

Esternalizzazioni e trasformazione delle Università in Fondazioni. Profili di diritto del lavoro*

Sandro Mainardi

1. Uno nuovo scenario, non del tutto nuovo, per le esternalizzazioni della p.a.	219
2. Il Diritto del lavoro e le discipline applicabili	221
3. La norma generale dell'art. 31 d.lgs. n. 165/2001. Profili oggettivi	222
4. <i>Segue</i> . Profili soggettivi	224
5. Le "disposizioni speciali"	225
6. Le norme della Finanziaria 2008: ipotesi speciali di trasferimento di attività	226
7. L'art. 16 del D.L. 25 giugno 2008, n. 112. La trasformazione delle Università in fondazioni di diritto privato	230
8. <i>Segue</i> . Appunti per il personale docente delle Università	233

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 77/2008

1. Uno nuovo scenario, non del tutto nuovo, per le esternalizzazioni della p.a.

L'attualità del lavoro pubblico, imposta a ritmi serrati dal Governo prima con il c.d. Piano Industriale, poi con il DDL di riforma approvato dal Consiglio dei Ministri in data 18 giugno 2008, ed infine con il D.L. 25 giugno 2008 n. 112 che in buona misura anticipa alcuni degli interventi di riforma previsti dallo stesso piano industriale, è tale da sollecitare un rinnovato dibattito circa le dinamiche di esternalizzazione dei servizi pubblici, con particolare riferimento all'amministrazione delle Università italiane.

La prima indicazione proviene dal Disegno di legge approvato sotto la rubrica di *"Delega al Governo finalizzata all'ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico"*, anzi, meglio, dal Piano Industriale e dalle sue *slides* ⁽⁹⁴⁷⁾, ove si rinviene un primo ragionamento sul tema dell'esternalizzazione delle funzioni, non a caso nella parte dedicata alla *«Riorganizzazione delle pubbliche amministrazioni»* e non in quella relativa alla *«Produttività del lavoro»*.

Si sostiene qui la necessità di *«concentrare le amministrazioni sulle funzioni che si ritengano essenziali (il core business delle p.a.)»*, il che comporta *«l'attivazione di un processo di riallocazione delle funzioni tra amministrazioni (e tra livelli di governo centrale e locale), nonché tra amministrazioni e privati, secondo i principi guida della sussidiarietà orizzontale e verticale e della mobilità delle funzioni»*.

Tra gli interventi evidenziati vi sono quelli di *«trasformazione, pur mantenendone la proprietà in mano pubblica, degli enti e istituti a vocazione economica, a cominciare da quelli previdenziali e assicurativi in società per azioni o Agenzie»*, al fine di conseguire i relativi benefici, sia in termini di riduzione dei costi di funzionamento, sia di semplificazione e fluidificazione dei modelli di gestione e di prossimità cliente/utente.

In sostanza, le esternalizzazioni delle p.a. sono tornate al centro dell'agenda politica, dopo quelle dei servizi pubblici locali del decennio '90 ⁽⁹⁴⁸⁾, come fondamentale leva di restituzione di efficienza alle attività e alle funzioni attribuite al soggetto pubblico. Il processo mostra similitudini rilevanti con la scelta, ormai da tempo diffusa riguardo alle esternalizzazioni del settore privato, di passare dal *make* al *buy*, con l'unico obiettivo di migliorare il servizio nel senso dell'efficienza, dell'economicità e del *customer satisfaction*, obiettivo piuttosto indifferente rispetto alla natura, privata o pubblica, di chi concretamente assume la gestione. La funzione del "pubblico" sembra insomma essere non più quella di fornire servizi all'utenza, quanto piuttosto quella di regolare in modo forte il funzionamento di un mercato dei servizi che veda agire correttamente meccanismi di concorrenza che garantiscano risultati economicamente efficienti ma anche socialmente adeguati e desiderabili.

La seconda suggestione proviene da una ulteriore modifica, realizzata rispettivamente con gli artt. 46 e 49 del D.L. n. 112/2008, alle norme in materia di incarichi e collaborazioni nel p.i. e, più in

⁽⁹⁴⁷⁾ Vedile in www.funzionepubblica.it

⁽⁹⁴⁸⁾ V. E. Freni, *Le privatizzazioni*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2003, tomo IV, 3947 ss., nonché C. Buratti e G. Muraro (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali*, fascicolo monografico di *Dir. Reg.*, 2002, 533 ss.

generale di utilizzo del lavoro flessibile nelle pubbliche amministrazioni. Si tratta della terza presoché integrale modifica agli artt. 7, c. 6 (incarichi) e 36 (flessibilità) del T.U. n. 165/2001, in meno di tre anni, il che la dice lunga sulla capacità del legislatore di regolare in modo coerente e stabile una zona assolutamente strategica nell'ambito della gestione delle risorse umane del settore pubblico. Una serie di "docce scozzesi" – per dirla con il titolo di un recente saggio di Bruno Caruso⁽⁹⁴⁹⁾ – per chi deve gestire la flessibilità in entrata nelle pubbliche amministrazioni, la quale si è mossa però, purtroppo, da un Governo all'altro, secondo una linea di continuità piuttosto evidente⁽⁹⁵⁰⁾.

L'annunciato o praticato ricorso alle esternalizzazioni nel settore pubblico, non è altro che una risposta un po' affrettata e meccanica rispetto ad una flessibilità nella gestione delle risorse umane, dei rapporti di lavoro, progressivamente limitata o annullata dal legislatore dopo le aperture della fase due della c.d. privatizzazione del pubblico impiego, quella condotta da Massimo D'Antona con le norme del D.lgs. n. 80/1998.

Il collegamento logico è tale che, nella prima modifica della norma dell'art. 36 D.lgs. n. 165/2001, che risale al 2006⁽⁹⁵¹⁾, somministrazione di manodopera secondo il D.lgs. n. 276/2003, appalti di servizi ed esternalizzazioni vengono addirittura considerati modalità di gestione privilegiate dei servizi sotto il profilo delle risorse umane, in grado di sostituire la flessibilità in entrata nelle pubbliche amministrazioni, realizzata mediante altre forme e modalità atipiche di lavoro subordinato (termine, cfl, co.co.co. soprattutto), considerate pericolose perché elusive della regola del concorso pubblico e produttive di "precariato interno".

C'è da essere convinti, nonostante le riaperture alla flessibilità contenute nel D.L. n. 112/2008 (oggi ritornano i contratti a termine, i cfl, e naturalmente la somministrazione, seppure tutti solo per esigenze temporanee ed eccezionali e comunque per periodi non superiori a tre anni nell'arco di cinque) e senza poter in questa sede approfondire il tema come si dovrebbe, che la rinuncia *tout court* alla flessibilità, anche rispetto a funzioni variabili della p.a., funziona come una qual sorta di misura punitiva: in sostanza, poiché le pubbliche amministrazioni non sono in grado di gestire correttamente e secondo logiche manageriali il lavoro flessibile, allora meglio negarlo a tutte, anche a quelle che ne fanno o ne hanno fatto un uso "responsabile" e che hanno bisogno di misure flessibili di gestione dei contratti e rapporti di lavoro⁽⁹⁵²⁾.

In tale clima di generalizzata sfiducia, meglio, allora, si ritiene, portare fuori il servizio; cederlo a soggetti terzi, sia nella forma che si potrebbe chiamare *soggettiva* della fornitura di manodopera somministrata, che viene ad operare presso l'ente pubblico sollevando però quest'ultimo dalla gestione dei rapporti di lavoro, formalmente e sostanzialmente intrattenuti e regolati dal soggetto privato; sia nella forma *mista* dell'appalto, dove l'ente appaltante, scelto il contraente, mantiene una forma di controllo limitata alla corretta esecuzione dell'opera o servizio, ma trasferisce

⁽⁹⁴⁹⁾ B. Caruso, *La regolazione «a doccia scozzese» del lavoro pubblico. Rigidi, flessibili, precari, di nuovo rigidi*, in *Lav. pubb. amm.*, 2008, 221 ss.

⁽⁹⁵⁰⁾ Già evidenziata in S. Mainardi, *Piccolo requiem per la flessibilità del lavoro nelle pubbliche amministrazioni. A proposito della L. 9 marzo 2006*, n. 80, in *Lav. pubb. amm.*, 2006, 12 e ss.

⁽⁹⁵¹⁾ Art. 4, D.L. 10 gennaio 2006, conv. in Legge 9 marzo 2006, n. 80.

⁽⁹⁵²⁾ In questi esatti termini B. Caruso, *op. cit.*, 230, cui si rinvia per altre considerazioni circa il mutato assetto delle fonti di regolazione delle flessibilità, con particolare riferimento al progressivo arretramento della fonte negoziale.

sull'appaltatore organizzazione, gestione, poteri e responsabilità con riguardo al personale utilizzato nell'appalto; sia, infine, nella forma *oggettiva*, drastica e definitiva, di esternalizzazione, costituita dalla cessione a soggetti terzi, di natura pubblica o privata, di funzioni ed attività prima svolte dall'ente con proprie risorse umane, materiali e finanziarie.

2. Il Diritto del lavoro e le discipline applicabili

È evidente che tali importanti modifiche degli assetti proprietari, organizzativi e gestionali dei servizi abbiano man mano richiamato l'attenzione del legislatore, oggi come un tempo, anche per quanto concerne la loro ricaduta, certo non irrilevante, sulla gestione dei rapporti di lavoro, ed al contempo sul mantenimento dei diritti e delle garanzie dei lavoratori passati alle dipendenze di nuovi gestori dei servizi.

Si tratta, naturalmente, di un fenomeno diverso da quello della c.d. "privatizzazione del pubblico impiego". Là, il datore di lavoro è e resta pubblico nella forma giuridica e nelle modalità organizzative *macro*, entrambe ascritte al diritto amministrativo, agendo la riforma unicamente sulle fonti di disciplina dei rapporti di lavoro e delle relazioni sindacali oltre che sulla natura giuridica dei poteri gestionali della p.a. con riguardo alle relazioni di lavoro; qui, invece, muta la natura giuridica del datore di lavoro nell'attribuzione e nello svolgimento di un servizio, concentrandosi l'intervento del legislatore proprio sulla devoluzione dell'attività a soggetti distinti dall'ente pubblico, caratterizzati e disciplinati da regolamentazioni e modelli giuridici diversi da quelli di derivazione pubblicistica.

È proprio in questa fase che si innesta la funzione svolta dal diritto del lavoro nei processi di trasformazione degli enti pubblici nel senso dell'esternalizzazione dei servizi, specie nel passaggio da modelli di regolamentazione pubblicistica a modelli propri del diritto privato e commerciale. Si tratta dell'intervento nella fase genetica, di formazione o trasformazione del servizio pubblico, dove appunto il diritto del lavoro opera da ammortizzatore o da paracadute rispetto all'immissione del servizio da modelli pubblicistici di regolamentazione, erogazione e gestione, a meccanismi di mercato affrontati a gestione privatistica, per la garanzia dei livelli occupazionali e la tutela dei lavoratori coinvolti in tali processi ⁽⁹⁵³⁾.

Il legislatore si è mosso, in questi luoghi, secondo due chiarissime direttrici.

Da una parte non ha rinunciato a varare speciali disposizioni legislative e/o regolamentari che, nel consentire e disciplinare le esternalizzazioni, hanno assicurato sia il mantenimento dei livelli occupazionali, che la garanzia dei trattamenti economici, normativi e previdenziali goduti dai lavoratori. Dall'altra parte, ha predisposto una normativa di carattere generale, solo apparentemente residuale, valida per tutte le ipotesi non rientranti nell'ambito di applicazione delle discipline specifiche, di passaggio dei prestatori di lavoro ad altro ente a seguito della cessione del servizio, ovvero dal settore pubblico a quello privato.

Norme *ad hoc*, dunque, per le grandi privatizzazioni; norma generale per le c.d. piccole privatizzazioni, quali sono o possono essere, in prevalenza, quelle dei servizi forniti dalle Università.

⁽⁹⁵³⁾ Cfr. la sezione monografica del fascicolo di *Lav. Dir.*, 2002, n. 2, *La "seconda fase" della trasformazione dei servizi pubblici locali di fronte alla nuova disciplina del trasferimento d'azienda*, con contributi di M.G. Ballestrero, G. De Simone, M. Novella.

Vorrei procedere allora dal generale al particolare, descrivendo ambito di applicazione e fattispecie della norma generale, per poi considerare, in particolare, le norme della Legge Finanziaria 2008 (L.n. 244/2008) sulle gestioni dei servizi mediante società costituite o partecipate da enti pubblici, e quella della trasformazione delle Università in fondazioni ai sensi dell'art. 16 del D.L. n. 112/2008 (conv. in L. n. 133/2008).

3. La norma generale dell'art. 31 d.lgs. n. 165/2001. Profili oggettivi

L'art. 31 del D.lgs. n. 165/2001 costituisce la norma generale individuata per dare regolamentazione a questo tipo di fenomeni per quanto riguarda il destino delle relazioni di lavoro.

Il t.u. del 2001 sull'impiego pubblico include una regolamentazione specifica dei passaggi di personale per effetto di trasferimenti di attività da parte delle pubbliche amministrazioni. Quella in rilievo è infatti una gamma ampia di eventi, che va dalle riorganizzazioni di apparati burocratici alle privatizzazioni di strutture produttive pubbliche, senza inoltre poter trascurare appunto il fenomeno delle esternalizzazioni di funzioni amministrative, che ha acquisito ulteriore importanza a seguito della costituzionalizzazione del principio di sussidiarietà orizzontale (art. 118, comma 4, Cost. come sostituito dalla L. cost. n. 3/2001).

In merito a questa fattispecie, nella trasposizione dal D.Lgs. n. 29/1993 al D.Lgs. n. 165/2001 nulla è cambiato, poiché la norma rilevante del decreto del 2001, l'art. 31, riproduce il testo della corrispondente norma del decreto del 1993, l'art. 34.

La norma dell'articolo 31, composta da un singolo comma, prescrive come noto che, *«Fatte salve le disposizioni speciali, nel caso di trasferimento o conferimento di attività, svolte da pubbliche amministrazioni, enti pubblici o loro aziende o strutture, ad altri soggetti, pubblici o privati, al personale che passa alle dipendenze di tali soggetti si applica l'articolo 2112 del codice civile e si osservano le procedure di informazione e di consultazione di cui all'articolo 47, commi da 1 a 4, della legge 29 dicembre 1990, n. 428 (legge comunitaria per il 1990)»*.

Si tratta naturalmente, di una norma speciale di diritto privato. Speciale perché, in rapporto all'art. 2112 c.c. richiamato, assume una diversa nozione di «trasferimento», cioè un diverso presupposto di attivazione delle tutele e garanzie predisposte dalla norma codicistica con riguardo ai lavoratori coinvolti nel processo di esternalizzazione.

Tale ultima normativa ha infatti di recente subito significative modifiche ad opera sia del D.Lgs. 2 febbraio 2001 n. 18, che ha adeguato l'ordinamento italiano alle correzioni che la dir. n. 98/50/CE aveva apportato alla dir. n. 77/187/CEE (riguardante il Ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relativamente al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento di imprese, di stabilimenti o di parti di imprese o di stabilimenti); sia dell'art. 32 del D.Lgs. n. 276/2003, che ha sostituito il comma 5 dell'art. 2112 c.c. ed ha aggiunto alla stessa norma un comma sesto. Tuttavia le modifiche intervenute per il settore privato, in forma di novella, non hanno ricadute sull'art. 31 D.Lgs. n. 165/2001, poiché quest'ultimo – disegnando l'autonoma fattispecie del *trasferimento o conferimento di attività* – rinvia all'articolo del codice solo per ciò che concerne la disciplina relativa alle conseguenze del trasferimento o conferimento di attività pubbliche in termini di tutela individuale e collettiva.

Una volta stabilita la sussistenza di un trasferimento o conferimento in base all'art. 31 D.Lgs. n.

165/2001, le conseguenze che ai sensi dell'art. 2112 c.c. si producono nella singola relazione lavorativa sono essenzialmente tre: la modifica soggettiva del datore con continuazione del rapporto in capo al cessionario; la conservazione dei diritti già spettanti al dipendente in virtù del precedente rapporto di lavoro ed infine la solidarietà passiva per i crediti da lavoro tra amministrazione trasferente e soggetto pubblico o privato ricevente. In più, questa volta sul piano collettivo, il richiamo all'art. 47 della legge n. 428/1990 vale a subordinare l'operazione di trasferimento di attività ed il relativo passaggio di dipendenti ad una procedura di informazione ed eventuale consultazione sindacale con le rappresentanze sindacali del soggetto cedente come del cessionario, la cui violazione costituisce ipotesi prevista *ex lege* di condotta antisindacale ai sensi dell'art. 28 Stat. lav. ⁽⁹⁵⁴⁾.

Il concetto di «conferimento» può essere parimenti collegato alla sfera privatistica ed a quella pubblicistica. Dal primo punto di vista, il riferimento è alla nozione di conferimento in società da parte del socio, conferimento che secondo diffusa opinione (non smentita dalla riforma del diritto societario operata dal D.Lgs. n. 6/2003) può avere ad oggetto pressoché qualsiasi entità suscettibile di valutazione economica che si ponga in rapporto strumentale con l'esercizio dell'attività sociale.

Dal secondo punto di vista, il termine evoca l'utilizzo che ne è stato fatto in campo giuspubblicistico a partire dalla L. n. 59/1997, cioè, come precisato dall'art. 1 comma 1 della stessa legge, nel senso di «trasferimento, delega o attribuzione di funzioni e compiti» a Regioni ed Enti locali allo scopo di dar sèguito alla tendenza al decentramento amministrativo che ha trovato un coronamento nella riforma del titolo V parte seconda della Carta costituzionale operata dalla L. cost. n. 3/2001. Tale accezione è ormai diffusa, anche perché impiegata nei relativi decreti delegati e nelle oltre trenta leggi regionali che ne sono seguite.

Ancor più lato di «conferimento» è il concetto di «trasferimento», il quale nemmeno implica una specifica tipologia di traslazione. Inoltre, diversamente dall'originario art. 62 che richiama «norme di legge, regolamento o convenzione», nell'art. 31 non vi è alcun cenno alla selezione di determinati strumenti giuridici di cessione.

Il legislatore sembra quindi voler assegnare, anche in ragione di quanto oltre si dirà in tema di trasformazione giuridica dell'ente pubblico, la massima applicabilità alla disciplina lavoristica cui fa rinvio (art. 2112 c.c. ed art. 47 commi 1-4 L. n. 428/1990).

Per quanto invece riguarda l'*oggetto del trasferimento*, questo è definito ancora una volta in maniera ampia ed alquanto generica, trattandosi semplicemente di «attività» svolte da pubbliche amministrazioni, enti pubblici o loro aziende o strutture, e dunque di qualunque compito, nel senso sia di funzione amministrativa implicante esercizio di pubblici poteri, sia di attività materiale⁽⁹⁵⁵⁾.

Sotto questo aspetto non è configurabile una sovrapposizione con la corrispondente nozione del

⁽⁹⁵⁴⁾ Per un quadro delle posizioni dottrinali e delle soluzioni giurisprudenziali, vedi A. Pizzoferrato, *Trasferimento di azienda e rapporti di lavoro*, in F. Carinci (a cura di), *Il Lavoro subordinato*, in *Trattato di Diritto privato* diretto da M. Bessone, tomo II, Torino, Giappichelli, 2007, 597 ss.; sui profili di carattere sindacale D. Izzi, *Il trasferimento d'azienda fra diritto comunitario e diritto interno. La dimensione collettiva della tutela*, in *Riv. giur. lav.*, 1999, I, 895-903; P. Lambertucci, *Le procedure sindacali nel trasferimento d'azienda dopo le modifiche apportate dal decreto legislativo n. 18 del 2001*, in *Dir. lav.*, 2001, I, 447 ss.

⁽⁹⁵⁵⁾ G. Caia, *Funzione pubblica e servizio pubblico*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, vol. I, Bologna, Monduzzi, 2001, 924-928.

settore privato, ove, in base al comma 5 dell'art. 2112 c.c. l'oggetto trasferito deve essere sì una attività, ma con requisiti ulteriori, e cioè un'attività *economica organizzata*, preesistente al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità, ovvero, per quanto riguarda il ramo di azienda, una articolazione funzionalmente autonoma della stessa. Un'indiscutibile differenza consiste nel fatto che l'attività trasferita ai sensi dell'art. 31 può anche non essere "economica", nel senso che, oltre a non aver scopo di lucro come può avvenire anche ai sensi dell'art. 2112 c.c., potrebbe trattarsi di funzioni di interesse pubblico che vengono in tutto o in parte finanziate dalla fiscalità generale, nemmeno quindi permettendo un pareggio di bilancio.

Ciò vale poi in particolare per il caso di trasferimento da pubblico a pubblico: il legislatore pare vedere l'insieme delle amministrazioni pubbliche come un'unica *macro* entità in cui gli assetti organizzativi sono determinati non dalla competizione, ma da scelte "a monte", in senso lato politiche, che la normativa dà per acquisite. Di conseguenza, mentre ai fini del funzionamento delle leggi di mercato e della sopravvivenza delle sole imprese più efficienti è razionale che i lavoratori impegnati in un'attività abbandonata vengano licenziati per eccedenza, è altrettanto ragionevole che, se all'interno di un'organizzazione unica (le amministrazioni pubbliche nel loro complesso) alcune attività iniziano ad essere svolte da una sua articolazione al posto di un'altra, gli addetti a quel settore non vengano licenziati (evitando costi sociali alla collettività e costi economici al datore pubblico), ma continuino ad occuparsi di quella attività presso l'ente che ne è ora incaricato, così oltretutto limitando la dispersione di patrimonio che essi rappresentano in termini di aggregato d'esperienze. Ciò a prescindere da un eventuale passaggio di risorse anche soltanto immateriali o, come afferma l'art. 1 comma 1 lett. b) Dir. n. 01/23/CE, di «mezzi (...) organizzati».

Anche l'uso dell'espressione «trasferimento d'attività» che viene fatto nell'art. 31 D.Lgs. n. 165/2001 va inteso come trasferimento anche solo della semplice investitura alla cura di un determinato interesse pubblico, con una nozione pertanto assai "leggera", anche dal punto di vista quantitativo dell'oggetto del trasferimento.

Resta però che nei casi in cui manchi un trasferimento di beni, soprattutto qualora il passaggio dell'attività non sia lineare ma operi in maniera articolata all'interno di una complessa riorganizzazione, potrebbe apparire problematico riconoscere nitidamente i soggetti e l'oggetto del trasferimento. Ciò a maggior ragione nel caso di passaggio di attività molto circoscritte a cui siano addetti pochi dipendenti, poiché è appunto del tutto lasciata all'interprete l'individuazione dell'entità minima che il trasferimento deve assumere affinché possa essere considerato tale ai fini dell'art. 31.

4. *Segue. Profili soggettivi*

Del tutto indeterminata, poi, è la gamma di enti o soggetti che possono farsi cessionari dell'attività e dei dipendenti: superando l'angusto riferimento dell'art. 62 D.Lgs. n. 29/1993 nella sua prima formulazione alle sole «società private», l'art. 31 apre completamente la fattispecie, disponendo che il trasferimento o conferimento del servizio/attività possa avvenire semplicemente verso «altri soggetti pubblici o privati»; pertanto l'ente destinatario potrà avere qualunque natura – sia pubblica che privata – ed essere dotato di qualsiasi struttura organizzativa, solo eventualmente con scopo di lucro, ed in quest'ultimo caso dalla società di capitali fino all'imprenditore individuale.

Il trasferimento può quindi corrispondere a vicende del tutto eterogenee: da un riassetto di amministrazioni pubbliche appartenenti allo stesso o diverso comparto (semplice snellimento, complessiva riorganizzazione, finanche estinzione) alla cessione da parte del pubblico di talune attività in quanto estranee ai suoi scopi istituzionali, oppure poiché affidate a un soggetto terzo secondo apposite modalità.

In quest'ultima prospettiva, il riferimento è in particolare alle forme di conduzione dei servizi pubblici locali; ciò che in questa sede rileva è la trasmutazione, da datore pubblico a datore privato, che i rapporti di lavoro subiscono nella prima fase di "privatizzazione" (quella formale, o appunto genetica, in cui il gestore pubblico si trasforma in gestore privato in mano pubblica).

Ciò che avviene in occasione della seconda fase di privatizzazione (c.d. sostanziale, quando soggetti privati diventano effettivamente responsabili del servizio, restando quindi alle istituzioni pubbliche una funzione solo regolativa e di supervisione) e, *a fortiori*, nei successivi avvicendamenti tra gestori privati, andrà invece valutato direttamente alla luce dell'art. 2112 c.c., cioè della norma generale di diritto privato.

Pare inoltre utile notare che, in ossequio al principio costituzionale dell'accesso agli impieghi pubblici per concorso, l'inverso caso di passaggio di dipendenti da privato a pubblico naturalmente non è contemplato nell'art. 31 D.lgs n. 165/2001, ma soltanto in sporadiche leggi particolari (es., L. n. 251/1998, sul personale FiMe). Al contrario, però, la Corte di Giustizia CE non ha sottratto nemmeno questa ipotesi dall'efficacia della direttiva ⁽⁹⁵⁶⁾.

5. Le "disposizioni speciali"

Nell'*incipit* dell'art. 31 D.lgs. n. 165/2001 vengono espressamente fatte salve eventuali «disposizioni speciali». Quella predisposta dalla norma vuole rappresentare una disciplina generale applicabile in caso di modificazione soggettiva del datore di lavoro di dipendenti pubblici solo qualora non sia prevista una normativa specifica dal punto di vista dei soggetti, dell'oggetto o, verosimilmente, entrambi.

Infatti, per le cessioni di una certa importanza sono tendenzialmente state introdotte regole *ad hoc*. Si pensi da un lato alle grandi privatizzazioni quali ferrovie, poste, servizi telefonici, enti creditizi; dall'altro lato ai più rilevanti trasferimenti di funzioni dallo Stato a Regioni ed Enti locali, dalle Regioni agli Enti locali (es., L.r. Emilia-Romagna 22 febbraio 2001 n. 5, sulla «disciplina dei trasferimenti di personale regionale a seguito di conferimento di funzioni» a Province, Comuni e camere di commercio), oppure anche dagli Enti locali allo Stato (es., l'art. 8 L. n. 124/1999 e il conseguente decreto interministeriale n. 184/1999 sul personale c.d. Ata).

Inoltre l'art. 31 fa salve non le leggi ma le «disposizioni» speciali, potendo quindi la deroga discendere da fonti di rango secondario; appare però che debba trattarsi di atti pur sempre normativi e non anche provvedimenti, altrimenti sfumando la possibilità di porre un discrimine tra le disposizioni speciali e quelli che semplicemente sono trasferimenti o conferimenti in violazione della disciplina richiamata dall'art. 31 stesso.

⁽⁹⁵⁶⁾ Corte Giust., Ce, 26 settembre 2000, *Mayeur*, C-175/99, in *RaccGC*. 2000, I-7755, caso in cui tuttavia il ricorrente non domandava l'immissione nei ruoli pubblici, ma solo un'indennità per licenziamento illegittimo.

Il rapporto tra norma speciale e norma generale, data la genericità del rinvio, mi pare possa essere quello per cui se la norma speciale nulla dispone in merito, o in deroga, a taluni profili di regolamentazione (ad es. con riguardo allo svolgimento di procedure sindacali che devono accompagnare il trasferimento) si riespande l'ambito di applicazione della norma generale, sì da garantire il *plafond* minimo di garanzie posto dal richiamo alle norme del diritto del lavoro.

6. Le norme della Finanziaria 2008: ipotesi speciali di trasferimento di attività

Non si può allora dubitare del fatto per cui le ipotesi di costituzione di società o enti, o la partecipazione delle amministrazioni in società, consorzi o altri organismi, anche a seguito di processi di riorganizzazione, trasformazione o decentramento (art. 3, comma 30 della legge n. 244/2007), nei limiti previsti dal precedente comma 27 della legge ⁽⁹⁵⁷⁾, rappresentano un caso espressamente previsto dalla legge di trasferimento di attività, destinatario di disciplina speciale.

La norma, in questo caso, non si applica solo alle amministrazioni universitarie ma, naturalmente, a tutte le amministrazioni, comprese le Università, che decidano di gestire i servizi *in house* o non *in house*, mediante società neocostituite o partecipate. La sopravvivenza dell'ente pubblico, diversamente come si vedrà dall'ipotesi specifica dell'art. 16 D.L. n. 112/2008, è qui garantita, essendo oggetto del trasferimento solo attività, singole o plurime, prima svolte dall'amministrazione.

Sotto il profilo lavoristico, la legge sembra far propria una lettura che è già stata dedotta, da taluno, nella formula dell'art. 31 del D.lgs. n. 165/2001; lettura che vale senz'altro a differenziare in modo più netto le ipotesi di trasferimento di attività del settore pubblico da quelle del settore privato.

Nel settore privato, la cessione dei rapporti di lavoro insieme a quella dell'attività (di tutta l'azienda o del ramo) è automatica ed avviene *ipso iure*. Lo scopo dell'art. 2112 è di evitare, da un lato, che i dipendenti rimasti in forza al datore, risultino poi in eccedenza rispetto alle attività trasferite, e dunque possibili destinatari di provvedimenti di riduzione del personale (licenziamenti collettivi); dall'altro di garantire al cessionario una continuità della dotazione in termini di capitale umano che inderogabilmente accompagni l'acquisizione dell'attività.

Il trasferimento di attività potrebbe non essere, invece, nel settore pubblico, automaticamente accompagnato dal trasferimento di risorse umane, oltre che finanziarie e strumentali; quest'ultimo sarebbe l'effetto di una scelta dell'amministrazione, volta ad individuare contingenti di personale che, prima probabilmente, ma non necessariamente, addetti all'attività svolta in proprio dall'Ente, seguono ora l'attività presso il soggetto, privato, neo-costituito. Lo stesso art. 31, dichiarando applicabili le garanzie solo «*al personale che passa*», adombra la possibilità che non tutto il personale addetto all'attività venga trasferito, restando una parte di questo in capo all'amministrazione pubblica cedente.

⁽⁹⁵⁷⁾ Dove il legislatore, preoccupato delle dinamiche di mercato e della concorrenza, pone il divieto di costituire società che abbiano per oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali.

Rispetto a tale posizione ⁽⁹⁵⁸⁾, come detto in qualche misura sorretta dal tenore letterale dell'art. 31, appare peraltro preferibile l'opinione volta a ritenere la continuazione presso il cessionario un effetto che il rapporto di lavoro subisce anche nel settore pubblico in modo automatico, *ex lege* ⁽⁹⁵⁹⁾. Ciò non tanto per omogeneità con il settore privato, ove la lettera dell'art. 2112 lascia intendere un passaggio *ipso iure* conformemente a quello che appare l'orientamento della giurisprudenza comunitaria, quanto perché le alternative consistono o nel postulare la necessità per ogni trasferimento o conferimento di un atto che disponga il passaggio individuando i lavoratori interessati, oppure nel lasciare la scelta ai dipendenti. Da un lato, richiedere ogni volta un provvedimento di trasferimento del personale comprimerebbe il campo di applicazione dell'art. 31 D.Lgs. n. 165/2001 alle sole ipotesi in cui tale atto esista ma null'altro prescriva; dall'altro lato è evidente che per motivi di gestibilità delle riorganizzazioni amministrative non è possibile ammettere, in via generale, una tale dinamica di assenso/dissenso da parte dei dipendenti.

Ciò non esclude, come peraltro di frequente si verifica, la legittimità dell'eventuale scelta del datore pubblico di lasciare ai singoli lavoratori coinvolti l'opzione di restare alle proprie dipendenze, opzione probabilmente gradita soprattutto quando il cessionario sia un soggetto di natura privata. Certo, è opportuno che l'amministrazione conceda una tale facoltà – vedremo, verosimilmente, tramite accordo sindacale – solo qualora risultino adeguati spazi nella propria dotazione organica, in relazione alle residue funzioni dell'Ente a seguito del trasferimento; altrimenti l'opzione per la permanenza nella p.a. potrebbe determinare eccedenze soggette a procedure di mobilità *ex artt.* 33-34 D.Lgs. n. 165/2001, rafforzando così ulteriormente la tesi del necessario automatismo del passaggio di personale.

Si tratta, nella norma della Finanziaria 2008, di trasferimenti a titolo definitivo e non temporaneo di personale, come avviene invece con il diverso istituto dell'assegnazione temporanea (comando): infatti le amministrazioni devono, secondo la legge, a seguito del trasferimento, appunto rideterminare la dotazione organica (art. 3, c. 30 l. n. 244/2007) ⁽⁹⁶⁰⁾. Ai dipendenti che "passano", come dice l'art. 31 del d.lgs. n. 165/2001, si riferiscono le garanzie dell'art. 2112 c.c., in forza, come si diceva, della generale applicabilità dell'art. 31 al fenomeno, in assenza di diverse specifiche disposizioni in deroga.

Solo che, mentre per l'articolo 31, ancora si può giungere in qualche modo a ritenere, in maniera più pragmatica, che, almeno per l'attività trasferita, i dipendenti ad essa addetti debbano *in toto*

⁽⁹⁵⁸⁾ Sostenuta da A Bianchi, Sub Art. 31, in AA.VV., *Il rapporto di lavoro nelle pubbliche amministrazioni. Commento al D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165*, supplemento a *Prime note*, 2001, 7, 110; P. Sordi, Sub Art 19, in M. Dell'Olio e B. Sassoni (a cura di), *Amministrazioni pubbliche, lavoro, processo. Commento ai D.Lgs. 31 marzo 1998 n. 80 e 29 ottobre 1998 n. 387*, Milano: Giuffrè, 2000, 137.

⁽⁹⁵⁹⁾ G. Pellacani, *Trasferimento di attività e servizi pubblici a società miste ex art. 22, l. n. 142/1990 ed effetti sui rapporti di lavoro* (nota a Pret. di Bergamo 24 giugno 1999), in *Lav. pubb. amm.*, 1999, 1307; S. Mainardi, *Trasferimento di attività e passaggio di dipendenti a soggetti pubblici o privati*, in F. Carinci e M. D'Antona (diretto da), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. Commentario*, Milano, Giuffrè, 2000, 981-983; D. Casale, *Le esternalizzazioni nelle pubbliche amministrazioni fra trasferimento di funzioni e gestione delle eccedenze* (commento a Tribunale di Siena, ordinanze 6 marzo 2003 e 21 maggio 2003, Tribunale di Catanzaro, sentenza 27 novembre 2002), in *Lav. pubb. amm.*, 2003, 959.

⁽⁹⁶⁰⁾ A norma del successivo comma 31, si prevede che «sino al perfezionamento dei provvedimenti di rideterminazione di cui al comma 30, le dotazioni organiche sono provvisoriamente individuate in misura pari al numero dei posti coperti al 31 dicembre dell'anno precedente all'istituzione o all'assunzione di partecipazioni di cui al comma 30, tenuto anche conto dei posti per i quali alla stessa data risultino in corso di espletamento procedure di reclutamento, di mobilità o di riqualificazione del personale, diminuito delle unità di personale effettivamente trasferito».

essere trasferiti ⁽⁹⁶¹⁾, salva diversa determinazione dell'ente; nella norma della L. n. 244/2008, invece, più di un segnale va inequivocabilmente nella direzione contraria: la cessione del contratto di lavoro qui non è affatto automatica, appunto derivando, a monte, da una delicatissima scelta dell'ente, da svolgere secondo procedure sindacali di tipo partecipativo.

Si insinuano, allora, problemi che possono essere facilmente percepiti, ma risultano assai difficilmente risolvibili, se non all'esito di una complessa trattativa sindacale che, con specifico accordo, condivida numeri e soprattutto condizioni del trasferimento.

Poiché la scelta dei contingenti di personale da trasferire è svolta dall'ente in maniera non necessariamente consequenziale alla dimensione e alla natura dell'attività trasferita (cioè secondo il semplice schema: trasferire gli stessi lavoratori prima addetti all'attività gestita dall'ente), si pone anzitutto il problema della scelta delle unità soggette al trasferimento, con inevitabile contenzioso circa i criteri utilizzati dal datore; problema accentuato dal fatto che i contingenti di risorse debbono essere trasferiti, secondo la legge (art. 3, c. 30), «*in misura adeguata*» alle funzioni esercitate mediante le società private neo costituite o partecipate, ed il giudizio di «adeguatezza» espone senz'altro l'amministrazione ad un sindacato difficilmente componibile anche solo in sede sindacale.

Inoltre, non sussistendo alcun automatismo, nel senso sopra esposto, il movimento del personale deve essere correttamente qualificato come una cessione del contratto ai sensi degli artt. 1406 e ss. cod. civ., alla stessa stregua di quanto avviene, in sostanza, secondo espressa disposizione dell'art. 30 del D.lgs. n. 165/2001, nel caso di mobilità per effetto di passaggio diretto. Ma, se di cessione di contratto si tratta, e se i provvedimenti di trasferimento non contengono clausole che prevedano l'esercizio del diritto di opzione da parte dei dipendenti (per la permanenza o, viceversa, per il trasferimento), allora può essere considerata necessaria una manifestazione del consenso da parte del lavoratore, contraente ceduto, alla cessione del contratto al nuovo datore di lavoro proprio ai sensi dell'art. 1406 c.c. ⁽⁹⁶²⁾, con almeno due rilevanti conseguenze sul piano organizzativo: da un lato, l'inevitabile paralisi dell'operazione, almeno laddove il trasferimento di risorse umane risulti strumento indispensabile in termini di costituzione o partecipazione da parte dell'amministrazione alla realtà societaria di riferimento; dall'altro lato, se non c'è, come è molto probabile che non vi sia, adesione totale o anche solo parziale dei lavoratori al processo di trasferimento, si determinerà, una volta trasferita l'attività alla società neocostituita o partecipata, una indebita lievitazione della dotazione organica, che renderà necessaria la gestione delle eccedenze. Del pari, in capo alla società neocostituita o partecipata si porrà l'esigenza di assumere

⁽⁹⁶¹⁾ Secondo un criterio di individuazione dei dipendenti di recente ribadito da Trib. Milano 16 febbraio 2007, in *Not. giur. lav.*, 2007, 711, il quale limita il coinvolgimento dei lavoratori e la conseguente applicazione dell'art. 2112 c.c. ai soli che siano addetti in via esclusiva o principale al ramo di azienda ceduto. La pronuncia segue il principio affermato in precedenza da Cass., 6 dicembre 2005, n. 2668, in *Not. giur. lav.*, 2006, 381; Cass., 18 maggio 1995, n. 5483, *ivi*, 1995, 912; Cass., 21 gennaio 1985, n. 237, in *Riv. it. dir. lav.*, 1985, II, 593.

⁽⁹⁶²⁾ Prima del d.lgs. n. 18/2001 solo una minoritaria opinione dottrinale affermava, per il settore privato, l'inapplicabilità dell'art. 2112 in caso di trasferimento parziale, deducendo che in tal caso la continuità del rapporto lavorativo era un diritto, quindi rinunciabile, e non un effetto automatico: cfr. in particolare F. Scarpelli, «*Esternalizzazioni*» e diritto del lavoro: *il lavoratore non è una merce*, in *DRI*, 1999, 351 ss, 363. Per un quadro v. De Angelis L. *La tutela del lavoratore ceduto*, in *Dialoghi fra dottrina e giurisprudenza*, Milano, Giuffrè, 2004. In giurisprudenza, nega il diritto del lavoratore di scegliere di restare alla dipendente del cedente, da ultimo, Cass. 1° febbraio 2008, n. 2489, in *Foro it. On line*.

nuovo personale, per garantire idoneo supporto alle attività trasferite.

Ecco allora il prefigurarsi di una prospettiva difficile ma inevitabile di più intenso coinvolgimento delle Oo.Ss. a questo processo di trasferimento dell'attività. Il coinvolgimento – anche per dare un senso all'inciso contenuto nel comma 30: «*sentite le organizzazioni sindacali per gli effetti derivanti sul personale*» che pare configurare al massimo un modulo di tipo partecipativo – deve svolgersi nella corretta osservanza delle competenze e delle procedure sindacali proprie del comparto e dell'intero settore pubblico; osservanza che si farà sempre più netta e significativa alla luce degli imminenti interventi del legislatore sul tema del rafforzamento del ruolo e delle determinazioni datoriali, proprio nei luoghi delle relazioni sindacali di amministrazione dove non è prevista contrattazione, secondo le discipline dei contratti collettivi ⁽⁹⁶³⁾.

Spetta, dunque, all'amministrazione, e non al sindacato, la scelta organizzativa e gestionale relativa alla costituzione/partecipazione alla società; spetta naturalmente all'amministrazione, e non al sindacato, l'individuazione delle attività o servizi da trasferire; spetta all'amministrazione, e non al sindacato, l'individuazione *in misura adeguata* delle quote e dei bacini di personale da trasferire, individuazione poi sottoposta a controllo interno (revisori dei conti) ed esterno (Funzione pubblica e MEF) al fine della segnalazione di eventuali inadempimenti alla Corte dei Conti (art. 3, c. 32, L. n. 244/2007).

Spetta, invece, alla contrattazione collettiva di amministrazione - ai sensi dell'art. 47 L. n. 428/1990, ma anche del Ccnl Università e di altri comparti del settore pubblico, per i quali sono materia di contrattazione integrativa «le implicazioni in ordine alla qualità del lavoro ed alle professionalità dei dipendenti in conseguenza delle innovazioni degli assetti organizzativi, tecnologiche e della domanda di servizi» ⁽⁹⁶⁴⁾, mentre è oggetto di consultazione il «trasferimento di attività» – occuparsi degli effetti derivanti dalla cessione sui rapporti di lavoro e delle misure utili a temperare l'impatto del trasferimento dei dipendenti.

Anzi, se davvero si ritiene, come mi pare possibile ritenere, che occorra qui un consenso dei lavoratori al passaggio individuale, quella sindacale potrebbe essere la sede utile a realizzare una transazione collettiva circa il trasferimento, dove lo strumento contrattuale vale a determinare la possibilità di passaggio dei contingenti individuati, anche a prescindere dalla raccolta del consenso individuale dei lavoratori interessati ⁽⁹⁶⁵⁾.

Ci si può naturalmente interrogare circa l'interesse sindacale a realizzare un accordo su dimensione e tipologia del contingente “adeguato” di risorse umane atto ad accompagnare il trasferimento di attività, dato che qui non esiste un automatismo con riguardo al passaggio dei dipendenti. Questo dipende, per la gran parte, dalla serietà con la quale l'amministrazione si muove alla rideterminazione della dotazione organica ex art. 3, c. 30 della legge a seguito del processo di riorganizzazione, trasformazione o decentramento: in sostanza, l'interesse sindacale dovrebbe

⁽⁹⁶³⁾ L'art. 2, c. 1 del DDL approvato dal Consiglio dei Ministri il 18.6.2008, prevede un esercizio della delega in materia di riforma della contrattazione collettiva nazionale e integrativa volto a «modificare la disciplina della contrattazione collettiva nel settore pubblico al fine di conseguire una migliore organizzazione del lavoro e ad assicurare il rispetto della ripartizione tra le materie sottoposte alla legge e quelle sottoposte alla contrattazione collettiva».

⁽⁹⁶⁴⁾ Cfr. art. 4, c. 2, lett. h) Ccnl Università 9 agosto 2000.

⁽⁹⁶⁵⁾ Si pone qui naturalmente la questione generale, non ancora risolta dalla giurisprudenza con riguardo al settore pubblico, dell'accordo sindacale in perdita e del lavoratore iscritto ad oo.ss. dissenzienti rispetto all'accordo. Per il settore privato v. Cass., 28 maggio 2004, n. 10353, in *Not. giur. lav.*, 2004, 708; Cass., 5 febbraio 1993, n. 1438, in *Riv. it. dir. lav.*, 1994, II, 66.

essere sollecitato da una corretta rappresentazione dell'impossibilità, per l'amministrazione, di riassorbire in tutto o in parte il personale addetto alle attività trasferite, sì da porre le Oo.Ss. nella condizione di poter svolgere il corretto ruolo di mediazione tra le esigenze dell'esternalizzazione e quelle dei dipendenti interessati, nella logica di evitare processi ulteriori di gestione delle eccedenze di personale in capo all'amministrazione cedente.

7. L'art. 16 del D.L. 25 giugno 2008, n. 112. La trasformazione delle Università in fondazioni di diritto privato

Può essere qualificata come norma speciale rispetto all'art. 31 anche il recente art. 16 del D.L. 25 giugno 2008, n. 112, poi convertito nella Legge n. 133/2008, il quale prevede la «facoltà» di trasformazione delle Università in fondazioni di diritto privato.

Non posso qui che occuparmi dei soli aspetti lavoristici, tralasciando fondamentali questioni che investono in radice la scelta degli Atenei di accedere alla trasformazione, sotto il profilo della *governance*, delle ricadute organizzative, economiche e gestionali, della continuità delle attività istituzionali, di ricerca e didattica.

Anche questa norma prevede una specifica ipotesi di trasferimento di attività, la quale, per vero, non sarebbe identificabile quale trasferimento di azienda secondo la disciplina giuslavoristica, alla luce di una costante giurisprudenza del settore privato che non riconosce nel mutamento della ragione sociale del datore di lavoro una ipotesi di cessione di attività, in quanto il datore resta il medesimo dal punto di vista sostanziale e non vi è novazione soggettiva nel contratto di lavoro⁽⁹⁶⁶⁾. Addirittura, la giurisprudenza ha in passato escluso l'applicazione dell'art. 2112 c.c. proprio al caso della trasformazione disposta per legge di un ente pubblico in società per azioni, laddove i precedenti rapporti di lavoro fossero regolati non dal diritto del lavoro, ma da uno statuto giuspubblicistico, fuoriuscendo così la fattispecie dall'ambito di applicazione della Dir. n. 77/187 CEE⁽⁹⁶⁷⁾.

Qui, però, la trasformazione della natura giuridica del soggetto in questione, da pubblica a privata, comporta l'applicabilità dell'art. 31 D.Lgs. n. 165/2001 o delle norme speciali. Non si tratta infatti di una trasformazione in senso civilistico (ad es. da un tipo societario ad un altro a seguito di delibera dei soci), ma di una trasmutazione su base eteronoma, la quale risulta assimilabile ad un fenomeno di estinzione dell'ente pubblico in questione con contemporanea creazione di un soggetto privato con la medesima o diversa denominazione, al quale viene contestualmente affidata l'attività prima gestita, in via diretta, dalla pubblica amministrazione.

⁹⁶⁶ Cfr. ad es. Cass., 16 aprile 1986, n. 2697, in *Giur. civ. merito*, 1986, e Corte d'A. di Torino 25 maggio 2001, in *Giur. lav.*, 2001, 46, 38. In dottrina, tra molti, R. Romei, *Il rapporto di lavoro nel trasferimento dell'azienda* – art. 2112 –, in *Il codice civile*, commentario diretto da Schlesinger, Milano, Giuffrè, 1993, 58; E. Menegatti, *I riflessi del d.lgs. 2 febbraio 2001, n. 18 sulla nozione di trasferimento di azienda*, in *Lav.giur.*, 2001, 823.

⁹⁶⁷ Cfr. Cass. 15 novembre 2003, n. 17318, in *Riv.it.dir.lav.*, 2004, II, 647, con nota di R. Romei, *Trasformazione da ente pubblico a società per azioni e applicazione dell'art. 2112 c.c.* Si trattava della trasformazione della Azienda di Stato per i Servizi Telefonici in Iritel S.P.A., disposta dalla legge n. 58/1992. Secondo Corte Giust. Ce, 14 settembre 2000, n. C-343/98, pur essendo la direttiva n. 77/187 applicabile anche ai trasferimenti di attività e di servizi attuati da un ente della pubblica amministrazione qualunque sia il mezzo tecnico giuridico utilizzato (e, quindi, anche se i suddetti trasferimenti siano il frutto di decisioni unilaterali della pubblica amministrazione e non di un concorso di volontà), tuttavia la garanzia della continuità dei rapporti di lavoro da essa prevista presuppone che gli interessati, al momento del passaggio dall'una all'altra gestione, «siano stati inizialmente tutelati in quanto lavoratori in base al diritto nazionale nell'ambito del diritto del lavoro», ciò che non si verifica quando il trasferimento comporti il passaggio del lavoratore da uno statuto giuspubblicistico ad un regime di diritto privato del lavoro (v. Cass. 21 maggio 2002 n. 7449).

C'è il passaggio di attività, presumibilmente di tutte le attività delle Università, ad un soggetto privato e, secondo la nozione ampia fornita dall'art. 31, l'art. 16 del Decreto Legge non può che essere identificato come *species* del *genus* contemplato dalla norma del testo unico n. 165/2001. Tanto che, anche qui, si intende un passaggio di dipendenti dall'Università alla Fondazione, realizzato per effetto della trasformazione della natura giuridica del datore, da soggetto pubblico a soggetto di diritto privato. Si realizzano cioè tutte le condizioni di applicabilità dell'art. 31 D.lgs. n. 165/2001, per le parti non regolate dalla norma speciale dell'art. 16 D.L. n. 112/2008, verificandosi appunto un trasferimento di attività da soggetto pubblico a soggetto privato in ipotesi in cui, fra l'altro, non esiste, tra il "prima" e il "dopo", l'ostacolo posto dal diverso regime giuridico applicabile ai rapporti di lavoro: a seguito della c.d. "privatizzazione" del pubblico impiego, ai dipendenti pubblici si applicano, già da tempo, il «codice civile» e le «leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa» (art. 2, c. 2 D.Lgs. n. 165/2001).

La norma è però costruita in modo diverso da quella, appena considerata, dei commi 27 e seguenti dell'art. 3 della legge n. 244/2007; nel senso che la trasformazione del datore non lascia dubbi circa il fatto che il trasferimento riguardi *tutte* le attività e riguardi *tutti* i lavoratori dell'Università, i quali appunto, per effetto inderogabile ed automatico, previsto dalla legge, della decisione di trasformazione, divengono dipendenti della fondazione privata: si dice, all'art. 16, comma 2 del D.L. n. 112/2008, più o meno alla stessa stregua dell'art. 2558 c.c. per il caso di successioni nei contratti aziendali da parte dell'acquirente, che «*le fondazioni universitarie subentrano in tutti i rapporti attivi e passivi e nella titolarità del patrimonio dell'Università*», prevedendo dunque esplicitamente la successione anche nei contratti di lavoro in essere con i dipendenti universitari, i quali, per effetto della trasformazione, diventano dipendenti di un (diverso) soggetto privato.

Mentre, dunque, nell'ipotesi della Legge finanziaria 2008 mi pare che la cessione di attività non comporti, come detto, l'automatico passaggio dei dipendenti alla società neo costituita o partecipata; qui, invece, nel caso di trasformazione in fondazione, il passaggio è, per legge, come nell'art. 2112 c.c., senz'altro automatico, e non abbisogna certo di alcuna forma di consenso da parte del lavoratore-contraente ceduto.

Sicché, la norma dell'art. 16 dedica un solo specifico comma al regime giuridico applicabile al personale tecnico-amministrativo "trasferito" alle dipendenze del nuovo soggetto privato; norma in gran parte pleonastica, perchè, nel prevedere l'applicabilità «*fino alla stipulazione del primo contratto di lavoro*» del «*trattamento economico e giuridico vigente alla data di entrata in vigore della presente norma*», essa non fa altro che condensare e dar per presupposti gran parte dei contenuti di tutela dell'art. 2112 c.c.: continuità del rapporto di lavoro; mantenimento dei diritti derivanti dal rapporto con il datore cedente; mantenimento delle discipline contrattuali collettive (in questo caso quelle del Ccnl del comparto Università e dei relativi contratti integrativi di Ateneo) fino a che esse non vengano sostituite da altro contratto collettivo nazionale o di secondo livello applicabile al cessionario ⁽⁹⁶⁸⁾.

⁽⁹⁶⁸⁾ Si ricorda che Cass. 8 settembre 1999, n. 9545, in *Mass. giur. lav.*, 1999, 11, 1147 ha fissato il principio per cui «deve ritenersi che solo nel caso in cui l'azienda acquirente non applichi alcun contratto collettivo ai lavoratori ceduti si applichi il contratto collettivo che regolava il rapporto con la precedente azienda, indipendentemente dall'attività svolta dall'impresa acquirente; la preoccupazione della continuità di una copertura contrattuale, invece, non ha più ragione d'essere quando l'impresa acquirente applichi comunque un contratto collettivo, dovendosi in tal caso ritenere che questo contratto *sostituisca immediatamente e totalmente* la disciplina collettiva vigente presso l'azienda alienante e che, secondo i principi generali, detto contratto possa essere modificato anche in peius dalla successiva contrattazione collettiva».

Giocoforza, la norma parla del «primo» contratto collettivo delle Fondazioni universitarie, non essendovi ad oggi alcuna relazione collettiva del settore che deve, via via, essere costituita, sia sul versante della rappresentanza negoziale nazionale delle Fondazioni aderenti, che sul versante delle Oo.Ss. dei lavoratori, naturalmente diverse da quelle che attualmente occupano il comparto Università, già selezionate secondo le regole della rappresentatività sindacale di cui al D.Lgs. n. 165/2001.

La Fondazione potrebbe, nella libertà sindacale datoriale, dare applicazione ad altro Ccnl di categoria del settore privato già esistente ⁽⁹⁶⁹⁾, secondo esperienze da tempo praticate da alcune università private italiane nei confronti del personale tecnico-amministrativo e dalle stesse Fondazioni universitarie costituite ex art. 59, c. 3, l. n. 388/2000⁽⁹⁷⁰⁾. Il comma 13 dell'art. 16 fa però preciso riferimento, con una sorta di rinvio formale contestualmente alla fonte e al *fatto* della stipulazione, ad un primo contratto collettivo delle Fondazioni, già Università pubbliche: il che vale senz'altro ad ammettere la possibilità di realizzare un primo contratto collettivo, di livello aziendale, applicabile alla singola Università trasformata in Fondazione, ma viceversa ad escludere che, nelle more, si dia applicazione ad altri contratti collettivi che non siano quelli, nazionale di comparto ed integrativi, attualmente applicati dagli Atenei.

Piuttosto c'è da chiedersi perché, questa volta in deroga all'art. 2112 c.c., le discipline applicabili siano quelle in atto al momento *dell'entrata in vigore* della norma del D.L. n. 112/2008, e non quelle in atto al *momento della trasformazione*: la norma non prevede discipline transitorie; essa non presenta termini temporali finali circa la delibera di trasformazione da parte degli Organi accademici (è stabilito solo l'effetto della trasformazione dal 1° gennaio dell'anno successivo a quello della delibera), e dunque non si capisce perché scontare sui trattamenti contrattuali del personale soggetto al passaggio eventuali incrementi retributivi o trattamenti normativi che dovessero intervenire nelle more tra l'entrata in vigore del D.L. n. 112/2008 e la trasformazione in fondazione dell'Ateneo interessato ⁽⁹⁷¹⁾.

Certo, e qui la preoccupazione specie sindacale nel dibattito sino ad ora sviluppatosi in merito all'art. 16 del decreto, si tratta di un salto che, come per il pesce Nemo, avviene per i dipendenti verso il Grande Blu dell'Oceano, abbandonando la più sicura delle barriere coralline. Si esce dal settore pubblico, per essere assoggettati integralmente alle discipline del diritto del lavoro nell'impresa, dalle quali le Fondazioni potrebbero trarre inedite opportunità di gestione più flessibile degli organici in entrata, ma anche in uscita dalle relazioni di lavoro; si esce dalla contrattazione di comparto del settore pubblico verso una contrattazione collettiva del settore privato, dove si incontrano *canyon* sommersi inesplorati e pieni di insidie, in punto di rappresentatività sindacale anche e soprattutto sul versante datoriale; in punto di efficacia del contratto collettivo; in punto di godimento e spartizione dei diritti sindacali.

Forse questa suggestione rivela in maniera efficace una particolare debolezza della norma su un versante, quello lavoristico, che l'esperienza dimostra essere determinante nel governo dei più

⁽⁹⁶⁹⁾ Cfr. ad es. Cass. 8 maggio 2008, n. 11362, in *Foro it Online* e Cass. 5 novembre 1999, n. 12345, in *Not. giur. lav.*, 2000, 1.

⁽⁹⁷⁰⁾ Sulle quali v. R. Finocchi, *Le Università*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di Diritto amministrativo, Diritto amministrativo speciale*, II, Milano, Giuffrè, 2003, 1386 ss. e D. Marchetta, *Le nuove fondazioni universitarie*, in questa *Rivista*, 2001, 761 ss.

⁽⁹⁷¹⁾ La legge di conversione, n. 133/2008, facendo proprio l'emendamento approvato al Senato in data 1° agosto 2008 (Atto Senato n. 949) e trasferito alla Camera per l'approvazione definitiva, prevede unicamente la sostituzione delle parole «presente norma», con quella di «presente decreto», non modificando però la sostanza, qui criticata, della disposizione.

ampi processi di trasformazione e riorganizzazione amministrativa. La “questione del personale” rappresenta la “cenerentola” delle istanze regolative del legislatore; ma i primi segnali di accoglienza rivolti all’art. 16 del decreto dimostrano come proprio la gestione delle risorse umane interessate alla trasformazione costituirà il banco di prova applicativo di maggior impegno per le Università che vorranno muoversi verso questa opportunità nuova, ed integrale, di gestione dei servizi.

8. *Segue. Appunti per il personale docente delle Università*

La debolezza si fa strutturale ove ci si interroghi, infine, sulla sorte dei rapporti di lavoro del personale docente, professori e ricercatori universitari, come noto esclusi dalla contrattualizzazione ai sensi dell’art. 3, c. 2 del D.Lgs. n. 165/2001, e dunque attualmente soggetti ad una disciplina unilaterale, di legge e regolamento, a matrice pubblicistica.

L’art. 16 non parla, infatti, del personale docente, forse presupponendo, il legislatore, che, a norma del 14° e ultimo comma dell’art. 16, le Fondazioni universitarie possano al riguardo continuare ad applicare tutte le disposizioni vigenti per le Università statali, se ed in quanto compatibili con il nuovo assetto regolativo e con la natura privatistica delle fondazioni medesime⁽⁹⁷²⁾. E nulla osterebbe a che, da parte di Fondazioni private, in forza del principio generale di rinvio contenuto nella disposizione di chiusura, si utilizzino le norme statali sullo stato giuridico dei docenti universitari.

In effetti il legislatore utilizza qui la medesima tecnica già collaudata nella legge 29 luglio 1991, n. 243, stesa per le «*Università non statali legalmente non riconosciute*», ove, all’art. 1, si prevede appunto l’operatività delle Università e degli Istituti superiori non statali legalmente riconosciuti «nell’ambito dell’articolo 33, ultimo comma, della Costituzione e delle leggi che li riguardano, nonché dei principi generali della legislazione in materia universitaria in quanto compatibili», mentre all’art. 4 si regola espressamente l’equiparazione, alle Università statali, dei trattamenti di quiescenza dei docenti. Sulla base di tale norma, nelle Università private italiane si è praticata l’estensione delle norme sullo stato giuridico dei docenti, in primo luogo quelle del D.P.R. n. 382/1980 e quelle, di più recente formazione, sul reclutamento, fra l’altro con talune deroghe *ad hoc* rispetto alla normativa di carattere generale specie sul versante dei trattamenti economici⁽⁹⁷³⁾.

Se il terreno in materia è dunque già da tempo dissodato, con facili schemi equiparativi tradotti nelle esperienze statutarie delle Università non statali, nondimeno, data la particolarità ed il carattere innovativo della fattispecie riguardante le Fondazioni di diritto privato, una estensione basata sulla sola norma generale e di chiusura dell’art. 16, c. 14 verrebbe a costituire una qual sorta di opzione minima, potendo senz’altro tale profilo meritare più ampia e specifica riflessione da parte del legislatore.

⁽⁹⁷²⁾ Il comma 14 dell’art. 16 prevede che «Alle fondazioni universitarie continuano ad applicarsi tutte le disposizioni vigenti per le Università statali in quanto compatibili con il presente articolo e con la natura privatistica delle fondazioni medesime».

⁽⁹⁷³⁾ Ad esempio con l’attribuzione di specifiche *indennità di Ateneo*, rapportate al numero ore di docenza, a seguito di specifica contrattazione con rappresentanze di Ateneo dei Professori ordinari e associati (fonte: Università Bocconi di Milano).

Altrove, e di recente, ho cercato di sostenere la assoluta compatibilità di un processo di privatizzazione/contrattualizzazione dei rapporti di lavoro del personale docente delle Università, sia con il quadro costituzionale ⁽⁹⁷⁴⁾ che con la norma dell'art. 3, c. 2 del D.lgs. n. 165/2001, la quale, non a caso, e diversamente da quanto operato con riguardo alle altre categorie di personale escluso dalla "privatizzazione" di cui al comma 1 dell'art. 3, non nega la praticabilità del processo, rinviando ad una apposita disciplina che regoli il rapporto di impiego di professori e ricercatori in armonia con i principi dell'autonomia universitaria ⁽⁹⁷⁵⁾.

È evidente che la trasformazione in senso privatistico del datore di lavoro potrebbe dare innesco ad un altrettanto complesso processo di privatizzazione e contrattualizzazione dei rapporti di lavoro dei docenti universitari impiegati alle dipendenze del soggetto privato, sia sotto il profilo individuale che, naturalmente, sotto il profilo collettivo e sindacale. Gli effetti di tale deriva privatistica, svolta per il personale docente delle fondazioni, non sono preventivabili, in quanto essa potrebbe far da volano ad un complessivo ripensamento circa la complessiva regolamentazione della docenza universitaria nel nostro Paese, a prescindere dalla natura del datore di lavoro.

Privatizzazione e contrattualizzazione dei docenti risultano non solo possibili dal punto di vista costituzionale ⁽⁹⁷⁶⁾, ma di sicuro praticabili sul versante di una più corretta e moderna impostazione del rapporto tra docenza universitaria ed interessi pubblici assai differenziati perseguiti dall'organizzazione delle Università, così come della reale garanzia della libertà e dell'indipendenza dei docenti universitari.

Sotto il primo profilo, la contrattualizzazione risponderebbe alle esigenze di flessibilità ed autonomia degli Atenei, ormai non più comparabili tra loro in termini omogenei, per dimensioni, per contesto territoriale di azione, per *mission* culturale (prevalentemente di didattica o prevalentemente di ricerca), per risorse disponibili.

La combinazione tra contrattazione collettiva nazionale e decentrata a livello di Ateneo potrebbe favorire una maggiore efficienza e produttività dei docenti ed una più efficace erogazione dei servizi universitari ⁽⁹⁷⁷⁾. Ma, soprattutto, il contratto di lavoro individuale potrebbe rivelarsi adatto a contemperare l'interesse organizzativo della struttura universitaria con l'interesse individuale del docente, il quale troverebbe nel contratto la fonte degli obblighi, ma anche la tutela dei diritti ⁽⁹⁷⁸⁾.

Come è stato rilevato la contrattazione individuale con l'Ateneo consentirebbe poi una effettiva

⁽⁹⁷⁴⁾ Per il quale si rinvia al sempre attuale studio di S. Cassese e A. Mura, *Commento agli artt. 33-34*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna, Zanichelli, 1976, 210 e ss.

⁽⁹⁷⁵⁾ S. Mainardi, *Riflessioni su alcune problematiche lavoristiche della carriera universitaria*, Relazione tenuta alla Giornata di Studio *Il pubblico impiego non privatizzato nella più recente normativa e nella giurisprudenza amministrativa*, Roma, Consiglio di Stato, 17 ottobre 2007.

⁽⁹⁷⁶⁾ Sul tema v. M.T. Carinci, *L'ambito di applicazione della privatizzazione: docenti e ricercatori universitari*, in F. Carinci e L. Zoppoli (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Torino, Utet, 2004, spec. 46 e ss.

⁽⁹⁷⁷⁾ Cfr. le esperienze citate alla precedente nota 27.

⁽⁹⁷⁸⁾ Cfr. A. Trojsi, *Il lavoro dei docenti universitari*, in *Lav. Dir.*, 1999, 1, 115-117. Per il dibattito sul tema dello "stato giuridico" v. S. Raimondi, *Lo stato giuridico dei professori universitari tra legge e autonomia statutaria e spinte corporative*, in *Dir. amm.*, n. 2/2002, 209 e ss.

personalizzazione del rapporto di lavoro, anche attraverso la determinazione concreta delle modalità di prestazione e retribuzione per ogni docente declinata su diverse tipologie contrattuali, a termine e a tempo indeterminato, commisurandole alla sua situazione particolare e alla *mission* di Ateneo, contribuendo così anche a rafforzare il legame col docente ⁽⁹⁷⁹⁾. Su questa base, la retribuzione dei docenti, fissata una base minima comune a tutti i contratti dello stesso tipo, potrebbe essere commisurata a seconda della produttività individuale, della tipologia di prestazione e del regime di impegno del docente.

Chiaro, per fare tutto questo, occorrono le risorse, specie con riguardo alla creazione e al finanziamento dinamico di una nuova struttura contrattuale per la docenza, oltre ad un grande investimento sulla capacità della contrattazione collettiva di farsi responsabile nella ricerca di un equilibrio tra soddisfazione economica del docente e tenuta finanziaria degli Atenei, quest'ultima oggi seriamente interessata dall'incidenza anche dei più recenti provvedimenti legislativi ⁽⁹⁸⁰⁾.

La fonte legislativa assumerebbe comunque, in questo settore, un rilievo centrale e particolare: ma occorre una legge leggera, di principi, che si riservi il compito di fissare gli schemi generali e di fungere da punto di riferimento degli ordinamenti universitari.

Sotto il secondo profilo – quello della reale garanzia della libertà e dell'indipendenza dei docenti universitari – il diritto del lavoro ha sempre dimostrato grande attitudine alle curvature rese necessarie dalla specialità del rapporto regolato.

È infondato il timore che una eventuale contrattualizzazione dei docenti faccia sorgere il pericolo di attentati alla libertà didattica-scientifica, perchè la curvatura del diritto privato deve qui naturalmente interessare l'esercizio dei poteri datoriali, a tutela delle garanzie di libertà di ricerca e di insegnamento ⁽⁹⁸¹⁾.

Credo possa qui utilmente essere ricordata l'esperienza dei ricercatori degli enti di ricerca pubblici, il cui rapporto di lavoro risulta da tempo "privatizzato" ed è ormai sottoposto alla disciplina contrattuale, collettiva ed individuale. Non è dubbio, in questi luoghi, che l'art. 2094 del codice civile ed il relativo esercizio dei poteri datoriali di eterodeterminazione della prestazione, di controllo e di disciplina – i connotati della subordinazione – debbano essere interpretati non solo tenendo conto del carattere intellettuale della prestazione, ma anche della norma costituzionale dell'art. 33 che garantisce la libertà di ricerca dei ricercatori, i quali godono, come emerge chiaramente dalle norme del contratto collettivo nazionale di lavoro, della possibilità di auto-determinare in larga parte modalità e contenuti della propria prestazione di lavoro, fermo restando

⁽⁹⁷⁹⁾ A. Trojsi, *op.cit.*, 117.

⁽⁹⁸⁰⁾ Cfr. l'allarme manifestato sulla manovra economica del Governo sull'Università da parte della CRUI, nel documento approvato all'unanimità dall'Assemblea straordinaria del 3 luglio 2008 con riguardo alle misure contenute nel D.L. n. 112/2008, in www.cru.it, dove si considera di «particolare rilievo la presenza, nel decreto-legge in discussione, di un articolo che prevede la possibilità per le Università pubbliche (alle quali devono essere affiancate anche le Università non statali) di trasformarsi in fondazioni di diritto privato, con l'evidente significato di prospettare una via alternativa, che non è peraltro percorribile, anche se si intendesse farlo, partendo da condizioni di dissesto e in assenza di altre garanzie».

⁽⁹⁸¹⁾ Per la scarsa utilità pratica, pur se compatibile con il quadro costituzionale, della privatizzazione dei docenti proprio con riguardo alla temperata incidenza dei poteri datoriali rispetto alle prerogative di libertà di insegnamento e ricerca, v. invece M.T. Carinci, *Docenti e ricercatori universitari*, in *Il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, Commentario diretto da F. Carinci e M. D'Antona, Milano, Giuffrè, 2000, 367 e ss.

però (art. 26, c. 1 e 60, c. 1 Ccnl Enti di ricerca) che *«il dipendente conforma la sua condotta al dovere di collaborazione con impegno e responsabilità alla realizzazione dei compiti istituzionali dell'ente, come definiti dalla programmazione scientifica e tecnologica e secondo gli assetti organizzativi propri dell'Ente stesso, rispettando i principi di buon andamento e imparzialità dell'attività da svolgere»* ⁽⁹⁸²⁾.

Mi chiedo quali ostacoli e quali attentati alle libertà costituzionali del docente universitario comporterebbe l'introduzione di norme di tal genere a regolare il rapporto di lavoro di professori e ricercatori, per i quali, naturalmente, potrebbero essere introdotti temperamenti al regime contrattuale anche in sede di verifica, valutazione e controllo dell'adempimento, nonché di repressione delle condotte inadempienti rispetto agli obblighi contrattuali.

Il cammino, pur stimolato da interventi legislativi, come quello in commento dell'art. 16 del D.L. 112, forse poco sensibili alla complessità del fenomeno, è molto lungo e pone passaggi ulteriori ma di centrale difficoltà e rilevanza: *in primis* la creazione di organizzazioni sindacali dei docenti dotate della necessaria capacità rappresentativa e comprese del delicatissimo ruolo del quale verrebbero investite in un regime privatizzato e contrattualizzato di disciplina dei rapporti di lavoro; mentre, su altro versante, la capacità delle Università – trasformate o non trasformate in Fondazioni – di concepire ed interpretare la propria autonomia anche in termini di corretto esercizio dei poteri datoriali nei confronti del proprio corpo docente.

⁽⁹⁸²⁾ Ed ancora, ad esempio, il Ccnl si fa carico del possibile coniugio tra esigenze datoriali e di garanzia di libertà dei ricercatori *«l'orario di lavoro dei ricercatori e tecnologi è di 36 ore medie settimanali nel trimestre e i ricercatori e tecnologi hanno l'autonoma determinazione del proprio tempo di lavoro. La presenza in servizio è assicurata correlandola in modo flessibile alle esigenze della propria attività scientifica e tecnologica, agli incarichi loro affidati, all'orario di servizio della struttura in cui operano, tenendo conto dei criteri organizzativi dell'Ente»*.