



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI SALERNO

Dipartimento di Scienze Economiche e Statistiche

Dottorato XXXV° ciclo in Diritto e Mercato Globale

Tesi in

Diritto del lavoro pubblico

**“Il personale dipendente nelle società a
partecipazione pubblica: una parabola
normativa tra ibridismi e stratificazioni”**

Coordinatrice

Ch.ma Prof.ssa Alessandra Amendola

Tutor

Ch.mo Prof. Vincenzo Luciani

Candidato

Dott. Giuseppe Zarrella

Anno Accademico 2019/2022

INDICE

INTRODUZIONE

CAPITOLO 1 “Il rapporto di lavoro del personale dipendente delle società a partecipazione pubblica”

1. L’evoluzione normativa del rapporto di lavoro delle società partecipate
2. Sulla natura giuridica dei rapporti di lavoro nelle società partecipate
3. Una policroma tassonomia: selezione, reclutamento, concorsi pubblici e privati
4. Il reclutamento nelle società a controllo pubblico
5. I “propri provvedimenti” dell’art. 19 TUSP
6. I vincoli alle assunzioni dell’art. 19 TUSP e il regime transitorio tra il divieto di assunzione e ragioni di razionalizzazione sistemica
7. Il diritto di precedenza nelle assunzioni a tempo indeterminato
8. Le promozioni del personale
9. Incarichi professionali e di collaborazione
10. Il regime sanzionatorio in caso di assunzione illegittima
11. Contratto a tempo determinato e possibilità di conversione
12. Società partecipate e contratti di somministrazione
13. La giurisdizione ordinaria circa la validità dei provvedimenti e delle procedure di reclutamento del personale

CAPITOLO 2 “Le vicende circolatorie del personale delle società partecipate tra nuova selezione e mobilità sui generis”

1. Il processo di revisione delle partecipazioni pubbliche
2. La diversità delle vicende circolatorie del personale delle società partecipate
3. La nozione di eccedenza del personale e le procedure di individuazione
4. Gli obblighi di informazione e coinvolgimento delle organizzazioni sindacali
5. Gli strumenti di “tutela” del lavoratore nella procedura di individuazione delle eccedenze
6. Le assunzioni dei lavoratori eccedenti

7. Le selezioni riservate dei dirigenti
8. Le tutele dei lavoratori in caso di mutamento di appalto o concessione
9. La reinternalizzazione di funzioni e servizi
10. I vincoli di spesa del personale nelle società partecipate dopo il 30 giugno 2018

CAPITOLO 3 “Il ruolo della contrattazione collettiva nelle vicende circolatorie”

1. La contrattazione collettiva di primo e secondo livello nelle società a partecipazione pubblica, gli artt. 19 e 11 c. 6 e 10 del D.lgs. 175/2016
2. Gli attori del sistema sindacale nelle società a partecipazione pubblica
3. Il ruolo della contrattazione collettiva nelle vicende circolatorie
4. L'autonomia negoziale collettiva e la riduzione degli oneri contrattuali ex art. 19 comma 6 TUSP
5. Le limitazioni retributive per i dirigenti previste dall'art. 11 c.10 TUSP
6. La mobilità infragruppo: contratti di rete, reti d'impresa, distacchi a seguito dell'introduzione della Legge di bilancio per il 2023
7. L'abrogazione della disciplina della mobilità orizzontale intrasocietaria prevista dalla l. 147/2013 e il ruolo delle OO.SS.
8. Riassorbimento del personale, trasferimento d'azienda e profili comunitari

CONCLUSIONI

BIBLIOGRAFIA

SITOGRAFIA

GIURISPRUDENZA

INTRODUZIONE

Il presente lavoro, al confine di discipline multiformi, si pone al centro di un vivace dibattito fra interessi contrapposti sospesi tra diversi modelli scaturiti da una legislazione stratificata in tema di società a partecipazione pubblica. Tale assetto giuridico, in bilico tra tutela dei lavoratori ed un sistema generale necessariamente da costruire¹, ha visto susseguirsi nel corso degli anni diversi tentativi di razionalizzazione: prima con il d.l. n. 112/2008 e poi, con approccio ben più sistematico ed organico, con il Testo Unico delle Società Partecipate (d.lgs. n. 175/2016).

Tale ultimo decreto – che ha profondamente inciso sulla disciplina delle società a partecipazione pubblica – ha inteso realizzare un riordino tanto *normativo* (nell’accezione tipica e propria di un Testo Unico) quanto *politico* (mediante una razionalizzazione dell’intero sistema delle partecipate aderendo a criteri qualitativi e quantitativi). Si tratta infatti di un Testo Unico che ha operato un riordino della previgente disciplina di settore, in attuazione della delega di cui al combinato disposto degli articoli 16 e 18 della legge 7 agosto 2015, n. 124 (cd. legge Madia)². Secondo alcuni³, il termine “Testo Unico” è utilizzato impropriamente poiché il decreto non conterrebbe una disciplina generale, quanto piuttosto una raccolta di discipline diverse che spazia dal diritto commerciale a quello amministrativo, dal diritto del lavoro a quello contabile. Da un punto di vista giuslavoristico, il Testo Unico sulle Società Partecipate ha il merito di mettere a sistema l’insieme delle norme che si applicano ai lavoratori delle società a partecipazione pubblica⁴ dalla fase del reclutamento a quella di estinzione del rapporto di lavoro. In riferimento alla regolamentazione dei rapporti di lavoro del personale delle società a partecipazione pubblica, la tecnica usata dal Legislatore del 2016

¹ ALTIMARI, *Diritto del lavoro e società pubbliche tra impresa e amministrazione*, Giappichelli, 2020, p. XII.

² Relazione di accompagnamento al Testo Unico sulle società a partecipazione pubblica ad opera della Camera dei Deputati e del Senato della Repubblica, settembre 2017, in www.senato.it.

³ ROSSI, *Le società partecipate fra diritto privato e diritto pubblico*, in www.ridiam.it/wp-content/uploads/2016/11/Societ%C3%A0-partecipazione-pubblica.pdf, articolo del 28 ottobre 2016.

⁴ ALTIMARI, *Diritto del lavoro e società pubbliche: rapporto di lavoro e autonomia collettiva dalla municipalizzazione al d.lgs. n. 175/2016*, in *Variazioni su Temi di Diritto del Lavoro*, 2019, pp. 53 e ss.

riprende quella adoperata nel 2001 (per il d.lgs. 165/2001, c.d. Testo Unico del Pubblico Impiego), poiché per il personale dipendente delle società partecipate, così come per i lavoratori in forza nella Pubblica Amministrazione, si è legiferato introducendo disposizioni che derogano alla disciplina privatistica per individuare, in un'ottica di sistema, le norme applicabili ai singoli casi di specie.

La tematica ha tradizionalmente attirato l'attenzione degli studiosi soprattutto per quanto attiene alla natura giuridica delle società partecipate soprattutto da un punto di vista essenzialmente societario-commerciale. La dottrina⁵ ha definito le società partecipate come un ossimoro, una figura anfibia, un soggetto con l'anima pubblica e il corpo che rimanda allo *ius privatorum*. Da un punto di vista prettamente semantico, si può notare come in un'ottica di semplificazione, probabilmente, venga spesso utilizzato il termine "società pubblica"; ebbene, tale espressione appare impropria, in quanto la qualificazione "pubblica" non è da affiancare al termine "società", ma al concetto di "partecipazione", intesa quale titolarità di rapporti comportanti la qualità di socio in ragione di una serie di strumenti finanziari che attribuiscono diritti amministrativi. Del resto, lo stesso Testo Unico non richiama mai la nozione di "società pubbliche", bensì di società "a partecipazione pubblica" (fin dall'art. 1). Quest'attitudine semplificatoria, più evocativa che descrittiva⁶, è foriera con buone probabilità di uno dei più evidenti limiti dell'intera disciplina, e cioè quello di voler trattare le società a partecipazione pubblica come un *unicum* riconducibile ad una categoria unitaria e non come una poliedricità di soggetti giuridici accumulati da alcuni elementi ma allo stesso tempo differenti per fini, natura dei soci e assetti organizzativi. In tale contesto, per lungo tempo, il diritto del lavoro applicato al personale dipendente delle società a partecipazione pubblica è apparso funzionale più agli interessi di parte datoriale - protesa verso l'efficientamento dei servizi ad essa affidati - che a tutela dei lavoratori che compongono e costituiscono l'eterogeneo mondo delle società partecipate: un

⁵ GAROFOLI-ZOPPINI, *Manuale delle società a partecipazione pubblica*, Neldiritto Editore, 2018, p. 693.

⁶ ALTIMARI, *Diritto del lavoro e società pubbliche tra impresa e amministrazione*, Giappichelli, 2020, p. XII.

settore nel quale proprio i processi societari hanno avuto un notevole impatto sulla disciplina dei rapporti di lavoro nel quale, tuttavia, le modifiche introdotte nel corso degli anni hanno spesso lasciato in ombra le tutele dei lavoratori, costrette ai margini per effetto dei continui cambiamenti dei profili societari, orientati essenzialmente al perseguimento dell'efficienza di tali realtà economiche. È in tali aspetti di confine che emerge a chiare lettere tutta l'insicurezza del Legislatore⁷, sospeso tra due mondi diversi che convivono a fatica tra l'apparenza perentoria dell'applicazione delle norme del regime privatistico e gli innesti a macchia di leopardo di matrice pubblicistica (le procedure di reclutamento, la predisposizione di tetti e trattamenti economici di dirigenti e dipendenti etc.). Il ruolo centrale della PA, ad esempio in tema di reclutamento e in ogni altra fattispecie nella quale viene esaltato il perseguimento di interessi collettivi, favorisce un meccanismo dove si palesa il rischio di innescare dispositivi più propriamente pubblici in dinamiche privatistiche, con la conseguenza di non fornire un'immagine uniforme delle società a partecipazione pubblica.

In questo continuo faticoso bilanciamento, il diritto del lavoro si pone in una posizione strategica, quale strumento fondamentale per la comprensione del fenomeno delle società a partecipazione pubblica, nonché cartina tornasole della coerenza e della razionalità (o meno) delle categorie giuridiche coinvolte nelle intricate vicende che le riguardano⁸.

Tanto premesso, il presente lavoro si articola intorno a tre assi: 1) l'analisi dei profili generali idonei a ritagliare i contorni del lavoratore dipendente delle società a partecipazione pubblica; 2) il la circolazione del personale in tali società; 3) infine, il ruolo centrale della contrattazione collettiva nelle vicende circolatorie.

Il primo capitolo si propone di offrire diversi spunti di riflessione sui profili relativi al reclutamento, alla selezione del personale e ai margini di flessibilità di cui dispone il datore di lavoro nei confronti di tali lavoratori. In tali ambiti, le più evidenti discrasie pubblico-privato si rinvengono nel terreno impervio

⁷ GIACONI, *Un libro (per una materia) al confine tra pubblico e privato*, in *Lavoro Diritti Europa*, n. 2/2021, p.2

⁸ FALSONE, *Gli enti pubblici economici e le società partecipate: profili giuslavoristici fra diritto privato e legislazione speciale*, Nota di Ricerca n. 4/2017, Department of Management, Università Ca' Foscari, Venezia.

del diritto di precedenza nelle assunzioni a tempo indeterminato, nella promozione del personale e nelle problematiche afferenti all'applicazione, in capo al personale dipendente delle partecipate, dell'art. 52, comma 1, del D.lgs. 165/2001, soprattutto per ciò che concerne le progressioni tra aeree diverse o il particolare regime sanzionatorio nel caso di assunzione illegittima, nonché in relazione alla conversione del contratto di lavoro nell'ipotesi in cui i profili di illegittimità riguardino dinamiche diverse, aventi ad oggetto la gestione del rapporto e non il reclutamento.

Nel secondo capitolo *sono* affrontate le vicende circolatorie del personale delle società partecipate nelle loro diverse connotazioni: qui la tutela del lavoratore viene analizzata nelle fasi che vanno dai procedimenti di individuazione delle eccedenze al mutamento di appalto o concessione fino alle aperture sistemiche possibili nell'ipotesi di reinternalizzazione delle funzioni (come ad esempio per quei lavoratori selezionati *ex art. 19 TUSP*). A seguire, nel terzo capitolo, sono affrontati i risvolti problematici collegati al ruolo della contrattazione collettiva all'interno delle partecipate sia sotto il profilo gestionale che nelle fasi più propriamente patologiche attinenti alle vicende circolatorie del personale con l'obiettivo primario di conciliare le razionalizzazioni del Sistema Partecipate con il ruolo dei sindacati e con la tutela dei lavoratori in forza in tali società.

Tale profilo, scarsamente indagato dalla dottrina che si è occupata della tematica, solleva numerosi quesiti e suggerisce diversi spunti di riflessione, prevalentemente nell'ottica del riconoscimento di uno spazio cruciale che indubbiamente deve essere attribuito al sindacato nell'ambito delle vicende circolatorie, in considerazione dell'evidente difficoltà di una gestione uniforme ed omogenea del personale all'interno delle singole società e dei diversi contratti collettivi applicati, come anche in ragione delle diverse esperienze del personale dipendente, in ragione di provenienze anche molto diverse fra loro; il rischio è quello di una pluralità di tutele differenziate in ragione dei diversi inquadramenti contrattuali dei lavoratori, con un rovesciamento di quella coerenza sistemica che il Legislatore del Testo Unico ha provato a mantenere insieme congiuntamente alla giurisprudenza

comunitaria⁹, in materia di distacco, contratti di rete o con l'introduzione della cd. mobilità infragruppo a seguito dell'emanazione della Legge di bilancio per il 2023 e l'introduzione del comma 9-bis all'interno dell'importante e centrale articolo 19 TUSP.

L'indagine sui diversi profili di cui si è detto fa emergere quello che parte della dottrina ha definito come *effetto alone*, inteso come quella convinzione in ragione della quale le norme dettate dal Legislatore per i dipendenti pubblici dovevano essere applicate estensivamente anche a quelli delle società a partecipazione pubblica in virtù di un errato automatismo che ha alimentato un vero e proprio capovolgimento del corretto metodo interpretativo¹⁰: una convinzione che ha creato un regime di deroghe che ha costituito, soprattutto nel settore giuslavoristico, una sostituzione del binomio "diritto privato/diritto pubblico" con quello "diritto comune/diritto speciale"¹¹.

A tal proposito, può dirsi che la parabola dell'evoluzione legislativa delle società partecipate ha seguito in parallelo l'evoluzione del regime del rapporto di lavoro dei lavoratori delle stesse, che potrebbe riassumersi in quattro fasi, o stagioni¹² ciascuna delle quali caratterizzata da una diversa connotazione della figura del lavoratore, sino a confluire nel Testo Unico sulle Società Partecipate (TUSP) seguito immediatamente dal decreto correttivo n. 100/2017¹³. La *prima stagione* è precedente al giugno 2008 (va dalla legge n. 103 del 29 marzo 1903, nella quale si comincia a parlare di movimento municipalista, all'entrata in vigore del d.l. 112/2008 convertito nella legge n. 133/2008); la *seconda stagione* va dal d.l. n. 112/2008 alla fase transitoria iniziata a partire dal 2013 e agli interventi anche Comunitari in tale settore; la *terza stagione* attiene alle modifiche apportate tra gli anni 2013 e 2014 fino alla redazione del Testo Unico sulle Partecipate, ed infine la *quarta*

⁹ Tra le ultime: Corte di Giustizia (Correia Moreira- Tribunal Judicial da Comarca De Faro-Portogallo) nella causa C-317/18 del 13 giugno 2019.

¹⁰ MARESCA, *Il lavoro alle dipendenze delle società a controllo pubblico*, in *Federalismi.it*, n. 17/2018, pp. 2-30.

¹¹ FALSONE, *op. cit.*, p. 4 ss.

¹² CARINCI, *L'inquadramento del rapporto di lavoro e società a partecipazione pubblica: l'evoluzione legislativa*, in *Lavoro Diritti Europa*, n. 2/2018.

¹³ Rispetto al quale la Corte Costituzionale nel 25 novembre 2016, n. 251, ha riscontrato un vizio nell'iter procedurale di adesione (la mancata previa intesa della Conferenza Stato-Regioni) in materia di competenza delle Regioni.

stagione vede l'introduzione del Testo Unico in materia di Società Partecipate, con l'entrata in vigore del D.lgs. 175 del 2016.

Durante le quattro fasi che hanno caratterizzato l'evoluzione delle società partecipate, ha assunto un ruolo centrale – soprattutto per i risvolti pratici in capo ai singoli lavoratori – il fenomeno delle vicende circolatorie, in considerazione soprattutto del coinvolgimento di fonti giuridiche multilivello, dal Testo Unico sulle Partecipate alle disposizioni costituzionali *di cui all'* art. 97 fino alle previsioni codicistiche (tra cui l'art. 2112 c.c.).

In questo studio, la mancanza di definizioni e narrazioni univoche, unitamente alla difficile classificazione dei modelli di riferimento, in ragione dei continui interventi del Legislatore, richiedono un attento sforzo di sistemazione in ogni istituto trattato, dalle assunzioni dei lavoratori fino alla mobilità. In particolare, per quanto riguarda le vicende circolatorie il ruolo del sindacato appare complesso: da un lato esso partecipa limitatamente e formalmente *ab initio* all'iter dei procedimenti riferiti alla circolazione del personale; dall'altro si trova nella difficile condizione di dover tenere in considerazione ragioni attinenti alla finanza pubblica, al solo fine di preservare e conservare il rapporto di lavoro del personale delle partecipate oggetto di procedure di circolazione. In tale contesto proprio i numerosi interrogativi sollevati - da un lato ascrivibili all'applicabilità di istituti classici del lavoro pubblico e dall'altro alle declinazioni possibili degli schemi di *ius privatorum* - aprono importanti e fecondi spunti di riflessione.

CAPITOLO 1 “Il rapporto di lavoro del personale dipendente delle società a partecipazione pubblica”

1. L’evoluzione normativa del rapporto di lavoro delle società partecipate

L’evoluzione legislativa delle società partecipate¹⁴ ha seguito in parallelo l’evoluzione del regime del rapporto di lavoro dei lavoratori delle stesse. Se volessimo effettuare un’analisi delle fasi evolutive del rapporto di lavoro per i lavoratori delle partecipate possiamo dire che questa si è evoluta in quattro stagioni¹⁵, ciascuna delle quali caratterizzata da una diversa connotazione della figura del lavoratore. Ogni fase dai tratti non ben definiti, ha inesorabilmente apportato migliorie alla fase precedente, in un processo evolutivo poi confluito nel Testo Unico sulle Società Partecipate n. 175 del 2016 (TUSP), seguito dal correttivo n.100/2017, rispetto al quale la Corte Costituzionale (con sentenza del 25 novembre 2016 n. 251) ha riscontrato un vizio nell’iter procedurale di adesione (la mancata previa intesa della Conferenza Stato-Regioni) in materia di competenza delle Regioni¹⁶, fino a giungere con diverse modifiche ed integrazioni fino alla legge di stabilità del 2023 che ha introdotto il comma 9bis all’art. 19 del Testo Unico sulle Partecipate¹⁷.

¹⁴ Sulla storia delle società partecipate in Italia, senza alcuna pretesa di esaustività si indicano i seguenti contributi dottrinali: GIANNINI, *Le imprese pubbliche in Italia*, in Riv. soc., 1958, p. 227 e ss.; GUARINO, *Pubblico e privato nella organizzazione e nella disciplina delle imprese*, in Scritti di diritto pubblico dell’economia, Milano, 1970; ROSSI, *Profili giuridici della società a partecipazione statale*, Milano, 1977; CASSESE, *Problemi delle imprese. Le imprese a partecipazione statale*, Napoli, 1972; CASSESE, *L’impresa pubblica: storia di un concetto*, in Econ. pubbl., 1985, 1-2, 3 ss.

¹⁵ CARINCI, *L’inquadramento del rapporto di lavoro e società a partecipazione pubblica: l’evoluzione legislativa*, Lavoro Diritti Europa, n. 2/2018: La divisione operata dal prof. Carinci prevede un “programma articolato su quattro stagioni”: la prima precedente al giugno 2008; la seconda dal D.l. 25 giugno 2008 n. 112; la terza relativa alle modifiche apportate tra gli anni 2013 e 2014; la quarta caratterizzata dal Testo Unico in materia di Società Partecipate con l’introduzione del D.lgs. 175 del 2016.

¹⁶ L’incostituzionalità riguardava le modalità attuative del Testo Unico sulle Partecipate in violazione dei principi costituzionali in materia di competenza legislativa tra Regioni con la necessità di prevedere che il Governo adottasse i decreti attuativi previo parere della Conferenza Unificata delle Regioni, circostanza mai verificata. Sull’argomento: MEZZACAPO, *Prime osservazioni sul rapporto di lavoro nelle società a controllo pubblico dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 215/2016*, in WP CSDLE “Massimo D’Antona”, Biblioteca ‘20 Maggio’ – n.1/2017, p. 50 e ss.

¹⁷ Si tratta della modifica introdotta dall’art. 1 comma 898 della legge di stabilità del 2023 che ha sovvertito la disciplina generale vigente da anni in materia di distacco del personale, andando ad aggiungere il comma 9bis all’art. 19 del Testo Unico sulle Partecipate.

La prima stagione comprende tutto il periodo che va dalla legge n. 103 del 29 marzo 1903 al giugno 2008, anno che ha visto l'entrata in vigore del d.l. 112/2008 convertito nella legge n. 133/2008.

L'iniziale fermento politico e sociale – poi confluito nella legge n. 103/1903 – prende le mosse dall'avvento del movimento “municipalista” che riteneva doversi superare quel sistema monopolistico a favore di un sistema di impronta liberale di libera concorrenza che fino a quel momento aveva attribuito senza troppe garanzie la gestione dei servizi pubblici locali ai privati per mano dei Comuni¹⁸.

Si comincia a parlare di società partecipate (*rectius* municipalizzate) con la legge n. 103 del 29 marzo 1903 “*Sull'assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei Comuni*”, meglio nota come legge Giolitti sulla municipalizzazione; provvedimento che suscitò maggior clamore ed interesse a differenza della precedente attività della Commissione Lucchini nel 1898 istituita dal Governo Pelloux¹⁹.

La legge fortemente voluta da Giolitti aveva una triade di obiettivi - tutti strettamente collegati: 1) l'eliminazione degli effetti negativi collegati al regime monopolistico privato della gestione dei servizi pubblici; 2) la gestione di tali servizi pubblici tramite la creazione di aziende speciali; 3) la responsabilizzazione degli enti locali che si concretizzava essenzialmente attraverso il controllo diretto sulle cd. aziende municipalizzate.

La legge 103/1903 si articola in cinque capi che disciplinano le aziende municipalizzate, enunciandone, se pure in modo non tassativo, anche i possibili oggetti. È infatti proprio con la municipalizzazione che si raggiunge quello scopo dello Stato pluriclasse che ha il precipuo scopo di ottenere prodotti ad un prezzo unitario minore di quello che si potrebbe avere se si

¹⁸ SCOCA, *La concessione come strumento di gestione dei servizi pubblici*, Giappichelli, 1991, p. 562.

¹⁹ La presenza degli Enti Locali – ed in particolare dei Comuni- nella gestione dei servizi pubblici locali congiuntamente alle imprese private trae le proprie origini dal processo di urbanizzazione e crescita dei bisogni di un ceto medio urbano che vide all'inizio dell'Ottocento, milioni di persone trasferirsi dalla campagna alla città portando in primo piano le questioni riferite alla gestione del servizio idrico e delle energie in generale. Su tale argomento: BORTOLOTTI, SCARPA, PELLIZZOLA, *Comuni al bivio: assetti proprietari, performance e riforme nei servizi pubblici locali*, in *l'Industria*, 2011, n.1.

ricorresse a privati produttori²⁰. Queste società sono ibride e distinte dall'amministrazione comunale ordinaria, con una gestione che avviene per mano e ad opera di una Commissione Amministrativa con a capo un Direttore Generale. È inoltre possibile, che più Comuni si uniscano in consorzio per gestire i servizi pubblici dei loro territori. La Commissione Amministrativa ha il compito di approvare il bilancio dell'azienda e sottoporlo per deliberazione al Consiglio Comunale (che ha anche la funzione di redigere e deliberare il regolamento organizzatorio dell'azienda). Le municipalizzate, sottoposte al controllo del Prefetto al verificarsi di irregolarità gravi e persistenti, possono portare all'emanazione di un decreto di revoca in caso del perdurare dello stato di irregolarità.

Lo statuto giuridico delle partecipate confluisce in quelle disposizioni, poi raccolte nel Testo Unico del 15 ottobre 1925, n. 2578, che restarono in vigore per quasi un secolo e non furono del tutto abrogate neppure con la riforma delle autonomie locali dettata con legge²¹ 8 giugno 1990, n. 142²².

Tale anno vede il mutare del ruolo Statale nei Servizi Pubblici Locali, con uno Stato interventista che è mosso dal fine ultimo di regolare i processi economici, in ragione di una razionalizzazione ed una spesa pubblica nell'ottica di un efficientamento del servizio erogato. Questo dà il via a quel processo di privatizzazione del servizio pubblico attraverso la gestione di società – generalmente di capitali (spa e srl) - che nel rispetto dei vincoli pubblicistici imposti in relazione ai servizi erogati, dovevano svolgere la propria attività secondo principi riconducibili al diritto societario e allo *ius privatorum*.

²⁰ MONTEMARTINI, *La municipalizzazione dei pubblici servizi*, Società Editrice Librai, Milano, 1902, p. 49.

²¹ La legge n. 142 del 8 giugno 1990 prevede: “I comuni e le province possono gestire i servizi pubblici nelle seguenti forme: a) in economia, quando per le modeste dimensioni o per le caratteristiche del servizio non sia opportuno costituire una istituzione o una azienda; b) in concessione a terzi, quando sussistano ragioni tecniche, economiche e di opportunità sociale; c) a mezzo di azienda speciale, anche per la gestione di più servizi di rilevanza economica ed imprenditoriale; d) a mezzo di istituzione, per l'esercizio di servizi sociali senza rilevanza imprenditoriale; e) a mezzo di società per azioni a prevalente capitale pubblico locale, qualora si renda opportuna, in relazione alla natura del servizio da erogare, la partecipazione di altri soggetti pubblici o privati”.

²² MIGNONE, VIPIANA, *Commento alla legge sulle autonomie locali*, Torino, Utet, 1993, pp.169 e ss.

A quest'ultima legge seguirono varie discipline di settore sui specifici servizi pubblici locali (legge Galli per il servizio idrico integrato, decreto Ronchi per la gestione dei rifiuti urbani, decreto Burlando per i trasporti, decreto Letta per la distribuzione del gas naturale), così come diversi orientamenti comunitari che sono stati nel corso degli anni tenuti ben presenti dagli Stati membri. Anni di stratificazione giuridica e legislativa in materia di servizi pubblici, municipalizzate, aziende speciali prima e di capitali poi, sono confluiti agli inizi degli anni duemila nel D.lgs. 267/2000 "*Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali*" che ha previsto forme di gestione comprendente la gestione a mezzo di spa o di srl a prevalente capitale pubblico locale e la gestione a mezzo di spa con partecipazione minoritaria degli enti locali. Importante, in tale contesto, è il passaggio dalle municipalizzate alle *multiutility* e il ruolo della Comunità Europea con la nascita delle *in house providing*, figura nata grazie alla Giurisprudenza Comunitaria²³ che ha consentito l'affidamento diretto di servizi pubblici locali con la destinazione principale dell'attività a favore dell'ente controllante e la presenza del controllo analogo.

A seguito dell'entrata in vigore del d.l. 112/2008 convertito nella legge n. 133/2008 "*Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria*", entra in vigore un testo eterogeneo che tratta diverse vicende che ha come *fil rouge* comune una necessaria razionalizzazione dei costi di gestione al fine di ridurre l'indebitamento delle amministrazioni pubbliche. Il Legislatore senza un approccio sistemico (come poi lo avrà almeno parzialmente con l'introduzione del Testo Unico sulle Partecipate del 2016 e le sue ss.mm.ii.) prevede una sola norma riferita ai rapporti di lavoro dei lavoratori delle partecipate, l'art. 18 "*Reclutamento del personale della società a pubblica*" riferito, come emerge dalla rubrica dello stesso alla sola fase di ingresso del lavoratore all'interno della società a partecipazione pubblica. Disciplina scarna e confusionaria che ha visto il Legislatore intervenire con modifiche normative viziate da sconcertanti

²³ Corte di Giustizia CE, V, 18 novembre 1999, C-107/98, Teckal srl contro Comune di Viano e Azienda Gas – Acqua Consorziale di Reggio Emilia; Corte di Giustizia UE, 11 maggio 2006, C-340/04, Carbotermo e Consorzio Alisei. Corte di Giustizia UE, 27 aprile 1994, C-393/1992; Corte di Giustizia CE, 13 ottobre 2000, C-458/03, Parking Brixen.

trascuratezze e frequenti ripensamenti²⁴, che di fatto ha rimarcato una natura giuridica del lavoratore delle società partecipate sotto la sfera del pubblico impiego, creando un puntuale quanto acceso dibattito dottrinale²⁵ e giurisprudenziale²⁶. Da un lato per la prima volta si affrontava l'esigenza di legiferare circa il rapporto di lavoro dei lavoratori delle società partecipate, dall'altro si è avuto un approccio non sistemico che ha avuto come unico obiettivo quello di contenere i costi delle società pubbliche attraverso il conferimento di una connotazione pubblica del rapporto di lavoro a tale categoria di lavoratori²⁷.

Con il Testo Unico del 2016 si è provato a dare uniformità al sistema delle partecipate – da sempre caratterizzato da profonda frammentarietà - che proprio nella frammentarietà aveva suo malgrado uno dei suoi tratti caratterizzanti. Tale testo è nato da un tessuto normativo precario frutto di stratificazioni normative risalenti nel tempo e ad un ancor più precario ambito di effettiva applicazione delle stesse. La “strana creatura” rappresentata dall'insieme delle società a partecipazione pubblica, soprattutto per via della peculiare ibridazione pubblico-privato che si snoda in tutta la materia, rappresenta un peculiare punto di osservazione per analizzare alcune questioni da sempre centrali del diritto del lavoro²⁸.

²⁴ IBBA, MALAGUTTI, MAZZONI (a cura di), *Le società pubbliche*, Giappichelli, 2011.

²⁵ MISCIONE, *Ritorno alla pubblicizzazione per le società in mano pubblica (i concorsi per assunzioni e incarichi)* in MISCIONE, GAROFALO (a cura di), *Commentario alla legge n. 133/2008*, Ipsoa, 2009, pp. 377 e ss.; BORGOGELLI, *Modelli organizzativi e tutele dei lavoratori nei servizi di interesse pubblico*, in *Frammentazione organizzativa e lavoro: rapporti individuali e collettivi*, Giuffrè, 2018, pp. 329-432.

²⁶ Cass. Sez. Un., n. 18353/2014 e Cass. civ. n. 20327/2016; Cass. civ. n. 13884/2016.

²⁷ ALTIMARI, *Diritto del lavoro e società pubbliche: rapporto di lavoro e autonomia collettiva dalla municipalizzazione al d.lgs. n. 175/2016*, in *Variazioni su Temi di Diritto del Lavoro*, n. 1/2019.

²⁸ ALTIMARI, *Diritto del lavoro e società pubbliche tra impresa e amministrazione*, Giappichelli, 2020, pp. 13 e ss.; sulla stessa tematica: CAMELLI-DUGATO (a cura di), *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Giappichelli, 2008; DOMENICHELLI (a cura di), *La società pubblica tra diritto privato e diritto amministrativo*, Cedam, 2008.

2. Sulla natura giuridica dei rapporti di lavoro nelle società partecipate

L'art. 19 comma 1 TUSP contiene un'importante affermazione di principio, confermando nell'ambito della gestione delle risorse umane delle società partecipate, un'impostazione privatistica che consente di reperire un valido canone interpretativo circa il regime giuridico del personale delle società a controllo pubblico (ivi comprese le società in house)²⁹: *“Salvo quanto previsto dal presente decreto, ai rapporti di lavoro dei dipendenti delle società a controllo pubblico si applicano le disposizioni del capo I, titolo II, del libro V del codice civile, dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, ivi incluse quelle in materia di ammortizzatori sociali, secondo quanto previsto dalla normativa vigente, e dai contratti collettivi”*.

Analizzando i rapporti di lavoro dei dipendenti delle società partecipate, occorre preliminarmente soffermarsi sulla definizione di società a controllo pubblico di cui all'art. 2 comma 1 lett. m), che definisce tali società come quelle in cui una o più amministrazioni pubbliche esercitano poteri di controllo *ex art. 2359 del c.c.*

L'art. 19 comma 1 è allineato e coerente con l'impostazione privatistica dell'intero Testo Unico sulle Partecipate e al suo art. 1 comma 3 che dispone generalmente ed in modo trasversale che *“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”*.

In tema di reclutamento del personale da parte di società a partecipazione pubblica avente ad oggetto la gestione del servizio pubblico locale, già con l'art. 18 del d.l. n. 112 del 2008, conv. in l. n. 133 del 2008, nel testo applicabile *ratione temporis*, era stata prevista un'estensione alle predette società delle procedure concorsuali e selettive delle amministrazioni pubbliche ai fini del reclutamento. Il mancato rispetto determinava la nullità del contratto di lavoro, ai sensi dell'art. 1418 comma 1, c.c., ora espressamente prevista dall'art. 19, comma 4, del d.lgs. n. 175 del 2016³⁰.

²⁹ ALTIMARI, *op. cit.*, pp. 112 e ss.

³⁰ Cass. civ. Sez. lav., n. 3621/2018: la Suprema Corte, ritenuto nullo un contratto a termine privo dell'indicazione di ragioni specifiche, stipulato nella vigenza dell'art. 18 del d.l. n. 112 del 2008, conv. con modif. in l. n. 133 del 2008, ne ha escluso la conversione in rapporto a tempo indeterminato.

La coerenza sistemica delle disposizioni del citato Testo Unico allontana ogni dubbio e orienta il dibattito verso una precisa matrice privatistica, nonostante alcuni dubbi in tal senso potessero sorgere in ragione di particolari tipologie di società – come quelle *in house* appunto - che potevano qualificare non senza criticità il rapporto di lavoro, come non privato³¹.

Appare evidente che ogni criticità e dubbio esegetico in tal senso è stato spazzato via da quello testuale prima che dal dato logico-sistematico che senza margini interpretativi eleva a principio fondamentale l'art. 19 del D.lgs. 175/2016 come elemento nodale che governa le fonti di disciplina del rapporto di lavoro nelle società a controllo pubblico.

Sotto il profilo della tecnica legislativa l'art. 19 del TUSP, almeno nella sua articolazione, sembra rimandare all'art. 2 del D.lgs. 165/2001 il quale prevede che *“i rapporti di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche sono disciplinati dalle disposizioni del capo I, titolo II, del libro V del codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, fatte salve le diverse disposizioni contenute nel presente decreto, che costituiscono disposizioni a carattere imperativo”*.

Si tratta quindi dell'indicazione precisa del *corpus* normativo da utilizzare per tutte le Pubbliche Amministrazioni in riferimento alla disciplina dei rapporti di lavoro dei suoi dipendenti sia per quanto attiene la fonte legale che quella contrattuale. Sotto questo profilo è opportuno evidenziare che per le società partecipate, il richiamo ai contratti collettivi non ha lo stesso valore cogente previsto per le amministrazioni pubbliche, in quanto l'art. 19 TUSP è ben lontano dall'introdurre efficacia *erga omnes* alla contrattazione collettiva così come avviene ed è avvenuto per i rapporti di lavoro dei dipendenti della P.A.³²

La forma para-privatistica adottata dalle società partecipate (nonostante la sua partecipazione pubblica), non rende quindi assimilabile il rapporto di lavoro del personale dipendente di tali società ad un rapporto di lavoro di matrice pubblicistica, non essendo il controllo dell'ente locale (totale o parziale), circostanza idonea e sufficiente a giustificare una deroga al regime

³¹ FONTANA, *Il rapporto di lavoro nelle società pubbliche. Problemi applicativi e riforme legislative*, in LPA, 2014, pp. 706 e ss.

³² MARESCA, *Il lavoro alle dipendenze delle società a controllo pubblico*, dal web, www.federalismi.it, n.17/2018, pp. 2-30.

privatistico; la Corte Costituzionale³³ non rende quindi assimilabili e sovrapponibili il rapporto di lavoro alle forze di una società partecipata ad un rapporto di lavoro pubblico stabilendo *expressis verbis*³⁴ che il rapporto di lavoro alle dipendente delle società partecipate è di natura puramente privata. In totale distonia con tali orientamenti giurisprudenziali, in alcune statuizioni la Corte di Cassazione Penale³⁵ è stato affermato che i lavoratori delle società che gestiscono servizi pubblici hanno un rapporto di lavoro di natura pubblicistica in ragione del percorso logico basato sul fatto che, predisponendo atti pubblici nello svolgimento della loro attività, e ricoprendo le funzioni di pubblici ufficiali, hanno natura pubblicistica pur se queste svolgono funzioni ed attività con strumenti privatistici.

Con l'introduzione dell'art. 19 del D.lgs. 19 agosto 2016 n. 175, si è operata una razionalizzazione della materia delle partecipate che inevitabilmente ha coinvolto gli aspetti giuslavoristi in tema di accesso e a tutte le delicate vicende ricollegate alle procedure di selezione e reclutamento.

L'art. 19 del TUSP è senza dubbio la più evidente deroga al *corpus* di norme di matrice privatistica presente all'interno del Testo Unico sulle Partecipate; tale articolo assume valore in quanto spazza via i dubbi argomentativi posti in essere dalla precedente disciplina sulla natura del rapporto di lavoro delle società partecipate e su diversi dubbi che hanno interessato la giurisprudenza³⁶ su molte applicazioni e risvolti pratici (come ad esempio in materia di selezioni *intuitu personae*, di conversione dei contratti da tempo determinato a tempo indeterminato a seguito di illegittima apposizione del termine o per quanto attiene l'applicabilità della disciplina del trasferimento d'azienda) orientando l'interprete, salvo deroghe espresse, ad una regolamentazione del rapporto di lavoro del personale dipendente nell'alveo

³³ Corte Costituzionale, sent. del 1° luglio 2013, n. 167.

³⁴ Corte Costituzionale, sent. del 9 novembre 2006, n. 363; sent. del 14 luglio 2009, n. 215, e sent. del 15 gennaio 2010, n. 9 sent. 26 febbraio 2013, n. 28.

³⁵ Cass. Penale Sez. V, sent. 25 settembre 2018, n. 41421 e Cassazione Penale Sez. VI, sent. 9 agosto 2018, n. 30441. Nel medesimo senso: Tribunale di Reggio Calabria Sez. Lavoro sent. 876 del 15.04.2021: "*I rapporti instaurati con le società partecipate sono assimilabili al pubblico impiego [...]*".

³⁶ Tribunale Monza, Sez. lav., sentenza n. 420 del 4 agosto 2015; Corte d'Appello Ancora Sez. lav., 29 gennaio 2013 n. 301; Tribunale di Pescara, Sez. lav., 16 aprile 2013; Tribunale di Chieti, Sez. lav., 18 settembre 2013 e 3 ottobre 2013; Tribunale di Catania, Sez. lav. 3 marzo 2011.

delle disposizioni lavoristiche afferenti al settore privato e non al pubblico impiego.

La ragione sociale che vede l'applicazione nel corso degli anni del regime privatistico in materia di reclutamento del personale, affonda le radici nella generale convinzione che trattandosi di *ex* municipalizzate, autonome ed esterne all'amministrazione locale, le SSPP fossero in qualche modo esenti dal rispetto dei principi che orientano la *res pubblica*, soprattutto in materia di contabilità, finanza e aspetti ricollegati ai principi di trasparenza, efficienza, efficacia e buon andamento della PA. Si è pensato – ed è convenuto soprattutto agli enti locali e alla gestione politica degli stessi – che le partecipate - svincolate dal rispetto di principi pubblicistici in ragione dell'esimente della loro stessa natura giuridica (società di capitali)- avessero in qualche modo *carta bianca* in diversi settori utili al potere politico, come in fase di reclutamento del personale o in riferimento all'acquisto di beni e servizi che prevedono il rispetto di procedure ad evidenza pubblica *ex* D.lgs. 50/2016 e ss. mm. ii.³⁷

L'art. 19 TUSP è quindi orientato al contenimento dei costi di gestione e al reperimento di personale qualificato secondo i principi di imparzialità ed efficienza, rispettando la trasparenza e la pubblicità nelle procedure di selezione. La disciplina del pubblico impiego non è applicabile *tout court* alle società partecipate, ed è per tale ragione opportuno escludere la natura giuridica pubblicistica dei rapporti di lavoro del personale dipendente, ambito in cui anche le norme a carattere nazionale o regionale non operano un rinvio generalizzato a detta disciplina ma si limitano a richiamare solo per alcuni istituti un regime di deroghe (come in materia di reclutamento del personale e per il conferimento di incarichi a cui le società a totale partecipazione pubblica devono uniformarsi) incidendo, dunque, soltanto sulla fase propedeutica di selezione del personale e di instaurazione del rapporto di lavoro. È invece rimessa al diritto comune la successiva fase di gestione del rapporto medesimo, se così non fosse, verrebbe violato l'art. 117 Cost. e il “*limite di diritto privato*” in base al quale le Regioni non hanno alcuna

³⁷ Il nuovo Codice degli appalti e delle concessioni, D.lgs. 50/2016, contiene anche il recepimento della nuova disciplina in materia di “in house providing” dettata dalle Direttive UE nn. 23, 24 e 25 del 2014; D.lgs. 50/2016 - in materia di concessioni e appalti dei settori ordinari e speciali. art. 192 del nuovo Codice dei contratti pubblici.

possibilità d'intervenire in materia privatistica, pena la compromissione dell'esigenza di garantire l'uniformità della disciplina nel territorio nazionale in materia di rapporti tra privati³⁸.

Le deroghe al regime privatistico presenti del TUSP hanno preso le mosse dalla volontà del Legislatore di circoscrivere ed arginare alcuni fenomeni nel controllo della spesa pubblica, nella necessità di estendere le regole della trasparenza e pubblicità in modo trasversale e evitare che la società partecipata – controllata dall'ente locale – sia in qualche modo strumentalizzata per finalità afferenti alle assunzioni o all'attribuzione di incarichi esterni per scopi di natura clientelare.

Il risultato è una formula ibrida di difficile combinazione che mescola necessariamente il corpo dello *ius privatorum* e l'anima del pubblico impiego, in cui la disciplina pubblicistica conforma ma non annulla l'autonomia regolativa delle società, non imponendo di fatto alle società controllate di adottare le medesime procedure concorsuali.

Circa le procedure di reclutamento occorre operare, sul piano esegetico-interpretativo, una precisazione sulla natura pubblicistica o privatistica delle stesse: occorre infatti valutare se in ragione dei principi pubblicistici richiamati dall'art. 19 del TUSP, il reclutamento deve avvenire sotto la tutela, la protezione ed il rispetto dell'art. 97 della Costituzione in ragione dell'impianto normativo riferito ai concorsi pubblici o se c'è spazio per un reclutamento che in qualche modo attinga allo *ius privatorum* e che – se pur nel rispetto dell'imparzialità e della trasparenza secondo quanto previsto dall'art. 19 TUSP – palesi un margine per effettuare un reclutamento secondo le modalità proprie di un soggetto imprenditoriale. È proprio il rinvio della disciplina e ai principi di cui all'art. 35 del Testo Unico del Pubblico Impiego che ha fatto sorgere numerosi dubbi ermeneutici sulla natura giuridica del reclutamento delle partecipate.

Anche la giurisprudenza di merito³⁹ in tema di reclutamento di personale degli enti privatizzati, ha specificato che il Legislatore nazionale, pur mantenendo ferma la natura privatistica dei rapporti di lavoro, sottratti alla

³⁸ Corte Appello Catania, Sez. lav., 12/07/2019, n.780.

³⁹ Fra le ultime: Tribunale di Teramo, sez. lav., 23/03/2022, n. 138, Corte di Appello di Bari Sez. Lavoro n. 2506/2019.

disciplina dettata dal D.lgs. n. 165 del 2001, ha inteso estendere alle SS.PP. i vincoli procedurali imposti alle amministrazioni pubbliche nella fase del reclutamento del personale, perché l'erogazione di servizi di interesse generale pone l'esigenza di selezionare secondo criteri di merito e di trasparenza i soggetti chiamati allo svolgimento dei compiti che quell'interesse perseguono. Così il bando di concorso, costituendo *lex specialis* del concorso per l'accesso all'impiego, comporta che le regole in esso contenute vincolino rigidamente l'operato dell'amministrazione, obbligata alla loro applicazione senza alcun margine di discrezionalità a tutela dei principi dell'affidamento e di tutela della parità di trattamento tra i concorrenti.

Si tratta di una formula simile a quella contenuta nell'art. 2 comma 2 del D.lgs. 165/2001 in cui, l'eccezione e la specialità rispetto all'impianto privatistico non porta con sé come conseguenza che tutta la parte derogata dal Testo Unico del Pubblico Impiego sia di matrice pubblicistica, ma crea le fondamenta per un *diritto del lavoro privato speciale* come avviene appunto in materia di reclutamento del personale (*ex art. 35 e 63 comma 4 TUPI e la conseguente tutela in sede di giurisdizione amministrativa*). Si tratta della stessa tecnica legislativa utilizzata anche dal Testo Unico sulle Partecipate che proprio in materia di reclutamento (all'art. 19) prevede un'espressa deroga alla disciplina di diritto comune, prevedendo l'utilizzo delle norme di diritto pubblico, che creano di fatto in tema di rapporti di lavoro del personale dipendente delle società partecipate un diritto privato di carattere speciale⁴⁰ che a fatica si allinea con altri istituti del TUSP come ad esempio in materia di riassorbimento del personale, della reinternalizzazione delle funzioni, promozioni e delle cd. mobilità infragruppo che sembrano “destabilizzare” la corretta individuazione della natura giuridica del personale delle società partecipate.

⁴⁰ CARINCI, *Rapporto di lavoro e società a partecipazione pubblica: l'evoluzione legislativa*, in *Lavoro Diritti Europa*, n. 2/2018, p. 12.

3. Una policroma tassonomia: selezione, reclutamento, concorsi pubblici e privati

In tema di reclutamento occorre affrontare alcune precisazioni terminologiche in riferimento alla policroma tassonomia che ruota attorno alla selezione del personale delle società a partecipazione pubblica.

I termini *selezione*, *reclutamento* e *concorso* non sono interscambiabili, ma ciascuno, in ragione anche della loro diversa etimologia si riferiscono ad istituti in fatto ed in diritto diversi⁴¹. La differente qualificazione sotto il profilo etimologico solleva alcune questioni riguardanti soprattutto il regime di tutela in caso di illegittimità o violazione delle norme a sostegno dell'iter procedurale di reclutamento del personale. In passato i profili ibridi che hanno riguardato i rapporti di lavoro delle società partecipate, sono sorti proprio in relazione all'utilizzo improprio dell'istituto della selezione, attingendo da modalità tipiche degli Enti Locali (art. 110 TUEL)⁴², prima ancora dell'istituto del concorso, nel periodo antecedente all'introduzione delle procedure di reclutamento ispirate ai principi di trasparenza e imparzialità (prima con il D.L. 112/2008 e poi con l'introduzione del Testo Unico sulle Partecipate – D.lgs. 175/2016 e ss.mm.ii.).

⁴¹ *Concorso*: dal latino *concursum* “*affluenza di massa, l'accorrere di molte persone*”, ma anche “*scontro, tumulto*” dal latino *currere* “*correre*” col prefisso “*cum*” con – correre insieme. L'inglese utilizza per la medesima fattispecie il più arido contest o competition, il tedesco wettbewerb. Reclutamento: dal latino *recruter* – dal XVII° sec.- *recru* – che sta a significare *rappezzare*, rimettere ciò che manca, il o i pezzi mancanti. Anche se nel corso degli anni è stato utilizzato in ambito militare inteso come procedura di selezione delle nuove leve idonee al servizio militare. Il termine *selezione* invece deriva dal latino *seligere*, der. di *legere* ‘*prendere, scegliere*’ che nel corso della storia è stato utilizzato nell'accezione darwiniana della selezione naturale, senza la presenza di un soggetto terzo che in qualche modo scegliesse i soggetti più forti ed idonei alla sopravvivenza, ma come espressione naturale in un gruppo di soggetti. [dai siti web: www.unaparolaalgiorno.it e www.etimo.it]

⁴² Sulla differenza tra selezione e concorso il Consiglio di Stato con sent. n. 1549 del 4.4.2017 statuisce che i posti di responsabilità o di alta specializzazione possono essere assegnati attraverso selezione pubblica che tenga conto di esperienza e professionalità dei candidati: tale caso non si tratta di concorso pubblico ma di “*selezione*” che si contraddistingue per una valutazione di tipo comparativo e procedimentalizzata. In senso contrario: Tar Puglia-Lecce, Sezione II sentenza n. 3661 del 21.12.2015, Corte dei Conti, deliberazione n. 2 del 5 febbraio 2016: “*Il conferimento di incarichi dirigenziali non può prescindere dall'effettuazione delle procedure concorsuali ai sensi dell'art. 19 del d.lgs. 165/2001. Sono illegittimi i conferimenti effettuati senza il rispetto delle forme regolamentari di pubblicità dei posti vacanti ed in assenza delle procedure valutative in quanto il suddetto procedimento appare effettuato al duplice scopo di contemperare sia l'interesse dell'Amministrazione ad attribuire il posto al più idoneo in ossequio al principio del buon andamento, sia ad assicurare la parità di trattamento e le legittime aspirazioni degli interessati*”; Cass., SS.UU, ord. 8 giugno 2016, n. 11711, 30 settembre 2014, n. 20571

Il materia di reclutamento del personale delle società partecipate, l'attuale Testo Unico sulle Partecipate, all'art. 19 comma 2 non utilizza né la parola *concorso*, pur richiamando i principi anche di derivazione comunitaria di cui al Testo Unico del Pubblico Impiego, né quella di *selezione*, ma utilizza la parola "*reclutamento*" che rimanda ad un'accezione tipicamente militare "*le società a controllo pubblico stabiliscono, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale nel rispetto dei principi...*".

La disposizione richiama e prende in prestito l'art. 18 (commi 2 e 3) del D.L. 112/2008 – che fin dalla rubrica – "*Reclutamento del personale delle aziende e istituzioni pubbliche*"⁴³ rimanda anch'esso alla parola reclutamento, così come l'art. 19 del vigente Testo Unico sulle Partecipate; circostanza che da un punto di vista semantico, prima col D.L. 112/2008 e poi col Testo Unico sulle Partecipate, crea ulteriore confusione a seguito dell'utilizzazione del generico *procedure di reclutamento* in aggiunta al binomio *selezione - concorso*.

Dal punto di vista dell'ambito di applicazione oggettiva, il termine reclutamento – dai confini estesi e non ben delineati – attiene a tutto il *genus* di assunzioni che la società intende e può effettuare, riferendosi quindi sia per le tipologie contrattuali a tempo determinato⁴⁴, indeterminato, di apprendistato o di somministrazione⁴⁵, con la possibilità di parametrare nel rispetto dei principi pubblicistici, le selezioni in ragione anche del margine di autonomia dato da quei "propri provvedimenti" in relazione alle singole tipologie di inquadramento contrattuale da effettuare.

Sotto il profilo della tutela giurisdizionale, l'attuale art. 19 TUSP - indicando espressamente la giurisdizione del Giudice Ordinario - sembra far rientrare

⁴³ Art. 18 comma 2 e 3: "*A decorrere dal sessantesimo giorno successivo all'entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto-legge, le società che gestiscono servizi pubblici locali a totale partecipazione pubblica adottano, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi di cui al comma 3 dell'articolo 35 del decreto legislativo n. 165 del 2001*". 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".

⁴⁴ ALTIMARI, *Assunzioni e contratti a termine nelle società a partecipazione pubblica*, in *Lavoro e Diritto*, n. 2/2018, pp. 323 e ss.

⁴⁵ PINTO, *Sui rapporti di lavoro alle dipendenze delle società in controllo pubblico e delle società "in house"* in FORTUNATO - VESSIA, *Le "nuove" società partecipate e in house providing*, Quaderni di Giurisprudenza Commerciale, 2017, p. 235.

le procedure di reclutamento delle società partecipate in un *tertius genus*, afferente a una tipologia di *concorsi privati*, nonostante le limitazioni che provengono dal rispetto delle finalità pubblicistiche che emergono con forza nella scelta dei suoi lavoratori, che vanno a limitare quella discrezionalità tipica delle società nella scelta del proprio personale.

La questione semantica richiamata selezione/concorso/concorso privato è strumentale al corretto inquadramento delle procedure di reclutamento delle società partecipate al fine di intuire se questa sia ascrivibile ad una dimensione pubblica (riferita al concorso e alle sue declinazioni) o privata e se, in riferimento ad una connotazione privata, questa sia in grado di attuare i principi di matrice pubblicistica in materia di concorso (che trovano tutela costituzionale nel già richiamato art. 97 Cost.), soprattutto anche nell'ottica del corretto inquadramento dei vincoli derivanti dalla spesa pubblica.

In tale contesto, se la disciplina del concorso pubblico trova ampia tutela e definizione fin dalla Carta Costituzionale nell'art. 97 comma 3, secondo cui “*agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso salvo i casi stabiliti dalla legge*”⁴⁶, la disciplina dei concorsi privati, di converso, facendo riferimento all'art. 41 della Costituzione (riferito alla libertà dell'iniziativa economica privata), non obbliga i datori privati a selezionare i candidati ad una determinata posizione secondo preordinate modalità *ex lege* previste o comunque ad attenersi ad un determinato iter selettivo.

L'analisi di tale normativa passa necessariamente per la contrattazione collettiva a quelle procedure ibride non ancorate al rispetto delle norme marcatamente concorsuali che però prevedono percorsi professionali che siano in grado di valorizzare una serie di elementi – impregnati spesso da un alto gradiente fiduciario – a conclusione di colloqui finali con un iter di

⁴⁶ Nell'ampia bibliografia: ROSSI, *Il reclutamento del personale nelle Pubbliche Amministrazioni*, in Santoro-Passarelli, a cura di Diritto e Processo del lavoro e della previdenza sociale. Privato e pubblico, Torino, 2017; FIORILLO, *Il diritto del lavoro nel pubblico impiego*, Piccin Nuova Libreria Spa, Padova, 2019; AMENDOLA, voce *Concorso a pubblico impiego*, in Enciclopedia del diritto, Giuffrè, Milano 1961, vol. VIII, p.613, ss.; ASSINI, SOLINAS, voce *Concorso a pubblico impiego*, in Enciclopedia giuridica, vol.VII, Roma 1988; PINELLI, Commento all'art.97 della Costituzione, in Commentario della Costituzione, Zanichelli, Bologna 1994,p.320, ss.; VIRGA, *Il pubblico impiego*, Giuffrè, Milano 1991, p.147, ss.; POSSI, *I concorsi nel pubblico impiego*, Editrice Il sole 24 ore, Milano 2002.

selezione preordinato.

Ad ogni modo, per quanto attiene la disciplina delle società a partecipazione pubblica, in ragione del richiamo alla disciplina del 2008, poi confluita nel Testo Unico sulle Partecipate del 2016 e ss.mm.ii., l'utilizzo della parola "reclutamento" e "procedure di reclutamento", nella loro attuazione pratica, evidenzia come nella *forma*, il Legislatore non ha voluto qualificare le selezioni del personale propriamente come concorsi pubblici *ex art. 97 Cost.*, e nella *sostanza*, quei principi che in concreto regolano i concorsi pubblici richiamati dall'art. 19 TUSP, rappresentano un *tertius genus* che attinge per quanto attiene alla tutela giurisdizionale a quello della giurisdizione ordinaria. Nell'attuale reclutamento del personale delle SS.PP. è quindi custodito, da un lato l'*animus* del concorso pubblico che in ragione proprio dell'utilizzo del termine "procedure di reclutamento" né ha previsto la diversità sotto il profilo della tutela giurisdizionale e dall'altro, è evidente il non perfetto allineamento con la disciplina pubblicistica "costituendo però un'applicazione seppur indiretta dell'art. 97 Cost., non essendo di ostacolo la natura privatistica delle società partecipate"⁴⁷.

⁴⁷ ALTIMARI, *op. cit.*, p. 280.

4. Il reclutamento nelle società a controllo pubblico

Il Legislatore in passato si è occupato delle modalità di reclutamento nelle società partecipate con la legge n. 133/2008 (già D.L. n. 112/2008), riconoscendo – già nel 2008 – l’esigenza di uniformare le modalità di reclutamento ai principi costituzionali di cui all’art. 3 e 97, ispirati alla trasparenza e al merito, nonché alle esigenze derivanti dal rispetto della finanza pubblica.

L’art. 18 (ora abrogato, ad esclusione del comma 2bis che si riferisce alle aziende speciali e alle istituzioni) attuava nei suoi tre commi⁴⁸ un’ efficace distinzione sulla diversa natura giuridica tra le diverse società partecipate: per quanto atteneva le società che gestivano servizi pubblici locali a totale partecipazione pubblica, queste adottavano, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale adeguandosi ai principi tipici di matrice pubblicistica di cui al comma 3 dell’articolo 35 del Decreto Legislativo 30 marzo 2001, n. 165(commo 1); le società quotate su mercati regolamentati, in ragione della loro particolare natura giuridica – erano escluse dall’applicazione dell’art. 18 in tema di reclutamento (comma 3); in via residuale tutte le altre società a partecipazione pubblica totale o di controllo era prevista la necessità di organizzarsi e di prevedere efficaci modalità di reclutamento attraverso l’emanazione di provvedimenti aziendali che stabilivano 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 (comma 2).

L’art. 18 della legge n. 133/2008 presentava molti punti di contatto sotto il profilo contenutistico con l’art. 19 dell’attuale TUSP, ma anche alcune evidenti differenze che ne hanno amplificato la portata applicativa. Nell’attuale art. 19 TUSP, è stato infatti eliminato ogni riferimento al rispetto

⁴⁸ *Legge n. 133/2008- art. 18- Reclutamento del personale delle società pubbliche - (già D.L. n. 112/2008):* A decorrere dal sessantesimo giorno successivo all’entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto-legge, le società che gestiscono servizi pubblici locali a totale partecipazione pubblica adottano, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi di cui al comma 3 dell’articolo 35 del decreto legislativo n. 165 del 2001. 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. Le disposizioni di cui al presente articolo non si applicano alle società quotate su mercati regolamentati.

dei principi di reclutamento del personale per “gli incarichi di collaborazione e di lavoro autonomo in genere”, i quali per loro natura escono dal ventaglio delle esigenze della triade pubblicità/trasparenza/imparzialità, nonché di tutte le conseguenze ricollegate in ragione del mancato rispetto degli adempimenti di cui all’art. 19; decisione del Legislatore che lascia intendere che il decreto ha restituito una certa discrezionalità ed autonomia nella scelta – almeno sotto il profilo degli incarichi di lavoro autonomo – di quel personale non subordinato, fattispecie esclusa dall’applicazione dell’art. 19 TUSP⁴⁹.

L’attuale normativa inoltre, provvede ad abolire le differenze argomentative e di disciplina in materia di reclutamento per le diverse *species* societarie, ordinatamente previste dai commi uno, due e tre dell’art. 18 (con la differente disciplina tra società *in house*, società altre società a partecipazione pubblica totale o di controllo e società quotate su mercati regolamentati), prevedendo per tutte le società partecipate l’obbligo di stabilire con propri provvedimenti i criteri e le modalità per il reclutamento del personale nel rispetto dei principi anche di derivazione europea di trasparenza, pubblicità ed imparzialità e di quelli posti dall’art. 35 comma 3 del D.lgs. 165/2001.

Parte della dottrina⁵⁰ ritiene che l’art. 18 del DL 112/2008 abbia introdotto *sic et simpliciter* l’obbligo del concorso pubblico, o quanto meno i suoi principi ispiratori – *ab origine* previsti per i soli dipendenti pubblici – ai fini della costituzione di rapporti di lavoro alle dipendenze di un datore di lavoro che operi secondo l’impianto normativo previsto dal Codice Civile come le società partecipate, appunto. Questo assunto era maturato in un quadro normativo fortemente influenzato dal diritto comunitario che ha riconosciuto in capo alle società partecipate la natura di soggetti strumentali all’ente pubblico di appartenenza (facendo rientrare questi nell’ampia nozione di organismo di diritto pubblico), con conseguente applicazione della giurisdizione amministrativa nelle procedure dell’evidenza pubblica per la stipulazione dei contratti, in ragione del principio di matrice comunitaria che

⁴⁹ PINTO, *Sui rapporti di lavoro alle dipendenze delle società in controllo pubblico e delle società “in house”* in FORTUNATO - VESSIA, *Le “nuove” società partecipate e in house providing*, Quaderni di Giurisprudenza Commerciale, 2017, p. 235.

⁵⁰ ORSETTI in *“Riforma Madia e pubblicizzazione delle società partecipate: evoluzione della disciplina in materia di personale alla luce dell’art. 19 del Testo Unico”* in *AziendaItalia – Il Personale*, 2016.

consentiva di qualificare l'attività scelta del contrente come espressione funzionale dei poteri di stampo pubblicistico orientati al perseguimento di interessi generali⁵¹.

La regola del concorso pubblico è ed è stata funzionale ad assicurare una burocrazia professionale che non è ascrivibile all'ottica di disvalore secondo l'accezione generica e colloquiale, ma è intesa secondo un'accezione weberiana; il concorso inteso come quella modalità di selezione dei meritevoli e quale meccanismo strumentale al canone di efficienza dell'amministrazione.

In tale contesto, la Corte Costituzionale⁵² nel tratteggiare i contorni dell'applicazione dell'art. 18 del D.L. n. 112/2008 ha sostenuto da un lato che questa norma costituiva normale attuazione dell'art. 97 Cost. e dei principi in esso contenuti, definendo altresì tale disposizione come “norma interposta” rispetto allo stesso art. 97 Cost. ult.co. e dall'altro che il richiamo pubblicistico in materia di selezione del personale delle SS.PP., non equiparava tali procedure a vere e proprie selezioni concorsuali ex art. 97 Cost.

Con l'introduzione dell'art. 19 si è posta l'attenzione circa la natura delle selezioni di cui all'art. 19 Tusp, in ragione di un'eventuale tutela di tali procedure a quell'alveo costituzionale di cui all'art. 97 che impone e prevede – tra i vari - i principi di imparzialità e buon andamento.

Bisogna domandarsi se i parametri del concorso pubblico devono quindi orientare anche le attività svolte dalle società a controllo pubblico, dal momento che tali principi costituiscono i canoni fondamentali dell'attività amministrativa, quale che sia la forma giuridica da questa assunta.

A prescindere dalle diverse applicazioni esegetiche, analizzando anche la *ratio* della norma di cui all'art. 19 TUSP, nonché la volontà del Legislatore, occorre rappresentare che tale norma giunge dopo anni di dubbi e regole frammentarie al fine di cristallizzare un presidio di buon andamento dell'amministrazione pubblica anche attraverso una delle sue declinazioni – quali le società a controllo pubblico, al fine di evitare assunzioni *intuitu*

⁵¹ PIGNATARO, *Il reclutamento del personale nelle società a controllo pubblico secondo il t.u. n. 175 del 2016: alcuni rilievi* in *federalismi.it*, n.10/2020, p. 385.

⁵² Corte Costituzionale, sent. 3 marzo 2011, n. 68, par. 12.2.

personae e limitare la discrezionalità delle stesse società in fase di reclutamento al fine di orientare lo stesso al merito e alla trasparenza.

Nella policromia della Giurisprudenza Costituzionale si è inserita anche quella Amministrativa⁵³ che ha stabilito che il necessario richiamo alla disciplina pubblicistica in materia di reclutamento del personale delle partecipate trova fondamento e *ratio legis* nell'interesse generale di selezionare personale che poi andrà a svolgere compiti, servizi e funzioni di interesse pubblico e generale. Tale necessità nasce dalla duplice garanzia in capo alle società partecipate che gestiscono servizi pubblici: una garanzia "endogena" nei confronti dei soggetti/candidati che partecipano alla selezione ed una garanzia "esogena" riferita ai soggetti terzi che usufruiscono dei servizi pubblici della società partecipata che necessitano di personale adeguato, meritevole in ragione di selezione trasparente ed imparziale.

La Giurisprudenza Costituzionale⁵⁴ e di Legittimità⁵⁵ - analizzando la natura giuridica dell'art. 18 - ha statuito l'espressa previsione e il rispetto dei parametri costituzionali di cui all'art. 97 Cost. quando, nonostante la natura privatistica delle società pubbliche, queste in qualche modo, in ragione della loro partecipazione, siano comunque vincolate alla finanza pubblica.

Con tale articolo 18⁵⁶, nella sua iniziale adozione, sono sorte diverse questioni interpretative che hanno riguardato l'applicazione dell'art. 36 del D.lgs. 165/2001, riferito ai dipendenti pubblici e ai lavoratori di quelle società che gestiscono servizi pubblici locali a totale partecipazione pubblica, soprattutto per quanto attiene al regime sanzionatorio conseguente (ad esempio per i contratti a tempo determinato), che prevede in caso di accertata illegittimità dell'apposizione del termine finale, la conversione del rapporto di lavoro privato di lavoro a tempo indeterminato⁵⁷. Il dibattito dottrinale, sviluppato proprio attorno a tale vicenda è stato utile e necessario affinché, in

⁵³ Consiglio di Stato, parere della V° Sez. Consult. del 24 maggio 2010, n. 2415.

⁵⁴ Corte Costituzionale del 1° luglio 2013, n. 167.

⁵⁵ Cass. Civ. Sez. Lavoro del 1° marzo 2018, n. 4897.

⁵⁶ L'art. 18 del D.L. n. 112 del 25 giugno 2008 è abrogato dall'art. 28 rubricato "Abrogazioni" del D.lgs. 175/2016 (TUSP) comma 1 lett. g) e sostituito dall'art. 19 comma 2-4.

⁵⁷ BORGOGELLLI, *Modelli organizzativi e tutele dei lavoratori nei servizi di interesse pubblico*, in Frammentazione organizzativa e lavoro: rapporti individuali e collettivi, Giuffrè, 2018, pp. 329-432.

considerazione di tali profili attuativi e concreti, si spostasse la più ampia discussione circa la natura giuridica del rapporto di lavoro alle dipendenze delle società partecipate.

Gli orientamenti giurisprudenziali che si sono alternati nel corso degli anni sembrano da un lato proporre l'estensione analogica dell'art. 36 del Testo Unico del Pubblico Impiego ai lavoratori delle partecipate con un chiaro riferimento pubblicistico e dall'altro con decisioni ed orientamenti diametralmente contrastanti è statuita la natura marcatamente privatistica delle norme in materia di reclutamento delle società partecipate⁵⁸.

Un'impostazione ibrida che ha reso necessario – nel corso degli anni – l'intervento della Giurisprudenza che ha posto le basi e le fondamenta per quello che poi – da lì a qualche anno – è stato l'impianto normativo ordinario del Testo Unico sulle Partecipate che ha previsto espressamente all'art. 19 comma 2 *il rispetto dei principi, anche di derivazione europea, di trasparenza, pubblicità e imparzialità e dei principi di cui all'articolo 35, comma 3, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165.*

Si tratta di un orientamento pan-amministrativo dell'art.19 TUSP con un ruolo di natura organizzatoria che va a limitare quei comportamenti gestionali spontanei di chi persegue un fine marcatamente lucrativo in ragione di una programmazione orientata al principio di riduzione dei costi del personale e del rispetto dei principi di pubblicità, trasparenza e imparzialità della selezione⁵⁹ anche nel rispetto dei principi di derivazione comunitaria.

Il rimando ai principi europei ha creato qualche perplessità in ragione dell'assenza nel diritto comunitario di specifiche indicazioni nella materia del pubblico impiego risultando quindi superfluo⁶⁰, un richiamo riferito con buone probabilità al rango europeo dei principi richiamati indipendentemente dalla materia di specifica applicazione⁶¹.

⁵⁸ Sulla medesima tematica PINTO, *Sui rapporti di lavoro alle dipendenze delle società in controllo pubblico e delle società in house*, in *Le "nuove" società partecipate e in house providing*, a cura di FORTUNATO - VESSIA, *Le "nuove" società partecipate e in house providing*, Quaderni di Giurisprudenza Commerciale, 2017, p.232.

⁵⁹ PINTO, *op.cit.*, p. 233.

⁶⁰ PETTINARI – LUBERTI, *IL personale delle società pubbliche* in CERIONI (a cura di) *Le società pubbliche*, Giuffrè, 2017, p. 146.

⁶¹ CURCURUTO, *Osservazioni sui rapporti di lavoro nelle società a controllo pubblico*, in *Lavoro Diritti Europa*, n. 1/2018, p. 12.

La Cassazione Civile⁶² ha evidenziato come la circostanza della società di essere partecipata da capitali pubblici e soggetta ad una eterogeneità di forme di controllo, non incide sul fatto che essendo soggetto di diritto privato questa è tenuta al rispetto di regole privatistiche, in cui le espresse deroghe pubblicistiche richiamate (come quelle in materia di reclutamento) non obbligano la società ad indire pubblici concorsi. Infatti l'autonomia regolamentativa della società partecipata si conforma, ma non si annulla alle disposizioni pubblicistiche di legge, non essendo peraltro vincolata alle modalità di assunzione e alle procedure di reclutamento dell'ente pubblico controllante⁶³.

In tale contesto l'art. 19 comma 2 TUSP detenendo connotati privatistici almeno sotto il profilo formale (anche in ragione del regime di tutela dinanzi alla Giurisdizione Ordinaria), nella sostanza, rimanda a procedure di reclutamento e richiami tipici del pubblico impiego: risultato evidente è una disciplina in materia di reclutamento ibrida, caratterizzata in parte, da elementi propri della disciplina del pubblico impiego e, in parte, da regole proprie del rapporto di lavoro privato⁶⁴ anche perché da un lato il datore di lavoro – nonostante la forma societaria – non può decidere in autonomia il personale dipendente di cui avvalersi e dall'altro, il rispetto dei principi pubblicistici previsti dall'art. 19 comma 2 TUSP non sembra orientato ad una procedura di reclutamento più marcatamente pubblica; una disciplina, riecheggiata dal diritto pubblico, ma di diritto privato speciale, formalmente innovativa rispetto allo stesso art. 18 d.l. 112/2008⁶⁵ che autorizza espressamente a declinare il binomio teorico privato/pubblico nell'alternativa diritto comune-suppletivo/diritto speciale-derogatorio⁶⁶.

⁶² Cass. Civ. Sez. lav., sent. del 7 febbraio 2019, n. 3662 e Cass. Civ. Sez. Unite, sent. del 27 marzo 2017, n. 7759.

⁶³ Cass., Sez. Un. Ordinanza n. 1778 del 26 gennaio 2011.

⁶⁴ PETRUCCI, *Art. 19. Gestione del personale*, in MEO – NUZZO (diretto da), cit., p. 283 in PIGNATARO, *Il reclutamento del personale nelle società a controllo pubblico secondo il t.u. n. 175 del 2016: alcuni rilievi*, in federalismi.it, n.10/2020, p. 390.

⁶⁵ CARINCI, *Rapporto di lavoro e società a partecipazione pubblica: l'evoluzione legislativa* in Lavoro Diritti Europa, n. 2, 2018, p. 13.

⁶⁶ FALSONE, *I rapporti di lavoro nelle imprese pubbliche: la tendenza espansiva del diritto "speciale"* in Lavoro Diritti Europa, n.2/2018, p. 8.

5. I “propri provvedimenti” dell’art. 19 TUSP

L’art. 19 TUSP al comma 2 prevede che le società con “*propri provvedimenti*” stabiliscano i criteri e le modalità per il reclutamento del personale. Da un punto di vista interpretativo la norma lascia ampi margini esegetici, che ben possono delinarsi a seconda dei diversi casi concreti: i “provvedimenti” possono essere circolari interne, linee guida, regolamenti, atti o comunque provvedimenti che in qualche modo cristallizzino criteri e modalità di reclutamento del personale nel rispetto dei principi di trasparenza, pubblicità ed imparzialità nonché degli altri principi espressi dall’art. 35 comma 3 del D.lgs. n. 165/2001 quali: a) adeguata pubblicità della selezione e modalità di svolgimento che garantiscano l'imparzialità e assicurino economicità e celerità di espletamento, ricorrendo, ove è opportuno, all'ausilio di sistemi automatizzati, diretti anche a realizzare forme di preselezione; b) adozione di meccanismi oggettivi e trasparenti, idonei a verificare il possesso dei requisiti attitudinali e professionali richiesti in relazione alla posizione da ricoprire; c) rispetto delle pari opportunità tra lavoratrici e lavoratori; d) decentramento delle procedure di reclutamento; e) composizione delle commissioni esclusivamente con esperti di provata competenza nelle materie di concorso, scelti tra funzionari delle amministrazioni, docenti ed estranei alle medesime, che non siano componenti dell'organo di direzione politica dell'amministrazione, che non ricoprano cariche politiche e che non siano rappresentanti sindacali o designati dalle confederazioni ed organizzazioni sindacali o dalle associazioni professionali.

È opportuno evidenziare che il Legislatore nel rinvio alle norme del reclutamento alla normativa del pubblico impiego, si limita a richiamare per le società partecipate solo il rispetto dei principi di cui all’art. 35 del D.lgs. 165 del 2001 e non all’articolo nella sua totalità, indicazione sintomatica del non regime pubblicistico della natura giuridica della procedura adottata – nonostante il rimando ai suoi principi nella procedura di reclutamento per i lavoratori delle società partecipate⁶⁷.

⁶⁷ PIGNATARO, *Il reclutamento del personale nelle società a controllo pubblico secondo il t.u. n. 175 del 2016: alcuni rilievi*, in *federalismi.it*, n.10/2020, p. 376.

Prima dell'introduzione dell'art. 19 TUSP, l'art. 18 del D.L. 112/2008 statuiva l'obbligo in capo all'ente controllante di prevedere con propri atti di indirizzo alla definizione di specifici criteri e modalità di attuazione del principio di contenimento dei costi del personale tenendo conto del settore in cui ciascun soggetto operava. Rispetto alla normativa del 2008, l'ente controllante non adotta propri indirizzi (fattispecie che ricade in capo alla società partecipata), ma stabilisce obiettivi quantitativi che la società partecipata dovrà rispettare nell'esercizio della sua discrezionalità e dell'adozione dei suoi "propri provvedimenti"⁶⁸.

La predisposizione dei "propri provvedimenti" ha l'obiettivo di determinare una standardizzazione delle procedure di assunzione ed evitare di utilizzare regole *ad hoc* ritagliate volta volta per ciascuna diversa procedura di reclutamento anche all'interno della medesima società. Il mancato rispetto della disciplina di cui all'art. 19 prevede l'estensione e la diretta applicazione in materia di società partecipate della normativa di cui all'art. 35 comma 3 applicabile al pubblico impiego. A tale obbligo, occorre altresì aggiungere la normativa in materia di trasparenza ed anticorruzione di cui agli artt. 22, 46 e 47 del D.lgs. 33/2013.

Le società partecipate devono quindi adottare provvedimenti appositi, forme di atti assimilabili spesso come regolamenti⁶⁹ o comunque delibere direttive, atti e/o provvedimenti che in qualche modo siano espressione di un processo volitivo che livelli in un'ottica di politica programmatica le procedure di selezione della società partecipata. L'utilizzo del termine "*provvedimenti*" all'interno dell'art. 19 TUSP è utilizzato in senso atecnico, da intendersi essenzialmente come "atti di indirizzo"⁷⁰ ivi comprendente anche atti di natura privatistica.

La società partecipata ha quindi l'obbligo di rispettare ed applicare un certo procedimento standardizzato per evitare la diffusione di situazioni dai toni chiaroscuri e scongiurare la possibilità di effettuare assunzioni dirette,

⁶⁸ PINTO, *Sui rapporti di lavoro alle dipendenze delle società in controllo pubblico e delle società "in house"* in FORTUNATO - VESSIA, *Le "nuove "società partecipate e in house providing"*, Quaderni di Giurisprudenza Commerciale, 2017, p. 233.

⁶⁹ PINTO, *op. cit.*, pp. 234 e ss.

⁷⁰ NICODEMO – SUSANNA, *Società a partecipazione pubblica: commento al d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175. e d.lgs. 16 giugno 2017, n. 100 (c.d. correttivo)*, Pacini, 2018.

dovendo - ai sensi di legge- procedere alle selezioni nel rispetto della normativa di settore. Tali provvedimenti, *rectius* atti di indirizzo, prevedono da un lato la presenza di un nucleo solido di rimando ai principi previsti all'interno dell'art. 19 TUSP di matrice pubblica e dall'altro richiamano ad elementi espressione di discrezionalità in capo alla stessa società sulla corretta e concreta messa in pratica dei principi anche di derivazione comunitaria previsti all'interno dello stesso art.19⁷¹.

⁷¹ PIGNATARO, *Il reclutamento del personale nelle società a controllo pubblico secondo il t.u. n. 175 del 2016: alcuni rilievi*, in *federalismi.it*, n.10/2020, pp. 379 e ss.

6. I vincoli alle assunzioni dell'art. 19 TUSP e il regime transitorio tra il divieto di assunzione e ragioni di razionalizzazione sistemica

Ai vincoli *interni* riferiti alla procedura e al rispetto delle modalità di reclutamento di cui all'art. 19 comma 2, occorre aggiungere limiti e vincoli *esterni* che devono orientare la corretta gestione delle procedure di reclutamento delle società partecipate.

L'art. 19 comma 5 del D.lgs. 175/2016 prevede che le amministrazioni pubbliche socie fissino, con propri provvedimenti, obiettivi specifici, annuali e pluriennali, sul complesso delle spese di funzionamento, ivi comprese quelle per il personale, delle società controllate, anche attraverso il contenimento degli oneri contrattuali e delle assunzioni di personale e tenuto conto di quanto stabilito dall'articolo 25 TUSP, ovvero delle eventuali disposizioni che stabiliscono, a loro carico, divieti o limitazioni alle assunzioni di personale, in considerazione del settore in cui ciascun soggetto opera. Si tratta del chiaro vincolo di matrice pubblicistica che orienta il reclutamento del personale per contratti a tempo indeterminato a cui le società partecipate devono necessariamente uniformarsi nel momento in cui hanno necessità aziendali di procedere al reclutamento di nuova forza lavoro⁷².

Tali vincoli erano già presenti per mano del Legislatore del 2008 che all'art. 18 comma 2 bis del d.l. 112/2008 prevedeva che le aziende speciali, le istituzioni e le società a partecipazione pubblica si dovevano attenere al principio di riduzione dei costi del personale attraverso il contenimento degli oneri contrattuali e delle assunzioni di personale, in considerazione di una coerente, completa e motivata applicazione di principi di sana gestione e di contenimento della spesa, mediante una preventiva valutazione di tutte le relative esigenze, sia in termini di effettiva economicità, sia di efficienza e di buon andamento dell'attività di amministrazione.⁷³

Con il comma 5 dell'art. 19 si è inciso in modo specifico al fine di evitare forme incontrollate ed ingiustificate di crescita della spesa del personale che

⁷² GAROFOLI-ZOPPINI, *Manuale delle società a partecipazione pubblica*, Neldiritto Editore, 2018, p. 634.

⁷³ Corte dei Conti Sez. Regionale di controllo per la Campania, parere n. 254 del 2014.

in qualche modo potessero ripercuotersi negativamente sulla razionalizzazione della propria spesa⁷⁴.

La norma - necessaria sul lungo periodo - è stata affiancata all'art. 25 TUSP che - sul breve periodo - nelle immediatezze dell'introduzione del Testo Unico sulle Partecipate, ha provato a dare forma e sostanza alla razionalizzazione sistemica delle società partecipate nell'ambito delle assunzioni del personale.

La norma di cui all'art. 25 del Testo Unico – strada impegnativa ed impervia adottata dal Legislatore⁷⁵ - fa riferimento al regime transitorio riguardante ai lavoratori eccedenti e alle assunzioni di personale a tempo indeterminato con la finalità di effettuare una ricognizione del personale dipendente di ogni società partecipata ed individuare le cd. eccedenze del personale.

Sotto questa indicazione, all'interno del macro-insieme delle eccedenze, rientrano ai sensi dell'art. 2095 c.c., i lavoratori appartenenti a qualsiasi categoria professionale ivi compresi i dirigenti.

La vicenda ascrivibile alle eccedenze di personale apre interessanti spunti di riflessione: non si intuisce la circostanza in ragione della quale pur sussistendo i presupposti per licenziamento di lavoratori eccedenti (come nel caso di inidoneità assoluta od irreversibile al lavoro), l'art. 25 comma 1 TUSP consenta alle Società Partecipate di *segnalare* solo le eccedenze, mantenendo le stesse in servizio⁷⁶ ed inserendo le stesse semplicemente in un elenco su base regionale a cui le altre società avrebbero in qualche modo potuto attingere, spostando di fatto le problematiche e le criticità di quel rapporto di lavoro da una società Alfa ad una Beta, senza poter poi effettuare quel necessario ricambio del personale necessario nelle società partecipate dopo anni di *malagestio*.

Una disciplina transitoria che prevedeva la ricognizione del personale in servizio al fine di individuare eventuali eccedenze con la società partecipata da comunicare alla Regione in cui questa ha la propria sede legale, comunicando il numero di lavoratori in eccedenza e i profili professionali di

⁷⁴ Corte dei Conti Sez. Regionale di controllo per il Lazio, deliberazione n. 128 del 2015.

⁷⁵ MARESCA-ROMEI, *Il rapporto di lavoro nelle società a controllo pubblico*, Giuffrè, 2019, p.138.

⁷⁶ MARESCA-ROMEI, *op. cit.*, p.141.

questi; successivamente la Regione insieme all'Anpal – Agenzia Nazionale per le Politiche Attive del Lavoro- provvedeva ad occuparsi degli esuberanti agevolando i processi di mobilità dei lavoratori.

La norma transitoria dell'art. 25 – che ricorda *mutatis mutandis*- l'art. 1 comma 420 della Legge di Stabilità del 2014 in riferimento alla ricollocazione dei lavoratori delle Province e della Città Metropolitane - ha prestato il fianco a diverse interpretazioni: da un lato si è sostenuto che questa norma in concreto rappresentasse un blocco delle assunzioni per i lavoratori delle partecipate a cui ricollegare severe sanzioni societarie in caso di violazione di tale disposizione, altri di converso, secondo un'interpretazione maggiormente sistemica ed orientata all'ottica di razionalizzazione delle risorse hanno interpretato tale norma come strumento di ricollocazione del personale eccedente delle società a controllo pubblico.

Sotto alcuni aspetti, sia in riferimento al rispetto degli obblighi di informazione nei confronti del sindacato – Rsa e Rsu (art. 2 comma 2 e 3) o per quanto attiene ai criteri per l'individuazione dei lavoratori eccedenti da comunicare alla Regione, sussistono diverse analogie argomentative, come nel caso di avvio delle procedure di licenziamento collettivo ai sensi dell'art. 4 comma 3 della legge 223/1991.

La norma di cui all'art. 25 secondo alcuni⁷⁷ è apparsa come una norma di blocco delle assunzioni (*“fino al 30 giugno 2018 le società a controllo pubblico non possono procedere a nuove assunzioni a tempo indeterminato se non attingendo agli elenchi dell'Anpal”*) alla quale, un'eventuale violazione avrebbe avuto come diretta ed immediata conseguenza che i rapporti di lavoro stipulati in violazione delle disposizioni di cui all'art. 25 sarebbero dovuti considerarsi nulli e i relativi provvedimenti avrebbero costituito gravi irregolarità ai sensi dell'art. 2409 del codice civile.

In tale circostanza e nel caso di eventuali violazioni, il Tribunale ha il potere di revocare nei casi più gravi gli amministratori e/o i sindaci e nominare un amministratore giudiziario, il quale può proporre l'azione di responsabilità contro i precedenti amministratori.

⁷⁷ MESCHINO - LALLI, *Le società partecipate dopo la Riforma Madia. Commento organico al D. Lgs. 19 agosto 2016, n. 175*, Dike Giuridica Editrice, 2016.

Diversa interpretazione⁷⁸ - confermata anche dal decreto attuativo e correttivo al Testo Unico - ritiene che l'art. 25 comma 4 sia stato finalizzato a favorire la ricollocazione del personale eccedente in un'ottica di razionalizzazione tra tutte le società partecipate orientando i reclutamenti – *rectius* mobilitazioni - verso i lavoratori in esubero, riutilizzando quei lavoratori eccedenti non più utili alla propria società presenti negli elenchi su base regionale.

Una norma che ha trovato giustificazione anche in quell'art. 19 comma 5 e 6 che ha previsto il contenimento delle assunzioni del personale attraverso propri provvedimenti ed un'opera del Legislatore per realizzare “sinergie di scala” all'interno del complesso ed eterogeneo sistema delle società partecipate.⁷⁹

Il tentativo di razionalizzare la macchina delle partecipate, sembra esser fallito⁸⁰ nonostante il plauso di aver tentato in qualche modo – almeno in teoria corretto, ben che meno sotto il profilo pratico – di razionalizzare quell'enorme sciame policromo del mondo delle partecipate - se si analizzano i numeri che la stessa Anpal ha comunicato a seguito della chiusura delle comunicazioni che le singole società dovevano porre in essere su base regionale. L'evidente limite, nonostante gli onorevoli obiettivi di razionalizzare e riequilibrare la distribuzione delle risorse umane, è stato quello di trattare l'eterogeneità delle partecipate come un tutt'uno, un agglomerato societario uniforme, nonostante le evidenti diversità non solo di settore nel quale tali società operano, ma anche di personale che compongono la costellazione delle società partecipate.

Dai dati diffusi dall'Anpal sugli esuberanti nelle società a partecipazione pubblica, è emerso che solo 45 società partecipate hanno provveduto alla comunicazione dei dati su base regionale, con un numero di lavoratori in disponibilità pari a 563⁸¹, ben lontano dalle cifre comunicate dal Ministero

⁷⁸ MARESCA durante i convegni “*Il rapporto di lavoro nelle società pubbliche nel nuovo Testo Unico*”, Milano 30 giugno 2016 e ROMEI “*Rapporti di lavoro e società pubbliche*”, convegno tenutosi a Roma La Sapienza il 2 dicembre 2016.

⁷⁹ GAROFOLI-ZOPPINI, *Manuale delle società a partecipazione pubblica*, Neldiritto Editore, p. 641.

⁸⁰ Le OO.SS., i segretari Confederali Vincenzo Colla (CGIL), Andrea Cuccello (CISL) e Antonio Focillo (UIL) hanno parlato di “un grave pasticcio politico e sociale”, dal web www.uil.it/partecipatelocali.

⁸¹ Comunicato Stampa ANPAL del 6 aprile 2018.

dell'Economia e delle Finanze e Funzione Pubblica che nell'autunno del 2017 aveva dichiarato la presenza di ben 4.701 società interessate alla procedura, allarmando peraltro, non poco le organizzazioni sindacali.

L'Anpal nel comunicato del 6 aprile 2018 scrive con riferimento alla distribuzione territoriale che le eccedenze risultano maggiori nelle regioni Lazio (234), Abruzzo (87), Sardegna (46), Veneto (42), Umbria (36) e Toscana (28). Non sono emerse eccedenze dichiarate quanto meno nelle regioni di Basilicata, Calabria e Valle d'Aosta e nelle Province Autonome di Trento e Bolzano. In merito ai profili dei lavoratori in elenco, la maggior parte (ben 159), sono impiegati amministrativi e profili legati alla raccolta rifiuti (148).

Nonostante il tentativo non riuscito di razionalizzare il personale delle società partecipate, il Legislatore ha modificato l'art. 25 del D.lgs. 175/2016, introducendo il nuovo obbligo di ricognizione del personale in servizio, procedendo alla segnalazione delle nuove eccedenze entro il 30 settembre di ciascuno degli anni 2020, 2021 e 2022 e effettuando una ricognizione del personale in servizio, per individuare eventuali eccedenze, anche in relazione a quanto previsto dall'articolo 24.

La differenza con la precedente disciplina transitoria rinviene nel fatto che in precedenza era presente una generalizzata sospensione per le società a controllo pubblico di procedere a nuove assunzioni a tempo indeterminato se non attingendo dall'elenco delle cd. eccedenze su base regionale. Ora ci troviamo dinanzi ad un obbligo di ricognizione annuale e segnalazione delle eccedenze, senza però il divieto di assunzione di lavoratori a tempo indeterminato, potendo le società partecipate continuare ad effettuare nuove assunzioni sia a tempo determinato che indeterminato in ragione delle procedure di cui all'art. 19 TUSP. Disposizione che in concreto sembra smentire l'iniziale ratio organizzativa dell'art. 25 nata per evitare forme incontrollate ed ingiustificate di crescita della spesa del personale che in qualche modo potessero ripercuotersi negativamente sulle società partecipate a seguito di anni in cui si è proceduto all'assunzione di personale – di ogni livello o mansioni – senza le dovute analisi finanziarie e di corretta gestione imprenditoriale.

7. Il diritto di precedenza nelle assunzioni a tempo indeterminato

Sulla possibilità prevista dall'art. 24 del D.lgs. 81/2015 del cd. diritto di precedenza delle assunzioni a tempo indeterminato occorre rappresentare la possibilità di applicare l'istituto che consente al datore di lavoro - entro i successivi dodici mesi con riferimento alle mansioni già espletate in esecuzione dei rapporti a termine- di riconoscere il diritto di precedenza nelle assunzioni a tempo indeterminato nelle società partecipate per quei lavoratori che abbiano prestato la propria attività lavorativa per un periodo superiore ai sei mesi. Come è indicato all'interno del comma 4 dell'art. 24 del D.lgs. 81/2015⁸², il diritto di precedenza deve essere espressamente richiamato all'interno del contratto e può essere esercitato a condizione che il lavoratore manifesti per iscritto la propria volontà in tal senso al datore di lavoro entro il periodo di sei mesi; tale diritto, inoltre, si estingue una volta trascorso un anno dalla data di cessazione del rapporto⁸³.

La norma di cui all'art. 24 del D.lgs. 81/2015 sembra estendersi nella sua totalità in capo al personale delle società partecipate sia in ragione dell'assenza di disposizioni all'interno del TUSP che in qualche modo possano disciplinare l'istituto del diritto di precedenza nelle assunzioni a tempo indeterminato dei lavoratori delle stesse, sia in ragione dell'art. 3 comma 1 TUSP che prevede l'applicazione "*alle società a partecipazione pubblica delle norme sulle società contenute nel codice civile e delle norme generali di diritto privato*".

⁸² Così l'art. 24 del D.lgs. 81/2015: [comma 1] "Il lavoratore che, nell'esecuzione di uno o più contratti a tempo determinato presso la stessa azienda, ha prestato attività lavorativa per un periodo superiore sei mesi ha diritto di precedenza nelle assunzioni a tempo indeterminato effettuate dal datore di lavoro entro i successivi dodici mesi con riferimento alle mansioni già espletate in esecuzione dei rapporti a termine". [comma 4] "Il diritto di precedenza deve essere espressamente richiamato nell'atto scritto di cui all'articolo 19, comma 4, e può essere esercitato a condizione che il lavoratore manifesti per iscritto la propria volontà in tal senso al datore di lavoro entro sei mesi dalla data di cessazione del rapporto di lavoro nei casi di cui ai commi 1 e 2, ed entro tre mesi nel caso di cui al comma 3. Il diritto di precedenza si estingue una volta trascorso un anno dalla data di cessazione del rapporto".

⁸³ Sull'argomento: MASSI, *Diritto di precedenza nei contratti a tempo determinato*, Diritto & Pratica del Lavoro 14/2022; RAUSEI, *La posizione ministeriale sui diritti di precedenza nel contratto a tempo determinato*, dal web @bollettinoADAPT del 15 febbraio 2016, www.bollettinoadapt.it/wp-content/uploads/2016/02/Rausei_tempo-determinato-precedenza_bollettino.pdf

Quanto affermato non sembra abbia avuto seguito, quantomeno dinanzi alla Giurisprudenza di Merito⁸⁴, la quale pone in essere un improprio parallelismo interpretativo con l'istituto della conversione dei contratti a termine stipulati illegittimamente, nei quali pur mantenendo ferma la natura privatistica dei rapporti di lavoro del personale delle società partecipate, a dire della Giurisprudenza richiamata, il Legislatore *“ha inteso estendere alle società partecipate i vincoli procedurali imposti alle amministrazioni pubbliche nella fase del reclutamento del personale”*, dovendo, pertanto, la regola del concorso pubblico essere rispettata nella sua totalità, sia in materia di conversione che in riferimento al diritto di precedenza, non potendo trovare applicazione l'esercizio del diritto di precedenza ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle società a partecipazione pubblica. Ciò in quanto la sopravvenuta normativa introdotta per le società partecipate impone alle società a controllo pubblico di stabilire *“criteri e modalità per il reclutamento del personale nel rispetto dei principi, anche di derivazione europea, di trasparenza, pubblicità e imparzialità”*, pena la nullità dei contratti di lavoro. Quanto affermato dalla Giurisprudenza di Merito sembra condivisibile solo nell'ipotesi in cui la selezione del lavoratore che vanta il diritto di precedenza sia stato selezionato e reclutato dalla società partecipata in assenza delle garanzie e delle procedure previste dall'art. 19 TUSP; in tutti gli altri casi, quanto affermato non sembra condivisibile in quanto, nel caso in cui la selezione *precedente*– quella cioè che fa maturare in seno al lavoratore il diritto di precedenza - sia avvenuta nel rispetto dell'art. 19 TUSP e dei principi in questo richiamati, la titolarità di un diritto alla costituzione del rapporto di lavoro esclude in radice la ricerca (e, quindi, la selezione) di candidati idonei all'assunzione; circostanza che prevede in condizioni analoghe, l'assenza di selezione ove si verifichi la prosecuzione del rapporto di lavoro in capo ad una società partecipata come avviene, nel caso dell'art. 2112 c.c. nell'acquisizione di un ramo d'azienda o nelle ipotesi di assunzioni imposte *ex lege*, a seguito dell'esperimento di gare o appalti in cui operano tra le priorità le clausole sociali a tutela della continuità occupazionale dei

⁸⁴ Corte d'Appello di Reggio Calabria, Sez. lav., sent. del 3 dicembre 2021 n. 508.

lavoratori impiegati nell'appalto⁸⁵.

Nonostante la disciplina in oggetto sia in linea con i principi giuslavoristici Comunitari⁸⁶ e sia coerente con gli istituti di diritto del lavoro nazionali, per quanto attiene alle società partecipate, sussistono alcuni elementi che necessitano alcune precisazioni soprattutto nel caso in cui le selezioni della partecipata non siano preventivamente pervenute sotto la protezione dell'art. 19 del TUSP e dei principi in esso richiamati.

Stante la possibilità della Contrattazione Collettiva di prevedere una regolamentazione del diritto di precedenza, integrativa o comunque anche sostitutiva e diversa rispetto a quanto indicato dal Legislatore, l'istituto potrebbe palesare ipotesi problematiche nella sua applicazione concreta nel caso delle società a partecipazione pubblica, in ragione del rigore della disciplina in fase di reclutamento prevista dal Testo Unico sulle partecipate. A tal proposito occorre evidenziare che se le selezioni per il reclutamento di lavoratori operate da una società a partecipazione pubblica sono svolte nel rispetto dei principi di ispirazione pubblicistica di cui all'art. 19 del TUSP, potrebbe in teoria essere previsto – se indicato all'interno del bando di selezione – la possibilità di trasformazione e la contestuale acquisizione dell'eventuale diritto di precedenza nelle assunzioni a tempo indeterminato delle società pubbliche. In tal modo si tutela anche la categoria dei possibili candidati che decidano di non partecipare ad una selezione a tempo determinato consapevoli che poi, per una selezione a tempo indeterminato occorrerebbe effettuare ulteriore procedura di reclutamento. In tal modo la società pubblica è al riparo da eventuali esposizioni di azioni di risarcimento danni per perdita di chance da parte di quei candidati interessati ma che vedevano nella selezione a tempo determinato una *diminutio* rispetto ad una procedura a tempo indeterminato. In tal caso occorrerà l'intervento delle parti sociali e delle organizzazioni sindacali al fine di dirimere questioni aperte riferite alle predisposizioni di criteri o comunque parametri certi nel rispetto anche dei principi comunitari di trasparenza e pubblicità, che premiano

⁸⁵ MARESCA, *Il lavoro alle dipendenze delle società a controllo pubblico*, dal web, www.federalismi.it, n.17/2018, p. 11.

⁸⁶ Direttiva 1999/70 CE che promuove processi di stabilizzazione che anche tramite l'autonomia collettiva prevedano una regolazione del mercato del lavoro.

comunque il merito tra coloro i quali si trovano in una situazione di aspettativa e godono il diritto di precedenza per un eventuale assunzione a tempo indeterminato. Nel caso ad esempio in cui la Società Partecipata volesse procedere ad una sola assunzione in presenza di una pluralità di lavoratori titolari del diritto di precedenza *ex art. 24 comma 1 D.lgs. 81/2015*, la selezione – interna - andrà avviata tra questi ultimi e si tratterà comunque di una soluzione espletata in ottemperanza dell'obbligo di cui all'art. 19 comma 2 del TUSP⁸⁷. Se quindi sembra esercitabile il diritto di precedenza in capo ai lavoratori delle società partecipate nelle assunzioni a tempo indeterminato, merita una precisazione la valutazione che la società partecipata opera per il periodo di lavoro prestato dal lavoratore a tempo determinato nell'ipotesi di selezione per assunzione a tempo indeterminato, nel caso in cui sia scaduto il termine per poter esercitare il diritto di precedenza *ex art. 24 del D.lgs. 81/2015*. È opportuno, in tale circostanza procedere al bilanciamento del diritto di chi ha lavorato presso la società con mansioni e compiti per un periodo più o meno ampio con contratto a tempo determinato, al momento delle procedure di selezione a tempo indeterminato, operando scelte aziendali in fase di stesura del bando di selezione che se da un lato rispettano formalmente le disposizioni di cui all'art. 19, nella sostanza prevedono l'attribuzione tra i criteri di ammissione alla procedura di selezione l'aver lavorato presso una partecipata in posizione, ricoprendo mansioni equipollenti a quelle richieste dal bando o valutando in sede di valutazione titoli l'anzianità maturata presso la società partecipata attribuendo un punteggio in ragione dell'attività già prestata in seno alla società stessa. Ora, mentre la prima ipotesi (l'ammissione alle procedure di selezione subordinata all'aver già prestato la propria attività lavorativa presso la partecipata) è sicuramente da escludere, la seconda fattispecie (l'attribuzione di punteggi in sede di valutazione titoli per coloro nei confronti dei quali non è esercitabile il diritto di precedenza per scadenza del termine *ex lege* previsti), potrebbe essere una soluzione equilibrata ed idonea a bilanciare la valutazione di coloro i quali non hanno esercitato il diritto di precedenza nei termini previsti in ragione della decorrenza del termine per le

⁸⁷ MARESCA -ROMEI, *op. cit.*, pp. 155 e ss.

assunzioni a tempo indeterminato delle società partecipate con il rispetto dell'istituto del reclutamento previsto dall' art. 19 del Testo Unico sulle Partecipate.

Spesso però, l'attribuzione di punteggi titoli di servizio utilizzati dalle società partecipate in sede di redazione del bando di selezione, prevede il riconoscimento per coloro i quali abbiano prestato servizio effettivo in posizione analoga o immediatamente inferiore o superiore per tutte le società partecipate (a volte anche in riferimento alla stessa PA), e non alla singola società all'interno della quale il candidato alla procedura ha maturato anzianità di servizio; per questa ragione, in un' ottica generalizzata, in ragione del fatto che tutti gli aspiranti lavoratori – provenienti da società partecipate diverse – possono esercitare il diritto di precedenza “ritardato” o “scaduto” (nell'ottica di valutazione titoli), facendo venir meno quel legame sottile tra anzianità di servizio nella società Alfa e partecipazione ad una procedura di reclutamento della società stessa. Tale dinamica da un lato affievolisce il diritto di precedenza e dall'altro crea una macro discriminazione in sede di valutazione titoli tra coloro i quali hanno maturato una qualunque esperienza – quantomeno in posizioni analoghe o equipollenti- in una società partecipata e chi invece prova ad accedere per la prima volta ad una procedura di reclutamento di una società partecipata. Occorre quindi, valorizzare a livello di contratto collettivo l'esperienza, bilanciando il diritto di chi entra con quello di chi è già stato.

8. Le promozioni del personale

I limiti stringenti e il rispetto delle procedure di reclutamento previste dal Testo Unico sulle Partecipate, nel silenzio del Legislatore, pone in essere diversi quesiti applicativi in riferimento alla possibile procedura da adottare per le cd. promozioni del personale e cioè per l'assegnazione del lavoratore ad inquadramento superiore.

La vicenda delle mansioni e del diritto alla promozione ha avuto un iter travagliato o comunque ha subito nel corso degli anni, sia per il pubblico che per il privato, diverse modifiche ed innovazioni⁸⁸.

In considerazione dell'instaurazione del rapporto di lavoro di natura privatistica, non trova applicazione l'art. 52 comma 1 del D.lgs. 165/2001⁸⁹ che nel legiferare in materia di progressioni fra aree non ne ha previsto un'applicazione analogica o comunque un rinvio ai suoi principi e alle sue modalità di attuazione come accaduto per quanto attiene all'art. 19 TUSP e ai principi di cui all'art. 35 comma 3 del D.lgs. 165/2001.

Per tale ragione, l'assenza di disposizioni fa presumere che le società partecipate – nell'applicare la disciplina prevista dall'art. 2103 c.c. - non devono espletare procedure selettive nelle ipotesi delle cd. promozioni, al fine di riconoscere al lavoratore un inquadramento professionale superiore, in ragione del fatto che queste instaurano con i propri lavoratori un rapporto di lavoro subordinato di natura privatistica applicando contratti collettivi di categoria che non sono in alcun modo assimilabili alla contrattazione collettiva di comparto del pubblico impiego⁹⁰.

⁸⁸ Per un'analisi dell'evoluzione delle promozioni dei lavoratori nel settore privato: “*La promozione*” in VALLEBONA, *Breviario di diritto del lavoro*, Giappichelli Editore, 2023 p. 261 e ss.; CARINCI, DE LUCA TAMAJO, TOSI, TREU, *Diritto del lavoro - Il rapporto di lavoro subordinato*, UTET, 2022, pp. 190 e ss.; per un'analisi dell'evoluzione delle promozioni nel pubblico impiego: FIORILLO, *Il diritto del lavoro nel pubblico impiego*, Piccin, 2019, pp. 121 e ss.

⁸⁹ Così il comma 1 dell'art. 52 del D.lgs. 165/2001: “*Il prestatore di lavoro deve essere adibito alle mansioni per le quali è stato assunto o alle mansioni equivalenti nell'ambito dell'area di inquadramento ovvero a quelle corrispondenti alla qualifica superiore che abbia successivamente acquisito per effetto delle procedure selettive di cui all'articolo 35, comma 1, lettera a). L'esercizio di fatto di mansioni non corrispondenti alla qualifica di appartenenza non ha effetto ai fini dell'inquadramento del lavoratore o dell'assegnazione di incarichi di direzione*”.

⁹⁰ ALBI, *La disciplina dei rapporti di lavoro nelle società a partecipazione pubblica fra vincoli contabili e garanzie giuslavoristiche*, in AA.VV., *Il disordine dei servizi pubblici locali: dalla promozione del mercato ai vincoli di finanza pubblica*, Giappichelli, 2016.

Le problematiche di maggior rilievo non attengono alle progressioni all'interno della medesima area, ma riguardano quelle fra aree diverse che nel Pubblico Impiego devono avvenire tramite concorso pubblico. In assenza di una previsione specifica del Testo Unico sulle Partecipate, e acclarato il rinvio dell'art. 2 del TUSP alla disciplina civilista ad esclusione delle materie espressamente richiamate del decreto, si potrebbe essere tentati di liquidare il tema in poche righe, rimandando all'art. 2103 c.c. come novellato dall'art. 3 del D.lgs. 81/2015 e alla contrattazione collettiva che sul punto ha svolto un ruolo centrale. Appare chiaro che in ragione del dato normativo, il personale delle società partecipate potrà essere inquadrato in un livello superiore, senza essere sottoposto ad alcuna ulteriore procedura di reclutamento, senza alcuna distinzione circa la tipologia di categoria superiore (essendo quindi anche compresa la categoria dirigenziale), trattandosi pur sempre di una vicenda evolutiva del medesimo rapporto di lavoro sorto a seguito della selezione⁹¹. La vicenda assume contorni sfumati, in quanto non si dubita dell'*an* – e cioè se il tema dell'accesso e il tema della progressione di carriera debbano essere disciplinati in modo diverso – ma il problema ad oggi non risolvibile è il *quomodo*: in che misura conciliare i principi costituzionali dell'imparzialità e del buon andamento con le aspettative di crescita e di carriera del lavoratore della società pubblica.⁹²

I dubbi sussistono in relazione del fatto che la ratio ispiratrice del TUSP in materia di reclutamento del personale dell'art. 19 - che rimanda ai principi anche di derivazione comunitaria- dovrebbe in qualche modo trovare il medesimo gradiente pubblicistico nell'ipotesi delle promozioni e quindi dell'adibizione del prestatore di lavoro a mansioni superiori.

Questo soprattutto per evitare spiacevoli situazioni di abuso che in qualche modo potrebbero intaccare il corretto svolgimento delle procedure di reclutamento: si pensi ad esempio l'assunzione di uno o più lavoratori non particolarmente qualificati attraverso la procedura di cui all'art. 19 TUSP e la gestione *ius privatorum* dell'esponentiale e rapido esercizio del diritto alla promozione con l'attribuzione di mansioni superiori, lasciando

⁹¹ MARESCA, *Il lavoro alle dipendenze delle società a controllo pubblico*, dal web, www.federalismi.it, n.17/2018, p. 12.

⁹² ALTIMARI, *Diritto del lavoro e società pubbliche*, Giappichelli, 2020 p. 181-182.

essenzialmente fuori – i terzi candidati che ad esempio, dotati di curriculum vitae e comunque di competenze professionali di livello superiore - avrebbero in qualche modo potuto partecipare ad una selezione idonea alle loro aspirazioni e curricula professionali.

Pur considerando la fattispecie come un diritto anche della società – e cioè in ragione delle necessità adibire a mansioni utili il personale in un’ottica di razionalizzazione delle risorse – occorre tener presente che il venir meno del rispetto della disciplina pubblicistica, nel silenzio del Legislatore, potrebbe in qualche modo essere ricollegata a fenomeni di natura elusiva atti ad agevolare lavoratori *vicini* alla società e alla sua gestione politica che non sono dotati di skills di alto livello o comunque di curriculum vitae idoneo a ricoprire quelle mansioni superiori. Il timore è proprio quello di procedere ad assunzioni in posizioni basiche nel rispetto formale dell’art. 19 TUSP, per posizioni non apicali e procedere successivamente, alla veloce scalata all’organigramma delle gerarchie aziendali con l’attribuzione di mansioni superiori, eludendo nella sostanza i limiti pubblicistici del reclutamento previsti dall’art. 19 TUSP e ravvisando comunque atti in frode alla legge ex art. 1344 c.c.⁹³ Una tale eventualità esporrebbe la società partecipata ad una duplice responsabilità: una esterna nei confronti dei soggetti-terzi-candidati e una interna nei confronti di se stessa, in ragione del fatto che ha assunto personale non qualificato e lo ha inserito in posizioni non idonee alle proprie competenze curriculari.

D’altro canto però, da un lato la giurisprudenza contabile ha evidenziato una responsabilità erariale in assenza delle procedure selettive nelle ipotesi di promozioni del personale delle partecipate ⁹⁴, dall’altro nemmeno l’applicazione della disciplina pubblicistica – in riferimento anche all’art. 52 TUIPI che regola i casi in cui per obiettive esigenze di servizio il lavoratore possa essere adibito a mansioni proprie della qualifica immediatamente superiore - sembra trovare sostegno, in ragione della diversa classificazione

⁹³ BOLENGO, *Autonomia negoziale e frode alla legge nel diritto del lavoro*, Cedam, 2011.

⁹⁴ Corte dei Conti Sicilia, Giurisdiz., 13 marzo 2015, n. 244 e Corte dei Conti Sicilia, App., 1° giugno 2017, n. 69.

del personale tra società partecipata e pubblico impiego nonché la totale diversità delle fonti collettive applicabili.⁹⁵

Nel silenzio del Legislatore, ed in attesa di una regolamentazione necessaria del fenomeno delle promozioni al fine di conferire coerenza sistemica ai capisaldi pubblicistici di cui all'art. 19 TUSP, la singola società partecipata, per evitare fenomeni di *malagestio*, potrebbe prevedere attraverso quei *propri provvedimenti* (previsti dall'art. 19 TUSP), la pedissequa regolazione delle promozioni in ragione del richiamo ai medesimi principi adottati nelle procedure di reclutamento onde attribuire coerenza sistemica allo svolgimento delle sue attività e non esporsi a profili di responsabilità, potendo attuare una graduazione delle procedure che tenga conto della diversità del contratto di assunzione, con riguardo alla durata, alla tipologia e alla categoria⁹⁶.

Un'organizzazione e gestione delle promozioni che diviene possibile e facilmente attuabile nei confronti di quelle società virtuose alla luce di un'interpretazione sistemica, nelle quali anche l'evoluzione delle carriere e dello *ius variandi* del personale delle partecipate non è e non deve essere scollegata dalla gestione economica e finanziaria efficiente e razionale.

⁹⁵ BORGOGELLI, *Modelli organizzativi e tutele dei lavoratori nei servizi di interesse pubblico*, in Frammentazione organizzativa e lavoro: rapporti individuali e collettivi, Giuffrè, 2018, pp. 329-432.

⁹⁶ CARINCI, *Rapporto di lavoro e società a partecipazione pubblica: l'evoluzione legislativa*, in Lavoro Diritto Europa, 2018, p. 17.

9. Incarichi professionali e di collaborazione

Il Testo Unico sulle Partecipate - a differenza della disciplina precedente (art. 18 del d.l. n. 112/2008) che prevedeva un apposito iter procedimentale - non legifera in materia di conferimento dei cd. incarichi professionali e di lavoro autonomo. L'art. 18 al comma 2 infatti affermava che *“Le 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.”*: chiaro quindi il richiamo al rinvio e ai principi anche di derivazione comunitaria di trasparenza, pubblicità ed imparzialità per gli incarichi professionali contenuta nella disciplina del 2008; impostazione che non ha trovato eguale considerazione in quella dell'attuale Testo Unico, nonostante l'interesse che la Giurisprudenza Contabile⁹⁷ aveva già mostrato nei riguardi delle società partecipate, affermando che queste, prima di affidare un incarico professionale e di collaborazione esterna (a soggetti non qualificati come personale dipendente), dovevano verificare la presenza congiunta dei seguenti presupposti: a) impossibilità di utilizzare personale interno; b) effettiva utilità dell'incarico; c) proporzionalità del compenso; d) rispetto dei principi di trasparenza, pubblicità e imparzialità.

Nel delineare i confini dell'ambito di applicazione dell'art. 19 TUSP, occorre domandarsi se l'attuale disciplina sul reclutamento valga e sia comunque estendibile anche per il conferimento degli incarichi di lavoro autonomo (in considerazione del precedente richiamo legislativo operato dall'art. 18 co.1 e 2 del d.l. 112/2008). In ragione dell'evidente assenza degli incarichi di lavoro autonomo all'interno dell'art. 19 TUSP, gli incarichi professionali e di collaborazione sembrano esclusi dal rispetto di quei principi anche di derivazione comunitaria di trasparenza, pubblicità ed imparzialità previsti per la selezione del personale dipendente delle società partecipate dovendosi – a

⁹⁷ Corte dei Conti – Sez. Reg. di Controllo per l'Emilia-Romagna, deliberazione n. 135/2015

rigor di logica – applicarsi la disciplina di diritto comune anche in ragione di quanto previsto dall’art. 1 comma 3 TUSP⁹⁸.

Il silenzio serbato dal Legislatore dell’attuale TUSP appare in distonia con la *ratio* ispiratrice delle deroghe apportate in materia di società partecipate soprattutto per quanto attiene la razionalizzazione e la riduzione della spesa pubblica. Infatti è proprio nel settore del conferimento degli incarichi professionali che spesso si annidano – senza voler generalizzare – situazioni patologiche dai toni chiaroscuri circa gestioni poco trasparenti in cui sono sdoppiate competenze e professionalità che spesso sono già all’interno della società stessa al sol fine di alimentare un rapporto di natura sinallagmatica di carattere clientelare-politico⁹⁹. La non presenza anche solo di una minima comparazione curriculare delle domande utile all’investitura ad opera della società partecipata per lo svolgimento dell’incarico (come previsto per le PA dall’art. 7 comma 6 bis del D.lg. 165/2001) o anche solo un accenno di procedura selettiva, alimentano la condizione per la quale l’attribuzione di incarichi professionali e di collaborazione è rimessa alla totale discrezionalità delle società partecipate.

Sotto il profilo marcatamente applicativo, parte della dottrina¹⁰⁰ pone in essere una rilevante differenza tra quegli incarichi conferiti da società in house e quelli conferiti dalle altre società partecipate: nel caso di società in house occorre applicare la disciplina prevista dall’art. 7 (rubricato *gestione delle risorse umane*) comma 5 bis e 6. del D.lgs. 165/2001¹⁰¹ in ragione del

⁹⁸ Così l’art. 1 comma 3 TUSP: “*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*”.

⁹⁹ ALTIMARI, *op. cit.*, p. 189.

¹⁰⁰ VENTURATO, *Gli incarichi di consulenza da parte di società partecipate da enti locali*, in *Bilancio, vigilanza e controlli*, n. 1/2021, pp.12 e ss.

¹⁰¹ Art. 7 D.lgs. 165/2001 comma 5-bis: “*È fatto divieto alle amministrazioni pubbliche di stipulare contratti di collaborazione che si concretano in prestazioni di lavoro esclusivamente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione siano organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro. I contratti posti in essere in violazione del presente comma sono nulli e determinano responsabilità erariale. I dirigenti che operano in violazione delle disposizioni del presente comma sono, altresì, responsabili ai sensi dell'articolo 21 e ad essi non può essere erogata la retribuzione di risultato. Resta fermo che la disposizione di cui all'articolo 2, comma 1, del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81, non si applica alle pubbliche amministrazioni. 6. Fermo restando quanto previsto dal comma 5-bis, per specifiche esigenze cui non possono far fronte con personale in servizio, le amministrazioni pubbliche possono conferire esclusivamente incarichi*

quale, tali società devono adempiere ai medesimi obblighi previsti per gli enti locali, in cui il mancato rispetto della normativa di che trattasi per mano dei dirigenti e degli organi aziendali, configura un illecito amministrativo e danno erariale, con conseguente sanzione ex art. 148 comma 4 del Testo Unico degli Enti Locali¹⁰² e anche del richiamo di cui all'art. 12 del TUSP. Per le altre società partecipate (non *in house*), secondo medesimo orientamento¹⁰³, la norma dalla quale partire per stabilire come e se le società pubbliche possano conferire incarichi esterni, non è da rinvenire nell'art. 19 TUSP (il quale è silente sotto tale profilo a dispetto del precedente art. 18 d.l. n. 112/2008), ma nell'art. 12 del Testo Unico sulle Partecipate che comporta in capo agli amministratori, le medesime sanzioni, senza però l'intervento diretto della Corte dei Conti.

Il conferimento di incarichi esterni è ad ogni modo sottoposto alla normativa in materia di trasparenza e anticorruzione¹⁰⁴ e l'eventuale configurazione di

individuali, con contratti di lavoro autonomo, ad esperti di particolare e comprovata specializzazione anche universitaria, in presenza dei seguenti presupposti di legittimità:

- a) l'oggetto della prestazione deve corrispondere alle competenze attribuite dall'ordinamento all'amministrazione conferente, ad obiettivi e progetti specifici e determinati e deve risultare coerente con le esigenze di funzionalità dell'amministrazione conferente;*
- b) l'amministrazione deve avere preliminarmente accertato l'impossibilità oggettiva di utilizzare le risorse umane disponibili al suo interno;*
- c) la prestazione deve essere di natura temporanea e altamente qualificata;*
- d) devono essere preventivamente determinati durata, oggetto e compenso della collaborazione; non è ammesso il rinnovo; l'eventuale proroga dell'incarico originario è consentita, in via eccezionale, al solo fine di completare il progetto e per ritardi non imputabili al collaboratore, ferma restando la misura del compenso pattuito in sede di affidamento dell'incarico”.*

¹⁰² Art. 148 comma 4 del Testo Unico degli Enti Locali: *“In caso di rilevata assenza o inadeguatezza degli strumenti e delle metodologie di cui al secondo periodo del comma 1 del presente articolo, fermo restando quanto previsto dall'articolo 1 della legge 14 gennaio 1994, n.20, e successive modificazioni, e dai commi 5 e 5-bis dell'articolo 248 del presente testo unico, le sezioni giurisdizionali regionali della Corte dei conti irrogano agli amministratori responsabili la condanna ad una sanzione pecuniaria da un minimo di cinque fino ad un massimo di venti volte la retribuzione mensile lorda dovuta al momento di commissione della violazione”.*

¹⁰³ VENTURATO, *op.cit.*, pp. 13 e ss.

¹⁰⁴ Art. 15 bis del D.lgs. 33/2013 rubricato *“Obblighi di pubblicazione concernenti incarichi conferiti nelle società controllate”* prevede che: *“Fermo restando quanto previsto dall'articolo 9-bis, le società a controllo pubblico, nonché le società in regime di amministrazione straordinaria, ad esclusione delle società emittenti strumenti finanziari quotati nei mercati regolamentati e loro controllate, pubblicano, entro trenta giorni dal conferimento di incarichi di collaborazione, di consulenza o di incarichi professionali, inclusi quelli arbitrali, e per i due anni successivi alla loro cessazione, le seguenti informazioni: a) gli estremi dell'atto di conferimento dell'incarico, l'oggetto della prestazione, la ragione dell'incarico e la durata; b) il curriculum vitae; c) i compensi,*

profili di responsabilità in capo agli amministratori delle partecipate che hanno risvolti anche sul sistema di controllo interno e sulle responsabilità di governance, induce a ritenere che le Società – anche se non espressamente ed obbligatoriamente previsto dalla normativa di che trattassi – provvedano ad utilizzare quei “propri provvedimenti”¹⁰⁵ richiamati all’art. 19 TUSP per organizzare, disciplinare e standardizzare nel rispetto dei principi anche di derivazione comunitaria di pubblicità, trasparenza e imparzialità, quei meccanismi di selezione che siano idonei a premiare le professionalità curriculari e le competenze specifiche per la nomina di incarichi esterni.

comunque denominati, relativi al rapporto di consulenza o di collaborazione, nonché agli incarichi professionali, inclusi quelli arbitrari; d) il tipo di procedura seguita per la selezione del contraente e il numero di partecipanti alla procedura. 2. La pubblicazione delle informazioni di cui al comma 1, relativamente ad incarichi per i quali è previsto un compenso, è condizione di efficacia per il pagamento stesso. In caso di omessa o parziale pubblicazione, il soggetto responsabile della pubblicazione ed il soggetto che ha effettuato il pagamento sono soggetti ad una sanzione pari alla somma corrisposta.”

¹⁰⁵ Ad esempio con regolamenti interni emanati dalla Società che contengano elementi ed indicazioni già riferite ed utilizzate per l’organizzazione e la gestione delle procedure di reclutamento del personale dipendente.

10. Il regime sanzionatorio in caso di assunzione illegittima

L'art. 19 comma 4 ha espressamente previsto che *“salvo quanto previsto dall'art. 2126 del codice civile, ai fini retributivi, i contratti di lavoro stipulati in assenza dei provvedimenti o delle procedure di cui al comma 2 sono nulli”*. Si tratta di una chiara ed evidente nullità testuale che commina la nullità dei contratti di lavoro conclusi in violazione o in assenza delle procedure di cui all'art. 19 comma 2, norma che scioglie il nodo interpretativo¹⁰⁶ ricollegato alla precedente disciplina di cui art. 18 del d.l. 112/2008¹⁰⁷ sulle conseguenze sanzionatorie in caso di procedure di assunzione del personale delle società partecipate avvenute in assenza dei principi di pubblicità, trasparenza e imparzialità¹⁰⁸. Nel corso degli anni, da un lato si è sempre optato per la nullità del contratto di lavoro stipulato in violazione dell'art. 18¹⁰⁹, definito presidio inderogabile dell'interesse pubblico, dall'altro, in ragione della non espressa indicazione di nullità, si è optato per una tesi più indulgente per la quale, a fronte dell'inadempimento di cui alle prescrizioni *ex art. 18*, la Società Partecipata era tenuta a risarcire il danno per la perdita di *chance* procurato a chi avrebbe potuto partecipare alla selezione ma non aveva avuto la possibilità di candidarsi in ragione dell'assenza dell'attuazione di livelli minimi di pubblicità in fase di reclutamento¹¹⁰.

¹⁰⁶ Alcuni CURCUTO, *Osservazioni sui rapporti di lavoro nelle società a controllo pubblico*, Lavori Diritti Europa n.1/2018, p. 9 e GIORGI, *Il regime del pubblico concorso non è obbligatorio ex se per le società in house*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2017, p. 802 - sulla natura giuridica dell'art. 18 d.l. 112/2008, ritengono potrebbe configurarsi “norma di comportamento” anziché norma di validità.

¹⁰⁷ Corte di Appello di Bari, Sez. Lavoro, n. 2506 del 9.12.2019: *“In tema di reclutamento del personale devono essere estese alle società partecipate i vincoli procedurali importati alle amministrazioni pubbliche nella fase di reclutamento del personale. Si deve pertanto ritenere che l'omesso esperimento delle procedure concorsuali previste dall'art. 1 dell'art. 18 del d.l. 11/2008 e di quelle selettive determini la nullità del contratto ai sensi dell'art. 1418 c.c. La violazione attiene infatti al momento genetico della fattispecie negoziale, non potendo essere solo fonte di responsabilità a carico del contraente inadempiente”*. Tribunale di Roma Sez. Lavoro Ordinanza del 13.06.2016 *causa B. contro A.M.A. spa*: *“In capo alle società partecipate in tema di reclutamento è previsto l'obbligo per le società di autovincolarsi alle regole stabilite nell'art. 35 del D.Lgs. 165/2001”*.

¹⁰⁸ MAINARDI, *Società a controllo pubblico e diritto del lavoro*, in: AA.VV., *Le tutele del lavoro nelle trasformazioni dell'impresa*, Liber Amicorum Carlo Cester, Cacucci, 2019.

¹⁰⁹ Tesi confermata anche dalla Giurisprudenza di Legittimità, tra le molte: Cass., 22 febbraio 2018, n. 4358; Cass., 1° marzo 2018 n. 4897; Cass., 7 marzo 2018, n. 5395.

¹¹⁰ MARESCA, *Il lavoro alle dipendenze delle società a controllo pubblico*, dal web, www.federalismi.it, n.17/2018, p. 13.

A differenza dell'ormai abrogato art. 18 del d.l. 112/2008¹¹¹, l'attuale art. 19 comma 4 del Testo Unico sulle Partecipate – dai toni innovativi e rendendo esplicita una conseguenza già desumibile dagli obblighi imposti dall'art. 18 d.l. n. 112/2008¹¹² - prevede il regime sanzionatorio in conseguenza di un'eventuale violazione del corpus di norme previsto per il reclutamento del personale a fronte della predisposizione di regolamenti o comunque provvedimenti atti a standardizzare l'assunzione del personale in caso di mancata attivazione ed utilizzo di procedure di reclutamento pubbliche previste.

L'art. 19 riconoscendo al comma 4 carattere e valore imperativo – in virtù di un regime demolitorio tipico del pubblico impiego - costituisce un'importante deroga al settore privato che trova la sua *ratio* proprio in quella finalità idonea a disincentivare le assunzioni prive del rispetto delle prescrizioni di legge o quei casi in cui la procedura indicata nell'art. 19 comma 2 non sia stata rispettata (la violazione delle norme riferite alle procedura è equiparabile all'assenza della stessa)¹¹³, come avvenuto in passato in materia di contenimento della spesa pubblica delle società partecipate.

Il regime sanzionatorio comminato dall'art. 19 comma 4, richiama l'art. 2126 c.c. che prevede di salvare dalla nullità quei contratti di lavoro stipulati nel mancato rispetto procedure *ex lege* previste; la nullità del contratto infatti *non produce effetto per il periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione, salvo che la nullità derivi dall' illiceità dell'oggetto o della causa* e lasciando in ogni caso *in capo a tutela del prestatore di lavoro ogni diritto alla retribuzione*.

Il Legislatore, facendo salva la prestazione erogata dal lavoratore attribuisce a questi i soli diritti connessi all'avvenuta prestazione di lavoro (trattamento retributivo nonché contribuzione previdenziale) per il tempo in cui il rapporto

¹¹¹ Sull'argomento: FONTANA, *Il rapporto di lavoro nelle società pubbliche*, in *Il Lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2014, pp. 709 ss.; GRAMANO, *Il reclutamento e la gestione del personale alle dipendenze delle società a partecipazione pubblica*, dal web WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 332/2017; MEZZACAPO, *Prime osservazioni sul rapporto di lavoro nelle società a controllo pubblico dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 251/2016*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona", n. 319/2017.

¹¹² Cass. Civ. Sez. lav., 22 febbraio 2018, n. 4358.

¹¹³ MEZZACAPO, *Prime osservazioni sul rapporto di lavoro nelle società a controllo pubblico dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 215/2016*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona", Biblioteca '20 Maggio' – n.1/2017, p. 58.

si è sviluppato presso il datore di lavoro, questo in considerazione sia dell'applicazione del *favor laboris* che in ragione dal principio di un ingiustificato arricchimento¹¹⁴. Per espresso richiamo dell'art. 19, è stato quindi applicato il regime di cui all'art. 2126 c.c. per quanto attiene il rapporto di lavoro instaurato presso a una Pubblica Amministrazione che si qualifica come attività di fatto, ad esclusione del caso dell'illeceità dell'oggetto o della causa del contratto di lavoro come nell'ipotesi in cui l'assunzione sia effettuata nell'ambito di una vicenda corruttiva¹¹⁵ (in questo caso la retribuzione non è comunque dovuta).

La nullità è quindi intesa come vizio grave e genetico del rapporto contrattuale di lavoro che impedisce allo stesso *ab origine* di produrre effetti, come se questi non fosse mai esistito (sotto il profilo giuridico); tale nullità può essere fatta valere da chiunque vi abbia interesse, dal giudice o anche da soggetto terzo del rapporto contrattuale¹¹⁶.

Per quanto attiene l'anomalia che invalida il contratto di lavoro, la parte che ha interesse può, ai sensi dell'art. 1441 c.c. sollevare azione di annullamento¹¹⁷ per i vizi della volontà che in qualche modo possano alterare la procedura di reclutamento, favorendo o penalizzando illecitamente uno più candidati a vantaggio di altri (circostanze specifiche come in caso di fraintendimento di una risposta di un quesito, la formulazione di una domanda ambigua ed incomprensibile, ponendo in essere condotte intimidatorie nei confronti di alcuni candidati)¹¹⁸. In entrambi i casi, a seguito dell'accertamento di nullità o annullamento si avrà come immediata conseguenza il rinnovo della procedura di reclutamento.

Le disposizioni di cui all'art. 19 TUSP in caso di loro violazione, non sono quindi da considerare come mere irregolarità o mancato rispetto di regole di comportamento nella fase precontrattuale, ma sono regole di validità del

¹¹⁴ PIGNATARO, *Il reclutamento del personale nelle società a controllo pubblico secondo il t.u. n. 175 del 2016: alcuni rilievi* in federalismi.it, n.10/2020, p. 391.

¹¹⁵ MEZZACAPO, *op. cit.*, p. 58.

¹¹⁶ L'azione di nullità ex art. 1418- 1422 c.c. è imprescrittibile. La sentenza del giudice che accerta la nullità ha natura dichiarativa.

¹¹⁷ L'azione di annullamento ex art. 1441-1446 c.c. si prescrive in cinque anni. La sentenza del giudice che accerta la nullità ha natura costitutiva.

¹¹⁸ PIGNATARO, *Il reclutamento del personale nelle società a controllo pubblico secondo il t.u. n. 175 del 2016: alcuni rilievi* in federalismi.it – n. 10/2020.

contratto di lavoro nonostante attengano alla condotta pre-negoziale delle parti contraenti – datore e lavoratore¹¹⁹.

Aspetto interessante è che il regime sanzionatorio sembra applicarsi alla totalità delle procedure di reclutamento, in quanto l'art. 19 TUSP si riferisce genericamente al “*reclutamento del personale*”, senza porre in essere alcuna distinzione tra i diversi tipi contrattuali, dovendosi quindi applicare il regime sanzionatorio della nullità ex art. 19 comma 4 ad ogni fattispecie di procedura di reclutamento di lavoro subordinato. Sotto il profilo oggettivo quindi, l'art. 19 comma 4 applicandosi ad ogni tipo contrattuale di lavoro subordinato (ivi comprese le tipologie di contratti cd. flessibili che assumono toni sensibili¹²⁰ soprattutto per i contratti a termine), prevede come unica chiara esclusione i contratti di collaborazione o di incarichi di lavoro autonomo, le quali modalità di selezione (*rectius* scelte), sono ancorate ai principi non contenuti nel Testo Unico sulle Partecipate, ma afferiscono a vicende di evidenza pubblica di beni e servizi secondo quanto contenuto nel Codice degli Appalti di cui al D.lgs. 50/2016 e ss.mm.ii.

¹¹⁹MARESCA-ROMEI, *Il rapporto di lavoro nelle società a controllo pubblico*, Giuffrè, 2019; GIORGI, *Assunzione senza procedura selettiva da parte di società che gestisce servizi pubblici locali a totale partecipazione pubblica: effetti sul contratto di lavoro*, dal web in www.giustiziacivile.com, n. 1/2017.

¹²⁰MAINARDI, *Società a controllo pubblico e diritto del lavoro*, in: AA.VV., *Le tutele del lavoro nelle trasformazioni dell'impresa*, Liber Amicorum Carlo Cester, Cacucci, 2019, par. 5. Segue. b) Regime sanzionatorio e contratti flessibili. Conversione sì, no, forse

11. Contratto a tempo determinato e possibilità di conversione

Nell'ampio ventaglio dei contratti flessibili da cui la società partecipata può attingere per il fabbisogno del personale, assume sicuramente rilievo l'utilizzo dei contratti a tempo determinato. Come è evidente per le società a partecipazione pubblica non trova applicazione l'art. 36 comma 2 del Testo Unico del Pubblico Impiego, il quale ancora l'utilizzo di tale istituto all'interno delle PA a requisiti stringenti che escludono chiaramente (art. 36 comma 5 e ss.) la possibilità di conversione di un contratto a tempo determinato a tempo indeterminato nei casi di violazioni e di illegittimità, ingenerando conseguenze solo sotto il profilo del risarcimento del danno per il lavoratore e sotto il profilo della responsabilità erariale per la Pubblica Amministrazione. Infatti, la previsione di cui all'art. 36, c. 5, d.lgs. n. 165/2001, trattandosi di disposizione specifica, non può essere applicata analogicamente a rapporti diversi da quelli instaurati con le Pubbliche Amministrazioni espressamente indicati nel d.lgs. n. 165/2001, dal cui ambito vanno escluse le società partecipate¹²¹.

Discorso diverso deve necessariamente esser fatto per le società a partecipazione pubblica nell'eventuale e possibile conversione di un contratto a tempo determinato in tempo indeterminato.

Preliminare distinzione argomentativa deve essere affrontata in riferimento al tipo di illegittimità contrattuale che potrebbe ingenerare una conversione del contratto di lavoro da tempo determinato ad indeterminato: occorre infatti distinguere la duplice casistica riferita o all'ipotesi di un contratto a tempo determinato stipulato in assenza o violazione delle procedure di cui all'art. 19 del Testo Unico delle Partecipate, o in via residuale a tutte le altre vicende di illegittimità che incidono sul rapporto contrattuale.

Nella prima ipotesi, e cioè quella riferita all'assenza di procedure selettive di reclutamento ex art. 19, non sembrano sussistere dubbi argomentativi, un contratto a tempo determinato nullo *ab origine* per assenza totale o parziale di rispetto della disciplina prevista dall'art. 19 comma 2 Testo Unico sulle Partecipate, non trova alcuna possibilità di conversione. La nullità in tal caso incide a monte nel momento genetico del rapporto senza alcuna possibilità di

¹²¹ Tribunale di Catania, sez. II, 29/03/2017 n. 1397.

conversione, in cui unica immediata e diretta conseguenza data dalla stipula di contratto nullo è la maturazione in capo al lavoratore ai sensi dell'art. 2126 c.c. del diritto alla retribuzione e ai trattamenti per la prestazione in fatto eseguita.

Per tale ipotesi quindi la problematica conversione “sì, no, forse”¹²² dei contratti a tempo determinato in contratti a tempo indeterminato non sembra sussistere. Fattispecie confermata anche dalla giurisprudenza di merito¹²³ e legittimità¹²⁴ che hanno evidenziato come il previo esperimento delle procedure concorsuali e selettive condiziona la validità del contratto di lavoro e comporta l'inapplicabilità della conversione del rapporto a tempo determinato in rapporto a tempo indeterminato in quanto l'accesso del personale alle società partecipate è assimilabile a quello del pubblico impiego che prevede all'art. 36 comma 5 TUPI, il divieto di conversione al fine di evitare elusioni sistemiche della disciplina costituzionalmente prevista in materia di accesso alla Pubblica Amministrazione.

Discorso ben diverso è senza ombra di dubbio la possibilità di conversione nel caso in cui i profili di illegittimità non incidano sul rispetto delle procedure di accesso alla società partecipata, ma riguardino altri e ben diversi profili di illegittimità afferenti alla sfera del lavoro subordinato e alle norme riconducibili allo *ius privatorum*, soprattutto riferiti alla gestione del rapporto. In questo caso non sembra condivisibile l'interpretazione analogica per le società partecipate dell'art. 36 comma 5 nel caso in cui in fase di reclutamento del personale siano state rispettate le procedure di cui all'art. 19 TUSP e solo successivamente siano emersi in relazione al rapporto di lavoro motivi di illegittimità tali da poter in qualche modo far sostenere la conversione del contratto di lavoro da tempo determinato ad indeterminato¹²⁵.

¹²² MAINARDI, *Società a controllo pubblico e diritto del lavoro*, in: AA.VV., *Le tutele del lavoro nelle trasformazioni dell'impresa*, Liber Amicorum Carlo Cester, Cacucci, 2019.

¹²³ Tribunale di Reggio Calabria sez. lav., 15/04/2021, n.876: “I rapporti instaurati con le società partecipate sono assimilabili al pubblico impiego: in sostanza, per le società a partecipazione pubblica il previo esperimento delle procedure concorsuali e selettive condiziona la validità del contratto di lavoro e comporta l'inapplicabilità della conversione del rapporto a tempo determinato in rapporto a tempo indeterminato”.

¹²⁴ Corte di Cassazione, sez. Lavoro, sentenza n. 19974/20.

¹²⁵ In tal senso Corte di Cassazione Sez. Unite, 15 marzo 2016 n. 5072, nonostante la sentenza sia antecedente all'entrata in vigore del Testo Unico sulle Partecipate in vigore dal 23 settembre 2016.

In tal caso si deve dare integrale applicazione alla normativa del lavoro privato, sia per quanto attiene il contratto di lavoro a termine, ma anche per tutte le altre tipologie di contratti flessibili. Infatti in tal caso la trasformazione (*rectius* conversione) appare giuridicamente possibile. Se è vero che i profili derogatori della disciplina privata attengono a quanto esplicitamente indicato al testo unico delle partecipate, è altrettanto vero che di converso, in via residuale, la tutela e l'applicazione dai rapporti di lavoro dei dipendenti delle società a controllo pubblico si applicano le disposizioni del capo I, titolo II, del libro V del codice civile, dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, ivi compresa quindi la disciplina in materia di conversione. Una volta quindi individuato secondo le modalità *ex lege* previste il lavoratore/i secondo le disposizioni previste dall'art. 19 TUSP, occorre applicare integralmente la disciplina privatistica anche e soprattutto in materia di conversione di tipologie di contratti flessibili¹²⁶. Sembrano in tal modo bilanciarsi le esigenze di pubblicità e di trasparenza della selezione che emergono *ictu oculi* dalla lettura dell'art. 19 TUSP e quelle di gestione privatistica delle società a partecipazione pubblica anche in un'ottica di razionalizzare dei costi e delle risorse e nel rispetto degli equilibri dei bilanci e della sostenibilità del debito pubblico (si pensi ad esempio al fine di evitare una duplicazione di procedure di selezione e reclutamento secondo quanto previsto dall'art. 19 TUSP). Circostanza e possibilità che se indicata all'interno del bando di selezione, *lex specialis* all'iter di reclutamento, attraverso una congrua informazione degli aspiranti candidati, nonché una formalizzazione della regolamentazione dell'eventuale e possibile iter di conversione, consentirebbe di evitare di procedere ad una nuova selezione che diversamente potrebbe essere ritenuta necessaria a seconda delle diverse necessità¹²⁷.

¹²⁶ In tal senso sembra andare la Giurisprudenza di Legittimità che ha previsto (Cassazione civile sez. lav., 01/03/2023, n.6171) in tema di società a partecipazione pubblica, nel caso in cui non sia applicabile "ratione temporis" l'art. 18 del d.l. n. 112 del 2008, conv. con modif. in l. n. 133 del 2008 - con il quale il legislatore ha esteso alle società "in house" le limitazioni imposte alle pubbliche amministrazioni nelle procedure di reclutamento del personale - è ammissibile la conversione del contratto a progetto illegittimo in un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato.

¹²⁷ MARESCA, *Il lavoro alle dipendenze delle società a controllo pubblico*, dal web in www.federalismi.it, n. 17/2018, p. 9.

La Giurisprudenza di Legittimità¹²⁸, con diverse pronunce, ha statuito che nel caso di declaratoria di nullità del termine apposto al contratto di lavoro non è possibile operare la conversione del contratto di lavoro a tempo determinato a tempo indeterminato con la diretta ed immediata conseguenza dell'assimilazione circa la natura giuridica del rapporto di lavoro delle società partecipate a quella del pubblico impiego. È quindi prevista l'applicazione in seno anche alle partecipate dell'impianto normativo di cui all'art. 36 del Testo Unico del Pubblico Impiego. Secondo tale orientamento, ancor prima dell'art. 19 TUSP, l'art. 18 del d.l. 112/2008 ha esteso alle partecipate le norme riferite al pubblico impiego, ivi compreso il divieto di conversione dei contratti a tempo determinato con termine illegittimo in considerazione della violazioni del principio costituzionale di cui all'art. 97 comma 3, che prevede l'accesso alle PA attraverso l'istituto del concorso pubblico nel rispetto dei principi di imparzialità dell'azione amministrativa, uniformità della stessa e del rispetto del buon andamento¹²⁹.

È opportuno evidenziare che l'estensione alle società a partecipazione pubblica dei principi previsti per il pubblico impiego ex art. 35 TUPI non muta la natura della società, che resta di diritto privato¹³⁰, nonostante alcune vicende e deroghe espressamente previste in ragione della tutela differenziata di singole fattispecie.

La *ratio* del Legislatore dell'art. 18 sembra esser stata quella di applicare la disciplina dell'art. 35 del Pubblico Impiego non per uniformare il reclutamento in toto alla disciplina pubblicistica, ma per arginare in seno alle partecipate i fenomeni di *malagestio* del personale che in qualche modo incidono direttamente o indirettamente sulla spesa pubblica¹³¹.

L'art. 18 del d.l. n. 112 del 2008, a seguito dell'introduzione del Testo Unico sulle Partecipate è stato poi abrogato dall'art. 28 comma 1 lett. g) rubricato appunto "Abrogazioni" ed è stato sostituito – nel rispetto di una logica sistemica – dall'art. 19 del D.Lgs. 175/2016.

¹²⁸ Corte di Cassazione, sentenza 1° agosto 2014 n. 17545.

¹²⁹ Corte Costituzionale 3 marzo 2011 n. 68; Corte d'Appello Ancora, 29 gennaio 2013 n. 301; Tribunale di Pescara 16 aprile 2013; Tribunale di Chieti 18 settembre 2013 e 3 ottobre 2013; Tribunale di Catania Sez. Lav. 3 marzo 2011; Tribunale di Salerno, 7 ottobre 2013.

¹³⁰ Cassazione Sez. Unite Ord. 10 febbraio 2015 n. 2505; ordinanza 23 gennaio 2015 n. 1237.

¹³¹ MARESCA -ROMEI, *Il rapporto di lavoro nelle società a controllo pubblico*, Giuffrè, 2019, pp. 85-86.

Nonostante un passo avanti nel processo legislativo che ha portato ad una riorganizzazione del rapporto di lavoro dei lavoratori all'interno delle società partecipate secondo una visione d'insieme, sistemica e non frammentaria, con il Testo Unico sulle Partecipate, è sfuggita la possibilità al Legislatore di definire con chiarezza la vicenda che nel corso degli anni, a partire dall'art. 18 del d.l. 112/2008, ha interrogato sotto diversi aspetti la dottrina e la giurisprudenza. Con l'introduzione del Testo Unico sulle Partecipate, in assenza di indicazioni espresse dal Legislatore, sono riemersi tutti i dubbi esegetico-interpretativi che avevano interessato la precedente disciplina circa la possibile conversione del rapporto a tempo determinato per illegittima apposizione del termine in contratto a tempo indeterminato in ragione del rispetto del principio di cui all'art. 97 della Costituzione.

Nell'applicazione pratica della vicenda di che trattasi, occorre evidenziare come l'estensione del principio del concorso pubblico alle partecipate impedisce che l'illegittima utilizzazione delle tipologie flessibili di manodopera – come nell'ipotesi di rapporto di lavoro a termine - possa comportare, come conseguenza, la conversione od imputazione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato¹³².

Ulteriore dubbio sorge rispetto alla scelta del Legislatore di non legiferare all'interno del Testo Unico del 2016 e alle sue successive modificazioni proprio su tale nodale vicenda. Se l'art. 1 "Oggetto" al comma 3 prevede che *"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"* e *"Salvo quanto previsto dal presente decreto, ai rapporti di lavoro dei dipendenti delle società a controllo pubblico si applicano le disposizioni del capo I titolo II del Libro V del codice civile"*, ed il Legislatore del Testo Unico non ha previsto alcuna deroga, seguendo il ragionamento logico-sistematico, l'interprete sembrerebbe orientato a seguire l'idea della conversione del rapporto da tempo determinato a tempo indeterminato in caso di illegittima apposizione del termine o in caso di ulteriori violazioni previste in materia. Il nodo gordiano della vicenda sembra essere l'ambivalente interpretazione

¹³² Cass. civ., 13 marzo 2019, n. 7050.

della disciplina in materia: da un lato abbiamo il richiamo letterale al mero rinvio alla disciplina privatistica (art. 1 comma 3 TUSP) e dall'altro il richiamo ad un'interpretazione di sistema che è necessariamente orientata (in ragione dell'art. 19 TUSP che seppur abbiamo matrice privatistica traggono ispirazione dall'impianto normativo dell'accesso alla PA e all'art. 97 della Costituzione) ai profili dettati per il pubblico impiego.

Per quanto attiene la stipula di contratti a tempo determinato, le società partecipate soggiacciono alla medesima disciplina prevista dal Testo Unico in quanto il comma 2 dell'art. 19, in ragione di una lettura letterale, che non pone in essere alcuna differenziazione tra i tipi di contratti di lavoro, stabilisce genericamente l'applicazione dell'art. 19 a tutte tipologie di reclutamento del personale (contratti a tempo indeterminato, determinato di somministrazione etc.). Tali procedure infatti devono essere rispettate per ogni tipo di assunzione in seno alle società partecipate e quindi anche per le selezioni per i contratti a termine.

La vicenda assume un'importante connotazione soprattutto in ragione dell'organizzazione diametralmente opposta per le selezioni a tempo indeterminato per i lavoratori del pubblico impiego. A tal proposito è opportuno richiamare i limiti previsti dall'adozione di forme di lavoro flessibile (e quindi per i contratti a tempo determinato, contratti di formazione lavoro, di somministrazione e le altre forme contrattuali flessibili previste dal codice civile e dalle altre leggi sui rapporti di lavoro nell'impresa) per la Pubblica Amministrazione, nelle quali in ragione dell'art. 36 comma 2 del TUPI è previsto che queste possano porre in essere tali tipologie contrattuali solo *“per comprovate esigenze di carattere esclusivamente temporaneo o eccezionale e nel rispetto delle condizioni e modalità di reclutamento stabilite dall'articolo 35”*. Appare pacifico il diverso impianto normativo in riferimento all'adozione di forme di contratto flessibile tra pubblico e privato che necessariamente investe anche la disciplina dei lavoratori delle società a partecipazione pubblica.

La complessità della vicenda e degli interessi in gioco si desume non solo da un eterogenea giurisprudenza, ma anche in ragione dell'impossibilità di rinvenire un *corpus* normativo immediatamente applicabile al caso concreto che non lasci privi di tutela i lavoratori a termine delle partecipate; si tratta

infatti di un bilanciamento tra contrapposti principi di rango costituzionale che affonda le radici non solo nei principi che orientano l'attività della PA, ma anche in quei diritti che tutelano il lavoro in tutte le sue forme e sfumature¹³³.

Nonostante la lacuna lasciata dal Legislatore del Testo Unico, il ragionamento che sembra attecchire tra i Giudici della Suprema Corte sembra essere quello di escludere la trasformazione-conversione del contratto a tempo determinato in contratti a tempo determinato per illegittima apposizione del termine come diretta ed immediata conseguenza della disciplina del Testo Unico che prevede l'obbligo del reclutamento del personale per mezzo della selezione pubblica ex art. 19 TUSP.

Unica tutela in tale circostanza è quella indennitaria, che andando a legittimare le pretese dei lavoratori vedono indennizzato il loro diritto leso per illegittima apposizione del termine. Di converso, una trasformazione del contratto a tempo determinato in contratto a tempo indeterminato andrebbe di fatto ad eludere la disciplina imperativa di cui all'art. 19 che nel rispetto dei principi anche di derivazione comunitaria tutela anche l'interesse pubblico e collettivo che quello personale-individuale del lavoratore¹³⁴.

Tale orientamento granitico della Giurisprudenza di merito e di legittimità, sembra però remare contro quei processi di stabilizzazione comunitaria che a

¹³³ Così ALTIMARI in *Diritto del lavoro e società pubbliche tra impresa e amministrazione*, Giappichelli, 2020, ravvisa ulteriore interesse da tutelare, non solo per i lavoratori che vantano una pretesa di conversione – trasformazione del contratto a tempo determinato in contratto a tempo indeterminato per illegittima apposizione del termine, ma anche per coloro i quali “pur in presenza di una corretta pubblicizzazione e di un regolare espletamento delle procedure selettive per l'acquisizione di persone a tempo determinato, non hanno potuto avanzare la propria candidatura proprio alla luce del limitato orizzonte temporale entro il quale avrebbe dovuto esplicarsi l'eventuale contratto di lavoro individuale, a seguito del risultato della selezione e che invece quantomeno per una disattenta gestione vedono convertire quel contratto in un contratto a tempo determinato”.

Nello stesso senso anche MARESCA (MARESCA, *Il Lavoro alle dipendenze delle società a controllo pubblico*, dal web, www.federalismi.it, 2018) afferma che: “*al fine di prevenire l'obiezione di qualche aspirante candidato alla selezione che potrebbe lamentare di non avervi partecipato non avendo interesse ad un'assunzione temporanea*” avanza però l'ipotesi che il regolamento interno delle società partecipare ammetta anche la possibilità di trasformare a tempo indeterminato il contratto inizialmente concluso a termine.

¹³⁴ Cass. Civ. n.12421 del 11.05.2021 (orientamento difforme Corte Appello Perugia n. 51/2016; Corte d'Appello Sez Dist. Di Sassari del 09.03.2016): “*Il dipendente non ha diritto alla conversione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato, ma solo al risarcimento del danno, non potendo trovare applicazione le regole sanzionatorie previste per il settore privato, considerata la natura “sostanzialmente pubblicistica” della società datrice.*”

partire già dalla direttiva 1999/70¹³⁵ hanno provato a sollecitare gli Stati ad una regolazione del mercato interno del lavoro, promuovendo processi di stabilizzazione del lavoro e dei lavoratori. Per tali ragioni, stante un approccio interdisciplinare tra i diversi interessi coinvolti¹³⁶, se nell'ipotesi di assenza di procedure selettive di reclutamento ex art. 19 TUSP non sembra trovare alcuna possibilità di conversione, in quanto occorrerebbe procedere oltre che a trasformare anche a sanare un contratto a tempo determinato nullo *ab origine* per assenza totale o parziale di rispetto della disciplina prevista dall'art. 19 comma 2 Testo Unico sulle Partecipate applicando l'impianto normativo di cui all'art. 36 del Testo Unico del Pubblico Impiego, nell'ipotesi in cui i profili di illegittimità riguardino altri e ben diversi profili aventi ad oggetto la gestione del rapporto e non il reclutamento, sembra esserci possibilità di conversione; questo perché se la *ratio* argomentativa è rappresentata dal rispetto di procedure di reclutamento che rimandano ai principi del pubblico impiego, nel caso di rispetto di quanto previsto dall'art. 19 TUSP in materia di selezione personale, un'eventuale ed ipotetica conversione non lederebbe il principio concorsuale e dell'imparzialità richiesto dall'ordinamento¹³⁷, ma anzi rappresenterebbe una garanzia di tutela del lavoratore che – già selezionato con procedura ex art. 19 TUSP – vedrebbe convertirsi il contratto di lavoro da tempo determinato ad indeterminato nelle ipotesi di illegittimità riferite alla gestione del rapporto di lavoro società partecipata/dipendente (come nel caso di nullità di una clausola del termine).

¹³⁵ Direttiva 1999/70/Ce Del Consiglio del 28 giugno 1999 relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato.

¹³⁶ FALSONE, *I rapporti di lavoro nelle imprese pubbliche: la tendenza espansiva del diritto "speciale"*, Lavoro, Diritti, Europa, n. 2/2018, p. 3: "Per raggiungere soluzioni coerenti in questo ambito, è necessario coltivare un approccio interdisciplinare che favorisca un più profondo dialogo con (almeno) un altro ramo dell'ordinamento "assillato", per antonomasia, dal problema dello storico binomio pubblico/privato: il diritto amministrativo (ma anche quello commerciale)".

¹³⁷ FALSONE, *op. cit.*, p. 3.

12. Società partecipate e contratti di somministrazione

Tra le cd. flessibilità in entrata¹³⁸ oltre ai contratti a tempo determinato per quanto attiene le società partecipate, occorre richiamare la disciplina prevista dei cd. contratti di somministrazione, istituito riformato a seguito dell'introduzione nel nostro ordinamento del cd. Decreto Dignità (D.L. 87/2018)¹³⁹. Le dinamiche strettamente interessate attengono a due questioni che vertono, così come per i contratti a termine, sulle modalità di reclutamento e sulla vicenda teleologicamente collegata della conversione in caso di somministrazione irregolare¹⁴⁰.

Occorre domandarsi se preliminarmente in caso di somministrazione sussista l'obbligo di selezione pubblica anche per i lavoratori che saranno poi inviati in missione¹⁴¹ e se quindi, anche rispetto a tale tipologia di lavoro flessibile occorre rispettare quei principi anche di derivazione europea, di trasparenza, pubblicità e imparzialità che in qualche modo accertino la professionalità richiesta secondo criteri e modalità stabiliti dalle società con propri provvedimenti ex art. 19 TUSP.

La dottrina si è divisa sulla vicenda, facendo pendere l'orientamento verso l'assenza del vincolo della procedura selettiva ex art. 19 TUSP in quanto

¹³⁸ FIORILLO, *Il Diritto del lavoro nel pubblico impiego*, Piccinin Nuova Libreria Spa, 2019, pp. 163 e ss.

¹³⁹ Sulla disciplina del lavoro somministrato nel settore privato dopo il d.l. 87/2018: STAIANO, *Contratto somministrazione di lavoro dopo il Decreto Dignità*, Fisco&Tasse, MaggioliGroup, 2018; PASSALACQUA, *Il contratto di lavoro subordinato a tempo determinato e la somministrazione di lavoro alla prova del decreto dignità*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 380/2018. Per un'analisi antecedente all'introduzione del D.L. 87/2018 dell'istituto della somministrazione: ESPOSITO, GAETA, ZOPPOLI A., ZOPPOLI L., *Diritto del lavoro e sindacale*, Giappichelli Editore, 202, pp. 441 e ss.; CARINCI, *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro: somministrazione e distacco, appalto e subappalto, trasferimento d'azienda e di ramo*, Giappichelli, 2013; DEL PUNTA, *La fornitura di lavoro temporaneo nella L. n. 196/1997*, in Rivista di Diritto del Lavoro, n. 1, I, 1998, 199; DE LUCA TAMAJO, *I processi di terziarizzazione intra moenia ovvero la fabbrica multisocietaria*, in DML, 1999, n. 1, 49. Per un'analisi dell'istituto della somministrazione nel pubblico impiego: LO STORTO, *La somministrazione di lavoro a tempo determinato nella Pubblica Amministrazione: i rapporti tra pubblica amministrazione utilizzatrice e lavoratore e le rispettive responsabilità* in LPA, 2005, p. 545; SERRA D., *La somministrazione di lavoro nelle pubbliche amministrazioni: inapplicabilità della conversione*, in LG, 2012, pp. 41 e ss.; BATTISTI, *Altre tipologie contrattuali flessibili: contratto di somministrazione, di formazione e lavoro, apprendistato e lavoro accessorio* in AMOROSO, DI CERBO, FIORILLO, MARESCA, *Il lavoro pubblico*, Giuffrè, 2019, pp. 606 e ss.

¹⁴⁰ Somministrazione fraudolenta: quando si realizza una fornitura di lavoro al di fuori dei limiti e dei requisiti previsti dalla legge (ex art. 28 D.Lgs. 81/2015).

¹⁴¹ BELLINI, *L'utilizzo del contratto di somministrazione nelle società partecipate: obbligo di selezione pubblica anche per i lavoratori che saranno poi inviati in missione?*, dal web www.gesuelebellini.it in Il giurista del lavoro, n. 2/2019.

nell'ipotesi di somministrazione non si tratterebbe di assunzione diretta alle dipendenze della società pubblica¹⁴².

Nell'applicazione pratica di tale orientamento si potrebbe ravvisare un'elusione sistemica delle procedure di reclutamento per il personale delle società partecipate. Se è vero che *nella forma* il contratto di somministrazione (nella sua duplice tipologia in ragione della presenza o meno del termine: contratto di somministrazione a tempo determinato o a tempo indeterminato – cd. staff leasing¹⁴³) non è un'assunzione diretta alle dipendenze della società pubblica (in quanto la qualifica di datore di lavoro è in capo all'Agenzia per il lavoro), *nella sostanza*, il personale assunto in somministrazione, in missione presso l'utilizzatore (società partecipata), è retribuito direttamente dal somministratore, il quale sarà rimborsato dall'utilizzatore essendo obbligato con questi in solido, andando in concreto ad incidere indirettamente sulla spesa pubblica della società partecipata e sui vincoli assunzionali introdotti con il Testo Unico sulle Partecipate. Ulteriore indicazione contraria la si rinviene nella circostanza che il contratto di somministrazione di lavoro in relazione soprattutto all'introduzione del D.L. 87/2018 convertito dalla L. 96/ 2018 nell'allineare le disposizioni per tale *genus* contrattuale a quello della disciplina dei contratti a tempo determinato, ne ha uniformato la disciplina, prevedendo la sottoposizione per le società partecipate dei vincoli previsti per il reclutamento dall'art. 19 TUSP. Diversamente non si giustificerebbe una qualificazione differenziata essendo ammesso l'utilizzo della somministrazione da parte delle società partecipate alla luce delle

¹⁴² CARINCI, *Rapporto di lavoro e società a partecipazione pubblica: l'evoluzione legislativa*, in Lavoro Diritti Europa, 2018, p. 15; ALTIMARI, *Assunzioni e contratti a termine nelle società a partecipazione pubblica*, in Lavoro Diritti Europa, 2018, n. 2, pp. 323 e ss.; GRECO, *Il reclutamento del personale nelle società a partecipazione pubblica* p. 84. Di orientamento diverso PINTO, *La somministrazione di manodopera in favore delle amministrazioni pubbliche. Questioni giuridiche e criticità gestionali*, in Riv. It. Dir. Lav., 2018, p. 587.

¹⁴³ Per le società a partecipazione pubblica a differenza della Pubblica Amministrazione, sembra possibile la somministrazione di lavoro di personale a tempo indeterminato (staff leasing), in quanto la selezione del personale, pur se ispirato ai principi di matrice pubblica di cui all'art. 19 co. 2 TUSP, non prevede l'accesso ai pubblici uffici alla disciplina del concorso pubblico ex art. 97 co. 4 della Carta Costituzionale. Non è quindi vietato l'utilizzo dello staff leasing nelle società partecipate così come avviene per la Pubblica Amministrazione, dove il decreto attuativo del Jobs Act sui contratti di lavoro (Dlgs 81/2015), al comma 4 dell'articolo 31, prevede espressamente che "la disciplina della somministrazione a tempo indeterminato non trova applicazione nei confronti delle pubbliche amministrazioni".

limitazioni normative imposte dal Testo Unico del 2016 e ss.mm.ii. che impongono oltre al rispetto di derivazione comunitaria anche quelle in materia di costi del personale attraverso il contenimento degli oneri contrattuali e delle assunzioni. Fattispecie già confermate da una granitica giurisprudenza contabile precedente all'entrata in vigore del TUSP, la quale affermava che le disposizioni in materia di reclutamento del personale, essendo finalizzate al contenimento della spesa pubblica, assumono carattere generale, non potendo non comprendere tutte le forme contrattuali – ivi comprese quelle riconducibili all'istituto di somministrazione¹⁴⁴. La questione ha assunto tratti ancora più marcati soprattutto nella fase transitoria di sospensione delle assunzioni a tempo indeterminato previsto dal TUSP fino al 30 giugno 2018 in vista della riorganizzazione dell'ANPAL per i lavoratori delle società partecipate, durante la quale queste hanno tentato di far fronte al fabbisogno del personale tramite l'utilizzo di diversi istituti flessibili tra cui appunto il contratto di somministrazione di lavoro.

L'art. 19 TUSP rubricato "gestione del personale" al comma 2 si riferisce alle procedure di reclutamento (tutte), senza porre in essere una distinzione tra le diverse *species* di contratti possibili che la società partecipata può utilizzare in fase di reclutamento; tale assunto è rilevante in ragione anche di una coerenza sistemica della disposizione, la quale oltre a regolare le procedure del personale dipendente delle società partecipate mira a contenere la spesa e la finanza pubblica attraverso l'applicazione di un regime pubblicistico alle procedure di reclutamento.

Sulla disciplina dei contratti di somministrazione utilizzati dalle società partecipate, al fine di ovviare a facili elusioni alla normativa in materia di selezione del personale, occorre porre l'attenzione sulle due tipologie di selezioni diverse per natura e modalità che interessano l'iter di reclutamento: la prima è quella che la partecipata adotta per scegliere l'Agenzia per il Lavoro che andrà a selezionare i lavoratori; la seconda riguarda le modalità e le procedure attraverso le quali le Agenzie per il Lavoro provvedono a selezionare il personale da inviare in missione alle società partecipate.

¹⁴⁴ Corte dei Conti, Sez. Regionale di Controllo Puglia, decisione n. 1/2015; Corte dei Conti Sez. Regionale Lombardia n. 36/2012; Corte dei Conti Sez. Toscana n. 1/2015.

La prima – quella riferita alla scelta della Società Partecipata dell’Agenzia per il Lavoro - dovrà porre in essere la selezione di uno o più lavoratori da mandare in missione nel rispetto dello spettro degli affidamenti di servizi previsti dal Codice degli Appalti (D.lgs. 50/2016 e ss.mm.ii.), nei casi di acquisto di beni, servizi e forniture¹⁴⁵.

Bisogna a tal proposito distinguere caso per caso soprattutto in ragione del tipo di società partecipata, anche se molte società pubbliche con propri provvedimenti interni possono decidere di sviluppare un protocollo regolamentativo che in qualche modo rispetti i criteri di rotazione¹⁴⁶, tenendo conto del confronto concorrenziale, scegliendo l’Agenzia per il lavoro selezionatrice nel rispetto del criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa¹⁴⁷, essendo tale criterio in grado di valorizzare adeguatamente il profilo qualitativo dell’offerta, unitamente agli obiettivi di contenimento della spesa.¹⁴⁸

La seconda selezione verte sulle modalità concrete di reclutamento che le Agenzie per il Lavoro pongono in essere – naturalmente – senza attenersi a quei principi di matrice pubblicistica richiamati dall’art. 19 TUSP. Non

¹⁴⁵ Sull’argomento tra i molti: GARILLI, *In house providing e società pubbliche pluripartecipate. Riflessioni sul “controllo analogo congiunto” nel quadro generale delle “società a controllo pubblico*, Rivista delle Società, fasc.2-3, 2022, pp. 450 e ss.; CARINGELLA, GIUSTINIANI, MANTINI (a cura di), *I contratti pubblici. Trattato sistematico sulla contrattualistica pubblica*, Dike Giuridica, 2021; MACCHIA, *La regolamentazione degli affidamenti da parte dei concessionari*, Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario, fasc.1, 2018, pp. 153 e ss.; PERFETTI, *L’affidamenti diretto di servizi pubblici locali a società partecipate dai comuni, tra amministrazione indiretta e privilegi extra legem*, in Foro amm., 2004; GRECO, *Gli affidamenti “in house” di servizi e forniture, le concessioni di pubblico servizio e il principio della gara*, in Riv. dir.pubbl.com., 2001; MAMELI, *Affidamenti in house e libera concorrenza*, in Urb e app., 2003.

¹⁴⁶ Tra i “propri provvedimenti” che la Partecipata può adottare, c’è la possibilità di istituire un Albo fornitori Telematico dal quale attingere nei casi di servizi che hanno come oggetto la selezione e il reclutamento del personale (come a titolo esemplificativo – avviene per l’Ausino Spa – società Campana che si occupa della gestione del servizio idrico integrato per molti Comuni della Provincia di Salerno e Napoli, la quale adotta il Portale Telematico “Traspare” - ausino.traspare.com – che prevede l’elenco di un Albo Fornitori suddivisi per categorie merceologiche tra le quali è possibile attingere dalla categoria “Servizi di attività di selezione e reclutamento del personale”, elenco nel quale sono riunite tutte le Agenzie per il Lavoro che svolgono quell’attività).

¹⁴⁷ Ai sensi dell’art. 95 c. 3 del Codice degli Appalti il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa - a differenza del criterio del miglior prezzo il quale confronta le varie offerte presentate dagli operatori economici privilegiando quella con l’importo più basso offerto - attribuisce ai fini dell’aggiudicazione, punteggi ancorati congiuntamente a requisiti qualitativi e quantitativi, privilegiando il miglior rapporto tra la qualità del lavoro/servizio/fornitura e la voce prezzo.

¹⁴⁸ ALTIMARI, *op. cit.*, p. 171.

essendo la società partecipata a stabilire direttamente con propri provvedimenti criteri e modalità per il reclutamento del personale, l’Agenzia per il Lavoro è nella condizione di adottare discrezionalmente ed in ragione della sua organizzazione interna, le modalità e le procedure di selezione idonee e finalizzate alla selezione del personale da inviare in missione alle società partecipate. Le Agenzie per il Lavoro selezionano le figure professionali che ritengono pertinenti per il/i profilo/i richiesti dalla Società e dopo una valutazione preventiva basata su una pre-selezione curriculare, convocano i candidati potenzialmente idonei per un primo colloquio di lavoro. A seguito del primo colloquio (che avviene nel rispetto dei propri protocolli interni per mano dei HR recruiters in forza all’Agenzia per il Lavoro), l’Agenzia trasferisce un elenco di candidati idonei alla Società Partecipata in ragione dei requisiti e delle skills curriculari richieste da questa; in tal modo, la Società Partecipata effettua uno o più colloqui solo a quei candidati che potrebbero ricoprire quel/quei determinato/i ruolo/i.¹⁴⁹

Diventa perciò complesso e difficile il rispetto in capo alla società partecipata di quei principi di cui all’art. 19 del TUSP una volta che comunque l’iter di selezione è per la maggior parte (*rectius* quasi totalmente) delegato in capo ad un soggetto terzo e privato qual è l’Agenzia per il Lavoro. Ben potrebbe provvedere la società pubblica, nel rispetto di principi anche di derivazione comunitaria, pubblicare sul proprio sito istituzionale e su quello degli enti pubblici controllori, il bando ed ogni informazione utile che a seguito della selezione per l’Agenzia per il Lavoro rinviano alla selezione presso l’Agenzia per il Lavoro in itinere. Si potrebbe altresì provvedere ad inserire all’interno del capitolato speciale d’appalto che andrà poi a formare formalmente e sostanzialmente parte integrate del contratto a seguito della selezione tra Agenzia per il Lavoro e società pubblica, che l’Agenzia nel corso dell’iter di selezione debba obbligatoriamente *ex contratto* ispirare la selezione a principi, anche di derivazione europea, di trasparenza, pubblicità e imparzialità. Il mancato rispetto per opera dell’Agenzia per il Lavoro di tali

¹⁴⁹ Nei siti web delle diverse Agenzie per il Lavoro (tra i molti www.indeed.it; www.adecco.it) nella sezione “Servizi per le Società/Aziende” sono indicati i regolamenti e i protocolli circa le concrete modalità di selezione svolte dai HR recruiter a favore delle Società (utilizzatrici) che ne fanno richiesta.

principi, potrebbe palesare in capo a questa una responsabilità contrattuale nei riguardi della società pubblica ex art. 1218 c.c.

Ulteriore punto da delineare verte sulle eventuali sanzioni nell'ipotesi di contratti di somministrazione illegittimi e/o irregolari. L'assenza di una selezione diretta della società partecipata, dissipa eventuali dubbi circa le conseguenze sanzionatorie derivanti dalla somministrazione irregolare¹⁵⁰, che sembrano escludere nell'ipotesi di illecita fornitura di manodopera a terzi, la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze dell'utilizzatore con effetto dall'inizio della somministrazione. A tal proposito anche la giurisprudenza ha previsto che nell'ipotesi in cui vengano stipulati contratti di somministrazione illegittimi, non sussistono obblighi di assunzione nella società partecipata in ossequio ai principi dettati dall'art. 35 comma 3 del D.lgs. 165/2001 come per le assunzioni nelle pubbliche amministrazioni¹⁵¹. La Suprema Corte ha altresì evidenziato che quand'anche si rilevasse la dedotta illegittimità della somministrazione e dei contratti commerciali, l'assunzione non potrebbe aver luogo se non attraverso il pubblico concorso escludendo a priori il diritto del lavoratore alla conversione del contratto in rapporto a tempo indeterminato, ritenendo legittima la sola condanna della società al risarcimento del danno (art. 36, comma 5, d.lgs. n. 165/2001)¹⁵² e parificando in fatto ed in diritto gli indirizzi in tema di conversione di contratto di lavoro a termine stipulati dalla società partecipata che non sembrano trovare alcuna possibilità di conversione.

¹⁵⁰ FALSONE, *I rapporti di lavoro nelle imprese pubbliche: la tendenza espansiva del diritto "speciale"* in Lavoro, Diritti, Europa n. 2/2018, p.15.

¹⁵¹ Tribunale di Salerno Sez. Lav. sent. 3847 del 7 ottobre 2013.

¹⁵² Corte di Cassazione, Sent. n. 12414/21 dell'11 maggio 2021.

13. La giurisdizione ordinaria circa la validità dei provvedimenti e delle procedure di reclutamento del personale

La seconda parte del comma 4 dell'art. 19 TUSP afferma a chiare lettere la giurisdizione ordinaria sulla validità dei provvedimenti e delle procedure di reclutamento del personale¹⁵³.

Occorre interrogarsi se tale disposizione sia costituzionalmente legittima o se, l'art. 19 comma 4 ponga in essere evidenti asimmetrie in ragione della comparazione di una diversa tutela del settore pubblico. Tra le possibilità al vaglio del Legislatore del 2016, a tutela dei candidati che partecipano alle selezioni pubbliche, c'era l'eventualità di devolvere la competenza in tema di reclutamento del personale in via esclusiva al Giudice Amministrativo in ragione dell'art. 103 comma 1 Cost., così come avviene ad esempio in materia di accesso e concorsi pubblici o in altri casi espressamente richiamati dalla legge (come nelle ipotesi degli appalti pubblici nelle società *in house*) vista la particolarità delle materie che da un lato guardano allo *ius privatorum* e dall'altro sono comunque espressione di un interesse collettivo¹⁵⁴.

Il profilo attinente al binomio giurisdizione ordinaria/amministrativa circa la validità dei provvedimenti delle procedure di reclutamento del personale delle società partecipate è stata una vicenda che prima dell'introduzione dell'art. 19 comma 4 del TUSP aveva sviluppato un fiorente dibattito¹⁵⁵ in ragione

¹⁵³ Già l'art. 18 d.l. 25 giugno 2008 n. 112 (convertito, con modificazioni, nella l. 6 agosto 2008 n. 193), che dettava regole diverse per le procedure di reclutamento del personale da parte, da un lato, delle società in mano pubblica di gestione dei servizi pubblici locali (comma 1), e, dall'altro, delle altre società a partecipazione pubblica totale o di controllo (comma 2), è stata definita come una norma di diritto sostanziale, la quale non ha inciso in alcun modo sui criteri di riparto della giurisdizione in materia di assunzione dei dipendenti, che rimane devoluta, in entrambe le fattispecie anzidette, al giudice ordinario, trattandosi ugualmente di società non equiparabili alle pubbliche amministrazioni. È, pertanto, manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 18, comma 2, del suddetto decreto, sollevata in riferimento agli art. 3 e 97 cost., nella parte in cui si assume che assoggetti a differenti criteri di riparto della giurisdizione le società di gestione dei servizi pubblici dalle altre società pubbliche. Così la Cassazione civile sez. un., 22/12/2011, n.28330.

¹⁵⁴ PIGNATARO, *Il reclutamento del personale nelle società a controllo pubblico secondo il t.u. n. 175 del 2016: alcuni rilievi*, dal web www.federalismi.it – n. 10, 2020.

¹⁵⁵ GAMBARDELLA, *Le fonti di disciplina del rapporto di lavoro*, in GAROFOLI, ZOPPINI A., (a cura di) *Manuale delle società a partecipazione pubblica*, 2018 pp. 654-656; GRAMANO, *Il reclutamento e la gestione del personale alle dipendenze delle società a partecipazione pubblica*, WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT – 332/2017, p. 13-15; PIGNATARO, *Il reclutamento del personale nelle società a controllo pubblico secondo il t.u. n. 175 del 2016: alcuni rilievi* in Federalismi.it – n. 10, 2020, p. 418; FOLLIERI, *Il sindacato giurisdizionale sugli atti soggettivamente privati e oggettivamente amministrativi*, in *Il Foro Italiano*, 2014, pp.1801-1803.

soprattutto del silenzio serbato dalla disciplina antecedente all'introduzione del Testo Unico.

Già con l'art. 18 d.l. n.112/2008, la Giurisprudenza di Legittimità¹⁵⁶ aveva statuito che trattandosi di norma di diritto sostanziale, non si violavano in alcun modo i criteri di riparto della giurisdizione in materia di assunzione dei dipendenti, fattispecie che erano devolute al giudice ordinario.

Nel silenzio del D.L. n. 112 del 2008, la Giustizia Amministrativa¹⁵⁷ aveva stabilito che in caso di violazioni o illegittimità a tutela dei diritti violati, in ragione della natura giuridica delle società a partecipazione pubblica, era opportuno adire la Giustizia Ordinaria. Questo perché, nel caso di reclutamento in seno alle società partecipate viene meno quell'elemento essenziale che giustificerebbe l'adozione della Giustizia Amministrativa: l'esercizio pieno di pubblici poteri e il conseguente esercizio di pubblica potestà¹⁵⁸.

La Giurisdizione Amministrativa in ragione dell'art. 7 comma 2 del Codice del Processo Amministrativo prevede che i provvedimenti emanati che giustificano una sua tutela, siano riconducibili all'esercizio di un potere pubblico nell'interesse di una collettività pubblica, nonostante le società partecipate debbano rispettare i principi di chiara espressione pubblicistica di cui all'art. 19 comma 2¹⁵⁹. Rispetto a tali società, invero, non può assumere alcuna rilevanza la previsione di cui all'art. 7, comma 2, del Codice del Processo Amministrativo, che estende la portata della giurisdizione amministrativa nei confronti dei soggetti che siano comunque "equiparati" alle P.A., attesa proprio la non equiparabilità alle P.A. delle società partecipate (stante la loro natura privatistica). Né varrebbe a far attrarre la giurisdizione dinanzi al G.A. la circostanza che nel caso di specie rientrerebbe nella materia del rapporto di lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche: a tal proposito l'art. 63, comma 4, del citato D.lg. n. 165/2001 attribuisce al G.A. la giurisdizione per le controversie in materia di procedure

¹⁵⁶ Cass. civ., SS.UU., ordinanza 23 gennaio 2015, n. 1237; Cass. Sez. Un. n. 28330 del 2011; Cons. Stato, sez. V, 11 novembre 2014, n. 5944; TAR Umbria, 29 gennaio 2014, n. 85.

¹⁵⁷ Consiglio di Stato, Consult. Atti normativi n. 2415 del 2010.

¹⁵⁸ Cass. Civ. Sez. Un., prd. 28330 del 2011; Cass. Civ. Sez. Un. Ord. 28239 del 22 dicembre 2011.

¹⁵⁹ Cons. Stato, sez. V, 11 novembre 2014, n. 5944.

concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle P.A., sicché pure in questo caso verrebbe a mancare il requisito soggettivo della qualificazione come P.A. del soggetto i cui atti vengono censurati¹⁶⁰.

L'introduzione dell'art. 19 comma 4 si riferisce alla totalità della procedura del reclutamento del personale fino alla sua estinzione nonostante qualche dubbio interpretativo potesse in qualche modo sorgere in ragione del processo di privatizzazione del lavoro pubblico, che ferma la competenza del giudice ordinario del lavoro per quanto riguarda il rapporto contrattuale e le sue modifiche, devolve *ex art. 63 comma 4 del D.Lgs. 165/2001*¹⁶¹ al Giudice Amministrativo le controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei lavoratori dipendenti della PA¹⁶².

I concorsi e le selezioni per le assunzioni del personale delle società partecipate pubbliche non rientrano nella Giurisdizione Amministrativa; infatti sussistendo la Giurisdizione del Giudice Amministrativo "*in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle P.A.*", prevista dall'art. 63, comma 4 del d.lgs. n. 165 del 2001, deve ritenersi fondata nei soli casi di procedure attuate da uno dei soggetti rientranti nella nozione di Pubblica Amministrazione ai sensi dell'art 1 comma 2 del citato decreto, che comunque siano finalizzati all'instaurazione di un rapporto di lavoro di tipo pubblicistico¹⁶³.

In considerazione della natura privatistica della società partecipata, tale norma prevista per i lavoratori del pubblico impiego, non si applica quindi ai lavoratori delle partecipate non solo in relazione della loro natura formale (di società di capitali, srl o spa) ma anche nell'applicazione *in negativo* delle norme del processo amministrativo ai sensi dell'art. 7 comma 2¹⁶⁴ delle disposizioni riferite al processo amministrativo alle Pubbliche

¹⁶⁰ T.A.R. di Roma, sez. I, 23/02/2015, n. 3136; già Cass. Sez. Un. n. 28330 del 2011.

¹⁶¹ Art. 63 comma 4 del D.lgs. 165/2001: "*Restano devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, nonché, in sede di giurisdizione esclusiva, le controversie relative ai rapporti di lavoro di cui all'articolo 3, ivi comprese quelle attinenti ai diritti patrimoniali connessi*".

¹⁶² ALTIMARI, *op. cit.*, pp. 124 e ss.

¹⁶³ Tar Umbria, sez. I, 5 ottobre 2018, n. 519.

¹⁶⁴ Art. 7 comma 2 Codice del Processo Amministrativo (D.lgs. 2 luglio 2010, n. 104): "*Per pubbliche amministrazioni, ai fini del presente codice, si intendono anche i soggetti ad esse equiparati o comunque tenuti al rispetto dei principi del procedimento amministrativo*".

Amministrazioni, da intendersi anche a quei soggetti equiparati o comunque tenuti al rispetto del principio del procedimento amministrativo, definizione che nonostante i tentativi passati di accertamento del binomio società partecipata – PA, ad oggi è del tutto esclusa in ragione dell’art. 1 comma 2¹⁶⁵ del D.lgs. 165/2001 che non qualifica le società a controllo pubblico come Pubblica Amministrazione per espressa indicazione legislativa.

È opportuno precisare che la Giurisdizione Ordinaria indicata all’interno dell’art. 19 comma 4 del TUSP è da intendersi in qualità di Giudice del Lavoro, il quale valuterà gli eventuali vizi procedurali attinenti al reclutamento analizzando tutti gli aspetti patologici riferiti all’annullabilità e alla nullità della stessa. Se prima dell’introduzione del TUSP (e dell’art. 19 comma 4), dubbi circa il corretto inquadramento della giurisprudenza alimentavano un fervido dibattito giurisprudenziale¹⁶⁶ poi placato a seguito della chiara esposizione legislativa che attribuisce la competenza alla Giurisdizione Ordinaria sulla validità dei provvedimenti e delle procedure di reclutamento del personale, da ultimo, proprio le problematiche sottese all’impugnabilità dei provvedimenti prodromici al reclutamento della società partecipata hanno visto l’intervento del Tribunale Amministrativo¹⁶⁷, che mettendo in discussione proprio la natura dell’art. 19 comma 4 TUSP, ha pronunciato un’importante decisione circa la competenza giurisdizionale nei riguardi dei cd. “propri provvedimenti” adottati dalla partecipata, i quali *“non possono essere relegati all’esclusivo contesto dei rapporti societari e privatistici intercorrenti tra l’ente pubblico socio e la propria partecipata”*. Il Giudice Amministrativo ha affermato che l’adozione di questi atti *“riferiti*

¹⁶⁵ art. 1 comma 2 del Testo Unico Pubblico Impiego (D.Lgs. 165/2001): *“Per amministrazioni pubbliche si intendono tutte le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le Regioni, le Province, i Comuni, le Comunità montane e loro consorzi e associazioni, le istituzioni universitarie, gli Istituti autonomi case popolari, le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale l’Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni (ARAN) e le Agenzie di cui al decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300. Fino alla revisione organica della disciplina di settore, le disposizioni di cui al presente decreto continuano ad applicarsi anche al CONI”*.

¹⁶⁶ Consiglio di Stato sez. V, 11 dicembre 2015, n. 5643; Cass. civ., SS.UU., ordinanza 23 gennaio 2015, n. 1237; Cass. Sez. Un. n. 28330 del 2011; Cons. Stato, sez. V, 11 novembre 2014, n. 5944.

¹⁶⁷ TAR Campania Napoli, sez. I del 28/2/2022 n. 1371.

ad aspetti prodromici alla procedura selettiva, nel coinvolgere l'assetto organizzativo complessivo della società, finiscono con avere impatto direttamente sull'ente pubblico socio con conseguente suo coinvolgimento anche riguardo alla questione relativa alla selezione del personale", non può quindi "in applicazione della riserva prevista dall'art. 63 comma 4 del D.lgs. 165/2001", essere relegata all'esclusivo contesto dei rapporti societari e privatistici, dovendo essere di fatto oggetto di Giurisdizione Amministrativa, nonostante l'espressa indicazione dell'art. 19 co. 4 TUSP.¹⁶⁸

La decisione, chiarendo *expressis verbis* che sussiste la giurisdizione del Giudice Amministrativo in materia di reclutamento (seppur in riferimento a posizioni apicali quale quella dirigenziale di direttore generale) e nel rinviare alla riserva di cui all'art. 63 comma 4 del TUPI, estende impropriamente al personale e ai lavoratori delle società partecipate, una norma riferita ai dipendenti delle Pubbliche Amministrazioni, nonostante l'espresso rinvio alla Giurisdizione Ordinaria previsto dall' art. 19 comma 4 TUSP.

Tale decisione secondo i Giudici del Tar Campania, trova ulteriore sostegno argomentativo nel fatto che *"la fissazione dei criteri di selezione non è un aspetto neutrale rispetto alla considerazione dell'interesse pubblico che finale, che per l'ente pubblico (nel caso di specie la Regione) è individuare gli strumenti più idonei per consentire una più efficiente allocazione delle risorse pubbliche"*.

Una decisione che sembra aprire nuovamente spiragli di dibattito ormai sopito sull'annosa questione riguardante il diverso regime di tutela e competenza giurisdizionale amministrativo/ordinaria che ha caratterizzato gli anni passati prima dell'introduzione del Testo Unico sulle Partecipate.

¹⁶⁸ Art. 63 comma 4 del D.lgs. 165/2001: *"Restano devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, nonché, in sede di giurisdizione esclusiva, le controversie relative ai rapporti di lavoro di cui all'articolo 3, ivi comprese quelle attinenti ai diritti patrimoniali connessi"*.

CAPITOLO 2 “Le vicende circolatorie del personale delle società partecipate tra nuova selezione e mobilità sui generis”

1. Il processo di revisione delle partecipazioni pubbliche

Il processo di revisione delle partecipazioni pubbliche per quanto attiene i suoi risvolti giuslavoristici¹⁶⁹, attecchisce in concreto nell’ampio ventaglio delle vicende circolatorie che coinvolge il personale dipendente delle società partecipate.

Questo strumento di macro-organizzazione societaria ha veicolato quella narrazione prevalentemente giornalistica antecedente all’entrata in vigore del Testo Unico delle Partecipate che vedeva il D.lgs. 175/2016 come uno strumento finalizzato a *tagliare il numero delle partecipate* al fine di consentire alla spesa pubblica di risparmiare cifre per oltre un miliardo di euro

170

Negli anni, prima delle indicazioni del Testo Unico, vi sono state molte proposte e studi mirati a ridurre il numero delle partecipate (la Commissione Giarda, il Programma del Commissario Cottarelli, l’azione di *spending review* del Governo Monti con l’art. 4 del D.L. 95/2012), ad esclusione di quelle che svolgevano servizi di interesse generale o che per ragioni socio-economiche non prevedevano la possibilità di un efficace ricorso al mercato. Nel corso degli anni - prima dell’introduzione del Testo Unico sulle Partecipate che come indicato nella relazione di accompagnamento, ha avuto l’obiettivo primario di riassumere in un quadro organico le numerose disposizioni fino a quel momento vigenti in materia e di ridisegnare la

¹⁶⁹Tra i molti: RICCOBONO, *Il riassorbimento del personale delle società partecipate*, dal web Amministrazione in Cammino n. 4 www.amministrazioneincammino.luiss.it, 2014; MAZZONI, *Limiti legali alle partecipazioni societarie di enti pubblici e obblighi correlati di dismissione: misure contingenti o scelte di sistema?*, in IBBA, MALAGUTI, MAZZONI (a cura di), *Le società “pubbliche”*, Giappichelli, 2011; CALCAGNILE, *La razionalizzazione delle società a partecipazione pubblica* in *Giorn. Dir. Amm.*, 2017 pp.441 e ss.; ALTIMARI, *Diritto del lavoro e società pubbliche tra impresa e amministrazione*, Giappichelli Editore, 2020, pp. 235 e ss.

¹⁷⁰ BASSI, “*Economia provvedimento taglia-partecipate comporterebbe, secondo alcune stime, risparmi per un miliardo di euro*”, dal web *Il Messaggero*, www.messaggero.it, 2017, p. 18.; TROVATI, “*La novità arriva dal decreto correttivo del «taglia-partecipate» che ha ottenuto ieri il primo via libera in consiglio dei ministri, insieme al provvedimento sui licenziamenti sprint per gli assenteisti che conferma la sospensione in 48 ore e l’addio in 30 giorni a chi viene visto timbrare l’entrata senza poi avvicinarsi all’ufficio*”, dal web *Il Sole 24 Ore* www.ilsole24ore.it, 2017, p. 5”; DE GIROLAMO, *Le partecipate pubbliche e il taglio rimasto un miraggio*, dal web www.ilsole24ore.it, 2020.

disciplina con la finalità di razionalizzare del fenomeno delle società a partecipazione pubblica, avendo anche riguardo ad un' efficiente gestione delle partecipazioni medesime ed al contenimento della spesa pubblica¹⁷¹ - numerosi sono stati i tentativi incardinati nei diversi processi di revisione delle società partecipate che hanno avuto l'obbiettivo precipuo di ridimensionare il numero delle società a partecipazione pubblica al fine di incidere sulla spesa¹⁷².

La revisione delle partecipazioni esistenti è stata articolata secondo una doppia modalità: ordinaria e straordinaria¹⁷³; la revisione ordinaria trova la sua fonte giuridica all'interno dell'art. 20 del TUSP, quella straordinaria è disciplinata dall'art. 24 TUSP. Si tratta di operazioni di riassetto che possono avere riverberi sui sistemi occupazionali e, anzi, proprio in riferimento a tale aspetto, accade spesso che proprio le ripercussioni sui lavoratori costituiscono una remora a porre in essere siffatti riordini¹⁷⁴.

L'art. 24 TUSP statuisce una revisione straordinaria delle partecipazioni che doveva essere realizzata entro il termine del 30 settembre 2017, attraverso operazioni di carattere societario (nella fattispecie dismissioni, fusioni e liquidazioni delle società partecipate), con l'obbiettivo di ridurre la proliferazione ed il numero sulla base delle dimensioni societarie, dell'efficienza e della funzionalità in relazione agli obiettivi istituzionali delle Pubbliche Amministrazioni di riferimento. Tale approccio ha avuto il limite di considerare il sistema delle partecipate come un tutt'uno, espressione globale di una pluralità indifferenziata di soggetti giuridici.

Da un punto di vista temporale, la revisione straordinaria ex art. 24 è prodromica, funzionale ed antecedente a quelle ordinarie e successive previste dall'art. 20. A differenza dell'art. 24 che attiene a profili macro organizzativi di revisione straordinaria, l'istituto giuridico previsto dall'art. 20,

¹⁷¹ Testo Unico sulle Partecipate, scheda di lettura, Dossier XVII Legislatura, p. 13.

¹⁷² PAONE, in occasione del seminario "*Il rapporto di lavoro nelle società pubbliche nel nuovo Testo Unico*", tenutosi a Milano in data 30 settembre 2016 e a Roma il 28 ottobre 2016.

¹⁷³ PETTINARI, *I piani di razionalizzazione*, in CERIONI (a cura di), *Le società pubbliche nel Testo Unico*, p.427 in MARESCA-ROMEI, *Il rapporto di lavoro nelle società a controllo pubblico*, Giuffrè, 2019, p. 33.

¹⁷⁴ PINTO, *Sui rapporti di lavoro alle dipendenze delle società in controllo pubblico e delle società in house*, in *Le "nuove" società partecipate e in house providing*, a cura di FORTUNATO e VESSIA, in *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, 2017, p. 245.

può essere definito come un procedimento di micro-revisione che interessa di converso, non le società nella loro totalità, ma ogni singola società partecipata intesa come *unicum* e per le quali, in considerazione dell'art. 25 comma 1, è imposto l'obbligo di effettuare una ricognizione del personale dipendente per individuare i cd. lavoratori eccedenti¹⁷⁵.

Sotto i profili di differenziazione della revisione, quella ordinaria attiene alle partecipazioni estranee alle categorie di attività ammissibili di cui all'art. 4 TUSP, società che hanno un numero di amministratori superiori a quello dei dipendenti, partecipazioni in società che svolgono attività analoghe o similari a quelle svolte da altre società partecipate o da enti pubblici strumentali, partecipazioni in società che, nel triennio precedente, abbiano, conseguito un fatturato medio non superiore a un milione di euro, partecipazioni in società diverse da quelle costituite per la gestione di un servizio d'interesse generale che abbiano prodotto un risultato negativo per quattro dei cinque esercizi precedenti, o società che abbiano la necessità di contenimento dei costi di funzionamento in riferimento alle attività consentite dall'articolo 4 TUSP.

A tal proposito è opportuno rilevare che le differenze sia sotto il profilo oggettivo che soggettivo delle previsioni *ex art.* 20 e 24 TUSP, appaiono evidenti: la revisione straordinaria *ex art.* 24 ha ad oggetto partecipazioni non riconducibili alle categorie ed attività ammissibili di cui all'art. 4, partecipazioni che non soddisfano gli oneri di motivazione analitica di cui all'art. 5 o comunque quelle partecipazioni che rientrano in una delle motivazioni di adozione dei piani di razionalizzazione *ex art.* 20 comma 2. L'art. 24 del Testo Unico in prima battuta ha previsto una revisione straordinaria delle partecipazioni detenute dalle Pubbliche Amministrazioni da effettuare entro il 30 settembre 2017, organizzate secondo le linee guida pubblicate dalla Corte dei Conti sez. Autonomie¹⁷⁶, norma che vede come soggetto destinatario sia le singole società partecipate che le pubbliche amministrazioni.

La revisione straordinaria richiamata all'interno dell'art. 24 nella sua prima

¹⁷⁵ MARESCA, *Il lavoro alle dipendenze delle società a controllo pubblico*, dal web www.federalismi.it, n. 17, 2018.

¹⁷⁶ Corte dei Conti, sez. Autonomie, Deliberazione n. 19/SEZAUT/2017.

versione, nel riassetto e ordinare norme già esistenti, talvolta derogando agli impianti privatistici in materia di società e andando ad incidere sui profili amministrativo-societari della costituzione, mantenimento e dismissione di tali società, ha inciso a fondo sulle dinamiche dei lavoratori interessati dalla revisione indicata nell'art. 24 TUSP. L'art. 24 ha costituito la base per una serie di revisioni periodiche che hanno visto il necessario coinvolgimento sia delle Sezioni della Corte dei Conti competente che del Ministero dell'Economia delle Finanze come indicato nell'art. 20 del TUSP (in particolare art. 20, commi 1 e 3 e art. 24, co. 1). L'esito di tale ricognizione – anche nell'ipotesi in cui questo fosse negativo – è stato comunicato attraverso il Portale Tesoro del collegato Dipartimento attraverso l'applicativo web “Partecipazioni”, un'importante banca dati che tra le numerose informazioni contiene anche quei dati afferenti all'esito della revisione periodica nonché il provvedimento adottato ai sensi dell'art. 20 TUSP¹⁷⁷.

I risultati emersi nella prima fase della revisione straordinaria delle partecipazioni, dimostrano il non completo raggiungimento degli obiettivi preposti. A tal proposito, è lo stesso Rapporto sugli esiti della revisione straordinaria delle partecipazioni pubbliche formalizzato dal Ministero dell'Economia e delle Finanze¹⁷⁸ al termine della prima fase ad evidenziare che il numero complessivo di amministrazioni che era tenuto ad effettuare la ricognizione straordinaria prevista dal TUSP era pari a 10.700; il numero di amministrazioni che hanno adempiuto l'obbligo di comunicazioni al Dipartimento del Tesoro – sia esse negative (di non detenzione di partecipazioni) è stato pari all'87 % (di 10.700 e cioè pari a 9.341)¹⁷⁹. Su un totale di 32.427 partecipazioni detenute dalle amministrazioni pubbliche, 18.124 (poco più del 56%) sono risultate non conformi a quanto disposto dal Testo Unico in materia di partecipate ex art. 24 dello stesso e pertanto avrebbero dovuto formare oggetto di misure di razionalizzazione.

¹⁷⁷ La banca dati “Partecipazioni” è stata istituita dal Dipartimento del Tesoro in quello che è il più ampio Progetto “Patrimonio della PA” promosso per il censimento degli asset pubblici ex art. 2 comma 222 della legge n. 191 del 23 dicembre 2009 (la Legge Finanziaria 2010). Il portale è alimentato da oltre 11.000 amministrazioni pubbliche e dalle loro relative informazioni, nonché sulle partecipazioni da esse detenute, diventando una “banca dati unitaria” delle partecipazioni pubbliche.

¹⁷⁸ Rapporto MEF - Rapporto sugli esiti della revisione straordinaria delle partecipazioni pubbliche – www.dt.mef.gov.it.

¹⁷⁹ Così nel Rapporto MEF – Appendice Sez. A.3, Tavola A.34.

In relazione a tale dato, il 46 % (circa 8.351 di tali partecipazioni non conformi ai requisiti del TUSP) ha rappresentato la volontà di mantenere *tout court* la partecipazione, senza prevedere alcun intervento di razionalizzazione.

In secondo luogo, con riferimento alle amministrazioni che hanno dichiarato - in sede di revisione straordinaria - l'intenzione di procedere all'alienazione delle partecipazioni detenute, su un totale di 3.117 partecipazioni dichiarate cedibili, solo in 572 casi (il 18 %) è stato comunicato il buon esito della procedura¹⁸⁰. Con riferimento alle amministrazioni che hanno comunicato la volontà di esercitare il diritto di recesso dalle società entro il 30 settembre 2018, su un totale di 568, soltanto in 178 casi (pari al 31%) è stato comunicato l'esito positivo della procedura¹⁸¹.

La ricognizione voluta dal Legislatore del 2016 con il Testo Unico delle Partecipate si inserisce, integra ed assorbe quel piano di razionalizzazione già adottato dall'art. 1 comma 612 della legge n. 190/2014, nell'ottica di una maggiore responsabilizzazione degli enti soci, i quali sono tenuti a proceduralizzare ogni decisione in materia, non soltanto in fase di acquisizione delle partecipazioni, ma anche in sede di revisione, per verificare la permanenza delle ragioni del loro mantenimento. Decisioni che in qualche modo, hanno dei risvolti pratici su quelli che sono i rapporti di lavoro in seno alle singole partecipate e che comprendono e riguardano tutte le partecipazioni, anche quelle di minima entità ed anche le società quotate (il Testo Unico all'art. 24 infatti utilizza il termine "tutte"). Tale normativa

¹⁸⁰ Nonostante le difficoltà analizzate ed esposte in senso alla Camera dei Deputati dalla Direzione VIII del Dipartimento del Tesoro al cui interno è stata istituita la Struttura di indirizzo; a tal proposito la Relazione della Camera dei Deputati del 15 aprile 2022 : "Il Rapporto esposto illustra le principali risultanze della revisione straordinaria, prevista dall'articolo 24 del Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica (TUSP), fornisce anche interessanti informazioni sulla tipologia di partecipazioni detenute dalle amministrazioni pubbliche. Il documento analizza alcuni profili problematici, emersi con particolare evidenza in sede di applicazione della normativa introdotta dal TUSP, che hanno condizionato l'attuazione della riforma, e in particolare talune incertezze interpretative che hanno riguardato: a) l'ambito della definizione di società a controllo pubblico; b) differenti letture nella riconduzione delle attività societarie alla nozione di servizi di interesse generale; c) difficoltà nell'individuare procedure di alienazione delle partecipazioni, idonee a rendere compatibili regole di trasparenza e prassi di mercato. Anche l'analisi dei dati raccolti dalla Struttura di monitoraggio, ad esito della revisione straordinaria prevista dall'art. 24 del TUSP, indica due significative deviazioni rispetto alle finalità perseguite dalla riforma.

¹⁸¹ Così Rapporto sugli esiti della revisione straordinaria delle partecipazioni pubbliche formalizzato dal Ministero dell'Economia e delle Finanze, 2019 p. 10.

introdotta, lascia emergere tutte le difficoltà applicative di un diritto societario speciale che deve in qualche modo essere analizzata attraverso il filtro giuslavorista e ai risvolti pratici riferiti soprattutto nell'eventualità di dismissioni, scioglimento o estinzione societaria; problematiche sottese alle vicende circolatorie che in qualche modo hanno come elemento pregnante la tutela dei rapporti di lavoro nell'ottica di una revisione mossa dalla razionalizzazione della spesa pubblica che parte necessariamente dalla ricognizione del personale in servizio e dall'individuazione eventuale di personale eccedente.

2. La diversità delle vicende circolatorie del personale delle società partecipate

Le vicende circolatorie del personale delle società a partecipazione pubblica¹⁸² coinvolgono aspetti di notevole interesse nascenti soprattutto dall'intreccio di risvolti pratici multilivello che attengono a profili di natura comunitaria (riferiti a trasferimenti d'azienda), di natura civilistica di cui all'art. 2112 c.c. nonché a profili di rango costituzionale ex art. 97 Cost.

Le attuali vicende circolatorie di interesse delle società partecipate, trovano un loro antenato giuridico nell'art. 62 del d.lgs. 29/1993 – ormai abrogato - il quale rimandava alle aziende municipalizzate e al passaggio di dipendenti da amministrazioni pubbliche ad aziende o società private. Tale articolo prevedeva l'applicazione estensiva della disciplina del trasferimento di azienda di cui all'articolo 2112 del codice civile¹⁸³, nonché l'applicazione anche nel caso di passaggio dei dipendenti degli enti pubblici e delle aziende municipalizzate o consortili a società private per effetto di norme di legge, di regolamento e convenzione, che attribuiscono alle stesse società le funzioni esercitate dai citati enti pubblici ed aziende¹⁸⁴. Il fenomeno circolatorio agli albori degli anni Novanta non aveva quella connotazione sistemica e strutturale come accade ai giorni nostri, essendo un fenomeno eccezionale che tendeva essenzialmente a garantire un “plafond minimo ed inderogabile di garanzie per tutta una serie di operazioni di dismissione/privatizzazione di servizi e attività”¹⁸⁵.

L'impianto giuridico riferito alla circolazione del personale delle partecipate

¹⁸² GAMBARDELLA, *Le fonti di disciplina del rapporto di lavoro*, Parte VI – Il personale pp. 672 e ss. in GAROFOLI-ZOPPINI, *Manuale delle società a partecipazione pubblica*, Neldiritto Editore, 2018; POZZOLI, *Sul personale si gioca la partita della riforma*, Quotidiano Enti Locali, Il sole 24 Ore, 2016; COSMAI, *Riforma delle partecipate e ricollocamento degli esuberanti*, DPL,41,2016.

¹⁸³ Per approfondimenti sulla disciplina dell'art. 2112 c.c.: SANTORO-PASSARELLI, *Il rapporto di lavoro nel trasferimento d'impresa e di articolazione funzionalmente autonoma*, Giappichelli, 2014.

¹⁸⁴ Così l'art. 62 del d.lgs. 29/1993, abrogato dall'art. 43 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80.

¹⁸⁵ MAINARDI, *Trasferimento di attività e passaggio di dipendenti a soggetti pubblici e privati sub art. 34* in CARINCI - D'ANTONA (diretto da), *Commentario. Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, cit. p. 968 in ALTIMARI, *Diritto del lavoro e società pubbliche tra impresa e amministrazione*, Giappichelli, 2020, p.257.

non richiama la disciplina di cui all'art. 31 del TUPI¹⁸⁶, in quanto, il fenomeno che interessa le società partecipate essendo più ampio e complesso, coinvolge non solo fonti normative diverse ma anche interessi e connotazioni pratiche che amplificano le conseguenze stesse delle vicende circolatorie. Nelle connotazioni proprie del modello adottate dalle società partecipate in materia di vicende circolatorie, infatti, emergono tutte le differenziazioni con il modello utilizzato nelle Amministrazioni Pubbliche, per le quali il legame per i dipendenti in entrata ed in uscita - che si intreccia con le procedure di reclutamento - è molto più stretto. Basti pensare al fatto che nelle amministrazioni pubbliche, l'assunzione mediante concorso deve essere preceduta dall'esperimento delle procedure di mobilità al fine di bilanciare il principio della distribuzione ottimale delle risorse umane con quello della razionalizzazione della spesa pubblica¹⁸⁷ prevedendo - in ragione dell'art. 30 comma 2bis del Testo Unico del Pubblico Impiego - l'inserimento di dipendenti provenienti in via principale 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 è 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 può essere disposto anche se la vacanza sia presente in area diversa da quella di inquadramento assicurando la necessaria neutralità finanziaria¹⁸⁸.

¹⁸⁶ Art. 31 Testo Unico Pubblico Impiego- Passaggio di dipendenti per effetto di trasferimento di attività - 1. 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 ditali soggetti si applicano 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.

¹⁸⁷ Corte dei Conti, Delibera n. 253/2017.

¹⁸⁸ Così il comma 2bis dell'art. 30 del D.Lgs. 165/2001: "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 è 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 può essere disposto anche se la vacanza sia presente in area diversa da quella di inquadramento assicurando la necessaria neutralità finanziaria".

Le società partecipate soprattutto in considerazione del rispetto dell'autonomia datoriale della ricerca del personale più idoneo a ricoprire le funzioni necessarie allo svolgimento dell'attività di impresa, non hanno previsto a livello sistemico una continua e generale compensazione cogente tra personale in mobilità e reclutamento in organico tramite le procedure selettive delle società stesse, se non per le ipotesi previste dall'art. 24 TUSP che prevede la ricollocazione del personale in mobilità da eccedenza per effetto dei processi di revisione straordinaria o nel caso dell'art. 20 TUSP ascrivibili da una revisione essenzialmente di natura sistemica¹⁸⁹. La ricollocazione delle eccedenze e le collegate vicende circolatorie, se nella prima fase lascia emergere sfumature straordinarie che sembrano avvicinare le imprese pubbliche alla disciplina della PA, mettendo per un attimo in secondo piano la centralità e l'autonomia datoriale in ragione delle finalità di razionalizzazione della spesa pubblica e di un miglioramento dell'efficienza delle partecipate, a seguito della "sistemazione delle eccedenze" ex art. 20 e 24 TUSP, evidenzia tratti e connotazioni propri che allontanano le partecipate dalle procedure che riguardano le Amministrazioni Pubbliche; vicende circolatorie che nel determinare eccedenze di lavoratori, hanno l'obiettivo principe di rilanciare la funzione delle Società Partecipate.

Le maggiori peculiarità attengono ai fenomeni ricollegati all'esternalizzazione, all'intreccio con le vicende riferite agli appalti nonché alle regole speciali espressione anche dell'ordinamento comunitario nel quale confluiscono sia gli aspetti propri dei servizi pubblici essenziali nonché le norme riferite alla tutela e protezione della concorrenza¹⁹⁰.

In relazione degli interessi coinvolti nonché alla dicotomia pubblico/privato, delle specificità del Testo Unico sulle Partecipate in materia di personale e dei rapporti di lavoro, l'analisi delle vicende circolatorie a seguito dell'introduzione del D.lgs. 175/2016 rappresenta il barometro dello stato dei rapporti di lavoro nelle società partecipate, essendo uno strumento in grado,

¹⁸⁹ MAINARDI, *Società a controllo pubblico e diritto del lavoro in Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Liber Amicorum Carlo Cester, Cacucci, 2019, saggio pubblicato a seguito della relazione al 48° Convegno Nazionale Centro Nazionale Studi di Diritto del Lavoro "Domenico Napoletano" - Lavoro e dignità della persona - Bari, 7-8 giugno 2019

¹⁹⁰ ALTIMARI, *Diritto del lavoro e società pubbliche tra impresa e amministrazione*, Giappichelli, 2020, p.259.

nella sua specificità di offrire spunti di valutazione ad ampio raggio dai preminenti caratteri generali.

Sotto l'aspetto giuslavoristico, la protezione dei lavoratori nelle vicende circolatorie assume un ruolo centrale soprattutto a seguito del cambio di rotta del Legislatore che, dopo una prima fase di forte incentivo alle esternalizzazioni anche di matrice associativa attraverso la costituzione di società partecipate, ha dato avvio ad un'inversa fase di reinternalizzazione dei servizi anche e soprattutto mediante la dismissione di tali enti¹⁹¹. Il processo inverso che ha caratterizzato le internazionalizzazioni dopo un lungo periodo di esternalizzazioni (avvenute prevalentemente a partire della seconda metà degli anni Novanta, sotto la spinta ideologica di maggiore efficienza della macchina amministrativa), ha mostrato in concreto come le risorse economiche a disposizione – sempre scarse – sono state mal distribuite¹⁹² con tutti i fenomeni distorsivi conseguenti, soprattutto in materia di personale alle spese a questi ricollegati.

Nell'attuale periodo storico - inteso come quello a seguito del riordino post Testo Unico delle Società Partecipate - le vicende circolatorie sono indubbiamente collegate al fenomeno della reinternalizzazione delle funzioni, intesa come quel processo che ha quale esito quello di ricondurre lo svolgimento di attività, funzioni o servizi, già oggetto in precedenza di una esternalizzazione per il tramite dello strumento societario, nell'alveo della pubblica amministrazione intesa in senso lato¹⁹³.

¹⁹¹ GIACONI, *Un libro (per una materia) al confine tra pubblico e privato*, Lavoro Diritti Europa, n. 2/2021, p.5.

¹⁹² MAZZUCATO, *Lo Stato innovatore*, Laterza, 2020.

¹⁹³ ALTIMARI, *Diritto del lavoro e società pubbliche tra impresa e amministrazione*, Giappichelli, 2020, p. 261.

3. La nozione di eccedenza del personale e le procedure di individuazione

L'art. 25 Tusp è stato totalmente modificato fin dalla rubrica dagli artt. 1 cc. 10 nonies e 10 decies del d.l. 30 dicembre 2019 n. 162 (conv. dalla legge n. 8 del 28 febbraio 2020): al momento dell'emanazione del Testo Unico, tale articolo era rubricato "Disposizioni transitorie"; a seguito dell'introduzione del Decreto Milleproroghe 2020, la rubrica dell'art. 25 è mutata in "Disposizioni in materia di personale". Terminata la fase transitoria immediatamente successiva all'emanazione del Testo Unico sulle Partecipate, sono state aggiunte disposizioni in materia di personale in appendice ed aggiunta a quelle già previste dall'art. 19 TUSP.

Il richiamo alla nozione di "eccedenza di personale"¹⁹⁴ è rinvenibile in quello che è l'art. 25 del Testo Unico sulle Partecipate¹⁹⁵, così come modificato e integrato sia dal D.lgs. 16 giugno 2017, n. 100 che dal D.L. 30 dicembre 2019, n. 162, convertito, con modificazioni, dalla L. 28 febbraio 2020, n. 8.

Per quanto attiene alle "società controllate direttamente o indirettamente dalle pubbliche amministrazioni", la disciplina già l'abrogata dell'art. 1 comma

¹⁹⁴ Per un approfondimento sulle eccedenze di personale: MARESCA - ROMEI, *Il rapporto di lavoro nelle società a controllo pubblico*, Giuffrè, 2019, pp. 139 e ss.; GRAMANO, *Il reclutamento e la gestione del personale alle dipendenze delle società a partecipazione pubblica*, C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 332/2017, pp. 30 e ss.; BELLINI, *Società partecipate: l'applicabilità dell'art. 2112 c.c. in caso di cessione o esternalizzazione delle attività*, *Il giurista del lavoro* n. 6, 2014, pp. 40 e ss.; CURCURUTO, *Osservazioni sui rapporti di lavoro nelle società a controllo pubblico*, *Lavori Diritto Europa* n. 1, 2018, p. 20; VITO, *Le nuove società partecipate e in house providing*, *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, Giuffrè, 2017, pp. 245 e ss.; ALTIMARI, *Diritto del lavoro e società pubbliche tra impresa e amministrazione*, Giappichelli, 2020, pp. 239 e ss.

¹⁹⁵ Art. 25 Disposizioni in materia di personale: "Entro il 30 settembre di ciascuno degli anni 2020, 2021 e 2022, le società a controllo pubblico effettuano una ricognizione del personale in servizio, per individuare eventuali eccedenze, anche in relazione a quanto previsto dall'articolo 24. L'elenco del personale eccedente, con la puntuale indicazione dei profili posseduti, è trasmesso alla regione nel cui territorio la società ha sede legale secondo modalità stabilite con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, di concerto con il Ministro per la pubblica amministrazione e con il Ministro dell'economia e delle finanze, previa intesa in sede di Conferenza unificata ai sensi dell'articolo 8, comma 6, della legge 5 giugno 2003, n. 131. 2. Le regioni formano e gestiscono l'elenco dei lavoratori dichiarati eccedenti ai sensi del comma 1 e agevolano processi di mobilità in ambito regionale, con le modalità stabilite dal decreto previsto dal medesimo comma 1 e previo accordo con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative, tramite riallocazione totale o parziale del personale in eccedenza presso altre società controllate dal medesimo ente o da altri enti della stessa regione, sulla base di un accordo tra le società interessate. 3. Decorsi dodici mesi dalla scadenza dei termini di cui al comma 1, le regioni trasmettono gli elenchi dei lavoratori dichiarati eccedenti e non ricollocati all'Agenzia nazionale per le politiche attive del lavoro, che gestisce, d'intesa con ciascuna regione territorialmente competente, l'elenco dei lavoratori dichiarati eccedenti e non ricollocati".

565 della legge n. 147/2013, in caso di eccedenze di personale statuiva il necessario coinvolgimento delle rappresentanti sindacali al fine di predisporre un'informativa sindacale, così come avviene attualmente nelle procedure di mobilità collettiva, con lo scopo di individuare procedure di individuazione delle eccedenze che tenessero conto della complessità degli interessi contrapposti.

L'utilizzazione del termine "eccedenza" e le sue diverse coniugazioni di "eccedenza del personale", "personale eccedente", "lavoratori dichiarati eccedenti", nella sua definizione, deve necessariamente richiamare alla presenza di un numero di lavoratori superiore, in avanzo, rispetto alle effettive necessità della società partecipata, un'offerta lavorativa in più rispetto all'effettiva domanda, una mano d'opera disponibile maggiore rispetto alle possibilità effettive d'impiego¹⁹⁶. Occorre evidenziare a tal proposito che il lavoratore di una partecipata non è ontologicamente in eccedenza in ragione delle mansioni svolte, ma lo diventa a seguito di un procedimento interno di ricognizione del personale in servizio (da effettuare entro il 30 settembre di ogni anno per gli anni 2020, 2021 e 2022).

L'individuazione del personale in eccedenza si snoda attraverso una bi-ricognizione, espressione di necessità aventi conseguenze di carattere endogena od esogena. A tal proposito, proprio l'art. 25 prevede al comma 1 che "le società a controllo pubblico effettuano una ricognizione del personale in servizio, per individuare eventuali eccedenze, *anche* in relazione a quanto previsto dall'articolo 24" per quanto attiene alle procedure di revisione straordinaria. Tale circostanza pone l'attenzione sul fatto che è possibile avere una procedura di ricognizione espressione delle cd. revisioni straordinarie delle partecipazioni (anche in relazione a quanto previsto dall'art. 24) e una ricognizione interna, posta in essere da ogni singola società in relazione alle proprie e particolari necessità.

In ragione del richiamo alla disciplina del riassetto delle partecipate e dell'art. 24 TUSP, che prevede un processo di revisione straordinaria delle partecipazioni orientato alla riduzione complessiva delle stesse, si desume che l'individuazione delle eccedenze sembra finalizzata non solo ad un

¹⁹⁶ Definizione "eccedenza" da Vocabolario Treccani, in rete da www.treccani.it/vocabolario/eccedenza.

efficientamento delle singole società pubbliche, ma ha come *ratio* ispiratrice la razionalizzazione e il contenimento della spesa pubblica.

L'individuazione dei lavoratori eccedenti all'interno dei diversi organigrammi delle società partecipate ha quindi un ruolo significativo che coinvolge interessi complessi anche in ragione del fatto che la definizione di eccedenza non è mai oggettiva ed indiscutibile, ma si presta a valutazioni e definizioni dai confini non ben delineati. Tale definizione è il prodotto di una eterogeneità di fattori complessi che attengono al fabbisogno del personale, ai programmi produttivi del datore di lavoro e alla determinazione delle esigenze funzionali ed organizzative della società, il tutto nell'ottica della razionalizzazione della spesa pubblica.

Il procedimento normativo introdotto dal D.lgs. 175/2016, fino all'entrata in vigore del d.m. del 9 novembre 2017 (art. 2), ha attribuito al solo datore di lavoro la facoltà di individuare non solo le dimensioni quantitative dell'eccedenza, ma anche i singoli lavoratori non più occupabili senza la consultazione obbligatoria con le rappresentazioni sindacali, ingenerando in concreto situazioni differenziate che potevano sfociare in evidenti profili discriminatori in ragione della sola forza dell' O.S. che avrebbe avuto la forza di imporre il suo coinvolgimento nell'individuazione delle eccedenze¹⁹⁷.

Il Legislatore ha provveduto – in riferimento alle società a partecipazione pubblica – a dare una definizione di eccedenza del personale, definendo la situazione per il personale in servizio presso le società a controllo pubblico, in una o più categorie, qualifiche e livelli di inquadramento, che superi l'effettiva necessità di personale, anche in relazione a quanto previsto dall'art. 24 del D.lgs. n. 175 del 2016¹⁹⁸. Si tratta di un'individuazione quantitativa del personale eccedente che può riguardare qualsiasi categoria, qualifica o livello di inquadramento. La nozione richiamata, sembra utilizzare un'accezione chiaramente estensiva di eccedenza del personale in quanto, sotto il profilo qualitativo, può riguardare ad esempio anche le figure dirigenziali, mentre per quanto attiene il profilo quantitativo, può interessare

¹⁹⁷ VITO, *Le nuove società partecipate e in house providing*, Quaderni di Giurisprudenza Commerciale, Giuffrè, 2017, p. 246.

¹⁹⁸ Così la definizione “eccedenza di personale” dell'art. 1 comma 1 lett.b) delle Disposizioni di attuazione dell'articolo 25 del decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, in materia di personale delle società a partecipazione pubblica (D.M. 9 novembre 2017).

anche un singolo lavoratore, in ragione del fatto che sia il Testo Unico che i D.M. di attuazione, non prevedono nulla a tal proposito. Tale interpretazione sembra più ampia rispetto alla nozione contenuta nell'art. art. 24 della legge n. 223 del 1991 (rubricato "Norme in materia di riduzione del personale"), che proprio nel Titolo I si riferisce alle *Norme in materia di integrazione salariale e di eccedenze di personale*. L'utilizzo del medesimo termine "eccedenze" assume connotazioni e valore diverso, questo nonostante l'utilizzo da parte del Legislatore, da un punto di vista semantico della declinazione del termine "eccedenza" al plurale (eccedenze del personale, appunto), che sembra in qualche modo comunque evocare delle riduzioni del personale *ex art. 24 della legge n. 223 del 1991*, configurabile quando si procede ad almeno cinque licenziamenti¹⁹⁹. Parte della dottrina²⁰⁰ sembra invece richiamare la procedura di ricognizione del personale adottata per i lavoratori delle Province e Città Metropolitane a partire dall'anno 2014 con l'art. 1 comma 420 e ss. della Legge di Stabilità n. 190/2014, soprattutto in ragione della non gestione dei lavoratori eccedenti attraverso la procedura espulsiva del licenziamento, ma in considerazione della riallocazione dei lavoratori presso altre società pubbliche.

La ratio definitoria delle eccedenze di cui all'art. 24 della legge n. 223 del 1991 e quello previsto dall'art. 25 del Testo Unico sulle Partecipate appare anche nel fatto che l'accezione di personale eccedente dei lavoratori delle partecipate non è orientata ad una mera riduzione del personale (come evidenziata proprio dalla rubrica dell'art. 24 della legge n. 223/1991), ma di lavoratori che superino l'effettiva necessità di personale, anche in relazione a quanto previsto dai piani di riassetto di cui all'art. 24 del D.lg.175/2016. Non sembrano quindi rientrare, nella definizione di eccedenza del Testo Unico sulle Partecipate, tutti quei lavoratori che per ragioni diverse non siano più in grado di svolgere le mansioni assegnate, ma solo coloro i quali in una o più categorie, qualifiche e livelli di inquadramento, superino l'effettiva necessità di personale. Un'eventuale accettazione di tale interpretazione creerebbe in

¹⁹⁹ MARESCA-ROMEI, *Il rapporto di lavoro nelle società a controllo pubblico*, Giuffrè, 2019, p.138.

²⁰⁰ MAINARDI, *Società a controllo pubblico e diritto del lavoro*, Liber Amicorum Carlo Cester, Cacucci, 2019, p. 27; VITO, *Le nuove società partecipate e in house providing*, Quaderni di Giurisprudenza Commerciale, Giuffrè, 2019, p.247.

concreto il riversare in seno ad altre Partecipate, delle problematiche riferite alla gestione di quei dipendenti con minime possibilità di impiego²⁰¹.

A seguito dell'introduzione del d.l. n. 162 del 30 dicembre 2019 convertito dalla legge n. 28/2020, il cd. decreto Milleproroghe 2020, l'art. 25 che prevede la ricognizione del personale in servizio e l'individuazione del personale in eccedenza, è stato modificato con l'introduzione della ricognizione societaria da effettuare annualmente nel triennio 2020 – 2022. Un elemento in distonia con gli equilibri dell'intera disciplina in materia di gestione di personale o comunque di procedure di ricognizione delle eccedenze è la previsione dell'art. 1 comma 10 dell'estensione da un punto di vista soggettivo dell'applicazione dell'art. 25 TUSP anche ai lavoratori dei consorzi e delle aziende costituiti ai sensi del Testo Unico delle Leggi sull'ordinamento degli enti locali (ed in particolare ai sensi degli art. 31 e 114 del D.Lgs. 18 agosto 2000 n. 267). Si tratta di un'estensione anche ai lavoratori di aziende speciali e di consorzi mai considerati dagli istituti originari del Testo Unico sulle Partecipate. L'introduzione *ex post* di tale personale induce a sostenere che il Legislatore, con intervento successivo, abbia in qualche modo voluto estendere la definizione di eccedenza, facendo rientrare all'interno della stessa anche lavoratori che all'inizio dell'entrata in vigore del Testo Unico non erano stati presi in considerazione anche in relazione a quanto previsto dall'art. 24 riferito alla revisione straordinaria delle partecipazioni.

²⁰¹ MARESCA-ROMEI, *op. cit.*, p. 141.

4. Gli obblighi di informazione e coinvolgimento delle organizzazioni sindacali

Per quanto attiene la procedura di ricognizione delle eccedenze, al fine di evitare che in società diverse, i lavoratori possano subire trattamenti e valutazioni differenti, è stata formalizzata una procedura standardizzata confluita poi in quello che l'art. 2 e ss. del d.m. del 9 novembre 2017 che afferma che le singole società partecipate che individuano le eccedenze di personale “ne danno comunicazione preventiva per iscritto alle rappresentanze sindacali aziendali”²⁰², così come prevede peraltro la disciplina prevista in materia di licenziamento collettivo. Si tratta a tal proposito della prima delle due fasi che in qualche modo richiamano il coinvolgimento delle OO.SS. (e cioè l'obbligo di informazione della situazione di eccedenza); la seconda attiene alla concreta ed effettiva formazione degli elenchi del personale in eccedenza da inoltrare alla Regione dove le singole società hanno sede legale.

Nella prima fase, la comunicazione da rendere per iscritto non prevede - almeno secondo l'impianto giuridico prospettato dal decreto ministeriale di attuazione - una negoziazione in sede sindacale, essendo sufficiente di fatto la mera comunicazione unilaterale alle OO.SS. Seppur non obbligatoriamente previsto, in ragione delle dinamiche e dei rapporti tra sindacati e società partecipate, in concreto pare opportuno e necessario un coinvolgimento delle OO.SS. in tale delicata fase²⁰³, in virtù delle dirette conseguenze che la procedura assume sul futuro e nei confronti dei lavoratori. Prima della disciplina introdotta dal Testo Unico sulle Partecipate, i commi 563 e ss. della l. 27 dicembre 2013 n. 147 (la cd. legge di stabilità 2014), prevedevano il procedimento della cd. mobilità orizzontale tra società partecipate, in ragione del quale le società controllate indirettamente o direttamente dalla PP.AA. avevano la facoltà di stipulare accordi tra le stesse al fine di realizzare

²⁰² Così l'art. 2 d.m. del 9 novembre 2017: “le società a controllo pubblico che individuano le eccedenze del personale ne danno comunicazione preventiva per iscritto alle rappresentanze sindacali aziendali costituite a norma dell'art. 19 della legge 20 maggio 1970, n. 300, nonché' alle rispettive associazioni di categoria. In mancanza delle predette rappresentanze la comunicazione deve essere effettuata alle associazioni di categoria aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale”.

²⁰³ MARESCA-ROMEI, *op. cit.*, p. 143.

processi di mobilità senza il consenso dei lavoratori coinvolti in relazione alle esigenze funzionali o ai casi di cui al comma 564, nonché nell'ipotesi in cui l'incidenza delle spese di personale fosse pari o superiore al 50 per cento delle spese correnti²⁰⁴. In tale circostanza la norma imponeva il coinvolgimento obbligatorio delle rappresentanze sindacali operanti presso la società e delle organizzazioni sindacali firmatarie del Contratto Collettivo dalla stessa applicato, con la conseguente applicazione della disciplina privatistica di cui all'art. 2112 c.c. (commi 1 e 3); queste informazioni che confluivano nell'atto della cd. informativa sindacale, erano comunicate anche alla Presidenza del Consiglio dei Ministri-Dipartimento della Funzione Pubblica²⁰⁵. Con l'abrogazione dell'efficacia dei commi 563 e ss. dall'art. 28 lett. t) del Testo Unico sulle Partecipate, il coinvolgimento delle OO.SS. si è palesato a seguito dell'introduzione del d.m. del 9 novembre 2017, in quanto nella parentesi normativa data dall'entrata in vigore del Testo Unico sulle Partecipate, fino appunto all'entrata in vigore del suindicato decreto ministeriale, molti dubbi applicativi sull'effettivo coinvolgimento dei sindacati hanno attirato l'attenzione della dottrina nell'ambito del potere attribuito al solo datore di lavoro di individuare i lavoratori in eccedenza, lasciando in fatto totalmente fuori il coinvolgimento delle OO.SS. Nel periodo suindicato, il coinvolgimento sindacale sarebbe in qualche modo avvenuto solo in quelle ipotesi in cui il sindacato, in ragione della propria forza impositiva, era capace di persuadere il datore di lavoro al confronto, con il rischio del verificarsi di situazioni discriminatorie in capo a lavoratori di società diverse, ma ai quali era prevista l'applicazione di medesimo contratto collettivo con l'aggravante di creare zone dalle tinte opache, poco trasparenti e che avrebbero fatto assumere alla vicenda forme lobbistiche²⁰⁶.

²⁰⁴ Così il comma 567 dell'art. 1 l. n.147 del 2013: "il trasferimento dei dipendenti in esubero presso altre società dello stesso tipo operanti anche al di fuori del territorio della Regione ove hanno sede le società interessate da eccedenze di personale".

²⁰⁵ GRAMANO, *Il reclutamento e la gestione del personale alle dipendenze delle società a partecipazione pubblica*, C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 332, 2017, p. 30; CARINCI, *Rapporto di lavoro e società a partecipazione pubblica: l'evoluzione legislativa*, Lavoro Diritti Europa: rivista nuova di diritto del lavoro dal web: <https://www.lavorodirittieuropa.it/dottrina/pubblico-impiego/187-eapporto-di-lavoro-e-societa-a-partecipazione-pubblica-l-evoluzione-legislativa>, 2018.

²⁰⁶ VITO, *Le nuove società partecipate e in house providing*, Quaderni di Giurisprudenza Commerciale, Giuffrè, 2017, p. 247.

Ad ogni modo, in seguito, con le modifiche apportate dal cd. Milleproroghe 2020, la presenza dei sindacati è stata formalizzata all'interno dell'art. 25 TUSP, il quale ha previsto il coinvolgimento delle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative tramite la riallocazione totale o parziale del personale in eccedenza presso altre società, favorendo o comunque alimentando un riassorbimento tra le stesse società partecipate. Tale aspetto, in un'ottica di razionalizzazione, presuppone o comunque nasce dalla circostanza fattuale della presenza di società che siano oberate di posti di lavoro sostanzialmente coperti da dipendenti "doppioni" e società che invece abbiano una forte carenza di personale che siano disposte a reclutare lavoratori eccedenti provenienti da altre società al sol fine di colmare le proprie lacune, non mediante una procedura di reclutamento che selezioni i migliori candidati, ma attraverso l'assunzione di lavoratori in esubero provenienti da altre società. Tale circostanza come sapientemente evidenziato da parte della dottrina²⁰⁷, crea un circuito assunzionale speciale per una categoria di lavoratori ai quali è garantita una protezione economica a carico delle società stesse essendo in evidente discrasia con la *ratio* stessa del Testo Unico delle Partecipate. Nonostante ciò, il coinvolgimento delle OO.SS. previsto dall'art. 25, esclude spazi di negoziazione collettiva sindacato-partecipate dal momento che la società è tenuta nei riguardi del sindacato ad un mero obbligo informativo, senza che ciò implichi alcun inizio di trattativa²⁰⁸.

L'art. 25 rubricato "Disposizioni del personale" sembra richiamare la disciplina afferente alla procedura dei licenziamenti collettivi con alcune significative differenze. A tal proposito, nonostante la comunanza o comunque la vicinanza degli istituti di che trattasi, sussistono una serie di importanti e sostanziali diversità tra la disciplina prevista per la gestione delle eccedenze del personale delle partecipate e quella riferita ai licenziamenti collettivi, soprattutto per quanto attiene al profilo che si riferiscono ai criteri da adottare nel caso di lavoratori in eccedenza per una o più categorie, qualifiche e livelli di inquadramento, che in qualche modo superino l'effettiva

²⁰⁷ PINTO, *op. cit.*, p. 248.

²⁰⁸ MONACO, *Contrattazione collettiva e società partecipate*, Lavoro e diritto, n. 1, 2020, p.80.

necessità di personale.

La disciplina prevista per i licenziamenti e i procedimenti di mobilità collettiva prevede che salvo diverso accordo in sede sindacale, la corretta individuazione dei lavoratori da collocare in mobilità, deve avvenire nel rispetto di una serie di criteri quali: il carico di famiglia, l'anzianità nonché le esigenze tecnico-produttive ed organizzative²⁰⁹. Sotto tale aspetto la gestione delle eccedenze delle società partecipate, anche e soprattutto in ragione della diversa *ratio* ispiratrice, prevede che le società – ex art. 2 comma 4 del d.m. del novembre 2017 - debbano semplicemente inoltrare una serie di dati riferiti all'attività lavorativa dei lavoratori eccedenti in relazione alla valutazione interna che dovrà in qualche modo essere considerata, tenendo conto da un lato la pianta organica aziendale e dall'altro l'attuazione dei servizi e delle disposizioni statuarie atte all'efficiente ed efficace svolgimento delle attività societarie²¹⁰. Tra questi obblighi informativi, la lettera h) che riguarda i motivi che hanno determinato la situazione di eccedenza, con riferimento anche alla posizione del singolo lavoratore, ha assunto un ruolo centrale nell'ottica della redazione dei singoli elenchi da presentare all'ANPAL²¹¹ su base regionale. Per i licenziamenti collettivi, le eccedenze di personale non sono valutate in

²⁰⁹ Art. 5 comma 1 legge 223 del 1991: “L'individuazione dei lavoratori da licenziare deve avvenire in relazione alle esigenze tecnico-produttive, ed organizzative del complesso aziendale, nel rispetto dei criteri previsti da contratti collettivi stipulati con i sindacati di cui all'articolo 4, comma 2, ovvero in mancanza di questi contratti nel rispetto dei seguenti criteri in concorso tra loro: a) carichi di famiglia; b) anzianità; c) esigenze tecnico produttive ed organizzative”.

²¹⁰ Art. 2 comma 4 d.m. 9 novembre 2017: “Al fine di consentire la formazione e la gestione degli elenchi, entro il 20 dicembre 2017 le società a controllo pubblico, previa acquisizione del consenso del lavoratore al trattamento dei suoi dati personali, inviano alle Regioni e alle Province autonome di Trento e di Bolzano nel cui territorio hanno sede legale, per il tramite del sistema informativo unitario e con le specifiche tecniche definite dall'ANPAL, i seguenti dati relativi ai lavoratori eccedenti: a) generalità; b) dati di contatto; c) data di assunzione; d) tipologia contrattuale; e) contratto collettivo applicato; f) categoria, qualifica e livello di inquadramento; g) esperienza professionale, istruzione e formazione, competenze linguistiche, competenze digitali, competenze comunicative, competenze gestionali e organizzative, altre competenze, patenti e abilitazioni professionali per la guida; h) i motivi che hanno determinato la situazione di eccedenza”.

²¹¹ Anpal (Agenzia nazionale per le politiche attive del lavoro) Anpal è stata istituita dal d.lgs. 150/2015 (art. 4), ha personalità giuridica di diritto pubblico ed è vigilata dal Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali e sottoposta al controllo della Corte dei conti ai sensi dell'articolo 3, comma 4, della legge 14 gennaio 1994, n. 20. L'ANPAL “promuove il diritto al lavoro, alla formazione e alla crescita professionale delle persone, coordina la rete nazionale dei servizi per il lavoro, è responsabile del sistema informativo del mercato del lavoro. Il vertice amministrativo di Anpal dal 7 giugno 2021 è rappresentata dal Commissario straordinario ed è articolata in sette divisioni amministrative e quattro strutture di ricerca e consulenza tecnico-scientifica”, dal web www.anpal.gov.it.

una o più categorie, qualifiche e livelli di inquadramento, che in qualche modo superino l'effettiva necessità di personale, come avviene per le società pubbliche, ma sono valutati in ragione dell'art. 5 della legge 223/1991 all'interno del complesso aziendale.

Per tale ragione, appare inusuale che all'interno della stessa categoria, qualifica o livello, siano stati evidenziati due o più lavoratori eccedenti. Solo in tale ipotesi, parte della dottrina ha rappresentato come sia utile richiamare e prendere in prestito, per analogia, i criteri dell'art. 5 comma 1 legge n. 223/199, già utilizzati nei procedimenti di licenziamento collettivo²¹². Il coinvolgimento del lavoratore interessato nella fase di individuazione degli esuberanti attiene alla previa acquisizione del consenso del lavoratore al trattamento dei suoi dati così come previsto dal comma 4 dell'art. 2 del d.m. 09.11.2017; tale acquisizione appare una *conditio sine qua non* affinché la società possa in qualche modo inserire il lavoratore in eccedenza negli elenchi da trasmettere alla Regione dove ha la sede legale della stessa. Indubbiamente l'acquisizione del consenso del lavoratore al fine di tutelare beni afferenti alla protezione dei dati personali non può in alcun modo avere un ruolo ostativo nelle funzioni che la società partecipata deve svolgere nell'iter di individuazione delle eccedenze. Se da un lato appare evidente la condizione di impossibilità della società partecipata di inserire i dati del lavoratore eccedente da inoltrare alla Regione, dall'altro appare altrettanto vero la dinamica in ragione della quale l'eventuale non-consenso verterebbe solo ai fini della tutela dei dati personali dei singoli lavoratori e non sulla qualifica ed acquisizione dello status di eccedenza per le quali informazioni, ne è comunque possibile una trasmissione in ragione delle qualifiche, funzioni, categorie e comunque quei dati di cui alle lettere ; d) tipologia contrattuale; e) contratto collettivo applicato; f) categoria, qualifica e livello di inquadramento; h) i motivi che hanno determinato la situazione di eccedenza” del comma 4 dell'art. 2 del d.m. del 9 novembre 2017 che ad ogni modo non attengono ai dati strettamente personali del lavoratore sui quali questi ha facoltà di negare il consenso.

Diretta ed immediata conseguenza potrebbe riguardare le prospettive di

²¹² MARESCA-ROMEI, *op. cit.*, p. 145.

ricollocazione di cui all'art. 25 comma 4, in cui di fatto il lavoratore che comunque non dovesse prestare il consenso, si troverebbe in una situazione di potenziale licenziamento senza appunto poter godere ed usufruire delle possibilità di ricollocazione delle eccedenze prevista dalla norma e dal decreto ministeriale del 2017 richiamato, vicenda che non sembra essersi palesata negli anni addietro. In tale ipotesi, la dichiarazione di esubero finisce per determinare la sospensione del rapporto di lavoro, restando poi di competenza di altri enti territoriali provvedere ad un'eventuale ricollocazione dei lavoratori anche attraverso l'attivazione di percorsi, se necessari, di mobilità speciale²¹³.

Appare quindi che il consenso del lavoratore da richiedere preventivamente per mano della società non è libero in ragione non solo del rapporto gerarchico lavoratore- datore, ma anche in funzione di eventuali conseguenze negative che il lavoratore potrebbe ricevere in caso di non assenso al consenso di tali dati da inoltrare alla Regione. Tale condizione è in contrasto con la definizione di consenso che il Regolamento 2016/679/UE (*General Data Protection Regulation o GDPR*) e ss.mm.ii. definisce all'art. 4 come una “manifestazione di volontà libera, specifica, informata e inequivocabile dell'interessato, con la quale lo stesso manifesta il proprio assenso (...) che i dati personali che lo riguardano siano oggetto di trattamento” ed inoltre per essere libero per sua espressa natura “affinché il consenso sia valido, deve essere anche revocabile in qualsiasi momento”. Il consenso richiesto dal Decreto Ministeriale per i lavoratori eccedenti delle partecipate non pare quindi essere espressione di volontà libera poiché il diniego del lavoratore “potrebbe causare allo stesso un pregiudizio reale o potenziale; ancor di più se il consenso è richiesto in quelle fasi pre-assuntive o comunque necessarie al corretto collocamento in ragione delle eccedenze societarie, allorché il datore di lavoro vorrebbe raccogliere maggiori informazioni sul candidato, non potendo in ogni modo considerare la posizione del lavoratore che pur di

²¹³ MONACO, *Contrattazione collettiva e società partecipate*, Lavoro e Diritto, Fasc. 1, 2020, p.80.

ottenere l'impiego sarebbe forse disposto a fornire qualsiasi autorizzazione²¹⁴.

²¹⁴ MARAGLINO, *Consenso come base giuridica del trattamento nei rapporti di lavoro*, dal web www.altalex.com/documents/news/2019/11/15/consenso-come-base-giuridica-del-trattamento-nei-rapporti-di-lavoro.

5. Gli strumenti di “tutela” del lavoratore nella procedura di individuazione delle eccedenze

Gli effetti della comunicazione e la conseguente attribuzione dello stato di eccedenza assume un ruolo importante in riferimento alla posizione del lavoratore nei confronti della società, soprattutto nell’ipotesi in cui questa ometta di comunicare alla Regione territorialmente competente l’elenco dei lavoratori e delle lavoratrici eccedenti. Per quanto riguarda il ruolo del lavoratore, nodo gordiano della vicenda attiene la legittimazione giudiziale o extragiudiziale atta a contestare lo status di eccedenza che la società partecipata a seguito di procedimento interno ha formalizzato nei suoi confronti. L’eventuale azione proposta dal lavoratore sarebbe tesa in concreto ad effettuare un disconoscimento di tale status, possibilità che parte della dottrina sembra non considerare o comunque negare²¹⁵. Lo status di “eccedenza” infatti, non lede alcun diritto soggettivo del lavoratore, il quale in ragione del vincolo di subordinazione e del suo rapporto di lavoro con la Società Partecipata, continua a prestare la sua attività senza alcuna limitazione o comunque pregiudizio. La sfera giuridica dei diritti che ruotano attorno al lavoratore non sembra essere lesa dalla dichiarazione di eccedenza presentata dalla società in quanto non ci sarebbe almeno in teoria alcun diritto da far valere mancando di fatto l’interesse concreto ad agire.

L’assenza di pregiudizio immediato dell’atto che contiene la dichiarazione di eccedenza, unitamente alla mancata comunicazione di recesso da parte della società partecipata, fa ritenere ragionevolmente che sotto il profilo marcatamente processuale, viene a mancare l’interesse ad agire²¹⁶ per poter eventualmente adire un’azione che in linea di principio è manchevole sotto il profilo del *petitum* e della *causa petendi* dal momento che il rapporto di lavoro non è stato risolto.

Se in tale circostanza l’assenza di pregiudizio in capo al lavoratore è evidente, non sembra potersi dire lo stesso nell’ipotesi di eventuale risoluzione del rapporto di lavoro; a tal proposito una possibile lesione potrebbe sorgere nell’ipotesi in cui, dalla valutazione dell’intera pianta organica aziendale, il

²¹⁵ MARESCA-ROMEI, *op. cit.*, p. 146.

²¹⁶ GAROFOLI-ZOPPINI, *Manuale delle società a partecipazione pubblica*, Neldiritto Editore, 2018, p. 681.

lavoratore “eccedente” subentri a seguito di valutazione *ex post* in ragione dei criteri di cui alla all’art. 5 comma 1 della legge sui licenziamenti collettivi. In tal caso, sarebbe comunque configurabile una tutela giurisdizionale nell’ipotesi in cui si dovesse impugnare l’atto amministrativo susseguente al procedimento amministrativo: in tale circostanza la dichiarazione di eccedenza resa dalla società sarà impugnata a seguito di eventuale lesione di interesse legittimo e non come violazione di diritto soggettivo.

Ben diversa sembra invece essere la posizione della società nell’ambito delle situazioni giuridiche regolate dall’art. 25 comma 1 del Testo Unico sulle Partecipate²¹⁷ in ragione della natura giuridica stessa della dichiarazione di eccedenza e del suo puntuale adempimento, sospeso tra un obbligo specifico o una mera facoltà; secondo alcuni, la non presenza di sanzioni strettamente collegate all’omessa comunicazione della società, lascia presumere l’assenza di un obbligo della società partecipata²¹⁸.

A tal proposito, proprio in ragione della natura stessa della partecipata e del rispetto dei principi societari che ne caratterizzano la sua natura strettamente imprenditoriale, occorre far presente che questa svolge la sua attività rispettando le regole previste dall’atto costitutivo e dallo statuto e che quindi, la valutazione dei lavoratori in eccedenza o meno in virtù del carico di lavoro, delle mansioni e delle qualifiche che compongono la stessa società è una valutazione che attiene alla sua gestione pratica. Di converso, però, gli amministratori seppur non sanzionabili - nel caso in cui strumentalmente omettano di dichiarare i lavoratori eccedenti – sono responsabili sotto il profilo contabile per eventuali danni erariali che incidono economicamente sulla gestione, il funzionamento e il buon andamento della società anche e soprattutto in considerazione delle finalità e degli interessi collettivi

²¹⁷ Art. 25 comma 1: “*Le società a controllo pubblico effettuano una ricognizione del personale in servizio, per individuare eventuali eccedenze, anche in relazione a quanto previsto all’articolo 24. L’elenco del personale eccedente, con la puntuale indicazione dei profili posseduti, è trasmesso alla regione nel cui territorio la società ha sede legale secondo modalità stabilite con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, di concerto con il Ministro per la pubblica amministrazione e con il Ministro dell’economia e delle finanze*”.

²¹⁸ MARESCA, in occasione della giornata di studi Utilitalia “*Gestire il personale nelle società a controllo pubblico (T.U. in materia di società a partecipazione pubblica)*”, tenutasi a Roma il 10 ottobre 2016 in GAROFOLI- ZOPPINI, *Manuale delle società a partecipazione pubblica*, Neldiritto Editore, 2018, p. 680.

perseguiti²¹⁹ pur non essendone ricollegata espressamente una sanzione. Ad ogni modo, optando per un'interpretazione letterale dell'art. 25 comma 1 TUSP²²⁰ in combinato disposto con l'art. 2 comma 1 del d.m. del 9 novembre 2017²²¹, l'utilizzo del termine "effettuano"²²² rimanda ad un'attività societaria che non sembra avere margini di discrezionalità che attribuisca una facoltà agli organi societari. Si tratta quindi di una dichiarazione a cui la società è tenuta nel rispetto dell'attività svolta anche nell'ipotesi in cui in seno alla stessa non ci siano lavoratori eccedenti; questo per scongiurare qualunque eventuale ipotesi di responsabilità nel caso in cui si ometta di effettuare la comunicazione prevista dall'art. 25 TUSP. La società ha l'obbligo di effettuare la dichiarazione, che essendo una comunicazione che riguarda il personale eccedente, non deve avere necessariamente contenuto positivo (con l'indicazione dei dati *ex lege* previsti), ma può avere anche valore negativo di mera comunicazione di assenza di lavoratori eccedenti. Se da un lato la società partecipata è stata obbligata alla comunicazione dei lavoratori eccedenti, non sembra palesarsi la medesima forza coercitiva in capo alla stessa nei confronti dei suoi lavoratori, in quanto, come importante dottrina ha rappresentato, a seguito di tale comunicazione societaria, non ci sarebbe né un obbligo né un divieto di licenziamento²²³.

Ulteriore conseguenza circa la dichiarazione societaria atteneva, nel periodo transitorio, al divieto di assunzioni fino al 30 giugno 2018, dovendo la società necessariamente attingere dagli elenchi dei lavoratori eccedenti mediante procedura imbastita ed organizzata dall'Anpal a livello regionale: fattispecie superata a seguito del superamento della fase transitoria che in qualche modo ha fatto decadere le limitazioni in materia di assunzioni per le società partecipate.

²¹⁹ Per approfondimenti: FIMMANO', *Le azioni di responsabilità nei confronti degli organi sociali e di chiunque abbia preso parte al fatto lesivo nelle società pubbliche*, dal web www.ilcaso.it, 2019.

²²⁰ Così il TUSP all'art. 25 comma 1: "...le società a controllo pubblico effettuano una ricognizione del personale in servizio, per individuare eventuali eccedenze, anche in relazione a quanto previsto dall'articolo 24".

²²¹ Così il d.m. del 9 novembre 2017 art.2 comma 1: "...le società a controllo pubblico effettuano la ricognizione del personale in servizio, per individuare eventuali eccedenze"

²²² Da Enciclopedia Treccani (www.treccani.it), "effettuare": mandare ad effetto, realizzare.

²²³ GAROFOLI-ZOPPINI, *Manuale delle società a partecipazione pubblica*, Neldiritto Editore, 2018, p.682.

Decaduto il divieto di nuove assunzioni (previsto fino al 30 giugno 2018), restano alcuni dubbi nei riguardi di quei lavoratori che dichiarati eccedenti *ex art. 25 TUSP* non siano stati assunti su base regionale dalla procedura imbastita dall'Anpal.

Il sistema delle eccedenze profilato dal Legislatore del 2016, sembra creare un circuito assunzionale particolare per una categoria di lavoratori ai quali è garantita per un periodo più o meno lungo (e comunque per quel personale oggetto di ricognizione straordinaria da effettuare entro il marzo 2017, mentre successivamente sarà applicata la disciplina di cui alla legge n. 223/1991), una protezione economica a carico delle stesse società partecipate²²⁴ in ragione della quale i lavoratori “eccedenti” non saranno né licenziati né comunque sospesi dal lavoro, continuando ad essere alle dipendenze della società pubblica e di conseguenza retribuiti dalla stessa almeno fino al momento in cui il contratto di lavoro non sarà ceduto ad altre società o alla PA (nelle ipotesi di reinternalizzazione).

Nelle ipotesi delineate, non sembrano sussistere le condizioni affinché il datore di lavoro (la società partecipata), abbia i poteri per poter sospendere unilateralmente il rapporto di lavoro, né sembra prospettarsi la possibilità di un licenziamento collettivo *speciale* avente durata strettamente limitata fino al termine di ricognizione straordinaria indicata dal Testo Unico (procedura eventualmente celata dietro quella di ricognizione delle eccedenze formalizzata dal Testo Unico sulle Partecipate); aspetti che sembrano ad ogni modo collidere con le finalità e la *ratio* ispiratrice del Testo Unico sulle Partecipate che come emerge dalla Legge Delega²²⁵ è orientata ad una efficiente gestione delle partecipazioni ed al contenimento della spesa pubblica.

²²⁴ VITO, *Le nuove società partecipate e in house providing*, Quaderni di Giurisprudenza Commerciale, Giuffrè, 2017, p. 248.

²²⁵ Art. 18 lett. b) legge delega del 7 agosto 2015, n. 124, Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche.

6. Le assunzioni dei lavoratori eccedenti

Nelle more dell'introduzione del TUSP, al fine di favorire l'assunzione dei lavoratori eccedenti, in capo alle partecipate, pendeva un generalizzato divieto di assunzione disciplinato dall'art. 25 del TUSP (questo prima della modifica introdotta dall'art. 16, comma 1, lett. a), b), c) e d), D.lgs. 16 giugno 2017, n. 100, con efficacia a decorrere dal 27 giugno 2017, ai sensi di quanto disposto dall'art. 22, comma 1, del medesimo D.lgs. n. 100/2017 e dalla totale sostituzione dell'art. 25 dall'art. 1, comma 10-novies, D.L. 30 dicembre 2019, n. 162, convertito, con modificazioni, dalla Legge 28 febbraio 2020, n. 8). L'articolo in questione prevedeva che le Regioni, dopo aver ricevuto le dichiarazioni dalle singole società (raggruppate su base regionale), dovevano organizzare i dati dei lavoratori in esubero insieme all'ANPAL che ne gestiva in concreto ogni aspetto tecnico organizzativo. In questo modo si provvedeva alla creazione di un elenco utile affinché tali lavoratori fossero in qualche modo ricollocati all'interno del mercato del lavoro delle società pubbliche. Al fine di conciliare al meglio tale *ricollocazione*, l'azione propositiva della Regione per mano dell'Anpal è stata parallelamente affiancata alla sospensione prevista dal vecchio art. 25 comma 4 TUSP della possibilità di procedere a nuove assunzioni a tempo indeterminato²²⁶ se non – in considerazione delle proprie esigenze aziendali – alla verifica dell'eventuale corrispondenza tra il posto vacante da colmare e la presenza di uno o più lavoratori in eccedenza. Inizialmente alcuni dubbi²²⁷ sono emersi nelle prime fasi dell'applicazione dell'art. 25 comma 4, in quanto non si è trattato di un generico divieto di assunzione a carico delle Partecipate, ma di un obbligo in capo alle stesse che le obbligava preventivamente ad attingere e verificare la presenza di lavoratori compatibili con la posizione da ricoprire ed eventualmente, solo in seguito, procedere ad effettuare una selezione pubblica, nell'ipotesi in cui tra i lavoratori eccedenti non ci fossero candidati idonei, rappresentando in fatto una “condizione di procedibilità” al

²²⁶ Art. 25 comma 4 (prima della modifica della totale sostituzione con l'art. 25 dall'art. 1, comma 10-novies, D.L. 30 dicembre 2019, n. 162, convertito, con modificazioni, dalla Legge 28 febbraio 2020, n. 8): “Fino al 30 giugno 2018, le società a controllo pubblico non possono procedere a nuove assunzioni a tempo indeterminato se non attingendo ai predetti elenchi, ad eccezione di specifici casi di infungibilità”.

²²⁷ MARESCA – ROMEI, *op. cit.*, p. 149.

reclutamento delle società partecipate.

Diversamente, nell'ipotesi in cui nell'elenco della Regione e dell'Anpal ci fossero stati uno o più candidati idonei a ricoprire il posto vacante, la società partecipata avrebbe dovuto organizzare una selezione riservata agli iscritti alla lista degli eccedenti con una valutazione degli stessi per titoli, esami o per titoli ed esami. Adempiuto tale passaggio (successivamente abrogato), che ha imposto l'obbligo di attingere dalle liste dei lavoratori in eccedenza, nulla avrebbe vietato alla società partecipata di effettuare un'ulteriore selezione legittimamente giustificata dal mancato superamento della selezione riservata ai candidati-lavoratori in esubero. In aggiunta, le previsioni dell'art. 25 comma 4 (secondo la sua vecchia compilazione e cioè, prima dell'intervento modificativo del Legislatore), trovano ulteriore deroga nella possibilità di assunzione di lavoratori a tempo determinato nel rispetto del D.lgs. 81/2015 (Jobs Act che con l'introduzione del Decreto Dignità - Decreto-Legge convertito con modificazioni dalla L. 9 agosto 2018, n. 96 - ha visto modificare l'intera disciplina dei contratti a termine), nel caso in cui la Società Partecipata abbia bisogno e necessità di personale per garantire la continuità dei servizi e non voglia procedere ad una selezione "di seconda mano", attingendo quindi dall'elenco dei lavoratori eccedenti secondo la procedura di cui al richiamato art. 25 TUSP.

A completare il ventaglio di possibilità a disposizione della società partecipata, nel caso in cui questa non abbia voluto utilizzare per qualche ragione l'elenco dei lavoratori in eccedenza prodotto dall'Anpal (indicazione e motivazione da inserire ad esempio nella determina a contrarre o in altro atto endosocietario prodromico alla selezione), nulla vietava di stipulare contratto di somministrazione a tempo indeterminato (cd. *staff leasing*) con un'Agenzia per il Lavoro, ed in tal modo garantirsi il/i lavoratore/i per un lungo periodo nel rispetto formale della norma del Testo Unico, ma comunque in evidente violazione sostanziale dei principi ispiratori e con la *ratio* dello stesso, orientati al contenimento della spesa e alla razionalizzazione del personale dipendente del sistema partecipate.

L'applicazione pratica della gestione delle eccedenze posta in essere dal Testo Unico sulle Partecipate, ha trovato tra i suoi più evidenti limiti la cd. stretta transitorietà nell'applicazione concreta delle disposizioni emanate,

portando alcuni a sollevare diversi profili di criticità²²⁸ soprattutto nelle tempistiche di gestione di tale sistema (basti pensare che entro il 29 novembre 2017 le società avrebbero dovuto individuare le eccedenze) e del suo coordinamento tra i tempi di individuazione delle eccedenze per mano delle società partecipate e la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale del suo Decreto Attuativo. A tal proposito, proprio la stretta transitorietà delle disposizioni in materia di ricollocazione degli esuberanti (poi sostituita dalle “Disposizioni del personale” con la totale sostituzione dell’art. 25 TUSP fin dalla sua rubrica a seguito dell’introduzione del cd. Milleproroghe 2020), è stata oggetto di interessante Giurisprudenza di Legittimità²²⁹, la quale è intervenuta stabilendo la non riapertura dei termini previsti dalle leggi regionali che attuavano – prima della sostituzione dell’art. 25 TUSP – la ricollocazione del personale eccedente attraverso un percorso che in qualche modo attingesse dall’albo regionale detenuto presso le Regioni fino al riassorbimento di tutti gli scritti; norma statale che risultava applicabile in via transitoria fino al 30 giugno 2018. La Corte Costituzionale ha infatti evidenziato che le norme regionali (nella fattispecie censurate ll.rr. n. 21 del 2014 e n.8 del 2018 della Regione Sicilia) che prevedevano la riapertura dei termini previsti per il riassorbimento delle eccedenze, hanno rappresentato un chiaro “sconfinamento da parte del legislatore regionale, nelle prerogative statali, in particolare in quelle di competenza legislativa esclusiva in materia di diritto civile”.

²²⁸ MANETTI, *I limiti alle assunzioni di personale nelle società in controllo pubblico*, dal web: www.promopa.it/comunitasata-sulla-conoscenza/approfondimenti-commenti/assunzioni-personale-societa-controllo-pubblico, 2017, il quale ha definito la non corretta organizzazione tra l’emanazione del decreto attuativo e il termine utile per la gestione delle eccedenze come uno dei “paradossi del sistema legislativo italiano”.

²²⁹ Corte Costituzionale, sentenza 25 gennaio 2022, n. 39.

7. Le selezioni riservate ai dirigenti

La disciplina afferente al reclutamento prevista per i lavoratori dipendenti delle società partecipate *ex art. 19 del TUSP*, non specifica il campo di applicazione, ben potendosi quindi estensivamente riferirsi alla figura apicale dei dirigenti, per i quali anche il loro reclutamento deve essere ricondotto a modalità e procedure che in qualche modo siano comunque conformi ai principi anche di derivazione europea, di trasparenza, pubblicità e imparzialità con espresso richiamo a quanto previsto dall'art. 35 comma 3 del d.lgs. 165/2001. Aldilà di specifiche analisi esegetiche del disposto normativo di cui all'art. 19 TUSP, disposizioni come tale articolo sono state emanate dal Legislatore proprio al fine di razionalizzare la spesa pubblica ed evitare proprio quelle assunzioni che potessero in qualche modo avere matrice clientelare, in ragione del rischio che emerge per i lavoratori apicali, che poi figure maggiormente onerose per le casse della società.

Nel pubblico impiego, il D.lgs. 165/2001, circoscrive un importante spazio nella definizione del ruolo e delle funzioni dirigenziali, preoccupandosi di definire il rapporto politica-amministrazione che si snoda sia nella più concreta individuazione del ruolo dirigenziale, sia nelle funzioni sia nelle responsabilità a questi connesse²³⁰. Per quanto attiene il reclutamento dei dirigenti delle società partecipate, invece, le restrizioni all'autonomia contrattuale in fase di selezione/scelta del dirigente, appaiono problematiche soprattutto per quanto attiene i margini di rilevanza del profilo fiduciario. La difficoltà maggiore sembra essere riconducibile alla necessità di bilanciare in qualche modo la scelta fiduciaria del/dei dirigente/i con il rispetto dei principi anche di derivazione europea, di trasparenza, pubblicità e imparzialità con l'espresso richiamo all'art. 35 comma 3 del d.lgs. 165/2001: è evidente che il bilanciamento della selezione dei migliori con la fiduciarità presenta più di una criticità²³¹.

²³⁰ Con riferimento allo spoils system per approfondimento: BACCHINI, *Lo spoils system e l'elemento della fiduciarità: profili problematici e spunti di riflessione fra Corte Costituzionale ed evoluzione normativa*, in LPA, 2012; MIDIRI, *La Corte, i politici e lo spoils system*, in Dir. pubbl., 2008; AMOROSO, *Dirigenza pubblica e «spoils system» nella giurisprudenza costituzionale*, in Foro it., 2009; FIORILLO, *Lo spoils system in, Il diritto del lavoro nel pubblico impiego*, Piccinin, 2019, pp. 313 e ss.

²³¹ ALTIMARI, *op.cit.*, p. 142.

A tal proposito, alcuni²³², hanno evidenziato come l'adesione asettica alle necessità imposte dal Testo Unico sulle Partecipate, potrebbe addirittura creare un'inedita forma di dirigenza apicale che, proprio perché reclutata in modo impersonale – senza alcun vincolo fiduciario che ne indirizzi la selezione – agisce autonomamente e a prescindere da qualsiasi vincolo nei confronti dell'organo di gestione politico amministrativo (nella fattispecie a seconda delle esigenze e della struttura societaria intesa come amministratore unico o consiglio d'amministrazione).

Nonostante i ridimensionamenti ad opera della giurisprudenza costituzionale e ai suoi dubbi di legittimità costituzionale²³³ – sia per quanto attiene ai profili di matrice pubblicistica di buon andamento e di imparzialità della PA di cui all'art. 97 Cost., sia per quanto attiene ai profili di matrice privatistica in ragione di eventuale compressione dell'autonomia privata e all'irragionevole disparità di trattamento con altre qualifiche e figure lavorative – la *ratio* normativa sembra esser stata quella di garantire un'efficace attuazione dell'indirizzo politico in riferimento alla governance della pubblica amministrazione.

Provando a bilanciare le posizioni ascrivibili all'applicazione dell'art. 19 TUSP anche per quanto attiene alle figure dirigenziali, è opportuno affrontare alcune valutazioni sistemiche. Nella premessa che, il Legislatore, in considerazione degli interessi coinvolti, ben avrebbe potuto legiferare al fine di arginare o comunque limitare eventuali discrasie che possano andare a minare gli equilibri in materia di reclutamento delle figure dirigenziali per quanto riguarda le società partecipate, occorre rappresentare che proprio l'art. 19 prevede che *“le società a controllo pubblico stabiliscono, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale [...]”*. Tale circostanza evidenzia come la stessa società, pur nel rispetto dei principi richiamati dall'art. 19 comma 2 TUSP potrebbe, con propri provvedimenti, valorizzare o comunque considerare nelle procedure di reclutamento l'aspetto

²³² PINTO, *Sui rapporti di lavoro alle dipendenze delle società in controllo pubblico e delle società in house*, in ALTIMARI, *Diritto del lavoro e società pubbliche*, Giappichelli, 2020, p. 141.

²³³ Corte Costituzionale n. 223 del 16 giugno 2006; Corte Costituzionale n. 103 e 104 del 23 marzo 2007; Corte Costituzionale n. 124 del 13 aprile 2001 e Corte Costituzionale n. 246 del 27 luglio 2011.

fiduciario ai fini della selezione. Si potrebbe così creare in seno alle singole partecipate una frammentarietà e una non uniformità che vedrebbe la presenza di tipologie di selezione diverse quante sono le partecipate stesse che adottano modalità di reclutamento differenti in ragione del gradiente di fiducia che hanno intenzione di adottare.

Ciò che emerge è che il Legislatore del 2016 (e con le sue successive modificazioni) non ha voluto in nessun modo diversificare il reclutamento delle figure dirigenziali rispetto a quelle degli altri lavoratori dipendenti delle società, lasciando in fatto alle singole partecipate la gestione della selezione degli stessi nel rispetto di principi che rinviano espressamente a quelli pubblicistici (art. 35 TUIPI).

L'art. 19 TUSP – pur lasciando margini di autonomia alle singole società partecipate sulle modalità di reclutamento dei dirigenti attraverso i cd. propri provvedimenti - evidenzia un'impostazione nei riguardi del rapporto di lavoro del dirigente della società pubblica che rimanda a quell'eterna dicotomia pubblico-privato che caratterizza molti istituti delle società partecipate (in considerazione del rapporto orientato alla sua disciplina di natura privatistica nel difficile equilibrio con le disposizioni di carattere pubblicistico espressamente indicate all'interno del D.lgs. 175/2016 come nei casi di selezione, di adozione di limiti specifici al trattamento del personale dirigenziale ex art. 11 comma 10²³⁴, del divieto di corrispondere ai dirigenti delle società pubbliche indennità o trattamenti di fine mandato diversi o ulteriori rispetto quelli previsti dalla contrattazione collettiva).

La selezione dei dirigenti, che rinvia ai principi di matrice pubblicistica pur nella possibilità delle singole società di graduare in ragione dell'adozione di propri provvedimenti per quanto attiene l'elemento fiduciario, combinata all'applicazione delle norme tipiche di matrice privatistica dei lavoratori subordinati evidenzia un'ambivalenza di approcci che nella loro applicazione

²³⁴ Art. 11 comma 10 Tusp: “È comunque fatto divieto di corrispondere ai dirigenti delle società a controllo pubblico indennità o trattamenti di fine mandato diversi o ulteriori rispetto a quelli previsti dalla legge o dalla contrattazione collettiva ovvero di stipulare patti o accordi di non concorrenza, anche ai sensi dell'articolo 2125 del codice civile”.

pratica potrebbe creare disfunzioni paradossali ²³⁵. Anzitutto profili problematici emergono con riferimento alle procedure di licenziamento che prevedono l'applicazione degli istituti previsti dalla legge n. 604/1966 "*Norme sui licenziamenti individuali*", i quali di fatto rischiano di indebolire e comprimere notevolmente la stabilità dei dirigenti, considerato il principio di libera recedibilità che confligge con i valori di imparzialità e oggettività derivanti dall'art. 97 Costituzione.²³⁶

Le problematicità sottese alla selezione dei dirigenti – oltre che a minare le tutele del singolo dirigente delle società partecipate – devono indubbiamente tener conto di quegli interessi di carattere generale e collettivi tenuti insieme attraverso il filtro delle garanzie che l'utilizzo della procedura selettiva porta con sé. Allo stesso modo, però, la profonda precarietà data della libera recedibilità, oltre che a sminuire il ruolo stesso del dirigente, va a privare di contenuto lo stesso art. 19 comma 2 Tusp in materia di reclutamento del personale, trasformandolo in un mero "articolo di facciata" che calato nel mondo delle partecipate non trova coordinamento e soprattutto *ratio* giustificativa in ragione degli istituti che caratterizzano le procedure di licenziamento del dirigente. Per tali ragioni sembra opportuno armonizzare la procedura in riferimento al reclutamento dei dirigenti attraverso il sostegno della contrattazione collettiva soprattutto per quegli aspetti caratterizzati dai profili giustificativi del licenziamento del dirigente.

²³⁵ A tal proposito MAINARDI, *Questioni in merito al licenziamento disciplinare del dipendente e dirigente pubblico*, in Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind., 2019, pp. 171 ss. evidenzia come: "un dirigente assunto a seguito di una rigorosa procedura concorsuale finalizzata ad assumere i migliori potrebbe essere licenziato anche dopo tempo dopo l'assunzione per semplice dissonanza soggettiva".

²³⁶ ALTIMARI, *op. cit.*, p. 143.

8. Le tutele dei lavoratori in caso di mutamento di appalto o concessione (art. 24 comma 9)

L'art. 24 comma 9²³⁷ prevede *expressis verbis* l'applicazione dell'art. 2112 c.c. rubricato "*Mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda*"²³⁸ nell'ipotesi di cambio di appalto o concessione, in ragione del quale il rapporto di lavoro del personale già impiegato in un appalto o in una concessione, non si risolve, ma continua con il soggetto subentrante. Dalla lettura del comma indicato emerge immediatamente la *ratio* normativa che ha ispirato l'utilizzo dell'istituto previsto dall'art. 2112 c.c. che ha cercato di mutuare lo schema privatistico in riferimento al mantenimento dei diritti dei lavoratori nelle ipotesi di trasferimento d'azienda anche nel caso di mutamento o appalto o concessione per le società partecipate. Obiettivo preminente è quello della cd. razionalizzazione e riduzione del numero di società partecipate da intendersi estensivamente non solo come cessazione della partecipazione, ma nella più ampia accezione esegetica prevista dal Testo Unico: si tratta "dell'esclusivo fine di favorire i processi di cui al presente articolo" (e cioè la razionalizzazione del numero e comunque della gestione delle società partecipate come emerge anche dalla relazione di accompagnamento al decreto)²³⁹.

I presupposti legali a fondamento del Testo Unico sulle partecipate che obbligano il nuovo concessionario o appaltatore a subentrare nella titolarità dei contratti di lavoro dei lavoratori di una società controllata in precedenza impiegati nella concessione o nell'appalto, trovano fondamento nell'art. 24 del D.lgs. 175/2016 come espressa conseguenza di un piano di razionalizzazione periodica delle partecipazioni disposte dai commi 1 e 2

²³⁷ Art. 24 comma 9 del TUSP: "All'esclusivo fine di favorire i processi di cui al presente articolo, in occasione della prima gara successiva alla cessazione dell'affidamento in favore della società a controllo pubblico interessata da tali processi, 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'articolo 2112 del codice civile".

²³⁸ CARINCI, *L'inquadramento del rapporto di lavoro e società a partecipazione pubblica: l'evoluzione legislativa*, Lavoro Diritti Europa, n. 2, 2018 da Relazione tenuta al convegno "Il rapporto di lavoro nelle società partecipate" - Catania, 19 – 20 ottobre 2018; BELLINI, *Società partecipate: l'applicabilità dell'art. 2112 c.c. in caso di cessione o esternalizzazione delle attività*, Il giurista del lavoro, n. 6, 2014.

²³⁹ Scheda di lettura - Relazione di accompagnamento settembre 2017 al Testo Unico sulle società a partecipazione pubblica ad opera della Camera dei Deputati e del Senato della Repubblica.

dell'art. 20 del medesimo testo. Come diretta espressione di quanto previsto dal TUSP in materia di razionalizzazione periodica delle partecipazioni, è stata prevista la possibilità di evitare che i lavoratori subissero in tali fasi - riconducibili a modifiche societarie - eventuali pregiudizi che in qualche modo potessero scalfire i loro diritti acquisiti. La norma ha l'intento di favorire la chiusura e l'estinzione delle partecipate lasciando però allo stesso tempo immutati i profili di tutela e le garanzie in capo ai lavoratori che in nessun modo devono ricevere danno dalla chiusura delle società.

L'art. 24 comma 9 TUSP è una norma che la dottrina ha definito come un *unicum*²⁴⁰, rispetto alla quale i profili di unicità sono desumibili dalla contemporanea presenza di tre elementi: 1) dall'utilizzo della locuzione "al sol fine di" favorire i processi di razionalizzazione; 2) dalla norma generale contenuta nell'art. 1 comma 3 del TUSP in ragione della quale "per tutto quanto non previsto 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"; 3) in tema di gestione del personale che richiama tutti gli istituti di diritto privato.

In ragione proprio del punto 2 (che prevede l'applicazione degli istituti di diritto privato in via residuale per tutto quanto non previsto dalle disposizioni del Testo Unico Sulle Partecipate), il richiamo all'interno dell'art. 24 comma 9 delle disposizioni civilistiche in materia di trasferimento di azienda di cui all'art. 2112 c.c., appare una ripetizione ed una specificazione che potrebbe mal conciliarsi con la tecnica legislativa adottata dal Legislatore del Testo Unico. Il richiamo all'art. 2112 c.c., sembra voler porre l'attenzione proprio sui lavoratori, e conferire certezza e garanzie senza alcun margine interpretativo, a quelle che potrebbero essere situazioni di pregiudizio per gli stessi.

Questo avviene nonostante quanto espressamente indicato all'interno dell'art. 1 comma 3 del TUSP²⁴¹ che prevede l'applicazione delle norme del codice civile per tutto ciò che non è espressamente derogato dalle disposizioni del

²⁴⁰ GAROFOLI- ZOPPINI, *op.cit.*, p. 674.

²⁴¹ Articolo rubricato "Oggetto" che al comma 3 evidenzia: "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".

Testo Unico: proprio l'espresso richiamo di una disposizione civilistica (nella fattispecie l'art. 2112 c.c.), nonostante quanto affermato dall'art. 1 comma 3 ha una funzione marcatamente rafforzativa.

A tal proposito, l'attribuzione di tutte le garanzie del caso previste per i lavoratori con il richiamo all'art. 2112 c.c. in materia di mantenimento dei diritti dei lavoratori, sembra voler evitare frapposizioni strumentali che in qualche modo avrebbero potuto rallentare il processo di razionalizzazione e riduzione del numero di società a partecipazione pubblica senza garantire pienamente i diritti dei lavoratori, utilizzando quest'ultimi proprio come strumento per rallentare tali iter societari. Ci troviamo quindi dinanzi ad un richiamo alla disciplina civilistica chiaro e puntuale che sembra portare in sé anche la ratio non troppo celata di favorire il sistema sindacale per evitare che le OO.SS. si possano frapporre tra la chiusura delle partecipate in ragione della centrale tutela dei lavoratori e dei loro rapporti di lavoro. Questo è avvenuto in quanto in tali fattispecie - che vedono il coinvolgimento di società, sindacati, lavoratori ed anche interessi di matrice pubblicistica – si sarebbe potuto creare un clima che avrebbe in qualche modo reso instabile la tutela dei lavoratori in caso di mutamento o appalto o concessione, ponendo di fatto da freno al processo di riorganizzazione delle società partecipate stesse. La norma richiamata, in combinato disposto con la disciplina dei Contratti Pubblici, prevede altresì che a seguito della chiusura di società, l'affidamento successivo (purché avvenga con gara ad evidenza pubblica), deve in concreto essere assimilabile ad un trasferimento d'azienda con tutte le garanzie poste a tutela dei lavoratori previste dal codice civile e tale indicazione, deve essere altresì inserita nella *lex specialis* del bando di gara che prevede il richiamo alla norma dell'art. 24 comma 9 del Testo Unico delle Partecipate che rimanda a tutte le tutele ascrivibili all'acquisto del ramo d'azienda in ragione dell'art. 2112 c.c. Prendendo in prestito la definizione di stazione appaltante dalla disciplina dei Contratti Pubblici²⁴²,

²⁴² Art. 3 lett. o) «stazione appaltante», le amministrazioni aggiudicatrici di cui alla lettera a) [e amministrazioni dello Stato; gli enti pubblici territoriali; gli altri enti pubblici non economici; gli organismi di diritto pubblico; le associazioni, unioni, consorzi, comunque denominati, costituiti da detti soggetti] gli enti aggiudicatori di cui alla lettera e) [le imprese pubbliche], i soggetti aggiudicatori di cui alla lettera f) [diversi soggetti pubblici o privati assegnatari dei fondi, di cui alle citate parti IV e V] e gli altri soggetti aggiudicatori di cui alla lettera g).

nel caso di cambio di appalto o concessione - la disciplina applicabile sarebbe stata quella riferita o all'art. 29 del D.lgs. 276/2003 o all'applicazione delle clausole sociali del bando di gara e degli avvisi di cui all'art. 50 del Codice dei Contratti²⁴³ al verificarsi delle condizioni dell'articolo indicate in aggiunta all'art. 177 del medesimo Codice²⁴⁴ per i lavoratori in forza ad alcuni specifici settori.

Come evidenziato da autorevole dottrina²⁴⁵ e giurisprudenza²⁴⁶, la tutela dei lavoratori negli appalti pubblici è affidata nell'attuale quadro normativo alle clausole sociali richiamate nell'art. 50 del D.lgs. 50/2016 e alla sua definizione di cui all'art. 3 lett. qqq)²⁴⁷, tutela che deve armonizzarsi con l'organizzazione aziendale dell'imprenditore subentrante, il quale deve assumere gli stessi addetti che operano alle dipendenze dell'appaltatore uscente nell'ottica in cui le loro competenze siano armonizzabili con l'organizzazione dell'impresa, diversamente per quanto attiene per quei lavoratori che non trovando impiego nell'organigramma aziendale sono destinatari delle misure legislative in materia di ammortizzatori sociali.

²⁴³ Art. 50 Codice dei Contratti Pubblici: “Per gli affidamenti dei contratti di concessione e di appalto di lavori e servizi diversi da quelli aventi natura intellettuale, con particolare riguardo a quelli relativi a contratti ad alta intensità di manodopera, i bandi di gara, gli avvisi e gli inviti ((inserirsi)), nel rispetto dei principi dell'Unione europea, specifiche clausole sociali volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato, prevedendo l'applicazione da parte dell'aggiudicatario, dei contratti collettivi di settore di cui all'articolo 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81. I servizi ad alta intensità di manodopera sono quelli nei quali il costo della manodopera è pari almeno al 50 per cento dell'importo totale del contratto”.

²⁴⁴ Art. 177 comma 1 Codice Contratti Pubblici: “Fatto salvo quanto previsto dall'articolo 7, i soggetti pubblici o privati, titolari di concessioni di lavori, di servizi pubblici o di forniture già in essere alla data di entrata in vigore del presente codice, non affidate con la formula della finanza di progetto, ovvero con procedure di gara ad evidenza pubblica secondo il diritto dell'Unione europea, sono obbligati ad affidare, una quota pari all'ottanta per cento dei contratti di lavori, servizi e forniture relativi alle concessioni di importo pari o superiore a 150.000 euro e relativi alle concessioni mediante procedura ad evidenza pubblica, introducendo clausole sociali e per la stabilità del personale impiegato e per la salvaguardia delle professionalità. La restante parte può essere realizzata da società in house di cui all'articolo 5 per i soggetti pubblici, ovvero da società direttamente o indirettamente controllate o collegate per i soggetti privati, ovvero tramite operatori individuati mediante procedura ad evidenza pubblica, anche di tipo semplificato. ((Per i titolari di concessioni autostradali, ferme restando le altre disposizioni del presente comma, la quota di cui al primo periodo e' pari al sessanta per cento.))”

²⁴⁵ MARESCA, *op. cit.*, p. 162.

²⁴⁶ Consiglio di Stato sez. V, n. 276 del 17 gennaio 2018.

²⁴⁷ Art. 3 lett. qqq): «clausole sociali», disposizioni che impongono a un datore di lavoro il rispetto di determinati standard di protezione sociale e del lavoro come condizione per svolgere attività economiche in appalto o in concessione o per accedere a benefici di legge e agevolazioni finanziarie.

Merita inoltre approfondimento l'applicazione dell'art. 24 comma 9 TUSP in riferimento ai soggetti coinvolti nell'appalto o a nuova concessione sotto il profilo della natura giuridica degli stessi; occorre cioè domandarsi se si tratti in entrambi i casi di società a controllo pubblico in cui, viste le disposizioni del TUSP, è comunque prevista una semplificazione sistemica che in concreto avviene mediante la continuazione obbligatoria per legge dei contratti riferiti ai rapporti di lavoro in ragione dell'art. 2112 c.c. In tale circostanza, lo strumento del reclutamento ex art. 19 TUSP, bilancia le necessarie tutele previste per i lavoratori che subiscono una modifica soggettiva a seguito di mutamento di appalto o concessione con gli interessi aziendali e al suo stesso organigramma, ponendo in essere una valutazione e comparazione di tutti i lavoratori che devono in qualche modo transitare dalla "vecchia" alla nuova società. La procedura selettiva, in tale contesto, sembra lo strumento mediano con il quale la società controllata, sia essa nuova appaltatrice o aggiudicatrice, può contemperare le proprie esigenze occupazionali per l'esecuzione dell'appalto o della concessione²⁴⁸. Tale circostanza sembra in qualche modo sedimentata e rafforzata a seguito dell'introduzione dell'art. 19 e dell'apparato sanzionatorio che prevede la sanzione della nullità dei contratti stipulati in assenza o comunque senza il rispetto delle forme e delle modalità di reclutamento previsto dal TUSP.

L'art. 24 comma 9 TUSP assume un ventaglio di funzioni ulteriori ed aggiuntive rispetto al mero obbligo di continuazione del rapporto di lavoro in caso di mutamento di concessione e di appalto, avendo infatti una funzione di agevolazione delle riorganizzazioni delle partecipazioni perché il subentro del nuovo appaltatore o concessionario nella titolarità di tutti i rapporti di lavoro apporta ontologicamente in sé una riorganizzazione delle partecipazioni pubbliche producendo effetti tutt'altro che scontati²⁴⁹. Per tale ragione, unitamente a quanto disposto da cristallizzata giurisprudenza²⁵⁰ e dottrina, proprio l'art. 19 comma 4 TUSP, configura un'esecuzione indiretta del rispetto delle clausole sociali che di fatto supera l'applicazione proprio dell'art. 24 comma 9 TUSP e della continuità dei rapporti di lavoro dei

²⁴⁸ MARESCA-ROMERI, *op. cit.*, p. 164.

²⁴⁹ MARESCA-ROMERI, *op. cit.*, p. 168.

²⁵⁰ Cassazione n. 4358 del 22 febbraio 2018; Cass. N.5395 del 7 marzo 2018.

lavoratori precedentemente utilizzati in appalto o concessione. A tal proposito il comma 4 richiamato enuclea espressamente il principio in ragione del quale il trasferimento d'azienda non costituisce di per sé motivo di licenziamento. In ragione di tale assunto in capo al nuovo appaltatore/concessionario, non c'è né l'obbligo al pagamento in solido per tutti i crediti che il lavoratore aveva al tempo del trasferimento, né l'obbligo all'applicazione dei trattamenti economici e normativi previsti dai contratti collettivi nazionali, territoriali ed aziendali vigenti alla data del trasferimento (commi 2 e 3 art. 2112 c.c.). Sotto il profilo sistemico, il richiamo all'art. 2112 c.c. dovrebbe prevedere il richiamo solo dei commi 1 e 4 dell'art. 2112 c.c. e cioè gli unici che asseriscono alla continuità dei rapporti di lavoro e non anche agli altri commi del medesimo articolo che non attengono alla continuità del rapporto di lavoro. Ed è proprio per quanto attiene al divieto di licenziamento e alle conseguenze ad esso annesse che sembra garantirsi la continuazione e non estinzione del rapporto di lavoro a causa della modifica soggettiva datoriale. Ulteriore garanzia che il richiamo dell'art. 24 TUSP all'art. 2112 c.c. pone in essere è quella relativa alle eventuali conseguenze sanzionatorie nell'ipotesi di licenziamento illegittimo, che in caso di mancato richiamo della disciplina di cui all'art. 2112 c.c. avrebbe previsto la non applicazione delle norme di cui all'art. 18 della legge n.300/1970 e all'art. 8 della legge n. 604/1966 a favore della disciplina sanzionatoria prevista dai contratti a tempo indeterminato a tutele crescenti che in materia di recesso datoriale pone in essere un complesso di garanzie e tutele sicuramente più debole rispetto a quanto previsto dalle due norme suindicate²⁵¹.

²⁵¹ MARESCA – ROMEI, *op.cit.*, pp. 168 e ss.

9. La reinternalizzazione delle funzioni

L'eterogeneità della disciplina applicabile ai lavoratori delle società partecipate sembra emergere in tutta la sua poliedricità nelle vicende di reinternalizzazione (intesa come quell'azione volta a riportare all'interno di una struttura pubblica funzioni o servizi). L'istituto previsto dall'art. 19 comma 8 TUSP – invertendo la rotta della fase delle esternalizzazioni che ha interessato le società partecipate a partire dagli anni Novanta²⁵² - appare fuori contesto²⁵³ rispetto al corpus giuridico riferito al reclutamento del personale delle società a partecipazione pubblica.

Il comma 8 dell'art. 19 prevede un assorbimento dei lavoratori della società partecipate a favore della Pubblica Amministrazione nel caso in cui questi siano stati per un periodo di tempo – prima dell'esternalizzazione del servizio in una partecipata - già dipendenti a tempo indeterminato di amministrazioni pubbliche, avendo quindi necessariamente superato un concorso pubblico. Preliminarmente è opportuno evidenziare che il Legislatore non ha provveduto a dare una definizione univoca di “reinternalizzazione”, la quale è stata ricavata dalla Giurisprudenza di Legittimità e dalle indicazioni della Giurisprudenza Contabile che nel corso degli anni hanno segnato i confini spesso sfumati in materia di reinternalizzazione di funzioni e servizi nonché delle unità personale a queste collegate. L'istituto della reinternalizzazione delle funzioni ricorre nelle ipotesi in cui le Pubbliche Amministrazioni decidano di tornare ad esercitare direttamente e per il tramite delle proprie strutture interne, funzioni e servizi che in passato erano stati oggetto di esternalizzazione e affidati alle società delle quali ne detenevano il controllo. A tal proposito in capo alle Pubbliche Amministrazioni incombe l'obbligo di riassorbire i dipendenti della società controllate già dipendenti in una PA, prima di procedere a nuove assunzioni, questo per evitare che l'assenza di una previa procedura concorsuale possa determinare una violazione dell'art.

²⁵² Sull'argomento tra i molti: ROSSI, *Pubblico e privato nell'economia semiglobalizzata. L'impresa pubblica nei sistemi permeabili e in competizione*, in Riv. dir. pubbl. com., 2014, pp. 39 ss.; PIOGGIA, *Le fasi della disciplina del lavoro pubblico: storia di una trasformazione e di una frattura che forse è possibile ricomporre*, Diritto Amministrativo, Fasc.2, 2022, p. 327.

²⁵³ Norma definita da alcuni (MARESCA- ROMEI, *op. cit.*, p. 87) come “eccentrica”, mentre altri (ALTIMARI, *op. cit.*, p. 273) ne ha evidenziato “un contenuto fin troppo timido che lascia all'interprete e all'operatore del diritto insoddisfatto”.

97 della Costituzione, in quanto la necessità di riassorbire il personale delle partecipate non può e non deve giustificare deroghe all'accesso ai pubblici uffici mediante concorso pubblico²⁵⁴. La giurisprudenza²⁵⁵ - nel corso degli anni - ha concentrato l'attenzione su quei trasferimenti diretti dalle società partecipate verso le PA, mettendo in rilievo che in tutte le ipotesi si palesava un' elusione della disciplina del concorso pubblico *ex art. 97 Cost.*: i Giudici hanno censurato soprattutto quella zona grigia di "inquadramento riservato senza concorso", anche nelle ipotesi in cui a monte il lavoratore fosse stato reclutato nel rispetto della disciplina prevista dalle selezioni delle partecipate (prima prevista dall'art. 18 della legge n. 133/2008 e poi dall' art. 19 del TUSP) che, pur rimandando ai principi anche di derivazione europea, di trasparenza, pubblicità e imparzialità e dei principi di cui all'articolo 35, comma 3 del Testo Unico del Pubblico Impiego, non possono in alcun modo rientrare – secondo i Giudici di Legittimità - sotto la protezione del concorso pubblico previsto dall'art. 97 della Carta Costituzionale che impone l'accesso ai pubblici uffici solo mediante concorso, salvo i casi espressamente stabiliti dalla legge. Questo perché l'area delle deroghe del tutto eccezionali alla regola costituzionale del concorso deve essere "rigorosamente delimitata" e non può tradursi "in una indiscriminata e non previamente verificata immissione in ruolo di personale esterno attinto da bacini predeterminati".²⁵⁶ La stessa Corte Costituzionale ha più volte censurato anche le singole Leggi Regionali o Locali che - avendo la gestione di servizi in via esclusiva ed essendo investiti della facoltà di scegliere nel rispetto dei principi costituzionali l'organizzazione ritenuta più idonea²⁵⁷ - prevedevano l'utilizzo dell'istituto della reinternalizzazione attraverso meccanismi automatici privato- pubblico, società partecipata-ente locale, eludendo in fatto ed in diritto l'art. 97 della Costituzione²⁵⁸.

²⁵⁴ Così Corte Cost. 227/2013; 229/2013.

²⁵⁵ Corte dei Conti Sez. Regionale Valle d'Aosta, delib. 10/2017/PAR; Corte dei Conti Sez. Puglia, del. 62/2012; Corte Costituzionale sent. 39/2022; sent. 25/2020; Corte Costituzionale n. 227 del 23 luglio 2013.

²⁵⁶ Corte cost. 23 luglio 2013, n. 227; Corte Cost. 30 gennaio 2015 n. 7; MAINARDI, nel saggio *Società a controllo pubblico e diritto del lavoro*, versione estesa e rielaborata della relazione svolta al 48° Convegno Nazionale Centro Nazionale Studi di Diritto del Lavoro "Domenico Napoletano" - Lavoro e dignità della persona - Bari, 7-8 giugno 2019.

²⁵⁷ Corte dei Conti, n. 68/2008.

²⁵⁸ Corte Costituzionale n. 167/2013; n. 227/2013; n. 37/2015.

Ad ogni modo, il contesto nel quale appare operare l'art.19 comma 8 TUSP è quello di organizzare nel rispetto dei vincoli in materia di finanza pubblica e contenimento delle spese di personale, le conseguenze di quei processi di riappropriazione di funzioni che le amministrazioni pubbliche avevano concesso alle società controllate negli anni addietro; vicende che da un punto di vista pratico hanno trovato risposta anche in altri ordinamenti comunitari²⁵⁹, quale soprattutto quello spagnolo, nel quale sono state individuate le conseguenze che derivano dalla reinternalizzazione dei servizi. Se ci soffermiamo ad un'interpretazione letterale e non sistemica della norma, l'art. 19 comma 8 utilizza più volte il termine *riassorbimento di unità di personale* che fa riferimento ad un ripristino, ad un ritorno ad una fase anteriore; il prefisso *ri* del termine *ri*-assorbire, esprime duplicazione o comunque ripetizione di avvenimento per almeno una seconda volta. Questo sembrerebbe escludere l'assorbimento di unità di personale nell'ipotesi in cui questi non sia *già* stato in forza presso la Pubblica Amministrazione per essere appunto *ri*-assorbito (*rectius* assorbito nuovamente, per la seconda volta), a seguito di reinternalizzazione di funzioni.

Ed è lo stesso comma 8 dell'art. 19 a prevedere che le *“Le pubbliche amministrazioni titolari di partecipazioni di controllo in società, in caso di reinternalizzazione di funzioni o servizi esternalizzati, affidati alle società stesse, procedono, [...] al riassorbimento delle unità di personale già dipendenti a tempo indeterminato da amministrazioni pubbliche e transitate alle dipendenze della società interessata dal processo di reinternalizzazione”*. Ragionando sotto il profilo esclusivamente letterale, se il Legislatore avesse voluto considerare anche l'ipotesi di riassorbimento di lavoratori di una partecipata in una PA, al mero presupposto dello svolgimento di una selezione in seno alla stessa e nel rispetto delle indicazioni di cui all'art. 19 comma 2 TUSP, avrebbe utilizzato il termine *assorbimento* e non *riassorbimento* che nel caso di specie ha pacificamente valore iterativo. In ragione di tale orientamento, ai sensi dell'art. 19, co. 8, TUSP non possono essere riassorbiti i lavoratori che siano stati assunti da società partecipate, in

²⁵⁹ Lavori XXVIII° congresso dell'AEDTSS, tenutosi a Santiago de Compostela nel maggio 2018 (v. le relazioni di GÁRATE CASTRO, MARTÍN VALVERDE dal sito web www.aedtss.com) in FERRANTE, *Re-internalizzazione e successione di appalto nella gestione dei servizi pubblici*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 385, 2019.

quanto non sono sovrapponibili le due modalità di reclutamento rispettivamente previste dalle Società Partecipate e dalla Pubblica Amministrazione. Né assume rilevanza la vicenda che la società a controllo pubblico, abbia individuato e reclutato sulla base di principi che rimandando a quelli del pubblico impiego di pubblicità, trasparenza, pari opportunità *ex art. 35 comma 3 del D.lgs. 165/2001*; a tal proposito la stessa Corte Costituzionale ha affermato che anche ammesso che tali criteri siano in concreto rispettati dalla società, l'adesione a tali principi non assicura che la selezione sia avvenuta tramite procedure selettive aperte al pubblico *ex art. 97 della Costituzione e con garanzia di imparzialità di reclutamento*²⁶⁰. La Giurisprudenza di Legittimità ha infatti evidenziato come è *“irrelevante il modo in cui il personale delle società private sia reclutato in quanto non essendo previsto alcun meccanismo di verifica dell'attività professionale svolta in precedenza, né sono stabiliti limiti percentuali all'assunzione in assenza di concorso”* e che trattandosi di una deroga al principio della Carta Costituzionale previsto dall'art. 97 comma 4 *“deve essere delimitata in modo rigoroso, potendo tali deroghe essere considerate legittime solo quando siano funzionali esse stesse al buon andamento dell'amministrazione e ove ricorrano peculiari e straordinari esigenze di interesse pubblico idonee a giustificarle”*²⁶¹.

Gli unici destinatari della possibilità di reinternalizzazione che lavorano nelle Società Partecipate di accedere alla PA sono solo coloro che in passato sono stati *già dipendenti a tempo indeterminato da amministrazioni pubbliche*, essendo quindi già stati titolari di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato con la Pubblica Amministrazione: requisito costituzionale della selezione pubblica *ex art. 97* che quindi è soddisfatto senza ombra di dubbio.

È opportuno rappresentare che l'art. 19 comma 8, pur non rappresentando una deroga all'accesso al pubblico impiego che si aggiunge ai casi stabiliti dalla legge previsti dall'art. 97 Cost., deve essere inserito all'interno di un contesto sistemico che ne qualifichi la sua portata innovativa. A tal proposito parte della dottrina²⁶² ritiene ragionevole consentire il riassorbimento di lavoratori

²⁶⁰ Corte Costituzionale, sentenza n. 167 del 2013.

²⁶¹ Corte Costituzionale, sentenza n. 108 del 2011, n. 225 del 2010, n. 167 del 2013.

²⁶² ALTIMARI, *op. cit.*, p. 280.

di una partecipata in una PA, a condizione dello svolgimento di una selezione in seno alla stessa, in quanto tali norme sul reclutamento costituiscono un'indiretta applicazione dei principi costituzionali di cui all'art. 97 Cost.; per tali lavoratori infatti, nel rispetto dei principi economici-finanziari, il diritto al riassorbimento consegue nell'ipotesi in cui siano stati assunti a seguito di procedure di reclutamento ex art. 19 comma 2 TUSP (o anche con procedure selettive ex art. 18 d.l. n. 112/2008), rientrando estensivamente nella nozione dei soggetti titolari al diritto soggettivo al riassorbimento dalla PA che reinternalizza il servizio o la funzione, questo perché le procedure selettive previste dall'art. 19 comma 2 TUSP costituiscono un'applicazione dell'art. 97 comma 4 della Carta Costituzionale. Ed è questo l'orientamento che appare maggiormente condivisibile soprattutto in ragione di una lettura globale della norma e delle sue finalità all'interno del contesto delle società partecipate.

Sotto ulteriori e diversi aspetti, la reinternalizzazione inoltre, in virtù del dato letterale di cui all'art. 19 comma 8 deve avvenire attraverso il rinvio alle procedure di mobilità del personale ex art. 30 del Testo Unico sul Pubblico Impiego, rubricato "*Passaggio diretto di personale tra amministrazioni diverse*" ed in particolare al richiamo di cui al primo comma in riferimento alla pubblicazione sul sito istituzionale dell'ente di un bando in cui sono indicati i posti che si intendono ricoprire attraverso il passaggio diretto del personale. Requisito che consente il riassorbimento a seguito dell'adozione del processo di mobilità del personale è il verificarsi del rispetto dei limiti dei posti vacanti nella dotazione organica dell'amministrazione interessata e nell'ambito delle facoltà assunzionali, un aspetto che a seguito dell'entrata in vigore del d.m. del 9 novembre 2017 ha intrecciato il fenomeno della reinternalizzazione con la disciplina delle eccedenze di cui all'art. 25 del TUSP che non prevede alcun intervento della contrattazione collettiva²⁶³. In via residuale, il dettato legislativo di cui all'art. 19 TUSP non prevede nulla circa la presenza di un'eventuale graduatoria o ordine di priorità delle assunzioni ancorando l'intera disciplina alle sole competenze professionali dei lavoratori interessati al processo di reinternalizzazione in ragione dei posti

²⁶³ MONACO, *Contrattazione collettiva e società partecipate*, Lavoro e diritto, Fasc.1,2020, p.20.

disponibili²⁶⁴ creandosi un'eventuale difformità tra i lavoratori che la PA può in concreto riassorbire e i vincoli imposti dalla capacità assunzionale ex art. 19 comma 8 TUSP. In ragione di tale eventuale fattispecie, così come per la gestione delle eccedenze del personale, potrebbero essere estensivamente presi in prestito i criteri previsti dall'art. 5 della legge n. 223 del 1991 tra soggetti che vantano lo stesso diritto al riassorbimento.

²⁶⁴ MARESCA-ROMEI, *op. cit.*, p.89.

10. I vincoli di spesa del personale nelle società partecipate dopo il 30 giugno 2018

Nel corso degli anni, già precedentemente all'entrata in vigore del Testo Unico sulle Partecipate, il Legislatore è intervenuto in materia di assunzioni e gestioni del personale al fine di contenere gli oneri derivanti dalla spesa pubblica, applicando estensivamente i vincoli quantitativi posti a carico delle amministrazioni pubbliche. In ragione di tale indicazione legislativa, all'interno del calcolo delle spese per il personale sostenute dalle amministrazioni pubbliche, erano calcolate anche le spese a carico delle società a partecipazione pubblica²⁶⁵. Tale calcolo omnicomprensivo degli oneri del personale, ha creato diversi problemi applicativi in seno alle partecipate e per tale ragione è stato abrogato dal d.l. 90 del 2014 (art. 3 comma 5), soprattutto a causa delle circostanze derivanti da servizi caratterizzati da picchi di attività ultrannuali in cui eventuali necessità di personale da assumere – ad esempio anche solo nelle forme flessibili per un periodo circoscritto – avrebbe potuto falsare la proiezione dei limiti assunzionali per la società partecipata stessa²⁶⁶. A seguito dell'avvenuta abrogazione si è optato per un coordinamento controllante (amministrazioni pubbliche)/controllate (società partecipate), nel quale le prime in materia dei vincoli di spesa del personale adottano un atto di indirizzo che poi deve essere recepito dalla società partecipata con proprio provvedimento.

L'attuale art. 19 comma 5 TUSP– con alcune modifiche e variazioni - ha assorbito quelle misure di coordinamento delle politiche assunzionali già previste dall'art. 18 comma 2 bis del d.l. 112 del 2008²⁶⁷.

²⁶⁵ D'ARIES, GLINIANSKI, TESSARO, *Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*, Rimini, 2016, p. 162 in GAROFOLI-ZOPPINI, *Manuale delle società a partecipazione pubblica*, Neldiritto Editore, 2018.

²⁶⁶ Corte dei Conti, sez. Lombardia delibera n. 237 del 29 settembre 2014.

²⁶⁷ Art. 18 comma 2-bis d.l. 112 del 2008: ((Le aziende speciali e le istituzioni)) si attengono al principio di riduzione dei costi del personale, attraverso il contenimento degli oneri contrattuali e delle assunzioni di personale. A tal fine l'ente controllante, con proprio atto di indirizzo, tenuto anche conto delle disposizioni che stabiliscono, a suo carico, divieti o limitazioni alle assunzioni di personale, definisce, per ciascuno dei soggetti di cui al precedente periodo, specifici criteri e modalità di attuazione del principio di contenimento dei costi del personale, tenendo conto del settore in cui ciascun soggetto opera. ((Le aziende

L'articolo richiamato prevede l'obbligo in capo alle società pubbliche di fissare "obiettivi specifici, annuali e pluriennali, sul complesso delle spese di funzionamento, ivi comprese quelle per il personale, delle società controllate, anche attraverso il contenimento degli oneri contrattuali e delle assunzioni di personale e tenuto conto di quanto stabilito all'articolo 25, ovvero delle eventuali disposizioni che stabiliscono, a loro carico, divieti o limitazioni alle assunzioni di personale, tenendo conto del settore in cui ciascun soggetto opera".

Da un punto di vista della tecnica redazionale della stesura giuridica dell'articolo, il comma di 5 – riferito ai vincoli di spesa e cioè il capire *se e quanto* assumere – dovrebbe anticipare da un punto di vista marcatamente strutturale il comma 2 dell'art. 19 TUSP che prevede il *come*²⁶⁸ assumere nel rispetto dei principi anche di derivazione comunitaria di trasparenza, pubblicità ed imparzialità. Tralasciando tale scelta logico-sistemica, le società pubbliche, a differenza delle società private²⁶⁹ sono obbligate al rispetto di vincoli di spesa da valutare preliminarmente all'inizio di procedure di reclutamento del personale.

La norma di cui al comma 5 dell'art. 19 TUSP mira in concreto a bilanciare sia la natura privatistica della società con la sua autonomia nella gestione, che i vincoli di spesa a cui sono obbligate le singole amministrazioni pubbliche, prevedendo che queste, titolari delle partecipazioni determinino, con propri provvedimenti, obiettivi specifici, annuali e pluriennali, sul complesso delle spese di funzionamento delle società controllate (ivi comprese le spese per il personale, anche attraverso il contenimento degli oneri contrattuali e delle assunzioni di personale).

speciali e le istituzioni)) adottano tali indirizzi con propri provvedimenti e, nel caso del contenimento degli oneri contrattuali, gli stessi vengono recepiti in sede di contrattazione di secondo livello. Le aziende speciali e le istituzioni che gestiscono servizi socio-assistenziali ed educativi, scolastici e per l'infanzia, culturali e alla persona (ex IPAB) e le farmacie sono escluse dai limiti di cui al precedente periodo, fermo restando l'obbligo di mantenere un livello dei costi del personale coerente rispetto alla quantità di servizi erogati. Per le aziende speciali cosiddette multiservizi le disposizioni di cui al periodo precedente si applicano qualora l'incidenza del fatturato dei servizi esclusi risulti superiore al 50 per cento del totale del valore della produzione.

²⁶⁸ MARESCA, *Il lavoro alle dipendenze delle società a controllo pubblico* in AA.VV., *Lavoro Pubblico*, Milano 2018, p. 70.

²⁶⁹ Le quali agiscono in totale libertà e nella piena discrezionalità in materia di selezione del personale sia sul come e sul se quanto personale assumere in ragione della libertà di iniziativa economica prevista dall'art. 41 della Costituzione.

Parte della dottrina²⁷⁰ ritiene che la norma sia un'inutile ripetizione in quanto il vincolo societario, poteva essere raggiunto semplicemente in ragione della corretta applicazione del rispetto e dei poteri spettanti alla/alle amministrazioni che esercitano il controllo analogo sulla società, anche se ci si riferisce genericamente al contenimento delle spese nella loro generalità e non al contenimento della spesa riferita al personale o comunque alle assunzioni.

Dubbi interpretativi rinvergono anche e soprattutto dal fatto che tali limiti che vincolano comunque le società pubbliche debbano discendere da preordinati provvedimenti adottati dalle amministrazioni pubbliche socie della società a controllo pubblico. La natura di tali provvedimenti sembrerebbe *ictu oculi* riconducibile alla natura giuridica di provvedimenti di carattere amministrativo, creando non pochi fraintendimenti soprattutto in ragione del fatto che non si capisce come un atto o una delibera dell'amministrazione controllante possa considerarsi di per sé vincolante nei confronti della società controllata²⁷¹. Vicende che la giurisprudenza contabile²⁷² sembra affrontare a chiare lettere, affermando espressamente che non sussistendo un obbligo normativo che imponga il consolidamento delle capacità assunzionali tra enti locali soci e società partecipate, quest'ultime possono effettuare assunzioni a tempo indeterminato nei limiti fissati dal socio ente, ai sensi dell'art. 19 del d.lgs. 175/2016.

La Corte dei Conti²⁷³ ha inoltre evidenziato come con l'abrogazione dell'art. 76, comma 7, del d.l. 112/2008 e l'introduzione dell'art. 19 comma 5 è venuto meno il principio di consolidamento delle spese di personale, secondo cui l'ente pubblico socio era tenuto a computare tra le spese di personale anche quelle sostenute dalle società a partecipazione pubblica affidatarie dirette di servizi pubblici locali senza gara, o che svolgevano funzioni volte a soddisfare interessi generali non aventi carattere industriale, né commerciale o che svolgevano attività nei confronti della P.A. a supporto di funzioni

²⁷⁰ GRAMANO, *Il reclutamento e la gestione del personale alle dipendenze delle società a partecipazione pubblica*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 332, 2017.

²⁷¹ MARESCA-ROMEI, *op. cit.*, p.72

²⁷² Corte dei Conti, Sez. Contr., Lombardia, del. 302/2018; Corte dei Conti, Sez. Contr., Liguria, del. 78/2015, Corte dei Conti, Sez. Contr., Emilia, del. 170/2014

²⁷³ Corte dei Conti, Sez. Contr., Toscana n.319/2019

amministrative di natura pubblicistica.²⁷⁴

L'art. 19 TUSP nella sua narrazione, richiama l'art. 25 del Testo Unico delle Partecipate, norma transitoria che, successivamente alla sua modifica²⁷⁵ fin dalla rubrica "Disposizioni in materia di personale", ha previsto che "le amministrazioni socie devono tener conto di quanto stabilito dall'art. 25 TUSP ovvero delle eventuali disposizioni che stabiliscono a loro carico divieti o limitazioni alle assunzioni di personale, tenendo conto del settore in cui ciascun soggetto opera".

Secondo cristallizzata dottrina²⁷⁶, la congiunzione disgiuntiva utilizzata dal Legislatore "ovvero" deve intendere che fino alla vigenza del regime transitorio ormai superato, le amministrazioni pubbliche socie dovevano tener conto nella fissazione dei loro obiettivi dei limiti transitori di cui all'art. 25 del TUSP nella sua versione originaria e degli ulteriori vincoli posti a loro carico; successivamente, a seguito del superamento del regime transitorio occorrerà tener conto solo delle ulteriori limitazioni.

In aggiunta, come è previsto dall'art. 19 comma 6, i richiamati obiettivi di contenimento dei costi dovranno essere attuati dalle società a controllo pubblico con idonei provvedimenti, che con riferimento al contenimento dei costi del personale, dovranno essere recepiti, ove possibile, dalle organizzazioni sindacali con la contrattazione di secondo livello²⁷⁷.

²⁷⁴ Associazione G.B. VIGHENZI, Associazione Nazionale Professionale Segretari Comunali e Provinciali, dal web www.segretaricomunalivighenzi.it/archivio/2019/ottobre/21-10-2019-vincoli-assunzionali-delle-societa-partecipate

²⁷⁵ Così modificato dal d.l. 30 dicembre 2019, n. 162 (in G.U. 31/12/2019, n.305) convertito con modificazioni dalla L. 28 febbraio 2020, n. 8 (in S.O. n. 10, relativo alla G.U. 29/02/2020, n. 51) ha disposto (con l'art. 1, commi 10-nonies e 10-decies) la modifica dell'art. 25 e sue ss.mm.ii.

²⁷⁶ MEZZACAPO in occasione dei seminari organizzati da Paradigma "Il rapporto di lavoro nelle società pubbliche nel nuovo Testo Unico", Milano 30 settembre 2016- Roma 28 ottobre 2016, Prime osservazioni sul rapporto di lavoro nelle società a controllo pubblico dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 251/2016, WP CSDLE Massimo D'Antona, IT-319, 2017 in GAROFOLI-ZOPPINI, *Manuale delle società a partecipazione pubblica*, Neldiritto Editore, 2018, p. 637.

²⁷⁷ Tale disciplina richiama quanto disposto dal comma 2-bis dell'art. 18 del citato decreto-legge n. 112 del 2008 in materia di personale delle aziende speciali, delle istituzioni e delle società a partecipazione pubblica locale totale o di controllo: esse devono perseguire l'obiettivo di riduzione dei costi del personale, attraverso il contenimento degli oneri contrattuali e delle assunzioni di personale.

La locuzione “ove possibile”, come ampiamente argomentato²⁷⁸ sembra tener conto non solo dell’ampio margine di discrezionalità della società partecipata, ma anche della comprensibile ritrosia delle organizzazioni sindacali ad inserire nei contratti collettivi limitazioni di spesa evidenziando come l’imposizione del Legislatore ad imporre il recepimento dei limiti di spesa fissati dalle amministrazioni ai contratti collettivi avrebbe in qualche modo sollevato dubbi di legittimità costituzionale soprattutto in relazione a quanto previsto dall’art. 39 Cost. in materia di libertà sindacale.

²⁷⁸ MEZZACAPO, *Prime osservazioni sul rapporto di lavoro nelle società a controllo pubblico dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 251/2016*, WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT – 319, 2017.

CAPITOLO 3 “Il ruolo della contrattazione collettiva nelle vicende circolatorie”

1. La contrattazione collettiva di primo e secondo livello nelle società a partecipazione pubblica, gli artt. 19 del D.lgs. 175/2016, 11 c. 6 e 10 del D.lgs. 175/2016

Il rapporto di lavoro del personale dipendente delle società partecipate è caratterizzato da una pluralità di fonti che nel corso degli anni hanno subito una parabola evolutiva che ha apportato una stratificazione normativa spesso disorganica e contraddittoria²⁷⁹ nel perseguimento dell’obiettivo primario del contenimento della spesa pubblica e della razionalizzazione del sistema partecipate. La dicotomia pubblico-privato e gli ibridismi che hanno caratterizzato il dibattito dottrinale e giurisprudenziale, si sono riversati ad ogni livello del rapporto di lavoro dei dipendenti delle partecipate, sulle fonti cd. eteronome, sul contratto individuale e sulla contrattazione collettiva²⁸⁰. Le necessità e le urgenze di semplificazione normativa hanno indotto il Legislatore fin dal 2008, con il D.L. n. 112/2008 (con i suoi artt. 18 e ss.), a creare una disciplina ibrida che ha attinto in modo uniforme sia dal privato sia dal settore pubblico, andando ad influire sul rapporto di lavoro e sulla contrattazione individuale e collettiva del personale dipendente delle società partecipate.

Con l’attuale art. 19 del D.lgs.175/2016 e ss.mm.ii. è espressamente richiamata in capo ai lavoratori delle partecipate, oltre alle disposizioni del capo I, titolo II, del libro V del codice civile e alle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell’impresa (ivi incluse quelle in materia di ammortizzatori sociali secondo quanto previsto dalla normativa vigente), anche la

²⁷⁹ FONTANA, *Il rapporto di lavoro nelle società pubbliche. Problemi applicativi e riforme legislative*, in *Il Lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni*, 2014, p. 707; GAMBARDELLA, *Le Fonti*, in MARESCA - ROMELI, *Il rapporto di lavoro nelle società a controllo pubblico*, Giuffrè, 2019.

²⁸⁰ Per approfondimenti sul ruolo e sulla funzione del contratto collettivo di lavoro si veda: TIRABOSCHI, *Sulla funzione (e sull'avvenire) del contratto collettivo di lavoro*, *Diritto delle Relazioni Industriali*, fasc.3, 2022, pp. 789 e ss.; sulle problematichità del rapporto tra contratti collettivi di diverso livello si veda: DE LUCA TAMAJO, *Incertezze e contraddizioni del diritto sindacale italiano: è tempo di regolamentazione legislativa*, *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2018, fasc. 1, pp. 276 ss.; Sul tema del rapporto tra livelli contrattuali: PROIA, *Ancora sul rapporto tra contratti collettivi di diverso livello*, *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, fasc.1, 2020, pp. 1 e ss.

contrattazione collettiva, intesa estensivamente sia di primo che di secondo livello.

Il richiamo contenuto nell'art. 19 TUSP afferma quindi pacificamente l'applicazione al personale dipendente delle partecipate della contrattazione collettiva di diritto comune del settore privato di riferimento e non la contrattazione collettiva di comparto del personale del pubblico impiego²⁸¹.

Tale dato merita un necessario approfondimento soprattutto per quanto attiene all'indicazione espressa dall'art. 19 comma 1 TUSP, che prevede l'inserimento dei contratti collettivi nell'elencazione multiforme delle fonti normative che regolano il rapporto di lavoro dei dipendenti delle società partecipate.

Preliminarmente, come affermato da alcuni²⁸², in ragione di una non espressa differenziazione semantica, il richiamo alla contrattazione collettiva inerisce necessariamente alla contrattazione di primo e di secondo livello. Nonostante la lettera della norma, altri²⁸³ ritengono che richiamando l'art. 1 comma 3 TUSP²⁸⁴ non ci si trovi dinanzi ad un obbligo di applicazione in capo alle società partecipate di una manifesta contrarietà con l'art. 39 della Costituzione e al principio dell'autonomia privata collettiva ivi espresso. Emerge quindi, anche con riferimento alla contrattazione collettiva, quell'ambivalenza ibrida, espressione della dicotomia pubblico-privato che caratterizza ogni aspetto dei lavoratori delle società partecipate.

Una più evidente immediata conseguenza circa l'applicazione "obbligata" della contrattazione collettiva, sembra palesarsi nei confronti di quelle società miste pubblico-privato, dove l'applicazione "sempre e comunque" dei contratti collettivi - come se le partecipate fossero un tipico imprenditore privato in ragione di una cogenza privatistica a queste applicata - andrebbe paradossalmente a scontrarsi con quella obbligatorietà e cogenza di diversa

²⁸¹ ALBI, *La disciplina dei rapporti di lavoro nelle società a partecipazione pubblica fra vincoli contabili e garanzie giuslavoristiche*, in *"Il disordine" dei servizi pubblici locali*, a cura di PASSALACQUA, Giappichelli, 2016, p. 237.

²⁸² GAMBARDELLA in GAROFOLI – ZOPPINI, *Manuale delle società a partecipazione pubblica*, Neldiritto Editore, 2018, p. 39.

²⁸³ MENICUCCI in MONACO, *Contrattazione collettiva e società partecipate*, Lavoro e Diritto, Il Mulino, Fasc.1, 2020, p. 74.

²⁸⁴ Art. 1 comma 3 TUSP: "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".

natura che impone, in ragione di quanto previsto dal Testo Unico del Pubblico Impiego, l'applicazione dei Contratti Collettivi Nazionali stipulati dall'Aran che vincolano le Amministrazioni Pubbliche²⁸⁵.

Nel contesto delle società partecipate, la contrattazione collettiva, analizzando gli espressi richiami legislativi di cui al Testo Unico, prevede una disciplina speciale limitativa sotto i profili retributivi dei lavoratori (*ex art. 19 comma 5 e 6*), nonché sui limiti e vincoli al cd. trattamento economico (*ex art. 11 comma 6,9,10,13*).

Il Legislatore del Testo Unico sulle Partecipate, nel rispetto dei principi ispiratori del D.lgs. 175/2016, ha voluto segnare i confini (*rectius* limitare) dell'autonomia collettiva in ragione delle parti coinvolte all'interno dei rapporti di lavoro delle società partecipate, non riconoscendo o comunque riducendo al minimo il ruolo dei sindacati.

L'art. 11 comma 6 TUSP²⁸⁶ avente ad oggetto i limiti al trattamento economico per i compensi nelle società controllate dalle Regioni o dagli enti locali (di intesa in Conferenza Unificata)²⁸⁷, assegna ad un decreto ministeriale il compito di fissare "il limite massimo per la determinazione del trattamento economico annuo onnicomprensivo da corrispondere agli amministratori, ai titolari e componenti degli organi di controllo, ai dirigenti e ai dipendenti, che non potrà comunque eccedere il limite massimo di euro 240.000 annui al lordo dei contributi previdenziali e assistenziali e degli oneri fiscali a carico del beneficiario, tenuto conto anche dei compensi corrisposti da altre pubbliche amministrazioni o da altre società a controllo pubblico".

In verità, già prima dell'entrata in vigore del Testo Unico e dell'introduzione dell'art. 11 comma 6, sotto il profilo contenutistico, la norma che prevedeva l'inderogabilità *in melius* in materia di retribuzioni del personale delle società

²⁸⁵ MONACO, *op. cit.*, p. 74.

²⁸⁶ Sull'argomento: MARESCA, *Il lavoro alle dipendenze delle società a controllo pubblico*, dal web www.federalismi.it, n. 17, 2018, p. 23 e ss.; MEZZACAPO, *Prime osservazioni sul rapporto di lavoro nelle società a controllo pubblico dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 251/2016*, Lavoro e previdenza oggi, 2016, n. 11, 2012, pp. 599 e ss.; MAINARDI, *Società a controllo pubblico e diritto del lavoro*, in: AA.VV., *Le tutele del lavoro nelle trasformazioni dell'impresa*. «Liber Amicorum» Carlo Cester, Bari, 2019, par. 7.

²⁸⁷ L'intesa è il risultato di una modifica introdotta dal D.lgs. n. 100 del 2017, mentre nel testo originario il coinvolgimento della Conferenza unificata era limitato all'espressione del parere sul decreto ministeriale.

a partecipazione pubblica, era confluita nella legge di stabilità del 2016 (all'art. 1 commi 672-676 della legge n. 208/2015)²⁸⁸, che aveva esteso la disciplina per i compensi degli amministratori e dei dipendenti delle società controllate dal Ministero dell'Economia anche a tutte le società direttamente o indirettamente controllate dalle Amministrazioni dello Stato e dalle altre amministrazioni pubbliche, rinviando – così come previsto dall'art. 11 comma 6 – all'emanazione di un Decreto Ministeriale attuativo anch'esso suddiviso per “fasce”.

Nonostante il Testo Unico sia entrato in vigore a decorrere dal 2016, solo nell'estate del 2022, il Governo Draghi ha avviato l'iter conclusivo per l'approvazione del regolamento sulla determinazione dei limiti dei compensi massimi previsto dall'art. 11 comma 6 del TUSP, che prende il nome di “decreto fasce”²⁸⁹, ad oggi non ancora entrato in vigore. Nelle more dell'emanazione, il Legislatore prevede – e continua a prevedere – l'applicazione dell'art. 4 comma 4 del d.l. 95/2012 e il Decreto del Ministero delle Finanze n. 166/2013 che però ha un ambito di applicazione soggettivo più limitato rispetto a quello previsto dall'art. 11 comma 6, in quanto si riferisce solo alle società partecipate e controllate direttamente o indirettamente dal Ministero dell'Economia e delle Finanze, lasciando di fatto ed in diritto esclusa ogni altra tipologia di società partecipata che non sia controllata dal MEF.

Si tratta di limitazioni di natura legale che prevedono un espresso rinvio ad una fonte regolamentare che incide sugli aspetti retributivi del personale delle

²⁸⁸ E ancor prima in materia di tetti salariali per i lavoratori delle società partecipate, sono state abrogate (a seguito dell'introduzione dell'art. 11 e ss. del TUSP) diverse norme tra cui: l'art. 1 della legge n. 296/2006 commi 725 -728 (per quanto riguarda i compensi degli amministratori). In riferimento ad una copiosa giurisprudenza contabile in riferimento ai compensi degli amministratori delle società pubbliche, si faccia riferimento: Corte dei conti, Sezione regionale di controllo per la Liguria n. 29/2020; Sezione controllo Basilicata delibera n. 10/PAR/2018; Corte dei Conti, Sezione controllo Liguria, delibera n. 90/2016/PAR; Corte dei Conti, Sezione Basilicata delibera n. 10/PAR/2018.

²⁸⁹ CAMPORESI, *I compensi degli amministratori (organo di controllo, dirigenti e dipendenti) di società pubbliche: il Governo Draghi avvia l'iter finale per l'approvazione del Regolamento*, in *Diritto dei Servizi Pubblici* del 14 giugno 2022 dal web: www.dirittodeiservizipubblici.it/articoli/articolo.asp?sezione=dettarticolo&id=1012, evidenzia come che il periodo di vacatio, ha consolidato un regime transitorio che ha prodotto come diretta conseguenza quella di impoverire di capacità manageriale le società partecipate; Trovati e Pozzoli, *Enti pubblici, cinque tetti ai compensi per i presidenti da 38 a 240mila euro* Enti locali&Edilizia, 7Febbraio 2022 dal web:<https://ntplusentilocaliedilizia.ilsole24ore.com>

partecipate che attengono sia alla retribuzione fissa che a quella variabile, senza alcuna concertazione con gli organi sindacali (ma solo con l'intervento del Ministero dell'Economia e delle Finanze previo parere delle Commissioni parlamentari competenti), prevedendo e declinando al ribasso gli importi delle retribuzioni del personale delle partecipate in considerazione delle proprie caratteristiche (e della suddivisione per fasce di grandezza della società).

Sull'ambito soggettivo di applicazione, si è sviluppato un dibattito dottrinale che si riferisce proprio al trattamento economico annuo onnicomprensivo erogato ai soggetti destinatari di cui all'art. 11 comma 6 TUSP²⁹⁰, secondo cui, nella determinazione del limite massimo, occorre tener conto anche di tutti i compensi corrisposti da altre amministrazioni o società pubbliche. Gli importi massimali indicati nell'art. 11 comma 6 TUSP non rappresentano il limite retributivo che ciascun dipendente (o amministratore) di società partecipata può ricevere come retribuzione, ma è il limite personale che un amministratore o un dipendente può aspirare e ricevere anche da altre P.A. o società partecipate.

Dall'analisi della relazione di accompagnamento al D.lgs. 175/2016, ciascuna fascia è determinata secondo un criterio di proporzionalità, un tetto massimo riferito al trattamento economico annuo da corrispondere agli amministratori, ai titolari e componenti degli organi di controllo, ai dirigenti e ai dipendenti. Una tale suddivisione delle società in fasce dimensionali, sulla cui base determinare i compensi massimi, era già prevista dall'art. 1, comma 672, della legge n. 208 del 2015 (legge di stabilità per il 2016)²⁹¹.

Appare evidente l'inderogabilità *in melius* prevista *ex lege* dal limite introdotto dall'art. 11 comma 6 del TUSP, nell'ipotesi in cui una clausola oggetto di contrattazione di primo o secondo livello apporterebbe migliorie al tetto massimo dei 240.000,00 lordi annui; in tale ipotesi, tale clausola contrattuale più favorevole rispetto alle indicazioni legislative, sarà da considerare nulla ex art. 1419 c.c. causando come immediata conseguenza la sostituzione di diritto con la norma imperativa (nella fattispecie l'art. 11

²⁹⁰ ALTIMARI, *Diritto del lavoro e società pubbliche tra impresa e amministrazione*, Giappichelli Editore, 2018, p. 215.

²⁹¹ Testo Unico sulle Partecipate, scheda di lettura, Dossier XVII Legislatura, p. 71.

comma 6 TUSP), inducendo le società a seguito della disapplicazione della clausola illegittima, ad erogare la retribuzione pari al tetto massimo violato a livello negoziale²⁹².

Il tetto massimo dei compensi indicati dall'art. 11 comma 6 TUSP ha sia l'obiettivo di sostituire la stratificazione normativa e le diverse disposizioni che periodicamente determinavano i tetti ai compensi di alcuni lavoratori delle società pubbliche, che assicurare il contenimento dei relativi costi attraverso l'assorbimento delle limitazioni previste dal Legislatore che devono essere assorbiti della contrattazione aziendale. Parte della dottrina²⁹³ ritiene che la norma di cui all'art. 11 comma 6 TUSP non abbia portata innovativa rispetto alle prerogative dell'amministrazione socia, la quale avrebbe potuto perseguire lo scopo tramite gli ordinari strumenti di diritto comune che sovrintendono all'interno di qualsiasi gruppo societario, avendo l'art. 11 comma 6 un mero ruolo di stimolo legislativamente formalizzato (come evidenziato dal comma 7 che impone che i provvedimenti adottati siano pubblicati sul sito istituzionale, facendone a tal proposito far conseguire un ventaglio di responsabilità in caso di mancata o incompleta pubblicazione).

L'art. 11 comma 6 nella sua compilazione è in grado di superare le problematiche sottese al rapporto – e ai suoi eventuali problemi di armonizzazione – tra la contrattazione di secondo livello (espressione dei limiti e delle inderogabilità previste dalle dal D.lgs. 175/2016) e la contrattazione di primo livello applicata all'interno della società partecipate. I nodi applicativi di maggior rilievo potrebbero sorgere nell'ipotesi in cui la contrattazione di secondo livello (che ha assorbito le indicazioni legislative) preveda una disciplina peggiorativa rispetto al CCNL di riferimento.

Il confine limitativo della società partecipata sembra quindi essere segnato – per espressa previsione del Legislatore - dall'adozione di quei propri provvedimenti espressamente richiamati dall'art. 19 comma 5 e 6, da recepire

²⁹² FALSONE, *Gli enti pubblici e le società partecipate: profili giuslavoristici fra diritto privato e legislazione speciale*, nota di ricerca n. 4/2017, Università Cà Foscari Venezia, p. 23.

²⁹³ ALTIMARI, *Società pubbliche e atti di indirizzo della pubblica amministrazione tra controllo societario e autonomia collettiva*, Variazioni su Temi di Diritto del Lavoro, Numero Straordinario, 2022.

in sede di contrattazione di secondo livello che possono incidere su oneri contrattuali e non su quei costi di derivazione legale.

Elemento che merita approfondimento è senza dubbio il bilanciamento o comunque la modalità di coesistenza dei provvedimenti adottati dalla società partecipata in applicazione della contrattazione di secondo livello con gli atti interni della società che recepiscono gli indirizzi della/e amministrazione/i socia/e di contenimento dei costi riferiti ai limiti di spesa complessivi, nell’ottica della razionalizzazione del sistema partecipate e del contenimento della spesa pubblica.

I dubbi interpretativi emergono anche dalla giurisprudenza contabile la quale da un lato²⁹⁴ ritiene che la norma fissi un vincolo tassativo inderogabile, non suscettibile di superamento in via interpretativa: ciò fa sì che il “tetto” resterebbe fermo anche in caso di “aumentata complessità della gestione sociale” per effetto di nuovi e maggiori incarichi posti in capo alla società, per cui il rispetto del limite andrebbe riscontrato solo alla luce dei compensi percepiti per il rapporto di amministrazione, mentre non andrebbero considerati eventuali ulteriori retribuzioni erogate dalla società agli amministratori a titolo diverso²⁹⁵.

La dottrina²⁹⁶, nell’ipotizzare l’eventuale contrasto tra diversi livelli contrattuali (preliminarmente indicando come non esistono regole ben definite su tali rapporti fra contratti collettivi di diverso livello), evidenzia una prevalenza della contrattazione di secondo livello sulla prima (anche nei casi in cui la contrattazione di secondo livello applichi e preveda una disciplina peggiorativa rispetto al CCNL applicato).

Secondo diverso orientamento²⁹⁷, non sembra condivisibile l’assunto sulla base del fatto che solo questa sia oggetto di un espresso rinvio legale ed è pertanto rimesso alle società a partecipazione pubblica l’onere di stabilire

²⁹⁴ Corte dei Conti Basilicata, delibera 10/2018.

²⁹⁵ Corte dei Conti Piemonte, delibera 57/2018.

²⁹⁶ FALSONE, *Gli enti pubblici e le società partecipate: profili giuslavoristici fra diritto privato e legislazione speciale*, nota di ricerca n. 4/2017, Università Cà Foscari Venezia, p. 24; FALSONE, *La ricerca della volontà delle parti in caso di conflitto fra contratti collettivi di diverso livello: un approccio da approfondire o un cul-de-sac.*, in Arg. Dir. Lav. 2016, p. 446.

²⁹⁷ MONACO, *Contrattazione collettiva e società partecipate*, Lavoro e Diritto, Il Mulino, Fasc.1,2020, pp. 76 – 77.

autonomamente un alleggerimento della spesa complessiva, costruendo il rapporto tra fonti negoziali collettive di diverso livello sulla base della disciplina legale e nazionale degli ultimi anni, senza la creazione di una disciplina specifica e speciale per le società partecipate.

Ad ogni modo, pur considerando la prevalenza delle disposizioni di secondo livello sul CCNL adottato in azienda, occorre considerare l'applicazione concreta delle disposizioni, quali regole di diretta attuazione di quei principi di matrice costituzionale di cui all'art. 36 Cost., inteso come trattamento minimo tabellare da applicare ai lavoratori – tutti – ivi compresi quelle delle società partecipate.

La norma – per il lavoratore - nasconde in sé alcune insidie applicative nel caso di prevalenza della contrattazione di secondo livello: in tale contesto potrebbe trovare una giustificazione legale (data dallo stesso Testo Unico con dall'art. 11 comma 6, ma anche e soprattutto in via generale dall' art. 19 comma 5-6)²⁹⁸, la prevalenza della contrattazione di secondo livello e la contestuale possibilità dei datori di lavoro (le singole società partecipate) di modificare le condizioni da applicare proprio attraverso quei “propri provvedimenti” ex art. 19 TUSP. In concreto si potrebbe avere come diretta ed immediata conseguenza una gestione ed una contrattualizzazione dei rapporti di lavoro del personale delle partecipate a macchia di leopardo con gestioni diverse, tante quante sono le singole società partecipate accumulate dal rispetto e dal corretto bilanciamento della contrattazione di secondo livello.

Un nervo scoperto che potrebbe autorizzare le singole società partecipate ad una disparità di trattamento con espressa violazione dell'art. 3 della Cost., nell'ipotesi in cui la contrattazione collettiva decentrata vada a derogare a quei minimi tabellari previsti dal CCNL che in fatto sono diretta articolazione dei principi costituzionali e dei diritti di tutti i lavoratori.

Limitazioni ed inderogabilità previste dal Legislatore del Testo Unico che confluiscono nella contrattazione di secondo livello, che oltre celare conflitti più o meno marcati con l'art. 36 della Costituzione, potrebbero minare anche

²⁹⁸ ALBI, *La disciplina dei rapporti di lavoro nelle società a partecipazione pubblica fra vincoli contabili e garanzie giuslavoristiche*, in FALSONE, *Gli enti pubblici e le società partecipate: profili giuslavoristici fra diritto privato e legislazione speciale*, nota di ricerca n. 4/2017, Università Cà Foscari Venezia, p. 24.

quell'autonomia sindacale di cui all'art. 39 della Carta Costituzionale che prevede il divieto di compressioni della libertà sindacale in tema di contrattazione collettiva se non in situazioni caratterizzate dall'eccezionalità della salvaguardia di interessi superiori e generali.²⁹⁹

Nel silenzio del Legislatore, non rinvenendo altresì alcuna indicazione pratica all'interno della relazione di accompagnamento allo schema del D.lgs. 75/2016, nelle sue ss.mm.ii. o del successivo D.M. del 9 novembre 2017 (G.U. n.2999 del 23.12.2017), occorre valutare le singole ipotesi applicative concrete che la dottrina ha analiticamente raggruppato in una triplice casistica: 1) il caso cd. tipico previsto teoricamente dall'art. 19 comma 6 in cui coesistano atto di direzione delle amministrazioni socie e contrattazione collettiva (pur rappresentando l'ipotesi classica di allineamento tra i due atti, è difficile nella pratica il perfetto allineamento tra gli stessi. I provvedimenti societari, rappresentando un vincolo per l'autonomia collettiva, impongono modifiche a contratti collettivi già conclusi andando a limitare la capacità negoziale degli agenti sindacali); 2) caso della sola presenza del contratto collettivo e assenza dell'atto di direzione delle amministrazioni socie (in tal caso occorrerebbe rinegoziare il contenuto del contratto *illo tempore* stipulato tenendo conto degli atti di direzione dell'amministrazione); 3) caso della sola presenza dell'atto di direzione delle amministrazioni socie nel silenzio della contrattazione collettiva³⁰⁰.

Le casistiche prospettate aprono importanti profili di responsabilità in capo ai dirigenti delle partecipate a seguito delle verifiche affidate alle sezioni di Controllo della Corte dei Conti, le quali analizzando i profili economici dei provvedimenti degli enti soci dovranno verificare il raggiungimento degli obiettivi posti dall'art. 19 TUSP. Tale ventaglio di responsabilità per gli amministratori e dirigenti, nel caso di mancato recepimento nei propri atti interni o nella contrattazione di secondo livello, non è così chiaro ed evidente qualora anche in assenza di indicazioni da parte dell'ente controllante, la contrattazione collettiva decentrata si muova esclusivamente nell'alveo della

²⁹⁹ PINTO, *Sui rapporti di lavoro alle dipendenze delle società in controllo pubblico e delle società in house* in FORTUNATO, VESSIA (a cura di), *Le nuove società partecipate e in house providing*, 2017, p. 2411 così richiamati in FALSONE, *op. cit.*, p. 25.

³⁰⁰ MONACO, *Contrattazione collettiva e società partecipate*, Lavoro e diritto (ISSN 1120-947X), Il Mulino, Fasc.1,2020, pp. 76-77.

contrattazione nazionale; diversamente nell'ipotesi in cui il contratto decentrato non sia conforme alla disciplina nazionale e introduca condizioni migliorative, pare possibile intravedere profili di responsabilità degli amministratori e dei dirigenti della società partecipata.³⁰¹

Al fine di evitare eventuali discrasie tra decreto ministeriale, contrattazione collettiva e provvedimenti societari *ex art. 19 TUSP*, il limite che introduce l'inderogabilità *in melius* sembra in fin dei conti avere un ruolo di moralizzazione sistemica³⁰², essendo tirato in ballo solo in quelle macro violazioni clamorose che hanno caratterizzato soprattutto sotto il profilo retributivo il riconoscimento di importi che non si conciliano con il sistema partecipate e che non trovano quindi adeguata giustificazione sia contrattuale che di sistema.

Questo perché, l'eventuale introduzione del Decreto Ministeriale tanto atteso (e a distanza di sette anni ancora non emanato), nella sua natura di atto amministrativo, dovrebbe in concreto andare a disciplinare profili retributivi dei lavoratori delle società partecipate, essendo inidoneo per sua natura ad incidere sull'autonomia collettiva in tale materia, espressione diretta dell'art. 39 della Costituzione.

³⁰¹ MONACO, *op. cit.*, p.79.

³⁰² ALTIMARI, *Diritto del lavoro e società pubbliche tra impresa e amministrazione*, Giappichelli, 2018, p. 216.

2. Gli attori del sistema sindacale nelle società a partecipazione pubblica

L'attuale sistema sindacale delle società partecipate affonda le proprie radici agli inizi del primo Novecento con la nascita delle prime Aziende Municipalizzate e alle fasi evolutive che queste hanno seguito nel corso di oltre un secolo (par. 1.1) a partire dal primo intervento legislativo avuto con la legge n. 103 del 29 marzo 1903 "Sull'assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei Comuni". In tale contesto con maggiore enfasi nel periodo a ridosso dell'entrata in vigore della Carta Costituzionale, l'autonomia collettiva e il sistema sindacale hanno svolto un ruolo decisivo nella determinazione dei rapporti di lavoro tra società- lavoratori- Pubblica Amministrazione, alla luce dell'esile trama legislativa in tema di rapporto di lavoro, circostanza per la quale le organizzazioni sindacali spesso riuscirono ad imporsi in ragione di una "debolezza" del datore di lavoro delle municipalizzate³⁰³.

La parabola degli attori del sistema sindacale delle società a partecipazione pubblica ha registrato nel corso degli anni diverse modifiche che hanno portato dall'iniziale ruolo di centralità nelle relazioni industriali a partire dagli anni Venti³⁰⁴ ad un graduale quanto continuo indebolimento avuto dopo la fase che ha preceduto le cd. esternalizzazioni, seguite dalle successive reinternalizzazioni delle funzioni di quei servizi tra società partecipate e Amministrazioni Pubbliche. Dopo il periodo fascista, connotato da un sistema sindacale che per ragioni note era tollerato con molte riserve³⁰⁵ (e *de relato* anche il sistema delle relazioni industriali e sindacali subiva le medesime restrizioni), nella fase post-costituzionale ed in special modo a partire dagli anni Ottanta³⁰⁶, soprattutto nei settori riferiti alla distribuzione

³⁰³ ALTIMARI, *Diritto del lavoro e società pubbliche: rapporto di lavoro e autonomia collettiva dalla municipalizzazione al d.lgs. n. 175/2016*, Variazioni su Temi di Diritto del Lavoro, Fasc. 1, 2019.

³⁰⁴ Sull'argomento: ROMAGNOLI, *Il diritto del lavoro durante il fascismo. Uno sguardo d'insieme*, in *Lavoro e Diritto*, 2003, pp. 77 e ss.

³⁰⁵ Ai sensi della legge n. 563 del 1926 erano esclusi i dipendenti statali e degli enti locali dall'applicazione dell'unico sindacato per categoria e presenza dei rapporti di lavoro ai contratti collettivi con efficacia erga omnes.

³⁰⁶ Sull'argomento sulla storia sindacale italiana: ROMAGNOLI-TREU, *I sindacati in Italia dal '45 a oggi: storia di una strategia*, Il Mulino, 1981; TURONE, *Storia del sindacato in Italia: dal 1943 al crollo del comunismo*, Laterza, 1998.

del gas, acqua e dell'energia elettrica, il sistema sindacale delle municipalizzate si è connotato di una forte autonomia - quasi indipendenza - dall'ordinamento sindacale centrale tanto da far sorgere a dire di alcuni, una sorta di "sottosistema sindacale delle municipalizzate"³⁰⁷ soprattutto a seguito del raggiungimento e della stipula di alcuni accordi interconfederali e protocolli di intesa in quella che poi sarà la cd. stagione dei protocolli³⁰⁸.

La gestione dei servizi elettrici, del servizio idrico integrato, dei trasporti o la gestione e distribuzione del gas, hanno rappresentato da sempre quei settori dove l'autonomia collettiva ha concentrato maggiormente la sua attenzione; fenomeni che già agli albori dell'introduzione del Codice Civile del 1942³⁰⁹, a proposito delle società a partecipazione pubblica (anche se riferendosi all'ora Municipalizzate dai caratteri dalle sfumature diverse rispetto l'attuale accezione), prevedevano che: "è lo Stato che si assoggetta alla legge delle società per azioni per assicurare alla propria gestione maggiore snellezza di forme e nuove possibilità realizzatrici".

Successivamente, con la liberalizzazione dei mercati, il processo di graduale contrattualizzazione del rapporto di lavoro del pubblico impiego, si interseca con la parabola del sistema sindacale delle municipalizzate, dove a partire dagli anni Novanta si assiste ad una mutazione della configurazione giuridica dovuta soprattutto a quello che la dottrina ha definito "piccole privatizzazioni" che hanno interessato le modalità di gestione dei servizi pubblici locali e che in concreto hanno mutato le municipalizzate con nuove forme e natura giuridica tutte diverse, ma accomunate dalla medesima trasformazione in società commerciali³¹⁰. In tale contesto la centralità e l'utilizzazione di un unico contratto collettivo nazionale di settore, ha rappresentato un punto di partenza necessario anche in riferimento per gli

³⁰⁷ ALTIMARI, *Diritto del lavoro e società pubbliche tra impresa e amministrazione*, Giappichelli Editore, 2018, p.85.

³⁰⁸ Da quello stipulato dalla Cispel (1989) con CGIL, CISL e UIL all'accordo IRI fino a quello Federambiente (1990) congiuntamente ai sindacati di Igiene pubblica o Federtrasporti-Anac (1991) e CGIL, CISL e UIL.

³⁰⁹ Relazione di accompagnamento al Codice Civile del 1942 dal web: RORDORF, *Azioni di responsabilità e fallimento delle imprese pubbliche*, dal web www.ratioiuris.it/azioni-di-responsabilita-e-fallimento-delle-imprese-pubbliche, 2018.

³¹⁰ ALTIMARI, *Diritto del lavoro e società pubbliche: rapporto di lavoro e autonomia collettiva dalla municipalizzazione al d.lgs. n. 175/2016*, Variazioni su Temi di Diritto del Lavoro, Fasc. 1, par. 6, 2019.

anni a seguire, in ragione del fatto che ogni ambito dove sono state utilizzate le società a partecipazione pubblica, hanno proprie caratteristiche speciali e tipiche a cui i sindacati di categoria devono necessariamente tener conto.

Il sindacato ha assunto un ruolo importante nei processi dopo la liberalizzazione dei servizi pubblici locali³¹¹, pur seguendo direzione opposta rispetto a quella prevista per i servizi pubblici a livello nazionale. A questo ha contribuito, soprattutto per il settore energia, un atteggiamento delle Federazioni datoriali, le quali con la disgregazione dei monopoli, hanno spinto queste ad unirsi creando duopoli spesso non solo di carattere nazionale ma anche sovranazionale³¹².

Nel corso degli anni, soprattutto a partire dagli anni Duemila, gli attori industriali-sindacali hanno cercato d'interpretare quel processo di cambiamento solo inizialmente accennato, utilizzando come punto di vista privilegiato, il ruolo delle società partecipate a livello locale che però, ad oltre venti anni di distanza, non sembra aver trovato pratica e concreta applicazione sia per la resistenza della controparte datoriale, sia per il ruolo frenante degli enti locali, sia perché gli strumenti timidi di partecipazione messi in disponibilità in tali contesti, si sono scontrati con un clima di recessione economica che ha colpito fortemente l'Italia agli inizi del nuovo Millennio³¹³. Un perseguimento ed una tutela di finalità economiche e finanziarie riferite anche e soprattutto al contenimento della spesa pubblica che si è trascinata nel corso degli anni, prima con il d.l. 112/2008 e poi con l'emanazione del Testo Unico sulle Partecipate nel 2016, incidendo e limitando la partecipazione in tutte quelle procedure dove questa potrebbe in qualche modo essere ostativa nei riguardi del perseguimento delle finalità di

³¹¹ Sulla liberalizzazione dei servizi pubblici locali: CURZIO E FORTIS, *Le liberalizzazioni e le privatizzazioni dei servizi pubblici locali*, Il Mulino, 2000; FERRI E BALDAZZI, *I servizi pubblici locali. Liberalizzazione, regolamentazione, forme di privatizzazione*, in Coll. Progetto Ente Locale, Maggioli Editore, 2000; LETTERA, *Liberalizzazioni e gestione in house nei servizi pubblici locali: le direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE, 2014/25/UE sul controllo analogo*, Rivista Amministrativa della Repubblica italiana: giornale ufficiale delle amministrazioni centrali e provinciali, dei comuni e degli enti e istituzioni pubbliche di assistenza e di beneficenza, 2014, p. 347-375; BIANCO -SESTITO, *I servizi pubblici locali. Liberalizzazione, regolazione e sviluppo industriale*, Il Mulino, 2010.

³¹² Così "La CISL nelle Multiutility: come coordinarci" dal web www.cisl.it/wp-content/uploads/2015/11/multiutility.pdf.

³¹³ Sempre in riferimento al ruolo della Cisl nella sua analisi con le multiutility si evidenzia la circostanza che il Protocollo Interfederale del luglio 2000 che definiva gli obiettivi del ruolo sindacale in tale delicato momento è rimasto del tutto inattuato.

riorganizzazione dell'intero sistema partecipate.

Evidente limite degli attori del sistema sindacale sembra essere stata la circostanza della doppia velocità (rispetto alle rappresentanze dei lavoratori e quelle datoriali); a tal proposito infatti, mentre le Confederazioni sindacali dei lavoratori provavano a costruire una proposta quadro e a realizzare un coordinamento mettendo sul tavolo della trattazione i diversi metodi di contrattazione, confronto ed informazione, le Federazioni datoriali perseguivano un processo di graduale ma continua aggregazione che a seguito della fusione di Federambiente e Federutility, ha portato alla costituzione di Utilitalia nell'ambito di Confservizi.

Dopo l'emanazione del Testo Unico sulle Partecipate, i sindacati, vedendo erosa man mano la partecipazione trasversale all'interno degli iter procedurali che li interessavano, hanno assistito ad una frammentazione della rappresentanza e al proliferare di una contrattazione diversificata di carattere integrativo che ha creato situazioni discriminatorie tra i lavoratori di Società Partecipate diverse, appartenenti a volte al medesimo settore o addirittura all'interno della medesima società, in relazione ad esempio ad una non uniformità dell'attuazione delle procedure e vicende circolatorie, dove il sindacato ha un ruolo risicato in ragione di interessi di spesa e finanza pubblica che indirettamente hanno favorito un *dumping* contrattuale³¹⁴ anche in spregio dei contratti di settore sottoscritti da sindacati maggiormente rappresentativi a livello nazionale che hanno portato ad accentuare le diseguaglianze tra lavoratori nel sistema partecipate³¹⁵.

³¹⁴ Sulla dinamica del dumping contrattuale nei pubblici esercizi: PIGLIALARMI, *Il dumping contrattuale nel settore dei pubblici esercizi*, Diritto delle Relazioni Industriali, Fasc.3, 2022, pp. 916 e ss.

³¹⁵ Definiti dalla nota della CGIL della Camera di Lavoro di Avellino e dalla Segreteria Generale della FP CGIL in materia di Multiutility e sulla gestione integrata del ciclo dei rifiuti come "Le nuove tendenze politiche immaginano lavoratori e lavoratrici carichi residuali di questi servizi sui quali si fa economica con contratti collettivi pirata" 15 novembre 2022.

3. Il ruolo della contrattazione collettiva nelle vicende circolatorie

Nell'ipotesi di vicende circolatorie che caratterizzano i lavoratori delle società partecipate, la contrattazione collettiva assume la qualificazione di “gestionale” nelle diverse ipotesi che attengono alternativamente o a quei momenti collegati alla redazione dei piani di razionalizzazione societaria o ai casi di gestione delle eccedenze, di reinternalizzazione di funzioni o di trasferimenti³¹⁶.

In questi due momenti della vita societaria, il Legislatore del 2016, ha ridotto al minimo ogni spazio di autonomia negoziale, sia nella fase dei piani di razionalizzazione che nelle procedure di mobilità del personale, con un intervento del sindacato compreso in una forbice più o meno evidente a seconda dei diversi casi in ragione del suo effettivo coinvolgimento.

In tale contesto occorre circoscrivere la reale capacità del sindacato di condizionare le scelte datoriali³¹⁷ delle società partecipate all'interno del difficile equilibrio che prevede interessi diversi a quelli tipici di diritto comune tra lavoratore e datore di lavoro, e la capacità delle OO.SS. di incidere sulle scelte delle partecipate negli spazi messi a disposizione dal Legislatore e dalla Contrattazione Collettiva. Occorre in concreto definire – per quanto attiene soprattutto le cd. vicende circolatorie del personale dipendente delle società partecipate – se l'intervento del sindacato è successivo all'adozione dei provvedimenti afferenti alle vicende circolatorie o è antecedente con un diretto coinvolgimento anche nell'iter decisorio delle scelte societarie. In questo secondo caso poi, occorre valutare in concreto l'eventuale “peso” del coinvolgimento e cioè capire se l'intervento sindacale sia solo di carattere

³¹⁶ LAMA, *Le vicende circolatorie del personale nelle società a partecipazione pubblica*, in *Il rapporto di lavoro nelle società a controllo pubblico*, 2019, p. 159; RICCOBONO, *Il riassorbimento del personale nelle società partecipate*, in NICOSIA, RICCOBONO, *Il trasferimento del personale nella vicenda dell'istituzione delle Città metropolitane e dei Liberi Consorzi Comunali: percorsi e orientamenti dei tavoli tecnici attivati dalla Regione Siciliana*, dal web www.amministrazioneincammino.luiss.it in MONACO, *Contrattazione collettiva e società partecipate*, Lavoro e Diritto, Il Mulino, Fasc. 1, 2020, p. 80.

³¹⁷ Per approfondimenti sul ruolo del sindacato si veda: ALVINO, *Cessazione dell'attività d'impresa, crisi e ruolo del sindacato*, Rivista Italiana di Diritto del Lavoro, Fasc.4, 2022, pp. 487 e ss., l'autore evidenzia come l'adempimento degli obblighi di informazione e consultazione sindacale collegati a scelte imprenditoriali possono condizionare la continuità aziendale e eventualmente generare la crisi, sia parte del più generale obbligo di istituire assetti adeguati prescritti dall'art. 2086 c.c.

formale o anche sostanziale con l'effettiva e reale capacità di incidere sul processo circolatorio.

In alcune ipotesi, prendendo in considerazione l'art. 25 del TUSP (utilizzato nella fase transitoria), il ruolo e la presenza delle OO.SS. è stato davvero minimo: la società partecipata era tenuta nei riguardi dell'OO.SS. ad un mero obbligo informativo - senza che ciò abbia implicato alcun inizio di trattativa - nonostante l'art. 25 TUSP avesse ad oggetto uno dei momenti di maggiore criticità nel rapporto di lavoro del personale dipendente delle società partecipate, quale la procedura di individuazione delle eccedenze.

Il ruolo della contrattazione collettiva cd. gestionale all'interno dell'individuazione delle eccedenze sembra limitare spazi di negoziazione collettiva tra sindacati e società partecipate in ragione anche e soprattutto della mera previsione di legge, contenuta nell' art. 2 e ss. del d.m. del 9 novembre 2017, che prevede il coinvolgimento sindacale con comunicazione preventiva per iscritto alle RSA costituite ex art.19 della legge n. 300 del 1970 e alle rispettive associazioni di categoria. Attuando un'analisi sistematica della previsione di legge del d.m. del 9 novembre 2017, appare evidente che l'introduzione della norma abbia voluto in qualche modo garantire un coinvolgimento minimo per i lavoratori delle partecipate nella fase di individuazione delle eccedenze ed evitare che questi in qualche modo possano subire trattamenti e valutazioni differenti, creando situazioni dove medesime condizioni del personale dipendente potessero essere considerate eccedenze in alcune società partecipate e non eccedenze in altre. È opportuno precisare che le indicazioni obbligatorie previste dal d.m. del 2017 non escludono la possibilità di coinvolgimento di negoziazione collettiva tra sindacati e società partecipate in riferimento alla "gestione delle eccedenze", ben potendo le RSA e i sindacati in seno alla partecipata, aprire tavoli di dialogo che coinvolgano gli stakeholders sia nella fase antecedente alla comunicazione preventiva prevista dall'art. 2 del d.m. del novembre 2017, sia successivamente alla comunicazione per la corretta esecuzione dell'intera procedura di individuazione, partecipando a tutte le fasi anche dopo la predisposizione dell'elenco dei lavoratori eccedenti di cui alla lett. e) dell'art.

1 del d.m. 2017³¹⁸, conferendo alla contrattazione collettiva quell'accezione più ampia intesa come l'insieme delle relazioni anche informali che coinvolgono le parti anche di natura consultiva, partecipativa o anche come quell'azione sindacale nei confronti dei pubblici poteri³¹⁹.

In altre ipotesi, l'autonomia negoziale è più presente nei casi di reinternalizzazione del personale dipendente – nonostante non si tratti di un'ipotesi meramente patologica – con la presenza del sindacato rispetto alle parti coinvolte (società partecipata e lavoratore/i), svolgendo un ruolo di adeguamento e di omogeneizzazione del contenuto dei contratti di lavoro che non può essere affidato alle parti individuali³²⁰.

Un esempio da richiamare a sostegno di quanto affermato è l'art. 24 comma 9 TUSP che in materia di trasferimento d'azienda prevede di mutuare la disciplina civilistica del trasferimento d'azienda di cui all'art. 2112 c.c., circostanza che sembra voler porre l'attenzione sui lavoratori al fine di conferire garanzie al delicato iter procedurale di trasferimenti, cessione o esternalizzazione dei lavoratori delle società partecipate.

Appare chiaro, in tale contesto che gli stessi trasferimenti, riassorbimenti, o reinternalizzazioni non sono istituti fini a se stessi, ma hanno un ruolo strumentale e superiore che persegue interessi collettivi che esulano il mero rapporto tipico datore (società partecipata) – lavoratore dipendente, dovendo necessariamente aderire al principio in ragione del quale il diritto del lavoro deve – come ormai lo è da molto tempo – essere inteso come diritto di “equilibrio” (non solo tra le parti) ma anche all'interno dell'intero sistema nel quale opera e svolge le sue funzioni.

In tali fasi, l'autonomia collettiva “gestionale” non sembra trovare un adeguato spazio di interazione in ragione di una scelta politicamente orientata

³¹⁸ Art. 1 d.m. del 9 novembre 2017 lett. e): “elenco: l'elenco del personale eccedente istituito presso il sistema informativo unitario”.

³¹⁹ ESPOSITO, GAETA, ZOPPOLI A. E L., *Diritto del lavoro e sindacale*, Giappichelli, 2018 p. 183 e ss. Per quanto attiene alla vasta bibliografia della contrattazione collettiva nel lavoro pubblico *ex multis*: FIORILLO, *Il diritto del lavoro nel pubblico impiego*, Piccin Nuova Libreria Spa, Padova, 2019, pp.51 e ss.; BARBIERI, *Problemi costituzionali della contrattazione collettiva nel lavoro pubblico*, Cacucci Editore, 1997; NICOSIA, *Le relazioni sindacali che verranno: riflessioni e questioni sul ruolo degli attori negoziali in sede decentrata nel disegno di riforma Renzi-Madia*, in *Lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni*, 2015, pp. 633 e ss.

³²⁰ MONACO, *op. cit.*, p. 81.

che - in un bilanciamento tra interessi diversi - ha dato prevalenza al contenimento della spesa pubblica anche attraverso una compressione di quel ventaglio di diritti attraverso il quale si materializza la partecipazione sindacale.

Per tale ragione, in considerazione delle diverse problematiche sottese alla gestione del personale delle società partecipate e al coinvolgimento delle OO.SS., sarebbe opportuno la definizione precisa del momento di intervento del sindacato nell'iter procedurale, in modo da circoscrivere in modo certo l'intervento di questi nel complesso procedimento di ogni vicenda circolatoria che in qualche modo può e deve interessare i lavoratori delle società partecipate³²¹. Il coinvolgimento dei sindacati in una fase antecedente all'inizio dell'iter di ogni vicenda circolatoria, appare essere una scelta necessaria a tutela di quegli interessi collettivi, non solo dei singoli lavoratori, ma anche dei soggetti che compongono la compagine societaria in qualità di soci.

Nelle ipotesi di reinternalizzazione, l'intervento della contrattazione collettiva può riemergere e realizzarsi in sedi diverse da quelle indicate nel D.lgs. 175/2016, trovando riconoscimento all'interno dei contratti collettivi nazionali o a monte all'inizio della procedura di reinternalizzazione, assumendo e realizzando l'intervento delle parti sociali che potrebbe allo stesso tempo colmare le lacune lasciate dal Testo Unico sulle Partecipate e dall'altro farsi carico di eventuali istanze di protezione sociale³²².

Nelle ipotesi di esternalizzazione delle funzioni, a seguito della decisione dell'ente locale che confluisce generalmente in una delibera del Consiglio Comunale (previa acquisizione del parere tecnico espresso dal dirigente del settore competente, nonché del parere in materia contabile), seguono gli importanti accordi sindacali che prevedono essenzialmente la conservazione della retribuzione individuale di anzianità e di godimento al momento del

³²¹ Il richiamo, quantomeno alle modalità e alle tempistiche previste dalla disciplina di cui al D.lgs. 25/2007 in attuazione della direttiva 2002/14/CE (art. 4 e ss.) appare necessario: "L'informazione avviene secondo modalità di tempo e contenuto appropriate allo scopo ed in modo da permettere ai rappresentanti dei lavoratori di procedere ad un esame adeguato delle informazioni fornite e preparare, se del caso, la consultazione".

³²² MONACO, *op. cit.*, p.85.

trasferimento e la possibilità sotto il profilo previdenziale di optare per il mantenimento dell'iscrizione presso l'Inpdap o alternativamente l'Inps.

Il ruolo dell'autonomia collettiva nella fase cd. gestionale (così come quanto previsto dall'art. 19 comma 6), vede investire le rappresentanze sindacali aziendali - ove possibile- delle esigenze di contenimento degli oneri contrattuali. Tale circostanza è sintomatica del fatto che nell'attuale sistema delle società partecipate (ed in maniera ancora più evidente all'epoca delle cd. municipalizzate), si è assistito – e si continua ad assistere – ad una maggiore valorizzazione di quella rappresentanza sindacale “locale”, scollegata o quantomeno non strettamente dipendente dagli assetti centrali, soprattutto in considerazione e alla natura giuridica dell'ente pubblico controllante.

Nelle società partecipate – in ragione anche agli ampi margini attribuiti alla contrattazione di secondo livello - si assiste ad una sorta di spostamento del baricentro della contrattazione collettiva e dell'autonomia negoziale da quella più propriamente centrale a quella decentrata; questo anche in considerazione della natura giuridica delle parti coinvolte, sindacati ed amministrazioni pubbliche controllanti, che hanno un'ingerenza più o meno marcata soprattutto a livello locale, in quelle società partecipate ad esempio da Comuni o enti locali. Questo perché la contrattazione decentrata può essere portatrice di interessi politici locali che snaturano il rapporto bilaterale tra le parti coinvolte all'interno del rapporto di lavoro tra personale dipendente e società partecipata. Proprio per questa ragione, a titolo esemplificativo, in materia di reclutamento (art. 19 comma 2 D.lgs. 175/2016), si è voluto eliminare ogni possibile influenza e/o ingerenza attraverso l'introduzione di un regime para-pubblicistico che rimandi nella sostanza ai principi della selezione pubblica del pubblico impiego.

In ragione delle argomentazioni suesposte, autorevole dottrina³²³ affronta un importante riflessione prendendo in prestito il ruolo del sindacato all'interno del pubblico impiego, e cioè se questo – nel settore delle società partecipate - debba farsi carico anche di interessi diversi e terzi rispetto a quelli che attengono più marcatamente al rapporto di lavoro dipendente-società.

³²³ RUSCIANO, *Contratto collettivo e autonomia sindacale*, Utet, 2003, p. 241 in ALTIMARI, *op.cit.* p. 232.

È opportuno valutare se tale approccio potrebbe portare verso uno snaturamento del ruolo sindacale e dell'autonomia collettiva delle società partecipate o potrebbe in qualche modo aprire a nuovi modelli di organizzazione sindacale e ad un nuovo modo di intendere la contrattazione di secondo livello anche sulla base degli input dati dal Legislatore del D. Lgs. 175/2016 (si veda ad esempio le indicazioni di cui all'art. 19 comma 6). Bilanciando l'art. 39 della Carta Costituzionale, con altri principi della Costituzione che tutelano e proteggono interessi collettivi e di comunità, la strada intrapresa dal sistema delle società pubbliche – nella quale l'autonomia negoziale subisce forti limitazioni eteronome determinate dal Legislatore - deve orientarsi verso nuove esperienze sindacali e nuovi modelli di organizzazione³²⁴ in considerazione degli strumenti – perfettibili - messi a disposizione del Testo Unico sulle Partecipate.

Le difficoltà maggiori attengono a quella forzatura operata dal Legislatore del 2016 e dalle sue successive modificazioni e integrazioni di voler a tutti i costi conciliare i vincoli di spesa imposti necessariamente dalle amministrazioni pubbliche socie della partecipata con l'autonomia e la contrattazione collettiva ancorate ad un sistema di *ius privatorum*. Tale qualificazione rende difficilmente compatibile la natura privatistica del rapporto di lavoro con un sistema in cui il datore di lavoro può – e deve in considerazione degli obblighi di contenimento della spesa pubblica – intervenire sulle retribuzioni nel caso in cui ci sia un provvedimento o comunque una direttiva dell'Ente pubblico controllante³²⁵. Ulteriori problematiche attengono all'assenza di un impianto sanzionatorio nell'ipotesi di mancato rispetto di quelle procedure – seppur risicate – che sono previste dal Legislatore e dalla Contrattazione Collettiva in caso di inadempimento della società partecipata a quegli obblighi di informazione previsti. Le procedure e le vicende circolatorie del personale dipendente delle società partecipate investendo interessi sia collettivi sia individuali, sembrano integrare comunque – ed aldilà dalla natura giuridica della società partecipata – un obbligo in capo al datore di lavoro assunto al momento di sottoscrizione del contratto di lavoro.

³²⁴ ALTIMARI, *op.cit.*, p. 232.

³²⁵ GAMBARDELLA in GAROFOLI – ZOPPINI, *Manuale delle società a partecipazione pubblica*, Neldiritto Editore, 2018, p. 660.

In tale contesto, la creazione di nuovi modelli – in aggiunta al ruolo proattivo ed endogeno delle stesse organizzazioni sindacali- passa necessariamente attraverso alcune componenti “esterne” al rapporto di lavoro dipendente-società: occorre infatti - come importante dottrina ha rappresentato³²⁶ – sia prevedere piattaforme rivendicative per tendere ad una regolamentazione apposita riferita ai rapporti tra i diversi livelli di contrattazione che lavorare ad una sinergia sindacale interaziendale o di gruppo che porterebbe all'autonomia collettiva a livello decentrato una ventata di rinnovamento ed una maggiore capacità di incidere.

³²⁶ ALTIMARI, *op. cit.*, p. 233.

4. L'autonomia negoziale collettiva e la riduzione degli oneri contrattuali ex art. 19 comma 6 TUSP

L'art. 19 comma 6 del Testo Unico sulle Partecipate prevede che: "le società a controllo pubblico garantiscono il concreto perseguimento degli obiettivi di cui al comma 5 tramite propri provvedimenti da recepire, ove possibile, nel caso del contenimento degli oneri contrattuali, in sede di contrattazione di secondo livello". La norma richiama quei limiti legali che – in relazione alla natura giuridica delle società partecipate – si inseriscono nei rapporti società partecipata – ente pubblico controllante che in concreto vanno a limitare l'iniziativa d'impresa e il potere datoriale. Ricade quindi sulla società a controllo pubblico l'obbligo di garantire il perseguimento di quegli obiettivi specifici, annuali e pluriennali sul complesso delle spese di funzionamento, ivi compreso quelle per il personale (ex art. 19 comma 5) da recepire tramite propri provvedimenti, inclusa la contrattazione di secondo livello. La norma impone alcune riflessioni soprattutto per quanto attiene la sua applicazione sotto i profili sia soggettivi che oggettivi; sotto il profilo soggettivo, nonostante l'art. 19 comma 6 - richiami il perseguimento di obiettivi specifici annuali o pluriennali riservati alle "amministrazioni pubbliche socie"- si evidenzia come gli obiettivi specifici attinenti alle spese di funzionamento, non possono essere riservati genericamente alle "amministrazioni pubbliche socie", ma si riferiscono all'amministrazione controllante che effettua il controllo analogo sulla partecipata, lasciando una zona d'ombra sull'entità di amministrazioni pubbliche socie che potrebbero anche non essere di controllo. Tale circostanza solleverebbe un problema applicativo pratico nell'ipotesi di presenza di una pluralità di amministrazioni socie della medesima società in mancanza di un coordinamento tra i singoli provvedimenti di fissazione degli obiettivi; si tratta a tal proposito di un problema solo di carattere formale, in quanto gli obiettivi garantiti dalla società partecipata non potranno che essere quelli indicati dall'amministrazione che esercita controllo analogo³²⁷.

³²⁷ MEZZACAPO, *Prime osservazioni sul rapporto di lavoro nelle società a controllo pubblico dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 251/2016*, WP CSDLLE "Massimo D'Antona". – 319, 2017, p. 62.

Sotto il profilo oggettivo di converso, uno spunto di riflessione sorge in riferimento all'obbligatorietà e vincolatività *attenuata* della norma di cui all'art. 19 comma 6, la quale, per espressa volontà del Legislatore, non solo non collega un impianto sanzionatorio al mancato perseguimento tramite i cd. propri provvedimenti, ma inserisce un generico "ove possibile" senza specificare in concreto l'eventuale impossibilità della società partecipata a cosa dovrebbe in qualche modo essere ricollegata. La norma sembra a tal proposito avere un ruolo di *moral suasion*, di stimolo all'amministrazione controllante (*rectius* amministrazioni pubbliche socie), non essendo ricollegata alcuna sanzione o comunque profilo di responsabilità in riferimento all'adozione dei propri provvedimenti, nel caso del contenimento degli oneri contrattuali, da adottare in sede di contrattazione di secondo livello.

In riferimento a tale circostanza, il Legislatore ha effettuato altresì una scissione tra l'adozione dei richiamati provvedimenti *ex art.* 19 comma 6 e la sua pubblicazione sul sito istituzionale dell'ente *ex art.* 19 comma 7, alla quale sono ricollegati – in caso di mancata o incompleta pubblicazione - sanzioni e profili di responsabilità che attengono alle sole norme in materia di trasparenza *ex D.lgs.* 133/2013.

La dottrina si interroga³²⁸ se l'art. 19 comma 5 abbia in qualche modo portata innovativa in considerazione della circostanza che riguarda le prerogative dell'amministrazione socia, la quale avrebbe potuto perseguire gli scopi e le finalità indicate dalla norma oggetto di trattazione tramite gli ordinari strumenti di diritto comune che sovrintendono ai rapporti all'interno di qualsiasi gruppo societario.

Nell'ampio ventaglio dai contorni non ben delineati del *genus* dei cd. oneri contrattuali che emerge dalla lettura combinata dell'art. 19 comma 5 e 19 comma 6 TUSP, la società sembra avere maggiore autonomia potendo recepire tali indicazioni attraverso atti endo-societari ritenuti più opportuni, come ad esempio la stessa contrattazione di secondo livello anche in ragione dell'introduzione della locuzione "ove possibile" dell'art. 19 comma 6, non presente nella prima bozza del Testo Unico sulle Partecipate.

³²⁸ ALTIMARI, *op.cit.*, p. 229.

Tale articolo attribuisce alle Società Partecipate il potere di attenuare quella comprensibile ritrosia dei sindacati nel contenimento degli oneri contrattuali³²⁹ in caso di impossibilità di recepimento dei provvedimenti nei contratti collettivi. Questo perché le organizzazioni sindacali difficilmente potranno recepire senza margini di discussione tutte quelle disposizioni volte al contenimento degli oneri contrattuali in sede di negoziazione, che, in tale contesto renderebbe preferibile un'informale consultazione del sindacato nonostante un procedimento che è destinato a concludersi con un atto di parte – di natura unilaterale – della società partecipata³³⁰. Una norma che prova a circoscrivere il ruolo dei sindacati e delle rappresentanze sindacali aziendali in seno alle società, coinvolgendo queste al tavolo delle trattative nel caso in cui oggetto di trattazione siano gli oneri contrattuali del personale dipendente della partecipata.

L'attribuzione di margini discrezionali e non vincolanti in seno alla società, in virtù della mera possibilità di adozione, rappresenta una debolezza strutturale di cui il Legislatore ne sembra consapevole in ragione dell'impossibilità di vincolare quell'autonomia collettiva di secondo livello sotto il profilo degli oneri contrattuali, nonostante il tentativo di portare al tavolo sindacale quelle esigenze di contenimento di tali oneri insieme agli obiettivi individuati dall'amministrazione controllante al fine di condizionare l'esito negoziale.³³¹

³²⁹ MEZZACAPO, *op. cit.*, p. 62.

³³⁰ GAMBARELLA in GAROFOLI – ZOPPINI, *Manuale delle società a partecipazione pubblica*, Neldirittoeditore, 2018, p. 659.

³³¹ ALTIMARI, *op.cit.*, p.230

5. Le limitazioni retributive per i dirigenti previste dall'art. 11 c.10

TUSP

Strettamente collegato all'art. 19 comma 6 del TUSP e all'art. 11 comma 6 TUSP³³² è il limite specifico per le sole categorie dirigenziali che l'art. 11 comma 10 TUSP prevede stabilendo il divieto di corrispondere indennità o trattamenti di fine mandato diversi o ulteriori rispetto a quelli previsti³³³ dalla contrattazione collettiva, riferendosi genericamente con l'espressione "di fine mandato" all'estinzione del rapporto di lavoro dirigenziale.

La lettura della norma in dottrina riduce notevolmente la sua portata limitativa in ragione della quale, l'art. 11 c. 10 TUSP non impedisce all'autonomia individuale le pattuizioni di indennità ulteriori rispetto a quelle fissate dalla contrattazione collettiva, ma incide solo sul valore massimo delle stesse che non possono comunque e a ogni modo superare gli importi previsti dalla contrattazione collettiva richiamata³³⁴.

Così come l'art. 11 c. 10 TUSP ha un evidente rinvio limitativo alla contrattazione individuale, anche il comma 6 del medesimo articolo, prevede una limitazione *in melius* della retribuzione massima di fatto riferita alla contrattazione individuale³³⁵; questo in considerazione del presupposto che è proprio il contratto individuale che in concreto determina e circoscrive la totalità di trattamento economico dei singoli dirigenti, sui quali spesso - in ragione dell'alta professionalizzazione e della qualità e quantità del lavoro prestato - si annidano i rischi più evidenti ed economicamente rilevanti in seno alla società partecipata.

Per quanto attiene la gestione del personale, soprattutto per quanto riguarda quei profili economici e retributivi, le limitazioni non sembrano palesare e

³³² L'art. 11 TUSP richiama la precedente normativa in materia di compensi "Disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici", legge n. 201/2011-art. 23bis. Tale normativa poi assorbita nelle disposizioni del TUSP prevedeva che le società non quotate [...] sono classificate per fasce sulla base di indicatori dimensionali quantitativi e qualitativi che, per ciascuna fascia, prevede la determinazione del compenso massimo al quale sono determinati i compensi massimi al quale i consigli di amministrazione di dette società devono far riferimento secondo criteri oggettivi e trasparenti [...]"

³³³ Art. 11 comma 10 TUSP: "E' comunque fatto divieto di corrispondere ai dirigenti delle società a controllo pubblico indennità o trattamenti di fine mandato diversi o ulteriori rispetto a quelli previsti dalla legge o dalla contrattazione collettiva ovvero di stipulare patti o accordi di non concorrenza, anche ai sensi dell'articolo 2125 del codice civile".

³³⁴ MARESCA, *op. cit.*, p. 26.

³³⁵ ALTIMARI, *op. cit.*, p. 223.

violare l'autonomia di gestione delle singole partecipate in quanto trovano giustificazione, ragione e sostegno nel contenimento della spesa pubblica che orienta ogni attività delle società partecipate.

Ciò che emerge è che non sembra palesarsi una discrasia e frattura tra la libertà dell'autonomia collettiva prevista dall'art. 39 della Costituzione e le disposizioni richiamate dal TUSP che pur comprimendo il ruolo sindacale, hanno l'obiettivo di razionalizzare e rafforzare i vincoli alle assunzioni e alle politiche retributive, al fine di contenere i costi e di introdurre criteri obiettivi di valutazione che siano rapportati ai valori anche economici della gestione³³⁶.

Per quanto attiene ai profili di cui all'art. 36 Cost.³³⁷, i limiti legislativi ex art. 11 c. 6 e c.10, sono in linea con la disposizione costituzionale in materia di retribuzione anche in considerazione della circostanza fattuale che vede le limitazioni retributive previste dal TUSP rinviare ad una somma che è circa tre volte il minimo contrattuale previsto per i lavoratori dipendenti di categoria dirigenziale e che è parametrata alla retribuzione del primo Presidente della Suprema Corte di Cassazione³³⁸.

Le norme limitative delle retribuzioni del personale, coerenti con l'intera disciplina delle società partecipate, non svincolano l'apporto dei singoli lavoratori, in ragione della qualità e quantità del lavoro prestato e rispondono all'esigenza di rendere più efficiente ed economicamente sostenibile l'erogazione dei servizi pubblici, essendo riconducibile alle esigenze di razionalizzazione della spesa e dei costi a carico degli enti pubblici³³⁹. In tale contesto la contrattazione collettiva assume un ruolo centrale nella gestione retributiva del personale delle società partecipate: da un lato costituisce la fonte più idonea per attualizzare adeguatamente i principi costituzionali di cui all'art. 36 e 39 Cost. come parametro per l'individuazione della retribuzione adeguata, e dall'altro, allo stesso tempo ha un ruolo centrale in quel contenimento della spesa pubblica e dell'efficientamento delle società

³³⁶ Art. 18 lett. e) della legge 7 agosto 2015, n. 124 (di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche, cd. legge Madia).

³³⁷ Art. 36 Cost.: "Il lavoratore ha diritto ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa".

³³⁸ ALTIMARI, *op. cit.*, p. 224.

³³⁹ Corte dei Conti, Sez. Regionale di Controllo per la Toscana, del. N. 1/2015.

partecipate secondo le *ratio* ispiratrici dell'intero Testo Unico sulle
Partecipate.

6. La mobilità infragruppo: contratti di rete, reti d'impresa, distacchi a seguito dell'introduzione della Legge di bilancio per 2023

La modifica all'art. 25 del TUSP apportata dal cd. Decreto Milleproroghe 2020 apre importanti spunti di riflessione sulla gestione del personale e la sua ricollocazione all'interno del macrosistema delle società partecipate strutturato per comparti suddivisi su livelli regionali e nazionali, col fine ambivalente di collocare il personale eccedente ed in esubero in modo da utilizzare i meccanismi introdotti dal Testo Unico sulle Partecipate di carattere sia ordinario che straordinario.

Tra le diverse sfumature che può assumere la mobilità del personale a seguito dell'introduzione del TUSP c'è la cd. mobilità infragruppo, fattispecie definita da parte della dottrina come evocativa, seppur in modo impreciso alla luce del codice civile³⁴⁰. L'istituto della mobilità infragruppo si riferisce in concreto ai processi di mobilità applicati nell'ambito di due o più società partecipate e contestualmente controllate dalla stessa Pubblica Amministrazione impropriamente intesa come capogruppo che esercita attività di direzione e coordinamento su una o più società-figlie, le quali conservano la propria autonomia. L'utilizzo del termine – capogruppo – tra Pubblica Amministrazione e Società Pubbliche non trova peraltro nessuna condivisione sia nel TUSP che nella disciplina generale del codice civile, essendo riferita esclusivamente a settori speciali come quello bancario (art. 60 e ss. D.Lgs. 385/1993) o finanziario (art. 11 e ss. D.Lgs. 58/1998), dove è lo stesso Legislatore a preferire ed utilizzare la dizione di società o ente che esercita attività di direzione e coordinamento. Se volessimo in qualche modo utilizzare tale definizione nei rapporti cd. infragruppo tra Pubblica Amministrazione – Società Pubbliche, più che coordinamento, il rapporto tra queste sembra ricondurre espressamente alla direzione e al controllo che la PA esercita su una o più società partecipate (tra questi l'art. 19 comma 5 TUSP che prevede espressamente che le amministrazioni pubbliche socie fissano, con propri provvedimenti, obiettivi specifici, annuali e pluriennali, sul complesso delle spese di funzionamento, ivi comprese

³⁴⁰ ALTIMARI, *op. cit.*, p.248.

quelle per il personale, delle società controllate, anche attraverso il contenimento degli oneri contrattuali e delle assunzioni di personale).

La definizione di gruppo all'interno del quale c'è una PA che ha una funzione di capogruppo e due o più società-figlie, nonostante sia imprecisa sotto la lente civilistica, nella sua proiezione pratica sembra riferirsi a quelle diverse società pubbliche/partecipate, a volte anche nella loro struttura (srl o spa), che svolgono attività e/o producono servizi spesso distinti, in territori a volte contigui ma che prevedono contratti collettivi diversi non solo tra le stesse società-figlie da un punto di vista dei diversi contratti collettivi applicati, ma anche e soprattutto nei riguardi della PA-controllante che applica gli istituti e i contratti collettivi propri del pubblico impiego. Tra le diverse società infragruppo, l'unico elemento di contatto – stante la diversità di Ccnl applicati, funzioni e servizi prestati – è la presenza della Pubblica Amministrazione controllante, destinataria di diverse norme ed istituti nel Testo Unico sulle Partecipate. In tale ottica la PA può avere una funzione di collante che, nonostante le diversità tra le diverse società, può coordinare alcuni segmenti anche complessi nell'ambito di servizi e funzioni pubbliche, almeno in alcune ipotesi (come energia o ad esempio nel campo del servizio idrico integrato), garantendo da un lato la gestione propria datoriale ed aziendale in ragione delle società pubbliche che compongono il gruppo e dall'altro efficienza e buon andamento in considerazione degli aspetti propri di matrice pubblicistica del pubblico impiego³⁴¹.

³⁴¹ Un esempio di rete instaurata tra società pubbliche e Pubblica Amministrazione è stata la cd. Rete Sud che ha visto sorgere diversi protocolli di intesa tra le società partecipate che gestiscono il servizio idrico integrato, gli enti locali partecipati, la Regione e l'Autorità di regolazione per energia reti e ambiente (ARERA) con l'obiettivo specifico di facilitare il dialogo fra i gestori, l'Ente idrico campano, la Regione e, per migliorare la qualità dei servizi ai cittadini. Tra i diversi protocolli stipulati della Rete Sud c'è Rete Campania nata nel novembre 2019: la rete è composta dalle aziende campane del servizio idrico integrato. Il suo atto di nascita è stato sancito a Napoli, con la firma di un Protocollo d'intesa fra Utilitalia (Federazione delle imprese idriche, ambientali ed energetiche) e 13 aziende del territorio campano che hanno aderito all'iniziativa. Più nello specifico si tratta di: Abc (Napoli), Acqua Campania (Napoli), Acquedotti (Orta di Atella), Asis Salernitana Reti ed Impianti (Salerno), Alto Calore Servizi (Avellino), Ausino Servizi Idrici Integrati (Cava dei Tirreni), Consac gestioni idriche (Vallo della Lucania), Evi – Energia verde e idrica (Ischia), Gesesa (Benevento), Gori (Ercolano), Ottogas (Napoli), Rdr (Torre del Greco) e Salerno Sistemi (Salerno). Tra gli obiettivi infragruppo c'è l'attività di regolamentazione del Servizio Idrico Integrato posta in capo ad ARERA con la creazione di gruppi di studio interaziendali su progetti innovativi da implementare su scala ampia, anche per fronteggiare a livello regionale e locale - gli effetti dei cambiamenti climatici in un'ottica di rispetto dell'ambiente e sviluppo sostenibile, in maniera coordinata e condivisa.

In tali contesti assumono importanza le cd. mobilità infragruppo soprattutto nelle ipotesi dei cd. contratti di rete³⁴² e i conseguenti approcci riferiti alla gestione del personale nell'ipotesi di distacco³⁴³.

Per quanto attiene all'utilizzo dell'istituto giuridico del distacco previsto dall'art. 30 del D.lgs. 276/2003 "Attuazione delle deleghe in materia di occupazione e mercato del lavoro, di cui alla legge 14 febbraio 2003, n. 30", si potrebbe ravvisare una gestione del personale in un'ottica sistemica PA-Società partecipate che preveda strutture integrate che possano lavorare in maniera trasversale in contesti con più società in cui il socio pubblico controllante (la PA) possa orientare la governance complessiva delle società controllate³⁴⁴.

Proprio in materia di distacco e di applicazione di tale istituto alle PA e alle società controllate, è intervenuto l'art. 1 comma 898 della legge di bilancio per il 2023, che consente al personale delle partecipate di essere inviato in distacco o comando verso le Pubbliche Amministrazioni. Si tratta di una disposizione che sembra sovvertire – ed invertire - la disciplina generale dell'istituto, la quale con l'introduzione dell'innovativo art. 1 comma 898 della legge di bilancio 2023, consente quello che prima non era possibile in seno alla disciplina del distacco PA- Società Partecipate, prevedendo la possibilità che uno o più dipendenti di una Società Partecipata possa/possano essere comandati e distaccati a lavorare presso una P.A.

L'istituto giuridico del distacco, introdotto dall'art. 30 del D.Lgs. 276/2003 prevede la presenza di una serie di indici idonei a garantire la liceità dell'istituto al fine di evitare fenomeni distorsivi soprattutto nel privato. Tra

³⁴² L'istituto del contratto di rete è stato introdotto dall'art. 3 commi 4-ter a 4-quinquies del d.l. 10 febbraio 2009, n. 5, conv. dalla l. 9 aprile 2009, n. 33; numerose sono state le modifiche apportate all'originaria disciplina: la legge n.99/2009, dal d.l. n. 78/2010 (conv. dalla l. n. 122/2010), dal d.l. n. 83/2012 (conv. dalla l. n. 134/2012) e dal d.l. n. 179/2012 conv. dalla l. n. 221/2012). Per approfondimenti sull'istituto: CUFFARO (a cura di), *Contratto di rete di imprese*, Giuffrè, 2016; SPOTO, *I contratti di rete tra imprese*, Giappichelli, 2017; CAFAGGI - IAMICELI - MOSCO (a cura di), *Il Contratto di rete per la crescita delle imprese*, Giuffrè, 2012.

³⁴³ Per approfondimento sull'istituto del distacco: PUTRIGNANO, *Il distacco dei lavoratori*, Dir. relaz. ind., Fasc.3, 2009, p. 680 e ss.; FALASCA, *Il distacco del lavoratore*, in MAGNANI, VARESI (a cura di), *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali*, Giappichelli, 2005, pp.340-341; GARATTONI, *Comando, distacco e altri strumenti di mobilità temporanea nel pubblico impiego tra organizzazione ed esigenze di flessibilità*, in *Il Lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni*, 2006, pp. 845 e ss.

³⁴⁴ ALTIMARI, *op. cit.*, p.248 e ss.

i requisiti espressamente indicati all'interno dell'art. 30 del Decreto legislativo richiamato, occorre che sussista: a) uno specifico interesse del datore di lavoro distaccante (in tal caso la società partecipata) che deve essere presente per l'intera durata del distacco³⁴⁵; b) temporaneità del distacco intesa come brevità³⁴⁶ e non definitività; c) svolgimento di una determinata attività lavorativa da parte del lavoratore distaccato³⁴⁷.

Le modifiche apportate all'istituto del distacco dei lavoratori introdotte dalla legge di bilancio per il 2023 dall'art. 1 comma 898 sovvertono una disciplina generale vigente da anni³⁴⁸, andando ad aggiungere il comma 9bis all'art. 19 del Testo Unico sulle Partecipate e prevedendo che : “al personale di cui al presente articolo (l'art. 19 TUSP) e al personale dipendente di enti pubblici non economici, anche per esigenze strettamente collegate all'attuazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni di cui agli articoli 30 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, e 56 del decreto del presidente della Repubblica 10 gennaio 1957, n. 3. Restano fermi, per le amministrazioni riceventi, i limiti quantitativi stabiliti dall'articolo 30, comma 1-quinquies, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165. I comandi o distacchi di cui al presente articolo non possono eccedere la durata di un anno e, comunque, non possono essere utilizzati oltre il 31 dicembre 2026”.

La disciplina introdotta dalla legge di bilancio 2023 in materia di distacco (peraltro transitoria in considerazione della circostanza che i comandi o i

³⁴⁵ Se a fondamento del rapporto giuridico nascente tra distaccante e distaccato c'è un contratto di rete o gruppo di imprese (Ministero del Lavoro, interpello 1/2016) l'interesse del distaccante al distacco si presume sussistendo automaticamente così come nell'ipotesi di gruppo di imprese (Min. Lav. interpello 1/2016) ai sensi dell'art. 30 comma 4ter del D.Lgs. 276/2003.

³⁴⁶ Cassazione Civ., n. 23933 del 25.11.2010: “Il comando o distacco di un lavoratore disposto dal datore di lavoro presso un altro soggetto, destinatario delle prestazioni lavorative, è configurabile quando sussista oltre all'interesse del datore di lavoro a che il lavoratore preli la propria opera presso il soggetto distaccatario, anche la temporaneità del distacco, che non richiede una predeterminazione della durata, più o meno lunga, ma solo la coincidenza della durata stessa con l'interesse del datore di lavoro allo svolgimento da parte del proprio dipendente della sua opera a favore di un terzo, e che permanga in capo al datore di lavoro distaccante, il potere direttivo, eventualmente delegabile al distaccatario, e quello di determinare la cessazione del distacco”.

³⁴⁷ In considerazione della Circolare del Ministero del Lavoro in risposta all'interpello 1/2011, il lavoratore distaccato deve essere adibito ad attività specifiche e funzionali al soddisfacimento proprio del distaccante.

³⁴⁸ OLIVIERI, *Possibili comandi e distacchi dalle società partecipate alle p.a.*, in *Italiaoggi* – n. 307, 2022, p. 34.

distacchi non posso essere utilizzati oltre la data del 31 dicembre 2026), rende necessarie alcune riflessioni in ragione della modifica sostanziale che apporta un mutamento importante al cuore dell'intera disciplina dell'art. 19 del TUSP in materia di gestione del personale delle società partecipate.

Preliminarmente occorre evidenziare che per quanto attiene alla presenza dell'indice di uno specifico interesse del datore di lavoro distaccante (nel caso di specie la Società Partecipata), che qualifichi l'istituto del distacco ai sensi dell'art. 30 del D.lgs. 276/2003, l'applicazione della disciplina di che trattasi è legittimata dalla presenza non di un interesse dell'ente presso il quale il lavoratore va a svolgere attività lavorativa (nel caso di specie di Pubblica Amministrazione), bensì nel caso in cui risulti utile alla Società Partecipata in ragione comunque di un diretto coordinamento della P.A. controllante (soggetto distaccatario).

In riferimento proprio alla necessità dell'interesse specifico del datore di lavoro distaccante, il comma 9bis nel richiamare genericamente “ove compatibili” le disposizioni di cui all'art. 30 del D.Lgs. 276/2003, senza fare riferimenti al comma 2 dell'art. 56 del DPR n. 3 del 1957, prevede pacificamente che il distacco può essere disposto per un tempo determinato ed in via eccezionale dove ricorrano riconosciute esigenze di servizio, quando sia richiesta una “speciale competenza” evidentemente non rinvenibile nell'organico dell'ente che richiede il comando.

In aggiunta a quanto indicato espressamente dall'art. 56 del DPR n. 3 del 1957, ad ampliare il ventaglio di interessi che giustificano l'adozione del distacco Società Partecipate – PA, sono introdotte anche le “esigenze strettamente collegate all'attuazione del Piano Nazionale di ripresa e resilienza” cd. PNRR.

Nonostante i limiti posti in essere dall'art. 19 comma 9bis, la necessità di circoscrivere in modo specifico l'interesse del datore di lavoro distaccante non sembra trovare collocazione sistemica in ragione di quanto previsto proprio dall'art. 30 del D.lgs. 276/2003, in quanto se il distacco operato dovesse realizzare l'interesse del distaccatario (PA), ci si potrebbe trovare dinanzi ad una forma di somministrazione illecita attuata in elusione ed

assenza dei requisiti di legge, potendosi prestare ad applicazioni distorte ed illegittime³⁴⁹.

Sotto il profilo della temporaneità del distacco, invece, l'art. 19 comma 9bis rispetta i limiti temporali imposti dall'art. 30 del D.Lgs. 276/2003, prevedendo però che essa sia predeterminata (e cioè non possa eccedere la durata di un anno) e che non possa essere prevista oltre la data del 31 dicembre 2026. Anche per quanto riguarda l'applicazione sotto il profilo soggettivo non sussistono elementi critici essendo applicabile a tutti i datori di lavoro (ivi comprese le società partecipate) e ai soggetti distaccatari (tutte le Pubbliche Amministrazioni).

Sotto il profilo retributivo, se il trasferimento temporaneo (*rectius* distacco) non può avere durata superiore ad un anno (per espressa previsione dell'art. 19bis), il distaccante (PA) per tutta la durata del distacco, deve provvedere alla retribuzione del lavoratore distaccato, pur in ragione del vincolo di solidarietà che si applica nel caso di specie tra Società Partecipata e PA, rimanendo responsabile, per tutta la durata, del trattamento economico e normativo, con diversa applicazione del CCNL del distaccante (della PA) e non del CCNL della Società Partecipata.

Ciò che solleva evidenti perplessità in materia di distacco per il personale dipendente delle società partecipate presso la Pubblica Amministrazione è la non applicazione in capo a queste dell'art. 30 comma 4 bis del D.Lgs. 276/2003, nell'ipotesi di lavoratore illegittimamente distaccato, per il quale il richiamato comma prevede la possibilità di presentare ricorso in giudizio per la costituzione di un rapporto di lavoro con il datore- distaccato che ne ha utilizzato illegittimamente la sua prestazione (nel caso di specie, una costituzione di un rapporto di lavoro con la Pubblica Amministrazione).

L'accesso seppur limitato per la durata massima di un anno, sembra in qualche modo eludere non solo la disciplina del TUPI e della Carta Costituzionale in materia di accesso dei lavoratori ai Pubblici Uffici, ma si pone in distonia anche con il Titolo IV e l'art. 56 comma 1 del DPR n. 3 del 1957 "Testo unico delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato", invertendo completamente l'iter procedurale previsto

³⁴⁹ OLIVIERI, *Possibili comandi e distacchi dalle società partecipate alle p.a.*, in *Italiaoggi* – n. 307, 2022, p.34.

dall'art. 56 che prevede la possibilità per un dipendente di una società partecipata di essere distaccato presso una P.A.

In ragione della clausola di “compatibilità” introdotta nel bilanciamento delle norme da applicare tra la disciplina del TUSP (art. 19 e nel caso di specie art. 19 comma 9bis) con gli istituti del distacco (art. 30 del D.Lgs. 276/2003) e del DPR n.3/1957, seppur volessimo disapplicare l'art. 30 comma 4bis del D.Lgs. 276/2003 per i motivi suesposti (e cioè la possibilità di tutela per il dipendente illegittimamente distaccato di fare ricorso in giudizio per la costituzione di un rapporto di lavoro con il soggetto che ne ha utilizzato la prestazione e cioè il datore di lavoro presso cui è stato distaccato – nel caso di specie la PA), lasceremo il lavoratore distaccato di una Società Partecipata per una PA, privo di qualsiasi tutela giurisdizionale nel caso in cui sorgano profili di illegittimità.

Ora, tralasciando tale lacuna normativa derivante dall'introduzione nel nostro ordinamento del comma 9bis dell'art. 19 del TUSP, richiamata la disposizione di cui all'art. 30 comma 2bis del Testo Unico del Pubblico Impiego (che prevede espressamente in via prioritaria l'adozione e l'attivazione di procedure di mobilità del personale prima di procedere all'espletamento di procedure concorsuali finalizzate alla copertura di posti vacanti in organico, la disposizione introdotta con la Legge Finanziaria 2023), sotto un profilo esegetico ampliativo, potrebbe non creare cortocircuiti sistemici nell'ipotesi in cui il/i lavoratore/i lavoratori distaccati di una società Partecipata siano stati preventivamente sottoposti alle procedure di reclutamento *ex art. 19 TUSP*, essendo quindi stati espressamente reclutati con procedure che rinviano ai principi di derivazione comunitaria di trasparenza ed imparzialità in ragione dell'applicazione estensiva dell'art. 35 comma 3 del Testo Unico del Pubblico Impiego. Nonostante i dubbi circa l'applicazione estensiva, quei soli lavoratori che siano stati selezionati *ex art. 19 comma 2 TUSP*, l'istituto del distacco lascerebbe di fatto fuori tutti quei lavoratori che in via residuale siano stati reclutati secondo modalità diverse dall'art. 19 TUSP, soprattutto nel periodo antecedente all'introduzione del Testo Unico delle Partecipate.

Nonostante però l'eventuale tentativo – forzato - di applicazione analogica delle disposizioni *ex art. 19 comma 8*, per i lavoratori delle partecipate

selezionati *ex art.* 19 comma 2, la disciplina non sembra conciliarsi con la *ratio* del riassorbimento, in ragione della reinternalizzazione delle funzioni, la quale sorge essenzialmente per finalità riorganizzative e di razionalizzazione delle Società Partecipate, nel rispetto dei vincoli in materia di finanza, di gestione e contenimento delle spese del personale delle partecipate: finalità, *ratio* ed obiettivi ben diversi dagli istituti del distacco Società partecipate – PA che ha visto l’adozione dell’art. 19 comma 9bis. Ulteriori problematiche applicative sembrano rimandare alla qualificazione del periodo di distacco nella PA del lavoratore di una società partecipata, il quale nelle eventuali selezioni/concorsi del personale o in caso di progressioni verticali future, potrebbe utilizzare il periodo di distacco in seno alla PA come titolo di servizio; ciò accadrebbe in ragione dei singoli bandi di selezione, i quali potrebbero attribuire punteggi più o meno alti per chi, a diverso titolo, ha prestato lavoro presso la PA, creando situazioni di privilegio a svantaggio di coloro i quali di converso accedono alla selezione/concorso pubblico senza aver avuto la possibilità di prestare la propria attività per un periodo più o meno lungo in un ufficio della PA (e senza peraltro essere sottoposti a procedure di reclutamento del concorso pubblico *ex art.* 97 Cost.).

7. L'abrogazione della disciplina della mobilità orizzontale intrasocietaria prevista dalla l. 147/2013 e il ruolo delle OO.SS.

Prima dell'introduzione del Testo Unico sulle Partecipate, la legge di stabilità del 2014 (legge n. 147 del 2013) prevedeva un sistema di mobilità orizzontale ed intrasocietaria per tutto il personale dipendente delle società partecipate. Si è trattato di una procedura speciale di mobilità orizzontale nata esclusivamente per il personale delle società partecipate al verificarsi delle seguenti condizioni: a) la presenza di personale dipendente in esubero presso una determinata società partecipata; b) la mobilità doveva avvenire presso altre società partecipate della stessa tipologia; c) la mobilità poteva avvenire anche fuori dal contesto regionale rispetto alla sede legale/operativa della società che aveva personale in esubero o eccedenza³⁵⁰. Dalla lettura delle disposizioni indicate, emerge la centralità del ruolo delle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative nelle procedure di mobilità orizzontale tra società partecipate e enti controllanti nella gestione degli esuberi attraverso la formalizzazione di un accordo collettivo che, sotto il profilo soggettivo, ha avuto carattere trilaterale, coinvolgendo ogni parte interessata: le organizzazioni sindacali poste a tutela del personale dipendente, gli enti locali controllanti, e Amministrazioni Pubbliche nelle loro diverse ramificazioni (spesso escluse o comunque relegate ai margini di qualsiasi iter procedurale nel successivo Testo Unico sulle Partecipate).

L'iter indicato dall' articolo 1 comma 567 della legge di stabilità, anticipa temporalmente quello che sarà la formalizzazione delle procedure dell'individuazione delle eccedenze del sistema partecipate, avvenuto con l'art. 25 del TUSP e le sue ss.mm.ii. La procedura ora abrogata, antecedente a quella del TUSP, ha voluto rendere più gestibile l'iter dell'individuazione delle eccedenze, circoscrivendo il coinvolgimento delle OO.SS. e prevedendo le modalità di consultazione dei sindacati, individuate a precisi momenti dell'iter procedurale.

³⁵⁰ Legge di stabilità n. 147/2013 comma 567: “Per la gestione delle eccedenze di cui al comma 566, gli enti controllanti e le società partecipate di cui al comma 563 possono concludere accordi collettivi con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative finalizzati alla realizzazione, ai sensi del medesimo comma 563, di forme di trasferimento in mobilità dei dipendenti in esubero presso altre società dello stesso tipo operanti anche al di fuori del territorio della regione ove hanno sede le società interessate da eccedenze di personale”.

In considerazione della natura privatistica dell'impiego alle dipendenze delle società a partecipazione pubblica, anche la procedura di mobilità tra società, segue gli istituti e l'impianto normativo del settore privato³⁵¹, nonostante il coinvolgimento degli enti controllanti e l'ingerenza in tale procedura dei limiti derivanti dai conti e dalla spesa pubblica che sotto alcuni aspetti avvicinano la gestione societaria con quella del pubblico impiego.

Tra le più evidenti e maggiori differenze, rispetto alle procedure di mobilità delle partecipate cristallizzate nel Testo Unico, c'è senza ombra di dubbio la prevalenza all'ente locale controllante che di fatto va a comprimere e limitare l'autonomia organizzativa della società partecipata, prescindendo anche dal consenso del lavoratore interessato, nel preliminare fabbisogno della spesa pubblica delle società partecipate da far confluire al piano aziendale e al bilancio così come previsto dall'art. 1 comma 564 della legge di stabilità del 2014.

La procedura abrogata ha in concreto ridotto ai minimi termini il coinvolgimento delle organizzazioni sindacali, alle quali, le società partecipate ne prevedono solo l'invio di un documento – l'informativa – che sotto il profilo contenutistico contiene l'indicazione del numero, dei profili professionali e della collocazione aziendale.

Il coinvolgimento appare di fatto più un adempimento meramente burocratico che un vero e proprio strumento partecipativo, anche in ragione del fatto che l'informativa al pari delle Organizzazioni Sindacali è contestualmente inoltrata anche al Dipartimento della Funzione Pubblica. La risicata presenza della partecipazione sindacale è sempre stata considerata tra le cause primarie dello squilibrio finanziario degli enti partecipanti, soprattutto in ragione della presenza di organismi inefficienti o in perdita e per i quali, si è disposti a sacrificare - in deroga ai principi generali - anche il principio della coerenza del rispettivo ordinamento professionale dei lavoratori in mobilità³⁵². Il lavoratore (inteso come valore da inserire nel tessuto lavorativo al fine di migliorarne la prestazione e non come mera perdita per la spesa pubblica e per la società partecipata), ha la possibilità di poter partecipare attivamente

³⁵¹ GAMBARDELLA in GAROFOLI – ZOPPINI, *Manuale delle società a partecipazione pubblica*, Neldirittoeditore, 2018, p. 682.

³⁵² Corte dei Conti, Sez. Autonomie, delibera n. 27/2016.

alla procedura solo nella fase terminale della stessa, dove ha potuto presentare alla società partecipata – che l’ha messo in mobilità – o all’ente controllante, un’istanza di ricollocazione per una qualifica e per mansioni di livello inferiore e/o in altra società. Trattandosi di un’istanza del lavoratore rivolta alla società, la decisione finale sarà sempre espressione non di un tavolo partecipativo, ma di una decisione unilaterale del datore partecipato, che dovrà farsi carico in via subordinata di valutare nuovamente la posizione del lavoratore al fine di ricollocarlo in una qualifica inferiore nella stessa società o in altra società così come previsto dall’ art. 1 comma 567 bis della legge di stabilità del 2014.

A differenza del settore privato, nel corso degli anni antecedenti all’entrata in vigore del Testo Unico del Pubblico Impiego (D.lgs. 165/2001), l’esigenza di porre in sicurezza i conti pubblici del Paese, ha visto la messa in atto di un articolato sistema di contenimento salariale, fondato in larga misura sul blocco dei vari canali di alimentazione della dinamica retributiva³⁵³, successivamente confluito nelle procedure di mobilità a seguito della rilevazione delle eventuali eccedenze di personale in modo da favorire la ricollocazione del personale dichiarato in esubero³⁵⁴. Sotto il profilo della mobilità, i lavoratori e il personale dei due settori pubblico e privato, sono sempre rimasti distinti, al fine di evitare travasi che in qualche modo potessero eludere le modalità di accesso ai pubblici uffici. A tal proposito, anche la stessa mobilità intersocietaria prevista dall’abrogata disciplina della legge di stabilità del 2014, nel richiamare espressamente l’applicazione dell’art. 2112 c.c. (comma 1 e 3) e del comma 563 dell’art. 1 della legge di stabilità 2014, prevede che a prescindere delle parti coinvolte (gli enti controllanti pubblici – amministrazioni e enti locali), non può comunque avvenire tra le società partecipate e le Pubbliche Amministrazioni.

³⁵³ Attraverso al mancato rinnovo dei CCNL, al congelamento dei fondi per la contrattazione integrativa e all’introduzione di diversi limiti che hanno visto una rinegoziazione del trattamento individuale.

³⁵⁴ Aran (2012) Aran (2012), *“Le caratteristiche della mobilità nei comparti del pubblico impiego”*, dal web: www.aranagenzia.it/index.php/statistiche-e-pubblicazioni, Paper 1, 2012

8. Riassorbimento del personale, trasferimento d'azienda e profili comunitari

Le dinamiche ricollegate al riassorbimento del personale se osservate attraverso il filtro comunitario e della giurisprudenza della Corte di Giustizia, sollevano diversi spunti di riflessione soprattutto in relazione all'istituto del trasferimento d'azienda ex art. 2112 c.c.³⁵⁵ (in considerazione del non richiamo di tale norma all'interno dell'art. 19 comma 8 TUSP). È opportuno quindi analizzare la compatibilità del sistema ricollegato al riassorbimento del personale previsto dal TUSP in relazione alle norme sul trasferimento d'azienda, al fine di verificare in concreto la compatibilità con il sistema comunitario di cui ne è settorialmente espressione la direttiva 2001/23/CE³⁵⁶. L'art. 19 comma 8 disciplina il riassorbimento del personale all'interno della PA (per i dipendenti delle società partecipate) solo nei riguardi di quella categoria "ristretta" di lavoratori che abbiano avuto accesso alla PA a seguito di concorso pubblico ex art. 97 Cost. nonostante i molti dubbi della dottrina in tal senso³⁵⁷. A tal proposito si pone il quesito se questa fattispecie sia sufficiente a giustificare l'inapplicabilità del contenuto delle norme in materia di trasferimento d'azienda presenti nella Direttiva 2001/23/CE.

Tra le diverse problematiche che si fanno largo nella compatibilità tra la normativa del riassorbimento del personale ex art. 19 comma 8 TUSP e il

³⁵⁵ La Corte di Cassazione con l'ordinanza n. 33814 del 16.11.2022, in coerenza con la disciplina dettata dall'Unione Europea, ha confermato che si ha una cessione di ramo d'azienda allorquando il complesso di beni ceduto mantenga una propria identità, tale da consentirgli di proseguire l'attività svolta prima del trasferimento. Con la sentenza n. 7364 del 16 marzo 2021 la Suprema Corte di Cassazione ha altresì affermato che ai fini del trasferimento di ramo d'azienda di cui all'art. 2112 c.c., è da considerarsi elemento costitutivo della cessione l'autonomia funzionale del ramo ceduto, ovvero la capacità di questo, già al momento dello scorporo dal complesso cedente, di provvedere ad uno scopo produttivo con i propri mezzi funzionali ed organizzativi e, dunque, di svolgere, autonomamente dal cedente e senza integrazioni rilevanti da parte del cessionario, il servizio o la funzione cui risultava finalizzato nell'ambito dell'impresa cedente al momento della cessione.

³⁵⁶ Direttiva 2001/23/Ce del Consiglio del 12 Marzo 2001, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di imprese o di stabilimenti. Direttiva che ha proceduto alla codificazione della direttiva 14 febbraio 1977, 77/187/CEE, come modificata dalla direttiva 29 giugno 1998, 98/50/CE.

³⁵⁷ ALTIMARI, in *Diritto del lavoro e società pubbliche tra impresa e amministrazione*, Giappichelli, 2020 afferma (p. 284) che: "non si comprende perché dovrebbero essere esclusi (dall'applicazione dell'art. 19 comma 8 in materia di riassorbimento), quei lavoratori che siano comunque stati selezionati, seguendo gli stessi principi dettati dal d.lgs. 165/2001 nell'ipotesi in cui siano svolte da una società a controllo pubblico".

“non espresso richiamo” dell’art. 2112 c.c., anche in considerazione dei vincoli posti dalla normativa comunitaria, c’è la circostanza che le procedure selettive previste dall’art. 19 TUSP, essendo modulate sui principi pubblicistici di cui all’art. 35 comma 3 del Testo Unico del Pubblico Impiego, nella sostanza non si differenziano da quelle del concorso pubblico, sicché una diversità di trattamento sarebbe fondata solo dalla diversa soggettività del datore di lavoro che bandisce la procedura³⁵⁸.

Infatti alcuni³⁵⁹ sembrano dubitare della compatibilità delle norme richiamate nell’ipotesi in cui la reinternalizzazione delle funzioni e il successivo riassorbimento comporti una cessione di azienda o di un suo ramo in ragione del trasferimento di beni e strutture oltre che il mero passaggio di attività. Per valutare la compatibilità comunitaria delle disposizioni di cui all’art. 2112 c.c. e dell’art. 19 comma 8, è opportuno richiamare l’art. 1 comma 1 lett. b) della direttiva 2001/23/CE che ne prevede l’espressa applicazione a “tutte le imprese pubbliche o private che esercitano un’attività economica che perseguano o meno uno scopo di lucro”.

L’approccio del diritto comunitario conduce a ritenere che la direttiva 2001/23/CE debba essere estesa anche alle ipotesi di cui all’art. 19 comma 8 TUSP in virtù di una compatibilità della reinternalizzazione con l’art. 2112 c.c., soprattutto per quanto attiene ai richiami di cui al comma 1 e 3 anche perché tra le *ratio* evidenti della direttiva richiamata, la norma comunitaria mira a tutelare e conservare, anche contro la volontà del cessionario, i rapporti di lavoro del soggetto cedente, e cioè la società che in concreto dopo una passata esternalizzazione procede ad una reinternalizzazione delle funzioni e dei servizi. Tutti i rapporti di lavoro della persona della società partecipata continuano quindi con il soggetto cessionario asetticamente senza tenere in considerazione le procedure di reclutamento adottate (concorso pubblico ex art. 97 Cost. o art. 19 comma 2 Tusp) a monte del reclutamento del personale dipendente, anche perché adottare le tutele previste dall’art. 2112 c.c. solo nei confronti di una parte dei lavoratori (e cioè coloro i quali

³⁵⁸ DI PAOLANTONIO, *Trasferimento di attività, successione di appalti, eccedenza di personale: quali garanzie per i dipendenti delle società a controllo pubblico?* in *Lavoro Diritto Europa*, 2018, p. 13.

³⁵⁹ DI PAOLANTONIO, *op.cit.*, p. 14.

sono stati assunti a seguito di una procedura concorsuale “pubblica”) “appare illegittima”³⁶⁰. Quanto indicato è confluito in un’importante statuizione della Corte di Giustizia (Correia Moreira- Tribunal Judicial da Comarca De Faro-PORTOGALLO) che nella causa C-317/18 del 13.06.2019, ha affermato che nell’ipotesi di una reinternalizzazione di funzione e di trasferimento d’azienda in cui il cessionario è un Ente pubblico (nel caso di specie il Comune di Portimao – Regione dell’Algarve), i lavoratori devono godere dei benefici loro previsti dalla Direttiva 2001/23/CE e, pertanto, non devono né partecipare ad alcun concorso o selezione pubblica né stipulare un nuovo contratto col datore subentrante³⁶¹. Anche sotto il profilo costituzionale, la vicenda portoghese portata al vaglio della Corte Giustizia evidenzia come l’accesso al pubblico impiego di cui all’art. 97 comma 4 della Carta Costituzionale abbia diversi punti di contatto con l’ordinamento giuridico portoghese in cui all’art. 47 par. 2 della Costituzione del Portogallo, è previsto che “tutti i cittadini hanno il diritto di accedere alla funzione pubblica in condizioni di uguaglianza e di libertà, di norma mediante concorso”. Tale vicenda se rapportata all’ordinamento italiano, potrebbe creare evidenti problematiche applicative soprattutto in riferimento alla norma del Testo Unico sulle Partecipate dell’art. 19 comma 8, in ragione del quale si prevede “il riassorbimento delle unità di personale *già* dipendenti a tempo indeterminato da amministrazioni pubbliche”, considerato che come emerge da ultimo nella sentenza richiamata³⁶², l’istituto del trasferimento delle attività di un’azienda municipale ad un Comune rientrano nell’ambito applicativo della direttiva, ed a nulla rileva che il cessionario sia una persona giuridica di diritto pubblico. La sentenza nel richiamare la direttiva 2001/23/CE e tutelare

³⁶⁰ FERRANTE, *Re-internalizzazione e successione di appalto nella gestione dei servizi pubblici*, in WP CSDLE “Massimo D’Antona” – 385,2019.

³⁶¹ La lavoratrice portoghese (Correia Moreira), dipendente di una società partecipata (Portimao Urbis) all’esito del trasferimento dell’attività dalla medesima svolta in capo direttamente al Comune di Portimao, impugna giudizialmente la cessazione del proprio contratto di lavoro. Il Tribunale Judicial Da Comarca de Faro, con un rinvio pregiudiziale chiede alla Corte di Giustizia dell’Unione Europea se la vicenda di che trattasi può essere ritenuta contraria alla Direttiva 2001/23/CE, soprattutto nel caso in cui una normativa nazionale (quale nel caso di specie quella portoghese) nel caso di un trasferimento d’azienda, preveda necessariamente la partecipazione dei lavoratori coinvolti ad un concorso pubblico e la formazione di un nuovo rapporto contrattuale con il cessionario, soltanto per il fatto che questi è un Ente pubblico.

³⁶² Ma anche tra le molte sentenze della CGUE: sentenza del 20 luglio 2017, C-416/16; Sentenza del 6 aprile 2017, C-336/15.

preliminarmente il personale dipendente a prescindere se questi sia/siano stato/i reclutato/i a seguito di procedura su base concorsuale, crea una discrasia potenziale tra la normativa comunitaria, quella del trasferimento d'azienda e le norme del Tusp, dove lo strumento della selezione pubblica deve essere valutata quale mezzo che “assicuri il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione e non un fine a sé stesso, che pur sé rassicurante, rischia però di diventare un mero feticcio”³⁶³. La vicenda rapportata all'interno dell'ordinamento giuridico italiano, oltre ad ampliare il ventaglio dei destinatari dell'applicazione della procedura di cui all'art. 19 comma 8 (rispetto a coloro che sono stati già dipendenti a tempo indeterminato di amministrazioni pubbliche), non sembra tener conto delle distinzioni interne tra i lavoratori selezionati con concorso pubblico e coloro selezionati con le procedure ex art. 19 TUSP. Si tratta di input comunitari a cui il Legislatore italiano dovrà senza dubbio porre attenzione sfumando quella rigida dicotomia pubblico – privato che caratterizza i rapporti di lavoro del personale dipendente delle società partecipate quantomeno nell'ipotesi di lavoratori reinternalizzati.

Al fine di evitare che anche il personale delle partecipate reclutato ex art. 19 comma 2 TUSP sia escluso dal procedimento di cui all'art. 19 comma 8 TUSP, occorrerebbe far confluire le selezioni di cui all' art. 19 TUSP in quelle modalità di accesso al pubblico ex art. 97 dei cd. ulteriori “casi stabiliti dalla legge”, in ragione del fatto che i lavoratori delle partecipate trasferiti a seguito di reinternalizzazione di funzioni sono stati reclutati nel rispetto di quei principi anche di derivazione comunitaria che rimandano al pubblico impiego.

³⁶³ ALTIMARI, *op. cit.*, p. 288.

CONCLUSIONI

La complessa ricostruzione degli spazi del diritto del lavoro nel sistema delle partecipate è in continua tensione tra ciò *che è* - in considerazione degli interventi normativi stratificati nel corso degli anni - e ciò che *dovrebbe essere*. Se è vero che il D. Lgs. 175/2016 ha contribuito a ritagliare nel piano cartesiano delle partecipate un nucleo solido al quale tentare di ricondurre ogni aspetto inerente al rapporto di lavoro del personale dipendente, è anche vero che i passi incerti e insicuri del Legislatore hanno lasciato sguarniti diversi ambiti, costringendo l'interprete ad uno sforzo esegetico in continua frizione tra la perentorietà dello *ius privatorum* e le deroghe pubblicistiche. In tale contesto, ci si trova innanzi ad una giurisprudenza che oscilla tra la tendenza a privilegiare la dimensione privatistica e quella più sbilanciata verso soluzioni "pubblicistiche", alla perenne ricerca di esiti finalizzati a individuare la soluzione più ragionevole. La questione del corretto inquadramento della natura giuridica del rapporto di lavoro del personale delle partecipate ha inciso praticamente su ogni aspetto dell'attività lavorativa. Con la previsione dell'obbligo di effettuare procedure di reclutamento che si ispirino ai principi del pubblico impiego, il Legislatore ha voluto costruire un presidio di imparzialità, buon andamento ed efficienza per le società partecipate ed evitare assunzioni *intuitu personae*, limitando, di fatto, la discrezionalità delle stesse in fase di selezione del personale, e optando per un modello di tipo pubblicistico, al fine di orientare la selezione al merito e alla trasparenza.

La centralità delle procedure di reclutamento e i numerosi vincoli assunzionali, sia nel regime transitorio che in quello ordinario, hanno avuto il fine ultimo di evitare forme incontrollate ed ingiustificate di crescita della spesa del personale delle società partecipate, con conseguenti ripercussioni negative non solo sulla sana gestione della partecipata, ma, di riflesso, anche sugli equilibri finanziari della Pubblica Amministrazione controllante.

Il medesimo approccio di contenimento e razionalizzazione delle risorse ha guidato il legislatore nella tematica degli esuberi: nonostante i buoni presupposti nelle politiche adottate, i dati della distribuzione territoriale delle eccedenze mostrano come l'idea iniziale che aveva spinto il Legislatore non s'è compiutamente realizzata in quanto non c'è stato quel riordino e

riequilibrio delle risorse umane auspicato.

Le ragioni sembrano essere diverse: si è avuta la sensazione che, nello spettro delle problematiche del personale delle società partecipate, il reclutamento si appropriasse di tutta la scena, come se questo fosse l'unico, o comunque, il più importante tra i problemi di mancata efficienza e razionalizzazione del personale delle stesse.

Puntare il faro solo sull'ingresso, lasciando nell'ombra tutta una serie di aspetti parimenti importanti del rapporto di lavoro, rende complessa l'operazione di intervenire su tutti i profili critici che riguardano le società partecipate. Come è avvenuto in passato, prima dell'introduzione del Testo Unico sulle Partecipate, di un ruolo chiave si è appropriata, giocoforza, la giurisprudenza, la quale ha provato a trovare la quadra in materia di diritto di precedenza nelle assunzioni a tempo indeterminato, nella promozione del personale, nelle vicende ricollegate ai contratti a termine, soprattutto per le possibilità di conversione o in tema di utilizzo di contratti di somministrazione. Posizioni che, pur fondate su argomentazioni logico-giuridiche convincenti, aprono nuove prospettive di dibattito su questioni che sembravano ormai superate dall'intervento chiaro del Legislatore (come, ad esempio, in termini di giurisdizione ordinaria *ex art. 19, comma 4, TUSP* per la validità dei provvedimenti e delle procedure di reclutamento).

Lo stesso approccio consente in materia di promozione o conversioni di contratti a tempo determinato, di individuare soluzioni in quei *“propri provvedimenti che stabiliscono i criteri e le modalità per il reclutamento del personale”* di cui all'art. 19 TUSP. Tali provvedimenti adottati dalla partecipata possono colmare le lacune lasciate dal Legislatore e normare in maniera autonoma quei fenomeni che il Testo Unico ha lasciato privi di protezione. Tuttavia, il ricorso a *“propri provvedimenti”* per sciogliere questioni irrisolte a livello legislativo potrebbe avere come immediata e diretta conseguenza il fatto che la risoluzione delle problematiche connesse alla gestione del rapporto di lavoro avvenga solo in quelle società virtuose che perseguono obiettivi nell'ottica di un'efficienza aziendale spesso già maturata. Il rischio concreto potrebbe essere quello di aumentare ancor di più le differenze nel *mare magnum* delle società a partecipazione pubblica e creare disparità di trattamento in ragione delle diversità regolamentative tra

lavoratori che, pur essendo inquadrati con i medesimi contratti collettivi e svolgendo le medesime funzioni, a seconda delle scelte e della virtuosità dell'azienda in cui operano, si ritrovano con una tutela differenziata.

Questo conferma la necessità di un intervento generale che orienti i diversi aspetti non delegabili in quei provvedimenti societari che, tutelando le finalità pubbliche e gli interessi dei lavoratori coinvolti, evitando che il regime parapubblicistico adottato possa rappresentare una *deminutio* di tutela. In tale contesto, un ruolo centrale di analisi e valutazione potrebbe essere svolto dall'Osservatorio sugli Enti Pubblici e le Società Partecipate che, nel marzo 2023, si è insediato per la prima volta con l'obiettivo preminente di fornire proprio un contributo per superare i punti controversi che caratterizzano l'interpretazione del TUSP. Questo si rende tanto più necessario in quanto le norme che ineriscono al rapporto di lavoro del personale dipendente delle società partecipate rappresentano il punto terminale di una parabola evolutiva ancorata ad una tradizione giuridica che considera l'intervento pubblico nei rapporti di lavoro delle partecipate come un fenomeno da evitare o contenere al minimo, nell'utopistica convinzione che il modello privatistico esclusivo potesse in qualche modo apportare maggiore efficienza in seno alle singole società.

Ne emerge un approccio profondamente pragmatico in cui il *mismatch* tra strumenti utilizzati per il perseguimento degli obiettivi e le finalità che il sistema impone è continuamente sottoposto a tensione in ragione anche di un'oggettiva inesistenza di una categoria unitaria tra le stesse società partecipate.

In questa continua tensione, tutte le debolezze palesate dal Legislatore del Testo Unico prendono sostanza nelle vicende circolatorie, fase che espone il personale dipendente a notevoli rischi sulla sorte del proprio rapporto di lavoro. L'analisi delle vicende circolatorie a seguito dell'introduzione del d.lgs. 175/2016 rappresenta il "barometro" dello stato dei rapporti di lavoro nelle società partecipate, essendo uno strumento in grado, nella sua specificità, di offrire spunti di valutazione ad ampio raggio. Nell'esame di tali fenomeni si è evidenziato come, a ridosso della pubblicazione del Testo Unico delle Partecipate (nella fase di revisione *ex art. 24 TUSP*), il ruolo e la discrezionalità della società partecipata sia stato sacrificato a vantaggio di una

veloce, quanto necessaria, razionalizzazione straordinaria che però non ha inciso a fondo come si auspicava. Questo perché il sistema adottato si è basato sulla circostanza fattuale della presenza - da un lato - di società partecipate con lavoratori in eccedenza rispetto alle effettive forze necessarie e - dall'altro - di società che invece avevano una così forte carenza di personale che erano in qualche modo disposte a reclutare lavoratori non selezionati personalmente per colmare tale lacuna.

In tale fase, così come nelle ulteriori e diverse fasi che caratterizzano l'ampio ventaglio delle vicende circolatorie, è emersa l'anomia degli enti pubblici controllanti, i quali sono di fatto stati lasciati ai margini di un processo che direttamente od indirettamente, in ragione delle partecipazioni societarie, li avrebbe dovuti maggiormente coinvolgere, anche e soprattutto a tutela dei lavoratori interessati, nell'ambito di operazioni societarie che hanno avuto l'obiettivo principale di ridurre il numero delle società stesse.

Il richiamo ad istituti tipici del diritto privato a tutela dei lavoratori nelle vicende circolatorie del personale delle società partecipate si inspessisce nei procedimenti di mutamento di appalto o concessione, dove la chiusura e l'estinzione delle partecipate per gli obblighi di razionalizzazione imposti dal Testo Unico lasciano immutati i profili di tutela e le garanzie in capo ai lavoratori delle stesse. Il rinvio espresso all'istituto dell'art. 2112 c.c. sottende un'intenzione chiara: evitare che gli *iter* di razionalizzazione societaria possano rallentare i processi di tutela dei lavoratori da parte delle OO.SS. La medesima chiarezza della disciplina del Testo Unico, nell'ipotesi di reinternalizzazione delle funzioni, pone diversamente le basi per un'apertura sistemica coerente con il TUSP, in cui si ritiene ragionevole consentire estensivamente il riassorbimento di lavoratori di una partecipata in una PA – in aggiunta a quanto previsto dall'art. 19 comma 8 – anche nelle ipotesi in cui la selezione sia avvenuta nella partecipata nel rispetto della disciplina di cui all'art. 19 TUSP, in quanto si tratta di una indiretta applicazione dei principi costituzionali di cui all'art. 97 Cost.

Si tratta di aperture coerenti con il sistema partecipate e con il Legislatore del Testo Unico che prevedono una lettura globale delle norme e delle sue finalità intrinseche all'interno del terreno scosceso delle società partecipate e di indicazioni di lettura che si desumono fin dai rudimentali richiami alle società

partecipate (ai tempi aziende municipalizzate) all'interno della Relazione del Codice Civile del 1942: quest'ultima, pur prevedendo e riconoscendo l'anima e il ruolo dell'intervento pubblicistico in seno alle partecipate, ritiene che l'intera disciplina debba "assicurare alla propria gestione maggiore snellezza di forme e nuove possibilità realizzatrici".

In tale contesto, i profili attinenti alle vicende circolatorie sono espressione di una sineddoche normativa in materia di partecipate che consente di dare una nuova lettura all'intero sistema, in modo da condurre i profili attinenti al rapporto di lavoro a soluzioni nuove che vadano oltre lo stringente formalismo della dicotomia pubblico-privato.

In tale difficile ed innovativo percorso, gli spazi di intervento sindacale e della contrattazione collettiva, proprio nella fase di maggiore esposizione e debolezza del lavoratore delle vicende circolatorie, dovrebbero porre al centro della scena le parti sociali. Ed invece in queste fasi patologiche della vita societaria, il ruolo delle OO.SS. coinvolte è ridotto ai minimi termini, essendo circoscritto alle ipotesi della sola informazione, senza un effettivo e concreto coinvolgimento nell'intero procedimento di negoziazione, in considerazione di una prevalenza degli interessi correlati alla spesa pubblica che hanno necessariamente comportato una compressione di quei diritti attraverso i quali si materializza la partecipazione sindacale.

La policromia delle aree di intervento del sindacato, partendo proprio dalle fasi patologiche delle vicende circolatorie, è foriera di un'apertura a nuovi modelli di organizzazione sindacale con un ruolo centrale della contrattazione collettiva soprattutto di secondo livello che pone le basi per nuovi modelli partendo dagli esigui richiami degli istituti del Testo Unico delle Partecipate. Il ruolo di cui le OO.SS. si possono far carico potrebbe essere quello di colmare le lacune che per volontà politica di celere razionalizzazione e riorganizzazione dell'intero sistema partecipate hanno portato ad una frammentazione di tutela, partendo proprio dalle indicazioni del Legislatore del 2016 e prevedendo piattaforme rivendicative di protezione sociale.

La complessità degli spunti di riflessione della tesi in esame rappresenta un primo passo verso futuri sviluppi della ricerca che vedono protagonisti il sindacato e il lavoratore delle partecipate, costantemente in tensione tra gli aspetti ibridi di una disciplina complessa in materia di società pubbliche ed

una rilevante stratificazione normativa. Prendendo in prestito gli strumenti dalla geometria analitica, la parabola normativa del personale dipendente nelle società partecipate vede protagonista il lavoratore su quel luogo geometrico dei punti del piano equidistanti da un punto fisso (la tutela e la protezione del lavoratore), da una retta, la direttrice (la tutela sindacale), che deve necessariamente seguire questi in ogni fase del rapporto di lavoro.

Nel segmento riferito ai profili giuslavoristici del personale delle partecipate occorre richiamare le idee delle “giuste deliberazioni statali” che emergono nelle diverse connotazioni aristoteliche della giustizia idonea a perseguire l’interesse comune. Aristotele a tal proposito sostiene che l’approccio dell’interprete che tenta di raggiungere una soluzione appellandosi a certi principi generali considerati saldi ed inflessibili è come un architetto che tenti di usare una riga dritta per misurare le complesse curve di una colonna scanalata. Il buon architetto dovrebbe invece prendere le misure con una striscia flessibile di metallo che ‘si piega alla forma della pietra e non rimane rigida’³⁶⁴. Le buone interpretazioni degli operatori del diritto, come questa riga, si adattano a ciò che trovano, dimostrando sensibilità e rispetto per la complessità: una complessità che emerge in tutto il sistema partecipate soprattutto nelle sue diverse connotazioni riferite al rapporto di lavoro, alle vicende circolatorie e alle collegate dinamiche sindacali. A tal proposito, occorre, un maggiore coraggio della giurisprudenza, tanto di merito quanto di legittimità, che, uscendo dalla dicotomia tipica pubblico- privato, interpreti al meglio l’anima vera del Testo Unico sulle Partecipate negli istituti propri del personale dipendente “piegandosi – aristotelicamente – alla forma di ogni società senza rimanere rigida” (come a titolo esemplificativo può avvenire in materia di promozioni o conversione di contratti a tempo determinato in tempo indeterminato). I capisaldi che il Legislatore del 2016 ha introdotto in materia di lavoratori delle partecipate, appaiono sufficientemente idonei a garantire equilibrio all’intero sistema: giurisprudenza e organizzazioni sindacali hanno quanto necessario per stabilizzare quegli istituti giuridici che possono apparire non allineati alla disciplina positiva.

Insieme al ruolo pioniere dei giudici, tra gli strumenti che maggiormente

³⁶⁴ ZANETTI, *La fragilità del bene. Fortuna ed etica nella tragedia e nella filosofia greca*, il Mulino, 2004, p. 555.

possono spostare il baricentro di quegli istituti fuori asse c'è proprio quell'autonomia regolamentativa e organizzativa delle società che trova nei "propri provvedimenti" un utile quanto necessario alleato, in un'ottica proattiva. Far confluire in sede sindacale sinergie interaziendali e di gruppo investirebbe l'autonomia collettiva di un ruolo nuovo in modo da trovare equilibrio all'interno di un'evidente complessità quale è il sistema partecipate. L'apertura a nuovi modelli che tengano a mente la funzione principe del diritto del lavoro inteso come "diritto di equilibrio", congiuntamente al rispetto dei principi costituzionali, partendo dagli input offerti dal D.lgs. 165/2016, rappresenta una sfida necessaria da seguire per costruire un sistema partecipate "nuovo", che coinvolga tutti soggetti che ne fanno parte.

BIBLIOGRAFIA

ALBI, *La disciplina dei rapporti di lavoro nelle società a partecipazione pubblica fra vincoli contabili e garanzie giuslavoristiche*, in “*Il disordine*” dei servizi pubblici locali, a cura di PASSALACQUA, Giappichelli, 2016.

ALTIMARI, *Assunzioni e contratti a termine nelle società a partecipazione pubblica*, Lavoro e Diritto, n. 2/2018, pp. 323 e ss.

ALTIMARI, *Diritto del lavoro e società pubbliche tra impresa e amministrazione*, Giappichelli, 2020.

ALTIMARI, *Diritto del lavoro e società pubbliche: rapporto di lavoro e autonomia collettiva dalla municipalizzazione al d.lgs. n. 175/2016*, Variazioni sul tema di diritto del lavoro, Giappichelli, Fasc. 1/2019.

ALVINO, *Cessazione dell'attività d'impresa, crisi e ruolo del sindacato*, Rivista Italiana di Diritto del Lavoro, Fasc.4, 2022.

AMENDOLA, voce *Concorso a pubblico impiego*, in Enciclopedia del diritto, Giuffrè, vol. VIII, 1961, pp. 613 e ss.

AMOROSO, *Dirigenza pubblica e «spoils system» nella giurisprudenza costituzionale*, in Foro it., 2009.

BACCHINI, *Lo spoils system e l'elemento della fiduciarietà: profili problematici e spunti di riflessione fra Corte Costituzionale ed evoluzione normativa*, in LPA, 2012.

BARBIERI, *Problemi costituzionali della contrattazione collettiva nel lavoro pubblico*, Cacucci Editore, 1997.

BASSI, “*Economia provvedimento taglia-partecipate comporterebbe, secondo alcune stime, risparmi per un miliardo di euro*”, dal web Il Messaggero, www.messaggero.it, 2017.

BATTISTI, *Altre tipologie contrattuali flessibili: contratto di somministrazione, di formazione e lavoro, apprendistato e lavoro accessorio* in AMOROSO, DI CERBO, FIORILLO, MARESCA, *Il lavoro pubblico*, Giuffrè, 2019.

BELLINI, *L'utilizzo del contratto di somministrazione nelle società partecipate: obbligo di selezione pubblica anche per i lavoratori che saranno poi inviati in missione?*, dal web www.gesuelebellini.it in Il giurista del lavoro, n. 2/2019.

BELLINI, *Società partecipate: l'applicabilità dell'art. 2112 c.c. in caso di cessione o esternalizzazione delle attività*, Il giurista del lavoro n. 6, 2014.

BIANCO -SESTITO, *I servizi pubblici locali. Liberalizzazione, regolazione e sviluppo industriale*, Il Mulino, 2010.

BOLENGO, *Autonomia negoziale e frode alla legge nel diritto del lavoro*, Cedam, 2011.

BORGOGELLI, *Modelli organizzativi e tutele dei lavoratori nei servizi di interesse pubblico*, in *Frammentazione organizzativa e lavoro: rapporti individuali e collettivi*, Giuffrè, 2018, pp.329-432.

BORTOLOTTI, SCARPA, PELLIZZOLA, *Comuni al bivio: assetti proprietari, performance e riforme nei servizi pubblici locali*, in *l'Industria*, n.1/2011.

CAFAGGI - IAMICELI - MOSCO (a cura di), *Il Contratto di rete per la crescita delle imprese*, Giuffrè, 2012.

CALCAGNILE, *La razionalizzazione delle società a partecipazione pubblica in Giorn. Dir. Amm.*, 2017.

CAMMELLI-DUGATO (a cura di), *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Giappichelli, 2008.

CARINCI, DE LUCA TAMAJO, TOSI, TREU, *Diritto del lavoro - Il rapporto di lavoro subordinato*, UTET, 2022.

CARINCI, *L'inquadramento del rapporto di lavoro e società a partecipazione pubblica: l'evoluzione legislativa*, *Lavoro Diritti Europa*, n. 2/2018.

CARINCI, *Rapporto di lavoro e società a partecipazione pubblica: l'evoluzione legislativa*, in *Lavoro Diritti Europa*, n. 2/2018, pp.2 e ss.

CARINCI, *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro: somministrazione e distacco, appalto e subappalto, trasferimento d'azienda e di ramo*, Giappichelli, 2013.

CARINGELLA, GIUSTINIANI, MANTINI (a cura di), *I contratti pubblici. Trattato sistematico sulla contrattualistica pubblica*, Dike Giuridica, 2021.

CASSESE, *L'impresa pubblica: storia di un concetto*, in *Econ. pubbl.*, 1985, pp.3 e ss.

CASSESE, *Problemi delle imprese. Le imprese a partecipazione statale*, Napoli, 1972.

COSMAI, *Riforma delle partecipate e ricollocamento degli esuberanti*, DPL,41,2016.

CUFFARO (a cura di), *Contratto di rete di imprese*, Giuffrè, 2016; SPOTO, *I contratti di rete tra imprese*, Giappichelli, 2017.

CURCURUTO, *Osservazioni sui rapporti di lavoro nelle società a controllo pubblico*, in *Lavoro Diritti Europa*, n. 1/2018, pp.12 e ss.

CURZIO E FORTIS, *Le liberalizzazioni e le privatizzazioni dei servizi pubblici locali*, Il Mulino, 2000. FERRI-BALDAZZI, *I servizi pubblici locali. Liberalizzazione, regolamentazione, forme di privatizzazione*, in Coll. Progetto Ente Locale, Maggioli Editore, 2000.

D'ARIES, GLINIANSKI, TESSARO, *Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*, Rimini, 2016.

DE GIROLAMO, *Le partecipate pubbliche e il taglio rimasto un miraggio*, dal web www.ilsole24ore.it, 2020.

DE LUCA TAMAJO, *I processi di terziarizzazione intra moenia ovvero la fabbrica multisocietaria*, in DML,1999.

DE LUCA TAMAJO, *Incertezze e contraddizioni del diritto sindacale italiano: è tempo di regolamentazione legislativa*, *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, Fasc. 1., 2018.

DEL PUNTA, *La fornitura di lavoro temporaneo nella L. n. 196/1997*, in *Rivista di Diritto del Lavoro*, n. 1, I, 1998.

DI PAOLANTONIO, *Trasferimento di attività, successione di appalti, eccedenza di personale: quali garanzie per i dipendenti delle società a controllo pubblico?* in *Lavoro Diritto Europa*, 2018.

DOMENICHELLI (a cura di), *La società pubblica tra diritto privato e diritto amministrativo*, Cedam, 2008.

ESPOSITO, GAETA, ZOPPOLI A. E L., *Diritto del lavoro e sindacale*, Giappichelli, 2018.

ESPOSITO, GAETA, ZOPPOLI A., ZOPPOLI L., *Diritto del lavoro e sindacale*, Giappichelli Editore, 2002.

FALASCA, *Il distacco del lavoratore*, in MAGNANI, VARESI (a cura di), *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali*, Giappichelli, 2005.

FALSONE, *Gli enti pubblici economici e le società partecipate: profili giuslavoristici fra diritto privato e legislazione speciale*, Nota di Ricerca n. 4, Department of Management, Università Ca' Foscari, Venezia, 2017.

FALSONE, *I rapporti di lavoro nelle imprese pubbliche: la tendenza espansiva del diritto "speciale"* in *Lavoro Diritti Europa*, n.2, 2018.

FERRANTE, *Re-internalizzazione e successione di appalto nella gestione dei servizi pubblici*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona" – 385, 2019.

FIMMANO', *Le azioni di responsabilità nei confronti degli organi sociali e di chiunque abbia preso parte al fatto lesivo nelle società pubbliche*, dal web www.ilcaso.it, 2019.

FIORILLO, *Il diritto del lavoro nel pubblico impiego*, Piccin Nuova Libreria Spa, Padova, 2019.

FIORILLO, *Il diritto del lavoro nel pubblico impiego*, Piccin, 2019.

FOLLIERI, *Il sindacato giurisdizionale sugli atti soggettivamente privati e oggettivamente amministrativi*, in *Il Foro Italiano*, 2014.

FONTANA, *Il rapporto di lavoro nelle società pubbliche*, in *Il Lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2014, pp.706 e ss.

GARGIULO, *La promozione della meritocrazia*, in ZOPPOLI L. (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Editoriale Scientifica, 2009, pp. 355-375.

GARGIULO, *Tensioni e distorsioni nella crisi del modello "statutario" di rappresentanza sindacale in azienda*, *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, n. 1/2013, pp. 171-198.

GARILLI, *In house providing e società pubbliche pluripartecipate. Riflessioni sul "controllo analogo congiunto" nel quadro generale delle "società a controllo pubblico"*, *Rivista delle Società*, fasc.2-3, 2022.

GAROFOLI- ZOPPINI, *Manuale delle società a partecipazione pubblica*, Neldiritto Editore, 2018. GARATTONI, *Comando, distacco e altri strumenti di mobilità temporanea nel pubblico impiego tra organizzazione ed esigenze di flessibilità*, in *Il Lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni*, 2006.

GAROFOLI- ZOPPINI, *Manuale delle società a partecipazione pubblica*, Neldiritto Editore, 2018.

GIACONI, *Un libro (per una materia) al confine tra pubblico e privato*, *Lavoro Diritti Europa*, n. 2, 2021.

GIANNINI, *Le imprese pubbliche in Italia*, in *Riv. soc.*, 1958, pp.227 e ss.

GIORGI, *Assunzione senza procedura selettiva da parte di società che gestisce servizi pubblici locali a totale partecipazione pubblica: effetti sul contratto di lavoro*, dal web in www.giustiziacivile.com, n. 1,2017.

GIORGI, *Il regime del pubblico concorso non è obbligatorio ex se per le società in house*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2017.

GRAMANO, *Il reclutamento e la gestione del personale alle dipendenze delle società a partecipazione pubblica*, dal web WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 332, 2017.

GRECO, *Gli affidamenti "in house" di servizi e forniture, le concessioni di pubblico servizio e il principio della gara*, in Riv. dir.pubbl.com., 2001.

GUARINO, *Pubblico e privato nella organizzazione e nella disciplina delle imprese*, in Scritti di diritto pubblico dell'economia, Milano, 1970.

IBBA, MALAGUTTI, MAZZONI (a cura di), *Le società pubbliche*, Giappichelli, 2011.

LAMA, *Le vicende circolatorie del personale nelle società a partecipazione pubblica*, in *Il rapporto di lavoro nelle società a controllo pubblico*, 2019.

LETTERA, *Liberalizzazioni e gestione in house nei servizi pubblici locali: le direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE, 2014/25/UE sul controllo analogo*, Rivista Amministrativa della Repubblica italiana: giornale ufficiale delle amministrazioni centrali e provinciali, dei comuni e degli enti e istituzioni pubbliche di assistenza e di beneficenza, 2014.

LO STORTO, *La somministrazione di lavoro a tempo determinato nella Pubblica Amministrazione: i rapporti tra pubblica amministrazione utilizzatrice e lavoratore e le rispettive responsabilità* in LPA, 2005.

LUCIANI, *Concorsi, selezioni ed assunzioni dopo la riforma del pubblico impiego*, in RUSCIANO - ZOPPOLI (a cura di), *L'impiego pubblico nel diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 1993.

LUCIANI, *I concorsi pubblici tra merito e imparzialità: quali modelli per soddisfare realmente i bisogni delle amministrazioni*, Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale, 2021.

LUCIANI, *Il ruolo del dirigente nell'erogazione della retribuzione incentivante*, in SANTUCCI - VISCOMI (a cura di), *La dirigenza nelle autonomie locali dopo la riforma: problemi e prospettive*, Rubettino, Soveria Mannelli, 1998.

LUCIANI, *Selezione del personale e contratto di lavoro pubblico e privato*, Jovene, Napoli, 2002.

MACCHIA, *La regolamentazione degli affidamenti da parte dei concessionari*, Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario, fasc.1, 2018.

MAINARDI, *Questioni in merito al licenziamento disciplinare del dipendente e dirigente pubblico*, in Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind., 2019.

MAINARDI, *Società a controllo pubblico e diritto del lavoro*, in: AA.VV., *Le tutele del lavoro nelle trasformazioni dell'impresa*, Liber Amicorum Carlo Cester, Cacucci, 2019.

MAMELI, *Affidamenti in house e libera concorrenza*, in Urb e app., 2003.

MANETTI, *I limiti alle assunzioni di personale nelle società in controllo pubblico*, dal web: www.promopa.it/comunitasata-sulla-conoscenza/approfondimenti-commenti/assunzioni-personale-societa-controllo-pubblico, 2017.

MARESCA - ROMEI, *Il rapporto di lavoro nelle società a controllo pubblico*, Giuffrè, 2019.

MARESCA, *Il lavoro alle dipendenze delle società a controllo pubblico*, in Federalismi.it, n.17/2018.

MASSI, *Diritto di precedenza nei contratti a tempo determinato*, Diritto & Pratica del Lavoro 14, 2022.

MAZZONI, *Limiti legali alle partecipazioni societarie di enti pubblici e obblighi correlati di dismissione: misure contingenti o scelte di sistema?*, in IBBA, MALAGUTI, MAZZONI (a cura di), *Le società "pubbliche"*, Giappichelli, 2011.

MAZZUCATO, *Lo Stato innovatore*, Laterza, 2020.

MESCHINO - LALLI, *Le società partecipate dopo la Riforma Madia. Commento organico al D. Lgs. 19 agosto 2016, n. 175*, Dike Giuridica Editrice, 2016.

MEZZACAPO, *Prime osservazioni sul rapporto di lavoro nelle società a controllo pubblico dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 215/2016*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona", Biblioteca '20 Maggio' – n.1/2017.

MIDIRI, *La Corte, i politici e lo spoils system*, in Dir. pubbl., 2008.

MIGNONE, VIPIANA, *Commento alla legge sulle autonomie locali*, Torino, Utet, 1993.

MISCIONE, *Ritorno alla pubblicizzazione per le società in mano pubblica (i concorsi per assunzioni e incarichi)* in MISCIONE, GAROFALO (a cura di), *Commentario alla legge n. 133/2008*, Ipsoa, 2009.

MONACO, *Contrattazione collettiva e società partecipate*, Lavoro e diritto, n. 1, 2020.

MONTEMARTINI, *La municipalizzazione dei pubblici servizi*, Società Editrice Libraia, Milano, 1902.

NICODEMO – SUSANNA, *Società a partecipazione pubblica: commento al d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175. e d.lgs. 16 giugno 2017, n. 100 (c.d. correttivo)*, Pacini, 2018.

NICOSIA, *Le relazioni sindacali che verranno: riflessioni e questioni sul ruolo degli attori negoziali in sede decentrata nel disegno di riforma Renzi-Madia*, in *Lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni*, 2015.

NUZZO, *Questioni in tema di esternalizzazione: gli orientamenti della Suprema Corte*, in *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, 2003, n. 1/2, p. 21.

NUZZO, *Trasferimento di azienda e rapporto di lavoro*, Cedam, 2002.

OLIVIERI, *Possibili comandi e distacchi dalle società partecipate alle p.a.*, in *Italiaoggi* – n. 307, 2022.

ORSETTI in *“Riforma Madia e pubblicizzazione delle società partecipate: evoluzione della disciplina in materia di personale alla luce dell’art. 19 del Testo Unico”* in *AziendaItalia – Il Personale*, 2016.

PASSALACQUA, *Il contratto di lavoro subordinato a tempo determinato e la somministrazione di lavoro alla prova del decreto dignità*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT – 380, 2018.

PERFETTI, *L’affidamenti diretto di servizi pubblici locali a società partecipate dai comuni, tra amministrazione indiretta e privilegi extra legem*, in *Foro Amm.*, 2004.

PETTINARI – LUBERTI, *IL personale delle società pubbliche* in CERIONI (a cura di) *Le società pubbliche*, Giuffrè, 2017, p.146.

PIGLIALARMI, *Il dumping contrattuale nel settore dei pubblici esercizi*, *Diritto delle Relazioni Industriali*, Fasc.3, 2022.

PIGNATARO, *Il reclutamento del personale nelle società a controllo pubblico secondo il t.u. n. 175 del 2016: alcuni rilievi* in *federalismi.it*, n.10/2020, p.385.

PINELLI, *Commento all’art.97 della Costituzione*, in *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, Bologna 1994, pp. 320 e ss.

PINTO, *La somministrazione di manodopera in favore delle amministrazioni pubbliche. Questioni giuridiche e criticità gestionali*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2018.

PINTO, *Sui rapporti di lavoro alle dipendenze delle società in controllo pubblico e delle società "in house"* in FORTUNATO - VESSIA, *Le "nuove" società partecipate e in house providing*, Quaderni di Giurisprudenza Commerciale, 2017, pp. 235 e ss.

PIOGGIA, *Le fasi della disciplina del lavoro pubblico: storia di una trasformazione e di una frattura che forse è possibile ricomporre*, Diritto Amministrativo, Fasc.2, 2022.

POSSI, *I concorsi nel pubblico impiego*, Editrice Il sole 24 ore, Milano 2002.

PROIA, *Ancora sul rapporto tra contratti collettivi di diverso livello*, Rivista Italiana di Diritto del Lavoro, fasc.1, 2020.

PUTRIGNANO, *Il distacco dei lavoratori*, Dir. relaz. ind., Fasc.3, 2009.

RICCOBONO, *Il riassorbimento del personale nelle società partecipate*, in NICOSIA, RICCOBONO, *Il trasferimento del personale nella vicenda dell'istituzione delle Città metropolitane e dei Liberi Consorzi Comunali: percorsi e orientamenti dei tavoli tecnici attivati dalla Regione Siciliana*, dal web www.amministrazioneincammino.luiss.it.

ROSSI, *Il reclutamento del personale nelle Pubbliche Amministrazioni*, in SANTORO-PASSARELLI, a cura di Diritto e Processo del lavoro e della previdenza sociale. Privato e pubblico, Giappichelli, 2017, pp. 3337 e ss.

ROSSI, *Le società partecipate fra diritto privato e diritto pubblico*, 2016, in www.sipotra.it/wp-content/uploads/2016/11/19.1.6.pdf

ROSSI, *Profili giuridici della società a partecipazione statale*, Milano, 1977.

ROSSI, *Pubblico e privato nell'economia semiglobalizzata. L'impresa pubblica nei sistemi permeabili e in competizione*, in Riv. dir. pubbl. com., 2014.

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

SCOCA, *La concessione come strumento di gestione dei servizi pubblici*, Giappichelli, 1991.

SERRA D., *La somministrazione di lavoro nelle pubbliche amministrazioni: inapplicabilità della conversione*, in LG, 2012.

STAIANO, *Contratto somministrazione di lavoro dopo il Decreto Dignità*, Fisco&Tasse, MaggioliGroup, 2018.

TEBANO, *Il contratto a termine nel lavoro pubblico: quando la tutela risarcitoria può ritenersi effettiva, adeguata e dissuasiva*, in Rivista Italiana di Diritto del Lavoro, 2007.

TEBANO, *Il distacco e i suoi presupposti tra (prevedibili) conferme e (auspicabili) distinzioni*, in *Diritti Lavori Mercati*, 2021.

TIRABOSCHI, *Sulla funzione (e sull'avvenire) del contratto collettivo di lavoro*, *Diritto delle Relazioni Industriali*, fasc.3, 2022.

VALLEBONA, *Breviario di diritto del lavoro*, Giappichelli Editore, 2023.

VENTURATO, *Gli incarichi di consulenza da parte di società partecipate da enti locali*, in *Bilancio, vigilanza e controlli*, n. 1, 2021.

VIRGA, *Il pubblico impiego*, Giuffrè, Milano 1991.

VITO, *Le nuove società partecipate e in house providing*, *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, Giuffrè, 2017.

ZANETTI, *La fragilità del bene. Fortuna ed etica nella tragedia e nella filosofia greca*, il Mulino, 2004.

SITOGRAFIA

www.altalex.com

www.amministrazioneincammino.luiss.it

www.aran.it

www.bollettinoadapt.it

www.federalismi.it

www.gesuelebellini.it

www.ilcaso.it

www.ilsole24ore.it

www.messaggero.it

www.segretaricomunalivighenzi.it

www.senato.it

GIURISPRUDENZA

Corte di Giustizia UE, 13 giugno 2019, C-317/18.
Corte di Giustizia UE, 11 maggio 2006, C-340/04.
Corte di Giustizia CE, 13 ottobre 2003, C-458/03.
Corte di Giustizia CE, 18 novembre 1999, C-107/98.
Corte di Giustizia UE, 27 aprile 1994, C-393/1992.

Corte Costituzionale, sent. 25 gennaio 2022, n. 39.
Corte Costituzionale, sent. 25 novembre 2016, n. 251
Corte Costituzionale, sent. 30 gennaio 2015, n. 7.
Corte Costituzionale, sent. del 23 luglio 2013, n. 227.
Corte Costituzionale, sent. 1° luglio 2013, n. 167.
Corte Costituzionale, sent. 3 marzo 2011, n. 68.
Corte Costituzionale, sent. 14 luglio 2009, n. 215.
Corte Costituzionale, sent. 9 novembre 2006, n. 363.

Consiglio di Stato sez. V, 17 gennaio 2018, n. 276.
Consiglio di Stato, 4 aprile 2017, n. 1549.
Consiglio di Stato sez. V, 11 dicembre 2015, n. 5643.
Consiglio di Stato, sez. V, 11 novembre 2014, n. 5944.
Consiglio di Stato, sez. V, 24 maggio 2010, n. 2415.

T.A.R. Campania Napoli, sez. I del 28 febbraio 2022, n. 1371.
T.A.R. Umbria, 29 gennaio 2014, n. 85.
T.A.R. di Roma, sez. I, 23/02/2015, n. 3136.
T.A.R. Umbria, sez. I, 5 ottobre 2018, n. 519.

Corte dei Conti, Sez. Contr., Toscana, n.319/2019.
Corte dei Conti Basilicata, delib. 10/2018.
Corte dei Conti Piemonte, delib. 57/2018.
Corte dei Conti, Sez. Contr., Lombardia, del. 302/2018.
Corte dei Conti Sez. Regionale Valle d'Aosta, delib. n.10/2017.
Corte dei Conti Sicilia, App., n. 69/2017.
Corte dei Conti Sez. Contr., Lazio, delib. n. 128 del 2015.
Corte dei Conti Sicilia, Giurisdiz., 13 marzo 2015, n. 244.
Corte dei Conti – Sez. Contr. Emilia-Romagna, delib. n. 135/2015.
Corte dei Conti Sez. Toscana, n. 1/2015.
Corte dei Conti, Sez. Contr. Puglia, decisione n. 1/2015;
Corte dei Conti Sez. Contr. Campania, parere n. 254/2014.
Corte dei Conti Sez. Regionale Lombardia, n. 36/2012;
Corte dei Conti Sez. Puglia, 62/2012.
Corte dei Conti, n. 68/2008.

Corte di Cassazione Sez. Unite, n. 5072/2016.
Corte di Cassazione Sez. Unite, n. 18353/2014;
Corte di Cassazione Sez. Unite, n.28330/2011
Corte di Cassazione Sez. Unite, n. 7759/2017.
Corte di Cassazione Sez. Unite, n. 28330/2011.

Corte di Cassazione Sez. Unite, n.28330/2011.
Corte di Cassazione Sez. Unite, Ord. n. 1778/2011.

Corte di Cassazione, Sez. lav., n. 6171/2023.
Corte di Cassazione, Sez. lav., n. 12414/21.
Corte di Cassazione, Sez. lav., n. 19974/2020.
Corte di Cassazione, Sez. lav., n. 7050/2019
Corte di Cassazione, Sez. lav., n. 3621/2018.
Corte di Cassazione, Sez. lav., n. 20327/2016.
Corte di Cassazione, Sez. lav., n. 13884/2016.
Corte di Cassazione, Sez. lav., n. 4358/2018.
Corte di Cassazione, Sez. lav., n. 4897/2018.
Corte di Cassazione, Sez. lav., n. 5395/2018.
Corte di Cassazione, Sez. lav., n. 17545/2014.

Cassazione Penale, Sez. V, n. 41421/2018.
Cassazione Penale, Sez. VI, n. 30441/2018.

Corte d'Appello di Ancora, Sez. lav., 29 gennaio 2013 n. 301.
Corte d'Appello di Catania, Sez. lav., 12 luglio 2019, n.780.
Corte d' Appello di Bari, Sez. lav., n. 2506/2019.
Corte d'Appello di Reggio Calabria, Sez. lav., 3 dicembre 2021, n. 508.
Corte d'Appello di Bari, Sez. lav., 9 dicembre 2019, n. 2506.
Corte d'Appello di Ancora, 29 gennaio 2013, n. 301.

Tribunale Monza, Sez. lav., n. 420/2015.
Tribunale di Teramo, Sez. lav., n. 138/2022.
Tribunale di Catania, Sez. II, n. 1397/2017.
Tribunale di Salerno, Sez. lav. n. 3847/2013.