

ADAPT - Scuola di alta formazione sulle relazioni industriali e di lavoro
*Per iscriverti al **Bollettino ADAPT** [clicca qui](#)*
*Per entrare nella **Scuola di ADAPT** e nel progetto **Fabbrica dei talenti***
scrivi a: selezione@adapt.it

Bollettino ADAPT 26 ottobre 2020, n. 39

La tutela occupazionale e la tutela della libertà di iniziativa economica, nei cambi di appalto pubblici, tentano di trovare il loro equilibrio attraverso la disciplina delle clausole sociali. Un equilibrio non del tutto stabile che legge, prassi, giurisprudenza e parti sociali hanno cercato di normare sotto diversi aspetti riguardanti le procedure, le forme e, soprattutto, la loro efficacia.

La clausola sociale è un istituto che nasce nell'ambito del diritto delle relazioni industriali ed è volto a garantire la stabilità occupazionale dei lavoratori in caso di successione tra imprenditore cedente e imprenditore cessionario nell'ambito di un contratto di appalto. **Si tratta di un passaggio che si sostanzia in una procedura di nuova assunzione dei lavoratori addetti nell'appalto da parte dell'impresa aggiudicatrice, subentrata all'impresa uscente.** Anzitutto, va sottolineato che l'applicazione della clausola sociale in sé non configura un'ipotesi di trasferimento d'azienda ex art. 2112 c.c., salvo il caso in cui il subentro nell'appalto coinvolga, oltre ai lavoratori oggetto di trasferimento, anche beni di non trascurabile entità (cfr., ad esempio, **Cass. 16 maggio 2013, n. 11918** e **Cass. 13 aprile 2011, n. 8460**).

Giuridicamente, la clausola sociale è stata istituita dall'art. 50 del Codice dei contratti pubblici, (**d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50**), secondo cui nei contratti di concessione e di appalto diversi da quelli aventi natura intellettuale, con particolare riguardo a quelli relativi a contratti ad alta intensità di manodopera, *"i bandi di gara, gli avvisi e gli inviti inseriscono, nel rispetto dei principi dell'Unione Europea, specifiche clausole sociali volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato, prevedendo l'applicazione da parte dell'aggiudicatario, dei contratti collettivi di settore di cui all'articolo 51 del d.lgs. 81/2015"*. La disposizione appare perfettamente in linea con le direttive comunitarie (cfr. **artt. 38 e 26 delle Direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE**).

Il primo aspetto che emerge dall'attuale disposto normativo riguarda l'obbligo che sorge in capo stazione appaltante di inserire tali clausole nei contratti ad alta intensità di manodopera. La norma chiarisce che per tali contratti si intendono quelli in cui il costo del personale sia pari almeno al cinquanta per cento dell'importo totale del contratto. Questo spiega perché le clausole sociali sono spesso disciplinate nei CCNL di settori in cui è preponderante l'utilizzo della manodopera. Per riportare alcuni esempi, ad oggi clausole poste a presidio della tutela occupazione nelle fasi di cambio-appalto sono presenti nel settore **metalmecanico**, delle **telecomunicazioni**, della **logistica**, **cooperative sociali**, **multiservizi** e **lavanderie industriali**. Anche la prassi amministrativa (cfr. **Linee Guida ANAC n. 13 del 2019**) si è pronunciata interpretando la norma in questione, specificando che, mentre in tali attività l'art. 50 pone una disciplina obbligatoria, la clausola sociale resta facoltativa all'interno della *lex specialis* di gara nei settori che non sono ad alta intensità di manodopera.

Settore	CCNL	Parti firmatarie
Agenzie di somministrazione di lavoro	Art. 31, CCNL 15 ottobre 2019	Assolavoro, Assosomm, Felsa Cisl, Nidil Cgil, Uiltemp Uil
Autostrade	Art. 50, CCNL 16 dicembre 2019	Federreti, Fise-Acap, Filt Cgil, Fit Cisl, Uiltrasporti Uil, Sla Cisl, UGL Viabilità e logistica
Cooperative sociali	Art. 37, CCNL 28 marzo 2019	AGCI Solidarietà, Federsolidarietà Confcooperative, Legacoopsociali, Fp Cgil, Cisl Fp, Fisascat Cisl, Uil Fpl
Logistica, trasporto merci e spedizione	Art. 42, CCNL 3 dicembre 2017	Aite, Aiti, Assoespressi, Assologistica, Fedespedi, Fedit, Fisi, Trasportounito Fiap, Anita, Fai, Assotir, Federtraslochi, Federlogistica, Fiap, Unital, Cna-Fita, Confartigianato Trasporti, Sna-Casartigiani, Claai, Filt Cgil, Fit Cisl, Uiltrasporti Uil
Metalmeccanici (Industria)	Sez. IV, Art. 10, CCNL 26 novembre 2016	Federmeccanica, Assistal, Fiom Cgil, Fim Cisl, Uilm Uil
Multiservizi	Art. 4, CCNL 31 maggio 2011	FISE, Legacoop Servizi, Federlavoro e Servizi, Union Servizi, AGCI Servizi, Filcams Cgil, Fisascat Cisl, Uiltrasporti Uil
Nettezza urbana	Art. 6, CCNL 20 giugno 2017	Fise Assoambiente, Pf Cgil, Fit Cisl, Uiltrasporti Uil, Fiadel

Sistema industriale integrato di beni e servizi tessili e medici affini (Lavanderie industriali)

Art. 18, Accordo 11 maggio 2017

Assosistema, Filctem Cgil, Femca Cisl, Uiltec Uil

Telecomunicazioni

Accordo sui call center del 30 maggio 2016

Asstel, Slc Cgil, Fistel Cisl, Uilcom Uil

Altro aspetto rilevante riguarda la compatibilità di tali clausole con i principi comunitari e costituzionali. A tal riguardo, si ricorda che la Corte di Giustizia Europea sostiene da sempre che le clausole sociali vadano formulate in modo tale da contemperare l'applicazione ai principi di libertà di stabilimento, di concorrenza e di libera impresa (cfr., tra le tante, **C.G. C-460/2002 e C-386-2003**). A ciò si aggiunge il rispetto della libertà di iniziativa economica sancito dall'art. 41 Cost. Per questa ragione, anche le parti sociali, consapevoli della limitazione che tali clausole comportino alla libertà sulle scelte economiche dell'impresa, hanno previsto in alcuni accordi l'esame congiunto della mutuata situazione e l'armonizzazione degli eventuali cambiamenti alle esigenze tecnico-organizzative ed economiche dell'appalto con il mantenimento dei livelli occupazionali (sul punto, si veda ad esempio quanto previsto dal CCNL Multiservizi, CCNL Lavanderie industriali). **Nella pratica, le parti si pongono l'obiettivo di garantire la piena occupazione di tutti gli addetti nell'appalto ma non introducono un principio generale di automaticità per il passaggio dei lavoratori alla azienda subentrante.** Ciò potrebbe avvenire, ad esempio, qualora fossero analoghi tanto il progetto tecnico del precedente appaltatore che quello del successivo aggiudicatario. Inoltre, dovranno essere oggetto di valutazione anche le necessità occupazionali correlate alla organizzazione della azienda subentrante (cfr. CCNL Metalmeccanici). In taluni casi, durante l'esame congiunto per contemperare le reciproche esigenze, le parti sollecitano il ricorso a strumenti quali part-time, riduzione orario di lavoro, flessibilità delle giornate lavorative (cfr. CCNL TLC-call center).

Da una lettura dei testi contrattuali, si rileva spesso l'esclusione dal periodo di prova da parte del lavoratore soggetto al passaggio. Inoltre, nella maggior parte degli accordi è presente un obbligo di comunicazione alla RSU e/o alle organizzazioni sindacali territoriali entro scadenze definite, nonché l'obbligo per l'impresa uscente di consegnare all'impresa subentrante un elenco di documenti e informazioni relative a ciascun rapporto di lavoro. L'impresa subentrante, invece, spesso, deve dichiarare alle organizzazioni sindacali l'acquisizione della nuova gara. È in questa fase che sarà possibile esaminare, grazie alla documentazione, il passaggio dei lavoratori addetti nell'appalto. Infine, **fattore importante di cui bisogna tener conto nella lettura dei testi contrattuali, è il riferimento all'interno dell'accordo collettivo ai soli contratti pubblici oppure anche a quelli privati,** specifica che si riscontra quando nel CCNL non viene specificato che si stia

trattando di procedure di gare pubbliche (cfr. CCNL Agenzie per il lavoro).

Se nei CCNL sopracitati è possibile riscontrare un tentativo di contemperamento tra tutela occupazionale e libertà sulle scelte economiche dell'impresa, in altri accordi si prevede **l'obbligatorietà del reimpiego del personale dell'appaltatore uscente da parte di quello subentrante, considerato che esso dovrà avvenire a parità di condizioni di appalto, mantenendo l'anzianità pregressa e tutti i trattamenti salariali ed i diritti normativi** (cfr. CCNL TLC-call center e CCNL logistica), compresa la continuità della storia disciplinare dei lavoratori e la tutela ex art. 18 St. Lav. – per i lavoratori assunti prima del 7 marzo 2015 – in caso di licenziamento illegittimo. Per quanto sia ammirevole e di esempio anche per altri settori, tuttavia bisogna valutare alla luce degli interventi giurisprudenziali il grado di effettività di una normazione oggettivamente stringente in termini di libertà di impresa. E prima ancora, ci si potrebbe interrogare sull'**efficacia soggettiva di un simile disposto ovvero sull'obbligo da parte dell'impresa di applicazione o meno delle clausole sociali**.

Nelle clausole “contrattuali”, spesso, si nota una maggiore rigidità soprattutto riguardo l'obbligatorietà di assorbimento del personale. Il TAR Liguria (Sent. n. 639 del 2017) si è espresso sulla logica di considerare la clausola sociale “legale” come una clausola che garantisce maggiore flessibilità agli imprenditori. Questo ragionamento è stato smentito dal Consiglio di Stato (Sent. n. 272 del 2018), il quale si è espresso ricordando che gli orientamenti giurisprudenziali comunitari e nazionali che sanciscono il contemperamento di interessi tra tutela dei lavoratori e la libertà di iniziativa economica vanno considerati sulla base di qualsiasi applicazione di clausola sociale. Eppure, su questo punto bisogna fare delle precisazioni rispetto a due diverse fattispecie, ovvero l'iscrizione o meno dell'azienda alla associazione datoriale firmataria del CCNL. Secondo il Consiglio di Stato (Sent. n. 6148 del 2019; cfr. punto 3.1.2), **le clausole sociali vincolano solo le imprese appartenenti alle associazioni datoriali firmatarie del contratto collettivo**. Di fatto, l'essere associata alla datoriale firmataria potrebbe evidenziare una reale volontà da parte dell'impresa di accettazione dell'accordo sottoscritto. Considerando le due sentenze, sembrerebbe quindi che le clausole sociali “contrattuali” diventino effettive solo qualora entrambi le aziende siano iscritte all'associazione datoriale firmataria del CCNL, e sempre nel rispetto della libertà di iniziativa economica.

Azienda uscente	Azienda subentrante	Lex Specialis di gara	Obbligo
Non associata	Non associata	Nessuna clausola	Nessun obbligo
Non associata	Non associata	Clausola sociale	Obbligo legale
Non associata	Associata	Nessuna clausola	Nessun obbligo
Non associata	Associata	Clausola sociale	Obbligo legale
Associata	Non associata	Nessuna clausola	Nessun obbligo
Associata	Non associata	Clausola sociale	Obbligo legale
Associata	Associata	Nessuna clausola	Obbligo contrattuale
Associata	Associata	Clausola sociale	Obbligo legale e contrattuale

Resta ovvio che lo schema riepilogativo sopra proposto, redatto sulla base degli orientamenti giurisprudenziali citati, non abbia una validità legale tale da essere preso come riferimento in tutte le gare di appalto pubbliche, vista anche **la prassi amministrativa che in determinati episodi si è espressa in direzione opposta a quella indicata dai giudici**. È il caso di Umbria Salute, una società di diritto pubblico che, in un documento (cfr. [risposte del 6 novembre 2014](#)), dichiara che la clausola sociale di cui all'art. 31 del CCNL delle Agenzie per il Lavoro non deve essere rispettata qualora non venga esplicitato in alcun atto di gara, in quanto non compatibile con la facoltà di Umbria Salute di richiedere l'attivazione di singoli contratti di lavoro somministrato sulla base delle proprie esigenze. Azioni che meriterebbero un intervento della giurisprudenza per verificare la loro validità. L'estremo opposto sono le linee guida n. 13 del 2019 dell'ANAC secondo cui, invece, negli appalti pubblici *"l'applicazione delle clausole sociali deve in ogni caso avvenire in armonia con la disciplina recata dalle disposizioni contenute nei contratti collettivi di settore"*.

Tuttavia, se da un lato la clausola sociale non può comprimere l'autonomia imprenditoriale (cfr. Cons. St., Sez. III, n. 142/2019), **all'opposto quest'ultima non può nondimeno essere esercitata fino al punto di vanificare le sottostanti esigenze di tutela dei lavoratori**. L'elasticità di applicazione della clausola non può quindi spingersi fino al punto da legittimare politiche aziendali di dumping sociale in grado di vanificare gli obiettivi di tutela del lavoro (cfr. Cons. St., Sez. V, n. 3885/2019).

È necessario osservare poi anche che il rispetto della clausola e le relative sanzioni sono

assoggettate al controllo da parte degli organi ispettivi. In tal senso, l'Ispettorato Nazionale del Lavoro mostra come l'applicazione delle clausole sociali siano sprovviste di una tutela amministrativa o penale. Molto spesso le clausole sociali rimangono fuori da una tutela ispettiva diretta (D. Papa, *Il nuovo potere di disposizione degli ispettori del lavoro*, in *GLav*, 2020, n. 40, p. 46 e ss.); tuttavia, grazie al nuovo potere di disposizione nelle violazioni in materia di lavoro e legislazione sociale ex art. 12 del decreto-legge n. 76 del 2020, convertito in legge n. 120 del 2020, **il personale ispettivo dell'INL potrà adottare provvedimenti di disposizione al datore di lavoro che non rispetta le clausole sociali, sia legali che contrattuali**. In realtà, già un altro istituto pubblico si era occupato della questione sanzionatoria. L'ANAC identificava due possibili situazioni: la mancata accettazione della clausola legale in sede di gara, contenuta nella *lex specialis*, e la violazione della stessa da parte dell'affidatario dei lavori successivamente all'esito positivo della gara. Nel primo caso, il rifiuto opposto dall'impresa determinerebbe l'esclusione dalla gara. Nella seconda ipotesi, l'inadempimento rimarrebbe confinato nell'ambito della responsabilità contrattuale (v. sempre Linee Guida n. 13 del 2019). In quest'ultimo caso, potrebbe essere incisivo il lavoro del personale ispettivo dell'INL come indicato dal direttore centrale dell'area coordinamento giuridico.

Anche il legislatore ultimamente si è mostrato sensibile al tema. La presenza di un equilibrio poco stabile tra tutela occupazionale e libertà di iniziativa economica, sancita all'articolo 41 della Costituzione, è argomento di discussione anche dell'attuale legislatura. **Il DDL Costanzo (AC 1423/2018), all'articolo 10, ha l'intento di modificare la normativa sulle clausole sociali subordinando l'applicazione delle stesse all'esito positivo della gara**, prevedendo inoltre l'applicazione da parte dell'aggiudicatario delle condizioni di orario e di retribuzione proprie dei contratti collettivi di settore di cui all'articolo 51 del d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81.

In conclusione, un disposto normativo che non prenda in considerazione le esigenze tecnico-produttive dell'impresa subentrante, automatizzando *ex lege* il passaggio dei lavoratori addetti nell'appalto, genererebbe un effetto a spirale che, nell'arco di alcuni passaggi di appalto (o concessione) porterebbe ad uno spropositato aumento delle ore di lavoro e del numero di addetti per appalto. In questo senso, le **parti sociali possono ancora fare passi in avanti al fine di aumentare le occasioni di tutela e stabilità occupazionale laddove ciò non contrasti principi comunitari e costituzionali**. Infatti, sarebbe rischioso o quanto lontano dai principi comunitari e costituzionali obbligare l'impresa subentrante a mantenere le stesse condizioni di

lavoro e di retribuzione. Una simile norma genererebbe concreti problemi nelle organizzazioni aziendali non permettendo valutazioni contemperate alle esigenze e non considererebbe le differenze organizzative tra le due imprese interessate. Potrebbe essere una strada percorribile, invece, quella di affiancare all'obbligatorietà in termini di legge, tramite appositi rinvii legali, le modalità e le tempistiche già individuate dalle parti sociali nei CCNL *leader* di riferimento per l'attività oggetto dell'appalto.

Ruben Schiavo

Dottorato di ricerca in Apprendimento e innovazione nei contesti sociali e di lavoro

Università degli Studi di Siena

 [@ruben_schiavo](https://twitter.com/ruben_schiavo)