



Re-internalizzazione e successione di appalto nella gestione dei servizi pubblici

WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 385/2019

© Vincenzo Ferrante 2019
Università Cattolica di Milano
vincenzo.ferrante@unicatt.it

WP CSDLE MASSIMO D'ANTONA.IT - ISSN 1594-817X
Centre for the Study of European Labour Law "MASSIMO D'ANTONA", University of Catania
On line journal, registered at Tribunale di Catania n. 1/2012 – 12.1.2012
Via Gallo, 25 – 95124 Catania (Italy)
Tel: +39 095230855 – Fax: +39 0952507020
csdle@lex.unict.it
<http://csdle.lex.unict.it/workingpapers.aspx>



Re-internalizzazione e successione di appalto nella gestione dei servizi pubblici^α

**Vincenzo Ferrante
Università Cattolica di Milano**

1. Il principio dell'assunzione mediante concorso.....	2
2. Assunzioni a termine e divieto di conversione.....	4
3. Il trasferimento di attività o di funzioni (dalla p.a. ad un soggetto privato).	5
4. Appalto e trasferimento d'azienda nella disciplina interna.	6
5. Passaggio da una società ad un'altra di un servizio concesso in appalto (da privato a privato).	8
6. Re-internalizzazione di attività o di funzioni (da un soggetto privato alla p.a.).	10

^α Destinato agli studi in onore di Roberto Pessi.

Si tratta del testo italiano, completato nelle note ed arricchito dalle considerazioni finali, della relazione dal titolo *Reversión de servicios y sucesión de empresas en el derecho comparado*, svolto al congresso sul tema: *Reversión de Contratas Públicas a la Luz de la Ley de Contratos del Sector Público*, tenutosi presso l'Università di Valencia, il 13 e 14 dicembre 2018.

1. Il principio dell'assunzione mediante concorso.

Con disposizione, di cui si sente una chiara eco nelle successive previsioni della Costituzione spagnola del 6 dicembre 1978¹, l'art. 97 della Costituzione italiana prevede all'odierno comma 4° che ai pubblici uffici si accede mediante concorso. Si tratta di un principio diretto non solo a garantire l'imparzialità dell'azione amministrativa, ma altresì ad assicurare che solo i migliori possano avere accesso all'impiego pubblico.

Inoltre, si tratta di un sistema che consente anche di rendere prevedibile la spesa pubblica, poiché per ciascun ente o ufficio il numero e la qualifica dei dipendenti necessari ad assicurare il servizio viene ad essere fissato in via amministrativa (art. 6, d. lgs. 165/01) in uno specifico provvedimento (pianta organica), così da procedere ad accantonare i fondi necessari per le sostituzioni di coloro che abbandonano il lavoro per dimissioni, trasferimento o pensionamento, impedendo al contempo che possa farsi luogo ad assunzioni non previamente autorizzate dalla legge di bilancio dello Stato.

Per quanto la Costituzione taccia sul punto, alla regola del concorso si accompagnava (sin dalla fine del XIX secolo) uno statuto speciale di diritto pubblico per il dipendente, che garantiva contro il licenziamento ingiustificato, quando invece nel diritto privato questo era ancora assoggettato alla regola della libertà di recesso, e che subordinava al concorso anche le promozioni e gli avanzamenti di carriera (o progressioni), lasciando poi alla giurisdizione del giudice amministrativo di decidere l'eventuale annullamento dei provvedimenti adottati dall'ente pubblico in caso di violazione di legge o, soprattutto, di disparità di trattamento. Questo statuto è poi venuto meno in gran parte grazie al d. lgs. n. 29 del 1993, quando oramai anche la disciplina privatistica sembrava assicurare sufficienti garanzie nei confronti di eventuali abusi datoriali, di modo che la disciplina attuale che si applica ai dipendenti pubblici è, in via residuale, quella del diritto privato, salva tuttavia l'ampia serie di deroghe contenute nel d. lgs. n. 165 del 2001.

Malgrado le previsioni costituzionali, tuttavia, non è infrequente nel corso degli anni l'assunzione di impiegati fuori pianta organica, per fronteggiare esigenze derivanti da necessità transitorie. Si tratta di un fenomeno antico, già presente ai primi anni del secolo XX, che dà luogo a molteplici e ripetute assunzioni "fuori ruolo", spesso con contratti di diritto privato, sempre a termine, ma non di rado con continui rinnovi.

¹ V. Art. 103 (3), secondo cui "La legge regolerà lo statuto dei pubblici funzionari, l'accesso alle funzioni pubbliche secondo criteri di merito e di capacità, le peculiarità del loro diritto a costituirsi in sindacato, il sistema delle loro incompatibilità e le garanzie d'imparzialità nell'esercizio delle loro funzioni" (traduz. mia).

Poiché il principio costituzionale impedisce assunzioni in assenza di concorso, i lavoratori "precari" (e quindi senza garanzia di stabilità futura) si organizzano in sindacati per lo più indipendenti, per ottenere la loro stabilizzazione, attraverso provvedimenti legislativi di integrale sanatoria della situazione (stabilendo ad es. l'assunzione "in ruolo" *ope legis* di tutto il personale che abbia prestato servizio per un certo numero di anni; oppure, in maniera più rispettosa del dettato costituzionale, procedendo a bandire comunque un concorso, ma riservato ai soli lavoratori già assunti, ovvero ancora aperto a tutti, ma riconoscendo nell'attribuzione del punteggio un ruolo rilevante, se non maggioritario, all'anzianità derivante da pregressi servizi).

Questi provvedimenti, in generale, comportano la piena assimilazione dei lavoratori stabilizzati *ope legis* a quanti sono stati assunti mediante concorso, con applicazione della disciplina di diritto pubblico (ed ora di diritto privato, a mente delle disposizioni del d. lgs. 165/2001 più sopra richiamate) e con la ridefinizione "di fatto" della pianta organica.

La Corte costituzionale riconosce all'inizio quasi senza limiti la legittimità di queste prassi, anche quando viene chiamata a valutare i provvedimenti adottati dalle Regioni, su sollecitazione del Governo il quale, in ultima istanza, è poi tenuto a sostenere la spesa per il personale, in assenza di una reale capacità finanziaria degli enti territoriali, autonoma e distinta da quella dello Stato.

Una giurisprudenza costituzionale successiva ha ritenuto però che la sanatoria non possa riguardare la totalità del personale pubblico, poiché in questo modo si impedisce di fatto l'accesso "dall'esterno" da parte di giovani laureati che vogliano partecipare ai concorsi². In questo senso, nelle pronunzie più recenti si è imposto di procedere a due concorsi, uno per i soggetti già irregolarmente assunti ed uno (per una quota di posti non irrisoria) per accessi di altri soggetti. In generale, poi, si è riconosciuto che la sanatoria possa interessare tutti i dipendenti quando

² Esemplari a riguardo tre diverse pronunzie rese in contiguità temporale, che hanno avuto riguardo ad una stessa vicenda: v. C. cost. 4 marzo 1997, n. 59, in *Giur. it.* 1997, I, 329; nonché in *Lav. giur.*, 1997, 760, con n. di Mannacio; ed in *Foro it.* 1997, I, 3508; C. cost. 29 maggio 1997, n. 153, in *Giur. cost.* 1997, 1628; in *Foro it.* 1997, I, 3508; e in *Giur. it.* 1997, I, 524, con nota di Frontoni; sulla legge che provvede a "recepire" le indicazioni della Corte, si è poi pronunziata (questa volta con un giudizio di rigetto) C. cost. 22 aprile 1999, n. 141, in *Giur. cost.* 1999, 1118, con note di Mazzitelli e Cerri; nonché in *Giur. it.* 1999, 1997. In particolare, nella motivazione di quest'ultima, in relazione alla liceità della prassi del concorso "riservato", si legge che: «Può ritenersi senz'altro conforme all'interesse pubblico che precedenti esperienze non vadano perdute e anzi che la legge, come assai frequentemente avviene, preveda per esse una particolare considerazione. Ciò che vale, naturalmente, fino al limite oltre il quale possa dirsi che l'assunzione nella amministrazione pubblica, attraverso norme di privilegio, escluda o irragionevolmente riduca le possibilità di accesso, per tutti gli altri aspiranti, con violazione del carattere "pubblico" del concorso».

questi siano stati comunque assunti *ab origine* sulla base di procedure selettive, anche se in assenza delle garanzie proprie del concorso pubblico (per es. a seguito di bando pubblico e con una procedura di selezione per titoli)³.

2. Assunzioni a termine e divieto di conversione.

Il principio del concorso impedisce di procedere per intervento del solo giudice ad una conversione del rapporto in caso di assunzioni a termine con contratti di diritto privato, realizzate da parte delle pubbliche amministrazioni fuori dai casi previsti dalla legge.

L'art. 36.5 d. lgs. n. 165/01 a riguardo stabilisce che «in ogni caso, la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori [...] non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le pubbliche amministrazioni». La stessa norma riconosce il «diritto al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative».

Questa disposizione è stata fatta oggetto di esame da parte della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, che ha tuttavia sempre confermato che la sanzione non deve necessariamente essere rappresentata dalla assunzione, quando sussista comunque una sanzione interna dissuasiva⁴. La Corte di cassazione, chiamata a precisare in cosa consista il danno per i lavoratori illegittimamente assunti a termine, ha ritenuto che questo si ricollega direttamente alla violazione della direttiva europea⁵ quantificandolo, sulla scorta di una serie successiva di leggi, in un importo fra un minimo di 2,5 ed un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto⁶.

Pure si deve notare che, ove si volesse davvero rispettare il principio concorsuale, nulla impedirebbe al Giudice a fronte di effettive esigenze della pianta organica (dimostrate dal continuo ricorso a forme di precariato) di provvedere ad ordinare all'amministrazione di indire un

³ Legge n. 296 del 27 dicembre 2006, art. 1, comma 558 e 560 (finanziaria 2007), in relazione alla quale v. pure Cass. lav., 24/11/2016, n. 24025. Per l'estensione della regola del concorso anche alle società pubbliche, v. già art. 18 d.l. n. 112 del 2008 (conv. in l. 6 agosto 2008 n. 133), ed ora art. 19 d. lgs. n. 175/2016 (v. *infra* nota 20).

⁴ Da ultimo, v. Corte Giust. 7 marzo 2018 (C-494/16), "Santoro" e già prima 26 novembre 2014 (C-22/13) "Mascolo", con orientamento ora confermato da C. cost. 27/12/2018 n. 248 (v. par. 9.1): a riguardo, V. DE MICHELE, *La sentenza Sciotto della Corte Ue e la conversione a tempo indeterminato nel pubblico impiego ...*, WP CSDLE D'Antona, n. 383/2019.

⁵ V. per tutte Cass. SS.UU. n. 5072 del 15 marzo 2016.

⁶ V. Cons. Stato, sez. VI, 6 ottobre 2018, 5720. Si noti che l'art. 32, co. 5 della l. n. 183/2010 richiamato nella sent. di cui alla nota precedente è stato ora abrogato, anche se il suo disposto sembra sopravvissuto per alcune specifiche ipotesi di lavoro pubblico (a riguardo v. art. 29.2 lett. c) cit. da C. cost. n. 248/18, al par. 4.1).

bando per la copertura del posto mediante concorso, ma che questa richiesta non è mai stata avanzata in concreto dai lavoratori, che hanno sempre rivendicato l'applicazione della regola privatistica della conversione.

Il divieto di cui all'art. 36.5 d. lgs. 165/2001 si applica a tutte le ipotesi di "conversione" del rapporto di lavoro e quindi anche all'ipotesi (di cui si dirà più avanti) di un appalto di mere prestazioni di manodopera (che resta sostanzialmente vietato), ovvero alla costituzione di rapporti fintamente di lavoro autonomo⁷, di modo che il principio della tutela del ruolo resta centrale, anche se è stato derogato periodicamente attraverso ripetute leggi speciali di sanatoria, prima richiamate.

3. Il trasferimento di attività o di funzioni (dalla p.a. ad un soggetto privato).

Lo stesso d. lgs. n. 165/01 regola altresì all'art. 31, con una disposizione che è rimasta invariata dalla privatizzazione ad oggi, l'applicazione della direttiva europea in tema di trasferimento d'impresa n. 2001/23 (già 77/187), stabilendo che anche nel caso del semplice trasferimento «di attività» svolte da pubbliche amministrazioni, enti pubblici o loro aziende o strutture, ad altri soggetti, pubblici o privati, al personale si applicano comunque le garanzie di cui alla direttiva europea, quanto a diritti individuali e prerogative del sindacato.

Si tratta, in assenza di un passaggio che riguardi propriamente un'entità economica determinata, di una applicazione collegata ad una fattispecie di raggio maggiore rispetto a quella fatta oggetto di disposizioni dalla direttiva europea, la cui ragione deve forse rintracciarsi nel fatto che si è voluto evitare che il sindacato resti estraneo alle vicende che riguardano l'organizzazione dell'apparato pubblico, sulla scorta del tradizionale coinvolgimento dei lavoratori in ordine a scelte di questo tipo (v. art. 9 d. lgs 165/2001, peraltro più volte modificato).

In forza di tale disposizione, dunque, tutti i dipendenti interessati dovrebbero passare in capo alla appaltatrice o alla società che assume su di sé l'obbligo di fornire il servizio esternalizzato.

Nella prassi, tuttavia, poiché i lavoratori verrebbero così a perdere le garanzie proprie del rapporto di lavoro pubblico, avviene spesso che, attraverso accordi sindacali, o si individuino dipendenti che vengono collocati al di fuori del perimetro interessato alla cessione o si pattuisca una clausola di riassunzione, nel caso in cui il lavoratore venga per

⁷ Cass. lav., 21/5/2008, n.12964; successivamente a questa pronunzia non si rinvergono invero precedenti in giurisprudenza; in ordine a rapporti di lavoro autonomo, v. Cass. lav., 8/2/2017, n. 3384.

qualunque ragione a perdere il proprio lavoro alle dipendenze dell'impresa appaltatrice.

Non è raro che le pp.aa. utilizzino l'appalto come strumento per aggirare il divieto di nuove assunzioni in ruolo, di modo che, anche grazie al fatto che si è provveduto ad ampliare il numero delle mansioni in concreto esigibili dai lavoratori pubblici, può accadere che i dipendenti interessati alla cessione siano in concreto limitati a soli quelli che sono dotati di una professionalità specifica, mentre tutto il personale impiegatizio resta escluso dall'operazione e quindi può permanere alle dirette dipendenze dell'ente pubblico.

4. Appalto e trasferimento d'azienda nella disciplina interna.

In via generale, nel sistema giuridico italiano, l'appalto non può che riguardare uno specifico servizio (o un'opera), rimanendo vietato l'appalto di c.d. mere prestazioni, sulla base già di una legge del 1960. Si ritiene così che l'appalto di servizi sia lecito, in assenza di una organizzazione materiale d'impresa in capo all'appaltatrice, solo nell'ipotesi in cui l'operazione economica posta in essere trovi ragione in una professionalità particolare per l'esecuzione dell'appalto, che sia o assente nelle fila dei dipendenti della committente, o che risulti comunque dalla pluralità dei clienti dell'appaltatrice⁸.

Nello stesso senso, ma più esplicitamente, una specifica disposizione della c.d. "legge Biagi" (art. 29 d. lgs. n. 276/2003), che sembrerebbe applicabile anche al settore pubblico, quanto meno per ragioni di coerenza sistematica⁹, afferma che l'organizzazione dei mezzi necessari per l'esecuzione del contratto di appalto «può anche risultare, in relazione alle esigenze dell'opera o del servizio dedotti in contratto, dall'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto, nonché per la assunzione, da parte del medesimo appaltatore, del rischio d'impresa».

In sostanza, la norma ora citata richiede che l'elemento di genuinità possa altresì risultare dall'effettiva autonomia del ciclo produttivo, che deve aversi per provata, quando non vi sia ingerenza del committente nell'organizzazione del lavoro dell'impresa appaltatrice.

⁸ A riguardo, per un panorama di sintesi della disciplina normativa e della giurisprudenza precedente il d. lgs. n. 276, rinvio a V. FERRANTE, *Somministrazione e appalto dopo il Jobs Act*, in Id., *Dal contratto al mercato. Evoluzioni recenti del diritto del lavoro alla luce del Jobs Act*, Torino, 2017, 98 ss.

⁹ V. ad es. T.A.R. Brescia, (Lombardia) sez. I, 13/11/2008, n.1627.

Non è quindi infrequente (con una certa dilatazione del disposto di legge) che nell'ambito di una stessa struttura si affianchino operatori direttamente dipendenti dalla committente, ma in relazione a servizi diversi, anche per orario (per es. negli ospedali, il servizio di ambulanze di pronto intervento è spesso esternalizzato, così come negli ambiti delle residenze per anziani l'attività di assistenza notturna è affidata spesso ad un soggetto terzo, al pari che negli asili comunali, per quanto riguarda l'attività di doposcuola).

Come si è detto più sopra, anche in questo caso il principio concorsuale di cui all'art. 36.5 d. lgs. 165/2001 impedisce di poter riconoscere la sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato in capo alla p.a. committente, di modo che non è raro che nel settore pubblico i limiti che si sono prima richiamati risultino di fatto irrilevanti, senza che sussista una precisa sanzione a contrastare l'inosservanza della legge.

Ed invero, nell'allargare i limiti di ammissibilità dell'appalto la legge del 2003, al comma 2° dell'art. 29, ha stabilito che il committente resti obbligato «in solido con l'appaltatore», ed entro il limite di due anni dalla cessazione dell'appalto, a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi e i contributi previdenziali dovuti nonché al pagamento di eventuali sanzioni. Questa norma, che è stata fatta oggetto di numerose modifiche (e di cui si è anche chiesta la modifica in via di *referendum popolare*), però, secondo la giurisprudenza, non trova applicazione al settore pubblico¹⁰, lasciando campo libero a potenziali abusi, anche se non mancano meccanismi di tutela contro il rischio del mancato pagamento della retribuzione o della contribuzione previdenziale¹¹.

Per quanto ovvio, si deve precisare che la regola della solidarietà non importa l'applicazione di un principio di parità di trattamento, di modo che le imprese appaltatrici possono applicare ai propri dipendenti trattamenti diversi¹² (ed anche inferiori a quelli che verrebbero ad applicarsi nel caso in cui il servizio venisse fornito direttamente dalla a.p.), salva tuttavia la tutela che discende dalle c.d. clausole sociali, di cui subito si dirà nel paragrafo che segue.

¹⁰ V. Cass., 3/5/2017, n. 10777; 27/11/2017, n. 28185; Trib. Roma, 21/8/2018, n. 4947 (evidente è il contrasto logico con quella giurisprudenza che ritiene che l'ampliamento della fattispecie realizzato dall'art. 29 si riferisca a tutte le ipotesi di appalto di servizi).

¹¹ Il d. lgs. n. 50/2016, c.d. "codice degli appalti", ha implicitamente confermato il punto, riconoscendo però all'art. 30 co. 5-6 una tutela, modellata sull'antica disposizione di cui all'odierno art. 1676 c.c. (e v. pure l'art. 105, co. 8 e 13 per i subappaltatori).

¹² Trib. Milano 29/8/2014 n. 2282 in *JD Giuffré*.

5. Passaggio da una società ad un'altra di un servizio concesso in appalto (da privato a privato).

Alla luce di quanto si è detto, si tratterà di valutare innanzi tutto che disciplina si applichi nel caso in cui il servizio passi da una impresa privata ad un'altra, quando l'ente pubblico proceda ad un nuovo appalto, venuto a scadenza il primo.

Secondo la disposizione testuale dell'art. 29 d. lgs. n. 276/2003, «L'acquisizione del personale già impiegato nell'appalto a seguito di subentro di nuovo appaltatore dotato di propria struttura organizzativa e operativa, in forza di legge, di contratto collettivo nazionale di lavoro o di clausola del contratto d'appalto, ove siano presenti elementi di discontinuità che determinano una specifica identità di impresa, non costituisce trasferimento d'azienda o di parte d'azienda».

La giurisprudenza, alla luce delle pronunzie della Corte di Giustizia¹³, non ha difficoltà a fare applicazione di siffatta previsione quando si tratti di gare pubbliche, nella piena consapevolezza che il più delle volte sarà poi la stessa amministrazione che ha bandito l'appalto a farsi carico della sorte dei lavoratori che prima operavano alle dipendenze dell'impresa "perdente appalto", garantendo ad essi in concreto il passaggio alle dipendenze dell'impresa subentrante.

Si tratta però di soluzione la cui legittimità è stata messa in dubbio oramai da alcuni anni, alla luce della disciplina europea di tutela della concorrenza. Invero, nella dottrina e nella giurisprudenza italiana è ben conosciuto il dibattito in ordine alla incerta legittimità delle "clausole sociali", sia quando queste riguardino l'applicazione di trattamenti retributivi non inferiori a quelli previsti dai contratti collettivi, sia quando si tratti di assicurare il passaggio dei lavoratori della società "perdente appalto", alle dipendenze della società risultata aggiudicataria della gara¹⁴. Non si deve dimenticare a riguardo, come nell'ordinamento

¹³ V. sent. 20/1/2011 (in causa C-463/09) "Martín Valor", in *Foro it.* 2011, 6, IV, 317 e in *Riv. it. dir. lav.* 2011, 4, II, 1250 con nota di Comandè; recentemente la Corte di Giustizia sembra però aver cambiato orientamento, riconoscendo l'applicazione della direttiva sul trasferimento d'azienda sia nel caso in cui alcuni addetti a servizi scolastici erano stati licenziati poco prima della scadenza della concessione (sez. X, 11/7/2018, n.60, in causa C-60/17, "Ayuntamiento de Valladolid"), sia in un caso nel quale si trattava del personale addetto a servizi accessori ad un museo (sez. V, 7/8/2018, n. 472, in causa C-472/16): si tenga conto che la soluzione data nelle due sentenze più recenti qui citate sembra conseguente alla sussistenza di un vero e proprio complesso materiale di beni, idoneo a configurare un ramo d'azienda.

¹⁴ V. ad es. S. COSTANTINI, *La finalizzazione sociale degli appalti pubblici. Le "clausole sociali" fra tutela del lavoro e tutela della concorrenza*, WP CSDLE D'Antona, n. 196/2014, p. 31; M. FORLIVESI, *Le clausole sociali negli appalti pubblici: il bilanciamento possibile tra tutela del*

italiano i contratti collettivi costituiscono atti di diritto privato (tanto che per ogni settore se ne registrano più di uno), di modo che la giurisprudenza dei casi *Rüffert* e *Bundesdruckerei* può trovare facile applicazione¹⁵.

Più di recente, la modifica delle direttive europee in tema di appalti e concessioni ha tuttavia dato spunto al legislatore italiano per tornare sul punto, esplicitando l'obbligo per l'impresa aggiudicataria di applicare il contratto collettivo "di riferimento" sottoscritto dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale (art. 30, co. 4 del d. lgs. n. 50/2016, come modificato dal d. lgs. n. 56/2017).

Peraltro, si deve rilevare come in passato la giurisprudenza abbia affermato che siffatte clausole non producono effetto diretto in capo al lavoratore, cui viene quindi impedito di poter reclamare il pagamento del minimo sindacale in assenza di una specifica previsione nel capitolato¹⁶: non è difficile comprendere quindi come mai non sono stati pochi gli enti pubblici che hanno preferito negli anni scorsi evitare di prevedere l'inserimento nei bandi di gara delle clausole apposite (soprattutto in ordine ai livelli retributivi), così da poter poi attribuire il servizio secondo il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa (e dunque con violazione della clausola stessa).

Quanto poi alla clausola che prevede il passaggio dei dipendenti dalla "perdente appalto" alla subentrante, si deve ricordare come in un caso deciso dalla Corte di Giustizia in ordine ai sistemi di *handling* aeroportuale, sia stata ritenuta illegittima la norma di legge che imponeva alla subentrante di assumere il personale già occupato alle dipendenze della perdente appalto, in quanto considerata ostacolo alle libertà fondamentali dei Trattati¹⁷. Anche queste conclusioni sono state però assoggettate ad una revisione nella legislazione più recente.

Infatti, ritenendo a tutta evidenza che quella decisione non costituisse, per le peculiarità del caso, un precedente vincolante, il legislatore italiano, con il nuovo "codice degli appalti" (d. lgs. n. 50 del 18 aprile 2016), ha previsto all'art. 50¹⁸ che «Per gli affidamenti dei contratti di concessione e di appalto di lavori e servizi diversi da quelli aventi natura intellettuale, con particolare riguardo a quelli relativi a

lavoro e ragioni del mercato, WP CSDLE D'Antona, n. 275/2015 (e dello stesso A., v. *Sulle clausole sociali di equo trattamento*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2017, II 686 ss.).

¹⁵ Si rinvia a riguardo all'ampia ricostruzione di M. CORTI, *Concorrenza e lavoro. Incroci pericolosi in attesa di una svolta*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 151, 3, 2016, 505 ss. nonché a M. PALLINI, *Diritto europeo e limiti di ammissibilità delle clausole sociali nella regolazione nazionale degli appalti pubblici*, *ivi*, 524 ss.

¹⁶ V. Cass. lav., 05/06/1997, n.5027; in senso diverso la più recente 8/9/2014, n. 18860.

¹⁷ Corte Giust., 9/12/2004 (C-460/02), in *Riv. giur. lav.*, 2006, 1, II, 21 con nota di Pallini.

¹⁸ Come modificato dall'art. 33, co. 1, lettera a), d. lgs. n. 19 aprile 2017 n. 56.

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» stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale.

La disposizione di legge precisa altresì che si intendono per servizi *labour intensive* (i.e. ad "alta intensità di manodopera") quelli «nei quali il costo della manodopera è pari almeno al 50% dell'importo totale del contratto».

In questo modo, quindi, con una disposizione di legge chiaramente improntata ad una finalità di contemperamento empirico degli opposti interessi¹⁹, di fatto si viene ad assicurare garanzia di continuità nell'occupazione ai lavoratori addetti all'appalto, anche qui negando astrattamente l'applicazione della direttiva n. 2001/23, ma nei fatti assicurando ai lavoratori una tutela tendenzialmente omogenea mediante gli interventi sulla procedura di aggiudicazione di cui si è detto (ed anzi assicurando che i livelli retributivi non subiscano riduzioni in esito all'applicazione di contratti collettivi stipulati da associazioni sindacali minoritarie).

6. Re-internalizzazione di attività o di funzioni (da un soggetto privato alla p.a.).

Resta da chiarire, alla luce del quadro generale che sino a qui si è delineato, quale disciplina trovi applicazione all'ipotesi in cui, venuto a scadenza un appalto, l'ente pubblico proceda a gestire in via diretta il servizio. Manca a riguardo una previsione esplicita, poiché appare certo che l'art. 31 d. lgs. 165/2001 non trovi applicazione, quando si tratti di re-internalizzare una attività²⁰.

¹⁹ In questo senso, in giurispr., v. Cons. St. sez. III, 9/11/2018, n. 6326 ed altresì 27/4/2018, n. 2569.

²⁰ A riguardo v. V. PINTO, *Sui rapporti di lavoro alle dipendenze delle società in controllo pubblico e delle società in house*, in S. FORTUNATO, F. VESSIA (a cura di), *Le "nuove" società partecipate e in house providing*, Milano, 2017, p. 243 ss.; F. BORGOGELLI, *Frammentazione organizzativa e pubbliche amministrazioni: interesse generale e tutela dei lavoratori nelle società a controllo pubblico*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2018, n. 2, pag. 357 e ss.; M. D. FERRARA, *Organizzazione e gestione del personale nelle società in controllo pubblico e in house tra mercato e interessi generali*, in L. e A. ZOPPOLI, V. LUCIANI, M. ESPOSITO (a cura di), *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Torino, 2018, p. 463 ss.; E. GRAMANO, *Il reclutamento e la gestione del personale*, in C. IBBA, I. DEMURO (diretto da), *La società a partecipazione pubblica. Commentario tematico al d.lgs. 175/2016 e 100/2017*, Bologna, 2018, pp. 421 e ss.; F. CARINCI, *L'inquadramento del rapporto di lavoro e società a*

La Corte di Giustizia chiamata a valutare la possibilità di invocare la direttiva in tema di trasferimento, ne ha inizialmente escluso l'applicazione, nel caso in cui un comune, che affidava la pulizia dei propri locali a un'impresa privata, abbia posto termine al contratto che lo vincolava a quest'ultima e abbia iniziato ad espletare esso stesso l'attività di pulizia di detti locali, assumendo a tal fine nuovo personale, poiché ha ritenuto che non sussistesse un apparato di beni materiali sufficiente ad integrare la nozione di trasferimento d'azienda²¹. Non mancano tuttavia sentenze, che in casi consimili riconoscono l'applicabilità della disciplina in tema di trasferimento d'impresa sul presupposto che l'attività reinternalizzata abbia invece natura propriamente economica, rimanendo così esclusa dall'area di applicazione della direttiva l'ipotesi nella quale si tratti solamente di una reorganizzazione di attività amministrativa²².

Una disciplina di legge stabilisce, ma solo per le società c.d. pubbliche, cui sono affidati servizi di utilità generale (come la raccolta dei rifiuti, la somministrazione di luce, acqua o gas etc.), una regola in parte diversa (art. 19.8 d. lgs. n. 175/2016), prevedendo che «in caso di reinternalizzazione di funzioni o servizi esternalizzati» e già affidati a società "pubbliche", l'amministrazione deve procedere al «riassorbimento» del personale già assunto dagli stessi enti e poi transitato alle dipendenze delle società, «nei limiti dei posti vacanti nelle dotazioni organiche dell'amministrazione interessata».

Tale disposizione di legge, tuttavia, non chiarisce cosa avviene al personale che viceversa, in quanto assunto direttamente dalle società che hanno gestito i servizi pubblici (oramai a seguito di procedura selettiva²³), non sembra aver mai diritto all'applicazione delle disposizioni in tema di trasferimento d'impresa (e lo stesso vale per l'ipotesi in cui non sussistano vacanze in organico nell'amministrazione che procede a riassorbire).

Una soluzione siffatta, che limita il trasferimento nel perimetro della pubblica amministrazione solo a quanti erano stati assunti in forza di un pubblico concorso, lasciando nell'incertezza la sorte di una parte dei lavoratori, sembrerebbe illegittima a mente della giurisprudenza della

partecipazione pubblica: l'evoluzione legislativa, in *Lavoro Diritti Europa*, n. 2/2018; ed ancora, con particolare rif. al tema, M. FALSONE, *I rapporti di lavoro nelle imprese esercitate da enti pubblici*, Milano, 2018 ed altresì M. ALTIMARI, *Assunzioni e contratti a termine nelle società a partecipazione pubblica*, in *Lavoro e diritto*, n. 2/2018, pp. 323-348.

²¹ V. la già cit. sent. 20/1/2011 (in causa C-463/09) "Martín Valor".

²² A riguardo, per gli opportuni riff. in giurisprudenza, v. M. ALTIMARI, *The re-internalization of public services: Which rights for the workers in the light of the European legal system?*, Paper Islssl XXII World Congress, Young Scholars' Section Meeting, Turin 2018.

²³ V. *supra* nota 4 per I riff. legislativi.

Corte europea prima richiamata, almeno per tutte le ipotesi in cui sussista un'effettiva organizzazione di beni d'impresa.

Il punto, tuttavia, può solo ricevere una risposta in via dottrinale, poiché, a differenza che in altri ordinamenti dove la questione ha avuto un forte impatto pratico²⁴, manca allo stato una giurisprudenza di merito cui fare riferimento per individuare le conseguenze che discendono dalla re-internalizzazione dei servizi.

Si deve a riguardo far notare innanzi tutto come, non è infrequente che la reinternalizzazione sia conseguente alla soppressione di società di diritto privato, partecipate dallo Stato o dalle Regioni, di modo che essa avviene, non già, come nel caso di un appalto, in forza di un provvedimento singolare, ma sulla base di leggi statali o, più spesso, regionali, che hanno disposto in genere il totale riassorbimento di tutto il personale, indipendentemente dal fatto che una parte di esso provenisse dai ruoli pubblici o che, viceversa, fosse stato direttamente assunto dalle società senza alcuna procedura selettiva.

La Corte costituzionale, chiamata su sollecitazione del Governo a giudicare di questi provvedimenti di sanatoria è stata particolarmente rigorosa a riguardo, affermando (v. sent. n. 40 del 2 marzo 2018) che: «La necessità del concorso pubblico è stata ribadita con specifico riferimento a disposizioni legislative che prevedevano il passaggio automatico all'amministrazione pubblica di personale di società *in house*, ovvero di società o associazioni private; è stato altresì specificato che il trasferimento da una società partecipata dalla Regione alla Regione stessa o ad altro soggetto pubblico regionale si risolve in un privilegio indebito per i soggetti beneficiari di un siffatto meccanismo, in violazione dell'art. 97 Cost.²⁵».

Ed ha altresì ribadito che: «la facoltà del legislatore di introdurre deroghe al principio del concorso pubblico deve essere delimitata in modo rigoroso, potendo tali deroghe essere considerate legittime solo quando siano funzionali esse stesse al buon andamento dell'amministrazione e ove ricorrano peculiari e straordinarie esigenze di interesse pubblico idonee a giustificarle²⁶».

²⁴ V. J. M. GOERLICH PESET, L.E. NORES TORRES, *Aspectos laborales de la reversion de contratadas y concesiones administrativas*, in *Trabajo y Derecho*, 2018, n. 42, pp. 104-113 e n. 43-44, pp. 102- 113; l'argomento è stato oggetto di attenta trattazione al XXVIII congresso dell'AEDTSS, tenutosi a Santiago de Compostela nel maggio 2018 (v. le relazioni di J. GÁRATE CASTRO, A. MARTÍN VALVERDE ed altri ancora, al sito aedtss.com).

²⁵ La Corte richiama quindi i propri specifici precedenti che individua nelle sentt. n. 7 del 2015, n. 134 del 2014, n. 227 del 2013, n. 62 del 2012, n. 310 e n. 299 del 2011, n. 267 del 2010, n. 363 e n. 205 del 2006.

²⁶ Qui la Corte, oltre le sentt. 7/15, 134/14, 363/06 e le n. 205 e n. 81 del 2006, richiama le sentenze n. 110 del 2017 e n. 90 del 2012; n. 217 e n. 51 del 2012, n. 310 del 2011, n.

È chiaro come la Corte qui non abbia potuto che restringere il suo esame al rispetto della norma costituzionale, posto che l'oggetto del suo giudizio a tanto era necessariamente limitato, lasciando quindi ai margini la questione della concreta sussistenza di un'entità economica organizzata, suscettibile di qualificarsi nei termini di un ramo d'azienda ai sensi della direttiva 2001/23.

Come si è anticipato, però, non sembra invece che si siano presentate all'attenzione della giurisprudenza ipotesi nelle quali, in assenza di previsione di legge, la reinternalizzazione sia conseguente, in forza dell'assunzione diretta del servizio, al venir meno della gestione in appalto di un'attività economica organizzata, secondo la fattispecie oramai lungamente consolidatasi alla luce della giurisprudenza europea e di quella italiana relativa all'applicazione dell'art. 2112 c.c.²⁷.

A riguardo si deve notare come l'art. 97 Cost., per quanto non infrequentemente evocato avanti i giudici amministrativi, non sembra essere norma di diretta applicazione nell'ambito delle controversie devolute al Tribunale del lavoro, di modo che il conflitto che il Giudice ordinario è chiamato a risolvere dovrebbe avere riguardo all'art. 2112 c.c. e all'art. 36 d. lgs. n. 165/01, che tuttavia sembra riferirsi ad ipotesi nelle quali l'impiego dei lavoratori sia conseguente ad assunzioni irregolari da parte delle pp.aa. e non alla diversa fattispecie del trasferimento di un complesso di beni organizzato²⁸.

150 e n. 9 del 2010, n. 293 e n. 215 del 2009, n. 363, e richiama altresì le sentt. n. 110 del 2017 e n. 90 del 2012; n. 217 e n. 51 del 2012, n. 150 e n. 9 del 2010, n. 293 e n. 215 del 2009.

²⁷ Nel passato si era riconosciuta l'applicazione dell'art. 2112 c.c.: v. Cass. lav., 17/4/1990, n. 3169, secondo cui: «Il Comune, che assuma in proprio la gestione di pubblici servizi anteriormente affidati a terzi in regime di concessione, succede nel complesso dei rapporti aziendali facenti capo al concessionario - e quindi anche in quelli di lavoro che proseguono con detto ente senza soluzione di continuità e con salvezza dei diritti e delle posizioni acquisite dai lavoratori - soltanto nell'ipotesi (disciplinata dall'art. 24 del r.d. n. 2578 del 1925) di esercizio della facoltà di riscatto dei servizi stessi; mentre nella diversa ipotesi di inizio della gestione diretta all'atto della scadenza della concessione o della decadenza da essa (nella quale il comune provvede a dotarsi ex novo di un'organizzazione autonoma, senza alcun collegamento con quella del cessato concessionario), l'art. 221 del r.d. n. 108 del 1904 gli impone soltanto, senza che ciò violi l'art. 3 Cost., di preferire nelle eventuali assunzioni (che ove avvengano, sono costitutive di rapporti nuovi e diversi rispetto a quelli svoltosi alle dipendenze di detto concessionario) il personale già dipendente da quest'ultimo, senza escludere, peraltro, la facoltà discrezionale dell'amministrazione pubblica di valutarne le attitudini per l'inserimento nel servizio autonomamente organizzato»; nel senso opposto, v. però Cass. lav., 5/2/1985, n. 839 e 18/04/1984, n. 2521, che ritengono la fattispecie estranea a quella definita dal codice civile in via generale.

²⁸ «In ogni caso, la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori, da parte delle pubbliche amministrazioni, non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le medesime pubbliche amministrazioni». In

Ovviamente nulla vieterebbe al giudice, accertata la sussistenza di una lacuna, di sollevare questione di costituzionalità, anche se pare difficile riconoscere alla disposizione costituzionale una posizione di supremazia rispetto alla disciplina europea, alla luce della giurisprudenza in tema di contratto a termine. Ed invero la Corte di Giustizia, pur rifiutando gli inviti che in maniera sempre più pressante le provenivano dai giudici italiani a dichiarare l'incompatibilità del divieto di cui all'art. 36 d. lgs. n. 165/01 con la direttiva europea, così da imporre la conversione del rapporto, ha sempre ritenuto le direttive europee applicabili alle pp.aa. (anche quando, come nel caso del lavoro a termine, stipulate da associazioni sindacali che rappresentavano solamente le imprese private e pubbliche), con il solo limite di escludere quei rapporti nei quali sia fatto concreto esercizio di poteri autoritativi²⁹.

In questo senso, poiché l'assunzione dei lavoratori di più bassa qualifica avviene oramai da più di trenta anni sulla base della c.d. "chiamata sui presenti" (art. 16, l. 56/87), non sembra davvero (almeno per le professionalità più elementari) che l'art. 97 Cost. possa costituire un serio ostacolo alla applicazione della norma in tema di trasferimento d'azienda³⁰. Nello stesso senso, anche a mente del fatto che il trasferimento di funzioni propriamente amministrative (o provvedimentali) resta al di fuori del campo di applicazione della direttiva, non pare illogico affermare che non sussiste in realtà un divieto espresso alla riconduzione della re-internalizzazione nell'ambito della fattispecie di applicazione generale di cui all'art. 2112 c.c.

Né peraltro si può semplicisticamente ritenere che questa disposizione consenta quelle facili elusioni di carattere clientelare che inducono viceversa la dottrina spagnola a dubitare della prevalenza del diritto europeo, ove solo si dia, innanzi tutto, corretta applicazione di questa: ed infatti l'effetto traslativo, in caso di appalto, non può che riguardare quanti siano esclusivamente dedicati allo svolgimento dei servizi, lasciando così al di fuori delle tutele quanti invece siano stati addetti alla gestione della complessiva attività della società appaltatrice (come, ad es., per il caso degli impiegati amministrativi o di vertice).

parte diversa, ovviamente, è la questione di costituzionalità della specifica norma dettata per le società pubbliche.

²⁹ Corte Giust. 3 luglio 1986 (C-66/85) "Lawrie-Blum" (con riguardo alla quale v. V. FERRANTE, *L'impiego pubblico nella prospettiva europea*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2000, I, 219 ss.); per l'ordinamento italiano, v. art. 38 d. lgs. 165/2001 e d.p.c.m. 7 febbraio 1994, n. 174.

³⁰ In senso diverso, v. M. FALSONE, *Dalla corsa per esternalizzare alla (re)internalizzazione negli enti pubblici: l'incerto destino del personale*, di prossima pubblicaz. in *Variat. Temi dir. Lav.*

Nello stesso senso si deve ricordare come nulla vieti di dare applicazione analogica (o estensiva) alla norma che in tema di cassa integrazione guadagni esclude l'intervento per chi sia stato assunto solo in prossimità della domanda di integrazione salariale (art. 1, co. 2 e 3 d. lgs. 148/2015), così da restringere il passaggio a quanti siano stati continuativamente ed effettivamente dediti allo svolgimento delle attività reinternalizzate a seguito del venir meno dell'appalto.

Né si deve dimenticare che una corretta applicazione della disciplina dei licenziamenti collettivi (ove si ritenga l'ipotesi in parola disciplinata dal diritto comune e dunque sottratta alle previsioni di cui all'art. 33 d. lgs. 165/01) non potrebbe che portare al risultato di dare precedenza nell'individuazione dei lavoratori da licenziare a quanti siano stati assunti più di recente e, dunque, almeno tendenzialmente a garantire ai lavoratori re-internalizzati maggiore tutela rispetto a quanti siano stati assunti dalla società appaltatrice e siano poi passati alle dipendenze della p.a. per effetto del trasferimento d'azienda.

Ed invero a riguardo, proprio a mente delle disposizioni dell'art. 2112 c.c., non apparirebbe illogico ritenere che il rapporto di lavoro possa restare regolato (anche dopo il passaggio alle dipendenze della pubblica amministrazione) dalla disciplina integralmente privatistica applicata prima del trasferimento, non solo in ordine alle previsioni del contratto collettivo (posto che qui la regola della parità di trattamento di cui all'art. 54, co. 2 d. lgs. 165/01 sembra cedere al principio di cui all'art. 2112, co. 3° c.c.), ma anche con riferimento alla disciplina positiva che regola il rapporto individuale, atteso che l'operazione che si realizza sembra collocarsi senz'altro nell'ambito della cessione del contratto³¹, con il risultato di fare applicazione, almeno a quanti siano stati assunti dopo il marzo 2015, di una forma di tutela essenzialmente risarcitoria in caso di successivo licenziamento.

³¹ Tra le tante, v. Cass., sez. un., 17/12/2018, n. 32624; Cass. lav., 23/02/2018, n. 4435; Cass. lav., 26/04/2018, n. 10145 (si deve notare peraltro che alla cessione di contratto si faceva espresso richiamo nel testo dell'art. 30 d. lgs. 165/2001, sino alle modifiche di cui al d.l. n. 40 del 2014). E v. pure artt. 2558-2560 c.c. in tema di cessione di azienda.