

Corte di cassazione - Sezione lavoro -
Sentenza 10 aprile-23 luglio 2019
n. 19925

IL COMMENTO

Cristina Petrucci

Con la sentenza in commento, la Corte di cassazione si è pronunciata in tema di reclutamento presso una società a partecipazione pubblica ribadendo il divieto di conversione dei contratti a termine nulli stipulati senza l'osservanza delle regole concorsuali.

La fattispecie esaminata era regolata dall'articolo 18 del decreto legge 112/2008 convertito dalla legge 133/2008 (abrogato dal decreto legislativo 175/2016, cosiddetto "Testo unico delle società a partecipazione pubblica", articolo 28 della lettera g), che, al comma 2 prescriveva alle società a partecipazione pubblica totale o di controllo di adottare «con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi, anche di derivazione comunitaria, di trasparenza, pubblicità ed imparzialità».

Per la Suprema corte non c'è conversione del contratto a termine illegittimo in quello a tempo indeterminato
I giudici di legittimità, confermando il proprio orientamento, hanno statuito che, essendo anche le suddette società assoggettate alla regola della concorsualità, ossia al previo esperimento di procedure

La veste privatistica non può eludere i principi della Pa

La Cassazione conferma la necessità di impedire che società soggette al controllo esclusivo dell'amministrazione pubblica in ragione della veste formalmente privatistica, possano definire gli aspetti organizzativi delle proprie strutture in modo totalmente svincolato dal rispetto dei principi minimi essenziali dell'azione pubblica.

selettive nel rispetto dei principi sopra richiamati, riferibili all'articolo 97 della Costituzione, il lavoratore assunto con contratto di lavoro a termine illegittimo, ossia senza il rispetto di dette regole procedurali, non può pretendere la conversione del rapporto a tempo indeterminato.

Nella sentenza viene precisato che la disposizione di cui all'articolo 18 citato non disponeva circa le conseguenze dell'inosservanza delle prescrizioni relative al reclutamento del personale ma, richiamando Cassazione n. 3621/2018, ribadisce il principio secondo cui detta disposizione ha natura imperativa e, pertanto, l'omesso esperimento delle procedure selettive di cui ai commi 1 (che estendeva alle società a totale partecipazione pubblica che gestiscono servizi pubblici locali i criteri di cui all'articolo 35, comma 3, del decreto legislativo 165/2001, stabiliti in tema di reclutamento del personale appartenente alla pubblica amministrazione) e 2 citato, essendo entrambe espressione dei principi di cui all'articolo 97 della

Costituzione, determina la nullità del contratto, ai sensi dell'articolo 1418, comma 1, del codice civile, perché la violazione attiene al momento genetico della fattispecie negoziale.

La norma abrogata è stata sostituita dall'articolo 19 del decreto legislativo 175/2016, cosiddetto "Testo Unico delle società a partecipazione pubblica" che ha accorpato le due ipotesi di cui ai commi 1 e 2 del decreto legge 112/2008 e ha previsto che i regolamenti interni sul reclutamento del personale si debbano adeguare ai principi, anche di derivazione europea, di trasparenza, pubblicità e imparzialità, nonché ai principi di cui all'articolo 35, comma 3, del decreto legislativo 165/2001. Inoltre, l'articolo 19 del Tusp, a differenza dell'abrogato articolo 18 del decreto legge 112/2008, prevede espressamente al quarto comma la nullità dei contratti di lavoro, sia a tempo determinato che a tempo indeterminato, stipulati in violazione delle procedure di reclutamento.

Tuttavia, la Corte, nella senten-

za in commento, tiene a precisare richiamando sempre il proprio precedente (Cassazione n. 3621 del 2018 citata) che il richiamato articolo 19, nel prevedere la nullità dei contratti stipulati, ha solo reso esplicita una conseguenza già desumibile dai principi sopra richiamati in tema di nullità "virtuali", assumendo pertanto tale posizione una valenza chiarificatrice della disciplina previgente sulla quale, in merito a tale problematica, a suo tempo si erano espressi orientamenti discordanti.

Si osserva che la stessa Corte di cassazione con sentenza n. 4358 del 2018 è andata oltre richiamando, a sua volta, la Corte costituzionale, che in più pronunce ha evidenziato la assimilabilità al lavoro pubblico dei rapporti instaurati con le società partecipate e ha escluso che una difformità di trattamento con l'impiego privato, rispetto alla sanzione generale della conversione di cui al decreto legislativo 368/2001, sia ingiustificata ove vengano in rilievo gli interessi tutelati dall'articolo 97 della Costituzione e in particolare le esigenze di imparzialità e di efficienza dell'azione amministrativa (Corte costituzionale 89/2003), esigenze che, ad avviso dello stesso Giudice delle leggi, stanno alla base della disciplina dettata dal richiamato articolo 18 del decreto legge n. 112/2008 (Corte costituzionale 68/2011).

Nell'attuale Tusp, il legislatore, pur ribadendo la non assimilabilità delle società partecipate agli enti pubblici e la inapplicabilità ai rapporti di lavoro dalle stesse instaurati delle disposizioni dettate dal decreto legislativo 165/2001, ha sancito l'applicazione alle stesse delle norme di diritto privato

(cfr. articolo 1, comma 3, e articolo 19, comma 1), prevedendo significative deroghe alla disciplina generale (tra cui la necessità delle procedure concorsuali per il reclutamento del personale con applicazione dell'articolo 35 del decreto legislativo 165/2001 a tutte le società a controllo pubblico) che trovano la loro giustificazione nella

Il rispetto dei principi pubblicistici appare ormai confermato con l'entrata in vigore del Dlgs 175/2016 (Tusp)

natura (pubblica) del socio unico o maggioritario e negli interessi collettivi da quest'ultimo curati, sia pure attraverso lo strumento societario.

Il rispetto, da parte delle società pubbliche, dei principi pubblicistici nell'ambito delle procedure di reclutamento del personale appare ormai definitivamente confermato con l'entrata in vigore del decreto legislativo 175/2016 (Tusp).

È stato, infatti, affermato (M. Falsone, «Gli enti pubblici economici e le società partecipate: profili giuslavoristici fra diritto privato e legislazione speciale», giugno 2017) che il legislatore del 2016 attraverso la diretta applicazione *tout court* dell'articolo 35, comma 3, del decreto legislativo 165/2001 - in caso di mancata adozione da parte delle società pubbliche dei provvedimenti per il reclutamento che comunque devono essere ispirati ai principi di cui all'articolo 35, comma 3 - abbia voluto rinforzare il profilo pubblicistico delle

procedure di reclutamento richieste a dette società.

Ciò trova la sua ragione giustificatrice, come afferma la Corte nella sentenza in commento, «nella necessità di impedire che società soggette al controllo esclusivo dell'amministrazione pubblica... in ragione della veste formalmente privatistica, possano definire gli aspetti organizzativi delle proprie strutture in modo totalmente svincolato dal rispetto dei principi minimi essenziali dell'azione pubblica (cfr., Corte dei conti, Sezione regionale di controllo per la Liguria, deliberazione 9 ottobre, n. 55/2014)».

Il contributo della giurisprudenza di merito

Il tema era stato già oggetto di decisioni anche da parte della giurisprudenza di merito.

La Corte di appello di Ancona, con riferimento alle società a controllo pubblico, con sentenza n. 1278/2012, aveva escluso la possibilità di conversione del contratto a termine in contratto a tempo indeterminato, in quanto per l'assunzione del personale, come nella pubblica amministrazione in generale, è obbligatorio il concorso. Nello stesso senso, Tribunale di Monza, sentenza n. 420/2015 e Tribunale di Roma, sentenza n. 7991/2017.

In senso contrario, si era espresso invece, Tribunale di Firenze, sentenza 10 gennaio 2013 che, con riferimento alle società *in house*, ammette, invece, la conversione posto che, per le società a partecipazione pubblica, non esiste una disposizione quale l'articolo 36 del decreto legislativo 165/2001 (a norma del quale «la violazione di disposizioni impera-

tive riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori, da parte delle pubbliche amministrazioni, non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le medesime pubbliche amministrazioni», né a questa rinvia alcuna delle norme di settore; Tribunale di Massa, sentenza 9 gennaio 2013; Cassazione 23702/2013.

Le motivazioni della Cassazione sulla distinzione tra reclutamento e concorso

Fermi i principi sopra enunciati, tuttavia, la Corte di cassazione, nella sentenza in commento effettua una netta distinzione tra il procedimento di reclutamento previsto nell'abrogato articolo 18 del decreto legge 112/2008, convertito dalla legge 133/2008 e il concorso pubblico cui il primo non è equiparabile, tanto è vero che la stessa Corte costituzionale (sentenza n. 167/2013), ha escluso la possibilità di passaggio alle dipendenze della pubblica amministrazione di personale assunto da una società partecipata nel rispetto delle regole procedurali di cui all'abrogato articolo 18 citato, proprio in quanto quest'ultimo non garantisce il pieno rispetto delle procedure concorsuali di cui all'articolo 35 del decreto legislativo 165/2001, ma solo dei principi, definiti di natura "paraconcorsuale", anche se sono entrambi espressione dei principi di trasparenza, pubblicità e imparzialità di cui all'articolo 97 della Costituzione.

In ragione di ciò, pertanto, secondo i giudici di legittimità, i suddetti principi non sarebbero rispettati quando le selezioni siano caratterizzate da arbitrarie for-

me di restrizione dei soggetti legittimati a parteciparvi essendo elemento essenziale del concorso la natura comparativa e aperta della procedura, come allo stesso modo violano il carattere pubblico del concorso, procedure selettive riservate che escludano o riducano in modo irragionevole la possibilità di accesso dall'esterno.

Osservare procedure selettive e applicare norme di diritto privato pone problemi di coordinamento

Secondo alcuni, la portata innovativa dell'articolo 19 del decreto legislativo 175/2016 rispetto al previgente testo legislativo del 2008, sta nel fatto che esso dispone in modo molto netto che, in caso di mancata adozione da parte delle società a controllo pubblico dei provvedimenti che stabiliscano criteri e modalità di reclutamento, «trova diretta applicazione» l'articolo 35, comma 3, del decreto legislativo 165/2001.

L'effetto è quello di allineare completamente le procedure assunzionali ai criteri prescritti per le amministrazioni pubbliche (G. Fontana, «Società pubbliche e rapporti di lavoro, fra riorganizzazione e crisi di un modello», Adl, 2/2018, 415 ss.).

Sotto il profilo risarcitorio, si osserva che Cassazione n. 3621 del 2018 ha respinto anche la domanda proposta dal lavoratore relativa al preteso danno sofferto per la mancata conversione posto che il pregiudizio è risarcibile solo se in-

giusto e tale non può certo ritenersi la conseguenza che sia prevista da una norma di legge, non sospettabile di illegittimità costituzionale o di non conformità al diritto dell'Unione europea.

La necessità di osservare procedure concorsuali e selettive per l'assunzione di personale nell'ambito delle società partecipate, da una parte, e l'applicazione espressa delle norme di diritto privato, dall'altra, pone inevitabili problemi di coordinamento tra norme. Si pensi ad esempio al caso del trasferimento di azienda ai sensi dell'articolo 2112 del codice civile, in quanto la continuazione del rapporto di lavoro con il cessionario (ove si tratti di società a controllo pubblico), potrebbe essere impedita dalla previsione dell'articolo 19 del decreto legislativo n. 175 citato che, come si è visto, impone ai fini della costituzione del rapporto di lavoro l'osservanza delle regole concorsuali.

Sul tema le voci sono dissonanti. Infatti, mentre secondo alcuni (M. Miscione, «Trasferimenti o subentri negli appalti e affidamenti delle società a controllo pubblico», «Lavoro nella giurisprudenza» 2018, 1, pagine 15 e seguenti), soprattutto dopo il decreto legislativo 175/2016, l'obbligo del concorso per l'assunzione, sancito dal legislatore a pena di nullità (articolo 19, comma 4) comporterebbe anche il divieto di un trasferimento di azienda in base all'articolo 2112 del codice civile in assenza di una prova selettiva, secondo altri (M. Menicucci, «Il rapporto di lavoro nelle società controllate. Problematiche passate e presenti, prospettive future», «Lavoro nella giurisprudenza», 2018, 8/9, pagine 757 e seguenti), la regola con-

corsuale di cui all'articolo 97 della Costituzione dovrebbe cedere il posto al diritto al lavoro (articolo 4 della Costituzione) e alla parità di trattamento (articolo 3 della Costituzione) tra dipendenti privati e dipendenti delle controllate pubbliche (soggetti anch'essi, come si è detto, alle regole del lavoro privato per espressa volontà legislativa).

Tuttavia, la tendenza sembrerebbe da ultimo quella di ritenere che non si debba procedere a una selezione ove, come nell'ipotesi di cui all'articolo 2112 del codice civile a fronte dell'acquisizione di un ramo di azienda, si verifichi la prosecuzione del rapporto di lavoro in capo alla società a controllo pubblico.

La medesima problematica si pone nei casi di cambio di appalto, soprattutto all'indomani dell'entrata in vigore del decreto legislativo 56/2017 che, come noto, ha modificato l'articolo 50 del decreto legislativo 50/2016 e che ha previsto il necessario inserimento della clausola sociale nei bandi pubblici. Anche in questo caso, il passaggio di personale alle dipendenze della società controllata nel cambio di appalto è condizionato al previo esperimento di procedure selettive.

Allo stesso modo, la rivendicazione in giudizio della natura subordinata di un rapporto di lavoro autonomo (nella specie contratto a progetto) nell'ambito di una società a partecipazione pubblica trova un ostacolo nel previo esperimento delle procedure concorsuali (cfr. Tribunale di Napoli, 27 gennaio 2016).

Diversamente, viene negato il vincolo di un'ulteriore selezione di cui all'articolo 19, comma 2, del

decreto legislativo n. 175 citato, per l'inquadramento di lavoratori già in servizio in un livello superiore atteso che il suddetto vincolo riguarda solo le assunzioni e ciò anche nel caso in cui la promozione avvenga in una categoria superiore (ad esempio, dirigente) trattandosi di una vicenda evolutiva del medesimo rapporto sorto a se-

**Rigorosa la tesi per la quale
l'obbligo del concorso
comporta anche il divieto
a pena di nullità
di un trasferimento di azienda**

guito di una selezione (in tal senso, A. Maresca, «Il lavoro alle dipendenze delle società a controllo pubblico», AA.VV. - Giuffrè, 489 che, tuttavia, avverte la necessità di precisare che non sono ammessi comportamenti in frode all'articolo 19, comma 2, del decreto legislativo n. 175 citato, come ad esempio, nel caso di selezioni finalizzate a individuare lavoratori con certe caratteristiche, ma subito dopo l'assunzione, promossi a un livello superiore per il quale sarebbero stati previsti specifici requisiti di ammissione alla selezione di cui il candidato non era in possesso).

Sempre con riferimento alle promozioni, esclude la procedura di reclutamento anche F. Carinci «Rapporto di lavoro e società a partecipazione pubblica: l'evoluzione legislativa» Lavoro, Diritti, Europa, 2018/2), che però rimarca come nella vigenza dell'articolo 18 del decreto legge 112/2008, la giurisprudenza contabile aveva

riscontrato una responsabilità erariale in assenza delle procedure selettive (Corte dei conti Sicilia, sezione giurisdizionale, 13 marzo 2015 n. 244 e Corte dei conti Sicilia, appello 1° giugno 2017 n. 69).

Più rigorosa di tutte è la tesi di chi sostiene che, dopo il Testo unico n. 175/2016, l'obbligo del concorso per l'assunzione a pena di nullità, comporta anche il divieto a pena di nullità di un trasferimento di azienda in base all'articolo 2112 del codice civile, il divieto delle "trasformazioni" da lavoro autonomo a subordinato, da contratto a termine a quello a tempo indeterminato, dal tempo parziale al tempo pieno e anche delle promozioni verticali per le posizioni accessibili solo con concorso (M. Miscione, opera citata, 15 ss.).

Da ultimo, non per ordine di importanza, si segnala che sotto un profilo formale, il nuovo Tusp (articolo 19) sembrerebbe escludere il vincolo della selezione per il conferimento di incarichi di consulenza e collaborazione aventi natura autonoma, posto che lo stesso non fa più riferimento al «conferimento di incarichi» (contenuto invece nell'abrogato articolo 18 del citato decreto legge 118/2008).

Tuttavia, secondo i primi commentatori del Testo unico, pur nel silenzio della legge, la procedura di selezione comparativa dovrebbe ugualmente applicarsi anche per il conferimento dei suddetti incarichi, soprattutto nell'ottica della preventiva definizione di procedure atte a ridurre i rischi di corruzione nei processi negoziali delle pubbliche amministrazioni e delle società partecipate di cui sono socie. ●