

GIUSEPPE GENTILE

4.
IL RECLUTAMENTO

 GIUFFRÈ FRANCIS LEFEBVRE

Isbn 9788828805984

Estratto dal volume:

G. Amoroso - V. Di Cerbo - L. Fiorillo - A. Maresca

IL LAVORO PUBBLICO

2019

Sezione II

LE ASSUNZIONI NELLE AMMINISTRAZIONI PUBBLICHE: LE NORME DI COORDINAMENTO PER ENTI LOCALI, SANITÀ, ENTI DI RICERCA E SOCIETÀ PARTECIPATE

di GIUSEPPE GENTILE

NORME SPECIFICHE DI SETTORE

Enti di ricerca: artt. 7, 9, 11, comma 2, 12, commi 2 e 4, 16, d.lg. 25 novembre 2016, n. 218.

Società partecipate: art. 19, d.lg. 19 agosto 2016, n. 175.

Enti locali: art. 91, d.lg. 18 agosto 2000, n. 267.

Sanità: art. 6-ter, d.lg. 30 dicembre 1992, n. 502.

BIBLIOGRAFIA

ALBI, *La disciplina dei rapporti di lavoro nella società partecipazione pubblica*, in PASSALACQUA (a cura di), *Il disordine dei servizi pubblici locali*, Torino, 2015, 233; BOLOGNINO, *La Corte dei Conti si pronuncia sulla nuova disciplina delle c.d. reinternalizzazioni del personale delle società a controllo pubblico da parte delle amministrazioni socie*, LPA, 2016, II, 725 ss.; BORGOGELLI, *Modelli organizzativi e tutele dei lavoratori nei servizi di interesse pubblico*, in *Frammentazione organizzativa e lavoro: rapporti individuali e collettivi. Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro*, Cassino, 18-19 maggio 2017, Milano, 2018, 329; FIORILLO-GENTILE, *Il reclutamento e le procedure selettive per l'accesso all'impiego*, in *L'impiego pubblico negli enti locali*, QDLRI, 2007, n. 30, 69 ss.; FONTANA, *Il rapporto di lavoro nelle società pubbliche. Problemi applicativi e riforme legislative*, LPA, 2014, I, 707; FONTANA, *Società pubbliche e rapporti di lavoro, fra riorganizzazione e crisi di un modello*, ADL, 2018, 415; GARILLI, *La gestione del personale nelle società a controllo pubblico. Riordino della disciplina speciale e soluzioni interpretative*, LPA, 2018, I, 1; GENTILE, *Reclutamento del personale delle amministrazioni e società pubbliche*, in CINELLI-FERRARO (a cura di), *Lavoro, competitività, welfare. Dal d.l. n. 112/2008 alla riforma del lavoro pubblico*, tomo II, Milano, 2009, 347 ss.; GIORGI, *Assunzione senza procedura selettiva da parte di società che gestisce servizi pubblici locali a totale partecipazione pubblica: effetti sul contratto di lavoro*, in *giustiziavivile.com*, 1/2017; GRAMANO, *Il reclutamento e la gestione del personale alle dipendenze delle società a partecipazione pubblica*, WP. CSDLE "Massimo D'Antona.IT", 2017, n. 332; IBBA, *Le società a partecipazione pubblica: tipologia e discipline*, in IBBA-MALAGUTI-MAZZONI (a cura di), *Le società pubbliche*, Torino, 2011, I; MARESCA, *Il lavoro alle dipendenze delle Società a controllo pubblico*, in CURZIO-DE PAOLA-ROMEI (a cura di), *Il lavoro pubblico*, Pratica professionale, 2018, Vol. IV, 475 ss.; MEZZACAPO, *Prime osservazioni sul rapporto di lavoro nelle società a controllo pubblico dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 215/2016*, WP. CSDLE "Massimo D'Antona.IT", 2017, n. 319; NICOSIA, *Riflessioni sulla carriera del personale nelle società pubbliche*, LPA, 2018, I, 19 ss.; PIPERATA, *A proposito delle recenti disposizioni in materia di personale delle società pubbliche: anatomia di una riforma e patologia di un sistema*, LPA, 2009, I, 629 ss.; RICCI, *In tema di reclutamento del personale delle società partecipate*, FI, 2014, 1391 ss.; ROMEI-SERRAPICA, *La costituzione del rapporto di lavoro*, in MARESCA-ROMEI (a cura di), *Il rapporto di lavoro nelle società a controllo pubblico*, Milano, 2019, 54; TOSI, *Le novelle legislative sul lavoro privato e pubblico privatizzato tra armonizzazione e diversificazione*, RIDL, 2018, I, 37.

SOMMARIO

1. Le società a controllo pubblico: la disciplina del rapporto nel Testo Unico del 2016: **1.1**. La deroga alla disciplina privatistica: i vincoli pubblicistici nelle assunzioni del personale: **1.1.1**. *Segue*.

I vincoli di spesa; **1.1.2.** *Segue.* Le modalità di assunzione; **1.2.** Le conseguenze della violazione delle procedure di reclutamento; **1.3.** La reinternalizzazione e il riassorbimento del personale dipendente. — **2.** Il reclutamento di personale negli Enti locali e Sanità: estensione dei principi generali e peculiarità. — **3.** Le assunzioni negli Enti di ricerca dopo il d.lg. semplificazione n. 218/2016.

1. Le società a controllo pubblico: la disciplina del rapporto nel Testo Unico del 2016. La disciplina del rapporto di lavoro alle dipendenze delle società c.d. pubbliche è stata completamente riscritta dal d.lg. 19 agosto 2016, n. 175 — c.d. « Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica » — in attuazione dei criteri direttivi contenuti nell'art. 18 della legge delega n. 124 del 2015. Il decreto è stato subito corretto dal d.lg. n. 16 giugno 2017, n. 100 per conformarne il contenuto alle prescrizioni procedurali sollevate dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 251 del 2016, con riferimento agli obblighi di “previa intesa” in sede di Conferenza unificata.

Per quel che concerne il campo di applicazione della disciplina, l'art. 19 lo circoscrive ai dipendenti di: *i*) « società a controllo pubblico », tali da intendersi quelle assoggettate ai poteri di controllo di una più amministrazioni pubbliche ai sensi dell'art. 2359 c.c.; *ii*) « società a partecipazione pubblica », categoria che ricomprende oltre alle società a controllo pubblico, anche le altre società partecipate direttamente da amministrazioni pubbliche o da società a controllo pubblico; *iii*) « società in house », sulle quali l'amministrazione esercita il « controllo analogo » o più amministrazioni esercitano il « controllo analogo congiunto », ai sensi rispettivamente delle lett. *c*) e *d*) dell'art. 2, d.lg. n. 175.

Restando escluse — salvo diversa e contraria previsione di legge — le « società quotate in borsa » in quanto già assoggettate alle regole e ai controlli dei mercati regolamentati (art. 1, comma 5). Per società quotate si intendono le « società a partecipazione pubblica che emettono azioni quotate in mercati regolamentati » nonché le « società che hanno emesso, alla data del 31 dicembre 2015, strumenti finanziari, diversi dalle azioni, quotati in mercati regolamentati » (art. 2, comma 1, lett. *p*). Tra queste non dovrebbe ritenersi ricompresa la RAI in quanto, pur avendo emesso strumenti finanziari prima del 31 dicembre 2015, è stata però assoggettata agli stringenti limiti finanziari (a carattere retributivo) previsti dall'art. 49, comma 1-*ter*, d.lg. 31 luglio 2005, n. 177, come modificato dall'art. 9, legge 26 ottobre 2016, n. 198 (MARESCA, 2018, 481; ROMEI-SERRAPICA, 2019, 69).

Rimangono, infine, escluse le « società a prevalente capitale privato », in quanto a partecipazione pubblica non di controllo (art. 25).

La nuova disciplina regolativa non smentisce la natura dicotomica delle società a controllo pubblico, atteso che, se da un lato prevede che ai rapporti di lavoro dei dipendenti si applicano le disposizioni codicistiche e le leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa (art. 19, comma 1), da un altro lato ribadisce, poi, che la parificazione con la disciplina del lavoro privato soggiace inevitabilmente ai condizionamenti dei principi pubblicistici di trasparenza, pubblicità e imparzialità — anche di matrice comunitaria — che gravano sulla materia del

reclutamento del personale pubblico (comma 2), e che sono ovviamente ignoti all'imprenditore privato.

Al riguardo si è affermato che il nuovo modello regolativo postula un "tertium genus" del lavoro alle dipendenze di società partecipate, una sorta di disciplina speciale posta a cavallo tra il lavoro privato e il lavoro pubblico privatizzato (TOSI, 2018, 37), che certificherebbe la natura differenziata di tali società (IBBA, 2011, 1).

Su tale aspetto, si è tuttavia precisato che la "specialità generale" posta a fondamento della enucleazione di un *tertium genus*, se può essere utile per identificare la *ratio* di tale differenziata disciplina, non basta però a fare insorgere dubbi circa l'assoggettamento alla disciplina pubblicistica contenuta nel d.lg. n. 165 del 2001, che resta comunque esclusa: se cioè i dubbi potevano sorgere in passato (vigente l'art. 2, d.lg. n. 23 del 1993), oggi la questione è chiaramente risolta nel senso indicato dall'art. 19, comma 1, cit. che riconduce il rapporto di lavoro dei dipendenti delle società a controllo pubblico nell'alveo delle disposizioni del codice civile e delle leggi sul lavoro privato, ivi incluse quelle in materia di ammortizzatori sociali, e dei contratti collettivi di diritto comune (GARILLI, 2018, 1).

La norma testé citata identifica le fonti di disciplina dei rapporti di lavoro alle dipendenze delle società a controllo pubblico; essa « fornisce un metodo che deve orientare l'attività dell'interprete vincolandolo ad applicare il regime privatistico del rapporto di lavoro anche ai dipendenti delle società a controllo pubblico fin tanto che non si palesa una deroga espressamente dettata dal legislatore; deroga che, peraltro, attesa la sua natura dovrà essere oggetto di stretta interpretazione » (MARESCA, 2018, 478).

E dunque le peculiarità di matrice pubblicistica sono strettamente limitate alle sole disposizioni di rinvio dettate dal d.lg. n. 175 del 2016, che configura così quale disciplina di carattere generale; e si spiegano ovviamente con la necessità di introdurre alcuni correttivi alla disciplina di diritto comune, onde evitare che la costituzione di società private da parte di pubbliche amministrazioni (fenomeno molto diffuso nel settore dei servizi in capo agli enti locali) possa costituire uno schermo giuridico ai vincoli della *governance* pubblica, finendo così per sconfinare in pratiche molto discutibili anche per ciò che riguarda l'accesso all'impiego e l'affidamento di consulenze ed incarichi esterni (cfr. GENTILE, 2009, 347 ss.).

Con la riforma delineata dal d.lg. n. 175 del 2016 il legislatore si è proposto innanzitutto l'obiettivo di riordino e razionalizzazione della complessa materia, superando le ambiguità interpretative e le incertezze applicative che avevano caratterizzato la disciplina previgente (art. 18, d.l. n. 112/2008, conv. in l. n. 133/2008, su cui cfr. FONTANA, 2014, 707; PIPERATA, 2009, 629 ss.; ALBI, 2015, 233; RICCI, 2014, 1391 ss.; BORGOGELLI, 2018, 369; GRAMANO, 2017; MEZZACAPO, 2017).

Lo sforzo compiuto va così nella direzione di risolvere il « disordine normativo che aveva caratterizzato negativamente la materia delle partecipazioni societarie detenute dalle pubbliche amministrazioni » (così CS, sez. cons., parere 21

aprile 2016 n. 968 sullo « schema di decreto legislativo recante Testo unico », GA), frutto prima di un « astensionismo legislativo » che aveva lasciato che il fenomeno delle società pubbliche si sviluppasse autonomamente, affidando agli interpreti e alla giurisprudenza il compito di stabilire il punto di bilanciamento tra disciplina di diritto privato e controllo pubblico delle società (FONTANA, 2018, 415), e poi di « accumulazioni successive e disordinate » (ROMEI-SERRAPICA, 2019, 54), una « legislazione dilagante, assolutamente priva di organicità e di complessa interpretazione » che aveva dato luogo all'erroneo convincimento che nel nostro ordinamento operasse « una sorta di automatismo per il quale le norme dettate dal legislatore per i dipendenti pubblici dovevano essere applicate estensivamente anche a quelli delle società a partecipazione pubblica » (MARESCA, 2018, 478).

1.1. La deroga alla disciplina privatistica: i vincoli pubblicistici nelle assunzioni del personale. La nuova disciplina ha carattere generale e investe ovviamente anche il reclutamento del personale dipendente che, con quella delle retribuzioni, costituisce materia di intervento in deroga rispetto alla disciplina privatistica che caratterizza i rapporti di lavoro dei dipendenti delle società a controllo pubblico.

Le deroghe, intese quali eccezioni esclusive rispetto al diritto comune, vanno strettamente limitate alle sole disposizioni di rinvio dettate dal d.lg. n. 175 del 2016; ciò significa che esse debbono essere interpretate, come tutte le disposizioni a carattere speciale ed eccezionale, in maniera restrittiva o comunque tale da non ampliarne il campo di applicazione oltre lo stretto ambito di intervento (MARESCA, 2018, 477; ROMEI-SERRAPICA, 2019, 68).

Le peculiarità attengono a due ambiti di disciplina: quello relativo ai vincoli di spesa che gravano sul costo del personale dipendente delle società a controllo pubblico (c.d. limiti sostanziali); e quello relativo alle regole che presiedono alle modalità di assunzione (c.d. limiti procedurali).

1.1.1. Segue. I vincoli di spesa. I limiti c.d. sostanziali sono dettati dai commi 5 e 6 dell'art. 19: con essi il legislatore fa obbligo alle amministrazioni pubbliche « socie » di fissare obiettivi specifici per il contenimento 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 (comma 5); a tale obbligo, poi, fa seguito quello posto in capo alle società controllate di garantire con i propri provvedimenti il perseguimento degli obiettivi determinati dalle amministrazioni controllanti (comma 6).

Da un punto di vista strettamente terminologico, si evidenzia il riferimento alle amministrazioni pubbliche « socie » in luogo che a quelle « controllanti », la quale cosa farebbe pensare ad un obbligo gravante su ogni forma di partecipazione societaria, anche di minoranza, dell'ente pubblico; invero, ragioni di opportunità e di buon senso farebbero supporre che il legislatore abbia voluto riferirsi alle sole amministrazioni che detengono il controllo della società partecipata, laddove si pensi che una diversa e più restrittiva lettura del disposto normativo porrebbe non pochi problemi di coordinamento tra amministrazioni, in tutte le ipotesi in cui ad una società pubblica vi partecipino più

amministrazioni socie (così, le condivisibili osservazioni in ROMEI-SERRAPICA, 2019, 71; si veda anche MEZZACAPO, 2017, 20).

Su un piano più applicativo, va poi sottolineato che il legislatore prende in considerazione genericamente le « spese di funzionamento, ivi comprese quelle per il personale » di cui quelle relative alle « assunzioni di personale » sono una delle componenti di costo.

Questo vuol dire che « il contenimento degli oneri contrattuali e delle assunzioni di personale » previsto dal comma 5 costituirebbe soltanto un obiettivo in capo alle amministrazioni controllanti e non anche un obbligo, atteso che il costo del personale potrebbe anche non essere direttamente interessato dalla apposizione di limiti di spesa che invece riguardano la generalità delle spese di funzionamento delle società partecipate (MARESCA, 2018, 481, che parla così di contenimento solo eventuale degli oneri del personale in quanto « opera nella misura in cui le PP.AA. valutino di attivare la procedura prevista dall'art. 19, co. 5 che, quindi, non crea obblighi diretti in capo alle ScP, bensì si rivolge alle PP.AA. controllanti che potranno adottare il “provvedimento” finalizzato a realizzare tale contenimento »).

Al riguardo, invero, è stato affermato che rispetto alla disciplina previgente la regola attuale potrebbe risultare più pervasiva dell'autonomia della società controllata: nella vigenza dell'art. 18, comma 2-bis, l. n. 133/2008, infatti, l'ente controllante emana « indirizzi » che le società partecipate « adottano » con propri « provvedimenti »; nell'art. 19, comma 5, invece, le amministrazioni fissano nei propri provvedimenti « obiettivi specifici » che le società controllate « garantiscono nel concreto perseguimento ». Pertanto, in base alle nuove regole la controllante potrebbe non limitarsi a dettare indirizzi generali ma a stabilire obiettivi quantitativi; mentre invece alla società controllata non spetterà più pianificare il reclutamento tenendo conto dei criteri stabiliti dalla amministrazione socia, ma soltanto di realizzare i risparmi di spesa nei modi e nei tempi da questa decisi (BORGOGELLI, 2018, 369).

L'opinione non viene condivisa da chi sostiene che essa si porrebbe in contrasto con il successivo comma 6 che, come accennato, affida alle società controllate il compito di garantire il perseguimento degli obiettivi determinati dalle amministrazioni controllanti con i « propri provvedimenti » da recepire, ove possibile, nel caso del contenimento degli oneri contrattuali, in sede di contrattazione di secondo livello. Secondo questa tesi, infatti, il provvedimento della società controllata non ha ad oggetto direttamente « il contenimento degli oneri contrattuali e delle assunzioni di personale », ma si riferisce alla fissazione di « obiettivi specifici » annuali e pluriennali aventi ad oggetto il « complesso delle spese di funzionamento », al cui interno il legislatore menziona poi « quelle per il personale » (ROMEI-SERRAPICA, 2019, 71, per i quali dunque, il grado di vincolatività del provvedimento dell'amministrazione controllante si ferma ad un livello di contenimento dei costi, per così dire generalizzato, tale da consentire alla società controllata di poter modulare con una certa discrezionalità la composizione delle spese all'interno di tali limiti).

Ciò significa che l'amministrazione con il proprio provvedimento non potrà ingerirsi nella gestione della società controllata imponendo direttamente un limite alle assunzioni oppure una riduzione degli oneri contrattuali, dovendo piuttosto individuare prioritariamente un obiettivo complessivo che riguarderà la generalità delle spese e, con riferimento al raggiungimento di questo obiettivo, indicare anche le strade da praticare (contenendo le assunzioni o il costo del lavoro), restando però possibile per la società realizzare l'obiettivo — che costituisce il nucleo precettivo del provvedimento delle PP.AA. — adottando anche soluzioni diverse (così ancora MARESCA, 2018, 482).

A rafforzare tale ultima tesi vi è anche il fatto che il legislatore fa riferimento a « propri provvedimenti » della società a controllo pubblico, a garanzia di uno spazio di autonomia circa le modalità e le leve gestionali attraverso cui attuare gli obiettivi di contenimento della spesa previsti dall'atto amministrativo.

Un riferimento, infine, alla previsione che vuole i provvedimenti delle società a controllo pubblico recepiti « ove possibile, in sede di contrattazione di secondo livello ». È stato osservato che qui l'inciso « ove possibile » consentirebbe alle organizzazioni sindacali stipulanti di ritenersi libere di recepire o meno gli eventuali limiti di spesa dettati dalla governance pubblica (ovvero il provvedimento dell'amministrazione controllante recante obiettivi di riduzione di spesa, e il conseguente provvedimento della società controllata), sebbene però l'eventuale rifiuto non avrà alcun effetto di caducazione dei vincoli di spesa, in quanto la società rimarrebbe comunque onerata dal perseguimento degli obiettivi di spesa attraverso dei provvedimenti unilaterali (ROMEI-SERRAPICA, 2019, 71).

1.1.2. **Segue. Le modalità di assunzione.** I limiti c.d. procedurali, invece, sono dettati dai commi 2 e 3 dell'art. 19, T.U. e attengono alle modalità di assunzione.

La previgente disciplina contenuta nell'art. 18, d.l. n. 112/2008 si articolava su due livelli regolativi, in ragione delle distinte compagini societarie a controllo pubblico, ovvero: le « società di gestione di servizi pubblici locali a totale partecipazione pubblica » (c.d. in house), e le « altre società a partecipazione pubblica totale o di controllo ». Per le prime veniva disposto che i provvedimenti societari di adozione dei criteri e delle modalità per il reclutamento fossero conformi ai principi di cui all'art. 35, comma 3, d.lg. n. 165 del 2001, in ragione di una più marcata convergenza con le prerogative dell'amministrazione locale quale socio unico; per le seconde, invece, veniva disposto che i provvedimenti di adozione delle modalità di reclutamento comportassero il rispetto dei « principi, anche di derivazione comunitaria, di trasparenza, pubblicità ed imparzialità ». In termini applicativi, la differenza concerneva soprattutto le rigide regole di composizione delle commissioni esaminatrici — con « esperti di provata competenza [...] che non siano componenti dell'organo di direzione politica dell'amministrazione », e dunque del consiglio di amministrazione — cui erano vincolate soltanto le società in house.

L'art. 18, d.l. n. 112/2008, a seguito delle ultime modifiche ed integrazioni risalenti al 2014, ha poi esteso i divieti e le limitazioni alle assunzioni di personale posti a carico dell'ente pubblico controllante in capo anche a tutti gli enti

controllati, aziende speciali e istituzioni, e alle « società a partecipazione pubblica locale, totale o di controllo ».

Tali disposizioni sono confluite — e dunque abrogate — nell'art. 19, d.lg. n. 175/2016, che disciplina la « gestione del personale » delle società a controllo pubblico; ad eccezione del comma 2-*bis*, riservato al reclutamento del personale nelle « aziende speciali e istituzioni », rimaste estranee alla riforma Madia.

Con l'art. 19 il legislatore razionalizza la precedente disciplina facendo obbligo alle società a controllo pubblico di adottare i provvedimenti per il reclutamento del personale nel rispetto dei principi, anche di derivazione europea, di trasparenza, pubblicità e imparzialità e dei principi di cui all'art. 35, comma 3, d.lg. n. 165/2001; norma che assume carattere pregnante in chiave sanzionatoria, atteso che se ne dispone la diretta applicazione in caso di mancata adozione dei suddetti provvedimenti da parte della società (comma 2).

Non è posta in discussione, tuttavia, l'autonomia privata di cui sono dotate le società a controllo pubblico nella determinazione delle regole e dei criteri di reclutamento del personale, atteso che la norma sembra dettare soprattutto un « vincolo di obiettività » lasciando ad esse significativi margini di operatività nella scelta delle procedure di selezione più adatte alle loro esigenze, pur nel rispetto dei principi evocati; soltanto in caso di mancata adozione del provvedimento interno troverebbe così applicazione l'art. 35, comma 3, cit. (ROMEI-SERRAPICA, 2019, 74; così anche MARESCA, 2018, 482; *contra*, invece, BORGOGELLI, 2018, 369, che parla di precetto immediatamente vincolante non solo per il socio pubblico ma anche per le società a controllo pubblico « condizionandone significativamente la loro autonomia privata »).

Ulteriore garanzia di trasparenza, pubblicità e imparzialità, infine, è data dall'obbligo di pubblicazione dei regolamenti adottati dalle società a controllo pubblico aventi ad oggetto le modalità di selezione del personale, che devono essere consultabili sul sito istituzionale.

Nel caso di violazione di quest'obbligo il comma 3 prevede un regime sanzionatorio alquanto complesso e articolato rinviando alle disposizioni normative contenute nel d.lg. n. 33 del 2013: *i*) per le società a controllo pubblico, la mancata « erogazione in loro favore di somme a qualsivoglia titolo da parte dell'amministrazione interessata ad esclusione dei pagamenti che le amministrazioni sono tenute ad erogare a fronte di obbligazioni contrattuali per prestazioni svolte in loro favore » (art. 22, comma 4); *ii*) per il soggetto che, avendone la responsabilità, ha omesso la pubblicazione, tale omissione costituisce « elemento di valutazione della responsabilità dirigenziale » e influisce sulla « corresponsione della retribuzione di risultato » collegata « alla performance individuale » (art. 46); *iii*) al « responsabile della violazione [...] una sanzione amministrativa pecuniaria da 500 a 10.000 euro » (art. 47, comma 2).

La specialità della disciplina sul reclutamento, infine, si riflette anche sugli **sviluppi di carriera del personale** delle società a controllo pubblico, stante la necessità di un contemperamento tra le legittime istanze di avanzamento professionale dei primi e le prerogative a difesa degli interessi collettivi delle amministrazioni controllanti. Si pone così la questione dell'estensione dei prin-

cipi pubblicistici di trasparenza, pubblicità ed imparzialità di cui all'art. 35, comma 3, cit. anche alle procedure di progressione in carriera dei lavoratori già dipendenti delle società a controllo pubblico.

Premessa ad ogni ragionamento è, ovviamente, la riconduzione della disciplina dei rapporti di lavoro nell'ambito del diritto comune, che impone il riconoscimento di regole tipicamente giusprivatistiche degli sviluppi di carriera.

Tuttavia si condividono le cautele in ordine al fatto che l'avanzamento di carriera sia « un momento esiziale nel sistema delle partecipate in cui il ricorso ai canoni pubblicistici può servire da protezione, vigilanza e garanzia per tutte quelle storture che la prassi applicativa non ci ha certo risparmiato »; di tal che, mutuando l'insegnamento della Corte costituzionale in merito alle progressioni interne — il cui uso scriteriato ed esclusivo realizza un indiscriminato “scivolamento verso l'alto” del personale pubblico con conseguente violazione dei principi di buon andamento dell'amministrazione (cfr. C. cost. nn. 194, 218 e 373 del 2002 e n. 1 del 1999) — si evidenzia l'opportunità di una interpretazione sistematica della materia delle progressioni in carriera del personale dipendente di società pubbliche « mimando le regole pubblicistiche » (NICOSIA, 2018, 26, che limita tale ragionamento alle sole progressioni c.d. **verticali**, laddove per quelle **orizzontali** o meramente economiche ritiene bastevole il ricorso ai canoni di buona fede e correttezza governati dalle regole del diritto privato).

1.2. Le conseguenze della violazione delle procedure di reclutamento. Tra gli aspetti più innovativi del rinnovato quadro regolativo vi è la disposizione del comma 4 che prevede la nullità dei contratti di lavoro conclusi in violazione o in assenza delle procedure di cui al comma 2.

Con tale previsione il legislatore risolve i dubbi interpretativi che si erano posti in dottrina e giurisprudenza nella vigenza dell'art. 18, d.l. n. 118/2008 che non prevedeva alcuna peculiare conseguenza della violazione dei vincoli procedurali in materia di assunzione, dando luogo così ad un rilevante contenzioso in particolare nei casi di assunzione con contratti non standard (per una ricognizione, cfr. FONTANA, 2014, 707; e GIORGI, 2017).

Invero la tesi della nullità del contratto di lavoro per difetto di procedura selettiva, che ne costituisce l'atto presupposto e che dunque ne condiziona la validità, era prevalente in giurisprudenza anche prima della riforma; pur non postulandone espressamente le conseguenze, all'art. 18 cit. si riconosceva carattere di norma imperativa, posta a tutela di un superiore interesse costituzionale, secondo una lettura che estende i principi contenuti nell'art. 97 Cost. ed i relativi vincoli pubblicistici anche alle società a controllo pubblico che agiscono per il perseguimento di interessi generali (CC I° marzo 2017 n. 5286; CC, VI, 15 dicembre 2016 n. 25926).

Di tal che, dunque, andrebbe esclusa anche « la portata innovativa dell'art. 19, comma 4, del d.lg. n. 175/2016 che, nel prevedere espressamente la nullità dei contratti stipulati in violazione delle procedure di reclutamento, ha solo reso esplicita una conseguenza già desumibile [...] dagli obblighi imposti dall'art. 18 del d.l. n. 112/2008 [...], sicché la nuova normativa assume anche una valenza

chiarificatrice della disciplina previgente [...] seppure non di interpretazione autentica » (CC 1° marzo 2018 n. 4897; CC 22 febbraio 2018 n. 4358; CC 14 febbraio 2018 n. 3621).

Le regole dettate dall'art. 18, d.l. n. 112/2008 oggi riversate nell'art. 19, d.lg. n. 175/2016 non rappresenterebbero, dunque, mere “regole di comportamento” ma verrebbero considerate alla stregua di “regole di validità” dell'atto (in questo caso del contratto di lavoro).

Altro aspetto peculiare riguarda l'ambito di applicazione della sanzione di nullità, che il legislatore riserva ai « contratti di lavoro stipulati in assenza dei provvedimenti o delle procedure di cui al comma 2 ». Il disposto merita un approfondimento, atteso che non chiarisce la sorte dei contratti di lavoro stipulati in presenza di provvedimenti e di procedure espletate in modo non conforme alle prescrizioni del regolamento delle assunzioni.

Secondo un'interpretazione più fedele al dato testuale dell'art. 19, comma 4, la nullità ivi prevista si ricollega a due ipotesi alternative che identificano le violazioni più gravi dell'art. 19, comma 2, sanzionando quindi la società a controllo pubblico per l'inerzia assoluta nell'approvazione del regolamento generale delle selezioni (provvedimento) oppure per l'assunzione di personale realizzata senza attivazione di alcuna selezione (procedura), stante che in entrambe le ipotesi l'assunzione di personale avverrebbe in mancanza assoluta di strumenti idonei ad individuare il lavoratore con il quale la società a controllo pubblico può validamente stipulare il contratto di lavoro (MARESCA, 2018, 490, che però precisa che, in assenza del regolamento generale in materia di selezioni, ove la società abbia effettuato un'assunzione nel rispetto sostanziale dell'art. 35, comma 3, il contratto di lavoro non dovrebbe ritenersi nullo, proprio perché l'individuazione del contraente è comunque avvenuta nel rispetto della norma legale, pur in assenza del regolamento).

Chiariti i termini di nullità del contratto stipulato in assenza di regolamento o di procedure selettive il comma 4 riconosce al lavoratore interessato la tutela prevista dall'art. 2126 c.c., che fa salve le prestazioni rese in esecuzione del rapporto di lavoro, con diritto al trattamento retributivo e contributivo; cui potrebbe aggiungersi l'ulteriore pretesa risarcitoria per la perdita di chance da parte del lavoratore non consapevole dell'irregolarità della procedura, con onere di allegazione della prova del danno a proprio carico (ROMEI-SERRAPICA, 2019, 84).

Resta, infine, ferma la giurisdizione ordinaria sulla validità dei provvedimenti e delle procedure di reclutamento del personale.

1.3. La reinternalizzazione e il riassorbimento del personale dipendente. Il comma 8 dell'art. 19 disciplina l'ipotesi della reinternalizzazione delle funzioni e dei servizi originariamente esternalizzati alle società partecipate, introducendo rigidi vincoli alla capacità di assunzione delle amministrazioni controllanti.

Si dispone, infatti, che in tali ipotesi le pubbliche amministrazioni, prima di poter effettuare nuove assunzioni, sono tenute 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 » ricorrendo all'utilizzo delle procedure di mobilità di cui all'art. 30, d.lg. n. 165/2001 (su cui cfr. *infra* n. 7, sez. I, BASENGHI, *La mobilità individuale e collettiva: principi generali*).

Il riassorbimento può essere disposto solo nei limiti dei posti vacanti nelle dotazioni organiche dell'amministrazione interessata e nell'ambito delle facoltà assunzionali disponibili; a ciò si aggiunge il rispetto dei vincoli in materia di finanza pubblica e contenimento delle spese di personale.

La norma fa proprio l'orientamento venutosi a delineare nella giurisprudenza costituzionale che aveva ritenuto illegittime alcune leggi regionali che prevedevano il passaggio automatico del personale delle società controllate nei ruoli della pubblica amministrazione (C. cost. 25 novembre 2016 n. 248, in *giurcost.org*; C. cost. 30 gennaio 2015 n. 7, FI 2015, I, 2281; C. cost. 23 luglio 2013 n. 227, RIDL 2014, II, 96).

Ovviamente, la previsione è riservata ai soli dipendenti della società partecipata che, prima ancora dell'esternalizzazione dei servizi, avevano in essere un rapporto di lavoro a tempo indeterminato con la pubblica amministrazione, e dunque nei confronti dei quali è stata già espletata ed osservata una procedura concorsuale.

Il riferimento, poi, alle « unità di personale già dipendenti a tempo indeterminato da *amministrazioni pubbliche* », e dunque l'accezione al plurale lascia intendere che tale vincolo sussiste non soltanto rispetto al personale della società controllata che in precedenza aveva un rapporto di lavoro con l'amministrazione controllante, ma anche al personale che prima dell'esternalizzazione risultava in forza presso un'amministrazione diversa (su tale peculiare questione, e più in generale per una ricostruzione della giurisprudenza, anche contabile, prima e dopo il d.lg. n. 175/2016 sulla materia della reinternalizzazione, si veda BOLOGNINO, 2016, 725 ss.).

Si segnala, infine, che al verificarsi delle condizioni per il riassorbimento, nei limiti dei posti vacanti in organico, si ritiene che per coloro i quali si trovino nelle condizioni previste dal comma 8 cit. la legge sembra voler introdurre un vero e proprio diritto soggettivo al passaggio, come tale azionabile dinanzi al giudice ordinario (ROMEI-SERRAPICA, 2019, 88).

2. Il reclutamento di personale negli Enti locali e Sanità: estensione dei principi generali e peculiarità. Al reclutamento del personale degli enti locali e Sanità si riconducono tutte le implicazioni applicative e le questioni interpretative del rinnovato assetto dell'art. 35, così come novellato dal d.lg. n. 75/2017 (su cui cfr. *supra* n. 4, sez. I, GENTILE, *Le assunzioni nelle amministrazioni pubbliche: principi generali*).

Per quel che concerne gli **enti locali**, a norma del comma 7 dell'art. 35, d.lg. n. 165/2001 la disciplina delle dotazioni organiche, nonché delle modalità di assunzione agli impieghi, dei requisiti di accesso e delle procedure concorsuali viene demandata al Regolamento sull'ordinamento degli uffici e dei servizi

degli enti locali, nel rispetto dei principi fissati dai restanti commi del medesimo art. 35.

Ai sensi dell'art. 91 del d.lg. 18 agosto 2000, n. 267 (« Testa unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali » — c.d. TUEL), gli enti locali adeguano i propri ordinamenti ai principi di funzionalità e di ottimizzazione delle risorse per il migliore funzionamento dei servizi compatibilmente con le disponibilità finanziarie e di bilancio (FIORILLO-GENTILE, 2009, 69).

Qui il richiamo è alla programmazione triennale del fabbisogno di personale cui sono tenuti gli organi di vertice delle amministrazioni locali, tenendo conto anche degli obblighi assuntivi derivanti dalla legge 12 marzo 1999, n. 68.

Peculiare è poi la previsione che consente agli enti locali che non versino in situazioni strutturalmente deficitarie di prevedere concorsi interamente riservati al personale dipendente, limitatamente a particolari profili o figure professionali caratterizzati da una professionalità acquisita esclusivamente all'interno dell'ente.

In chiave di programmazione delle assunzioni, il comma 2 dell'art. 91 cit. prescrive che gli enti locali ai quali non si applicano discipline autorizzatorie delle assunzioni, possono programmare le proprie politiche di assunzioni adeguandosi ai principi di riduzione complessiva della spesa di personale, in particolare per nuove assunzioni, previste dall'art. 39, d.lg. n. 449/1997 (commi 2-bis, 3, 3-bis e 3-ter).

A partire dalla seconda metà degli anni 2000, agli enti locali è stata applicata una rigorosa disciplina vincolistica in materia di spese per il personale e limitazioni al *turn-over*, per effetto di una legislazione finanziaria, che ne ha drasticamente ridotto l'autonomia organizzativa. Il contenimento della spesa del personale ha seguito i criteri dettati dai commi 557 e seguenti della legge n. 296/2006 e successive modificazioni ed integrazioni; criteri differenziati in base alla tipologia di ente ed alla situazione organizzativa e/o finanziaria, secondo quanto stabilito da successivi interventi legislativi.

Il processo di rigore ha contribuito ad una radicale diminuzione del numero di dipendenti pubblici impiegati nel comparto.

Dal 2019, in generale, la percentuale del personale che si può assumere è pari al contingente corrispondente ad una spesa del 100% della spesa relativa al medesimo personale cessato nell'anno precedente, essendo terminata la precedente limitazione per il triennio 2016-2018. Si ricorda, infatti, che in tale periodo la percentuale di limitazione alle assunzioni di personale a tempo indeterminato non dirigenziale per specifiche amministrazioni dello Stato e per le regioni e gli enti locali sottoposti al patto di stabilità interno era stata ridotta, dall'art. 1, commi 227-228, della legge n. 208/2015 (Legge di Stabilità 2016), nel limite di un contingente di personale corrispondente ad una spesa pari al 25% di quella relativa al medesimo personale cessato nell'anno precedente.

Gli obiettivi di ottimizzazione delle procedure di allocazione delle risorse umane vengono perseguiti anche attraverso l'istituto delle **graduatorie concorsuali** che risponde ad esigenze di contenimento della spesa pubblica e di rapidità ed efficacia dell'azione amministrativa, e che per questa ragione risulta

particolarmente assecondato dalla giurisprudenza amministrativa che, a varie riprese, ne ha evidenziato la peculiare conformazione ai richiamati principi di economicità ed efficacia.

A conferirne il prisma di regola generale per le assunzioni del personale pubblico — così come per la generalità delle pubbliche amministrazioni è il comma 5-ter dell'art. 35, d.lg. n. 165/2001, che detta la regola generale della permanenza in vita delle graduatorie dei concorsi per il reclutamento del personale presso le amministrazioni pubbliche per un termine di tre anni dalla data di pubblicazione — negli enti locali è sempre una fonte di rango legislativo (l'art. 91, comma 4, cit.) a prevedere che « per gli enti locali le graduatorie concorsuali rimangono efficaci per un termine di tre anni dalla data di pubblicazione, per l'eventuale copertura dei posti che si venissero a rendere successivamente vacanti e disponibili, fatta eccezione per i posti istituiti o trasformati successivamente all'indizione del concorso medesimo ».

Infine, per quel che concerne le modalità di espletamento dei concorsi negli enti locali, va segnalata l'inattuazione della delega contenuta nella lett. c) dell'art. 17, l. n. 124/2015, che in chiave di riagggregazione delle procedure concorsuali, mirava alla gestione dei concorsi per il reclutamento del personale degli enti locali su base provinciale.

Con riferimento al comparto Sanità, valse le implicazioni della disciplina generale di cui all'art. 35, d.lg. n. 165/2001, degna di nota è qui la previsione sul fabbisogno di personale sanitario dettata dall'art. 6-ter, d.lg. n. 502/1992, come introdotto *ex* d.lg. n. 229/1999.

La norma prevede che entro il 30 aprile di ciascun anno, con uno o più decreti del Ministro della sanità si determini il fabbisogno per il Servizio sanitario nazionale, anche suddiviso per regioni, in ordine ai medici chirurghi, veterinari, odontoiatri, farmacisti, biologi, chimici, fisici, psicologi; nonché al personale sanitario infermieristico, tecnico e della riabilitazione ai soli fini della programmazione da parte del MIUR degli accessi ai corsi di diploma di laurea, alle scuole di formazione specialistica e ai corsi di diploma universitario.

Con la stessa procedura è determinato, altresì, il fabbisogno degli ottici, degli odontotecnici e del restante personale sanitario e socio-sanitario che opera nei servizi e nelle strutture del Servizio sanitario nazionale.

Nel programmare il fabbisogno di personale sanitario, i decreti ministeriali devono tener conto di: obiettivi e livelli essenziali di assistenza indicati dal Piano sanitario nazionale e da quelli regionali; modelli organizzativi dei servizi; offerta di lavoro; domanda di lavoro, considerando il personale in corso di formazione e il personale già formato, non ancora immesso nell'attività lavorativa.

3. Le assunzioni negli Enti di ricerca dopo il d.lg. semplificazione n. 218/2016. La disciplina sul reclutamento del personale negli Enti pubblici di ricerca si caratterizza per alcune specificità rispetto alla disciplina generale contenuta nell'art. 35, d.lg. n. 165/2001.

Le peculiarità attengono innanzitutto alla **programmazione del fabbisogno di personale** e alle procedure di autorizzazione all'avvio delle procedure concorsuali, che si dispiegano secondo regole riservate, nonché ad alcune **norme di coordinamento** con la disciplina generale dell'art. 35 cit.

Sul piano della **programmazione delle assunzioni**, il comma 6-*bis* dell'art. 6, d.lg. n. 165/2001 (introdotto dall'art. 4, comma 4, lett. c, d.lg. n. 75/2017), ha escluso le procedure di reclutamento del personale della scuola, delle università e degli enti pubblici di ricerca dal campo di applicazione del nuovo art. 6, d.lg. n. 165/2001 che sostituisce la statica normativa sulle dotazioni organiche con il più dinamico modello regolativo riferito al « fabbisogno del personale » (su cui cfr. *supra* n. 2, sez. I, BONURA, *Pianificazione e analisi dei fabbisogni*).

L'esclusione è dettata dalla scelta di prevedere per gli Enti pubblici di ricerca un modello di governance esclusivo, disciplinato dalle disposizioni speciali contenute nel d.lg. 25 novembre 2016, n. 218.

La programmazione delle assunzioni in tali Enti è articolata su un doppio livello regolativo.

Ad un primo livello di governance, si dispone che gli Enti pubblici di ricerca — tenuto conto delle linee di indirizzo ministeriali — adottano un **piano triennale di attività** con il quale determinano la consistenza e le variazioni dell'organico e del piano di fabbisogno del personale, nel rispetto dei limiti derivanti dalla legislazione vigente in materia di spesa per il personale (art. 7).

Ad un secondo livello, la definizione della programmazione per il reclutamento del personale segue regole molto rigide che risentono dell'andamento delle spese complessive per il personale sopportate da ciascun Ente: viene disposto, infatti, che per ciascun Ente l'indicatore del limite massimo alle spese di personale non può superare l'80% del rapporto tra le spese complessive per il personale di competenza dell'anno di riferimento alla media delle entrate complessive dell'Ente come risultante dai bilanci consuntivi dell'ultimo triennio (art. 9). Quest'ultima previsione implica una complessa attività di monitoraggio sull'andamento delle assunzioni da parte del Dipartimento per la Funzione Pubblica, onde evitare che incrementi di spesa per il personale possano compromettere gli obiettivi e gli equilibri di bilancio dei singoli Enti. Di tal che, viene disposto che: *a*) gli Enti che, alla data del 31 dicembre dell'anno precedente a quello di riferimento riportano un rapporto delle spese di personale pari o superiore all'80 per cento, non possono procedere all'assunzione di personale; *b*) gli Enti che, alla data del 31 dicembre dell'anno precedente a quello di riferimento, riportano un rapporto delle spese di personale inferiore all'80 per cento possono procedere all'assunzione di personale con oneri a carico del proprio bilancio per una spesa media annua pari a non più del margine a disposizione rispetto al limite dell'80 per cento; *c*) ai fini di cui alle lettere *a*) e *b*) e del monitoraggio previsto al comma 3 del presente articolo, per ciascuna qualifica di personale assunto dagli Enti, è definito dal Ministro vigilante un costo medio annuo prendendo come riferimento il costo medio della qualifica del dirigente di ricerca (comma 5).

Il d.lg. 25 novembre 2016, n. 218 detta poi alcune **norme di coordinamento** con la disciplina generale sul reclutamento del personale pubblico dettata dall'art. 35, d.lg. n. 165/2001.

Innanzitutto, per effetto della previsione di un modello regolativo esclusivo in materia di programmazione del fabbisogno di personale, vengono soppressi i periodi finali del comma 4, art. 35 cit. che dettavano le regole per la procedura di autorizzazione all'avvio delle procedure concorsuali e alle relative assunzioni per gli Enti pubblici di ricerca. Viene inoltre previsto che le disposizioni di cui al secondo periodo del comma 4, art. 35 cit. non si applicano agli Enti, che le determinazioni relative all'avvio delle procedure di reclutamento e alle relative assunzioni sono comunicate al Dipartimento della funzione pubblica della Presidenza del Consiglio dei ministri (art. 12).

Inoltre, viene stabilito che i vincitori dei concorsi negli Enti pubblici di ricerca devono permanere nella sede di prima destinazione per un periodo non inferiore a tre anni, in deroga all'art. 35, comma 5-bis, che prevede una durata minima di cinque anni per i vincitori della generalità dei concorsi pubblici (art. 11).

Infine, viene dettata una normativa speciale volta al « riconoscimento e valorizzazione del merito eccezionale » che consente agli Enti pubblici di ricerca, previo nulla-osta del Ministro vigilante, di **assumere per chiamata diretta** — con inquadramento fino al massimo livello contrattuale del personale di ricerca definito dal consiglio di amministrazione — ricercatori o tecnologi italiani o stranieri dotati di altissima qualificazione scientifica negli ambiti disciplinari di riferimento, che si sono distinti per merito eccezionale ovvero che siano stati insigniti di alti riconoscimenti scientifici in ambito internazionale (art. 16).

Tali assunzioni sono effettuate, con contratto a tempo indeterminato, nell'ambito del 5 per cento dell'organico dei ricercatori e tecnologi nel limite del numero di assunzioni fatte nel medesimo anno per concorso e a condizione che siano contabilizzate entrate ulteriori a ciò appositamente destinate.

La valutazione del merito eccezionale per la chiamata diretta è effettuata da apposite commissioni nominate con decreto del Ministro vigilante. Su tale ambito normativo, si segnala un successivo intervento del legislatore (art. 1, comma 402, legge 30 dicembre 2018 n. 145 - Legge di Bilancio 2019) che ne ha previsto la composizione (da un minimo di tre fino ad un massimo di cinque esperti del settore di afferenza degli Enti che propongono l'assunzione per chiamata diretta), la durata (non superiore ad un anno dalla data di nomina) e le modalità di partecipazione (per non più di due mandati consecutivi) e le relative condizioni economiche dell'incarico (che non dà diritto a compensi o gettoni di presenza).