

Prime osservazioni sul rapporto di lavoro nelle società a controllo pubblico dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 251/2016*

Domenico Mezzacapo

1. Premessa e delimitazione del campo di indagine.	50
2. La dichiarazione di incostituzionalità della Legge n. 124 del 2015 e gli effetti sui decreti attuativi.	50
3. La disciplina del rapporto di lavoro nelle società a controllo pubblico dettata dal D.Lgs. n. 175/2016 in attuazione della Legge n. 124/2015.	52
4. La necessaria prova di resistenza alla luce della eventuale incostituzionalità derivata dalla dichiarazione di incostituzionalità della Legge delega.	54
5. Il rapporto di assoluta autonomia tra società ed amministrazione controllante alla luce della più recente giurisprudenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione.	54
6. Le disposizioni in materia di reclutamento.	56
6.1. Le disposizioni transitorie in materia di personale.	58
7. Le disposizioni in materia di contenimento degli oneri contrattuali e delle assunzioni.	62
8. Le disposizioni limitative dei trattamenti economici.	63
9. Il divieto di stipulare patti di non concorrenza.	66
10. L'incompatibilità tra rapporto di lavoro e carica di amministratore.	66
11. Le garanzie per i dipendenti in particolari vicende.	66
11.1. La reinternalizzazione di funzioni o servizi.	67
11.2. La successione di appalti.	67
12. Conclusioni.	68

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 319/2017

1. Premessa e delimitazione del campo di indagine.

La Legge n. 124 del 2015 tratteggia un disegno riformatore di ampio respiro, volto a delegare il governo, tra l'altro, ad intervenire in materia di dirigenza pubblica, di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, di servizi pubblici locali di interesse generale e di partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche.

In attuazione di quest'ultima delega¹¹⁰, il D.Lgs. n. 175 del 2016 detta il "Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica"¹¹¹.

La disciplina che ne scaturisce è molto complessa ed abbraccia tutti gli aspetti delle società a controllo pubblico: in questo scritto si concentrerà l'attenzione soltanto sulle norme del Testo unico più specificamente attinenti al rapporto di lavoro, tralasciando, invece, quelle riguardanti i profili di diritto commerciale relativi alle vicende societarie e delle partecipazioni.

Nello specifico, saranno presi in considerazione gli artt. 1, comma 3, 19, 24, comma 9 e 25 del decreto, oltre ad alcune norme contenute nell'art. 11.

Come si vedrà dette norme trovano applicazione non a tutte le società partecipate, ma solo a quelle "a controllo pubblico"¹¹², operando per le altre a tutti gli effetti la disciplina del rapporto di lavoro stabilita dal Codice civile e dalle leggi sul lavoro subordinato nell'impresa¹¹³.

2. La dichiarazione di incostituzionalità della Legge n. 124 del 2015 e gli effetti sui decreti attuativi.

Prima di entrare nel merito della disciplina del rapporto di lavoro alle dipendenze delle società a controllo pubblico è necessario dare conto della sentenza della Corte costituzionale n. 251 del 2016, che ha dichiarato incostituzionale, tra le altre, le disposizioni della Legge delega di cui il D.Lgs. n. 175 del 2016 costituisce attuazione¹¹⁴.

La sentenza, in realtà, non investe soltanto le deleghe in materia di riordino della disciplina delle partecipazioni, ma riguarda il più complessivo disegno riformatore delineato dalla Legge delega.

Quest'ultima prospetta interventi ad ampio raggio su materie articolate, rispetto alle quali si sovrappongono aspetti di competenza esclusiva della legislazione statale ed altri ascrivibili alla competenza concorrente, se non addirittura esclusiva, delle regioni.

Emblematico, sotto questo punto di vista, è il riordino della dirigenza pubblica, rispetto al quale si sovrappongono le competenze statali in materia di ordinamento civile, quelle esclusive

¹¹⁰ Art. 16, comma 1, lett. b) e art. 18, della Legge n. 124 del 2015.

¹¹¹ Tra i primi commenti si veda A. LALLI - M. MESCHINO, *Le società partecipate dopo la riforma Madia*, Roma, 2016.

¹¹² Si vedano, però, per la salvezza di particolari discipline, l'art. 1, comma 4, del D.Lgs. n. 175 del 2016, nonché, per le aree di non applicazione, l'artt. 1, comma 5, e l'art. 26, commi 4, 5 e 6, del D.Lgs. n. 175 del 2016.

¹¹³ Cfr., in generale, ma prima del D.Lgs. n. 175 del 2016, P. ALBI, *La disciplina dei rapporti di lavoro nelle società a partecipazione pubblica fra vincoli contabili e garanzie giuslavoristiche*, in M. PASSALACQUA (a cura di), *Il "disordine" dei servizi pubblici locali. Dalla promozione del mercato ai vincoli di finanza pubblica*, Torino, 2016, 3; G. FONTANA, *Il rapporto di lavoro nelle società pubbliche: problemi applicativi e riforme legislative*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2014, 707.

¹¹⁴ La dichiarazione di incostituzionalità ha investito, infatti, l'art. art. 18, lett. a), b), c), e), f), l) e m), numeri da 1) a 7), della Legge n. 124 del 2015.

regionali in materia di organizzazione amministrativa delle regioni nonché, per quanto attiene alla dirigenza sanitaria, quelle concorrenti in materia di tutela della salute.

Nell' esaminare nel dettaglio le varie deleghe conferite dalla Legge n. 124 del 2015 solo in un caso la Corte costituzionale ha ritenuto di poter individuare, nell'intreccio di possibili competenze legislative alla luce della complessità della materia da regolare, una competenza prevalente¹¹⁵.

Per quanto attiene, più specificamente, alla disciplina delle società partecipate, possono venire in rilievo sia le competenze esclusive dello stato in materia di tutela della concorrenza e di ordinamento civile, sia le competenze concorrenti in materia di coordinamento della finanza pubblica ed in materia di tutela e sicurezza del lavoro, sia le competenze esclusive delle regioni in materia di organizzazione regionale, nella misura in cui la legge imponga alle amministrazioni regionali determinate scelte in materia di partecipazioni. In questa ultima eventualità potrebbe ravvisarsi una illegittima interferenza da parte dello Stato sulle modalità organizzative di svolgimento dell'attività di beni e servizi strumentali alle finalità istituzionali delle regioni.

A detta della Corte costituzionale, nell'economia della Legge delega, nessuna delle competenze sopra indicate può essere considerata prevalente, con la conseguenza che la Legge delega ed i relativi decreti attuativi avrebbero dovuto essere emanati nel rispetto del principio di leale collaborazione.

Ciò non è avvenuto perché, ai sensi dell'artt. 16, commi 1 e 4, della medesima Legge n. 124 del 2015, i decreti attuativi sono emanati previo parere della Conferenza unificata e non sulla base di una intesa. La Corte chiarisce, infatti, che solo l'intesa, a differenza del mero parere, costituisce strumento idoneo a realizzare la leale collaborazione tra lo Stato e le autonomie, quando il legislatore intende riformare istituti che incidono su competenze statali e regionali inestricabilmente connesse.

La mancanza dell'intesa porta all'illegittimità costituzionale della norma di delegazione, per violazione dell'art. 117 Cost. e del principio di leale collaborazione che dallo stesso scaturisce¹¹⁶.

La sentenza, di carattere manipolativo, potrebbe essere classificata come sostitutiva di procedura¹¹⁷.

Come sentenza "sostitutiva" incorpora una parte demolitoria ed una parte ricostruttiva: viene dichiarata incostituzionale una disposizione espressamente prevista (parte demolitoria), in luogo di quella che la conformità a Costituzione avrebbe imposto (parte ricostruttiva); il carattere sostitutivo "di procedura" si evidenzia dal fatto che l'oggetto della sostituzione è il procedimento di formazione della legge sottoposta al vaglio della Corte costituzionale, o di altri atti disciplinati dalla legge medesima. La Corte, in altri termini, dichiara l'illegittimità costituzionale di una

¹¹⁵ La delega in materia di riforma del Codice dell'Amministrazione digitale, di cui all'art. 1, comma 1, lett. b), c) e g) e comma 2, pur investendo in astratto anche le competenze regionali in materia di organizzazione amministrativa e turismo, viene ricondotta nell'ambito della competenza statale prevalente in materia di "coordinamento informativo statistico e informatico dei dati dell'amministrazione statale, regionale e locale", con conseguente non fondatezza della questione di legittimità costituzionale per violazione del principio di leale collaborazione.

¹¹⁶ Per lo stesso motivo, il decreto legislativo di riforma della dirigenza, il cui iter di approvazione governativa era completato, è stato ritirato all'indomani della sentenza.

¹¹⁷ Così C. COLAPIETRO, relazione al *Workshop* "Rapporti di lavoro e società pubbliche", tenutosi presso l'Università di Roma La Sapienza il 2 dicembre 2016. In generale, cfr., da ultimo, D. DIACO (a cura di), *Le tipologie decisorie della Corte costituzionale attraverso gli scritti della dottrina*, in *Corte costituzionale, Quaderno processuale del Servizio studi*, maggio 2016, con ulteriori riferimenti.

disposizione di contenuto procedurale relativo all'*iter* formativo della legge oggetto del giudizio (o di altri atti regolati dalla stessa legge), indicando, nel contempo, il corretto procedimento che avrebbe dovuto essere seguito.

Nel caso in esame, la Legge delega avrebbe dovuto seguire un *iter* formativo rispettoso del principio di leale collaborazione che non può essere ravvisato nel parere della Conferenza unificata (parte demolitoria), ma avrebbe dovuto essere incentrato sull'intesa (parte ricostruttiva).

In linea generale, la dichiarazione di incostituzionalità della norma delegante produce effetti a cascata sulla legittimità costituzionale delle disposizioni delegate, ma, nel caso in esame, la stessa Corte costituzionale limita espressamente gli effetti della decisione alle sole norme deleganti oggetto dello scrutinio, con espressa salvezza delle disposizioni attuative. Queste ultime, si aggiunge, dovranno essere impugnate autonomamente e, in caso di impugnazione, secondo la stessa sentenza n. 251 del 2016, "si dovrà accertare l'effettiva lesione delle competenze regionali, anche alla luce delle soluzioni correttive che il Governo riterrà di apprestare al fine di assicurare il rispetto del principio di leale collaborazione"¹¹⁸.

Questa sentenza impatta come uno *tsunami* sul D.Lgs. n. 175 del 2016, emanato in attuazione di una norma delegante, l'art. 18 della Legge n. 124 del 2015, dichiarata incostituzionale.

Alla luce della sentenza è possibile osservare che:

- a) allo stato le disposizioni contenute nel Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, nonostante l'incostituzionalità della Legge delega, sono formalmente in vigore;
- b) la legittimità costituzionale delle stesse disposizioni, sebbene non dichiarata, è però potenzialmente accertata alla luce della incostituzionalità della Legge delega: potrebbe parlarsi, pertanto, di una incostituzionalità eventuale o di una costituzionalità condizionata;
- c) l'accertamento della eventuale incostituzionalità richiede una autonoma impugnazione, ma essendo scaduto il termine per quella in via principale, l'eventuale questione di costituzionalità potrà essere proposta solo in via incidentale;
- d) l'eventuale incostituzionalità, seppur potenziale, non è automatica, ma ciascuna disposizione dovrà essere vagliata per verificare se la violazione del principio di leale collaborazione si traduca effettivamente in una lesione delle competenze regionali;
- d) la potenziale incostituzionalità può essere sanata nell'ambito di interventi correttivi che il Governo riterrà di apprestare nelle more dell'eventuale questione di legittimità costituzionale e fino alla pronuncia sulla stessa.

3. La disciplina del rapporto di lavoro nelle società a controllo pubblico dettata dal D.Lgs. n. 175/2016 in attuazione della Legge n. 124/2015.

Chiariti questi aspetti è necessario illustrare brevemente la disciplina del rapporto di lavoro alle dipendenze delle società a controllo pubblico contenute nel D.Lgs. n. 175 del 2016, per verificare, successivamente, se ed in che misura le relative disposizioni possono considerarsi pienamente

¹¹⁸ Punto 9 della sentenza.

legittime o rischino di rivelarsi lesive delle prerogative regionali in caso di eventuali questioni di legittimità costituzionale.

È bene immediatamente sottolineare che il principio generale in materia di società a partecipazione pubblica è quello della riconduzione delle stesse alla disciplina delle società contenute nel codice civile e alle norme generali di diritto privato, salve le diverse disposizioni contenute nel Testo unico¹¹⁹.

Il principio privatistico non costituisce una novità: già la Relazione al codice civile del 1942, nell'illustrare la disciplina delle società partecipate dallo Stato, affermava: "... in questi casi, è lo Stato medesimo che si assoggetta alla legge della società per azioni, per assicurare alla propria gestione maggiore snellezza di forme e nuove possibilità realizzat[r]ici; la disciplina comune della società per azioni deve, pertanto, applicarsi anche alle società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici, senza eccezioni, in quanto norme speciali non dispongano diversamente"¹²⁰.

L'inquadramento privatistico delle società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici è inoltre conforme agli orientamenti espressi sia dalla Corte di giustizia UE¹²¹, sia dalla Corte costituzionale¹²² ed è ribadito dalle più recenti pronunce delle Sezioni unite della Corte di Cassazione¹²³.

Con particolare riferimento alla disciplina del rapporto di lavoro, lo stesso principio è sostanzialmente ribadito dall'art. 19, comma 1, del decreto n. 175 del 2016¹²⁴.

Il richiamo della disciplina privatistica in materia di rapporto di lavoro, salve le diverse disposizioni contenute nel testo unico, rende immediatamente evidente il carattere derogatorio delle disposizioni del D.Lgs. n. 176 del 2016 in materia di personale.

Ed, in effetti, la disciplina del rapporto di lavoro contenuta nel testo unico realizza delle deroghe a quella privatistica per le sole società "a controllo pubblico", cioè quelle società a partecipazione pubblica che si trovino nella situazione richiamata dall'art. 2, comma 1, lett. b), del D.Lgs. n. 175 del 2016¹²⁵.

Per queste ultime, in relazione alla particolare posizione dell'amministrazione controllante, trovano applicazione alcune regole speciali rispetto a quelle prettamente privatistiche con riguardo

¹¹⁹ Art. 1, comma 3, del D.Lgs. n. 175 del 2016.

¹²⁰ Cfr. ora l'art. 2449 c.c., nel testo modificato dalla Legge n. 34 del 2008.

¹²¹ Cfr. le sentenze Volkswagen 23 ottobre 2007, C-112/05 e Federconsumatori 6 dicembre 2007, C-463/04 e C-464/04, che hanno ritenuto disposizioni lesive del principio della parità di trattamento tra gli azionisti in contrasto con l'art. 56 del Trattato CE (vedi ora l'art. 63 del TFUE).

¹²² Cfr. C. Cost., 5 febbraio 1992, n. 35 e C. Cost., 16 giugno 2006, n. 233, che hanno ricondotto al diritto privato le disposizioni sulla nomina e sulla revoca degli amministratori e sottolineato che l'*intuitus personae* sotteso al rapporto di nomina degli amministratori esclude la rilevanza immediata dei principi di buon andamento ed imparzialità di cui all'art. 97 Cost.

¹²³ Cfr. Cass., Sez. Un., 30 dicembre 2011, n. 30167 e successive conformi, fino a Cass., Sez. Un., 1 dicembre 2016, n. 24591.

¹²⁴ Ai sensi dell'art. 19, comma 1, del D.Lgs. n. 175 del 2016, "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". La tecnica legislativa è analoga a quella utilizzata dall'art. 2, comma 2, del D.Lgs. n. 165 del 2001 in materia di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni.

¹²⁵ Ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. b), del D.Lgs. n. 175 del 2016, per "controllo" si intende "la situazione descritta nell'articolo 2359 del codice civile. Il controllo può sussistere anche quando, in applicazione di norme di legge o statutarie o di patti parasociali, per le decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all'attività sociale è richiesto il consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo".

a tre aspetti:

- a) il reclutamento e le politiche assunzionali (art. 19; art. 25)
- b) le politiche retributive e i limiti ai trattamenti economici di dirigenti e dipendenti (art. 11, commi 6 e 10)
- c) la contemporanea coesistenza del rapporto di lavoro con la carica di amministratore (art. 11, comma 12)
- d) alcune garanzie riservate ai dipendenti (art. 19, comma 8; art. 24, comma 9)

Alla luce delle disposizioni appena citate è possibile concludere che nelle società a partecipazione pubblica non di controllo il rapporto di lavoro è regolato analogamente a quello presso qualsiasi società, in conformità delle disposizioni del codice civile e delle leggi sul lavoro subordinato nell'impresa. Lo stesso può dirsi, in linea generale, per le società a partecipazione pubblica di controllo, salve le eccezioni espressamente previste dal D.Lgs. n. 175 del 2016 nelle materie sopra indicate.

4. La necessaria prova di resistenza alla luce della eventuale incostituzionalità derivata dalla dichiarazione di incostituzionalità della Legge delega.

L'analisi della particolare disciplina del rapporto di lavoro alle dipendenze delle società a controllo pubblico non può non essere condotta alla luce della legittimità costituzionale condizionata o, se si preferisce, della eventuale incostituzionalità paventata dalla sentenza della Corte costituzionale n. 251 del 2016.

Si tratta di capire se le disposizioni in materia di rapporto di lavoro contenute nel testo unico, che ereditano potenzialmente, ma non automaticamente, l'illegittimità costituzionale della Legge delega, possano rivelarsi effettivamente lesive delle competenze regionali.

A tal fine la principale valutazione non può che essere di carattere "soggettivo", per individuare, cioè se la società sia controllata da una regione¹²⁶.

5. Il rapporto di assoluta autonomia tra società ed amministrazione controllante alla luce della più recente giurisprudenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione.

La sentenza della Corte costituzionale n. 251 del 2016, con particolare riferimento alle società a partecipazione pubblica, chiarisce che un intervento del legislatore statale finalizzato a dettare una disciplina organica delle partecipazioni azionarie delle amministrazioni pubbliche coinvolge, inevitabilmente i profili pubblicistici che attengono alle modalità organizzative di espletamento delle funzioni amministrative e dei servizi riconducibili alla competenza residuale regionale. Allo stesso tempo, però, tale intervento coinvolge anche i profili privatistici, inerenti alla forma delle società partecipate, che trova nel codice civile la sua radice, e aspetti connessi alla tutela della concorrenza, riconducibili alla competenza esclusiva del legislatore statale.

¹²⁶ C'è da chiedersi, però, se non si debba approfondire anche l'oggetto dell'attività della società partecipata, per verificare, ad esempio, se, a prescindere dall'ente controllante, possa riguardare materie di competenza regionale o comporti l'utilizzo di infrastrutture regionali. Si tratta, però, di una valutazione che si presta difficilmente ad una analisi di carattere generale ed andrà casomai operata caso per caso.

Concentrando l'attenzione sul più limitato aspetto della disciplina del rapporto di lavoro si potrebbe rilevare, in prima battuta, che questa rientra a pieno titolo nella materia dell'ordinamento civile, di competenza esclusiva dello Stato.

Tale assunto, teoricamente ineccepibile, rischia di rivelarsi risolutivo solo in astratto, nei limiti in cui determinate disposizioni in materia di personale possano tradursi anche in un'invasione dell'autonomia regionale in materia di organizzazione amministrativa della regione, incidendo, come già accennato, sulle modalità organizzative di svolgimento delle attività di produzione di beni o servizi strumentali alle proprie finalità istituzionali.

Senonché questo rischio sembra essere limitato alla luce del rapporto che si instaura tra amministrazione controllante e società controllata.

Secondo la recentissima pronuncia delle Sezioni unite, 1 dicembre 2016, n. 24591, infatti, la società controllata non muta la sua natura di soggetto di diritto privato solo perché l'amministrazione ne possenga, in tutto o in parte, le azioni: il rapporto tra la società e l'ente pubblico è di assoluta autonomia, sicché non è consentito all'amministrazione incidere unilateralmente sullo svolgimento del rapporto medesimo dato che tale società, quale persona giuridica privata, opera nell'esercizio della propria autonomia negoziale, senza alcun assoggettamento a poteri autoritativi o discrezionali da parte dell'amministrazione.

La posizione dell'ente pubblico nei confronti della società è unicamente quella di socio di maggioranza, derivante dalla prevalenza del capitale da esso conferito; e soltanto in tale veste l'ente pubblico potrà influire sul funzionamento della società, avvalendosi non già dei poteri pubblicistici che non gli spettano, ma dei soli strumenti previsti dal diritto societario, da esercitare a mezzo dei componenti nominati negli organi della società.

L'affermazione della piena autonomia del rapporto tra società controllata ed amministrazione controllante è di non poco momento per due ordini di ragioni.

In primo luogo, la pronuncia è resa dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 251 del 2016 e, in un *obiter dictum*, richiama la disciplina del D.Lgs. n. 175 del 2016, senza nemmeno accennare alla potenziale incostituzionalità della stessa ma ribadendo con forza il principio dell'assoluta autonomia dei rapporti tra amministrazione controllante e società controllata, organismo di diritto privato.

In secondo luogo, la sentenza ha ad oggetto la giurisdizione sulle azioni di nomina e revoca di amministratori e sindaci di una società *in house*.

Sotto questo punto di vista la sentenza sottopone a critica l'ormai consolidata affermazione, ripresa anche dalle stesse Sezioni unite nel 2013¹²⁷, in base alla quale le società *in house* costituiscono in realtà articolazioni della pubblica amministrazione da cui promanano e non soggetti giuridici ad essa esterni e da essa autonomi¹²⁸.

Secondo le recenti Sezioni unite del 2016, infatti, "siffatta affermazione va intesa ai limitati fini del riparto di giurisdizione (...) riguardante l'azione di responsabilità per danni arrecati

¹²⁷ Cfr., in particolare, Cass., Sez. Un., 26 novembre 2013, n. 26283.

¹²⁸ Cfr. sul punto il Parere del Consiglio di Stato reso sullo schema di testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, n. 00438 del 2016, con ulteriori riferimenti giurisprudenziali.

dall'illegittimo comportamento degli organi sociali al patrimonio della società, che costituiva oggetto di quel giudizio". In linea generale, invece, "sarebbe illogico postulare che la scelta di quel paradigma privatistico per la realizzazione delle finalità perseguite dalla pubblica amministrazione sia giuridicamente priva di conseguenze, ed è viceversa del tutto naturale che quella scelta, ove non vi siano specifiche disposizioni in contrario o ragioni ostative di sistema, comporti l'applicazione del regime giuridico proprio dello strumento societario adoperato".

Alla luce di questo recente arresto giurisprudenziale, dunque, è possibile provare ad entrare nel merito delle singole disposizioni in materia di rapporto di lavoro contenute nel D.Lgs. n. 175 del 2016 per provare a formulare qualche considerazione in ordine all'incostituzionalità eventuale paventata dalla sentenza della Corte costituzionale n. 251 del 2016¹²⁹.

Occorre comunque tenere conto del fatto che la materia dell'organizzazione amministrativa della regione non è l'unica a poter essere eventualmente interessata dalla disciplina del rapporto di lavoro alle dipendenze delle società controllate da enti regionali; alcune delle disposizioni contenute nel Testo unico, infatti, rispondono a logiche di contenimento della spesa pubblica allargata e, dunque, possono riguardare le materie di competenza concorrente dell'armonizzazione dei bilanci pubblici e del coordinamento della finanza pubblica.

6. Le disposizioni in materia di reclutamento.

Un primo blocco di disposizioni in materia di rapporto di lavoro contenute nel D.Lgs. n. 175 del 2016 riguarda le modalità di reclutamento del personale delle società a controllo pubblico.

La legge impone a dette società di stabilire, con propri provvedimenti, criteri e modalità di reclutamento del personale, nel rispetto dei principi, anche di derivazione europea, di trasparenza, pubblicità ed imparzialità, nonché degli altri principi richiamati nell'art. 35, comma 3, del D.Lgs. n. 165/2001 (economicità, rispetto delle pari opportunità, decentramento, requisiti delle commissioni).

In caso di mancata adozione dei suddetti provvedimenti, trova diretta applicazione il comma 3 del suddetto art. 35¹³⁰.

All'obbligo di adottare i provvedimenti si aggiunge quello di pubblicarli sul sito della società¹³¹.

L'obiettivo della norma è assoggettare il reclutamento del personale delle società a controllo pubblico a procedure selettive analoghe a quelle per il reclutamento del personale delle amministrazioni controllanti, al fine di limitare abusi e assunzioni clientelari.

¹²⁹ Se, però, questa sentenza dovesse limitarsi a costituire un episodio isolato nell'ambito del tradizionale orientamento di segno opposto, la generale riconduzione al diritto civile della disciplina di tutti gli aspetti del rapporto di lavoro nelle società *in house* sarebbe certamente più problematica, perché resterebbe impregiudicata la ricostruzione di dette società alla stregua di organi dell'amministrazione controllante.

¹³⁰ Art. 19, comma 2, del D.Lgs. n. 175 del 2016.

¹³¹ Art. 19, comma 3, del D.Lgs. n. 175 del 2016. La mancata, o incompleta, pubblicazione, comporta diverse sanzioni: il divieto di erogazione di somme a qualsiasi titolo da parte dell'amministrazione controllante; costituisce elemento di valutazione della responsabilità dirigenziale ed eventuale causa di responsabilità per danno all'immagine dell'amministrazione, oltre ad essere valutata ai fini della corresponsione della retribuzione di risultato e del trattamento accessorio collegato alla performance individuale dei responsabili; dà luogo a sanzioni amministrative pecuniarie. Cfr. gli artt. 22, comma 4, 46 e 47, comma 2, del D.Lgs. n. 39 del 2013.

Già in prima battuta, tuttavia, la lettera della legge pone alcuni dubbi interpretativi.

In primo luogo, non è chiaro, se i criteri e le procedure riguardino esclusivamente le assunzioni a tempo indeterminato, o se trovino applicazione anche a quelle a tempo determinato.

Secondo una prima possibile interpretazione, l'art. 35 del D.Lgs. n. 165 del 2001 non si applicherebbe direttamente anche alle assunzioni a tempo determinato, stante il limitato richiamo contenuto nel comma 4 *bis*¹³², ed il riferimento principale ai criteri previsti dall'art. 36 dello stesso decreto, mentre, invece, il Testo unico in materia di società partecipate richiama soltanto il comma 3 dell'art. 35.

Questa interpretazione, tuttavia, rischia di essere troppo formalistica: occorre, infatti, tenere presente che, da una parte, per prevenire fenomeni di precariato, le amministrazioni pubbliche sottoscrivono contratti a tempo determinato con i vincitori e gli idonei delle proprie graduatorie vigenti per concorsi pubblici a tempo indeterminato; d'altra parte, il limitato richiamo alle assunzioni a tempo determinato di cui all'art. 35, comma 4, del D.Lgs. n. 165 del 2001, sembra riguardare le sole modalità di avvio delle procedure di reclutamento e non metterne in dubbio la dovosità anche per le assunzioni a tempo determinato¹³³.

In secondo luogo, non è chiaro se le procedure di reclutamento per le società a controllo pubblico debbano riguardare anche i dirigenti.

Si potrebbe rilevare, infatti, che il reclutamento dei dirigenti nelle pubbliche amministrazioni non è regolato dall'art. 35 del D.Lgs. n. 165 del 2001¹³⁴, il cui solo comma 3 è richiamato in via di principio per le società a controllo pubblico.

Anche per il reclutamento dei dirigenti pubblici vige, tuttavia, un principio "concorsoale", ed essendo il richiamo operato dall'art. 19, comma 2 del D.Lgs. n. 175/2016 riferito ai principi di cui all'art. 35, comma 3, non sembra che tali principi non possano applicarsi anche al reclutamento dei dirigenti.

Inoltre, se la *ratio* della disciplina derogatoria per le società in controllo pubblico è quella di evitare abusi ed assunzioni clientelari, sarebbe paradossale porre vincoli alle assunzioni dei dipendenti e non a quelle dei dirigenti.

Né potrebbe obiettarsi che la previsione di una procedura selettiva sarebbe incompatibile con il carattere fiduciario del rapporto di lavoro dei dirigenti: trattandosi di vincoli "di principio" nulla vieta di strutturare le procedure selettive anche tenendo conto del maggior grado di fiduciarità che caratterizza la posizione dirigenziale.

¹³² Ai sensi dell'art. 35, comma 4-*bis*, del D.Lgs. 165 del 2001: "L'avvio delle procedure concorsuali mediante l'emanazione di apposito decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, di cui al comma 4 si applica anche alle procedure di reclutamento a tempo determinato per contingenti superiori alle cinque unità, inclusi i contratti di formazione e lavoro, e tiene conto degli aspetti finanziari, nonché dei criteri previsti dall'articolo 36".

¹³³ Nello stesso senso sembra esprimersi la circolare della Presidenza del Consiglio, Dipartimento della Funzione pubblica, n. 5 del 2013, secondo cui le amministrazioni che devono assumere a tempo determinato possono sottoscrivere i contratti con gli idonei "piuttosto che indire procedure concorsuali a tempo determinato". Si veda anche Cass., 15 luglio 2016, n. 14592, che in linea generale conferma l'applicazione del principio concorsoale anche alle assunzioni a tempo determinato, in assenza di previsioni legislative *ad hoc*, in linea con quanto disposto dall'art. 97 Cost.

¹³⁴ Disposizioni specifiche in materia di reclutamento dei dirigenti sono contenute, infatti, negli artt. 28-29 del D.Lgs. n. 165 del 2001.

Un ulteriore aspetto problematico connesso al richiamo del solo comma 3 dell'art. 35 potrebbe essere ravvisato laddove la società a controllo pubblico volesse avvalersi delle facoltà riconosciute alle amministrazioni dal comma 3 *bis* della stessa disposizione: procedere a procedure di reclutamento con riserva di posti a favore di titolari di rapporti a termine o di collaboratori coordinati e continuativi.

Si potrebbe rilevare, infatti, che tale facoltà non contrasta con i principi di cui all'art. 35, comma 3, ma le maggiori difficoltà sembrano legate al rispetto della particolare procedura prevista dall'art. 25 del D.Lgs. n. 175 del 2016, che, fino al 30 giugno 2018, vincola ad assumere a tempo indeterminato solo i soggetti iscritti in appositi elenchi (vedi *infra*).

I contratti di lavoro stipulati in assenza dei provvedimenti o delle procedure di cui all'art. 19, comma 2, del D.Lgs. n. 175 del 2016 sono nulli¹³⁵.

La sanzione della nullità, che non pregiudica l'applicazione, ai fini retributivi, dell'art. 2126 c.c., copre tre ipotesi distinte: quella in cui il provvedimento non sia stato mai adottato e quella, diversa, in cui il provvedimento sia stato adottato ma non sia stata delineata la procedura, oppure la procedura delineata non sia stata rispettata (la violazione della procedura è senz'altro equiparabile all'assenza della stessa). Tuttavia, ai sensi dell'art. 2126 c.c., se la nullità deriva dall'illiceità della causa, come deve ritenersi, ad esempio, laddove l'assunzione sia effettuata nell'ambito di una vicenda corruttiva, la retribuzione non è comunque dovuta.

La giurisdizione sulla validità dei provvedimenti e delle procedure di reclutamento del personale, in coerenza con la natura privatistica delle società a controllo pubblico, spetta al giudice ordinario.

La previsione di una procedura selettiva di reclutamento, modellata sui principi che connotano i concorsi pubblici, non pare sollevare dubbi di legittimità costituzionale con riferimento agli enti controllati dalla regione.

È vero che con riferimento ad enti regionali il reclutamento potrebbe essere considerato materia attinente all'ordinamento e all'organizzazione della regione¹³⁶, ma questo quando le procedure di reclutamento riguardano le assunzioni alle dipendenze della regione stessa.

Il rapporto di assoluta autonomia tra regione e società controllata sembra escludere, però, che una tale conclusione possa essere riproposta analogamente con riferimento alla disciplina del reclutamento delle società a controllo regionale. La natura privatistica di dette società e la separazione rispetto all'ente regionale consentono senz'altro di ascrivere la materia totalmente nell'ambito dell'ordinamento civile, escludendo lesioni delle competenze regionali.

6.1. Le disposizioni transitorie in materia di personale.

Come già accennato, ai sensi di questa disposizione, le assunzioni nelle società a controllo pubblico, fino al 30 giugno 2018, sono vincolate al rispetto di una particolare procedura, articolata in diverse fasi.

¹³⁵ Art. 19, comma 4, del D.Lgs. n. 175 del 2016.

¹³⁶ Cfr., sul punto, C. Cost., 16 dicembre 2008, n. 95; C. Cost., 14 dicembre 2004, n. 380.

Nella prima fase, da completarsi entro sei mesi dalla data di entrata in vigore del Testo unico¹³⁷, le società a controllo pubblico devono procedere ad una ricognizione del personale in servizio, per individuare eventuali eccedenze.

Successivamente, l'elenco del personale eccedente, con l'eventuale indicazione dei profili posseduti, deve essere trasmesso alla regione nel cui territorio la società ha sede legale.

Già questa previsione crea qualche dubbio interpretativo in ordine al grado di specificità dell'elenco: non è chiaro, infatti, se debba trattarsi di un elenco nominativo, o se basti comunicare genericamente il numero ed i profili professionali del personale eccedente.

Vale la pena sottolineare che l'eccedenza deve essere di tipo strutturale alla luce di ragioni organizzative. Non potrà essere dichiarato eccedente, in mancanza di tali ragioni, il personale negligente.

Sulla base delle comunicazioni ricevute, sarà compito delle regioni formare e gestire l'elenco dei lavoratori dichiarati eccedenti e agevolare processi di mobilità in ambito regionale.

Le modalità della trasmissione degli elenchi dei lavoratori eccedenti alle regioni, come, pure, le modalità dei processi di mobilità regionale saranno stabilite da un decreto interministeriale¹³⁸.

Sarebbe compito di questo decreto, pertanto, contribuire a risolvere il dubbio interpretativo in ordine al grado di specificità degli elenchi prima evidenziato.

Decorsi ulteriori sei mesi dalla scadenza del termine per effettuare la ricognizione del personale in servizio, il che significa decorsi dodici mesi dall'entrata in vigore del D.Lgs. n. 175 del 2016, le regioni trasmettono gli elenchi dei lavoratori dichiarati eccedenti e non ricollocati all'Agenzia nazionale per le politiche attive del lavoro, che ne gestisce il relativo elenco.

Non è del tutto chiara la sorte dei lavoratori dichiarati eccedenti nelle more dell'eventuale ricollocazione: non sembra che la dichiarazione di eccedenza comporti automaticamente l'obbligo di licenziare il lavoratore, anche se il mantenimento in servizio del lavoratore eccedente non potrà realisticamente protrarsi all'infinito. Non è detto, pertanto, che tutte le società a controllo pubblico procederanno effettivamente con la ricognizione, in mancanza del decreto.

È bene sottolineare, però, che la ricognizione delle eccedenze sembra essere comunque obbligatoria, indipendentemente dalla effettiva emanazione del decreto interministeriale. Quest'ultimo, infatti, è necessario per le modalità di comunicazione degli elenchi alla regione e per le modalità dei percorsi di mobilità regionale, ma non costituisce una condizione per l'effettuazione della ricognizione.

In ogni modo, ogni decisione circa le nuove assunzioni non potrà prescindere da una ricognizione del personale in servizio già effettuata e dall'individuazione dei profili eccedentari.

Nuove assunzioni di personale su profili già presenti e dichiarati eccedentari potrebbero infatti rilevare ai fini della responsabilità tanto dei componenti degli organi di amministrazione e

¹³⁷ Il D.Lgs. n. 175 del 2016 è entrato in vigore il 23 settembre 2016.

¹³⁸ È previsto un decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, di concerto con il Ministro delegato per la semplificazione e la pubblica amministrazione e con il Ministro dell'economia e delle finanze.

controllo delle società partecipate, quanto, per le società *in house*, dell'accertamento dell'eventuale danno erariale.

Così è qualificato, infatti, “il danno, patrimoniale o non patrimoniale, subito dagli enti partecipanti, ivi compreso il danno conseguente alla condotta dei rappresentanti degli enti pubblici partecipanti o comunque dei titolari del potere di decidere per essi, che, nell'esercizio dei propri diritti di socio, abbiano con dolo o colpa grave pregiudicato il valore della partecipazione”¹³⁹.

In ogni modo, il problema principale legato all'art. 25 del D.Lgs. n. 175 del 2016 riguarda il regime transitorio del reclutamento e l'esatta determinazione dei limiti alle facoltà assunzionali che lo stesso impone.

Ai sensi dell'art. 25, comma 4, come già accennato, “Fino al 30 giugno 2018, le società a controllo pubblico non possono procedere a nuove assunzioni a tempo indeterminato se non attingendo, con le modalità definite dal decreto di cui al comma 1, agli elenchi di cui ai commi 2 e 3”.

Non è chiaro se si tratti di un vincolo alle assunzioni, o di un vincolo alla sola procedura da seguire per effettuale.

Secondo la prima interpretazione l'art. 24, comma 4, sancirebbe un vero e proprio blocco delle assunzioni di personale a tempo indeterminato diverso da quello iscritto negli elenchi.

Nelle more della formazione degli stessi, dunque, non sarebbe possibile procedere ad alcuna assunzione a tempo indeterminato, restando aperta, casomai, la possibilità di assumere a tempo determinato, in coerenza con gli obiettivi determinati dalle amministrazioni controllanti ai sensi dell'art. 19, comma 5, o di eventuali discipline speciali limitative.

Questa interpretazione, tuttavia, anche alla luce dei problemi di costituzionalità che questa disciplina solleva, e di cui si dirà tra poco, rischia di rivelarsi troppo restrittiva.

Si potrebbe obiettare, infatti, che il vincolo non riguarderebbe le assunzioni, ma la sola procedura da seguire in presenza degli elenchi¹⁴⁰. Ciò significherebbe, pertanto, che nelle more della formazione degli elenchi il vincolo procedurale non sussiste e, non essendo la finalità della norma quella di bloccare le assunzioni, sarebbe possibile assumere a tempo determinato prescindendo dagli elenchi.

La stessa interpretazione dovrebbe essere preferita anche alla luce dell'incostituzionalità eventuale paventata dalla sentenza della Corte costituzionale n. 251 del 2016.

Infatti la procedura di cui all'art. 25 è tutta incentrata su competenze delle regioni, che, sicuramente per i primi sei mesi (quindi fino a marzo 2017, dopo di che gli elenchi sono trasmessi all'ANPAL) devono formare gli elenchi e, forse anche dopo tale scadenza, devono gestire i processi di mobilità regionale.

È evidente che tutto questo incide sia sull'organizzazione amministrativa della regione, materia di legislazione residuale, sia sulle politiche attive, ascrivibili alla competenza concorrente in tema di tutela e sicurezza sul lavoro.

¹³⁹ Art. 12, comma 2, del D.Lgs. n. 175 del 2016.

¹⁴⁰ In questo senso A. MARESCA e R. ROMEI, relazioni al *Workshop* “Rapporti di lavoro e società pubbliche”, tenutosi presso l'Università di Roma La Sapienza il 2 dicembre 2016.

Risulta difficile, dunque, ritenere non incostituzionale questa disciplina per violazione del principio di leale collaborazione.

Il problema è che, fino a quando e se tale incostituzionalità sarà dichiarata espressamente, i rapporti di lavoro stipulati in violazione dell'art. 25 sono nulli e i relativi provvedimenti costituiscono grave irregolarità ai fini della denuncia al tribunale degli amministratori, ai sensi dell'art. 2409 c.c.¹⁴¹.

C'è da chiedersi se ed in che termini possa essere proprio questa la previsione in grado di avviare un giudizio incidentale e porre la questione di legittimità costituzionale.

È irrealistico pensare che la nullità possa essere fatta valere dal soggetto assunto a tempo indeterminato senza pescare dagli elenchi, come pure, in situazioni non particolarmente virtuose, che sia l'amministrazione controllante socia ad agire contro gli amministratori della società controllata che avessero disposto l'assunzione.

In ogni modo, si deve tener conto del fatto che, in deroga al vincolo procedurale, fino alla scadenza del termine dei dodici mesi dall'entrata in vigore del Testo unico, è possibile procedere ad assunzioni "fuori elenco" con l'autorizzazione delle regioni, "esclusivamente ove sia indispensabile personale con profilo infungibile inerente a specifiche competenze"¹⁴².

C'è probabilmente da aspettarsi una larga disapplicazione dell'art. 25, fatta eccezione, forse, per la disciplina autorizzatoria in esso contenuta. Quest'ultima, infatti, attribuendo il potere decisionale alle regioni non sarebbe in concreto lesiva delle loro prerogative, secondo quanto richiesto dalla sentenza della Corte costituzionale n. 251 del 2016, e potrebbe essere utilizzata per dare maggiore certezza all'azione delle società partecipate in un contesto normativo così ambiguo.

In altri termini, le società che vorranno procedere ad assunzioni a tempo determinato, anche in assenza degli elenchi, potrebbero chiedere l'autorizzazione alle regioni al duplice fine di escludere la responsabilità degli amministratori e la nullità dei contratti stipulati in mancanza degli elenchi. La non diponibilità degli elenchi, in quest'ottica, finirebbe per essere equiparata all'assenza del profilo (infungibile) del personale da ricercare al loro interno.

Questo accorgimento, nella formale vigenza dell'art. 25, potrebbe mettere al riparo gli amministratori dall'eventuale azione di responsabilità avviata dai soci di minoranza (tenendo conto che, ai sensi dell'art. 2409 c.c., salva una minore percentuale indicata dallo statuto, è necessario che i soci proponenti raggiungano un decimo del capitale). Una volta avviata tale azione le vie di uscita potrebbero essere due: escludere la responsabilità sulla base dell'autorizzazione da parte della regione o porre la questione di legittimità costituzionale dell'art. 25 del D.Lgs. n. 175 del 2016.

In conclusione, l'art. 25 del D.Lgs. n. 175 del 2016, nel dettare una disciplina transitoria del reclutamento tutta incentrata su competenze ed attività regionali suscita fondati dubbi di legittimità costituzionale per la lesione del principio di leale collaborazione ed anche per questi motivi la disposizione rischia di rivelarsi largamente ineffettiva.

¹⁴¹ Art. 25, comma 6, del D.Lgs. n. 175 del 2016.

¹⁴² Art. 25, comma 6, del D.Lgs. n. 175 del 2016.

Sembra possibile ritenere, però, pienamente vincolate l'obbligo di procedere alla ricognizione del personale in servizio ed auspicabile, a tutela delle società partecipate, la richiesta dell'autorizzazione regionale in mancanza degli elenchi soprattutto ai fini delle eventuali azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori, che, giova ribadirlo, potrebbero essere proposte anche a prescindere dalla vigenza o meno dell'art. 25, comma 6.

7. Le disposizioni in materia di contenimento degli oneri contrattuali e delle assunzioni.

Un secondo blocco di disposizioni, sempre contenute nell'art. 19, riguarda il contenimento degli oneri contrattuali e delle assunzioni.

Le amministrazioni pubbliche socie devono fissare, con propri provvedimenti, obiettivi specifici, annuali e pluriennali, sul complesso delle spese di funzionamento delle società controllate, ivi comprese quelle per il personale, anche attraverso il contenimento degli oneri contrattuali e delle assunzioni di personale. Questi provvedimenti dovranno tenere conto di quanto stabilito, in via transitoria dall'art. 25, ovvero delle eventuali disposizioni che stabiliscono, a carico delle stesse amministrazioni socie, divieti o limitazioni alle assunzioni di personale¹⁴³.

L'obbligo di fissare questi obiettivi ricade sulle amministrazioni pubbliche socie, e non più sulle amministrazioni controllanti. Non è specificata l'entità della partecipazione, che potrebbe anche non essere di controllo.

Se è così sembrerebbero porsi problemi in caso di pluralità di amministrazioni socie della medesima società, in mancanza di un coordinamento tra i singoli provvedimenti di fissazione degli obiettivi.

Le società a controllo pubblico devono garantire il concreto perseguimento degli obiettivi tramite propri provvedimenti¹⁴⁴.

Quello del coordinamento, dunque, risulta essere un falso problema, in quanto gli obiettivi che saranno garantiti non potranno che essere quelli indicati dall'amministrazione controllante.

Nel caso del contenimento degli oneri contrattuali, i provvedimenti delle società a controllo pubblico dovranno essere recepiti, ove possibile, in sede di contrattazione di secondo livello¹⁴⁵.

L'aggiunta dell'“ove possibile”, inizialmente non previsto nella bozza di decreto ed aggiunto successivamente, risolve il problema della comprensibile ritrosia dei sindacati a contenere gli oneri contrattuali: l'impossibilità di recepire i provvedimenti nei contratti collettivi dovrebbe allora comportare la disdetta dei contratti in essere da parte delle società a controllo pubblico e la loro rinegoziazione. Si parla, ovviamente, dei contratti di secondo livello.

Sia i provvedimenti delle amministrazioni socie, sia quelli di recepimento delle società controllate, nonché i contratti collettivi, devono essere pubblicati sui siti istituzionali¹⁴⁶.

¹⁴³ Art. 19, comma 5, del D.Lgs. n. 175 del 2016.

¹⁴⁴ Art. 19, comma 6, del D.Lgs. n. 175 del 2016.

¹⁴⁵ Art. 19, comma 6, del D.Lgs. n. 175 del 2016.

¹⁴⁶ Art. 19, comma 7, del D.Lgs. n. 175 del 2016. In mancanza della pubblicazione trovano applicazione le medesime sanzioni previste per la mancata pubblicazione dei provvedimenti sui criteri e le procedure di reclutamento. Cfr. gli artt. 22, comma 4, 46 e 47, comma 2, del D.Lgs. n. 39 del 2013.

L'obbligo posto in capo alle amministrazioni socié di adottare provvedimenti mirati al contenimento delle spese di funzionamento potrebbe comportare dubbi di legittimità costituzionale con riguardo alle Regioni.

Se, da un lato, il rapporto di assoluta autonomia tra regione controllante e società controllata consente anche in questo caso di escludere una lesione delle competenze in materia di organizzazione amministrativa della regione, lo stesso rapporto di assoluta autonomia potrebbe non essere sufficiente a fugare eventuali dubbi con riguardo alla materia, di competenza concorrente, del coordinamento della finanza pubblica.

Anche questo secondo dubbio, tuttavia, sembra poter essere fugato nella misura in cui i provvedimenti che le regioni controllanti sono chiamate ad adottare non sono strettamente vincolati quanto al contenuto, residuando in capo alle regioni margini di discrezionalità in ordine alla concreta determinazione degli obiettivi.

Degli ulteriori parametri costituiti dagli eventuali divieti o limitazioni delle assunzioni a carico delle regioni stesse e della disciplina transitoria in materia di personale contenuta nell'art. 25 si deve "tener conto", con una formula che, dunque, non pare lesiva delle competenze regionali.

La disciplina statale, sotto questo punto di vista, sembra, infatti, sufficientemente "di principio" per poter essere ascritta alla quota statale di competenza concorrente in materia di coordinamento della finanza pubblica, trattandosi, in effetti, di principi¹⁴⁷.

Gli adempimenti a carico delle società controllate ricadono, invece, nella materia dell'ordinamento civile e non sembrano creare particolari problemi in caso di società controllate dalle regioni.

8. Le disposizioni limitative dei trattamenti economici.

Un terzo blocco di disposizioni in materia di rapporto di lavoro è contenuto nell'art. 11 del D.Lgs. n. 175 del 2016, con riferimento ai limiti ai trattamenti economici di dipendenti e dirigenti.

L'art. 11, comma 6, rimanda ad un decreto ministeriale¹⁴⁸ la definizione di indicatori dimensionali quantitativi e qualitativi al fine di individuare fino a cinque fasce per la classificazione delle società a controllo pubblico.

L'articolazione in fasce è funzionale all'individuazione di limiti massimi per il trattamento economico annuo onnicomprensivo di amministratori, titolari e componenti degli organi di controllo e, per quanto qui di maggiore interesse, dirigenti e dipendenti.

¹⁴⁷ Lo Stato, in tema di legislazione concorrente in materia di coordinamento della finanza pubblica può, infatti, stabilire principi fondamentali senza invadere la corrispondente quota di competenza regionale.

¹⁴⁸ È previsto un decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, sentita la Conferenza unificata per i profili di competenza, previo parere delle Commissioni parlamentari competenti.

Tale trattamento non potrà comunque eccedere il limite massimo di euro 240.000 annui¹⁴⁹, tenuto conto anche dei compensi corrisposti da altre pubbliche amministrazioni o da altre società a controllo pubblico¹⁵⁰.

L'articolazione in fasce ai fini dei trattamenti economici non costituisce una novità¹⁵¹. L'aspetto più interessante della disposizione è che tali limiti sono riferiti al trattamento annuo onnicomprensivo, tenuto conto anche dei compensi corrisposti da altri soggetti.

Siccome la legge pone a carico delle società la verifica del rispetto dei limiti occorrerà che queste si organizzino per assicurarsi di disporre dei dati necessari a rendere possibile il controllo.

Tra i problemi interpretativi posti dalla nuova disciplina occorre segnalare, in primo luogo, l'esatta determinazione della nozione di "trattamento economico annuo onnicomprensivo": esso comprende certamente le retribuzioni, anche se l'eventuale estensione dello stesso non solo alla retribuzione corrente ma anche alla retribuzione differita potrebbe comportare problemi negli anni nei quali, ad esempio, fosse corrisposto il trattamento di fine rapporto¹⁵².

In secondo luogo, si tratta di capire se i nuovi limiti trovino applicazione anche ai dipendenti già in servizio: la risposta sembra essere positiva e i contratti in essere sarebbero, dunque, colpiti da una nullità parziale nella parte in cui prevedessero compensi superiori ai massimi ed integrati *ex lege*. Ci si potrebbe domandare se la legge possa incidere così pesantemente sull'autonomia privata o se un tale intervento non debba essere ragionevolmente giustificato alla luce di altri principi (ordine pubblico economico) o non debba essere temporalmente delimitato¹⁵³.

Quel che è certo è che, sotto un altro aspetto, una analoga disciplina volta a porre tetti retributivi ai dipendenti delle società partecipate (anche) dalle regioni¹⁵⁴ ha già superato uno scrutinio di costituzionalità.

La Corte costituzionale, infatti, con la sentenza n. 153 del 2015, ha fornito, in proposito, ben due argomenti volti ad escludere l'eventuale lesione di competenze regionali, sia con riferimento all'autonomia finanziaria, sia con riferimento alla materia dell'organizzazione amministrativa delle regioni.

In primo luogo, la Corte chiarisce che una tale normativa resta nei limiti della competenza statale in tema di principi fondamentali di coordinamento della finanza pubblica e non è ravvisabile alcuna violazione della potestà legislativa residuale delle regioni in materia di organizzazione

¹⁴⁹ La somma è al lordo dei contributi previdenziali e assistenziali e degli oneri fiscali a carico del beneficiario.

¹⁵⁰ Sono in ogni caso fatte salve le disposizioni legislative e regolamentari che prevedono limiti ai compensi inferiori a quelli previsti dal decreto.

¹⁵¹ Cfr., attualmente, il D.M. 24 dicembre 2013, n. 166, "Regolamento relativo ai compensi per gli amministratori con deleghe delle società controllate dal Ministero dell'economia e delle finanze, ai sensi dell'ex articolo 23-bis del Decreto-Legge 6 dicembre 2011, n. 201, convertito, con modificazioni, dalla Legge 22 dicembre 2011, n. 214", che prevede tre fasce sulla base di indicatori di vario tipo e limiti massimi riferiti al trattamento economico del Primo presidente della Corte di Cassazione rispettivamente nelle percentuali del 100%; 80% e 50%.

¹⁵² Come, pure, ci si potrebbe interrogare sulla computabilità di trattamenti diversi da quelli puramente "economici": si pensi, ad esempio, a possibili *benefit* di varia natura.

¹⁵³ Si pone questo interrogativo A. MARESCA, relazione al *Workshop* "Rapporti di lavoro e società pubbliche", tenutosi presso l'Università di Roma La Sapienza il 2 dicembre 2016.

¹⁵⁴ Art. 13, comma 1, del D.L. n. 66 del 2014, conv. con mod. in Legge n. 89 del 2014.

amministrativa, “in quanto quest’ultima recede a fronte di misure di coordinamento finanziario necessariamente uniformi sull’intero territorio nazionale”.

In secondo luogo, per chiudere definitivamente la questione, la Corte aggiunge che “il trattamento economico dei dipendenti pubblici va ricondotto alla materia dell’«ordinamento civile», prevalendo quest’ultimo ambito di competenza su ogni tipo di potestà legislativa delle Regioni, e quindi anche sulla legislazione esclusiva in materia di organizzazione amministrativa e su quella concorrente in materia di coordinamento della finanza pubblica.

Alla luce di queste affermazioni si deve concludere, pertanto, che la nuova disciplina limitativa dei compensi per le società a controllo pubblico non sembra interessata dalla incostituzionalità eventuale paventata dalla sentenza della Corte costituzionale n. 251 del 2016.

Lo stesso sembra potersi dire per le altre disposizioni in materia di trattamenti economici contenute nell'art. 11 del D.Lgs. n. 175 del 2016, aventi ad oggetto limiti alla corresponsione della retribuzione variabile e di trattamenti di fine mandato, anch'esse ascrivibili alla legislazione statale in materia di ordinamento civile.

Per quanto attiene al primo aspetto, il decreto ministeriale richiamato dall'art. 11, comma 6, del D.Lgs. n. 175 del 2016 dovrà stabilire altresì i criteri di determinazione della parte variabile della remunerazione, commisurata ai risultati di bilancio raggiunti dalla società nel corso dell'esercizio precedente, parte variabile che, non potrà essere corrisposta “in caso di risultati negativi attribuibili alla responsabilità dell'amministratore”¹⁵⁵.

Questa formulazione suscita una certa perplessità, in quanto per la mancata corresponsione della parte variabile basta il mero dato di fatto del mancato raggiungimento degli obiettivi o dei risultati attesi; il riferimento all'imputabilità viene in rilievo, casomai, ed ha senso, nella diversa ipotesi dell'applicazione delle misure previste per la responsabilità dirigenziale nelle pubbliche amministrazioni¹⁵⁶.

Un'interpretazione letterale della disposizione rischia, pertanto, di generare una sorta di corto circuito normativo, legittimando la corresponsione della parte variabile anche laddove gli obiettivi non siano raggiunti senza colpa dei dirigenti¹⁵⁷.

Con riferimento, invece, ai trattamenti di fine mandato, l'art. 11, comma 10, del D.Lgs. n. 176 del 2016, vieta 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.

La *ratio* della norma è chiara nell'obiettivo di eliminare gli abusi collegati alla corresponsione di buonuscita particolarmente ricche, anche al fine di eludere la disciplina limitativa dei compensi.

Vale la pena sottolineare che l'uso del termine “corrispondere” rende applicabile il divieto anche ai trattamenti già concordati prima dell'entrata in vigore del decreto e non ancora corrisposti.

¹⁵⁵ Art. 11, comma 6, ultimo periodo, del D.Lgs. n. 175 del 2016.

¹⁵⁶ Cfr. l'art. 21 del D.Lgs. n. 165 del 2001.

¹⁵⁷ Il riferimento alla parte variabile rende naturale pensare ai dirigenti come principali destinatari della disposizione, sebbene la stessa sia riferita anche ai dipendenti.

9. Il divieto di stipulare patti di non concorrenza.

Un'ultima menzione merita, infine, il secondo periodo dell'art. 11, comma 6, che vieta alle società a controllo pubblico di stipulare “patti o accordi di non concorrenza, anche ai sensi dell'articolo 2125 del codice civile”.

Anche in questa ipotesi la *ratio* della norma risponde alla finalità di contrastare gli abusi volti ad eludere la disciplina in materia di limiti ai compensi attraverso la stipulazione di patti che prevedono un corrispettivo da parte della società controllata.

Se si ragiona, però, in termini fisiologici e non patologici, il divieto può penalizzare molto le società a controllo pubblico virtuose rispetto alle società non controllate, privandole di uno strumento che può effettivamente rispondere ad esigenze di tutela della società stessa.

L'oggetto del divieto non è limitato ai soli patti *ex art.* 2125 c.c., che, come è noto, sono nulli se la limitazione allo svolgimento di attività da parte del prestatore di lavoro per il periodo successivo alla cessazione del contratto non risulta da atto scritto, se non è previsto un corrispettivo e se il vincolo non è contenuto entro determinati limiti di oggetto, di tempo e di luogo, ma ricomprende anche gli accordi stipulati successivamente alla cessazione del rapporto, ai sensi dell'art. 2596 c.c..

In ogni modo, la limitazione dei patti o degli accordi di non concorrenza attiene senza dubbio alla materia dell'ordinamento civile e, dunque, non si pongono per questa disposizione problemi in ordine alla eventuale illegittimità costituzionale per violazione del principio di leale collaborazione in caso di società controllate dalle regioni.

10. L'incompatibilità tra rapporto di lavoro e carica di amministratore.

L'art. 11, comma 12 del D.Lgs. n. 175 del 2016 stabilisce l'incompatibilità tra la titolarità di un rapporto di lavoro con la società a controllo pubblico e la carica di componente dell'organo di amministrazione della società stessa.

In caso di assunzione della carica di amministratore si produce un automatico effetto legale di collocamento in aspettativa non retribuita, con sospensione dell'iscrizione ai competenti istituti di previdenza e assistenza, a meno che il dipendente non rinunci al compenso a qualunque titolo dovuto per la carica di amministratore.

In altri termini, in una logica di risparmio di spesa attraverso il divieto di duplicazione dei compensi erogati dalle società a controllo pubblico, la carica di amministratore può essere assunta da un dipendente solo a titolo gratuito.

Anche in questa ipotesi la materia rientra nell'ordinamento civile non pone problemi con riferimento alle società a controllo pubblico regionale.

11. Le garanzie per i dipendenti in particolari vicende.

L'ultimo blocco di disposizioni in materia di rapporto di lavoro riguardano le garanzie dei dipendenti delle società a controllo pubblico a seguito di particolari vicende: la reinternalizzazione di funzioni o servizi e la scadenza di appalti.

11.1. La reinternalizzazione di funzioni o servizi.

L'art. 19 comma 8 pone un limite alle facoltà assunzionali delle amministrazioni controllanti in caso di reinternalizzazione di funzioni o servizi esternalizzati a società da loro controllate

In questa eventualità, prima di poter effettuare nuove assunzioni, è previsto l'obbligo in capo alle amministrazioni controllanti di reinternalizzare il personale già dipendente a tempo indeterminato da pubbliche amministrazioni e successivamente transitato alle dipendenze della società interessata dal processo di reinternalizzazione¹⁵⁸.

È importante individuare con chiarezza l'ambito di applicazione soggettivo di questa norma: oggetto del riassorbimento sono solo i dipendenti della società controllata che in precedenza erano già stati titolari di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato con una pubblica amministrazione.

Si tratta di soggetti che hanno avuto accesso al pubblico impiego attraverso le procedure concorsuali di cui all'art. 35 e sotto questo aspetto la norma risulta in linea con la giurisprudenza della Corte costituzionale, attenta ad evitare che in tal modo si realizzi una deroga ingiustificata al principio del concorso quale modalità privilegiata di accesso ai pubblici impieghi¹⁵⁹.

Non è necessario, però, che il rapporto di lavoro a tempo indeterminato fosse già in essere con l'amministrazione controllante che procede alla reinternalizzazione: può trattarsi di qualunque altra pubblica amministrazione.

Questa disposizione, nel momento in cui si applica anche alle amministrazioni regionali, pone fondati dubbi di legittimità costituzionale per violazione del principio di leale collaborazione.

Il reclutamento del personale regionale, infatti, è materia ascrivibile all'organizzazione amministrativa della regione¹⁶⁰ e, sotto questo aspetto, l'obbligo di "reinternalizzazione", seppur soggetto a limiti, alla luce della sentenza n. 251 del 2016 sembra effettivamente realizzare una lesione delle competenze regionali.

11.2. La successione di appalti.

Gli stessi problemi non sembrano porsi, invece, con riferimento, alle garanzie per il personale delle società a controllo pubblico in caso di successione di appalti, di cui all'art. 24, comma 9, del D.Lgs. n. 175 del 2016.

Ai sensi di questa disposizione, all'esclusivo fine di favorire i processi di revisione delle partecipazioni¹⁶¹, che dovrebbero portare ad una riduzione delle società pubbliche, in occasione della

¹⁵⁸ Alla reinternalizzazione si procede mediante l'utilizzo delle procedure di mobilità di cui all'articolo 30 del Decreto legislativo n. 165 del 2001, nel rispetto dei vincoli in materia di finanza pubblica e contenimento delle spese di personale, nei limiti dei posti vacanti nelle dotazioni organiche dell'amministrazione interessata e nell'ambito delle facoltà assunzionali disponibili.

¹⁵⁹ Cfr. C. Cost., 23 luglio 2013, n. 227, sull'illegittimità costituzionale di una norma che prevedeva, in difetto di regolare procedura concorsuale, l'automatico passaggio nell'amministrazione regionale di personale dipendente di una società controllata.

¹⁶⁰ Vedi nota n. 27.

¹⁶¹ Ai sensi dell'art. 24, comma 1, del D.Lgs. n. 175 del 2016, entro sei mesi dall'entrata in vigore del decreto (quindi entro marzo 2017) ciascuna amministrazione pubblica deve effettuare la ricognizione delle partecipazioni possedute ed individuare quelle che devono essere alienate. L'alienazione deve avvenire entro un anno dalla ricognizione.

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, ai sensi dell'articolo 2112 del codice civile.

Si realizza così una deroga rispetto alla disciplina privatistica in materia di successione di appalti, che subordina l'applicazione dell'art. 2112 c.c. in questa ipotesi alle sole vicende in cui vi sia anche un passaggio di beni tra i due appaltatori¹⁶². L'art. 2112 c.c. non trova applicazione quando si registrino, invece, elementi di discontinuità che determinano una specifica identità di impresa" tra organizzazione del subentrante e organizzazione dell'appaltatore uscente¹⁶³.

In sostanza, al verificarsi delle condizioni previste dalla legge, si verificano gli effetti dell'art. 2112 c.c. in caso di trasferimento di azienda ed i dipendenti della società interessata dal processo di revisione delle partecipazioni (appaltatore uscente) passano alle dipendenze del subentrante.

La garanzia opera, tuttavia, una sola volta, in occasione della prima gara di appalto successiva, e solo con riferimento a società interessate dalla procedura di revisione delle partecipazioni.

Posto che tali procedure sono soggette a termini¹⁶⁴ e che la garanzia è riconosciuta "all'esclusivo fine" di favorire dette procedure, la stessa garanzia sembra dover operare in pendenza dei medesimi termini.

È ancora presto per verificare se in che termini questa garanzia si rivelerà effettiva: certamente, dal punto di vista dell'opportunità, l'aspirante nuovo appaltatore valuterà con attenzione se proporsi per un appalto che prevede il passaggio dei dipendenti della società controllata "uscente".

In ogni modo, la materia appare assolutamente riconducibile all'ordinamento civile e non si pongono problemi in ordine alla eventuale incostituzionalità della disciplina con riferimento ad eventuali società controllate dalle regioni limitatamente a questo aspetto.

Altro discorso è, invece, valutare la legittimità costituzionale di normative limitative dell'autonomia regionale in ordine alle scelte in materia di partecipazioni azionarie.

La stessa sentenza della Corte costituzionale n. 251 del 2016, infatti, richiama la precedente giurisprudenza che ha considerato illegittimo sciogliere o privatizzare società pubbliche delle regioni, sottraendo alle medesime la scelta in ordine alle modalità organizzative di svolgimento delle attività di produzione di beni o servizi strumentali alle proprie finalità istituzionali, per violazione della competenza legislativa residuale in materia di organizzazione amministrativa della regione¹⁶⁵.

12. Conclusioni.

A conclusione di questa breve panoramica delle principali disposizioni in materia di rapporto di lavoro alle dipendenze delle società a controllo pubblico contenute nel D.Lgs. n. 175 del 2016 sembra possibile rilevare come la maggior parte degli aspetti regolati dal testo unico risultino immuni dalla incostituzionalità eventuale paventata dalla sentenza della Corte costituzionale n.

¹⁶² Cfr., da ultimo, Cass., 6 dicembre 2016, n. 24972.

¹⁶³ Art. 29, comma 3, del D.Lgs. 276 del 2003, nel testo novellato dalla Legge n. 122 del 2016.

¹⁶⁴ Vedi, *supra*, nota n. 52.

¹⁶⁵ C. Cost., 23 luglio 2013, n. 229, richiamata dal punto 7.1 della sentenza n. 251 del 2016.

251 del 2016, nonostante la normativa delegante sia stata adottata in violazione del principio di leale collaborazione tra stato e regioni.

Per quanto appurato, infatti, l'incostituzionalità della Legge delega non si trasmette automaticamente alla disciplina attuativa, laddove quest'ultima non si riveli effettivamente lesiva delle competenze regionali.

Tali competenze non sembrano lese né con riferimento alle disposizioni in materia di reclutamento¹⁶⁶ né con riguardo a quelle in materia di contenimento degli oneri contrattuali e delle assunzioni¹⁶⁷, né per quanto attiene alle disposizioni limitative dei trattamenti economici¹⁶⁸, né con riguardo a quelle in tema di incompatibilità con la carica di amministratore¹⁶⁹ e neppure rispetto alle garanzie dei dipendenti in caso di successione di appalti¹⁷⁰.

La mancata lesione delle competenze regionali rispetto a queste tematiche dipende da due fattori.

In primo luogo, dell'autonomia del rapporto tra amministrazione controllante e società controllata recentemente enfatizzato dalla Corte di Cassazione¹⁷¹.

Tale autonomia, in secondo luogo, consente di valorizzare ulteriormente la riconducibilità di molte delle disposizioni esaminate alle materie oggetto di legislazione esclusiva dello stato dell'ordinamento civile, nonché dalla competenza statale in materia di principi fondamentali di coordinamento della finanza pubblica.

Problemi di legittimità costituzionale, sembrano, invece, riscontrabili sia con riguardo alla disciplina transitoria del personale¹⁷², che ruota in gran parte intorno a procedure ed adempimenti di competenza regionale, sia con riferimento alla regolamentazione in materia di riassorbimento del personale in caso di reinternalizzazione di funzioni o servizi¹⁷³, nella parte in cui vincola anche le amministrazioni regionali.

In entrambi i casi, infatti, potrebbe risultare violato il principio di leale collaborazione per la lesione della competenza residuale in materia di organizzazione amministrativa delle regioni.

¹⁶⁶ Art. 19, commi 2, 3 e 4, del D.Lgs. n. 175 del 2016.

¹⁶⁷ Art. 19, commi 5, 6 e 7, del D.Lgs. n. 175 del 2016.

¹⁶⁸ Art. 11, commi 6 e 10, del D.Lgs. n. 175 del 2016.

¹⁶⁹ Art. 11, comma 12, del D.Lgs. n. 175 del 2016.

¹⁷⁰ Art. 24, comma 9, del D.Lgs. n. 175 del 2016.

¹⁷¹ Cass., Sez. Un., 1 dicembre 2016, n. 24591. Cfr. sul punto, par. 5. Il principio, come già accennato, viene ribadito, in modo innovativo, anche per le società *in house*, per le quali potrebbero altrimenti porsi maggiori problemi se fosse invece confermato il tradizionale orientamento volto a considerarle alla stregua di organi dell'amministrazione controllante.

¹⁷² Art. 25 del D.Lgs. n. 175 del 2016, ad eccezione del comma 5, che potrebbe essere utilizzato per questioni di opportunità.

¹⁷³ Art. 19, comma 8, del D.Lgs. n. 175 del 2016.