

Società “in house” di carattere nazionale, nullità dell’apposizione del termine e conversione del rapporto di lavoro

di G. Leotta - 10 Febbraio 2024

Le dispute interpretative originate nell’ambito dei rapporti di lavoro intrattenuti dalle cosiddette società *in house* hanno generato, specie nell’ultimo quinquennio, un numero cospicuo di controversie, per molte delle quali si è arrivati a celebrare tre gradi di giudizio. La disciplina di tale tipo di società – *longa manus* dell’amministrazione, ossia estensione della sua organizzazione a cui si ricorre per realizzare interessi pubblici generali volti alla produzione di beni e/o servizi – è oggi contenuta in seno al *Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica* adottato con d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175.

Con l’ordinanza che si annota, n. 22101/2023 del 24 luglio 2023, la Suprema Corte ha avuto modo di ritornare sul profilo della validità ed efficacia dei contratti di lavoro sottoscritti dalle società a controllo pubblico – affrontato anche nel recente passato con le ordinanze 29 settembre 2022, n. 28339 e 3 gennaio 2024, n. 89 in *Labor*, www.rivistalabor.it, 4 aprile 2023, con nota di F. CHIETERA, *La nullità dei contratti sottoscritti nelle società a controllo pubblico in mancanza di procedure selettive non ammette eccezioni* – e di specificare il proprio generale orientamento interpretativo con particolare riferimento ai contratti di lavoro a termine sottoscritti da quelle aventi carattere nazionale.

La disputa ha tratto le mosse dal ricorso di un dipendente di una società partecipata dal Ministero dell’ambiente che ha lamentato – in ragione della genericità della causale, della parziale estraneità delle mansioni svolte rispetto all’attività indicata nei contratti e del superamento del limite di trentasei mesi previsto dall’art. 5, comma 4bis, d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368. – la nullità delle clausole con cui era stato apposto il termine finale ad una serie consecutiva di contratti di lavoro subordinato sottoscritti tra le parti fra il 2007 ed il 2014 e, di conseguenza, ha richiesto che venisse accertata la sussistenza *ab origine* di un rapporto a tempo indeterminato.

In primo grado, ritenuta la nullità del termine apposto e in parziale accoglimento della domanda, il Tribunale adito ha dichiarato la sussistenza *ab origine* di un rapporto a tempo indeterminato, condannando la società resistente a riammettere in servizio il ricorrente ed a corrispondergli l’indennità risarcitoria quantificata in misura pari a 2,5 mensilità della retribuzione globale di fatto.

In grado d’appello, la Corte competente ha riformato parzialmente la sentenza di primo grado rigettando la domanda di conversione dei rapporti di lavoro a termine in uno a tempo indeterminato e quella di riammissione in servizio, confermando invece la condanna al pagamento dell’indennità risarcitoria: alla luce del disposto contenuto in seno all’art. 18, d.l. 25 giugno 2008, n. 112 (convertito dalla l. 6 agosto 2008, n. 133) nel testo *ratione tempo-*

ris vigente, l'istituto della conversione risulterebbe inapplicabile al caso di specie in ragione della natura di organismo *in house* del datore di lavoro da cui, al contrario, discenderebbe l'applicabilità dei criteri previsti in ambito pubblico per il reclutamento del personale (art. 35, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165). Di conseguenza, alla novella introdotta con l'art. 19, comma 4, d.lgs. n. 175/2016 deve riconoscersi una portata meramente ricognitiva e non anche innovativa giacché, nel prevedere la nullità dei contratti stipulati in violazione dei principi di trasparenza, pubblicità e imparzialità (ovverosia senza previo espletamento di apposita procedura selettiva ad evidenza pubblica), il Legislatore si è limitato a rendere esplicita una conclusione già desumibile dall'ordinamento positivo.

Il lavoratore ha interposto ricorso per cassazione elevando una serie di motivi di censura, alcuni accolti, altri rigettati ed altri ancora dichiarati assorbiti.

In merito al profilo oggetto del presente commento – modalità di reclutamento del personale e conseguenze giuridiche dell'eventuale nullità del termine apposto al contratto di lavoro –, aderendo alla prospettazione del ricorrente la Suprema Corte ha precisato che, diversamente da quanto ritenuto in sede d'appello, le disposizioni *ratione temporis* vigenti contenute nei commi 1 e *2bis* del citato art. 18, d.l. n. 112/2008 non risultano applicabili al caso di specie giacché dettate in relazione a società a partecipazione pubblica locale mentre la resistente, interamente partecipata dal Ministero dell'ambiente, ha carattere nazionale.

Di conseguenza, alle società *in house* di carattere nazionale è applicabile esclusivamente il comma 2 che impone a tali organismi l'adozione di provvedimenti con cui stabilire «*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*». Con l'ulteriore, ovvia, precisazione che la novella introdotta dall'art. 4, comma *12bis*, d.l. 24 aprile 2014, n. 66 (convertito dalla l. 23 giugno 2014, n. 89) è da considerarsi inconfidente in quanto sia la norma modificante sia la norma modificata (ovverosia l'art. 18, comma *2bis*, d.l. n. 112/2008) si riferiscono a società di carattere locale.

Pertanto, come effetto diretto dell'applicazione della richiamata disposizione, nell'ambito di rapporti di lavoro costituiti da società *in house* di carattere nazionale la conversione del rapporto di lavoro a tempo determinato in uno a tempo indeterminato risulta astrattamente possibile solo laddove il reclutamento a termine sia seguito ad una procedura improntata ai principi di trasparenza, pubblicità e imparzialità.

Rimane da stabilire: i) se, per rispettare i richiamati principi, sia necessario lo svolgimento di un concorso pubblico o, invece, risulti sufficiente l'espletamento di una qualsivoglia procedura selettiva pubblica che assicuri la trasparenza ed imparzialità delle valutazioni e, quindi, dell'assunzione; ii) se la mancanza del concorso ovvero della procedura selettiva costituisca un fatto impeditivo come tale oggetto di onere di allegazione e dimostrazione in capo al datore di lavoro ovvero un fatto costitutivo del diritto alla conversione del rapporto con termine finale nullo e conseguente onere di allegazione e dimostrazione in capo al lavoratore.

In relazione al primo profilo, la Corte di legittimità valorizza la differenza delle previsioni contenute nel primo (relative alle società di carattere locale) e nel secondo comma (relative alle società di carattere nazionale) dell'art. 18, d.l. n. 112/2008 e conclude ritenendo che le

società di carattere nazionale sono legittimate ad assumere anche senza l'espletamento di un concorso purché adottino procedure selettive che diano garanzia di trasparenza, pubblicità ed imparzialità.

Con riguardo al secondo profilo viene rilevato il carattere derogatorio della norma rispetto al regime generale della conversione di un termine finale nullo e si conclude nel senso di ritenere l'*onus probandi* in capo al datore di lavoro che, pertanto, è obbligato a sollevare l'eccezione e fornire la relativa prova (onere che nel caso di specie non era stato adempiuto). Di conseguenza, in difetto di allegazioni e prove, torna ad essere applicabile il regime generale del lavoro privato – anche alla luce della natura privatistica dei rapporti di lavoro subordinato che si instaurano alle dipendenze di tale tipologia di società ribadita di recente con la sentenza 1° dicembre 2022, n. 3542 in *Labor*, www.rivistalabor.it, 17 febbraio 2023, annotata da F. CHIETERA, *Mansioni superiori e società a controllo pubblico: pubblico e privato pari non sono* – che comporta la conversione del contratto parzialmente nullo per illegittimità della clausola con cui viene apposto il termine in un contratto da ritenersi *ab origine* a tempo indeterminato.

Sebbene in maniera implicita, con la pronuncia in parola la Corte di Cassazione ribadisce che, in taluni ambiti caratterizzati dalla compresenza di schemi giuridici privati e partecipazione pubblica, le norme che impongono l'espletamento di procedure selettive al fine del reclutamento del personale hanno una duplice valenza: sono allo stesso tempo regole di comportamento e regole di validità. Ed infatti, secondo Cass., 11 dicembre 2019, n. 32420 la “mera” violazione di divieti posti da norme di comportamento non è idonea, da sola, ad impedire l'effetto della conversione del contratto a termine in uno a tempo indeterminato poiché «*trattandosi di norme esterne alla fattispecie dedotta in giudizio, siccome riguardanti il funzionamento e l'autorganizzazione del datore di lavoro che, pur potendo incidere indirettamente sulla esistenza del rapporto di lavoro invocata dal privato, non possono far degradare la posizione di diritto soggettivo sorta in conseguenza di atti di gestione del rapporto di tipo privatistico e non potendo, dunque, incidere sulla decisione giurisdizionale che intervenga in seguito all'entrata in vigore della disposizione normativa considerata*». Di conseguenza, la conversione del contratto è da ritenersi giuridicamente impossibile solo per i rapporti costituiti in violazione di regole di validità, affetti da nullità cosiddetta virtuale e regolati dall'art. 2126 c.c.

Questa impostazione è collocabile nel solco delle recenti decisioni assunte a Sezioni Unite in riferimento alle fondazioni lirico-sinfoniche da più parti criticate (cfr. sentenze 24 gennaio 2023, nn. 5542 e 5556 in *Labor*, www.rivistalabor.it, 19 marzo 2023, annotate da L. SPoSATO, *Fondazioni liriche e contratti a termine: qual è la partitura giusta per le “regole di condotta”?* e approfonditamente analizzate, fra gli altri, da F. ANDRETTA: *Le Sezioni Unite sulla natura delle fondazioni lirico sinfoniche e sul regime dei rapporti di lavoro: revirement o svista?* in *LDE*, n. 2/2023) con cui, per la prima volta, a regole fino a quel momento considerate di mero comportamento – quali quelle sul cosiddetto blocco delle assunzioni o quelle relative al reclutamento attraverso procedura selettiva pubblica – è stata attribuita l'ulteriore natura di regole di validità con il menzionato effetto di rendere impossibile la conversione del contratto a termine in uno a tempo indeterminato e conseguente costrizione

della sanzione giuridica derivante dall'apposizione di un termine nullo al contratto di lavoro in una logica esclusivamente risarcitoria.

Risulta quindi chiaro l'intento di evitare che dalla declaratoria di nullità della clausola con cui viene apposto il termine al contratto di lavoro consegua l'insorgenza di un rapporto a tempo indeterminato di cui l'ordinamento vieta l'esistenza con un precetto di carattere imperativo. Insomma, come spesso accade quando vengono coinvolti interessi pubblici ed in particolare quando dalla decisione assunta in sede processuale possono discendere esborsi di notevole entità o comunque seriamente impattanti sul bilancio dello Stato o dell'ente via via coinvolto, l'interpretazione giuridica viene condizionata dalla (e piegata alla) "ragion di Stato".

Un tipo di approccio – davvero sconcertante nell'ottica del cittadino che aspiri, se non alla Giustizia, quantomeno alla corretta ed imparziale applicazione del diritto – da sempre assunto in forma addirittura smaccata dai giudici amministrativi che tendono ad essere aprioristicamente e pregiudizialmente simpatetici con gli interessi dell'amministrazione e, addirittura, non di rado si trasformano finanche in "difensori d'ufficio" di questa nei casi in cui, per qualsivoglia ragione, non si sia difesa o non lo abbia fatto in maniera considerata efficace.

Purtroppo, però, in maniera non condivisibile e per certi aspetti pericolosa per la credibilità del sistema, questo approccio sta divenendo regola anche nell'ambito della magistratura ordinaria per mezzo dell'applicazione di "schemi" pubblicistici con riferimento a rapporti di lavoro alle dipendenze di soggetti connotati da una forma giuridica di tipo privatistico. E ciò sebbene persino la Corte costituzionale abbia avuto modo di precisare che il principio *salus rei publicae suprema lex esto* non possa essere invocato al fine di sospendere garanzie costituzionali tra cui, a mente degli artt. 1, 4 e 35 Cost., devono essere fatte rientrare quelle relative alla tutela del lavoro e, dunque, anche quelle relative alla stabilizzazione del rapporto come conseguenza della violazione delle norme in materia di stipulazione di contratti di lavoro subordinato a termine (C. Cost. 11-12-2015, n. 260 in tema di fondazioni lirico-sinfoniche). In un sistema ideale sarebbe più giusto perseguire il funzionario che sbaglia (per esempio assumendo un dipendente senza previo espletamento di una procedura selettiva) anziché privare il lavoratore leso nel suo diritto delle tutele in teoria ad esso spettanti nel tentativo di cercare di preservare i conti pubblici.

Giuseppe Leotta, docente presso il Conservatorio di musica "Santa Cecilia" di Roma, dottore di ricerca e avvocato in Roma

Visualizza il documento: [Cass., ordinanza 24 luglio 2023, n. 22101](#)