

La “clausola sociale”

## Subentro di nuovo appaltatore e garanzie per i lavoratori occupati

Angela Adinolfi - Ispettore del lavoro presso la Direzione territoriale del lavoro di Siena

Giuliano Esposito - Ispettore del lavoro presso la Direzione territoriale del lavoro di Arezzo (\*)

I complessivi interventi preannunciati dall'attuale Governo nella legge di delega n. 183/2014 (in vigore dallo scorso 16 dicembre) (1) preludono ad un deciso mutamento di prospettiva della legislazione italiana in materia di occupazione. Rinviando ogni valutazione al completamento degli atti di esercizio delle deleghe, va detto che per trovare una simile forza innovativa sulla disciplina nazionale del lavoro si deve risalire all'entrata in vigore del D.Lgs. n. 276/03 (2). Ciascuno degli interventi ad esso successivi, infatti, più che costituire una regolamentazione *ex novo* della materia, ne ha modificato vari (ma limitati) aspetti, secondo quanto ritenuto necessario nelle diverse fasi della vita nazionale e della congiuntura economica globale.

Attraverso il menzionato decreto, il legislatore del 2003 ha inciso - limitatamente a quanto concerne il rapporto di lavoro - anche su istituti che sino allora trovavano fonte normativa primaria (quando non esclusiva) nel codice civile, e tra questi sul contratto di appalto. L'originario dettato dell'art. 29 D.Lgs. n. 276/03, infatti, ha inteso “fermare” determinati punti: anzitutto, ha rimar-

cato gli elementi distintivi dell'appalto rispetto all'istituto della somministrazione di lavoro; quindi, ha individuato uno specifico regime di responsabilità solidale del committente per gli obblighi retributivi e contributivi maturati, nell'esecuzione del contratto, a carico dell'appaltatore nei confronti dei propri lavoratori.

Il terzo comma dello stesso articolo, infine, ha fissato il seguente principio per il caso (fisiologico) di mutamento della parte datoriale del rapporto di lavoro a seguito di cambio nella gestione dell'attività oggetto dell'appalto: “L'acquisizione del personale già impiegato nell'appalto a seguito di subentro di un nuovo appaltatore, in forza di legge, di contratto collettivo nazionale di lavoro, o di clausola del contratto d'appalto, non costituisce trasferimento d'azienda o di parte d'azienda” (3).

### Subentro nel contratto di appalto e trasferimento d'azienda

Come evidenziato sin dai primi contributi dottrinali sul tema (4), il dettato legislativo appena riportato si pone in immediato rapporto con l'art.

(\*) Le considerazioni espresse nel presente articolo, in quanto frutto esclusivo del pensiero degli Autori, non impegnano l'amministrazione di appartenenza.

(1) Per una disamina completa della legge delega si veda P. Rausei, *Jobs Act: il lavoro che cambia*, Ipsoa, Milano, 2014.

(2) Il D.Lgs. n. 276/03 costituisce attuazione delle deleghe in materia di occupazione e di mercato del lavoro contenute nella legge 14 febbraio 2003, n. 30 (più comunemente nota come “Legge Biagi”, dal nome del giuslavorista che, in qualità di consulente dell'allora Ministro del lavoro, ha ampiamente contribuito alla sua elaborazione).

(3) L'eventualità del subentro in un contratto di appalto è fisiologicamente legata all'avere esso ad oggetto prestazioni di

servizi (o di forniture) continuative o periodiche, mentre nel caso di appalto di lavori tale eventualità deriva solitamente da eventi *lato sensu* “patologici”.

(4) F. Carinci, C. Cester (a cura di), *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d'azienda* in Carinci F. (coordinato da), *Commentario al decreto legislativo 10 settembre 2003 n.276*, Milano, Ipsoa, 2004; Gragnoli E., *Contratto di appalto di servizi e trasferimento di azienda*, in *Dialoghi fra dottrina e giurisprudenza*, Milano, Giuffrè ed., 2004, n.2; De Luca Tamajo R., *Trasferimento di azienda, esternalizzazione del lavoro, somministrazione, appalto dei servizi, distacco, nella riforma del diritto del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, Cedam ed., Padova, 2005; Scarpelli F., *Art. 29. Appalto*, in Perulli A., Gragnoli E., (a cura di), *La Ri-*

# Approfondimenti

2112 c.c., rubricato “*Mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento d’azienda*”. Quest’ultima previsione sancisce, nella fattispecie del trasferimento d’azienda - e salvo eccezioni legittimate da orientamenti giurisprudenziali stratificatisi nel tempo -, un obbligo alla continuazione del rapporto di lavoro con il cessionario (ovvero con l’imprenditore subentrante, che risulterà dunque essere il nuovo datore di lavoro) (5), prevedendo di conseguenza ulteriori garanzie per i lavoratori (applicazione “automatica” delle norme di contrattazione collettiva (6), specifiche condizioni relative a dimissioni o licenziamento del lavoratore (7), affermazione del regime di solidarietà nel caso di contratto d’appalto con cessione del ramo d’azienda stipulato tra alienante e acquirente (8)).

L’art. 29, comma terzo, del D.Lgs. n. 276/03, invece, non fissa un generale obbligo di fonte legale all’acquisizione del personale da parte dell’appaltatore subentrante ma - facendo riferimento a preesistenti obblighi di tale tipo derivanti dalle previsioni del contratto collettivo nazionale o del singo-

lo contratto d’appalto, oltre che della legge - afferma che l’indicata fattispecie relativa al contratto di appalto “*non costituisce trasferimento d’azienda o di parte d’azienda*”, escludendo perciò recisamente che trovino in ogni caso applicazione, a beneficio dei lavoratori, tutte quelle garanzie previste dalla norma del codice civile (riassunzione presso l’appaltatore subentrante alle medesime condizioni economiche e normative).

In altre parole, la norma in discorso rapporta i fenomeni giuridici del trasferimento (totale o parziale) d’azienda e dell’avvicendamento nel contratto d’appalto per affermarne - quantomeno a livello di tutela legale dei rapporti di lavoro - una evidente difformità ontologica (e dunque di trattamento normativo) (9).

## La funzione della “clausola sociale”

Il vuoto di tutela riguardante i lavoratori impegnati nelle attività del contratto di appalto che veda il subentro di un nuovo appaltatore (rispetto a quelli coinvolti nell’operazione giuridica di trasferimento dell’azienda) (10) ha posto anzitutto il

*forma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali. Commentario al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, Cedam, Padova, 2004; Ichino P., *Artt. 20-29. Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*, in Pedrazzoli M. (coordinato da), *Il nuovo mercato del lavoro. Commento al D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Zanichelli ed., Bologna, 2004; P. Rauser, *Somministrazione di lavoro. Appalto e distacco*, Ipsoa, Milano, 2004; P. Chieco, *Le nuove esternalizzazioni tra fornitura di prestazioni lavorative (somministrazione e distacco) e appalti labour intensive*, in Curzio P. (a cura di), *Lavoro e diritti. A tre anni dalla legge 30/2003*, Ed. Cacucci, Bari, 2006.

(5) Art. 2112, comma primo, c.c.: «In caso di trasferimento d’azienda, il rapporto di lavoro continua con il cessionario ed il lavoratore conserva tutti i diritti che ne derivano».

(6) Art. 2112, comma terzo, c.c.: «Il cessionario è tenuto ad applicare i trattamenti economici e normativi previsti dai contratti collettivi nazionali, territoriali ed aziendali vigenti alla data del trasferimento, fino alla loro scadenza, salvo che siano sostituiti da altri contratti collettivi applicabili all’impresa del cessionario. L’effetto di sostituzione si produce esclusivamente fra contratti collettivi del medesimo livello».

(7) Art. 2112, comma quarto, c.c.: «Ferma restando la facoltà di esercitare il recesso ai sensi della normativa in materia di licenziamenti, il trasferimento d’azienda non costituisce di per sé motivo di licenziamento. Il lavoratore, le cui condizioni di lavoro subiscono una sostanziale modifica nei tre mesi successivi al trasferimento d’azienda, può rassegnare le proprie dimissioni con gli effetti di cui all’articolo 2119, primo comma».

(8) Art. 2112, comma sesto, c.c.: «Nel caso in cui l’alienante stipuli con l’acquirente un contratto di appalto la cui esecuzione avviene utilizzando il ramo d’azienda oggetto di cessione, tra appaltante e appaltatore opera un regime di solidarietà di cui all’articolo 29, comma 2, del decreto legislativo 10 settembre 2003 n. 276» (comma aggiunto dall’art. 32, comma 2, del D.Lgs. n. 276/03 e successivamente modificato dall’art. 9 del D.Lgs. 6 ottobre 2004, n. 251).

(9) Tale difformità risulta in parte ridotta da pronunce della

Cassazione che hanno affermato la “coincidenza” dei due istituti quando, a seguito di subentro nell’appalto, all’acquisizione del personale occupato si accompagni anche un passaggio di beni. Si veda quanto ricavabile a contrario dalla recente Cass., sez. lav., sent. 16 maggio 2013, n. 11918: «*Ai fini del trasferimento d’azienda, la disciplina di cui all’art. 2112 cod. civ. postula soltanto che il complesso organizzato dei beni dell’impresa - nella sua identità obiettiva - sia passato ad un diverso titolare in forza di una vicenda giuridica riconducibile al fenomeno della successione in senso ampio, potendosi così prescindere da un rapporto contrattuale diretto tra l’imprenditore uscente e quello che subentra nella gestione. Tuttavia, non può ravvisarsi un trasferimento d’azienda in ipotesi di successione nell’appalto di un servizio, ove non sia dimostrato un passaggio di beni di non trascurabile entità, e tale da rendere possibile lo svolgimento di una specifica impresa*».

Tale massima giurisprudenziale si pone nel solco di una pronuncia di poco successiva all’entrata in vigore del D.Lgs. n. 276/03, e precisamente Cass., sez. lav., sent. 13 gennaio 2005, n. 493: «*Si configura trasferimento d’azienda in tutti i casi in cui muti il titolare dell’impresa, indipendentemente dalla sussistenza di rapporti contrattuali diretti tra cedente e cessionario (nella specie, si è ravvisato trasferimento d’azienda in un ipotesi di successione nell’appalto di servizio con passaggio di beni di non trascurabile entità)*». I commenti a tale sentenza hanno immediatamente posto l’accento su una rinnovata concezione del rapporto tra i due istituti giuridici in discorso e, più in generale, sulla “messa in crisi” della stessa nozione di trasferimento d’azienda: «*Con la pronuncia in epigrafe, la corte rompe l’ultimo tabù e pone in comunicazione trasferimento d’azienda ed appalto di servizi, blocchi normativi sinora reputati quasi unanimemente impermeabili*», in A.M. Perrino, *Trasferimento d’azienda e appalto di servizi: le relazioni pericolose*, in *Foro it.*, n. 3/2005, c. 691, Zanichelli ed., Bologna.

(10) Vuoto per il quale si è giunti a parlare persino di “latitanza del legislatore” (R. Bausardo, G. Moro, *Cambio appalto tra autonomia collettiva, licenziamenti e trasferimento d’impresa*,

# Approfondimenti

problema di avviare all'eventualità della cessazione di rapporti di lavoro in conseguenza della perdita dell'appalto da parte della ditta titolare dei rapporti medesimi (11).

Ragionando a partire proprio dalla tutela fissata dall'art. 2112 c.c., le organizzazioni rappresentative dei lavoratori hanno ritenuto di far rientrare dalla "finestra" del contratto collettivo nazionale ciò a cui non era stato dato ingresso pieno attraverso la "porta" della legge (12).

Pertanto, in molti Ccnl di settore (13), è oggi presente una "**clausola di protezione**" (definita anche "**clausola sociale**" o "**di riassunzione**" o "**di assorbimento**" o "**di salvaguardia sociale**") che obbliga l'appaltatore subentrante a rilevare il personale occupato dall'appaltatore uscente, perseguendo in tal modo la conservazione dei livelli occupazionali esistenti al termine dell'esecuzione del contratto stipulato tra il precedente appaltatore e il soggetto appaltante (pubblico o privato) (14). È evidente come tale clausola pattizia, nel caso di avvicendamento di imprese nell'ambito di un contratto di appalto, riesca ad ottenere il medesimo effetto che la legge dispone al primo comma dell'art. 2112 c.c. per il trasferimento d'azienda (15).

Va detto che - in mancanza di un obbligo generale di fonte legale - la contrattazione collettiva ri-

sulta comunque preceduta da normative settoriali in tema di pubblici servizi: si pensi a quanto previsto dall'art. 26 del R.D. 8 gennaio 1931, n. 148 per il personale di ferrovie e tramvie e delle linee di navigazione interna in caso di subentro di nuovo concessionario (16), o dall'art. 63 del D.Lgs. 13 aprile 1999, n. 112 sugli addetti al servizio di riscossione in regime di concessione (17).

A ciò si aggiunga quanto avviene nel settore degli appalti pubblici, laddove l'obiettivo di salvaguardia dei livelli occupazionali viene attuato attraverso il recepimento dell'obbligo di mantenimento dei rapporti lavorativi, a carico del futuro aggiudicatario, direttamente tra le clausole del bando di gara (in aderenza alla facoltà prevista, per le pubbliche amministrazioni dal Codice dei contratti pubblici, all'art. 69 del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163) (18).

È evidente come in tal modo si completi il panorama delle possibili fonti dell'obbligo in discorso, secondo quanto indicato all'art. 29, comma terzo, del D.Lgs. n. 276/03: in tale norma, dunque, può dirsi operata una "ricognizione" delle varie fonti attraverso cui assicurare la salvaguardia dei livelli di occupazione nei casi di subentro di un nuovo imprenditore a quello uscente (19).

in *Guida al lavoro - Il Sole 24 Ore*, n. 39 del 7 ottobre 2011, pag. 23).

Va detto, d'altra parte, che un intervento legislativo volto a cristallizzare nel D.Lgs. n. 276/03 un generale obbligo di legge all'acquisizione del personale occupato dall'imprenditore uscente nell'ambito degli appalti pubblici rischiava di confliggere con gli indirizzi di livello comunitario che hanno in parte ispirato la stesura del decreto legislativo in discorso (si vedano i principi direttivi cui già la legge n. 30/2003 si riferisce all'art. 1, lett. p, in relazione alla direttiva 2001/23/Ce del Consiglio Europeo, datata 12 marzo 2001).

(11) Cessazione dei rapporti di lavoro che, avvenendo in conseguenza dell'appalto, si inquadra nell'ambito dei licenziamenti individuali plurimi per giustificato motivo oggettivo (regolati pertanto dalla legge 604 del 1966): in tal senso si esprime chiaramente la risposta a interpello n. 22 dell'1 agosto 2012 emanata dalla Direzione generale per l'attività ispettiva del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, richiamando la circolare ministeriale L/01 del 28 maggio 2001. A commento dello stesso si veda G. Falasca, *Successione di appalti e trasferimento di azienda: l'interpello del Ministero*, in *Guida al lavoro - Il Sole 24 Ore*, n. 34 del 31 agosto 2012, pag. 17.

(12) Ciò, per determinati settori, già in sede di contrattazione collettiva previgente all'entrata in vigore del D.Lgs. n. 276/03.

(13) Si veda oltre per una elencazione dei principali contratti collettivi che prevedono tale clausola di salvaguardia.

(14) Cfr. M. Pistoni, *Esternalizzazione e garanzia dei lavoratori*, in *questa rivista*, 2009, 30, 1727.

(15) Va puntualizzato come l'espressione "clausola sociale"

usata nel presente articolo debba essere distinta da quella utilizzata (da giurisprudenza e dottrina) per indicare la clausola esplicita di cui all'art. 36 della legge n. 300/70 (cd. Statuto dei lavoratori): tale pattuizione, gravante sui titolari di benefici accordati dallo Stato e sugli appaltatori di opere pubbliche, prevede che ai lavoratori dipendenti degli stessi siano applicate condizioni non inferiori a quelle risultanti dai contratti collettivi di lavoro della categoria o della zona.

(16) Art. 26 R.D. n. 148/1931: «In caso di cessione di linea ad altra azienda, o di fusione di aziende devono essere osservate le disposizioni stabilite dall'autorità governativa all'atto dell'approvazione della cessione o della fusione pel passaggio del personale di ruolo alla nuova azienda mantenendo, per quanto è possibile, al personale un trattamento non inferiore a quello precedentemente goduto e assicurando i diritti acquisiti».

(17) Art. 63, comma quarto, D.Lgs. n. 112/1999: «Il personale che, alla scadenza o cessazione del rapporto di concessione, risulta iscritto da almeno due anni al relativo fondo di previdenza, ha diritto ad essere mantenuto in servizio dal subentrante concessionario senza soluzione di continuità».

(18) Art. 69, commi primo e secondo D.Lgs. n. 163/2006: «Le stazioni appaltanti possono esigere condizioni particolari per l'esecuzione del contratto, purché siano compatibili con il diritto comunitario e, tra l'altro, con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, e purché siano precisate nel bando di gara, o nell'invito in caso di procedure senza bando, o nel capitolato d'oneri. Dette condizioni possono attenersi, in particolare, a esigenze sociali o ambientali».

(19) Appare a tal proposito solo parzialmente vera l'affer-

# Approfondimenti

## La "clausola sociale" tra scelte imprenditoriali e tutela dell'occupazione

Così definita la clausola sociale, e individuata la funzione secondo quanto si è detto, va ora affrontato il tema centrale della sua incidenza sull'autonomia datoriale di organizzazione dell'impresa.

È evidente come nell'istituto in discorso si riproponga la contrapposizione tra due specifici interessi, di tale portata da trovare entrambi rilievo in Costituzione: da una parte la **libertà di iniziativa economica** riconosciuta ai privati; dall'altra i **fini sociali** che alla prima sono contrapposti già nell'art. 41 della Carta Costituzionale. Non a caso negli interventi dei giudici e delle competenti autorità amministrative - di cui si esamineranno in prosieguo le decisioni più recenti - alla clausola in esame sono immediatamente ricondotte quelle esigenze di utilità sociale che limitano la libertà di iniziativa privata nell'ambito dei rapporti economici.

Sul temperamento degli opposti interessi si è anzitutto pronunciata la Corte Costituzionale (20), sancendo l'incostituzionalità dell'art. 30 della legge n. 4/2010 della Regione Puglia che ha modificato il testo originario dell'art. 25, comma primo, della legge regionale n. 25 del 2007. La nuova disposizione ha introdotto una previsione che risultava vincolare ad un preciso indirizzo la Regione nonché gli enti, le aziende e le società ad essa strumentali: nei bandi di gara, negli avvisi o nelle condizioni di contratto relative all'affidamento di servizi pubblici in ambito regionale, tali enti avrebbero dovuto prevedere a carico degli aggiudicatari delle relative gare l'assunzione a tempo indeterminato del personale in carico alla precedente impresa o società affidataria.

La censura mossa dai giudici costituzionali è quella di aver individuato tale modalità di assunzione quale obbligo in capo all'impresa aggiudi-

cataria in luogo dell'"utilizzo" del precedente personale, come invece previsto nella precedente versione della stessa norma: «*La disposizione impugnata al comma 1 dell'art. 25 cit, introduce uno strumento diverso dalla 'clausola sociale', in quanto non si limita a prevedere il mantenimento in servizio di personale già assunto, ma stabilisce in modo automatico e generalizzato la "assunzione a tempo indeterminato" del personale già "utilizzato" dalla precedente impresa o società affidataria dell'appalto*».

La Consulta sottolinea come lo strumento delineato dalla norma dichiarata incostituzionale non sia assimilabile alla clausola sociale, posto che il descritto obbligo di assunzione acquista un carattere di definitività tale da "svincolarsi" completamente dallo specifico affidamento del servizio (21).

Siffatto passaggio argomentativo prelude all'osservazione per cui la funzione della clausola sociale di garantire il mantenimento dei livelli occupazionali non può spingersi al punto di "annullare" la legittima esigenza dell'imprenditore di organizzare la propria impresa nell'ottica del maggior risparmio conseguibile in termini di costi (22).

### Nell'ambito degli appalti pubblici

In tema di appalti pubblici, sul bilanciamento degli opposti interessi come sopra evidenziati devono registrarsi diverse pronunce (non solo dei giudici, come si dirà subito), con la conseguenza che il principio enunciato dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 68 del 2011 ne è risultato ulteriormente specificato.

Tra i pronunciamenti di Autorità che hanno competenza sulla materia va senz'altro segnalato - per la sua puntualità nel riassumere alcuni aspetti fondamentali relativi all'introduzione di "clausole sociali" nei bandi di gara - il parere emanato il 23 gennaio 2013 dall'Autorità nazionale anticor-

mazione della già menzionata risposta a interpello n. 22/2012 del Ministero del lavoro e delle politiche sociali secondo cui «*La materia della successione negli appalti trova la propria disciplina nell'ambito della contrattazione collettiva*»: se la fonte contrattuale menzionata può ritenersi per ovvie ragioni quella privilegiata nella materia in discorso, non è tuttavia l'unica.

(20) C. Cost., sent. n. 68 del 23 febbraio 2011 (in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)).

(21) Così si esprime la Corte Costituzionale: «il maggior onere derivante dall'obbligo posto all'affidatario di assumere "a tempo indeterminato" il personale già utilizzato si riflette - anche nel caso di imprese o società affidatarie dell'appalto in-

teramente private - sui principi di legalità e di buon andamento della pubblica amministrazione affidante in termini di non conformità alle disposizioni sulla 'clausola sociale', di minore apertura dei servizi alla concorrenza e di maggiori costi, considerato che l'obbligo eccede i limiti temporali dell'affidamento del servizio».

(22) Piuttosto la formulazione dichiarata incostituzionale pareva delineare una singolare ipotesi di obbligo legale a contrarre (seppure di fonte regionale), vincolando il datore di lavoro ad una assunzione a tutti gli effetti anziché all'utilizzo della forza lavoro già occupata sotto la precedente gestione in regime di appalto.

# Approfondimenti

ruzione (23). Essa veniva interrogata sulla compatibilità con la normativa in vigore della clausola del bando di gara volta a stabilire, in capo all'affidatario subentrato a seguito di cambio di gestione di un servizio, l'obbligo di assorbire e utilizzare prioritariamente nell'espletamento dello stesso i soci lavoratori o i dipendenti del precedente aggiudicatario.

L'Autorità, a titolo di premessa, ha ricordato che il diritto comunitario vigente (24) richiede, da un punto di vista formale, l'inclusione delle clausole in esame nel bando di gara o nel capitolato d'oneri mentre, da un punto di vista sostanziale, che esse non siano direttamente o indirettamente discriminatorie nei confronti dei concorrenti (25). Ne discende - quale fondamentale corollario - che le clausole inserite nei bandi debbono riguardare l'esecuzione del servizio, non potendosi assolutamente prospettare come "barriere all'ingresso", cioè quali elementi di ammissibilità dell'offerta.

Sotto tale aspetto, allora, l'Autorità avalla la legittimità della clausola che richieda in via prioritaria l'assorbimento dei lavoratori impegnati nella gestione del servizio sotto la gestione del precedente appaltatore, evidenziando come essa non costituisca né un requisito di capacità economico-finanziaria né un criterio di valutazione della migliore offerta; nemmeno essa - nel testo venuto all'attenzione dell'Autorità - appare imporre il riassorbimento dei lavoratori a prescindere da eventuali mutate condizioni del nuovo appalto, o dal contesto sociale, di mercato e imprenditoriale nel quale gli stessi lavoratori andrebbero ad inserirsi.

Ne deriva che la condizione di occupare prioritariamente il personale già "inserito" nel precedente appalto è legittima ove non incida sulla libertà

dell'imprenditore subentrante di decidere della propria organizzazione d'impresa e delle esigenze tecniche e di manodopera relative all'esecuzione dell'appalto (26): in tal modo la "clausola sociale", inserita nel bando di gara o nel relativo capitolato, risulta conforme alla normativa comunitaria (e alla relativa giurisprudenza) e coerente con la lettura costituzionalmente orientata della libertà di iniziativa economica privata sancita dall'art. 41 Cost.

In altre parole, il rispetto integrale della "clausola sociale" da parte del nuovo appaltatore non è dovuto, laddove ricorrano i presupposti per discostarsene. È il recente insegnamento (ed in fondo la logica conseguenza di quanto appena rilevato) proveniente dal Consiglio di Stato, per il quale l'esigenza del mantenimento dei livelli occupazionali non impedisce all'imprenditore di organizzare la propria attività nella maniera ritenuta maggiormente efficiente: «*Se quindi la clausola sociale deve ritenersi inderogabile quando il servizio è organizzato dal nuovo gestore con le stesse sostanziali modalità con le quali lo stesso servizio era organizzato dal gestore uscente, l'esigenza di dover rispettare la clausola sociale non può escludere una diversa organizzazione del lavoro e l'ausilio di nuovi strumenti tecnici o informatici, che non rendono più necessario l'utilizzo di tutto il personale già utilizzato per il servizio*» (27).

Il supremo giudice amministrativo mette d'altra parte in guardia contro la possibile elusione della clausola in discorso: l'amministrazione appaltante dovrà comunque procedere all'effettiva verifica della non necessità d'impiego di parte o di tutto il precedente personale utilizzato, a seguito di un avvenuto mutamento del servizio, ad esempio da un punto di vista tecnico-organizzativo (28).

(23) Nella quale - in forza di quanto previsto con D.L. n. 90/2014, convertito in legge n. 114/2014 - è confluita la soppressa Autorità di vigilanza sui contratti pubblici.

(24) Nella specie le Direttive n. 2004/18/Ce e n. 2004/17/Ce, come recepite nell'art. 69 del Codice dei contratti pubblici.

(25) Inoltre, con riguardo alle esigenze sociali contemplabili ai fini della validità delle clausole, esse «possono essere finalizzate alla formazione professionale nel cantiere, alla promozione dell'occupazione delle persone con particolari difficoltà di inserimento, alla lotta contro la disoccupazione o alla tutela dell'ambiente» (si veda il 33° considerando della menzionata Direttiva n. 2004/18/Ce).

(26) Che il suddetto principio, con riguardo all'istituto in discorso, sia ormai indiscusso è testimoniato dalla formulazione testuale di molte delle "clausole di salvaguardia" inserite nei Ccnl di settore, come si avrà modo di vedere. Precedente di

identico tenore rispetto a quello sopra riportato si rinviene in una recente sentenza del giudice amministrativo: «(...) la cd. "clausola sociale" va interpretata nel senso che l'appaltatore subentrante deve prioritariamente assumere gli stessi addetti che operavano alle dipendenze dell'appaltatore uscente, a condizione che il loro numero e la loro qualifica siano armonizzabili con l'organizzazione d'impresa prescelta dall'imprenditore subentrante. I lavoratori che non trovano spazio nell'organigramma dell'appaltatore subentrante e che non vengano ulteriormente impiegati dall'appaltatore uscente in altri settori, sono destinatari delle misure legislative in materia di ammortizzatori sociali» (si veda C.d.S., sez. V, sent. 16 giugno 2009, n. 3900). Per i precedenti della stessa Autorità nazionale anticorruzione, si veda in particolare la delibera n. 97 del 21 novembre 2012.

(27) C.d.S., sez. III, sent. 2533 del 10 maggio 2013.

(28) D'altra parte, è lo stesso Consiglio di Stato a ricordare

# Approfondimenti

Analogo discorso nel caso di affidamento in **concessione** del servizio pubblico: è legittima la clausola sociale che si configuri, per il nuovo concessionario, in termini di impegno ad assicurare la continuità dei rapporti di lavoro, laddove la medesima clausola preveda l'armonizzazione delle modalità di gestione del servizio «*con le proposte e le esigenze dell'impresa subentrante*» (mancando perciò qualsiasi tipo di vincolo all'introduzione, da parte del datore di lavoro, di nuovi moduli gestionali o soluzioni migliorative dal punto di vista organizzativo) (29).

## **Nei contratti collettivi nazionali di lavoro in vigore**

Si è già detto di come lo strumento del contratto collettivo nazionale di lavoro sia stato ampiamente utilizzato nei diversi settori di attività privata per fissare quelle tutele che il legislatore non ha ritenuto di normare espressamente nel caso di cambi di appalto. In questo senso, il motivo di maggiore rilevanza è costituito dal confrontare i diversi livelli di "protezione" individuati nei vari contratti a fini di salvaguardia occupazionale. Sostanzialmente, e fatte salve le debite eccezioni, nell'attuale panorama appaiono prevalere due diverse possibilità di tutela dei lavoratori precedentemente occupati con l'appaltatore uscente, a seconda che il contratto collettivo contempli in capo alle imprese di settore un obbligo a gestire il cambio di appalto in un determinato modo o piuttosto preveda lo svolgersi di una procedura finalizzata a gestire il parziale o totale passaggio di lavoratori tra chi cessa la gestione dell'appalto e chi vi subentra.

In quest'ultimo caso (30), la fonte contrattuale fissa l'obbligo per l'azienda di convocare le Rsa o la Rsu: tale adempimento dà vita ad una proce-

dura volta a garantire, tra l'altro, la salvaguardia dei livelli occupazionali attraverso specifiche intese (31). Una procedura ancor più complessa - differenziata in relazione ad una soglia di meno o più di 5 unità full-time impiegate nell'appalto in qualità di lavoratori dipendenti - è prevista dal Ccnl 1° luglio 1999 per le imprese di pulizie nel settore artigiano.

Nell'altra ipotesi sopra specificata (32), il rapporto tra il precedente appaltatore ed il personale a tempo indeterminato addetto in via ordinaria allo specifico appalto è da considerarsi risolto, e tale personale viene assunto *ex novo* dall'impresa subentrante (senza effettuazione del periodo di prova) (33).

Il Ccnl contenente una clausola che più si avvicina alla "clausola sociale" così come declinata dalla giurisprudenza è di certo quello relativo al Trasporto e spedizione merci per il settore artigiano: l'art. 42 *bis* del Ccnl 9 novembre 2006 afferma infatti che «*L'azienda appaltante farà includere nel contratto di appalto con l'impresa subentrante l'impegno di questa, nel rispetto dell'autonomia imprenditoriale, a parità di condizioni di appalto ed a fronte di obiettive necessità operative e produttive dell'impresa subentrante, a dare preferenza, a parità di condizioni, ai lavoratori della gestione uscente*». Uguale previsione connota l'Accordo di rinnovo del 26 gennaio 2011 facente capo al Ccnl Magazzini generali.

Si riporta di seguito uno schema riepilogativo dei contratti collettivi nei quali risulta affrontato - e a volte risolto attraverso la proposizione della cd. "clausola sociale" - il problema della salvaguardia dei livelli occupazionali nell'ambito delle procedure di appalto.

che all'utilizzo di un minor numero di risorse umane consegue un vantaggio anche per la collettività, in termini di «*corrispondente risparmio di spesa pubblica*». Che tale aspetto possa tuttavia essere subordinato ad intenti di salvaguardia dei livelli occupazionali appare esplicitato nell'art. 2, comma secondo, del Codice degli appalti pubblici (D.Lgs. n. 163/06), laddove è specificato che il principio di economicità può essere in ogni caso subordinato, entro determinati limiti, a criteri ispirati ad esigenze di carattere sociale.

(29) C.d.S., sez.VI, sent. N. 3764 del 26 giugno 2012.

(30) Che riguarda la successione nella gestione di un appalto ma anche il caso in cui si conferisce a terzi un servizio in precedenza gestito direttamente.

(31) Si veda, ad esempio, il Ccnl 20 febbraio 2010 nel settore dei pubblici esercizi (per la parte datoriale, stipulato da

Confcommercio).

(32) Tra questi si veda l'accordo 5 aprile 2008 nel settore dei gestori privati dei servizi di nettezza urbana.

(33) Molto spesso tali obblighi sono temperati dal fatto che l'obbligo di assunzione non sussiste in relazione a quei lavoratori che non hanno una specifica anzianità di servizio nell'appalto: ciò al fine di evitare che l'impresa subentrante sia vincolata ad una serie di assunzioni effettuate dal precedente appaltatore sul finire della propria gestione. In realtà, vista la giurisprudenza costituzionale e di Cassazione precedentemente esaminata, una previsione del genere ha l'effetto non tanto di scongiurare l'assunzione di tale personale, quanto piuttosto di esonerare l'imprenditore che subentra dal dare la prova che, in relazione alla propria organizzazione dell'appalto, lo stesso è di troppo.

# Approfondimenti

<b>Settore</b>	<b>Contratto o accordo</b>	<b>Articolo</b>
Agenzie di viaggi e turismo ( <i>Confcommercio</i> )	Ccnl 20 febbraio 2010	Art. 97
Alberghi ( <i>Confcommercio</i> )	Ccnl 20 febbraio 2010	Art. 97
Campeggi e villaggi turistici ( <i>Confcommercio</i> )	Ccnl 20 febbraio 2010	Art. 97
Enti culturali, turistici e sportivi ( <i>Federculture</i> )	Accordo di rinnovo 7 luglio 2009	Art. 20 ter
Istituzioni socio-assistenziali ( <i>Anaste</i> )	Ccnl 25 maggio 2004	Art. 9
Istituzioni socio-assistenziali ( <i>Uneba</i> )	Ccnl 8 maggio 2013	Art. 73
Magazzini generali	Accordo di rinnovo 26 gennaio 2011	Art. 42 bis
Nettezza urbana ( <i>Aziende municipalizzate</i> )	Accordo 20 novembre 2009	Art. 6
Nettezza urbana ( <i>Aziende private</i> )	Ccnl 5 aprile 2008	Art. 6
Pubblici esercizi ( <i>Confcommercio</i> )	Ccnl 20 febbraio 2010	Art. 97
Pulizia ( <i>Artigianato</i> )	Ccnl 1 luglio 1999	Art. 43
Pulizia ( <i>Industria</i> )	Ccnl 21 maggio 1993	Art. 4
Pulizia ( <i>Piccola industria</i> )	Ccnl 7 marzo 1989	Art. 3
Pulizia ( <i>Chai/Unapi</i> )	Ccnl 5 luglio 2012	Art. 201
Servizi postali appaltati	Ccnl 18 luglio 2001	Allegato 5
Stabilimenti balneari ( <i>Confcommercio</i> )	Ccnl 20 febbraio 2010	Art. 97
Trasporto e spedizioni merci ( <i>Artigianato</i> )	Ccnl 9 novembre 2006	Art. 42 bis
Trasporto e spedizioni merci ( <i>Confetra</i> )	Ccnl 9 novembre 2006	Art. 42 bis
Trasporto e spedizioni merci ( <i>Fai</i> )	Ccnl 9 novembre 2006	Art. 42 bis
Trasporto e facchinaggio ( <i>Cooperative</i> )	Ccnl 9 novembre 2006	Art. 42 bis
Turismo ( <i>Confcommercio</i> )	Ccnl 20 febbraio 2010	Art. 97
Turismo ( <i>Confesercenti</i> )	Accordo di rinnovo 4 marzo 2010	Capo X
Turismo ( <i>Federturismo</i> )	Ccnl 2 febbraio 2004	Artt. 287 e ss.
Vigilanza privata ( <i>Cooperative</i> )	Ccnl 2 maggio 2006	Art. 25
	Ccnl 8 aprile 2013	Art. 24
Vigilanza privata ( <i>Istituti</i> )	Ccnl 2 maggio 2006	Art. 25
	Ccnl 8 aprile 2013	Art. 24