



**Numero 1 / 2018**  
**(estratto)**

**Filippo Curcuruto**

**Osservazioni sui rapporti di lavoro nelle  
società a controllo pubblico**

*Abstract*

L'articolo si propone di esaminare le modalità delle assunzioni nelle società pubbliche alla luce del recente intervento normativo di riordino della complessiva disciplina di dette società.

This article aims to examine the rules governing the selection of prospective employees by companies controlled by a public administration, taking into account the recent changes in legislation concerning these particular companies

*Sommario*

1. Introduzione: la legge delega 124/2015
  2. Il decreto legislativo di attuazione 175/2016 : le linee fondamentali
  3. I criteri specifici in materia di rapporti di lavoro.
  4. Il reclutamento del personale nella disciplina anteriore al decreto legislativo
  5. Il reclutamento del personale nella disciplina vigente
  6. L'ambito di applicazione delle norme in materia di assunzioni
  7. Procedure di assunzione e inquadramenti in qualifiche superiori
  8. La giurisdizione sulle controversie in materia di assunzione
  9. Vicende societarie e ricadute sui rapporti di lavoro
    - 9.1. La revisione straordinaria –
    - 9.2. La reinternalizzazione –
    - 9.3. La ricognizione del personale e le eccedenze
  10. Il decreto correttivo
- 
1. Introduzione: la legge delega 124/2015

Con la legge 7 agosto 2015, n. 124 è stata avviata un'ampia riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche, mediante il conferimento al Governo di diverse deleghe, unificate da tale finalità. Le deleghe hanno riguardato, tra l'altro, la riorganizzazione dell'Amministrazione dello Stato ( art. 8) la dirigenza pubblica ( art. 11) il lavoro alle dipendenze delle p.a. ( art.17) i servizi pubblici locali di interesse generale ( art. 19) e le partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche ( art. 18).

L'intervento sulle società partecipate si presenta quindi principalmente come un capitolo del complessivo disegno di riorganizzazione.<sup>1</sup> I profili del riordino organizzativo sono tuttavia intrecciati con quelli della razionalizzazione della disciplina normativa, sulla quale al legislatore delegato si chiede parimenti di intervenire.

Il cit. art. 18 assegna infatti al legislatore delegato il compito prioritario di fare chiarezza nella disciplina e di semplificare la normativa, richiamando, fra l'altro, il contenuto del precedente art. 16 recante "procedure e criteri comuni per l'esercizio di deleghe legislative di semplificazione". Vengono altresì previste la "ridefinizione della disciplina, delle condizioni e dei limiti per la costituzione di società" in funzione della "razionalizzazione e riduzione delle partecipazioni pubbliche", la "razionalizzazione dei criteri pubblicistici per gli acquisti e il reclutamento del personale, per i vincoli alle assunzioni e le politiche retributive, finalizzati al contenimento dei costi", la "eliminazione di sovrapposizioni tra regole e istituti pubblicistici ispirati alle medesime esigenze di disciplina e controllo".

Nei principi di delega formulati nel cit. art. 18 traspare peraltro un orientamento di sostanziale contrarietà alla presenza di pubbliche amministrazioni in società private.<sup>2</sup> Al legislatore delegato si chiede di limitare "l'assunzione e il mantenimento di partecipazioni societarie da parte di amministrazioni pubbliche entro il perimetro dei compiti istituzionali o di ambiti strategici per la tutela di interessi rilevanti" prevedendo che la relativa normativa delegata trovi applicazione "anche alle partecipazioni pubbliche già in essere" (art. 18, comma 1 lett. b). Per le società partecipate da enti locali, che "gestiscono, servizi strumentali e funzioni amministrative" si prevede la "definizione di "procedure, limiti e condizioni per l'assunzione, la conservazione e la razionalizzazione delle partecipazioni" (art 18, comma 1, lett.m) n. 1). Per quelle che "gestiscono servizi pubblici di interesse economico generale" dovrà esser previsto un "numero massimo di esercizi con perdite di bilancio che comportino liquidazione della società" (art. 18 comma 1 lett. m) n. 2). Il rafforzamento delle misure dirette al raggiungimento di obiettivi di qualità dovrà passare anche "attraverso la riduzione dell'entità e del numero delle partecipazioni (art. 18 comma 1 lett. m) n. 3). Infine, dovranno essere introdotti "strumenti anche contrattuali volti a favorire la tutela dei livelli occupazionali nei processi di ristrutturazione e privatizzazione relativi alle società partecipate".

La caratteristica fondamentale dell'intervento normativo sulle società partecipate è efficacemente riassunta dallo stesso legislatore delegante nel n. 5 della lett. m) dell'art. 18, dove si fa riferimento ai principi di "razionalizzazione e riduzione di cui al presente articolo", prevedendo che la loro mancata attuazione venga scoraggiata dal legislatore delegato mediante l'introduzione

---

<sup>1</sup> PINTO, 226

<sup>2</sup> PINTO, 225

di un sistema di misure sanzionatorie riguardanti anche la riduzione dei trasferimenti dello Stato alle amministrazioni inadempienti.

A conclusione di questi sintetici rilievi va ricordato, infine, che con la sentenza 251 del 2016 la Corte Cost. ha dichiarato costituzionalmente illegittimo, fra l'altro l'art. 18, lettere a), b), c), e), i), l) e m), numeri da 1) a 7) della legge 124 del 2015, nella parte in cui, in combinato disposto con l'art. 16, commi 1 e 4, prevede che il Governo adotti i relativi decreti legislativi attuativi previo parere, anziché previa intesa, in sede di Conferenza unificata. La Corte ha osservato che nelle materie ivi contemplate vi è “concorrenza” di “competenze statali e regionali, disciplinata mediante l'applicazione del principio di leale collaborazione” ed ha conseguentemente ritenuto che ai principi e criteri direttivi il Governo dovesse “dare attuazione solo dopo aver svolto idonee trattative con Regioni e enti locali nella sede della Conferenza unificata” considerata come la sede “più idonea a consentire l'integrazione dei diversi punti di vista e delle diverse esigenze degli enti territoriali coinvolti, tutte le volte in cui siano in discussione temi comuni a tutto il sistema delle autonomie, inclusi gli enti locali”.

Come precisato dalla stessa sentenza, al punto 9, le pronunce di illegittimità costituzionale, in essa contenute “sono circoscritte alle disposizioni di delegazione della legge n. 124 del 2015, oggetto del ricorso, e non si estendono alle relative disposizioni attuative. Nel caso di impugnazione di tali disposizioni, si dovrà accertare l'effettiva lesione delle competenze regionali, anche alla luce delle soluzioni correttive che il Governo riterrà di apprestare al fine di assicurare il rispetto del principio di leale collaborazione”.<sup>3</sup>

## 2. Il decreto legislativo di attuazione 175/2016: le linee fondamentali

La delega in materia di società partecipate è stata esercitata con il decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175 recante il “Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica” che introduce una disciplina particolarmente ampia e complessa<sup>4</sup>, i cui profili qualificanti vanno individuati alla luce delle già richiamate esplicite finalità della legge delega. Al T.U. ha fatto seguito un decreto correttivo ( d.lgs 16 giugno 2017 n. 100, su cui *infra* n. 10 ) reso necessario dalla sentenza costituzionale sopra cit., il quale peraltro, come si vedrà, ha inciso solo marginalmente sulla disciplina lavoristica.

Anteriormente al cit. decreto legislativo 175/2016 il legislatore era intervenuto sulla materia, in più d'una occasione, allo scopo, non facile da raggiungere, di contemperare il modello societario con le correzioni richieste dalla natura

---

<sup>3</sup> Una puntuale analisi della sentenza e delle sue conseguenze in MEZZACAPO, 3-6

<sup>4</sup> MEZZACAPO, 3

pubblica dell'ente partecipante. Pur nella disorganicità degli interventi, caratterizzati spesso da sovrapposizione di norme e contraddittorietà della disciplina<sup>5</sup> era tuttavia chiaramente visibile la presenza di elementi pubblicistici nell'area della selezione del personale. La ragion d'essere dei quali è indicata, per solito, nella natura pubblica dell'ente e nella correlata appartenenza del capitale alla mano pubblica. La prima esige particolare attenzione al profilo della spesa, la seconda richiede che il procedimento di assunzione sia trasparente e verificabile.<sup>6</sup>

La riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche, come s'è detto, costituisce l'obiettivo comune della cit. legge 124/2015. I termini concreti di tale riordino dipendono peraltro, in larga parte, anche dallo specifico complesso normativo apprestato dal T.U. Al riguardo va tenuto presente che il legislatore delegato si è spesso mantenuto entro le linee fondamentali della disciplina anteriore confermando i risultati principali raggiunti in materia<sup>7</sup>. Cionondimeno, la conseguente razionalizzazione del quadro normativo, operata anche alla luce del criterio di semplificazione sancito dal comma 1 dell'art. 18 della legge-delega,<sup>8</sup> contribuisce comunque in modo decisivo al conseguimento delle finalità stabilite del legislatore delegante.

Con riguardo poi alla materia dei rapporti di lavoro con le società a partecipazione pubblica, caratterizzata costantemente da limiti e vincoli procedurali anche prima del decreto legislativo 175/2016, le esigenze di trasparenza e verificabilità dei procedimenti di assunzione e la specifica attenzione al tema della spesa, collegate alla natura pubblica dell'ente detentore, in tutto o in parte, del capitale sociale hanno indotto il legislatore a dedicare una cura particolare alle procedure di reclutamento e a quelle di mobilità, nelle quali ultime vi è il massimo intreccio fra pubblico e privato<sup>9</sup>.

Va peraltro messo in rilievo che, pur adottando talora soluzioni che si allontanano dai consueti schemi lavoristici, il legislatore, come vedremo, è sempre rimasto fedele all'idea che i rapporti di lavoro alle dipendenze delle società partecipate mantengano natura privatistica e richiedano solo alcuni correttivi di coordinamento per la diversa natura dell'ente partecipante e dell'ente partecipato<sup>10</sup>.

---

<sup>5</sup> GRAMANO, 4; GAMBARDELLA, 623

<sup>6</sup> GRAMANO, 7

<sup>7</sup> PETTINARI-LUBERTI, 137; critico sulle modalità con cui si è provveduto alla semplificazione normativa, avvenuta solo ricollocando le diverse previsioni in un T.U. senza concentrarsi sui profili fondamentali delle questioni che richiedevano intervento, PINTO, 227.

<sup>8</sup> MESCHINO-LALLI, 11

<sup>9</sup> GRAMANO, 3,

<sup>10</sup> GRAMANO, *ivi*. Per la tesi secondo cui la presenza di elementi che avvicinano i rapporti di lavoro con le società a controllo pubblico ai rapporti di lavoro con la pubblica

Prima di analizzare gli specifici criteri stabiliti in materia di rapporti di lavoro, conviene tuttavia precisare quale sia l'esatto ambito di applicazione delle norme lavoristiche. L'art. 19 comma primo del decreto legislativo dichiara applicabili le norme in esso contenute ai "rapporti di lavoro delle società a controllo pubblico".<sup>11</sup> Queste sono definite nell'art. 2 del decreto mediante il richiamo alla situazione descritta dall' art. 2359 cod. civ. ossia come le società in cui una o più amministrazioni pubbliche esercitano poteri di controllo ai sensi della citata disposizione del cod. civ.

Le società a controllo pubblico appartengono alla più ampia categoria delle società a partecipazione pubblica, definite dall'art. 2 lett. n) del decreto come l'insieme della società a controllo pubblico e delle altre società partecipate direttamente da amministrazioni pubbliche o da società a controllo pubblico. E' opportuno ricordare che nelle società a controllo pubblico devono essere ricomprese le società c.d. "in house" definite come quelle "sulle quali un'amministrazione pubblica esercita il controllo analogo o più amministrazioni esercitano il controllo congiunto"<sup>12</sup>

Come stabilito nell'art. 1 comma 3 del decreto legislativo 175/2016, le società a partecipazione pubblica sono regolate dalle norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali del diritto privato, salve le deroghe contenute nello stesso decreto.

Con riguardo specifico alla materia dei rapporti di lavoro il legislatore ha fatto ricorso ad uno schema analogo, stabilendo, nel primo comma dell'art. 19 del decreto, l'applicazione della disciplina generale contenuta nel codice civile e nelle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, ivi compresa la disciplina degli ammortizzatori sociali, nonché quella dettata dalla fonte collettiva, facendo salve tuttavia le diverse previsioni del decreto.

La norma così formulata trova peraltro applicazione nei rapporti di lavoro con le sole società a controllo pubblico. Il legislatore ha quindi conferito carattere di eccezionalità alla disciplina del decreto per quanto riguarda la detta categoria di società, confermando anche nell'art. in esame l'operatività del diritto privato, in via principale, con conseguente necessità per l'interprete di una puntuale identificazione delle norme derogatorie e di una loro interpretazione restrittiva.<sup>13</sup>

Per quel che riguarda i rapporti di lavoro, nell'area delle società a partecipazione pubblica occorre quindi distinguere fra società a partecipazione pubblica non

---

amministrazione renderebbe configurabile un *tertium genus* fra pubblico e privato, v. tuttavia, PETTINARI-LUBERTI, 138

<sup>11</sup> Sulle società a controllo pubblico, per un'analisi breve ma incisiva v. LIBERTINI.

<sup>12</sup> GAMBARDELLA, 630; PINTO, 231, dove riassunti con precisione i termini del problema della loro collocazione sistematica si conclude osservando che nei confronti di dette società l'ente di riferimento esercita un controllo ancor più pregnante di quello previsto in genere per le società controllate.

<sup>13</sup> GRAMANO, 8

di controllo e a partecipazione pubblica di controllo. Nelle prime trovano applicazione le medesime norme applicabili alle società in genere. Le seconde sono anch'esse soggette a tali norme, salve tuttavia le eccezioni per esse specificamente previste dal decreto legislativo.<sup>14</sup>

Nel seguito di questo articolo saranno illustrati taluni profili di queste specifiche disposizioni, con particolare riferimento alle regole in materia di reclutamento del personale e alle possibili loro ricadute su taluni aspetti della relazione lavorativa.

Verranno inoltre esaminate brevemente, dall'angolo visuale dei rapporti di lavoro, le misure previste dal legislatore delegato per la revisione straordinaria delle partecipazioni e la ricognizione straordinaria del personale, vicende strettamente connesse con la razionalizzazione e la riduzione della partecipazioni pubbliche e produttive di notevoli conseguenze sulla gestione del personale coinvolto in tali processi.

### 3. I criteri specifici in materia di rapporti di lavoro

L' intervento legislativo nella materia di rapporti di lavoro riguarda le procedure di reclutamento, la determinazione degli oneri per il personale<sup>15</sup> e le procedure di mobilità. In linea generale, in tali settori il legislatore delegato consolida il quadro normativo preesistente e codifica i risultati ai quali era pervenuta la giurisprudenza.

Tale operazione contribuisce in modo decisivo all'obiettivo di semplificazione fissato dalla legge delega. Infatti in materia di contratto di lavoro l'art. 19 del d.lgs 175 confermando quanto previsto dal precedente art. 1 comma 2<sup>16</sup> e riproducendo quasi testualmente il dettato dell'art. 2 del d.lgs 165/2001, dispone che “ salvo quanto stabilito dal presente decreto, ai rapporti di lavoro dei dipendenti delle società a controllo pubblico si applicano le disposizioni del capo , titolo II, del libro V del codice civile, dalla 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”.

I rapporti di lavoro presi in considerazione dalla disposizione in esame sono quindi regolati in linea generale sulla base delle norme codicistiche e lavoristiche. Per derogare ad esse occorre un'esplicita diversa previsione dello stesso decreto, ossia una disciplina che, allontanandosi dalla regola generale, richiede di essere interpretata restrittivamente. Ciò, si è detto, contribuisce a rendere certa la

---

<sup>14</sup>MEZZACAPO, 8

<sup>15</sup>Tema che peraltro non verrà trattato in questo articolo, specificamente dedicato, come detto nel testo, al profilo del reclutamento e a quelli connessi.

<sup>16</sup>Secondo il quale “ per tutto quanto non derogato dalle disposizioni del presente decreto, si applicano alle società a partecipazione pubblica le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali di diritto privato”

norma applicabile, visto che ora il silenzio del legislatore non crea ambiguità perché significa rinvio alla disciplina generale del rapporto di lavoro.<sup>17</sup>

4. Il reclutamento del personale nella disciplina anteriore al decreto legislativo

Per valutare la portata chiarificatrice dell'intervento normativo in esame, può essere utile qualche accenno alla giurisprudenza formatasi nel vigore delle regole in tema di reclutamento, contenute nei commi 1 e 2 dell'art. 18 del decreto legge 25 giugno 2008 n. 112 (convertito con modificazioni in legge 6 agosto 2008, n. 133 ed ora abrogato dall'art. 28 comma 1 lett. g del decreto legislativo n. 175/2016).

Il primo dei commi cit. disponeva che “ a decorrere dal sessantesimo giorno successivo alla data di 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'art. 35 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165”. Nel secondo era stabilito 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”.

Con tali provvedimenti il legislatore mirava a precludere alle società la definizione totalmente incontrollata dei propri assetti interni, che la forma societaria avrebbe consentito, e a contenere quindi la possibilità, spesso verificatasi, di usare in modo non corretto delle facoltà di assunzione del personale.<sup>18</sup>

Nessuna esplicita previsione normativa era formulata circa la sorte dei contratti di lavoro stipulati in assenza di siffatti provvedimenti. Nell'applicare le disposizioni sopraindicate, una parte della giurisprudenza era giunta tuttavia egualmente a dichiarare la nullità dei contratti di lavoro conclusi senza la previa determinazione dei criteri, con percorsi argomentativi che meritano di essere brevemente ricordati, perché, qualificando le società datrici di lavoro come articolazioni della pubblica amministrazione, hanno ritenuto applicabile direttamente e indipendentemente da specifiche norme di legge, il principio del pubblico concorso stabilito dall'art. 97 Cost.

---

<sup>17</sup> GRAMANO, 8

<sup>18</sup> GENTILE G., 394

Una decisione paradigmatica sul versante della tesi della nullità è l'ordinanza emessa dal Tribunale di Roma in data 13 giugno 2016 in causa B. contro A.M.A. s.p.a.

Essa muove dall'esame del cit. art.18 del decreto-legge 112 del 2008 e si conclude nel senso della necessaria applicazione alle società a partecipazione pubblica dei medesimi criteri che regolano nelle pubbliche amministrazioni il reclutamento del personale, risultato che secondo la decisione in argomento può esser raggiunto ritenendo le società obbligate ad autovincolarsi alle regole stabilite nell'art. 35 del d.lgs 30 marzo 2001, n. 165.

Ma ciò non risolve il problema degli effetti dell'eventuale contrasto delle modalità di assunzione con tali regole. La loro omessa formulazione o la loro violazione potrebbero avere rilievo sul piano della responsabilità degli organi societari, senza tuttavia necessariamente anche sul piano dei rapporti negoziali tra le parti. L'art. 18 del decreto-legge 112/2008 potrebbe esser configurato come "norma di comportamento" anziché come "norma di validità"<sup>19</sup>

E' necessario quindi un passaggio ulteriore che attiene alla qualificazione delle regole. A queste va riconosciuto carattere pubblicistico giacché, come detto, le società sono articolazioni dell'Ente pubblico. In questo contesto l'art. 18 mira quindi a garantire da un lato l'uso trasparente delle risorse pubbliche, dall'altro la migliore qualificazione possibile del personale. In sostanza, si tratta di tratta di una norma interposta dell'art. 97 Cost., e quindi di

Dal momento dell'entrata in vigore dell'obbligo di adottare criteri conformi all' art. 35 d.lgs 165/2001 opera quindi il divieto di assunzione in assenza degli stessi, divieto la cui inosservanza determina la nullità del contratto di lavoro ai sensi dell'art. 1418 primo comma c.c. per violazione di norme imperative.

Il Tribunale giunge qui ad esiti che, come vedremo tra breve, sono stati recentemente condivisi anche dalla giurisprudenza di legittimità. La parte più interessante della decisione riguarda tuttavia la sorte delle assunzioni anteriori alla data a partire dalla quale la società sarebbe stata obbligata a dotarsi dei criteri più volte menzionati.

Secondo il Tribunale anche tali assunzioni non si sottrarrebbero alla sanzione di nullità perché la società in house è, in sostanza, un'articolazione dell'Ente da cui promana e come tale resta soggetta alle regole proprie delle pubbliche amministrazioni.<sup>20</sup>Quindi in materia di assunzioni valgono i principi

---

<sup>19</sup> GIORGI, 802

<sup>20</sup> In senso diametralmente opposto v. peraltro Trib. Roma 8 maggio 2017, in *De Jure-Giuffrè*, secondo la quale non sussiste, per le società "in house", un obbligo di procedere alle assunzioni tramite concorso pubblico dal momento che le società "in house" sono società di capitali, non sono pubbliche amministrazioni secondo il d.lgs. n. 165/2001, ed i loro dipendenti sono dipendenti di diritto privato semplice. Secondo il Tribunale, dunque, il fatto che siano dirette

propri del pubblico impiego. Diversamente verrebbero messi a rischio l'imparzialità e il buon andamento, ossia i valori protetti dall'art 97 Cost., presidiati anche dalla regola di selezione del personale mediante procedure pubbliche, come strumento per scegliere i più competenti e capaci ed evitare favoritismi.

La decisione, fondata sulla tesi della diretta applicazione alle società in house, in materia di reclutamento del personale, dei criteri fissati dall'art. 35 del d.lgs 165/2001 anche prima della scadenza prevista dal cit. art. 18 del d.l. 112/2008 per l'adozione dei provvedimenti in materia da parte delle società, anticipa per certi versi la soluzione ora adottata dal cit. art. 19 del d.lgs 175/2017. Ma la differenza fra le due ipotesi resta rilevante, perché nell'art. appena cit. l'applicazione diretta del cit. art. 35 è collegata alla mancata adozione di detti provvedimenti, e non appare concepibile per contro in relazione ad obblighi non ancora divenuti attuali.

Del resto, l' automatica applicazione del comma 3 dell'art. 35 d.lgs 165/2001 non era prevista in nessuna delle ipotesi contemplate nei primi due commi del cit. art. 18. Gli obblighi ivi stabiliti, di determinazione dei criteri e modalità per il reclutamento o del personale, pur indicando taluni parametri di riferimento, lasciavano un certo spazio nella manovra di adattamento, garantendo così un margine di flessibilità, che è una delle ragioni per l'adozione dello schema societario.

Il Tribunale, muovendosi sul piano dei principi costituzionali in materia di pubblico impiego, ritiene di poter prescindere dai criteri formalmente elaborati dalle società e di poter conseguentemente pronunziare la nullità del contratto di lavoro stipulato prima del termine previsto dal cit. art. 18. Ma a tal fine deve darsi carico di stabilire quali siano le regole, ricavabili dall'art. 35 del d.lgs 165/2001, che, anche prima della scadenza di tale termine, dovrebbero comunque essere applicate nelle procedure di assunzione in osservanza dei precetti costituzionali ex art. 97 Cost.. Questa operazione, tenendo conto della difficoltà di formulare regole a partire da principi, rischia però di provocare incertezze in una materia che per la pluralità degli interessi coinvolti avrebbe invece bisogno di norme chiare e di agevole applicazione.

Come anticipato, la tesi della nullità del rapporto di lavoro stipulato dopo l'entrata in vigore del decreto legge 112/2008 ma in violazione di quanto

---

emanazioni di enti pubblici dai quali in qualche modo dipendono, non solo consente, ma consiglia che esse ispirino le proprie pratiche assunzionali ai medesimi principi di pubblicità, trasparenza ed imparzialità delle amministrazioni pubbliche, mentre non si vede da dove si dovrebbe ricavare che la regola costituzionale della necessaria assunzione per pubblico concorso, che peraltro ammette deroghe legislative secondo l'art. 97, comma 4, dovrebbe essere posta società "in house" per ragioni di ordine costituzionale, a pena nullità delle assunzioni, visto che non si tratta di pubbliche amministrazioni, che esse non esercitano pubblici poteri e che i loro dipendenti non sono né diventano pubblici impiegati.

previsto dall'art. 18 di tale decreto è stata recentemente accolta dalla Corte di cassazione.<sup>21</sup> Della persuasiva argomentazione della sentenza vanno qui sottolineati due passaggi. Da un lato, pur in assenza di indicazioni testuali in tale senso, la Corte, richiamata la propria giurisprudenza sulle nullità virtuali, considera l'inosservanza dell'art. 18 del decreto legge come ragione di invalidità del contratto, mettendo in rilievo che il mancato esperimento delle procedure è idoneo ad incidere sul momento genetico del contratto. D'altro lato la Corte, tenendo presente la esplicita previsione di nullità contenuta nell'art. 19 del decreto legislativo 175/2016, ha cura di precisare che non si tratta di innovazione normativa, essendo stato semplicemente reso esplicito quel che era già desumibile dalla propria giurisprudenza in materia.

#### 5. Il reclutamento del personale nella disciplina vigente

Il nucleo normativo essenziale in materia di reclutamento si trova attualmente nei commi 2, 3 e 4 dell'art. 19 del d.lgs 175/2016. Qui il legislatore riprende con alcune modifiche di rilievo le norme recate dal cit. art. 18, i primi tre commi del quale sono stati abrogati dall'art. 28 c.1. lett. g) dello stesso decreto legislativo senza pregiudizio per il loro contenuto normativo, trasfuso con qualche modifica in tale decreto.<sup>22</sup>

Le disposizioni abrogate distinguevano quanto alle modalità di assunzione del personale tra “società di gestione di servizi pubblici locali a totale partecipazione pubblica” e “altre società a partecipazione pubblica totale o di controllo”, entrambe tenute ad adottare provvedimenti circa i criteri e le modalità di reclutamento del personale e di conferimento degli incarichi. Le prime erano però vincolate al rispetto delle previsioni dell'art. 35 comma 3 del d.lgs 30 marzo 2001 n. 165, per le seconde, in assenza del riferimento al cit. art. 35, il vincolo era costituito solo “dai principi, anche di derivazione comunitaria, di trasparenza, pubblicità e imparzialità”.

Su questa distinzione era sorto qualche dubbio interpretativo, circa la più intensa procedimentalizzazione conseguente al richiamo, contenuto nel primo comma dell'articolo in esame, alle norme in materia di procedure selettive del personale delle pubbliche amministrazioni.<sup>23</sup> Opportunamente, quindi, essa non è stata mantenuta e i contenuti dei primi due commi dell'art. 18 sono confluiti nel comma 2 dell'art. 19 il quale nel riferirsi alle “società a controllo pubblico” senza distinzioni richiama per i provvedimenti tutti i criteri menzionati nei due commi cit. volendo in sostanza sottolineare nettamente il ruolo che la trasparenza, la pubblicità e l'imparzialità svolgono nel corso della

---

<sup>21</sup> Sentenza 22 febbraio 2018 n. 4358, seguita da altre conformi.

<sup>22</sup> GAMBARDELLA, 648

<sup>23</sup> PETRUCCI, 283

procedura selettiva e quali parametri della sua legittimità in sede di controllo giudiziale <sup>24</sup>

Il richiamo del comma 3 dell'art. 35 comma sembra da intendere quale rinvio mobile, visto l'intento del legislatore di ancorare le procedure di reclutamento da parte delle società al modello di quelle delle pubbliche amministrazioni. Va però considerato in proposito che ad esser richiamati sono non le regole ma i principi ivi contenuti. Quindi le modifiche di tale articolo potrebbero esser rilevanti ai fini dei provvedimenti che le società devono adottare se ed in quanto espressive di principi.<sup>25</sup>

Il richiamo all'art. 35, nel quale ( comma 1 lett.a) si parla di “procedure selettive”, fa sorgere peraltro il problema se sia stata introdotta la possibilità di reclutare attraverso procedure non concorsuali di tipo comparatistico anziché attraverso un pubblico concorso in senso stretto. In proposito la soluzione va cercata nelle indicazioni della giurisprudenza costituzionale che, pur considerando il concorso quale forma generale e ordinaria di reclutamento nel settore pubblico, legittima il ricorso alle procedure non concorsuali purché giustificate dalla necessità di garantire il buon andamento dell'amministrazione o di attuare altri principi di rilievo costituzionale<sup>26</sup>.

La disciplina così richiamata conforma ma non annulla l'autonomia regolativa delle società. In particolare essa non impone alla società controllata di adottare le medesime procedure di assunzione della controllante.<sup>27</sup>

Come s'è detto l'art. 19 comma 2 del d.lgs 175/2016 assegna ai principi fissati dall'art. 35 comma 3 nonché agli ulteriori principi, anche di derivazione europea, di trasparenza, imparzialità e pubblicità, il ruolo di cornice dei provvedimenti che fissano i criteri e le modalità di reclutamento del personale. Il richiamo ai principi europei ha creato qualche perplessità, vista l'assenza nel diritto dell'Unione di indicazioni di specifico rilievo nella materia del pubblico impiego. Il riferimento ai principi di derivazione comunitaria sarebbe quindi superfluo.<sup>28</sup> Ma la norma intende probabilmente sottolineare il rango (anche) europeo dei principi da essa richiamati, indipendentemente dalla materia sulla quale essi si sono formati.

---

<sup>24</sup> GRAMANO, 19

<sup>25</sup> Resta dubbia ad es., sembrando trattarsi di normativa di dettaglio, l'utilizzabilità in tali provvedimenti delle disposizioni di cui alle lett. *e bis*) in materia di limitazione del numero degli idonei nelle procedure selettive ed *e ter*) in materia di dottorato di ricerca quale titolo di ammissione e quale oggetto di valutazione, aggiunte al comma 3 dell'art. 35 dall'art. 6 comma 1 lett a) del d.lgs 25 maggio 2017 n. 75.

<sup>26</sup> V. C. Cost. 9 novembre 2006, n. 363; sulla questione, PETRUCCI, 283, dove ulteriori cit. di dottrina con riferimento all'art. 18 del più volte cit. DL 25 giugno 2008 n. 112.

<sup>27</sup> PINTO, 234

<sup>28</sup> PETTINARI-LUBERTI, 146

Il termine “provvedimenti” ha fatto sorgere interrogativi circa le modalità della loro adozione. Scontata l’esigenza della forma scritta (fra l’altro resa necessaria dall’obbligatoria pubblicazione nel sito istituzionale della società) la genericità del termine fa ritenere che esso valga a ricomprendere una pluralità di atti di vario genere, quali i regolamenti societari, le delibere degli organi esecutivi e persino le determinazioni dirigenziali.<sup>29</sup>

Come appena detto, i provvedimenti devono esser pubblicati sul sito istituzionale della società e l’adempimento di tale dovere è garantito da significative sanzioni che colpiscono tanto la società quanto il dipendente responsabile dell’omissione. Dall’obbligo di pubblicazione dei provvedimenti si fa discendere anche quello di pubblicare con le medesime modalità le specifiche procedure di volta in volta poste in essere, come del resto stabilito dall’art. 19 del d.lgs n. 33/2013 rispetto alle pubbliche amministrazioni quali definite dall’art. 11 dello stesso decreto.<sup>30</sup>

Del tutto diverso è invece il trattamento dell’ipotesi in cui il provvedimento non sia stato adottato. La sua assenza non determina alcun vuoto di disciplina, trovando diretta applicazione il cit. art. 35 comma 3 del d.lgs 165/2001, come esplicitamente stabilito dal comma 2 del cit. art.19 del d.lgs 175/2016.<sup>31</sup> Ciò vuol dire che l’assunzione avvenuta in assenza di una previa strutturazione in via generale delle regole selettive resta valida se in concreto la selezione si sia conformata alle norme recate dal cit. comma 3.<sup>32</sup> Questa soluzione viene quindi ritenuta funzionale alla salvaguardia del dipendente assunto in mancanza del provvedimento che avrebbe dovuto fissare le regole selettive in via generale. Sotto un diverso aspetto, tuttavia, l’applicazione per *default* delle regole fissate dal comma 3 del cit. art. 35 non può esser considerata come totalmente equivalente alla concretizzazione dei principi contenuti in quella disposizione, secondo le specifiche esigenze della società.<sup>33</sup> Oltre alla protezione dell’interesse del dipendente sembra emergere quindi anche un indiretto profilo sanzionatorio nei confronti della società inadempiente, vincolata direttamente a regole che non sembrano lasciare margini alle sue autonome determinazioni. La disposizione ha altresì rilievo sistematico, perché essa mostra che le disposizioni del richiamato comma 3 sono considerate dal legislatore come “autosufficienti”, essendo in grado di garantire comunque, almeno in teoria,

---

<sup>29</sup> PETRUCCI, 284; di “appositi regolamenti” parla PINTO, 233

<sup>30</sup> GAMBARDELLA, 651

<sup>31</sup> Sul diverso trattamento della mancata adozione del provvedimento rispetto alla mancata pubblicazione nel sito è stato osservato peraltro che esso potrebbe offrire vantaggi alle società che intendessero formulare le regole selettive non in via generale ma in occasione dei successivi reclutamenti. In tale senso, PINTO, 234.

<sup>32</sup> GRAMANO, 19

<sup>33</sup> GRAMANO, *ivi*

che il reclutamento del personale avvenga secondo i principi ai quali le società dovrebbero ispirarsi nella formulazione dei loro provvedimenti.<sup>34</sup>

La norma in esame ha valenza sistematica anche sotto un ulteriore profilo. L'applicazione dell'art. 35 comma 3 alle società pubbliche solo per *default*, segnala infatti la separazione dell'area del rapporto di lavoro con le p.a. in senso proprio da quella del rapporto con le società pubbliche e spiega perché per tali società sia stato previsto un autonomo sistema di riferimento, dove i principi regolatori dell'accesso alle pubbliche amministrazioni forniscono in via di principio solo il parametro sul quale orientare le scelte delle società, divenendo, come detto, applicabili senza tale mediazione esclusivamente in via sussidiaria.

Senza la protezione apprestata dal comma 3 dell'art. 35, ossia nel caso di assunzioni avvenute in assenza della previa adozione dei criteri e delle modalità per il reclutamento e con procedura non conforme a quanto previsto dalla norma cit., il contratto di lavoro è colpito dalla nullità, ora esplicitamente sancita dal comma 4 dell'art. 19 del d.lgs 175/2016, per il caso di assenza dei provvedimenti o delle procedure di cui al precedente comma 2. La nullità copre quindi l'ipotesi di omessa adozione del provvedimento e quella in cui il provvedimento, pur emanato, non contenga le necessarie regole procedurali. Si ritiene inoltre nulla l'assunzione avvenuta in violazione di queste ultime, sul rilievo che la violazione della procedura sia equiparabile all'assenza della stessa.<sup>35</sup> Le conseguenze della eventuale prestazione di lavoro sulla base del contratto nullo vengono regolate con il richiamo dell'art. 2126 c.c..<sup>36</sup>

Peraltro, come s'è detto (v. *supra*, n. 4) nel vigore dell'art. 18 del decreto legge 112/2008 la giurisprudenza, pur in assenza di conformi previsioni testuali, era giunta alla medesima conclusione della nullità del contratto, considerando la cit. disposizione quale norma interposta dell'art. 97 Cost. e dunque quale norma imperativa ex art. 1418 primo comma cod.civ.<sup>37</sup>

Nessun dubbio sulla legittimità delle assunzioni precedenti sarebbe invece potuto sorgere (contrariamente a quanto ritenuto, come detto, da una parte

---

<sup>34</sup> Non sembra agevole, tuttavia, stabilire se una procedura di reclutamento effettuata in assenza di una delibera che fissi i relativi criteri adattandoli alle particolarità della selezione sia in concreto conforme a quanto stabilito nel comma 3 dell'art. 35, in particolare nelle lettere a) e b). E' facile immaginare, comunque, che la questione sia destinata ad alimentare il contenzioso in materia.

<sup>35</sup> MEZZACAPO, 13.

<sup>36</sup> A proposito del quale si è messo in rilievo che per la nullità eventualmente derivante da illiceità della causa, quale, in ipotesi, un'assunzione effettuata nell'ambito di una vicenda corruttiva la retribuzione non sarebbe dovuta: così MEZZACAPO, *ivi*.

<sup>37</sup> PINTO, 235

della giurisprudenza di merito che come si è visto ha fatto ricorso diretto all'art. 97 Cost.) in assenza del vincolo all'adozione di specifici criteri selettivi.<sup>38</sup>

#### 6. L'ambito di applicazione delle norme in materia di assunzioni

La normativa in tema di assunzioni fa riferimento al reclutamento in generale, senza distinzione alcuna. Nessuna categoria di dipendenti sembra quindi esonerata dal percorso delineato nei commi 2 e 3 dell'art. 19 del d.lgs 175/2016. La norma si estende pertanto anche ai dirigenti, la cui assunzione non potrà avvenire su base fiduciaria ma sulla base oggettiva della selezione concorsuale, il che – è stato rilevato - potrebbe dar luogo alla formazione di una dirigenza priva di vincoli fiduciari con l'organo di gestione e quindi spinta ad agire in autonomia.<sup>39</sup>

Sotto il profilo oggettivo, valorizzando anche in questo caso l'ampiezza del termine “reclutamento”, l'adozione di criteri e la formulazione di modalità per l'assunzione a mezzo di apposito provvedimento è per lo più ritenuta necessaria per qualsiasi tipo di assunzione la società intenda effettuare, si tratti di contratti a termine,<sup>40</sup> di apprendistato, di somministrazione<sup>41</sup>

In questo ambito peraltro le società potrebbero formulare criteri e modalità selettive adatte al tipo di contratto da concludere, utilizzando il margine di apprezzamento non trascurabile loro lasciato dall'art. 19 del d.lgs 175/2016, che si limita a disegnare la cornice entro la quale collocare gli specifici provvedimenti nella materia.

---

<sup>38</sup> GAMBARDELLA, 651 e sgg.ed ivi ampia ricostruzione del dibattito sul regime delle assunzioni nel vigore del cit. art. 18 del decreto legge 112.

<sup>39</sup> In tal senso PINTO, 235; per la compatibilità tra vincolo fiduciario e procedura selettiva per l'assunzione dei dirigenti, v. però MEZZACAPO, 13.,

<sup>40</sup> Per i contratti a termine è stata avanzata peraltro una proposta interpretativa che li escluderebbe dall'applicazione del comma 3 dell'art. 35 d.lgs 165/2001. In tale articolo i contratti a tempo determinato sono richiamati nel comma 4 bis solo per stabilire la necessità dell'avvio delle procedure concorsuali quando il numero delle persone da assumere superi le cinque unità. La disciplina fondamentale del contratto a termine con le pubbliche amministrazioni si trova invece nell'art. 36 del cit d.lgs, non richiamato nell'art. 19 del d.lgs 175/2016. Ma in senso contrario si è osservato che il richiamo limitato del cit. comma 4 bis riguarda l'avvio delle procedure concorsuali di reclutamento ma non determina dubbi circa la loro doverosità in generale: in tale senso MEZZACAPO, 12, dove è richiamata anche la Circ. della Presidenza del Consiglio, Dipartimento della Funzione Pubblica, n. 5 del 2013; nel senso della non applicabilità dell'art. 36 cit v., invece, FERRARA, 456.

<sup>41</sup> PINTO, 235; PETRUCCI, 284

## 7. Procedure di assunzione e inquadramenti in qualifiche superiori

Come è noto, nel rapporto di lavoro alle dipendenze della p.a. l'accesso alle mansioni proprie della qualifica superiore presuppone l'acquisizione di quest'ultima “ per effetto delle procedure selettive di cui all'art. 35 comma 1 lett. a) “.

Inoltre, in base al comma 1 bis dell'art. 52 del d.lgs 165/2001 ( introdotto dall'art. 62 del decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150) fissate ora in almeno tre le “ distinte aree funzionali di inquadramento..... le progressioni all'interno della stessa area avvengono secondo principi di selettività, mentre quelle fra le aree avvengono tramite concorso pubblico”.

Nel sistema così delineato, la regola della concorsualità nella selezione investe quindi non solo la fase dell'assunzione ma anche quella delle successive progressioni di carriera. <sup>42</sup>

Il relativo avvicinamento a tale sistema delle norme in tema di reclutamento nelle società a controllo pubblico ha quindi legittimato l'interrogativo circa l'estensione della regola concorsuale propria del rapporto di lavoro alle dipendenze dalla pubblica amministrazione anche alle ipotesi di successivo inquadramento professionale superiore, vicenda nella quale le esigenze di trasparenza, di imparzialità e di pubblicità, potrebbero avere importanza non minore di quella che esse hanno nella fase di assunzione.

L'estensione di tale regola ai rapporti di lavoro con le società pubbliche deve tuttavia essere esclusa per diverse ragioni. Anzitutto, la natura privatistica del rapporto e la totale diversità delle fonti collettive rispettivamente applicabili. In secondo luogo l'inesistenza di una riserva di concorsualità nelle società a controllo pubblico. Infine, il limitato ambito del rinvio contenuto nell'art. 19 del d.lgs 175/2016, riguardante il solo terzo comma dell'art. 35 del d.lgs 165/2001 ma non anche il successivo art. 52. <sup>43</sup>

## 8. La giurisdizione sulle controversie in materia di assunzione

Il comma 4 seconda parte del cit art. 19 del d.lgs 175/2016 mantiene “ ferma la giurisdizione ordinaria sulla validità dei provvedimenti e delle procedure di reclutamento del personale”, con una scelta chiaramente orientata verso a riportare la gestione del personale in ambito privatistico.<sup>44</sup>

La norma non innova peraltro rispetto all'orientamento giurisprudenziale affermatosi nel vigore dell'art. 18 del decreto-legge 112/2008, ma, codificando la scelta per la giurisdizione ordinaria, consente di superare definitivamente i

---

<sup>42</sup> GALANTINO, 71

<sup>43</sup> GAMBARDELLA, 650

<sup>44</sup> CIRILLO,

dubbi avanzati al riguardo in assenza di una norma esplicita, ponendo termine al dibattito in proposito.<sup>45</sup> Tale scelta, d'altra parte, è del tutto coerente con il principio secondo il quale la giurisdizione amministrativa è connessa all'esercizio di pubblici poteri e non può pertanto affermarsi in relazione all'insorgere di un rapporto di lavoro alle dipendenze di una società privata.<sup>46</sup> Il riparto fra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa dipende in definitiva dalla presenza di atti, provvedimenti e comportamenti non ipotizzabili nel caso di una società soggetta a regole privatistiche.<sup>47</sup>

Ad ogni modo, proprio per eliminare ogni incertezza in proposito la legge ha cura di precisare che la giurisdizione del giudice ordinario si estende anche alla validità dei provvedimenti in materia di procedure di reclutamento emessi dalle società.

Su queste premesse ci si può chiedere quale sia nella materia l'area del sindacato del giudice del lavoro. La risposta è agevole quanto alle procedure: si tratta di accertare se queste siano state o no rispettate.

Più articolata è invece la questione del controllo sui provvedimenti "a monte" delle procedure stesse. Poiché il parametro della loro validità è costituito dall'insieme dei principi e criteri fissati nel comma 2 dell'art. in esame deve senz'altro ammettersi un sindacato sulla loro conformità a tali principi, con i conseguenti margini di incertezza che spesso l'esatta individuazione del contenuto delle norme di principio comporta. Inoltre, l'accertata invalidità a seguito di scrutinio negativo del provvedimento che opera come presupposto della procedura di reclutamento avrebbe effetti limitati alle parti della controversia su una di tali procedure. Più difficile sarebbe invece immaginare un'impugnazione diretta di tali provvedimenti. Il comma 4 dell'art. in esame sembra ipotizzare un duplice ordine di controversie, sulla validità dei provvedimenti "e" delle procedure, ma nel caso di impugnativa del solo provvedimento in assenza di una procedura di assunzione potrebbe dubitarsi dell'interesse concreto e attuale a far valere il vizio.

## 9. Vicende societarie e rapporti di lavoro

### 9.1. La revisione straordinaria

Fra gli obiettivi del decreto legislativo, in conformità ai principi della legge-delega, un ruolo primario è occupato dalla riduzione delle partecipazioni societarie e dagli interventi di riorganizzazione degli assetti operativi delle

---

<sup>45</sup> Per una sintesi del dibattito sull'argomento, v. GRAMANO, 13-15; GAMBARDELLA, 654-656

<sup>46</sup> V. fra le altre Cass. S.U. 22 novembre 2011, n. 28329; in argomento, GRAMANO, 14

<sup>47</sup> DI NUNZIO A.- DE CARLO E., 137

società.<sup>48</sup> Il legislatore interviene in materia delineando un sistema ordinario di governo delle partecipazioni pubbliche ma provvedendo anche alle situazioni anomale già verificatesi.

Il controllo sull'andamento del sistema viene affidato alla "analisi annuale dell'assetto complessivo delle società" in cui le pubbliche amministrazioni detengono partecipazioni. ( art. 20 del decreto-legislativo 175/2016). Le situazioni patologiche vengono fronteggiate mediante la "revisione straordinaria delle partecipazioni" ( art. 24 comma 1 del d.lgs 175/2016) il cui fine è la individuazione delle società soggette ad alienazione, ricorrendo le condizioni fissate dallo stesso articolo.

Mentre i sistemi di revisione riguardano tutte le partecipazioni pubbliche dirette o indirette, i problemi derivanti dalle inevitabili ricadute di tali vicende sui rapporti di lavoro vengono fronteggiati, come vedremo, mediante taluni strumenti di garanzia riguardanti le sole società in controllo pubblico, dei quali si dirà più avanti.

Qui deve osservarsi che dal punto di vista lavoristico l'esito della revisione straordinaria viene preso in considerazione nell'art. 24 comma 9, come elemento che impedisce all'amministrazione controllante di proseguire nell'appalto o nella concessione instaurati con la società controllata interessata da tali processi, sicché diventa necessario procedere ad altra gara. Data l'evidente incidenza negativa di tale situazione sui rapporti di lavoro dei dipendenti della società e in considerazione degli ostacoli che ne potrebbero sorgere nei processi di dismissione che il legislatore intende promuovere, il cit. comma 9 dispone che " il rapporto di lavoro del personale già impiegato nell'appalto o nella concessione continua con il subentrante nell'appalto o nella concessione ai sensi dell'art. 2112 cod.civ."

Secondo le testuali previsioni di legge la norma mira " all'esclusivo fine di favorire i processi" contemplati dall'art. nel quale il comma in esame è inserito. La garanzia opera quindi una sola volta ed in riferimento esclusivo ai processi di revisione. Poiché anche questi devono concludersi entro un determinato termine si ritiene che la garanzia possa operare a sua volta entro il medesimo arco di tempo. <sup>49</sup>

Il riferimento all'art. 2112 c.c. va inteso quale richiamo degli effetti di tale norma, ossia al passaggio dei lavoratori alle dipendenze dell'appaltatore subentrante pur in assenza di trasferimento d'azienda a quest'ultimo<sup>50</sup>. Si tratta, in sostanza, di garantire la continuazione dei rapporti di lavoro con il terzo

---

<sup>48</sup> FERRARA, 458

<sup>49</sup> MEZZACAPO, 25

<sup>50</sup> Il trasferimento d'azienda richiede infatti " una forma di sostituzione nella titolarità dell'impresa o di singole unità produttive, indipendentemente dal mezzo tecnico-giuridico adottato in concreto sempreché resti immutato l'organismo aziendale nella sua obiettiva realtà economica": così SANTORO PASSARELLI G., 37;

appaltatore o concessionario e la conservazione di tutti i diritti maturati dai lavoratori presso la società pubblica.<sup>51</sup> Tale passaggio, si è peraltro osservato, potrà indurre, molto probabilmente il nuovo appaltatore ad una attenta valutazione della convenienza dell'appalto<sup>52</sup>, sicché l'agevolazione predisposta potrebbe non conseguire gli effetti sperati.

## 9.2. La reinternalizzazione

L'art. 19 del d.lgs 175/2016 nel comma 8 appresta una disciplina riguardante i rapporti di lavoro con la società controllata per l'ipotesi in cui l'amministrazione controllante decida di gestire direttamente i servizi o le funzioni affidate alla controllata (cd. reinternalizzazione).<sup>53</sup>

La disposizione cit. stabilisce che il personale impiegato nella società venga riassorbito dall'ente e che nuove assunzioni siano possibili solo all'esito del riassorbimento.

Poiché quest'ultimo comporta la costituzione di un rapporto di lavoro con l'ente, l'assenza di una previa procedura concorsuale determinerebbe una violazione dell'art. 97 Cost, costantemente interpretato dalla C.Cost, nel senso che la necessità di riassorbire il personale della società non giustifica deroghe al principio della selezione mediante concorso<sup>54</sup>

Per fronteggiare il problema, il legislatore ha quindi previsto che il riassorbimento possa riguardare soltanto il personale già in forza ad una pubblica amministrazione sulla base di un contratto a tempo indeterminato, poi transitato alle dipendenze della società interessata.

Il riferimento ai dipendenti a tempo indeterminato vale a garantire che la loro assunzione sia avvenuta a suo tempo mediante un percorso concorsuale vero e proprio. Non sarebbe invece sufficiente a legittimare la deroga la circostanza che il personale da riassorbire fosse stato "individuato e reclutato sulla base di criteri e modi rispettosi dei principi di pubblicità, di trasparenza, di pari opportunità e di decentramento di cui al comma 3 dell'art. 35 del d.lgs 165 del 2001"<sup>55</sup>.

---

<sup>51</sup> PINTO, 245.

<sup>52</sup> MEZZACAPO, *ivi*

<sup>53</sup> In argomento, per una sintesi degli orientamenti giurisprudenziali in materia, BOLOGNINO D. ,725 e sgg.

<sup>54</sup> V. fra le molte, C.Cost. 227/2013; 229/2013.

<sup>55</sup> Corte Cost. 167/2013; sulla questione, PINTO, 242; GAMBARDELLA, 687

La disposizione, nella quale si fa riferimento a dipendenti a tempo indeterminato “ da amministrazioni pubbliche”, sembra includere anche il personale transitato alle dipendenze della società da una amministrazione diversa da quella che procede al riassorbimento.<sup>56</sup>

Presupposti di quest’ultimo sono la vacanza di posti nelle dotazioni organiche, la disponibilità da parte dell’ente di facoltà assunzionali, il rispetto dei vincoli di finanza pubblica e di contenimento delle spese di personale ( art. 19 comma 8 del d.lgs 175/2016).

A fronte di tali condizioni rigorose le concrete possibilità per il dipendente di essere riassorbito trovano una pur limitata garanzia proprio nella norma, già menzionata, che preclude all’ente di procedere ad altre forme di reclutamento se non dopo la riassunzione di tutti gli aventi diritto.<sup>57</sup>

Circa le modalità del riassorbimento, il comma 8 dell’art. 19 sopra cit. prescrive l’utilizzazione delle procedure di mobilità contemplate dall’art. 30 del d.lgs 165/2001. Sulla base di tale norma, benché dettata per il passaggio diretto di personale fra amministrazioni diverse, tenendo conto di quanto stabilisce il comma 2 bis dell’art. cit.<sup>58</sup>, si può desumere l’obbligo per le amministrazioni che internalizzano di pubblicare sul loro sito istituzionale un bando con l’indicazione dei posti da ricoprire mediante passaggio diretto di personale ad altre amministrazioni con la indicazione dei requisiti e delle competenze professionali richieste. Sulla base del bando i dipendenti dovrebbero richiedere poi il riassorbimento facendo valere il loro diritto ad esser assunti con priorità.<sup>59</sup>

Resta, infine, il problema dei dipendenti che non possono essere riassorbiti, il licenziamento dei quali potrebbe esser giustificato dalla cessazione dell’attività dell’impresa. Qui può ipotizzarsi l’intervento degli ammortizzatori sociali, le cui disposizioni trovano applicazione nei confronti dei dipendenti della società a controllo pubblico, come esplicitamente previsto dal comma 1 dell’art. 19 cit.

### 9.3. La ricognizione del personale e le eccedenze

---

<sup>56</sup> MEZZACAPO, 24; GRAMANO, 28; contrario sembra tuttavia PINTO, 243, il quale parla di “dipendenti dalle stesse amministrazioni”.

<sup>57</sup> PINTO, *ivi*

<sup>58</sup> “Le amministrazioni, prima di procedere all’espletamento di procedure concorsuali, finalizzate alla copertura di posti vacanti in organico, devono attivare le procedure di mobilità di cui al comma 1, provvedendo, in via prioritaria, all’immissione in ruolo dei dipendenti, provenienti da altre amministrazioni, in posizione di comando o di fuori ruolo, appartenenti alla stessa area funzionale, che facciano domanda di trasferimento nei ruoli delle amministrazioni in cui prestano servizio. Il trasferimento e’ disposto, nei limiti dei posti vacanti, con inquadramento nell’area funzionale e posizione economica corrispondente a quella posseduta presso le amministrazioni di provenienza; il trasferimento puo’ essere disposto anche se la vacanza sia presente in area diversa da quella di inquadramento assicurando la necessaria neutralita’ finanziaria”.

<sup>59</sup> PINTO, *ivi*

La revisione delle partecipazioni può comportare evidentemente ricadute negative sul livello occupazionale determinando situazioni di eccedenza di personale, vicenda presa in considerazione nell'art. 25 del d.lgs. 175/2016.

Tale correlazione è, del resto, prefigurata nello stesso decreto legislativo laddove esso impone alle società di effettuare una ricognizione del personale finalizzata all'accertamento di eventuali eccedenze “ anche in relazione a quanto previsto nell'art. 24” il quale, come si visto, contiene la disciplina delle revisioni.

Le scansioni fondamentali della normativa contenuta nel cit. art. 25 sono costituite oltreché dalla fase di ricognizione del personale, cui s'è accennato, dalla formazione di un elenco del personale eccedente, completo dei relativi profili professionali, dalla sua successiva trasmissione alla Regione territorialmente competente, dalla formazione dell'elenco dei lavoratori eccedenti a cura delle Regioni che hanno il compito di gestirlo cercando di collocare i lavoratori, dalla trasmissione all'Agenzia delle politiche attive del lavoro dell'elenco dei lavoratori non ricollocati.

L'arco temporale entro il quale i suddetti passaggi devono svolgersi costituisce un periodo di parziale sospensione della facoltà di assumere da parte delle società pubbliche. Le assunzioni a tempo indeterminato potranno infatti avvenire solo utilizzando gli elenchi predisposti dalla Regione o dall'Agenzia, salva la necessità di dotarsi di personale con particolari specifici profili professionali, la cui assunzione richiede, in ogni caso, l'autorizzazione della Regione o dell'Agenzia.

A segnalare l'importanza del problema della ricollocazione dei dipendenti provvede in modo assai netto il comma 6 dell'art. in esame, il quale commina la nullità dei “ rapporti di lavoro” stipulati in violazione di quanto disposto dallo stesso art. e qualifica tale assunzione come grave irregolarità ai sensi dell'art. 2409 c.c. aprendo così la strada alla denuncia da parte dell'amministrazione pubblica socia, ai sensi dell'art. 13 del decreto legislativo 175/2016.

#### 10. Il decreto correttivo

Il decreto legislativo 16 giugno 2017 n. 100,( decreto correttivo) adottato esercitando la delega di cui all'art. 16, comma 7, della legge 124 del 2015, e reso necessario dalla dichiarazione di incostituzionalità di cui alla cit. sentenza 251/2016 della Corte Cost., non ha inciso in modo particolarmente significativo sulla disciplina del rapporto di lavoro con le società a controllo pubblico.

Viene tuttavia generalmente riconosciuto che i chiarimenti e le precisazioni in materia di gestione del personale in esso contenuti dovrebbero concorrere senz'altro a migliorare la complessa riforma avviata.<sup>60</sup>

Merita comunque di esser segnalata la modifica del comma 8 dell'art. 19 del d.lgs 175/2016, volta a favorire il riassorbimento da parte dell'ente pubblico del personale già alle dipendenze di questo in base ad un contratto a tempo indeterminato. La disposizione in commento prevede infatti che la spesa per il riassorbimento di detto personale non rilevi nell'ambito delle facoltà assunzionali disponibili e per gli enti territoriali, anche del parametro di cui all'art. 1 comma 557 quater della legge 27 dicembre 2006, n. 296 (legge finanziaria 2007)<sup>61</sup>

La sterilizzazione di tali spese non è tuttavia incondizionata, ma dipende dal rispetto di quanto stabilisce l'art. 6 bis del d.lgs 165/2001, espressamente richiamato, ossia dall'effettivo conseguimento di economie di gestione e dall'adozione delle necessarie misure in materia di personale. Questa indicazione è peraltro oggetto di ulteriori specificazioni, nel senso che l'ente dovrà dimostrare, mediante parere dell'organo di revisione economico finanziaria che al momento del trasferimento della funzione alla società sia stata trasferita anche il personale corrispondente con le correlate risorse stipendiali; che la dotazione organica sia stata corrispondentemente ridotta senza successiva sostituzione del personale trasferito, siano stati ridotti i fondi per la contrattazione collettiva, l'aggregato di spesa complessiva del personale soggetto ai vincoli di contenimento sia stato ridotto in misura corrispondente alla spesa del personale trasferito alla società ( v. art . 19 comma 8 del d.lgs 175/2016, come integrato dal decreto correttivo).

Di rilievo è inoltre la precisazione apportata al comma 5 dell'art. appena cit.. Gli obiettivi specifici sul complesso delle spese di funzionamento delle società controllate iv comprese le spese per il personale dovranno tener conto dei divieti e delle limitazioni in materia di assunzione del personale, “ tenendo conto del settore in cui ciascun soggetto opera”. In tal modo viene riconosciuta una certa discrezionalità che può contribuire a regolare appropriatamente situazioni meritevoli di un trattamento differenziato.<sup>62</sup>

---

<sup>60</sup> ROTONDI, 1866

<sup>61</sup> Il quale dispone che: “ Ai fini dell'applicazione del comma 557, a decorrere dall'anno 2014 gli enti assicurano, nell'ambito della programmazione triennale dei fabbisogni di personale, il contenimento delle spese di personale con riferimento al valore medio del triennio precedente alla data di entrata in vigore della presente disposizione”.

<sup>62</sup> ROTONDI, 1864

## BIBLIOGRAFIA

- BOLOGNINO D., *La Corte dei Conti si pronuncia sulla nuova disciplina delle c.d. reinternalizzazioni del personale delle società a controllo pubblico da parte delle amministrazioni socie* in *LPA*, 2016, 725
- CIRILLO G., *Modelli societari e organizzazione dei servizi pubblici*, in *Riv.it. Dir. Pubblico Comunitario*, 2016, p. 1070
- DI NUNZIO A.- DE CARLO E. *Il decreto legislativo sulle società a partecipazione pubblica* in MESCHINO M.- LALLI A. ( a cura di) *Le società partecipate dopo la riforma Madia*, ROMA , 2016
- FERRARA M.D. *Organizzazione e gestione del personale nelle società in controllo pubblico e in house*, in ESPOSITO M.-LUCIANI V.- ZOPPOLI A. – ZOPPOLI L., *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, TORINO, 2018.
- GALANTINO L., *Diritto del lavoro pubblico*, TORINO, 2017
- GAMBARDELLA A., *Le fonti di disciplina del rapporto di lavoro*, in GAROFOLI R. . ZOPPINI A., ( a cura di ) *Manuale delle società a partecipazione pubblica*, MOLFETTA, 2018
- GENTILE G., *Il reclutamento del personale*, in FIORILLO L.-PERULLI A., *Il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, TORINO, 2013.
- GIORGI, *Il regime del pubblico concorso non è obbligatorio ex se per le società in house*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2017, 802
- GRAMANO E., *Il reclutamento e la gestione del personale alle dipendenze delle società a partecipazione pubblica* in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”. IT – 332/2017
- LIBERTINI M., *I principi fondamentali sull’organizzazione e sulla gestione delle società a controllo pubblico* in FORTUNATO S.- VESSLA F. *Le “nuove” società partecipate e in house providing*, MILANO, 2017
- MESCHINO M. – LALLI A. *La nuova normativa sulle società partecipate e sui servizi pubblici di interesse locale:uno sguardo d’insieme* in MESCHINO M.- LALLI A. ( a cura di) *Le società partecipate dopo la riforma Madia*, ROMA , 2016
- MEZZACAPO D., *Prime osservazioni sul rapporto di lavoro nelle società a controllo pubblico dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 251/2016* in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona” .IT – 319/2017
- PETTINARI C. – LUBERTI A. *Il personale delle società pubbliche* in CERIONI F. ( a cura di ) *Le società pubbliche nel Testo unico D.lgs 19 agosto 2016, n. 175*, MILANO, 2017
- PETRUCCI C. *Gestione del personale*, in MEO G.- NUZZO A. ( a cura di ) *Il testo unico sulle società pubbliche*, BARI , 2016

PINTO V., *Sui rapporti di lavoro alle dipendenze delle società in controllo pubblico e delle società "in house"* in FORTUNATO S.- VESSIA F. *Le "nuove" società partecipate e in house providing*, MILANO, 2017

ROTONDI F., *Assunzioni nelle società a partecipazione pubblica*, in *Dir. e pratica del lavoro*, 2017, 1864

SANTORO PASSARELLI G. *Il rapporto di lavoro nel trasferimento d'impresa e di articolazione funzionalmente autonoma*, TORINO, 2014