

Questioni operative

Successione di appalto e utilizzo di clausole speciali

Alessandro Rapisarda - Consulente del lavoro (*)

Attraverso il contratto di appalto si attiva un processo di esternalizzazione, a favore di soggetti terzi, di intere fasi di un ciclo produttivo; l'art. 1655 c.c. definisce l'appalto come il contratto con il quale una parte assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo in danaro. Elementi tipici e idonei a qualificare l'appalto come genuino - salvaguardando quindi i diritti dei prestatori di lavoro coinvolti - sono:

- l'organizzazione dei fattori produttivi: l'appaltatore deve poter disporre e coordinare una complessa organizzazione dei fattori produttivi;
- l'assunzione del rischio economico;
- un ampio margine di autonomia dell'appaltatore rispetto al committente: l'organizzazione materiale dei fattori produttivi da parte dell'appaltatore deve sottrarsi all'ingerenza del committente, fermo restando che questo ha il diritto di verificare e controllare che l'esecuzione dell'opera proceda a regola d'arte.

L'assunzione del rischio di impresa che appunto rappresenta uno dei tre aspetti fondamentali che qualificano l'appalto come genuino, potrebbe essere ricondotta, ad esempio, a valutazioni di questa natura, rivolte all'appaltatore:

- 1) esercizio abituale di un'attività imprenditoriale, ovvero svolgimento di una propria e comprovata attività produttiva in modo evidente;
- 2) attività rivolta a diversi committenti da tempo, ovvero nello stesso arco temporale oggetto dell'appalto.

L'art. 85, comma 1, lett. c), D.Lgs. n. 276 del 10 settembre 2003 ha abrogato la disciplina di cui alla legge 23 ottobre 1960, n. 1369 che vietava - salvo alcune ipotesi di lavoro interinale e di attività privata di mediazione tra domanda ed offerta

di lavoro - l'intermediazione e l'interposizione nelle prestazioni di lavoro; pertanto il soggetto che assumeva la veste di datore di lavoro doveva coincidere con il soggetto che, di fatto, utilizzava le prestazioni lavorative. In particolare, era vietato affidare in appalto o in subappalto o in qualsiasi altra forma, anche a società cooperative, l'esecuzione di mere prestazioni di lavoro mediante impiego di manodopera assunta e retribuita dall'appaltatore o dall'intermediario, qualunque fosse la natura dell'opera o del servizio cui le prestazioni si riferivano, nonché affidare ad intermediari lavori da eseguirsi a cottimo da prestatori di opere assunti e retribuiti da tali intermediari (1).

L'art. 29, D.Lgs. n. 276/2003, stabilisce che ai fini dell'applicazione delle norme sul mercato del lavoro, il contratto di appalto, stipulato e regolamentato ai sensi dell'articolo 1655, Codice civile, si distingue dalla somministrazione per l'organizzazione dei mezzi necessari (che 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 - tale potere deve infatti fare capo all'appaltatore) e per il rischio d'impresa (che deve gravare sull'appaltatore). Pertanto, anche alla stregua di una condivisibile interpretazione ministeriale, la distinzione tra appalto e somministrazione di lavoro consiste nella diversità dell'oggetto: un "fare" nell'appalto, giacché l'appaltatore fornisce al committente un'opera o un servizio, da realizzare tramite la propria organizzazione di uomini e mezzi, assumendosi il rischio d'impresa; un "dare" nella somministrazione, nella quale il somministratore si limita a fornire a un terzo forza-lavoro da lui assunta, affinché questi ne utilizzi la prestazione

(*) L'Autore è anche Fellow dell'Istituto Italiano Privacy.

(1) Vedi art. 1, comma 2; art. 2127 c.c.

Approfondimenti

secondo le proprie necessità, adattandole al proprio sistema organizzativo (2).

Doverosamente però si deve rinvenire un'interpretazione sempre ministeriale che reputa legittimo l'utilizzo di lavoratori somministrati (a tempo determinato) da parte dell'appaltatore nell'ambito di un appalto endoaziendale, qualora risulti che questi eserciti effettivamente il potere direttivo sui lavoratori e assuma su di sé il rischio dell'esecuzione dell'appalto medesimo (3).

Nell'intento di definire dei parametri di "genuinità" dell'appalto con un apposito intervento interpretativo, il Ministero del Lavoro ha indicato che in ogni contratto di appalto debbano essere valutati con estrema attenzione i seguenti aspetti (4):

- 1) **tipologia dell'attività** oggetto dell'appalto;
- 2) **durata presunta** del contratto;
- 3) **dettagli circa l'apporto e l'organizzazione** dei mezzi da parte dell'appaltatore. Ed ancora, per un'adeguata valutazione dell'apporto fornito, è opportuno precisare se trattasi di appalto avente ad oggetto lavori specialistici per i quali sia dunque più rilevante l'impiego di personale di elevata professionalità rispetto all'utilizzo di beni strumentali, fermi restando però i requisiti di organizzazione dei mezzi e di assunzione di rischio di impresa.

Per quanto concerne il posizionamento del potere direttivo in capo al committente, vale la pena riportare una tesi giurisprudenziale che ha dichiarato legittimo l'appalto nel caso in cui l'appaltatore utilizzi personale e mezzi propri e pertanto l'appalto posto in essere non viola il divieto di intermediazione nelle prestazioni di lavoro, pur in presenza di un potere direttivo, risultante dal contratto, in capo al committente, non rivolto verso i dipendenti, ma mirato al risultato della prestazione (5). Per quanto afferisce invece il presupposto del rischio di impresa, questo, a parere di chi scrive, rappresenta uno degli aspetti nodali che qualificano l'appalto come legittimo. La sua sussistenza potrebbe essere riconducibile, ad esempio, a valutazioni di questa natura, rivolte all'appaltatore:

1) esercizio abituale di un'attività imprenditoriale ovvero svolgimento di una propria e comprovata attività produttiva in modo evidente;

2) attività rivolta a diversi committenti da tempo ovvero nello stesso arco temporale oggetto dell'appalto.

Il contratto di appalto nella giurisprudenza

Per quanto sin qui esposto, la sussistenza di elementi che determinano la legittimità dell'appalto non sono sempre facili da individuare, anche se come abbiamo visto nel nostro ordinamento emergono interessanti indirizzi amministrativi, che però rischiano di eclissarsi se non considerati con il compendio del tessuto giurisprudenziale che ha in qualche modo tracciato un orientamento ben definito. Anche la giurisprudenza infatti ha identificato nel tempo una serie di criteri da utilizzare per accertare la genuinità di un appalto o al contrario una intermediazione vietata nei rapporti di lavoro. Il primo criterio in questione riguarda la verifica dell'autonomia organizzativa e gestionale del soggetto che effettivamente utilizza il lavoratore; per operare questa verifica, viene dato rilievo all'esercizio da parte del medesimo dei poteri tipici del datore di lavoro nei confronti dei lavoratori che sono alle sue dipendenze, almeno formalmente (6).

Con riferimento all'organizzazione dei mezzi, un orientamento ormai consolidato ritiene che può configurarsi un appalto legittimo quando, pur facendo difetto nella prestazione dedotta in contratto l'impiego di un'apprezzabile organizzazione di mezzi materiali, la prestazione stessa sia resa possibile da un rilevante elemento di capitale immateriale costituito dal know-how specifico, del quale soltanto l'impresa fornitrice dispone e non la committente (7). La giurisprudenza richiede inoltre l'accertamento dell'assunzione da parte del soggetto interposto del rischio della gestione dell'impresa (8). In particolare, è stato dato rilievo al fatto che, nel compimento dell'opera o del servizio oggetto del contratto di appalto, l'intermediario non abbia posto a disposizione del datore di lavoro altro che i propri dipendenti, senza

(2) Min. lav. circ. n. 5/2011.

(3) Min. lav. nota n. 37 del 21 settembre 2011.

(4) Min. lav. circ. n. 48/2004.

(5) Trib. Genova 27 novembre 2011.

(6) Cass., sent. del 3 marzo 1969, n. 687.

(7) Cass., S.U., 19 ottobre 1990, n. 10183; Cass., sentt. 30 ottobre 2002, n. 15337, del 12 dicembre 2001, n. 15665 e 25 giugno 2001, n. 8643.

(8) Cass., sent. n. 1911/1993.

assumersi alcun rischio; in tal caso è stato ritenuto irrilevante il fatto che l'intermediario disponga in generale di autonomia organizzativa e imprenditoriale per lo svolgimento delle altre attività (9). A questo proposito, va segnalato che l'utilizzo da parte dell'appaltatore di attrezzature, mezzi e strumenti di lavoro di proprietà del committente/appaltante non configura di per sé appalto non genuino; è importante però che la responsabilità legata all'utilizzo di questi strumenti e l'organizzazione degli stessi ricada integralmente sull'appaltatore che, in quanto tale, deve sostenere in modo completo il rischio di impresa (10).

Più in generale, l'organizzazione dei mezzi non solo va intesa come gestione dei mezzi a proprio rischio, ma è legata alla modalità con cui viene esercitato il potere organizzativo e direttivo verso i lavoratori che prendono parte all'appalto. È necessario che non siano riscontrabili elementi di commistione fra le diverse realtà presenti, ma deve essere sempre netta la separazione delle diverse strutture aziendali come singole realtà organizzative ed imprenditoriali. L'appalto non è genuino quando viene riscontrata la messa a disposizione di mera manodopera, senza esercizio di potere disciplinare e senza avere come obiettivo il raggiungimento di un risultato produttivo autonomo (11).

Analoga valutazione deve essere adottata nella qualificazione di un appalto genuino, anche con riferimento alle attività di catering, banqueting e ristorazione rese da un consorzio di imprese (12). In virtù dell'attuale costellazione legislativa che regola l'istituto dell'appalto, infatti, pare inevitabile che molte fattispecie, pur trovandosi di fronte alla mancanza di una figura vera e propria di committente, inteso come imprenditore o come figura con interesse imprenditoriale diretto, si configurino comunque come appalti. Si pensi al catering di un matrimonio, i servizi funebri, come anche il servizio di pulizia prestato in uno Studio professionale, piuttosto che in un condominio.

Certificazione del contratto di appalto

Il contratto di appalto, al pari di ogni contratto in cui sia dedotta, direttamente o indirettamente,

una prestazione di lavoro, può essere oggetto di certificazione da parte delle commissioni a ciò abilitate, secondo le procedure stabilite dagli artt. 75 e ss. D.Lgs. n. 276/2003, come modificati dalla legge n. 183/2010. L'efficacia della certificazione è tanto evidente quanto più l'indagine dell'organo certificatore si orienterà ad una disamina attenta della sussistenza degli elementi e dei requisiti previsti dall'art. 29, c. 1, D.Lgs. n. 276/2003 sopra richiamati, non soltanto su base meramente documentale, ma anche mediante dichiarazioni pubblicamente rese e acquisite dalle parti contraenti in sede di audizione personale nel corso dell'*iter* di certificazione.

Gli effetti dell'accertamento dell'organo preposto alla certificazione del contratto di lavoro, nel caso di contratti in corso di esecuzione, decorrono dal momento iniziale del contratto, ove la commissione abbia rilevato - in sede di indagine istruttoria - che l'attuazione del medesimo è stata, anche nel periodo precedente alla propria attività istruttoria, coerente con quanto appurato in tale sede. In caso di contratti non ancora sottoscritti dalle parti, gli effetti si producono soltanto ove e nel momento in cui queste ultime provvedono a sottoscriverli, con le eventuali integrazioni e modifiche suggerite dalla commissione adita.

Regime sanzionatorio

Con l'interpello 21 settembre 2011, n. 37, il Ministero del lavoro precisa che la somministrazione a tempo determinato è compatibile nell'ambito degli appalti c.d. endoaziendali stipulati dall'impresa utilizzatrice, nel caso in cui quest'ultima eserciti effettivamente il potere direttivo sui lavoratori e assuma su di sé il rischio dell'esecuzione dell'appalto medesimo. Quando il contratto di appalto sia stipulato in violazione delle disposizioni vigenti, il lavoratore interessato può chiedere, mediante ricorso giudiziale ai sensi dell'art. 414 c.p.c. notificato anche soltanto al soggetto che ne ha utilizzato la prestazione, la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze di quest'ultimo. In tal caso si applica il disposto dell'art. 27, comma 2, D.Lgs. n. 276/2003 in tema di somministrazione irregolare. Inoltre, nei casi di appalto privo dei requisiti suddetti, l'utilizza-

(9) Cass., sent. 23 giugno 1987, n. 5494.

(10) Min. lav., interpello 22 ottobre 2009, n. 77.

(11) Min. lav., circ. 29 settembre 2010, n. 34.

(12) Min. lav., nota n. 16/2009.

Approfondimenti

tore e il somministratore sono puniti con la pena dell'ammenda di euro 50 per ogni lavoratore occupato e per ogni giornata di occupazione. A seguito della depenalizzazione operata dall'art. 1, D.Lgs. n. 8/2016, a partire dal 6 febbraio 2016, data di entrata in vigore del decreto, la sanzione da irrogare non può essere inferiore a 5.000 euro né superiore a 50.000 euro (13). Se vi è sfruttamento dei minori, la pena è quella dell'arresto fino a diciotto mesi e l'ammenda è aumentata fino al sestuplo (art. 18, comma 5-bis, D.Lgs. n. 276/2003).

Il caso della successione di appalti

La legge 7 luglio 2016, n. 122 - Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea - legge europea 2015-2016 - ha introdotto numerose disposizioni emanate a seguito di obblighi derivanti da direttive comunitarie. Per quanto concerne l'argomento di cui si tratta, la norma è contenuta nell'art. 30 che interviene sull'art. 29, comma 3, D.Lgs. n. 276/2003 sostituendolo integralmente. Il vecchio testo recitava: "3. 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". In buona sostanza, veniva esclusa l'applicazione dell'art. 2112 c.c. in tutte le fattispecie in cui il personale veniva acquisito da un altro appaltatore in forza di norme dettate dalla legge, o in applicazione della contrattazione collettiva o di clausole del contratto di appalto. Il nuovo testo è il seguente: "L'acquisizione del personale già impegnato nell'appalto a seguito di subentro di nuovo appaltatore dotato di propria struttura organizzativa e operativa, in forza di legge, di contratto collettivo nazionale o di clausola del contratto di appalto, ove siano presenti elementi di discontinuità che determinano una specifica identità di impresa, non costituisce trasferimento di azienda o di parte di azienda". Si evince chiaramente che il legislatore, al ricorrere di specifiche condizioni, fa salvi gli appalti e li ritiene degni di autonoma regolamentazione giuridica. Le modifiche introdotte, sostanzialmente, riguardano

l'introduzione di due nuovi criteri in presenza dei quali si evita l'applicazione degli effetti traslativi dell'art. 2112 c.c. nella successione di appalto: tali criteri sono costituiti dalla presenza di "autonoma struttura organizzativa e produttiva" e di "elementi di discontinuità che determinano una specifica identità di impresa".

I criteri devono coesistere, ovvero debbono essere presenti entrambi per evitare l'applicazione dell'art. 2112 e, ovviamente devono essere "tradotti", ovvero applicati al caso concreto. È molto probabile che la loro applicazione pratica, a seguito di interpretazioni non univoche, dia luogo alla formazione di un nutrito contenzioso. Ciò che si può sostenere al momento è che, quando non si è in presenza di una vera e propria autonomia imprenditoriale, che permetta al nuovo appaltatore di far fronte con nuove risorse al contratto acquisito e, con riferimento al precedente appaltatore, non sono presenti elementi di effettiva discontinuità (trattasi di caratteristica soggettiva che evidenzia notevoli criticità laddove è significativo il peso della componente "manodopera"), si rischia concretamente di attrarre l'appalto nella sfera di applicazione dell'art. 2112 c.c. che coinvolgerà necessariamente tutti i dipendenti in forza presso l'azienda cessionaria, ivi compresi quelli assunti negli ultimi mesi allo scopo di "gonfiare" gli organici per il timore di dover perdere l'appalto. In funzione di questo ragionamento si reputa che, in caso di cambio di appalto ove il rapporto inizi *ex novo* con il nuovo imprenditore, si configura la possibilità di un diverso trattamento contrattuale ed una possibile diversa tutela in caso di licenziamento, mentre, nella seconda ipotesi (applicazione dell'art. 2112 c.c.), si avrebbe il mantenimento di tutte le prerogative scaturenti dalla prosecuzione del rapporto, senza soluzione di continuità, con il nuovo datore. Ad ogni buon conto, va rilevato che molti contratti collettivi prevedono, in caso di cambio di appalto, disposizioni specifiche. Si cita, ad esempio, quella che prevede l'esonero dal periodo di prova, per i lavoratori neo assunti ed "il mantenimento della tutela *ex art.* 18, legge n. 300/1970", contenuta in alcuni recenti accordi, tra i quali quello della ristorazione autostradale sottoscritto tra la Fipe - Confcommercio e le sigle di settore di Cgil, Cisl

(13) In riferimento all'applicabilità delle sanzioni amministrative previste dal D.Lgs. n. 8/2016, si suggerisce di confron-

tare l'art. 8, D.Lgs. n. 8/2016 con la circ. del Min. lav. n. 6/2016.

e Uil. Il dettato normativo, lungi dal rappresentare un elemento di chiarezza, potrebbe avere effetti anche sulle clausole contrattuali, determinandone una criticità di un certo spessore, laddove, ad esempio, prevedono *sic et simpliciter* un cambio di appalto pur in presenza di situazioni “labour intensive” che difficilmente rispondono ai requisiti previsti dal nuovo art. 29, comma 3. Una breve riflessione si ritiene necessaria sui due requisiti richiesti, in contemporanea, dal legislatore, alla luce di alcuni appalti in settori non secondari. Ci si riferisce, ad esempio, alla macellazione, ove si fa, ad avviso di chi scrive, fatica a parlare di discontinuità o di autonoma struttura organizzativa e produttiva, atteso che i lavoratori (e, sovente, anche i “capi” che organizzano) continuano a prestare la propria attività negli stessi locali e strutture e, probabilmente, l’unica cosa che cambia è la proprietà dei coltelli necessari per il disosso e le altre attività complementari. Un discorso pressoché analogo si può fare per il cambio del gestore nelle mense aziendali ove, nella sostanza, chi subentra potrebbe agire soltanto sulla “qualità” del cibo fornito (peraltro, in sede di contenzioso, tutto da dimostrare), atteso che, sovente, il vettovagliamento è di proprietà della stessa struttura aziendale ospitante. Indubbiamente, in caso di contenzioso, la disamina del giudice riguarderà i due criteri interpretativi introdotti dal legislatore e l’analisi dovrà essere effettuata sia alla luce dell’art. 2112 c.c. che del nuovo comma 3, art. 29.

Proprio a seguito delle criticità generate dal nuovo testo del già citato comma 3, art. 30, D.Lgs. n. 276/2003, si reputa necessario valutare con attenzione talune ricadute sul rapporto di lavoro sia per il datore di lavoro che per i dipendenti in caso si verifichi un cambio di appalto o una cessione di azienda: ci si riferisce, soprattutto con riferimento all’imprenditore “cedente”, ad una serie di problematiche che afferiscono direttamente alle modalità di cessazione dei rapporti. L’art. 4-bis, legge n. 31/2008 esclude dall’applicazione della procedura di riduzione collettiva ex art. 24, legge n. 223/1991 i lavoratori che passano alle dipendenze del nuovo appaltatore ma per i quali opera il mantenimento delle condizioni economiche e normative scaturenti dai Contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale. Per quel che riguarda, invece, i licen-

ziamenti individuali occorre ricordare che per effetto del comma 7, art. 7, legge n. 604/1966, riformato, da ultimo, dalla legge n. 99/2013 (che si applica ai lavoratori assunti fino al 6 marzo 2015), il legislatore, richiamando il comma 2, art. 34, legge n. 92/2012, esclude dal tentativo obbligatorio di conciliazione quei lavoratori (fino ad un massimo di quattro unità) dipendenti da imprese dimensionate oltre le quindici unità, licenziati in conseguenza della cessazione dell’appalto che vengano riassunti dal nuovo appaltatore in esecuzione di una clausola sociale contenuta in un contratto collettivo che presenti le caratteristiche sopra evidenziate. Per i lavoratori assunti a partire dal 7 marzo 2015, per i quali vige, in caso di licenziamento il D.Lgs. n. 23/2015 (articoli 2 e 3) sulle c.d. “tutele crescenti”, si applica a livello conciliativo, peraltro facoltativo, l’art. 6 che postula, ad accettazione del Provvedimento, una somma esente da Irpef già indicata dal legislatore delegato sulla base dell’anzianità aziendale e che, per quel che riguarda i lavoratori impiegati nell’appalto, tiene conto di tutto il periodo maturato su quel posto di lavoro, pur essendo stati dipendenti, in passato, da altri imprenditori. Va, inoltre, ricordato che, per effetto della previsione contenuta nell’art. 2, c. 34, lett. a), legge n. 92/2012 prorogata sino al 31 dicembre 2016 dalla legge n. 21/2016 (c.d. milleproroghe) ora diventata strutturale grazie alla legge di bilancio 2017, non è dovuto il contributo NASpI per i 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. In considerazione di quanto sin qui esposto par vero però che l’imprenditore che applica un Ccnl ove non vi sia prevista alcuna “clausola sociale”, ove non c’è una norma di legge che lo imponga (al momento, sussiste per i lavoratori dei call center per effetto dell’art. 1, comma 10, legge n. 11/2016) e non sussista un bando che lo preveda, è palese che, stando al tenore letterale della norma, non potrà che trovare applicazione l’art. 2112 c.c. La questione maggiore, però, si pone per il datore di lavoro cedente che viene a trovarsi in organico lavoratori impegnati su quell’ap-

Approfondimenti

palto che il nuovo appaltatore non intende assumere perché, ad esempio, il proprio Ccnl non prevede la clausola sociale: è pur vero che, oggi, l'art. 2112 c.c. tutela il lavoratore impiegato sull'appalto ma è anche vero che ciò avverrà, probabilmente, alla fine di un contenzioso. Il datore di lavoro, quindi, non potrà che procedere alla risoluzione del rapporto per giustificato motivo oggettivo seguendo, a seconda dei casi, l'*iter* previsto dall'art. 18, legge n. 300/1970, dall'art. 3, D.Lgs. n. 23/2015 o dall'art. 2, legge n. 108/1990 o, qualora i recessi siano almeno cinque e l'organico sia dimensionato oltre i quindici dipendenti, aprendo una procedura di riduzione di personale *ex lege* n. 223/1991.

Clausole speciali nel contratto di appalto

In considerazione del complessivo impianto normativo dell'istituto dell'appalto ed in particolare di quanto in questa sede è stato esaminato, si reputa interessante capire quanto campo resta, da gestire liberamente nell'ambito di accordi collettivi di gestione dei passaggi di appalto, al datore di lavoro e alle parti sociali, anche alla luce di tutte le novità introdotte dal Jobs Act. Si deve tenere conto infatti che non sempre cedente e subentrante applicano il medesimo Ccnl. Se nel caso di applicazione dell'art. 2112 c.c., possiamo ormai avere un'idea consolidata sugli effetti applicativi, con un passaggio di appalto alla stregua dell'applicazione di una clausola di assorbimento le cose si complicano. Immaginatoci aspetti remunerativi come il valore degli scatti di anzianità da maturare, oppure i permessi, i Rol o le *ex festività*. Si pensi anche alla gestione dei contratti di apprendistato, là dove il diverso contratto collettivo preveda tempistiche inferiori per la conclusione della formazione dell'apprendista. Nelle casistiche appena accarezzate, e che sono solo alcune di quelle che si possono concretizzare, sorge l'inderogabile necessità di operare all'ombra di buone relazioni sindacali. Perché solo con un accordo aziendale di armonizzazione si può costruire il viatico per la corretta gestione del personale. Proprio nel caso degli apprendisti, pare plausibile prevedere una clausola che preveda per questi soli lavoratori e fino alla conclusione della loro formazione, l'applicazione del precedente Ccnl.

Altra clausola di interesse prettamente sindacale già anticipata nei paragrafi precedenti, è quella che prevede la permanenza della tutela *ex art.* 18, legge n. 300/1970. Su questo tipo di clausola però permangono diversi aspetti di legittimità. Primo fra tutti, se una clausola che rientra nell'ordinamento civile può prevedere una sanzione coattiva, come quella della reintegra. Anche se così fosse, c'è da chiedersi se poi un contratto collettivo possa effettivamente derogare una norma vigente. La prima risposta potrebbe essere sì, a patto che la previsione del contratto collettivo sia più favorevole per il lavoratore, ma siamo certi che lo sia? Doverosamente si deve notare che la previsione aritmetica del regime sanzionatorio del D.Lgs. n. 23/2015 spinge a quantificazioni che potrebbero essere ben superiori rispetto a quanto previsto dall'art. 18 pre Jobs Act, come nel caso della reintegra depotenziata che prevede la reintegra con un massimo di 12 mensilità, mentre le tutele crescenti possono prevedere anche sanzioni pari a 24 mensilità. Questa differenza in *peius*, potrebbe portare un giudice a disapplicare il Contratto collettivo, in favore del regime vigente delle tutele crescenti. Altra ipotesi derogatoria alla nuova tutela contenuta nel D.Lgs. n. 23/2015 è quella di prevedere un'anzianità prestabilita di tutti i lavoratori che sono oggetto del subentro. Un esempio potrebbe essere "All'atto del subentro ovvero del passaggio di lavoro di tutti i lavoratori, agli stessi sarà riconosciuta un'anzianità convenzionale (eventuale: a norma dell'art. ... del Ccnl ...) decorrente dalla data del ..., valevole esclusivamente per l'applicazione di quanto previsto dal D.Lgs. n. 23/2015, con particolare riferimento all'art. 3, comma 1". Altra ipotesi di applicazione di una tutela rafforzata rispetto alle nuove tutele del Jobs Act potrebbe essere: "Le parti concordano che indipendentemente dall'anzianità lavorativa, ai rapporti di lavoro oggetti del passaggio di appalto del ... si applica l'indennizzo minimo in caso di licenziamento illegittimo ai sensi dell'art. 3, comma 1, D. Lgs. n. 23/2015 sia pari a 12 mensilità in luogo delle 4 previste dal medesimo articolo". Un'altra clausola può essere utilizzata quando tra il capitolato dell'appalto del cedente e del cessionario ci sia una sostanziale differenza in termini di impegno sul servizio. In questi casi normalmente i Ccnl prevedono forme di deroghe al riassorbimento dei lavoratori. Però vale la pena ri-

flettere se cogliere l'opportunità di un confronto costruttivo con il sindacato, che punti al mantenimento occupazionale. In questi casi potrebbe risultare opportuno proporre una riduzione dell'orario di lavoro dei lavoratori oggetto dell'assorbimento, applicando meccanismi molto forti di flessibilità. In tal senso in questi casi potrebbe essere percorribile la regolamentazione di un contratto di lavoro a tempo parziale molto flessibile che possiamo chiamare part-time ad impulso. In concreto questa tipologia di rapporto di lavoro si configura tenendo conto di un orario minimo considerato in un determinato arco di tempo (es. in base ad un monte minimo annuo di ore di lavoro). In sostanza si prevede che con ogni lavoratore possa essere stipulato un contratto part-time proporzionato alle ore lavorabili nell'anno. Con ogni lavoratore la parte datrice si impegna quindi a garantire il monte ore annuo

minimo lavorativo distribuendolo in base a una turnazione prestabilita, in via generale su base bimestralmente, con variazioni specifiche comunicabili quindicinalmente e settimanalmente. Nel caso di richiesta di svolgere un orario superiore a quello concordato, si potrebbe prevedere che una parte dell'orario svolto in più finisca in una banca ore (es. 10%). Questa banca ore in via primaria implementerebbe l'orario di lavoro minimo garantito dell'anno successivo, ma nel caso in cui nell'anno successivo o entro un determinato tempo questa quota oraria poi non venisse lavorata, si potrebbe prevedere che le ore di lavoro residue vengano retribuite al lavoratore. Come anticipato nei paragrafi precedenti resta comunque da capire come la giurisprudenza posizionerà queste clausole rispetto alle modifiche introdotte al comma 3, art. 29, D.Lgs. n. 276/2003.