (Cass., sentenze 30 luglio 2013, n. 18263, e 26 maggio 2011, n. 11573, che inaugurano un orientamento conforme, riferito alla norma interpretata ed espresso, fra le molte, pur dopo l'entrata in vigore della norma interpretativa, da Cass., sentenze 19 maggio 2014, n. 10924, 12 maggio 2014, n. 10217, 27 marzo 2014, n. 7243, 20 marzo 2014, n. 6547, 12 marzo 2014, n. 5748).“ [...].

“La norma impugnata lede, in pari tempo, l'affidamento dei consociati nella sicurezza giuridica e le attribuzioni costituzionali dell'autorità giudiziaria (sentenza n. 209 del 2010, per l'indissolubile legame che unisce tali valori dello stato di diritto, posti in risalto anche dall'ordinanza di rimessione della Corte fiorentina).

L'affidamento, nel caso di specie, risultava corroborato da un assetto normativo risalente, imperniato sulla distinzione tra i rinnovi e le fattispecie di illegittimità originaria del contratto a tempo determinato, e da una giurisprudenza che gli stessi lavori parlamentari menzionano e che la legge interpretativa consapevolmente ribalta, ripercuotendosi sui giudizi in corso e su vicende non ancora definite.” [...].

“Nell'estendere il divieto di conversione del contratto a tempo determinato oltre i confini originariamente tracciati, includendo anche l'ipotesi di un vizio genetico del contratto a tempo determinato, la norma pregiudica un aspetto fondamentale delle tutele accordate dall'ordinamento ai rapporti di lavoro, in un contesto già connotato in senso marcatamente derogatorio rispetto al diritto comune.”.

2.7. Le pronunce di legittimità richiamate dalla C. Cost. nella sent. n. 260/2015 evidenziano il noto orientamento nomofilattico consolidato e monolitico (quantomeno dal 2011 a 2022, e mai messo in discussione sino alle ordinanze interlocutorie nn. 18865 e 18866 del 10.06.2022 e alle rispettive sentenze n. 5542 e n. 5556 del 22.02.2023), **secondo cui viene asseverata la natura privata delle fondazioni e dei rapporti di lavoro** costituiti alle loro dipendenze; e **sanciscono come le discipline derogatorie non possono far degradare le pretese dei lavoratori a termine alla costituzione dei rapporti di lavoro in tempo indeterminato a fronte dell'interesse aziendale al vincolo del pareggio di bilancio derivante dalla predeterminazione delle piante organiche:** Cass., sez. un., n. 894/1999.

Vincolo di bilancio sancito per mettere un freno a situazioni di scarsa considerazione delle risorse pubbliche derivanti dalle modalità e scelte gestionali operate dalle dirigenze apicali delle fondazioni liriche che hanno causato, nel tempo, una criticità economico finanziaria divenuta strutturale causata, come conclamato a più riprese dalla Sezione Controllo della Corte dei Conti, dalla scarsa considerazione delle risorse pubbliche in ragione delle modalità e scelte gestionali operate dalle dirigenze apicali delle fondazioni liriche.

Tanto che, sebbene alle FLS si applica lo statuto giuridico dell'imprenditore commerciale (in ragione dell'applicazione degli artt. 16, 2214 e 2423 e ss. del c.c. e dell'assoggettamento, in caso di insolvenza, all'istituto della liquidazione coatta amministrativa), per porre un freno alle esecrabili gestioni finanziarie della dirigenza apicale, il Legislatore è intervenuto (dap-

prima con la L. 100/2010, e poi) con la L. 112/2013 e la L. 106/2014, che hanno imposto una disciplina stringente nella gestione delle FLS al fine di imporre un riassetto gestionale ed organizzativo anche delle piante organiche (aspetto, quest'ultimo, che si è realizzato sull'intero territorio italiano solo dal 2022 e solo dietro l'impulso del D.L. 59/2019, conv. in L. 81/2019).

2.8. Sicché, è un dato acquisito, nel diritto interno, che gli ex enti lirici e le istituzioni concertistiche assimilate non fanno più parte del complesso delle pubbliche amministrazioni, come definito dall'art. 1, co. 2, del D.Lgs. 165/2001, con conseguente inapplicabilità delle norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche raccolte dall'indicato decreto (così, già Cass. sent. 3360/2005 e sentt. citate).

Si è in presenza, dunque, non solo di una privatizzazione del soggetto datore di lavoro, bensì di una vera e propria privatizzazione del rapporto di lavoro, disciplinato dalle norme di diritto comune.

3. Il valore di giudicato costituzionale della sentenza n. 260/2015

3.1. Secondo la costante interpretazione del Giudice delle Leggi, la violazione del giudicato costituzionale si configura solo in presenza di una riedizione del potere legislativo, successiva ad una pronuncia di illegittimità costituzionale, allorquando *“la nuova disposizione mantiene in vita o ripristina gli effetti della medesima struttura normativa oggetto della pronuncia di illegittimità costituzionale”*: C. cost., sentt. n. 236/2021 e n. 73/2022.

La **massima 44373 della sent. n. 236/2021** evidenzia che *“La violazione del giudicato, ai sensi dell'art. 136 Cost., si ha solo quando la nuova disposizione mantiene in vita o ripristina gli effetti della medesima struttura normativa oggetto della pronuncia di illegittimità costituzionale. (Precedenti: S. 272/2020 – mass. 43247; S. 256/2020 – mass. 42709; S. 101/2018 – mass. 41105; S. 231/2017 – mass. 41846; S. 72/2013 – mass. 37019).”*.

Il Giudice delle Leggi, con la sent. 260/2015, non dubita per nessuna ragione o caso che le fondazioni lirico sinfoniche debbano considerarsi un effettivo datore di lavoro privato e che i rapporti di lavoro siano soggetti esclusivamente alle norme che disciplinano il rapporto di lavoro privato. Tanto da asseverare che, in una disciplina caratterizzata da innumerevoli deroghe alla disciplina comune ed alle tutele predisposte dall'ordinamento interno (proroghe e rinnovi), la necessità di prevedere la sanzione della conversione in tempo indeterminato allorquando si sia di fronte alla violazione della causale (nullità genetica) del contratto a termine.

La Corte Cost. ha escluso l'esistenza, facendo propria la nomofilassi delle Sez. semplici ed Unite della Cassazione mediante l'espresso rinvio alle loro stesse pronunce (**capo 4.2.**: *“Confliggerebbe, dunque, con tale ratio legis l'interpretazione restrittiva, che, già prima dell'intervento della norma di interpretazione, aveva ricevuto l'avallo della Corte nomofilattica (Corte di cassazione, sezione lavoro, sentenze 30 luglio 2013, n. 18263, e 26 maggio 2011, n. 11573, che inaugurano un orientamento conforme, riferito alla norma interpretata ed espresso, fra le molte, pur dopo l'entrata in vigore della norma interpretativa, da Corte di cassazione, sezione lavoro, sentenze 19 maggio 2014, n. 10924, 12 maggio 2014, n. 10217, 27 marzo 2014, n. 7243, 20 marzo 2014, n. 6547, 12 marzo 2014, n. 5748).”*), nel

nostro ordinamento, di norme che impediscono la trasformazione in tempo indeterminato dei contratti a termine nulli per violazione della causale.

3.2. Infatti, tutta la giurisprudenza richiamata e fatta propria dai Giudici delle Leggi (ex 118 d. att. c.p.c.) afferma che i divieti intersettoriali non possono ostacolare la trasformazione in tempo indeterminato (cfr., per es., **la citata Cass., n. 6547/2014**, che compie un'ampia e analitica ricostruzione storica della fattispecie, mette in risalto, **ai capi 7.3 e 7.4**, che: *“In definitiva, la qualità dell’ente, mutata da pubblica amministrazione a figura soggettiva privata, comporta la contestuale trasformazione della natura giuridica del rapporto di lavoro dipendente, che diventa un comune rapporto di lavoro subordinato [NdR: principio di coerenza]. Si è in presenza non solo di una privatizzazione del rapporto di lavoro, bensì di una vera e propria privatizzazione del soggetto datore di lavoro. 7.4. Il rapporto di lavoro viene così per espressa disposizione di legge disciplinato dal D.Lgs. n. 367 del 1996, art. 22 e dal codice civile.”*; e, **al capo 10.10**, che *“un generale impedimento alla trasformazione del rapporto di lavoro a termine in rapporto a tempo indeterminato non può trarsi neppure dalle leggi che negli anni hanno imposto il divieto di assunzione di personale a tempo indeterminato per le fondazioni, in ragione del contenimento della spesa pubblica, divieto ribadito nel D.Lgs. n. 64 del 2010, art. 3, comma 5: si tratta di norme esterne alla fattispecie dedotta in giudizio, siccome riguardanti il funzionamento e l'autorganizzazione del datore di lavoro che, pur potendo incidere indirettamente sulla esistenza del rapporto di lavoro invocata dal privato, non possono far degradare la sua posizione di diritto soggettivo sorta in conseguenza di atti di gestione del rapporto di tipo privatistico (cfr, Cass., sez. un, 14 dicembre 1999, n. 894)”*).

Il Giudice delle Leggi, infatti, dichiara che *“È costituzionalmente illegittimo, per violazione degli artt. 3 e 117, primo comma, Cost., l’art. 40, comma 1-bis, del decreto-legge 21 giugno 2013, n. 69, convertito, con modificazioni, dall’art. 1, comma 1, della legge 9 agosto 2013, n. 98, nella parte in cui prevede che l’art. 3, comma 6, primo periodo, del decreto-legge 30 aprile 2010, n. 64, convertito, con modificazioni, dall’art. 1, comma 1, della legge 29 giugno 2010, n. 100, si interpreta nel senso che alle fondazioni lirico-sinfoniche, fin dalla loro trasformazione in soggetti di diritto privato, non si applicano le disposizioni di legge che prevedono la stabilizzazione del rapporto di lavoro come conseguenza della violazione delle norme in materia di stipulazione di contratti di lavoro subordinato a termine.”*

La pronuncia, proprio perché sentenza interpretativa di accoglimento della illegittimità dell’art. 40, co. 1-bis, D.L. 69/2013 conv. in L. 98/2013, costituisce di per sé un invalicabile giudicato costituzionale ai sensi degli artt. 134 e 136 Cost. e degli artt. 27 e 30 L. 53/1987.

3.3. Orbene, si mettano in comparazione la norma introdotta nel 2013 dichiarata illegittima secondo gli assetti della Costituzione e la norma introdotta nel 2019.

[L’art. 40, comma 1-bis, D.L. 69/2013, conv. con modificazioni in L. 98/2013](#), nel punto che interessa, dispone che *“alle fondazioni ... non si applicano le disposizioni di legge che prevedono la stabilizzazione del rapporto di lavoro come conseguenza della violazione delle norme in materia di stipulazione di contratti di lavoro subordinato a termine”*.

[L'art. 1, co. 1, del D.L. 59/2019, conv. con modif. in L. 81/2019](#), novella l'art. 29, D.Lgs. 81/2015 introducendo il comma 3-ter, ai sensi del quale *“La violazione di norme inderogabili riguardanti la costituzione, la durata, la proroga o i rinnovi di contratti di lavoro subordinato a tempo determinato di cui al comma 3-bis non ne comporta la conversione in contratti a tempo indeterminato.”*.

Dalla comparazione, posto all'evidenza l'eguale contenuto sostanziale delle disposizioni normative, ne derivano due evidenti conseguenze logiche e giuridiche:

– l'una, che l'art. 29, co. 3-ter, D.Lgs. 81/2015, reintroducendo nel 2019 lo stesso divieto di cui all'art. 40, co. 1-bis, D.L. 98/2013, per tutte le ipotesi di violazione delle norme di protezione contro l'abuso dei contratti a termine (oltre che per la causale, anche per i rinnovi, proroghe e durata massima), viola il giudicato costituzionale (pregiudicando *“l'affidamento dei consociati nella sicurezza giuridica e le attribuzioni costituzionali dell'autorità giudiziaria (sentenza n. 209 del 2010, per l'indissolubile legame che unisce tali valori dello stato di diritto, posti in risalto anche dall'ordinanza di rimessione della Corte fiorentina).”*: sent. n. 260/2015, capo 6).

Infatti, rileggendo la parte più pregnante dell'**ordinanza incidentale n. 234/2014, la Corte di Appello di Firenze** evidenzia:

“La normativa impugnata, carente di motivi imperativi d'interesse generale, frustrerebbe l'affidamento legittimo dei consociati e si tradurrebbe in un'arbitraria ingerenza nell'esercizio della funzione giurisdizionale, discriminando, senza alcuna ragionevole giustificazione, i lavoratori delle fondazioni lirico-sinfoniche rispetto agli altri lavoratori del settore privato.”.

– l'altra, che la nomofilachia della Cassazione offerta dalle cit. sentt. n. 5542 e n. 556, laddove assevera la prevalenza dei divieti di trasformazione in tempo indeterminato, costituisce una interpretazione contraria al giudicato costituzionale e, dunque, *contra legem*.

3.4. Per l'effetto, non potrà revocarsi in dubbio che la norma del 2019 costituisce un evidente regresso delle tutele secondo il diritto dell'Unione ai sensi della Clausola 8, par. 3, della Direttiva 70/1999/CE; soprattutto alla luce della recente sentenza, tra le varie, della Corte UE, su fattispecie del tutto sovrapponibile, del 11.02.2021, MV ed altri, causa C-760/18, [ECLI:EU:C:2021:113](#), capi 73 e 74:

*“73 – Orbene, secondo una costante giurisprudenza, **in pendenza del termine per il recepimento di una direttiva, gli Stati membri, destinatari di quest'ultima, devono astenersi dall'adottare disposizioni che possano compromettere gravemente il risultato prescritto dalla direttiva stessa** (sentenza del 13 novembre 2019, Lietuvos Respublikos Seimo narių grupė, C-2/18, EU:C:2019:962, punto 55 e giurisprudenza ivi citata). **A questo proposito poco rileva il fatto che la norma di diritto nazionale in parola, adottata dopo l'entrata in vigore della direttiva di cui trattasi, sia o meno finalizzata al recepimento di tale direttiva** (sentenza del 23 aprile 2009, Angelidaki e a., da C-378/07 a C-380/07, EU:C:2009:250, punto 206 e giurisprudenza ivi citata).”*.

*“74 – **Ne consegue che tutte le autorità degli Stati membri sono soggette all'obbligo di garantire la piena efficacia delle disposizioni del diritto dell'Unione, anche quando tali auto-***

rità modificano la loro Costituzione (sentenza del 23 aprile 2009, Angelidaki e a., da C-378/07 a C-380/07, EU:C:2009:250, punto 207 nonché giurisprudenza ivi citata).”.

4. Natura giuridica delle fondazioni lirico sinfoniche – diritto dell’unione

4.1. Collateralmente ai principi innanzi espressi, anche la giurisprudenza amministrativa specializzata in materia di enti pubblici e contabilità generale dello Stato risulta confermativa dei medesimi approdi; e sotto più profili. Tra le più varie e recenti, per completezza di argomentazioni si evidenziano la sentenza n. 1/2020 delle Sezioni Riunite e la sentenza n. 596/2018 della Sezione Controllo Appello.

Infatti, la **Corte dei Conti, Sezioni Riunite, con la sentenza n. 1/2020, al capo 6 in prosieguo**, chiamata a dirimere la controversia introdotta dal Teatro alla Scala di Milano, **conferma la natura privata delle fondazioni lirico sinfoniche anche alla luce del diritto dell’Unione (Regolamento 549/2013/UE e disciplina SEC 2010)**, così come interpretato dalla sent. del 11.09.2019 della CGUE, cause riunite C-612/17 e C-613/17, assevera l’assenza di un controllo pubblico in grado di etero-determinare le scelte organizzative e produttive delle fondazioni lirico sinfoniche (ed anzi rilevando che un controllo stringente o invasivo è manifestamente vietato dal D.Lgs. 367/1996): in effetti, manca, nelle previsioni normative e statutarie, così come nelle effettive dinamiche gestionali delle FLS in esame, la possibilità di ravvisare una effettività del controllo pubblico, ossia che *“la P.A. controllante eserciti effettivamente, realmente, stabilmente, permanentemente e sostanzialmente sull’ente non lucrativo un’influenza dominante e notevole”*.

Anzi, al contrario, conclude la Corte: *“... la normativa nazionale (art. 10 d.lgs. 29 giugno 1996, n. 367) prevede che “lo statuto del[ba] garantire l’autonomia degli organi della fondazione, i componenti dei quali non rappresentano coloro che li hanno nominati né ad essi rispondono”. Quindi, non soltanto lo statuto non contempla strumenti tecnici di coordinamento idonei a far prevalere la volontà della “parte pubblica” (complessivamente considerata), ma, all’opposto, esclude ogni tipo di influenza delle P.A. sulla politica e programmazione gestionale della Fondazione, la quale è rimessa esclusivamente agli organi interni dell’ente privato lirico-sinfonico”*.

4.2. Dall’altro lato, la Corte dei Conti, sez. II centr. app., con la sentenza n. 596/2018, evidenzia:

a) la perfetta autonomia patrimoniale delle fondazioni liriche rispetto alle casse erariali (non esiste, infatti, in alcun caso, ipotesi di cd. “danno erariale”);

b) dichiara il difetto della propria giurisdizione (in favore del giudice ordinario, alla stregua di quanto già sancito dalla **Cass., sez. un., n. 20075/2013**) in caso di danni arrecati, per responsabilità dei propri dipendenti o dirigenti, al patrimonio della fondazione (non avendo essi natura di danno erariale in ragione dell’autonomia patrimoniale, rispetto all’erario pubblico, delle fondazioni lirico sinfoniche ed assimilate, sebbene ricevano finanziamenti da Regione, Comune e Governo, oltre che da privati), in quanto danno *“... riferibile al patrimonio appartenente soltanto al predetto soggetto privato, e non anche ai singoli soci”*. **Il che, analogamente a quanto già asseverato, anche sulla natura privata delle fondazioni lirico sinfoniche ed assimilate, dalla Cass., sez. un., n. 26643/2016 e n. 2548/2018, e dalla III sez. centr. app. della Corte dei Conti, sentenza n. 494/2014.**

c) assevera come **la sentenza n. 2637/2006 della Cass., sez. un., e la sentenza n. 153/2011 della C. Cost., laddove dichiarano l'applicazione delle norme pubblicistiche alla Fond. Santa Cecilia ed alle fondazioni liriche in generale**, riconoscendo alle stesse la natura di organismo pubblico, **rilevano solo in quanto, da un lato, l'oggetto del giudizio concerneva l'applicabilità o meno del Codice degli Appalti Pubblici, in quanto organismi affidatari di pubblici servizi che, secondo la nozione di "enti a geometria variabile"** (in rispondenza degli istituti normativi applicabili in ragione al tipo di attività perseguito, da cui discendono diversi principi normativi e diverse finalità), **sono tenuti all'osservanza dei medesimi criteri di trasparenza e correttezza della P.A. nell'uso delle risorse finanziarie che vengono loro affidate. Principio espresso anche dalla Cass., sez. un., n. 14655/2011, n. 3692/2012 e n. 7293/2016, in riferimento alla società di capitali in house (aventi natura privata con applicazione del regime di lavoro dell'impiego privato).**

4.3. E, sotto altro ulteriore profilo, l'oggetto del giudizio incidentale di illegittimità costituzionale (sent. n. 153/2011) riguardava il potere normativo della regolamentazione e disciplina delle fondazioni lirico sinfoniche in un conflitto di attribuzioni legislative tra la Regione Toscana ed il Governo ai sensi della dell'art. 4 del D.L. 64/2010 (Disposizioni urgenti in materia di spettacolo e attività culturali), come convertito, con modificazioni, dalla L. 100/2010, promosse, in riferimento agli artt. 117, co. 3, 118 e 120 della Costituzione, nonché al principio di leale collaborazione: giudizio dichiarato estinto per cessazione della materia del contendere in ragione della sopravvenuta modifica normativa ad opera del legislatore (sebbene abbia incidentalmente, per consolidata giurisprudenza di Legittimità, espresso "*l'affermazione di una competenza esclusiva dello Stato*") e che, per propria natura non può assurgere a giudicato costituzionale vincolante per l'interprete giuridico e per il legislatore ai sensi dell'art. 136 Cost.

4.4. La giurisprudenza amministrativa speciale del **Consiglio di Stato** (*ex pluribus*, **sentenza 5617/2015**), proprio in relazione delle fondazioni lirico sinfoniche, ne conferma la personalità giuridica di ordine privatistico ai sensi del D.Lgs. 367/1996; ma ne evidenzia anche, in ragione delle attività finanziate per la maggioranza dallo Stato e delle finalità, di rilevante interesse, istituzionalmente perseguite, l'assoggettabilità al regime pubblicistico del Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE.

5. Il principio di coerenza tra natura dell'ente e natura dei rapporti di lavoro

Dalla giurisprudenza sopra richiamata si ricava (e viene messo in chiara luce) il principio consolidato dell'ordinamento interno secondo cui alla natura (pubblica o privata) del datore di lavoro corrisponde, per coerenza sistematica, la corrispondente natura (pubblica o privata) dei rapporti di lavoro.

Tra le tante, sul punto, basti osservare **Cass., n. 6547/2014**, che compie un'ampia e analitica ricostruzione storica della fattispecie e mette in risalto, **ai capi 7.3 e 7.4**, che: "*In definitiva, la qualità dell'ente, mutata da pubblica amministrazione a figura soggettiva privata, comporta la contestuale trasformazione della natura giuridica del rapporto di lavoro dipendente, che diventa un comune rapporto di lavoro subordinato*"; e richiama, sulla questione, **Cass., sez. un., n. 5029/2010**.

Principio confermato sia nell'ambito dell'impiego privato e sia nell'ambito del pubblico impiego, come si rileva anche dalla giurisprudenza a seguito riportata e che disamina le eccezioni al principio di coerenza.

5. 1. Eccezione al principio di coerenza: la voluntas legis

Tale principio viene evidenziato dalla stessa Giurisprudenza sopra richiamata anche nelle ipotesi in cui sono poste eccezioni dal Legislatore, il quale, in dissonanza tra natura dell'ente e natura dei rapporti di lavoro, sancisce espressamente la natura dei rapporti di lavoro assoggettandoli ad un regime diverso da quello generale, che deriva dalla natura dell'ente stesso.

Sul punto, tra le più recenti la pronuncia della **Cass., n. 12642 del 12.05.2021**, secondo cui ***“Va rammentato che, secondo la consolidata giurisprudenza delle Sezioni Unite di questa Corte, nel caso in cui sia la legge a qualificare espressamente come privato il rapporto di lavoro ... non si può pervenire ad una diversa qualificazione del rapporto stesso, valorizzando la natura del datore di lavoro e lo stabile inserimento nell'organizzazione amministrativa dell'ente, perché risulta essere prevalente, rispetto a detti criteri, la definizione normativa (Cass., sez. un., n. 14847/2006, n. 18622/2008, n. 24670/2009, n. 8985/2010).”***.

5.2. Stando, infatti, agli arresti delle pronunce sopra richiamate, la **, sez. un., n. 14847/2006**, sancisce il principio secondo cui l'utilizzo dei criteri nomofilattici per individuare la natura, privata o pubblica, di un rapporto di lavoro alle dipendenze di un ente, possono essere derogati a fronte di una espressa volontà legislativa (cd. vox iuris) che direttamente ed espressamente qualifica la natura di quel dato rapporto di lavoro: ***“... tale principio subisce deroga nel caso ... in cui sia la legge a qualificare privato il rapporto di lavoro. (Nella specie, in un caso relativo a controversia avente ad oggetto una vicenda che si collocava interamente prima del termine del 30 giugno 1998, previsto dall'art. 69, comma settimo, del d. lgs. n. 165 del 2001, le S.U., sul presupposto che nel testo stesso dell'art. 24 della legge 28 febbraio 1987, n. 56, si prevedeva la facoltà per il Ministro del lavoro e della previdenza sociale di nominare i direttori delle agenzie regionali per l'impiego con assunzione mediante contratto di diritto privato a termine e rinnovabile, donde la relativa qualificazione privatistica dell'inerente rapporto, hanno affermato la sussistenza della giurisdizione del giudice ordinario in ordine alla cognizione della causa intentata da un direttore dell'Agenzia Regionale per l'Impiego della Basilicata nei confronti del Ministero del lavoro e delle politiche economiche per il riconoscimento di alcune pretese economiche derivanti dal pregresso rapporto di lavoro, così cassando con rinvio la sentenza impugnata con la quale la Corte di appello aveva declinato la giurisdizione del giudice ordinario).”***.

In effetti, come si legge al **capo 2 della sentenza**, ***“nel caso in cui sia la legge a qualificare privato il rapporto di lavoro (conf. Cass., sez. un., 15 ottobre 2002, n. 14614; Cass., sez. un., 23 novembre 2000, n. 1202)”***, è stato ritenuto decisivo il fatto che il Legislatore faceva espresso riferimento ***“a rapporti di lavoro sorti con contratto di natura privatistica; ha quindi precisato che dovesse attribuirsi efficacia di qualificazione in senso privatistico di tali rapporti, ...”***.

5.3. Del pari tenore la **, sez. un., n. 18622/2008** (in relazione al conflitto di giurisdizione risolta in favore del giudice ordinario), in cui, gli autisti assunti a termine, per sopperire ad esigenze particolari del Ministero della Giustizia, reclamavano il riconoscimento

dell'indennità giudiziaria (art. 2, L. 221/1988) per il periodo di lavoro in costanza dei suddetti contratti (costituiti ai sensi del D.L. 232/1989, conv. in L. 261/1989), ha sancito che, in aderenza all'espressa *voluntas Legis* (che qualificava di natura privata i rapporti di lavoro intercorsi, l'inapplicabilità della disciplina del pubblico impiego del D.Lgs. 165/2001.

Ivi, infatti, si legge: ***“la legge si esprime chiaramente nel senso che si versa fuori dell'ambito della disciplina delle assunzioni temporanee di personale presso le Amministrazioni dello Stato dettata dal Decreto del Presidente della Repubblica n. 276 del 1971 di cui si stabilisce espressamente l'inapplicabilità, e che l'assunzione avviene mediante contratto di diritto privato, escludendo, quindi, sia il provvedimento unilaterale di nomina, essenziale per la costituzione del rapporto di pubblico impiego, sia l'applicazione della disciplina e dei principi di detto rapporto.”***

Infatti, al **capo 6**, si legge che, in deroga ai principi generali, ***“la pubblicità del rapporto, invece, deve escludersi sia nel caso di inserimento del lavoratore in una struttura separata ed autonoma dell'ente gestita con criteri imprenditoriali, sia nel caso in cui sia la legge a qualificare espressamente come privato il rapporto di lavoro, in deroga ai principi sopra enunciati (vedi, tra le numerose decisioni e limitando il richiamo a quelle che hanno riscontrato la suddetta deroga ai principi generali in forza di espressa qualificazione di legge, Cass. sez. un. 14 maggio 2007, n. 10939; 28 giugno 2006, n. 14847; 13 dicembre 2002, n. 17884; 3 ottobre 2002, n. 14221; 14 maggio 1998, n. 4876; 27 giugno 1987, n. 5722).”***

I principi generali, come si legge all'apice della motivazione della medesima sentenza, sanciscono che *“deve ravvisarsi un rapporto di pubblico impiego ogni volta che tra un ente pubblico ed un soggetto privato venga costituito un rapporto non occasionale di locazione di opere, con il conseguente inserimento del secondo nell'organizzazione amministrativa del primo, per il perseguimento di finalità attribuite al medesimo dalla legge, e tale natura pubblicistica dell'impiego non è esclusa né dalla mancanza di un atto formale di nomina, né dall'assenza di stabilità o dall'apposizione di un termine (essendo sufficiente che le prestazioni del dipendente abbiano carattere continuativo, ancorchè provvisorio), né, infine, dall'assoggettamento del rapporto alla disciplina sostanziale di diritto privato”*.

5.4. Parimenti, anche, **sez. un., n. 24670/2009**, laddove, su caso analogo, sanciscono che:

“Il rapporto di lavoro del personale operaio assunto dal Ministero dell'agricoltura e delle foreste, ai sensi dell'art. 1 della legge n. 124 del 1985, con contratto a tempo determinato o indeterminato, per la gestione conservativa del patrimonio della ex Azienda di Stato per le foreste demaniali, ha natura di rapporto di diritto privato, ponendosi detta normativa, come emerge dai lavori preparatori, in continuità con la disposizione di cui all'articolo unico della legge n. 205 del 1962, che prevede espressamente l'assunzione, da parte dell'amministrazione forestale, di operai con contratto di diritto privato e trovando conferma tale conclusione da una lettura sistematica della norma, la quale rinvia, in materia di assunzione e trattamento economico, alla disciplina del c.c.n.l. e alle norme sul collocamento, escludendo l'acquisizione della qualifica di “statale” all'operaio così assunto. Ne consegue che le relative controversie appartengono alla giurisdizione del giudice ordinario in quanto competente per gli ordinari rapporti di lavoro di diritto privato, senza che rilevi la qualità pubblica del soggetto datore di lavoro, né la disciplina dettata con i decreti legi-

slativi n. 80 del 1998 e n. 165 del 2001, dettata per i rapporti di pubblico impiego privatizzato.”.

5.5. **E così anche**, ma si potrebbe andare quasi all’infinito risalendo tutta la giurisprudenza menzionata negli stessi precedenti, **le sezioni unite, sent. n. 8985/2010**, laddove **“hanno escluso che – relativamente alle controversie in materia di assunzione promosse dai lettori universitari, collaboratori ed esperti linguistici di lingua madre – il rapporto dovesse essere qualificato di pubblico impiego, con conseguente necessità del pubblico concorso, attesa la natura speciale dell’art. 4 del d.l. n. 120 del 1995, convertito nella legge n. 236 del 1995, contenente la disciplina, privatistica, regolatrice del contratto di lavoro e delle funzioni degli “esperti linguistici di lingua madre””.**

6. Natura giuridica dei rapporti di lavoro alle dipendenze delle fondazioni lirico sinfoniche: art. 22, d.lgs. 367/1996.

6.1. Proprio in riferimento alla *voluntas legis* circa la natura dei rapporti di lavoro alle dipendenze delle fondazioni lirico sinfoniche, si evidenzia come l’**art. 22, co. 1, del D.Lgs. 367/1996** sancisca che **“I rapporti di lavoro dei dipendenti delle fondazioni sono disciplinati dalle disposizioni del codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell’impresa e sono costituiti e regolati contrattualmente”.**

Ed abbiamo già visto come tutta la giurisprudenza interna (con unica nota dissonante ed isolatissima delle sentt. n. 5542 e 5556 del 22.02.2023 delle sezioni unite della Cassazione) abbia statuito, sul punto, la natura privata dei rapporti di lavoro, l’applicazione delle regole generali della disciplina di diritto comune anche nell’applicazione della sanzione della conversione in tempo indeterminato.

6.2. Dirimente all’univoca volontà del Legislatore nel definire e regolamentare la natura privatistica dei rapporti di lavoro alle dipendenze delle FLS è anche l’**3, co. 5, del D.P.R. 117/2011** che costituisce il **“Regolamento recante criteri e modalità di riconoscimento a favore delle fondazioni lirico-sinfoniche di forme organizzative speciali, a norma dell’articolo 1, comma 1, lettera f), del decreto-legge 30 aprile 2010, n. 64, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 giugno 2010, n. 100”**, in vigore dal 23.07.2011 e mai modificato.

La norma citata espressamente sancisce che **“La fondazione lirico-sinfonica dotata di forma organizzativa speciale ha facoltà di contrattare con le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative un autonomo contratto di lavoro che regoli all’unico livello aziendale tutte le materie che sono regolate dal Contratto collettivo nazionale di lavoro (C.C.N.L.) di settore e dagli accordi integrativi aziendali. La definizione di tale autonomo contratto di lavoro è demandata all’autonomia negoziale delle parti sociali, previa dimostrazione alle autorità vigilanti della compatibilità economica-finanziaria degli istituti previsti e degli impegni assunti. In mancanza di accordo fra le parti, protrattasi per più di sei mesi, si applica il Contratto collettivo nazionale di lavoro (C.C.N.L.) delle fondazioni lirico-sinfoniche fino alla data di efficacia dell’autonomo contratto di lavoro, ai sensi della normativa vigente nel settore di riferimento.”**; tant’è che, per l’esercizio di tale potere contrattuale, le fondazioni si avvalgono dell’associazione sindacale datoriale ANFOLS (cfr. <https://www.anfols.it/chi-siamo/>).

La norma è certamente concludente nel potersi asseverare che il personale, per effetto della trasformazione e della espressa volontà del Legislatore, è trasformato a sua volta in personale di diritto privato, disciplinato dal codice e dalle leggi civili sul lavoro nell'impresa.

Tant'è che, per converso, all'ARAN è attribuito per legge (artt. 40, 40-bis e 41 del D.Lgs. 165/2001), quanto alla disciplina contrattuale collettiva dei rapporti di lavoro del pubblico impiego privatizzato, il potere di contrarre con le OO.SS. maggiormente rappresentative la disciplina dei relativi CCNL del comparto pubblico.

6.3. È noto che l'ARAN (Agenzia per la rappresentanza negoziale delle Pubbliche Amministrazioni) è un organismo tecnico, dotato di personalità giuridica di diritto pubblico e di autonomia organizzativa, gestionale e contabile; ed ha la rappresentanza legale di tutte le pubbliche amministrazioni in sede di contrattazione collettiva nazionale. L'Agenzia svolge ogni attività relativa alla negoziazione e definizione dei contratti collettivi del personale dei vari comparti del pubblico impiego, ivi compresa l'interpretazione autentica delle clausole contrattuali e la disciplina delle relazioni sindacali nelle amministrazioni pubbliche.

Il che implica, per inferenza logica e coerenza giuridica, che non si può applicare il Testo Unico del pubblico impiego (d.lgs. 165/2001), che disciplina il regime dei rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni e che contiene una serie di norme pubblicistiche derogatorie rispetto al diritto comune: **in breve, il modello organizzativo e gestorio dei rapporti di lavoro alle dipendenze delle FLS costituisce una *species* del più ampio *genus* dei rapporti di lavoro dell'impiego privato.**

7. Le società in *house providing*.

7.1. In maniera del tutto analoga, gli stessi principi sopra menzionati si rinvencono anche in relazione alle società *in house providing*, come statuito di recente sia dalle sezioni unite (ordinanza n. 18749/2023) e sia dalle sezioni semplici (ordinanze n. 27621/2023 e n. 30939/2023) della Cassazione.

7.2. Ritenuta la questione di massima rilevanza, le Sezioni Unite sono state interpellate sull'applicabilità dei principi codificati dall'art. 97 Cost. e del D.P.R. 487/1994 in relazione alla natura delle società *in house providing* ed alla natura della procedura selettiva per l'assunzione a tempo indeterminato: il caso è del tutto analogo a quello delle FLS.

Con l'ordinanza n. 18749 del 03.07.2023, dal capo 3, pag. 5 in poi, le sez. unite osservano che *“la disciplina dei rapporti di lavoro alle dipendenze della società a controllo pubblico è sempre stata saldamente ancorata al “lavoro nell'impresa”. Non si dubita, quindi, del fatto che la disciplina applicabile a tali società è quella privatistica mentre il tema che si pone riguarda le deroghe e le norme speciali che il legislatore ha di volta in volta dettato. Fino al 2008 non vi era vincolo di assunzione con pubblico concorso (ed infatti Cass., 1° agosto 2019, n. 20782, [...] ha affermato che, in tema di società a partecipazione pubblica, il reclutamento di personale effettuato nel periodo antecedente all'entrata in vigore dell'art. 18 del d.l. n. 112 del 2008 – che ha esteso alle predette società, nella ricorrenza di determinate condizioni, i divieti o le limitazioni alle assunzioni previsti per le p.a. – è regolato dal regime giuridico proprio dello strumento privatistico adoperato; v. in tal senso anche Cass., 29 maggio 2018, n. 13480 ...”.*

7.3. E che, solo “Con l’emanazione dell’art. 18 del d.l. n. 112/2008, conv. con modificazioni nella l. n. 133/2008 (norma intitolata “Reclutamento del personale delle aziende e istituzioni pubbliche”), al comma primo del testo originario era stato previsto che: «A decorrere dal sessantesimo giorno successivo all’entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto-legge, le società che gestiscono servizi pubblici locali a totale partecipazione pubblica adottano, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi di cui al comma 3 dell’articolo 35 del decreto legislativo n. 165 del 2001» ed al comma 2 che: «Le altre società a partecipazione pubblica totale o di controllo adottano, con propri provvedimenti, 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».”.

7.4. Sicché, “Da tale disposizione si è quindi passati all’impianto normativo di cui al d.lgs. n. 175 del 2016 che all’art. 19 ha eliminato l’indicata distinzione [...] prevedendo per tutte le società a controllo pubblico l’obbligo di stabilire con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale nel rispetto dei principi, anche di derivazione europea, di trasparenza, pubblicità e imparzialità e dei principi di cui all’articolo 35, comma 3, del d.lgs. n. 165/2001.”

In effetti, le sezioni unite del 03.07.2023, sottolineano che “La norma, nella parte in cui prevede l’applicazione delle disposizioni sul lavoro nell’impresa, salvo deroghe («1. Salvo quanto previsto dal presente decreto, ai rapporti di lavoro dei dipendenti delle società a controllo pubblico si applicano le disposizioni del capo I, titolo II, del libro V del codice civile, dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell’impresa, ivi incluse quelle in materia di ammortizzatori sociali, secondo quanto previsto dalla normativa vigente, e dai contratti collettivi»), costituisce, a ben guardare, l’approdo di una ricostruzione sistematica già fatta propria dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione, che, chiamate a pronunciare sul riparto di giurisdizione fra giudice ordinario, contabile ed amministrativo, avevano evidenziato che la partecipazione pubblica non muta la natura di soggetto privato della società la quale, quindi, resta assoggettata al regime giuridico proprio dello strumento privatistico adoperato, salve specifiche disposizioni di segno contrario o ragioni ostative di sistema che portino ad attribuire rilievo alla natura pubblica del capitale impiegato e del soggetto che possiede le azioni della persona giuridica (cfr. fra le più recenti Cass., sez. un., 1° dicembre 2016, n. 24591, confermativa di pronunce precedenti, e con riferimento ai rapporti di lavoro Cass., sez. un., 27 marzo 2017, n. 7759).

7.5. Per tal guisa, sul punto, le Sezioni Unite con l’ordinanza n. 18749/2023 non solo asseverano l’invalidità della *voluntas legis* nel sancire la natura privata delle società *in house* e della disciplina privatistica dei rapporti di lavoro, **ma sanciscono anche che non si applica appieno il principio del concorso nella portata dell’art. 97 Cost. e dell’attuario D.P.R. 487/1994, bensì solo i principi informativi codificati al co. 3 dell’art. 35 del D.Lgs. 165/2001** laddove si legge che: “Lo stesso risultato interpretativo è stabilito dalla sentenza n. 227 del 2013, dove la procedura dell’art. 18 viene indicata come “*paraconcorsuale*”. **Pertanto, hanno affermato le Sezioni Unite, il procedimento di cui all’art. 18, del d.l. n. 112 del 2008, non coincide con quello concorsuale di cui all’art. 35 d.lgs. n. 165 del**

2001: si tratta di un procedimento “intermedio”, che rispetta i principi del concorso pubblico ma non l’intera disciplina da esso imposta ed in particolare il d.P.R. n. 487 del 1994. [...] In sostanza, la disciplina che ha introdotto vincoli, limiti e procedure ad hoc in materia di reclutamento del personale, al fine di mettere un freno a situazioni di scarsa considerazione delle risorse pubbliche, non ha comportato una qualificazione delle previste selezioni quali pubblicistiche (e ciò a prescindere dalla terminologia eventualmente utilizzata per il reclutamento medesimo) tanto da fissare sulle stesse la giurisdizione del giudice ordinario.”.

7.6. Medesimo rinvio al solo co. 3, dell’art. 35, D.Lgs. 165/2001, si rinviene nella novella del 2019 della disciplina delle FLS: ossia **all’art. 1, co. 2, del D.L. 59/2019 conv. con mod. in L. 81/2019**, laddove impone, come tra l’altro già previsto anche dal CCNL (art. 1), l’adozione di procedure selettive per il reclutamento del personale a tempo indeterminato secondo i principi di trasparenza, pubblicità ed imparzialità alla stregua di come vengono codificati dal cit. comma 3.

7.7. Ed ancora, per l’effetto dell’orientamento sopra espresso, sull’applicabilità della sanzione della trasformazione in tempo indeterminato in caso di violazione della disciplina sul lavoro a termine, la , **ordinanza n. 27621/2023, al capo 2.**, sancisce che *“va premesso che, in base alla legge istitutiva, l’Agenzia delle Entrate Riscossione è un ente pubblico economico (art. 1 d.l. 22 ottobre 2016, n. 193, conv. con modificazioni dalla legge 1° dicembre 2016, n. 225), sottoposto all’indirizzo operativo e al controllo dell’Agenzia delle Entrate, sicché, non essendo equiparabile ad un’amministrazione dello Stato, non trova ad essa applicazione il divieto di conversione del rapporto a tempo indeterminato ex art. 36 comma 5 d.lgs. n. 165/2001; ”.*

7.8. In maniera del tutto analoga, proprio perché le FLS hanno, per espressa volontà del Legislatore, natura privata (art. 4, D.Lgs. 367/1996) ed i rapporti di lavoro sono disciplinati dalle norme dell’impiego privato (art. 22, D.Lgs. 367/1996, anche a seguito della riforma della L. 81/2019, che rinvia, anch’essa, al solo co. 3 dell’art. 35 del D.Lgs. 165/2001), sebbene sottoposte al controllo di vigilanza del Consiglio di Indirizzo (formato da rappresentanti di una pluralità di P.A. frazionata), non sono equiparabili, in nessun caso, ad un’amministrazione dello Stato e non sono soggette, quanto ai rapporti di lavoro, alla disciplina del T.U. del pubblico impiego.

7.9. Ed infine, da evidenziare, sempre in relazione alle società *in house*, a conferma dell’orientamento sopra riportato, **la Cass., n. 30939/2023 (del 07.11.2023), in relazione al Formez** (ente *in house*, soggetto al controllo-vigilanza del Dipartimento della Funzione Pubblica) **ha riconosciuto l’ente quale personalità giuridica di diritto privato per espressa volontà legislativa** (in maniera del tutto analoga alle FLS), dal che facendone derivare anche la natura dei rapporti di lavoro; **al capo 12 e sgg.** si legge che:

“12. Nella ricostruzione della figura giuridica di ente pubblico, questa S.C., pur prendendo atto della diffusione di una nozione “funzionale” e “cangiante” di ente pubblico, tale “a certi fini e rispetto a certi istituti” (v. Cass., se. Un., n. 10244/2021, pag. 11, § 6.3, relativa alla qualificazione giuridica dell’ANCI), ha, comunque, sottolineato il ruolo fondamentale della legge nella qualificazione di un ente come pubblico. Le Sezioni Unite citate, richiamato l’art. 4 della legge 20 marzo 1975, n. 70, [...], hanno ribadito come “questa nor-

ma sancisca, con estrema chiarezza, il principio secondo cui l'esistenza di un ente pubblico dipende dall'espresso conferimento di tale qualifica da parte del legislatore, statale o regionale: in altri termini, perché un soggetto possa essere qualificato come pubblico, non si può prescindere da una base legislativa che sottoponga quel soggetto ad un regime pubblicistico"; hanno precisato, richiamando specifici precedenti, che "in difetto di questi requisiti, non è sufficiente ad attribuire la natura pubblicistica all'ente la presenza di taluni indici sintomatici, quali la natura pubblica degli enti che concorrono a formarlo; il perseguimento delle finalità riguardanti i soggetti che lo hanno formato, specie se la coincidenza degli scopi e delle attività dell'ente non è integrale con i fini e gli scopi della pubblica amministrazione; la partecipazione ai suoi organi dei rappresentanti dei soggetti che l'hanno formato"; ... (v. Cass., sez. un., cit., pagg. 12-14, § 7).

13. Nella stessa pronuncia si è sottolineata l'ininfluenza, ai fini della natura pubblica dell'ente, della sua inclusione nell'elenco stilato annualmente dall'Istat, al fine di individuare i soggetti da inserire nel conto economico consolidato ai sensi dell'art. 1, comma 3, legge 31 dicembre 2009, n. 196 e successive modificazioni. Tale inserimento "altro non è che il riflesso della natura pubblica dei fondi di cui dispone l'ente e della correlata necessità che esso sia assoggettato alle regole di redazione del bilancio nonché ai controlli contabili tipici delle pubbliche amministrazioni, in attuazione del primo comma dell'art. 97 Cost." (sentenza cit., pag. 25, § 15).

14. In coerenza con i principi appena richiamati, successive pronunce di questa Corte hanno specificato che la strumentalità rispetto all'azione dell'ente pubblico e la partecipazione di quest'ultimo, anche totalitaria, non sono sufficienti, in difetto della già menzionata attribuzione di poteri di imperio, a far qualificare il soggetto giuridico di diritto pubblico, perché si tratta di elementi che si riscontrano anche per le società in house e per quelle controllate, in relazione alle quali le Sezioni Unite, con orientamento ormai consolidato che ha trovato riscontro nella disciplina dettata dal d.lgs. n. 175 del 2016, hanno da tempo affermato che la partecipazione pubblica non muta la natura di soggetto privato della società, la quale resta assoggettata al regime giuridico proprio dello strumento privatistico adoperato [...].

15. In conclusione, dunque, in difetto di espressa qualificazione normativa, di attribuzione di poteri di imperio, di assoggettamento degli atti compiuti dall'Istituto o dall'Associazione alla disciplina di diritto pubblico, si deve concludere per la natura privatistica di detti enti e dei rapporti di lavoro dagli stessi instaurati [...].

16. Nella fattispecie oggetto di causa, in mancanza di norme di legge che dichiarino la natura pubblica dell'associazione (omissis) o attribuiscano ad essa poteri di natura pubblicistica (non risulta acquisito in atti lo statuto di (omissis) e data la non significatività dei dati segnalati nel ricorso (come la partecipazione pubblica o l'inclusione nell'elenco Istat), deve affermarsi la natura giuridica di associazione di diritto privato di (omissis) secondo la espressa qualificazione normativa [...].

17. Dalla personalità giuridica di diritto privato di (omissis) discende la natura privatistica dei rapporti di lavoro dallo stesso instaurati, con conseguente applicabilità delle norme del codice civile e delle leggi sui rapporti di lavoro alle dipendenze di privati; tra queste, il d.lgs. n. 368 del 2001, con possibilità di conversione del rapporto di lavoro a tempo inde-

terminato ove sia dichiarata la nullità del termine apposto al contratto concluso tra le parti, mancando norme imperative settoriali di segno contrario.”.

8. La Rai – Radio Televisione Italiana

8.1. Sulla medesima falsariga, **in relazione ai rapporti di lavoro alle dipendenze della RAI** (attività d’impresa perfettamente comparabile a quella delle FLS in quanto afferente allo spettacolo dal vivo – in diretta o in differita televisiva -, ente soggetto al controllo pubblico del Governo e della Presidenza del Consiglio dei Ministri, beneficiaria di ingenti risorse finanziarie di matrice pubblica, indispensabili all’esercizio dell’attività produttiva ed organizzativa della televisione pubblica), ove si era posta la questione della natura dell’ente e dei relativi rapporti di lavoro onde verificare quale disciplina applicare, la , **sez. un., n. 28329/2011**, evidenzia che *“La RAI è poi sottoposta a penetranti poteri di vigilanza da parte della detta Commissione parlamentare (art. 50) e alla verifica dell’adempimento dei compiti affidata all’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (art. 48), nonché al controllo della Corte dei Conti (ai sensi dell’art. 2 della legge n. 259 del 1958, trattandosi di ente cui lo Stato contribuisce in via ordinaria’ e, dal 2010, a seguito del DPCM 10-3-2010, ai sensi dell’art. 12 della stessa legge, configurandosi, con riguardo alla intervenuta recente fusione sopra richiamata, la fattispecie tipica dell’apporto statale al patrimonio in capitale).”*; il che, in maniera del tutto analoga alle fondazioni lirico sinfoniche.

8.2. Le S.U. evidenziano che si è affermato che *“... la RAI è un’impresa pubblica (sotto forma societaria, in cui lo Stato ha una partecipazione rilevante) operante nel settore dei ‘servizi’ pubblici di telecomunicazioni radio e televisive in concessione, assoggettata, ai poteri di vigilanza e di nomina da parte dello Stato e costituita per soddisfare finalità di interesse generale, essa deve essere qualificata come “organismo di diritto pubblico tenuto ad osservare le norme comunitarie di evidenza pubblica, nonché le rispettive norme interne attuative, per la scelta dei propri contraenti in tutti gli appalti di valore eccedente le soglie indicate per i servizi di cui all’art. 7 del d.lgs. n. 158 del 1995 (ad eccezione delle sole procedure per l’aggiudicazione di appalti che siano relativi specificamente a servizi di radiodiffusione e televisione – settore “escluso” dalla Direttiva 92/50/CEE del 18 giugno 1992)”*, con le relative conseguenze in ordine alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ai sensi dell’art. 33, lett. d) del d.lgs. n. 80 del 1998 come sostituito dall’art. 7, comma 1, lett. a) della legge n. 205 del 2000 (v. Cass., sez. un., 23-4-2008 n. 10443). Nello stesso quadro, infine, pur sempre delimitato, va collocata la affermazione della sostanziale ‘assimilabilità’ della RAI ad un ente pubblico al fine della qualificabilità come danno erariale del danno cagionato dai suoi agenti e della conseguente loro assoggettabilità all’azione di responsabilità amministrativa davanti al giudice contabile, peraltro connessa al controllo ex l. n. 259 del 1958 al quale è assoggettata (v. Cass., sez. un., 22-12-2009 n. 27092)”.

8.3. Invece, le Sezioni Unite nell’ordinanza n. 28329/2011, contrariamente all’indirizzo appena sopra riportato, statuiscono che:

“Orbene, tali aspetti particolari, costituiscono pur sempre dei segmenti speciali di una disciplina che, comunque, per tutto quanto non diversamente disposto si rifà al regime proprio delle società per azioni. Del resto, la espressa configurazione per legge in tal senso non potrebbe di certo assumere una valenza assolutamente ‘neutrale’. In conclusione, la RAI-Radiotelevisione Italiana, anche se fortemente caratterizzata dagli evidenziati peculiari

aspetti e tuttora in mano pubblica, resta pur sempre una società per azioni, e ciò deve viepiù affermarsi a seguito della legge n. 112 del 2004 e del T.U. n. 177 del 2005 (in precedenza sulla natura privatistica della RAI v. fra le altre Cass. S.U. 26-11-1996 n. 10490, Cass. 13-8-2002 n. 12200). Sulla base di tale premessa deve quindi escludersi che, con riferimento alla stessa, possa applicarsi la riserva della giurisdizione del giudice amministrativo, “in materia di procedure concorsuali per l’assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni”, di cui all’art. 63 comma 4 del d.lgs. n. 165 del 2001. **La RAI, infatti, non è in alcun modo annoverabile tra le pubbliche amministrazioni indicate nell’art. 1 comma 2 dello stesso d.lgs.**”: in breve, come poi confermato dalle Sez. Unite, sent. n. 10244/2021 appresso in esame, va tenuta ferma l’espressa volontà del legislatore nel dichiarare la natura privata dell’ente (al pari delle FLS), con la sottoposizione dell’ente medesimo, quale ente a geometria variabile, delle sole discipline di diritto pubblico che più strettamente sono collegate all’esercizio delle funzioni pubblicistiche loro affidate.

Ai fini della qualificazione di un ente quale pubblico o cd. para-pubblico, evidenzia la pronuncia in esame, è dirimente, in ogni caso ed ove manchi una espressa *voluntas legis*, l’effettivo concretizzarsi del controllo pubblico: in termini di mera vigilanza o, per converso, di stringente ed invasiva determinazione delle scelte produttive od organizzative.

8.4. Infatti, sul punto, si legge: “**In definitiva ciò che è comunque essenziale è la riconducibilità dell’atto, del provvedimento o del comportamento all’esercizio di un pubblico potere (cfr. C. Cost., n. 191 del 2006, n. 35 del 2010), esercizio che è del tutto assente in capo alla RAI.** Alla luce, quindi, di quanto espresso nella richiamata Relazione, **deve escludersi qualsiasi incidenza innovativa dell’art. 7 comma 2 citato sulla estensione della giurisdizione amministrativa nella materia delle procedure concorsuali come prevista dall’art. 63 comma 4 d.lgs. n. 165 del 2001, tanto meno in combinato disposto con l’art. 18 comma 2 del d.l. n. 112 del 2008, conv. con l. n. 133 del 2008 (‘Le altre società a partecipazione pubblica totale o di controllo adottano, con propri provvedimenti, 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’).**” [...] “**L’obbligo, poi, di adottare i detti ‘criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi’, si inserisce pur sempre nell’agire (jure privatorum) della società, senza comportare esercizi di pubbliche potestà e senza incidere sulla giurisdizione. Inoltre, non può ignorarsi che la riserva della giurisdizione del giudice amministrativo in materia di procedure concorsuali, ex art. 63 comma 4 lgs. n. 165 del 2001, presuppone la finalità della instaurazione di un rapporto di lavoro pubblico, seppure contrattualizzato, alle dipendenze di una pubblica amministrazione e non può affatto configurarsi in funzione della insorgenza di un rapporto di lavoro privato alle dipendenze di una società per azioni.**”.

Esattamente gli stessi principi asseverati dalle Sez. Unite sin’ora esaminate in riferimento alle FLS.

9. Le Sezioni Unite del 22 febbraio 2023 hanno perso la bussola.

9.1. Le sentenze gemelle n. 5542 e n. 5556 del 22.02.2023, che hanno dato luogo ad un profondo *revirement* stravolgendo tutti i propri assetti giurisprudenziali su più punti dirimenti, valorizzano eccessivamente (con ciò ponendosi anche in netta antitesi con la Corte Cost. sent. n. 260/2015) la pronuncia della Consulta n. 153/2011 (tra l’altro, del tutto irrilevanti

sulla natura dei rapporti di lavoro e sulle tutele applicabili, trattandosi di una pronuncia di cessazione della materia del contendere e controvertente, come illustrano le sentt. n. 526/2018 e n. 1/2020 della Corte dei Conti in rassegna, sul conflitto di attribuzione di poteri e sulla applicabilità o meno del Codice degli Appalti pubblici – e pertanto inidonea a costituire “giudicato costituzionale”), sino a farne derivare in capo alle FLS una natura formalmente privata, ma sostanzialmente pubblica.

Con ciò, applicando inopinatamente la disciplina dei rapporti di impiego pubblico privatizzato, anziché del regime dell’impiego privato, in ragione di un giudizio comparativo tra i divieti nell’ambito dei rapporti a termine delle FLS e quelli codificati per il pubblico impiego: ossia, ravvisano nella disciplina del lavoro alle dipendenze delle fondazioni tratti di analogia e similitudine con la disciplina del pubblico impiego che, a ben guardare, non sussistono (o che comunque sono ravvisabili anche in altri enti, come nelle società *in house providing*, alle quali le stesse Sezioni Unite confermano la natura privatistica dei rapporti di lavoro optando per la sanzione della trasformazione in tempo indeterminato) e tanto basterebbe per elidere totalmente la volontà legislativa e sancire, *de iure condendo*, la nuova disciplina applicabile.

9.2. In esse si legge, infatti, andando al cuore della motivazione, che “*Si tratta di indici di una persistente rilevanza di tipo pubblicistico che hanno indotto la dottrina a ritenere l’intervenuta privatizzazione più formale che sostanziale e che sono stati valorizzati dalla Corte costituzionale nell’affermare che «la dimensione unitaria dell’interesse pubblico perseguito, nonché il riconoscimento della “missione” di tutela dei valori costituzionalmente protetti dello sviluppo della cultura e della salvaguardia del patrimonio storico e artistico italiano, confermano, sul versante operativo, che le attività svolte dalle fondazioni lirico-sinfoniche sono riferibili allo Stato ed impongono, dunque, che sia il legislatore statale, legittimato dalla lettera g) del secondo comma dell’art. 117 Cost., a ridisegnarne il quadro ordinamentale e l’impianto organizzativo.» (C. Cost., 21 aprile 2011 n. 153).*

Il limite posto alle facoltà assunzionali delle fondazioni e gli stringenti obblighi fissati in tema di determinazione delle dotazioni organiche disvelano un approccio di tipo pubblicistico alla questione del contenimento della spesa per il personale, reso necessario dalla situazione deficitaria delle fondazioni, tanto che i commentatori della normativa snodatasi nel tempo non hanno esitato nel definire anomala la disciplina che, pur a fronte dell’intervenuta attribuzione della personalità giuridica di diritto privato, assegna al Ministero vigilante un penetrante potere di intervento, anche attraverso la riserva a quest’ultimo del potere di autorizzazione, in deroga, di nuove assunzioni.

A fronte degli interessi di carattere generale che costituiscono il substrato e la ratio degli interventi normativi, non si può, dunque, ritenere che le conseguenze della violazione del divieto di assunzione debbano rimanere circoscritte alla responsabilità gestionale e contabile degli amministratori che quelle assunzioni hanno disposto perché, come già evidenziato da Cass. sez. un., n. 26704/2007 [NdR: sentenza sul lavoro pubblico, inapplicabile al caso delle fondazioni] «se il legislatore vieta, in determinate circostanze, di stipulare il contratto e, nondimeno, il contratto viene stipulato, è la sua stessa esistenza a porsi in contrasto con la norma imperativa; e non par dubbio che ne discenda la nullità dell’atto per ragioni – se così può dirsi – ancor più radicali di quelle dipendenti dalla contrarietà a norma imperativa del contenuto dell’atto medesimo».”.

9.3. Dal che, facendone derivare, ai fini sanzionatori, l'applicazione dell'art. 36, co. 5, D.Lgs. 165/2001 anche ai rapporti di lavoro delle fondazioni, sebbene il Legislatore ne abbia espressamente sancito la natura privata; e, dunque, solo la sanzione pecuniaria risarcitoria forfettizzata.

Sul punto, brevemente, corre necessario porre mente al fatto che le cd. nullità di protezione (a cui sono correlate le tutele del lavoro, sia privato e sia pubblico, quale diritto non solo fondamentale, art. 1 e 4 Cost., ma anche diritto umano, come ci illustrano anche gli artt. 36 e 37 Cost.) non costituiscono mere norme imperative, ma norme di ordine pubblico e, per tal guisa sempre inderogabili.

Le norme di ordine pubblico sono infatti i pilastri su cui si regge l'intero ordinamento interno e la cui violazione è tutelata dalla sanzione della nullità assoluta (art. 1418 c.c.) laddove le stesse vengono, di fatto o di diritto, eluse (art. 1344 c.c.).

10. Conclusioni.

Alla luce di quanto evidenziato, sembra potersi affermare, con la sufficiente serenità della logica deduttiva, che gli assunti delle pronunce in esame (sentt. 5542 e 5556) comportino una evidente violazione di quella che è la bussola (gli artt. 12 e 14 Preleggi) che deve orientare ogni interprete del diritto nell'individuare le "regole di ingaggio", secondo le quali verificare, preliminarmente, quale disciplina (impiego privato o pubblico) applicare:

- sia perché viene violata l'espressa volontà del Legislatore (art. 12 Preleggi) quando sancisce letteralmente (artt. 1 e 4, D.Lgs. 367/1996) la natura privata delle fondazioni lirico sinfoniche (cui segue il cd. principio di coerenza quanto alla disciplina da applicare ai rapporti di lavoro) e sia quando sancisce (art. 22, co. 1, D.Lgs. 367/1996) in maniera sufficientemente univoca e chiara (usando locuzioni del tutto sovrapponibili a quelle utilizzate anche per le società in house providing) la natura privata dei rapporti di lavoro.

- sia perché viene applicato l'istituto della *analogia iuris ac legis* in mancanza di un vero e proprio vuoto normativo (art. 14 Preleggi): elemento imprescindibile, in ragione del principio di completezza dell'ordinamento interno, per accedere all'interpretazione sistematica e/o analogica.

Sicché, quanto alle tutele applicabili, se i rapporti di lavoro delle FLS sono privati, così da porsi in un rapporto di species a genus, la disparità di trattamento nelle tutele applicabili insorge macroscopicamente e l'evidenza delle violazioni del giudicato costituzionale e del divieto di regresso si fa strada da sola: e tutti concorrono alla sanzione della trasformazione del lavoro a termine in tempo indeterminato.

Francesco Andretta, avvocato in Napoli