

Da "DANILO RISI" <[redacted]>

A "smacampaniaspa@pec.it" <smacampaniaspa@pec.it>

Data mercoledì 18 ottobre 2023 - 18:50



15737/2023
(19-10-2023)
Parere pro veritate per
regolarità procedura
selezione DIRETTORE
TECNICO ed AMMI

(1/1) Documento primario

RE: Richiesta parere pro veritate

C.A. Presidente CdA dott. Tommaso Sodano.

Si trasmette in allegato il parere richiesto.

Cordiali saluti

Daniilo Risi

In data 2023-10-13T12:58:40+0200, smacampaniaspa@pec.it <smacampaniaspa@pec.it> ha scritto:

Si trasmette, in allegato, il documento in oggetto.

Distinti saluti

--

Allegato(i)

Parere bando selezione Direttori.pdf (97 KB)

Quesito:

la società SMA Campania spa ha avviato una **procedura interna per una ricognizione selettiva per titoli e colloqui di due unità idonee alla nomina di Direttore Amministrativo e di Direttore Tecnico**, da inquadrare secondo il CCNL DIRIGENTI MANAGER ITALIA CONFCOMMERCIO applicato in Azienda.

Espletata la procedura ed individuate le unità idonee, prima di procedere al conferimento dei relativi incarichi, si chiede un parere legale sulla regolarità della procedura adottata e sulla eventuale sussistenza di ragioni ostative al conferimento.

Parere:

La normativa generale di riferimento è quella contenuta nel Testo Unico sulle società a partecipazione pubblica (TUSP), D.lgs 175/2016 con le modifiche apportate dal D.lgs. 100/2017.

Tale normativa scaturisce dalla delega contenuta negli artt. 16 e 18 L. 124/2015.

Il Testo Unico, operando un riordino complessivo della disciplina precedente di settore, riassume in un quadro organico le numerose disposizioni precedentemente vigenti in materia, ne ridisegna la disciplina con la finalità di razionalizzare il fenomeno delle società a partecipazione pubblica anche con riguardo ad un efficientamento delle loro gestione ed al conseguente contenimento della spesa pubblica.

La normativa relativa alla gestione del personale è contenuta nell'art. 19 del citato D.lgs 175/2016 che reca disposizioni in materia di gestione del personale delle società a controllo pubblico - comprese le società cd. *in house* come la SMA Campania s.p.a. Tali norme stabiliscono che i rapporti di lavoro sono disciplinati dalle stesse disposizioni che si applicano al settore privato, salvo specifiche disposizioni espressamente contenute nel provvedimento legislativo.

Il primo comma del citato articolo testualmente dispone: "*salvo quanto stabilito 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, dalla leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, ivi incluse quelle in materia di ammortizzatori sociali, secondo quanto previsto dalla normativa vigente e dai contratti collettivi*". Questa specifica disposizione in tema di rapporti di lavoro rafforza il criterio già affermato in via generale all'art. 1: "*Per tutto quanto non derogato dalle disposizioni del presente decreto, si applicano alle società a partecipazione pubblica le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali di diritto privato*".

Il legislatore ha, quindi, voluto affermare un principio generale valevole per le società a partecipazione pubblica: l'applicazione della disciplina generale contenuta nel codice civile e nelle leggi sui rapporti di lavoro subordinato, nonché quella dettata dalla contrattazione collettiva, fatte salve le diverse ed esplicite previsioni del decreto, conferendo, quindi, carattere di eccezionalità alla disciplina del decreto rispetto alla generale operatività del diritto privato.

Una espressa deroga dal sistema privatistico è prevista, sempre in tema di gestione del personale, con riferimento alle procedure da adottare per il reclutamento del personale.

Mentre l'imprenditore privato, infatti, opera in regime di sostanziale discrezionalità nell'assunzione di nuovo personale (al netto di limitati obblighi legali o contrattuali), in virtù del principio costituzionale sulla libertà di impresa, sancito nell'art. 41 Cost., l'amministratore di una società a controllo pubblico soggiace alle limitazioni e alle procedure stabilite dalla legislazione nazionale ed alle disposizioni eventualmente provenienti dal socio pubblico.

Alcune di queste norme sono dettate da politiche di bilancio e contenimento dei costi oltre dall'obbligo di osservare determinate procedure ispirate ai principi di trasparenza e imparzialità che regolano le assunzioni dirette alle dipendenze delle Pubbliche Amministrazioni.

Con riferimento a tale secondo gruppo di norme il D.lgs 175/2016 ha abrogato i commi 1, 2 e 3 dell'art. 18 del D.L 112/2008 ed ha dettato, al secondo comma del citato art. 19, in continuità con la *ratio* delle norme abrogate, criteri e modalità per il reclutamento del personale da parte delle società a controllo pubblico che operano in regime privatistico. L'art. 19 comma 2 D.lgs 175/2016 testualmente recita: *2. Le società a controllo pubblico stabiliscono, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale nel rispetto dei principi, anche di derivazione europea, di trasparenza, pubblicità e imparzialità e dei principi di cui all'articolo 35, comma 3, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165.*

In caso di mancata adozione dei suddetti provvedimenti, trova diretta applicazione il suddetto articolo 35, comma 3, del decreto legislativo n. 165 del 2001.

La norma, quindi, dispone che siano le stesse società partecipate, con propri provvedimenti, a stabilire criteri e modalità di reclutamento del personale; stabilisce che detti criteri e modalità siano ispirati ai principi di trasparenza, pubblicità e imparzialità di derivazione europea, nonché ai principi - e non alla lettera - di cui all'articolo 35, comma 3, D.Lgs.165/2001.

Solo in via residuale, in caso di mancata adozione dei suddetti provvedimenti, troverà applicazione diretta l'articolo 35, comma 3, D.Lgs.165/2001.

Infine, come norma di chiusura del sistema, il comma 4 dell'art. 19 stabilisce la nullità dei contratti di lavoro stipulati in assenza *dei provvedimenti o delle procedure di cui al comma 2*, fatti salvi gli effetti retributivi eventualmente maturati.

* * * * *

Delineato sommariamente il quadro normativo vigente, veniamo ora ad esaminare la situazione di SMA Campania spa e la specifica procedura posta in osservazione.

Con Determina del D.G n. 8 del 27/09/2022, su invito del CdA - richiamata la normativa nazionale vigente per le società in house, il regolamento interno per il reclutamento del personale, la contrattazione collettiva applicata in azienda e lo Statuto della stessa - si avviava una procedura

interna per una ricognizione selettiva per titoli e colloqui di due unità idonee alla nomina di Direttore Amministrativo e di Direttore Tecnico.

Il Regolamento per il reclutamento del personale e le progressioni di carriera del personale interno, approvato con determina del 30/01/2020, richiama espressamente i principi di trasparenza, pubblicità e imparzialità di cui all'art. 19 comma 2 del D.Lgs. n. 175/2016 e riporta testualmente i criteri indicati nell'art. 35 comma 2 del D.Lgs. n. 165/2001, e, in tal senso, assolve l'obbligo posto a carico delle società a controllo pubblico di stabilire con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale nel rispetto dei principi richiamati. Il Regolamento stabilisce, inoltre, che tali modalità siano applicate tanto al reclutamento del personale a tempo indeterminato, quanto a quello a tempo determinato.

Inoltre, esso appare pacificamente applicabile anche al reclutamento di personale in posizione dirigenziale, giacchè non è prevista una espressa limitazione in tal senso e, al contrario, la sua applicabilità anche all'area della Dirigenza è implicitamente richiamata dall'art 3 n. 7 Sezione I (7. *In caso di un profilo dirigenziale, il candidato deve rilasciare, in forma sostitutiva di atto notorio, le dichiarazioni di cui all'art. 20 del d.lgs. 39/2013 e all'art. 14 del d.lgs. 33/2013*).

L'Avviso per la selezione interna, poi, ottempera all'onere di una adeguata pubblicità tramite pubblicazione sul sito della società, e stabilisce criteri e modalità della selezione che, se effettivamente seguiti, paiono correttamente rispondere a quelli indicati dal comma 2 dell'art. 35 D.Lgs. n. 165/2001, sia per quanto riguarda la composizione della Commissione, sia con riferimento alla adozione di meccanismi oggettivi e trasparenti, prevedendo una valutazione comparativa dei candidati con una graduatoria di merito e la prefigurazione di punteggi per la valutazione dei titoli e del colloquio.

A parere dello scrivente, poi, non esiste per le società a controllo pubblico un obbligo legale di prevedere una riserva di posti per personale esterno, in ipotesi di progressioni di carriera.

La norma, di cui all'art. 52 co. 1bis D.Lgs. 165/2001, prevede per le pubbliche amministrazioni la possibilità di una riserva di legge per personale interno, ma, non essendo espressamente richiamata dal D.Lgs. 175/2016, tale norma non trova applicazione alle società a controllo pubblico operanti in regime privatistico. Tale tesi è supportata, oltre che da una interpretazione letterale della legge, anche da una lettura sistemica e comparata delle norme, che portano ad escludere la possibilità di una sua applicazione in via analogica al settore privatistico.

Si rileva infatti, che l'art. 52 co 1bis D.L. 165/2001 in tema di Disciplina delle mansioni, recita: *"Le progressioni fra le aree avvengono tramite concorso pubblico, ferma restando la possibilità per l'amministrazione di destinare al personale interno, (..) una riserva di posti comunque non superiore al 50 per cento di quelli messi a concorso"* La previsione del ricorso al concorso

pubblico per la copertura di incarichi dirigenziali nella P.A. è coerente con il sistema complessivo delineato dalla L. 165/2001 che, tra le altre cose, all'art. 19 co. 1 D.L. 165/2001 stabilisce che *al conferimento degli incarichi e al passaggio ad incarichi diversi - nella P.A. - non si applica l'articolo 2103 del codice civile*. Viceversa, è pacifico e supportato da una costante giurisprudenza di merito e di legittimità, che l'art. 2103 cc - nella parte in cui riconosce al lavoratore che abbia svolto mansioni superiori il diritto, oltre che alla retribuzione corrispondente, anche al superiore inquadramento - trovi applicazione nelle società a controllo pubblico.

Quindi, in questo caso, in assenza di una specifica deroga trova applicazione la normativa stabilita dal codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa.

D'altronde, quando il legislatore ha voluto disporre diversamente lo ha fatto in modo esplicito, come nel caso dell'art. 19 co 4 D.Lgs. 175/2016 che, stabilendo la nullità dei contratti stipulati in violazione del comma 2, renderebbe impossibile la conversione dei contratti a termine, come avviene, invece, nel settore privato.

Sulla durata degli incarichi dirigenziali messi a bando, pare esserci nell'Avviso una incongruenza tra quanto stabilito all'art. 1 (*Durata incarichi 3 anni, rinnovabili*) e quanto indicato all'art. 13 (*L'incarico, per ambo le posizioni eventualmente rinnovabile alla scadenza, ha validità di un anno dalla data di sottoscrizione degli atti di nomina, eventualmente rinnovabile fino ad un massimo di tre*). Pure nella ipotesi che dovesse trattarsi di un semplice refuso contenuto nell'art. 13, è opportuno che la durata degli incarichi ad affidarsi tenga conto della *tutela dell'affidamento dei terzi* e che, conseguentemente, la durata degli stessi non superi la durata complessiva di anni tre.

* * * * *

In conclusione, quindi, con le considerazioni da ultimo illustrate, l'Avviso appare coerente con la ratio e la lettera del D.Lgs. 175/2016, con lo Statuto della SMA Campania spa, con il regolamento aziendale in tema di rapporti con il personale ed anche con le indicazioni del socio pubblico – Regione Campania – in tema di riduzione dei costi del personale.

Nulla osta, quindi, alla sottoscrizione degli incarichi fino a tre anni di Direttore Amministrativo e di Direttore Tecnico, preferibilmente con contestuale sottoscrizione, in sede protetta, da parte dei designati di una espressa rinuncia, ai sensi dell'art. 2103 cc, al diritto alla assegnazione definitiva nel ruolo dirigenziale.

La nuova formulazione dell'art. 2103 cc, infatti, prevede espressamente, al comma 7 (*salva diversa volontà del lavoratore*), la possibilità per il dipendente di rinunciare all'esercizio di tale diritto, diversamente da quanto previsto nella formulazione precedente alla novella del 2015 che stabiliva, espressamente, la nullità di patti contrari alla legge.

La sottoscrizione di un apposito atto di rinuncia alla assegnazione definitiva nei ruoli dirigenziali sarebbe maggiormente coerente con la formulazione dell'Avviso (*durata incarichi 3 anni*) e fugherebbe ogni dubbio residuo sulla natura della procedura espletata, finalizzata alla attribuzioni di funzioni dirigenziali a tempo determinato.

Tale rinuncia può essere formulata anche in via preventiva dal lavoratore, quindi, nel nostro caso, al momento del conferimento dell'incarico.

Pur nel silenzio della legge si ritiene, però, che una rinuncia di tale natura sia opportuno avvenga in sede protetta, secondo il disposto dell'art. 2113 ultimo comma; che abbia carattere specifico e non generale, venga, cioè, espressamente riferita all'incarico di Direttore Tecnico o Amministrativo, della durata di anni tre, conferito in virtù dell'espletamento dell'Avviso di cui alla Determina del D.G n. 8 del 27/09/2022.

Una diversa e più generica formulazione della rinuncia, infatti, potrebbe esporla ad un giudizio di nullità.

Ritenuto di avere assolto all'incarico conferitomi, resto a disposizione per ogni eventuale, ulteriore, chiarimento.

Napoli, 18/10/2023

In fede
avv. Danilo Risi