

Corte di cassazione - Sezione Lavoro - Ordinanza 13 gennaio-7 febbraio 2022 n. 3768
Presidente Raimondi;
Relatore Piccone

Società “in house”, il reclutamento senza gara impedisce la conversione in rapporto indeterminato

LA MASSIMA

Lavoro e formazione - Pubblico impiego - Società a partecipazione pubblica cosiddette “in house” - Reclutamento del personale - Conversione dei rapporti di lavoro in rapporti a tempo indeterminato - Dl n. 112 del 2008, convertito con modificazione dalla legge n. 133 del 2008 - Procedure concorsuali o selettive - Criteri - Dlgs 165/2001, articolo 35 - Principi di trasparenza, pubblicità e imparzialità - Necessità - Articolo 97 della Costituzione - Violazione. Conseguenze. (Dl n. 112 del 2008, convertito con modificazione dalla legge n. 133 del 2008; Dlgs 165/2001, articolo 35; Costituzione, articolo 97)

In tema di società cosiddette “in house”, il reclutamento del personale, a seguito dell'entrata in vigore del Dl n. 112/2008, convertito con modificazione dalla legge n. 133/2008 avviene secondo i criteri stabiliti dall'articolo 35 del Dlgs n. 165/2001 che impongono l'esperimento di procedure concorsuali o selettive nel rispetto dei principi di trasparenza, pubblicità e imparzialità, sicché la violazione di tali disposizioni, aventi carattere imperativo derivando dall'articolo 97 della Costituzione, impedisce la conversione dei rapporti dedotti in giudizio in rapporti di lavoro subordinato a tempo indeterminato.

Ordinanza

sul ricorso 4837-2018

proposto da:

(OMISSIS) S.R.L. Socio Unico Regione Campania, incorporante di (OMISSIS) S.R.L., (OMISSIS) S.R.L., (OMISSIS) S.P.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, elettivamente domiciliato in (OMISSIS), presso lo studio dell'avvocato (OMISSIS), rappresentato e difeso dall'avvocato (OMISSIS);

- *ricorrente* -

contro

(OMISSIS), domiciliata in Roma Piazza Cavour presso la Cancelleria della Corte Suprema di Cassazione, rappresentata e difesa dall'avvocato (OMISSIS);

- *controricorrente* -

avverso la sentenza n. 5954/2017 della Corte d'Appello di Napoli, Depositata il 09/10/2017 R.G.N. 2012/2014;

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 13/01/2022 dal Consigliere Dott. Valeria Piccone.

Rilevato che:

Con sentenza n. 5954 del 9 ottobre 2017, la Corte d'appello di Napoli, in accoglimento dell'impugnazione proposta da (OMISSIS), ha dichiarato la sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato tra la stessa e l'(OMISSIS) s.r.l. a decorrere dal giugno 2011, per effetto dell'assunzione da parte della (OMISSIS) s.r.l., datore di lavoro interposto, condannando, conseguentemente, la società a provvedere alla ricostituzione della carriera della (OMISSIS) nonché al pagamento delle differenze retributive oltre accessori, da accertarsi in separato giudizio, ed alla rifusione delle spese;

in particolare, la Corte ha ritenuto ricorrere nella specie una ipotesi di intermediazione vietata di manodopera rilevando che, sulla base delle risultanze istruttorie acquisite, le prestazioni della ricorrente, addetta alle mansioni di guardiabarricade, costituivano attività propria della società ferroviaria, non esternalizzabile perché disciplinata dalla normativa in materia di traffico ferroviario, determinata dalla attività di esercizio ferroviario della tratta controllata da (OMISSIS) (oggi (OMISSIS) s.r.l.) e con l'utilizzo di attrezzature e sedi operative di quest'ultima, avendo il personale in questione anche ricevuto una specifica formazione profes-

sionale organizzata dalla (OMISSIS), e conseguito la corrispondente abilitazione professionale;

ha concluso, quindi, la Corte che i turni di lavoro, formalmente determinati dalla (OMISSIS), erano, in realtà, funzionalizzati alle esigenze della (OMISSIS), reputando, quindi, il rapporto di lavoro come costituito *ab origine* con la società appellata;

per la cassazione della sentenza propone ricorso l'(OMISSIS) s.r.l., affidandolo a due motivi;

resiste, con controricorso, (OMISSIS).

Considerato

che:

Con il primo motivo di ricorso la società ricorrente denuncia la violazione e/o falsa applicazione dei principi regolanti l'interposizione di manodopera in relazione al Decreto Legislativo n. 276 del 2003, articolo 29;

con il secondo motivo si allega la violazione della medesima normativa con riguardo alle conseguenze sanzionatorie dell'appalto illegittimo;

il primo motivo è infondato;

allega parte ricorrente in merito alla dedotta censura, che la sentenza di appello avrebbe erroneamente interpretato la normativa di cui al Decreto Legislativo n. 276 del 2003 nella misura in cui non ha tenuto conto dei presupposti per l'applicazione della stessa, intervenendo a sanzionare un appalto di servizi che in realtà non "mascherava" un illecito appalto di manodopera;

in particolare, la Corte non avrebbe tenuto in debito conto l'esistenza di un contratto fra le due società, nonché l'impegno dell'appaltatore di farsi carico del rispetto di tutta la normativa vigente, lasciando all'appaltatore piena autonomia nell'assunzione di personale e limitandosi ad esercitare soltanto un "gradimento" sullo stesso;

ritiene il Collegio che la censura si riveli espressa in violazione di quanto statuito dalle Sezioni Unite di questa Corte in ordine alla apparente deduzione di vizi ex articolo 360 c.p.c., comma 1, nn. 3 e 5 e cioè che è inammissibile il ricorso per cassazione che, sotto l'apparente deduzione del vizio di violazione o falsa applicazione di legge, di mancanza assoluta di motivazione e di omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio miri, in realtà, ad una rivalutazione dei fatti storici operata dal giudice di merito (cfr., SU n. 34776 del 2021);

posta tale premessa deve rimarcarsi, quanto al profilo dell'effettivo assoggettamento al potere direttivo del datore di lavoro, che la sentenza impugnata ha accertato a) che la lavoratrice doveva rispettare le istruzioni dell'appaltante; b) che la stessa seguì un corso formativo predisposto dalla interponente conseguendo la relativa abilitazione professionale; c) che i dipendenti di quest'ultima esercitavano i controlli sulla esecuzione delle prestazioni lavorative in parola verificandone le eventuali irregolarità;

ha, inoltre, accertato la Corte territoriale che le prestazioni lavorative della controricorrente, addetta alle mansioni di guardiabarricade, erano rese attraverso l'utilizzo di attrezzature e sedi operative della (OMISSIS) e il giudice di secondo grado, nel valorizzare tale aspetto, ha

confermato che l'utilizzo di attrezzature e beni della committente non rileva solo ove l'attività appaltata consista essenzialmente nell'esecuzione di un mero servizio organizzativo o logistico e si tratti di materiale di modesto o non apprezzabile valore, potendo in tal caso rilevare, ai fini dell'individuazione di un appalto genuino, l'esistenza di una effettiva ed autonoma organizzazione del lavoro da parte dell'appaltatrice (es. in materia di facchinaggio), mentre laddove si tratti di esecuzione di attività più complesse, non è sufficiente, al fine di escludere l'interposizione fittizia, la mera gestione organizzativa del rapporto (es. ferie, permessi, turni, etc.);

in tal senso e proprio con riferimento al servizio di manutenzione e sorveglianza dei passaggi a livello appaltata dal gerente della ferrovia a società esterna, questa Corte ha già ritenuto sussistere un'interposizione fittizia di manodopera (Cass. n. 12573/2019; Cass. n. 11120/06, Cass. n. 14996/05, Cass. n. 12363/03);

il giudice di secondo grado ha, poi, accertato che l'attività veniva resa «secondo le esclusive direttive tecniche e regolamentari fornite dal personale della (OMISSIS) all'uopo preposto»;

ritiene, pertanto, il Collegio che la genericità della censura avanzata non si confronti con il tessuto della motivazione, traducendosi in una richiesta di rivalutazione dell'accertamento operato dal giudice del merito, inammissibile in sede di legittimità;

perfettamente consono alla fattispecie appare, invece, il principio anche di recente ribadito in sede di legittimità (fra le tante, Cass. n. 18207 del 2020), secondo cui, in tema di divieto d'intermediazione di manodopera, il Decreto Legislativo n. 276 del 2003, articolo 29, comma 1, distingue il contratto di appalto dalla somministrazione irregolare di lavoro in base all'assunzione, nel primo, del rischio d'impresa da parte dell'appaltatore ed all'eterodirezione dei lavoratori utilizzati, la quale ricorre quando l'appaltante-interponente non solo organizza, ma dirige anche i dipendenti dell'appaltatore rimanendo sull'interposta solo compiti di gestione amministrativa del rapporto senza una reale organizzazione della prestazione lavorativa;

invero, affinché possa configurarsi un genuino appalto di opere o servizi ai sensi del Decreto Legislativo n. 276 del 2003, articolo 29, comma 1, è necessario verificare, specie nell'ipotesi di appalti ad alta intensità di manodopera (cd. "*labour intensive*"), che all'appaltatore sia stata affidata la realizzazione di un risultato in sé autonomo, da conseguire attraverso una effettiva e autonoma organizzazione del lavoro, con reale assoggettamento al potere direttivo e di controllo sui propri dipendenti, impiego di propri mezzi e assunzione da parte sua del rischio d'impresa, dovendosi invece ravvisare un'interposizione illecita di manodopera nel caso in cui il potere direttivo e organizzativo sia interamente affidato al formale committente, restando irrilevante che manchi, in capo a quest'ultimo, l'"*intuitus personae*" nella scelta del personale, atteso che, nelle ipotesi di somministrazione illegale, è frequente che l'elemento fiduciario caratterizzi l'intermediario, il quale seleziona i lavoratori per poi metterli a disposizione del reale datore di lavoro (Cass. n. 12551 del 2020);

il secondo motivo è fondato;

parte ricorrente sostiene, al riguardo, che non potrebbe ritenersi applicabile alla specie il Decreto Legislativo n. 276 del 2003, articolo 29, in quanto disposizione inapplicabile agli appalti commissionati da una pubblica amministrazione;

non v'è dubbio, in merito, che la disposizione normativa considerata abbia chiarito che le garanzie di cui all'articolo 29 «non trovano applicazione in relazione ai contratti di appalto stipulati dalle pubbliche amministrazioni di cui al Decreto Legislativo 30 marzo 2001, n. 165, articolo 1, comma 2»;

si tratta di disposizione applicabile a quelle che possono definirsi amministrazioni pubbliche: «Per amministrazioni pubbliche si intendono tutte le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le Regioni, le Province, i Comuni, le Comunità montane, e loro consorzi e associazioni, le istituzioni universitarie, gli Istituti autonomi case popolari, le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti i del Servizio sanitario nazionale, l'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni (ARALA) e le Agenzie di cui al Decreto Legislativo 30 luglio 1999, n. 300. Fino alla revisione organica della disciplina di settore, le disposizioni di cui al presente decreto continuano ad applicarsi anche al CONI»;

orbene, in tema di società cd. "in house", il reclutamento del personale, a seguito dell'entrata in vigore del Decreto Legge n. 112 del 2008, conv. con modif. in L. n. 133 del 2008, nel testo risultante dalle modifiche apportate dalla L. n. 102 del 2009 di conversione del Decreto Legge n. 78 del 2009, avviene secondo i criteri stabiliti dal Decreto Legislativo n. 165 del 2001, articolo 35, che impongono l'esperimento di procedure concorsuali o selettive, sicché la violazione di tali disposizioni, aventi carattere imperativo, come ha osservato questa Corte (Cass. n. 21378 del 2018) impedisce la conversione dei rapporti di lavoro a tempo determinato in rapporti a tempo indeterminato;

deve osservarsi che se, in tema di società partecipate, il capitale pubblico non muta, in via di principio, la natura di soggetto privato della società la quale, quindi, resta assoggettata al regime giuridico proprio dello strumento privatistico adoperato, ciò avviene salve specifiche disposizioni di segno contrario o ragioni ostative di sistema che portino ad attribuire rilievo alla natura pubblica del capitale impiegato e del soggetto che possiede le azioni della persona giuridica (cfr. Cass. S.U. n. 24591/2016 e con riferimento ai rapporti di lavoro Cass. S.U. n. 7759/2017);

nella specie la disposizione di segno contrario, come posto in evidenza da Cass. n. 3621/2018 e Cass. n. 3662/19, intervenuta in materia di società "in house", è rappresentata dal Decreto Legge n. 112 del 2008, articolo 18, convertito con modificazioni dalla L. n. 133 del 2008 che, nel testo risultante dalle modifiche apportate dalla L. n. 102 del 2009 di conversione del Decreto

Legge n. 78 del 2009, al comma 1 estende alle società a totale partecipazione pubblica che gestiscono servizi pubblici locali i criteri stabiliti in tema di reclutamento del personale dal Decreto Legislativo n. 165 del 2001, articolo 35, comma 3, ed al comma 2 prescrive alle «altre 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 e imparzialità», prevedendo, inoltre, al comma 2-bis che «le disposizioni che stabiliscono, a carico delle amministrazioni di cui al Decreto Legislativo n. 165 del 2001, articolo 1, comma 2, e successive modificazioni, divieti o limitazioni alle assunzioni di personale, si applicano, in relazione al regime previsto per l'amministrazione controllante, anche alle società a partecipazione pubblica locale totale o di controllo che siano titolari di affidamenti diretti di servizi pubblici locali senza gara, ovvero che svolgano funzioni volte a soddisfare esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale né commerciale, ovvero che svolgono attività nei confronti della pubblica amministrazione a supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione, come individuate dall'Istituto nazionale di statistica (ISTAT) ai sensi della L. 30 dicembre 2004, n. 311, articolo 1, comma 5»;

la violazione di tali disposizioni, di carattere imperativo, comporta che l'omesso esperimento delle procedure concorsuali previste dal c. 1 e di quelle selettive, richiamate nel comma 2, impedisce la conversione dei rapporti dedotti in giudizio in rapporti di lavoro subordinato a tempo indeterminato (Cass. n. 3621/2018, Cass. n. 21378/18);

deve, d'altronde, rilevarsi che il divieto di assunzione (o "conversione" di contratti di lavoro a termine nulli) nei confronti di società a totale partecipazione pubblica (*in house*) deriva dalle norme costituzionali ed in particolare dall'articolo 97 Cost., come più volte sottolineato dalla Corte Costituzionale (C. Cost. n. 29 del 2006, e già Corte Cost. n. 466/93); il secondo motivo di ricorso va pertanto accolto perché risulta *per tabulas* che il contratto di lavoro dedotto in giudizio fu stipulato successivamente all'operatività delle disposizioni contenute nel richiamato Decreto Legge n. 112 del 2008, articolo 18 (22/10/2008, sessanta giorni successivi all'entrata in vigore della legge di conversione), convertito con modificazioni dalla L. n. 133 del 2008; conseguentemente, rigettato il primo motivo, la sentenza impugnata deve cassarsi in relazione al secondo motivo accolto, con rinvio ad altro giudice in dispositivo indicato per l'ulteriore esame della controversia nonché per la regolazione delle spese relative al giudizio di legittimità.

P.Q.M.

La Corte rigetta il primo motivo di ricorso ed accoglie il secondo. Cassa la sentenza impugnata in relazione al motivo accolto e rinvia la causa alla Corte d'appello di Napoli, in diversa composizione, anche in ordine alle spese relative al giudizio di legittimità.