



Società partecipate, successione d'appalto e recessi: quali diritti per i lavoratori coinvolti; quale ruolo per il giudice del lavoro?

WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 197/2014

© Marco Cuttone 2014
Dipartimento di Giurisprudenza – Università di Catania
mcuttone@lex.unict.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>



**Società partecipate, successione d'appalto e recessi:
quali diritti per i lavoratori coinvolti;
quale ruolo per il giudice del lavoro?^α**

**Marco Cuttone
Università di Catania**

1. Premessa	2
2. La gestione dei servizi pubblici essenziali tra società partecipate ed enti privatizzati.	5
3. Il trasferimento d'azienda tra privatizzazione dei servizi pubblici essenziali e società partecipate: quali conseguenze per il personale coinvolto?	8
3.1 Trasferimento d'azienda e profili dinamici nella privatizzazione dei servizi pubblici essenziali.	9
3.2 Società partecipate, successione nella titolarità di servizio d'appalto e trasferimento d'azienda	10
3.3 Il dissenso dei lavoratori trasferiti e la configurazione di un diritto di opposizione.	15
4. Licenziamenti collettivi e norme di salvaguardia occupazionale: interventi chirurgici a tutela del personale coinvolto in una successione d'appalto.	17
5. Quale Ruolo per il giudice del lavoro?	24

^α Di prossima pubblicazione sul fascicolo 5/2013 di "Lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni".

1. Premessa

Le questioni relative ai diritti dei lavoratori che prestano il proprio servizio presso le c.d. «società partecipate» si inseriscono in un dibattito in pieno svolgimento in cui si è lontani dal poter pervenire a conclusioni certe e condivise dalla dottrina e dalla giurisprudenza

In particolare, il fenomeno dell'esternalizzazione di attività prima gestite in proprio dagli enti locali e il conseguente affidamento delle attività medesime in regime di appalto, ha spesso determinato un avvicinarsi di diversi soggetti nello svolgimento del medesimo servizio, con l'emergere di connessi problemi in punto di gestione del relativo personale. Le riflessioni oggetto di questo articolo prendono spunto da una lunga e non ancora conclusa vicenda giurisprudenziale nel territorio catanese¹ avente come protagonisti i lavoratori coinvolti nella successione degli appalti dei servizi di pulizia presso istituti e uffici pubblici, prevalentemente scuole. Prima di analizzare il complesso sistema delle fonti che si intrecciano relative al caso in esame, è dunque opportuno- oltre che dovuto- ricostruire brevemente la vicenda processuale.

L'intricata vicenda giurisprudenziale origina da un avvicendamento nella titolarità dell'appalto dei servizi di pulizia presso diversi istituti scolastici della Provincia di Catania.

Catania Multiservizi s.p.a. – società interamente partecipata dal Comune - era stata soggetto affidatario dei servizi di pulizia e manutenzione su incarico diretto del MIUR fino a quando, in ossequio alla Direttiva CE 2004/18 e in applicazione dell'art. 13 d.l. 223/2006, convertito in legge 248/2006, - quale ente societario a capitale interamente pubblico, si è trovata nella condizione di non poter più stipulare contratti di appalto se non con il Comune di Catania in qualità di socio unico della stessa e società qualificata come strumentale ai servizi erogati dal comune².

¹ Si fa riferimento alle ordinanze e alle sentenze che hanno definito giudizialmente i ricorsi presentati dai lavoratori coinvolti, a titolo esemplificativo si citano: Trib., Catania, sez. lav., ordinanza n. 6740/2011, Trib. Catania, sez. lav., ordinanza n. 8082/2012, Trib. Catania, sez. lav., sent. n. 1167/12, le quali riassumono l'interpretazione giuridica complessiva fornita dal collegio siciliano sulla vicenda "multiservizi".

² La qualificazione di una società come «strumentale» si ricollega al tipo di attività che ne è oggetto, rivolta agli stessi enti promotori o comunque azionisti della società per svolgere le funzioni di supporto di tali amministrazioni pubbliche, secondo l'ordinamento amministrativo, per lo svolgimento delle funzioni pubbliche di cui restano titolari gli enti serviti (*cf.* Cons. di Stato, ad. Plenaria n. 17/2011 che riassume le decisioni in materia). Le attività strumentali si caratterizzano per essere svolte e regolate da norme di diritto privato, Pertanto, la loro creazione e il loro svolgimento possono portare distorsioni del funzionamento dei mercati interessati. Le società strumentali sono state regolate e

La disciplina di legge ha, dunque, comportato la necessità di una nuova aggiudicazione dell'appalto, attesa l'impossibilità, per la società in oggetto, di partecipare al bando di gara per lo svolgimento delle attività di pulizia in precedenza svolte. Esperita la gara, ai suddetti servizi è subentrata, con decorrenza 16.4.2011, una società interamente privata, una multinazionale del settore.

La vicenda in esame ha coinvolto i 178 lavoratori che per anni avevano svolto le proprie mansioni alle dipendenze della Multiservizi. A fronte dell'iniziale volontà della società cessante di avviare le procedure di licenziamento collettivo - con applicazione dell'art. 24 della legge 23 luglio 1991 n. 223 - è stata, successivamente, su esplicita indicazione delle OOSS coinvolte, preferita la procedura di cui alla disciplina risultante dal combinato disposto dell'art. 7 comma 4 bis legge n. 31/2008 e dell'art. 4 del CCNL servizi di pulizia e servizi integrati/multiservizi; tale disciplina prevede l'inapplicabilità della disciplina dei licenziamenti collettivi in caso di successione d'appalto di servizi e l'obbligo del subentrante di assumere il personale addetto all'appalto negli ultimi 4 mesi.

Tale cambio di rotta è avvenuto in seguito a rilevanti modificazioni della situazione di fatto: da un lato l'intervento del Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca (MIUR), che si è impegnato - a garantire lo stanziamento di ulteriori fondi; e dall'altro la società

positivizzate attraverso l'art. 13 del d.l. 4 luglio 2006, n. 223, il quale prevede che : *«Al fine di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori, le società, a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti in funzione della loro attività, con esclusione dei servizi pubblici locali, nonché, nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza, devono operare esclusivamente con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti, non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto né con gara, e non possono partecipare ad altre società o enti. Le società che svolgono l'attività di intermediazione finanziaria prevista dal testo unico di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, sono escluse dal divieto di partecipazione ad altre società o enti. »* Per un approccio teorico sulla materia CONTESSA , *Ancora sul divieto di attività extra moenia delle società degli Enti locali verso una nuova nozione di "strumentalità"?* (n.d.r. commento a Tar Lazio, Roma, sez. II, 5 gennaio 2010, n. 36), in *Urbanistica e appalti*, 2010, 4, 459-469. ; MORETTI, *Attività e servizi strumentali. Per una lettura integrata dei vincoli inerenti il campo di applicazione del decreto "Bersani" e la sua estensibilità alle partecipazioni detenute dalle società degli enti locali*, in *Appalti e contratti*, 2010, 3, pp. 89-94. ; BASSI , *Le società strumentali delle regioni e degli enti locali: qualche puntualizzazione a due anni dalla disciplina speciale*, (II parte), in *Appalti e Contratti*, 2009, 3, 64-79 ; FERLA , *Il "diritto speciale" delle società a partecipazione pubblica nel quadro dell'ordinamento comunitario*, in *Appalti e contratti*, 2008, 11, 2008, 51-77

subentrante che ha deciso, anche a seguito della garanzia ministeriale, di procedere al riassorbimento, alle medesime condizioni economiche e normative³, dell'intero personale precedentemente addetto agli appalti di pulizie.

A seguito dei summenzionati impegni – constatata la possibilità concreta di salvaguardare interamente i livelli occupazionali senza alterazione della parità di condizione economica e normativa- la società cessante l'appalto ha dunque preferito procedere con l'applicazione della disciplina ex. art. 7 comma 4 bis legge n. 31/2008 e dell'art. 4 del Contratto Collettivo Nazionale dei servizi di pulizia, servizi integrati/multiservizi, la cui *ratio* è sostanzialmente, come meglio si dirà, quella di garantire i livelli occupazionali, favorendo il passaggio dei dipendenti coinvolti nella successione d'appalto, evitando altresì il ricorso agli ammortizzatori sociali che sarebbero dovuti in caso di licenziamento collettivo, con evidente risparmio per le finanze pubbliche⁴.

E' nella cornice brevemente descritta che si è innestato il folto contenzioso giudiziale che ha visto protagonisti tutti i lavoratori addetti all'appalto ceduto i quali – seppur transitati alle dipendenze della subentrante - ritenevano illegittima la scelta della cessante di non applicare la procedura di cui alla legge n. 223/1991. Per contro, quest'ultima rivendicava invece la linearità della complessiva operazione perseguita poiché effettuata in adempimento di una precisa disposizione di legge – l'art. 7, comma 4 bis legge n.31/2008 - volta a salvaguardare i livelli occupazionali e, dunque, collocata su un piano totalmente differente rispetto alla diversa procedura sui licenziamenti collettivi.

La vicenda processuale si è caratterizzata per un'opzione giudiziale a favore della reintegrazione dei lavoratori presso l'impresa cessante l'appalto, cui i giudici hanno imputato la mancata attivazione delle procedure previste dalla legge 223. Il ragionamento giuridico che si dipana nei provvedimenti ha dato grande risalto al rapporto sussistente– nella successione d'appalto- tra la disciplina speciale e disciplina legale sui licenziamenti collettivi; minor spazio è stato invece dedicato alla possibilità di ricondurre la fattispecie sotto l'ombrello giuridico della normativa sul trasferimento d'azienda.

³ Ruolo nevralgico nel dibattito giurisprudenziale è stato ricoperto dal corretto significato da attribuire alla nozione contenute nella legge di «medesime condizioni economiche e normative» . (v. *infra*, 2).

⁴ PESSI, *La riforma degli ammortizzatori sociali tra compatibilità macroeconomiche, vincoli di finanza pubblica, bilateralismo e politiche di workfare*, in *DLRI*, 2, 2010, 315 ss.; GRANDI E SFERRAZZA, *La l. 92/2012 ed il riordino degli ammortizzatori sociali: alla ricerca della riforma perduta*, in *DRI*, 1, 2013, 34 – 67.

Si vuol, di seguito, ricostruire il regime giuridico lavoristico applicabile ai lavoratori addetti agli appalti cessati nel caso in cui si determini una successione d'appalto di servizi, e dunque, un mutamento nella titolarità del rapporto di lavoro del soggetto che precedentemente svolgeva la medesima attività a favore di una nuova persona giuridica.

Si procederà, nella prima parte del presente lavoro, a tracciare sinteticamente i profili giuslavoristici attinenti alle c.d. «società gestrici di pubblico servizio», prestando particolare attenzione all'universo della c.d. «società a partecipazione pubblica», cui è affidata la titolarità dei servizi pubblici locali. Verranno esaminati i punti di incontro tra società gestrici di pubblico servizio e disciplina legale sul trasferimento d'azienda; si verificherà l'applicabilità in concreto della disciplina del trasferimento d'azienda nel caso di successione nella titolarità d'appalto nella gestione di servizio pubblico tra soggetti giuridici formalmente privati. Infine, si analizzeranno le disposizioni normative che nel corso degli ultimi anni hanno dato vita a una disciplina *ad hoc* della fattispecie di successione d'appalto di servizi predisponendo clausole sociali di c.d. "occupabilità" in deroga all'applicazione delle procedure di licenziamento collettivo.

2. La gestione dei servizi pubblici essenziali tra società partecipate ed enti privatizzati.

Il processo che ha attribuito a soggetti privati la titolarità di gestione dei servizi pubblici locali è iniziato nei primi anni '80, sebbene la sua concretizzazione e stabilizzazione sia avvenuta non prima della metà degli anni '90, sulla spinta dell'intervenuta riforma delle autonomie locali. L'art. 113 del Testo Unico degli Enti locali, in cui sono confluiti l'art. 22 comma 3 della legge n.142/1990 e successive modificazioni, è il dato normativo da cui è necessario prendere le mosse⁵. Tale disposizione, più volte corretta e rivista, prevedeva, nella sua versione originaria, la possibilità che i servizi pubblici locali venissero gestiti alternativamente in economia, in concessione a terzi, tramite azienda speciale, tramite consorzio per la gestione associata di uno o più servizi⁶, a mezzo di istituzione, tramite s.p.a. a prevalente capitale pubblico locale, tramite s.r.l. a prevalente capitale pubblico locale, o, tramite s.p.a. senza vincolo della proprietà pubblica maggioritaria. Senza poter dar conto in questa sede delle motivazioni che dettagliatamente hanno condotto il legislatore a modificare e semplificare la disposizione, la stessa, nella versione oggi

⁵ GHELARDUCCI, *La riforma delle autonomie locali*, in *Prime Note*, 1990, 93; LICCIARDELLO, *Servizi pubblici locali*, in *Annuario delle autonomie locali*, Roma, 1990, 545.

⁶ MARESCA, *Il rapporto di lavoro dei dipendenti dei consorzi-azienda*, *Atti delle giornate di studio*, 1994, Roma, Federgasacqua, 71.

vigente, consente che la gestione dei servizi pubblici locali possa essere affidata a soggetti allo scopo costituiti nella forma di società di capitali con la partecipazione totalitaria di capitale pubblico cui può essere affidata direttamente tale attività; ovvero a imprese idonee da individuare mediante procedura di gara.

L'opera di privatizzazione ha determinato un arretramento evidente del ruolo pubblico nell'economia, oltre che la scelta politica di dotare le amministrazioni pubbliche di strumenti adeguati per la gestione dei più importanti servizi a rilevanza pubblica⁷. La volontà del legislatore di scegliere nuove forme organizzative per lo svolgimento dei servizi pubblici fu giustificata dall'assunto in base al quale il passaggio da una gestione autoritativa e burocratica dei servizi pubblici locali a una gestione ispirata a criteri di efficienza e imprenditorialità, avrebbe potuto garantire il raggiungimento di risultati gestionali migliori⁸ sia sotto il punto di vista dell'efficienza sia sotto quello dell'efficacia⁹.

Le società partecipate – frutto del complessivo disegno di privatizzazione - sono state caratterizzate sin dall'origine per l'adozione di modelli privatistici per ciò che riguarda il profilo organizzativo e la gestione del personale: infatti la loro costituzione è avvenuta tramite s.p.a. e ha trovato applicazione, nei loro confronti, la disciplina legale del lavoro privato. La proliferazione di società di capitali a partecipazione pubblica¹⁰, che – salvo qualche virtuosa eccezione- non si sono

⁷ MAZZOTTA, *Privatizzazioni e Diritto del lavoro*, in *QDLRI*, 1996, 9

⁸ BOLEGO, *Privatizzazione dei gestori di servizi pubblici locali ed effetti sul rapporto di lavoro*, in questa *Rivista*, 1999, 114 ss. ; AMMANATI, *Le privatizzazioni delle imprese pubbliche in Italia*, Giuffrè, Milano, 1995; 300 ss. ; CASSESE, *Le privatizzazioni in Italia*, in *RTDP*, 1988, 5 ss.

⁹ Le esperienze registrate sino ad ora ci dimostrano come si sia lontani dal raggiungimento di tali obiettivi. I cambiamenti nella forma dell'erogatore dei servizi non hanno sino ad ora comportato mutamenti significativi in termini di efficacia ed efficienza. Per un approfondimento CAVAZZUTI, *Trasformazioni e privatizzazioni dei servizi pubblici locali, inquadramento legislativo*, in *A.*, 1997, 10; CASSESE, *Stato e Mercato dopo privatizzazioni e deregulation*, in *RTDP*, 1991, 379.; FONDERICO, *Privatizzazioni, Patrimonio s.p.a. e società pubbliche (n.d.r. commento alla Legge n. 69/2009 e la Pubblica Amministrazione)*, in *GDA*, 2009, 1166 ss. ; CHITI, *Le carenze della disciplina delle società pubbliche*, in AMMANATI, *Le privatizzazioni delle imprese pubbliche in Italia*, cit., 1115-1122; JORI, *Le società pubbliche: viaggio tra gli affidamenti diretti e l'osservanza delle procedure di evidenza pubblica, alla ricerca della disciplina applicabile* in *Lexitalia.it*, 2008; CAMMELLI E DUGATO (a cura di), *Studi in materia di società a partecipazione pubblica*, Giappichelli, Torino, 2008, 5 ss; CAMMELLI E ZIROLDI, *Le società a partecipazione pubblica nel sistema locale*, Maggioli Editore, 1997, Rimini, 1 ss ; CAVALLO E PERIN, *Il riformismo e le privatizzazioni in Italia*, in *Meridiana*, 50-52, 2004, pp. 161-179; LIQUORI, *I servizi pubblici locali*, Giappichelli, 2007, Torino, 13 ss.

¹⁰ Secondo i dati diffusi dalla Corte dei conti, sono oltre 5.000 gli organismi partecipati (aziende, consorzi, *fondazioni*, istituzioni, società) nei 7.200 enti locali censiti (ad eccezione di quelli relativi alle Regioni a statuto speciale). Si tratta, in gran parte, di organismi

caratterizzate per il raggiungimento di buone *performance* economiche e finanziarie ha, recentemente, condotto il legislatore ad avviare un processo di riavvicinamento di tali soggetti alla disciplina legale del lavoro pubblico. Sono stati quindi introdotti vincoli finanziari di spesa e oneri procedurali per l'assunzione di personale, che hanno determinato un'influenza diretta sulle norme di diritto del lavoro applicabili. In particolare, sono stati introdotti vincoli di natura finanziaria (blocco delle assunzioni, blocco degli aumenti retributivi)¹¹ e oneri procedurali (impossibilità di procedere a nuove assunzioni senza l'espletamento della procedura di evidenza pubblica)¹².

costituiti in forme societarie, di cui quasi la metà operante nel settore delle *local utilities*. Oltre un terzo delle società rilevate ha chiuso in perdita uno degli esercizi compresi nel triennio 2008/2010 (...), su <http://leg16.camera.it>.

¹¹ Si segnala in tal senso l'art. 19 del d.l. n. 78/2009, convertito con legge n. 102/2009, che ha introdotto il comma 2 bis all'art. 18 del d.l. 112/2008, secondo il quale: «Le disposizioni che stabiliscono, a carico delle amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165 del 2001, divieti o limitazioni alle assunzioni di personale si applicano, in relazione al regime previsto per l'amministrazione controllante, anche alle società a partecipazione pubblica totale o di controllo che siano titolari di affidamenti diretti di servizi senza gara, ovvero che svolgano funzioni volte a soddisfare esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale, ovvero che svolgono attività nei confronti della pubblica amministrazione a supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica. Le predette società adeguano inoltre le proprie politiche di personale alle disposizioni vigenti per le amministrazioni controllanti in materia di contenimento degli oneri contrattuali e delle altre voci di natura retributiva o indennitaria e per consulenze». Da ultimo, le società a capitale pubblico sono state oggetto di una specifica regolamentazione contenuta nell'art. 4 del decreto sulla cosiddetta *spending review* (d.l. n. 95/2012, convertito con legge n. 165/2012). L'art. 4 citato, ai commi 9, 10 e 11 ha, in particolare, introdotto nei confronti delle «società controllate direttamente o indirettamente dalle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165 del 2001, che abbiano conseguito nell'anno 2011 un fatturato da prestazione di servizi a favore di pubbliche amministrazioni superiore al 90 per cento dell'intero fatturato» ulteriori disposizioni restrittive in materia di assunzioni e, al contempo, ha sancito per i dipendenti delle citate società - come già aveva fatto l'art. 9 del d.l. n. 78/2010 per i dipendenti pubblici - il blocco delle retribuzioni fino al 2014. In materia si segnala l'intervento di DE MICHELE, *I processi di pubblicizzazione delle società partecipate dalle Regioni e dagli enti locali*, www.regione.emilia-romagna.it.

¹² CARUSO, *La flessibilità (ma non solo) del lavoro pubblico nella l. 133/08 (quando le oscillazioni del pendolo si fanno frenetiche)*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" IT - 79/2008: «Le società che gestiscono servizi locali a totale partecipazione pubblica si conformano ai principi di assunzione previsti all'art. 35 comma 3 del TUIPI che altro non sono che i principi dell'evidenza pubblica riferiti alle assunzioni nel settore delle pubbliche amministrazioni. Non si applica, tuttavia, l'intero sistema delle assunzioni regolato dal TUIPI, per esempio, la nullità del contratto per violazione delle norme sulle assunzioni e la competenza del giudice amministrativo in materia di concorsi. Le altre società a partecipazione pubblica totale o di controllo, che non gestiscono servizi pubblici locali, devono ispirarsi ai principi dell'evidenza pubblica di origine comunitaria (di trasparenza, pubblicità e imparzialità) la cui differenza con quelli di cui al comma 3 dell'art. 35 del TUIPI non è data vedere, se non per il fatto che, nel primo caso, si possa considerare dinamico il

3. Il trasferimento d'azienda tra privatizzazione dei servizi pubblici essenziali e società partecipate: quali conseguenze per il personale coinvolto?

Le ricadute giuslavoristiche conseguenti all'affidamento del servizio pubblico a soggetti privati si sono manifestate in maniera differente per le società privatizzate da un lato e per le società partecipate, dall'altro. Mentre per le prime, il dibattito si concentrò sull'interrogativo – qui non rilevante - circa i diritti conservabili dal lavoratore coinvolto nell'opera di privatizzazione, nel secondo caso il problema prioritario ha riguardato le conseguenze – per le maestranze coinvolte- in caso di successione nella titolarità della gestione di servizio tra società partecipata e altra impresa privata vincitrice di gara d'appalto. Problema che costituisce per l'appunto lo snodo cruciale della particolare vicenda all'origine di questo scritto.

Per poter rispondere correttamente a tali domande è dunque necessario comprendere la profonda diversità sussistente, come visto tra le due fattispecie : la prima riguardante una privatizzazione e dunque un cambiamento formale nella titolarità del datore di lavoro da pubblico a privato, la seconda invece concernente società a partecipazione pubblica appositamente costituite, il cui personale veniva inquadrato sin dall'inizio tra il personale privato. Entrambe le fattispecie presentano però delle connessioni con la disciplina normativa sul trasferimento d'azienda.

Nel fenomeno delle privatizzazioni ci si trova dinnanzi a una "migrazione" del personale coinvolto dall'universo del diritto pubblico a quello del diritto privato; nella successione d'appalto tra società partecipate e altre imprese private vincitrici di gara pubblica, ci si trova al cospetto del trasferimento dei lavoratori da un'impresa a un'altra, nella

*rinvio all'art. 35 comma 3, che se dovesse cambiare, in ragione delle ulteriori riforme annunciate, influenzerebbe i provvedimenti che le società che gestiscono i servizi locali devono adottare». Per un approfondimento su rapporti di lavoro e trasformazione dei servizi pubblici locali, BALLESTRERO E DE SIMONE, *Rapporti di lavoro e trasformazione dei servizi pubblici locali*, in *LD*, 2, 2001, 201 – 206; NOVELLA, *Aspetti giuslavoristici delle trasformazioni dei servizi pubblici locali*, in *LD*, 2, 2001, 207- 256; DE SIMONE, *La disciplina dei servizi pubblici locali, tra norme speciali e disciplina sul trasferimento d'azienda*, in *LD*, 2, 2001, 257- 278; BALLESTRERO, *Servizi pubblici e trasferimento d'azienda. Il trattamento economico e normativo dei lavoratori*, in *LD*, 2, 2001, 279-302; NOVELLA, *nuove discipline delle trasformazioni dei servizi pubblici locali. Profili giuslavoristici*, in *LD*, 2, 2002, 159-180.*

continuità dell'attività precedentemente svolta. Le due situazioni si legano fra loro poiché entrambe mettono alla prova l'"elasticità" della norma contenuta nell'art. 2112 c.c. . Ciascuna fattispecie pone l'interprete di fronte alla medesima domanda: quali sono i confini entro cui può trovare diretta applicazione la normativa nazionale sul trasferimento d'azienda?

3.1 Trasferimento d'azienda e profili dinamici nella privatizzazione dei servizi pubblici essenziali.

Pur riguardando situazioni differenti rispetto a quella che qui si commenta, alcuni spunti di riflessione possono essere tratti dalla vicenda delle privatizzazioni dei servizi pubblici essenziali, avendo tale fattispecie una connessione diretta con l'applicazione della disciplina sul trasferimento d'azienda.

A differenza delle c.d. "grandi privatizzazioni"¹³ – in cui erano intervenute leggi *ad hoc* per normare i destini delle maestranze coinvolte – nel fenomeno della privatizzazione dei servizi pubblici locali fu attribuita grande importanza agli aspetti organizzativi della trasformazione; si dedicò minor attenzione alla normativa lavoristica applicabile. In assenza di una disciplina legale *ad hoc* ci si pose il problema concernente la sorte dei diritti conservabili dai lavoratori addetti alla prestazione del servizio pubblico. Il problema riguardò l'applicabilità, ai casi in questione, dell'art. 2112 c.c. così come modificato dall'art. 47 della legge 29 dicembre 1990, n. 428¹⁴. Tali questioni risultano affini ad alcune problematiche relative alla vicenda processuale qui in esame.

Senza voler qui anticipare le conclusioni dell'indagine, è opportuno segnalare come, già con riferimento alla privatizzazione dei servizi pubblici locali, fu riconosciuta da una parte della dottrina¹⁵ la possibilità di pervenire a un'applicazione diretta dell'art. 2112 c.c. accogliendo una definizione "sostanzialistica" di azienda. Tale apertura si scontrava però con la maggioranza delle posizioni dottrinarie e giurisprudenziali, contrarie a un ampliamento della nozione di entità economica nel significato riconosciuto dalla Corte di Giustizia. Anche per

¹³ Tale termine viene adoperato per descrivere i processi di privatizzazioni riguardanti le grandi imprese pubbliche coinvolte in processi di privatizzazione, per fornire alcuni esempi: Ferrovie dello Stato, Enel, Asst. TOSI E UBERTI, *La privatizzazione progressiva del rapporto di lavoro dei dipendenti delle Ferrovie dello Stato*, in *QDLRI*, 1995, n. 18, 73 ss.

¹⁴ NOVELLA, *Aspetti giuslavoristici delle trasformazioni dei servizi pubblici locali*, cit., 230-250

¹⁵ TREU, *Gli effetti delle trasformazioni sui rapporti di lavoro*, in *Problemi giuridici delle privatizzazioni. Atti del Convegno, 1994*, Milano, Giuffrè, 43.

l'impossibilità di pervenire a un'applicazione *tout court* del disposto normativo sul trasferimento d'azienda, il legislatore intervenne quindi a regolare la fattispecie con l'art. 62 del d.lgs. 29/1993 (oggi art. 31 del TUPI). Attraverso tale norma il legislatore - nell'intento di assicurare una tutela minima ai lavoratori coinvolti nei processi di privatizzazione - prevedeva l'applicazione dell'art. 2112 del codice civile nell'ipotesi di «passaggio dei dipendenti degli enti pubblici e delle aziende municipalizzate o consortili a società private per effetto di norme di legge, di regolamento convenzione, che attribuiscono alle stesse società le funzioni esercitate dai citati enti pubblici e aziende»¹⁶.

3.2 Società partecipate, successione nella titolarità di servizio d'appalto e trasferimento d'azienda

La problematica rapidamente accennata a conclusione del precedente paragrafo porta direttamente ad affrontare il cuore del problema che si intende esaminare: se la successione nella titolarità di un servizio pubblico, gestito originariamente da una società partecipata a cui è successivamente succeduta un'impresa privata assegnataria di un appalto mediante procedura pubblica, sia riconducibile alla nozione di trasferimento d'azienda¹⁷

I servizi, che in ottemperanza all'art. 113 del d.lgs. 267/2000 vengono affidati tramite contratti d'appalto sottoscritti successivamente all'esperto di una gara, e che dunque sono fisiologicamente caratterizzati da un possibile avvicendamento nella gestione degli stessi, hanno determinato l'insorgere del seguente problema: posto che risulta inapplicabile a tali fattispecie il disposto dell'art. 31 del d.lgs. 165/2001,

¹⁶ Nell'adottare tale norma il legislatore aveva però dato vita a una disposizione foriera di molteplici dubbi interpretativi: l'art. 62 infatti non regolava qualsiasi passaggio di personale ma solo quello relativo ai soggetti specificatamente individuati dalla norma: enti pubblici, aziende municipalizzate o conferimento di attività svolte da pubbliche amministrazioni, enti pubblici o loro aziende o strutture, ad altri soggetti, pubblici o privati. Il legislatore, quindi, ovviando ai limiti della precedente legislazione, abrogò l'art. 62 spostandone la disciplina all'interno dell'art. 34 del d.lgs. 29/1993 (oggi art. 31 del TUPI) il quale statuiva che fatte salve le disposizioni speciali, nel caso di trasferimento o conferimento d'attività svolte dalle pubbliche amministrazioni, enti pubblici o loro aziende o strutture, ad altri soggetti pubblici o privati, al personale che passa alle dipendenze di tali soggetti si applica l'art. 2112 del c.c. e si osservano le procedure di informazione consultazione di cui all'art. 47, commi da 1 a 4, della legge 29 dicembre 1990, n. 420». L'opera di riforma tendeva ad allargare la platea dei soggetti "a quo" e "ad quem"¹⁶ nei confronti dei quali era applicabile la disciplina sul trasferimento d'azienda coerentemente alla previsione di cui all'art. 113 del d.lgs. 267/2000, elencante i soggetti giuridici idonei a poter essere titolari della gestione del servizio pubblico locale.

¹⁷ NOVELLA, *Aspetti giuslavoristici delle trasformazioni dei servizi pubblici locali*, cit., 220-256.

quale forma di tutela è concretamente applicabile ai lavoratori coinvolti? Fino a che punto può trovare applicazione diretta la normativa sul trasferimento d'azienda?

La *querelle* giurisdizionale sul caso da cui prende spunto questo articolo costituisce una occasione di riflessione.

Come visto, la vicenda processuale si è incentrata sul rapporto sussistente tra la disciplina dei licenziamenti collettivi e le discipline legali e contrattuali che regolano i fenomeni di successione d'appalto (v. *supra*). Minor attenzione è stata prestata, per contro, all'ipotesi di applicare al caso in esame la disciplina sul trasferimento d'azienda, in particolare la cessione di ramo d'azienda¹⁸.

Il caso della cessione di ramo a seguito di perdita di appalto pone il problema di una non corretta trasposizione delle norme eurounitarie nell'ordinamento interno; problematicità che si acuiscono laddove, come la fattispecie Multiservizi dimostra, la giurisprudenza nazionale non riesce a operare l'opera di rammento tra segmenti regolativi particolari nell'ordinamento multilivello¹⁹.

La normativa sul trasferimento d'azienda è regolata a livello "eurounitario" dalla Direttiva 2001/23/CE, che ha abrogato e sostituito le precedenti Direttive 77/187/CEE e 98/50/CE.

E' bene ricordare come la Corte di Giustizia europea abbia iniziato la propria opera di "perimetrazione"²⁰ della fattispecie già all'indomani dell'emanazione della prima direttiva sul trasferimento d'azienda.

Le differenti modalità con cui l'istituto del trasferimento d'azienda era stato regolato nei diversi Stati membri, ma soprattutto la rapida e crescente modificazione dei sistemi di produzione con l'avvento della organizzazione a rete, hanno impegnato, sin dall'inizio, i giudici europei a interventi suppletivi rispetto alla scarna normativa anteriore alla emanazione della direttiva. Le riforme e i cambiamenti contenuti nelle Direttive successive all'originaria del 1977, altro non sono che prodotti di

¹⁸ Per ripercorrere il dibattito susseguente alle modifiche dell'art. 2112 del c.c. intervenute successivamente all'emanazione della Legge Biagi v. PICCIOLI, *La nuova nozione di ramo d'azienda*, in *DRI*, 2005, 2, pp. 333 ss.; FRANCESCHINIS, *l'art 2112 cc. dopo il d.lgs. n.276/2003*, in *RCDL*, 2003, 4, 857 ss.; MENICUCCI, *il trasferimento di ramo d'azienda dopo il d.lgs. 276/2003, profili di incostituzionalità*, in *DLM*, 2006, 1 ss.; FERRARO, *metamorfosi dell'impresa e tutela del lavoro(a proposito del trasferimento d'azienda nella riforma Biagi*, in *ADL*, 2004, 793.

¹⁹ SCIARRA, *Metodo e linguaggio multilivello dopo la ratifica del Trattato di Lisbona in I Diritti sociali tra ordinamento comunitario e Costituzione italiana: il contributo della giurisprudenza multilivello*, CARUSO E MILITELLO (a cura di), WP- CSDLE/Collective Volumes 1/2011.

²⁰ LO FARO, *Judicial Developments of EC Social Policy and Intra- Community Institutional Dialogues: How to define a "Legal Transfer"* in SCIARRA (a cura di), *Labour Law in the courts: National Judges and the ECJ*, Hart Publishing, Oxford 2001.

quell'attività di supplenza di cui il Giudice del Lussemburgo si è fatto progressivamente carico.

E' stata, infatti, avvertita la necessità di chiarire la fattispecie "trasferimento" e che cosa fosse esattamente un' "azienda" ai sensi della direttiva. Senza tali precisazioni, casi come quelli che in questa sede si esaminano, non avrebbero potuto trovare un'adeguata sistemazione e sarebbero stati esclusi dal raggio di applicazione della stessa.

L'attività interpretativa posta in essere dal giudice europeo rappresenta, come si vedrà, un'importante chiave di volta per il corretto inquadramento del caso "Multiservizi".

La Corte Europea nell'enucleare la nozione di "trasferimento" si è trovata di fronte a un bivio, potendo sposare una nozione formale di trasferimento maggiormente in linea con la quasi totalità delle legislazioni all'epoca esistenti negli ordinamenti giuridici degli Stati membri, oppure, aderire a una nozione di tipo funzionale dello stesso. Se avesse deciso di intraprendere la prima strada avrebbe ricevuto la confortante legittimazione delle definizioni codicistiche dei singoli paesi membri che riconducevano il trasferimento d'azienda a ogni operazione di cessione contrattuale tra due soggetti aventi natura imprenditoriale²¹.

Conscio del proprio ruolo, il giudice europeo ha invece percorso la seconda strada, più ripida, ma allo stesso tempo più coerente con lo spirito della Direttiva, oltre che con l'approccio teleologico privilegiato: l'interpretazione funzionale agli obiettivi degli atti comunitari. Avventurandosi nella creazione di nuove definizioni, la Corte ha ritenuto sussistente un trasferimento d'azienda anche dove non vi era presenza di un contratto né tra cedente e cessionario né nei confronti di soggetti terzi. Conseguentemente, con riferimento alla nozione di "trasferimento" elaborata dalla CGUE, la successione nella titolarità di un appalto tra due soggetti privati è stata ricondotta sotto l'applicazione della disciplina europea sul trasferimento d'azienda²².

²¹ Si veda in tal senso la versione originaria dell'art. 2112 del codice civile italiano.

²² Il lavoro creativo della giurisprudenza comunitaria a partire dalla fine degli anni '80 si è proiettato oltre la semplice configurazione di trasferimento d'azienda lì dove i soggetti coinvolti fossero soltanto due. E' stata intrapresa una strada che ha condotto a un allargamento dell'area di applicazione della direttiva anche dove non si sarebbero spinti neanche i più fervidi sostenitori della dottrina della funzionalizzazione della nozione di trasferimento. La Corte ha infatti ravvisato la sussistenza di un trasferimento d'azienda: 1) in casi in cui alla scadenza di un contratto d'affitto con il primo affittuario, il proprietario affidava la gestione di un'attività a un secondo affittuario (CGUE, C-324/86 Daddy's Dance Hall A/S c. Foreningen af Arbejdsledere I Danmark); 2) in casi caratterizzati per la scadenza di un contratto d'affitto con un primo affittuario, e la sostituzione di tale contratto con un contratto di compravendita con un terzo cessionario, che proseguiva nella continuazione dell'attività (CGUE, C- 181/1987 P. Bork International A/S in liquidation v Foreningen af Arbejdsledere I Danmark) 3) sino a casi in cui i soggetti coinvolti erano quattro e non tre:

Trovatasi nella necessità di enucleare la definizione di "azienda", d'altra parte, la corte europea ha intrapreso coraggiosamente una strada erta. Nonostante ciò, in qualche tratto di questo itinerario interpretativo, ha inteso estendere il raggio d'applicazione della direttiva per raggiungere l'obiettivo prefissato. I giudici europei hanno pertanto proceduto, senza troppe remore, a differenziare i contesti aziendali in cui l'attività lavorativa poteva essere prestata. Il declino della "grande fabbrica fordista" imponeva di considerare diversamente situazioni come quelle che in questa sede si commentano²³ – caratterizzate da un ruolo centrale della manodopera e quindi rientranti nel concetto di azienda "labour intensive"²⁴ – e differenziarle opportunamente da situazioni aziendali che di converso si caratterizzano per la centralità dei beni materiali²⁵.

La fattispecie "Multiservizi" improntata sulla presenza di due soggetti imprenditoriali, che si succedono nello svolgimento di un'attività

impresa appaltante, impresa appaltante, prima impresa appaltatrice, impresa subappaltatrice, seconda impresa appaltatrice subentrata a seguito della risoluzione del primo rapporto contrattuale e successiva stipula di un nuovo contratto di appalto.

²³ Sul ruolo che la crisi della "grande fabbrica fordista" ha avuto nella crisi di fine secolo del diritto del lavoro D'ANTONA, *Diritto del lavoro di fine secolo: Una crisi di identità?*, in *RGL*, 1998, 311-331.

²⁴ Per una ricostruzione della nozione di attività "labour intensive" BANO, *La circolazione comunitaria di servizi labour intensive*, in *LD*, 2008, 7; ROMEI, *Cessione di ramo d'azienda e appalti*, in *Diritto del lavoro e nuove forme di decentramento produttivo*, in *Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro*, Trento 4-5 Giugno 1999, Milano, Giuffrè, 5 ss.; VALLAURI, *Studio sull'oggetto del trasferimento ai fini dell'applicazione del nuovo art. 2112 c.c.*, in *LD*, 2002, 583 ss.; CESTER, *La fattispecie: la nozione di azienda, di ramo d'azienda e di trasferimento tra norme interne e norme comunitarie*, in *QDLRI*, 2004, 27 ss.

²⁵ L'operazione chiarificatrice della CGUE è riscontrabile anche nell'elaborazione della definizione di "azienda". Sul concetto contenuto nella direttiva di "entità economica che conserva la propria identità" è stato incentrato un lungo dibattito giurisprudenziale. Il caso *Spijkers*, CGUE, C-24/85, ha rappresentato il primo tentativo di delimitazione del minimo denominatore d'impresa ai sensi della direttiva: entra con tale sentenza nel vocabolario giuridico della corte il concetto di "mantenimento dell'identità economica trasferita" e si determina la vaporizzazione della centralità degli elementi materiali per un'attenzione maggiore all'immaterialità. I casi *Schmidt* CGUE C-392/92 e *Mercks* CGUE C-171/94, CGUE C-172/94 rappresentano l'apice della centralità conquistata dall'attività economica rispetto ai beni patrimoniali. E', però, con *Suzen*, CGUE C-13/95, che la Corte procede a demarcare - ai fini della configurazione di un trasferimento d'azienda - i complessi aziendali in cui l'attività economica non può essere sconnessa dai beni materiali, e quelli in cui, come i servizi integrati e di pulizia, l'attività è caratterizzata per una centralità della forza lavoro: le c.d. attività "labour intensive". Per uno sguardo sulla letteratura internazionale in materia, BOURN, COULIN, *European Communities and EEA – When Does the transfer of a service contract constitute the transfer of undertaking?* in *European Law Review*, 1998, 20 ss.

fondamentalmente "labour intensive"²⁶ in appalto, nei confronti di un ente pubblico che opera come committente, ha certamente tutte le caratteristiche enucleate dalla giurisprudenza comunitaria ai fini dell'elaborazione della fattispecie di trasferimento d'azienda²⁷. In tal senso, si rileva inoltre, la presenza dell'ulteriore indice valorizzato dall'opera di chiarificazione condotta dalla Cgue: il coordinamento tra i lavoratori adibiti nello svolgimento dell'attività di pulizia.

Alla luce di quanto rilevato non si possono dunque nutrire dubbi circa l'applicabilità della normativa sovranazionale sul trasferimento d'azienda al caso *de quo*. E' però necessario ricordare come nel nostro paese, tanto a livello giurisprudenziale, che soprattutto legislativo sussiste ancora una certa diffidenza nei confronti delle operazioni estensive dell'ambito di applicabilità della fattispecie di "trasferimento d'azienda". A circa dieci anni dalla sua entrata in vigore si staglia ancora nell'ordinamento italiano l'art. 29 della Legge Biagi che al suo terzo comma recita «*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*».

Questa norma, più che sospetta di incompatibilità con le Direttive europee sul Trasferimento d'Azienda²⁸, giustifica e promuove letture giurisprudenziali interne fondate su una concezione preistorica del "core aziendale"²⁹.

Le uniche aperture giurisprudenziali sino ad ora intervenute hanno ravvisato il trasferimento d'azienda in ipotesi di successione nell'appalto di servizi con passaggio di beni di non trascurabile entità.³⁰ E'

²⁶ A meno di non voler dare centralità alla dotazione con cui l'attività di pulizia viene materialmente svolta, non può in tal senso sussistere dubbio alcuno circa la riconducibilità dell'attività di pulizia all'interno dell'ampio complesso delle attività "labour intensive".

²⁷ Non si vuole in questa sede condividere letture per le quali ogni trasferimento di un gruppo di lavoratori può esser ricondotto a un trasferimento d'azienda o di ramo d'azienda; è opportuno ricordare come il trasferimento di un gruppo di lavoratori è sussumibile sotto l'applicazione della normativa in esame solo laddove si tratti di un gruppo di lavoratori portatori di specifiche competenze, e coordinati al fine di prestare la medesima attività lavorativa precedentemente svolta.

²⁸ Sull'incompatibilità della previsione della Legge Biagi con le direttive comunitarie sul trasferimento d'azienda: ANDREONI, *Impresa modulare, trasferimento d'azienda, appalti interni: la soft law sul ciclo di produzione*, in GHEZZI (a cura di), *Il lavoro fra progresso e mercificazione. Commento critico al decreto legislativo n. 276/2003*, Roma, 2004, 197 ss. ; Per un'interpretazione giustificatrice e aderente al dettato comunitario GRAGNOLI, *Contratti di appalto di servizi e trasferimento d'azienda*, in *Dialoghi fra dottrina e giurisprudenza*, in QDL, 2004, 253 ss.

²⁹ ROMEI, *Azienda, Impresa, Trasferimento*, in DLRI, 2003, 97.

³⁰ Cass. Civ. , sez. lav. n. 493/2005; v. anche Trib. Roma, sent. 20 novembre 2007 e Trib. Roma, ordinanza 9 giugno 2005 secondo cui l'art. 29, comma 3, del d.lgs. 276/2003 «non

probabilmente per tale ragione che le OO.SS. hanno proceduto, in taluni settori, a regolare la successione di imprenditori nella titolarità dell'appalto con l'obiettivo dichiarato di mantenere i livelli occupazionali e raggiungere, seppur in parte, indirettamente ciò che l'applicazione della disciplina sul trasferimento d'azienda avrebbe garantito in via diretta: il passaggio dei lavoratori dall'impresa che perde l'appalto all'impresa subentrante, evitando in questo modo l'applicazione della farraginoso disciplina sui licenziamenti collettivi che, al di là delle proprie finalità, in situazioni come quelle dell'avvicendamento negli appalti crea un *vulnus* alla fisiologica circolazione economica con evidenti ripercussioni negative sulle maestranze coinvolte (v. *infra*). In questo quadro si spiega, l'intervento dell'art. 4 del CCNL multiservizi e della legge n.31/2008 che sono intervenute con lo scopo di favorire il fisiologico passaggio delle maestranze coinvolte nell'appalto di servizi.

3.3 Il dissenso dei lavoratori trasferiti e la configurazione di un diritto di opposizione.

Coerentemente a quanto surriferito, la successione nella titolarità di un appalto di servizi avrebbe potuto quindi esser ricondotta – anche nella vicenda qui in esame - sotto l'ombrello protettivo della disciplina del trasferimento di ramo d'azienda. In tal modo i lavoratori coinvolti, e insoddisfatti dalle modifiche contrattuali, avrebbero potuto risolvere entro i tre mesi dal subentro del cessionario il proprio rapporto di lavoro³¹, tutti gli altri invece avrebbero continuato a svolgere le proprie mansioni presso il cessionario. Gli stessi, invece di contestare la violazione della disciplina legale sui licenziamenti collettivi avrebbero potuto tentare l'esercizio del c.d. "diritto d'opposizione" negando il loro consenso al trasferimento presso il cessionario e optando di rimanere in servizio tra le maestranze

può interpretarsi nel senso che in ogni ipotesi di subentro di un appaltatore a un altro debba escludersi ex lege il trasferimento di azienda, piuttosto tale norma va intesa nel senso che nei cambi di gestione non vi è trasferimento di azienda per il solo fatto che vi sia acquisizione di personale.»

³¹ L'art. 2112 del codice civile, riprendendo il disposto dell'art. 4 della Direttiva del 2001, statuisce che «*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*». In tal senso la dottrina è intervenuta a chiarimento della disposizione: SCARPELLI, *Il Mantenimento dei diritti del lavoratore nel trasferimento d'azienda: problemi vecchi e nuovi*, in *QDLRI*, 2005, p. 28: «*la modifica delle condizioni di lavoro, per legittimare le dimissioni deve avere natura sostanziale: la legge fa qui rinvio, necessariamente e inevitabilmente, a un apprezzamento concreto affidato all'interprete. L'incertezza della formula legale è destinata a essere attenuata nel tempo dall'interpretazione giurisprudenziale: questa peraltro dovrà apprezzare caso per caso la rilevanza della modifica del contesto legislativo, sia sul versante oggettivo che su quello soggettivo* ».

del cedente con probabile insuccesso se la fattispecie fosse stata correttamente qualificata come trasferimento di ramo. La problematica del diritto di opposizione rappresenta infatti, uno dei punti di maggior interesse nelle pieghe lasciate ancora aperte dall'opera di normazione del legislatore comunitario. In tutte le versioni delle Direttive sul trasferimento d'azienda sin qui succedutesi, è assente ogni riferimento alla possibilità del lavoratore di manifestare il proprio dissenso e rimanere alle dipendenze del cedente³². Nonostante l'ordinamento italiano non abbia elaborato una normazione specifica di tale situazione, non sono mancate voci in dottrina³³ che hanno ritenuto ragionevolmente possibile affermare la facoltà del lavoratore di opporsi al trasferimento e dunque affermare la conseguente legittimità della richiesta di rimanere alle dipendenze del cedente³⁴.

³² La configurabilità di tale facoltà è stata esaminata dalla dottrina e dalla giurisprudenza comunitaria sulla base delle altre indicazioni normative contenute nella disciplina comunitaria. L'attività della Corte del Lussemburgo, nella ricerca di una soluzione al caso, si è caratterizzata per un atteggiamento di cauta apertura, non pervenendo a fornire risposta affermativa, né a vietare la possibilità che tale facoltà venisse riconosciuta: è stato infatti statuito che gli Stati Membri risultano essere liberi di poter regolare le conseguenze relative al rifiuto del lavoratore di trasferirsi alle dipendenze del cessionario; sono quindi i singoli ordinamenti nazionali a esser chiamati a determinare quale sia la sorte dei rapporti di lavoro in caso di eventuale dissenso manifestato dalle maestranze coinvolte, in tal senso CGUE C-139/91 Grigoris Katsikas c. Angelos Konstantinidis.

³³ Per un approfondimento a una questione solo brevemente accennata SCARPELLI, *Esternalizzazioni e diritto del lavoro: il lavoratore non è una merce*, in *DRI*, 1999 351; SCARPELLI, *Trasferimento d'azienda ed esternalizzazioni. Le opinioni di (Mariella Magnani e Franco Scarpelli*, in *DLRI*, 1999 491; SCARPELLI, *Nozione di trasferimento di ramo d'azienda e rilevanza del consenso del lavoratore*, in *RIDL* 11, 2003, p. 150; SCARPELLI, *Il Mantenimento dei diritti del lavoratore nel trasferimento d'azienda: problemi vecchi e nuovi*, cit. , 28 ss.

³⁴ Tale ricostruzione si basa sulla centralità attribuita all'art. 1406 del c.c. che prevede che ciascuna parte del contratto possa sostituire a sé un terzo solo a condizione che l'altra vi acconsenta. Sulla base di tale norma, si configurerebbe anche nelle ipotesi di trasferimento di ramo d'azienda la necessità che il lavoratore presti il proprio consenso alla cessione del proprio contratto dal cedente al cessionario. Tali ricostruzioni risultano essere tutt'ora minoritarie in dottrina e non condivisibili a parere di chi scrive in assenza di un intervento chiarificatore a livello nazionale o in alternativa a livello comunitario. Nemmeno l'esegesi letterale della norma sembra poter autorizzare l'esercizio di tali facoltà da parte del lavoratore, in quanto l'art. 1406 c.c. fa riferimento a contratti a prestazioni corrispettive non ancora eseguite. Va peraltro segnalata l'opinione di chi ritiene che il legislatore si sia già adoperato a sgombrare i dubbi regolando la materia attraverso la previsione del diritto del lavoratore di dimettersi entro 3 mesi in caso subisca una sostanziale modifica delle condizioni di lavoro, in tal senso MARESCA, *Le "novità" del legislatore nazionale in materia di trasferimento d'azienda*, in *ADL*, 2011, 587; VALLAURI, *Studio sull'oggetto del trasferimento ai fini dell'applicazione del nuovo art. 2112 c.c.*, in *LD*, 2002 629.

4. Licenziamenti collettivi e norme di salvaguardia occupazionale: interventi chirurgici a tutela del personale coinvolto in una successione d'appalto.

I provvedimenti giurisdizionali da cui si prende spunto forniscono un valido esempio di come il legislatore e le parti sociali abbiano voluto disciplinare in dettaglio la materia. Frutto di tale attività di normazione sono stati l'art. 7 comma 4 bis della legge n.31/2008³⁵ e l'art. 4 del CCNL Multiservizi³⁶. La *ratio* di questi interventi è certamente giustificata dall'insufficienza del quadro normativo preesistente – sebbene dotato di

³⁵ L'art. 7 comma 4bis della legge n. 31/2008 recita «*Nelle more della completa attuazione della normativa in materia di tutela dei lavoratori impiegati in imprese che svolgono attività di servizi in appalto e al fine di favorire la piena occupazione e di garantire l'invarianza del trattamento economico complessivo dei lavoratori, l'acquisizione del personale già impiegato nel medesimo appalto, a seguito del subentro di un nuovo appaltatore, non comporta l'applicazione delle disposizioni di cui all' articolo 24 della legge 23 luglio 1991, n. 223, e successive modificazioni, in materia di licenziamenti collettivi, nei confronti dei lavoratori riassunti dall'azienda subentrante a parità di condizioni economiche e normative previste dai contratti collettivi nazionali di settore stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative o a seguito di accordi collettivi stipulati con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative*».

³⁶ L'intervento della contrattazione collettiva non ha caratterizzato soltanto il campo della successione degli appalti nel settore delle pulizie, si vedano infatti le analoghe previsioni collettive nel settore del Turismo e nel settore dell'Igiene, e la giurisprudenza relativa. L'Art. 4 del CCNL Multiservizi prevede che «*In ogni caso di cessazione di appalto, l'azienda cessante ne darà preventiva comunicazione, ove possibile nei 15 giorni precedenti, alle strutture sindacali aziendali e territoriali competenti, fornendo altresì informazioni sulla consistenza numerica degli addetti interessati, sul rispettivo orario settimanale, indicando quelli impiegati nell'appalto in questione da almeno 4 mesi; l'azienda subentrante, con la massima tempestività, preventivamente all'inizio della nuova gestione e, ove oggettivamente ciò non sia possibile, in tempi utili e comunque su richiesta delle Organizzazioni sindacali territoriali firmatarie del c.c.n.l. darà comunicazione a queste ultime del subentro nell'appalto. Alla scadenza del contratto di appalto possono verificarsi due casi: a) in caso di cessazione di appalto a parità di termini, modalità e prestazioni contrattuali l'impresa subentrante si impegna a garantire l'assunzione senza periodo di prova degli addetti esistenti in organico sull'appalto - risultanti da documentazione probante che lo determini - almeno 4 mesi prima della cessazione stessa, salvo casi particolari quali dimissioni, pensionamenti, decessi; b) in caso di cessazione di appalto con modificazioni di termini, modalità e prestazioni contrattuali, l'impresa subentrante - ancorché sia la stessa che già gestiva il servizio - sarà convocata presso l'Associazione territoriale cui conferisce mandato, o in assenza presso la Direzione provinciale del lavoro, ove possibile nei 15 giorni precedenti con la Rappresentanza sindacale aziendale e le Organizzazioni sindacali stipulanti territorialmente competenti per un esame della situazione, al fine di armonizzare le mutate esigenze tecnico-organizzative dell'appalto con il mantenimento dei livelli occupazionali, tenuto conto delle condizioni professionali e di utilizzo del personale impiegato, anche facendo ricorso a processi di mobilità da posto di lavoro a posto di lavoro nell'ambito dell'attività dell'impresa ovvero a strumenti quali part-time, riduzione orario di lavoro, flessibilità delle giornate lavorative, mobilità*».

una razionalità intrinseca di fondo (*v. infra*) - e dalla confusione sulla corretta individuazione della disciplina legale applicabile (*v. supra*). In caso di successione d'appalto di servizi, e nella vigenza di una normativa contrattuale e legislativa che garantisce continuità occupazionale e invarianza economico-normativa dei dipendenti coinvolti, si discute se l'imprenditore cessante sia tenuto ad applicare la disciplina sui licenziamenti collettivi di cui alla legge n. 223/1991, come tutti i lavoratori hanno richiesto in giudizio e come molti giudici hanno affermato nel caso Multiservizi. Per affrontare tale questione è necessario prima di tutto verificare quando la disciplina sui licenziamenti collettivi trovi applicazione. La dottrina si era interrogata – già precedentemente all'intervento normativo a opera della contrattazione collettiva e all'emanazione della legge n. 31/2008 - sulla legittimità di quelle interpretazioni che postulano l'applicazione *tout court* della disciplina sui licenziamenti collettivi anche in alcune fattispecie come la successione nella titolarità di appalto, in particolar modo in determinati settori³⁷. Una siffatta applicabilità è tutt'altro che scontata. Possono, infatti, sussistere fattispecie estintive di una pluralità di rapporti di lavoro le quali pur ricorrendo i presupposti quantitativi, non possono essere ricomprese nella disciplina di cui all'art. 24 della legge n.223/1991³⁸. In un'impresa che normalmente gestisce servizi di pulizia attraverso contratti d'appalto, che per definizione presuppongono un avvicendamento, la scadenza dell'appalto e il suo mancato rinnovo – fatti questi nemmeno imputabili all'imprenditore cessante, che si trova a gestire le decisioni del committente– non si identificano di per sé in situazioni che comportano automaticamente una riduzione o una trasformazione di attività. Il settore delle pulizie è caratterizzato dalla presenza di lavoratori assunti in funzione dell'esistenza dell'attività gestita in appalto, quindi al rapporto di lavoro è connesso un innegabile elemento di temporaneità funzionale. Perciò la scadenza dell'appalto configura in realtà un evento fisiologico connesso col normale ciclo produttivo dell'azienda, al quale essa fa fronte partecipando ad altre

³⁷ Tali settori possono essere esemplificativamente ricondotti all'interno di tre aree: il settore turismo, il settore delle pulizie, e il settore dell'igiene. Si tratta in sostanza degli stessi settori in cui le parti sociali hanno successivamente proceduto a regolare le conseguenze derivanti dalla successione della titolarità nell'appalto.

³⁸ Il problema era stato affrontato dalla dottrina nei primi anni di vigenza della l. 223/1991. Si era attentamente sottolineato che, qualora ci si fosse concentrati esclusivamente sulla procedura di cui alla disciplina sui licenziamenti collettivi, si sarebbe trascurato il profilo della giustificazione causale del licenziamento. In tal senso DEL PUNTA, *la l. 223/1991 e licenziamenti collettivi, un primo bilancio teorico*, in *QDLRI*, 1997, 26; D'ANTONA, *Riduzione del personale e licenziamenti: la rivoluzione copernicana della l. 223/1991*, in *RFI*, 1993, 2027 ss.

gare e parametrando la propria forza lavoro in funzione delle esigenze del settore. L'applicazione della normativa sui licenziamenti collettivi presuppone invece uno stabile ed effettivo ridimensionamento dell'attività aziendale che va valutato non solo ponendo attenzione al singolo evento- nel nostro caso la perdita dell'appalto- che ha giustificato i provvedimenti espulsivi, ma va piuttosto valutato avendo cura di verificare se in base agli eventi precedenti e successivi vi sia stato quell'effettivo ridimensionamento che può giustificare le procedure di licenziamento collettivo. Obbligare l'impresa cedente ad applicare la farraginoso procedura di cui all'art. 24 della legge n. 223/1991 significherebbe ostacolare oltremodo la fisiologica circolazione economica ravvisabile nelle ipotesi di successione della titolarità negli appalti, determinando anche un'evidente complicazione della condizione dei lavoratori che graverebbe ingiustificatamente sul bilancio statale per l'inevitabile utilizzo degli ammortizzatori sociali. E' chiaro oltretutto che se la *ratio* sottesa alla disciplina sui licenziamenti collettivi è quella di consentire al sindacato di intervenire nelle decisioni imprenditoriali laddove queste, per i requisiti temporali e quantitativi, siano in grado di generare un notevole allarme sociale, è altresì evidente che questa necessità viene meno in settori come quello preso in considerazione dove la natura fisiologica dei cambi di appalti e, le rapide occasioni di ricollocazione delle maestranze coinvolte garantite da fattori economici, contratti collettivi e disposizioni legali, riesce a tutelare nella sostanza i lavoratori (v. *infra*) maggiormente di quanto possa fare la procedura prevista dalla normativa sui licenziamenti collettivi³⁹. Se questa è la situazione ricavabile da un'interpretazione dei requisiti causali di applicazione della legge n. 223/1991, appare fuor di dubbio che i successivi interventi disposti dalla contrattazione collettiva e dal legislatore, con riferimento alla successione nella titolarità di un appalto di servizi, abbiano oltremodo proceduto a fugare ogni genere di dubbio in ordine all'inapplicabilità della disciplina di cui alla legge n. 223/1991 nel caso di successione di appalti nel settore delle pulizie, anche alla luce dei recentissimi dati di evoluzione dell'ordinamento giuridico. Queste disposizioni, intervenute a regolare in un secondo momento la materia, hanno infatti avuto lo scopo di dare una risposta ai molteplici dubbi emersi con riguardo alla disciplina giuridica applicabile alle fattispecie in esame. Già prima del legislatore, il Ministero era intervenuto a fornire le proprie indicazioni, aderendo alla tesi della non applicabilità della procedura sui licenziamenti collettivi nelle

³⁹ PATERNÒ, *sulla nozione di licenziamento per riduzione di personale*, in *ADL*, 1995, 97.

operazioni di successione di appalto⁴⁰, e la stessa giurisprudenza aveva sostanzialmente aderito a tali indicazioni⁴¹. E' su questa cornice che si innesta l'intervento del legislatore che nel 2007 ha voluto: 1) far proprie le indicazioni emerse nel corso degli anni precedenti; 2) accogliere gli *input* già emersi in sede di contrattazione collettiva (v. *infra*), aderendo in tal modo alle tesi che – precedentemente all'intervento normativo del 2008- avevano optato per l'esclusione dell'applicabilità della procedura dell'art. 24 nella successione d'appalto. L'art. 7 comma 4 bis della legge n.31/2008 è suscettibile di una duplice interpretazione: norma derogante al complessivo apparato legale sui licenziamenti collettivi o, al contrario, disposizione che si colloca su un

⁴⁰ A seguito del rinnovo del c.c.n.l. del 2001, riguardante le imprese di pulizia, il Ministero è nuovamente intervenuto con circolare n. L/O1 del 28 maggio 2001 "confermando la posizione già espressa". Secondo il Ministero «*confortano tale tesi le difficoltà di ordine applicativo, ovvero la considerazione che l'applicazione indiscriminata della procedura da un lato comporterebbe tempi e scadenze incompatibili con i tempi delle disdette e dei rinnovi degli appalti e dall'altro continui accavallamenti delle procedure via via instauratesi per i vari avvicendamenti di appalti, con assoluta ingestibilità del complesso meccanismo e con incertezze sugli ambiti di individuazione dei dipendenti (ciò con riferimento al numero, alla collocazione aziendale ed ai profili professionali del personale eccedente, nonché all'applicazione dei criteri di scelta dei lavoratori licenziati di cui agli artt. 4 e 5 della legge). In quest'ottica viene valorizzata, (...), la funzione della contrattazione collettiva, la quale, preso atto che i settori interessati sono caratterizzati da frequenti cambi di gestione tra le imprese con risoluzione dei rapporti di lavoro da parte dell'impresa cedente e assunzione "ex novo" da parte dell'impresa subentrante, ha specificatamente previsto procedure contrattuali volte a tutelare i livelli di occupazione percorrendo soluzioni alternative all'adozione delle procedure di cui alla legge n. 223/91, giudicate di fatto inidonee a fornire valide garanzie occupazionali ai lavoratori, dal momento che i recessi sono motivati da un effettivo giustificato motivo oggettivo e non vi sono criteri di scelta da negoziare ed applicare».* Con interpello n. 22/2012 il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali ha ribadito che sulla base del quadro normativo attuale va confermata «*l'esclusione dei licenziamenti comunicati a causa della cessazione di un appalto, qualunque sia il loro numero, dall'area di applicazione della disciplina dei licenziamenti per riduzione del personale dettata dalla legge n. 223/1991 considerandoli, invece, come licenziamenti individuali plurimi per giustificato motivo oggettivo da assoggettare, quindi, alla disciplina della legge n. 604/1966. Precisa, infatti, questo Ministero che la perdita di un appalto di servizi non può essere ricondotta alle situazioni tipiche di sospensione del lavoro o riduzione del personale per situazioni temporanee di mercato né ad ipotesi di ristrutturazione o crisi aziendale quanto, piuttosto, ad un *turn over* assolutamente "fisiologico". In tale contesto il cambio di gestione nell'appalto viene disciplinato allo scopo principale di salvaguardare i livelli occupazionali mediante un impegno all'assunzione degli addetti al singolo appalto da parte dell'impresa subentrante mediante uno strumento contrattuale di tutela dell'occupazione».*

⁴¹ Trib. Milano 31 marzo 2004 : «*L'art. 4 c.c.n.l. 25 maggio 2001 per gli addetti alle imprese di pulizia prevede, in caso di cessazione di appalto e di subentro di un nuovo appaltatore, un vero e proprio obbligo giuridico di assunzione in capo all'impresa subentrante del personale dell'impresa cedente impiegato nell'appalto cessato, cui è correlato un diritto soggettivo di detto personale all'assunzione».*

piano d'azione differente? A parer di chi scrive non sembra possibile qualificare il comma 4 bis dell'art. 7 della legge n.31/2008 alla stregua di una deroga all'applicabilità della legge n.223/91⁴². L'art. 7 piuttosto – sulla base dell'interpretazione letterale e della volontà del legislatore – si colloca su un piano diverso rispetto alla disciplina sui licenziamenti collettivi, escludendo il ricorso alle procedure di cui alla legge n.223/1991 non come deroga alle medesime, ma come “neutralizzazione” degli effetti delle stesse : cioè il licenziamento. Con l'applicazione dell'art. 7 viene cioè meno il presupposto stesso della procedura, vale a dire la perdita occupazionale che la giustifica. La procedura della 223/91 ha come suo obiettivo quello di attenuare, nel corso della consultazione sindacale - per altro solo come astratta possibilità - il numero dei programmati licenziamenti; l'art. 7, non è predisposto invece a “lenire” l'effetto sociale della riduzione di attività, proprio perché, a valle, evita del tutto la perdita occupazionale, disponendo il passaggio diretto dei lavoratori addetti all'appalto ceduto in capo alla impresa subentrante. La tecnica è dunque quella di una clausola sociale di tipo legale, obbligatoria e generalizzata che, imponendo alla subentrante un obbligo di immediata riassunzione, predispone una garanzia occupazionale per tutti i lavoratori coinvolti nella vicenda circolatoria⁴³. E' del tutto comprensibile, allora, la ragione per cui l'art. 7 prescinde dalle procedure di licenziamento collettivo, garantendo piuttosto il transito dei dipendenti a una nuova occupazione a condizione che sia rispettata la condizione dell'invarianza del trattamento economico complessivo. L' immutabilità delle condizioni economiche normative prescritta dalla norma - astrattamente riferibile sia alle condizioni del contratto di lavoro individuale, sia a quelle previste dal CCNL applicabile- richiede qualche ulteriore considerazione. A rigor di

⁴² Per ulteriore conferma della *ratio legis* si veda la relazione illustrativa del provvedimento di legge citato si legge «L'articolo 1 prevede una specifica deroga all'applicazione della disciplina in materia di licenziamenti collettivi di cui all'articolo 24 della L. 223 del 1991 [...] L'articolo 1 dovrebbe determinare effetti positivi sul piano della piena occupazione e del trattamento retributivo e normativo per i lavoratori impiegati in imprese che svolgono servizi di pulizia, in caso di cessazione di appalto, favorendo la ricollocazione presso l'impresa subentrante dei lavoratori dell'impresa cessante impiegati nel medesimo appalto nonché il riconoscimento ai lavoratori riassunti delle stesse condizioni economiche e normative previste dai contratti collettivi nazionali» , http://documenti.camera.it/leg15/dossier/testi/LA0364.htm#_Toc187835227.

⁴³ L'art. 7 comma 4 bis non determina inoltre alcuna deroga peggiorativa rispetto alla disciplina comunitaria sui licenziamenti collettivi così come attuata dalla legge n. 223/1991. Si è di fronte a una previsione migliorativa rispetto alla previsioni della direttiva del tutto legittima ai sensi dell'art. 5 della stessa: «La presente direttiva non pregiudica la facoltà [...] degli Stati membri di applicare o introdurre disposizioni legislative, regolamentari, o amministrative più favorevoli ai lavoratori o favorire o consentire l'applicazione di disposizioni contrattuali più favorevoli ai lavoratori. »

logica, tale parità dovrebbe considerarsi sussistente a fronte della garanzia della parità delle condizioni previste dal contratto collettivo nazionale, essendo il fine della legge n. 31/2008 quello di garantire che la salvaguardia dei livelli occupazionali non venga per esempio barattata con l'applicazione di un CCNL peggiore rispetto a quello applicato al precedente datore di lavoro. Sembra invece difficile poter aderire alla scelta compiuta dai giudici del caso Multiservizi, i quali hanno valutato l'invarianza del trattamento economico complessivo anche con riferimento alle condizioni del contratto individuale, le cui eventuali modifiche da parte dell'impresa subentrante - anche se sostanzialmente incidenti sulla condizione dei lavoratori coinvolti - non potrebbero essere imputate alla sfera di responsabilità dell'appaltatore cedente. Quest'ultimo, infatti, in base alla normativa, deve semplicemente verificare - nell'applicare la procedura di cui al comma 4bis dell'art. 7 della legge n. 31/2008 e al CCNL Multiservizi - che le condizioni previste dal contratto collettivo possano trovare applicazione anche nei confronti del subentrante e che vengano coinvolti nel trasferimento i lavoratori addetti all'appalto negli ultimi 4 mesi. Invece, con la decisione assunta, il giudice siciliano, sulla base dell'asserita modifica delle condizioni normative individuali dei lavoratori coinvolti, ha ritenuto non applicabile al caso di specie l'art. 7 comma 4 bis del d.l. 31/2008, dichiarando l'illegittimità dei licenziamenti poiché operati in spregio alla disciplina legale contenuta nella legge n. 223/1991. La tesi contraria qui sostenuta può essere perseguita anche analizzando con attenzione la terminologia adoperata dal legislatore: l'art. 7 comma 4 bis parla infatti di trattamenti economici e normativi in maniera speculare a quanto fa l'art. 2112 al suo terzo comma quando impone al cessionario di applicare i medesimi trattamenti economici e normativi derivanti da contratto collettivo sino alla loro scadenza. Se il legislatore avesse voluto preservare la continuità delle condizioni individuali derivanti dal rapporto di lavoro, avrebbe probabilmente adoperato la diversa terminologia presente nell'art. 2112 primo comma, in cui si fa riferimento non ai «trattamenti economici e normativi» bensì ai «diritti derivanti dal rapporto di lavoro». Ne deriva dunque che ciò che l'art. 7 della legge n. 31/2008 richiede al fine di poter configurare una fattispecie di passaggio diretto che prescinde dalla attivazione delle procedure di licenziamento collettivo è che il subentrante si obblighi ad applicare ai lavoratori il medesimo trattamento contrattuale collettivo applicato dal cedente. Nulla di più. La giurisprudenza intervenuta nel corso degli ultimi anni - compresa quella qui in discussione - a favore della tesi contraria ha, invece, ritenuto che il controllo sull'immutabilità delle condizioni economiche e normative non possa esaurirsi con la verifica dell'applicazione del medesimo CCNL

presso la subentrante: andrebbero verificate altresì le condizioni del contratto individuale di lavoro, eventuali riduzioni di orario, presenza di clausole elastiche ecc. Anche aderendo a tale percorso argomentativo, è peraltro necessario considerare che l'art. 7 comma 4 bis, nel suo secondo periodo, e l'art. 4 del CNL lett. b), prende in considerazione anche la possibilità che nella successione d'appalto si verifichino modificazioni delle condizioni economiche e normative, autorizzando le parti sociali, attraverso la stipulazione di appositi accordi, ad avallare tali modifiche garantendo in ogni caso l'inapplicabilità della procedura dei licenziamenti collettivi e il passaggio dei lavoratori presso l'impresa subentrante nel rispetto dei criteri contenuti nell'art. 4 del CCNL. E' dunque legittimo seguire la procedura di cui all'art. 7 comma 4 bis della legge n. 31/2008, a prescindere dall'attributo individuale o collettivo che si vuole dare al mutamento delle condizioni economiche e normative. Si comprende quindi come siano diverse le ragioni che portano a ritenere estranea ai casi di cessazione d'appalto di servizi nel settore di pulizie l'applicazione della normativa sui licenziamenti collettivi in presenza di tutte le condizioni causali volte a legittimare l'utilizzo della procedura di cui all'art. 7 comma 4 bis della legge n. 31/2008 e dell'art. 4 del CCNL. La specificità del settore è stata inoltre confermata dalle recentissime modifiche intervenute con l'art. 6 comma 4 del d.l. 28 giugno 2013 n. 76, il quale prevede espressamente l'inapplicabilità delle procedure conciliative previste dal comma 6 dell'art. 7 della legge n. 604/66 nei casi previsti dall'art. 2 comma 34 della legge 28 giugno 2012 n. 92, vale a dire ai « *licenziamenti effettuati in conseguenza di cambi di appalto, ai quali siano succedute assunzioni presso altri datori di lavoro, in attuazione di clausole sociali che garantiscano la continuità occupazionale prevista dai contratti collettivi nazionali di lavoro stipulati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale*». L'inapplicabilità delle procedure di cui ai licenziamenti individuali prevista del recente intervento normativo è in continuità con la linea già perseguita dal legislatore del 2008 e dalle parti sociali; essa si dirige verso l'inapplicabilità degli oneri procedurali nel caso di recessi intimati susseguentemente alla successione d'appalto con garanzia occupazionale. Tra l'altro, la nuova norma, pone l'accento semplicemente sulla garanzia di continuità occupazionale senza far riferimento all'invarianza delle condizioni economiche e normative, facendo emergere un'opzione di politica del diritto che privilegia la tutela della continuità occupazionale dei dipendenti coinvolti. Dal quadro emerso è possibile in definitiva affermare che, pur in assenza di una regolazione organica della materia, è certamente ravvisabile la coerenza di fondo delle norme che nel corso

degli ultimi anni si sono succedute intervenendo sulla fattispecie. La contrattazione collettiva, l'intervento del legislatore del 2008, e la recentissima innovazione normativa di cui si è ora detto paiono condurre l'interprete verso un'unica soluzione: nella successione d'appalto non possono trovare spazio gli obblighi procedurali previsti dalla disciplina sui licenziamenti collettivi e individuali. Per questo non sembra condivisibile l'opzione dei giudici che nella vicenda "Multiservizi" hanno ritenuto applicabile, anche in presenza di una successione d'appalto di servizi, la procedura legale sui licenziamenti collettivi procedendo alla reintegra dei lavoratori che giudizialmente avevano denunciato il mancato rispetto dei criteri di scelta di cui all'art. 23 della legge n. 223/1991 e più in generale la mancata attivazione delle procedure collettive ivi regolate. L'opzione perseguita è stata giustificata dall'assunto dell'inderogabilità della disciplina sui licenziamenti collettivi e dalla mancanza dei presupposti per l'applicabilità della disciplina risultante dal combinato disposto tra l'art. 4 del CCNL Multiservizi e della legge n. 31/2008, ritenute – a differenza di quanto surriferito- discipline semplicemente deroganti l'applicazione della normativa sui licenziamenti collettivi. Arrivati a questo punto è dunque opportuno chiedersi quale lettura, tra quelle prospettate, avrebbe garantito maggiormente i lavoratori coinvolti.

5. Quale Ruolo per il giudice del lavoro?

L'analisi del caso dischiude alcune considerazioni sul rapporto tra giudici e legislatore che, di recente, è stato riportato al centro del dibattito ⁴⁴. Ultimamente ci si è interrogati, e non solo in Italia⁴⁵, sul

⁴⁴ CARUSO, *Giudici Giuristi e legislatori davanti alla crisi*, in *RIDL*, 1, 2013, 245 - 269 dove possiamo leggere «*Inteso come capacità dei chierici di riflettere su stessi e sul proprio lavoro non in modo autoreferenziale, ma con apertura sistematica e culturale e, dunque, in dialogo, serrato e permanente, con altri attori istituzionali, giudici e legislatori in primo luogo. Ritengo questo indispensabile per dare senso e coordinate a una disciplina - sempre e non da oggi, come ricordava G. Vardaro - pericolosamente in bilico tra cronaca politica e giudiziale, cultura e ideologia*». Tale contributo si colloca all'interno di un più ampio dibattito iniziato da DEL PUNTA, *Il giudice del lavoro tra pressioni legislative e aperture di sistema*, *RIDL*, 3,2012, 461 ss., a cui hanno fatto seguito Magistratura Democratica, *Quale giudice del lavoro? (replica a un saggio di Riccardo Del Punta)*, in *RIDL*, 4, 2012, 719 ss.; DEL PUNTA, *Il giudice e la Costituzione: una replica ai giudici del lavoro di Magistratura Democratica*, *RIDL*, 4, 2012, 723 ss.; ABIGNENTE, *Note a margine di un interessante dibattito*, in *RIDL*, 4,2012, 729 ss.; ROMAGNOLI, *Le parole sono pietre*, in *RIDL*, 1, 2013; MAZZOTTA, *Il giudice del lavoro, la costituzione e il sistema giuridico: fra metodo e merito*, in *RIDL* 1, 2013, 235 - 243; l'ultimo contributo in ordine cronologico è stato fornito da SANTORO PASSARELLI, *Note per un discorso sulla giustizia del lavoro*, in *RIDL*, 3, 2012, 513 ss.; MAGNANI, *il giudice e la legge*, in *RIDL*, 3,2013, 777-782.

⁴⁵ DAVIDOV E LANGILLE, *Boundaries and frontiers of labour law : goals and means in the regulation of work*; Oxford, Hart, 2006.

futuro della disciplina e in particolare sulla compatibilità dei postulati di fondo del diritto del lavoro con le trasformazioni e destrutturazioni accentuate dalla crisi economica globale e dalla crisi del modello sociale europeo⁴⁶.

Secondo una tesi si profila un rischio di incertezza regolativa dovuto al continuo succedersi di norme e modifiche talvolta prive di coerenza sistematica⁴⁷; altri hanno invece messo in guardia sulle controindicazioni ordinamentali derivanti dal susseguirsi di una giurisprudenza pratica a volte assiomaticamente *pro-labour*⁴⁸. Il filone interpretativo formatasi attorno al caso da cui si è preso spunto costituisce un chiaro esempio di entrambi i rischi evidenziati. La legge 31/2008 ritrae plasticamente un modello di intervento regolamentativo a c.d. "struttura problematica" nella quale deroghe ed eccezioni sono volte a risolvere i problemi concreti un esempio concreto di quell', «*armonia perduta di un sistema chiuso e logicamente ordinato*»⁴⁹. Il deficit di coerenza giuridica ordinamentale, alla quale fa *de pendant* una stratificazione (per altro incerta e complicata) di tutele, determina una situazione a somma negativa, in cui vengono compromessi gli interessi di tutti gli attori in gioco: in primo luogo viene messa a repentaglio l'efficienza complessiva del sistema, ma vengono altresì lesi (controintuitivamente) coloro a vantaggio dei quali le tutele (staticamente garantiste) sono originariamente pensate. Il caso esaminato è esemplare in tal senso. A fronte di una normativa che, pur con le sue incertezze, consente di fluidificare i processi di cessione di appalto - salvaguardando la continuità occupazionale (obiettivo garantito, per altro, già dalla regolazione europea del trasferimento di ramo) - la giurisprudenza interviene in nome del rispetto formale delle procedure del licenziamento collettivo, annullando i licenziamenti (di fatto solo formali poiché è garantita la garanzia occupazionale immediata) con l'unico risultato di indurre o il recesso senza tutela occupazionale di altri lavoratori scelti con i criteri legali quindi senza tutela occupazionale, e pertanto impossibilitati a godere della tutela occupazionale presso la cessionaria in ragione dei criteri di scelta previsti dal CCNL; ovvero di costringere al *blackout* economico la società pubblica. Il tutto in ragione

⁴⁶ LABORDE, *Cosa resta del modello sociale europeo?*, in *LD*, 2013, 325 -337.

⁴⁷ ROMAGNOLI, *Verso un futuro che sa di antico*, in AMATO E SANLORENZO (a cura di), *La legge n. 92 del 2012 (Riforma Fornero): un'analisi ragionata*, 242 : «*il diritto del lavoro sta morendo un poco alla volta, stremato da uno stillicidio di modifiche. Più o meno profonde, più o meno sanguinose. Come le banderillas. I picadores non infliggono ferite letali, ma il loro ingresso nell'arena segna egualmente l'inizio della fine. Del toro e della fiesta*».

⁴⁸ DEL PUNTA, *Il giudice del lavoro tra pressioni legislative e aperture di sistema*, cit. , 461 ss.

⁴⁹ D'ANTONA, *l'anomalia post – positivista del diritto del lavoro*, cit. , 208 ss.

di un inesistente principio di intangibilità dei trattamenti contrattuali precedentemente acquisiti. Come si è avuto modo di argomentare, la disciplina normativa esaminata a garanzia della continuità occupazionale, è volta: 1) a garantire l'occupabilità delle maestranze coinvolte 2) a preservare il rispetto delle medesime condizioni economiche e normative prevista dal contratto collettivo, fatti salvi, in ogni caso, gli aggiustamenti che l'autonomia collettiva intende apportare per fluidificare l'operazione circolatoria, rendendola compatibile alle nuove condizioni economiche previste dall'appalto pubblico. L'applicazione *iussu iudicis* dell'art. 24 della legge n. 223/1991 - contro la volontà del legislatore e della stessa autonomia collettiva - raffigura un garantismo astratto volto a salvaguardare nei fatti non "il lavoro", ma il "posto" ricoperto dalle maestranze coinvolte nella società pubblica⁵⁰. La complessiva interpretazione fornita dalla giurisprudenza esaminata impedisce la continuità occupazionale presso un imprenditore privato, e finisce nella sostanza non solo per danneggiare l'interesse pubblico coinvolto, ma anche per compromettere gli interessi dei singoli lavoratori che - pure giovandosi nell'immediato della tutela reintegratoria - si troveranno reintegrati in un'impresa che, a seguito della mancata aggiudicazione dell'appalto, ha perduto ogni interesse alle loro prestazioni lavorative. Gli stessi, saranno inoltre reinseriti in un contesto aziendale impossibilitato a far fronte al pagamento delle retribuzioni - non essendo la società partecipata un operatore di mercato, ma un soggetto pubblico non più in grado di azionare le leve del *deficit* di bilancio - e quindi costretta a rilicenziare o ad essere liquidata, con l'effetto di indurre al licenziamento di tutte le maestranze occupate, e non solo di quelle reintegrate. Ove è evidente, in vitro, l'eterogeneità dei fini dell'iper-garantismo del caso e del posto singolo (specie se pubblico o para pubblico) più volte oggetto di riflessioni non esenti anche da giuste dosi di provocazione intellettuale⁵¹, prodotta da una giurisprudenza culturalmente incline ad

⁵⁰ Sugli interventi giudiziari connotati dal garantismo individualista si veda D'ANTONA, DE LUCA TAMAJO (a cura di), *Giudici del lavoro e conflitto industriale: tendenze italiane ed europee*, Napoli, in *ESI*, 1986, 14.

⁵¹ ICHINO A. E ICHINO P., *A chi serve il diritto del lavoro? Riflessioni interdisciplinari sulla funzione economica e la giustificazione costituzionale dell'inderogabilità delle norme giuslavoristiche*, in *RIDL*, 1994, 1, 459 ss. ; P. ICHINO, *La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori*, Relazione al Convegno del Centro Nazionale Studi di Diritto del Lavoro "Domenico Napoletano" - Pescara *Relazione*, 11 maggio 2012; ICHINO P., *Come il metodo sperimentale può contribuire al progresso del diritto del lavoro*, in *RIDL*, 2011, 3, 393 ss. ; ICHINO P., *Inchiesta sul lavoro, perché non dobbiamo vere paura di una grande riforma*, Mondadori, Milano, 2009.

attuare una idea astratta di giustizia sociale distributiva⁵².

⁵² CARUSO, *Giudici Giuristi e legislatori davanti alla crisi*, cit., 245 ; Per un'alternativa all'idea di giustizia redistributiva, SEN, *L'Idea di Giustizia*, Mondadori, 2009; per un'analisi di un diritto del lavoro all'"altezza" delle nuove sfide globali, CARUSO, *FIAT v. FIOM: Hard Case davanti alla consulta (a proposito dell'art. 19 dello Statuto,)*, in *RIDL* 2012; CARUSO, *Occupabilità, formazione e "capability" nei modelli giuridici di regolazione, dei mercati del lavoro*, in *DLRI*, 2007, pp. 1 ss. ; DEL PUNTA, *Leggendo "The Idea of Justice" di Amartya Sen*, in *DLRI*, 2013, 2, 197–219; DAVIDOV E LANGILLE , *The Idea of Labour Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011; ZAPPALÀ, *La tutela della persona nel lavoro a termine, Modelli di regolazione e tecniche di regolamentazione nella flexsecurity*, Giappichelli, 2009.