

# Nulli i contratti stipulati in violazione dei criteri di pubblicità e trasparenza

## Lavoro e formazione

**Cristina Petrucci**

**La regola della "concorsualità" imposta dal legislatore impedisce la conversione in rapporto a tempo indeterminato del contratto a termine affetto da nullità**

La Corte di cassazione con la sentenza in commento, torna nuovamente a pronunciarsi in tema di società a partecipazione pubblica (nella specie "in house") **suggellando il principio del divieto di assunzione (o conversione di contratti di lavoro a termine nulli) senza il rispetto di procedure concorsuali o selettive** (sul tema, si veda anche «La veste privatistica non può eludere i principi della Pa», su questa Rivista, n. 42/2019, pagine 63 e seguenti).

### La vicenda dei giudici e la ricostruzione normativa

La fattispecie esaminata dai Giudici di legittimità - che hanno escluso l'applicazione nei confronti di una società *in house* delle conseguenze previste **in caso di appalto illegittimo**, ovvero la costituzione del rapporto di lavoro nei confronti **del soggetto interposto** - era regolata dalle disposizioni "ratione temporis" vigenti contenute nell'articolo 18 del DL 112/2008, convertito con modificazioni dalla legge 133/2008 che, al comma 1, con riferimento alle società che gestiscono servizi pubblici locali a totale partecipazione pubblica, disponeva che **le procedure di reclutamento si conformassero ai criteri di pubblicità, trasparenza, pari opportunità** di cui al DLgs n. 165 del 2001, articolo 35, comma 3, mentre, al comma 2, con riferimento alle altre società a partecipazione pubblica totale o di controllo l'obbligo 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».

Tale norma **è stata abrogata** dall'articolo 28, lettera g), del DLgs 175/2016, cosiddetto "TU delle società a partecipazione pubblica" (cosiddetto Tusp), che, all'articolo 19 ha rimodulato la disciplina del sopracitato articolo 18, accorpando le ipotesi dei commi 1 e 2 e prevedendo, per entrambe, 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 DLgs 165/2016.

**L'articolo 19 del Tusp prevede**, inoltre, che, in mancanza di un provvedimento interno trova diretta applicazione il suddetto articolo 35, comma 3, supplendo così alla omessa indicazione, da parte dell'articolo 18 del DL n. 112 del 2008, delle conseguenze derivanti dalla mancata emanazione del provvedimento sul reclutamento del personale (così, Tribunale di Forlì, 17 dicembre 2019 secondo cui, una volta affermato che, per le società a totale partecipazione pubblica, il previo esperimento di procedure selettive nel rispetto dei principi di cui all'articolo 18, comma 2, del DL n. 112 del 2008 condiziona la validità del contratto di lavoro, deve operare il principio secondo cui, anche per i soggetti esclusi dall'ambito di applicazione dell'articolo 36 del DLgs n. 165 del 2001, la regola della concorsualità imposta dal legislatore, nazionale o regionale, impedisce **la conversione in rapporto a tempo indeterminato del contratto a termine affetto da nullità**; ancora

nel merito, nello stesso senso, Corte appello di Bari, 9 dicembre 2019 secondo cui «diversamente opinando (Ndr, rispetto al sopracitato principio) si finirebbe per eludere il divieto posto dalla norma imperativa che tiene conto della particolare natura delle società partecipate e della necessità, avvertita dalla Corte costituzionale, di non limitare l'attuazione dei precetti dettati dall'art. 97 Cost. ai soli soggetti formalmente pubblici, bensì di estendere l'applicazione anche a quelli che, utilizzando risorse pubbliche, agiscono per il perseguimento di interessi di carattere generale»; e ancora, Tribunale di Roma, 16 novembre 2020 e tribunale di Napoli, 27 gennaio 2016 che hanno escluso la conversione di un contratto a progetto in rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato rivendicata da collaboratori di una società *in house*).

### La posizione dei giudici della Cassazione

Nello stesso senso, i Giudici di legittimità hanno affermato che il reclutamento del personale delle società *"in house"*, fin dall'entrata in vigore del DL 112/2008, convertito con modificazioni dalla legge 133/2008, avviene secondo i criteri stabiliti dall'articolo 35 del Dlgs 165/2001 che, come noto, impongono **l'esperimento di procedure concorsuali o selettive, sicché la violazione di tali disposizioni, aventi carattere imperativo, impedisce la conversione dei rapporti di lavoro nei termini pretesi da controparte** (cfr. *ex multis*, Cassazione n. 19974/2020; id. n. 12414/2021).

Nella sentenza in commento, i Giudici di legittimità ribadiscono la natura imperativa dell'articolo 18 del richiamato DL 112/2008 che deriva dalle norme costituzionali e in particolare dall'articolo 97 della Costituzione da cui consegue la nullità del contratto di lavoro **in caso di omesso esperimento delle procedure selettive** ai sensi dell'articolo 1418, comma 1, del codice civile in quanto la violazione attiene al momento genetico della fattispecie negoziale.

Da escludersi, secondo la giurisprudenza, la portata innovativa dell'articolo 19, comma 4, del Dlgs n. 175 del 2016 che, nel prevedere espressamente **la nullità dei contratti stipulati in violazione delle procedure di reclutamento**, ha solo reso esplicita una conseguenza già desumibile dai principi giurisprudenziali sul tema (Cassazione n. 19925/2019; id. n. 3621/2018).

**La regola della "concorsualità" imposta dal legislatore impedisce, quindi, la conversione in rapporto a tempo indeterminato del contratto a termine affetto da nullità.**

I Giudici di legittimità sono, infatti, dell'opinione che il legislatore nazionale del 2008, pur ribadendo la piena natura privatistica dei rapporti di lavoro con le società a partecipazione pubblica, sottratti alla disciplina del Dlgs 165/2001, **ha inteso estendere anche alle società partecipate i vincoli procedurali imposti alla Pa** nella fase del reclutamento di personale in quanto «l'erogazione di servizi di interesse generale pone l'esigenza di selezionare secondo criteri di merito e di trasparenza i soggetti chiamati allo svolgimento dei compiti che quell'interesse perseguono» (Cassazione nn. 4358, 4897 e 5395 del 2018).

**La norma del 2008 ha recepito, quindi, i principi affermati dalla Corte Costituzionale, già a partire dalla sentenza n. 466/1993**, con la quale il Giudice delle leggi aveva osservato che «il solo mutamento della veste giuridica dell'ente non è sufficiente a giustificare la totale eliminazione dei vincoli pubblicistici, ove la privatizzazione non assuma anche connotati sostanziali, tali da determinare l'uscita delle società derivate dalla sfera della finanza pubblica» (così, Cassazione n. 5395/2018 citata).

Si era addirittura dubitato che il Tusp (comprese, quindi le norme sul reclutamento) potesse applicarsi anche alle società *in house*, all'indomani del parere reso l'8 marzo 2017 dal Consiglio di Stato, Commissione speciale sullo schema di decreto legislativo concernente le disposizioni integrative e correttive al Dlgs 175/2016. In particolare, con riferimento all'articolo 19, il Consiglio di Stato aveva affermato che le disposizioni relative alla fase di reclutamento del personale delle società a controllo pubblico avrebbero

**La norma del 2008 ha recepito i principi affermati dalla Corte costituzionale, già a partire dalla sentenza n. 466 del 1993**

**Le società in house - assoggettate a un penetrante potere di controllo da parte del socio pubblico - sono da considerarsi addirittura una "longa manus" della Pa**

dovuto essere espressamente sancite anche per le società *in house*, caratterizzate da una più accentuata connotazione pubblicistica, non essendo sufficiente, a suo giudizio, il riferimento generale alle società a controllo pubblico; questo però, sempre secondo il Consiglio di Stato, solo per esigenze di certezza delle regole di azione, posto che, se tali disposizioni operano per le società a controllo pubblico, a maggior ragione, in via interpretativa, si dovrebbe ritenere che operino nei confronti di una società "*in house*" caratterizzata da una più accentuata connotazione pubblicistica. Tale tesi è del tutto superata dal fatto che, ormai, la giurisprudenza (oltre che la sentenza in commento, Cassazione n. 19974/2020 cit.; id. n. 12414/2021 cit.) ha pacificamente ricompreso le società *in house* tra i destinatari, prima del Dl 112/2008 e, poi, del Dlgs 175/2016 (Tusp).

Peraltro, al livello normativo, lo stesso Tusp ricomprende le società *in house* ai fini del decreto (cfr. articolo 2, lettera o). E ancora, il successivo articolo 16 ha previsto delle disposizioni *ad hoc* per tali società. Inoltre, prima dell'entrata in vigore del Dlgs n. 175 citato, **Il meccanismo assunzionale già imponeva alle società in house l'adozione di regole procedurali di selezione proprie delle amministrazioni pubbliche** richiamando espressamente il Dlgs 165/2001 (cfr. articolo 3-bis, comma 6, del Dl 138/2011 espressamente abrogato dall'articolo 28, lettera m), del Dlgs 175/2016).

Inoltre, non v'è chi non veda, come le società *in house* - che, come noto, sono assoggettate al controllo "analogo", ossia a un penetrante potere di controllo da parte del socio pubblico, superiore a quello tipico del diritto societario - **slano da considerarsi addirittura una "longa manus" della pubblica amministrazione** (così Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, n. 1/2008; Cassazione, sezioni Unite n. 614/2021, e ivi numerosi richiami, secondo cui **le società in house costituiscono diretta espressione dell'Amministrazione** che se ne avvale per l'autoproduzione di beni e servizi, rispetto alla quale si pongono alla stessa stregua di articolazioni organizzative interne, sicché la loro attività non è rapportabile a quella di un soggetto privato dotato di un'autonoma soggettività giuridica, ma resta sostanzialmente imputabile all'Amministrazione di riferimento; così, Tribunale di Napoli, 14 febbraio 2019 che aderendo al suddetto autorevole orientamento, in un caso riguardante la rivendicazione di un inquadramento superiore di un dipendente di una società *in house* ha applicato addirittura l'articolo 52 del Dlgs 165/2001 che, come noto, esclude l'automatica attribuzione della qualifica superiore in caso di svolgimento di mansioni superiori, ma riconosce il solo trattamento retributivo corrispondente).

Sotto il profilo interpretativo, a ulteriore conferma di quanto sopra osservato, si consideri che lo stesso legislatore del 2016, quando non ha voluto applicare il Tusp lo ha previsto espressamente, si pensi ad esempio alle "società quotate" alle quali le disposizioni del Dlgs n. 175 citato **si applicano «solo se espressamente previsto»** (articolo 1, comma 5), nelle quali non figura l'articolo 19 che impone l'esperimento di procedure concorsuali o selettive.

**Un altro tema** di cui si è discusso è quello relativo al **necessario** utilizzo per l'accesso al lavoro nelle società partecipate **di veri e propri concorsi pubblici ovvero se sia sufficiente l'utilizzo di procedure di selezione** (si pensi a Cassazione, sezioni Unite, n. 7759/2017 secondo cui le società a controllo pubblico non sarebbero obbligate ad indire concorsi pubblici, anche se gli stessi Giudici di legittimità danno atto che tali società devono, in ogni caso, soggiacere al dettato normativo di cui all'articolo 18 del Dl n. 112/2008, che, come si è visto, imponeva il rispetto di procedure di selezione per il reclutamento del personale ispirate ai criteri tipicamente pubblicistici di trasparenza, pubblicità e imparzialità).

**Al di là della questione semantica**, che si parli di concorso o di procedura di selezione, il richiamo, **prima del legislatore del 2008, successivamente di quello del 2016** - ancora **più rafforzato con il richiamo espresso** all'articolo 35 del Dlgs 165/2001 e con la ulteriore previsione della sua diretta applicazione in caso di mancata adozione dei provvedimenti che stabiliscano criteri e modalità per il reclutamento del personale - ai principi

pubblicistici sopracitati, ha come obiettivo primario, quello di assoggettare **l'accesso al lavoro delle società in esame a procedure selettive** che, se non uguali, siano **perlomeno analoghe o simili a quelle previste per il reclutamento del personale delle amministrazioni che le controllano**.

A tal fine, è necessario, pertanto, che **vengano adottati meccanismi oggettivi e trasparenti**, idonei a verificare il possesso dei requisiti attitudinali e professionali richiesti in relazione alla posizione da ricoprire; che venga prevista la nomina di una commissione giudicatrice, i cui componenti non facciano parte dell'organo di direzione politica della società; che sia previsto il rispetto delle pari opportunità tra lavoratrici e lavoratori; che vi sia una valutazione comparativa dei candidati con una graduatoria di merito, insomma è necessario che le procedure selettive si conformino ai criteri di cui all'articolo 35, comma 3 del decreto legislativo 165/2001 (per la definizione di "concorso", si veda Consiglio di Stato, n. 4879/2017 per cui è **necessaria una valutazione comparativa ed una graduatoria di merito**, trattandosi, in mancanza, di una semplice procedura di selezione "idoneativa" di natura discrezionale e quindi nulla in quanto non conforme al dettato legislativo).

Come è stato condivisibilmente affermato (M. Miscione, «Trasferimenti o subentri negli appalti e affidamenti delle società a controllo pubblico», «Lavoro nella Giurisprudenza» 2018, pagina 5 e seguenti), la preoccupazione del legislatore, applicando i medesimi "principi" pubblicistici, è stata solo quella di garantire **una formale coerenza con il diritto privato** che altrimenti sarebbe stata contraddetta se fosse stata imposta alle società in esame l'applicazione diretta del diritto pubblico.

**Un altro tema** di cui si dibatte è **quello della necessità o meno di ricorrere a procedure selettive per il conferimento di incarichi individuali di lavoro autonomo all'esito della formulazione del Tusp** che non detta alcuna disposizione in merito.

L'articolo 19, comma 2, del Tusp, infatti, ha eliminato l'espresso riferimento (contenuto invece nell'abrogato articolo 18 del Dl 112/2008) al **«conferimento degli incarichi»** in ordine alle modalità di individuazione dei lavoratori autonomi e collaboratori attraverso modalità selettive. Ciò induce a immaginare che questa sia la *"voluntas legislatoris"*.

**Una parte della dottrina** esclude l'obbligo per le società pubbliche di adottare una procedura selettiva per questo tipo di incarichi, essendo stato espunto dal testo legislativo del 2016 (F. Carinci «Rapporto di lavoro e società a partecipazione pubblica: l'evoluzione legislativa»).

**In giurisprudenza, si rintraccia una decisione che, pur prendendo atto del silenzio del legislatore** con specifico riferimento alle modalità di individuazione **di collaboratori autonomi**, ha, invece, optato per un'applicazione analogica del sopra citato articolo 19, comma 2 - dettato per il reclutamento dei lavoratori subordinati - a motivo che è sempre necessario per un soggetto interamente partecipato da una pubblica amministrazione, rispettare i principi essenziali per garantire il corretto impiego di risorse pubbliche (tra cui trasparenza, pubblicità e imparzialità, rispetto di meccanismi oggettivi e trasparenti idonei a verificare il possesso dei requisiti attitudinali e professionali, ecc.), tutti suggellati nel sopra citato articolo 35, comma 3, del Dlgs 165/2001, espressamente richiamato dall'articolo 19 del Tusp (tribunale di Roma, ordinanza 2 agosto 2019).

Al livello normativo, potrebbe configurarsi un contrasto tra il Tusp, che ha operato la suddetta espunzione, e l'articolo 15-bis del Dlgs 33/2013 introdotto dall'articolo 14 comma del Dlgs 97/2016, tuttora in vigore, che, in ottemperanza al principio di trasparenza, con riferimento agli incarichi di collaborazione, ha **disposto l'obbligo, per le società pubbliche, di pubblicare tra le altre informazioni anche «Il tipo di procedura seguita per la selezione del contraente e il numero di partecipanti alla procedura»**. **Nel dubbio**, pertanto, la maggior parte delle società pubbliche prudenzialmente continua ad attivare **procedure selettive anche per il conferimento di incarichi di collaborazione autonoma, conformandosi, altresì, ai suddetti obblighi informativi**.

**La maggior parte delle società pubbliche continua ad attivare procedure selettive anche per il conferimento di incarichi di collaborazione autonoma**