

UNIVERSITÀ COMMERCIALE “LUIGI BOCCONI”

TESI DI

DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO DELL'IMPRESA
(XX CICLO)

APPALTO E RAPPORTO DI LAVORO

Relatore
Chiar.mo Prof.
Maurizio Del Conte

Dottorando
Ilario Alvino
p1003508

*A mio padre,
con immenso amore
ed infinita gratitudine*

INDICE

PREMESSA

Strumenti della integrazione fra imprese e riflessi sul concetto di organizzazione

1. Nuove forme di organizzazione dell'attività produttiva e riflessi sul diritto del lavoro 1
2. Il tradizionale interesse dell'interprete e del legislatore per gli strumenti di utilizzazione indiretta del lavoro 4
3. L'impostazione del problema nel sistema della legge 23 ottobre 1960, n. 1369 7
4. L'abrogazione del divieto di interposizione e l'introduzione di una definizione di appalto a misura del diritto del lavoro: premesse metodologiche 13

CAPITOLO PRIMO

La delimitazione della fattispecie

1. Una storia comune: l'emancipazione del contratto di lavoro e del contratto di appalto dallo schema della locazione 17
2. Il contratto di appalto nell'art. 1655 cod. civ. 19
3. L'introduzione di una definizione di appalto "a misura del diritto del lavoro" 21
4. L'organizzazione in forma di impresa nel diritto commerciale 25
5. La nozione di azienda e di ramo di azienda "a misura del diritto del lavoro" 29
 - 5.1.L'azienda nella giurisprudenza della Corte di Giustizia della Comunità Europea 31
 - 5.2.L'azienda nella dottrina e nella giurisprudenza italiane 33
6. L'organizzazione di mezzi dell'appaltatore nel sistema della l. 1369/60.37
7. L'organizzazione in forma di impresa nell'art. 29 d. lgs. 276/03 43
8. La nozione di impresa rilevante per il diritto del lavoro e l'interesse alla tutela dell'occupazione 45
9. Il confine fra appalto lecito e somministrazione irregolare nei servizi *labour intensive* 48
10. La rilevanza determinante del rischio d'impresa 58
11. Le differenze fra appalto e figure contermini 60

11.1. ... (segue) il distacco	60
11.2. ... (segue) la subfornitura	62
11.3. La funzione e l'utilità della certificazione	63
12. L'appalto nel quadro normativo riformato: prime conclusioni e premesse al prosieguo dell'indagine	66

CAPITOLO SECONDO

Limiti all'appalto e ruolo del sindacato nel decentramento

1. Premessa	69
2. Libertà dell'iniziativa economica privata e limiti al decentramento: il problema della legittimità costituzionale dei divieti di appalto	73
3. La selezione degli appaltatori nella disciplina sull'affidamento degli appalti pubblici	79
4. Le cd. "clausole sociali" nella legge	81
5. Il sindacato di fronte alla frammentazione del processo produttivo: ripercussioni sulla rappresentanza e strumenti di reazione	88
6. Informazione e consultazione dei lavoratori nel d. lgs. 6 febbraio 2007, n. 25	90
7. Gli strumenti contrattuali di governo del decentramento	93
7.1. I divieti contrattuali di esternalizzazione	93
7.2. Le clausole di procedimentalizzazione	98
7.3. Le "clausole sociali" nella contrattazione collettiva	102
7.4. Gli obblighi di assunzione nella contrattazione collettiva	107
7.5. Altre tipologie di clausole contrattuali	109
8. Il decentramento nei servizi pubblici essenziali	110
9. Conclusioni	111

CAPITOLO TERZO

Appalto e concorrenza fra ordinamento interno e ordinamento comunitario

1. Premessa	113
2. Il potenziale contrasto fra diritto della concorrenza riconosciuto dal Trattato CE e diritto del lavoro degli stati membri	114
3. Il rapporto fra concorrenza e politiche sociali nella giurisprudenza della Corte di Giustizia	116
4. Il rapporto fra obblighi legali di assunzione e tutela della concorrenza nel mercato comunitario. Il caso dei servizi aeroportuali	118

5. Successione nell'appalto e trasferimento di azienda alla luce del contrasto fra normativa comunitaria e art. 29, terzo comma, d. lgs. 276/03	123
6. L'appalto transnazionale e la concorrenza fra ordinamenti giuridici ...	130
7. La direttiva Bolkestein e il fallimento del tentativo di introdurre il principio del paese di origine	137
8. Conclusioni	138

CAPITOLO QUARTO

Le tecniche di tutela individuale del lavoratore

1. Premessa	141
2. Il quadro normativo di riferimento e l'eliminazione del principio di parità di trattamento negli appalti interni	143
3. Natura giuridica dell'azione diretta ex art. 1676 cod. civ.	146
4. L'ambito di applicazione dall'art. 1676 cod. civ.	150
5. L'obbligazione solidale del committente ex art. 29 d. lgs. 276/03	151
6. La sfera di applicazione della responsabilità solidale	152
6 <i>bis</i> . Il termine decadenziale di due anni opera anche per l'ente previdenziale?	153
7. Il rapporto fra art. 29 d. lgs. 276/03 e art. 1676 cod. civ.	156
8. Le tutele nel subappalto	157
9. Il ruolo del committente nella tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori dipendenti dell'appaltatore	161
10. L'applicabilità dell'art. 29 d. lgs. 276/03 alle pubbliche amministrazioni.....	166

CAPITOLO QUINTO

La dissociazione fra datore di lavoro formale e datore di lavoro sostanziale nel nuovo quadro normativo

1. Fungibilità degli strumenti di impiego del lavoro altrui e l'incidenza della normativa legale e contrattuale sulla scelta dell'impresa di intraprendere la strada del decentramento	169
2. Le sanzioni per l'appalto illecito	171
2.1. Le sanzioni penali e il problema del rapporto con il reato di intermediazione nelle prestazioni di lavoro previsto dalla l. 1369/60: la diversità dei beni giuridici protetti	175
2.2. La costituzione del rapporto di lavoro subordinato alle dipendenze dell'utilizzatore	183
2.3. È configurabile un implicito divieto di interposizione?	186

3. Dissociazione fra datore di lavoro formale e datore di lavoro sostanziale e tutela dell'occupazione	189
BIBLIOGRAFIA	193

PREMESSA

Strumenti della integrazione fra imprese e riflessi sul concetto di organizzazione

SOMMARIO: 1. Nuove forme di organizzazione dell'attività produttiva e riflessi sul diritto del lavoro – 2. Il tradizionale interesse dell'interprete e del legislatore per gli strumenti di utilizzazione indiretta del lavoro – 3. L'impostazione del problema nel sistema della legge 23 ottobre 1960, n. 1369 – 4. L'abrogazione del divieto di interposizione e l'introduzione di una definizione di appalto a misura del diritto del lavoro: premesse metodologiche

1. Nuove forme di organizzazione dell'attività produttiva e riflessi sul diritto del lavoro

Ormai da tempo, il diritto del lavoro viene chiamato a confrontarsi con le profonde modificazioni ⁽¹⁾ che il sistema produttivo, italiano e mondiale, con sempre maggiore velocità, continua a subire ⁽²⁾. Modificazioni che riguardano sia la natura delle attività produttive nelle quali vengono investiti i capitali, sia le logiche cui vengono ispirati i sistemi di produzione, anche nell'ambito di settori produttivi tradizionali.

Infatti, mentre, sotto il primo profilo, cresce l'importanza economica del settore dei servizi ⁽³⁾, sotto il secondo profilo, emerge in maniera evidente come il modello dell'impresa tradizionale, che svolge tutte le fasi del processo produttivo avvalendosi di lavoratori assunti e retribuiti dall'imprenditore, non risulti più il modello prevalente.

Quest'ultimo costituisce, anzi, un carattere recessivo del sistema economico, caratterizzato, con sempre maggiore frequenza, da una forte tendenza alla specializzazione dell'attività tale da portare le imprese ad assumere una competenza assolutamente delimitata e settoriale ⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ Come osserva R. Del Punta (*Mercato o gerarchia? Il disagio del diritto del lavoro nell'era delle esternalizzazioni*, in *Dir. Merc. Lav.*, 1/2000, p. 51), tali modificazioni hanno ormai assunto le caratteristiche di un fenomeno strutturale.

⁽²⁾ Recentemente R. De Luca Tamajo, *Diritto del lavoro e decentramento produttivo in una prospettiva comparata: scenari e strumenti*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2007, 1, pp. 3 ss., ha osservato come il modello organizzativo dell'impresa fordista sia entrato in crisi nel corso del XX secolo non solo in Italia, ma nella maggior parte dei paesi stranieri toccati dal cd. fenomeno della globalizzazione.

⁽³⁾ Il riferimento nel testo è a quei servizi la cui realizzazione avviene tramite l'impiego di un gruppo organizzato di lavoratori in possesso di determinate conoscenze senza necessità di utilizzare mezzi materiali rilevanti. Tra queste attività ha suscitato un particolare interesse quella consistente nella fornitura dei servizi informatici. Con riferimento a questa la giurisprudenza ha riconosciuto rilevanza in materia lavoristica al concetto di *know how*: Cass., SS. UU., 19 ottobre 1990, n. 10183, in *Foro It.*, 1992, I, c. 524, con nota di F. Scarpelli. Sul tema: O. Mazzotta (a cura di), *Nuove tecnologie e rapporti fra imprese. Profili giuslavoristici degli appalti di opere e servizi informatici*, Giuffrè, Milano, 1990.

⁽⁴⁾ Sul tema dei riflessi che le nuove logiche di integrazione contrattuale fra imprese producono sul rapporto di lavoro si veda L. Corazza, *“Contractual integration” e rapporti di lavoro. Uno studio sulle tecniche di tutela del lavoratore*, Padova, 2004.

All'esigenza di specializzazione dell'attività produttiva ⁽⁵⁾, si affianca, e viaggia di pari passo, la diffusione sempre maggiore di forme di cooperazione fra imprese che assumono caratteristiche differenti ⁽⁶⁾. In particolare, l'esigenza della "cooperazione" nasce dal sempre crescente livello di competizione che caratterizza i mercati anche a livello mondiale e che assume caratteri tali per cui un'azienda non è, spesso, più in grado di affrontare "da sola" il mercato, ma ha la necessità di ricorrere a strumenti contrattuali che consentano di attuare una sinergia ⁽⁷⁾ con altre imprese, che svolgono attività identiche o complementari, al fine di mettere insieme le "forze" e dunque offrire un prodotto più complesso altrimenti non realizzabile.

Questo penetrante processo di cambiamento ha suscitato l'immediato imbarazzo del diritto del lavoro le cui categorie sono state elaborate all'interno di un contesto produttivo ispirato a logiche profondamente diverse ⁽⁸⁾. Mentre la relazione di lavoro, pur avendo fonte contrattuale, si svolge secondo i binari di un rapporto gerarchico, le nuove forme di coordinamento tra i fattori produttivi, proprio perché di natura

⁽⁵⁾ Per un esame delle motivazioni che possono spingere l'impresa ad intraprendere la strada del decentramento produttivo, condotto anche alla luce dei principi elaborati dall'analisi economica del diritto, si vedano: P. Ichino, *Il diritto del lavoro e i confini dell'impresa*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, n. 82-83, 1999, 2-3, pp. 212 ss.; R. Del Punta, *Mercato o gerarchia?*, cit., pp. 49 ss.; R. De Luca Tamajo, *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo di azienda e rapporti di fornitura*, in *I processi di esternalizzazione*, a cura di R. De Luca Tamajo, ESI, Napoli, 2002, pp. 18-20; L. Corazza, *L'outsourcing negli Stati Uniti d'America. Spunti di comparazione alla luce dell'analisi economica del diritto*, in *I processi di esternalizzazione*, a cura di R. De Luca Tamajo, ESI, Napoli, 2002, pp. 183 ss.; Id., *"Contractual integration" e rapporti di lavoro*, cit., pp. 65 ss. In particolare R. De Luca Tamajo, *Diritto del lavoro e decentramento produttivo in una prospettiva comparata: scenari e strumenti*, cit., pp. 7 s., osserva che le motivazioni che spingono al decentramento possono ricondursi a quattro gruppi: strategie imprenditoriali di riorganizzazione flessibile della produzione; produzione di un bene finale avente un maggiore valore aggiunto; motivazioni di carattere finanziario; ragioni sociali.

⁽⁶⁾ Cfr. P. Ichino, *op. ult. cit.*, p. 211, il quale sottolinea che le nuove tecniche di organizzazione consentono di fare ricorso a una gamma assai più numerosa e variegata di forme di coordinamento, in larga parte non suscettibili di essere ricondotte all'alternativa tradizionale tra rapporto proprietario o gerarchico e transazione nel mercato. M. Marinelli, *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 2, ha peraltro messo in evidenza che il decentramento produttivo non costituisce una novità nel sistema industriale italiano, nel quale la concentrazione della forza lavoro nei grandi stabilimenti non ha comportato la scomparsa dei piccoli produttori semi-indipendenti.

⁽⁷⁾ Diversi sono gli strumenti contrattuali cui, nella pratica, le imprese fanno ricorso per realizzare quella collaborazione di cui necessitano per lo svolgimento dell'attività produttiva. Senza volontà di completezza, e limitandosi a richiamare quelli tipizzati dal legislatore, si ricordano: subfornitura (L. 192/98), franchising (L. 231/02), engineering.

⁽⁸⁾ R. Del Punta, *Appalto di manodopera e subordinazione*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1995, p. 625; Id., *Mercato o gerarchia?*, cit., p. 49; P. Ichino, *Il lavoro interinale e gli altri varchi nel "muro" del divieto di interposizione*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1997, p. 503. Le difficoltà con cui il diritto del lavoro affronta le profonde modificazioni del sistema produttivo sono all'origine del dibattito innestatosi fra coloro che propugnano la fine del diritto del lavoro (V. J. Rifkin, *La fine del lavoro. Il declino della forza lavoro globale e l'avvento dell'era del post-mercato*, Milano, 1995) e coloro che sostengono la necessità di un suo allargamento (V. S. Simitis, *Il diritto del lavoro ha ancora un futuro?*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1997, n. 4, pp. 609 ss.; M. Pedrazzoli, *Diritto del lavoro è bello*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1997, n. 4, pp. 659 ss.; Id., *Lavoro sans phrase e ordinamento dei lavori. Ipotesi sul lavoro autonomo*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1998, I, pp. 49 ss.).

commerciale, sono impostate, spesso solo formalmente, in termini di parità fra i soggetti⁽⁹⁾.

In altre parole, si può descrivere il fenomeno evidenziando come al modello tradizionale di impresa “unitaria” che gestisce l’intero ciclo produttivo, si sostituisce un “sistema” di relazioni contrattuali, e dunque di imprese che sono parti di tali relazioni⁽¹⁰⁾.

Questa *segmentazione del processo produttivo* ⁽¹¹⁾ fa sì che della prestazione lavorativa del dipendente tragga vantaggio non solo il datore di lavoro formale, ma altresì le altre imprese coinvolte nel sistema di relazioni in cui si compendia il ciclo produttivo. A ciò si aggiunge il fatto che l’esercizio del potere di conformazione della prestazione esercitato dal datore di lavoro possa essere influenzato, nelle sue modalità e nei suoi contenuti, dall’esistenza di quel sistema di relazioni e, dunque, dal fatto che il singolo lavoratore sia inserito in un’organizzazione che trascende i confini dell’impresa di cui è titolare l’imprenditore da cui dipende ed abbraccia quel sistema di relazioni contrattuali cui sin qui si è fatto riferimento.

Al riguardo, è stato osservato come sia proprio il collegamento negoziale fra i contratti attraverso i quali si realizza la cooperazione a dare forma all’organizzazione che determina un certo risultato economico e che, a sua volta, incide sul rapporto di lavoro⁽¹²⁾.

È evidente come queste vicende di riorganizzazione dell’attività produttiva dell’impresa mettano a dura prova le tradizionali categorie del diritto del lavoro e i normali metodi di approccio scientifico, oltre che normativo, ancora in gran parte tarati sulle logiche di organizzazione della produzione consolidate nel corso del xx secolo⁽¹³⁾.

L’assetto organizzativo di impresa, che può dirsi tradizionale, si incentra, infatti, sulla contrapposizione fra la figura di un datore di lavoro che potremmo definire “unitaria”, in quanto racchiusa, sul piano giuridico, nello schema societario e, sul piano

⁽⁹⁾ R. Romei, *Cessione di ramo di azienda e appalto*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, n. 82-83, 1999, 2-3, p. 327.

⁽¹⁰⁾ A questo tema è dedicata la già citata monografia di L. Corazza, *“Contractual integration” e rapporti di lavoro*, cit.

⁽¹¹⁾ Ha parlato di “segmentazione del processo produttivo” P. Ichino, cit., p. 204, riferendolo al fenomeno del decentramento produttivo come scelta di un’impresa di acquisire dal mercato prodotti o servizi che prima svolgeva o avrebbe potuto svolgere sin dall’inizio autonomamente. Nel testo il termine è invece indicato nel senso più ampio indicato da L. Corazza, *“Contractual integration” e rapporti di lavoro*, cit., p. 3, quale sinonimo di scomposizione del ciclo produttivo fra più imprese.

⁽¹²⁾ L. Corazza, *Contractual integration e rapporti di lavoro*, cit., p. 251, la quale ha anche affermato che “il coordinamento da parte dell’imprenditore è affidato, più che al potere di eterodirezione, al contratto che lega i due soggetti imprenditoriali. Difficilmente si potrà identificare il nucleo centrale e caratterizzante dell’impresa nella sua organizzazione, intesa quale luogo - e momento - in cui l’imprenditore può esercitare il coordinamento di tutti i fattori produttivi dirigendoli verso il risultato previsto dall’attività economica” (L. Corazza, *Contractual integration, impresa e azienda*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2-3, p. 393).

⁽¹³⁾ Sul punto si veda R. De Luca Tamajo, *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo di azienda e rapporti di fornitura*, cit., pp. 13 ss., ed ivi riferimenti bibliografici.

fisico, entro i confini dello stabilimento ⁽¹⁴⁾, e quella di un lavoratore che presta la sua attività “*alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore*” (art. 2094 cod. civ.).

La sensibilità verso i nuovi fenomeni di cooperazione fra imprese formalmente autonome è accresciuta altresì dalle modalità con le quali normalmente queste relazioni si sviluppano.

Molto spesso esse vengono poste in essere, in primo luogo, fra imprese che non si trovano in una posizione di parità, ma di dipendenza economica ⁽¹⁵⁾. Dipendenza economica di un'impresa nei confronti dell'altra tale per cui la prima destina tutta la propria attività nell'esecuzione dei contratti stipulati con la controparte con la conseguenza che la stessa sopravvivenza dell'impresa è subordinata al mantenimento del rapporto contrattuale. Né il legislatore ha negato validità ai contratti stipulati in condizioni di dipendenza economica, avendo soltanto vietato, con riferimento ai rapporti subfornitura, l'abuso di tale condizione di dipendenza economica ⁽¹⁶⁾.

In secondo luogo, questo forte legame che viene ad instaurarsi fra i produttori comporta che le prestazioni rese dal dipendente di una delle imprese coinvolte debbano essere coordinate con l'organizzazione e l'attività delle altre imprese. Fino ad arrivare alle frequenti ipotesi in cui, negli stessi locali, operano, a stretto gomito, lavoratori dipendenti da datori diversi, facendo sì che lo stabilimento divenga una sorta di contenitore di imprese diverse ⁽¹⁷⁾, introducendo così un nuovo modo di concepire il rapporto fra datore e lavoratore ⁽¹⁸⁾.

2. *Il tradizionale interesse dell'interprete e del legislatore per gli strumenti di utilizzazione indiretta del lavoro*

⁽¹⁴⁾ Così R. Romei, *Cessione di ramo di azienda e appalto*, cit., p. 327.

⁽¹⁵⁾ Il dilagare delle nuove forme di cooperazione fra imprese, che vengono ormai tradizionalmente raccolte sotto la formula di *impresa-rete*, hanno suscitato l'attenzione anche degli studiosi del diritto civile presso i quali è stata anzi proposta l'introduzione della categoria del *contratto con asimmetria del potere contrattuale* ad indicare l'importanza che nelle nuove forme contrattuali, in modo analogo a quanto oggi previsto per i contratti con i consumatori, assume la tutela di imprenditori che rivestano una posizione di debolezza nei rapporti con altri. Sul tema: C. Camardi, *Contratti di consumo e contratti tra imprese. Riflessioni sull'asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti <reticolari>*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2005, pp. 549 ss.

⁽¹⁶⁾ Si tratta dell'art. 11 della legge 18 giugno 1998, n. 192. Tra i numerosi scritti che affrontano l'esame di tale disciplina, senza volontà di completezza, si ricordano: G. Alpa e A. Clarizia (a cura di), *La subfornitura*, Milano, 1999; V. Cuffaro (a cura di), *La subfornitura nelle attività produttive*, Napoli 1998; G. De Nova, A. Chiesa, F. Delfini, D. Maffei e A. Salvadé, *La subfornitura*, Milano, 1998; C. Berti, *Subcontratto, subfornitura e decentramento produttivo fra imprese*, Milano, 2000; N. Lipari (a cura di), *Disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2000, pp. 364 ss.

⁽¹⁷⁾ Sul punto si veda R. De Luca Tamajo, *I processi di terziarizzazione intra moenia ovvero la fabbrica multisocietaria*, in *Dir. Merc. Lav.*, 1, 1999, pp. 49 ss., cui si deve la felice formula “esternalizzazione intra moenia”.

⁽¹⁸⁾ Come rilevato da S. Leopardi, *Esternalizzazioni e diritto del lavoro*, in *Lav. Giur.*, n. 6, 2001, pp. 527 ss., relativamente alle conseguenze che l'esternalizzazione produce sui rapporti fra datore di lavoro e rappresentanti dei lavoratori, “il potere imprenditoriale tende, in questo modo, a fuggire i luoghi tradizionali di interlocuzione collettiva e di confronto coi sindacati: verso l'alto, con lo schermo della personalità giuridica, nella trasnazionalizzazione dell'impresa di gruppo; verso il basso, nel decentramento produttivo - decisionale della nuova organizzazione del lavoro e nella ricerca di un rapporto diretto coi singoli lavoratori”.

La sfida della competizione globale e la forte tendenza alla specializzazione dell'attività produttiva va di pari passo alla ricerca della cd. "flessibilità" nella gestione dei rapporti di lavoro da tempo ritenuta un approdo necessario per consentire alle imprese italiane di affrontare efficacemente questa nuova realtà.

Si è dunque evidenziata la necessità di una modernizzazione del diritto del lavoro⁽¹⁹⁾ che permettesse di conseguire tali obiettivi. Il diritto del lavoro, con un effetto che è tipico di tutte le regole giuridiche, ha infatti un'intuibile capacità di incidere sulle scelte di organizzazione delle imprese. L'alternativa fra la produzione diretta di determinati beni o servizi e quella del loro acquisto sul mercato è senza dubbio in qualche modo influenzata dal "costo del lavoro" che l'impresa dovrebbe sopportare per assumere e *mantenere* lavoratori destinati alla produzione diretta.

In senso più ampio si può dire che il sistema delle tutele che assistono il lavoro subordinato, unitamente all'estensione del ventaglio delle alternative a questo contratto, finalizzate a consentire all'impresa di acquisire la *forza lavoro* di cui necessita per lo svolgimento della propria attività, costituiscono dei necessari punti di riferimento nella formazione delle decisioni afferenti la costruzione dell'organizzazione lavorativa che possa essere ritenuta più adatta ai propri obiettivi produttivi dalla singola impresa⁽²⁰⁾.

In Italia in particolare, il sistema delle tutele poste a vantaggio del lavoratore subordinato è stato percepito negli ultimi anni come a tal punto rigido da creare grossi ostacoli tanto all'aumento dell'occupazione quanto alla capacità delle imprese di rispondere alle nuove esigenze del mercato globale attraverso una maggiore flessibilità della propria struttura organizzativa.

Eccessiva rigidità cui peraltro faceva da contr'altare un sistema di tutele blando per quelle forme di acquisizione della attività lavorativa alternative al lavoro subordinato, il ricorso alle quali è spesso motivato dall'esigenza di rifuggire le strettoie, i limiti e i costi dell'impiego di lavoratori subordinati⁽²¹⁾.

⁽¹⁹⁾ Per un'esame delle tecniche normative adottate nelle recenti riforme attuate in campo lavoristico (in particolare con il d. lgs. 368/01, 66/03 e 276/03) al fine di attuare quella *modernizzazione* del diritto del lavoro auspicata nel *Libro Bianco*, si veda A. Maresca, *Modernizzazione del diritto del lavoro, tecniche normative e apporti dell'autonomia collettiva*, in *Diritto del lavoro. I nuovi problemi*, Tomo I, Cedam, 2005, pp. 469 ss., il quale sottolinea come il legislatore, anziché intraprendere la strada dell'auspicato utilizzo delle *soft laws*, abbia di fatto continuato ad impiegare precetti eccessivamente rigidi, peraltro complicando l'interpretazione delle norme attraverso un'elevatissima moltiplicazione delle fonti chiamate a regolamentare le varie materie.

⁽²⁰⁾ Fondamentale al riguardo è lo studio di R. Coase, *La natura dell'impresa*, ora in *Impresa, mercato e diritto*, Bologna, 1995, pagg. 73 ss., il quale ha dimostrato come la scelta fra il *make* e il *buy* sia la conseguenza di un confronto fra "costi di transazione" e "costi di organizzazione". Molti sono gli studiosi che hanno poi tentato di applicare quei principi allo studio giuridico delle relazioni di lavoro: tra tutti si ricorda L. Corazza, *Contractual integration e rapporti di lavoro*, cit.

⁽²¹⁾ In particolare, A. Maresca, *La nuova disciplina delle collaborazioni coordinate e continuative: profili generali*, in *Gli Speciali di Guida al Lavoro*, gennaio 2004, p. 6, ha sottolineato che l'intervento del legislatore in materia di contratto di lavoro a progetto sia stato motivato proprio dalla finalità di contrastare l'uso fraudolento delle collaborazioni coordinate e continuative.

Le scelte dell'impresa circa la struttura su cui impostare la propria organizzazione produttiva è dunque necessariamente e fortemente influenzata, da un lato, dai costi implicati dal sistema di tutele poste a presidio della posizione del lavoratore subordinato, dall'altro, dall'ampiezza e della possibilità del ricorso a forme alternative di acquisizione degli *inputs* necessari alla realizzazione dell'*output* della propria attività.

La prima opzione che l'impresa è chiamata a compiere è dunque data dalla scelta fra il *make* e il *buy*: ossia fra la gestione diretta di determinate fasi della produzione e l'acquisto del prodotto finale di quell'attività sul mercato.

Laddove la preferenza ricada sulla realizzazione diretta l'impresa dovrà poi valutare le forme della struttura destinata a quella attività avendo la possibilità, nei limiti consentiti dall'ordinamento, di avvalersi di strumenti alternativi al rapporto di lavoro subordinato come le collaborazioni coordinate e continuative a progetto o la somministrazione di lavoro, solo per citare le più importanti.

La scelta di ricorrere all'uno o all'altro modello produttivo non è però sempre il risultato di una valutazione che tenga conto della maggiore o minore adeguatezza dello strumento al perseguimento dei risultati produttivi che vengono posti come obiettivi finali. Dati questi obiettivi, viceversa, la preferenza ricade sull'uno o sull'altro in relazione alla convenienza economica dello stesso. E tra le voci di costo che vengono contemplate all'interno di questo calcolo rientrano senza alcun dubbio quelle connesse al rapporto di lavoro subordinato o al ricorso a strumenti alternativi ad esso.

La formula *decentramento produttivo* rappresenta, in questa prospettiva, la fenomenologia delle operazioni attraverso le quali l'impresa acquista determinati *input* di cui necessita per lo svolgimento della propria attività da imprese terze anziché produrli direttamente tramite un'organizzazione a tal fine specificamente predisposta.

L'attenzione del legislatore nei confronti di queste operazioni è stata sempre forte per l'elevata pericolosità che questi strumenti presentano essendo suscettibili di essere impiegati con finalità di aggiramento delle tutele predisposte dall'ordinamento a favore dei lavoratori.

La scelta di ricorrere ad un'operazione di decentramento produttivo potrebbe infatti essere motivata esclusivamente da una volontà di ridurre i costi connessi all'esercizio dell'attività produttiva riducendo il costo del lavoro. Il che avviene normalmente sfruttando l'attività lavorativa di lavoratori dipendenti da imprese terze⁽²²⁾.

È il tema della cd. utilizzazione indiretta dei lavoratori⁽²³⁾ che si pone proprio riguardo al ricorso a strumenti contrattuali, come il contratto di appalto, tramite i quali il committente trae vantaggio dalla prestazione resa dai dipendenti dell'appaltatore senza assumere la veste di datore di lavoro degli stessi.

⁽²²⁾ Al riguardo A. Bellavista, *Il lavoro sommerso*, Giappichelli, 2002, p. 8, sottolinea come l'esternalizzazione possa essere intrapresa con la finalità di avvalersi di lavoro irregolare nell'esclusiva finalità di ridurre il costo del lavoro.

⁽²³⁾ Parla di "utilizzazione indiretta dei lavoratori" O. Bonardi, *L'utilizzazione indiretta dei lavoratori*, FrancoAngeli, Milano, 2001.

All'indomani della promulgazione del codice civile, l'attenzione della dottrina era concentrata su quelle operazioni che fossero volte ad aggirare le tutele, sia pur minime a quei tempi, predisposte dall'ordinamento a vantaggio del lavoratore subordinato. Emblematica di questo atteggiamento è l'impostazione assunta da A. Cessari il quale, nel suo studio sull'istituto della frode alla legge nel rapporto di lavoro ⁽²⁴⁾, aveva sostenuto che l'interposizione nelle prestazioni lavoro rientrasse proprio nella categoria delle condotte fraudolente.

In altre parole, l'interesse per l'impiego di strumenti contrattuali, come l'appalto, attraverso i quali poteva realizzarsi un'integrazione nell'attività di più imprese, nasceva prevalentemente dal timore che quelle forme di collaborazione fossero impiegate nella pratica più per aggirare gli obblighi posti dall'ordinamento in capo al datore di lavoro che per rispondere ad effettive esigenze di organizzazione dell'attività.

Il rischio paventato era che il contratto di appalto venisse impiegato esclusivamente con la finalità di consentire la fruizione della prestazione di lavoro senza dover assumere l'onerosa veste (non solo sul piano economico) di datore di lavoro.

3. *L'impostazione del problema nel sistema della legge 23 ottobre 1960, n. 1369*

L'esigenza di contrastare utilizzi fraudolenti degli strumenti contrattuali di cooperazione fra le imprese, anche a fronte di una vasta diffusione nell'economia italiana della piaga del "caporalato" ⁽²⁵⁾, mosse il legislatore alla promulgazione di una regolamentazione *ad hoc*, la legge 23 ottobre 1960, n. 1369, che sanciva il divieto di interposizione nelle prestazioni di lavoro sanzionando l'affidamento in appalto, o in qualsiasi altra forma, dell'esecuzione di mere prestazioni di lavoro.

L'obiettivo della disciplina era quello di predisporre una regolamentazione che fosse idonea a prevenire la diffusione di quelle forme di sfruttamento del lavoro subordinato che si sostanziavano nella "utilizzazione" delle prestazioni lavorative di lavoratori solo formalmente dipendenti da imprese terze.

Il legislatore scelse dunque di intraprendere la strada del divieto di dissociazione fra datore di lavoro formale e sostanziale del lavoratore ⁽²⁶⁾. Veniva, in altre parole, sancito che l'effettivo "utilizzatore" della prestazione assumesse altresì la posizione e i conseguenti oneri del datore di lavoro.

⁽²⁴⁾ A. Cessari, *L'interposizione fraudolenta nel diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1959. Successivamente alla promulgazione della legge 1369/60 Cessari sostenne che la stessa costituiva un'applicazione del principio generale della frode alla legge: *In tema di interposizione nelle prestazioni di lavoro*, in *Dir. Lav.*, 1961, I, p. 128.

⁽²⁵⁾ L'elevata diffusione in Italia di questo fenomeno fu accertata attraverso l'indagine svolta da una Commissione Parlamentare d'inchiesta appositamente costituita: cfr. *Relazione della Commissione Parlamentare d'inchiesta sulle condizioni dei lavoratori in Italia*, Roma, 1958, vol. VIII, p. 129.

⁽²⁶⁾ Cfr. R. Romei, *Cessione di ramo di azienda e appalto*, cit., p. 327. Per un'analisi delle ipotesi di scissione della figura del datore di lavoro si veda P. Tullini, *Identità e scomposizione della figura del datore di lavoro*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2003, p. 85.

In questo modo sul programma contrattuale iniziale finiva per prevalere il concreto atteggiarsi dei rapporti che parte della dottrina aveva comunque ricondotto alla prospettiva contrattuale ⁽²⁷⁾.

Nel quadro delineato dalla legge 1369/60, il contratto di appalto assumeva un ruolo centrale caratterizzandosi per l'essere il contratto che meglio si presentava come suscettibile di essere piegato alla realizzazione dell'effetto che la legge intendeva contrastare.

Sino alla riforma del mercato del lavoro realizzata con il d. lgs. 10 settembre 2003, n. 276, quella legge ha rappresentato un pilastro fondamentale dell'ordinamento giuslavoristico italiano, al centro del dibattito dottrinale e fonte di numerosissime pronunce giurisprudenziali, come è facile avvedersi sfogliando i repertori, anche degli anni successivi alla sua abrogazione.

In particolare, l'attenzione della dottrina e l'elevato contenzioso nascevano dalle difficoltà insite nella chiarificazione dei confini fra fattispecie interpositoria e appalto legittimo. Difficoltà via via rese più complesse dall'avvento delle profonde innovazioni tecnologiche ⁽²⁸⁾ e dalla sempre maggiore importanza assunta dall'economia dei servizi all'interno del nostro sistema economico.

Le difficoltà derivavano principalmente dal fatto che i servizi di nuova generazione, tanto quelli legati all'informatica come quelli di carattere materiale e ripetitivo, vengono realizzati esclusivamente tramite l'attività resa dai lavoratori ad essa dedicati che operano peraltro esclusivamente sulla base delle direttive impartite al momento della costituzione del rapporto.

Sulla soluzione di tale questione interpretativa, mentre la giurisprudenza aveva assunto un atteggiamento di tipo casistico improntato all'accertamento della interposizione in relazione alla sussistenza di criteri sintomatici, la dottrina era fortemente divisa fra diverse opzioni interpretative ⁽²⁹⁾.

In sostanza, il dibattito verteva sulla identificazione dei criteri in base ai quali fosse possibile discriminare le ipotesi in cui l'attività svolta dall'appaltatore si risolvesse nel semplice reclutamento dei lavoratori e nella messa a disposizione degli stessi a favore del committente da quella in cui l'appaltatore effettivamente realizzasse

⁽²⁷⁾ La dimostrazione della natura contrattuale del rapporto costituito fra lavoratore ed utilizzatore della prestazione si deve principalmente a O. Mazzotta, *Rapporti interpositori e contratto di lavoro*, Milano, 1979, pp. 172 ss. Sulla stessa scia si colloca P. Bellocchi, *Interposizione e subordinazione*, in *Arg. dir. lav.*, 2001, p. 125, la quale ha sostenuto che il divieto di interposizione sancito dalla legge 1369/60 non costituiva uno strumento necessario per ottenere la costituzione del rapporto di lavoro alle dipendenze dell'effettivo utilizzatore della prestazione. Contraria alla ricostruzione proposta da O. Mazzotta è M. T. Carinci, *Art. 2127: la fornitura di lavoro altrui: interposizione, comando, lavoro temporaneo, lavoro negli appalti*, Giuffrè, Milano, 2000.

⁽²⁸⁾ Sul tema: O. Mazzotta (a cura di), *Nuove tecnologie e rapporti fra imprese*, cit.

⁽²⁹⁾ Per la ricostruzione dei metodi utilizzati da dottrina e giurisprudenza nell'opera di delimitazione del campo di applicazione del divieto di interposizione sancito dall'art. 1 L. 1369/60 si rinvia a A. Salento, *Somministrazione, appalto, organizzazione: politiche del diritto, interpretazioni, teorie organizzative*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2006, 3, pp. 441 ss., il quale evidenzia come l'evoluzione sia stata nel senso del passaggio da un *canone commercialistico* di interpretazione delle norme ad un *canone lavoristico*.

un'autonoma e compiuta opera o servizio, che i lavoratori impiegati a tal fine non avrebbero potuto autonomamente eseguire senza il suo intervento.

In particolare la dottrina, nella ricerca del criterio interpretativo più idoneo ad identificare il confine fra appalto lecito e interposizione vietata, ha utilizzato quale metro di riferimento principale quello della tutela degli interessi dei lavoratori contro l'impiego del contratto di appalto con lo scopo di aggirare l'applicazione di norme dell'ordinamento lavoristico.

In varie forme la dottrina ha dunque, dall'inizio, tentato di dare rilievo, nell'applicazione del divieto di cui all'art. 1 della legge n. 1369 del 1960, alla finalità fraudolenta del committente nella sottoscrizione di un contratto di appalto dapprima puntando all'accertamento dell'intenzione del committente di aggirare gli obblighi imposti al datore di lavoro ⁽³⁰⁾, successivamente concentrando l'attenzione sulla effettiva violazione delle tutele apprestate dall'ordinamento a vantaggio dei lavoratori ⁽³¹⁾, infine cercando di mutuare dal diritto penale il principio di offensività ⁽³²⁾.

⁽³⁰⁾ Inizialmente, in relazione alla funzione di tutela contro elusioni alla normativa giuslavoristica che era stata all'origine della promulgazione della legge n. 1369, gli interpreti (primo fra tutti A. Cessari, *L'interposizione fraudolenta nel rapporto di lavoro*, cit.) avevano ritenuto di dover leggere il divieto posto dall'art. 1 alla luce del principio di cui all'art. 1344 cod. civ., così che poteva dirsi concretizzata l'interposizione allorché il datore di lavoro si rivolgeva ad un soggetto terzo per la fornitura di prestazioni di lavoro con lo scopo specifico di evitare l'assunzione degli obblighi che la legge specificamente impone al datore di lavoro. In questo senso l'interposizione nella fornitura di mere prestazioni di lavoro doveva considerarsi illecita solo nell'ipotesi in cui ad essa il committente ricorresse con intento volto a frodare la legge e tale intenzionalità doveva considerarsi sussistente nell'ipotesi in cui l'imprenditore utilizzasse lavoratori per l'esecuzione di prestazioni direttamente inerenti il ciclo produttivo della propria impresa.

⁽³¹⁾ Un tentativo di restituire rilevanza al requisito dell'intento fraudolento, dandone però una lettura in chiave oggettiva, è stata compiuta da parte di chi ha proposto di individuare la sussistenza dell'interposizione vietata guardando agli effetti lesivi degli interessi dei lavoratori che da questa potessero derivare. È stato così affermato che si sarebbe in presenza di un'ipotesi di interposizione fraudolenta tutte quelle volte che la fornitura di mano d'opera sia tale da comportare l'elusione sul piano oggettivo degli standards di tutela dei lavoratori previsti dalla legislazione lavoristica, risultando irrilevante quale sia stata l'intenzione specifica che il committente intendeva realizzare attraverso la stipulazione del contratto di appalto. Anche questa tesi andava però incontro alla critica per cui, in questo modo, si finiva per negare la violazione del divieto di interposizione quando, sia pur verificandosi in concreto la fattispecie della fornitura di mere prestazioni di lavoro, non vi fosse violazione delle norme poste a tutela del lavoratore. Si negava così l'esistenza dell'interesse del lavoratore ad essere riconosciuto dipendente del soggetto beneficiario ultimo delle sue prestazioni che invece la legge 1369/60 sembrava voler tutelare.

⁽³²⁾ Secondo questo orientamento (M. T. Carinci, *Art. 2127: la fornitura di lavoro altrui: interposizione, comando, lavoro temporaneo, lavoro negli appalti*, cit.) ai fini dell'accertamento della sussistenza del reato (si ricordi che il divieto stabilito dall'art. 1 comma 1 della legge 1369/60 era, infatti, penalmente sanzionato dall'art. 2) era necessario accertare non solo la corrispondenza della situazione concreta alla fattispecie astratta prevista dalla norma, ma anche la lesione all'interesse che la norma violata intendeva tutelare. Ciò significava che il giudice sarebbe stato chiamato ad accertare, per riconoscere l'illiceità dell'appalto, che il fenomeno si sia posto in contrasto con la "coscienza sociale". Anche questa tesi, come è stato da più parti rilevato (L. Calcaterra, *Il divieto di interposizione nelle prestazioni di lavoro: problemi applicativi e prospettive di riforma*", in R. De Luca Tamajo (a cura di), *I Processi di esternalizzazione*, cit., pp. 140 ss.), presentava diversi punti deboli.

Altra parte della dottrina ⁽³³⁾ aveva assunto un atteggiamento “tipologico” identificando gli elementi tipici che potessero essere considerati idonei a valere come criteri sintomatici della liceità o illiceità del contratto di appalto stipulato.

A fronte della contraddittorietà ed incertezza delle soluzioni prospettate, soprattutto la giurisprudenza aveva finito per ammettere l’esistenza di un’interposizione vietata in tutte quelle ipotesi in cui il soggetto interposto si limitasse a mettere a disposizione del committente mere prestazioni di lavoro, ossia lavoratori che svolgeranno la loro attività alle dipendenze del committente, il quale eserciterà in pieno il potere direttivo che la legge attribuisce al datore di lavoro formale ⁽³⁴⁾. L’indagine assumeva dunque caratteristiche analoghe a quella svolta per l’accertamento della natura autonoma o subordinata del rapporto, essendo volta ad appurare quale fosse il soggetto che in concreto avesse esercitato sul lavoratore i tipici poteri datoriali.

Secondo questa impostazione, la differenza fra appalto lecito ed interposizione vietata dalla legge n. 1369 del 1960 starebbe nel fatto che l’appaltatore abbia o meno, con la propria attività, aggiunto un valore alle prestazioni eseguite dai lavoratori.

Muovendo da queste premesse la dottrina rimaneva però divisa sulla individuazione del *quid pluris* che l’appaltatore doveva fornire per evitare che la sua attività venisse inquadrata nella fattispecie dell’interposizione vietata ⁽³⁵⁾.

A questa esigenza, anche di fronte alla necessità di conciliare la presunzione assoluta di illiceità dell’appalto prevista dal terzo comma dell’art. 1 della legge 1369/60 con il mutato contesto produttivo italiano ⁽³⁶⁾, si rispose accogliendo un’interpretazione

⁽³³⁾ Un’impostazione incentrata sulla valutazione casistica era anche quella di coloro (si veda per tutti O. Bonardi, *L'utilizzazione indiretta dei lavoratori*, Angeli, Milano, 2001. Tesi questa recentemente riproposta dalla stessa Autrice, *La distinzione tra appalto e somministrazione di lavoro, prima e dopo la riforma*, in *Gius. Civ.*, 2004, pp. 1011 ss.) che sostenevano l’opportunità di determinare il confine fra appalti leciti e illeciti facendo riferimento ad indici normativi, lavoristici e non, esterni alla legge 1369/60.

⁽³⁴⁾ Cfr. tra le tante: Cass. 12 settembre 2001, n. 15665; Cass. 19 aprile 2001, n. 5737; Cass. 16 settembre 2000, n. 12249; Cass. 9 giugno 2000, n. 7917; Cass. 18 marzo 2000, n. 3196; Cass. 21 maggio 1998, n. 5087, in *Riv. It. Dir. Lav.*, II, 1999, p. 252, con nota di M. T. Carinci. Per un esame critico di questa giurisprudenza si veda P. Albi, *Interposizione illecita e organizzazione dei mezzi necessari, secondo la L. N. 1369/1960*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2003, II, pp. 536 ss. e L. Calcaterra, *Interposizione e appalto di servizi: la Cassazione anticipa la riforma*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1, 2004, pp.58 ss. In questo senso recentemente Cass.18 agosto 2004, n. 16146, in *Foro It.*, 2004, I, c. 2994, ha precisato che “*il divieto di intermediazione e interposizione nelle prestazioni di lavoro, opera oggettivamente a prescindere dall’intento fraudolento o simulatorio delle parti, anche in un momento successivo alla costituzione del rapporto e, peraltro, la violazione dello stesso divieto può essere commessa anche da soggetti titolari di una propria organizzazione autonoma che professionalmente assumano appalti regolari di opere e servizi, ove nel caso concreto pongano in essere il diverso contratto di fornitura di manodopera vietata*”.

⁽³⁵⁾ Al riguardo si veda L. Calcaterra, *Il divieto di interposizione nelle prestazioni di lavoro: problemi applicativi e prospettive di riforma*, in *I processi di esternalizzazione*, a cura di R. De Luca Tamajo, ESI, Napoli, 2004, pp. 134 ss.

⁽³⁶⁾ Tale evoluzione, in particolare, come già accennato, è stata ed è caratterizzata da una crescente tendenza alla scomposizione del ciclo produttivo e dalla rilevanza, anche in relazione all’importanza sempre maggiore dell’informatica e della tecnologia elettronica, che ha assunto il possesso da parte del produttore di specifiche competenze e conoscenze scientifiche il cui impiego presuppone realtà produttive caratterizzate dalla scarsa presenza di elementi materiali, e dalla prevalenza di elementi immateriali o della pura organizzazione del lavoro Cfr. O. Bonardi, *L'utilizzazione indiretta dei lavoratori*, Milano, 2001, pp. 99 ss.; M. T. Carinci, *La fornitura di lavoro altrui. Interposizione. Comando. Lavoro temporaneo. Lavoro negli appalti*, in *Commentario Schlesinger*, Milano, 2000, p.85; Id., *La distinzione*

evolutiva di quella presunzione fondata sulla nozione di know-how ⁽³⁷⁾ definito dalla giurisprudenza ⁽³⁸⁾ come quell'insieme di "conoscenze attinenti alle tecniche industriali richieste per produrre un bene, per attuare un processo produttivo o per il corretto impiego di una tecnologia ovvero attinente alle regole di condotta, desunte da studi ed esperienze di gestione imprenditoriale, nel campo della tecnica mercantile e con inerenza al settore organizzativo o commerciale in senso stretto".

Soprattutto nell'ambito dei servizi informatici questo elemento può determinare la genuinità dell'appalto anche quando sia utilizzato un rilevante capitale materiale di proprietà dell'azienda committente. In questo modo la dottrina e la giurisprudenza avevano relativizzato la presunzione del terzo comma dell'art. 1, affermando che l'appalto è comunque lecito, anche laddove vengano impiegati "capitali, macchine ed attrezzature fornite dall'appaltante", purché su di esso risulti prevalente, ai fini della realizzazione del risultato finale dell'opera, il dato immateriale del know-how, sempre che, ovviamente, si tratti del know-how dell'impresa appaltatrice, di un insieme di conoscenze da questa maturate e organizzate e che caratterizza il suo porsi nel mercato, e non del know-how del singolo prestatore di lavoro ⁽³⁹⁾.

Il passaggio immediatamente successivo del percorso logico avviato dagli interpreti, data l'impossibilità di affidarsi, soprattutto negli appalti ad elevata intensità di lavoro, all'accertamento in concreto dell'esercizio dei poteri tipici del datore di lavoro, è stato quello di identificare l'elemento caratterizzante dell'appalto lecito nell'organizzazione imprenditoriale dell'appaltatore ⁽⁴⁰⁾.

Si riteneva allora, sulla base di queste premesse, che il plusvalore che l'appaltatore doveva apportare alla prestazione dei lavoratori, per evitare di ricadere nelle sanzioni

tra interposizione di manodopera e appalto di servizi, quando questi non richiedono una rilevante strumentazione materiale, in Riv. It. Dir. Lav., 1999, II, p. 252; Bellavista, *Le sabbie mobili del divieto di interposizione*, in Gius. Civ., 1998, I, 3228 ss.; R. Del Punta, *Appalto di manodopera e subordinazione*, in Dir. Lav. Rel. Ind., 1995, pp. 625 ss.

⁽³⁷⁾ Ipotesi del tipo cui si fa riferimento nel testo si sono presentate soprattutto a seguito del dilagante fenomeno delle *software houses* cui oggi le imprese appaltano l'installazione e la manutenzione oltre che spesso la gestione degli impianti informatici di loro proprietà che impiegano nella loro attività produttiva. Al riguardo si veda F. Scarpelli, *Interposizione e appalto nel settore dei servizi informatici*, in O. Mazzotta (a cura di), *Nuove tecnologie e rapporti fra imprese*, Giuffrè, Milano, 1990.

⁽³⁸⁾ La sentenza che per la prima volta, a quanto consta, ha attribuito rilevanza in materia lavoristica alla nozione di know-how è Cass., Sez Un., 19 ottobre 1990, n. 10183, in *Foro It.*, 1992, I, c. 524, con nota di F. Scarpelli.

⁽³⁹⁾ Sul punto si veda F. Scarpelli, *op. ult. cit.*, c. 526. Altra critica che era stata mossa a questo criterio è che lo stesso non può ritenersi valido in tutti i casi perché per esempio ci si può chiedere quale sia il valore aggiunto che l'appaltatore può dare in caso di esternalizzazione di un servizio di pulizia: cfr. R. Romei, *Cessione di ramo di azienda e appalto*, cit., p. 370.

⁽⁴⁰⁾ P. Ichino, *Il lavoro interinale e gli altri varchi nel "muro" del divieto di interposizione*, cit., pp. 508 ss.; R. Del Punta, *Appalto di mano d'opera e subordinazione*, in Dir. Lav. Rel. Ind., 1995, p. 630; G. De Simone, *Titolarità dei rapporti di lavoro e regole di trasparenza. Interposizione, imprese di gruppo, lavoro interinale*, F. Angeli, 1995, p. 138; R. De Luca Tamajo, "I processi di terziarizzazione intra moenia ovvero la fabbrica multi societaria", in *Dir. Merc. Lav.*, 1, 1999, pp. 63-64; L. Calcaterra, *Il divieto di interposizione nelle prestazioni di lavoro: problemi applicativi e prospettive di riforma*, in *I processi di esternalizzazione*, a cura di R. De Luca Tamajo, ESI, Napoli, 2004, pp. 147 ss.; G. Quadri, *La nuova disciplina del lavoro nell'appalto*, in *Dir. Merc. Lav.*, 1-2, 2004, pp. 381 ss.

stabilite dalla legge n. 1369 del 1960, era quello che consisteva nell'organizzazione imprenditoriale. Organizzazione che, aveva conosciuto da tempo una notevole "smaterializzazione", tale da far affermare che la stessa fosse configurabile anche in presenza di una mera organizzazione della prestazione di lavoratori ⁽⁴¹⁾.

La giurisprudenza ha da tempo fatta propria questa impostazione ⁽⁴²⁾ evidenziando che, nell'accertamento della liceità dell'appalto, l'organizzazione di mezzi di cui deve disporre l'appaltatore chiamato ad eseguire l'opera o il servizio deve essere valutata, come peraltro impone la stessa definizione dell'art. 1655 cod. civ., in funzione del risultato cui mira quell'attività, cosicché, ben può la stessa consistere nella sola organizzazione del lavoro anche in assenza quindi di beni materiali o immateriali se la realizzazione dell'opera o del servizio non necessita dell'impiego degli stessi ⁽⁴³⁾.

Il breve e sommario *excursus* che precede ha posto in evidenza come il sistema costruito sulla legge 1369 del 1960 imponeva all'interprete di adottare un approccio specifico alla considerazione dei fenomeni interpositori. Approccio consistente nella necessità di valutare se, in concreto, il dipendente dell'appaltatore non avesse piuttosto svolto la sua attività come lavoratore subordinato del committente, secondo la logica "dell'inserimento del lavoratore nella sua organizzazione" piuttosto che in quella dell'appaltatore ⁽⁴⁴⁾. Solo laddove questo accertamento si rivelasse particolarmente difficile, in primo luogo in relazione alla natura dell'attività appaltata, la dottrina e la giurisprudenza hanno spostato la loro attenzione sul possesso da parte dell'appaltatore di una struttura genuinamente imprenditoriale.

Il legislatore italiano aveva così inteso affrontare il tema dei rischi di aggiramento delle tutele predisposte per il lavoro subordinato insite nell'impiego di tali strumenti

⁽⁴¹⁾ L'insegnamento tradizionale (Benedetti, *Profili civilistici dell'interposizione nel rapporto di lavoro subordinato*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1965) era invece di segno opposto, in quanto si riteneva che l'esercizio del potere direttivo non fosse sufficiente ad attribuire natura imprenditoriale all'attività dell'appaltatore. Nella dottrina più recente questa impostazione è stata ripresa da O. Bonardi, *L'utilizzazione indiretta dei lavoratori*, cit., pp. 37 ss.

⁽⁴²⁾ Si legge in Cass. 29 agosto 2003, n. 12664, che "perché si abbia appalto lecito, occorre che l'intervento direttamente dispositivo e di controllo delle strutture gerarchiche dell'appaltante si espliciti sull'attività dell'appaltatore e non sulle persone da questo dipendenti [...] l'appalto illecito da parte di impresa appaltatrice si verifica quando l'intera gestione dei rapporti di lavoro sia stata completamente affidata all'impresa appaltante".

⁽⁴³⁾ Si legge in questo senso in Cass., Sez. Lav., 22 agosto 2003, n. 12363, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1, 2004, pp. 48 ss., con nota di L. Calcaterra, "poiché il divieto di intermediazione nelle prestazioni di lavoro è posto al fine di impedire che il datore di lavoro effettivo possa sottrarsi agli obblighi discendenti dalla titolarità dei rapporti di lavoro, formalmente imputandoli ad altro soggetto che provvede alle assunzioni e alla gestione amministrativa dei dipendenti, esso opera oggettivamente, prescindendo da un intento fraudolento o simulatorio delle parti, allorquando un lavoratore distaccato presso un'organizzazione diversa da quella del suo datore di lavoro renda le sue prestazioni al servizio esclusivo del soggetto di destinazione. Ne segue che l'infrazione a divieto non resta esclusa dal fatto che l'appalto sia stato conferito al titolare di un'effettiva organizzazione imprenditoriale, dotata di capitali, macchine e attrezzature, e neppure dalla stipulazione di un contratto le cui clausole contemplino l'organizzazione e gestione autonoma dell'appaltatore, potendo verificarsi nella fase esecutiva, anche relativamente ad un solo segmento del complessivo servizio appaltato, la messa a disposizione del committente di uno o più dipendenti".

⁽⁴⁴⁾ In tal senso O. Bonardi, *L'utilizzazione indiretta dei lavoratori*, cit., pp. 361 ss.

contrattuali scegliendo la strada della fissazione di regole di “trasparenza”⁽⁴⁵⁾ nei rapporti di lavoro piuttosto che ostacolare, con la fissazione di divieti specifici, la possibilità di strutturare la propria organizzazione produttiva tramite il ricorso a forme di integrazione contrattuale con altre imprese.

La disciplina dettata con legge 1369/60 perseguiva dunque il risultato di vietare forme di dissociazione fra datore di lavoro formale e datore di lavoro sostanziale, senza però porre limiti formali alla possibilità di intraprendere la strada del decentramento produttivo⁽⁴⁶⁾.

Salvo l’ostacolo ultimo dell’incompatibilità con il nostro sistema di forme di sfruttamento indiretto della prestazione lavorativa, invero, gli imprenditori erano assolutamente liberi di decidere di frammentare la propria organizzazione produttiva rivolgendosi ad imprese terze per la realizzazione di determinate fasi della produzione⁽⁴⁷⁾.

Ponendosi in questa prospettiva, il legislatore aveva preferito intraprendere la strada della introduzione di strumenti di incentivo e disincentivo al decentramento, senza fissare limiti o divieti alla possibilità del decentramento.

Ne costituisce un’espressione emblematica la disciplina della parità di trattamento prevista per i lavoratori dipendenti delle imprese appaltatrici operanti all’interno dell’azienda del committente unitamente alla responsabilità solidale degli stessi in ordine all’adempimento di tali obblighi (art. 3 legge 1369/60). In altre parole, a fronte della libertà dell’impresa di scegliere di rivolgersi ad un’impresa terza per la realizzazione di un certo prodotto, il legislatore mirava, da un lato, ad incentivare la scelta di appaltatori seri e solvibili per non incorrere nell’attivazione della responsabilità solidale su di loro gravante nei confronti dei dipendenti, dall’altro, a favorire l’impiego dell’appalto non con la finalità esclusiva di ridurre il costo del lavoro rivolgendosi ad appaltatori che potessero pagare meno i propri dipendenti (eventualmente perché non applicavano alcun contratto collettivo), ma nell’obiettivo di incentivarne l’utilizzo solo nelle ipotesi in cui esso rispondesse ad un’effettiva esigenza produttiva ed organizzativa.

4. L’abrogazione del divieto di interposizione e l’introduzione di una definizione di appalto a misura del diritto del lavoro: premesse metodologiche

⁽⁴⁵⁾ G. De Simone, *Titolarità dei rapporti di lavoro e regole di trasparenza*, cit.

⁽⁴⁶⁾ Rileva F. Scarpelli, *Interposizione e appalto nel settore dei servizi informatici*, cit., p. 54, che la legge 1369/60 non intendeva impedire il ricorso al contratto di appalto e dunque non negava la facoltà dell’impresa di intraprendere la strada del decentramento, ma piuttosto mirava a sanzionare e garantire il corretto uso degli strumenti giuridici tipici di organizzazione.

⁽⁴⁷⁾ Per una ricognizione delle tecniche impiegate anche in altri ordinamenti per fronteggiare il fenomeno de decentramento produttivo nella prospettiva di tutela dei lavoratori in esso coinvolti, si vedano: R. De Luca Tamajo, *Diritto del lavoro e decentramento produttivo in una prospettiva comparata: scenari e strumenti*, cit., e A. Perulli, *Diritto del lavoro e decentramento produttivo in una prospettiva comparata: problemi e prospettive*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2007, 1, pp. 29 ss.

L'inadeguatezza del sistema creato dalla legge 1369 del 1960 ⁽⁴⁸⁾ rispetto al mutato contesto produttivo - messa in luce attraverso il lungo e complesso dibattito che su quel sistema è stato portato avanti negli anni della sua vigenza - è all'origine dell'intervento normativo realizzato dal legislatore nel 2003 ⁽⁴⁹⁾.

Intervento consistito, da un lato, nell'abrogazione dell'ormai anacronistica legge 1369 del 1960 e della disciplina della fornitura di lavoro temporaneo, dall'altro, nell'introduzione di una nozione specifica di appalto e dell'istituto della somministrazione di lavoro.

Il sistema non è dunque più fondato sulla enunciazione di un esplicito divieto di dissociazione fra datore di lavoro formale e datore di lavoro sostanziale bensì su una definizione di appalto rientrante nel modello delineato dall'art. 1655 cod. civ., ma arricchita degli elementi che il legislatore ha ritenuto qualificanti l'appalto lecito sulla scorta della pluriennale elaborazione dottrinale e giurisprudenziale sviluppata sotto il vigore del divieto di interposizione cui in precedenza si è fatto riferimento.

Tralasciando di affrontare analiticamente i caratteri del sistema costruito con la legge 1369/60, peraltro già diffusamente ripercorso in numerosi scritti ⁽⁵⁰⁾, l'attenzione dovrà ora essere concentrata sull'esame della struttura del contratto di appalto al fine di delinearne gli elementi costitutivi e di distinzione dalla somministrazione. In questo studio, saranno peraltro di ausilio le riflessioni elaborate dalla dottrina e dalla giurisprudenza nell'ambito del sistema abrogato, che, dunque, saranno richiamate ed utilizzate laddove necessario.

I risultati di questa ricerca serviranno a delimitare l'ambito di applicazione del sistema di tutele che il legislatore ha specificamente riservato a favore dei lavoratori coinvolti in tali operazioni contrattuali. Sistema di tutele il cui studio assume un ruolo

⁽⁴⁸⁾ Pur nelle numerose critiche che a tale legge sono state mosse non può, peraltro, sottacersi la forte capacità della stessa di resistere all'abrogazione e soprattutto la sua capacità di piegarsi ai mutamenti del contesto produttivo grazie all'opera interpretativa portata avanti dalla giurisprudenza che ha dimostrato di essere particolarmente sensibile alle nuove logiche di produzione (R. Del Punta, *Appalto di manodopera e subordinazione*, cit. pp. 625 ss., nonché L. Calcaterra, *L'approccio al decentramento produttivo. Una retrospettiva e qualche riflessione*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2003, n. 8-9, in particolare p. 606).

⁽⁴⁹⁾ Sull'opportunità di un superamento della vecchia disciplina si era espresso in maniera efficace R. De Luca Tamajo, *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo di azienda e rapporti di fornitura*, cit., pp. 13 ss.

⁽⁵⁰⁾ Tra i più importanti, senza volontà di completezza, si ricordano: E. Loriga, *La disciplina giuridica del lavoro in appalto*, Milano, 1965; S. Spano, *Il divieto di interposizione nelle prestazioni di lavoro*, Milano, 1965; L. Mariucci, *Il lavoro decentrato, Discipline legislative e contrattuali*, Milano, 1979; O. Mazzotta, *Rapporti interpositori e contratto di lavoro*, Milano, 1979; Id. (a cura di), *Nuove tecnologie e rapporti fra imprese*, Milano, 1990, con scritti di G. Camisa, F. Scarpelli e L. Guaglione; G. De Simone, *Titolarità dei rapporti di lavoro e regole di trasparenza*, F. Angeli, 1995; P. Ichino, *Il diritto del lavoro e i confini dell'impresa*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, n. 82-83, 1999, 2-3, pp. 220 ss.; R. Romei, *Cessione di ramo di azienda e appalto*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, n. 82-83, 1999, 2-3, p. 366 ss.; M.T. Carinci, *Art. 2127: la fornitura di lavoro altrui: interposizione, comando, lavoro temporaneo, lavoro negli appalti*, Giuffré, Milano, 2000; O. Bonardi, *L'utilizzazione indiretta dei lavoratori*, FrancoAngeli, Milano, 2001, pp. 75 ss.; P. Bellocchi, *Interposizione e subordinazione*, in *Arg. dir. lav.*, 2001, p. 125; R. De Luca Tamajo (a cura di), *I processi di esternalizzazione*, ESI, Napoli, 2002, con scritti di R. De Luca Tamajo, S. Ciucciiovino, L. Calcaterra e L. Corazza. Per una ricostruzione delle opinioni in materia si rinvia inoltre al già citato saggio di A. Salento, *Somministrazione, appalto, organizzazione: politiche del diritto, interpretazioni, teorie organizzative*, cit.

ancora più importante se si considera che esso rappresenta l'unica ipotesi in cui il legislatore abbia esteso le responsabilità datoriali oltre i confini dell'impresa coinvolgendo soggetti estranei al rapporto di lavoro. L'appalto rimane, invero, l'unica forma di cooperazione fra imprese, tra tutte quelle possibili, a ricevere un'espressa considerazione sul piano giuslavoristico.

Ciò discende senza dubbio, da un lato, dall'elevata capacità attrattiva che lo schema di cui all'art. 1655 cod. civ. esercita su tipi contrattuali denominati in modo diverso, per lo più riconducibili alla sua struttura, dall'altro, dalla tradizionale familiarità, più sopra ricordata, che il legislatore ha con questo strumento in materia di protezione dei lavoratori.

L'importante riforma realizzata con l'abrogazione del divieto di interposizione impone allora di guardare alla disciplina dettata per il contratto di appalto non solo con la finalità di delineare i contorni della fattispecie, ma anche nella prospettiva di considerare se l'approccio del legislatore al decentramento produttivo possa dirsi o meno modificato rispetto al passato.

In questa direzione, l'indagine dovrà essere condotta esaminando, in primo luogo, come la disciplina di nuova introduzione possa incidere sulla valutazione della convenienza delle operazioni di decentramento produttivo. Valutazione che dovrà essere compiuta tenendo conto, da un lato, del ruolo che i rappresentanti dei lavoratori possono svolgere nell'adozione ed attuazione di una scelta di decentramento, dall'altro, dei limiti che il legislatore incontra in ragione dall'appartenenza all'ordinamento comunitario e del principio della prevalenza di quest'ultimo sul diritto nazionale. In secondo luogo, delineati i contorni della nuova fattispecie dell'appalto definita dall'art. art. 29 d. lgs. 276/03, anche alla luce delle conclusioni raggiunte in seno all'esame della disciplina positiva, si tenterà un confronto fra la nuova disciplina e il sistema imperniato sulla legge 1369/60 al fine di porre in luce i profili di continuità o discontinuità.

Il luogo di osservazione a partire dal quale verrà sviluppata tale riflessione sarà il rapporto intercorrente fra il lavoratore e l'appaltatore, poiché, com'è stato osservato ⁽⁵¹⁾, un simile approccio consente di tracciare in maniera più agevole una linea di demarcazione tra i rapporti che hanno per oggetto una prestazione di natura imprenditoriale e i rapporti nei quali invece tale elemento manca.

⁽⁵¹⁾ P. Ichino, *Il lavoro interinale gli altri varchi nel "muro" del divieto di interposizione*, cit. p. 515.

CAPITOLO PRIMO

La delimitazione della fattispecie

SOMMARIO: 1. Una storia comune: l'emancipazione del contratto di lavoro e del contratto di appalto dallo schema della locazione – 2. Il contratto di appalto nell'art. 1655 cod. civ. – 3. L'introduzione di una definizione di appalto "a misura del diritto del lavoro" – 4. L'organizzazione in forma di impresa nel diritto commerciale – 5. La nozione di azienda e di ramo di azienda "a misura del diritto del lavoro" – 5.1. L'azienda nella giurisprudenza della Corte di Giustizia della Comunità Europea – 5.2. L'azienda nella dottrina e nella giurisprudenza italiane – 6. L'organizzazione di mezzi dell'appaltatore nel sistema della l. 1369/60 – 7. L'organizzazione in forma di impresa nell'art. 29 d. lgs. 276/03 – 8. La nozione di impresa rilevante per il diritto del lavoro e l'interesse alla tutela dell'occupazione – 9. Il confine fra appalto lecito e somministrazione irregolare nei servizi *labour intensive* – 10. La rilevanza determinante del rischio d'impresa – 11. Le differenze fra appalto e figure contermini – 11.1. ... (segue) il distacco – 11.2. ... (segue) la subfornitura – 11.3. La funzione e l'utilità della certificazione – 12. L'appalto nel quadro normativo riformato: prime conclusioni e premesse al prosieguo dell'indagine

1. Una storia comune: l'emancipazione del contratto di lavoro e del contratto di appalto dallo schema della locazione

Contratto di lavoro e contratto di appalto sono legati da una storia comune: l'emancipazione dallo schema del contratto di locazione ⁽¹⁾.

Come noto, infatti, la locazione ha per lungo tempo esercitato un notevole fascino sugli interpreti, disposti a ricondurre al suo interno fattispecie concrete diverse sulla base di una sistematica che trovava le sue fondamenta nel diritto romano ⁽²⁾. La capacità di sintesi di quel modello contrattuale spiega perché sia la prestazione dell'attività lavorativa che la realizzazione di un certo risultato mediante un'organizzazione in cui non fosse prevalente il lavoro del soggetto obbligato erano state riferite dal legislatore del codice civile del 1865 sotto l'ampio modello della *locatio conductio* ⁽³⁾.

In particolare, recitava l'art. 1570 del citato codice che "*la locazione delle opere è un contratto, per cui una delle parti si obbliga a fare per l'altra una cosa mediante la pattuita mercede*".

La fondamentale opera ricostruttiva di Barassi fu, non ha caso, integralmente fondata su quella norma di cui lo stesso Autore aveva sottolineato i limiti, osservando

⁽¹⁾ Per una sintesi storico-critica del percorso che ha interessato il contratto di lavoro si veda: L. Spagnuolo Vigorita, *Subordinazione e diritto del lavoro. Problemi storico-critici*, I, Morano, Napoli, 1967, pp. 67 ss.

⁽²⁾ Per una ricostruzione storica della *locatio conductio* nel sistema delle locazioni, si veda A. Masi, (voce) *Locazione in generale: a) Storia*, in *Enc. Dir.*, Milano, Giuffrè, 1974, p. 908, il quale osserva come l'opinione della derivazione della tripartizione *locatio conductio rei - locatio conductio operarum - locatio conductio operis* (secondo che oggetto del contratto fossero, rispettivamente, le cose, le energie di lavoro (*operae*) o un certo risultato di lavoro (*opus*)) dal diritto romano sia stata oggetto di revisione critica volta a negarne la fondatezza.

⁽³⁾ D. Rubino – G. Iudica, *Dell'appalto*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, Zanichelli, 1992, p. 2; O. Cagnasso, (voce) *Appalto nel diritto privato*, in *Dig. Disc. Priv. - sez. comm.*, I, UTET, Torino, p. 165.

come “*queste poche parole dovrebbero essere la definizione di un rapporto così vasto e multiforme come è quello scaturito dal contratto di lavoro*” (4).

L'estrazione del contratto di lavoro e del contratto di appalto dal “contenitore” della locazione fu l'effetto del ruolo che nel tempo si era riconosciuto all'attività lavorativa (5) e di cui è espressione la scelta del legislatore di creare un libro autonomo intitolato al lavoro, inserendovi sia la disciplina dell'impresa che quella del lavoro subordinato.

In questa prospettiva, mentre si identificava nel contratto di appalto lo strumento della realizzazione di un risultato (opera o servizio) attraverso un'organizzazione di lavoro avente carattere di impresa, veniva abbandonata la visione “mercantilistica” del rapporto di lavoro e si cominciava a riconoscere centralità alla persona del lavoratore (6).

Tutta la costruzione moderna del diritto del lavoro è frutto del superamento della concezione che intendeva il rapporto di lavoro come puro rapporto di mercato finalizzato a consentire al datore di acquisire uno dei tanti beni di cui lo stesso necessitava per lo svolgimento della sua attività, attraverso la valorizzazione del lavoro umano e della implicazione della persona nello stesso rapporto (7). Come è stato magistralmente osservato, guardare al rapporto di lavoro come un semplice rapporto di mercato significa ledere l'integrità della personalità giuridica del lavoratore poiché, “*in realtà non esiste il lavoro, ma esistono uomini che lavorano; il lavoratore non impegna nel rapporto col datore di lavoro un bene del suo patrimonio, distinto dalla sua persona, ma impegna la sua stessa persona; egli mette in gioco il suo essere e non semplicemente il suo avere*” (8). E sviluppando la premessa rappresentata

(4) L. Barassi, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Milano, 1901, p. 19.

(5) Lo stesso L. Barassi, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, cit., p. 24, affermava che “*mentre al locator operis è stato promesso un dato risultato, al conductor operarum si promettono determinate quantità di energie di lavoro, miranti pure a un dato scopo o risultato, ma indipendentemente da questo, poiché è il conductor operarum o creditore delle opere che si assume di sfruttare quelle energie di lavoro dirigendole ai risultati che egli intenda ottenere. La differenza vi è e sostanziale*”.

(6) Così L. Mengoni, *Contratto e rapporto di lavoro nella recente dottrina italiana*, in *Riv. Soc.*, 1965, p. 675.

(7) Sul tema si veda M. Grandi, *Persona e contratto di lavoro. Riflessioni storico-critiche sul lavoro come oggetto del contratto di lavoro*, in *Arg. Dir. Lav.*, 1999, 2, pp. 309 ss., il quale ricostruisce le fasi storiche attraverso le quali dalla visione del contratto di lavoro come contratto di scambio si è transitati ad una concezione più matura del rapporto di lavoro fondata sulla presa d'atto dell'impossibilità di separare il profilo del lavoro-soggetto da quello del lavoro-oggetto e sulla necessità di considerare che l'attività è subordinata poiché il vincolo di soggezione che tipicamente qualifica il rapporto di lavoro coinvolge in qualche modo la persona stessa del lavoratore. Osservava peraltro F. Santoro Passarelli, *Spirito del diritto del lavoro*, in *Saggi di diritto civile*, Jovene, Napoli, 1961, pp. 1069 ss., che l'assunzione da parte del diritto del lavoro dei caratteri di un diritto speciale è derivata dall'accrescimento dei limiti all'autonomia contrattuale in funzione di protezione degli interessi del lavoratore, in quanto persona implicata nell'attività di prestazione. Sul punto cfr. anche E. Ghera, *Le sanzioni civili nella tutela del lavoro subordinato*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 3, 1979, pp. 313 s.

(8) L. Mengoni, *Contratto e rapporto di lavoro nella recente dottrina italiana*, cit., p. 675, che proseguiva la sua riflessione, nell'ambito di uno studio volto a dimostrare la necessità di ricostruire il rapporto di lavoro in termini contrattuali accantonando visioni istituzionalistiche, affermando che “*la peculiarità del rapporto di lavoro, costituita dall'immanenza della stessa persona del lavoratore nel contenuto del*

dall'impossibilità di separare il lavoro dalla persona, alcuni ⁽⁹⁾ hanno concluso che la personalità del lavoratore sarebbe immessa nella struttura dello stesso oggetto del contratto di lavoro concretizzata dal porsi al servizio del datore con la propria persona ⁽¹⁰⁾.

L'attività ⁽¹¹⁾, in senso lato, diviene, dunque, il criterio in forza del quale rapporti non nuovi meritano di essere considerati e disciplinati autonomamente in ragione dell'importanza che il *lavoro* assume in essi. In altre parole, lo schema della locazione, adatto a rappresentare i modi di godimento di cose inanimate, dimostra la sua incapacità di assorbire fattispecie in cui assume rilievo preminente, non i beni che in tale attività vengono impiegati, ma l'attività, appunto, che su tali beni e per mezzo di tali beni, viene sviluppata ⁽¹²⁾.

2. Il contratto di appalto nell'art. 1655 cod. civ.

L'attività di lavoro, a differenza che nel lavoro subordinato, assume una rilevanza nel contratto di appalto non in quanto tale ed a prescindere dalla quantità necessaria, ma in funzione del risultato che la stessa mira a realizzare ⁽¹³⁾.

L'appalto è, invero, definito dall'art. 1655 cod. civ. identificando la causa nello scambio tra un'opera o un servizio, realizzato dall'appaltatore con un'organizzazione di mezzi gestita a proprio rischio, e il pagamento di un corrispettivo in denaro ⁽¹⁴⁾. Pur rimanendo un contratto includibile nella categoria dei contratti di risultato ⁽¹⁵⁾, la

rapporto, non impone l'abbandono della considerazione oggettiva del lavoro come bene suscettibile di essere dedotto in contratto di scambio, ma esige soltanto una disciplina speciale del contratto, distinta da quella dei tipi comuni della vendita o della locazione, e destinata a limitare in maniera più penetrante l'autonomia delle parti, appunto per la tutela della persona del prestatore di lavoro".

⁽⁹⁾ U. Prosperetti, *Il lavoro subordinato*, in *Trattato di diritto civile*, diretto dal G. Grosso e F. Santoro Passarelli, Milano, 1971, p. 157.

⁽¹⁰⁾ In quest'ultimo senso R. Scognamiglio, *Danno biologico e rapporto di lavoro subordinato*, in *Arg. Dir. Lav.*, 1997, n. 5, p. 27.

⁽¹¹⁾ Il termine attività non è definito in quanto tale nel nostro ordinamento. Come è stato osservato (G. Auletta, (voce) *Attività; a) Attività (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, III, 1958, pp. 981 ss.), l'attività assume una rilevanza nel nostro ordinamento sotto prospettive diverse, ma soprattutto assume un valore penetrante in quanto venga intesa come insieme di atti che, nel loro complesso, vengono fatti oggetto di una normativa distinta dalla normativa dei singoli atti. In questa accezione, il termine assume un fondamentale valore semantico capace di racchiudere in sé tanto la prestazione lavorativa del singolo lavoratore, quanto il complesso concatenarsi di atti in cui si sostanzia l'impresa.

⁽¹²⁾ Cfr. M. Stolfi, (voce) *Appalto (contratto di)*, in *Enc. Dir.*, II, 1958, pp. 629 ss.

⁽¹³⁾ Cfr. M. Stolfi, (voce) *Appalto (contratto di)*, cit., p. 630; O. Cagnasso, (voce) *Appalto nel diritto privato*, cit., p. 166; V. Buonocore (a cura di), *Manuale di diritto commerciale*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 943.

⁽¹⁴⁾ F. Marinelli, *Il tipo e l'appalto*, Cedam, Padova, 1996, p. 45, proprio con riferimento al contratto di appalto, sostiene la necessità, nell'identificazione del tipo, di far riferimento non solo alla causa, ma anche all'oggetto del contratto. Osservano, peraltro, A. Cianflone e G. Giovannini, *L'appalto di opere pubbliche*, Giuffrè, Milano, 1999, p. 7, che "l'appaltatore non è tenuto a prestare al committente un bene considerato in sé, in qualunque modo e da chiunque prodotto; ma lo deve prestare in quanto risultato di un processo produttivo che egli stesso deve condurre".

⁽¹⁵⁾ Secondo una sistematica tradizionale il contratto di appalto viene incluso nella categoria dei contratti di risultato per essere distinto dai contratti di attività nei quali si includono i contratti aventi ad oggetto la prestazione di una determinata quantità di lavoro, e non lo scopo o il prodotto che se ne deve trarre. Al

rilevanza data all'attività necessaria per la realizzazione di quel risultato colloca, dunque, l'appalto tra i contratti aventi ad oggetto un *facere* ⁽¹⁶⁾.

Sin dalla promulgazione del codice civile del 1942, l'interpretazione della definizione contenuta nell'art. 1655 cod. civ. fu nel senso di ritenere che si fosse in presenza di un'organizzazione di mezzi laddove la stessa assumesse i caratteri di un'organizzazione di impresa, ancorché non fosse necessario che l'appaltatore svolgesse quell'attività in forma professionale assumendo lo *status* di imprenditore commerciale ⁽¹⁷⁾.

Questa interpretazione della norma, pacifica in dottrina come in giurisprudenza, era fondata sulla necessità di distinguere tale contratto da quello d'opera ⁽¹⁸⁾. Poiché tali contratti condividono la causa (scambio di un'opera o un servizio verso il pagamento di un corrispettivo) e la posizione di autonomia in cui si trova il soggetto obbligato alla realizzazione del prodotto commissionato, invero, l'unico elemento di distinzione può essere identificato nella necessità che l'organizzazione di mezzi di cui deve essere dotato l'appaltatore possenga i caratteri dell'organizzazione di impresa, pena l'impossibilità di distinguere fra i due tipi contrattuali, atteso che in ogni attività umana sussiste necessariamente una forma di organizzazione ⁽¹⁹⁾.

Mentre, dunque, il contratto d'opera si qualifica per il fatto che l'opera o il servizio commissionati verranno realizzati tramite il lavoro prevalentemente personale del soggetto obbligato, il contratto di appalto si caratterizza per l'organizzazione ad impresa che viene investita nella realizzazione del risultato ⁽²⁰⁾.

L'obbligazione dell'appaltatore assume, dunque, i connotati di un'obbligazione di "far fare", nel senso che lo stesso non deve eseguire personalmente l'attività necessaria alla realizzazione dell'opera o del servizio, o comunque non in maniera prevalente, ma si obbliga ad organizzare e gestire l'apparato produttivo destinato a realizzare quel risultato.

La necessità che l'organizzazione impiegata nella realizzazione del contratto abbia i caratteri di un'impresa medio grande emerge, oltre che dal confronto sistematico con

riguardo si veda il fondamentale saggio di L. Mengoni, *Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi"* (*Studio critico*), in *Riv. Dir. Comm.*, 1954, pp. 184, 280, 366 ss.

⁽¹⁶⁾ M. Stolfi, (voce) *Appalto (contratto di)*, cit., p. 640; L. Moscarini, *L'appalto*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, vol. XI, t. III, Torino, 1984, pp. 730 ss.

⁽¹⁷⁾ D. Rubino – G. Iudica, *Dell'appalto*, cit., p. 14; O. Cagnasso, (voce) *Appalto nel diritto privato*, cit., p. 167; M. Stolfi, (voce) *Appalto (contratto di)*, cit., p. 630.

⁽¹⁸⁾ Sul tema: M. Pedrazzoli, *Prestazione d'opera e parasubordinazione. Riflessioni sulla portata sistematica dell'art. 409, n. 3, c.p.c.*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1984, I, p. 506; M. Pedrazzoli, (voce) «*Opera (prestazioni coordinate e continuative)*», in *Nov. Dig. App.*, V, Torino, 1984, p. 472; A. Perulli, *Il lavoro autonomo*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu e Messineo, vol. XXVII, t. 1, Milano, 1996.

⁽¹⁹⁾ Cfr. D. Rubino – G. Iudica, *Dell'appalto*, cit., p. 15.

⁽²⁰⁾ W. Bigiavi, *La piccola impresa*, Milano, 1947, pp. 95 ss.; M. Stolfi, (voce) *Appalto (contratto di)*, cit., p. 631; C. Giannattasio, *L'appalto*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo e proseguito da L. Mengoni, vol. XXIV, t. 2, Giuffrè, Milano, 1977, p. 19; D. Rubino, *In tema di distinzione tra appalto, contratto d'opera e vendita*, in *Giur. Compl. Cass. civ.*, 1950, II, p. 40. L. Moscarini, *L'appalto*, cit., sottolinea che se pure la distinzione fra impresa medio-grande e piccola costituisce un indice significativo della natura del rapporto, essa non appare esaustiva.

le norme in materia di contratto d'opera, anche dalla saldatura logica che intercorre fra il concetto di rischio e i termini *organizzazione e gestione* ⁽²¹⁾.

Del rischio cui fa riferimento l'art. 1655 cod. civ. sono state date connotazioni diverse.

Secondo una prima opinione ⁽²²⁾, il requisito richiesto dall'art. 1655 cod. civ. andrebbe inteso come "rischio tecnico", ossia come rischio di realizzare l'oggetto del contratto in modo imperfetto o difforme da quanto pattuito al momento della stipulazione. Ciò poiché l'opposta qualificazione come "rischio economico", rendendo incerto il valore economico della prestazione richiesta all'appaltatore, renderebbe aleatorio un contratto che possiede invece sicure caratteristiche commutative.

Tale soluzione è stata però contestata evidenziando che l'alea nel contratto di appalto non attiene all'entità obiettiva delle prestazioni cui sono tenute le parti, che è sempre determinata o almeno determinabile, ma riguarda esclusivamente il costo dell'opera ⁽²³⁾.

Se si considera il rischio presupposto dall'art. 1655 cod. civ. come rischio economico, dunque, non si trasforma il contratto di appalto in un contratto aleatorio, poiché si ha aleatorietà del contratto, non nel caso in cui vi sia incertezza circa il valore economico della prestazione, ma laddove l'incertezza afferisca il contenuto della prestazione dovuta dal soggetto obbligato. Ne consegue che l'appaltatore, in forza dell'art. 1655 cod. civ. è tenuto ad assumere tutti i rischi connessi all'esecuzione del prodotto commissionato e quindi: il rischio di non riuscire a coprire (integralmente o nella proporzione inizialmente immaginata) le spese necessarie; la responsabilità per eventuali difetti o vizi o difformità dell'opera; la sopportazione del caso fortuito ⁽²⁴⁾.

Proprio il prevalere di questa chiave di lettura ha spinto la dottrina ad affermare che *organizzazione di mezzi e gestione a proprio rischio*, nella loro combinazione, impongono di individuare l'appaltatore in colui che organizza e dirige la realizzazione dell'opera o del servizio oggetto del contratto ⁽²⁵⁾. La formula "gestione a proprio rischio" indica, così, il conferimento all'appaltatore della titolarità di ogni aspetto direttivo dell'opera e, in questo senso, si salda al concetto di "organizzazione di mezzi", evidenziando la necessità che tale organizzazione possieda caratteri imprenditoriali ⁽²⁶⁾.

3. *L'introduzione di una definizione di appalto "a misura del diritto del lavoro"*

⁽²¹⁾ M. Lipari, *Il rischio nell'appalto e l'alea normale del contratto*, in *Giust. Civ.*, II, 1986, p. 229.

⁽²²⁾ F. Voltaggio-Lucchesi, *Vizi, difetti e difformità dell'opera nell'appalto*, Flaccovio, Palermo, 1952, p. 27.

⁽²³⁾ Per una esauriente ricostruzione del percorso che ha portato all'adesione alla tesi del rischio di cui all'art. 1655 cod. civ. come rischio economico, si veda D. Rubino – G. Iudica, *Dell'appalto*, cit., pp. 23 ss.

⁽²⁴⁾ Cfr.: C. Giannattasio, *L'appalto*, cit., pp. 6-7; D. Rubino – G. Iudica, *Dell'appalto*, cit., p. 21

⁽²⁵⁾ Cfr. M. Lipari, *Il rischio nell'appalto e l'alea normale del contratto*, cit. La necessità di intendere in questi termini la figura dell'appaltatore è contenuta nella relazione del Guardasigilli al testo dell'art. 1655, riportata, sul punto, da D. Rubino – G. Iudica, *Dell'appalto*, cit., pp. 19-20.

⁽²⁶⁾ Così F. Marinelli, *Il tipo e l'appalto*, cit., p. 35.

Allo schema costruito dall'art. 1655 cod. civ. si affianca la definizione di appalto dettata dall'art. 29 d. lgs. 10 settembre 2003, n. 276, il quale recita: *Ai fini della applicazione delle norme contenute nel presente titolo, il contratto di appalto, stipulato e regolamentato ai sensi dell'articolo 1655 del codice civile, si distingue dalla somministrazione di lavoro per la organizzazione dei mezzi necessari da parte dell'appaltatore, 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, nonché per la assunzione, da parte del medesimo appaltatore, del rischio d'impresa.*

Il legislatore del decreto ha elaborato la nozione di appalto di cui all'art. 29 sulla base della delega conferita dall'art. 1 della legge 14 febbraio 2003, n. 30. Ed invero, secondo quanto previsto dal secondo comma, lettera m), punto 3, del suddetto articolo, il Governo era delegato a chiarire i *criteri di distinzione tra appalto e interposizione, ridefinendo contestualmente i casi di comando e distacco, nonché di interposizione illecita laddove manchi una ragione tecnica, organizzativa o produttiva ovvero si verifichi o possa verificarsi la lesione di diritti inderogabili di legge o di contratto collettivo applicato al prestatore di lavoro* ⁽²⁷⁾.

Come ricordato in premessa, infatti, l'obiettivo perseguito dal legislatore delegante era quello di rifondare il sistema attraverso l'abrogazione della legge 1369/60, che tanti limiti aveva dimostrato di possedere, e la costruzione di nuove regole finalizzate ad assicurare una tutela contro le forme di speculazione parassitaria sul lavoro altrui che fossero però capaci, al contempo, di dare una risposta alle esigenze di modernizzazione dei meccanismi di funzionamento del mercato del lavoro ⁽²⁸⁾.

Questi obiettivi sono stati in concreto realizzati attraverso tre fondamentali interventi normativi: l'abrogazione della citata legge che vietava la interposizione nelle prestazioni di lavoro; la rifondazione della disciplina della fornitura di lavoro temporaneo ora denominata somministrazione di lavoro e consentita sia a tempo determinato che a tempo indeterminato ⁽²⁹⁾; l'introduzione di una definizione di appalto rilevante per l'applicazione delle norme dettate dal d. lgs. 276/03.

⁽²⁷⁾ Già in sede di commento della delega conferita al Governo con la legge del febbraio del 2003, la dottrina aveva rilevato alcuni punti di criticità della formulazione della norma: R. Del Punta, *Art. 1, comma 2, lett. m), n), o). Appalto, divieto di interposizione, somministrazione di manodopera, comando*, in M. T. Carinci (a cura di), *La legge delega in materia di occupazione e mercato del lavoro*, IPSOA, Milano, pp. 64. ss.; O. Mazzotta, *Il mondo al di là dello specchio: la delega sul lavoro e gli incerti confini della liceità nei rapporti interpositori*", in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2003, I, pp. 279 ss.

⁽²⁸⁾ Questi obiettivi erano espressamente indicati nel Libro Bianco sul mercato del lavoro in Italia, Roma, ottobre 2001, spec. pp. 68 ss., laddove si sottolineava la necessità di un intervento che valorizzasse altresì i risultati positivi ottenuti nell'impiego della fornitura di lavoro temporaneo introdotta dalla legge 196/97.

⁽²⁹⁾ Vasto è il contributo dato dalla dottrina alla interpretazione della disciplina sulla somministrazione di lavoro. Senza voler essere esaustivi si richiamano, tra i tanti: P. Bellocchi, *La somministrazione di lavoro: profili generali*, in *Dir. Lav.*, 2005, I, p. 35; R. De Luca Tamajo, *Trasferimento di azienda, esternalizzazione del lavoro, somministrazione, appalto di servizi, distacco, nella riforma del diritto del lavoro*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2005, p. 59; M. T. Carinci e C. Cester (a cura di), *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d'azienda. Commento agli artt. 20-32*, vol. II, in *Commentario al d. leg. 10 settembre 2003, n. 276*, coordinato da F. Carinci, Ipsoa, Milano, 2004; P. Ichino, *Somministrazione di*

È necessario allora partire da quest'ultima definizione al fine di valutare i profili di novità o continuità fra il nuovo dettato normativo e il sistema previgente. Tale indagine, come già anticipato in premessa, sarà condotta guardando alla disciplina del contratto di appalto con l'obiettivo di delimitarne la fattispecie e gli eventuali riflessi sul piano sistematico che tale nuova definizione è suscettibile di produrre.

L'impressione, con cui si deve fare immediatamente i conti ad una prima lettura dell'art. 29, è quella di essere dinnanzi ad una definizione del contratto di appalto nuova e differente rispetto a quella generale dettata dall'art. 1655 cod. civ. Questa sensazione è indotta dall'*incipit* della norma che riferisce la definizione *ai fini della applicazione delle norme contenute nel presente titolo*. Sensazione rafforzata, peraltro, dall'evidente analogia che intercorre con quanto disposto dall'art. 2112 cod. civ. che, in materia di trasferimento di azienda, palesemente adotta la tecnica normativa di dettare una definizione di azienda e di ramo di azienda destinata ad assumere rilevanza esclusivamente ai fini della applicazione delle norme poste dall'ordinamento a tutela dei lavoratori coinvolti dell'attuazione di quella scelta imprenditoriale.

Tale iniziale impressione deve essere però immediatamente ridimensionata laddove si consideri che, dalla formulazione dell'art. 29, più sopra riportato, si evincono due fondamentali indicazioni: la prima è che il contratto di appalto oggetto della disposizione è pur sempre il contratto *stipulato e regolamentato ai sensi dell'art. 1655 cod. civ.*; la seconda è che gli elementi che contraddistinguono la nozione presa in considerazione dall'art. 29 restano pur sempre l'organizzazione dei mezzi necessari e l'assunzione del rischio di impresa da parte dell'appaltatore.

Ne consegue, come primo risultato del confronto fra le citate norme, che deve ritenersi sussistente una piena coincidenza sul piano strutturale fra i tipi negoziali definiti dal codice civile e dal d. lgs. 276/03.

Corollario di tale premessa è che i risultati dell'interpretazione condotta sull'art. 1655 cod. civ. devono essere impiegati per illuminare la definizione di appalto coniata dall'art. 29 d. lgs. 276/03 e, dunque, che anche con riferimento alla fattispecie astratta presa in considerazione dall'art. 29, l'organizzazione di mezzi che l'appaltatore deve investire per la realizzazione dell'opera o del servizio deve possedere carattere di impresa.

Ciò posto, si riscontra nell'art. 29 la presenza di un elemento di specificazione del requisito dell'organizzazione dei mezzi (*rectius*, per quanto sin qui detto, organizzazione in forma di impresa) di cui deve essere valutato il significato. Precisa infatti l'art. 29 che l'organizzazione dei mezzi necessari da parte dell'appaltatore può

lavoro, appalto di servizi, distacco, cit., pp. 257 ss.; G. Suppiej, *Mercato del lavoro e somministrazione di lavoro nella nuova riforma (commento al d. leg. 10 settembre 2003, n. 276)*, in *Lav. Giur.*, 2004, p. 205; M. Tiraboschi, *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*, in M. Tiraboschi (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 205 ss.; M. Del Conte, *Rimodulazione degli assetti produttivi tra libertà di organizzazione dell'impresa e tutele dei lavoratori*, in M. Tiraboschi (a cura di), *Le esternalizzazioni dopo la riforma Biagi, Somministrazione, appalto, distacco e trasferimento di azienda*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 419 ss.; R. Romei, *Il contratto di somministrazione di lavoro*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2006, 3, pp. 403 ss.

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 inciso impone allora di appurare se l'organizzazione in forma di impresa presupposta dall'art. 29 d. lgs. 276/03 coincida con quella desumibile dall'art. 2082 cod. civ. (cui necessariamente deve ritenersi faccia riferimento l'art. 1655 cod. civ.) o se presenti, diversamente, rispetto ad essa, degli elementi peculiari, suscettibili di incidere sulla qualificazione della fattispecie contrattuale.

La premessa logica di tale prospettiva di indagine è data dalla nota considerazione, espressa già nei primi autorevoli commenti al codice civile, per cui il concetto di impresa non ha una dimensione monolitica e comunque non può essere considerata come la mera trasposizione nell'ordinamento giuridico del significato che al concetto di impresa si attribuisce nel mondo economico ⁽³⁰⁾. L'impresa cui l'ordinamento fa riferimento è invece il risultato dell'interpretazione delle norme che la presuppongono; interpretazione che condurrà a risultati difformi, e, dunque, a differenti nozioni giuridiche di impresa, a seconda del diverso profilo da cui il fenomeno venga preso in considerazione ⁽³¹⁾.

Che l'art. 2082 cod. civ. non fissi l'unica nozione giuridica di impresa e di imprenditore trova peraltro oggi conferma nel dato condiviso per cui alla nozione civilistica (di cui all'art. 2082 cod. civ.) se ne contrappongono altre qualificate da elementi originali in ragione degli specifici interessi che la legge mira a soddisfare, nonché delle specifiche finalità che la stessa persegue.

A titolo esemplificativo si può ricordare quanto avvenuto nel diritto comunitario e nel diritto tributario.

Nel diritto comunitario la precisazione del contenuto della nozione di impresa, rilevante per l'applicazione delle numerose norme europee in materia di concorrenza ⁽³²⁾, è dovuta alla Corte di Giustizia della Comunità Europea ⁽³³⁾, la quale ha dovuto fare i conti con l'assenza di una esplicita definizione di impresa nelle norme comunitarie, da un lato, e con le profonde differenze intercorrenti fra le nozioni di impresa recepite all'interno dei vari ordinamenti degli stati membri ⁽³⁴⁾, dall'altro.

⁽³⁰⁾ F. Santoro Passarelli, *L'impresa nel sistema del diritto civile*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1942, I, pp. 376 ss., ora in *Saggi di diritto civile*, Jovene, Napoli, 1961, part. pp. 948 s.

⁽³¹⁾ A. Asquini, *Profili dell'impresa*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1943, I, pp. 1 ss.

⁽³²⁾ Così V. Di Comite, *La nozione d'impresa nell'applicazione del diritto comunitario della concorrenza*, in *Giur. It.*, 2004, c. 2028.

⁽³³⁾ Numerosi sono peraltro i contributi dati dalla dottrina italiana alla chiarificazione della nozione di impresa comunitaria: Verrucoli (a cura di), *La nozione di impresa nell'ordinamento comunitario*, Milano, 1977; V. Afferni, *La nozione di impresa comunitaria*, in F. Galgano (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 1978, vol. II, pp. 129 ss.; A. Spadafora, *La nozione di impresa nel diritto comunitario*, in *Giust. Civ.*, II, 1990, pp. 283 ss.; Corapi – De Donno, *L'impresa*, in Tizzano (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione europea*, II, vol. XXVI del *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, Torino, 2000, pp. 953 ss.; L. Di Via, *L'impresa*, in Lipari (a cura di), *Trattato di diritto privato europeo*, Padova, 2003, pp. 69 ss.

⁽³⁴⁾ Per una panoramica delle profonde differenze sussistenti fra le nozioni di impresa presupposte nei principali ordinamenti comunitari si veda V. Afferni, *La nozione di impresa comunitaria*, cit.

La Corte ha dunque delineato il concetto di impresa assumendo come punto di riferimento lo specifico obiettivo perseguito dai trattati comunitari: ossia quello di garantire la concorrenza all'interno del mercato europeo. In questa prospettiva, la Corte ha identificato l'impresa in qualunque attività che abbia rilevanza economica e sia in grado di incidere sul mercato, a prescindere dalla natura giuridica del soggetto che la esercita.

Parimenti autonoma è la nozione cui fa riferimento la disciplina tributaria interessata ad identificare l'oggetto della tassazione, ossia il reddito, e non a regolamentare il fenomeno dell'esercizio dell'impresa in quanto tale ⁽³⁵⁾.

L'impresa cui fanno riferimento le norme tributarie è allora intesa come attività avente natura commerciale nella quale si abbia una combinazione di capitale e di lavoro. Viene così attribuita rilevanza centrale all'attività e contestualmente ridimensionata l'importanza del profilo organizzativo ⁽³⁶⁾.

Le osservazioni che precedono stimolano allora l'avvio di una riflessione analoga a quella condotta nel diritto tributario e nel diritto comunitario al fine di valutare se l'art. 29 d. lgs. 276/03 faccia riferimento alla nozione codicistica di impresa o se invece ne presupponga una specifica "a misura del diritto del lavoro" ⁽³⁷⁾.

In questa prospettiva l'esame sarà condotto ricercando gli interessi e le finalità che hanno costituito la pietra angolare nell'elaborazione delle norme, civilistiche e lavoristiche, che presuppongono la nozione di impresa, nel tentativo di fare emergere eventuali profili di differenziazione che si riverberino nella caratterizzazione della fattispecie.

4. L'organizzazione in forma di impresa nel diritto commerciale

Il punto di partenza della riflessione non può che essere l'art. 2082 del codice civile, che non definisce *l'impresa*, ma *l'imprenditore*, qualificandolo come *colui che professionalmente esercita un'attività economica organizzata per la produzione e lo scambio di beni o servizi*.

Questo primo dato ci consente immediatamente di sottolineare come la finalità perseguita dal legislatore sia quella di individuare il soggetto giuridico cui imputare le responsabilità connesse all'esercizio dell'attività avente carattere imprenditoriale. Ciò al

⁽³⁵⁾ Così M. Polano, *Impresa nel diritto tributario*, in *Dig. Disc. Priv. Sez. Comm.*, Utet, Torino, 1992, v. VII, pp. 185 ss. Sul tema si veda anche: M. Polano, *Attività commerciale e impresa nel diritto tributario*, Cedam, Padova, 1984; A. Fantozzi, *Impresa e imprenditore (dir. trib.)*, in *Enc. Giur. Trecc.*, Roma, 1989, v. XVI; G. Tinelli, *Il reddito d'impresa nel diritto tributario*, Giuffrè, Milano, 1991.

⁽³⁶⁾ Così A. Fantozzi, *Impresa e imprenditore (dir. trib.)*, cit., pp. 1 s.

⁽³⁷⁾ A riflettere nel senso indicato nel testo induce altresì l'intuizione espressa da G. Giugni in *Diritto del lavoro (voce per una enciclopedia)*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1979, pp. 11 ss., laddove l'autore afferma che il "concetto di impresa, come mutuato dal diritto commerciale, è insufficiente ad inquadrare la normativa giuslavoristica. L'impresa, infatti, è trattata dall'ordinamento giuridico nella specie di attività dell'imprenditore sul mercato, non sotto il profilo, che qui invece rileva, dell'organizzazione del lavoro".

fine di tutelare i terzi che vengano in contatto con l'imprenditore nell'esercizio dell'attività di impresa.

Che questa sia la prospettiva assunta dal legislatore è peraltro dimostrato dal dibattito che si sviluppò in dottrina all'indomani della promulgazione del codice civile e che si concentrò specificamente sulla possibilità di identificare nell'impresa un autonomo soggetto di diritti distinto dall'imprenditore ⁽³⁸⁾.

Tale opzione è stata esclusa osservando piuttosto che l'impresa si caratterizza come quell'attività il cui esercizio comporta l'assunzione della qualità di imprenditore, poiché, come osserva Oppo ⁽³⁹⁾, la fattispecie è l'impresa e non l'imprenditore: è quest'ultimo ad essere definito in funzione dell'esercizio dell'impresa e non viceversa.

Se l'art. 2082 cod. civ. costituisce il punto di riferimento per la qualificazione dell'appalto ai sensi dell'art. 1655 cod. civ., si è però evidenziato come non vi sia necessaria coincidenza fra le figure dell'imprenditore e quella dell'appaltatore. Ciò poiché l'assunzione della qualità di appaltatore non richiede altresì il possesso dei requisiti per essere incluso nella categoria degli imprenditori commerciali ⁽⁴⁰⁾.

In particolare, costituisce principio pacifico quello per cui il requisito della professionalità non è richiesto ai fini della sussistenza dell'appalto. In questo senso, l'impresa rilevante ai fini dell'appalto consiste nella combinazione fra organizzazione dei mezzi necessari e assunzione del rischio rispetto alla realizzazione del risultato commissionato, a prescindere dal fatto che quella struttura produttiva abbia carattere di stabilità ⁽⁴¹⁾.

Delimitando ulteriormente l'oggetto dell'indagine, dobbiamo allora chiederci se l'organizzazione imprenditoriale richiesta dall'art. 1655 cod. civ., e ricostruita alla luce dell'art. 2082 cod. civ., coincida con quella presupposta dall'art. 29 d. lgs. 276/03.

È dunque necessario esaminare quello che costituisce uno dei predicati ⁽⁴²⁾ dell'attività di produzione o di scambio di beni o servizi in cui consiste l'impresa: l'organizzazione.

⁽³⁸⁾ Cfr.: F. Santoro Passarelli, *L'impresa nel sistema di diritto civile*, cit., pp. 956 ss.; G. Santini, *Le teorie sull'impresa (Civili e laburisti a confronto)*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1970, I, p. 405 ss.; F. Galgano, *L'impresa. Le teorie dell'impresa*, in *Trattato di commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, II, Cedam, Padova, 1978, spec. pp. 14 ss.

⁽³⁹⁾ G. Oppo, *L'impresa come fattispecie*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1982, I, p. 110.

⁽⁴⁰⁾ In tal senso, in dottrina: Stolfi, *Appalto (contratto di)*, cit., p. 630; R. Del Punta, *Appalto di mano d'opera e subordinazione*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1995, 630; G. De Simone, *Titolarità dei rapporti di lavoro e regole di trasparenza*, F. Angeli, 1995; O. Mazzotta, *Rapporti interpositori e contratto di lavoro*, Milano, 1979. In giurisprudenza v.: Cass. 23 agosto 2000, n. 11040, in *Rep. Foro It.*, 2000, 432; Cass. 4 luglio 1996, n. 6092, in *Rep. Foro It.*, 1996, 476; Cass. 7 settembre 1993, n. 9398, in *Lav. Giur.*, 1993, p. 81; Cass. 24 maggio 1991, n. 5897, in *Mass. Giur. Lav.*, p. 552; Cass. 20 aprile 1985, n. 2643, in *Giust. Civ.*, 1986, I, p. 503.

⁽⁴¹⁾ D. Rubino – G. Iudica, *Dell'appalto*, cit., pp. 16-17. Definisce il requisito della professionalità come *abitudine* V. Buonocore, *Manuale di diritto commerciale*, cit., p. 49. Ritiene invece riduttivo ritenere il requisito della professionalità sinonimo di "abitudine" P. Spada, (voce) *Impresa*, in *Dig. Disc. Priv.*, Sez. *Comm.*, vol. VII, UTET, Torino, 1992, p. 49.

⁽⁴²⁾ Ha sottolineato P. Spada, (voce) *Impresa*, cit., p. 40, che, nella terminologia della sintassi, potrebbe dirsi che l'art. art. 2082 cod. civ. fa riferimento ad un soggetto (l'attività di produzione o di scambio di beni o di servizi) qualificato da tre predicati: economicità, professionalità ed organizzazione.

Questo requisito dell'attività qualificata in forma di impresa è stato, fuor di dubbio, quello che con maggior forza ha attratto l'attenzione degli studiosi e che, conseguentemente, ha conosciuto nel tempo una più forte evoluzione.

Nelle prime interpretazioni della norma si affermò la necessità di intendere tale requisito come sinonimo di *organizzazione intermediatrice del lavoro* ⁽⁴³⁾, così da poter parlare di organizzazione in forma di impresa esclusivamente laddove l'imprenditore impiegasse prestazioni lavorative altrui.

Questa impostazione è stata successivamente superata evidenziando come l'impiego di lavoro altrui non costituisca un requisito indefettibile alla qualificazione in forma imprenditoriale di una certa organizzazione produttiva.

In questo senso, ancora attuale è l'esempio proposto dal Bigiavi ⁽⁴⁴⁾, secondo il quale considerare l'organizzazione ad impresa necessariamente come intermediazione nel lavoro altrui significherebbe concludere che quel soggetto non potrebbe più essere qualificato come imprenditore, e assoggettato alla relativa disciplina, laddove ad un certo punto decidesse di sostituire i lavoratori con apparecchiature meccaniche.

Esclusa la necessità di intendere l'organizzazione come organizzazione del lavoro altrui, autorevole dottrina ⁽⁴⁵⁾ sostiene che, in realtà, l'organizzazione costituirebbe un pseudo-requisito non necessario alla identificazione dell'imprenditore ed in particolare alla distinzione tra questa figura e quelle del piccolo imprenditore e del lavoratore autonomo. Secondo questa tesi, poiché tutte le attività implicano un grado di organizzazione, la dimensione di quest'ultima non possiederebbe un effettivo valore discriminante, come dimostrato dal fatto che anche i soggetti che svolgono attività intellettuali, e che dunque non appartengono alla categoria degli imprenditori, possono svolgere tale attività avvalendosi di una struttura di rilevanti dimensioni.

In questa prospettiva, l'elemento qualificante della fattispecie viene allora identificato nell'esercizio dell'attività secondo il criterio dell'economicità. Attività economica va intesa, secondo questa opinione ⁽⁴⁶⁾, come attività che implica l'accettazione del rischio di perdere la ricchezza impiegata. Tale rischio, dunque, mentre, nell'impresa capitalistica, consiste nella possibilità di perdere il capitale investito, nella piccola impresa, fondata sul lavoro dell'imprenditore, consiste nel rischio di lavorare senza remunerazione.

Questa prospettazione, ancorché autorevolmente sostenuta, non ha trovato accoglimento presso la dottrina prevalente, la quale ha sottolineato, diversamente, come l'importanza attribuita dal legislatore al requisito dell'*organizzazione* sia dimostrata dai

⁽⁴³⁾ Asquini, *Profili dell'impresa*, cit., p. 3; G. Valeri, *Manuale di diritto commerciale*, I-II, Firenze, 1950; P. Greco, *Corso di diritto commerciale. Impresa e azienda*, III ed., Milano, 1957.

⁽⁴⁴⁾ W. Bigiavi, *La "piccola impresa"*, cit., p. 49.

⁽⁴⁵⁾ F. Galgano, *L'imprenditore*, Zanichelli, Bologna, 1970, pp. 19 ss.; Id., (voce) *Imprenditore*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. Comm.*, vol. VII, UTET, Torino, 1992, pp. 13 ss.

⁽⁴⁶⁾ F. Galgano, *L'imprenditore*, cit., p. 23.

numerosi riferimenti ad essa fatti dal legislatore sia nel codice civile che nelle leggi speciali ⁽⁴⁷⁾.

Muovendo da tale constatazione, tale filone interpretativo sottolinea che la soglia al di sotto della quale si deve parlare di piccolo imprenditore deve essere determinata facendo riferimento alle dimensioni ed alla organizzazione interna. Si avrà, in altre parole, piccola impresa quando, sotto il profilo dimensionale, la partecipazione di soggetti estranei alla famiglia dell'imprenditore non oltrepassi la soglia della prevalenza sul lavoro dei familiari, e, sotto il profilo organizzativo, quando l'impresa rimanga essenzialmente legata alle sorti del piccolo imprenditore ⁽⁴⁸⁾.

Dalla comparazione con la definizione di piccolo imprenditore si devono dunque trarre i contenuti e i caratteri dell'organizzazione dell'impresa medio grande.

Tale comparazione consente di evidenziare che, mentre per il piccolo imprenditore l'organizzazione costituisce un mezzo per l'esplicazione della propria attività personale, per l'imprenditore definito dall'art. 2082 cod. civ., il risultato dell'attività produttiva costituisce il risultato del funzionamento dell'apparato a tal fine predisposto. Struttura che ha, dunque, capacità produttiva autonoma ed indipendente dalla persona che lo ha creato, cosicché la medesima struttura possiede la capacità di sopravvivere alle vicende che dovessero toccare la persona che ricopre la veste di imprenditore ⁽⁴⁹⁾.

Così inteso il requisito dell'organizzazione, diventa necessario chiedersi quali debbano essere gli elementi di cui la stessa deve essere composta; se, in altre parole, sia possibile ammettere l'esistenza di un'impresa senza azienda (quella definita dall'art. 2555 cod. civ.), oppure se sia necessario che accanto all'organizzazione dei soggetti coesista quella degli oggetti ⁽⁵⁰⁾.

Al riguardo la dottrina commercialistica ha riconosciuto che l'organizzazione può avere caratteristiche diversificate in relazione alle diverse esigenze dell'attività produttiva, cosicché ben può aversi impresa senza azienda in quelle ipotesi in cui l'organizzazione consista di soli soggetti ⁽⁵¹⁾. Così come, l'organizzazione professionale per un'attività di servizi non postula necessariamente un complesso ordinato di mezzi e di persone, essendo, invece, sufficiente che quell'attività sia sistematica e continua, anche se con rudimentale e limitata predisposizione di documenti, denaro e altro,

⁽⁴⁷⁾ Cfr., tra gli altri: V. Buonocore, *L'imprenditore in generale*, in V. Buonocore (a cura di), *Manuale di diritto commerciale*, p. 47, che richiama gli artt. 2083, 1655, 2070, 2238, 2555 c.c.; G. Giuffrida, (voce) *Imprenditore (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, XX, Giuffrè, 1970, p. 516, che richiama gli artt. 1655 e 2555 c.c.; G. Oppo, *Realtà giuridica globale dell'impresa nell'ordinamento italiano*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1976, I, pp. 593 s., che richiama gli artt. 2082, 2083, 2555, 2238 c.c. e l'art. 51 d. pres. 29 settembre 1973, n. 597.

⁽⁴⁸⁾ V. Buonocore, *L'imprenditore in generale*, cit., p. 80.

⁽⁴⁹⁾ Così G. Ferri, *Manuale di diritto commerciale*, UTET, 1996, p. 51. Nello stesso senso G. Oppo, *Impresa e imprenditore*, in *Enc. Giur. Trecc.*, vol. XVI, Zanichelli, Roma, 1989, p. 4, il quale sottolinea che l'organizzazione non è un mero carattere dell'attività, ma un'ulteriore componente dotata di una propria realtà che, una volta creata, ha esistenza oggettiva fuori del soggetto che l'ha creata e può servire anche successivamente all'attività di soggetti diversi.

⁽⁵⁰⁾ Cfr. V. Panuccio, (voce) *Impresa (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, XX, Giuffrè, 1970, p. 619.

⁽⁵¹⁾ Così V. Panuccio, *ult. op. cit.*, p. 619.

particolarmente quando sia incentrata in una persona e non richieda che scarsi mezzi materiali e personali ⁽⁵²⁾.

La sommaria ricostruzione sin qui compiuta delle opinioni espresse dalla dottrina commercialistica relativamente alle caratteristiche della organizzazione in forma di impresa pone in evidenza la necessità di tenere distinti due profili che, viceversa, anche nel pensiero degli autori più sopra richiamati, vengono spesso confusi o sovrapposti.

In particolare, dall'esame sin qui condotto, è possibile evincere che all'organizzazione in forma di impresa deve farsi riferimento in una duplice accezione: per un verso essa identifica il complesso di beni destinato all'attività produttiva; per l'altro facendo riferimento all'organizzazione dell'attività si vuole identificare la "forma" dell'apparato produttivo.

Sotto il primo profilo, la dottrina commercialistica ha precisato che essa può essere composta anche esclusivamente di lavoratori se l'attività non richiede l'impiego di mezzi materiali.

Sotto il secondo profilo, deve essere considerata come organizzazione in forma di impresa, al fine dell'identificazione dell'imprenditore commerciale cui applicare il relativo statuto giuridico, quella struttura, comunque composta, che sia tale da poter sopravvivere all'imprenditore che l'abbia creata, poiché l'attività lavorativa di quest'ultimo non è essenziale al suo funzionamento.

5. La nozione di azienda e di ramo di azienda "a misura del diritto del lavoro"

Tenendo presenti i due aspetti del requisito organizzativo che l'indagine che precede ha consentito di far emergere, è necessario a questo punto spostare l'attenzione sulle norme che il legislatore ha posto a tutela del lavoratore attribuendo rilevanza al concetto di impresa.

Il fatto che l'art. 29 d. lgs. 276/03 abbia collocato la nozione di appalto nel solco già tracciato con l'art. 1655 cod. civ. impone, come anticipato, di valutare se le due nozioni coincidano o meno e, dunque, di appurare se il requisito della organizzazione di mezzi abbia i medesimi connotati in entrambe le norme.

Posti in questo modo i termini della riflessione che si deve condurre, è necessario introdurre nel discorso un altro riferimento normativo la cui considerazione diviene necessaria per la delimitazione del requisito richiesto per la qualificazione del contratto di appalto.

Al fine di precisare il contenuto del requisito dell'organizzazione di mezzi, e dunque del concetto di impresa, non possono infatti essere trascurati i contenuti del dibattito sviluppatosi sulla interpretazione delle definizioni di azienda e di ramo di azienda dettate dall'art. 2112 cod. civ. e che hanno costituito il punto di riferimento

⁽⁵²⁾ Così Cass. 16 settembre 1983, n. 5589, in *Giur. It.*, 1984, I, 1, c. 942; Cass. 13 agosto 2004, n. 15769, in *Dir. Fallim.*, 2005, II, 395, con nota di Fabbrini.

delle frequenti modificazioni che quest'ultima norma ha subito nel corso degli ultimi anni ⁽⁵³⁾.

La necessità di rivolgere l'attenzione a tale dibattito si giustifica in relazione a quattro fondamentali motivazioni.

In primo luogo, l'azienda costituisce lo strumento di esercizio dell'attività di impresa e, dunque, implica in maniera evidente il concetto di organizzazione.

In secondo luogo, la definizione di azienda inserita nell'art. 2112 cod. civ., come si evince intuitivamente considerando i termini impiegati al suo interno, è stata elaborata dal legislatore assumendo a parametro di riferimento la definizione di imprenditore enunciata nell'art. 2082 cod. civ. ⁽⁵⁴⁾.

In terzo luogo, l'oggetto del trasferimento e lo strumento di realizzazione in appalto dell'opera o del servizio commissionati (*rectius* l'organizzazione di mezzi) coincidono nelle procedure di esternalizzazione ⁽⁵⁵⁾. Collegamento che trova peraltro oggi una specifica considerazione nella legge laddove l'ultimo comma dell'art. 2112 cod. civ., aggiunto dall'ultimo comma dell'art. 32 del d. lgs. 276/03, espressamente ammette la legittimità delle operazioni di esternalizzazione contemplando l'ipotesi del contratto di appalto la cui esecuzione avvenga utilizzando il ramo di azienda oggetto di una precedente cessione.

In quarto luogo, sembra potersi ravvisare una *ratio* analoga negli interventi che hanno spinto il legislatore a introdurre una nozione di azienda e una nozione di appalto distinte, ancorché non necessariamente autonome, rispetto a quelle contenute rispettivamente negli artt. 2555 e 1655 cod. civ. *Ratio* che, ad un primo esame, sembra ravvisabile nel tentativo di *modellare i concetti e le categorie proprie del diritto*

⁽⁵³⁾ Gli interventi del legislatore sull'art. 2112 sono stati a tal punto numerosi da far parlare della norma codicistica come di un "cantiere aperto". L'art. 2112 cod. civ., nella formulazione risalente alla promulgazione del codice civile nel 1942, non prevedeva una nozione specifica di azienda e/o di ramo di azienda. Dopo un primo intervento normativo modificativo delle tecniche di tutela previste dalla norma a favore dei lavoratori coinvolti nel trasferimento, l'introduzione di una prima definizione di azienda e di ramo di azienda si deve al d. lgs. 2 febbraio 2001, n. 18. Il testo dell'art. 2112 cod. civ. è stato modificato ancora una volta dalla riforma del mercato del lavoro (in particolare dall'art. 32, d. lgs. 10 settembre 2003, n. 276 a sua volta corretto dal d. lgs. 6 ottobre 2004, n. 251).

⁽⁵⁴⁾ La dottrina è però divisa tra chi ritiene che vi sia una completa assimilazione fra i due concetti (G. Santoro Passarelli, *Fattispecie ed interessi tutelati nel trasferimento di azienda e di ramo di azienda*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2003, I, p. 196) e chi invece sostiene che non sia identificabile una completa sovrapposizione fra le due fattispecie (A. Maresca, *L'oggetto del trasferimento: azienda e ramo di azienda*, in *Dialoghi fra Dottrina e Giurisprudenza*, 2004, n. 2, p. 91).

⁽⁵⁵⁾ Come noto, con il termine *esternalizzazione* si suole denominare la scelta dell'impresa di frammentare il proprio ciclo produttivo concentrando l'attività su alcune funzioni principali affidando l'esecuzione delle altre ad imprese terze attraverso la stipulazione di contratti commerciali, normalmente contratti di appalto. La realizzazione di questo obiettivo avviene normalmente in due fasi tramite la stipulazione di due contratti tra loro funzionalmente collegati: un contratto di trasferimento di ramo di azienda e un contratto di appalto con il quale il cessionario del ramo si impegna a realizzare per il cedente l'opera o il servizio che quest'ultimo prima realizzava autonomamente impiegando a tal fine il ramo ceduto. Lo strumento tramite il quale trova attuazione il rapporto contrattuale è, dunque, in entrambi i casi, coincidente. Per un'efficace e completa trattazione dell'argomento: R. De Luca Tamajo (a cura di), *I processi di esternalizzazione*, Napoli, 2002 e G. Santoro Passarelli e R. Foglia (a cura di), *La nuova disciplina del trasferimento di impresa*, Ipsa, 2001.

commerciale o del diritto civile a misura degli interessi tipici del lavoro subordinato ⁽⁵⁶⁾.

5.1. L'azienda nella giurisprudenza della Corte di Giustizia della Comunità Europea

Il dibattito sull'interpretazione dell'art. 2112 cod. civ. si è principalmente concentrato sulla delimitazione della nozione di ramo di azienda, con l'obiettivo di chiarire se lo stesso dovesse essere inteso come struttura produttiva preesistente al trasferimento, in quanto già utilizzato da parte del cedente prima della stipulazione del contratto per la realizzazione di un autonomo risultato produttivo, oppure se lo stesso potesse essere considerato tale anche solo sul piano potenziale, così da poter essere definito da cedente e cessionario in vista del trasferimento ⁽⁵⁷⁾.

Nell'ambito di tale discussione, i cui termini specifici poc'anzi indicati esulano dall'oggetto della presente indagine, ha avuto un ruolo centrale non solo la giurisprudenza nazionale, ma altresì quella comunitaria. Tali contributi, sia pur con toni e soluzioni diverse in relazione ad alcuni specifici aspetti, possono essere considerati convergenti nell'aver indicato che il percorso seguito dal legislatore nel modificare l'art. 2112 cod. civ. è stato orientato a introdurre all'interno dell'ordinamento una nozione "smaterializzata" di azienda, nel tentativo di ricercare nel disposto normativo un significato che fosse coerente con le modificazioni subite dal tessuto produttivo italiano nel quale l'importanza delle conoscenze e dei beni immateriali nello svolgimento dell'attività di impresa costituiscono una realtà rispetto alla quale i modi tradizionali di concepire logiche e strumenti dell'attività produttiva non risultano più adeguati.

Nel ripercorrere le tappe di questa riflessione si deve ovviamente prendere le mosse dalla giurisprudenza comunitaria. Tutte le modifiche apportate all'art. 2112 cod. civ. hanno costituito, infatti, l'applicazione delle direttive comunitarie ⁽⁵⁸⁾ che hanno regolamentato questa materia. L'interpretazione della norma nazionale è dunque necessariamente vincolata al rispetto del significato attribuito alla normativa comunitaria, in ossequio al principio per cui la prevalenza del diritto europeo su quello

⁽⁵⁶⁾ Così A. Maresca, *L'oggetto del trasferimento: azienda e ramo di azienda*, cit., p. 89, il quale precisa come l'esigenza indicata nel testo costituisca una tendenza destinata ad estendersi.

⁽⁵⁷⁾ Gli autori che si sono occupati di questo tema sono numerosissimi e non è possibile ricordarli tutti in questa sede anche perché il tema specifico della preesistenza al trasferimento del ramo di azienda esula dall'oggetto del presente studio. Ci si limita a rinviare, per una ricapitolazione delle opinioni dottrinali e giurisprudenziali al volume della rivista *Dialoghi fra Dottrina e Giurisprudenza.*, 2004, 2, dedicato a "*Il trasferimento d'azienda*", oltre ai testi che di seguito saranno citati laddove necessario.

⁽⁵⁸⁾ La prima direttiva comunitaria in materia risale al 1977 (Dir. 77/187/CEE del Consiglio del 14 febbraio 1977) ed è stata recepita nel nostro ordinamento con la legge 29 dicembre 1990, n. 427. La direttiva del 1977 è stata successivamente sostituita dalla direttiva del Consiglio del 29 giugno 1998, 98/50/CE, recepita nel nostro ordinamento tramite il d. lgs. 2 febbraio 2001, n. 18. La direttiva del 1998 è ora confluita, in virtù di una trasposizione meramente redazionale priva di contenuti innovativi, nella direttiva del Consiglio del 12 marzo 2001, 2001/23/CE.

nazionale impone che fra i vari significati possibili della norma nazionale debba essere preferito quello che risulti maggiormente conforme al dettato comunitario.

La Corte di Giustizia ha lavorato sulle norme comunitarie con l'evidente obiettivo di elaborare una definizione dell'oggetto del trasferimento che non abbia carattere generale e monolitico, quanto piuttosto modulabile in relazione all'attività nella quale venga impiegato ⁽⁵⁹⁾.

In questa prospettiva, anche tenuto conto della funzione di salvaguardia dei diritti dei lavoratori che la direttiva in materia di trasferimento di impresa, stabilimento o parte di stabilimento è destinata a soddisfare ⁽⁶⁰⁾, i giudici comunitari hanno attribuito rilevanza principale, ai fini della sussistenza del trasferimento, al fatto che l'operazione realizzi un passaggio al nuovo imprenditore del nucleo essenziale, rispetto alla natura dell'attività esercitata, dei beni componenti il ramo di azienda impiegato nell'esercizio di quella attività.

Il nucleo essenziale in cui consiste l'azienda o il suo ramo, secondo la Corte di Giustizia, dunque, non si qualifica per la presenza di un certo numero di beni materiali, per una prevalenza di questi sui lavoratori impiegati oppure per la necessità che sussista una certa proporzione fra l'uno e l'altro elemento. Piuttosto è azienda quell'apparato produttivo che risulti funzionale alla produzione di un determinato risultato.

Il giudice comunitario ha così affermato che criterio decisivo per stabilire l'esistenza di un trasferimento ai sensi della direttiva è quello del mantenimento dell'identità dell'entità economica, che risulta dal proseguimento o dalla ripresa in concreto da parte del cessionario delle stesse attività economiche o di attività analoghe ⁽⁶¹⁾. Al fine di accertare la sussistenza di tali condizioni, ha precisato la Corte, è necessario prendere in considerazione l'insieme delle circostanze di fatto caratterizzanti l'operazione, che devono essere valutate non isolatamente ma nel loro complesso e tra le quali devono essere annoverate il tipo di impresa, il trasferimento o meno di elementi corporali, come stabilimenti o beni mobili, il valore dei beni immateriali al momento del trasferimento, la riassunzione o meno della parte essenziale dei dipendenti da parte del nuovo imprenditore, il trasferimento o meno della clientela ⁽⁶²⁾.

⁽⁵⁹⁾ In questo senso S. Ciucciovino, *La disciplina del trasferimento d'azienda dopo il d. lgs. 18/2001*, in *I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli giuridici*, a cura di R. De Luca Tamajo, ESI, 2001, p. 89.

⁽⁶⁰⁾ Cfr. CGCE, 18 marzo 1986, c. 24/85, *Spijkers c. Gebroeders Benedii*, in *Foro It.*, 1989, IV, c. 13, punto 11; CGCE, 7 marzo 1996, c. 171/94 e 172/94, *Merckx e Neuhuys c. Ford Motors Company Belgium SA*, in *Foro it. Rep.* 1996, Voce Unione Europea, 1270, punto 28. R. Foglia, *La giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea sulla nozione di trasferimento d'azienda*, in *Dialoghi fra Dottrina e Giurisprudenza*, n. 2, 2004, p. 391, sottolinea che la Corte di Giustizia ha conferito assoluta priorità ai profili di tutela della conservazione dei rapporti di lavoro di fronte ai fenomeni di decentramento e di mobilità delle imprese.

⁽⁶¹⁾ CGCE, 18 marzo 1986, c. 24/85, cit., punto 12; CGCE, 19 maggio 1992, c. 29/91, *Redmond Stichting*, in *Raccolta Ufficiale*, 1992, I, 3189, punto 23; CGCE, 25 gennaio 2001, c. 172/99, cit., punto 17. Per una ricostruzione dell'orientamento della giurisprudenza comunitaria in materia si rinvia a R. Foglia, *La giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea sulla nozione di trasferimento di azienda*, cit.

⁽⁶²⁾ Cfr. CGCE, 18 marzo 1986, c. 24/85, cit. punto 12 e 13; CGCE, 11 marzo 1997, c. 13/95, cit., punto 14; CGCE, 20 novembre 2003, c. 340/01, punto 33.

Ciò che emerge dalla giurisprudenza comunitaria in ordine alla definizione dell'oggetto del trasferimento è, dunque, la necessità di porre attenzione alle caratteristiche peculiari dell'attività del cedente.

In relazione alla natura di tale attività, si può rinvenire un trasferimento di azienda in tutte quelle ipotesi in cui il nucleo essenziale dell'apparato produttivo prima impiegato dal cedente passi al nuovo imprenditore e sia impiegato da quest'ultimo nell'esecuzione della stessa o di analoga attività⁽⁶³⁾. In questa prospettiva, ha concluso la Corte, anche laddove l'attività si fondi essenzialmente sulla mano d'opera, trova applicazione la disciplina comunitaria in materia di trasferimento di impresa o di parte di impresa se l'appaltatore subentrante, pur senza avere acquisito gli elementi patrimoniali utilizzati dal predecessore nell'esecuzione dell'appalto, abbia assunto una parte consistente e rilevante dei dipendenti dello stesso⁽⁶⁴⁾.

Per quanto attiene agli obiettivi della presente indagine, rileva, dunque, sottolineare come la Corte di Giustizia abbia recepito una nozione "smaterializzata" dell'oggetto del trasferimento, la cui riconducibilità al modello astratto presuppone però una valutazione attinente l'idoneità di quell'apparato a realizzare un certo risultato. In quanto tale condizione sussista, la direttiva potrà trovare applicazione anche nel caso del passaggio di un gruppo organizzato di lavoratori⁽⁶⁵⁾.

5.2. *L'azienda nella dottrina e nella giurisprudenza italiane*

La "smaterializzazione" della nozione di azienda e la scelta di considerarla una nozione flessibile, ossia qualificabile, nei suoi specifici contenuti ed elementi costitutivi, in relazione all'attività produttiva nella quale la stessa deve essere impiegata, ha contraddistinto anche la riflessione della dottrina italiana, costantemente attenta alle elaborazioni della giurisprudenza europea. Punto di riferimento di questo dibattito sono gli scritti successivi alla promulgazione del d. lgs. 2 febbraio 2001, n. 18 che ha introdotto, all'interno dell'art. 2112 cod. civ., una definizione dell'azienda e del ramo di

⁽⁶³⁾ Cfr. M. De Luca, *Salvaguardia dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda: funzione del diritto comunitario e della giurisprudenza della Corte di Giustizia nell'interpretazione ed applicazione della nuova disciplina nazionale (prime considerazioni sull'art. 47 della legge comunitaria per il 1999*, in *Foro It.*, 1989, IV, c. 14 ss.; P. Lambertucci, *Sulla nozione di trasferimento di azienda nel diritto comunitario*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1995, II, pp. 608 ss.; M. Borzaga, *Trasferimento di azienda e successione di contratti d'appalto, prima e dopo il d.lgs. n. 276/2003, tra diritto comunitario scritto e giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2004, II, pp. 463 ss.

⁽⁶⁴⁾ Tra le tante, cfr. CGCE, 10 febbraio 1988, c. 324/86, in *Foro It.*, 1989, IV, c. 11; CGCE 10 novembre 1998, c. 173/96 – 247/96, in *Il Diritto del Mercato del Lavoro*, 3, 1999, p. 515

⁽⁶⁵⁾ La Corte di Giustizia, 11 marzo 1997, *Suzen*, cit., p. 21, ha espressamente affermato: "Orbene, quando, in determinati settori in cui l'attività si fonda essenzialmente sulla mano d'opera, un gruppo di lavoratori che assolva stabilmente un'attività comune può corrispondere ad un'entità economica, si deve necessariamente ammettere che una siffatta entità possa conservare la sua identità al di là del trasferimento qualora il nuovo imprenditore non si limiti a proseguire l'attività stessa, ma riassume anche una parte essenziale, in termini di numero e di competenza, del personale specificamente destinato dal predecessore a tali compiti".

azienda possibili oggetto di trasferimento, svincolando la materia dal riferimento alla definizione dettata dall'art. 2555 cod. civ.

Se anche l'art. 2112 cod. civ. è stato fatto oggetto di successivi interventi correttivi ⁽⁶⁶⁾, le qualificazioni dell'azienda come *attività economica organizzata* e del ramo di azienda come *articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata* sono rimaste inalterate nelle diverse versioni della norma che si sono succedute atteso che gli emendamenti si sono per lo più concentrati sul profilo della preesistenza al trasferimento del plesso e sul ruolo che l'autonomia privata può svolgere in ordine all'individuazione dello stesso ⁽⁶⁷⁾.

Sulla precisazione del significato del concetto di attività economica organizzata, la dottrina italiana è in particolare divisa fra coloro che ritengono vi sia una coincidenza fra la nozione di azienda definita dall'art. 2112 cod. civ. e quella di impresa di cui all'art. 2082 cod. civ. e coloro che invece sostengono l'esistenza di rilevanti elementi di differenza tra le due definizioni tali da indicare l'impossibilità di sovrapporre i due concetti.

Secondo il primo orientamento ⁽⁶⁸⁾, il legislatore nazionale disciplinerebbe oggi non il trasferimento di azienda, ma piuttosto il trasferimento di impresa, avendo accolto una nozione di azienda in tutto coincidente con quella di impresa desumibile dall'art. 2082 cod. civ. Secondo i sostenitori di questa tesi, dunque, non sarebbe corretto dissolvere l'organizzazione nell'attività, ma gli stessi andrebbero considerati come collegati, cosicché dovrebbe escludersi la possibilità di ritenere sussistente l'azienda o il suo ramo pur in assenza di un "insieme di mezzi".

⁽⁶⁶⁾ Successivamente al d. lgs. 18/2001, l'art. 2112 cod. civ. è stato modificato dal d. lgs. 276/03 e dal d. lgs. 6 ottobre 2004, n. 251.

⁽⁶⁷⁾ Il d. lgs. 2 febbraio 2001, n. 18 ha così definito l'azienda e il ramo di azienda: "Ai fini e per gli effetti di cui al presente articolo si intende per trasferimento d'azienda qualsiasi operazione che comporti il mutamento nella titolarità di un'attività economica organizzata, con o senza scopo di lucro, al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi, preesistente al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità, a prescindere dalla tipologia negoziale o dal provvedimento sulla base dei quali il trasferimento è attuato, ivi compresi l'usufrutto o l'affitto d'azienda. Le disposizioni del presente articolo si applicano altresì al trasferimento di parte dell'azienda, intesa come articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata ai sensi del presente comma, preesistente come tale al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità". Tale definizione è stata sostituita dal d. lgs. 10 settembre 2003, n. 276, con la seguente: "Ai fini e per gli effetti di cui al presente articolo si intende per trasferimento d'azienda qualsiasi operazione che, in seguito a cessione contrattuale o fusione, comporti il mutamento nella titolarità di un'attività economica organizzata, con o senza scopo di lucro, preesistente al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità a prescindere dalla tipologia negoziale o dal provvedimento sulla base del quale il trasferimento è attuato ivi compresi l'usufrutto o l'affitto di azienda. Le disposizioni del presente articolo si applicano altresì al trasferimento di parte dell'azienda, intesa come articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata, identificata come tale dal cedente e dal cessionario al momento del suo trasferimento"

⁽⁶⁸⁾ G. Santoro Passarelli, *La nozione di azienda trasferita tra disciplina comunitaria e nuova normativa nazionale*, in *La nuova disciplina del trasferimento d'impresa*, cit., p. 10; Id., *Fattispecie ed interessi tutelati nel trasferimento di azienda e di ramo di azienda*, cit., pp. 196; M. Marazza, *Impresa ed organizzazione nella nuova nozione di azienda trasferita*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2001, 2, pp. 603 s.; R. Cosio, *La nuova disciplina del trasferimento d'impresa: l'ambito di applicazione*, in *Foro It.*, 2001, I, c. 1262.

Da una prospettiva opposta si pone quella parte della dottrina ⁽⁶⁹⁾ che ha osservato come gli interventi che si sono succeduti sull'art. 2112 cod. civ. avrebbero realizzato un progressivo allontanamento della nozione di azienda da essa dettata da quella di impresa ricavabile dall'art. 2082 cod. civ. Elementi indicativi di tale divaricazione fra le due definizioni si ritroverebbero nella mancata inclusione dell'avverbio *professionalmente* nella prima nozione e non ripetuto nella seconda e l'inserimento nell'art. 2112 cod. civ. dell'indicazione secondo la quale l'attività economica organizzata può essere svolta con o senza scopo di lucro. Secondo questa opinione, con la formula *attività economica organizzata* il legislatore ha inteso far riferimento al trasferimento di una qualsiasi attività gestita dal cessionario che sia suscettibile di produrre un risultato economicamente apprezzabile anche soltanto mediante l'organizzazione dei lavoratori impiegati.

Ciò che di comune si riscontra nelle due posizioni richiamate è il riconoscimento di un'assonanza fra le definizioni contenute negli artt. 2112 e 2082 cod. civ. ⁽⁷⁰⁾ e, dunque, il definitivo allontanamento della nozione di azienda rilevante per il diritto del lavoro da quella dettata dall'art. 2555 cod. civ. ⁽⁷¹⁾.

L'oggetto del trasferimento rilevante per l'applicazione delle tutele predisposte dall'ordinamento viene infatti definito dal legislatore in senso dinamico guardando non tanto ai beni di cui è composto, quanto al risultato produttivo che lo sfruttamento di quei beni è in grado di realizzare.

In questo senso è emblematico che la definizione identifichi l'azienda proprio con l'attività e il ramo di essa con quell'articolazione dell'azienda che sia in grado di assolvere ad una funzione autonoma.

In questa prospettiva è innegabile l'analogia con la definizione di impresa ricavabile dall'art. 2082 cod. civ. Come più sopra evidenziato, la dottrina commercialistica, abbandonata l'impostazione volta a sminuire la rilevanza del profilo dell'organizzazione, ha anzi qualificato quest'ultima come elemento caratterizzante la fattispecie, impiegandola per dettare il confine rispetto alla piccola impresa e al lavoro autonomo. L'organizzazione è dunque quella forma minima di coordinamento fra i fattori della produzione al di sotto della quale non si può parlare di impresa ⁽⁷²⁾.

Riconosciuta tale assonanza, sarebbe però errato ritenere che con la nuova formulazione dell'art. 2112 cod. civ. il nostro ordinamento disciplinerebbe ora il trasferimento di impresa. Il concetto di impresa identifica, invero, qualcosa di diverso da quanto invece rappresenta il concetto di azienda. Mentre quest'ultimo individua lo strumento tramite il quale l'imprenditore esercita l'attività produttiva, l'impresa

⁽⁶⁹⁾ A. Maresca, *L'oggetto del trasferimento: azienda e ramo di azienda*, cit., p. 91. Nello stesso senso S. Ciucciovino, *La disciplina del trasferimento d'azienda dopo il d. lgs. 18/2001*, cit., 86.

⁽⁷⁰⁾ Parla di assonanza fra le due norme L. Corazza, *"Contractual integration" e rapporti di lavoro. Uno studio sulle tecniche di tutela del lavoratore*, Cedam, Padova, 2004, p. 41.

⁽⁷¹⁾ Cfr. R. Romei, *Il trasferimento d'azienda e gli orientamenti della dottrina*, in *Dialoghi fra Dottrina e Giurisprudenza*, 2004, n. 2, p. 300.

⁽⁷²⁾ M. Casanova, *Impresa e azienda*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da F. Vassalli, Torino, 1974, p. 23; P. Spada, (voce) *Impresa*, cit., p. 69.

identifica l'attività medesima caratterizzata dagli attributi della professionalità, economicità e organizzazione.

L'organizzazione cui in questo senso il legislatore fa riferimento serve a precisare che l'attività ha carattere di impresa in quanto sia il risultato dell'impiego di uno specifico apparato produttivo e non dell'attività esclusiva o prevalente dell'imprenditore medesimo.

L'art. 2112 cod. civ., diversamente dal 2082 cod. civ., non definisce dunque l'attività, ma lo strumento tramite il quale quell'attività viene realizzata. Strumento che viene definito azienda, ma che non coincide con il concetto di azienda delineato dall'art. 2555 cod. civ.

Quest'ultimo articolo invero considera il complesso di beni materiali che l'imprenditore utilizza nello svolgimento della propria attività produttiva e gli conferisce un'autonoma rilevanza al fine di sottoporlo ad una regolamentazione che sia idonea, al contempo, a favorire la conservazione del valore economico dallo stesso acquisito in virtù della destinazione allo svolgimento di una specifica attività produttiva e una facilità di circolazione maggiore di quella che sarebbe possibile ricorrendo agli strumenti di trasferimento dei singoli beni di cui è composta ⁽⁷³⁾.

Diversamente da quest'ultima, l'art. 2112 cod. civ. disciplina pur sempre l'oggetto del trasferimento, assumendo, però, una prospettiva più ampia di quella assunta nell'art. 2555 cod. civ. L'art. 2112 cod. civ. non fa riferimento, infatti, al solo complesso di beni materiali organizzati per l'esercizio dell'impresa, ma definisce l'intero apparato impiegato per lo svolgimento dell'attività produttiva e, dunque, l'organizzazione in forma di impresa. Organizzazione che può consistere di soli beni materiali, ma che normalmente comprende anche lavoratori fino ai casi, sempre più numerosi, in cui consiste di soli lavoratori ⁽⁷⁴⁾.

In questa prospettiva, l'azienda (*rectius* l'organizzazione in forma di impresa) definita dall'art. 2112 cod. civ. viene caratterizzata in funzione della sua destinazione alla realizzazione di una determinata opera o servizio. È il prodotto per la cui realizzazione quell'apparato viene impiegato a caratterizzarlo conferendogli una rilevanza autonoma rispetto ai singoli beni di cui è composto. In altre parole, solo quel complesso di beni e lavoratori che sia autonomamente in grado di realizzare un

⁽⁷³⁾ C. Fermentino e A. Ferrucci, "Dell'azienda", Giuffrè 2006; A. Bortoluzzi, *L'impresa, l'azienda e il suo trasferimento, volume I. I diritti, gli obblighi e le responsabilità, il contratto e la sua pubblicità*, in *Ars Notaria*, Collana di diritto e pratica notarile, Torino 2001, p. 4 e ss.; Carnelutti, *Valore giuridico della nozione di azienda commerciale*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1924, I, p. 156 e ss.; Casanova, *Impresa e azienda*, 1974; G. Ferrari, *Azienda*, Milano, 1959; Casanova, *Azienda*, in *Nov. Dig. Ital., dis. Priv., sez. dir. comm.*, Torino, 1980, p. 77; G.E. Colombo, *L'azienda*, in *Trattato di diritto commerciale e pubblico dell'economia*, diretto da Galgano, Padova, 1979; M. Gherin, *Imprenditore impresa azienda*, III, 1970; La Lumia, *Teoria giuridica dell'azienda commerciale*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1940 I, p. 422; R. Tommasini, *Contributo alla teoria dell'azienda come oggetto di diritti*, Milano, 1986; P. Spada, *Lezioni sull'azienda*, in *L'impresa. Quaderni romani di diritto commerciale*, a cura di B. Libonati e P. Ferroluzzi, Giuffrè, 1985.

⁽⁷⁴⁾ In questo senso già M. Marazza, *Impresa ed organizzazione nella nuova nozione di azienda trasferita*, cit., spec. pp. 606 s.

autonomo risultato produttivo costituisce ramo di azienda e dunque organizzazione in forma di impresa ai sensi dell'art. 2112 cod. civ. ⁽⁷⁵⁾.

Il ramo di azienda, in altre parole, si caratterizza come un complesso di fattori produttivi che deve oggettivamente possedere un'autonoma capacità produttiva, la quale deve essere valutata in relazione all'oggetto di quella stessa attività. In questo senso è allora irrilevante che quell'apparato comprenda al suo interno, o sia composto prevalentemente, di beni materiali potendo consistere esclusivamente di lavoratori purché lo consenta la particolare natura dell'attività esercitata e, dunque, il particolare risultato perseguito ⁽⁷⁶⁾.

6. *L'organizzazione di mezzi dell'appaltatore nel sistema della legge 1369/60*

Che l'organizzazione dei mezzi impiegata dall'appaltatore debba possedere i caratteri dell'organizzazione in forma di impresa è stato sottolineato anche dalla dottrina giuslavoristica che, sotto il vigore della legge 1369/60, si è occupata di definire il confine tra i rapporti ricadenti nell'area coperta dal divieto di interposizione previsto dall'art. 1 della stessa legge e quelli diversamente sussumibili nello schema del contratto di appalto.

L'attenzione della dottrina e della giurisprudenza nel sistema dominato dal divieto di interposizione si appuntava sulla ricerca di elementi dai quali potesse desumersi la natura genuina dell'appalto per distinguerlo dall'ipotesi in cui il rapporto contrattuale si risolvesse nella mera fornitura di lavoratori ⁽⁷⁷⁾.

Tra quei criteri, un ruolo fondamentale assumeva l'accertamento della natura imprenditoriale dell'organizzazione investita dall'appaltatore nella realizzazione dell'opera o del servizio, secondo l'interpretazione che identifica nel requisito

⁽⁷⁵⁾ La destinazione dell'apparato produttivo alla realizzazione di uno specifico risultato, oltre ad essere l'elemento determinante per qualificazione dell'oggetto della cessione secondo l'interpretazione data dalla Corte di Giustizia della Comunità Europea alle direttive dalla cui attuazione è scaturita l'attuale formulazione dell'art. 2112 cod. civ., costituisce, in questa prospettiva, anche la chiave di lettura dei limiti che l'autonomia individuale di cedente e cessionario incontra in ordine alla delimitazione dei fattori produttivi (beni e/o lavoratori) facenti parte del ramo di azienda oggetto di trasferimento. L'art. 32 del decreto n. 276 del 2003, infatti, nella parte in cui prevede che il ramo deve essere "identificato" da cedente e cessionario al momento della cessione, deve essere interpretato nel senso che il trasferimento può avere ad oggetto un gruppo di beni e lavoratori che, ancorché non organizzati in ramo presso il cedente, vengano strutturati a tal fine proprio in vista della cessione, purché, però, siano in grado, almeno potenzialmente, di assolvere un'autonoma funzione produttiva. Sul tema mi permetto di rinviare al mio *Riforma del mercato del lavoro: possibili ripercussioni sui processi di esternalizzazione*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2004, I, p. 278.

⁽⁷⁶⁾ La possibilità che un gruppo di lavoratori costituisca azienda o ramo di azienda alle condizioni indicate nel testo è ormai pacificamente ammesso dalla giurisprudenza. Cfr., tra le tante: Cass. 23 luglio 2002, n. 10761, in *Foro It.*, 2002, I, c. 2278, con nota di Cosio; Cass. 10 gennaio 2004, n. 206, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2004, II, part. p. 663. Per una ricostruzione degli orientamenti giurisprudenziali in materia si veda G. Amoroso, *Il trasferimento d'azienda nel quadro della giurisprudenza di legittimità*, in *Dialoghi fra Dottrina e Giurisprudenza*, 2004, 2, pp. 341 ss.

⁽⁷⁷⁾ Cfr. § 3 della premessa.

dell'organizzazione dei mezzi imposto dall'art. 1655 cod. civ. l'esigenza del possesso di una struttura imprenditoriale.

Dottrina e giurisprudenza hanno dunque concentrato l'attenzione sulla ricerca degli elementi che caratterizzano una organizzazione in forma di impresa. Ricerca non semplice se si tiene conto, da un lato, della non prevedibilità in astratto di tutte le forme di organizzazione dell'attività produttiva che in concreto si possono riscontrare, dall'altro, del fatto che questa diversificazione della forme di organizzazione è normalmente legata alla diversità dell'oggetto dell'attività produttiva nella quale assumono un ruolo ed un'importanza diversa i fattori di produzione impiegati.

È infatti necessario chiedersi se per aversi un'organizzazione di mezzi ai sensi dell'art. 1655 cod. civ. sia necessario che l'appaltatore abbia la proprietà o almeno la disponibilità di beni materiali di rilevante valore, che impieghi e diriga un certo numero minimo di lavoratori, oppure se sia sufficiente l'organizzazione e direzione dei lavoratori.

Al riguardo si riscontra, tanto presso la dottrina quanto in giurisprudenza, un percorso analogo a quello compiuto con riferimento all'interpretazione delle definizioni dettate dall'art. 2112 cod. civ. che è in particolare sfociato, sotto il vigore della legge 1369/60, nel prevalere dell'interpretazione del comma terzo dell'art. 1 della stessa legge volta a ridurre la rilevanza di un apparato produttivo materiale ai fini della configurazione di un'organizzazione produttiva avente carattere di impresa.

L'art. 1, comma terzo, della legge 1369/60 prevedeva, infatti, una presunzione assoluta di interposizione per l'ipotesi in cui l'appaltatore realizzasse l'appalto avvalendosi di capitali, macchine o attrezzature fornite dal committente.

Tale previsione era perfettamente coerente alla struttura del processo produttivo nel nostro paese al tempo della ideazione della norma. Lo stesso era infatti ancora incentrato sul modello fordista nell'ambito del quale l'industria, nello svolgimento della sua attività, si avvaleva di un capitale materiale di dimensione rilevanti. In quel contesto il valore aggiunto fornito dall'appaltatore alla prestazione dei propri dipendenti non poteva che essere identificato nell'apparato strumentale che lo stesso impiegasse nella realizzazione dell'opera o del servizio. Si riteneva invero che in mancanza di tale struttura produttiva l'appaltatore non fosse un vero imprenditore e che la sua attività si risolvesse dunque nella fornitura di mere prestazioni di lavoro.

Questa interpretazione della figura dell'appalto illecito, e così la stessa efficacia della presunzione di cui al terzo comma, ha però iniziato a dimostrare i suoi limiti man mano che hanno cominciato a modificarsi le logiche e i modelli di produzione.

Tale evoluzione, in particolare, come già accennato, è stata ed è caratterizzata da una crescente tendenza alla scomposizione del ciclo produttivo e dalla rilevanza, anche in relazione all'importanza sempre maggiore dell'informatica e della tecnologia elettronica, che ha assunto il possesso da parte del produttore di specifiche competenze e conoscenze scientifiche il cui impiego presuppone realtà produttive caratterizzate dalla

scarsa presenza di elementi materiali, e dalla prevalenza di elementi immateriali o della pura organizzazione del lavoro ⁽⁷⁸⁾).

Questa nuova realtà produttiva ha imposto di valutarne la compatibilità con il divieto di interposizione sanzionato dalla legge 1369/60, e spiega il perché delle forti pressioni volte ad un'abrogazione o riscrittura di tale legge, dapprima annunciate dalla legge delega 14 febbraio 2003, n. 30, ed oggi attuate con l'espressa abrogazione disposta dal d. lgs. 276 del 2003.

Al di là delle pressioni nel senso della abrogazione di tale legge, la dottrina aveva però tentato di adeguare in via interpretativa alle nuove logiche di produzione la disciplina dettata dalla legge n. 1369 del 1960, dimostrando in ultima analisi la notevole elasticità di quest'ultima.

Degna di nota, anche se non è andata esente da alcune critiche, è quella tesi, accolta anche dalla giurisprudenza, che ha consentito di riconoscere legittimità a quegli appalti caratterizzati dall'uso di macchinari dell'appaltante, e che altrimenti sarebbero caduti sotto la sanzione di illegittimità della legge n. 1369 del 1960 perché rientranti nella presunzione del terzo comma dell'art. 1 ⁽⁷⁹⁾. In forza di tale tesi, la legittimità di queste ipotesi di appalto ⁽⁸⁰⁾ viene riconosciuta attraverso l'introduzione della nozione di know-how, definito dalla giurisprudenza ⁽⁸¹⁾ come quell'insieme di "*conoscenze attinenti alle tecniche industriali richieste per produrre un bene, per attuare un processo produttivo o per il corretto impiego di una tecnologia ovvero attinente alle regole di condotta, desunte da studi ed esperienze di gestione imprenditoriale, nel campo della tecnica mercantile e con inerenza al settore organizzativo o commerciale in senso stretto*".

⁽⁷⁸⁾ Cfr. O. Bonardi, *L'utilizzazione indiretta dei lavoratori*, Milano, 2001, pp. 99 ss.; M. T. Carinci, *La fornitura di lavoro altrui. Interposizione. Comando. Lavoro temporaneo. Lavoro negli appalti*, in Commentario Schlesinger, Milano, 2000, p. 85; Id., *La distinzione tra interposizione di manodopera e appalto di servizi, quando questi non richiedono una rilevante strumentazione materiale*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1999, II, p. 252; Bellavista, *Le sabbie mobili del divieto di interposizione*, in *Gius. Civ.*, 1998, I, 3228 ss.; R. Del Punta, *Appalto di manodopera e subordinazione*, cit., pp. 625 ss.

⁽⁷⁹⁾ Di fatto molte di tali ipotesi erano state rese legittime attraverso un'interpretazione estensiva dell'art. 3 della 1369 del 1960. L'esigenza di tenere fuori dall'operatività del divieto alcune fattispecie che altrimenti sarebbero rientrate nella presunzione di cui all'art. 1, comma 3, era infatti già stata sentita in sede di redazione della legge n. 1369, dove man mano è venuto crescendo il numero delle voci espressamente escluse dall'operatività del divieto e poi confluite negli art. 3 e 5 della legge, che in questo modo hanno assunto una funzione di interpretazione autentica dell'art. 1, L. 1369 del 1960, escludendo l'operatività dello stesso per quelle ipotesi che riguardassero prestazioni ad alta o ad altissima intensità di manodopera (P. Ichino, *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco. Articolo 29 Appalto*, in M. Pedrazzoli (coordinato da), *Il nuovo mercato del lavoro*, Zanichelli, Bologna, 2004, pp. 268-270; Id., *Il contratto di lavoro*, I, 411-415; L. Corazza, *Contractual integration e rapporti di lavoro*, ed. provv., Trento, 2003, 29).

⁽⁸⁰⁾ Ipotesi del tipo cui si fa riferimento nel testo si sono presentate soprattutto a seguito del dilagante fenomeno delle software houses cui oggi le imprese appaltano l'installazione e la manutenzione oltre che spesso la gestione degli impianti informatici di loro proprietà che impiegano nella loro attività produttiva. Al riguardo si veda F. Scarpelli, *Interposizione e appalto nel settore dei servizi informatici*, in O. Mazzotta (a cura di), *Nuove tecnologie e rapporti fra imprese*, Giuffrè, Milano, 1990.

⁽⁸¹⁾ La sentenza che per la prima volta, a quanto consta, ha attribuito rilevanza in materia lavoristica alla nozione di know-how è Cass., SS.UU., 19 ottobre 1990, n. 10183, in *Foro It.*, 1992, I, c. 524, con nota di F. Scarpelli.

Soprattutto nell'ambito dei servizi informatici questo elemento può determinare la genuinità dell'appalto anche quando sia utilizzato un rilevante capitale materiale di proprietà dell'azienda committente. In questo modo la dottrina e la giurisprudenza avevano relativizzato la presunzione del terzo comma dell'art. 1, affermando che l'appalto è comunque lecito, anche laddove vengano impiegati “*capitali, macchine ed attrezzature fornite dall'appaltante*”, purché su di esso risulti prevalente, ai fini della realizzazione del risultato finale dell'opera, il dato immateriale del know-how, sempre che, ovviamente, si tratti del know-how dell'impresa appaltatrice, di un insieme di conoscenze da questa maturate e organizzate e che caratterizza il suo porsi nel mercato, e non del know-how del singolo prestatore di lavoro.

Quest'ultima precisazione ⁽⁸²⁾ manifestamente celava l'intento di evitare la critica secondo la quale non è in realtà possibile distinguere fra il know-how dell'impresa e quello del dipendente, perché, anche laddove quest'ultimo lo abbia acquisito dall'impresa, esso è comunque entrato nel patrimonio di conoscenze che il lavoratore mette a disposizione dell'appaltatore. Se pure tale critica è senza dubbio fondata, la tesi in esame aveva però il merito di aver indicato la strada della relativizzazione della presunzione del terzo comma dell'art. 1, ossia la necessità di non guardare esclusivamente al capitale materiale impiegato, ma piuttosto quella di tener conto anche della rilevanza che i beni immateriali possono assumere nell'esecuzione dell'appalto.

Il percorso interpretativo poc'anzi richiamato indica come il confronto con la realtà dei mutati metodi di produzione, nonché con l'importanza crescente acquisita dal possesso di determinate conoscenze tecnico-scientifiche, abbia imposto anche con riferimento all'applicazione della legge 1369/60 di fare i conti con la necessità di recepire una nozione smaterializzata di organizzazione.

In particolare questa esigenza si pone principalmente con riferimento agli appalti di servizi che possono essere raggruppati in due categorie.

Mentre all'interno della prima possiamo includere quei servizi la cui realizzazione richiede un'attività lavorativa di carattere prevalentemente materiale ed elementare, nella seconda vanno compresi quelli la cui realizzazione è rimessa a lavoratori in possesso di notevoli conoscenze ed elevata professionalità.

In entrambe le ipotesi, il servizio commissionato all'appaltatore dovrà da quest'ultimo essere realizzato esclusivamente attraverso i propri dipendenti non richiedendo l'impiego di beni materiali.

L'organizzazione di mezzi di cui l'appaltatore deve essere in possesso per la realizzazione del servizio in questi casi viene necessariamente a “smaterializzarsi” dovendo consistere esclusivamente nel gruppo di lavoratori impiegato nella realizzazione del servizio commissionato.

⁽⁸²⁾ Sul punto si veda F. Scarpelli, *op. ult. cit.*, c. 526. Altra critica che era stata mossa a questo criterio è che lo stesso non può ritenersi valido in tutti i casi perché per esempio ci si può chiedere quale sia il valore aggiunto che l'appaltatore può dare in caso di esternalizzazione di un servizio di pulizia: cfr. R. Romei, *Cessione di ramo di azienda e appalto*, cit., p. 370.

L'elemento che renderebbe lecito l'appalto, evitando che possa parlarsi di mera fornitura di lavoratori, sarebbe dato allora, secondo una parte della dottrina⁽⁸³⁾, dal fatto che l'appaltatore fornisca al committente un "valore aggiunto" alla mera prestazione lavorativa dei singoli lavoratori. *Quid pluris* che, superata la concezione di stampo *fordista* che identificava la struttura ad impresa necessariamente nel possesso di strumenti di produzione di tipo materiale, può consistere anche nel coordinamento della manodopera e degli eventuali beni immateriali.

In questa prospettiva, la genuinità dell'appalto sarebbe conferita dall'apporto organizzativo dell'appaltatore risolvendo l'organizzazione dei mezzi richiesta dall'art. 1655 cod. civ. nella *direzione e organizzazione dei lavoratori*⁽⁸⁴⁾. Apporto organizzativo che, a detta della stessa dottrina⁽⁸⁵⁾, non può però risolversi nella mera *organizzazione dei lavoratori* dovendo diversamente consistere nella *organizzazione della prestazione lavorativa*.

Non è dunque sufficiente che l'appaltatore fornisca un contributo imprenditoriale in termini di selezione, formazione, gestione retributiva e contributiva del rapporto, ma è necessario che lo stesso eserciti i poteri direttivo, conformativo e di controllo della prestazione dei dipendenti impiegati nella realizzazione dell'opera o del servizio. In caso contrario si finirebbe per legittimare qualsivoglia forma di fornitura di lavoro rendendo superflua ogni disciplina limitativa in materia⁽⁸⁶⁾.

Altra parte della dottrina ha pure sottolineato la necessità di identificare il soggetto titolare dei poteri datoriali al fine di appurare se la prestazione svolta dal singolo lavoratore si "inserisca" effettivamente nell'impresa dell'appaltatore o piuttosto in quella del committente⁽⁸⁷⁾. In una prospettiva parzialmente diversa, allora, l'indagine del giudice dovrà appuntarsi sulla ricerca, nel caso concreto, della sussistenza degli indici della subordinazione al fine di appurare se il lavoratore possa dirsi dipendente del committente o dell'appaltatore.

Questa impostazione è stata però criticata da altra parte della dottrina⁽⁸⁸⁾, la quale ha sottolineato come quella tesi fosse eccessivamente restrittiva poiché l'attività che

⁽⁸³⁾ R. De Luca Tamajo, *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo di azienda e rapporti di fornitura*, in *I processi di esternalizzazione*, a cura di R. De Luca Tamajo, ESI, Napoli, 2002, pp. 42 ss. Nello stesso senso P. Ichino, *Il lavoro interinale e gli altri varchi nel "muro" del divieto di interposizione*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1997, pp. 516; Id., *Il diritto del lavoro e i confini dell'impresa*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, n. 82-83, 1999, 2-3, pp. 250 s.; R. Del Punta, *Appalto di mano d'opera e subordinazione*, cit., p. 630; G. De Simone, *Titolarietà dei rapporti di lavoro e regole di trasparenza*, cit., p. 138; L. Calcaterra, *Il divieto di interposizione nelle prestazioni di lavoro: problemi applicativi e prospettive di riforma*, in *I processi di esternalizzazione*, a cura di R. De Luca Tamajo, ESI, Napoli, 2004, pp. 147 ss.

⁽⁸⁴⁾ R. De Luca Tamajo, *op. ult. cit.*, p. 46, che precisa che ciò vale nelle ipotesi di appalti di servizi che richiedono per la loro esecuzione una assoluta prevalenza o una esclusività di impiego di manodopera, trattandosi di attività che, per loro natura non richiedono l'utilizzo di mezzi e capitali.

⁽⁸⁵⁾ R. De Luca Tamajo, *op. ult. cit.*, pp. 48 ss.

⁽⁸⁶⁾ R. De Luca Tamajo, *op. ult. cit.*, p. 51, che sviluppa il suo discorso sotto il vigore delle leggi 1369/60 e 196/97, ma che è senza dubbio attuale anche dopo l'introduzione dell'istituto della somministrazione di lavoro.

⁽⁸⁷⁾ In questo senso F. Scarpelli, *Interposizione e appalto nel settore dei servizi informatici*, cit., pp. 71 ss.

⁽⁸⁸⁾ O. Bonardi, *L'utilizzazione indiretta dei lavoratori*, cit., p. 40.

l'interposto si obbliga a svolgere per l'interponente può essere varia. Egli può infatti impegnarsi semplicemente a mettere a disposizione del committente i propri dipendenti, ma può anche impegnarsi a gestire in prima persona i rapporti di lavoro secondo quanto concordato con il committente. Fatta questa precisazione, quella dottrina ha dunque proposto di adottare, nell'accertamento del possesso da parte dell'appaltatore di un'organizzazione in forma di impresa, un atteggiamento diverso, considerando quest'ultima come un insieme di procedure, regole prassi, standard operativi piuttosto che come complesso di mezzi materiali e di uomini ⁽⁸⁹⁾.

In questa prospettiva, l'elemento cui far riferimento per accertare la liceità o meno dell'appalto dovrebbe essere la ricerca, caso per caso, del rispetto di tutti quelle norme che l'ordinamento predispone a carico delle imprese e che, in ultima analisi, sono indicative della "professionalità" e "serietà" di quelle strutture e, dunque, della loro effettiva e genuina natura imprenditoriale.

Questa teoria, pur suggestiva e senza dubbio acuta nell'individuare una serie di fattori che possono essere considerati quali validi indici della natura imprenditoriale della organizzazione di mezzi investita dall'appaltatore nella realizzazione dell'opera o del servizio, è stata però correttamente sottoposta a critica da parte di chi ⁽⁹⁰⁾ ha evidenziato che non si può affidare l'accertamento della natura giuridica della fattispecie concreta a fattori endogeni rispetto alla fattispecie astratta disegnata dal legislatore. Non è infatti detto che un soggetto che non rispetti determinate norme poste dall'ordinamento a carico dell'imprenditore non per questo non lo sia o che, viceversa, colui che ne sia un coscienzioso osservante debba essere considerato a capo di una struttura imprenditoriale.

A fronte di questo acceso e complesso dibattito dottrinale, la giurisprudenza ha manifestato una spiccata sensibilità per le modificazioni *in fieri* nel tessuto produttivo italiano ⁽⁹¹⁾, preferendo un'interpretazione volta a plasmare il dato normativo spesso obsoleto rispetto a questa nuova realtà. Nel far questo, la giurisprudenza ha finito per assumere, così come ha fatto per il problema della qualificazione dei rapporti di lavoro, un atteggiamento tipologico talvolta con l'obiettivo di ricercare l'esistenza di indici della subordinazione nel rapporto con il committente o con l'appaltatore, talaltra con la finalità di individuare indici dai quali potesse riscontrarsi la natura imprenditoriale della organizzazione e dell'attività dell'appaltatore.

Ciò che soprattutto rileva ai fini della presente indagine è che la giurisprudenza ha adottato quelle differenti metodologie di valutazione muovendo dal presupposto per cui, nell'accertamento della liceità dell'appalto, l'organizzazione di mezzi di cui deve disporre l'appaltatore chiamato ad eseguire l'opera o il servizio deve essere valutata, in funzione del risultato cui mira quell'attività, cosicché, ben può la stessa consistere nella

⁽⁸⁹⁾ Così O. Bonardi, *ult. op. cit.*, p. 362.

⁽⁹⁰⁾ L. Calcaterra, *Il divieto di interposizione nelle prestazioni di lavoro: problemi applicativi e prospettive di riforma*, cit., pp. 145 ss.

⁽⁹¹⁾ Lo dimostra in particolar modo la richiamata vicenda relativa all'interpretazione data all'art. 1, comma terzo, legge 1369/60.

sola organizzazione del lavoro anche in assenza quindi di beni materiali o immateriali se la realizzazione dell'opera o del servizio non necessita dell'impiego degli stessi, purché l'attività dell'appaltatore non si riduca ad essere una fornitura di mere prestazioni di lavoro senza alcun valore aggiunto apportato dallo stesso ⁽⁹²⁾.

In questa prospettiva hanno assunto dunque valore determinante i due criteri della natura imprenditoriale dell'appaltatore e quello dell'esercizio da parte di quest'ultimo del potere direttivo sui dipendenti impiegati nell'appalto ⁽⁹³⁾.

7. L'organizzazione in forma di impresa nell'art. 29 d. lgs. 276/03

L'interpretazione data dalla giurisprudenza al requisito dell'organizzazione di mezzi dell'appaltatore sotto il vigore della legge 1369/60 ha senza dubbio costituito il punto di riferimento principale a partire dal quale il legislatore ha elaborato il testo dell'art. 29 del d. lgs. 276/03.

Al riguardo è sufficiente una rapida lettura di quest'ultima norma alla luce del discorso sin qui condotto per avvedersi di come l'intenzione del legislatore fosse quella di rispondere all'esigenza manifestata dalla dottrina di aggiornare il dettato normativo al cambiamento subito dal contesto economico e dalle forme di organizzazione dell'attività produttiva.

Il legislatore, invero, non si è limitato ad operare un rinvio al requisito dell'organizzazione dei mezzi richiesto dall'art. 1655 cod. civ., ma si è spinto a precisarlo affermando che lo stesso può anche *risultare* dall'esercizio del potere direttivo ed organizzativo, con la conseguenza che l'apparato produttivo impiegato dall'appaltatore in forza della norma in parola può consistere anche in un gruppo di lavoratori.

⁽⁹²⁾ Si legge in questo senso in Cass. 22 agosto 2003, n. 12363, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1, 2004, pp. 48 ss., con nota di L. Calcaterra, "poiché il divieto di intermediazione nelle prestazioni di lavoro è posto al fine di impedire che il datore di lavoro effettivo possa sottrarsi agli obblighi discendenti dalla titolarità dei rapporti di lavoro, formalmente imputandoli ad altro soggetto che provvede alle assunzioni e alla gestione amministrativa dei dipendenti, esso opera oggettivamente, prescindendo da un intento fraudolento o simulatorio delle parti, allorché un lavoratore distaccato presso un'organizzazione diversa da quella del suo datore di lavoro renda le sue prestazioni al servizio esclusivo del soggetto di destinazione. Ne segue che l'infrazione a divieto non resta esclusa dal fatto che l'appalto sia stato conferito al titolare di un'effettiva organizzazione imprenditoriale, dotata di capitali, macchine e attrezzature, e neppure dalla stipulazione di un contratto le cui clausole contemplino l'organizzazione e gestione autonoma dell'appaltatore, potendo verificarsi nella fase esecutiva, anche relativamente ad un solo segmento del complessivo servizio appaltato, la messa a disposizione del committente di uno o più dipendenti".

⁽⁹³⁾ L'ampio ventaglio delle attività nelle quali la subordinazione si caratterizza in forme attenuate dà ragione del perché la dottrina prevalente conferisce un'importanza prevalente all'accertamento della natura imprenditoriale dell'appaltatore. In questo senso: M. T. Carinci, *La fornitura di lavoro altrui*, cit., p. 86; O. Bonardi, *L'utilizzazione indiretta dei lavoratori*, cit., p. 84. Per il concetto di "subordinazione attenuata", si vedano: Cass., 24 febbraio 2006, n. 4171, in *Foro It.*, 2007, I, c. 93; Cass., 21 aprile 2005, n. 8307, in *Foro It.*, 2006, I, c. 2451; Cass., 7 marzo 2003, n. 3471, in *Arg. Dir. Lav.*, 2004, p. 698, con nota di De Feo; Cass., 27 novembre 2002, n. 16805, in *Mass. Giur. Lav.*, 2003, p. 127, con nota di Stanchi; App. Potenza, 12 ottobre 2000, in *Orient. Giur. Lav.*, 2000, I, p. 924; Trib. Milano, 16 ottobre 2000, in *Orient. Giur. Lav.*, 2000, I, p. 930.

Tale possibilità dipende, al pari di quanto si è potuto evincere dalla definizione del ramo di azienda dettata dall'art. 2112 cod. civ., dalla idoneità di quel gruppo a realizzare un autonomo risultato produttivo. L'art. 29 d. lgs. 276/03 precisa invero che l'organizzazione di mezzi può risultare anche dall'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori, ma soltanto in quanto ciò sia consentito delle *esigenze dell'opera o del servizio dedotti in contratto*.

Così come l'art. 2112 cod. civ. caratterizza l'oggetto cui trova applicazione la relativa disciplina in funzione del risultato che si intende realizzare con il suo utilizzo, parimenti l'apparato produttivo che l'appaltatore deve possedere per dar vita ad un contratto di appalto lecito varia a seconda del risultato che lo stesso si sia obbligato a realizzare.

Se tale risultato può essere ottenuto tramite l'impiego di un gruppo organizzato di lavoratori, questo gruppo possiederà i caratteri dell'organizzazione di mezzi richiesta dall'art. 29 d. lgs. 276/03.

Ciò che importa, però, è che l'opera o il servizio realizzato da quel gruppo di lavoratori possa essere considerato come il prodotto del "gruppo" e non della prestazione resa da ciascun lavoratore. Si impone cioè che il risultato derivi dalla attività di organizzazione e gestione posta in essere dall'appaltatore e consistente nella direzione e nel coordinamento dell'attività dei propri dipendenti impiegati nell'esecuzione dell'appalto.

La formulazione dell'art. 29 d. lgs. 276/03 si colloca dunque su una linea di perfetta continuità con quanto in precedenza elaborato dalla dottrina e dalla giurisprudenza. Ed in questo senso non si può dire che la precisazione posta dall'art. 29 d. lgs. 276/03 al requisito della organizzazione di mezzi differenzi questa definizione da quella dettata dall'art. 1655 cod. civ. rendendola da questa autonoma.

E ciò per due principali ordini di ragioni.

In primo luogo poiché è lo stesso articolo 29 a richiamare l'art. 1655 cod. civ. collocando, come più sopra già evidenziato, la definizione di appalto, nella scia tracciata dal codice civile.

In secondo luogo, poiché, ad un attento esame, la possibilità di far consistere l'organizzazione di mezzi nella organizzazione dei lavoratori era di per sé già desumibile dalla definizione dettata dal codice civile, così da far ritenere che il riferimento all'esercizio del potere organizzativo e direttivo da parte dell'appaltatore si giustifichi in relazione a quella tecnica, ampiamente praticata dal legislatore in seno al decreto legislativo di riforma del mercato del lavoro, di codificare aspetti e principi già desumibili in via interpretativa dal testo delle disposizioni.

La possibilità di evincere tale conclusione dall'interpretazione dell'art. 1655 cod. civ. è invero confermata dalla lettura del testo orientata dalla considerazione della struttura causale del contratto disciplinato.

Come chiarito da autorevole dottrina ⁽⁹⁴⁾, infatti, gli elementi che qualificano il tipo contrattuale devono essere intesi ed interpretati in relazione alla funzione del contratto.

Ne consegue che l'organizzazione di mezzi, qualificante la prestazione dovuta dall'appaltatore, va identificata in concreto proprio in relazione alla funzione cui mira il contratto, ossia lo scambio fra un corrispettivo e la realizzazione di un certa opera o di un certo servizio. In forza di tali premesse, tale organizzazione può allora consistere soltanto nell'esercizio *del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto nonché per l'assunzione da parte del medesimo appaltatore del rischio di impresa* se l'opera o il servizio oggetto dell'appalto siano realizzabili impiegando esclusivamente un gruppo di lavoratori.

L'elemento esplicitato nella formulazione dell'art. 29 cit. era, dunque, già desumibile dalla definizione dettata dall'art. 1655 cod. civ. alla quale l'art. 29 del d. lgs. 276/03 non sembrerebbe aver aggiunto nulla di nuovo.

8. La nozione di impresa rilevante per il diritto del lavoro e l'interesse alla conservazione dell'occupazione

Quanto precede ci consente di trarre alcuni iniziali conclusioni sulla fattispecie appalto la cui delimitazione è essenziale per definire l'ambito di applicazione delle tutele dettate per il lavoro subordinato dalle norme che nel prosieguo si passeranno ad esaminare.

Lo studio sin qui svolto ci ha consentito in primo luogo di riscontrare una piena coincidenza fra la struttura del *tipo* appalto prevista dall'art. 1655 cod. civ. e quella recentemente coniata dall'art. 29 d. lgs. 276/03. In particolare, si è appurato che sono identici gli elementi identificativi della fattispecie (organizzazione di mezzi e gestione a proprio rischio) così come si è appurato che entrambe le norme ammettono la possibilità che l'organizzazione di mezzi investita nella realizzazione del risultato commissionato sia composta esclusivamente di lavoratori.

L'esame condotto ha però fatto emergere, in secondo luogo, anche un profilo di originalità nella prospettiva assunta dal legislatore nelle norme, destinate alla tutela dei lavoratori subordinati, che presuppongono il riferimento ad un'organizzazione in forma di impresa.

In particolare, si è visto come, tanto nell'art. 2112 cod. civ. quanto nell'art. 29 d. lgs. 276/03, l'organizzazione rilevante ai fini della individuazione della fattispecie dell'azienda e dell'appalto si caratterizzi in relazione alla funzionalità della stessa alla realizzazione di un'opera o di un servizio.

Si ha dunque azienda o organizzazione di mezzi utile per la realizzazione dell'opera o del servizio appaltati in quanto si sia in presenza di un'organizzazione,

⁽⁹⁴⁾ C. M. Bianca, *Diritto Civile, Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 447 ss.

facente capo al datore di lavoro, dotata del carattere dell'*autosufficienza* rispetto alla realizzazione del risultato produttivo atteso.

La prospettiva così assunta dal legislatore rende evidenti le differenze rispetto alla nozione di organizzazione in forma di impresa presupposta dall'art. 2082 cod. civ. All'interno di quest'ultimo articolo, come si è più sopra messo in evidenza, il requisito dell'organizzazione consente di distinguere la figura dell'imprenditore da quelle del lavoratore autonomo e del piccolo imprenditore se è tale da rendere irrilevante l'attività lavorativa dell'imprenditore ai fini dello svolgimento dell'attività produttiva. L'irrilevanza del profilo - invece essenziale perché possa parlarsi di azienda o di appalto ai fini lavoristici - dell'*autosufficienza* della struttura produttiva nella disponibilità dell'imprenditore rispetto alla realizzazione del risultato programmato, si giustifica alla luce della funzione che l'art. 2082 è destinato ad assolvere: fissare i criteri che consentono di identificare il soggetto che assume la veste giuridica di imprenditore commerciale al fine di chiamarlo a rispondere alle responsabilità poste su tale figura dall'ordinamento giuridico.

Tale differente caratterizzazione della organizzazione in forma di impresa nelle norme citate risulta maggiormente evidente se si tengono distinti due profili che vengono invece frequentemente confusi nelle trattazioni su questo tema. Tali profili sono quelli, già richiamati a conclusione dell'esame sulla nozione di impresa nel diritto commerciale, dell'organizzazione come complesso di fattori produttivi e dell'organizzazione come "forma dell'apparato produttivo".

Con il primo profilo ci si vuole riferire all'identificazione degli elementi (beni e lavoratori) che compongono l'organizzazione investita per la realizzazione dell'opera o del servizio. Con riferimento a tale aspetto, si è visto come tanto le norme includibili nell'area del diritto commerciale come quelle destinate alla protezione degli interessi dei lavoratori subordinati ammettano la possibilità che un'organizzazione imprenditoriale sia composta anche soltanto di lavoratori subordinati.

Con il secondo profilo ci si vuole invece riferire ai criteri in base ai quali è possibile dire che un gruppo di lavoratori e/o di beni costituisca impresa. Perché se è vero che un'impresa può essere composta anche solo di lavoratori, non necessariamente quel gruppo di lavoratori costituisce sempre un'organizzazione in forma di impresa tanto per il diritto del lavoro quanto per il diritto commerciale. È infatti emerso, nelle pagine che precedono, che mentre l'organizzazione è data, per il diritto del lavoro, dall'*autosufficienza* della stessa rispetto al risultato che con essa deve essere realizzato, nel diritto commerciale, ciò che rileva è che, ai fini della realizzazione del risultato, l'attività dell'imprenditore non assuma rilevanza determinante rimanendo assorbita nell'organizzazione impiegata.

Per cogliere appieno la *ratio* di tale peculiarità è necessario ricercare, seguendo la direzione più sopra indicata, le finalità e gli interessi che il legislatore ha inteso soddisfare introducendo questa particolare prospettiva.

Il fatto che l'accento sia stato posto sull'idoneità dell'organizzazione a realizzare uno specifico risultato produttivo induce a ritenere che l'obiettivo perseguito con le citate norme sia stato quello di soddisfare l'interesse dei lavoratori, che dell'organizzazione facciano parte, alla conservazione del posto di lavoro. Se l'apparato produttivo, oggetto di trasferimento o impiegato come strumento per la realizzazione di un'opera o di un servizio, è dotato di un'autonoma capacità produttiva, esso possiede, infatti, i requisiti necessari per essere impiegato anche in futuro, da parte dell'acquirente del ramo o per l'esecuzione di altri appalti, garantendo altresì i lavoratori che ne facciano parte in ordine alla conservazione del loro rapporto di lavoro.

Ciò risulta evidente, alla luce di quanto più sopra riferito, in primo luogo dalla considerazione della disciplina del trasferimento d'azienda dettata dall'art. 2112 cod. civ. In forza di quest'ultima norma, invero, la cessione automatica dei contratti di lavoro dei lavoratori appartenenti al plesso oggetto di trasferimento ⁽⁹⁵⁾ si verifica soltanto in quanto l'apparato sia, almeno potenzialmente, idoneo ad essere impiegato per realizzare un autonomo risultato produttivo. Da altro punto di vista, proprio perché l'oggetto del trasferimento - cui il lavoratore appartiene - possiede caratteristiche di autosufficienza, si giustifica la deroga al principio generale della necessità del consenso del contraente ceduto dettata dall'art. 1406 cod. civ. Il rapporto può dunque essere autonomamente trasferito, poiché la conservazione del posto di lavoro è garantita dal fatto che il cessionario potrebbe, almeno potenzialmente, svolgere un'attività produttiva semplicemente impiegando la struttura acquistata. Al contempo, il trasferimento dei rapporti di lavoro insieme con l'azienda garantisce la funzionalità dell'apparato produttivo che potrebbe così essere impiegato anche dall'acquirente per realizzare un prodotto specifico da offrire sul mercato. Non può non sottolinearsi, infine, che la qualificazione in questi termini dell'organizzazione produttiva oggetto di trasferimento rappresenta il migliore meccanismo di garanzia contro un impiego della cessione animata dalla finalità di sottrarsi all'applicazione della disciplina in materia di licenziamenti collettivi, attese le difficoltà connesse alla dimostrazione della sussistenza degli estremi della frode alla legge.

Una prospettiva analoga si riscontra, in secondo luogo, anche nella caratterizzazione data all'organizzazione di mezzi richiesta dall'art. 29 d. lgs. 276/03 ai fini della distinzione dalla somministrazione di lavoro. Si evince infatti dalla citata norma che si ha appalto lecito e non mera fornitura di lavoratori, vietata se non

⁽⁹⁵⁾ Come noto, la questione della rilevanza giuridica del consenso al trasferimento del lavoratore appartenente all'azienda è pacificamente risolta in giurisprudenza in senso negativo (Cass. 4 dicembre 2002, n. 17207 e Cass. 25 ottobre 2002, n. 15105, in *Foro It.*, 2003, I, c. 103; Cass. 10 gennaio 2004, n. 206, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2004, II, pag. 653, con nota di A. Sitzia; Cass. 23 luglio 2002, n. 10761, in *Foro It.*, 2002, I, c. 2278, con nota di Cosio; Cass. 22 luglio 2002, n. 10701, in *Not. Giur. Lav.*, 2002, p. 532), anche se si riscontrano alcune isolate opinioni contrarie in dottrina (F. Scarpelli, *Nozione di trasferimento di ramo di azienda e rilevanza del consenso del lavoratore*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2002, II, pp. 150 ss.; A. Perulli, *Tecniche di tutela nei fenomeni di esternalizzazione*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2003, pp. 486 ss.; F. Mazziotti, *Trasferimento d'azienda e tutele dei lavoratori*, in R. De Luca Tamajo, M. Rusciano, L. Zoppoli (a cura di), *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema*, Napoli, 2004, pp. 622 ss.).

realizzata dai soggetti appositamente autorizzati e nelle ipotesi ammesse dalla legge, soltanto laddove l'appaltatore investa nella realizzazione dell'opera o del servizio un'organizzazione dotata del requisito, anche in questo caso, dell'autosufficienza. L'organizzazione può dunque consistere anche solo di lavoratori, ma questo gruppo di lavoratori deve essere capace, nel suo complesso ed in piena autonomia rispetto all'organizzazione del committente, di realizzare uno specifico prodotto. In questo modo l'appalto è lecito, e non può operare la sanzione della costituzione del rapporto di lavoro alle dipendenze del committente, poiché il lavoratore fa parte di una struttura dotata di un'autonoma capacità produttiva capace di garantirgli continuità di occupazione anche successivamente alla cessazione dell'appalto. In questo modo viene utilizzato come criterio per l'imputazione dei rapporti di lavoro quello della capacità del soggetto di favorire la continuità dell'occupazione grazie alla sua capacità di eseguire, tramite gli strumenti di cui è dotato, un'autonoma attività produttiva.

Quanto fin qui detto consente allora di constatare che la nozione di azienda e quella di impresa rilevanti per il diritto del lavoro, seguendo una tendenza tipica di questa branca dell'ordinamento ⁽⁹⁶⁾, si allontanano dalle definizioni dettate rispettivamente dagli artt. 2555 e 2082 cod. civ. e acquistano una propria autonomia la cui *ratio* di fondo può essere individuata nell'obiettivo di favorire la conservazione del posto di lavoro imputando il rapporto al soggetto che possieda la struttura produttiva capace di realizzare un risultato offribile sul mercato, ossia al soggetto che possieda gli strumenti e la serietà per condurre un'attività produttiva suscettibile di durare nel tempo.

9. Il confine fra appalto lecito e somministrazione irregolare nei servizi labour intensive

Collocata la definizione dell'art. 29 d. lgs. 276/03 nel solco già tracciato dal codice civile, e dimostrata la piena includibilità nella categoria dei contratti di appalto di quei negozi nei quali l'appaltatore assuma l'obbligo della realizzazione dell'opera o del servizio impiegando un gruppo organizzato di lavoratori, appare utile, a questo punto, soffermarsi sulla considerazione di quest'ultima ipotesi per chiarire cosa debba intendersi per esercizio del potere organizzativo e direttivo e se sussistano dei limiti alla possibilità di decentrare l'esecuzione dei c.d. servizi a bassa intensità organizzativa.

La focalizzazione dell'attenzione su questo tema deriva dal suo collocarsi sul confine che divide la fattispecie *appalto* da quelle diverse forme contrattuali tramite le quali viene posta in essere un'attività di fornitura di lavoratori ad imprese. Attività che, a seguito della abrogazione della legge 1369/60 e dell'introduzione dell'istituto della

⁽⁹⁶⁾ Si tratta della tendenza alla specializzazione dei concetti comuni al diritto civile. Al riguardo osservava L. Mengoni, *L'influenza del diritto del lavoro su diritto civile, diritto processuale civile, diritto amministrativo. Diritto civile*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, n. 45, 1990, 1, pp. 13 s., che mentre, non di rado, nell'applicazione al rapporto di lavoro, le categorie civilistiche si modificano, alle modificazioni e agli adattamenti disposti dal diritto del lavoro si aggiungono gli adattamenti, che talvolta sono vere e proprie manipolazioni, operati dalla giurisprudenza.

somministrazione di lavoro, vanno oggi sotto il nome di somministrazione irregolare. Lo studio di queste ipotesi, invero, proprio perché riguardanti servizi realizzabili esclusivamente tramite l'investimento di attività lavorativa e senza la necessità di impiegare beni materiali di un certo rilievo, dovrebbe consentire di pervenire alle fondamenta della struttura del tipo contrattuale *appalto* individuando gli elementi caratterizzanti la fattispecie, chiarendo quando le prestazioni rese da un gruppo di lavoratori assumano i caratteri dell'attività di *produzione di un servizio* rispetto a quella in cui si risolvano nella mera messa a disposizione delle energie lavorative a favore del committente secondo il modello della subordinazione.

Il punto di partenza di questa ricerca non può che essere la riflessione condotta dalla dottrina e l'esame della giurisprudenza che si è formata in questa materia sotto il vigore della legge 1369/60. Come più sopra si è messo in evidenza, è proprio la materia degli appalti aventi ad oggetto la fornitura di servizi non richiedenti l'impiego di rilevanti mezzi materiali ad aver costituito il terreno nel quale ha posto le sue radici l'interpretazione volta a manipolare la presunzione di illiceità dell'appalto eseguito con capitali, macchine e attrezzature del committente dettata dal terzo comma dell'art. 1 della legge 1369/60 ⁽⁹⁷⁾.

Nell'ambito di quella riflessione si è riconosciuta piena legittimità agli appalti che dovessero essere eseguiti prevalentemente od esclusivamente per il tramite delle prestazioni di un gruppo organizzato di lavoratori.

Venuto meno l'appiglio rappresentato dal riscontro in concreto di un'organizzazione produttiva che potremmo dire di carattere "pesante" perché composta di beni materiali di rilevante importanza, la giurisprudenza, come più sopra messo in evidenza, ha adottato, al fine di appurare la legittimità o meno dell'appalto, tecniche differenti scegliendo, caso per caso, quella che si presentasse più adatta in relazione alla natura del servizio appaltato, nonché alle caratteristiche del caso concreto.

Le tecniche impiegate dalla giurisprudenza sono di tre tipi.

La prima consiste nell'esaminare il rapporto fra il lavoratore e l'appaltatore al fine di valutare se fosse quest'ultimo ad organizzare e gestire le prestazioni di lavoro assumendo il rischio economico dell'opera o del servizio.

La seconda mirava a valutare il possesso da parte dell'appaltatore di una struttura produttiva avente carattere di impresa.

La terza consisteva nell'esame del rapporto fra lavoratore e committente nella prospettiva di appurare la sussistenza di una relazione di lavoro subordinato tra questi, tale per cui il lavoratore potesse essere considerato come di fatto inserito nella sua

⁽⁹⁷⁾ Una diversa opinione rispetto a quella indicata nel testo ha espresso F. Scarpelli, *Interposizione e appalti di servizi informatici: un interessante <obiter dictum> della Cassazione sul ruolo del <know-how> di impresa*, in *Foro It.*, 1992, I, c. 524, il quale ha sostenuto che l'interpretazione data dalla Cassazione del terzo comma dell'art. 1 della legge 1369/60 non ha avuto carattere evolutivo, ma si è invece posta all'interno di quella disciplina attribuendo rilevanza all'evoluzione dei dati costitutivi dell'attività di impresa. Ciò che sarebbe mutato non sarebbe tanto il concetto giuridico e il procedimento ermeneutica, quanto piuttosto gli elementi della fattispecie reale che in quel concetto possono essere sussulti in rapporto all'evoluzione della tecnologia e del mercato.

organizzazione. In particolare questo metodo di esame della fattispecie era indicato in maniera evidente da parte della legge 1369/60 che espressamente, al quinto comma dell'art. 1, prevedeva la costituzione del rapporto alle dipendenze dell'imprenditore che avesse effettivamente utilizzato le prestazioni del lavoratore.

La dottrina ha assunto atteggiamenti diversi rispetto all'impiego di questi approcci ermeneutici alla fattispecie interpositoria.

Alcuni autori ⁽⁹⁸⁾ hanno sottolineato che non può assumere un valore assorbente la natura del soggetto appaltatore, atteso che anche una vera impresa potrebbe limitarsi a fornire mere prestazioni di lavoro. Piuttosto, secondo questa opinione, dovrebbe appurarsi se, in punto di fatto, l'appaltatore agisca come impresa esaminando le modalità concrete di esecuzione dell'attività.

Pur dal punto di vista di un esame delle modalità concrete di svolgimento del rapporto, altra parte della dottrina ha sottolineato come l'indagine debba assumere le medesime caratteristiche di quella che viene condotta in caso di accertamento della natura subordinata del rapporto ⁽⁹⁹⁾. In questa prospettiva, l'interprete dovrà guardare non tanto alle prestazioni quanto al fatto che le medesime siano inserite come prestazioni di lavoro subordinato nell'organizzazione dell'appaltatore o piuttosto in quella del committente. Nel caso concreto bisognerà allora valutare quale sia l'impresa che ha *utilizzato* le prestazioni, ricercando quale sia stato il soggetto che abbia esercitato i tipici poteri datoriali.

I sostenitori di tale impostazione hanno peraltro evidenziato che non sempre sono facilmente riscontrabili in concreto i caratteri dell'eterodirezione tipica del lavoro subordinato, ciò soprattutto nel caso di attività eseguite da lavoratori dotati di un elevato grado di professionalità e dunque di una consistente autonomia nell'esecuzione della prestazione lavorativa ⁽¹⁰⁰⁾. In questa ipotesi, l'interprete dovrebbe allora affidarsi alla ricerca in concreto di quegli indici che nel loro complesso possano far presumere l'esistenza di un contratto di lavoro subordinato inteso come fattispecie socialmente tipica.

Questa impostazione è invece stata criticata da chi ha sostenuto, sotto il vigore del divieto di interposizione, che l'operatività del divieto discendeva non già dall'accertamento della organizzazione della prestazione, secondo i criteri imposti dall'art. 2094 cod. civ., quanto piuttosto dall'esistenza dell'impresa in capo all'appaltatore ⁽¹⁰¹⁾.

Al fondamento di tale conclusione veniva posta l'affermazione secondo la quale se anche il potere direttivo presuppone il contratto di lavoro, esso non è essenziale al rapporto di lavoro, nel senso che può aversi lavoro subordinato anche nel caso in cui il

⁽⁹⁸⁾ O. Mazzotta, *Rapporti interpositori e contratto di lavoro*, cit., pp. 407 ss.; M.T. Carinci, *Art. 2127: la fornitura di lavoro altrui*, cit., p. 84; G. Pera, *Diritto del lavoro*, Padova, 2003, pp. 355 ss.

⁽⁹⁹⁾ F. Scarpelli, *Interposizione e appalto nel settore dei servizi informatici*, cit., pp. 69 ss.

⁽¹⁰⁰⁾ F. Scarpelli, *ult. op. cit.*, p. 78.

⁽¹⁰¹⁾ P. Bellocchi, *Interposizione e subordinazione*, in *Arg. Dir. Lav.*, 1999, pp. 162 ss.

potere direttivo non venga mai esercitato ⁽¹⁰²⁾. Il divieto di interposizione aveva dunque riguardo al “vero” imprenditore e non al “vero” e sostanziale datore di lavoro. Coticché l’applicazione pratica del divieto presupponeva un’indagine volta ad appurare l’inserimento del lavoratore nell’organizzazione del committente, intendendo tale inserimento, non come inserimento materiale nell’organizzazione produttiva, ma come destinazione giuridica di un complesso di rapporti di lavoro all’organizzazione di una specifica attività produttiva ⁽¹⁰³⁾.

Secondo questo orientamento, in altre parole, non può scegliersi come necessaria prospettiva di indagine la ricerca degli elementi volti ad identificare la sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato fra il lavoratore e l’appaltatore o fra il lavoratore e il committente poiché l’esercizio del principale potere datoriale, ossia il potere direttivo, non sempre è riscontrabile nell’ambito di un rapporto di lavoro. Per superare i problemi di qualificazione di queste ipotesi e chiarire se l’attività svolta dai lavoratori possieda i caratteri dell’appalto e non piuttosto quelli di una mera interposizione bisognerebbe dunque guardare alla destinazione della prestazione lavorativa alla creazione dell’organizzazione finalizzata all’esercizio di una specifica attività e, dunque, alla configurabilità in capo all’appaltatore di una organizzazione avente carattere di impresa ⁽¹⁰⁴⁾.

Prescindendo dall’esame della correttezza dell’una o dell’altra soluzione in rapporto alla legge 1369/60, ormai abrogata, quei differenti approcci al tema della legittimità degli appalti cd. *labour intensive* meritano di essere considerati nel tentativo di ricercare un criterio di assegnazione alle categorie dell’appalto lecito e della somministrazione irregolare oggi regolamentate dal d. lgs. 276/03.

Come più sopra si è cercato di mettere in evidenza, il legislatore della riforma ha recepito all’interno della definizione di appalto dettata dall’art. 29 d. lgs. 276/03 gli approdi cui la giurisprudenza nazionale è pervenuta proprio nell’ambito del contenzioso sviluppatosi intorno alla erogazione dei servizi a bassa intensità organizzativa.

Il legislatore, invero, all’interno della definizione di appalto introdotta con il primo comma del citato art. 29, ha imposto di appurare la legittimità dell’appalto ricercando l’esercizio da parte dell’appaltatore del potere direttivo ed organizzativo.

⁽¹⁰²⁾ P. Bellocchi, *ult. op. cit.*, spec. p. 167.

⁽¹⁰³⁾ P. Bellocchi, *ult. op. cit.*, spec. pp. 183 ss..

⁽¹⁰⁴⁾ In questo senso P. Ichino, *Il diritto del lavoro e i confini dell’impresa*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, n. 82-83, 1999, 2-3, pp. 249 ss., afferma che “*ciò che conta è che essa [ossia una prestazione consistente assenzialmente in un’attività di lavoro, n.d.r.] sia resa possibile da un’organizzazione di tipo imprenditoriale, di cui sia titolare effettivo l’appaltatore, e che la natura imprenditoriale della prestazione costituisca elemento essenziale dell’assetto di interessi effettivamente voluto dalle parti [...] l’elemento decisivo sta nel fatto che nell’attività di organizzazione e direzione dei propri dipendenti l’appaltatore utilizzi in piena autonomia un proprio rilevante patrimonio di conoscenze, esperienza e professionalità specifica, trasfondendolo nell’attività svolta dai propri dipendenti operanti al servizio dell’impresa committente*”.

Ora, secondo un'opinione ⁽¹⁰⁵⁾, il legislatore non si sarebbe limitato a richiamare l'esercizio da parte dell'appaltatore dei poteri tipici del datore di lavoro, ma avrebbe imposto all'interprete di realizzare piuttosto una verifica della consistenza organizzativa dell'impresa appaltatrice così da escludere la legittimità a quegli appalti nei quali l'appaltatore non fosse un vero imprenditore.

Tramite questa interpretazione si mira, dunque, ad inserire nel corpo dell'articolo un ulteriore riferimento al possesso da parte dell'appaltatore di un'organizzazione imprenditoriale.

Sembra, però, più corretto considerare i vocaboli *direttivo e organizzativo* come una endiadi e dunque, più semplicemente, il potere organizzativo e direttivo come riferimento all'esercizio da parte dell'appaltatore dei poteri propri del datore di lavoro ⁽¹⁰⁶⁾. Questa sembra la conclusione da preferire in quanto appare la più coerente con l'evoluzione giurisprudenziale, sviluppatasi sotto il vigore della legge 1369/60, che, come sottolineato, ha rappresentato il punto di riferimento per il legislatore. Giurisprudenza che, sul punto, si era prevalentemente orientata alla ricerca proprio dell'esercizio dei poteri datoriali da parte dell'appaltatore, per lo più desumendo, nei servizi a bassa intensità di capitali, l'esistenza di un'organizzazione ad impresa proprio dall'esercizio di quei poteri.

Ad indurre ad interpretare la norma in questo senso è peraltro il fatto che la natura imprenditoriale dell'organizzazione dell'appaltatore è imposta dal riferimento all'impiego di un'organizzazione di mezzi necessari contenuto nell'art. 29 sulla scorta della definizione di cui all'art. 1655 cod. civ. Se dunque l'organizzazione di mezzi necessari è tale se assume i caratteri di un'organizzazione in forma di impresa, l'aver precisato che questa può risultare, in relazione alle esigenze delle opere o del servizio da realizzare, dall'esercizio del potere direttivo ed organizzativo significa voler affermare che il potere direttivo ed organizzativo non è l'organizzazione in forma di impresa, ma è un indizio dal quale è possibile desumere che l'appaltatore è titolare di un'organizzazione avente natura imprenditoriale, se il risultato da realizzare richiede esclusivamente l'impiego di un gruppo di lavoratori.

Considerata come un'endiadi il riferimento al potere direttivo ed organizzativo si deve concludere, dunque, che il legislatore ha voluto conferire rilevanza all'esercizio dei poteri tipici del datore di lavoro da parte dell'appaltatore affermando che, se lo impongono le esigenze dell'opera o del servizio, l'organizzazione di mezzi può risultare anche dall'esercizio del potere direttivo ed organizzativo. Il che, con parole differenti, significa affermare che se il servizio da realizzare è tale da poter essere prodotto tramite

⁽¹⁰⁵⁾ F. Scarpelli, *Art. 27. Somministrazione irregolare*, in E. Gragnoli e A. Perulli (a cura di), *La Riforma del Mercato del Lavoro e i nuovi modelli contrattuali. Commentario al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, Padova, 2004, p. 421.

⁽¹⁰⁶⁾ In questo senso L. Corazza, *Somministrazione di lavoro e appalti*, in G. Santoro Passarelli (a cura di), *Diritto del lavoro e della previdenza sociale*, Cedam, 2007, p. 1261, la quale sostiene che anche alla luce della giurisprudenza che sembra avere ispirato la riforma legislativa, il riferimento al potere organizzativo debba essere inteso come "potere di organizzazione della prestazione", comprensivo di tutti i poteri attribuiti a datore di lavoro per organizzare le prestazioni lavorative altrui.

l'impiego di un gruppo organizzato di lavoratori, si configura un'organizzazione in forma di impresa imputabile all'appaltatore se quest'ultimo può essere considerato come datore di lavoro sostanziale dei lavoratori impiegati nell'appalto. Come si vede, dunque, la prospettiva è pienamente coincidente con quella assunta nel vigore della legge 1369/60 e peraltro già desumibile da un'interpretazione degli elementi costitutivi del tipo disciplinato dall'art. 1655 cod. civ. orientata dalla funzione economico sociale che lo stesso contratto è destinato a soddisfare (cfr. *supra*).

Ciò posto, ne deriva che la nuova disciplina pone problemi applicativi, in relazione alla questione della inclusione in punto di fatto della fattispecie concreta nella categoria dell'appalto lecito o della somministrazione irregolare, analoghi a quelli posti dalla disciplina previgente con riferimento soprattutto a due fondamentali tipologie di servizi: la prima può essere identificata nei servizi per la realizzazione dei quali l'esercizio dei poteri datoriali è assolutamente limitato e marginale; la seconda raccoglie invece quei servizi che devono essere eseguiti prevalentemente da lavoratori in possesso di una specifica professionalità o la cui erogazione richiede un'attività prevalentemente manuale ed elementare e la cui fruizione è essenziale per la realizzazione della *missione* dell'impresa committente.

Cominciando a considerare la prima delle due citate tipologie, va sottolineato, come messo in evidenza anche dalla giurisprudenza formatasi in materia di cd. "subordinazione attenuata", che esistono attività lavorative la cui realizzazione non richiede l'esercizio da parte del datore di lavoro di un penetrante potere di conformazione che si traduca in ordini specifici e in un costante controllo della prestazione.

Come noto, muovendo dalla considerazione della subordinazione come modalità di attuazione del rapporto consistente nella eterodirezione, con riferimento a questo tipo di attività, la giurisprudenza ha evidenziato che il vincolo della subordinazione è riscontrabile anche laddove il potere direttivo si espliciti per il tramite della indicazione di istruzioni di carattere generale fornite una volta per tutte all'inizio del rapporto ⁽¹⁰⁷⁾. In questa prospettiva, l'eterodirezione, pur non sostanziandosi in ordini continui specifici e strettamente vincolanti, consiste in quelle direttive di massima dettate in via programmatica tali da funzionalizzare l'attività del dipendente agli obiettivi dell'impresa ⁽¹⁰⁸⁾.

Queste ipotesi, normalmente esaminate con riguardo all'accertamento della natura autonoma o subordinata del rapporto, pongono dei problemi anche con riferimento all'accertamento della liceità dell'appalto.

Se, infatti, questo tipo di mansioni viene esternalizzato dall'azienda e le stesse devono essere eseguite dal lavoratore in autonomia, non essendo necessario che il

⁽¹⁰⁷⁾ Cfr. Cass. 27 novembre 2002, n. 16085, in *Foro It.*, 2003, I, c. 1148, la quale afferma che in tal caso la subordinazione può desumersi inoltre *dalla permanente disponibilità del lavoratore ad eseguire tali istruzioni*.

⁽¹⁰⁸⁾ Cfr. D. De Feo, *Potere direttivo e coordinamento: la (spesso sottile) linea di demarcazione tra subordinazione ed autonomia ed i nuovi modelli contrattuali*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2004, p. 650.

datore di lavoro impartisca ordini ripetuti, ci si deve chiedere come si possa valutare se quell'appalto sia o meno lecito data l'impossibilità di affidarsi al riscontro dell'esercizio del potere direttivo da parte dell'appaltatore.

Con riferimento a questo tipo di attività, l'esperienza applicativa formatasi sotto il vigore della legge 1369/60 ha spinto a spostare l'attenzione sul possesso da parte dell'appaltatore di un'organizzazione in forma di impresa. Ciò poiché implicitamente si riteneva che il possesso di un'organizzazione in forma di impresa consentisse di confidare nella serietà dell'appaltatore escludendo che lo stesso si limitasse alla fornitura di mere prestazioni di lavoro.

Tale impostazione non tiene però conto dell'obiezione, sollevata da una parte della dottrina più sopra richiamata, che anche un soggetto che sia in possesso dei requisiti per poter essere qualificato imprenditore commerciale potrebbe di fatto limitare la propria attività alla somministrazione di lavoratori senza realizzare un autonomo risultato produttivo. Il possesso di un'organizzazione in forma di impresa che, comunque, si ricorda, non può mai consistere nella mera gestione del personale ⁽¹⁰⁹⁾, non è sufficiente a rendere lecito l'appalto perché non ci dice se l'appaltatore abbia effettivamente realizzato un'opera od un servizio.

Un criterio per la qualificazione di tali ipotesi di confine deve invece essere ricercato guardando alla differente funzione che il contratto di lavoro subordinato e il contratto di appalto sono chiamati a svolgere e, dunque, i differenti interessi che i due negozi devono soddisfare.

Da questo punto di vista, le differenze fra contratto di lavoro subordinato e contratto di appalto sono evidenti: mentre con il primo il datore di lavoro soddisfa il proprio interesse ad organizzare la prestazione del lavoratore in funzione della realizzazione della propria attività ⁽¹¹⁰⁾, con il secondo il committente soddisfa il proprio interesse ad acquistare un'opera o un servizio, che eventualmente costituirà un *input* da inserire nella propria attività.

Questa differente funzione economico-sociale che i due contratti sono chiamati a realizzare può, allora, costituire un valido criterio cui affidarsi nell'indagine volta ad appurare la liceità in concreto del contratto di appalto avente ad oggetto la fornitura di servizi da realizzarsi senza l'impiego di rilevanti mezzi materiali.

Ponendosi da tale prospettiva, l'accertamento non avrà dunque più ad oggetto né la natura imprenditoriale della struttura produttiva impiegata dall'appaltatore né l'esercizio da parte dell'appaltatore o del committente del potere direttivo ed organizzativo della prestazione, ma piuttosto l'individuazione dell'interesse concreto che il contratto è destinato a soddisfare.

In termini pratici ciò comporta che si dovrà valutare in punto di fatto se l'interesse del committente che viene soddisfatto consista nella fruizione dell'attività del singolo lavoratore o piuttosto nell'acquisto dell'opera o del servizio realizzato tramite l'attività

⁽¹⁰⁹⁾ Cfr. Cass. 30 ottobre 2002, n. 15337, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2003, II, pp. 336 ss., con nota di P. Albi.

⁽¹¹⁰⁾ M. Persiani, *Contratto di lavoro e organizzazione*, 1966, Cedam, Padova.

del lavoratore. In questo secondo caso, peraltro, l'opera o il servizio non dovrà essere il risultato esclusivamente dell'attività svolta dal lavoratore, ma piuttosto della complessiva organizzazione investita dall'appaltatore nella realizzazione del prodotto promesso con la stipulazione del contratto di appalto.

Alla luce di questo criterio, in altre parole, dovrà indagarsi se il committente sia interessato a disporre dell'attività del singolo lavoratore o piuttosto ad ottenere il servizio che la prestazione di quel lavoratore, quale elemento della più complessa struttura produttiva dell'appaltatore, è volta a realizzare. Richiamando le osservazioni fatte all'esordio di questo capitolo, ci si dovrà chiedere se il committente sia interessato al risultato dell'attività del lavoratore subordinato o al risultato dell'attività posta in essere dall'appaltatore impiegando l'organizzazione di mezzi.

Dunque, l'interpretazione volta ad individuare l'interesse soddisfatto dal lavoratore con la sua prestazione consente di accertare, anche nelle ipotesi in cui non sia riscontrabile l'esercizio dei poteri propri del datore di lavoro, se l'attività dallo stesso svolta sia funzionale alla realizzazione dell'opera o del servizio appaltati o piuttosto se in questo modo venga favorito il committente a disporre di tale prestazione lavorativa.

Non solo, ma ponendosi da questo punto di vista, si perviene ad un'altra fondamentale conclusione in punto di individuazione dei limiti alla possibilità di decentrare funzioni dell'attività produttiva.

Come noto, è opinione condivisa quella secondo la quale il legislatore non ponga in realtà limiti al decentramento: qualunque fase dell'attività produttiva, eventualmente anche inerente al *core business*, può costituire oggetto di una procedura di esternalizzazione ⁽¹¹¹⁾.

Tale conclusione, condivisa anche sotto il vigore della legge 1369/60 che si riteneva contenesse al più dei disincentivi al decentramento, ma non dei limiti ⁽¹¹²⁾, è oggi ulteriormente avallata dall'eliminazione della presunzione assoluta di interposizione nelle prestazioni lavorative dettata dall'art. 3 della legge 1369/60.

In realtà, però, ponendosi dalla prospettiva dell'interesse che la prestazione lavorativa è destinata a soddisfare ci si può avvedere del fatto che non tutte le funzioni possono essere fatte oggetto di esternalizzazione. Tale possibilità, in particolare, deve essere esclusa con riferimento a quelle attività per le quali il servizio che viene fatto oggetto del contratto di appalto non può essere realizzato che tramite l'attività di uno o più lavoratori senza che l'appaltatore assuma alcun ruolo o rischio se non quello di garantire la continuità nell'esecuzione della prestazione.

In questi casi, il servizio reso non costituisce il prodotto dell'impiego di un'organizzazione di mezzi, ma si risolve nel contenuto stesso della prestazione lavorativa. E che in questo caso non si possa parlare di appalto lecito è dimostrato dal fatto che l'oggetto del contratto di appalto e del contratto di lavoro subordinato vengono a coincidere; mentre, nel contratto di appalto, il risultato dovrebbe consistere non nella

⁽¹¹¹⁾ Ma sul punto con maggiori approfondimenti v. il capitolo secondo.

⁽¹¹²⁾ Cfr. Premessa.

prestazione del singolo lavoratore, ma nella realizzazione di un risultato tramite l'impiego della complessiva organizzazione dell'appaltatore di cui il lavoratore costituisce uno dei fattori produttivi.

Può essere a questo punto utile richiamare un esempio pratico al fine di conferire maggiore chiarezza alla tesi qui sostenuta.

Recentemente il Tribunale Amministrativo Regionale del Piemonte è stato chiamato a pronunciarsi sulla legittimità di un bando di gara per l'appalto del servizio di assistenza infermieristica da parte di una Asl ⁽¹¹³⁾.

In quell'occasione il Tar, affrontando la materia della esternalizzazione delle attività di assistenza infermieristica ha ritenuto, prima ancora dell'attuazione del rapporto, sulla base delle sole indicazioni desumibili dal bando di gara, che l'attività che si intendeva affidare in appalto si sarebbe concretizzata nella somministrazione di lavoratori da parte dell'appaltatore a favore della Asl, al di fuori e senza il rispetto delle condizioni richieste dalla legge per lo svolgimento dell'attività di somministrazione di lavoro.

E il Tribunale è pervenuto a tale conclusione utilizzando i tradizionali canoni di accertamento dell'interposizione: possesso da parte dell'appaltatore di una propria organizzazione di mezzi funzionale alla realizzazione del servizio; modalità previste per l'esecuzione del servizio; individuazione del soggetto cui è affidato il potere direttivo; valutazione dei criteri di quantificazione del corrispettivo spettante allo pseudo-appaltatore.

Valutando alla luce di tali criteri le indicazioni contenute nel bando di gara circa le modalità di realizzazione dell'attività che si intendeva appaltare, il Tribunale Amministrativo ha dunque ritenuto che l'attività da offrire in appalto avrebbe dovuto risolversi in una mera fornitura di lavoratori qualificati, destinati ad integrare l'organico dell'azienda ospedaliera impegnato nell'attività di assistenza infermieristica.

Ed infatti, in base al capitolato speciale del bando di gara: i turni di lavoro avrebbero dovuto essere definiti dai responsabili di settore delle aziende ospedaliere; l'orario di lavoro sarebbe stato definito dal committente sulla base delle necessità delle aziende; l'attività lavorativa avrebbe dovuto essere esercitata sulla base delle istruzioni impartite dalle aziende ospedaliere; i lavoratori avrebbero dovuto rispettare una serie di regole di comportamento imposte al personale direttamente dipendente dalle aziende; il costo del servizio sarebbe stato legato esclusivamente al numero di ore di lavoro effettivamente svolto dal personale fornito a prescindere da qualsivoglia considerazione del concreto risultato conseguito con lo svolgimento delle prestazioni.

In conclusione, il Tar per il Piemonte ha deciso la controversia impiegando i medesimi criteri e ricercando i medesimi indici già utilizzati dalla giurisprudenza sotto il vigore del divieto di interposizione.

⁽¹¹³⁾ TAR Piemonte, 26 giugno 2006, n. 2711, in *Orient. Giur. Lav.*, 2006, 2, pp. 309 ss, con nota di I. Alvino.

Senonché, anche alla luce delle riflessioni sin qui sviluppate sulla struttura del contratto di appalto e sulle modalità con le quali il contratto di lavoro in essa si inserisce, inducono l'interrogativo se sia effettivamente possibile ammettere una esternalizzazione dell'attività di assistenza infermieristica e, più in generale, se sia possibile ammettere il decentramento di qualunque attività.

Con riferimento al caso concreto oggetto della citata sentenza del Tar Piemonte, i dubbi circa la possibilità di formulare una risposta positiva al quesito discendono, da un lato, dalla stretta connessione che sussiste fra l'attività di assistenza infermieristica e le attività di assistenza medica fornite da un'azienda sanitaria, dall'altra, dalla necessaria dipendenza della prima dalla seconda attività, nel senso che l'assistenza infermieristica non può che essere eseguita in conseguenza delle richieste e delle direttive provenienti dal personale medico.

Non sembra infatti possibile identificare, in questa ipotesi, un risultato autonomo che sia separabile e distinguibile dal più complesso servizio reso dall'azienda ospedaliera.

Da altro punto di vista, l'interesse dell'azienda soddisfatto con il ricorso al contratto di appalto non è quello ad acquistare un servizio, ma quello di poter disporre dell'attività di lavoratori dotati di specifiche competenze professionali. Il servizio, in altre parole, non è il risultato di un'organizzazione imprenditoriale investita dall'appaltatore, quanto piuttosto dell'attività resa dai dipendenti di quest'ultimo inviati ad eseguire l'attività per la quale hanno le necessarie competenze, su richiesta del personale medico operante presso l'azienda ospedaliera.

In questa prospettiva l'attività dell'appaltatore si risolve, allora, nelle sole attività: di selezione del personale qualificato; organizzazione dell'orario di lavoro; gestione retributiva e contributiva del rapporto; garanzia della continuità del servizio. Spetterà poi al singolo prestatore di lavoro "qualificato" l'esecuzione delle singole attività richieste (medicazioni, etc.) dal personale medico presente presso l'azienda sanitaria.

La possibilità di conferire in appalto le attività di assistenza infermieristica presuppone allora che sia possibile ritenere sufficiente la organizzazione della prestazione lavorativa da parte dell'appaltatore rimettendo ai dipendenti di quest'ultimo la realizzazione delle singole prestazioni richieste dal committente (e per lui dal personale medico), considerando queste ultime come altrettanti risultati richiesti all'appaltatore e da quest'ultimo realizzati attraverso il proprio personale. Sotto il profilo del rischio, l'unico assunto dall'appaltatore sarebbe allora quello di garantire la continuità delle prestazioni di assistenza infermieristica, sollevando il committente dalla sopportazione delle conseguenze derivanti dagli eventi che dovessero impedire al lavoratore addetto alla assistenza infermieristica, l'adempimento della propria prestazione.

Bisogna allora chiedersi se la gestione a proprio rischio richiesta dall'art. 1655 cod. civ. e dall'art. 29 d. lgs. 276/03 per la caratterizzazione dell'appalto, possa

consistere nella mera garanzia della continuità nella erogazione di specifiche prestazioni.

10. La rilevanza determinante del rischio di impresa

Il contratto di appalto si qualifica non solo per l'organizzazione di mezzi investita nella realizzazione dell'opera o del servizio, ma anche, secondo il modello tratteggiato nell'art. 1655 cod. civ., per la *gestione a proprio rischio* assunta dall'appaltatore.

Più sopra si è esaminato il dibattito sviluppatosi in seno alla dottrina civilistica in ordine al significato da attribuire a tale requisito. Tale dibattito – che può dirsi oggi esaurito – ha messo in luce la necessità di attribuire a tale requisito una duplice veste.

Sotto un primo profilo esso evidenzia la necessità che ogni aspetto direttivo dell'opera competa alla titolarità dell'appaltatore. Ed in questo senso, la *gestione a proprio rischio* si salda all'*organizzazione dei mezzi necessari* per manifestare la necessità che l'intera gestione dell'apparato produttivo investito per la realizzazione del risultato commissionato avvenga da parte dell'appaltatore.

Sotto un secondo profilo, la gestione a proprio rischio va intesa come assunzione da parte dell'appaltatore del rischio economico, ossia dell'alea di non coprire i costi richiesti dalla realizzazione dell'opera o del servizio con il corrispettivo dovuto dal committente.

La dottrina lavoristica e la giurisprudenza non attribuirono molta rilevanza a tale requisito ai fini della distinzione tra appalto ed interposizione di manodopera nel vigore della legge 1369/60. Dello stesso veniva per lo più sottolineata la prima delle due accezioni poc'anzi ricordate, evidenziando la necessità che la realizzazione dell'opera fosse integralmente gestita dall'appaltatore per escludere che i dipendenti dello stesso fossero *utilizzati* dal committente.

Nell'art. 29 d. lgs. 276/03 il legislatore ha precisato che il contratto di appalto si distingue dalla somministrazione per la assunzione da parte dell'appaltatore del *rischio di impresa*.

Pur non avendo pedissequamente riprodotto la formula codicistica, evidente è l'assonanza fra la definizione dettata dall'art. 29 d. lgs. 276/03 e quella tracciata dall'art. 1655 cod. civ.

Non a caso, gli scritti nei quali è stata affrontata l'interpretazione della nuova norma hanno per lo più ignorato tale requisito, talvolta sottolineando come lo stesso dovrebbe essere inteso più come un elemento indiziario che come un vero requisito del contratto ⁽¹¹⁴⁾.

⁽¹¹⁴⁾ In tal senso M. Miscione, *L'abrogazione del divieto di interposizione (ricadute sul piano sistematico e sanzionatorio)*, in *Dir. Prat. Lav.*, n. 37, 2004, p. 2403, il quale ha osservato che sul punto il d. 276/03 avrebbe recepito acriticamente la giurisprudenza della Cassazione, nella quale per rischio si intende una valutazione complessiva, che si basa sugli elementi gestionali e direttivi.

Non può peraltro ignorarsi che il legislatore non si è limitato a richiamare la gestione dell'appalto a rischio dell'appaltatore, ma ha richiesto l'assunzione da parte di quest'ultimo del rischio di impresa.

Ciò richiede che sia chiarito se vi sia piena coincidenza fra le formulazioni contenute nelle due definizioni o piuttosto se il riferimento al rischio di impresa assuma un valore peculiare.

Come noto, il "rischio d'impresa" non trova una definizione nel complesso delle norme in cui si compendia lo statuto dell'imprenditore e dell'impresa⁽¹¹⁵⁾, così come non è dettata una definizione del rischio contrattuale⁽¹¹⁶⁾.

Di tale concetto si è dunque parlato con riferimento a piani diversi: il primo di carattere fattuale, identificandolo negli avvenimenti che caratterizzano il mondo dell'economia e negli effetti che questi avvenimenti producono sull'attività di impresa; il secondo, afferente il rapporto esistente fra il rischio come fattore influenzante il comportamento dell'imprenditore e l'impresa nei suoi elementi costitutivi; il terzo, relativo alle conseguenze giuridicamente rilevanti sull'imprenditore⁽¹¹⁷⁾.

A questi significati è poi stato affiancato il riferimento a quegli eventi che rientrano nelle norme che regolano la responsabilità extracontrattuale dell'imprenditore⁽¹¹⁸⁾.

Anche nell'interpretazione di tale requisito deve essere d'ausilio l'elaborazione sviluppata sotto il vigore della legge 1369/60. Ciò poiché, con l'esplicitazione di tale requisito, il legislatore ha inteso senza dubbio sottolineare la necessità, ai fini della legittimità dell'appalto, che l'appaltatore assuma su di sé l'intera gestione e direzione dell'apparato produttivo destinato alla realizzazione dell'opera o del servizio oggetto del contratto.

Si può allora dire che il rischio di impresa menzionato dall'art. 29 d. lgs. 276/03 per qualificare la prestazione resa dall'appaltatore serve a precisare che è appaltatore colui che, titolare di un apparato produttivo funzionale alla realizzazione dell'opera o del servizio commissionato, lo investe per la realizzazione di quel risultato assumendo tutte le conseguenze in termini di assunzione del rischio economico, del rischio tecnico e di tutti i rischi, di natura contrattuale ed extracontrattuale, inerenti l'esercizio dell'attività di impresa.

Tale interpretazione del requisito del rischio di impresa è ricca di implicazioni.

In primo luogo consente di affermare che l'attività dell'appaltatore non può mai consistere nella liberazione del committente dal rischio della discontinuità delle prestazioni rese dai lavoratori. Piuttosto il rapporto contrattuale è tale se l'appaltatore ha la disponibilità di un'organizzazione produttiva che lo stesso investe nella realizzazione

⁽¹¹⁵⁾ Cfr. F. Cavazzuti, (voce) *Rischio d'impresa*, in *Enc. Dir.*, Aggiorn., IV, pp. 1093 ss.

⁽¹¹⁶⁾ Sul tema si veda G. Alpa, (voce) *Rischio (dir. vig.)*, in *Enc. Dir.*, XL, Giuffrè, Milano, pp. 1144 ss.

⁽¹¹⁷⁾ Propone questa tripartizione dei piani di rilevanza del concetto: F. Cavazzuti, (voce) *Rischio d'impresa*, cit., p. 1094.

⁽¹¹⁸⁾ P. Trimarchi, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1960; Comporti, *Esposizione al pericolo e responsabilità civile*, Napoli, 1965; C. Salvi, *La responsabilità civile*, Milano, 1998.

di un risultato che sia distinto e più complesso rispetto al contenuto della prestazione lavorativa resa dal singolo lavoratore.

Portando tale discorso alle estreme conseguenze, si deve concludere che il risultato dedotto quale oggetto della prestazione dell'appaltatore in un contratto di appalto non può risolversi nella prestazione resa dal singolo lavoratore. L'attività lavorativa costituisce un fattore dell'organizzazione investita nella realizzazione del servizio. Servizio che non può dunque coincidere con quella prestazione lavorativa.

Se così è, diviene necessario identificare un limite implicito alla possibilità di conferire in appalto tutte quelle attività nelle quali l'appaltatore non conferisce alcun valore aggiunto alla prestazione resa dal suo dipendente impiegato nell'esecuzione dell'appalto, limitandosi a garantire al committente la continuità della presenza del dipendente impiegato nell'esecuzione della propria attività lavorativa.

In secondo luogo, impone di tener distinto tale requisito da quello dell'organizzazione di mezzi. Mentre quest'ultimo identifica l'apparato produttivo funzionale all'adempimento dell'obbligazione assunta dall'appaltatore, il rischio di impresa qualifica le modalità con le quali quell'apparato viene investito nonché la disciplina delle conseguenze dell'attività di impresa.

Ne consegue che affinché si abbia appalto, non è sufficiente che l'appaltatore diriga in piena autonomia l'apparato produttivo funzionale allo svolgimento dell'attività di impresa, ma è altresì necessario che lo stesso assuma tutte le conseguenze dello svolgimento di tale attività. Non può dunque essere considerato appalto ai sensi dell'art. 29 d. lgs. 276/03 quello nel quale l'appaltatore, pur realizzando in piena autonomia l'opera o il servizio commissionati, riversi sul committente il rischio economico implicato dallo svolgimento dell'attività imprenditoriale ⁽¹¹⁹⁾.

11. Le differenze fra appalto e figure contermini

A conclusione della riflessione volta a delimitare i confini della fattispecie oggetto di studio nel presente scritto, esigenze di completezza impongono di dedicare alcune note alla individuazione degli elementi che distinguono l'appalto da altre figure negoziali che si pongono in una posizione di stretta vicinanza, poiché presentano alcune caratteristiche ad esso comuni. Tralasciando l'esame degli elementi di distinzione rispetto al contratto d'opera e al contratto di somministrazione ampiamente trattati nelle pagine che precedono, si vuole soffermare l'attenzione sulle fattispecie del distacco e della subfornitura.

11.1. ... (segue) il distacco

⁽¹¹⁹⁾ Sul tema delle conseguenze dell'assenza del requisito del rischio di impresa si veda anche il capitolo quinto.

Il distacco ha trovato per la prima volta un'espressa regolamentazione nel d. l.vo 276 del 2003.

Sul piano descrittivo, il distacco si realizza allorché un datore di lavoro mette, nel proprio interesse, un dipendente a disposizione di un altro imprenditore perché lo impieghi nell'esercizio della propria attività produttiva.

Di qui la differenza fra appalto e distacco.

Mentre infatti nell'appalto il dipendente viene impiegato dall'appaltatore, titolare dal lato attivo del rapporto di lavoro, nell'ambito della propria organizzazione per l'esecuzione della propria attività produttiva (consistente nella realizzazione dell'opera o del servizio commissionati dal committente), nel distacco si assiste ad una dissociazione tra la posizione di chi è titolare del contratto di lavoro e quella di chi in concreto fruisce della prestazione lavorativa.

Sotto il vigore della legge 1369/60, la giurisprudenza ⁽¹²⁰⁾, seguita dalla dottrina ⁽¹²¹⁾, aveva riconosciuto cittadinanza a tale istituto, ritagliandogli così un settore di legittimità nella più ampia area coperta dal divieto di interposizione, imponendo che lo stesso possedesse due requisiti: il carattere temporaneo del "prestito" al diverso datore di lavoro; la sussistenza di un interesse proprio del datore di lavoro distaccante alla prestazione svolta dal prestatore di lavoro presso il distaccatario.

Con riferimento al requisito della temporaneità esso era inteso non come brevità, ma piuttosto come non definitività dell'assegnazione presso il distaccatario, per cui nulla escludeva che permanendo l'interesse del datore di lavoro alla prosecuzione dello distacco, questo potesse permanere a tempo indeterminato.

Con riferimento al requisito della sussistenza dell'interesse del datore di lavoro distaccante esso è stato inteso dalla giurisprudenza come un legittimo interesse, anche di natura non economica purché lecito, a che il proprio dipendente eserciti la propria attività presso il distaccatario.

Sussistendo tali presupposti, dunque, il datore di lavoro è libero di disporre il distacco del lavoratore e questi è tenuto a rispettare la disposizione organizzativa in adempimento del generale obbligo di obbedienza sancito dall'art. 2104 cod. civ.

Il legislatore che ha riformato il mercato del lavoro è intervenuto in questa materia, anche in questo caso codificando gli approdi cui erano pervenute tanto la dottrina come la giurisprudenza, rendendo però più rigorosi i limiti nell'ambito dei quali è consentita l'attuazione del distacco ⁽¹²²⁾.

⁽¹²⁰⁾ Cass. 17 gennaio 2001, n. 594, in *Dir. Prat. Lav.*, 2001, p. 1778; Cass. 7 novembre 2000, n. 14458; Cass. 21 maggio 1998, n. 5102, in *Orient. Giur. Lav.*, 1998, I, p. 584

⁽¹²¹⁾ P. Ichino, *Il contratto di lavoro*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da Cicu, Messineo e continuato da Mengoni, vol. I, Milano, 2000, p. 497 ss.; Tatarelli, *Il distacco del lavoratore*, *Mass. Giur. Lav.*, 2004, p. 234; Buonajuto, *Il trasferimento dell'azienda e del lavoratore*, in *Il diritto del lavoro nella dottrina e nella giurisprudenza*, collana di monografie curata dal B. Balletti, Padova, 1999, p. 169.

⁽¹²²⁾ Per ulteriori approfondimenti sul tema, si vedano, tra i tanti: M. Gambacciani, *La disciplina del distacco nell'art. 30 d. leg. n. 276 del 2003*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2005, p. 203; F. Scarpelli, *Distacco del lavoratore tra legge e interventi ministeriali*, in *Dir. Prat. Lav.*, 2005, p. 1905; R. De Luca Tamajo, *Trasferimento di azienda, esternalizzazione del lavoro, somministrazione, appalto dei servizi, distacco*,

In forza della previsione dell'art. 30 del d. l.vo 276 del 2003, "l'ipotesi del distacco si configura quando un datore di lavoro, per soddisfare un proprio interesse, pone temporaneamente uno o più lavoratori a disposizione di altro soggetto per l'esecuzione di una determinata attività lavorativa".

La nuova disciplina richiede, dunque, ai fini della legittimità del distacco: la temporaneità, mentre prima occorre, come detto, soltanto la non definitività; e l'individuazione di una "determinata attività lavorativa" che sarà espletata dal dipendente dopo il suo distacco.

A questi limiti il legislatore ne ha aggiunti ulteriori due, previsti dal terzo comma dell'art. 30 cit. Il primo operante nel caso in cui il distacco comporti un mutamento di mansioni, richiedendo il consenso del lavoratore interessato. Il secondo riguardante l'ipotesi in cui il distacco comporti un trasferimento ad una unità produttiva sita a più di 50 Km da quella in cui il lavoratore è adibito, richiedendo in questo caso la sussistenza di comprovate ragioni tecniche, organizzative, produttive o sostitutive.

Quale norma di chiusura della disciplina, infine, il legislatore, attraverso un intervento correttivo contenuto nel d. l.vo 251/03, ha aggiunto un comma 4-bis all'art. 30 prevedendo che "quando il distacco avvenga in violazione di quanto disposto dal comma 1, il lavoratore interessato può chiedere, mediante ricorso giudiziale a norma dell'art. 414 del codice di procedura civile, notificato anche soltanto al soggetto che ne ha utilizzato la prestazione, la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze di quest'ultimo".

11.2. ... (segue) la subfornitura

Infine, è necessario esaminare gli elementi di distinzione fra il contratto di appalto e il contratto di subfornitura disciplinato dalla legge 18 giugno 1998, n. 192 ⁽¹²³⁾.

Quest'ultima ha per la prima volta regolamentato nel nostro ordinamento la subfornitura nelle attività produttive preoccupandosi di delimitarne in maniera precisa, nella norma introduttiva, l'ambito di applicazione: "con il contratto di subfornitura un imprenditore si impegna a effettuare per conto di una impresa committente lavorazioni su prodotti semilavorati o su materie preme forniti dalla committente medesima, o si

nella riforma del diritto del lavoro, in *Arg. Dir. Lav.*, 2005, p. 59; P. Tosi, *Appalto, distacco, lavoro a progetto - Appunti da una conferenza (commento al d.leg. 10 settembre 2003 n. 276)*, in *Lav. Giur.*, 2004, p. 234; R. Cosio, *Il distacco dopo la legge sul mercato del lavoro*, in *Dir. Prat. Lav.*, 2004, p. 1222; S. Magrini, *La nuova disciplina del distacco*, in *Lav. e prev. oggi*, 2003, p. 1887; M. Tatarelli, *Il distacco del lavoratore*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2004, p. 234; C. Zoli, *Il distacco del lavoratore nel settore privato*, in *Dir. Lav.*, 2003, fasc. 6, p. 935.

⁽¹²³⁾ Tra i tanti: G. Alpa e A. Clarizia (a cura di), *La subfornitura*, Milano, 1999; V. Cuffaro, (a cura di), *La subfornitura nelle attività produttive*, Napoli, 1998; G. Nicolini, *Subfornitura e attività produttive*, Milano, 1999; F. Bortolotti, *I contratti di subfornitura-La nuova legge sulla subfornitura nei rapporti interni e internazionali*, Padova, 1998; G. De Nova, *La subfornitura. Una legge grave*, in *Riv. Dir. priv.*, 1998, p. 449; C. Berti, *Subcontratto, subfornitura e decentramento produttivo*, Milano, 2000; N. Lipari (a cura di), *Disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2000, pp. 364 ss.

impegna a fornire all'impresa prodotti o servizi destinati ad essere incorporati o comunque ad essere utilizzati nell'ambito dell'attività economica del committente o nella produzione di un bene complesso, in conformità a progetti esecutivi, conoscenze tecniche e tecnologiche, modelli o prototipi forniti dall'impresa committente”.

Come è stato acutamente osservato da una parte della dottrina ⁽¹²⁴⁾, la legge citata regola i rapporti di natura commerciale fra l'impresa committente e quella subfornitrice dettando norme a favore della seconda in quanto ritenuta, per definizione, più debole, senza introdurre un nuovo tipo contrattuale. In altre parole tale legge detta una disciplina dei rapporti fra committente e subfornitrice applicabile a tutti i contratti che realizzino l'operazione economica presa in considerazione dall'art. 1 della legge n. 192/98.

È sufficiente, infatti, l'esame di tale ultima norma per avvedersi di come la disciplina dell'appalto, oggetto del presente saggio, e quella della subfornitura non si escludano affatto, quanto piuttosto siano destinate a sovrapporsi.

Anche il contratto di subfornitura si realizza e caratterizza come rapporto fra imprenditori “veri”.

Il subfornitore è infatti qualificato come un imprenditore che, in forza dell'art. 5 legge 192/98, è tenuto ad assumersi il rischio della propria attività. Questi assume infatti “la responsabilità del funzionamento e della qualità della parte o dell'assemblaggio da lui prodotti o del servizio fornito secondo le prescrizioni contrattuali e a regola d'arte”.

Dunque, tale disciplina è destinata ad affiancare le tutele dettate dall'art. 29 del d. lgs. 276/03 a beneficio dei lavoratori impiegati dall'appaltatore nell'esercizio della propria attività, per l'ipotesi in cui l'appalto sia lecito ai sensi della stessa norma lavoristica.

Ed infatti, la legge sulla subfornitura presuppone che sia stato precedentemente svolto un giudizio sulla legittimità del rapporto contrattuale e dunque sulla autentica natura contrattuale del soggetto appaltatore.

11.3. La funzione e l'utilità della certificazione

Quanto sin qui esposto conferma che anche per il futuro l'individuazione delle ipotesi in concreto rientranti nella fattispecie dell'appalto lecito dovranno essere individuate attraverso un'indagine caso per caso volta ad appurare cosa debba ritenersi essere organizzazione dei mezzi e gestione a proprio rischio in relazione al tipo di opera o servizio che l'appaltatore si sia obbligato a realizzare.

Per tentare di ovviare a tale intrinseco limite della disciplina e dunque conferire maggiore stabilità e certezza ai rapporti contrattuali e contemporaneamente favorire una facile soluzione delle controversie ancora pendenti in materia, il legislatore della riforma ha previsto, da un lato, che entro sei mesi dalla data di entrata in vigore del d. lgs. 276/03, il Ministero del Lavoro individui criteri interpretativi certi per la

⁽¹²⁴⁾ M. Sala Chiri, *Subfornitura e appalto di lavoro*, in *Arg. Dir. lav.*, 2003, p. 221.

definizione delle varie forme di contenzioso in atto riferite al pregresso regime in materia di intermediazione e interposizione nei rapporti di lavoro (art. 18, sesto comma, d. lgs. 276/2003), dall'altro, ha riconosciuto la possibilità che le procedure di certificazione siano utilizzate sia in sede di stipulazione del contratto di appalto sia nelle fasi di attuazione del programma negoziale (art. 84, primo comma, d. l. 276/03).

Al fine di favorire l'attività di certificazione e dunque rafforzare la stabilità della qualificazione giuridica certificata ⁽¹²⁵⁾, il decreto ha previsto che, sempre entro lo stesso arco temporale di sei mesi, il Ministero adotti codici di buone pratiche e indici presuntivi in materia di interposizione illecita e appalto genuino, che tengano conto della rigorosa verifica della reale organizzazione dei mezzi e della assunzione effettiva del rischio tipico di impresa da parte dell'appaltatore (art. 84, secondo comma, d. lgs. 276/2003) ⁽¹²⁶⁾.

Con riferimento alla prima delle norme citate, che ad oggi non ha ancora trovato attuazione da parte del Ministero, l'intento del legislatore era evidentemente quello di introdurre uno strumento di ausilio per il giudice che sia chiamato ad accertare la genuinità dell'appalto attraverso l'indicazione di alcuni criteri ed indici sintomatici che possano consentire di accertare la natura interpositoria o meno della fattispecie per lo meno in via presuntiva. Va qui incidentalmente notato che, se pure un simile intervento, laddove attuato, potrà essere di valido aiuto nella soluzione delle ipotesi che presentino maggiori difficoltà, comunque non potrà vincolare il giudice ad attenersi pedissequamente alle indicazioni ministeriali, trattandosi di norme di carattere secondario che non potranno prevalere sulla applicazione della definizione dettata dall'art. 1655 cod. civ., così come interpretata dal giudice.

Maggiore interesse suscita la riconosciuta possibilità che i contratti di appalto vengano fatti oggetto di un procedimento di certificazione. Al riguardo, pur non essendo ancora stato emanato il decreto ministeriale previsto dal secondo comma dell'art. 84, il Ministero ha elaborato una circolare interpretativa (del 15 dicembre 2004, n. 48) del D.M. 21 luglio 2004 relativa alle *“Modalità di presentazione delle richieste di autorizzazione per l'iscrizione all'Albo delle agenzie per il lavoro”* ⁽¹²⁷⁾.

⁽¹²⁵⁾ In tal senso, L. De Angelis, *La certificazione all'interno della riforma del mercato del lavoro*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2004, n. 1, p. 235.

⁽¹²⁶⁾ P. Ichino (*Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco. Articolo 29 Appalto*, in AA.VV., *Il nuovo mercato del lavoro*, Zanichelli, Bologna, 2004, pp. 267-268 ss.) ha evidenziato l'esistenza di un difetto di coordinamento tra gli articoli 29, primo comma, e 84, secondo comma. Ed infatti la norma collocata in materia di procedure di certificazione richiama soltanto i due elementi della "organizzazione di mezzi" e del "rischio d'impresa" senza far riferimento all'esercizio del potere direttivo e organizzativo richiamato dall'art. 29. Secondo l'A., la compresenza delle due norme all'interno dello stesso provvedimento legislativo impone un'interpretazione che non può obliterare la menzione di quell'elemento, con la conseguenza di ritenere confermata la linea tradizionale di demarcazione tra appalto e interposizione, così come reinterpretata con l'art. 29 per i casi nei quali l'organizzazione necessaria per lo svolgimento del servizio ha carattere marcatamente immateriale.

⁽¹²⁷⁾ P. Chieco (*ult. op. cit.*, pp. 156-157) ha evidenziato gli aspetti di criticità di tale previsione che rischia di ulteriormente consolidare la forte inclinazione, già espressa con riferimento a molte altre tipologie contrattuali come il lavoro intermittente, ripartito, a tempo parziale e a progetto, di associazione in partecipazione, all'accentramento e al governo della flessibilità con strumenti amministrativi.

All'interno di tale circolare, il Ministero ha previsto che *“nelle more della emanazione del D.M. di cui agli artt. 78, comma 4, e 84, comma 2, del D. Lgs. n. 276/2003, ai sensi dell'art. 11 del D.M. 21 luglio 2004, il regolamento interno che deve essere trasmesso alla Direzione Generale per la tutela delle condizioni di lavoro e alla Direzione Generale per l'attività ispettiva contiene linee guida per la certificazione delle diverse tipologie dei contratti di lavoro”*.

Il Ministero ha redatto tali linee guida definendo gli elementi di cui deve essere accertata l'esistenza al fine di valutare il reale apporto dell'appaltatore e l'effettiva assunzione del rischio di impresa da parte di quest'ultimo.

Ha dunque stabilito che, al fine di valutare l'apporto dell'appaltatore, è necessario in primo luogo tenere distinto il contratto di appalto concernente lavori per i quali sia rilevante l'utilizzo di attrezzatura e beni strumentali da quello in cui tale rilevanza non vi sia. In quest'ultimo caso, si legge nella circolare, *“devono essere acquisite notizie in ordine al know how aziendale o alle elevate professionalità possedute dal personale impiegato nell'ambito dell'appalto, nonché indicazioni sulle modalità di esercizio del potere organizzativo e direttivo dei lavoratori”*.

In secondo luogo, nel caso di appalto realizzato in condizioni di monocommittenza, è necessario verificare se in capo all'appaltatore incomba l'organizzazione dei mezzi necessari e se sia rintracciabile il rischio d'impresa.

Con riferimento alla verifica dell'assunzione del rischio d'impresa, il ministero richiede che vi sia una preesistenza consolidata dell'impresa rispetto alla stipulazione del contratto di appalto, nonché lo svolgimento da parte dell'appaltatore di un'attività di impresa per conto di una pluralità di committenti.

Ciò che allora sembra emergere dalla predisposizione delle linee guida (alle quali come detto le commissioni di certificazione dovranno attenersi) è la creazione di una sorta di definizione di appalto che risulta *“rafforzata”* rispetto a quella prevista dall'art. 29, primo comma, d. l.vo 276/03.

Preso atto dell'indicazione del legislatore in ordine alla possibilità di *certificare* il contratto di appalto, è necessario chiarire quale sia l'effetto dell'atto di certificazione ⁽¹²⁸⁾.

Al riguardo l'art. 80 d. l.vo 276/03 stabilisce che l'atto di certificazione può essere impugnato, per una delle ragioni previste dalla norma, mediante ricorso dinanzi l'autorità giudiziaria ai sensi dell'art. 413 cod. proc. civ. proposto dalle parti del rapporto o dai terzi nella cui sfera giuridica l'atto è destinato a produrre effetti.

Da quanto dispone l'art. 80 consegue che l'accertamento della genuinità dell'appalto risultante dall'atto di certificazione non rappresenta un accertamento

⁽¹²⁸⁾ Numerosi sono i contributi sulla ricostruzione della natura giuridica e dell'efficacia dell'atto di certificazione. Tra i tanti si veda: L. De Angelis, *La certificazione all'interno della riforma del mercato del lavoro*, cit., p. 235; L. Nogler, *Procedure di certificazione. Certificazione dei contratti di lavoro. Articoli 75-81*, in AA.VV., *Il nuovo mercato del lavoro*, Zanichelli, Bologna, 2004, 869; V. Speciale, *La certificazione dei rapporti di lavoro nella legge delega sul mercato del lavoro*, *Riv. Giur. Lav.*, 2003, I, 271; E. Ghera, *Nuove tipologie contrattuali e certificazione dei rapporti di lavoro*, in *Dir. Prat. Lav.*, 2002, p. 527 ss.

definitivo, potendo essere posto nel nulla da una diversa valutazione del giudice del lavoro che sia chiamato a pronunciarsi sulla conformità al tipo della fattispecie concreta nei cui confronti l'atto finale del procedimento di certificazione non assume dunque alcuna efficacia vincolante.

Ne risulta in questo modo confermata la funzione di riduzione del contenzioso in materia di qualificazione dei contratti di lavoro che tale istituto doveva avere nelle intenzioni del legislatore.

Con riferimento all'efficacia dell'accertamento contenuto nell'atto di certificazione è interessante osservare che, mentre in presenza di tale atto, l'erroneità della qualificazione del contratto, o la difformità fra il programma negoziale e la successiva attuazione del rapporto può essere fatta valere anche dai terzi nella cui sfera giuridica l'atto è destinato a produrre i suoi effetti, nell'ipotesi in cui il contratto di appalto non sia stato certificato, l'eventuale assenza dei requisiti di liceità dell'appalto richiesti dall'art. 29 d. l.vo 276/03 può essere fatta valere esclusivamente dal lavoratore.

Mentre dunque, per fare un esempio, l'INPS potrebbe agire per far valere gli obblighi contributivi del committente in caso di appalto certificato che sia risultato privo dei requisiti richiesti dall'art. 29, ciò gli sarebbe precluso in assenza dell'atto di certificazione.

12. L'appalto nel quadro normativo riformato: prime conclusioni e premesse al prosieguo dell'indagine

Diviene obbligatorio, a questo punto dell'indagine, trarre una prima conclusione con riguardo al tema del raffronto fra le caratteristiche proprie del sistema imperniato sulla legge 1369/60 e quelle del sistema inaugurato dal d. lgs. 276/03.

In particolare, è necessario chiedersi quali siano i profili di continuità - se ve ne sono - e quali quelli di rottura tra le regole di recente introduzione e la disciplina ormai abrogata.

Le riflessioni svolte nelle pagine che precedono hanno messo in luce che vi è piena coincidenza sul piano strutturale fra la fattispecie del contratto di appalto delineata dall'art. 1655 cod. civ. e quella definita dall'art. 29 d. lgs. 276/03.

Si è altresì riscontrato che l'organizzazione di mezzi di cui deve essere titolare l'appaltatore e che lo stesso deve investire nella realizzazione dell'opera o del servizio può anche consistere in un gruppo organizzato di lavoratori, pur in assenza di beni materiali di rilevante valore. In particolare, con riferimento a tale profilo si è appurato come tale conclusione sia esplicitamente ammessa dal legislatore della riforma, ma fosse già desumibile dall'interpretazione dell'art. 1655 cod. civ.

Si è riscontrato invece un elemento caratterizzante la fattispecie appalto, prevista dal d. lgs. 276/03, rispetto allo schema delineato dal codice civile, nel requisito dell'organizzazione inteso, non come complesso di beni e lavoratori, ma come forma della struttura produttiva.

Sotto questo profilo si è evidenziato che se nell'art. 2082 l'organizzazione è intesa come quell'apparato nel quale l'attività lavorativa dell'imprenditore perde rilevanza, nelle norme lavoristiche che fanno riferimento all'organizzazione in forma di impresa, questa viene caratterizzata dal requisito dell'autosufficienza della struttura rispetto alla realizzazione del risultato produttivo commissionato.

Ciò premesso, dall'esame della nozione di appalto in rapporto alla figura della somministrazione, è altresì emerso che non ogni attività è suscettibile di essere dedotta in appalto e di essere, dunque, esternalizzata.

Si è visto infatti come un limite all'affidamento in appalto derivi dalla stessa nozione di subordinazione, qualificata dall'art. 2094 cod. civ. in termini di eterodirezione: non è possibile affidare in appalto quei servizi la cui realizzazione richiede un'attività svolta in maniera indipendente dal lavoratore, rispetto alla quale l'appaltatore si limiti di fatto ad assumere esclusivamente il rischio della continuità della prestazione lavorativa.

È ciò vale soprattutto con riferimento a quelle attività che siano fortemente compenstrate al risultato produttivo che il committente intende realizzare.

Rispetto a questo tipo di attività non rileva infatti la precisazione introdotta dalla giurisprudenza in materia di "subordinazione attenuata" secondo la quale, in queste ipotesi, il potere direttivo si risolverebbe nella mera a disposizione del datore di lavoro delle energie lavorative del lavoratore con continuità, fedeltà e diligenza e/o in indicazioni generali date all'inizio del rapporto di lavoro. Ciò poiché, data la natura dell'attività, non sono ravvisabili neanche le indicazioni di massima iniziali, e il lavoratore di fatto si pone nella disponibilità del committente che di volta in volta enuncia, e non potrebbe essere diversamente, le proprie richieste direttamente al dipendente.

In questa prospettiva, illuminante è l'esempio dei servizi di assistenza infermieristica dove l'attività è tale da essere rimessa integralmente all'esecuzione del lavoratore tramite le proprie competenze sulla base di una richiesta che non può che provenire dal personale medico dell'azienda ospedaliera.

Discorso diverso si dovrebbe fare nel caso in cui ad essere appaltata sia l'esecuzione di operazioni chirurgiche ad un'equipe. In questo caso è identificabile un risultato autonomo la cui realizzazione può essere affidata in appalto all'equipe medesima.

Così delimitata la fattispecie oggetto del nostro studio ed individuato questo limite implicito alla possibilità di esternalizzare l'esecuzione di determinate attività, è necessario spostare l'attenzione sull'esame della disciplina, nazionale e comunitaria, suscettibile di trovare applicazione in materia di appalto, al fine di valutare se il legislatore abbia posto dei limiti rispetto alla possibilità di ricorrere a tale strumento, nonché al fine di appurare quali conseguenze comporti la frammentazione del ciclo produttivo in punto di applicazione delle norme e di efficacia dell'azione sindacale.

Con riferimento alla ricerca di eventuali limiti all'appalto, un momento centrale sarà quello dedicato all'esame del ruolo che le parti collettive possono assolvere in ordine alla fissazione di limiti al decentramento. Da sempre, invero, numerosi contratti collettivi contengono al loro interno norme volte a limitare o procedimentalizzare la formazione della scelta di esternalizzare determinate funzioni. Si dovrà dunque esaminare il contenuto di queste clausole, la loro natura giuridica, nonché le conseguenze giuridiche legate alla loro violazione.

Infine, si dovranno esaminare le norme poste dal legislatore a tutela dei lavoratori impiegati dall'appaltatore. Ciò nella prospettiva di individuare la *ratio* che sta alla base di questa regolamentazione, nonché la capacità della stessa di incidere sulla scelta del decentrament

CAPITOLO SECONDO

Limiti all'appalto e ruolo del sindacato nel decentramento

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Libertà dell'iniziativa economica privata e limiti al decentramento: il problema della legittimità costituzionale dei divieti di appalto – 3. La selezione degli appaltatori nella disciplina sull'affidamento degli appalti pubblici – 4. Le cd. "clausole sociali" nella legge – 5. Il sindacato di fronte alla frammentazione del processo produttivo: ripercussioni sulla rappresentanza e strumenti di reazione – 6. Informazione e consultazione dei lavoratori nel d. lgs. 6 febbraio 2007, n. 25 – 7. Gli strumenti contrattuali di governo del decentramento – 7.1. I divieti contrattuali di esternalizzazione – 7.2. Le clausole di procedimentalizzazione – 7.3. Le "clausole sociali" nella contrattazione collettiva – 7.4. Gli obblighi di assunzione nella contrattazione collettiva – 7.5. Altre tipologie di clausole contrattuali – 8. Il decentramento nei servizi pubblici essenziali – 9. Conclusioni

1. Premessa

Numerosi ed articolati sono stati gli interventi normativi finalizzati a predisporre una tutela dei lavoratori, impiegati nell'esecuzione del risultato dedotto quale oggetto di un contratto di appalto, aggiuntiva rispetto a quella già prevista dall'ordinamento a protezione del lavoro subordinato.

Norme di natura diversa, ispirate a logiche differenti, ma tutte generate dall'esigenza di disinnescare le criticità insite nell'utilizzo di un contratto dalle forti potenzialità lesive degli interessi dei lavoratori.

Il contratto di appalto non si presenta, invero, esclusivamente nella forma dello strumento suscettibile di mascherare una fornitura di mere prestazioni di lavoro (*rectius* - con terminologia più adatta all'attuale contesto normativo - una somministrazione irregolare), ma, anche nell'ipotesi in cui l'appaltatore si impegni alla realizzazione di un autonomo risultato produttivo in piena autonomia e con assunzione del rischio di impresa, si presta ad essere impiegato per perseguire finalità che il legislatore può ritenere di dover contrastare o disincentivare.

In primo luogo, tale negozio può essere il mezzo per avviare una riduzione dei costi di produzione, con conseguente accrescimento dell'utile di impresa, tramite un abbattimento del costo del lavoro ⁽¹⁾. Decentrare determinate fasi della produzione consente infatti di affidarne la realizzazione ad imprenditori che non applicano alcun contratto collettivo o che ne applicano uno che riconosce un trattamento economico e normativo inferiore rispetto a quello previsto dal contratto applicato dal committente ai rapporti di lavoro dei propri dipendenti.

Sotto altro punto di vista, il ricorso al contratto di appalto, riducendo l'area delle competenze del committente e, conseguentemente, il numero dei suoi dipendenti, può consentire alle imprese coinvolte di sottrarsi all'applicazione di quelle tutele che l'ordinamento fa operare in relazione alle dimensioni dell'impresa ⁽²⁾, oppure porre i

⁽¹⁾ M.T. Carinci, *Art. 2127 cod. civ. La fornitura di lavoro altrui. Interposizione. Comando. Lavoro temporaneo. Lavoro negli appalti*, in Commentario Schlesinger, Milano, 2000, p. 593.

⁽²⁾ Rispetto ai tentativi di elusione della disciplina dettata dallo Statuto dei Lavoratori si vedano: L. Mariucci, *Il lavoro decentrato. Discipline legislative e contrattuali*, 1979, Milano; P. Alleva, *Il campo di applicazione dello Statuto dei Lavoratori*, Milano, 1980; M.G. Garofalo, *Per una politica dei redditi dei*

lavoratori alle dipendenze di imprenditori per i quali l'adozione di scelte difficili (come, ad esempio, l'attuazione di un licenziamento collettivo) possa produrre minori tensioni sociali.

In terzo luogo, la scelta di decentrare fasi dell'attività produttiva può costituire una risposta all'esigenza di indebolire la coesione fra i lavoratori e dunque la forza rappresentativa delle organizzazioni sindacali.

Tali rischi, connaturati all'impiego del contratto di appalto ⁽³⁾, erano stati avvertiti già nella legislazione della seconda metà dell'800 come dimostrato dal fatto che la prima norma di un certo rilievo in questa materia possiamo ritrovarla nel codice civile del 1865, laddove, all'art. 1645, era previsto che “gli artefici, impiegati alla costruzione di un edificio o di altra opera data in appalto, non hanno azione contro il committente dei lavori, se non fino alla concorrenza del debito che egli ha verso l'imprenditore, nel tempo in cui promuovono la loro azione” ⁽⁴⁾.

Nell'assenza di limiti o divieti al decentramento e quindi alla stipulazione del contratto di appalto, tale norma aveva l'obiettivo di conferire al dipendente dell'appaltatore la possibilità di agire, per conseguire quanto allo stesso spettante, anche nei confronti del committente, in maniera analoga a quanto oggi prevede l'art. 1676 del vigente codice civile ⁽⁵⁾.

Quest'ultima disposizione, come d'altronde la sua antecedente storica, ha l'evidente finalità di proteggere i dipendenti di appaltatori economicamente poco affidabili, conferendo loro la facoltà di rivolgersi al committente per la soddisfazione dei loro crediti, sia pur entro il limite di quanto ancora dovuto dal committente all'appaltatore in ragione del contratto di appalto.

Al riconoscimento in capo ai dipendenti dell'appaltatore di tale diritto, autonomo rispetto a quello vantato dall'appaltatore nei confronti del committente per il pagamento del corrispettivo ⁽⁶⁾, si è successivamente affiancato l'obbligo dell'imprenditore appaltante di garantire a favore dei medesimi lavoratori, in solido con l'appaltatore, un trattamento minimo inderogabile retributivo e un trattamento normativo non inferiori a quelli spettanti ai dipendenti del committente, oltre all'adempimento di tutti gli obblighi derivanti dalle leggi di previdenza e assistenza ⁽⁷⁾. A questo ulteriore strumento di

lavoratori nella piccola impresa, in *Riv. Giur. Lav.*, I, 1989, p. 393; M. Brollo, *Il lavoro decentrato nella dottrina e nella giurisprudenza*, in *QL*, 1990, n. 8, p. 133

⁽³⁾ Non è infatti possibile desumere dalla struttura causale del contratto di appalto dei limiti interni che ne precludano un utilizzo finalizzato a perseguire le motivazioni indicate nel testo, le quali evidentemente appartengono alla sfera dei motivi che, in quanto tali, sono sindacabili solo se illeciti e comuni ad entrambe le parti contraenti (art. 1345 cod. civ.).

⁽⁴⁾ Al riguardo cfr. L. Barassi, *Natura dell'azione contro il committente concessa dall'art. 1645 cod. civ.*, in *Foro It.*, 1913, I, c. 118.

⁽⁵⁾ Per un esame di questa norma di rinvia al capitolo quarto.

⁽⁶⁾ Per un esame più approfondito di tale disposizione in rapporto con il regime di responsabilità solidale previsto fra committente ed appaltatore per l'adempimento degli obblighi posti in capo a quest'ultimo dalla legge nei confronti dei lavoratori impiegati nell'appalto si rinvia al capitolo quarto.

⁽⁷⁾ Sul punto, tra i tanti: E. Loriga, *La disciplina giuridica del lavoro in appalto*, Milano, 1965, p. 207 ss.; S. Spano, *Il divieto di interposizione nelle prestazioni di lavoro*, Milano, 1965, p. 73 ss.; L. Mariucci, *Il lavoro decentrato, Discipline legislative e contrattuali*, cit., p. 179; L. Guaglione, *La disciplina degli*

protezione, introdotto dall'art. 3 della legge 23 ottobre 1960, n. 1369, era però riconosciuto un ambito di applicazione limitato ai soli appalti da realizzarsi "all'interno dell'azienda" del committente ⁽⁸⁾.

Gli Autori che si sono occupati del tema hanno riconosciuto in quest'ultima norma finalità diverse: attuare un assunto principio costituzionale di parità di trattamento a parità di lavoro ⁽⁹⁾; sanzionare il decentramento produttivo e la segmentazione dell'impresa ⁽¹⁰⁾; impedire al committente di realizzare un risparmio sul costo della mano d'opera ed un'elusione delle tutele dei lavoratori ⁽¹¹⁾.

L'esame delle norme dettate dalla legge 1369/60 in materia di intermediazione di manodopera, unitamente alla disciplina dettata in materia di lavoro a domicilio, aveva spinto una parte della dottrina ⁽¹²⁾ a teorizzare la possibilità di evincere dal nostro ordinamento la necessità di operare una distinzione fra decentramento illegittimo e decentramento legittimo. In particolare, dovevano farsi rientrare nella categoria del decentramento illegittimo le ipotesi di ricorso a lavoro a domicilio in violazione dei divieti di decentramento sanciti dall'art. 2 della legge 877/1973, le forme di decentramento riconducibili alla fattispecie della interposizione nelle mere prestazioni di lavoro, nonché le ipotesi di decentramento attuato in violazione dei divieti stabiliti dalla contrattazione collettiva.

Con riferimento alle forme di decentramento legittimo, sempre secondo questa ricostruzione, l'ordinamento conteneva una disciplina di sfavore verso tali scelte organizzative consistente nella previsione di numerose regole finalizzate a disincentivare l'adozione di simili politiche aziendali. E di queste norme la più forte, per la sua capacità di ridurre l'utilità dell'appalto come strumento di riduzione del costo del lavoro, era senza dubbio quella che imponeva la parità di trattamento fra dipendenti dell'appaltatore e dipendenti del committente in caso di appalti da realizzarsi all'interno dell'azienda di quest'ultimo.

Da questo quadro normativo, quella dottrina desumeva allora l'esistenza di un atteggiamento di sfavore dell'ordinamento verso le operazioni di decentramento rispetto alle quali era però identificabile un'area di esse (quelle comprese nella previsione dell'art. 5 L. 1369/60 e in generale gli appalti da realizzarsi all'esterno dell'azienda del

appalti "introaziendali" e il contenuto dell'obbligazione solidale, in O. Mazzotta (a cura di), *Nuove tecnologie e rapporti fra imprese*, Milano, 1990, p. 121; G. De Simone, *Titolarità dei rapporti di lavoro e regole di trasparenza*, F. Angeli, 1995, p. 146; M.T. Carinci, *Art. 2127: la fornitura di lavoro altrui: interposizione, comando, lavoro temporaneo, lavoro negli appalti*, cit., p. 526.

⁽⁸⁾ Per il dibattito che si sviluppò in dottrina e per le soluzioni accolte dalla giurisprudenza circa il significato da attribuire alla locuzione "all'interno delle aziende" si veda, per tutti, L. Corazza, *Appalti <interni> all'azienda: inadeguatezza del criterio topografico alla luce delle tecniche di esternalizzazione dell'impresa*, in *Mass. Giur. Lav.*, 1998, pagg. 848 ss.

⁽⁹⁾ Cfr. Genoviva, *La legge sull'intermediazione di manodopera e sugli appalti nella dottrina e nella giurisprudenza: rassegna critica*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1978, p. 477.

⁽¹⁰⁾ Loriga, *La disciplina giuridica del lavoro in appalto*, cit., p. 132.

⁽¹¹⁾ G. De Simone, *Titolarità dei rapporti di lavoro e regole di trasparenza*, cit., p. 136; G. Pera, *Lezioni di diritto del lavoro*, Padova, 1996, p. 322; P. Ichino, *Il contratto di lavoro*, Milano, 2002, p. 505.

⁽¹²⁾ L. Mariucci, *Il lavoro decentrato, Discipline legislative e contrattuali*, cit., pp. 191 s.

committente) rispetto alle quali interventi restrittivi e politiche di controllo erano di fatto rimesse all'azione sindacale e ai diversi strumenti di politica istituzionale ⁽¹³⁾.

In questo quadro, non sono neanche mancate proposte volte ad introdurre, in via legislativa, dei limiti alla possibilità di decentrare specifiche fasi della produzione. Queste proposte nascevano dalla maturata esigenza di addivenire ad una revisione della disciplina dettata dalla legge 1369/60, la quale aveva manifestato la propria incapacità di contrastare il dilagare delle forme di sfruttamento del lavoro celate dal ricorso alle forme contrattuali tramite le quali veniva realizzato il decentramento ⁽¹⁴⁾.

In particolare, questa esigenza di contrasto veniva manifestata dalle organizzazioni sindacali per i deleteri effetti sulla rappresentanza che queste operazioni erano suscettibili di produrre. In effetti la destinazione della realizzazione di fasi della produzione ad altre imprese, normalmente di dimensioni ridotte e spesso di nuova costituzione, finiva per sottrarre un considerevole numero di aderenti alle organizzazioni sindacali indebolendo il legame esistente fra queste ultime e i lavoratori e, dunque, la forza rivendicativa della classe lavoratrice.

Come anticipato, non mancarono proposte volte a vietare qualunque forma di decentramento nell'attività produttiva.

Proposte che non trovarono però alcun seguito, cosicché la fissazione di limiti al decentramento rimase (e rimane ancor oggi) affidata unicamente alla contrattazione collettiva.

L'attenzione del legislatore alla protezione dei lavoratori impiegati nell'esecuzione dei contratti di appalto trovava poi un terreno di particolare sviluppo nel settore degli appalti pubblici. Con strumenti diversi, il legislatore ha, infatti, inteso consolidare il principio della necessaria ed inscindibile connessione tra attività economica e contrattuale dello Stato e garanzia di tutela di condizioni contrattuali minime per i lavoratori ⁽¹⁵⁾.

Ciò è avvenuto tramite la fissazione di regole rigorose per la selezione dei soggetti aggiudicatari dell'appalto volte a garantirne l'affidabilità economica ed imprenditoriale e, soprattutto, tramite l'introduzione di clausole sociali ⁽¹⁶⁾ volte, al contempo, a

⁽¹³⁾ L. Mariucci, *ult. op. cit.*, p. 194.

⁽¹⁴⁾ Particolare interesse suscitò la proposta di legge del senatore Torelli nel maggio del 1975, nella quale si prevedeva che la possibilità di affidare in appalto opere o servizi facenti parte del ciclo produttivo del committente era subordinata alla concessione di una preventiva autorizzazione dell'ispettorato del lavoro. La proposta di legge si può leggere in *Riv. Giur. Lav.*, I, 1975, pp. 709, con il commento di A. Maresca, *Il problema degli appalti ancora alla ricerca di una soluzione legislativa: commento alla proposta Torelli*. Da ultimo sul tema della introduzione di limiti al decentramento si veda anche A. Salento, *Somministrazione, appalto, organizzazione: politiche del diritto, interpretazioni, teorie organizzative*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 3, 2006, pp. 449 ss.

⁽¹⁵⁾ In tal senso: Bortone, *Commento all'art. 36*, in *Lo Statuto dei lavoratori*, G. Giugni (a cura di), 1979, Milano, pp. 646 ss.; Centofanti, *Sub art. 36*, in U. Prosperetti (diretto da), *Commentario allo Statuto dei lavoratori*, 1975, Milano, pp. 1194 ss.

⁽¹⁶⁾ Per un primo approccio al tema delle cd. clausole sociali, sul quale si tornerà più approfonditamente in seguito, si rinvia al fondamentale saggio di E. Ghera, *Le cd. clausole sociali: evoluzione di un modello di politica legislativa*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2001, 2, pp. 133 ss.

garantire ai lavoratori un trattamento economico e normativo conforme a quanto previsto dai contratti collettivi ed a sostenere l'azione sindacale.

Come si è cercato di porre in rilievo nel primo capitolo, la recente riforma del mercato del lavoro attuata con il d. lgs. 10 settembre 2003, n. 276, ha profondamente modificato il quadro normativo di riferimento, non solo abrogando il formale divieto di interposizione nelle prestazioni di lavoro, ma espungendo dall'ordinamento meccanismi come la parità di trattamento dei lavoratori in caso di appalti interni all'azienda del committente, dotati di una sicura forza disincentivante rispetto alla scelta di intraprendere la strada del decentramento.

La modificazione subita dalla disciplina lavoristica in materia di appalto impone di avviare un'indagine volta ad identificare gli strumenti normativi e sindacali suscettibili di incidere sulla scelta dell'impresa di rivolgersi ad imprese terze per la realizzazione di fasi del proprio processo produttivo oltre a quelli volti a governare le conseguenze, ad esempio in termini di ricadute occupazionali, che possano derivare dall'impiego del contratto di appalto.

Questa esplorazione del dato legislativo e di quello rappresentato dalla contrattazione collettiva verrà condotta muovendo dalla ricostruzione dei caratteri della nostra Costituzione economica. In altre parole, si intende valutare quali limiti pongano i principi dettati dalla Costituzione rispetto alla introduzione di regole, in via legislativa o contrattuale, suscettibili di porre dei limiti o comunque dei condizionamenti alle scelte relative al dimensionamento dell'impresa.

Conclusa tale indagine, la legittimità di quegli stessi strumenti dovrà essere altresì considerata alla luce dei vincoli derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione Europea e, dunque, del principio della prevalenza del diritto comunitario sul diritto nazionale. In particolare, si dovrà valutare se gli strumenti predisposti dal legislatore e dalle parti sociali in sede di contrattazione collettiva al fine di incidere sulla scelta di ricorrere ad contratto di appalto siano o meno compatibili in primo luogo con il principio della libera concorrenza consacrato dai Trattati europei. Tale valutazione risulta tanto più importante laddove si tenga conto del fatto che, come espressamente chiarito dalla Corte di Giustizia della Comunità Europea in più occasioni ⁽¹⁷⁾, il diritto del lavoro nazionale e in generale le politiche sociali degli stati membri dell'Unione sono destinati ad entrare in collisione con il diritto della concorrenza dettato dal trattato ⁽¹⁸⁾.

2. Libertà dell'iniziativa economica privata e limiti al decentramento: il problema della legittimità costituzionale dei divieti di appalto

⁽¹⁷⁾ Al riguardo si veda la rassegna di M. Roccella, *Tutela del lavoro e ragioni del mercato giurisprudenza recente della Corte di Giustizia*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1999, pp. 33 ss.

⁽¹⁸⁾ Cfr. M. Pallini, *Il rapporto problematico tra diritto della concorrenza e autonomia collettiva nell'ordinamento comunitario e nazionale*, *Riv. It. Dir. Lav.*, 2000, II, pp. 225 ss.

Le norme finalizzate ad incidere sulla scelta dell'imprenditore di ricorrere alla stipulazione del contratto di appalto nello svolgimento della propria attività produttiva, siano esse di fonte legale o contrattuale, pongono il problema della loro compatibilità con il principio della libertà di iniziativa economica privata consacrato a livello costituzionale dall'art. 41 Cost. Poiché la stipulazione del contratto di appalto attiene al momento della decisione sul come produrre e, dunque, alla decisione sulle dimensioni da attribuire all'organizzazione imprenditoriale, essa implica direttamente il problema del rapporto con la libertà di iniziativa economica privata.

Come noto, infatti, pur nella diversità delle opinioni espresse nell'ambito del complesso dibattito che si è sviluppato intorno alla citata norma costituzionale ⁽¹⁹⁾, un dato che può ritenersi pacifico è quello del riconoscimento di un duplice contenuto di tale libertà: ossia libertà di avviare l'attività, ma anche libertà nell'ambito dello svolgimento della medesima attività.

La individuazione di tali contenuti della libertà riconosciuta dall'art. 41 Cost. aveva non a caso spinto i primi commentatori della norma a sostenere che il principio di libertà valesse nella sua pienezza soltanto con riferimento all'atto propulsivo dell'attività, mentre con riferimento al suo svolgimento rimarrebbe esposta ai limiti previsti dai commi secondo e terzo della stessa norma ⁽²⁰⁾.

Questa impostazione è stata però quasi subito superata dalla dottrina successiva, e non ha comunque trovato seguito presso la giurisprudenza della Corte Costituzionale, la quale ha invece posto in rilievo l'unitarietà dell'oggetto tutelato dalla norma affermando che *“la garanzia posta nel 1° comma di questo articolo ... riguarda non soltanto la fase iniziale di scelta dell'attività, ma anche i successivi momenti del suo svolgimento”* ⁽²¹⁾.

La libertà di iniziativa economica privata protetta dalla Costituzione, dunque, per dirla con le parole di F. Galgano, è *“libertà dei privati di disporre delle risorse,*

⁽¹⁹⁾ Nell'impossibilità di indicare tutti i contributi dedicati a questo argomento si indicano di seguito i contributi più significativi: G. Amato, *Il governo dell'industria in Italia*, Bologna, 1972; Id., *Il mercato nella Costituzione*, in *Quaderni Cost.*, 1992; Baldassarre, *Iniziativa economica privata*, in *Enc. Dir.*, XXI, Milano, 1971; Boggetti, *La Costituzione economica italiana*, Milano, 1993; Cassetti, *La cultura del mercato fra interpretazione della Costituzione e principi comunitari*, Torino, 1997; Cavaliere, *Iniziativa economica privata e Costituzione vivente*, Padova, 1978; Cheli, *Libertà e limiti dell'iniziativa economica privata nella giurisprudenza della Corte costituzionale e nella dottrina*, in *Rass. Dir. Pubbl.*, 1960, I, p. 300; Cocuzza, *Profili di diritto costituzionale applicato all'economia. I diritti di cittadinanza tra libertà economiche ed integrazione sociale*, Torino, 2001; Esposito, *I tre commi dell'art. 41 della Costituzione*, in *Giur. Cost.*, 1962, p. 37; Galgano, *Art. 41*, in *Comm. Cost. Branca*, Bologna-Roma, 1982, p. 1; Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 1998; Luciani, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983; Lucani, *Economia nel diritto costituzionale*, in *Dig. Pubbl.*, V, Torino, 1990, p. 375; Mazziotti, *Il diritto al lavoro*, Milano, 1956; Morbidelli, *Iniziativa economica privata*, in *Enc. Giur. Trecc.*, XVII, Roma, 1989; Moscarini, *Sussidiarietà e libertà economiche*, in *Trasformazioni della funzione legislativa. I vincoli alla funzione legislativa*, a cura di Modugno, Milano, 1999, p. 245; Nania, *Libertà economiche e libertà d'impresa*, in *I diritti costituzionali*, in Nania (a cura di), *I diritti costituzionali*, Ridola, Torino, 2001, I, p. 69; Oppo, *L'iniziativa economica*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1988, I, pp. 309 ss.; Pace, *Libertà “del” mercato e “nel” mercato*, in *Pol. Dir.*, 1993, pp. 327; Spagnolo Vigorita, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, Napoli, 1959.

⁽²⁰⁾ Cfr.: Mazziotti, *Il diritto al lavoro*, Milano, 1956, p. 153; Esposito, *La Costituzione italiana*, Milano, 1954, p. 184.

⁽²¹⁾ Così Corte Cost. 35/1960.

materiali e umane”, ma anche “*libertà dei privati di organizzare l’attività produttiva e, quindi, libertà dei privati di decidere che cosa produrre, come produrre, dove produrre*”⁽²²⁾.

L’Assemblea Costituente, nel riconoscere la libertà di iniziativa economica privata, non ha inteso conferire ai soggetti dell’ordinamento esclusivamente la possibilità di avviare un’attività economica⁽²³⁾, ma anche la piena libertà di adottare l’organizzazione ritenuta più opportuna allo svolgimento della propria attività.

Libertà di organizzare la propria attività nel corso del suo svolgimento significa, dunque, libertà di adottare la *dimensione* dell’impresa che l’imprenditore ritenga più opportuna alla realizzazione dei risultati della propria attività produttiva.

Al riguardo, la giurisprudenza della Corte Costituzionale è assolutamente costante nell’affermare che i limiti che l’art. 41 Cost. consente siano posti alla libertà di iniziativa economica privata non possono essere tali da rendere impossibile o estremamente difficile l’esercizio dell’attività imprenditoriale⁽²⁴⁾; in altre parole, il legislatore non può condizionare le scelte imprenditoriali al punto di “funzionalizzare l’attività economica” dei soggetti⁽²⁵⁾.

Il Giudice delle Leggi è pervenuto a tale conclusione, come è stato correttamente affermato⁽²⁶⁾, muovendo dalla considerazione secondo la quale i limiti che il legislatore può porre alla libertà di iniziativa economica privata possono essere di ordine esclusivamente negativo.

Se l’art. 41 Cost. garantisce la libertà dell’iniziativa economica, ed essa si estende anche al momento del suo svolgimento, allora tale attività può essere limitata esclusivamente con prescrizioni di ordine negativo e l’utilità sociale non può costituire il fondamento della medesima attività. In questa prospettiva, il conferimento al legislatore ordinario, da parte del comma terzo dello stesso articolo, della facoltà di programmare l’attività economica, non comporta l’attribuzione del potere di imporre agli imprenditori obblighi di condotta, ma soltanto la possibilità di adottare politiche che indirizzino, in via dunque soltanto indiretta, le scelte degli operatori economici.

Banco di prova di questa impostazione è stata la nota vicenda della legge sul cd. imponibile di manodopera. Si trattava del d.l.C.p.s. n. 929/1947 con il quale veniva consentito ai Prefetti, nelle zone di alta disoccupazione, di stabilire, con proprio decreto, l’obbligo per i conduttori di aziende agricole di assumere in via straordinaria lavoratori disoccupati sulla base degli elenchi nominativi predisposti da commissioni comunali.

⁽²²⁾ F. Galgano, *Art. 41 Cost.*, in G. Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, t. II, 1982, Zanichelli, Bologna, p. 4

⁽²³⁾ Altro tema oggetto di dibattito in dottrina è quello del tipo di attività considerata dalla norma costituzionale. In particolare si discute se essa si riferisca alla sola attività in forma di impresa, oppure allo svolgimento di qualunque attività avente un contenuto economico. Per una ricostruzione di tale dibattito si veda: R. Niro, *Art. 41*, in R. Bifulco - A. Celotto - M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Utet, pp. 851 s.

⁽²⁴⁾ Cfr. Corte Cost. 78/1970; Corte Cost. 200/1975, consultabili in www.cortecostituzionale.it.

⁽²⁵⁾ Corte Cost. 19 dicembre 1990, n. 548, in *Giur. costit.*, 1990, 3147.

⁽²⁶⁾ A. Andreoni, *Lavoro, diritti sociali e sviluppo economico. I percorsi costituzionali*, 2006, Giappichelli, Torino, pp. 141 s.

La Corte Costituzionale censurò tale normativa ⁽²⁷⁾ proprio sottolineando come la libertà economica comprenda la fase dello svolgimento dell'attività e, dunque, la piena libertà per il soggetto di dimensionare la propria azienda nel modo che ritenga più opportuno, essendo preclusa al legislatore la possibilità di intervenire con disposizioni, come quella citata, che incidano in maniera così penetrante sulle decisioni dell'imprenditore.

La prospettiva assunta dalla Corte Costituzionale è stata da più parti criticata, per lo più sottolineando come essa dimentichi, o ponga ingiustificatamente in secondo piano, il diritto al lavoro pure espressamente riconosciuto e tutelato dalla nostra carta fondamentale.

In particolare, è stato sottolineato ⁽²⁸⁾ come il diritto al lavoro, inteso come diritto di accedere al lavoro e di mantenere il lavoro ottenuto senza subire l'interferenza abusiva o discriminatoria dei poteri pubblici o privati, è un diritto della "persona sociale" e consiste nella garanzia dell'eguaglianza formale e sostanziale delle persone rispetto al lavoro disponibile. Questa configurazione del diritto al lavoro consentirebbe dunque l'introduzione di misure impositive a carico della domanda in condizioni particolari di mercato.

Altra parte della dottrina ⁽²⁹⁾ ha altresì sottolineato come l'interpretazione dell'art. 41 Cost. espressa dalla Corte Costituzionale sia la conseguenza di una preliminare delimitazione del "grado giuridico" dei valori implicati dalla disciplina sottoposta al giudizio di costituzionalità. In altre parole, mentre viene riconosciuto valore costituzionale alla libertà di iniziativa economica, estesa oltre il mero compimento dell'atto propulsivo dell'attività per comprendere anche il suo svolgimento, viene negato valore costituzionale al diritto di essere assunti alle dipendenze di dati soggetti, con l'effetto di far prevalere il primo diritto su questo secondo.

I termini di questo dibattito assumono un'importanza determinante al fine di dare una risposta al quesito che ci si è posti all'inizio di questo capitolo ed afferente alla delimitazione dei confini dell'intervento del legislatore sulle scelte relative al dimensionamento dell'organizzazione produttiva. In particolare è necessario capire se il legislatore possa dettare dei divieti di decentramento di fasi dell'attività produttiva e, in caso negativo, fino a che punto possa incidere sulle scelte dell'imprenditore relative alle dimensioni della propria attività.

Si è visto come rappresenti un approdo sicuro, presso la giurisprudenza della Corte Costituzionale, così come presso la dottrina assolutamente maggioritaria, quello di ritenere inclusa nella libertà di iniziativa economica, non solo la libertà di avviare una attività produttiva, ma anche quella di svolgere la stessa nel modo che l'imprenditore ritenga più opportuno.

⁽²⁷⁾ Corte Cost. 78/1958, consultabile in www.cortecostituzionale.it.

⁽²⁸⁾ M. D'Antona, *Il diritto al lavoro nella Costituzione e nell'ordinamento comunitario*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1999, II, pp. 17 s.

⁽²⁹⁾ A. Andreoni, *Lavoro, diritti sociali e sviluppo economico. I percorsi costituzionali*, cit., pp. 142 s.

La scelta dell'imprenditore di non svolgere determinate fasi dell'attività produttiva per acquistarne il risultato direttamente sul mercato implica entrambi i contenuti della libertà protetta dall'art. 41 Cost.

Come scelta iniziale, essa costituisce esercizio della libertà di avviare un'attività economica. Atto propulsivo che può essere suddiviso in tanti atti di scelta quante sono le fasi della produzione che l'imprenditore potrebbe decidere di non svolgere autonomamente, ma di acquisire sul mercato. Con altre parole, si può affermare che avviare un'attività produttiva scegliendo le fasi da svolgere in via diretta con la propria organizzazione significa che per ogni singola fase l'imprenditore ha fatto esercizio del proprio potere di scelta in ordine all'esercizio o meno di quella specifica attività.

Nell'ipotesi invece in cui la scelta per il decentramento di determinate fasi dell'attività produttiva intervenga in un momento successivo all'avvio dell'attività, questa è compiuta sia nell'esercizio della libertà di iniziativa economica che, come tutte le libertà, ha anche un contenuto negativo e comprende, dunque, la libertà di cessare un'attività già iniziata, sia nell'esercizio della libertà di svolgere l'impresa nel modo che sia ritenuto, dall'imprenditore, più opportuno, la quale implica la libertà di adottare la dimensione imprenditoriale ritenuta preferibile.

Ebbene si deve ritenere che la Costituzione fissi un limite insormontabile alla possibilità per il legislatore di fissare divieti di esternalizzazione.

Ed invero, a tale conclusione conduce la stessa formulazione dell'art. 41 Cost. Questa norma enuncia, preliminarmente nel suo primo comma, la libertà di iniziativa economica.

Questa, come tutte le libertà, contempla, come anticipato, un contenuto negativo ed uno positivo: libertà di iniziativa significa infatti libertà di intraprendere un'attività economica, ma anche illegittimità di norme che impongano a determinati soggetti lo svolgimento di specifiche attività.

Ne consegue che, laddove nel secondo comma la stessa norma ammette la possibilità di fissare limiti alla libertà di iniziativa economica, essi possano concretizzarsi esclusivamente in limiti di carattere negativo, mai nell'imposizione di obblighi positivi in ordine allo svolgimento di determinate attività.

Ciò, peraltro, trova conferma nella formulazione del terzo comma dell'art. 41 Cost. il quale, nell'ammettere la possibilità che l'attività economica sia sottoposta a programmi o controlli, di fatto riferisce tale facoltà non già all'intervento sul profilo delle dimensioni dell'organizzazione quanto soltanto sulla natura dell'attività e sugli obiettivi della stessa.

Dalla lettura della norma si evince dunque una conferma della illegittimità costituzionale di qualunque norma di legge che, vietando il decentramento, imponesse lo svolgimento di tutte le fasi di un processo produttivo.

Una simile previsione non sarebbe giustificabile né in forza del comma secondo dell'art. 41 Cost., né in forza del terzo.

Con riferimento al secondo comma, poiché, come detto, tale norma consente esclusivamente la fissazione di limiti negativi e non legittima la enunciazione dell'obbligo di svolgere determinate attività. Se, infatti, un'attività può essere scissa in tutte le attività che rappresentano le fasi in cui essa si articola, è evidente che la libertà di iniziativa economica comporta l'inammissibilità di qualunque norma che imponga lo svolgimento di qualcuna di queste vietando il decentramento. La fissazione di un limite non comporta infatti di perseguire i valori privilegiati dalla Costituzione, ma solo di non contrastarli ⁽³⁰⁾. La Costituzione non impone all'imprenditore di perseguire l'utilità sociale, la sicurezza, la libertà o la dignità umana, ma solo di non svolgere attività che siano con esse contrastanti e per esse lesive. Il soggetto rimane allora libero di svolgere o meno una certa attività e non può dunque esservi coartato tramite una norma che gli imponga di eseguire attività produttive che lo stesso non ha intenzione di eseguire preferendo acquistarne il risultato sul mercato.

Anche il comma terzo non consente la fissazione di un simile divieto poiché anche tale norma mira ad incidere sulle attività economiche orientandole verso determinati obiettivi senza poter però imporre lo svolgimento di determinate attività.

Quanto sin qui detto conferma l'inammissibilità di norme legali che stabiliscano, nel settore privato, divieti di esternalizzare determinate fasi della produzione poiché, traducendosi nella fissazione dell'obbligo di svolgere determinate attività economiche, realizzerebbero una inammissibile violazione della libertà di iniziativa economica.

Il discorso presenta delle differenze nel caso di attività afferenti l'esecuzione di un appalto pubblico o di un pubblico servizio, poiché le norme sin qui esaminate non escludono, invece, interventi normativi volti ad incidere sulle scelte organizzative delle imprese tramite l'adozione di meccanismi incentivanti o disincentivanti il decentramento.

Questi aspetti saranno trattati più avanti nelle sedi a ciò appositamente deputate. In particolare si vedrà come di fatto tutta la disciplina dettata in materia di appalto a tutela dei dipendenti dell'appaltatore, è suscettibile di incidere sulla scelta di svolgere o meno tutte le fasi del processo produttivo. Nel prosieguo dell'indagine si dovrà valutare in che modo questa disciplina sia in grado di orientare le determinazioni organizzative dell'imprenditore.

Prima di proseguire appare però opportuno ricordare che l'ordinamento non contiene oggi dei divieti di esternalizzazione, invece, previsti, come più avanti vedremo, da numerosi contratti collettivi.

L'unico limite all'esternalizzazione nel settore privato può essere rintracciato nel divieto di subappalto dettato dall'art. 1656 cod. civ.

⁽³⁰⁾ La tesi della funzionalizzazione dell'attività dell'imprenditore è ormai pacificamente superata tanto in dottrina (tra i tanti: Minervini, *Contro la "funzionalizzazione" dell'impresa privata*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1958, I, p. 618 ss.; Bachelet, *Legge, attività amministrativa e programmazione economica*, in *Giur. Cost.*, 1961, pp. 918 ss.; Nania, *Libertà economiche e libertà d'impresa*, cit., pp. 74 s.; R. Niro, *Art. 41*, cit., pp. 858 ss.) quanto in giurisprudenza (Corte Cost., tra le tante: 52/1958; 78/1958; 5/1962; 30/1965; 27/1968; 78/1970; 94/1976; 279/1983; 548/1990).

Come noto, con il termine subappalto il legislatore non intende identificare un tipo contrattuale autonomo e differente rispetto al contratto di appalto, ma soltanto far riferimento ad un contratto di appalto nel quale, però, il committente deriva la propria posizione da un precedente contratto nel quale aveva assunto il ruolo di appaltatore ⁽³¹⁾.

Il termine subappalto serve dunque esclusivamente ad indicare l'esistenza di un rapporto di accessorietà fra il contratto in questione e un altro contratto di appalto precedentemente stipulato. Rapporto di accessorietà che comporta il fatto che il primo negozio costituisca la premessa del secondo condizionandone l'esistenza, la validità e l'efficacia ⁽³²⁾.

La legge subordina la stipulazione del contratto di subappalto e, dunque, la possibilità per l'appaltatore-subcommittente di disporre della posizione contrattuale assunta in forza del primo contratto di appalto, alla preventiva autorizzazione del committente.

L'autorizzazione del committente assume dunque i caratteri di un limite alla possibilità dell'appaltatore di decentrare fasi della propria attività produttiva.

Tale previsione risulta però pienamente compatibile con l'art. 41 Cost. In questo caso, invero, la legge rimette alla libera determinazione delle parti del contratto di appalto la valutazione circa le modalità con le quali l'appaltatore dovrà eseguire la propria attività produttiva, subordinando l'ulteriore decentramento al preventivo consenso del committente. In altre parole, l'ordinamento non limita la libertà economica dell'appaltatore, ma rimette la concreta esecuzione dell'opera o del servizio oggetto del contratto alle modalità che spetta all'autonomia privata dei contraenti determinare.

3. La selezione degli appaltatori nella disciplina sull'affidamento degli appalti pubblici

Esclusa l'esistenza (nonché l'ammissibilità) di limiti alla stipulazione del contratto di appalto, l'attenzione deve essere ora concentrata sull'esame degli strumenti suscettibili di incidere sulla scelta dell'appaltatore cui affidare la realizzazione dell'opera o del servizio, nonché sulla convenienza della stipulazione del contratto di appalto.

A tal fine, l'esame deve essere condotto distinguendo fra appalti pubblici ed appalti privati.

⁽³¹⁾ La dottrina definisce il subcontratto figura generale all'interno della quale si fanno rientrare operazioni giuridiche analoghe (subappalto, sublocazione, etc.), come "il contratto mediante il quale una parte reimpiega nei confronti di un terzo la posizione che gli deriva da un contratto in corso detto contratto base. Il subcontratto riproduce lo stesso tipo di operazione economica del contratto base ma la parte assume col terzo il ruolo inverso a quello che egli ha in tale contratto" (C.M. Bianca, *Diritto Civile*. 3. *Il contratto*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 728). Sulla nozione di subcontratto si vedano, altresì: Baccigalupi, *Appunti per una teoria del subcontratto*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1943, pp. 181 ss.; Grasso, *Il subcontratto*, Napoli, 1977; P.M. Vecchi, *L'azione diretta*, Milano, 1990, pp. 101 ss.; F. Galgano, *Trattato di diritto civile e commerciale*, II, 1, Padova, 1999, pp. 197 ss.; C. Berti, *Subcontratto, subfornitura e decentramento produttivo tra imprese*, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 1 ss.

⁽³²⁾ Così C. Giannattasio, *L'appalto*, cit., p. 69.

Negli appalti pubblici, infatti, l'introduzione di una serie di regole speciali è imposta dalla natura degli interessi coinvolti nella realizzazione dell'opera o del servizio, dalla natura pubblica del soggetto committente, dalla natura pubblica dei capitali investiti per la realizzazione dell'opera o del servizio.

Mentre negli appalti privati la tutela assicurata ai dipendenti dell'appaltatore è limitata al regime di responsabilità solidale posto in capo a committente, appaltatore e subappaltatori dall'art. 29 d. lgs. 276/03 e agli obblighi di assunzione che la legge pone in alcuni casi in capo ad appaltatori che siano chiamati comunque ad eseguire opere o servizi aventi una rilevanza pubblica, con riferimento agli appalti pubblici il legislatore si spinge a fissare regole specifiche per la selezione dei soggetti aggiudicatari dell'appalto, nonché per la tutela dei lavoratori da questi ultimi impiegati nella realizzazione di quanto commissionato.

In materia di appalti pubblici, la tutela dei lavoratori viene perseguita principalmente tramite una serie di meccanismi volti ad evitare che la selezione dell'aggiudicatario avvenga sulla base di una competizione al ribasso del costo dell'appalto realizzata tramite una riduzione del costo del lavoro.

Ciò è quanto si evince dall'esame delle disposizioni del cd. codice degli appalti pubblici (d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163) recentemente promulgato con la finalità di compendiare in un unico testo le diverse e frammentate discipline che si erano stratificate nel corso degli anni in questa materia⁽³³⁾.

Tra i criteri che debbono presiedere alla selezione dei soggetti aggiudicatari dell'appalto pubblico, invero, il legislatore attribuisce un'importanza notevole al rispetto da parte dell'appaltatore di alcuni standard minimi di tutela del lavoratore, sia sul piano economico che su quello della tutela della sicurezza dei luoghi di esecuzione della prestazione lavorativa.

In particolare, il codice degli appalti prevede due meccanismi per contrastare l'affidamento dell'appalto ad appaltatori che pervengano ad un'offerta economicamente conveniente attraverso una riduzione dei costi da sostenere per i trattamenti erogati ai lavoratori impiegati e per la tutela della sicurezza sul lavoro dei dipendenti medesimi.

Gli artt. 86 e 87 del citato codice dettano infatti dei criteri per la individuazione delle *offerte anormalmente basse* e altri per la verifica delle stesse.

In forza dell'art. 86, dunque, l'imprenditore che intenda partecipare alla gara deve corredare la propria offerta di tutte le giustificazioni relative alle voci di prezzo che concorrono a formare l'importo complessivo posto a base di gara. Tale documentazione sarà utilizzata dalla stazione appaltante per verificare la congruità dell'offerta.

In particolare, ai sensi di quanto prescritto dall'art. 87 del codice, la stazione appaltante a fronte di un'offerta anormalmente bassa può richiedere un'integrazione delle giustificazioni inizialmente allegate alla domanda.

⁽³³⁾ Per un esame delle tecniche di tutela del lavoro utilizzate in materia di appalti pubblici si veda F. Scarpelli, *Regolarità del lavoro e regole della concorrenza: il caso degli appalti pubblici*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2006, n. 4, pp. 753 ss.

Tali giustificazioni possono riguardare il rispetto delle norme vigenti in tema di sicurezza e condizioni di lavoro e il costo del lavoro ⁽³⁴⁾, ma non i trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge, né sono ammesse giustificazioni in relazione agli oneri di sicurezza per i quali non sia ammesso ribasso d'asta.

Gli obblighi di controllo relativamente alla congruità dell'offerta sono stati recentemente inaspriti dal legislatore con la legge finanziaria per il 2007 (L. 27 dicembre 2006, n. 296).

Con tale legge è stato infatti aggiunto un comma 3-bis all'art. 86 nel quale è stabilito che gli enti aggiudicatari, nell'esame afferente eventuali anomalie delle offerte, sono tenuti a valutare che il valore economico sia adeguato e sufficiente rispetto al "costo del lavoro"; "costo del lavoro" la cui determinazione avviene sulla base di valori economici previsti dalla contrattazione collettiva stipulata dai sindacati comparativamente più rappresentativi, delle norme in materia previdenziale ed assistenziale, dei diversi settori merceologici e delle differenti aree territoriali ⁽³⁵⁾.

Tramite le disposizioni citate il legislatore mira a garantire che i lavoratori impiegati nella esecuzione di appalti pubblici percepiscano un trattamento, non solo economico, corrispondente a quello determinato dai contratti collettivi del settore merceologico determinato guardando all'oggetto del contratto di appalto, stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi.

4. Le cd. "clausole sociali" nella legge

A completamento della disciplina posta a tutela dei lavoratori impiegati nell'esecuzione di appalti pubblici, con finalità evidentemente analoghe a quelle perseguite tramite la disciplina, poc'anzi esaminata, in materia di valutazione dell'offerta, una rilevanza determinante assume lo strumento rappresentato dalla cd. "clausola sociale", largamente sperimentato dal legislatore già prima dell'avvento dell'ordinamento corporativo ⁽³⁶⁾.

Con questa ampia formula si identificano tutte quelle disposizioni normative che pongono a carico degli imprenditori aggiudicatari di appalti pubblici, o agli imprenditori

⁽³⁴⁾ Per la determinazione del costo del lavoro la norma rinvia a tabelle periodicamente compilate dal Ministro del lavoro e delle politiche sociali, sulla base dei valori economici previsti dalla contrattazione collettiva stipulata dai sindacati comparativamente più rappresentativi, delle norme in materia previdenziale e assistenziale, dei diversi settori merceologici e delle differenti aree territoriali; in mancanza di contratto collettivo applicabile, il costo del lavoro è determinato in relazione al contratto collettivo del settore merceologico più vicino a quello preso in considerazione.

⁽³⁵⁾ In mancanza di contratto collettivo applicabile, il costo del lavoro è determinato in relazione al contratto collettivo del settore merceologico più vicino a quello preso in considerazione.

⁽³⁶⁾ Per una ricognizione delle principali clausole sociali dettate dalla legge in materia di appalti pubblici si vedano: G.G. Balandi, *Le <clausole a favore dei lavoratori> e l'estensione della applicazione del contratto collettivo*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1973, p. 709; E. Ghera, *Le cd. clausole sociali: evoluzione di un modello di politica legislativa*, cit., p. 134; L. Forte, *L'omessa inserzione della clausola sociale nei capitolati d'appalto e sue conseguenze*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1998, II, p. 232.

che intendano accedere a sgravi contributi o fiscali o all'erogazione di determinati finanziamenti pubblici, l'obbligo di applicare nei confronti dei lavoratori impiegati alcune tutele minime, non solo di carattere retributivo ⁽³⁷⁾.

Questo obiettivo viene perseguito attraverso l'imposizione agli imprenditori, che ottengano l'aggiudicazione di un appalto pubblico o accedano a sovvenzioni o a crediti agevolati, dell'obbligo di applicare i contratti collettivi della categoria e della zona nella quale gli stessi operano.

In materia di appalti pubblici, la regola è sancita dall'art. 36 dello Statuto dei Lavoratori il quale, al primo comma, dispone che *“nei provvedimenti di concessione di benefici accordati ai sensi delle vigenti leggi dallo Stato a favore di imprenditori che esercitano professionalmente un'attività economica organizzata e nei capitolati di appalto attinenti all'esecuzione di opere pubbliche, deve essere inserita la clausola esplicita determinante l'obbligo per il beneficiario o appaltatore di applicare o di far applicare nei confronti dei lavoratori dipendenti condizioni non inferiori a quelle risultanti dai contratti collettivi di lavoro della categoria e della zona”* ⁽³⁸⁾.

In forza di tale norma, dunque, il legislatore persegue l'obiettivo di garantire ai dipendenti dell'appaltatore un trattamento economico e normativo almeno corrispondente al contratto collettivo di “categoria”.

Così superficialmente indicato il funzionamento della norma, spostando l'attenzione al di sotto del “pelo dell'acqua”, si deve fare i conti con i numerosi problemi interpretativi che la stessa norma pone sul piano applicativo.

Prima di addentrarsi nell'analisi di questi ultimi ci deve però preliminarmente interrogare su quali siano le finalità che il legislatore intende perseguire con l'impiego di un simile strumento. Già su questo punto non sussiste piena convergenza nelle opinioni degli Autori che si sono occupati del tema.

Secondo una prima tesi l'art. 36 assolverebbe ad una funzione di sostegno alla contrattazione collettiva, suppletiva della mancata attuazione dei meccanismi predisposti dall'art. 39 Cost. ⁽³⁹⁾.

La fondatezza di tale asserzione è invece negata da parte di chi ⁽⁴⁰⁾ ha osservato come la contrattazione collettiva venga considerata dalla norma alla stregua di un fatto

⁽³⁷⁾ E' questa la definizione data da E. Ghera, *Le cd. clausole sociali: evoluzione di un modello di politica legislativa*, cit., p. 133.

⁽³⁸⁾ E' importante ricordare che, a dispetto della formulazione della norma, la stessa è oggi applicabile non solo agli appalti di opere pubbliche, ma anche a quelli aventi ad oggetto la fornitura di servizi pubblici. La Corte Costituzionale (con sentenza n. 226 del 19 giugno 1998, in *Giust. Civ.*, 1998, I, p. 2423, con nota di G. Pera e in *Mass. Giur. Lav.*, 1998, p. 797, con nota di Giovagnoli) ha infatti dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma nella parte in cui non prevede che, nelle concessioni di pubblico servizio, deve essere inserita la clausola esplicita determinante l'obbligo per il concessionario di applicare o di far applicare nei confronti dei lavoratori dipendenti condizioni non inferiori a quelle risultanti dai contratti collettivi di lavoro della categoria e della zona.

⁽³⁹⁾ Centofanti, *Sub art. 36*, in U. Prosperetti (diretto da), *Commentario allo Statuto dei lavoratori*, Milano, 1975, p. 1203; F.D. Mancini, *Sub art. 36*, in *Statuto dei diritti dei lavoratori*, in Scialoja e Branca (a cura di), *Commentario al cod. civ.*, Bologna-Roma, 1972, p. 546

⁽⁴⁰⁾ G.G. Balandi, *Le <clausole a favore dei lavoratori> e l'estensione della applicazione del contratto collettivo*, cit., p. 713.

meramente esterno cui la legge rinvia, ma sul quale la legge stessa non influisce. La finalità perseguita dal legislatore non sarebbe dunque quella di sostenere la contrattazione collettiva quanto piuttosto l'attività sindacale.

Altri commentatori ⁽⁴¹⁾ hanno invece sostenuto che la norma assolverebbe alla duplice finalità di garantire un livello minimo di tutela ai dipendenti di imprese beneficiarie di "agevolazioni statali" o appaltatrici di opere o servizi pubblici e di selezionare le imprese contraenti evitando che siano avvantaggiate quelle che non applicano i contratti collettivi di lavoro.

Recentemente, altra parte della dottrina ⁽⁴²⁾ ha sottolineato come sia riduttivo rintracciare nell'art. 36 S.L. esclusivamente una finalità di tutela sociale dei lavoratori coinvolti nell'appalto. Tale disposizione, piuttosto, mira a realizzare un duplice obiettivo: da un lato, sottrarre il costo del lavoro al gioco della concorrenza; dall'altro, orientare i comportamenti imprenditoriali verso obiettivi virtuosi e di "eccellenza", in maniera tale che la concorrenza tra imprese non venga più soltanto limitata, ma orientata a obiettivi di maturità dei modelli organizzativi d'impresa.

Al di là delle finalità che in concreto il legislatore storico intendeva perseguire con la disposizione in parola, certo è che, guardando agli effetti della sua applicazione, essa è suscettibile di produrre i frutti indicati da tutte le citate tesi sostenute in dottrina.

E fra questi vi è, prima di tutto, l'estensione di fatto dell'efficacia del contratto collettivo anche ai soggetti non iscritti ai sindacati stipulanti il contratto collettivo.

Effetto, questo, che peraltro si verifica non già in forza della inammissibile - perché altrimenti contrastante con l'art. 39 Cost. - applicazione diretta delle disposizioni contrattuali ai lavoratori dipendenti dell'appaltatore non iscritti al sindacato stipulante il contratto collettivo, ma piuttosto in via mediata attraverso un adeguamento del trattamento dovuto dall'appaltatore ai lavoratori impiegati nell'appalto al trattamento previsto dal contratto collettivo di riferimento. Il contratto collettivo non regola, dunque, direttamente il rapporto di lavoro dei dipendenti interessati, ma costituisce il parametro di riferimento per la determinazione della retribuzione dovuta dall'appaltatore ai propri dipendenti ⁽⁴³⁾. La clausola è allora costituzionalmente legittima poiché non dispone l'applicazione del contratto collettivo a soggetti non iscritti alle OO.SS. stipulanti, ma si limita ad identificare semplicemente il parametro in forza del quale dovranno essere determinate le condizioni contrattuali da riconoscere ai lavoratori impiegati nell'appalto.

Evidenziate le finalità che la clausola sociale introdotta dall'art. 36 dello Statuto dei lavoratori consente di perseguire, è necessario passare ad esaminarne il contenuto

⁽⁴¹⁾ Bortone, *Commento all'art. 36*, in G. Giugni (a cura di), *Lo Statuto dei lavoratori*, Milano, 1979, p. 647. Vi aderisce anche E. Ghera, *Le cd. clausole sociali: evoluzione di un modello di politica legislativa*, cit., p. 137.

⁽⁴²⁾ F. Scarpelli, *Regolarità del lavoro e regole della concorrenza: il caso degli appalti pubblici*, cit., pp. 758 s.

⁽⁴³⁾ Cfr. G.G. Balandi, *Le <clausole a favore dei lavoratori> e l'estensione della applicazione del contratto collettivo*, cit., pp. 710 ss.

per risolvere i problemi applicativi che possono sorgere nell'interpretazione dei termini di cui la stessa è composta.

La prima questione da affrontare attiene alla natura giuridica della clausola sociale; quesito dalla cui soluzione dipendono le conseguenze connesse alla mancata inserzione della stessa clausola all'interno del capitolato di appalto.

Al riguardo, la dottrina ⁽⁴⁴⁾ e la giurisprudenza ⁽⁴⁵⁾ prevalenti ritengono che la clausola inserita all'interno del capitolato d'appalto configuri una pattuizione a favore del terzo riconducibile, sia pur con alcune differenze, allo schema del contratto a favore del terzo delineato dall'art. 1411 cod. civ.

Non vi è dubbio che il rinvio allo schema del contratto a favore del terzo sia calzante, pur in presenza di differenze evidenti, laddove la clausola sociale sia inserita nel contratto di appalto stipulato fra stazione appaltante ed appaltatore aggiudicatario.

Come noto, il contratto a favore del terzo identifica quel particolare schema negoziale nel quale gli effetti del tipo prescelto si producono a vantaggio di un soggetto terzo rispetto alle parti contraenti ⁽⁴⁶⁾. Le parti contraenti prendono il nome di *promittente* e *stipulante*. Il primo è il soggetto che si obbliga ad eseguire la propria prestazione a vantaggio di un terzo designato dallo stipulante, il quale deve avere interesse a tale adempimento. Il terzo rimane dunque estraneo al contratto ed acquista i diritti dallo stesso previsti in ragione della sola stipulazione dell'accordo senza necessità del compimento di alcun atto giuridico.

Il contratto a favore del terzo non costituisce un autonomo tipo contrattuale quanto piuttosto una pattuizione che accede ad un contratto tipico in ragione della quale gli effetti discendenti dal contratto, anziché prodursi in capo allo stipulante, vengono dirottati in capo ad un terzo laddove lo stipulante medesimo vi abbia interesse.

Il fatto che con l'inserimento della clausola nel contratto di appalto pubblico l'appaltatore si obblighi a corrispondere ai propri dipendenti un trattamento non inferiore a quello previsto dai contratti collettivi della categoria o della zona, ha fatto ritenere alla citata prevalente dottrina che tale clausola assuma i caratteri di una prestazione a favore del terzo sottoposta all'applicazione delle regole di cui all'art. 1411 cod. civ. e ss.

La qualificazione giuridica della clausola sociale come pattuizione a favore di terzo riconducibile all'art. 1411 cod. civ. comporta, quale effetto primario e fondamentale, che il terzo (ossia, nel nostro caso, il lavoratore) possa agire direttamente

⁽⁴⁴⁾ Napoletano, *Appalto di opere pubbliche e tutela dei diritti del lavoratore*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1953, I, p. 277; Centofanti, *Sub art. 36*, cit., p. 1224; Romeo, *Sul rapporto tra benefici all'impresa privata e tutela del lavoro*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1983, I, p. 265; Renna, *L'impresa agevolata e gli interessi dei lavoratori*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1985, II, p. 298; E. Ghera, *ult. op. cit.*, p. 136.

⁽⁴⁵⁾ Cass. 21 dicembre 1991, n. 13834, in *Giur. It.*, 1993, I, 1, c. 640, con nota di Piccinini; Cass. 25 luglio 1998, n. 7333, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1999, II, p. 459, con nota di Bellavista; Cass. 10 marzo 1999, n. 2108, in *Mass. Giur. Lav.*, 1999, p. 378; Cass. 23 aprile 1999, n. 4070, in *Orient. Giur. Lav.*, 1999, I, p. 309.

⁽⁴⁶⁾ Sul tema, tra i tanti: Messineo, (voce) *Contratto nei rapporti col terzo*, in *Enc. Dir.*, X, Milano, 1962, p. 198; C.M. Bianca, *Diritto civile 3. Il contratto*, Giuffrè, pp. 566 ss.; F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, ESI, 1996, pp. 890 ss.

nei confronti del promittente per l'adempimento della prestazione dallo stesso promessa.

Date tali premesse, da un punto di vista pratico, le clausole sociali pongono due principali problemi.

Sotto un primo profilo, si deve valutare quali effetti conseguano alla mancata inserzione della clausola sociale nel capitolato d'appalto e/o nel contratto di appalto.

In dottrina si è ritenuto che gli effetti dell'assenza di tale clausola siano differenti a seconda che si attribuisca all'atto che perfeziona il rapporto fra pubblica amministrazione e imprenditore natura di provvedimento amministrativo o contrattuale.

Secondo la prima impostazione, oggi pacificamente superata dalla giurisprudenza⁽⁴⁷⁾, dalla mancata inserzione della clausola potrebbe derivare l'annullamento dell'atto amministrativo⁽⁴⁸⁾, oppure l'applicabilità dell'art. 1339 cod. civ.⁽⁴⁹⁾.

In forza della seconda teoria, diversamente, il rapporto fra pubblica amministrazione e appaltatore assume natura contrattuale e l'eventuale assenza in esso della clausola sociale prevista dall'art. 36 L. 300/70 sarebbe sanata dall'inserzione automatica nel contratto in applicazione dell'art. 1339 cod. civ.

In particolare, secondo questa impostazione, il fatto che la clausola debba essere prevista dal capitolato d'appalto, non esclude l'applicabilità della citata norma codicistica, poiché la formulazione dell'art. 1339 cod. civ. andrebbe intesa in senso ampio potendo essere utilmente riferita anche ai regolamenti e ai provvedimenti degli organi amministrativi ai quali la legge attribuisca il potere di statuire in materia⁽⁵⁰⁾.

Sul tema delle conseguenze della mancata inserzione della clausola sociale nel capitolato o nel contratto di appalto, la giurisprudenza è invece orientata ad escludere efficacia reale all'obbligo di applicare condizioni non inferiori a quelle previste dalla contrattazione collettiva⁽⁵¹⁾. Secondo la Suprema Corte, invero, l'operatività dell'obbligo in capo all'appaltatore è condizionato all'effettivo inserimento della clausola sociale nel provvedimento di concessione e nei capitolati di appalto, cosicché, non potendo trovare applicazione l'art. 1339 cod. civ., i lavoratori non potrebbero pretendere l'erogazione di quel trattamento nei confronti dell'appaltatore⁽⁵²⁾.

In realtà, però, questa giurisprudenza non tiene conto del fatto che costituisce principio ormai pacifico presso la giurisprudenza amministrativa che il bando di gara debba essere integrato per legge ogni qualvolta sia stata omessa l'inserzione di una

⁽⁴⁷⁾ Cass., SS.UU., 22 giugno 1978, n. 3069, in *Mass. Foro It.*, 1978, p. 590; Cass., SS.UU., 8 aprile 1976, *Mass. Foro It.*, 1976, p. 262.

⁽⁴⁸⁾ Bortone, *Commento all'art. 36*, in G. Giugni (a cura di), *Lo statuto dei lavoratori*, Milano, 1979, p. 646.

⁽⁴⁹⁾ Centofanti, *Sub art. 36*, in U. Prosperetti (diretto da), *Commentario dello Statuto dei lavoratori*, Milano, 1975, pp. 1226 s.

⁽⁵⁰⁾ In tale senso P. Tullini, *Finanziamenti pubblici alle imprese e "clausole sociali"*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1990, p. 53.

⁽⁵¹⁾ Così E. Ghera, *Le cd. clausole sociali: evoluzione di un modello di politica legislativa*, cit., p. 136.

⁽⁵²⁾ Cfr. Cass. 5 giugno 1997, n. 5027, in *Riv. Giur. Lav.*, 1998, II, p. 231, con nota di L. Forte; Cass. 10 marzo 1999, n. 2108; Cass. 21 dicembre 1991, n. 13834; Cass. 5 giugno 1997, n. 5027.

clausola inderogabile prevista dalla legge ⁽⁵³⁾. Alla luce di questo orientamento l'integrazione automatica del contratto di appalto deve ritenersi allora una conseguenza dell'integrazione di diritto del bando di gara.

Secondo ordine di problemi pratici posti dalla norma attiene l'individuazione del contratto collettivo che deve essere assunto come parametro di riferimento al fine dell'attuazione della clausola sociale.

Tale questione attiene alla esplicitazione del significato della formula legislativa che rinvia alle condizioni previste dal contratto collettivo di lavoro *della categoria e della zona*.

Secondo la giurisprudenza prevalente, il concetto di categoria cui la norma rinvia dovrebbe essere inteso alla luce di quanto prescritto dall'art. 2070 cod. civ., in forza del quale *l'appartenenza alla categoria professionale, ai fini dell'applicazione del contratto collettivo, si determina secondo l'attività effettivamente esercitata dall'imprenditore* ⁽⁵⁴⁾.

Questa soluzione fatta propria dalla giurisprudenza di legittimità è stata opportunamente criticata da quella parte della dottrina ⁽⁵⁵⁾ che ha sottolineato la contraddittorietà del richiamo all'applicazione di una norma, l'art. 2070 cod. civ., considerata incompatibile con l'ordinamento post-corporativo.

Come noto, il nostro sistema di relazioni sindacali è fondato sul principio della libertà sindacale riconosciuta tanto ai singoli individui che ai gruppi organizzati, nel quale l'unico contratto collettivo suscettibile di trovare un'applicazione generalizzata è quello delineato dall'art. 39 Cost.

Il fatto che soltanto il contratto collettivo stipulato nell'ambito del modello delineato nella Costituzione potesse acquisire efficacia generale ha posto tutti gli studiosi e gli operatori delle relazioni sindacali a dover prendere atto della natura di contratto di diritto comune del contratto collettivo e della conseguente vincolatività dello stesso per i soli iscritti alle organizzazioni stipulanti. Ciò poiché, con la soppressione dell'ordinamento corporativo, i contratti collettivi sono esclusivamente sottoposti alle regole dell'autonomia privata, cosicché la loro efficacia non può essere estesa alla generalità essendo limitata a quanti, con l'iscrizione alle associazioni sindacali, hanno a queste conferito la rappresentanza dei propri interessi nella stipulazione dei contratti collettivi.

In questa prospettiva, si conclude oggi unanimemente per l'inapplicabilità dell'art. 2070 cod. civ., essendo liberi i soggetti privati di associarsi sindacalmente e quindi di

⁽⁵³⁾ Cfr., da ultimo, Cons. giust. amm. sic., sez. giurisdiz., 21 settembre 2006, n. 530, in *Appalti & Contratti*, 2006, fasc. 6, 91 (m) e Cons. giust. amm. sic., sez. giurisdiz., 29 luglio 2005, n. 487, in *Arch. giur. oo. pp.*, 2005, 916 (m), nelle quali si fa riferimento al generale principio di "etero-integrazione" delle clausole del bando di gara.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. Cass. 25 luglio 1998, n. 7333, in *Riv. It. Dir. Lav.*, II, 1999, p. 459, con nota di A. Bellavista.

⁽⁵⁵⁾ A. Bellavista, *La clausola sociale dell'art. 36 St. Lav. e l'art. 2070 cod. civ.*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, II, 1999, pp. 462 ss.

scegliere, con la scelta dell'associazione a cui iscriversi, quale contratto collettivo debba regolamentare il rapporto di lavoro.

A questa impostazione, fatta propria della maggior parte degli studiosi, fece da contr'altare un contrasto in giurisprudenza fra la posizione dei giudici che ritenevano applicabile l'art. 2070 cod. civ. anche ai contratti collettivi di diritto comune, sostenendo che tale norma rispondesse a finalità pubblicistiche che prescindevano dalla permanenza del sistema corporativo, e quella di coloro che, sulla scorta delle conclusioni elaborate dalla citata dottrina, sostenevano l'applicabilità dei contratti collettivi esclusivamente ai datori di lavoro iscritti all'associazione sindacale stipulante o, in difetto di iscrizione, a quelli che avessero esplicitamente aderito al contratto stesso, ovvero che lo avessero implicitamente accettato.

Tale contrasto fu risolto dalla sentenza 23 marzo 1997, n. 2665 ⁽⁵⁶⁾, con la quale la Cassazione a Sezioni Unite aderì alla seconda delle citate impostazioni affermando che il primo comma dell'art. 2070 cod. civ. non opera nei riguardi della contrattazione collettiva di diritto comune, che ha efficacia vincolante limitatamente agli iscritti alle associazioni sindacali stipulanti e a coloro che, esplicitamente o implicitamente, al contratto abbiano prestato adesione. In questa prospettiva, secondo la Cassazione, nel caso in cui il rapporto di lavoro sia regolato dal contratto collettivo di diritto comune proprio di una categoria non corrispondente a quella dell'attività svolta dall'imprenditore, il lavoratore non può aspirare all'applicazione di un contratto collettivo diverso, se il datore di lavoro non vi è obbligato per appartenenza sindacale, ma solo eventualmente richiamare tale disciplina come termine di riferimento per la determinazione della retribuzione ex art. 36 Cost., deducendo la non conformità al precetto costituzionale del trattamento economico previsto nel contratto applicato.

Alla luce di tale impostazione, dunque, secondo la citata opinione, l'individuazione del contratto collettivo che deve costituire punto di riferimento ai sensi dell'art. 36 L. 300/70 deve essere identificato guardando, non già alla natura dell'attività esercitata dall'imprenditore, secondo il modello delineato dall'art. 2070 cod. civ., quanto piuttosto, in forza del principio di libertà sindacale, alla stregua delle regole di delimitazione del campo di applicazione dettate dallo stesso contratto collettivo ⁽⁵⁷⁾.

Laddove poi, affidandosi a tale criterio, dovesse emergere l'applicabilità di più di un contratto collettivo dovrebbe presceglersi quello stipulato dai sindacati maggiormente rappresentativi in forza del modello indicato dall'art. 39 Cost. nonché

⁽⁵⁶⁾ Pubblicata in: *Giust. Civ.*, 1997, I, p. 1199, con nota di Pera; *Mass. Giur. Lav.*, 1007, p. 537; *Orient. Giur. Lav.*, 1997, I, p. 281.

⁽⁵⁷⁾ D'altronde, come osservava G. Pera, (voce) *Libertà sindacale (dir. vig.)*, in *Enc. Dir.*, XXIV, Giuffrè, 1974, p. 518, "per l'emersione delle categorie, è decisivo il principio di libertà dell'organizzazione sindacale. È nell'esercizio di questa libertà che le categorie si modellano, costituendosi sindacati che liberamente decidono circa l'area di assunta rappresentanza, il tutto in concreto traducendosi nello schema corrente che [...] è largamente convenzionale, cioè demandato a libere valutazioni, in tal guisa riducendosi una realtà altrimenti, in potenza, molto complessa".

nella tendenza al sostegno di queste organizzazioni sindacali ampiamente rivenibile nell'attuale legislazione ⁽⁵⁸⁾.

5. Il sindacato di fronte alla frammentazione del processo produttivo: ripercussioni sulla rappresentanza e strumenti di reazione

Posta in evidenza l'incompatibilità con la nostra Costituzione economica di norme legali che sanciscano un divieto di appaltare determinate fasi dell'attività produttiva e più in generale di disposizioni che sanciscano divieti di decentramento, si è sottolineato come al legislatore rimanga la possibilità di introdurre regole che, incidendo principalmente sul "costo" connesso al ricorso a determinate scelte, possano influenzare la "dimensione" dell'impresa.

In particolare, come si cercherà di porre in evidenza nel quarto capitolo, tutta la disciplina introdotta in materia di appalto con il d. lgs. 276/03 e con le norme che si sono succedute negli anni successivi, pur non ponendo alcun limite alla libertà dell'imprenditore di stipulare tale contratto, è stata dettata con l'evidente finalità di orientare le scelte del committente nella direzione dell'affidamento della realizzazione dell'opera o del servizio ad appaltatori affidabili che diano garanzie in ordine all'adempimento nei confronti dei lavoratori degli obblighi posti dalla legge in capo al datore di lavoro.

Accanto agli incentivi e disincentivi al decentramento produttivo derivanti da disposizioni di legge, va considerato il ruolo che, con finalità analoghe, può essere assolto dall'azione sindacale, laddove tramite la stessa i rappresentanti dei lavoratori riescano ad ottenere la sottoscrizione di clausole di contratto collettivo tramite le quali il datore di lavoro si impegni a non decentrare determinate fasi della propria attività o almeno a coinvolgere ⁽⁵⁹⁾ il sindacato nel procedimento che porta alla formazione della scelta di intraprendere la strada del decentramento.

Le operazioni di disarticolazione del processo produttivo sono state da sempre avversate da parte delle organizzazioni sindacali.

Le origini di questo atteggiamento vanno riscontrate, oltre che nelle potenzialità lesive degli interessi dei lavoratori che il contratto di appalto presenta e che sostanzialmente coincidono con le motivazioni che hanno spinto il legislatore storico a promulgare la legge 1369/60, negli evidenti effetti di indebolimento della rappresentanza sindacale che il decentramento è suscettibile di produrre.

La concentrazione dell'attività produttiva su alcune fasi della stessa dismettendo le altre può essere in primo luogo motivata dal proposito di ridurre le dimensioni dell'impresa al fine di sottrarsi all'applicazione delle norme dello Statuto dei lavoratori

⁽⁵⁸⁾ A. Bellavista, *ult. op. cit.*, part. p. 476.

⁽⁵⁹⁾ Il verbo "coinvolgere" impiegato nel testo è volutamente generico in quanto intende compendiare tutte le possibili forme di intervento del sindacato nell'adozione ed attuazione dell'operazione di decentramento le cui possibili forme saranno esaminate di qui a poco.

(⁶⁰) e, dunque, non solo alle norme dettate per la tutela reale in caso di licenziamento illegittimo, ma anche alle norme finalizzate a sostenere l'attività sindacale nei luoghi di lavoro.

Riduzione delle dimensioni dell'impresa decentrante, significa però anche indebolimento della capacità rivendicativa dei lavoratori dovuta alla riduzione del numero dei lavoratori aderenti alle organizzazioni sindacali attive nei locali dell'impresa medesima, oltre che indebolimento della politica di parità di trattamento normativo perseguita dal legislatore tramite la stipulazione del contratto collettivo. La migrazione di lavoratori alle dipendenze di altre imprese può comportare, infatti, il ridimensionamento del campo di applicazione del contratto collettivo.

Non può peraltro sottacersi, ed anzi costituisce un dato ormai acquisito al dibattito che da lungo tempo si svolge in questa materia, che la stipulazione del contratto di appalto, così come la realizzazione in altre forme del decentramento, assume anche, ed anzi sempre di più, i caratteri di un fenomeno fisiologico del contesto economico attuale (⁶¹), tanto da far ritenere che politiche sindacali finalizzate esclusivamente ad impedire l'attuazione di simili operazioni finiscono per essere incapaci di soddisfare al meglio gli interessi, non solo economici, dei lavoratori che nelle medesime operazioni si trovino coinvolti.

In altre parole, non si tratta, per i rappresentanti dei lavoratori, di "innalzare barricate" per impedire la fuoriuscita dall'azienda di ogni e qualsivoglia fase della produzione, quanto piuttosto di assumere un ruolo di partecipazione e coinvolgimento nell'adozione e attuazione di tali iniziative con l'obiettivo di ispirare la strada che si ponga come maggiormente conforme agli interessi dei lavoratori.

E la via del coinvolgimento è stata da tempo intrapresa sia a livello legislativo che a livello contrattuale.

Sul primo versante, numerosi sono gli esempi di norme di legge che subordinano la formazione di scelte imprenditoriali alla preventiva informazione e alla consultazione delle organizzazioni sindacali (⁶²). Si tratta di quel fenomeno che viene efficacemente identificato con il termine di "procedimentalizzazione" dell'esercizio dei poteri datoriali.

La formula "procedimentalizzazione dei poteri datoriali" è stata però coniata per designare le analoghe norme da tempo (⁶³) presenti nella contrattazione collettiva (⁶⁴).

(⁶⁰) Sul tema cfr. P. Alleva, *Il campo di applicazione dello Statuto dei Lavoratori*, cit., pp. 95 ss.

(⁶¹) Cfr. Bin, *La piccola impresa industriale*, Il Mulino, Bologna, 1983, p. 77; AA.VV., *Rivoluzione tecnologica e diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1986; Zanelli, (voce) *Decentramento produttivo*, in *Digesto*, IV, Utet, Torino, 1989, pp. 227 ss.

(⁶²) È quanto è avvenuto soprattutto in materia di trasferimento di azienda, di licenziamenti collettivi, di cassa integrazione ordinaria e straordinaria.

(⁶³) In particolare le prime clausole collettive di procedimentalizzazione dei poteri datoriali risalgono alla stagione sindacale successiva al 1968. Non a caso la disciplina introdotta con la legge 1369/60 non prevede alcuna possibilità di coinvolgimento delle organizzazioni sindacali nell'attuazione del decentramento. Sul tema: A. Pizzorno, *I soggetti del pluralismo*, Il Mulino, Bologna, 1980. Il termine "procedimentalizzazione" è stato coniato da U. Romagnoli (*Per una rilettura dell'art. 2086 cod. civ.*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1977, p. 1048).

Clausole contrattuali che assumono contenuto diverso, talvolta arrivando ad imporre al datore di lavoro il divieto di esternalizzare la realizzazione di specifiche fasi del proprio ciclo produttivo.

6. Informazione e consultazione dei lavoratori nel d. lgs. 6 febbraio 2007, n. 25

Come noto, la legge non prevede un coinvolgimento dei sindacati nel caso in cui l'imprenditore intenda stipulare un contratto di appalto. Tale lacuna è nei fatti parzialmente superata nel caso di cui l'esternalizzazione di una fase del processo produttivo venga attuata tramite un preventivo trasferimento dell'apparato produttivo prima destinato alla realizzazione di quella specifica fase produttiva. In questa ipotesi, invero, l'operazione dovrà essere preceduta dall'espletamento della procedura di informazione e consultazione sindacale disciplinata dall'art. 47 della legge 428/90.

Salva l'eventualità, invero frequente, in cui il decentramento venga preceduto dal trasferimento di un ramo di azienda⁽⁶⁵⁾, le possibilità di controllo del sindacato su questo tipo di scelte organizzative rimangono dunque affidate alla contrattazione collettiva.

Prima di passare ad esaminare i vari tipi di clausole che sono oggi rinvenibili in seno ai contratti collettivi, appare però opportuno dar conto, preliminarmente, della recente promulgazione del d. lgs. 6 febbraio 2007, n. 25, finalizzato ad istituire un *quadro generale relativo all'informazione e alla consultazione dei lavoratori*.

Con tale decreto legislativo, il legislatore ha inteso dare attuazione alla direttiva comunitaria 2002/14/CE, la quale - con l'obiettivo di *intensificare il dialogo sociale e le relazioni di fiducia nell'ambito dell'impresa per favorire l'anticipazione dei rischi, sviluppare la flessibilità dell'organizzazione del lavoro e agevolare l'accesso dei lavoratori alla formazione nell'ambito dell'impresa in un quadro di sicurezza, promuovere la sensibilizzazione dei lavoratori alle necessità di adattamento, aumentare la disponibilità dei lavoratori ad impegnarsi in misure e azioni intese a rafforzare la loro occupabilità, promuovere il coinvolgimento dei lavoratori nella conduzione dell'impresa e nella determinazione del suo futuro, nonché rafforzare la competitività dell'impresa* (considerando n. 7) - stabilisce una serie di regole volte a consentire l'informazione e la consultazione dei rappresentanti dei lavoratori con riferimento ad una serie di materie nelle quali le decisioni del datore di lavoro sono suscettibili di avere delle ripercussioni sulle condizioni di lavoro dei dipendenti.

Nell'ambito di questo quadro di principi, la direttiva imponeva, agli Stati membri, nel rispetto delle specificità dei singoli ordinamenti giuridici, di dare attuazione ai principi dettati dalla stessa direttiva definendone le modalità di attuazione, se del caso assegnando alle parti sociali un ruolo di rilievo che permetta loro di definire in piena

⁽⁶⁴⁾ Sul tema si veda C. Zoli, *Le clausole di procedimentalizzazione dei poteri datoriali*, in M. D'Antona (a cura di), *Lecture di diritto sindacale*, Novene, Napoli, 1990.

⁽⁶⁵⁾ Per ulteriori approfondimenti su questo tema mi permetto di rinviare a I. Alvino, *Riforma del mercato del lavoro: possibili ripercussioni sui processi di esternalizzazione*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2004, 1, pp. 265 ss.

libertà, mediante accordo, le modalità di informazione e di consultazione più conformi alle loro necessità e ai loro desideri (considerando n. 23).

Ed il legislatore italiano ha fatto ampio uso di quest'ultima facoltà riconosciutagli dalla disciplina comunitaria, limitandosi di fatto, una volta trasposti - in maniera essenzialmente pedissequa - i principi dalla stessa dettati, a rinviare ai contratti collettivi stipulati tra le organizzazioni datoriali e sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, per definire *le sedi, i tempi, i soggetti, le modalità ed i contenuti dei diritti di informazione e consultazione riconosciuti ai lavoratori* (art. 4, comma primo).

Il d. lgs. 25/07 pone una serie di problemi interpretativi, suscettibili di ripercussioni anche sul piano sistematico, che meritano di essere considerati.

Preliminarmente deve essere chiarito l'ambito di applicazione degli obblighi fissati dal decreto.

Esso vincola tutte le imprese che impiegano almeno 50 lavoratori e ha ad oggetto la comunicazione di informazioni ⁽⁶⁶⁾ afferenti:

- a) l'andamento recente e quello prevedibile dell'attività dell'impresa, nonché la sua situazione economica;
- b) la situazione, la struttura e l'andamento prevedibile dell'occupazione nella impresa, nonché, in caso di rischio per i livelli occupazionali, le relative misure di contrasto;
- c) le decisioni dell'impresa che siano suscettibili di comportare rilevanti cambiamenti dell'organizzazione del lavoro, dei contratti di lavoro, anche nelle ipotesi di cui all'art. 7, comma 1.

Appare palese che la scelta di decentrare una fase della produzione rientra tra quelle per le quali opererebbe l'obbligo di informazione considerato dalla legge, essendo riconducibile sia alle ipotesi previste dalla lettera b) che a quelle previste dalla lettera c).

Si può dunque affermare che oggi la legge impegna le parti sociali, nelle imprese che occupino più di 50 dipendenti, ad elaborare un accordo che fissi le modalità della informazione e della consultazione dei rappresentanti dei lavoratori rispetto alla scelta di decentrare una fase della produzione tramite la stipulazione di un contratto di appalto.

Si tratta, però, come è evidente, di un obbligo il cui mancato adempimento è privo di sanzioni, poiché l'ordinamento non ricollega - né potrebbe - alla mancata stipulazione di un contratto collettivo avente questi contenuti alcuna sanzione.

Non si ritiene si possa ipotizzare, infatti, che il decreto in questione fissi un obbligo a contrarre in capo alle parti sociali. Come noto, invero, simili obblighi sono incompatibili con il principio della libertà sindacale riconosciuto dall'art. 39 Cost. ⁽⁶⁷⁾.

⁽⁶⁶⁾ Le informazioni che devono essere comunicate ai rappresentanti dei lavoratori sono individuate dall'art. 2 in *ogni trasmissione di dati da parte del datore di lavoro ai rappresentanti dei lavoratori, finalizzata alla conoscenza ed all'esame di questioni attinenti alla attività di impresa*.

⁽⁶⁷⁾ C. Zoli, *Gli obblighi a trattare nel sistema dei rapporti collettivi*, Cedam, Padova, 1992, pp. 11 ss.; M. Roccella, *Parte obbligatoria del contratto collettivo e diritti sindacali di controllo*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1977, I, p. 428.

Ne consegue che l'attuazione del decreto e, in via mediata, della direttiva comunitaria, sarà di fatto rimessa alle dinamiche della contrattazione collettiva e alla capacità del sindacato di imporre l'introduzione all'interno del contratto di una clausola che imponga obblighi informativi e consultivi. Laddove però un accordo che preveda simili obblighi vi sia, il legislatore ha stabilito, all'art. 7, che *la violazione da parte del datore di lavoro dell'obbligo di comunicare le informazioni o procedere alla consultazione di cui al presente decreto legislativo, è punita con la sanzione amministrativa del pagamento di una somma da euro 3.000,00 a euro 18.000,00 per ciascuna violazione.*

Quest'ultima norma pone altresì la necessità di interrogarsi sull'applicabilità della stessa alle ipotesi di violazione degli obblighi informativi e consultivi previsti da contratti collettivi stipulati antecedentemente all'entrata in vigore del decreto.

Il principio della irretroattività degli effetti della legge, unitamente al fatto che un soggetto (in questo caso il datore di lavoro) che stipula un contratto, ancorché collettivo, deve essere posto in condizione di conoscere tutti gli obblighi che lo stesso assume con la sua stipulazione e le conseguenze della loro violazione, spingono a ritenere che quelle sanzioni non siano invocabili in caso di inadempimento ad obblighi informativi e consultivi previsti da contratti collettivi stipulati in data antecedente alla promulgazione del decreto legislativo.

Per quanto riguarda i contratti collettivi che devono fissare le modalità indicate dalla legge, il legislatore espressamente chiarisce che deve trattarsi del contratto collettivo di lavoro stipulato tra le organizzazioni datoriali e sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale.

La limitazione della disciplina esclusivamente a tale fonte contrattuale è priva di senso.

Ed infatti, il contratto collettivo vincola esclusivamente le parti stipulanti (ed i soggetti che ad esse abbiano aderito). Ciò comporta: in senso negativo, che tale contratto non può trovare applicazione ai datori di lavoro che non lo abbiano stipulato o che non siano iscritti all'associazione datoriale stipulante; in senso positivo, che, ancorché le organizzazioni stipulanti non siano quelle comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, il contratto dalle stesse stipulato obbliga il datore di lavoro aderente a rispettare gli obblighi informativi e consultivi dallo stesso previsti.

L'unica utilità che può allora essere riconosciuta alla precisazione contenuta nell'art. 2 è quella di ritenere che le sanzioni amministrative previste per il caso di violazione degli obblighi sia applicabile solo agli obblighi previsti dai contratti collettivi considerati dal citato art. 2.

Altro aspetto problematico che pone la disciplina di recente introduzione è quello che attiene la configurabilità in capo al giudice di un potere di sindacare la conformità ai principi dettati dal d. lgs. 25/07 della clausola del contratto collettivo che preveda un obbligo informativo e consultivo.

Il quesito sembrerebbe ammettere una soluzione affermativa se si considera che la legge non lascia libera la contrattazione collettiva di determinare discrezionalmente le

modalità di tempo e di contenuto delle informazioni, prescrivendo che esse debbano essere appropriate allo scopo e tali da permettere ai rappresentanti dei lavoratori di procedere ad un esame adeguato delle informazioni fornite e preparare, se del caso, la consultazione (art. 2, comma quarto).

7. Gli strumenti contrattuali di governo del decentramento

Le riflessioni sin qui sviluppate hanno posto in evidenza come l'ordinamento non stabilisca limiti al decentramento, salvo quelli che si ritiene debbano considerarsi impliciti nella natura dell'attività svolta dal committente ⁽⁶⁸⁾.

Nell'assenza di limiti l'imprenditore è dunque assolutamente libero di frantumare la sua organizzazione produttiva mantenendo la gestione diretta esclusivamente di alcune fasi del processo produttivo, per destinare le altre alla realizzazione da parte di altre imprese.

A tale libertà ha fatto da contr'altare, nel corso degli ultimi decenni, il tentativo delle organizzazioni sindacali di condizionare le scelte dell'impresa negoziando la stipulazione di clausole finalizzate a limitare la disarticolazione del ciclo produttivo o per lo meno a consentire il mantenimento di un controllo sulle ricadute, sia occupazionali che di trattamento normativo, che simili scelte sono suscettibili di produrre.

Numerose sono le tipologie di clausole, rinvenibili nei contratti collettivi, che, in modo diverso, incidono sul decentramento.

Di seguito, lungi dal volerne redigere una casistica completa, verranno considerate quelle maggiormente diffuse con il principale obiettivo di ricostruirne la natura giuridica nonché gli effetti della loro violazione al fine di misurarne la capacità di condizionare le scelte relative all'organizzazione della produzione.

7.1. I divieti contrattuali di esternalizzazione

Tra gli strumenti contrattuali di maggior interesse messi a punto dalla contrattazione collettiva, meritano di essere annoverate le clausole tramite le quali l'imprenditore assume nei confronti della controparte l'impegno di non decentrare una o più fasi della propria attività. Tramite tali pattuizioni, in altre parole, l'imprenditore si obbliga a realizzare all'interno della propria impresa, e con i propri dipendenti, determinate attività specificamente individuate nell'accordo collettivo e normalmente consistenti in attività vicine al *core business*.

Le finalità perseguite dai rappresentanti dei lavoratori attraverso simili pattuizioni sono diverse e possono essere individuate nella tutela dei livelli occupazionali ⁽⁶⁹⁾, nella

⁽⁶⁸⁾ Sul punto si rinvia quanto già argomentato nel capitolo primo.

⁽⁶⁹⁾ Così P. Lambertucci, *Area contrattuale e autonomia collettiva*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1999, 2-3, p. 292.

facilitazione dell'azione sindacale tramite la concentrazione del ciclo produttivo, nella tutela delle condizioni generali dei lavoratori e nel contrasto ad operazioni suscettibili di creare aree di lavoro sottotutelato ⁽⁷⁰⁾.

Il contratto collettivo più noto, nel quale per primo è stata introdotta una clausola di tale tenore, è quello dell'industria metalmeccanica, che, tutt'oggi, nel suo art. 28, espressamente prevede che *“sono esclusi dagli appalti i lavori svolti in azienda direttamente pertinenti le attività di trasformazione proprie dell'azienda stessa, nonché quelle di manutenzione ordinaria continuativa, ad eccezione di quelle che necessariamente debbono essere svolte al di fuori dei normali turni di lavoro [...] I contratti di appalto continuativi svolti in azienda – stipulati durante il periodo di vigenza del presente Contratto – saranno limitati ai casi imposti da esigenze tecniche, organizzative, gestionali ed economiche che, su richiesta delle Rappresentanze sindacali unitarie, potranno formare oggetto di verifica con la Direzione”*.

Clausole di questo tipo sono però previste anche in numerosi altri contratti collettivi ⁽⁷¹⁾.

La capacità di simili clausole di soddisfare gli interessi più sopra indicati è ovviamente collegata alla effettività delle stesse, ossia alla presenza di rimedi che consentano di reagire all'inadempimento dell'imprenditore all'impegno con esse assunto.

È necessario, dunque, chiedersi: come debba essere giuridicamente configurato il comportamento del datore di lavoro che esternalizzi attività in violazione del divieto previsto dal contratto collettivo; quale sia l'interesse leso con tale comportamento e quale sia il soggetto giuridico legittimato a farne valere la lesione; quali rimedi tale soggetto possa eventualmente attivare per reagire all'inadempimento.

A fronte del divieto di esternalizzare una determinata attività produttiva, la scelta dell'imprenditore di affidare la realizzazione del risultato della stessa ad un appaltatore assume i caratteri di un inadempimento all'impegno assunto in sede collettiva.

⁽⁷⁰⁾ F. Scarpelli, *Interposizione ed appalto nel settore dei servizi informatici*, in O. Mazzotta (a cura di), *Nuove tecnologie e rapporti fra imprese*, Giuffrè, Milano, 1990, p. 109.

⁽⁷¹⁾ Clausole di questo tenore si ritrovano anche in altri contratti collettivi. A titolo esemplificativo, si ricorda: 1) il contratto collettivo per l'industria alimentare del 14 luglio 2003 che nell'art. 4 della parte seconda prevede che *“sono esclusi dagli appalti i lavori svolti in azienda direttamente pertinenti le attività di trasformazione e di imbottigliamento proprie dell'azienda stessa nonché quelle di manutenzione ordinaria continuativa, ad eccezione di quelle che necessariamente debbono essere svolte al di fuori dei turni normali di lavoro”*; 2) il contratto collettivo dei laterizi e manufatti in cemento del 26 ottobre 2004 che nell'art. 30, parte prima, prevede che *“sono esclusi dagli appalti i lavori di manutenzione ordinaria continuativa degli impianti di produzione che siano tali da consentire la normale utilizzazione, per omogenee specializzazioni, delle prestazioni lavorative giornaliere di uno o più lavoratori, ad eccezione di quelli che necessariamente devono essere svolti da personale esterno e/o al di fuori dei normali turni di lavoro”*; 3) il contratto collettivo cemento e calce del 5 marzo 2004 nell'art. 5 prevede che *“le aziende si impegnano a non affidare in appalto, all'interno dei propri stabilimenti, le attività di produzione e l'esecuzione della manutenzione ordinaria a carattere continuativo a meno che, quest'ultima, non debba essere necessariamente svolta al di fuori dei normali turni di lavoro”*.

Al fine di individuare i soggetti lesi da tale inadempimento e gli strumenti di reazione che l'ordinamento mette a disposizione è però necessario chiarire la natura giuridica della clausola collettiva che sancisce il divieto di esternalizzazione.

Come noto, il contenuto del contratto collettivo suole essere tradizionalmente suddiviso in due parti.

Una prima parte, denominata "normativa", è destinata a disciplinare i rapporti individuali di lavoro regolamentandone sia gli aspetti economici, afferenti al trattamento retributivo spettante al lavoratore per l'esecuzione della sua prestazione, sia quelli riguardanti il concreto svolgimento della prestazione lavorativa, quali la durata della prestazione, l'esercizio del potere disciplinare, etc.

A questa prima parte se ne affianca una seconda, denominata "obbligatoria", contenente quelle regole che hanno come destinatari le parti stipulanti, che con tali clausole assumono reciproci impegni ⁽⁷²⁾.

Mentre le clausole della parte normativa, disciplinando il rapporto di lavoro, creano posizioni giuridiche soggettive direttamente in capo ai lavoratori, quelle della parte obbligatoria possono essere attuate esclusivamente dai soggetti collettivi, cosicché nessuna pretesa può essere avanzata dai lavoratori in caso di inadempimento.

Numerose sono però le clausole del contratto collettivo elaborate nella prassi dei rapporti sindacali che presentano elementi dell'una e dell'altra categoria cosicché, rispetto ad esse, diviene spesso difficile definirne in maniera netta la natura giuridica.

Al riguardo, basti ricordare che in un'importante sentenza ⁽⁷³⁾, la Cassazione ha sottolineato che possono esistere clausole del contratto collettivo nelle quali risultano inestricabilmente intrecciati elementi normativi ed obbligatori, con la conseguenza che la violazione della clausola potrà essere fatta valere sia dall'organizzazione sindacale, sotto il profilo della lesione delle prerogative alla stessa riconosciute, sia dal lavoratore, sotto il profilo della illegittimità del provvedimento adottato nei suoi confronti.

Già alla luce di questi superficiali cenni, risulta evidente che l'inclusione delle clausole che prevedano divieti di esternalizzazione tra quelle obbligatorie piuttosto che tra quelle normative è fonte di importanti conseguenze.

La dottrina, pur ampiamente criticando questa rigida bipartizione ⁽⁷⁴⁾, l'ha sostanzialmente fatta propria, impiegando però criteri diversi al fine di distinguere fra l'una e l'altra categoria di clausole contrattuali.

⁽⁷²⁾ F. Carinci, R. De Luca Tamajo, P. Tosi, T. Treu, *Diritto del lavoro. I. Diritto sindacale*, Utet, Torino, 2002, p. 198. Sul tema: G. Giugni, (voce) *Contratti collettivi di lavoro*, in *Enc. Giur. Trecc.*, VIII, Roma, 1988, pp. 8 ss.; S. Sciarra, (voce) *Contratto collettivo*, in *Dig. Disc. Priv. Sez. Comm.*, IV, Torino, 1989, p. 6; G. Riganò, *La tutela individuale e le clausole collettive contenute nella parte obbligatoria del contratto collettivo*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2001, n. 1, pp. 289 ss.

⁽⁷³⁾ Cass. 5 settembre 2000, n. 11718, in *Arg. Dir. Lav.*, 2001, n. 1, pp. 357 ss., con nota di G. Riganò.

⁽⁷⁴⁾ In particolare: G. Giugni, *Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva*, Milano, 1960, p. 117, ha evidenziato l'opportunità di distinguere fra clausole statiche (sostanzialmente coincidenti con le clausole obbligatorie e volte a regolare i rapporti fra le parti senza dar luogo alla produzione di norme "imputabili alla comunità collettiva") e clausole dinamiche (disciplinanti la "produzione normativa direttamente imputabile all'ordinamento collettivo"); G. Zangari, *Contenuto del contratto collettivo di diritto comune*, in L. Riva Sanseverino e G. Mazzoni (diretto da), *Nuovo trattato di diritto del lavoro*, I, *Diritto*

Secondo un primo orientamento, la distinzione dovrebbe essere compiuta alla luce della funzione che la specifica clausola è chiamata ad assolvere: sarebbero clausole normative quelle che mirano alla produzione di norme inferiori ⁽⁷⁵⁾.

Secondo una diversa impostazione, la regola di distinzione andrebbe rinvenuta nei soggetti destinatari, rappresentati dalle parti stipulanti nel caso di clausole obbligatorie e dalle parti del rapporto di lavoro nel caso delle clausole normative ⁽⁷⁶⁾.

Altra parte della dottrina ⁽⁷⁷⁾, infine, sottolinea che le clausole del contratto collettivo sono chiamate ad assolvere numerose differenti funzioni e che la tradizionale suddivisione fra clausole obbligatorie e normative è insufficiente a ricomprendere quelle previsioni aventi un contenuto “ibrido”, ossia quelle pattuizioni che, pur avendo come formali destinatari le parti stipulanti, sono suscettibili di pregiudicare anche la posizione dei lavoratori nel caso in cui il datore di lavoro non si attenga agli obblighi con esse assunti. Muovendo da tale contestazione l’Autore giunge ad affermare che per appurare se sia configurabile un diritto del lavoratore ad agire in giudizio per l’inadempimento del datore di lavoro ad un obbligo assunto nel contratto collettivo deve guardarsi alla funzione effettivamente svolta dalla clausola in questione. In questa prospettiva, la violazione della norma è censurabile dal singolo lavoratore allorché si ritenga che, con la clausola collettiva, il potere del datore di lavoro sia stato oggetto di espressa limitazione pattizia. In virtù di tale limitazione le situazioni finali costituirebbero, quindi, oggetto di un diritto di credito del singolo lavoratore.

Al fine di dirimere la questione degli effetti derivanti dall’inadempimento all’impegno assunto dal datore in seno alla contrattazione collettiva di non decentrare determinate fasi della produzione, è necessario determinare la natura giuridica di simile clausola alla luce delle considerazioni sin qui svolte. È necessario in altre parole chiarire se, accanto alla lesione dell’interesse del sindacato, sia configurabile in capo al lavoratore coinvolto nell’operazione di decentramento una situazione giuridica soggettiva azionabile in giudizio ⁽⁷⁸⁾.

La dottrina prevalente risponde negativamente a tale quesito.

sindacale, Padova, 1971, p. 273, propone di meglio articolare le varie tipologie di clausole collettive distinguendo tra: clausole che attengono direttamente alla disciplina del rapporto di lavoro; clausole riguardanti il rapporto di lavoro ma richiedenti un’attività dei soggetti sindacali per divenire effettive; clausole che producono effetti estranei al rapporto di lavoro ma che interessano i gruppi organizzati come tali.

⁽⁷⁵⁾ G. Giugni, *Introduzione allo studio dell’autonomia collettiva*, cit., p. 119.

⁽⁷⁶⁾ G. Ghezzi, *La responsabilità contrattuale delle associazioni sindacali. La parte obbligatoria del contratto collettivo*, Milano, 1963, p. 8; Id., *Il dovere di pace sindacale*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1961, I, p. 457; M. Persiani, *Saggio sull’autonomia privata collettiva*, Padova, 1972, p. 190.

⁽⁷⁷⁾ G. Riganò, *La tutela individuale e le clausole collettive contenute nella parte obbligatoria del contratto collettivo*, cit., pp. 295 ss.

⁽⁷⁸⁾ Sul differente tema del potere dell’autonomia collettiva di disporre dei diritti di cui sia titolare il singolo lavoratore si veda A. Maresca, *Diritti individuali del lavoratore e poteri del sindacato*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1985, pp. 685 ss.

Secondo questi Autori ⁽⁷⁹⁾, invero, la clausola contrattuale in questione avrebbe natura obbligatoria e, dunque, consentirebbe una reazione solo al sindacato a tutela dei propri interessi per responsabilità contrattuale; né, d'altra parte, la violazione della clausola collettiva potrebbe pregiudicare i diritti di un terzo estraneo al rapporto, ossia l'appaltatore ⁽⁸⁰⁾, e dunque, non potrebbe comportare la nullità del contratto di appalto.

Opinione analoga si riscontra anche presso la prevalente, ancorché esigua, giurisprudenza formatasi su questo tema.

Tale giurisprudenza ha, infatti, prevalentemente escluso che dalla violazione della clausole collettive possa derivare un'invalidità del contratto di appalto, riconoscendo anzi la legittimità del comportamento datoriale ogni qual volta l'operazione di decentramento non abbia comportato per il lavoratore la perdita dell'occupazione a seguito dell'intervenuto trasferimento di azienda ⁽⁸¹⁾.

Esclusa la possibilità di riconoscere in capo al lavoratore una autonoma posizione giuridica azionabile in giudizio in conseguenza della violazione della clausola collettiva che interdica al datore di lavoro l'esternalizzazione della attività in cui lo stesso lavoratore sia impiegato, unico soggetto titolare di una situazione giuridicamente rilevante rimane l'organizzazione sindacale.

Fra gli strumenti a disposizione del sindacato si deve dunque valutare la possibilità per lo stesso di ricorrere agli strumenti dello sciopero o della repressione della condotta antisindacale.

Attesa la natura della clausola collettiva in esame, lo sciopero appare essere senza dubbio lo strumento di reazione maggiormente preferibile, atteso che, per quanto sin qui visto, tali clausole fondano la loro forza più sulla loro spontanea osservanza da parte dei

⁽⁷⁹⁾ Cfr. R. De Luca Tamajo, *I processi di terziarizzazione intra moenia ovvero la fabbrica "multisocietaria"*, in *Dir. Merc. Lav.*, 1999, p. 69.

⁽⁸⁰⁾ P. Lambertucci, *Area contrattuale e autonomia collettiva*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1999, 2-3, p. 294, il quale afferma però che il contratto di appalto potrebbe essere invalidato nel caso in cui si possa dimostrare un intento collusivo tra appaltante e appaltatore. Nello stesso senso F. Lunardon, *Contrattazione collettiva e governo del decentramento produttivo*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2004, I, p. 222. Isolata è rimasta l'opinione di chi (F. Scarpelli, *Interposizione ed appalto nel settore dei servizi informatici*, cit., p. 116) ha sostenuto che sarebbe possibile rintracciare un motivo di illegittimità del provvedimento assunto nei confronti dei lavoratori laddove la motivazione debba riscontrarsi nello scorporo di una parte dell'attività aziendale, con concessione della stessa in appalto, in violazione di un obbligo assunto in sede di contrattazione collettiva.

⁽⁸¹⁾ Cfr. Pret. Genova, 12 maggio 1998, in *Arg. Dir. Lav.*, 1998, 3, p. 987; Pret. Milano, 16 settembre 1998, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1999, II, p. 416, con nota di L. Corazza. Si deve peraltro segnalare una posizione diversa espressa in Pret. Genova, 22 ottobre 1998, in *Arg. Dir. Lav.*, 1998, 3, p. 1006, nella quale è stata riconosciuta in capo al lavoratore la titolarità di una posizione giuridicamente rilevante, affermando che non sarebbe corretto includere la clausola che prevede un divieto di esternalizzazione all'interno della parte obbligatoria del contratto collettivo, in quanto una simile netta presa di posizione non tiene conto che tale pattuizione rientra fra quelle clausole del contratto collettivo che presentano al contempo elementi dell'una e dell'altra categoria. Secondo questa chiave di lettura, il potere organizzativo dell'imprenditore "incide direttamente sulla posizione del singolo lavoratore, ma [...] non può trovare adeguata disciplina nel contratto individuale perché è nel contempo connotato da una dimensione che trascende il singolo rapporto di lavoro in quanto diretto a coordinare l'attività di più dipendenti [...]. Pertanto la clausola del contratto collettivo del settore, che limita il potere di ristrutturare l'azienda, è invocabile dal lavoratore", che abbia subito un pregiudizio casualmente collegabile al mancato rispetto del divieto di appalto, a fini demolitori di atti lesivi o a fini risarcitori.

soggetti sindacali che sulla esperibilità di una tutela di carattere giudiziario ⁽⁸²⁾. L'efficacia di tale strumento è però, come evidente, limitata, poiché, da un lato, è subordinata ad un'adesione, da parte di un numero cospicuo di lavoratori, capace di mettere in difficoltà il datore di lavoro, dall'altro, si risolve esclusivamente in una forma di pressione sul datore di lavoro.

In alternativa allo sciopero è necessario chiedersi se i rappresentanti dei lavoratori abbiano possibilità di ricorrere all'art. 28 dello Statuto dei lavoratori.

Al riguardo la giurisprudenza prevalente ha negato la riconducibilità alla categoria della condotta antisindacale del comportamento del datore di lavoro consistente nell'inadempimento alla clausola che disponga il divieto di appaltare un'attività all'esterno.

Al riguardo i giudici ⁽⁸³⁾ hanno infatti affermato che può essere considerata condotta antisindacale, non ogni violazione di obblighi contrattuali, ma esclusivamente quell'inadempimento che dia luogo ad una lesione alla *libertà o attività sindacale o al diritto di sciopero* ⁽⁸⁴⁾.

In questa prospettiva, parte della dottrina ⁽⁸⁵⁾ ha però sostenuto che l'antisindacalità della condotta sarebbe senza dubbio configurabile nelle ipotesi di reiterata violazione del divieto laddove questa si traduca in una lesione alla credibilità del sindacato quale interlocutore negoziale. Anche nella ipotesi in cui in concreto si verifichi una tale eventualità, si deve ritenere però che il giudice, che pure ha il dovere di rimuovere gli effetti della condotta antisindacale, non possa dichiarare la nullità del contratto di appalto, il quale è stato concluso con un soggetto non vincolato al rispetto della clausola del contratto collettivo, salvo che non si dimostri una collusione tra committente e appaltatore.

Date le difficoltà derivanti dall'esperimento di una procedura ex art. 28 dello Statuto dei lavoratori il sindacato potrebbe decidere in agire nelle vie ordinarie, ex artt. 409 ss. del codice di procedura civile, per ottenere dal datore di lavoro il risarcimento dei danni da questi arrecati con la condotta violativa del divieto. Anche tale strada risulta però particolarmente impervia per le difficoltà che presenta in punto di dimostrazione dell'effettiva sussistenza di un danno, in primo luogo, e in secondo luogo in punto di specifica quantificazione dello stesso.

7.2. Le clausole di procedimentalizzazione

⁽⁸²⁾ In questo senso è l'opinione della dottrina prevalente. Si veda, per tutti: E. Ghera, *Le sanzioni civili nella tutela del lavoro subordinato*, in *Atti Aidlass*, Giuffrè, Milano, 1979, pp. 10 ss., 35 ss. e 231; P. Lambertucci, *Area contrattuale e autonomia collettiva*, cit., p. 293.

⁽⁸³⁾ Come già anticipato, la giurisprudenza formatasi su questo tema è esigua: Pret. Genova 15 maggio 1996, in *Not. Giur. Lav.*, 1996, p. 180.

⁽⁸⁴⁾ Cfr. R. Scognamiglio, *Condotta antisindacale, I) Disciplina sostanziale*, in *Enc. Giur. Trecc.*, VIII, Roma, 1988.

⁽⁸⁵⁾ Sul tema: P. Lambertucci, *Area contrattuale e autonomia collettiva*, cit., pp. 293 ss.

Altre clausole molto diffuse sono quelle finalizzate a favorire un coinvolgimento dei rappresentanti dei lavoratori nella fase antecedente la formazione della volontà di decentrare determinate fase della produzione o in quella successiva di attuazione della decisione assunta, con la finalità non soltanto di accrescere la trasparenza delle decisioni datoriali, ma anche di costringere l'imprenditore a prendere consapevolezza della complessità degli interessi in gioco e ad allargare il confronto con i lavoratori e/o con i loro rappresentanti ⁽⁸⁶⁾.

Si tratta di clausole che, peraltro, hanno assunto oggi anche maggiore importanza atteso che, nel quadro dei principi dettati dal d. lgs. 25/07 di recente promulgazione, dovrebbero essere introdotte, per le considerazioni più sopra sviluppate, in ogni contratto collettivo relativamente alla scelta di stipulare un contratto di appalto.

Al riguardo va peraltro considerato il ruolo fondamentale svolto dalla procedura di informazione e consultazione sindacale dettata dall'art. 47 della legge 428/90 che dovrà essere rispettata ogni qual volta la scelta per il decentramento debba essere attuata tramite un iniziale trasferimento di ramo di azienda.

Con la norma citata, il legislatore ha infatti introdotto, a carico degli imprenditori tra i quali viene conclusa la cessione dell'azienda, l'obbligo di avviare, con le rappresentanze sindacali dei lavoratori individuate specificamente dallo stesso articolo 47, una procedura informazione ed eventualmente di consultazione, laddove i sindacati ne facciano richiesta entro precisi termini. La previsione di tale obbligo legale si colloca in quella tendenza, sempre più diffusa tanto nella legislazione lavoristica quanto nella prassi della contrattazione collettiva, volta ad attuare una procedimentalizzazione ⁽⁸⁷⁾ nell'esercizio dei poteri datoriali che consenta di condizionare e controllare ex ante le scelte di gestione dell'impresa che maggiormente possano ripercuotersi sui lavoratori ⁽⁸⁸⁾.

La questione di maggiore importanza è ovviamente quella di valutare quali conseguenze giuridiche comporti il mancato rispetto della procedura prevista dalla legge, così come dalla contrattazione collettiva; violazione configurabile tanto nell'ipotesi di integrale omissione della procedura di informazione e consultazione, quanto nell'ipotesi in cui le informazioni non siano, volutamente o meno, veritiere e complete, mentre non costituisce violazione degli obblighi il mancato raggiungimento di un accordo con il sindacato la cui conclusione non è presupposto necessario per il trasferimento dell'azienda nel caso di cui al citato art. 47, né, tanto meno, nel caso in cui la procedura sia prevista e regolamentata da un contratto collettivo.

⁽⁸⁶⁾ Così C. Zoli, *Subordinazione e poteri dell'imprenditore tra organizzazione, contratto e contropotere*, in *Lav. Dir.*, 1997, n. 2, p. 250.

⁽⁸⁷⁾ L'espressione è stata coniata da U. Romagnoli, *Per una rilettura dell'art. 2086 cod. civ.*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1977, p. 1048

⁽⁸⁸⁾ Su questo tema si vedano: F. Liso, *La mobilità dei lavoratori in azienda: il quadro legale*, Milano, FrancoAngeli, 1982; U. Romagnoli, (voce) *Amministrazione del rapporto di lavoro*, in *Dig. Disc. Comm.*, IV, I, Utet, Torino, 1987, pp. 110 ss.; C. Zoli, *Le clausole di procedimentalizzazione dei poteri datoriali*, cit.

Con riferimento alla procedura prevista per il caso del trasferimento d'azienda, l'art. 47 nel suo terzo comma espressamente stabilisce che *“il mancato rispetto, da parte del cedente o del cessionario, degli obblighi previsti dai commi 1 e 2 costituisce condotta antisindacale ai sensi dell'art. 28 della legge 20 maggio 1970, n. 300”*.

Quest'ultimo articolo manifesta la particolare attenzione prestata dal legislatore alle esigenze di effettività della tutela predisposta dal diritto del lavoro a vantaggio dell'azione dei sindacati e consiste nella predisposizione di una procedura particolarmente celere attraverso la quale, a fronte di *“comportamenti diretti ad impedire o limitare l'esercizio della libertà e dell'attività sindacale nonché del diritto di sciopero”*, il sindacato può ottenere *“la cessazione del comportamento illegittimo e la rimozione degli effetti”*.

Dunque attraverso questo rinvio all'art. 28 Statuto, il legislatore della legge 428/90 ha espressamente qualificato il comportamento di cedente e cessionario, che non rispettino gli obblighi di informazione e consultazione imposti dall'art. 47, come condotta antisindacale legittimando i rappresentanti dei lavoratori ad avvalersi della tutela predisposta dall'art. 28 Statuto.

Attraverso il ricorso a questo strumento allora i sindacati potranno innanzitutto ottenere che siano adempiuti gli obblighi di informazione e consultazione imposti dall'art. 47 chiedendo la cessazione del comportamento illegittimo tenuto da cedente e cessionario. Più complicata è la questione per quanto attiene alla *“rimozione degli effetti”* che pure i sindacati possono chiedere in forza dell'art. 28 Statuto.

Il problema è capire quali siano gli effetti del mancato svolgimento della procedura di informazione e consultazione del sindacato che possano essere rimossi dal giudice adito. Per risolvere tale questione è però preliminarmente necessario chiarire quale sia il rapporto intercorrente fra l'adempimento degli obblighi gravanti su cedente e cessionario e il trasferimento dell'azienda.

Due sono, al riguardo le opinioni sostenute dalla dottrina. Secondo un primo orientamento il rispetto degli obblighi procedimentali previsti dall'art. 47 sarebbe imposto a pena di illegittimità del trasferimento dell'azienda cosicché al loro mancato adempimento dovrebbe conseguire la nullità della cessione con il potere del giudice di dichiararla e di produrre in questo modo la retrocessione dell'azienda o del ramo al cedente, pur precisando però che risulta poi indifferente il raggiungimento di un accordo la cui conclusione resta eventuale.

Tale ricostruzione, come ha espressamente riconosciuto anche la giurisprudenza⁽⁸⁹⁾, risulta infondata. Innanzitutto si deve sottolineare come la procedura di informazione e consultazione è stata introdotta dal legislatore allo scopo di soddisfare l'interesse del sindacato ad esercitare una propria azione di tutela dei lavoratori coinvolti nel trasferimento. Il fatto che il legislatore abbia sanzionato il mancato svolgimento di tale procedura attraverso il ricorso all'applicazione dell'art. 28 dello statuto dei lavoratori è indicativo di una simile volontà del legislatore.

⁽⁸⁹⁾ Cass. 4 gennaio 2000, n. 23, con nota di A. Maresca.

Tale essendo la funzione degli obblighi imposti al cedente e al cessionario, l'adempimento degli stessi non costituisce allora presupposto di legittimità del trasferimento cosicché la loro violazione non può comportare la nullità del trasferimento. Tutto questo consente anche di sottolineare come l'interesse tutelato dalle procedure dell'art. 47 della legge 428/90 sia configurabile come un interesse collettivo la cui tutela potrebbe essere azionata dunque solo dai soggetti sindacali mai dal singolo lavoratore. Quest'ultimo non appare dunque titolare di alcun diritto al rispetto degli obblighi imposti dal legislatore; avrà ovviamente un interesse al rispetto delle procedure, ma un interesse che non può assumere alcuna rilevanza giuridica ⁽⁹⁰⁾.

A questo punto, avendo chiarito che la procedura di informazione e consultazione del sindacato non costituisce presupposto di validità del trasferimento dell'azienda rimane da chiarire quali siano gli effetti del trasferimento che il giudice ha il potere di rimuovere ai sensi dell'art. 28 Statuto.

Al fine di identificare tali effetti è necessario partire dai temi che devono essere fatti oggetto dapprima dell'informativa rivolta ai sindacati e quindi eventualmente della consultazione successiva. Tali temi sono individuati dallo stesso art. 47 e sono: a) la data o la data proposta del trasferimento; b) i motivi del programmato trasferimento d'azienda; c) le sue conseguenze giuridiche, economiche e sociali per i lavoratori; d) le eventuali misure previste nei confronti di questi ultimi.

La lettura dell'articolo dimostra come la procedura non verta sulla decisione di procedere o meno al trasferimento - scelta questa che rimane esclusiva dell'imprenditore e sulla quale non può essere riconosciuto alcun potere di veto al sindacato - ma esclusivamente sull'esame delle conseguenze che i lavoratori ceduti subiranno a seguito del trasferimento dell'azienda alle dipendenze del cessionario neo appaltatore.

La conclusione del ragionamento non potrà allora che essere quella di ritenere che, mentre il negozio di cessione dell'azienda, non essendo oggetto del confronto sindacale, non potrà essere dichiarato nullo da parte del giudice, questi potrà disporre l'eliminazione di tutte quelle misure adottate nei confronti dei lavoratori al di fuori delle necessarie procedure di informazione e consultazione del sindacato ⁽⁹¹⁾.

Fatta salva l'eventualità, appena considerata, in cui la stipulazione del contratto di appalto sia preceduta da un trasferimento di azienda, può accadere che i contratti collettivi prevedano obblighi di informazione prima della stipulazione di contratti di

⁽⁹⁰⁾ Cfr. A. Maresca, *Fruibilità della tutela sindacale nel trasferimento d'azienda*, in *Mass. Giur. Lav.*, n. 6, 2000, p. 610.

⁽⁹¹⁾ Altra dottrina invece ritiene che "ad essere messa in causa dal mancato adempimento degli obblighi previsti dalla legge potrebbe essere se non, appunto, la validità, l'efficacia del negozio traslativo" (R. Romei, *Il rapporto di lavoro nel trasferimento d'azienda*, in *Commentario al codice civile*, diretto da P. Rescigno, Giuffrè, 1993, p. 134). Secondo questa tesi dunque il mancato rispetto degli obblighi di informazione e consultazione non inciderebbe sulla validità del negozio di trasferimento, ma sugli effetti dell'atto traslativo che resterebbero sospesi fino a quando i soggetti obbligati non abbiano proceduto al corretto adempimento della procedura in seguito all'ordine giudiziale.

appalto che non siano preceduti da cessioni di ramo di azienda ⁽⁹²⁾, oppure anche successivamente all'attuazione delle operazioni di decentramento ⁽⁹³⁾, al fine di fornire al sindacato i dati, sull'attuazione delle scelte organizzative dell'impresa, necessari per orientare la politica rivendicativa ⁽⁹⁴⁾.

Tali procedure di informazione e consultazione previste dai contratti collettivi non possono ovviamente incidere sulla legittimità del contratto di appalto. Al riguardo, è sufficiente tenere conto del fatto che, essendo il contratto di appalto concluso con un soggetto terzo estraneo al rapporto creato dal contratto collettivo, la violazione dell'obbligo di informazione da quest'ultimo sancito non può avere alcuna ripercussione sull'appaltatore medesimo che da quel contratto non è vincolato. . Peraltro, si deve ricordare che, atteso il principio di tassatività delle cause di invalidità dei contratti valido nel nostro ordinamento, non potrebbe farsi derivare la nullità del contratto di appalto dalla violazione della procedura sindacale in assenza di un'espressa previsione di legge in tal senso.

Rimarrà dunque a disposizione dei rappresentanti dei lavoratori esclusivamente lo strumento della repressione della condotta antisindacale, oltre alla possibilità di coinvolgere i lavoratori in un'astensione collettiva dal lavoro.

7.3. Le "clausole sociali" nella contrattazione collettiva

In assenza di una clausola sociale nella legge che imponga all'appaltatore di applicare ai propri dipendenti il trattamento economico e normativo previsto dai contratti collettivi della categoria o della zona di riferimento ⁽⁹⁵⁾, può essere il contratto collettivo dell'appaltante ad imporre a quest'ultimo di pretendere dalle aziende

⁽⁹²⁾ A titolo esemplificativo, si ricorda che: a) il ccnl del trasporto e spedizioni merci del 29 gennaio 2005 prevede, all'art. 42 bis, l'obbligo di informare, ed eventualmente consultare in caso di richiesta, le OO.SS. in caso di cambio di gestione nell'appalto; b) il ccnl laterizi e manufatti in cemento del 26 ottobre 2004 prevede che le aziende diano informazione alla R.S.U. con preavviso di almeno 10 giorni, ridotto a 24 ore in caso di urgenza, dei lavori affidati in appalto indicando la denominazione dell'impresa appaltatrice; c) il ccnl delle imprese edili del 20 maggio 2004 prevede, all'art. 14, che l'impresa appaltante comunichi alla R.S.U. le informazioni inerenti la stipulazione e l'esecuzione dell'appalto nonché la dichiarazione della impresa appaltatrice di adesione al contratto collettivo.

⁽⁹³⁾ A titolo esemplificativo si ricorda che: a) il ccnl cemento e calce del 5 marzo 2004 prevede, all'art. 5, che le aziende informeranno periodicamente e possibilmente ogni quattro mesi, per iscritto, la R.S.U. (la quale potrà anche richiedere un specifico incontro) sulla natura delle attività conferite in appalto, sui nominativi delle imprese appaltatrici e sulla prevedibile durata dei lavori dati in appalto; b) il ccnl del commercio del 2 luglio 2004 prevede, all'art. 211, che l'appaltante comunichi alle OO.SS. il caso in cui l'appalto per lavori non strettamente pertinenti all'attività produttiva dell'azienda comporti una riduzione di personale dell'azienda appaltante; c) il ccnl per l'industria alimentare del 14 luglio 2003 prevede, all'art. 4, che i gruppi industriali e le aziende che abbiano significativa rilevanza nel comparto merceologico di appartenenza forniscano semestralmente, su richiesta, alle R.S.U. le informazioni sulla natura delle attività appaltate, su eventuali casi di scorporo di attività del proprio ciclo produttivo che abbiano rilevanti riflessi sull'occupazione complessiva.

⁽⁹⁴⁾ Cfr. P. Lambertucci, *Area contrattuale e autonomia collettiva*, cit., p. 298.

⁽⁹⁵⁾ Sul funzionamento delle cd. clausole sociali si rinvia a quanto già scritto nel § 4 di questo capitolo.

appaltatrici il rispetto delle norme contrattuali del settore merceologico cui appartengono le aziende appaltatrici ⁽⁹⁶⁾.

In questo modo i rappresentanti dei lavoratori ammettono la legittimità dell'esternalizzazione, ma richiedono che l'imprenditore decentrante imponga l'inserimento nel contratto di appalto di una clausola con la quale l'appaltatore si obblighi ad erogare ai propri dipendenti un trattamento economico e normativo corrispondente a quello previsto dai citati contratti collettivi di categoria, oppure, che si impegni, più genericamente, a garantire il rispetto da parte dell'appaltatore delle norme, legislative e contrattuali, poste a tutela dei dipendenti di quest'ultimo.

Anche con riferimento a simili clausole contrattuali ci si deve interrogare circa la loro effettività e, dunque, circa la possibilità per i dipendenti dell'appaltatore di pretendere l'erogazione di un trattamento economico e normativo conforme.

È necessario al riguardo distinguere l'ipotesi in cui l'appaltatore abbia assunto l'obbligo di garantire ai propri dipendenti quel trattamento in virtù dell'inserimento nel contratto di appalto di tale clausola, da quella nella quale ciò non si sia verificato.

Nel primo caso, si deve ritenere che i lavoratori abbiano titolo per agire in giudizio e pretendere dall'appaltatore l'erogazione di un trattamento corrispondente a quanto previsto dal contratto collettivo di categoria.

In questo caso, invero, la clausola inserita all'interno del contratto di appalto assume i caratteri di una pattuizione rientrante nella categoria del contratto a favore del terzo disciplinato dagli artt. 1411 e seguenti del codice civile.

Pur tenendo conto delle importanti differenze intercorrenti con la disciplina del contratto a favore del terzo, si ritiene di poter estendere a tali clausole le conclusioni cui sono pervenute tanto la dottrina ⁽⁹⁷⁾ quanto la giurisprudenza ⁽⁹⁸⁾ con riferimento alle clausole sociali previste da disposizioni legislative ⁽⁹⁹⁾.

In particolare, nel caso qui in esame, accedendo a tale qualificazione giuridica della clausola contrattuale, l'interesse dello stipulante (ossia il committente) può essere individuato nel fatto che lo stesso si è impegnato con le organizzazioni sindacali, in sede di contrattazione collettiva, a pretendere dall'appaltatore il rispetto del contratto di categoria.

⁽⁹⁶⁾ Lo prevede, per esempio: l'art. 28, comma sesto, del ccnl per l'industria metalmeccanica; l'art. 4, comma terzo, del ccnl per l'industria alimentare; l'art. 211, comma primo, del ccnl del commercio; l'art. 14, comma primo, lett. b), del ccnl per le imprese edili; l'art. 30, comma quarto, del ccnl laterizi e manufatti in cemento; l'art. 5, comma quarto, del ccnl cemento e calce; l'art. 24, comma primo, ccnl per l'industria della carta.

⁽⁹⁷⁾ Napoletano, *Appalto di opere pubbliche e tutela dei diritti del lavoratore*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1953, I, p. 277; Centofanti, *Sub art. 36*, cit., p. 1224; Romeo, *Sul rapporto tra benefici all'impresa privata e tutela del lavoro*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1983, I, p. 265; Renna, *L'impresa agevolata e gli interessi dei lavoratori*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1985, II, p. 298; E. Ghera, *ult. op. cit.*, p. 136.

⁽⁹⁸⁾ Cass. 21 dicembre 1991, n. 13834, in *Giur. It.*, 1993, I, I, c. 640, con nota di Piccinini; Cass. 25 luglio 1998, n. 7333, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1999, II, p. 459, con nota di Bellavista; Cass. 10 marzo 1999, n. 2108, in *Mass. Giur. Lav.*, 1999, p. 378; Cass. 23 aprile 1999, n. 4070, in *Orient. Giur. Lav.*, 1999, I, p. 309.

⁽⁹⁹⁾ In questo senso è anche l'opinione di P. Lambertucci, *Area contrattuale e autonomia collettiva*, cit., pp. 302 ss. Sulle clausole sociali previste dalla legge e sulla riconducibilità delle stesse alla categoria delle pattuizioni a favore del terzo si rinvia a quanto già scritto nel § 4.

In questa prospettiva, qualificando giuridicamente la clausola sociale come pattuizione a favore di terzi riconducibile all'art. 1411 cod. civ., deve allora concludersi che il lavoratore (dipendente dell'appaltatore) ha titolo per agire direttamente nei confronti del promittente (appaltatore) per l'adempimento della prestazione dallo stesso promessa.

Differente è l'ipotesi in cui una simile clausola non sia inserita nel contratto d'appalto. In questo caso, l'appaltatore non ha assunto alcun obbligo nei confronti dei propri dipendenti, non producendo alcun effetto nei suoi confronti la disposizione inserita nel contratto collettivo stipulato dal committente.

I dipendenti dell'appaltatore non avranno allora alcun titolo per agire nei confronti dell'appaltatore, né potranno agire nei confronti del committente poiché questi ha assunto un impegno all'interno di un contratto che produce effetti fra lo stesso e i propri dipendenti iscritti ai sindacati stipulanti e non nei confronti dei lavoratori dipendenti da un soggetto terzo.

Tramite la clausola contrattuale in commento, invero, il datore di lavoro si impegna con i sindacati stipulanti – e con i propri dipendenti a questi ultimi aderenti – a pretendere dall'appaltatore che questi eroghi ai propri dipendenti un trattamento economico e normativo conforme a quello previsto dal contratto collettivo della categoria di riferimento.

Tale obbligazione non è però evidentemente azionabile da parte del dipendente dell'appaltatore poiché non sussiste fra il committente e il lavoratore impiegato dall'appaltatore un legame giuridico che attribuisca la titolarità di un simile diritto e che consenta di qualificare la posizione del committente come quella del soggetto obbligato all'esecuzione della prestazione da parte di un terzo (art. 1381 cod. civ.).

Gli unici strumenti fruibili rimangono allora quelli che la legge pone nelle mani delle organizzazioni sindacali e che sono stati esaminati nel paragrafo precedente (repressione della condotta antisindacale e sciopero).

Il tentativo di accrescere le tutele predisposte a vantaggio dei lavoratori impiegati dall'appaltatore nella realizzazione dell'opera o del servizio imponendo a quest'ultimo l'applicazione di uno specifico contratto collettivo si è tradotto in un accordo particolarmente interessante nell'ambito del settore del credito.

Già da diversi anni ⁽¹⁰⁰⁾, infatti, il contratto collettivo nazionale di lavoro per le aziende di credito si preoccupa di delimitare il proprio ambito di applicazione attraverso la delimitazione di un'area contrattuale contrassegnata da elementi oggettivi e da elementi soggettivi ⁽¹⁰¹⁾.

⁽¹⁰⁰⁾ Il contratto collettivo del settore del credito si occupa di identificare il proprio ambito di applicazione tramite la definizione di una "area contrattuale" già dal 1990. Sul tema Gottardi, *Disposizioni generali*, in Id. (a cura di), *Commento al contratto collettivo nazionale di lavoro per le aziende di credito*, Cedam, Padova, 1992, pp. 1 ss. Successivamente tale impostazione è stata confermata in sede di rinnovo del ccnl nel 1994.

⁽¹⁰¹⁾ Sul tema: P. Lambertucci, *Area contrattuale e autonomia collettiva*, cit., pp. 306 ss.; A. Vallebona, *Area contrattuale e società controllate: l'accordo del settore del credito*, in AA.VV., *Categorie professionali e contratti collettivi*, Suppl. Not. Giur. Lav., Roma, 1990, pp. 168 ss.; Maiolini, *Rapporti di*

In particolare è previsto che il contratto collettivo trovi applicazione ai soggetti che svolgano attività di intermediazione finanziaria e/o attività intrinsecamente ordinate e funzionali a tale intermediazione (criterio oggettivo) e che siano controllate da enti finanziari e creditizi ⁽¹⁰²⁾ (criterio soggettivo).

Tramite l'introduzione dell'area contrattuale viene, dunque, varato uno strumento di governo del decentramento produttivo che consente di escludere dalle motivazioni legittimanti la disarticolazione del ciclo produttivo fra più aziende quella della riduzione del costo del lavoro. Ciò poiché è ammissibile la distribuzione delle attività rientranti in senso generico nel settore del credito fra più soggetti "controllati", salvo il rispetto, da parte di questi ultimi, del contratto collettivo del settore del credito.

Il meccanismo dell'area contrattuale pone, dal punto di vista giuridico, due ordini di questioni.

La prima attiene alla sua compatibilità con il nostro sistema costituzionale di rappresentanza sindacale. Si pone in altre parole il problema di capire se per tale via non venga realizzata un'applicazione, *de facto*, dell'art. 2070 cod. civ., vietata dall'intervenuta abrogazione dell'ordinamento corporativo.

Tale contrasto deve essere escluso per due ordini di ragioni.

Sotto un primo profilo, va sottolineato che l'applicazione da parte delle imprese controllate del contratto collettivo è il frutto di un obbligo assunto dalla controllante di attivarsi affinché le controllate medesime applichino il contratto collettivo ai propri dipendenti. L'applicazione del contratto collettivo rimane dunque subordinata ad espressa decisione in tal senso da parte della società controllata.

Sotto un secondo profilo, è stato sottolineato ⁽¹⁰³⁾ che tramite il meccanismo dell'area contrattuale viene semplicemente riconosciuto che la libertà del datore di lavoro di scegliere il contratto collettivo da applicare ai propri dipendenti trova un limite nel principio costituzionale di retribuzione proporzionale e sufficiente. Il rispetto di tale principio porterebbe, invero, comunque all'applicazione del contratto collettivo in questione a tutte le imprese rientranti nell'area contrattuale.

La seconda questione attiene alla capacità del meccanismo dell'area contrattuale di imporsi al rispetto delle controllate e agli eventuali mezzi di reazione a disposizione delle organizzazioni sindacali o degli stessi lavoratori per far fronte all'eventualità che i soggetti rientranti nell'area contrattuale non riconoscano ai propri dipendenti un trattamento economico e normativo conforme alle previsioni del contratto collettivo.

Al riguardo sono state sostenute opinioni contrastanti.

partecipazione societaria ed ambito di applicazione del contratto collettivo del sistema creditizio, in *Dir. Rel. Ind.*, 1993, I, pp. 39 ss.; F. Lunardon, *Autonomia collettiva e gruppi di imprese*, Giappichelli, Torino, 1996, pp. 152 ss.

⁽¹⁰²⁾ Si intende per controllo societario non solo quello individuato dall'art. 2359 cod. civ., ma anche quello consistente nella sottoposizioni dell'impresa a vincoli di committenza e contrattuali tali da sottrarre al soggetto una effettiva autonomia economica.

⁽¹⁰³⁾ A. Vallebona, *Area contrattuale e società controllate: l'accordo del settore del credito*, cit., p. 173.

Secondo una prima opinione ⁽¹⁰⁴⁾ quello assunto dalla società controllante in seno al contratto collettivo sarebbe un preciso obbligo contrattuale tale da esporre la stessa società al risarcimento del danno, in caso di mancata applicazione del contratto collettivo da parte della controllata, sia nei confronti delle organizzazioni sindacali che nei confronti dei dipendenti di quest'ultima.

Secondo un'impostazione ancora più radicale ⁽¹⁰⁵⁾, la previsione contenuta nel contratto collettivo avrebbe i caratteri di una clausola normativa.

Secondo un ultimo orientamento ⁽¹⁰⁶⁾, infine, la clausola medesima non sarebbe inquadrabile né tra quelle aventi contenuto obbligatorio né tra quelle normative.

Secondo tutte le opinioni richiamate, dunque, i dipendenti della società controllata avrebbero comunque diritto ad agire nei confronti della controllante per conseguire quanto a loro spettante in base al contratto collettivo o almeno per ottenere il risarcimento del danno.

Queste soluzioni, pur autorevolmente sostenute, sembrano però ignorare il fatto che i lavoratori dipendenti della società controllate, non risultano titolari di alcuna pretesa giuridica per poter agire nei confronti della società controllante e pretendere l'erogazione del trattamento previsto dal contratto collettivo o il risarcimento del danno.

In mancanza di una espressa sottoposizione del rapporto di lavoro all'applicazione del contratto collettivo del settore del credito, infatti, questo vincola esclusivamente l'impresa che lo abbia sottoscritto o abbia aderito all'organizzazione stipulante ed i dipendenti della stessa impresa iscritti ai sindacati aderenti al medesimo contratto.

I dipendenti della società controllata non hanno dunque alcun diritto di pretendere il rispetto degli obblighi assunti dalla controllante in seno al contratto collettivo poiché si tratta di obblighi assunti nei confronti di soggetti diversi.

Anche simili pattuizioni, come altre in precedenza viste e come altre che verranno più avanti esaminate, presentano dunque il problema della effettività, essendone di fatto rimesso il rispetto alla dinamica delle relazioni sindacali e soprattutto alla capacità dei rappresentanti dei lavoratori di imporne il rispetto.

Questo limite non inficia però l'utilità di tali strumenti e l'opportunità di stimolarne la diffusione anche in settori merceologici diversi.

Simili clausole consentono infatti di attuare un utile governo del decentramento produttivo tramite una sottoposizione alla medesima regolamentazione collettiva di tutti i rapporti di lavoro dei soggetti impiegati alle dipendenze di imprese la cui attività è riferibile al medesimo ciclo produttivo. In questo modo, si può evitare che la disarticolazione del processo produttivo (fenomeno che, come già posto in evidenza, non può essere puramente e semplicemente ostacolato visto il carattere fisiologico che ha assunto in molti settori produttivi) trovi le sue motivazioni in una mera riduzione del

⁽¹⁰⁴⁾ Garofalo, *Decentramento produttivo, impresa-rete e area contrattuale dei bancari*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1991, I, p. 78.

⁽¹⁰⁵⁾ E. Ghera, *Intervento*, in AA.VV., *Categorie professionali e contratti collettivi*, cit., pp. 102 ss.; P. Tullini, *La revisione del sistema di relazioni sindacali nelle banche*, in *Dir. Prat. Lav.*, 1998, pp. 1495 ss.

⁽¹⁰⁶⁾ A. Vallebona, *Area contrattuale e società controllate: l'accordo del settore del credito*, cit., p. 172.

costo del lavoro, orientando così gli operatori economici ad intraprendere tale strada solo in presenza di una effettiva convenienza tecnica.

7.4. Gli obblighi di assunzione nella contrattazione collettiva

Tra le clausole della contrattazione collettiva finalizzate a garantire la tutela dell'occupazione in materia di appalto rientrano quelle tramite le quali si impone, in caso di cambio di gestione nella realizzazione di un appalto, all'appaltatore subentrante l'assunzione dei lavoratori impiegati dal precedente appaltatore per l'esecuzione dell'opera o del servizio. Si tratta di clausole che mirano a salvaguardare l'occupazione e sono previste per lo più da contratti collettivi relativi a settori nei quali si opera prevalentemente in base a contratti di appalto ⁽¹⁰⁷⁾.

A fronte della risoluzione di un contratto di appalto, invero, l'impresa appaltatrice può vedersi costretta a licenziare i lavoratori fino a quel momento impiegati nell'esecuzione dell'opera o servizio, non avendo al momento altre attività nelle quali impiegarli. In tale frangente, invero ricorrente nella pratica, le clausole collettive in parola assolvono la funzione di salvaguardare l'occupazione garantendo a quei lavoratori di essere impiegati dal nuovo appaltatore per lo svolgimento della medesima attività già svolta in precedenza.

Il primo problema posto da tali clausole è, ovviamente, quello della loro giustiziabilità. In altre parole, a fronte di una successione nell'esecuzione di un appalto, il lavoratore licenziato dall'imprenditore uscente e non riassunto da parte del nuovo appaltatore può agire in giudizio per chiedere, in via coatta, la costituzione di un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato alle dipendenze di quest'ultimo?

La risposta al quesito deve essere affermativa nel solo caso in cui il neo-appaltatore applichi a propri dipendenti il medesimo contratto collettivo applicato dall'imprenditore uscente.

Come noto, invero, i contratti collettivi trovano applicazione e, dunque, vincolano il datore di lavoro non soltanto nei confronti dei lavoratori con i quali lo stesso abbia instaurato un rapporto di lavoro, ma è tenuto al rispetto di tutti gli obblighi che lo stesso ponga anche nei confronti dei soggetti con i quali sia cessato o non si sia ancora costituito un rapporto di lavoro. Ne consegue che, nel nostro caso, l'appaltatore subentrante che applichi lo stesso contratto collettivo dell'uscente, contenente la clausola che prescrive l'obbligo di assunzione, è tenuto al rispetto di quest'ultimo.

Trattandosi di clausola sicuramente appartenente alla cd. parte normativa del contratto collettivo, fonte, dunque, di un diritto individuale all'assunzione in capo al lavoratore licenziato dall'imprenditore uscente, quest'ultimo avrà diritto ad ottenere la pronuncia di una sentenza che costituisca, ex novo, il contratto di lavoro con il nuovo imprenditore ai sensi dell'art. 2932 cod. civ.

⁽¹⁰⁷⁾ Un esempio è, invero, quanto previsto dal ccnl per le aziende di pulimento.

Ad una conclusione diversa, deve invece pervenirsi nell'ipotesi in cui l'appaltatore non applichi il contratto collettivo contenente l'obbligo di assunzione. In questo caso, non potrà rinvenirsi alcun obbligo di questo tipo in capo all'appaltatore subentrante e i lavoratori non potranno dunque avanzare alcuna pretesa nei confronti di quest'ultimo.

La norma collettiva qui in esame pone poi un secondo ordine di problemi dal punto di vista degli effetti derivanti dalla sua applicazione.

In particolare, è necessario appurare se, a seguito dell'assunzione dei dipendenti dell'appaltatore uscente da parte dell'appaltatore subentrante, in attuazione dell'obbligo assunto a livello collettivo e pur in assenza di un rapporto contrattuale diretto fra i due imprenditori, si configuri un trasferimento di azienda oppure no. Nel primo caso, il rapporto di lavoro proseguirà con il "subentrante" senza soluzione di continuità con tutte gli effetti che ne conseguono sul piano retributivo e dell'anzianità di servizio.

Poiché la soluzione di tale questione si pone negli stessi termini nell'ipotesi in cui l'obbligo di assunzione sia posto in capo all'appaltatore subentrante da una norma di legge anziché di contratto collettivo, si preferisce rinviare l'esame della questione al paragrafo quinto del capitolo terzo, laddove il tema verrà trattato anche in relazione ai problemi di compatibilità con l'ordinamento comunitario di una simile disposizione. Sotto quest'ultimo versante è solo qui opportuno anticipare che, alla luce dei principi espressi dalla Corte di Giustizia europea ⁽¹⁰⁸⁾, l'accordo collettivo che stabilisca un obbligo di assunzione in capo al neo appaltatore, trattandosi di norma sicuramente finalizzata a migliorare le condizioni di occupazione e lavoro ancorché suscettibile di produrre effetti restrittivi della concorrenza, è sottratto all'ambito di applicazione dell'art. 85, n. 1, del Trattato CE.

Merita invece di essere trattata in questa sede la questione afferente il rapporto intercorrente fra la continuità del rapporto di lavoro dovuta all'adempimento all'obbligo di assunzione e la disciplina del licenziamento. È stata invero sollevata dinanzi alla Suprema Corte la questione del rapporto intercorrente tra la risoluzione del rapporto di lavoro con l'appaltatore uscente e la costituzione di un nuovo rapporto con l'imprenditore subentrante.

In particolare, la Cassazione ha affermato che la costituzione di un nuovo rapporto di lavoro per il lavoratore impiegato nell'appalto nell'esecuzione di un obbligo di assunzione del tipo qui in esame, non implica di per sé una rinuncia da parte del lavoratore al diritto di impugnare il licenziamento intimato dall'originario datore di lavoro ⁽¹⁰⁹⁾.

⁽¹⁰⁸⁾ CGCE, 21 settembre 1999, C-67/97, *Albany International BV c. Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2000, II, pp. 209 ss. con nota di M. Pallini. Sul tema si vedano anche: A. Andreoni, *Contratto collettivo, fondo complementare e diritto della concorrenza: le virtù maieutiche della Corte di Giustizia. (Riflessioni sul caso Albany)*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2000, I, pp. 981 ss.; L. Di Via, *Sindacati, contratti collettivi e antitrust*, in *Merc. Conc. Reg.*, 2000, 2, pp. 279 ss.; M. Aimo, *Stabilità del lavoro e tutela della concorrenza. Le vicende circolatorie dell'impresa alla luce del diritto comunitario*, relazione al convegno tenutosi all'Università di Genova il 13 e 14 aprile 2007, dal titolo *La stabilità come valore e come problema*, pp. 16 ss. del dattiloscritto.

⁽¹⁰⁹⁾ Cass. 24 febbraio 2006, n. 4166, in *Riv. Giur. Lav.*, 2006, pp. 440 ss., con nota di L. Valente.

Il principio affermato dalla Suprema Corte presuppone un duplice ordine di questione.

Sotto un primo profilo, si pone un problema di rapporti fra legge e contrattazione collettiva dal punto di vista della cumulabilità o esclusione reciproca delle tutele previste dalle due citate fonti. Al riguardo il giudice di legittimità ha affermato che la tutela collettiva si affianca e non esclude quella legale; cosicché la conservazione del posto di lavoro garantita dalla clausola contrattuale non priva il lavoratore della possibilità di accedere alla tutela predisposta dal legislatore in materia di licenziamento.

Sotto un secondo profilo, la Corte ha affermato che la stipulazione di un nuovo contratto di lavoro non è di per sé indicativa di una volontà del lavoratore di rinunciare al proprio diritto di impugnare l'atto di recesso del datore di lavoro; ciò in linea con il consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità che richiede l'espletamento di un'indagine tesa ad accertare l'effettività della rinuncia e, dunque, l'esistenza di una volontà abdicativa in capo al lavoratore.

7.5. Altre tipologie di clausole contrattuali

In aggiunta alle clausole sin qui esaminate, la contrattazione collettiva presenta un ampio campionario di pattuizioni volte ad introdurre obblighi in capo al committente al fine di accrescere le tutele dei lavoratori impiegati dall'appaltatore nella realizzazione dell'opera o del servizio.

Solo per richiamarne alcune si possono ricordare:

- a) le clausole che fissano in capo al datore di lavoro obblighi di informazione circa la natura e il numero delle attività affidate in appalto in un dato momento ⁽¹¹⁰⁾;
- b) clausole che impongono al committente di consentire ai dipendenti dell'appaltatore il godimento di servizi predisposti per i lavoratori del committente (es: la mensa aziendale ⁽¹¹¹⁾);
- c) clausole che pongono in capo al committente obblighi informativi nei confronti di soggetti terzi ⁽¹¹²⁾;
- d) clausole che impongono al committente di stipulare il contratto di appalto con soggetti che siano in possesso di determinati requisiti di affidabilità professionale e/o economica ⁽¹¹³⁾.

Per tutti i motivi già esaminati nei paragrafi che precedono, simili clausole contrattuali hanno un'effettività limitata essendo rimesse al libero e spontaneo adempimento delle parti che le abbiano sottoscritte.

⁽¹¹⁰⁾ Cfr.: art. 4, commi quinto e ss., del ccnl per l'industria alimentare; art. 5, comma 3, del ccnl cemento e calce; art. 24, u.c., del ccnl per l'industria della carta.

⁽¹¹¹⁾ Cfr.: art. 28, u.c., contratto per l'industria metalmeccanica; art. 4, comma quarto, ccnl per l'industria alimentare.

⁽¹¹²⁾ Cfr. art. 14, comma primo, lett. 1), ccnl per le imprese edili, che prevede l'obbligo di comunicare determinate affermazioni su appaltatori e subcommittente alla Cassa Edile.

⁽¹¹³⁾ Cfr. art. 42, comma terzo, ccnl del trasporto e spedizione merci.

8. Il decentramento nei servizi pubblici essenziali

Nelle pagine che precedono si è posto in rilievo il ruolo che il sindacato può svolgere nel decentramento tramite la negoziazione di clausole contrattuali che in vario modo condizionino, limitino o addirittura impediscano il decentramento.

Prima di passare a trarre le conclusioni di tale discorso in punto di efficacia ed effettività di tali strumenti è opportuno spendere qualche parola sulle conseguenze che la frammentazione del ciclo produttivo può produrre sull'agibilità del diritto allo sciopero.

Tale questione si pone in relazione al fatto che la forte integrazione nell'attività delle imprese creata dal decentramento comporta che le vicende che in qualche modo incidano sulla continuità della produzione dell'una finiscono per ricadere anche sulla continuità dell'attività svolta dalle altre. Esemplificando, se la realizzazione di un prodotto o di un servizio necessita dell'inclusione nel processo produttivo del prodotto o del servizio realizzato da un altro imprenditore, se quest'ultimo non è in grado di fornire il proprio output, anche la realizzazione dell'output della prima impresa sarà impedito.

Dal punto di vista che interessa in questa sede, tra gli eventi suscettibili di incidere sulla produzione di imprese terze rientra senza dubbio l'esercizio del diritto di sciopero.

Diritto che, come noto, trova nel nostro ordinamento una espressa regolamentazione esclusivamente con riferimento alla erogazione dei cd. *servizi pubblici essenziali* nella legge 12 giugno 1990, n. 146, così come modificata dalla legge 11 aprile 2000, n. 83.

Nell'interrogarsi sulla possibilità che questa integrazione fra le attività di imprese diverse si traduca in limiti all'esercizio del diritto di sciopero, è dunque opportuno distinguere fra l'ipotesi in cui il risultato dell'attività svolta ricada sotto l'ambito di applicazione della legge limitativa dello sciopero nei servizi pubblici essenziali.

In caso negativo, l'assenza di limiti all'esercizio del diritto di sciopero, comporta che i lavoratori dipendenti di imprese la cui attività incida sull'attività svolta dall'impresa di riferimento non incontreranno alcun ostacolo nell'esercizio del diritto di sciopero la cui limitazione, trattandosi di diritto di rilevanza costituzionale, può essere giustificata solo dall'esistenza di una legge che detti appositi limiti in attuazione della riserva di legge prevista dall'art. 40 Cost. oppure dalla necessità di risolvere un contrasto con altri valori di pari rilevanza costituzionale⁽¹¹⁴⁾.

Ad una soluzione diversa si deve invece pervenire nel caso in cui l'attività interessata dallo sciopero assuma una rilevanza ai fini della continuità dell'attività svolta da un'impresa sottoposta all'applicazione della legge 146/90.

La Commissione di Garanzia per lo sciopero nei servizi pubblici essenziali ha avuto modo di occuparsi in più occasioni di questa eventualità coniando la

(114) Cfr. la fondamentale Cass. 30 gennaio 1980, n. 711, in *Foro It.*, 1980, I, c. 25.

denominazione di “servizi strumentali”, sulla scorta della formulazione utilizzata nell’art. 13, lett. b), l. 146/90.

In particolare, per servizi strumentali si intendono quei servizi che, pur non incidendo immediatamente sui diritti dell’utenza, si pongono come presupposto indefettibile per l’erogazione delle prestazioni indispensabili, cosicché l’interruzione nella loro erogazione si tradurrebbe in un’interruzione nella erogazione del servizio pubblico.

Con riferimento a tali attività aventi il carattere della strumentalità, la Commissione ha riconosciuto la sottoposizione delle stesse all’applicazione della legge limitativa dello sciopero ⁽¹¹⁵⁾. Dunque, l’esercizio dello sciopero da parte di lavoratori addetti ad attività non rientranti direttamente fra quelle appartenenti alla categoria identificata dall’art. 1 della legge 146/90 sarà comunque sottoposto ai limiti e vincoli da quest’ultima legge previsti se la mancata esecuzione di quella medesima attività impedisca la corretta erogazione di un servizio pubblico essenziale.

9. Conclusioni

L’esame condotto nel capitolo che ci si avvia a concludere ha consentito di porre in evidenza alcune caratteristiche fondamentali del nostro sistema di diritto del lavoro, dal punto di vista della capacità dello stesso di incidere sulle scelte imprenditoriali aventi ad oggetto il dimensionamento dell’organizzazione produttiva e, dunque, l’ammontare complessivo del personale impiegato direttamente dall’imprenditore nell’esecuzione della prestazione lavorativa.

Quest’indagine ha, in primo luogo, fatto emergere l’esistenza di un vincolo, posto dalla Costituzione al legislatore, al quale non è consentito introdurre un divieto di decentrare una o più fasi della propria attività produttiva.

Salvo questo limite, permane la facoltà per il legislatore di intraprendere la via della introduzione di regole che in vario modo e con differente intensità siano in grado di condizionare una simile scelta imprenditoriale. A questo riguardo, si rinvia a quanto verrà detto nel quarto capitolo laddove si esamineranno gli strumenti predisposti dal legislatore a tutela dei dipendenti dell’appaltatore nella prospettiva delle ripercussioni che questa disciplina è suscettibile di produrre in termini di “convenienza”, soprattutto economica, dell’appalto. Si vedrà, invero, come, anche in passato, la disciplina posta a tutela dei dipendenti dell’appaltatore sia stata elaborata con l’obiettivo di disincentivare l’impiego del contratto di appalto come strumento di riduzione del costo del lavoro o di aggiramento delle tutele poste dall’ordinamento a protezione del lavoro subordinato.

È stata poi esaminata la disciplina dettata in materia di appalti pubblici e si è avuto modo di sottolineare la maggiore pervasività di tale regolamentazione, garantita

⁽¹¹⁵⁾ L’opinione è consolidata nelle deliberazioni adottate dalla Commissione di Garanzia. Cfr.: Del. 15 luglio 2004, n. 472; Del. 19 gennaio 2005, n. 23; Del. 19 gennaio 2005, n. 24; Del. 16 febbraio 2005, n. 84. Le deliberazioni della Commissione di Garanzia sono consultabili sul sito www.commissionegaranziasciopero.it.

innanzitutto dal fatto di subordinare la conservazione dell'appalto al rispetto della disciplina di protezione dei lavoratori impiegati nell'esecuzione dell'opera o del servizio. È peraltro emerso come in tale settore, la natura pubblica degli interessi coinvolti, consenta, già nella fase della selezione dell'aggiudicatario, di affidare la realizzazione del risultato ad un soggetto capace di garantire un certo livello di trattamento economico e normativo ai lavoratori dallo stesso impiegati, nel tentativo di sottrarre il costo del lavoro all'elenco delle voci di costo considerate nell'elaborazione dell'offerta evitando così che la convenienza dell'opera per lo Stato derivi da un peggioramento delle condizioni in cui dovrà essere eseguita la prestazione lavorativa.

Infine, l'indagine ha posto in evidenza il ruolo che può essere svolto dalla contrattazione collettiva nella gestione e regolamentazione del contratto di appalto.

In particolare, è emerso come l'azione dei rappresentanti dei lavoratori possa per lo più essere mirata a eliminare o almeno ridimensionare alcuni tra i gli aspetti critici insiti nella stessa utilizzazione del contratto di appalto. Si è visto, infatti, come tale strumento possa essere impiegato per perseguire un accrescimento dell'utile di impresa tramite una riduzione del costo del lavoro oppure per ridimensionare la forza del sindacato e, dunque, la sua capacità di agire per la soddisfazione degli interessi dei lavoratori.

Gli strumenti a tal fine utilizzabili risultano però inadatti a realizzare una efficace tutela di quegli interessi .

Le clausole inseribili all'interno del contratto collettivo, invero, non sono, in prevalenza, suscettibili di dar luogo ad una tutela in forma specifica in caso di inadempimento del datore di lavoro.

Tanto i divieti di esternalizzazione, quanto le regole che impongono un coinvolgimento dei sindacati nella formazione della scelta di stipulare un contratto di appalto o quelle volte ad accrescere le tutele a vantaggio dei dipendenti dell'appaltatore, sono clausole la cui effettiva applicazione è infatti rimessa alla buona volontà di quest'ultimo o alla capacità del sindacato di esercitare una pressione sul datore di lavoro finalizzata ad imporle il rispetto.

Si tratta, dunque, di strumenti che, con una metafora, potremmo paragonare a delle "armi spuntate" idonee soltanto a tentare di realizzare una limitazione delle criticità insite nel contratto di appalto e comunque assolutamente inadatte a consentire un adeguato governo del decentramento da parte dei rappresentanti dei lavoratori ⁽¹¹⁶⁾.

⁽¹¹⁶⁾ È questa l'opinione della dottrina prevalente. Per tutti si veda: P. Lambertucci, *Area contrattuale e autonomia collettiva*, cit.

CAPITOLO TERZO

Appalto e concorrenza fra ordinamento interno e ordinamento comunitario

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Il potenziale contrasto fra diritto della concorrenza riconosciuto dal Trattato CE e diritto del lavoro degli stati membri – 3. Il rapporto fra concorrenza e politiche sociali nella giurisprudenza della Corte di Giustizia – 4. Il rapporto fra obblighi legali di assunzione e tutela della concorrenza nel mercato comunitario. Il caso dei servizi aeroportuali – 5. Successione nell'appalto e trasferimento di azienda alla luce del contrasto fra normativa comunitaria e art. 29, terzo comma, d. lgs. 276/03 – 6. L'appalto transnazionale e la concorrenza fra ordinamenti giuridici – 7. La direttiva Bolkestein e il fallimento del tentativo di introdurre il principio del paese di origine – 8. Conclusioni

1. Premessa

Lo studio degli strumenti predisposti dall'ordinamento a protezione dei lavoratori impiegati nell'esecuzione di un'opera od un servizio dedotti ad oggetto di un contratto di appalto, così come l'esame della capacità degli stessi di realizzare le finalità che ne hanno motivato l'introduzione, possono essere efficacemente condotti esclusivamente laddove si tenga conto dell'appartenenza dell'Italia all'Unione Europea.

Il processo di integrazione europea, primariamente destinato alla creazione di un mercato unico europeo, ma oggi arricchito da obiettivi nuovi quali quelli della promozione dell'occupazione e del miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro ⁽¹⁾, rappresenta, infatti, il quadro all'interno del quale vanno considerati, da un lato, la legittimità di meccanismi di tutela dell'occupazione predisposti dagli ordinamenti degli stati membri, dall'altro, le conseguenze che, in termini di competizione fra ordinamenti giuridici, possano derivare dal differente livello di protezione in essi riconosciuto al lavoro subordinato.

Sotto il primo profilo, l'attenzione deve essere concentrata sull'esame del rapporto intercorrente fra tecniche di tutela dell'occupazione e del lavoro subordinato e il perseguimento dell'obiettivo primario delle istituzioni europee: la creazione di un mercato unico fondato sul principio della libera concorrenza. La fissazione di regole a protezione del lavoro subordinato è, infatti, suscettibile di porre dei vincoli all'impresa tali per cui ne risulti limitata o comunque ristretta la libertà di ingresso nel mercato di attori economici nuovi.

Con riferimento al tema oggetto del presente studio, a venire in questione sono le norme previste dagli ordinamenti degli stati membri che impongano all'appaltatore, in caso di subentro nella esecuzione di un appalto, l'assunzione dei lavoratori impiegati dall'imprenditore in precedenza incaricato della realizzazione dell'opera o del servizio. L'imposizione dell'obbligo di assorbire la manodopera già impiegata nell'appalto può

⁽¹⁾ Cfr. art. 136 (ex art. 117) Trattato CE così come modificato dall'art. 2, paragrafo 22, del Trattato di Amsterdam. Sul tema delle competenze normative in materia sociale attribuite alle istituzioni comunitarie dal Trattato di Amsterdam si vedano: Arrigo, *Il diritto del lavoro dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 1998, pp. 171 ss.; Adinolfi, *Le innovazioni previste dal Trattato di Amsterdam in tema di politica sociale*, in AA. VV., *Il Trattato di Amsterdam* Giuffrè, Milano, 1999, pp. 309 ss.; Blanpain, *Il Trattato di Amsterdam e oltre: la fine del modello sociale europeo?*, in *Dir. Rel. Ind.*, 1998, pp. 18 ss.

invero alterare la piena concorrenza tra gli operatori sul mercato creando ostacoli alla facoltà di accedere al mercato di riferimento tramite un accrescimento dei costi che l'impresa deve sostenere per poter intraprendere lo svolgimento di quella specifica attività economica.

Sotto il secondo profilo, assumono rilevanza le conseguenze che possono derivare dalla creazione di un mercato unico europeo. Se, invero, un mercato unico può dirsi instaurato solo laddove sia garantita libertà di accesso a parità di condizioni a tutte le imprese interessate, senza discriminazioni fondate sulla localizzazione della sede in uno stato piuttosto che in un altro, la inevitabile diversità delle regole previste dai vari ordinamenti a tutela del lavoro subordinato può comportare che la scelta relativa allo stato in cui svolgere l'attività economica venga compiuta proprio in funzione dei costi derivanti dalla legislazione lavoristica. In altre parole, l'attività verrà svolta nel paese in cui il livello di protezione del lavoro subordinato risulti più basso e, dunque, meno oneroso.

2. Il potenziale contrasto fra le libertà economiche riconosciute dal Trattato CE e il diritto del lavoro degli stati membri

La questione della compatibilità con l'ordinamento comunitario delle clausole che impongano all'appaltatore subentrante l'assunzione dei lavoratori impiegati dall'imprenditore uscente per la realizzazione dell'opera o del servizio oggetto del contratto di appalto, ci chiama ad affrontare l'annosa questione del difficile temperamento tra istanze sociali, da un lato, e, dall'altro, interessi dell'impresa e del mercato, entrambi tutelati da fonti di rango primario a livello sia interno che comunitario.

Per la sua natura di disciplina inderogabile posta a tutela dei diritti dei lavoratori, il diritto del lavoro si qualifica come quella regolamentazione che mira ad incidere, limitandola, sull'autonomia privata dei cittadini allo scopo specifico di sottrarre, almeno in parte, la determinazione delle condizioni di svolgimento del rapporto di lavoro alle regole della libera concorrenza imponendo che il trattamento riservato ai lavoratori non possa scendere al di sotto di un livello minimo ⁽²⁾.

La destinazione del diritto del lavoro alla realizzazione di tale obiettivo primario dà ragione del suo porsi in naturale antitesi con l'attuazione piena ed incondizionata del principio di libera concorrenza nel mercato. Se, invero, quest'ultimo si qualifica al contempo come assoluta libertà di accesso al mercato e affidamento del raggiungimento dell'equilibrio economico al libero funzionamento delle sue regole, il diritto del lavoro è destinato inevitabilmente a porsi in contraddizione con questo modello essendo

⁽²⁾ Sul rapporto fra attuazione del principio di concorrenza e tutela dei lavoratori si veda V. Brino, *Diritto del lavoro e diritto della concorrenza: conflitto o complementarità?*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2005, I, pp. 317 ss.

finalizzato a porre dei vincoli ai soggetti economici che, influenzandone le decisioni, introducono degli ostacoli al pieno esplicarsi delle regole di mercato.

Se in linea teorica, dunque, si è di fronte ad una irriducibile alterità ed insanabile conflitto fra realizzazione di un mercato perfettamente concorrenziale e predisposizione di un sistema minimo di tutele a vantaggio dei lavoratori subordinati, è però altresì vero, come è stato opportunamente posto in luce da autorevole dottrina, anche d'oltralpe ⁽³⁾, che il diritto del lavoro svolge una fondamentale funzione economica di regolazione del mercato. In questa prospettiva il diritto del lavoro, operando in funzione della riduzione della concorrenza fra i lavoratori, mira a garantire che il mercato funzioni "al netto" di quelle pratiche sleali volte all'accrescimento della competitività dell'impresa tramite la diffusione di forme di sfruttamento dei lavoratori subordinati.

Pur nato con l'obiettivo della creazione di un mercato unico ispirato al principio della concorrenza e alla realizzazione delle quattro libertà economiche fondamentali, l'ordinamento comunitario non ignora però la necessità di riconoscere una protezione a valori extra-economici, e tra questi al lavoro subordinato, anche sacrificando, laddove necessario, il libero esplicarsi delle regole di mercato.

È sufficiente esaminare la prima versione del Trattato istitutivo della Comunità Europea per avvedersi di come, già in origine, l'ordinamento comunitario non sia stato fondato sulla semplice enunciazione del principio della libera concorrenza come fine ultimo ed imprescindibile dell'operato delle istituzioni comunitarie, ma abbia riconosciuto un ruolo determinante alla tutela di "valori-altri", ammettendo, in funzione della tutela degli stessi, specifiche limitazioni volte ad alterare il libero funzionamento del mercato secondo le sue regole.

Emblematici, al riguardo, sono i testi degli artt. 81.3 e 86.2 del Trattato Cee rispettivamente destinati a stabilire: a) un'eccezione al divieto di accordi, decisioni e pratiche concordate che possano impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza se finalizzati al miglioramento della produzione o della distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnologico o economico; b) lo svincolamento dalle regole del trattato per le imprese incaricate della gestione di un servizio di interesse generale o aventi carattere di monopolio fiscale nei limiti in cui l'applicazione delle norme comunitarie osti alla realizzazione delle missioni ad esse affidate.

Nei decenni successivi alla sua sottoscrizione, il Trattato ha subito una consistente implementazione dei valori extra-economici alla cui realizzazione e protezione, anche a scapito del principio della libera concorrenza, deve essere orientata l'azione degli organismi comunitari. E tra questi valori un espresso riconoscimento è stato dato alla protezione dell'occupazione e del lavoro subordinato.

⁽³⁾ G. Lyon-Caen, *L'infiltration du droit du travail par le droit de la concurrence*, in *Do*, 1992, p. 313; V. Brino, *Diritto del lavoro e diritto della concorrenza: conflitto o complementarità?*, cit., p. 323; L. Zoppoli, *Lavoro, mercato e regole: alla ricerca di nuovi equilibri*, in *Dir. Merc. Lav.*, 1999, p. 427; L. Mariucci, *Le fonti del diritto del lavoro. Quindici anni dopo*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 298.

L'attuale formulazione del Trattato ⁽⁴⁾ prevede infatti un titolo VIII dedicato alla *Occupazione* e un titolo XI intitolato alla *Politica sociale, istruzione, formazione professionale e gioventù*.

Tramite le nuove regole, il Trattato impone alle istituzioni comunitarie ed agli Stati membri di attivarsi al fine di elaborare politiche e provvedimenti volti ad incentivare l'occupazione, la formazione professionale, il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, il dialogo sociale, la lotta contro l'emarginazione, prevedendo altresì l'istituzione di un *Fondo sociale europeo* (artt. 146 ss.) finalizzato a incrementare le possibilità di occupazione dei lavoratori nell'ambito del mercato interno in funzione del miglioramento del tenore di vita della popolazione europea.

3. Il rapporto fra concorrenza e politiche sociali nella giurisprudenza della Corte di Giustizia

La dialettica fra libertà economiche ed istanze sociali ha trovato un luogo naturale di sviluppo all'interno della giurisprudenza della Corte di Giustizia della Comunità Europea, la quale è stata chiamata in numerose occasioni a pronunciarsi sulla legittimità di normative nazionali poste a tutela degli interessi dei lavoratori che di fatto si traducevano in una restrizione al libero funzionamento del mercato ⁽⁵⁾.

In tali occasioni la Corte di Giustizia ha infatti ritenuto ammissibile un giudizio di compatibilità fra normative nazionali di tutela del lavoro subordinato e libertà economiche fondamentali sancite dal Trattato, dimostrando così di ammettere un'equiparazione, come è stato correttamente osservato ⁽⁶⁾, fra normativa di protezione del lavoro e qualunque altra normativa restrittiva delle libertà economiche.

Tale atteggiamento della Corte di Giustizia relativamente alla valutazione del rapporto fra normativa comunitaria e normative nazionali di tutela del lavoro ha, al contempo, un lato negativo ed uno positivo.

Dal primo punto di vista, l'equiparazione del diritto del lavoro a qualunque altra disciplina limitativa della concorrenza sul mercato comunitario viene considerata come idonea a consentire, di fatto, una piena sindacabilità e sanzionabilità di qualunque normativa posta a tutela del lavoro subordinato in quanto si traduca in una alterazione del libero funzionamento delle regole di mercato. Al riguardo si è parlato di "assalto alla

⁽⁴⁾ Il Trattato istitutivo della Comunità Europea ha subito profonde modificazioni nei propri obiettivi costitutivi ad opera dei seguenti atti normativi: Atto Unico del 1986; Trattato di Maastricht del 1992; Trattato di Amsterdam del 1997; Trattato di Nizza del 2001.

⁽⁵⁾ È stata peraltro da più parti sottolineata l'importanza di tale giurisprudenza, poiché attraverso di essa la Corte ha profondamente inciso sui principi generali che presidono al funzionamento dell'ordinamento comunitario, quali quelli del primato del diritto comunitario sui vari diritti nazionali e dell'obbligo di interpretazione ad esso conforme. Cfr. M. Roccella, *Tutela del lavoro e ragioni di mercato nella giurisprudenza recente della Corte di Giustizia*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1999, 1, pp. 33 ss; Lo Faro, *La Corte di Giustizia e i suoi interlocutori giudiziari nell'ordinamento giuslavoristico italiano*, in *Lav. Dir.*, 1998, pp. 637 ss.

⁽⁶⁾ U. Carabelli e V. Leccese, *Libertà di concorrenza e protezione sociale a confronto. Le clausole di favor e di non regresso nelle direttive sociali*, in *Contratto e impresa*, 2005, 2, p. 551.

cittadella del diritto del lavoro” paventando il rischio che la realizzazione degli obiettivi della comunità europea richiedesse, e di fatto legittimasse, una generalizzata riduzione del livello delle garanzie predisposte a salvaguardia del lavoro subordinato ⁽⁷⁾ in quanto suscettibili, per loro natura, di alterare il gioco della concorrenza.

Dal secondo punto di vista, però, il riconoscimento della necessità di confrontare i valori economici con le tecniche predisposte dalle legislazioni degli stati membri a difesa del lavoro subordinato avviando un giudizio volto a trovare una soluzione che sia in grado di consentire di bilanciare i diversi valori in gioco, dimostra come cominci a farsi strada l’idea che la comunità europea non persegua esclusivamente l’obiettivo della realizzazione di un mercato unico retto dal principio della concorrenza e dalle quattro libertà fondamentali riconosciute dal Trattato istitutivo, ma che in essa trovino una posizione ed un riconoscimento specifico anche valori extra-economici come la protezione del lavoro subordinato.

D’altronde, la stessa Corte di Giustizia ha espressamente riconosciuto l’importanza che le istanze sociali assumono nell’azione degli organi comunitari laddove ha affermato, alla vigilia dell’entrata in vigore del Trattato di Amsterdam, che “*allo stato attuale del diritto comunitario la politica sociale rientra sostanzialmente nella competenza degli Stati membri*” ⁽⁸⁾.

La Corte di Giustizia ha avuto modo di esprimersi con riferimento a tale conflitto fra valori del mercato e istanze sociali in tre fondamentali settori: previdenza e sicurezza sociale; collocamento pubblico; misure nazionali a sostegno dell’occupazione ⁽⁹⁾.

Nell’ambito di tale elaborazione giurisprudenziale, la Corte ha ammesso la possibilità che i singoli stati membri introducano strumenti volti alla soddisfazione di finalità ulteriori rispetto alla realizzazione di un mercato concorrenziale ed anzi potenzialmente idonee ad ostacolare il pieno funzionamento delle quattro libertà fondamentali purché però i provvedimenti nazionali siano contenuti nei limiti della “ragionevolezza” da valutarsi secondo un giudizio di proporzionalità fra obiettivi perseguiti dalla misura nazionale e alterazione del normale funzionamento del mercato.

In altre parole, la Corte ha ammesso la possibilità che le regole proprie del pieno funzionamento concorrenziale del mercato lascino spazio alla soddisfazione di altri interessi che di volta in volta possano essere ritenuti prevalenti, purché la limitazione che ne derivi alla concorrenza sia specificamente funzionale alla realizzazione di quegli obiettivi ulteriori meritevoli di tutela e, a tal fine, non si spinga oltre lo stretto necessario ⁽¹⁰⁾.

⁽⁷⁾ Cfr. G. Lyon-Caen, *L’infiltration du droit du travail par le droit de la concurrence*, cit., p. 319; S. Giubboni, *Diritti sociali e mercato*, Il Mulino, Bologna, 2003, p. 165.

⁽⁸⁾ CGCE, 9 febbraio 1999, C-167/97, *Regina v. Secretary of State of employment*, punto 75, consultabile in www.curia.eu.int.

⁽⁹⁾ Sul tema cfr. V. Brino, *Diritto del lavoro e diritto della concorrenza: conflitto o complementarietà?*, cit.

⁽¹⁰⁾ Per una rassegna della giurisprudenza nella quale la Corte di Giustizia ha compiuto tale giudizio di bilanciamento si rinvia a: U. Carabelli e V. Leccese, *Libertà di concorrenza e protezione sociale a confronto. Le clausole di favor e di non regresso nelle direttive sociali*, cit., 522 ss.; V. Brino, *Diritto del*

Nell'ambito di tale evoluzione giurisprudenziale, dunque, la Corte ha riconosciuto che la tutela del lavoro subordinato assume i caratteri della "ragione imperativa di interesse generale" tale da legittimare una potenziale lesione alle libertà fondamentali degli operatori economici, purché gli effetti distorsivi non siano sovrabbondanti rispetto alla soddisfazione dello scopo di tutela del lavoro subordinato perseguito ⁽¹⁾.

4. Il rapporto fra obblighi legali di assunzione e tutela della concorrenza nel mercato comunitario. Il caso dei servizi aeroportuali

Ricostruita, per sommi capi, la posizione assunta dalla Corte di Giustizia rispetto alla legittimità di provvedimenti nazionali elaborati a protezione del lavoro subordinato suscettibili di limitare le libertà economiche degli operatori sul mercato comunitario, è opportuno passare ad esaminare le conclusioni cui è giunta la Corte comunitaria rispetto la problema della compatibilità con l'ordinamento comunitario di quella particolare misura di protezione dell'occupazione rappresentata dall'obbligo, posto in capo all'appaltatore subentrante, di assumere i dipendenti dell'imprenditore uscente in caso di successione nell'esecuzione di un contratto di appalto.

Come si è già avuto modo di porre in evidenza nel capitolo precedente, tra gli strumenti utili a prevenire le ricadute occupazionali connesse alla risoluzione di un contratto di appalto rientra l'imposizione, in capo al nuovo appaltatore, dell'obbligo di impiegare i lavoratori dipendenti dal precedente imprenditore. Tale obbligo, oltre che essere imposto da una norma collettiva, può essere espressamente contemplato da una disposizione legislativa.

Tale strumento di salvaguardia dell'occupazione pone però l'incognita della sua compatibilità con l'ordinamento comunitario ed in particolare con quell'aspetto del principio di libera concorrenza rappresentato dalla garanzia della parità di condizioni di accesso al mercato preso in considerazione.

L'istituzione dell'obbligo di assumere tutti (o parte de)i lavoratori già impiegati per lo svolgimento di una data attività economica si traduce, invero, in un onere aggiuntivo che rischia di favorire gli imprenditori economicamente più forti, se non,

lavoro e diritto della concorrenza: conflitto o complementarietà?, cit., pp. 336 ss.; S. Giubboni, *Diritti sociali e mercato*, cit.; M. Roccella, *Tutela del lavoro e ragioni di mercato nella giurisprudenza recente della Corte di Giustizia*, cit.; U. Carabelli, *Una sfida determinante per il futuro dei diritti sociali in Europa: la tutela dei lavoratori di fronte alla libertà di prestazione dei servizi nella CE*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, 49/2006, pp. 21 ss.; G. Orlandini, *Sciopero e servizi pubblici essenziali nel processo di integrazione europea*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 245; M. Barbera, *Dopo Amsterdam. I nuovi confini del diritto sociale comunitario*, in *Promodis Italia Editrice*, Brescia, 2000, p. 48.

⁽¹⁾ In tal senso U. Carabelli e V. Leccese, *Libertà di concorrenza e protezione sociale a confronto. Le clausole di favor e di non regresso nelle direttive sociali*, cit., 567 ss., i quali altresì affermano (p. 571) che sarebbe possibile evincere ormai dalla normativa comunitaria un generale "principio comunitario di tutela del lavoro"; *principio che trova specifica attuazione in ogni intervento, tanto comunitario, quanto degli Stati membri, destinato ad introdurre normative di protezione dei lavoratori, e che, proprio in quanto tale, si pone in realtà in posizione frontale rispetto alle fondamentali libertà economiche del Trattato.*

addirittura, imprenditori nazionali a discapito del principio di libera circolazione dei lavoratori.

Tali preoccupazioni hanno avuto modo di concretizzarsi con riferimento al caso della liberalizzazione dei servizi aeroportuali imposta dalla direttiva 96/67/Ce.

Tale provvedimento comunitario prevedeva l'avvio di un processo di graduale apertura del mercato di servizi di assistenza a terra e di autoassistenza a terra ⁽¹²⁾ negli aeroporti comunitari, prescrivendo agli Stati membri di adottare le misure necessarie a garantire, in maniera generale, il libero accesso al mercato dei servizi di assistenza a terra a terzi e la libera effettuazione dell'autoassistenza a terra negli aeroporti comunitari.

La direttiva in questione è stata recepita nell'ordinamento giuridico italiano con il d. lgs. 13 gennaio 1999, n. 18, all'interno del quale, il legislatore ha però introdotto una norma di protezione sociale del seguente tenore: *“Salva restando l'ipotesi di trasferimento di ramo d'azienda, ogni trasferimento di attività concernente una o più categorie di servizi di assistenza a terra di cui agli allegati A e B comporta il passaggio del personale, individuato dai soggetti interessati d'intesa con le organizzazioni sindacali dei lavoratori, dal precedente gestore del servizio stesso al soggetto subentrante, in misura proporzionale alla quota di traffico o di attività acquisita da quest'ultimo”* (art. 14, comma secondo).

Già prima della sua promulgazione, la fissazione dell'obbligo di assunzione dei lavoratori già impiegati da parte dell'appaltatore subentrante aveva suscitato, in Italia, le resistenze dell'Autorità Garante per la concorrenza ed il mercato, la quale aveva osservato, in due distinte occasioni ⁽¹³⁾, che una previsione analoga a quella poi recepita nel citato decreto legislativo di trasposizione della direttiva comunitaria si sarebbe posta in contrasto “con l'obiettivo di liberalizzazione del mercato dei servizi di assistenza a terra”. La posizione dell'Autorità è stata motivata con la considerazione che *“l'imposizione ai nuovi entranti dell'onere di assorbire manodopera eccedente può disincentivare l'ingresso sul mercato di nuovi operatori e può ridurre l'impatto concorrenziale, limitando in tal modo i benefici della liberalizzazione in termini di riduzione dei prezzi e miglioramento della qualità dei servizi”*.

I dubbi espressi dall'Autorità Antitrust italiana si sono successivamente concretizzati in una sentenza della Corte di Giustizia europea pronunciata all'esito di un procedimento di infrazione avviato contro l'Italia proprio con riferimento alle modalità

⁽¹²⁾ Con “servizi di assistenza a terra”, il legislatore comunitario intende far riferimento ai servizi resi in un aeroporto ad un utente, quali descritti nell'allegato alla stessa direttiva (cfr. art. 2, lett. e), mentre con quelli di “autoassistenza” la situazione nella quale un utente fornisce direttamente a se stesso una o più categorie di servizi di assistenza e non stipula alcun contratto con terzi (cfr. art. 2, lett. f).

⁽¹³⁾ Parere del 22 giugno 1995, *Normativa del settore aeroportuale*; Parere del 19 febbraio 1998, *Liberalizzazione dei servizi di assistenza a terra negli aeroporti*, entrambi consultabili in www.agcm.it.

di recepimento della direttiva europea sulla liberalizzazione dei servizi di assistenza a terra ⁽¹⁴⁾.

In particolare, la Corte europea ha censurato la citata disposizione contenuta nell'art. 14 del d. lgs. 18/99 poiché ritenuta contrastante con le finalità di liberalizzazione del settore perseguite dalla normativa comunitaria.

Al riguardo la Corte ha affermato che, se anche gli Stati membri conservano, in forma di quanto previsto dal ventiquattresimo considerando della direttiva, il potere di garantire un adeguato livello di protezione sociale al personale delle imprese che forniscono servizi di assistenza a terra, *“tale potere non comporta una competenza normativa illimitata e deve essere esercitato in modo tale da non pregiudicare l'effetto utile della direttiva 96/67/Ce e gli obiettivi da essa perseguire”*.

In altre parole, a giudizio della Corte, l'obbligo di assunzione dei lavoratori impiegati dal precedente appaltatore renderebbe difficile l'accesso al mercato dei servizi di assistenza a terra, così vanificando l'obiettivo della liberalizzazione ed impedendo l'uso razionale delle infrastrutture aeroportuali e la riduzione dei costi dei servizi implicati per gli utenti.

Ciò che colpisce del ragionamento sviluppato dalla Corte di Giustizia in tale pronuncia è l'integrale affidamento del giudizio di compatibilità con l'ordinamento comunitario della misura introdotta nell'ordinamento giuridico italiano all'accertamento della idoneità della stessa di ostacolare la liberalizzazione del mercato dei servizi a terra. Non si evince, invero, dal percorso argomentativo seguito dai giudici comunitari quella tendenza a collocare su di un piano paritario i valori del libero mercato con quelli sociali invece manifestata nelle numerose altre pronunce citate nel paragrafo precedente ⁽¹⁵⁾.

Nel caso dei servizi di assistenza a terra, la salvaguardia dell'occupazione viene infatti integralmente subordinata all'obiettivo della liberalizzazione del servizio di assistenza a terra affermando che gli strumenti legislativi aventi quella finalità sono ammissibili in quanto non si pongano in contrasto con quell'obiettivo. Il che, come è stato correttamente affermato ⁽¹⁶⁾, rende inutile la norma della direttiva che legittima gli Stati membri ad adottare misure a salvaguardia dell'occupazione, poiché qualunque

⁽¹⁴⁾ CGCE, 9 dicembre 2004, C-460/02, *Commissione vs. Repubblica Italiana*: in *Giust. Civ.*, 2005, I, pp. 2585 ss., con nota di V. Brino; in *Riv. Giur. Lav.*, 2006, 1, pp. 44 ss., con nota di M. Pallini; in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2005, II, pp. 271 ss., con nota di M.M. Mutarelli.

⁽¹⁵⁾ In tal senso M. Aimo, *Stabilità del lavoro e tutela della concorrenza. Le vicende circolatorie dell'impresa alla luce del diritto comunitario* (relazione al convegno dal titolo *La stabilità come valore e come problema*, tenutosi a Genova il 13 e 14 aprile 2007), part. p. 13 del dattiloscritto. In particolare, come è stato correttamente osservato (M.M. Mutarelli, *Protezione del lavoro vs. protezione della concorrenza nella sentenza della Corte di Giustizia sui servizi aeroportuali: una decisione di grande rilievo motivata in modo insoddisfacente*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2005, II, part. p. 275), è evidente la discontinuità con la posizione assunta dalla Corte in *Albany* (CGCE, 21 settembre 1999, C-67/97, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2000, II, pp. 209, con nota di M. Pallini), laddove era stato riconosciuto un valore primario alle istanze sociali poste su di un piano almeno paritario con la tutela della concorrenza, tale comunque da imporre un giudizio volto a consentire il bilanciamento tra tali opposti interessi, invece totalmente ignorato dalla Corte nel caso della liberalizzazione dei servizi aeroportuali.

⁽¹⁶⁾ V. Brino, *Il diritto comunitario e le misure nazionali a sostegno dell'occupazione: un compromesso difficile*, in *Giust. Civ.*, 2005, part. p. 2593.

misura di carattere sociale si riflette, almeno potenzialmente, in un ostacolo alla libera concorrenza nel mercato ⁽¹⁷⁾.

La conclusione cui è pervenuta la Corte di Giustizia con riferimento al caso della liberalizzazione dei servizi di assistenza a terra assume un'importanza notevole ai nostri fini, poiché chiama ad interrogarsi sulla portata sistematica o meno del principio espresso nella citata sentenza.

Con altre parole: è necessariamente incompatibile con l'ordinamento comunitario una norma nazionale che imponga un obbligo di assunzione in caso di successione nell'appalto, oppure il principio affermato nella sentenza citata conserva una rilevanza limitata al caso oggetto del contenzioso?

Ebbene, tenuto conto della particolare natura del caso trattato dalla Corte di Giustizia nel caso citato, nonché di altri provvedimenti adottati dalle istituzioni comunitarie in materia di successione nell'appalto, si deve ritenere che la soluzione da preferire sia la seconda prospettata nel quesito.

La censura mossa dalla Corte all'obbligo di assunzione era infatti fondata sull'esigenza specifica di non vanificare l'effetto utile della direttiva sulla liberalizzazione dei servizi aeroportuali di assistenza a terra e non si deve ritenere fosse espressione di un'esigenza di carattere generale avente ad oggetto la tutela di interessi di mercato da ritenersi necessariamente prevalenti rispetto a quello della protezione sociale.

A tale conclusione induce, oltre ai numerosi precedenti giurisprudenziali, più sopra esaminati, nei quali la Corte europea ha evidenziato la necessità di temperare, caso per caso tramite un giudizio di proporzionalità, esigenze di mercato con istanze sociali, la posizione assunta dalla Commissione europea, con la comunicazione del 15 ottobre 2001 ⁽¹⁸⁾, in materia di appalti, sia oggetto di direttive comunitarie, sia quelli privi di tale disciplina.

Per quanto riguarda gli appalti oggetto delle direttive sugli appalti pubblici, la Commissione annovera le clausole che impongono obblighi occupazionali all'appaltatore aggiudicatario fra le clausole contrattuali relative alle modalità di esecuzione di un appalto che le amministrazioni aggiudicatrici possono definire.

Con riferimento a tali clausole la Commissione ricorda che esse *“devono rispettare il diritto comunitario ed in particolare non devono avere effetti discriminatori diretti o indiretti nei confronti di offerenti non nazionali [...] a titolo di esempio, una*

⁽¹⁷⁾ Per esigenze di completezza si fa presente che l'Italia ha ottemperato alla pronuncia di condanna della Corte di Giustizia modificando, con il d. lgs. 96/2005, l'art. 14 del d. lgs. 18/99, il quale ora prevede che l'ENAV assicura, *“nel caso di trasferimento delle attività concernenti una o più categorie di servizi di assistenza a terra, l'applicazione delle misure di protezione sociale previste dalla normativa vigente, privilegiando il reimpiego del personale in attività analoghe che richiedono il possesso di particolari requisiti di sicurezza da parte del personale addetto”*. A tale modifica ha fatto seguito l'accordo raggiunto fra le parti sociali in sede di rinnovo del contratto collettivo di categoria, con il quale è stata reintrodotta in via contrattuale la norma cancellata dalla Corte comunitaria.

⁽¹⁸⁾ *Comunicazione interpretativa della Commissione sul diritto comunitario degli appalti pubblici e le possibilità di integrare aspetti sociali negli appalti pubblici*, pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale delle Comunità europee*, 28 novembre 2001, C 333/27.

clausola che richieda all'aggiudicatario di impiegare, per l'esecuzione di un appalto di lavori, un certo numero o percentuale di disoccupati stabili o di giovani apprendisti, senza tuttavia imporre che si tratti di disoccupati o apprendisti di una data regione o collegati ad un ente nazionale, non dovrebbe costituire di per sé una discriminazione nei confronti di offerenti di altri Stati membri".

Aggiunge, inoltre, la Commissione che *"in ogni caso, l'applicazione di siffatte clausole o condizioni deve aver luogo nel rispetto di tutte le norme procedurali delle direttive ed in particolare delle disposizioni di queste in materia di pubblicità. Tali clausole o condizioni non potranno consistere in specifiche tecniche (dissimulate), né riguarderanno l'accertamento dell'idoneità degli imprenditori in base alla loro capacità economica, finanziaria e tecnica, né tanto meno i criteri di aggiudicazione. In questo senso, la clausola contrattuale deve essere indipendente dalla valutazione della capacità dell'offerente di eseguire i lavori o dalla valutazione dei criteri di aggiudicazione. Per ragioni di trasparenza, inoltre, tali condizioni dovranno essere menzionate nel bando di gara, onde consentire a tutti i candidati o offerenti di venirne a conoscenza".*

La Commissione aggiunge, peraltro, che l'amministrazione dispone di un'ampia gamma di possibilità per la definizione di clausole contrattuali in materia sociale. Tra le condizioni supplementari mirate ad obiettivi sociali che l'amministrazione potrebbe imporre all'appaltatore, vengono prese a titolo esemplificativo in considerazione le clausole che contemplano: a) l'obbligo di assumere disoccupati, in particolare di lunga durata, o di introdurre azioni di formazione per disoccupati o giovani in sede di adempimento della prestazione; b) l'obbligo di realizzare, con riferimento all'esecuzione della prestazione, misure atte a promuovere le pari opportunità tra uomini e donne o la diversità etnica o razziale; c) l'obbligo di assumere, nel quadro dell'esecuzione dell'appalto, un numero di persone disabili superiore a quello stabilito dalla legislazione nazionale dello Stato membro in cui ha luogo l'esecuzione dell'appalto, o di quello del titolare del contratto.

L'orientamento così espresso dalla Commissione, ancorché riferito a clausole inserite in bandi per appalti pubblici, unitamente all'orientamento, ormai consolidato, della giurisprudenza comunitaria nel senso della ammissibilità di provvedimenti legislativi restrittivi o limitativi della concorrenza in funzione della protezione di valori extra-economici quali la salvaguardia dell'occupazione, inducono allora a ritenere che siano pienamente compatibili con l'ordinamento comunitario clausole legislative volte ad imporre, in caso di successione nell'appalto, all'imprenditore subentrante, l'obbligo di assumere, in tutto o in parte, i lavoratori in precedenza già impiegati nell'esecuzione dell'opera o del servizio, salvo il necessario bilanciamento con i valori del mercato. Bilanciamento i cui criteri necessiterebbero, però, è bene ribadirlo, di una migliore chiarificazione da parte della Corte di Giustizia.

5. *Successione nell'appalto e trasferimento di azienda alla luce del contrasto fra normativa comunitaria e art. 29, terzo comma, d. lgs. 276/03*

Riconosciuta la compatibilità l'ordinamento comunitario di norme legali o contrattuali che impongono all'imprenditore subentrante nell'esecuzione di un appalto di assumere i dipendenti del precedente appaltatore, è opportuno passare ora a considerare una norma legislativa di recente introduzione con la quale il legislatore italiano ha inteso espressamente disciplinare gli effetti di una clausola che imponga simili obblighi di assunzione.

La norma in questione è contenuta nel terzo comma dell'art. 29 d. lgs. 276/03 e così 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”*.

La norma nasce dalla possibilità che il passaggio di parte o di alcuni lavoratori da un imprenditore ad un altro integri gli estremi di un trasferimento d'azienda o di parte di azienda.

Ed infatti, questione tipica, tra quelle che si pongono con riferimento alla individuazione dei confini delle nozioni di azienda e di ramo di azienda dettate dall'art. 2112 cod. civ. come presupposto per l'applicazione della relativa disciplina, è quella concernente la possibilità di ritenere sussistenti gli estremi del trasferimento di azienda o di ramo di azienda nel caso di mera successione nella esecuzione di un contratto di appalto, anche se in assenza di un rapporto contrattuale diretto tra il precedente e il successivo appaltatore.

Tale quesito ha per lungo tempo trovato risposta negativa tanto presso la dottrina⁽¹⁹⁾ quanto presso la giurisprudenza nazionale, la quale – sia pur con qualche eccezione⁽²⁰⁾ – aveva negato l'applicabilità della disciplina sul trasferimento d'azienda, oltre che al caso del mutamento della titolarità dell'azienda a seguito di provvedimento autoritativo⁽²¹⁾, a tutte le ipotesi in cui la successione nell'appalto avvenisse in assenza

⁽¹⁹⁾ A. Vallebona, *Successione nell'appalto e tutela dei posti di lavoro*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1999, II, pp. 217 ss. Recentemente: C. Cester, *Il Trasferimento di azienda e di parte di azienda fra garanzie per i lavoratori e nuove forme organizzative dell'impresa: l'attuazione delle direttive comunitarie è conclusa?*, in M.T. Carinci e C. Cester (a cura di), *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d'azienda*, in F. Carinci (coordinato da), *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Milano, IPSOA, 2004, pp. 247 ss.; E. Gragnoli, *Contratti di appalto di servizi e trasferimento di azienda*, in *Dialoghi fra Dottrina e Giurisprudenza*, n. 2, 2004, pp. 199 ss.

⁽²⁰⁾ Cass. 8 febbraio 1993, n. 1518, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1993, II, 834, con nota di Pinto; Trib. Vigevano, 2 febbraio 2001, in *Riv. Crit. Dir. Lav.*, 2001, p. 437.

⁽²¹⁾ La questione nasceva dall'originario silenzio dell'art. 2112 cod. civ. circa la possibilità di configurare come trasferimento di azienda la vicenda del mutamento non volontario della sua titolarità. Nel silenzio della norma, anche in forza di quanto previsto da Corte di Giustizia 7 febbraio 1985, c. 135/83, in *Foro It.*, 1986, IV, c. 111, la giurisprudenza nazionale, sulla scorta anche delle conclusioni nello stesso senso della dottrina (si veda per tutti R. Romei, *Il rapporto di lavoro nel trasferimento di azienda*, in *Il Codice Civile. Commentario*, Milano, 1993, pp. 51 ss.), aveva per lo più negato tale possibilità (tra le tante, cfr. Cass. 28 luglio 2004, n. 14266; Cass. 24 marzo 2004, n. 5934, in *Not. Giur. Lav.*, 2004, p. 659; Cass. 26

di un rapporto contrattuale diretto fra appaltatore “uscente” e appaltatore “subentrante”, avente ad oggetto il trasferimento di beni e lavoratori qualificabili nel loro complesso come azienda o ramo di azienda ai sensi dell’art. 2112 cod. civ. ⁽²²⁾.

Dottrina ⁽²³⁾ e giurisprudenza di legittimità ⁽²⁴⁾ negavano infatti che potesse trovare applicazione la disciplina prevista dall’ordinamento a tutela dei lavoratori coinvolti in un trasferimento di ramo di azienda in tutte le ipotesi in cui nella fattispecie concreta presa in considerazione non vi fosse un rapporto contrattuale diretto tra cedente e cessionario (sia pure di varia natura, irrilevante essendo la “tipologia negoziale”) avente ad oggetto il trasferimento di un complesso materiale di beni ⁽²⁵⁾, poiché la stessa terminologia utilizzata dal legislatore nell’art. 2112 cod. civ. imporrebbe, ai fini della sua applicazione, la sussistenza di un rapporto contrattuale tra appaltatore uscente e subentrante che assuma i caratteri del trasferimento di tipo derivativo del complesso aziendale.

Seguendo tale impostazione, laddove si sia in presenza di una mera successione nell’esecuzione di un contratto di appalto non accompagnata dal trasferimento di un complesso organizzato di beni e lavoratori tra il vecchio e il nuovo imprenditore, non troverebbe applicazione la disciplina dettata dall’art. 2112 cod. civ. ⁽²⁶⁾, con la conseguenza che il rapporto di lavoro del dipendente impiegato presso il precedente appaltatore si estinguerebbe per risoluzione consensuale al momento dell’assunzione presso il nuovo imprenditore ⁽²⁷⁾.

febbraio 2003, n. 2936, in *Foro It.*, 2003, I, c. 2757; Cass. 24 febbraio 2003, n. 2796, in *Not. Giur. Lav.*, 2003, p. 507; Cass. 15 luglio 2002, n. 10252; Cass. 30 agosto 2000, n. 11423; Cass. 25 luglio 2000, n. 9764). La questione si ritiene che sia stata oggi risolta a seguito della introduzione, dovuta al d. lgs. 2 febbraio 2001, n. 18 e confermata dal d. lgs. 10 settembre 2003, n. 276, nel testo dell’art. 2112 cod. civ. dell’espresso riferimento al provvedimento come valido strumento di trasferimento della titolarità dell’azienda, oltre che in forza dell’art. 31 d. lgs. n. 165 del 2001 (sul punto si veda L. Menghini, *Il passaggio di un servizio da un comune a un’azienda municipalizzata prima e dopo l’avvento dell’art. 31 del T.U. 165/2001*, in *Riv. Giur. Lav. Prev. Soc.*, 2002, part. pp. 23-24).

⁽²²⁾ Cass. 6 marzo 1990, n. 1755, in *Mass. Giur. Lav.*, 1990, suppl., p. 57; Cass. 22 maggio 1991, n. 5745, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1992, II, p. 437; Cass. 24 febbraio 1992, n. 2285, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1993, II, p. 202, con nota di L. Nogler; Cass. 29 aprile 1994, n. 4140, in *Not. Giur. Lav.*, 1994, p. 399; Cass. 18 marzo 1996, n. 2254, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1997, II, p. 395, con nota di R. Romei; Cass. 20 novembre 1997, n. 11575, in *Mass. Giur. Lav.*, 1998, suppl., p. 13; Cass. 15 luglio 2002, n. 10626, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2003, II, p. 149, con nota in Panaiotti; Cass. 19 gennaio 2002, n. 572, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2002, II, p. 855, con nota di Albi; Cass. 20 settembre 2003, n. 13949, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2004, II, p. 404, con nota di I. Senatori.

⁽²³⁾ In tal senso C. Cester, *Il Trasferimento di azienda e di parte di azienda fra garanzie per i lavoratori e nuove forme organizzative dell’impresa: l’attuazione delle direttive comunitarie è conclusa?*, cit., pp. 247 ss. *Contra*: G. Santoro Passarelli, *Fattispecie e interessi tutelati nel trasferimento di azienda e di ramo di azienda*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2003, I, 204-205.

⁽²⁴⁾ Cass. 18 marzo 1996, n. 2254, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1997, II, pp. 395 ss., con nota di R. Romei.

⁽²⁵⁾ Cass. 29 aprile 1994, n. 4140, in *Not. Giur. Lav.*, 1994, p. 399.

⁽²⁶⁾ A. Vallebona, *Successione nell’appalto e tutela dei posti di lavoro*, cit., pp. 217 ss. Nello stesso senso: E. Gragnoli, *Contratti di appalto di servizi e trasferimento di azienda*, cit., pp. 199 ss.; C. Cester, *Il Trasferimento di azienda e di parte di azienda fra garanzie per i lavoratori e nuove forme organizzative dell’impresa: l’attuazione delle direttive comunitarie è conclusa?*, cit., p. 248.

⁽²⁷⁾ A. Vallebona, *Successione nell’appalto e tutela dei posti di lavoro*, cit., part. p. 219.

Tale opzione interpretativa si scontrava con il diverso orientamento manifestato dalla Corte di Giustizia delle Comunità Europee nelle numerose occasioni ⁽²⁸⁾ in cui è stata chiamata a pronunciarsi sull'applicabilità della direttiva in materia di trasferimento di imprese, di stabilimenti o di parti di stabilimenti ⁽²⁹⁾ al caso della successione nella titolarità di un contratto di appalto in assenza di un rapporto contrattuale diretto fra appaltatore precedente e subentrante.

In quei casi la Corte di Giustizia ha affrontato due aspetti centrali della disciplina. Da un lato, ha indagato l'oggetto del trasferimento individuando il significato da attribuire alla nozione di impresa, stabilimento o parte di stabilimento ⁽³⁰⁾, dall'altro, ha esaminato i possibili fenomeni successivi rientranti all'interno della nozione di trasferimento.

Mentre, sotto il primo profilo, la Corte di Giustizia ⁽³¹⁾ ha affermato che ciò che rileva è che vi sia stato un passaggio al nuovo imprenditore del nucleo essenziale, rispetto alla natura dell'attività esercitata ⁽³²⁾, dei beni componenti il ramo di azienda

⁽²⁸⁾ CGCE, 10 febbraio 1988, c. 324/86, *Denmark c. Daddy's Dance Hall A.S.*, *Foro It.*, 1989, IV, c. 11; CGCE, 14 aprile 1994, c. 392/92, *Schmidt v. Spar*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1995, II, pp. 608 ss.; CGCE, 7 marzo 1996, c. 171/94 e 172/94, *Merckx c. Neuhuys*, in *Raccolta Ufficiale*, 1996, I, 1253; CGCE, 11 marzo 1997, c. 13/95, *Suzen c. Zehnacker*, *Foro It.*, 1998, IV, c. 437; CGCE, 10 dicembre 1998, c. 173/96 e 247/96, *Hidalgo*, in *Dir. Merc. Lav.*, n. 3, 1999; CGCE, 25 gennaio 2001, c. 172/99, *Oy Liikenne*, in *Mass. Giur. Lav.*, n. 5, 2001, pp. 490 ss.; CGCE, 24 gennaio 2002, c. 51/00, *Temco Service Industries*, in *Raccolta Ufficiale*, 2002, I, 969; CGCE, 20 novembre 2003, c. 340/01, *Abler c. Sodexo*, in *Foro It.*, 2004, IV, c. 184.

⁽²⁹⁾ Direttiva 14 febbraio 1987, n. 77/187, seguita dalla direttiva 29 giugno 1998, n. 98/50, oggi direttiva 23 marzo 2002, n. 2001/23, ma trattasi di mera trasposizione redazionale delle precedenti 2. Al riguardo si rileva che nell'interpretazione dell'art. 2112 cod. civ. non può prescindersi né dall'analisi delle citate direttive comunitarie né dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia formata su di esse poiché la sua attuale formulazione è il frutto del recepimento nel nostro ordinamento della disciplina comunitaria.

⁽³⁰⁾ Con la direttiva 98/50/CE il legislatore comunitario, riprendendo i concetti elaborati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, ha espressamente stabilito che "è considerato trasferimento ai sensi della presente direttiva quello di un'entità economica che conserva la propria identità, intesa come insieme di mezzi organizzati al fine di svolgere un'attività economica, sia essa essenziale o accessoria".

⁽³¹⁾ Cfr. CGCE, 18 marzo 1986, c. 24/85, *Spijkers c. Gebroeders Benedii*, in *Foro It.*, 1989, IV, c. 13, punto 11, 12, 13; CGCE, 19 maggio 1992, c. 29/91, *Redmond Stichting*, in *Raccolta Ufficiale*, 1992, I, 3189, punto 23; CGCE, 7 marzo 1996, c. 171/94 e 172/94, cit., punto 28; CGCE, 11 marzo 1997, c. 13/95, cit., punto 14; CGCE, 25 gennaio 2001, c. 172/99, cit., punto 17; CGCE, 20 novembre 2003, c. 340/01, punto 33. Per una ricostruzione dell'orientamento della giurisprudenza comunitaria in materia si rinvia a R. Foglia, *La giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea sulla nozione di trasferimento di azienda*, in *Dialoghi fra Dottrina e Giurisprudenza*, n. 2, 2004, p. 391 ss.

⁽³²⁾ Al riguardo la giurisprudenza comunitaria ha chiarito che il nucleo essenziale dei beni componenti l'azienda deve essere accertato facendo riferimento alla natura dell'attività esercitata per il suo tramite. Laddove infatti si tratti di attività per il cui esercizio sia necessario l'impiego di rilevanti attrezzature, non potrà parlarsi di trasferimento ai sensi della direttiva in assenza del trasferimento di una parte sostanziale degli stessi anche se il trasferimento non sia accompagnato dalla riassunzione da parte del nuovo imprenditore di una quota sostanziale, in termini di quantità e competenze, del personale che il precedente appaltatore destinava all'esecuzione della stessa attività (da ultimo si veda CGCE CGCE, 20 novembre 2003, c. 340/01, cit. *Abler*. In questo senso già CGCE, 25 gennaio 2001, c. 172/99, cit.); laddove diversamente l'attività si fondi essenzialmente sulla mano d'opera trova applicazione la disciplina comunitaria in materia di trasferimento di impresa o di parte di impresa se l'appaltatore subentrante, pur senza avere acquisito gli elementi patrimoniali utilizzati dal predecessore nell'esecuzione dell'appalto, abbia assunto una parte consistente e rilevante dei dipendenti dello stesso (tra le tante, cfr. CGCE, 10

impiegato nell'esercizio di quella attività⁽³³⁾, sotto il secondo profilo, la stessa ha chiarito che l'ambito di applicazione della direttiva coincide con la modificazione del titolare dell'azienda o del ramo, avvenga, o meno, la successione nella titolarità della stessa sulla base di un rapporto contrattuale diretto tra cedente e cessionario⁽³⁴⁾. Ciò in quanto, ai fini dell'applicazione della direttiva, non è necessaria l'esistenza di rapporti contrattuali diretti tra cedente e cessionario, atteso che la cessione può essere effettuata anche in due fasi per effetto dell'intermediazione di un terzo, quale il proprietario o il locatore⁽³⁵⁾, poiché la direttiva trova applicazione in tutti i casi di cambiamento, nell'ambito di rapporti contrattuali, della persona fisica o giuridica responsabile dell'impresa, che assume le obbligazioni del datore di lavoro nei confronti dei dipendenti dell'impresa stessa, sempreché il trasferimento abbia ad oggetto un'entità economica organizzata in modo stabile, intesa come complesso organizzato di persone e di elementi che consentono l'esercizio di un'attività economica finalizzata al perseguimento di un determinato obiettivo⁽³⁶⁾.

Facendo proprio l'orientamento manifestato dalla Corte di Giustizia, la Corte di Cassazione⁽³⁷⁾, seguita poi dalla giurisprudenza di merito⁽³⁸⁾, ha mutato il proprio orientamento affermando che la disciplina in materia di trasferimento di azienda trova applicazione in tutti i casi in cui un complesso organizzato di beni dell'impresa sia passato nella titolarità di un diverso imprenditore nell'ambito di una vicenda riconducibile ad un concetto di successione in senso ampio anche a prescindere da un rapporto contrattuale diretto fra appaltatore uscente e subentrante. In questo modo, a detta della Corte, è configurabile un trasferimento di azienda ai sensi e per gli effetti dell'art. 2112 cod. civ., anche in caso di successione nell'appalto di un servizio sempre che si abbia un passaggio di beni, di non trascurabile entità, ossia di una entità

febbraio 1988, c. 324/86, in *Foro It.*, 1989, IV, c. 11; CGCE 10 novembre 1998, c. 173/96 – 247/96, in *Il Diritto del Mercato del Lavoro*, 3, 1999, p. 515).

⁽³³⁾ Cfr. M. De Luca, *Salvaguardia dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda: funzione del diritto comunitario e della giurisprudenza della Corte di Giustizia nell'interpretazione ed applicazione della nuova disciplina nazionale (prime considerazioni sull'art. 47 della legge comunitaria per il 1999)*, in *Foro It.*, 1989, IV, c. 14 ss.; P. Lambertucci, *Sulla nozione di trasferimento di azienda nel diritto comunitario*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1995, II, pp. 608 ss.; M. Borzaga, *Trasferimento di azienda e successione di contratti d'appalto, prima e dopo il d.lgs. n. 276/2003, tra diritto comunitario scritto e giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2004, II, pp. 463 ss.

⁽³⁴⁾ Cfr. nota 2. Cfr. CGCE, 11 marzo 1997, c. 13/95, cit., punto 11.

⁽³⁵⁾ Cfr. CGCE, 7 marzo 1996, c. 171/94 e 172/94, punti 28-30; CGCE, 11 marzo 1997, c. 13/95, cit., punto 12; CGCE, 24 gennaio 2002, c. 51/00, cit., punto 31; CGCE, 20 novembre 2003, c. 340/01, cit.

⁽³⁶⁾ Cfr. CGCE, 11 marzo 1997, c. 13/95, cit. punti 11-13.

⁽³⁷⁾ Cass., 13 gennaio 2005, n. 493, in *Foro It.*, 2005, c. 691, con nota di A. M. Perrino, e in *Orient. Giur. Lav.*, 2005, n. 2, p. 275, con nota di I. Alvino. I precedenti in tale senso della Corte di Cassazione non sono numerosi. Recentemente Cass. 20 settembre 2003, n. 13949, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2004, II, p. 404, con nota di I. Senatori, pur con riferimento ad una fattispecie di cambiamento di titolarità dell'azienda a seguito di provvedimento autoritativo della pubblica amministrazione, ha affermato che il trasferimento è configurabile anche nel caso in cui non derivi da un rapporto contrattuale diretto tra cedente e cessionario, purché si verifichi tra i due una cessione di elementi materiali significativi. Non sembra invece pienamente calzante il richiamo in motivazione a Cass. 4 gennaio 2000, n. 23, in *Mass. Giur. Lav.*, n. 6, 2000, p. 610, con nota di A. Maresca, e Cass. 27 dicembre 1999, n. 14568.

⁽³⁸⁾ Tribunale di Roma, 14 giugno 2005, n. 11498.

economica organizzata in modo stabile, la cui attività non si limiti all'esecuzione di una opera determinata, ma coinvolga durevolmente un complesso organizzato di persone e di elementi che consentano l'esercizio di un'attività economica finalizzata al perseguimento di un determinato obiettivo.

Il corollario desumibile dal principio affermato dalla Suprema Corte è che, sussistendo i presupposti indicati, l'inderogabilità della disciplina contenuta nell'art. 2112 cod. civ. comporta che si avrà trasferimento di azienda anche nell'ipotesi in cui il passaggio dei lavoratori alle dipendenze del nuovo appaltatore avvenga in forza di una previsione di legge o di una clausola del contratto collettivo o del contratto di appalto, purché quel gruppo di lavoratori sia configurabile come ramo di azienda⁽³⁹⁾.

In tale contesto deve essere calata la nuova norma introdotta dal comma terzo dell'art. 29 del d. lgs. 276/03 più sopra riportata⁽⁴⁰⁾.

Tale disposizione presenta consistenti problemi interpretativi in quanto, come rilevato da una parte della dottrina⁽⁴¹⁾, la stessa si presta a due possibili letture: o la si intende come enunciativa di principi di per sé già desumibili dall'art. 2112 cod. civ.; o la si intende come disciplina derogatoria di quella di cui all'art. 2112 cod. civ.

Nell'ambito della prima tesi bisogna distinguere fra chi⁽⁴²⁾ muove dal dichiarato presupposto per cui non rientrerebbero nel campo di applicazione dell'art. 2112 cod. civ. tutte le ipotesi di successione nell'esecuzione del contratto di appalto non accompagnate da un accordo traslativo intervenuto fra appaltatore uscente e appaltatore subentrante e chi⁽⁴³⁾ invece, ammettendo la configurabilità del trasferimento d'azienda in caso di successione nel contratto di appalto con riassunzione da parte del nuovo appaltatore di una parte essenziale, in termini di numero e competenze, di dipendenti, ritiene che l'art. 29, terzo comma, escluda la sussistenza del trasferimento solo nel caso di riassunzione di una quota non sostanziale, nel senso indicato, del personale del predecessore.

Secondo il primo orientamento, infatti, non potendosi parlare di trasferimento di azienda in caso di mero subentro nell'esecuzione dell'appalto se non accompagnato da un rapporto negoziale diretto fra i due successivi appaltatori, la regola introdotta dal terzo comma dell'art. 29 discenderebbe allora dalla stessa interpretazione dell'art. 2112

⁽³⁹⁾ Al riguardo ha invece affermato A. Vallebona, *Successione nell'appalto e tutela dei posti di lavoro*, cit., che l'obbligo di assunzione in capo al nuovo appaltatore previsto da una clausola del contratto collettivo costituisce un obbligo a contrarre, l'adempimento al quale dà origine ad un nuovo rapporto di lavoro distinto da quello con il precedente appaltatore che si risolve tipicamente per risoluzione consensuale contestualmente alla nuova assunzione.

⁽⁴⁰⁾ Per un esame di tipo processualistico delle possibili forme di tutela alla continuità lavorativa dei lavoratori "ereditati" in caso di cambio di gestione di un appalto, si veda D. Buoncristiani, *Forme di tutela del lavoratore "ereditato" nel cambio di gestione di appalti labour intensive*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2007, I, pp. 165 ss.

⁽⁴¹⁾ E. Gragnoli, *Contratti di appalto di servizi e trasferimento di azienda*, cit., pp. 201 ss.

⁽⁴²⁾ Sul punto si veda C. Cester, *Il Trasferimento di azienda e di parte di azienda fra garanzie per i lavoratori e nuove forme organizzative dell'impresa: l'attuazione delle direttive comunitarie è conclusa?*, cit.

⁽⁴³⁾ R. Cosio, *Appalti e trasferimenti di imprese*, in *Foro It.*, 2004, IV, c. 1098.

cod. civ., cosicché l'introduzione della stessa si risolverebbe in una pleonastica precisazione ⁽⁴⁴⁾ di quanto di per sé già desumibile dal sistema.

Alla luce del secondo orientamento, invece, l'esclusione della applicazione della disciplina di cui all'art. 2112 cod. civ. riguarderebbe la sola ipotesi in cui il personale acquisito in forza dell'obbligo discendente da una delle fonti citate non costituisca una quota sostanziale, *in termini di quantità e competenza, del personale che il suo predecessore destinava all'esecuzione della stessa attività* ⁽⁴⁵⁾.

Entrambi i citati orientamenti hanno però il difetto di ritenere, sotto differenti punti di vista, non originale la norma introdotta dall'art. 29, terzo comma, d. lgs. 276/2003 ⁽⁴⁶⁾.

Mentre infatti il secondo orientamento, una volta implicitamente ammessa l'applicabilità dell'art. 2112 cod. civ. anche alla successione nell'esecuzione dell'appalto nei termini indicati dalla Corte di Cassazione nella sentenza citata, attribuisce all'articolo in commento un significato di per sé già desumibile dall'interpretazione della nozione di ramo di azienda dettata dall'art. 2112 cod. civ., il primo di fatto nega validità ad un principio oggi pacifico presso la giurisprudenza della Corte di Giustizia, con la medesima conseguenza di ritenere l'art. 29, terzo comma, pleonastica precisazione di quanto già desumibile dall'interpretazione dell'art. 2112 cod. civ.

Ed invero, in base a quanto sin qui detto, deve ritenersi senza dubbio pacifico il principio per cui il trasferimento ai sensi della direttiva rientra nel fenomeno della successione in senso ampio e come tale prescinde da un rapporto contrattuale diretto fra appaltatore precedente e subentrante potendo essere mediato anche dall'intervento del committente.

Ebbene, per quanto criticabile sotto diversi punti di vista ⁽⁴⁷⁾, la netta e chiara affermazione di tale principio da parte della giurisprudenza comunitaria, peraltro recentemente fatto proprio dalla Corte di Cassazione ⁽⁴⁸⁾, comporta che da esso non può prescindere, con la conseguenza che, atteso da un lato il ruolo dichiarativo del diritto comunitario svolto dalla Corte comunitaria ⁽⁴⁹⁾ e dall'altro la necessità di preferire tra le

⁽⁴⁴⁾ L'espressione è di E. Gragnoli, *Contratti di appalto di servizi e trasferimento di azienda*, cit., part. p. 202.

⁽⁴⁵⁾ R. Cosio, *Appalti e trasferimenti di imprese*, cit., c. 1098.

⁽⁴⁶⁾ In questo dibattito ha avuto modo di inserirsi la giurisprudenza che, con la prima sentenza (Tribunale di Roma, 14 giugno 2005, n. 11498) – a quanto consta – in materia, ha aderito alla tesi che ritiene la disposizione contenuta nel terzo comma dell'art. 29 cit. come puramente esplicativa di contenuti già desumibili dall'art. 2112 cod. civ. affermando che *tale norma* [art. 29, terzo comma, d. l.vo 276/03, n.d.r.], *invero, non può interpretarsi nel senso che in ogni ipotesi di subentro di un appaltatore ad un altro deve escludersi ex lege il trasferimento di azienda, poiché appunto tale lettura sarebbe in aperto contrasto con la normativa comunitaria, ma piuttosto nel senso che nei cc. dd. cambi di gestione non vi è trasferimento di azienda per il solo fatto che vi sia "acquisizione di personale"*.

⁽⁴⁷⁾ Sul punto si veda E. Gragnoli, *Contratti di appalto di servizi e trasferimento di azienda*, cit.

⁽⁴⁸⁾ Cass. 13 gennaio 2005, n. 493, in *Orient. Giur. Lav.*, 2005, n. 3, pp. 585 ss., con nota di I. Alvino.

⁽⁴⁹⁾ Sul ruolo della Corte di Giustizia nell'interpretazione della normativa comunitaria e sul suo carattere vincolante per la giurisprudenza nazionale, si veda da ultimo Cass. 2 marzo 2005, n. 4466, nella quale si legge: *"poiché ai sensi dell'art. 164 del Trattato spetta alla Corte di Giustizia assicurare il rispetto del*

varie interpretazioni della norma interna quella adeguatrice del diritto nazionale a quello comunitario così come interpretato dalla Corte di Giustizia ⁽⁵⁰⁾, deve essere rispettato nell'applicazione della disciplina nazionale sul trasferimento di azienda che costituisce il recepimento di quella comunitaria.

Muovendo da tale premessa, anche al fine di individuare il significato originale di una norma altrimenti inutile, si deve ritenere che la regola di cui al terzo comma dell'art. 29 si configuri, aderendo alla seconda tesi prospettata, come norma derogatoria rispetto all'art. 2112 cod. civ.

Si deve, dunque, concludere che la fattispecie cui la stessa fa riferimento è proprio quella in cui la successione nell'esecuzione dell'appalto configura un trasferimento di azienda in quanto accompagnata dal passaggio di una parte sostanziale, in termini di quantità e competenze, del personale impiegato dal precedente appaltatore.

In questa ipotesi ha un senso escludere espressamente l'applicabilità alla fattispecie della disciplina sul trasferimento di azienda, perché, in mancanza dell'art. 29 terzo comma, vi sarebbe altrimenti soggetta in forza dell'art. 2112 cod. civ. ⁽⁵¹⁾.

Del resto tale interpretazione è senza dubbio quella più conforme alla già indicata *ratio* che il legislatore ha inteso perseguire con l'introduzione di tale norma: favorire l'inserimento, nei contratti di appalto o nei contratti collettivi, di clausole finalizzate a salvaguardare l'occupazione attraverso l'imposizione dell'obbligo in capo all'imprenditore neo appaltatore di assumere i dipendenti già impiegati dall'imprenditore uscente nell'esecuzione dell'appalto.

Evidente è allora il contrasto fra la regola in parola e la normativa comunitaria così come interpretata dalla Corte di Giustizia, che potrà però tradursi semplicemente in una procedura di infrazione nei confronti dello stato italiano o in un'azione di risarcimento del danno nei confronti dello stato per violazione del diritto comunitario, non potendo operare l'istituto della disapplicazione della norma interna contrastante con

diritto nell'interpretazione e nell'applicazione del medesimo trattato, se ne deve dedurre che qualsiasi sentenza che applica e/o interpreta una norma comunitaria ha indubbiamente carattere di sentenza dichiarativa del diritto comunitario, nel senso che la Corte di Giustizia, come interprete qualificato di questo diritto, ne precisa autoritariamente il significato con le proprie sentenze e, per tal via, ne determina, in definitiva, l'ampiezza e il contenuto delle possibilità applicative".

⁽⁵⁰⁾ Cfr. tra le tante C. Giust. 10 aprile 1984, n. 14/83, *Von Colon e Kamann*.

⁽⁵¹⁾ Incidentalmente si deve ricordare che il terzo comma dell'art. 29 pone il problema di capire se debba ritenersi esclusa dalla sua applicazione l'ipotesi in cui l'acquisizione del personale avvenga da parte dell'appaltatore non in forza dell'obbligo imposto dalla legge, dal contratto di appalto o dal contratto collettivo, ma come atto volontario del nuovo appaltatore. La dottrina che già si è occupata della norma in commento (E. Gragnoli, *ult. op. cit.*, p. 211) ha affermato che sarebbe errata una lettura che, con un ragionamento *a contrariis*, riterrebbe invece applicabile la norma ad un simile caso. In realtà, proprio l'interpretazione dell'art. 29 che deve essere prescelta impone di concludere nel senso di ritenere che l'applicazione della disciplina sul trasferimento di azienda si imponga in tutte le ipotesi in cui il subentro nella titolarità dell'appalto e dei rapporti di lavoro non sia conseguenza dell'obbligo imposto da una delle fonti indicate nell'articolo, proprio in quanto la norma individua precisamente la fattispecie esclusa dall'applicazione dell'art. 2112 cod. civ. in quella del passaggio dei dipendenti imposto dalla legge o da una clausola di un contratto collettivo o individuale.

quella comunitaria ⁽⁵²⁾, attesa l'impossibilità di annoverare la 77/187/CEE fra le direttive *self-executing*.

Alla luce della conclusione qui accolta, dunque, ai sensi dell'art. 29 d. lgs. 276/03, in caso di assunzione dei lavoratori già impiegati nell'appalto da parte del nuovo appaltatore in forza di una disposizione di legge, di contratto di appalto o di contratto collettivo, è esclusa l'applicazione dell'art. 2112 cod. civ. e dunque la possibilità per i lavoratori transitati di invocare la continuità del rapporto.

Il legislatore ha così ritenuto di poter incentivare il mantenimento dell'occupazione per i lavoratori già impiegati nell'appalto, riducendo i costi che, per assumere i dipendenti dell'imprenditore uscente, l'imprenditore avrebbe altrimenti dovuto sopportare.

6. *L'appalto transnazionale e il problema della concorrenza fra ordinamenti giuridici*

Come si è cercato di mettere in evidenza nelle pagine precedenti, l'appartenenza dell'Italia all'ordinamento giuridico europeo è suscettibile di incidere fortemente sul sistema delle tutele predisposte dal legislatore nazionale a protezione del lavoro subordinato. E ciò in particolare nella materia degli appalti, laddove l'introduzione di vincoli quale, per esempio, quello di assumere determinate categorie di lavoratori come condizione per ottenere l'aggiudicazione dell'appalto, è suscettibile di incidere sulla libertà di accesso al mercato e sulla garanzia delle libertà economiche fondamentali, funzionali alla realizzazione dell'obiettivo primario della comunità europea: la creazione di un mercato unico europeo fondato sul principio della concorrenza.

Oltre ad imporre una valutazione di compatibilità fra principi dell'ordinamento giuridico europeo e norme poste a protezione dei lavoratori dal legislatore nazionale, l'appartenenza all'Unione Europea chiama ad interrogarsi sugli effetti che la diversità, necessariamente esistente, fra le regole dettate dai vari ordinamenti giuridici nazionali a protezione del lavoro subordinato è suscettibile di produrre.

Si tratta del tema della competizione o concorrenza fra ordinamenti giuridici inteso quale fattore che incide sulle scelte economiche degli operatori nel mercato ⁽⁵³⁾.

L'ordinamento, in altre parole, assume, al pari di un qualunque altro bene offerto dal mercato, un costo che incide sulla scelta dell'impresa relativa al luogo nel quale collocare la propria sede o andare a svolgere la propria attività produttiva. E tale

⁽⁵²⁾ Cfr. Corte Cost. 113/85, in *Foro It.*, 1985, I, 1600; Corte Cost. 389/89, in *Foro It.*, 1991, I, 1076; Corte Cost. 285/90, in *Giur. Cost.*, 1990, 1780

⁽⁵³⁾ Sul tema della concorrenza fra ordinamenti giuridici: A. Zoppini (a cura di), *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, Laterza, Roma-Bari, 2004; M. Gnes, *La scelta del diritto*, Giuffrè, Milano, 2004; N. Irti, *Geo-diritto*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2005, pp. 21 ss.; P.G. Monasteri, *Lex mercatoria e competizione tra ordinamenti*, in *Soc. Dir.*, 2005, pp. 2229 ss.; F. Galgano, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Il Mulino, Bologna 2005; S. Cassese, *La crisi dello Stato*, Bari, Laterza, 2002; A. Nicolussi, *Europa e cosiddetta competizione tra ordinamenti giuridici*, in *Europa e diritto privato*, 2005, pp. 83 ss.

valutazione delle norme giuridiche dettate dall'ordinamento rappresenta una conseguenza dell'aver sancito, tra gli obiettivi primari delle istituzioni comunitarie in quanto fondamentali per la realizzazione del mercato unico europeo, i principi della libertà di stabilimento e della libertà di circolazione delle persone e dei servizi.

Questo tema assume una rilevanza particolarmente forte in materia di diritto del lavoro poiché, se tra gli effetti fondamentali della realizzazione di un mercato concorrenziale c'è quello della riduzione dei costi dei beni offerti, l'instaurazione di una concorrenza fra le regolamentazioni giuridiche del lavoro subordinato potrebbe innestare una "competizione al ribasso" del livello delle tutele riconosciute dagli ordinamenti degli Stati membri ⁽⁵⁴⁾.

Questo rischio di *dumping sociale* rappresenta dunque un effetto insito nella stessa realizzazione di un mercato unico europeo ed è particolarmente elevato soprattutto in materia di appalti transnazionali, nei quali le imprese, aventi sede in uno Stato membro, eseguono, con propri dipendenti, opere o servizi nel territorio di altri Stati membri.

Tale fenomeno ha posto e pone l'esigenza di individuare la regolamentazione giuridica alla quale sottoporre la disciplina del rapporto di lavoro: le norme dettate dallo Stato in cui ha sede l'impresa o quelle dello Stato nel quale l'impresa stessa andrà ad eseguire l'appalto?

Il tema è stato espressamente regolamentato, al termine di un lungo dibattito in seno alle istituzioni comunitarie ⁽⁵⁵⁾, dalla direttiva 96/71/CE intitolata al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi ⁽⁵⁶⁾.

Con tale direttiva, le istituzioni comunitarie hanno inteso dare soddisfazione proprio all'esigenza che la concorrenza fra gli ordinamenti giuridici degli stati membri non portasse ad un abbassamento del livello delle tutele riconosciute a vantaggio dei lavoratori. Nella stessa direttiva, invero, come si evince dalla lettura dei suoi considerando, la scelta di modificare il luogo di esecuzione della prestazione lavorativa al fine di poter sottoporre la regolamentazione del rapporto alle regole meno onerose per il datore di lavoro, viene visto come un atto di concorrenza sleale fra imprese suscettibile di ledere quei diritti dei lavoratori a cui deve essere invece riconosciuta una specifica tutela. Sotto quest'ultimo profilo, come si evince dal quattordicesimo

⁽⁵⁴⁾ Per una riflessione sulle conseguenze per il diritto del lavoro del fenomeno della competizione fra ordinamenti giuridici si veda, da ultimo, A. Bellavista, *Armonizzazione e concorrenza tra ordinamenti nel diritto del lavoro*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT, 47/2006.

⁽⁵⁵⁾ Per un esame del lungo processo di approvazione della direttiva citata nel testo si veda U. Carabelli, *Una sfida determinante per il futuro dei diritti sociali in Europa: la tutela dei lavoratori di fronte alla libertà di prestazione dei servizi nella CE*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", 49/2006, pp. 43 ss., laddove l'Autore pone in evidenza le differenze intercorrenti fra il testo originariamente proposto e quello promulgato.

⁽⁵⁶⁾ Sul tema, tra i tanti: G. Orlandini, *La disciplina comunitaria del distacco dei lavoratori fra libera prestazione di servizi e tutela della concorrenza: incoerenze e contraddizioni nella direttiva n. 71 del 1996*, in Arg. Dir. Lav., 1999, 2, pp. 465 ss.; G.G. Balandi, *La direttiva comunitaria sul distacco dei lavoratori: un passo in avanti verso il diritto comunitario del lavoro*, in Quad. Dir. Lav. Rel. Ind., 1998, pp. 115 ss.

considerando, il prestatore di servizi deve osservare un “nocciolo duro” di norme protettive chiaramente definite.

La direttiva comunitaria trova applicazione a tre diverse fattispecie raccolte sotto il termine, qui usato in modo atecnico, di “distacco”.

Oltre alla fattispecie del distacco propriamente detto, invero, la direttiva riferisce l’applicazione dei suoi principi ad altre due ipotesi: a) quella dell’appalto eseguito, con i propri dipendenti, da un’impresa avente sede in uno Stato membro diverso da quello nel quale l’opera o il servizio devono essere realizzati (art. 1, comma terzo, lett. a); b) quella della somministrazione di lavoratori subordinati eseguita da un’impresa avente sede in uno Stato membro diverso da quello dell’impresa utilizzatrice (art. 1, comma terzo, lett. c).

Per tutte queste fattispecie, il legislatore comunitario ha posto il principio della sottoposizione del rapporto di lavoro alla disciplina normativa prevista dall’ordinamento giuridico nel quale deve essere eseguita la prestazione lavorativa.

Prescrive infatti l’art. 3 della direttiva che gli Stati membri debbono garantire l’applicazione, in alcune materie espressamente indicate, delle regole dettate dall’ordinamento giuridico del luogo nel quale deve essere eseguita la prestazione lavorativa, qualunque sia la regolamentazione cui deve essere assoggettato il rapporto di lavoro ⁽⁵⁷⁾.

La soluzione adottata con la direttiva 96/71/CE era peraltro coerente con i principi già espressi dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Rush Portuguesa* ⁽⁵⁸⁾, laddove si legge che “*il diritto comunitario non osta a che gli Stati membri estendano l’applicazione delle loro leggi o dei contratti collettivi di lavoro stipulati tra le parti sociali a chiunque svolga un lavoro subordinato, anche temporaneo, nel loro territorio, indipendentemente dal Paese in cui è stabilito il datore di lavoro*”.

In forza di tale principio, dunque, si è voluto perseguire l’obiettivo che a tutti i lavoratori chiamati ad eseguire la propria prestazione nel territorio di un determinato Stato membro, venga attribuito il medesimo trattamento normativo con riferimento ad alcune materie individuate dalla stessa direttiva.

Le regolamentazione comunitaria è stata recepita nell’ordinamento giuridico italiano dal d. lgs. 25 febbraio 2000, n. 72

Il legislatore non si è però limitato a riconoscere ai lavoratori distaccati ⁽⁵⁹⁾ in Italia il godimento dei diritti previsti dalle disposizioni di legge e dai contratti collettivi di applicazione generale nelle materie previste dalla direttiva, ma ha espressamente stabilito che “*al rapporto di lavoro tra le imprese di cui all’articolo 1, comma 1, e i*

⁽⁵⁷⁾ Le regole dettate dalla direttiva prevalgono dunque sulla disciplina contenuta nella Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali del 19 giugno 1980 a cui rinvia integralmente l’art. 57 della legge 31 maggio 1995, n. 218, di riforma del sistema di diritto internazionale privato.

⁽⁵⁸⁾ CGCE, 27 marzo 1990, C-113/89, *Rush Portuguesa v. Office national d’immigration*, consultabile nel sito www.curia.eu.int, punto 18.

⁽⁵⁹⁾ Useremo il termine “distaccati” nel significato atecnico impiegato dal legislatore comunitario, ossia come comprensivo delle tre ipotesi considerate dalla direttiva: distacco vero e proprio, appalto transnazionale, somministrazione di lavoro da parte di Agenzie straniere.

lavoratori distaccati si applicano, durante il periodo del distacco, le medesime condizioni di lavoro previste da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, nonché dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative a livello nazionale, applicabili ai lavoratori che effettuano prestazioni lavorative subordinate analoghe nel luogo in cui i lavoratori distaccati svolgono la propria attività in posizione di distacco” (art. 3, comma primo, d. lgs. 72/2000).

I diritti del lavoratore distaccato in Italia, dunque, non solo non si arrestano alle materie previste dalla direttiva comunitaria, ma includono tutti i diritti riconosciuti ai lavoratori che svolgano prestazioni “analoghe” dalla legge e dai contratti collettivi stipulati dalle OO.SS. comparativamente più rappresentative.

Inoltre, il legislatore ha sancito un principio di parità di trattamento tra i dipendenti del committente e quelli dell'appaltatore transnazionale che vengano distaccati in Italia per l'esecuzione dell'appalto. Prevede, infatti, il comma terzo dell'art. 3 che *“gli imprenditori che appaltano servizi ai sensi dell'articolo 1, comma 1, da eseguirsi all'interno delle aziende con organizzazione e gestione propria di un appaltatore transnazionale, sono tenuti in solido con quest'ultimo a corrispondere ai lavoratori da esso dipendenti un trattamento minimo inderogabile retributivo e ad assicurare un trattamento normativo non inferiore a quelli spettanti ai lavoratori da loro dipendenti”.*

Questa disciplina pone due fondamentali questioni che meritano di essere affrontate.

La prima attiene il riconoscimento al lavoratore distaccato del diritto a percepire un trattamento non inferiore a quello previsto dai contratti collettivi stipulati dalle OO.SS. comparativamente più rappresentative a livello nazionale.

In questo modo, l'effetto che consegue alla disposizione di legge è l'estensione delle condizioni previste in sede di contrattazione collettiva a lavoratori non iscritti ai sindacati che hanno stipulato o almeno sottoscritto il medesimo contratto collettivo, in violazione delle regole di funzionamento del nostro sistema di rappresentanza sindacale che diversamente consente l'applicazione del contratto collettivo esclusivamente ai lavoratori iscritti.

In alternativa si potrebbe sostenere che, in virtù della citata norma del d. lgs. 72/2000, il contratto collettivo non troverebbe applicazione in via diretta, ma assumerebbe i caratteri di un parametro di riferimento per la determinazione dell'ammontare del trattamento spettante ai lavoratori distaccati in Italia.

Anche in questa seconda ipotesi, però, la norma in questione porrebbe dei problemi di legittimità, questa volta dal punto di vista del rapporto con l'ordinamento comunitario. Ed invero, accedendo a tale interpretazione, il lavoratore distaccato avrebbe diritto a percepire un trattamento normativo potenzialmente superiore a quello dei lavoratori assunti in Italia (perché per esempio non iscritti ai sindacati

comparativamente più rappresentativi) e comunque non inferiore alla soglia determinata dai contratti collettivi cui fa riferimento la norma.

Una simile disciplina si pone allora in potenziale contrasto con il principio della libertà di circolazione dei servizi, poiché si tradurrebbe in un'evidente svantaggio per l'imprenditore straniero costretto a sostenere dei costi per il pagamento dei propri lavoratori, potenzialmente superiori a quelli di un concorrente italiano.

La norma citata pone poi un ulteriore problema di legittimità all'indomani dell'abrogazione della legge 1369/1960 ad opera del d. lgs. 276/2003.

Come anticipato, invero, il decreto di recepimento della direttiva comunitaria prevede un principio di parità di trattamento fra dipendenti del committente e dipendenti dell'appaltatore transnazionale, laddove l'appalto debba essere eseguito "all'interno dell'azienda" del committente.

Con tale disposizione, il legislatore italiano aveva evidentemente inteso uniformare il regime degli appalti transnazionali a quello degli appalti nazionali per i quali, in forza dell'art. 3 della legge 1369/1960, tale principio di parità di trattamento era già previsto.

L'abrogazione della legge 1369 del 1960, e dunque del principio di parità di trattamento previsto dall'art. 3 della legge n. 1369, pone il problema dell'attuale vigenza della norma di cui al terzo comma dell'art. 3 del d. lgs. 72/2000.

Tale dubbio emerge in relazione all'evidente disparità di trattamento che viene a configurarsi tra l'ipotesi in cui il contratto di appalto venga stipulato tra un committente e un appaltatore italiani, nel qual caso sarà soggetto alla regolamentazione dettata dal decreto n. 276 e dunque l'appaltatore non sarà obbligato a garantire ai propri dipendenti un trattamento economico e normativo non inferiore a quello dei dipendenti del committente, e quella in cui la realizzazione dell'opera o del servizio venga appaltata ad un imprenditore straniero. In quest'ultimo caso, infatti, l'appaltatore straniero sarà obbligato a corrispondere quel trattamento in forza della norma contenuta nel terzo comma dell'art. 3 d. lgs. 72/2000.

La differente disciplina che così viene ad applicarsi a due situazioni in tutto identiche pone un problema di legittimità costituzionale di tale contrasto per violazione dell'art. 3 della Carta fondamentale.

Secondo un orientamento ormai consolidato della Corte Costituzionale ⁽⁶⁰⁾, infatti, vige nel nostro ordinamento il principio, cd. di ragionevolezza, in forza del quale è necessario un ragionevole motivo – totalmente assente nella fattispecie che qui ci occupa – perché la legge preveda un trattamento diverso per soggetti che si trovino in situazioni uguali.

Ha infatti espressamente affermato la Corte che la valutazione del rispetto del principio di eguaglianza comporta che *“la normativa impugnata venga posta a confronto con un'altra o con altre normative per stabilire in tal modo se il legislatore*

(60) Cfr. sentenze n.: 72/80; 47/80; 73/79; 100/77; 264/76, tutte consultabili in www.cortecostituzionale.it.

abbia dettato disposizioni così poco ragionevoli da doversi ritenere costituzionalmente illegittime” ⁽⁶¹⁾.

L'accertato contrasto emergente nell'ordinamento relativamente alla differente regolamentazione dallo stesso previsto con riferimento a due fattispecie identiche, che trovano l'unico elemento di differenziazione nel fatto che in uno dei due casi l'appaltatore anziché essere italiano ha sede in paese membro della comunità europea ⁽⁶²⁾, pone il problema di chiarire quale sia la norma incostituzionale: quella che ha disposto l'abrogazione dell'art. 3 della legge 1369 del 1960, o il terzo comma dell'art. 3 del decreto legislativo n. 72 del 2000?

La soluzione di tale dubbio interpretativo, ad una prima analisi, sembra possa essere risolta alla luce del principio, anch'esso ribadito a più riprese dal Giudice delle Leggi, secondo il quale nel contrasto fra una norma generale ed una speciale deve essere salvaguardata quella generale dichiarando l'incostituzionalità di quella speciale.

La Corte Costituzionale ha infatti posto in evidenza che *“per aversi utile comparazione ai fini del giudizio sulla violazione del principio di eguaglianza, è necessario che il tertium comparationis risponda ad un principio o ad una regola generale, rispetto ai quali la disciplina denunciata rivesta un carattere ingiustificatamente derogatorio [...] in presenza di norme generali e di norme derogatorie, in tanto può porsi una questione di legittimità costituzionale per violazione del principio di eguaglianza, in quanto si assuma che queste ultime, poste in relazione alle prime, siano in contrasto con tale principio; quando, invece, si adotti, come tertium comparationis la norma derogatrice, la funzione del giudizio di legittimità costituzionale non può essere se non il ripristino della disciplina generale, ingiustificatamente derogata da quella particolare, non l'estensione ad altri casi di quest'ultima, altrimenti si aggraverebbe, anziché eliminare, il difetto di coerenza del sistema normativo”* ⁽⁶³⁾.

Applicando tale principio, al contrasto tra le norme in esame, dovrebbe optarsi per la dichiarazione di incostituzionalità della norma di cui al terzo comma dell'art. 3 d. lgs. 72/2000, a vantaggio della prevalenza della norma abrogatrice del corrispondente regime di parità di trattamento previsto dalla legge 1369/60 all'art. 3.

Non si può peraltro non evidenziare come tale soluzione sollevi due fondamentali dubbi.

Sotto un primo profilo, in questo modo viene favorita la sopravvivenza di una norma più sfavorevole per il lavoratore a discapito di una più vantaggiosa che verrebbe così espunta dall'ordinamento.

⁽⁶¹⁾ Corte Cost. 30 gennaio 1980, 10, in Giur. Cost., 1980, I, 67 ss.

⁽⁶²⁾ Il che, come già anticipato, rischia di tradursi in una distorsione del principio di concorrenza in quanto ne risulterebbe avvantaggiato l'appaltatore italiano in quanto potenzialmente posto in grado di sopportare costi economici minori

⁽⁶³⁾ Cass. 29 luglio 1992, n. 383, in Giur. Cost. 1992, 3092 ss.

Sotto un secondo profilo, una simile soluzione pone il problema della ammissibilità di un'ipotesi di "incostituzionalità sopravvenuta" causata dal contrasto con una norma introdotta successivamente da una norma di pari grado.

Per concludere si deve evidenziare che, pur prescindendo dalla violazione del principio costituzionale di ragionevolezza, è configurabile comunque, a seguito dell'abrogazione della legge 1369, un contrasto con i principi del trattato europeo e in particolare con le norme finalizzate ad attuare il mercato unico europeo ed a proibire gli aiuti di stato.

Ed invero, come già accennato, la diversificazione di disciplina per le due ipotesi in cui l'appalto debba essere eseguito da un'impresa avente sede in Italia o in un diverso paese membro dell'Unione Europea, oltre a risultare totalmente irrazionale, non costituendo evidentemente valida causa di diversificazione della disciplina applicabile la nazionalità dell'appaltatore, è suscettibile di produrre un'alterazione del regime di libera concorrenza nel mercato europeo creando una situazione di vantaggio per le imprese italiane rispetto alle imprese aventi sede in altro paese membro della comunità.

Mentre infatti l'appaltatore straniero, nell'ambito di un appalto da eseguirsi *all'interno dell'azienda* del committente italiano, in forza della previsione del terzo comma dell'art. 3 del d. lgs. n. 72 del 2000, sarebbe tenuto al rispetto del principio di parità di trattamento dei confronti dei propri lavoratori per cui sarebbe obbligato a garantire agli stessi, in solido con il committente, "*un trattamento minimo inderogabile retributivo e ad assicurare un trattamento normativo non inferiore*" a quelli spettanti ai dipendenti di quest'ultimo, nel caso in cui l'appalto fosse affidato ad un appaltatore italiano tali vicoli non risulterebbero operanti attesa l'abrogazione della legge 1369 del 1960.

Risulta allora di intuitiva evidenza la distorsione al regime di libera concorrenza e in generale al principio della creazione del mercato unico europeo che un simile ingiustificata disparità di trattamento è suscettibile di produrre favorendo le aziende nazionali in quanto, potendo sostenere costi minori, potranno offrire l'esecuzione dell'appalto a prezzi ridotti senza, peraltro, che il committente sia obbligato a garantire, ai suoi dipendenti il trattamento economico e normativo summenzionato.

L'evidente contrasto con le finalità della istituzione della Comunità Europea e del Mercato Unico pone allora la possibilità che si profili il ricorso allo strumento della disapplicazione, da parte del giudice nazionale, della norma interna contrastante con quella comunitaria.

Pur partendo da un modo di intendere il rapporto tra l'ordinamento interno e quello comunitario diverso da quello fatto proprio dalla Corte di Giustizia della Comunità Europea, la Corte delle Leggi ha riconosciuto il principio per cui la conformazione dell'ordinamento interno alle prescrizioni e finalità del trattato avviene in termini di immediatezza e di prevalenza cosicché la normativa interna arretra di fronte alla normazione comunitaria. Ne deriva che nell'ipotesi in cui si configuri un contrasto tra una norma comunitaria ed una interna il giudice nazionale dovrà, in via

diretta, e senza dover preventivamente ricorrere alla Corte Costituzionale, disapplicare la norma interna di segno opposto o incompatibile.

Applicando questi principi alla questione che ci occupa, e visto l'evidente contrasto tra le finalità del trattato e gli effetti prodotti dall'art. 3 d. lgs. 72/2000, si deve concludere che, nell'ipotesi in cui sorga una controversia nella quale dovesse trovare applicazione la citata norma il giudice adito sarebbe tenuto a disapplicarla in quanto contrastante con l'ordinamento comunitario.

7. La direttiva Bolkestein e il fallimento del tentativo di introdurre il principio del paese di origine

A conclusione del discorso sulla disciplina applicabile agli appalti transnazionali, merita di essere spesa qualche parola sulla cd. direttiva Bolkestein⁽⁶⁴⁾, che, nel suo progetto iniziale, prevedeva il superamento della regola dell'applicazione ai lavoratori distaccati della disciplina prevista dal paese di esecuzione della prestazione lavorativa, a favore del principio del paese di origine.

In forza di tale regola, con l'obiettivo di introdurre anche in materia lavoristica la il principio del mutuo riconoscimento fra i paesi membri dell'Unione Europea, si sarebbe prodotto l'effetto di sottrarre l'imprenditore prestatore del servizio in un paese diverso da quello d'origine al rispetto delle regole previste dallo Stato nel quale il servizio stesso deve essere reso.

Tale direttiva, nella sua formulazione originaria, ha dovuto scontrarsi con le aspre critiche mosse sia dagli studiosi della materia⁽⁶⁵⁾ che dalle organizzazioni di lavoratori, ambientaliste e politiche, tutte concentrate sul timore che il recepimento di un simile principio avrebbe innestato una corsa al ribasso delle tutele per evitare che i paesi più garantisti perdessero terreno nei confronti di quelli in cui il livello di protezione del lavoratore fosse più basso. Pericolo tanto più attuale se si tiene conto dell'ingresso nella Comunità di numerosi paesi dell'Est europeo il cui livello di protezione del lavoro subordinato è senza dubbio di molto inferiore a quello previsto dalla legislazione dei paesi più ricchi.

Il rumoroso coro di critiche sollevato contro l'iniziale formulazione della direttiva Bolkestein ha comportato un mutamento del suo testo e l'abbandono del principio del paese di origine.

⁽⁶⁴⁾ Il cui nome deriva dal cognome del suo proponente, il commissario europeo Bolkestein: proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa ai servizi nel mercato interno, Com (2004) 2 def. del 25 febbraio 2004.

⁽⁶⁵⁾ Per un esame del dibattito sviluppatosi in Italia si rinvia, tra gli altri, a: A. Lo Faro, "Turisti e vagabondi": riflessioni sulla mobilità internazionale dei lavoratori nell'impresa senza confini, in *Lav. Dir.*, 2005, pp. 461 ss.; A. Heimler, *La direttiva Bolkestein*, in *Merc. Conc. Reg.*, 2006, 1, pp. 95 ss.; A. Bellavista, *Armonizzazione e concorrenza tra ordinamenti nel diritto del lavoro*, cit., part. p. 26 ss.; U. Carabelli, *Una sfida determinante per il futuro dei diritti sociali in Europa: la tutela dei lavoratori di fronte alla libertà di prestazione dei servizi nella CE*, cit., part. pp. 84 ss.; M. Pallini, *Il caso Laval-Vaxholm: il diritto del lavoro comunitario ha già la sua Bolkestein?*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2006, II, pp. 239 ss.

Il contenuto del testo della direttiva definitivamente approvato ⁽⁶⁶⁾ prevede infatti che le disposizioni in essa contenute non trovino applicazione nel caso in cui esse si pongano in contrasto con le norme di altri atti comunitari, tra i quali è espressamente considerata la direttiva 96/71/CE, sin qui esaminata.

In conclusione, allo stato attuale, la materia degli appalti transnazionali continua ad essere regolamentata dalla disciplina contenuta nella direttiva 96/71/CE e, per quanto a noi interessa, nel d. lgs. 72/2000, che ha trasposto la stessa direttiva nell'ordinamento giuridico italiano.

Il movimento creatosi contro l'introduzione del principio del paese di origine ha dunque consentito di contrastare quella tendenza alla riduzione del livello del regime posto a protezione del lavoro subordinato che quel principio avrebbe probabilmente innestato.

8. Conclusioni

Nelle pagine che precedono si è cercato di mettere in luce come l'appartenenza dell'Italia all'Unione Europea imponga di esaminare le tecniche di tutela predisposte dal legislatore nazionale alla luce dei vincoli derivanti dall'ordinamento giuridico europeo.

In particolare, si è visto come l'introduzione di obblighi di assunzione in caso di successione nell'appalto, pur non essendo di per sé incompatibili con le libertà economiche sanzionate dal trattato istitutivo della comunità europea, deve essere vagliata al fine di appurare se le istanze di tutela dell'occupazione che le stesse mirano a soddisfare assumano un'importanza tale da giustificare la potenziale restrizione del principio di concorrenza che da quegli obblighi potrebbe derivare.

Da altro punto di vista, si è poi posto in evidenza come proprio la materia degli appalti internazionali rappresenti uno dei contesti nei quali si pone con particolare rilevanza il tema della competizione fra ordinamenti giuridici e della attuazione, in concreto, della libertà di circolazione delle imprese nella erogazione dei servizi.

Al riguardo è emersa la sempre maggiore importanza assunta dalle istanze sociali ed, in generale, dai valori extra-economici nella elaborazione della normativa comunitaria. Importanza tale da giustificare la scelta di abbandonare l'idea di introdurre una regola, quale quella del paese di origine, senza dubbio maggiormente conforme all'esigenza di garantire la creazione di un mercato unico fondato sulle quattro libertà economiche e sul principio della piena concorrenza, per evitare che il costo del raggiungimento di un simile obiettivo sia quello di una riduzione generalizzata delle tutele riconosciute dai vari ordinamenti nazionali a tutela del lavoro subordinato.

A questo punto è necessario passare ad esaminare il sistema delle tutele predisposte dal legislatore italiano a protezione dei lavoratori impiegati dall'appaltatore per l'esecuzione dell'opera o del servizio.

⁽⁶⁶⁾ La direttiva, recante n. 2006/123/CE, è stata definitivamente approvata il 12 dicembre 2006 ed è pubblicata nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea, 27 dicembre 2006, L 376/36.

L'esame di tale disciplina, profondamente modificata dalla riforma del mercato del lavoro realizzata dal d. lgs. 276/03 e dai numerosi provvedimenti normativi che a questo sono seguiti, assume un'importanza determinante anche in relazione al labile confine sussistente fra appalto di servizi *labour intensive* e somministrazione di lavoro.

Come si è cercato di mettere in evidenza nel primo capitolo, invero, la smaterializzazione dell'organizzazione produttiva cagionata dalle profonde modificazioni subite dal contesto economico e tecnologico ha reso particolarmente difficile distinguere l'ipotesi della mera somministrazione di prestazioni di lavoro da quella nella quale un imprenditore, in piena autonomia, dirige e gestisce le prestazioni lavorative dei propri dipendenti per la realizzazione di un autonomo risultato produttivo.

Di fronte alla difficoltà di distinguere le due fattispecie, il sistema delle tutele predisposte dall'ordinamento a protezione dei dipendenti dell'appaltatore assume un'importanza determinante nella formazione della scelta del committente di avvalersi di questo strumento piuttosto che della somministrazione di lavoro.

Il costo derivante dagli obblighi imposti dal legislatore in capo all'appaltatore nei confronti dei propri dipendenti, se comparato con quelli connessi alla stipulazione di un contratto per la somministrazione di lavoro subordinato, può orientare la scelta del committente verso l'una o l'altra alternativa, a detrimento della effettività delle tutele predisposte dall'ordinamento a protezione del lavoro subordinato.

CAPITOLO QUARTO

Le tecniche di tutela individuale del lavoratore

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Il quadro normativo di riferimento e l’eliminazione del principio di parità di trattamento negli appalti interni – 3. Natura giuridica dell’azione diretta ex art. 1676 cod. civ. – 4. L’ambito di applicazione dall’art. 1676 cod. civ. – 5. L’obbligazione solidale del committente ex art. 29 d. lgs. 276/03 – 6. La sfera di applicazione della responsabilità solidale – 6 bis. Il termine decadenziale di due anni opera anche per l’ente previdenziale? – 7. Il rapporto fra art. 29 d. lgs. 276/03 e art. 1676 cod. civ. – 8. Le tutele nel subappalto – 9. Il ruolo del committente nella tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori dipendenti dell’appaltatore – 10. L’applicabilità dell’art. 29 d. lgs. 276/03 alle pubbliche amministrazioni

1. Premessa

Sin dalla promulgazione del codice civile nel 1942, il legislatore, nel dettare la disciplina del contratto di appalto, aveva rivolto la propria attenzione ai lavoratori dipendenti dell’appaltatore riconoscendo a loro favore, con l’art. 1676, in aggiunta agli ordinari strumenti previsti dall’ordinamento per ottenere l’adempimento degli obblighi contrattuali, la possibilità di agire direttamente nei confronti del committente (dunque di un soggetto terzo rispetto al contratto di lavoro) per conseguire quanto loro dovuto, fino alla concorrenza del debito che il committente ha verso l’appaltatore nel tempo in cui essi propongono la domanda ⁽¹⁾.

Al riconoscimento in capo ai dipendenti dell’appaltatore di tale diritto, autonomo rispetto a quello vantato dall’appaltatore nei confronti del committente per il pagamento del corrispettivo, si è successivamente affiancato l’obbligo dell’imprenditore appaltante di garantire a favore dei medesimi lavoratori, in solido con l’appaltatore, un trattamento minimo inderogabile retributivo e un trattamento normativo non inferiori a quelli spettanti ai dipendenti del committente, oltre all’adempimento di tutti gli obblighi derivanti dalle leggi di previdenza e assistenza ⁽²⁾. A questo ulteriore strumento di protezione, introdotto dall’art. 3 della legge 23 ottobre 1960, n. 1369, era però riconosciuto un ambito di applicazione limitato ai soli appalti da realizzarsi “all’interno dell’azienda” del committente ⁽³⁾.

⁽¹⁾ In realtà anche il codice civile del 1865 conferiva un’azione analoga a quella prevista dall’attuale art. 1676 cod. civ. Recitava infatti l’art. 1645: “*gli artefici, impiegati alla costruzione di un edificio o di altra opera data in appalto, non hanno azione contro il committente dei lavori, se non fino alla concorrenza del debito che egli ha verso l’imprenditore, nel tempo in cui promuovono la loro azione*”. Al riguardo cfr. L. Barassi, *Natura dell’azione contro il committente concessa dall’art. 1645 cod. civ.*, in *Foro It.*, 1913, I, 118.

⁽²⁾ Sul punto, tra i tanti: E. Loriga, *La disciplina giuridica del lavoro in appalto*, Milano, 1965, p. 207 ss.; S. Spano, *Il divieto di interposizione nelle prestazioni di lavoro*, Milano, 1965, p. 73 ss.; L. Mariucci, *Il lavoro decentrato, Discipline legislative e contrattuali*, Milano, 1979, p. 179; L. Guaglione, *La disciplina degli appalti “introaziendali” e il contenuto dell’obbligazione solidale*, in O. Mazzotta (a cura di), *Nuove tecnologie e rapporti fra imprese*, Milano, 1990, p. 121; G. De Simone, *Titolarità dei rapporti di lavoro e regole di trasparenza*, F. Angeli, 1995, p. 146; M.T. Carinci, *Art. 2127: la fornitura di lavoro altrui: interposizione, comando, lavoro temporaneo, lavoro negli appalti*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 526.

⁽³⁾ Per il dibattito che si sviluppò in dottrina e per le soluzioni accolte dalla giurisprudenza circa il significato da attribuire alla locuzione “all’interno delle aziende” si veda, per tutti, L. Corazza, *Appalti*

Dopo un lungo periodo, nel quale l'attenzione della dottrina ⁽⁴⁾ e della giurisprudenza ⁽⁵⁾ si è principalmente concentrata sulla ricerca di una adeguata definizione dei confini fra appalto ed interposizione nell'obiettivo di conciliare i contenuti della legge n. 1369 del 1960 con le profonde modificazioni che nei lustri successivi ha subito il contesto economico e produttivo italiano, il legislatore è intervenuto sulla materia degli appalti e della interposizione in maniera dirompente con l'obiettivo di rispondere, ad un tempo, tanto alle sollecitazioni riguardanti la necessità di una revisione dell'assetto normativo, quanto alle istanze di rafforzamento delle tecniche di tutela dei lavoratori coinvolti nella esecuzione di attività in appalto; rafforzamento ispirato ad un coinvolgimento sempre più esteso dell'appaltante nelle responsabilità dell'appaltatore ⁽⁶⁾.

Tale intervento è stato ampio, ma non sempre lucido, così da chiamare l'interprete alla risoluzione di numerose questioni sia sul piano più specificamente pratico di applicazione degli istituti di nuova introduzione, sia su quello più ampio di ricostruzione

<interni> all'azienda: inadeguatezza del criterio topografico alla luce delle tecniche di esternalizzazione dell'impresa, in *Mass. Giur. Lav.*, 1998, pagg. 848 ss.

⁽⁴⁾ Su questo tema, oltre ai testi citati alla nota n. 2, si vedano, tra i tanti: O. Mazzotta, *Rapporti interpositori e contratto di lavoro*, Milano, 1979; F. Scarpelli, *Interposizione e appalto nel settore dei servizi informatici*, in O. Mazzotta (a cura di), *Nuove tecnologie e rapporti fra imprese*, Giuffrè, Milano, 1990, pp. 43 ss.; P. Ichino, *Il diritto del lavoro e i confini dell'impresa*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, n. 82-83, 1999, 2-3, pp. 220 ss.; R. Romei, *Cessione di ramo di azienda e appalto*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, n. 82-83, 1999, 2-3, p. 366 ss.; O. Bonardi, *L'utilizzazione indiretta dei lavoratori*, FrancoAngeli, Milano, 2001, pp. 75 ss.; P. Bellocchi, *Interposizione e subordinazione*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2001, p. 125; R. De Luca Tamajo, *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo di azienda e rapporti di fornitura*, in *I processi di esternalizzazione*, a cura di R. De Luca Tamajo, ESI, Napoli, 2002, pp. 40 ss.; L. Calcaterra, *Il divieto di interposizione nelle prestazioni di lavoro: problemi applicativi e prospettive di riforma*, in *I processi di esternalizzazione*, a cura di R. De Luca Tamajo, ESI, Napoli, 2002, pp. 147 ss.

⁽⁵⁾ Il panorama giurisprudenziale in materia è ampio e variegato. Tra le sentenze più importanti si ricordano: Cass., SS. UU., 19 ottobre 1990, n. 10183, in *Foro It.*, 1992, I, c. 524, con nota di F. Scarpelli; Cass., SS.UU., 21 marzo 1997, n. 2517, in *Foro It.*, 1997, I, c. 3318, in *Giust. Civ.*, 1997, I, p. 1205, in *Not. Giur. Lav.*, 1997, p. 190 e in *Mass. Giur. Lav.*, 1997, p. 851, con nota di C.M. Cammalleri; Cass. 30 ottobre 2002, n. 15337, in *Foro It.*, 2003, I, c. 815; Cass. 11 settembre 2000, n. 11957, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2001, II, p. 253, con nota di G. Zilio Grandi; Cass. 6 aprile 2001, n. 5185, in *Riv. Crit. Dir. Lav.*, 2001, p. 686; Cass. 22 agosto 2003, n. 12363, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1, 2004, pp. 48 ss., con nota di L. Calcaterra.

⁽⁶⁾ In particolare P. Ichino, *Il diritto del lavoro e i confini dell'impresa*, cit., spec. pp. 264 ss., aveva sostenuto la necessità di superare le rigidità insite nel divieto di interposizione sancito dall'art. 1 della legge 1369/60, da un lato, liberalizzando il ricorso alla somministrazione di lavoro esercitata in forma imprenditoriale, dall'altro, accrescendo le tutele a favore dei dipendenti dell'appaltatore attraverso la fissazione di un divieto di trattamenti economici o normativi inferiori rispetto a quelli cui hanno diritto i dipendenti del committente e l'introduzione di una responsabilità solidale di quest'ultimo con il fornitore. Indica come preferibile la strada della creazione di un sistema di responsabilità congiunte quale "paradigma regolativo" di tutte le forme di decentramento anche L. Corazza, "Contractual integration" e rapporti di lavoro. *Uno studio sulle tecniche di tutela del lavoratore*, Padova, 2004, pp. 252 ss., la quale sottolinea come questa scelta possa funzionare da incentivo alla selezione di partners contrattuali seri ed economicamente affidabili scongiurando il ricorso al decentramento al fine di ridurre i costi di organizzazione (sul punto spec. p. 73). Nello stesso senso F. Scarpelli, *Il mantenimento dei diritti del lavoratore nel trasferimento d'azienda. Problemi vecchi e nuovi*, in *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2004, pp. 91 ss., che sottolinea l'opportunità di rafforzare il regime di responsabilità solidale fra committente e appaltatore nell'ipotesi in cui l'appalto sia stipulato al termine di un'operazione di cessione di ramo di azienda.

delle ripercussioni sistematiche che il nuovo impianto normativo è suscettibile di produrre ⁽⁷⁾.

In questa sede, l'attenzione sarà rivolta ai nuovi meccanismi di tutela introdotti con l'art. 29 d. lgs. 276/03 nel tentativo di fare chiarezza sul loro funzionamento alla luce delle numerose modificazioni che la norma ha già subito in meno di quattro anni dalla sua promulgazione.

2. Il quadro normativo di riferimento e l'eliminazione del principio di parità di trattamento negli appalti interni

La riforma del mercato del lavoro realizzata con il d. lgs. 10 settembre 2003, n. 276 ha profondamente inciso sul previgente sistema delle tutele dei lavoratori impiegati nell'esecuzione di appalti di opere o di servizi, da un lato, abrogando integralmente la legge (l. n. 1369/60) che costituiva il fulcro di quel sistema, dall'altro, introducendo uno specifico regime di responsabilità solidale fra committente e appaltatore - che, nelle intenzioni del legislatore delegante ⁽⁸⁾, avrebbe dovuto essere limitato all'ipotesi della stipulazione del contratto di appalto nell'ambito di una più ampia operazione di esternalizzazione preceduta da un trasferimento di ramo di azienda - il cui ambito di applicazione è stato modificato con tre successivi interventi normativi ⁽⁹⁾.

L'iniziale formulazione dell'art. 29, secondo comma, del d. lgs. 10 settembre 2003, n. 276 prevedeva che *“in caso di appalto di servizi il committente imprenditore o datore di lavoro è obbligato in solido con l'appaltatore, entro il limite di un anno dalla cessazione dell'appalto, a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi e i contributi previdenziali dovuti”*.

Accanto a tale previsione, l'art. 32 aveva stabilito l'aggiunta di un sesto comma all'art. 2112 cod. civ., in materia di trasferimento di azienda collegato ad un'ipotesi di esternalizzazione, che così disponeva: *“nei casi in cui l'alienante stipuli con l'acquirente un contratto di appalto la cui esecuzione avviene utilizzando il ramo di azienda oggetto di cessione, tra appaltante e appaltatore opera un regime di solidarietà di cui all'articolo 1676”*.

Il testo delle norme citate aveva suscitato numerose critiche da parte della dottrina che aveva evidenziato dubbi di legittimità costituzionale sia sul piano dell'eccesso di delega ⁽¹⁰⁾, sia in relazione alla non giustificata disparità di trattamento che le stesse

⁽⁷⁾ Per la trattazione di questi temi si rinvia al primo capitolo.

⁽⁸⁾ La legge delega (14 febbraio 2003, n. 30) in attuazione della quale è stato adottato il d. lgs. 10 settembre 2003, n. 276, disponeva all'art. 1, comma 2°, lettera p), punto 3), la *“previsione di un regime particolare di solidarietà tra appaltante e appaltatore, nei limiti di cui all'articolo 1676 del codice civile, per le ipotesi in cui il contratto di appalto sia connesso ad una cessione di ramo di azienda”*.

⁽⁹⁾ I due interventi normativi cui si fa riferimento nel testo sono il decreto legge 4 luglio 2006, n. 223 (convertito con la legge 4 agosto 2006, n. 248 ed applicabile a tutti i contratti di appalto e subappalto di opere, forniture e servizi stipulati successivamente al 4 luglio 2006) e la legge finanziaria per il 2007 (legge 27 dicembre 2006, n. 296).

⁽¹⁰⁾ Va infatti sottolineato che la legge 14 febbraio 2003, n. 30, con la quale il Parlamento ha delegato il Governo a riformare il mercato del lavoro, non prevedeva affatto una modifica del regime di

introducevano fra i lavoratori impiegati in un appalto di opere e quelli impiegati in un appalto di servizi ⁽¹¹⁾.

Nel tentativo di eliminare gli aspetti critici della disciplina in commento, il Governo ha varato un nuovo decreto legislativo (6 ottobre 2004, n. 251), correttivo del d. lgs. 276 del 2003, che ha modificato sia il secondo comma dell'art. 29, sia l'ultimo comma dell'art. 32.

Con il primo emendamento è stata eliminata l'accennata irrazionale distinzione fra appalto di opere e appalto di servizi.

Con la seconda modifica, il regime di responsabilità solidale negli appalti è stato reso unico, affermando l'applicabilità dello stesso anche all'appalto stipulato successivamente ad un trasferimento di azienda ⁽¹²⁾.

A questi emendamenti hanno fatto seguito due ulteriori interventi normativi che, con il duplice obiettivo di contrastare l'evasione fiscale e contributiva ⁽¹³⁾ e di responsabilizzare i committenti nella scelta degli appaltatori, hanno apportato considerevoli novità pur mantenendo inalterata la struttura dell'obbligazione gravante sul committente, qualificata come obbligazione solidale.

Per sommi capi, salvo tornare più avanti con maggiore analiticità sull'esame delle nuove disposizioni, si può dire che queste ultime hanno introdotto le seguenti novità.

Il primo degli interventi citati ⁽¹⁴⁾, da un lato, ha esteso il ventaglio delle prestazioni, gravanti per legge sul datore di lavoro, per l'adempimento delle quali il committente è responsabile solidalmente e, dall'altro, ha introdotto una considerazione specifica alla fattispecie del subappalto.

Sotto il primo profilo, infatti, la responsabilità gravante sul committente in base all'art. 29 è stata estesa alla *effettuazione ed al versamento delle ritenute fiscali sui redditi di lavoro dipendente*.

Sotto il secondo profilo, è stato disposto che *l'appaltatore risponde in solido con il subappaltatore della effettuazione e del versamento delle ritenute fiscali sui redditi di*

responsabilità di committente e appaltatore, ma soltanto una chiarificazione dei criteri di distinzione fra appalto e interposizione (art. 1, comma 2, lett. m, n. 3. Sul punto v. A. Maresca, *Modifica all'art. 2112 comma quinto, del codice civile*, in Pedrazzoli (coordinato da), *Il nuovo mercato del lavoro*, Zanichelli, Bologna, 2004, pp. 386 s.). Si deve ritenere, comunque, che i dubbi di legittimità costituzionale della norma in rapporto con i principi fissati dalla legge delega siano superati dalle modifiche introdotte dalla legge finanziaria per il 2007, per gli appalti stipulati successivamente alla promulgazione di quest'ultima. Il nuovo testo del secondo comma dell'art. 29 cit., essendo il prodotto dell'esercizio del potere legislativo che spetta originariamente al parlamento, non ha infatti più alcun legame con la legge 30/03.

⁽¹¹⁾ Per ulteriori approfondimenti su questo aspetto si rinvia a I. Alvino, *Riforma del mercato del lavoro: possibili ripercussioni sui processi di esternalizzazione*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2004, 1, pp. 284 ss.

⁽¹²⁾ Il testo dell'ultimo comma dell'art. 32 d. lgs. 276/03 è stato così modificato: *“nei casi in cui l'alienante stipuli con l'acquirente un contratto di appalto la cui esecuzione avviene utilizzando il ramo di azienda oggetto di cessione, tra appaltante e appaltatore opera un regime di solidarietà di cui all'art. 29, comma 2, del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276”*

⁽¹³⁾ Si legge nella circolare n. 28/E del 4 agosto 2006, dell'Agenzia delle Entrate che le finalità del d.l. 4 luglio 2006, n. 223 sono quelle di “incrementare il livello di adempimento degli obblighi fiscali, previdenziali ed assicurativi cui sono tenute le imprese che operano in qualità di appaltatori e subappaltatori sia a migliorare le garanzie per enti impositori e previdenziali di riscuotere i propri crediti”.

⁽¹⁴⁾ Si tratta del d.l. 4 luglio 2006, n. 223: cfr. nota n. 9.

lavoro dipendente e del versamento dei contributi previdenziali e dei contributi assicurativi obbligatori per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali dei dipendenti a cui è tenuto il subappaltatore.

Con il secondo intervento ⁽¹⁵⁾, il legislatore ha invece operato su più fronti.

In primo luogo ha modificato ancora una volta il secondo comma dell'art. 29 eliminando il riferimento, introdotto con il d. lgs. 251/04, alla possibilità di deroga del regime di solidarietà da parte della contrattazione collettiva, estendendo la responsabilità a favore dei dipendenti degli eventuali subappaltatori ed innalzando il limite temporale di efficacia del vincolo a due anni dalla cessazione dell'appalto.

In secondo luogo, a queste tutele sul piano economico sono stati affiancati specifici obblighi in capo al committente a protezione della sicurezza e della salute dei dipendenti dell'appaltatore o dei lavoratori autonomi cui lo stesso abbia affidato lavori *all'interno della propria azienda, o di una singola unità produttiva della stessa, nonché nell'ambito dell'intero ciclo produttivo dell'azienda medesima* ⁽¹⁶⁾.

Tenuto conto della indicata evoluzione normativa, venuto meno l'obbligo della parità di trattamento fra dipendenti del committente e dipendenti dell'appaltatore - in passato previsto per gli appalti da realizzarsi "all'interno dell'azienda" del committente - il sistema delle tutele economiche stabilite a favore di questi ultimi deve essere, dunque, ricondotto principalmente alla disciplina oggi dettata dagli artt. 1676 cod. civ. e 29 d. lgs. 276 del 2003 (al quale fa riferimento, come detto, l'art. 32 del decreto) senza che assuma più alcuna rilevanza la distinzione fra appalti "interni" e appalti "esterni" all'azienda del committente.

Le altre norme citate, che pure saranno esaminate nel prosieguo, si occupano, infatti, come anticipato, esclusivamente di estendere l'ambito di applicazione della responsabilità solidale gravante sul committente in forza dell'art. 29 d. lgs. 276/03.

I passaggi successivi dell'indagine dovranno dunque essere rivolti ad esaminare la struttura degli obblighi posti dagli artt. 1676 cod. civ. e 29 d. lgs. 276/03 e il rapporto

⁽¹⁵⁾ Si tratta della legge finanziaria per il 2007: l. 27 dicembre 2006, n. 296.

⁽¹⁶⁾ Con il comma 910 dell'art. 1 della legge finanziaria per il 2007, è stato infatti modificato l'art. 7 del d. lgs. 19 settembre 1994, n. 626 che disciplina gli obblighi di tutela della sicurezza e salute dei lavoratori in caso di appalto. In particolare, il testo del comma 910 è il seguente: "All'art. 7 del decreto legislativo 19 settembre 1994, n. 626, sono apportate le seguenti modificazioni: a) al comma 1, l'alinea è sostituito dal seguente: <Il datore di lavoro, in caso di affidamento dei lavori a imprese appaltatrici o a lavoratori autonomi all'interno della propria azienda, o di una singola unità produttiva della stessa, nonché nell'ambito dell'intero ciclo produttivo dell'azienda medesima>; b) è aggiunto, in fine, il seguente comma: <3-bis. L'imprenditore committente risponde in solido con l'appaltatore, nonché con ciascuno degli eventuali ulteriori subappaltatori, per tutti i danni per i quali il lavoratore, dipendente dall'appaltatore o dal subappaltatore, non risulti indennizzato a opera dell'Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro>". A queste modifiche hanno fatto seguito le ulteriori integrazioni apportate al d. lgs. 626/94 dalla legge 3 agosto 2007, n. 123 (pubbl. in G.U. 10 agosto 2007, n.185). Quest'ultima legge, per il cui esame si rinvia al paragrafo 10, ha peraltro delegato il Governo ad emanare, entro nove mesi dalla data di entrata in vigore della legge, uno o più decreti legislativi finalizzati ad operare, tra l'altro, una revisione delle disposizioni, in materia di appalti, afferenti la tutela della salute e sicurezza dei lavoratori nei luoghi di lavoro.

specifico fra gli stessi intercorrente al fine di appurare se vi sia o meno coincidenza fra gli ambiti di applicazione delle due norme.

3. Natura giuridica dell'azione diretta ex art. 1676 cod. civ.

L'art. 1676 cod. civ., come noto, attribuisce a coloro che abbiano dato alle dipendenze dell'appaltatore la loro attività per eseguire l'opera o per prestare il servizio la facoltà di proporre un'azione diretta nei confronti del committente per conseguire quanto loro dovuto da parte dell'appaltatore.

La dottrina oggi prevalente ⁽¹⁷⁾ ritiene che la norma in oggetto conferisca al dipendente dell'appaltatore un'azione con la quale lo stesso esercita, nei confronti del committente, non il credito dell'appaltatore in via surrogatoria ⁽¹⁸⁾, ma direttamente il proprio credito al pagamento della retribuzione maturata.

Secondo l'impostazione predominante, dunque, il termine "azione" utilizzato dal legislatore non qualifica la posizione dei lavoratori in termini di diritto processuale ⁽¹⁹⁾, ma presuppone l'esistenza di una posizione sostanziale che, pur nell'assenza di un rapporto giuridico formale tra i dipendenti dell'appaltatore e il committente, lega tali soggetti ⁽²⁰⁾.

Tale rapporto ha natura autonoma rispetto a quello creato dal contratto di appalto fra committente e appaltatore; di qui l'opinione consolidata, anche in giurisprudenza, che l'azione ex art. 1676 cod. civ. sia esperibile anche in caso di fallimento dell'appaltatore ⁽²¹⁾, che la competenza a conoscerne sussista in capo al giudice del

⁽¹⁷⁾ Pacifica l'impossibilità di ricondurre l'azione conferita agli ausiliari dell'appaltatore nei confronti del committente al modello dell'azione surrogatoria, diverse sono state le teorie elaborate nel tentativo di individuare la natura della stessa. In particolare si è fatto riferimento agli istituti del mandato, della gestione di affari, dell'indebito arricchimento, del privilegio, della sostituzione processuale. Per una ricostruzione delle varie teorie si veda G. Andreoli, *La tutela rafforzata dei crediti dei lavoratori dipendenti dell'appaltatore*, Giuffrè, Milano, 1961, p. 26 ss., il quale sostiene che non sarebbe un diritto proprio degli ausiliari, ma esercizio del diritto dell'appaltatore che si è a loro trasferito.

⁽¹⁸⁾ Cfr. D. Rubino, *L'appalto*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da F. Vassalli, IV ed., UTET, Torino, 1980, p. 77; B. Miranda, *L'azione diretta dei dipendenti dell'appaltatore verso il committente*, in *Lavoro '80*, 1988, p. 843.

⁽¹⁹⁾ Dottrina risalente ha parlato di natura processuale dell'azione di cui all'art. 1676 cod. civ. talvolta qualificandola come azione di condanna (F. Benfatti, *Appunti in tema di azione diretta. Artt. 1595, 1676, 2867 cod. civ.*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1964, p. 642), talaltra come azione costitutiva (S. Pugliatti, *Diritto civile. Metodo, teoria, pratica. Saggi*, Milano, 1951, p. 193).

⁽²⁰⁾ Sul punto si vedano: B. Miranda, *L'azione diretta dei dipendenti dell'appaltatore verso il committente*, cit., p. 843; L. Corazza, *Appunti in tema di obbligazioni solidali e rapporti di lavoro*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1997, I, part. p. 80; M. Marinelli, *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 134.

⁽²¹⁾ Cass. 10 luglio 1984, n. 4051, in *Gius. Civ.*, 1985, I, p. 1744, con nota di Cappuccilli; Pret. Roma 28 dicembre 1993, in *Lav. Giur.*, 1994, p. 354, con nota di Mannacio; Pret. Roma 27 luglio 1994, in *Lav. Giur.*, 1995, p. 485. In dottrina, per una ricostruzione della posizione assunta dalla giurisprudenza, si veda M. Marinelli, *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, cit., pp. 145 ss. La norma in commento non costituisce però in capo agli ausiliari un diritto reale sulle somme dovute all'appaltatore, cosicché non possono domandarne la separazione in caso di fallimento del committente o di pignoramento da parte di altri creditori. Sul punto: M.T. Carinci, *Art. 2127: la fornitura di lavoro altrui*, cit., p. 475; D. Rubino - G. Iudica, *Dell'appalto*, cit., pp. 494 s.

lavoro ⁽²²⁾ e che, ai fini dell'esercizio dell'azione in parola, sia irrilevante l'eventuale cessione a terzi da parte dell'appaltatore del suo credito nei confronti del committente ⁽²³⁾. Controversa è invece la questione se sia o meno configurabile in capo ad appaltatore e committente un litisconsorzio necessario ⁽²⁴⁾.

Nell'ambito di tale ricostruzione, mentre una parte della dottrina ⁽²⁵⁾ richiama l'istituto dell'obbligazione solidale dal lato passivo, inquadrandola nella categoria delle obbligazioni soggettivamente complesse ad interesse comune ed identificando la fonte unitaria dell'obbligazione solidale nel collegamento negoziale fra contratto di lavoro e contratto di appalto, altri Autori sostengono che l'obbligazione cui fa riferimento l'art. 1676 cod. civ. non sarebbe riconducibile alla categoria delle obbligazioni soggettivamente complesse, ma piuttosto a quella delle obbligazioni ad interesse unisoggettivo e che la natura solidale del vincolo conseguirebbe allora alla previsione di legge che, al venire ad essere della posizione complessa considerata, ricollega la nascita di quel vincolo senza necessità di far riferimento alla tesi del collegamento negoziale ⁽²⁶⁾.

La qualificazione della natura giuridica dell'obbligo posto in capo al committente dall'art. 1676 cod. civ. ed in particolare se lo stesso sia configurabile in termini di responsabilità solidale ⁽²⁷⁾, assume un'importanza determinante ai fini della chiarificazione del rapporto intercorrente con l'art. 29 d. lgs. 276/03, nel quale la responsabilità del committente è espressamente qualificata come solidale. Invero, solo nel caso in cui l'obbligo previsto dall'art. 1676 cod. civ. rientri nello schema delle obbligazioni solidali, si potrà sostenere una sovrapposizione degli ambiti di applicazione delle due norme poiché, solo in questo caso, le due obbligazioni avranno lo stesso oggetto.

⁽²²⁾ Cass. 6 giugno 1983, n. 3855, in *Mass. Giur. Lav.*, 1983, p. 1370; Cass. 14 dicembre 1998, n. 12551, *Rep. Foro It.*, 1998, Appalto, 23).

⁽²³⁾ Pret. Roma 28 dicembre 1993, cit.; Pret. Torino 7 ottobre 1993, in *Lav. Giur.*, 1994, p. 145. Per una ricostruzione delle tesi a favore e contro la soluzione proposta nel testo si veda M. Marinelli, *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, cit., pp. 143 ss.

⁽²⁴⁾ Secondo la tesi maggioritaria la necessità del litisconsorzio discenderebbe dal necessario collegamento fra legittimazione ad agire e contitolarità con l'appaltatore del rapporto sostanziale sulla base del quale agisce il lavoratore. In tal senso, Pret. Torino 12 luglio 1994, *Mass. Giur. Lav.*, 1994, p. 726, con nota di A. Caiafa. In senso contrario: Cass. 4 settembre 2000, n. 11607, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2001, II, p. 382, con nota di M. Cattani.

⁽²⁵⁾ L. Corazza, *Appunti in tema di obbligazioni solidali e rapporti di lavoro*, cit., pp. 87 ss.; Id., "Contractual integration" e rapporti di lavoro, cit., pp. 172 ss. In altra sede (*La tutela del lavoro nell'appalto*, in G. Amoroso - V. Di Cerbo - A. Maresca, *Il Diritto del Lavoro, Volume I*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 1239 ss.), seguendo l'opinione della dottrina maggioritaria, avevo ritenuto opportuno partire dalla qualificazione dell'obbligazione posta in capo al committente dall'art. 1676 cod. civ. in termini di responsabilità solidale. Questa configurazione, come cercherò di dimostrare nel prosieguo del testo, non risulta però conforme al dato normativo.

⁽²⁶⁾ M. Marinelli, *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, cit., pp. 144 e 172 ss.

⁽²⁷⁾ Recentemente ha sostenuto la tesi che l'art. 1676 cod. civ. ponga in capo al committente una responsabilità solidale anche P. Chieco, *Lavoro e responsabilità solidale negli appalti: dalla legge Bersani alla Finanziaria 2007*, in *Lav. Giur.*, 5, 2007, p. 474.

In questa prospettiva, si deve ritenere che la caratterizzazione della responsabilità del committente prevista dall'art. 1676 cod. civ. in termini di responsabilità solidale susciti numerose perplessità.

Tralasciando le questioni interpretative sorte circa la annoverabilità o meno delle obbligazioni solidali nella categoria delle obbligazioni soggettivamente complesse ⁽²⁸⁾, la dottrina identifica gli elementi caratterizzanti di questo istituto nella pluralità dei soggetti e nella identità della prestazione dovuta ⁽²⁹⁾. A questi due requisiti se ne affianca un terzo, l'*eadem causa obligandi*, che non tutti gli Autori che si sono occupati di questo tema ritengono necessaria al fine della configurazione dell'obbligazione solidale ⁽³⁰⁾.

In particolare, a prescindere dalle indagini relative ai requisiti della pluralità dei soggetti obbligati e della identità della fonte della obbligazione, particolare attenzione, ai fini della interpretazione dell'art. 1676 cod. civ., merita il requisito dell'*eadem res debita*, mai sufficientemente esaminato dalla dottrina che si è cimentata nella ricostruzione della natura giuridica della posizione del committente.

L'art. 1292 cod. civ. stabilisce che si ha obbligazione solidale allorché tutti i debitori sono obbligati per la medesima prestazione. Ciò significa che non si hanno tante prestazioni uguali quanti sono i debitori, ma è la stessa prestazione che ricorre per tutti ⁽³¹⁾.

Affinché la prestazione sia identica, non è però sufficiente che la prestazione che deve essere resa in adempimento delle due obbligazioni appartenga allo stesso genere (ad es. la dazione di una somma di denaro), ma è necessario, come è stato correttamente rilevato ⁽³²⁾, che le stesse siano rivolte a soddisfare il medesimo interesse.

Ebbene, nel caso dell'art. 1676 cod. civ. risulta assente, prima ancora che l'identità della fonte dell'obbligazione, la stessa identità della prestazione oggetto dell'obbligazione.

Se è vero, infatti, che il lavoratore che agisce direttamente nei confronti del committente agisce per ottenere l'adempimento dei crediti di cui è divenuto titolare in forza del rapporto di lavoro con l'appaltatore, il committente, pagando, non adempie l'obbligo gravante sull'appaltatore, ma il proprio obbligo nei confronti dell'appaltatore al pagamento del corrispettivo.

⁽²⁸⁾ F.D. Busnelli, *L'obbligazione soggettivamente complessa. Profili sistematici*, Milano, 1974; Id, *Obbligazioni soggettivamente complesse*, in *Enc. Dir.*, XXIX, Milano, 1979, p. 329; A. Di Majo, *Obbligazioni solidali (e indivisibili)*, in *Enc. Dir.*, XXIX, 1979, p. 298.

⁽²⁹⁾ Per un esame delle posizioni della dottrina sul tema si veda: C.M. Mazzoni, *Le obbligazioni solidali e indivisibili*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, II ediz., vol. 9, UTET, 1999, p. 735.

⁽³⁰⁾ Sulla questione della necessità o meno del requisito della *eadem causa obligandi* ai fini della sussistenza di un'obbligazione solidale si veda: F.D. Busnelli, *ult. op. cit.*, p. 333; De Acutis, *Solidarietà ed <eadem causa> in presenza di diverse fonti contrattuali di responsabilità*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, II, p. 370; M. Giorgianni, *Obbligazioni parziarie, solidali, divisibili, connesse*, in *Ann. Catania*, 1951-1953, p. 676.

⁽³¹⁾ Così D. Rubino, [Commentario al Codice civile. Obbligazioni alternative. Obbligazioni in solido. Obbligazioni divisibili e indivisibili \(artt. 1285-1320 del Cod. Civ.\)](#), Zanichelli, 1961, p. 135.

⁽³²⁾ D. Rubino, *ult. op. cit.*, p. 136.

Il suo pagamento realizza dunque l'interesse del lavoratore solo in via mediata essendo lo stesso rivolto alla soddisfazione dell'interesse dell'appaltatore alla percezione del corrispettivo dovuto in forza del contratto di appalto.

Tanto è vero che, da un lato, il pagamento al lavoratore non è dovuto se il committente non è più debitore dell'appaltatore, dall'altro, l'adempimento libera il committente dagli obblighi nascenti dal contratto di appalto.

Non essendoci corrispondenza dell'oggetto della prestazione, dunque, non è possibile configurare l'obbligo gravante sul committente come un'obbligazione solidale.

Ciò non comporta che l'azione esercitata dai dipendenti del committente assuma i caratteri di un'azione surrogatoria. Quest'ultima infatti si differenzia nettamente dal meccanismo solutorio realizzato dall'art. 1676 cod. civ. Mentre con quest'ultimo, invero, il lavoratore ottiene direttamente la soddisfazione del proprio credito, l'azione surrogatoria ha l'unica finalità di consentire al creditore di sostituirsi al proprio debitore nel compimento di atti la cui omissione potrebbe tradursi in una lesione dell'integrità patrimoniale dello stesso e, in ultima analisi, alla garanzia della soddisfazione dell'interesse del creditore che agisce in via surrogatoria.

Lo strumento previsto dall'art. 1676 cod. civ. è, dunque, uno strumento eccezionale previsto dalla legge che, al contempo, rafforza la posizione del debitore e realizza una economia di strumenti giuridici analoga a quella realizzata dall'istituto della delegazione di pagamento.

Come noto, invero, tramite il pagamento che il delegato compie su ordine del delegante si estinguono due differenti rapporti obbligatori: quello intercorrente fra il delegante e il delegato e quello intercorrente fra il delegante e il delegatario.

Il fulcro attorno al quale ruota tale istituto è l'ordine rivolto dal delegante al proprio debitore (ossia il delegato) di pagare al delegatario. Tale ordine consente, infatti, che l'adempimento della prestazione dovuta in base ad un rapporto estingua (o corrispondentemente riduca) il debito gravante sul delegato sulla base di un differente rapporto.

Nel nostro caso si realizza il medesimo meccanismo giuridico, con la differenza che, in assenza dell'ordine di pagamento da parte dell'appaltatore, è la legge che, con l'art. 1676 cod. civ., consente che l'adempimento (da parte del committente) della prestazione dovuta in base ad un rapporto obbligatorio estingua contemporaneamente l'obbligo gravante in capo al creditore (l'appaltatore) nei confronti di un terzo (il lavoratore).

In ultima analisi, l'art. 1676 cod. civ. non pone in capo al committente un'obbligazione solidale, ma realizza un'economia di mezzi giuridici tramite il riconoscimento di un'azione diretta in capo ai dipendenti dell'appaltatore. Tramite questa azione il committente adempie l'obbligo di pagamento del corrispettivo dovuto all'appaltatore in base al contratto di appalto e tale pagamento contestualmente consente l'estinzione dell'obbligazione gravante sull'appaltatore nei confronti dei lavoratori.

4. L'ambito di applicazione dell'art. 1676 cod. civ.

Non resta che esaminare l'ambito di applicazione di tale strumento.

L'azione è esperibile da parte dei lavoratori che siano legati da un rapporto di lavoro subordinato all'appaltatore e che abbiano prestato la loro attività nell'esecuzione dell'opera o del servizio oggetto del contratto di appalto commissionato dall'appaltante nei confronti del quale agiscono.

A tali conclusioni induce la stessa formulazione della norma che, al fine di individuare i soggetti legittimati attivi all'esercizio dell'azione, fa riferimento ai lavoratori che hanno dato la loro attività per conseguire l'opera o per prestare il servizio e che lo abbiano fatto alle dipendenze dell'appaltatore.

Ciò comporta che sono esclusi dalla possibilità di avvalersi della tutela apprestata dalla norma in commento, ad esempio, coloro che abbiano collaborato nell'esecuzione dell'appalto con prestazioni di lavoro autonomo, i subappaltatori⁽³³⁾, gli associati in partecipazione ed in generale tutti coloro che non siano legati all'appaltatore da un rapporto di lavoro subordinato⁽³⁴⁾.

Con riferimento all'impiego nell'esecuzione dell'opera o del servizio, qualche problema può sorgere, non tanto in ordine ai soggetti legittimati all'azione (che sono comunque quelli che abbiano prestato un'attività riconducibile all'esecuzione dell'appalto), quanto con riferimento al contenuto della domanda proposta nei confronti del committente⁽³⁵⁾.

Ai sensi dell'art. 1676 cod. civ. i dipendenti dell'appaltatore possono chiedere il pagamento di quanto è loro dovuto.

Tale formulazione, che limita l'oggetto dell'obbligazione alle sole retribuzioni maturate dal lavoratore alle dipendenze dell'appaltatore nel periodo nel quale ha prestato la propria attività per l'esecuzione del contratto di appalto, può porre qualche problema nelle frequenti ipotesi in cui l'appaltatore sia impegnato nella esecuzione di

⁽³³⁾ E' evidentemente ammissibile un'azione ex art. 1676 cod. civ. da parte dei dipendenti del subappaltatore nei confronti dell'appaltatore-committente in quanto anche il contratto di subappalto è un contratto ai sensi degli artt. 1655 ss. cod. civ.: in tal senso D. Rubino – G. Iudica, *Dell'appalto*, cit., p. 496.

⁽³⁴⁾ Tra i tanti: D. Rubino – G. Iudica, *Dell'appalto*, cit., p. 496; M. T. Carinci, *Art. 2127: la fornitura di lavoro altrui*, cit. p. 474.

⁽³⁵⁾ In passato si è a lungo ritenuto che l'azione ex art. 1676 cod. civ. non fosse invocabile nel caso in cui il committente dell'opera o del servizio fosse la Pubblica Amministrazione. Ciò era sostenuto richiamandosi agli artt. 9 e 351 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. F che, subordinando alla valutazione discrezionale della P.A. la efficacia di cessioni a terzi dei crediti derivanti dal contratto di appalto e la possibilità di sottoposizione al sequestro degli stessi, avrebbero affermato un principio di non sottraibilità all'appaltatore dei crediti derivanti dall'appalto in assenza del consenso del soggetto pubblico. A complicare la questione si poneva l'art. 357 della stessa legge che prevedeva il potere della P.A. di procedere direttamente al pagamento di quanto dovuto dall'appaltatore ai propri dipendenti. Oggi, alla luce del principio dell'applicabilità delle norme sull'appalto privato anche agli appalti pubblici, il problema deve ritenersi superato: cfr. Cass. 10 marzo 2001, n. 3559, in *Mass. Giur. Lav.*, 2001, p. 767, con nota di A. Caiafa, *Ancora sull'azione diretta dei dipendenti dell'appaltatore fallito nei confronti del committente*.

più appalti e nella loro realizzazione alcuni dipendenti siano contemporaneamente impiegati in almeno due di questi.

La lettera della norma sembrerebbe indicare che la responsabilità operi solo per quelle quote di retribuzione maturate nell'esecuzione dell'appalto ⁽³⁶⁾.

Ultimo limite imposto dall'art. 1676 cod. civ., ai fini dell'operatività della responsabilità del committente in ordine al pagamento delle retribuzioni, è quello dell'ammontare del debito del committente verso l'appaltatore al momento in cui sia proposta domanda nei suoi confronti da parte dei dipendenti di quest'ultimo.

5. L'obbligazione solidale del committente ex art. 29 d. lgs. 276/03

Alla tutela apprestata dall'art. 1676 cod. civ., il legislatore della riforma ha aggiunto, come anticipato, la protezione prevista dal secondo comma dell'art. 29 (nel testo risultante dalle modifiche successive alla iniziale formulazione prevista dal d. lgs. 276 del 2003), operante sia in caso di appalto di opere che in caso di appalto di servizi.

La norma configura un'obbligazione solidale che astringe, dal lato passivo, committente e appaltatore e ha ad oggetto, in base alle modifiche introdotte dalla legge finanziaria per il 2007, il pagamento dei trattamenti retributivi e dei contributi previdenziali dovuti dall'appaltatore, e dagli eventuali subappaltatori, ai lavoratori.

La natura solidale dell'obbligazione posta in capo al committente dall'art. 29 d. lgs. 276/03 la differenzia dall'obbligazione che grava sul committente in forza dell'art. 1676 cod. civ.

Come visto, infatti, mentre con quest'ultimo strumento il committente adempie l'obbligo, nascente dal contratto di appalto, del pagamento del corrispettivo all'appaltatore, in forza dell'art. 29 d. lgs. 276/03 il committente è, in via diretta, obbligato, in solido con l'appaltatore, all'adempimento degli obblighi retributivi e contributivi.

La diversità strutturale delle obbligazioni poste in capo al committente dalle due norme citate, rende i due strumenti non coincidenti. Ciò fa dunque ritenere che gli stessi coesistano e il lavoratore interessato possa indifferentemente far ricorso a entrambi per ottenere la soddisfazione del proprio interesse.

Tanto premesso, non può non evidenziarsi che sul piano operativo l'azione prevista dall'art. 29 d. lgs. 276/03 si presenta senza dubbio maggiormente efficace, poiché non limitata all'ammontare del debito del committente nei confronti dell'appaltatore al momento della formulazione della domanda. Ne consegue che l'art. 1676 cod. civ. potrà di fatto mantenere un'utilità solo con riferimento alla possibilità di richiedere al committente il pagamento di quei crediti che non siano eventualmente

⁽³⁶⁾ A diversa soluzione perviene chi ritiene che la funzione della norma sia quella di accrescere la garanzia costituita dalla norma in favore dei lavoratori, concludendo che la garanzia dovrà essere estesa all'intera retribuzione maturata nel periodo di esecuzione dell'appalto anche se nello stesso periodo il dipendente è stato impiegato nell'esecuzione di altri appalti (M. Marinelli, *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, cit., p. 141).

azionabili in base all'art. 29 d. lgs. 276/03. Ciò impone di precisare l'ambito di applicazione della responsabilità solidale prevista da quest'ultima norma per accertare se sia possibile identificare crediti che non siano dalla stessa coperti.

6. *La sfera di applicazione della responsabilità solidale*

L'art. 29 cit. riferisce la responsabilità solidale al pagamento nei confronti dei lavoratori dell'appaltatore, e degli eventuali subappaltatori, dei *trattamenti retributivi* e dei *contributi previdenziali*, nonché alla *effettuazione ed il versamento delle ritenute fiscali sui redditi di lavoro dipendente* ⁽³⁷⁾.

A queste ipotesi va aggiunto che, in forza del comma 3-bis inserito nell'art. 7 del d. lgs. 626/94 dalla legge finanziaria per il 2007, il committente risponde in solido con l'appaltatore e gli eventuali subappaltatori altresì del risarcimento di tutti i danni per i quali il lavoratore, dipendente dall'appaltatore o dal subappaltatore, non risulti indennizzato ad opera dell'Inail ⁽³⁸⁾.

La prima e fondamentale differenza fra l'art. 29 cit. e l'art. 1676 cod. civ. riguarda, dunque, l'individuazione dei soggetti a favore dei quali è posta la tutela prevista dalla norma, limitata a "coloro che, alle dipendenze dell'appaltatore, hanno dato la loro attività" nell'art. 1676 cod. civ. ed estesa ai "lavoratori" dell'appaltatore e del subappaltatore nell'art. 29 cit.

Il riferimento in senso generico ai "lavoratori" all'interno di quest'ultima norma richiede di accertare se la differente formulazione sia indicativa della volontà del legislatore di estenderne l'applicazione anche a tutti quei soggetti che, ancorché non legati all'appaltatore o al subappaltatore da un rapporto di lavoro subordinato, abbiano prestato la propria attività lavorativa nella realizzazione dell'opera o del servizio oggetto di appalto nell'ambito di rapporti di natura diversa: contratti a progetto, collaborazioni coordinate e continuative (nei casi in queste sono ancora consentite), contratti di somministrazione, lavoratori distaccati da altre aziende.

Al riguardo si deve ritenere, alla luce del confronto fra tale disciplina e quella di cui all'art. 1676 cod. civ. (alla quale, si ricorda, il legislatore delegante aveva stabilito di far riferimento nella determinazione del regime di responsabilità su committente e appaltatore), che la tutela apprestata dall'art. 29 cit. (che fa invece genericamente riferimento ai lavoratori) sia senza dubbio invocabile da parte di quei soggetti che abbiano prestato la propria attività nell'ambito della esecuzione del contratto di appalto, ancorché legati all'appaltatore o al subappaltatore da un rapporto diverso da quello

⁽³⁷⁾ L'estensione della responsabilità solidale all'effettuazione e al versamento delle ritenute fiscali sul lavoro dipendente è stata disposta dall'art. 35, comma 34, del d. l. 223/2006.

⁽³⁸⁾ Il nuovo comma 3-bis dell'art. 7, d. lgs. 626/94 è così formulato: "*L'imprenditore committente risponde in solido con l'appaltatore, nonché con ciascuno degli eventuali ulteriori subappaltatori, per tutti i danni per i quali il lavoratore, dipendente dall'appaltatore o dal subappaltatore, non risulti indennizzato a opera dell'Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro*".

nascente da un contratto di lavoro subordinato. Potrebbero, dunque, azionare tale responsabilità, per esempio, i lavoratori a progetto o i lavoratori autonomi.

Tale estensione non deve però ritenersi ammissibile a vantaggio dei lavoratori che siano impiegati nell'appalto in forza della sottoscrizione di un contratto di somministrazione o perché distaccati da altre aziende.

Infatti, mentre questi ultimi sono impiegati nell'esecuzione dell'opera o del servizio sulla base di rapporti contrattuali nei quali l'erogazione della retribuzione non grava sull'appaltatore, ma sul terzo ⁽³⁹⁾, il diritto che i "lavoratori" fanno valere nei confronti del committente in forza dell'art. 29 cit., ancorché autonomo rispetto al diritto vantato dall'appaltatore nei confronti di quest'ultimo, trova la sua origine e il suo fondamento nel rapporto di lavoro che lega tali soggetti all'appaltatore ed in forza del quale questi è tenuto al pagamento del corrispettivo a loro spettante.

Tale conclusione trova, peraltro, conferma nel fatto che, con riferimento ai lavoratori "somministrati", è già prevista una forma di tutela, analoga a quella prevista dal citato art. 29, nell'art. 23, d. l.vo 276/2003, che prescrive che "l'utilizzatore è obbligato in solido con il somministratore a corrispondere ai lavoratori i trattamenti e i contributi previdenziali dovuti".

Il nuovo strumento di tutela dei lavoratori impiegati nell'appalto risulta peraltro più ampio rispetto a quello previsto dall'art. 1676 cod. civ., oltre che sul piano dei legittimati attivi all'esercizio dell'azione e su quello del contenuto della tutela, anche sul piano dei limiti entro i quali opera la responsabilità del committente.

La tutela prevista dall'art. 29 non conosce infatti il limite quantitativo dell'ammontare del debito del committente nei confronti dell'appaltatore al momento della proposizione della domanda. Il legislatore ha infatti stabilito che l'azione è esperibile entro il limite di due anni ⁽⁴⁰⁾ dalla cessazione dell'appalto, ma senza alcun limite di valore.

6 bis. Il termine decadenziale di due anni opera anche per l'ente previdenziale?

Un tema di centrale importanza in ordine alla delimitazione dell'ambito di applicazione della disciplina dettata dall'art. 29 cit. è quello relativo alla applicabilità, del termine decadenziale dei due anni dalla cessazione dell'appalto per l'azionabilità della responsabilità solidale gravante sul committente, anche alla pretesa avanzata dall'ente previdenziale per il pagamento dei contributi.

La soluzione di tale questione risulta complicata dal principio recentemente espresso della Corte di Cassazione ⁽⁴¹⁾, modificando un proprio precedente consolidato

⁽³⁹⁾ Al riguardo si ricorda che in base a quanto disposto dal primo comma dell'art. 23 d. lgs. 276/03, i lavoratori somministrati hanno peraltro diritto ad un trattamento economico e normativo complessivamente non inferiore a quello dei dipendenti di pari livello dell'utilizzatore, a parità di mansioni svolte.

⁽⁴⁰⁾ L'originaria formulazione dell'articolo limitava la responsabilità solidale ad un anno dalla cessazione dell'appalto. L'innalzamento a due anni della responsabilità è dovuto alla legge Finanziaria per il 2007.

⁽⁴¹⁾ Cass. 17 gennaio 2007, n. 996, in *Lav. Giur.*, 2007, 6, pp. 571 ss., con nota di E. Barraco.

orientamento, nell'interpretazione dell'ormai abrogato art. 4 della legge 1369 del 1960. L'interpretazione data a questa norma, come tra un attimo vedremo, assume un'importanza notevole poiché suscettibile di contenere un criterio interpretativo esportabile anche in sede di applicazione dell'art. 29 cit.

Come già ricordato nelle pagine precedenti, l'abrogata legge 1369/60 sottoponeva gli appalti da realizzarsi "all'interno dell'azienda" del committente ad un particolare regime consistente nell'erogazione ai dipendenti dell'appaltatore di un trattamento economico e normativo non inferiore a quello spettante ai dipendenti del committente nonché nella creazione di un rapporto di responsabilità solidale fra appaltatore e committente per l'erogazione del trattamento retributivo e previdenziale dovuto ai dipendenti dell'appaltatore.

La possibilità di agire nei confronti del committente nell'esercizio della responsabilità solidale prevista dall'art. 3 era però limitata temporalmente, dal successivo art. 4, al termine di un anno dalla cessazione dell'appalto.

Dato tale regime normativo, la Cassazione, sino alla citata recente pronuncia, aveva affermato che l'art. 4, nel fissare il termine decadenziale di un anno, non poneva distinzione fra diritto azionabile dal lavoratore e pretesa dell'ente previdenziale cosicché entrambe dovevano considerarsi sottoposte alla medesima disciplina⁽⁴²⁾.

Con la pronuncia in esame, la Suprema Corte ha invece totalmente modificato il proprio orientamento affermando che *"l'art. 4 della legge 23 ottobre 1960 n. 1369 (sul divieto di intermediazione ed interposizione delle prestazioni di lavoro), che pone il termine di decadenza di un anno dalla cessazione dell'appalto per l'esercizio dei diritti dei prestatori di lavoro, dipendenti da imprese appaltatrici di opere e di servizi nei confronti degli imprenditori appaltanti - pur facendo riferimento, oltre che ai diritti al trattamento economico e normativo, anche al diritto di pretendere l'adempimento degli obblighi derivanti dalle leggi previdenziali - limita l'ambito di efficacia del suddetto termine ai diritti suscettibili di essere fatti valere direttamente dal lavoratore, non potendosi estendere invece l'efficacia della disposizione legislativa ad un soggetto terzo, quale l'ente previdenziale, i cui diritti scaturenti dal rapporto di lavoro disciplinato dalla legge si sottraggono, pertanto, al termine annuale decadenziale"*.

A sostegno di tale conclusione, i giudici di legittimità hanno richiamato i seguenti argomenti:

- a) l'art. 4 L. 1369/60 faceva esclusivo riferimento a committente ed appaltatore senza alcun cenno all'ente previdenziale;
- b) l'art. 4 faceva riferimento ai soli diritti previsti dall'art. 3;

⁽⁴²⁾ Tra le tante: Cass. 9 ottobre 1975, n. 3216, in *Foro It.*, 1976, I, c. 1298; Cass. 13 dicembre 1982, n. 6855, in *Giust. Civ. Mass.*, 1982, fasc. 12; Cass. 20 luglio 1983, n. 5005, in *Giust. Civ.*, 1983, I, p. 2889; Cass. 20 luglio 1983, n. 5006, in *Giust. Civ. Mass.*, 1983, fasc. 7; Cass. 28 luglio 1983, n. 5185, in *Giust. Civ. Mass.*, 1983, fasc. 7; Cass. 9 settembre 1985, n. 4663, in *Giust. Civ. Mass.*, fasc. 8-9. Nella giurisprudenza di merito: Pret. Pisa 16 marzo 1999, in *Riv. Crit. Dir. Lav.*, 2000, p. 258; Trib. Milano 18 giugno 1979, in *Prev. Soc.*, 1980, p. 1283.

- c) il pacifico principio di autonomia del rapporto previdenziale comporterebbe la non estensibilità del termine decadenziale anche alla pretesa dell'ente;
- d) la ratio dell'art. 4 era solo quella di contemperare l'interesse del lavoratore con quello del committente a vedere temporalmente limitata la responsabilità solidale su di lui gravante.

Tale pronuncia suscita notevole interesse poiché anche nell'applicazione dell'art. 29 cit. potrebbe porsi il medesimo problema interpretativo: il termine decadenziale di due anni dalla cessazione dell'appalto per far valere la responsabilità solidale gravante sul committente opera anche con riguardo alla pretesa al pagamento dei contributi omessi dall'appaltatore e pretesi dall'ente previdenziale?

A sostegno della tesi negativa possono essere richiamati tutti gli argomenti impiegati dalla Corte nel caso deciso con la pronuncia sopra esaminata, ma deve essere valutata la bontà di quelle argomentazioni.

Non v'è dubbio che nell'art. 29 cit. non vi sia alcun riferimento al credito dell'ente previdenziale così come non v'è dubbio che la ragione dell'introduzione di un termine decadenziale risponda alla medesima esigenza di contemperare l'interesse del lavoratore (a poter agire anche nei confronti di un altro soggetto per conseguire quanto a lui dovuto) con quello del committente a rimanere obbligato per un periodo di tempo inferiore a quello, eccessivamente lungo, della prescrizione ordinaria.

È però anche vero che tali argomentazioni non sono affatto in contrasto con l'applicabilità anche all'ente previdenziale del termine decadenziale di due anni.

Con riferimento al primo aspetto, va infatti sottolineato che il legislatore fa esclusivamente riferimento ad appaltatore, committente e lavoratore per il semplice fatto che i rapporti giuridici, fonte dei diritti azionabili nei confronti del committente in virtù della responsabilità solidale sono esclusivamente quelli instaurati fra questi tre soggetti: il contratto di appalto, da un lato, e il contratto di lavoro, dall'altro. Anche l'obbligo al pagamento dei contributi previdenziali nasce dal contratto di lavoro, in ragione dello svolgimento della prestazione lavorativa.

Ne consegue che non può attribuirsi alla mancata menzione dell'ente previdenziale il valore dirimente dell'esclusione dello stesso dall'obbligo di rispettare il termine decadenziale.

Ad ulteriore conferma di ciò, deve peraltro sottolinearsi il fatto che, nell'art. 29 cit., il legislatore non si è preoccupato di regolamentare il profilo processuale dell'azione nei confronti del committente, ma ha piuttosto regolamentato, sul piano sostanziale, la responsabilità di quest'ultimo ponendovi un limite temporale di sopravvivenza. L'individuazione dei soggetti creditori non è dunque compiuta dalla norma, ma è conseguenza della successiva interpretazione delle posizioni sostanziali identificate dall'articolo in questione.

Parimenti, l'esigenza di limitare temporalmente l'obbligo gravante sul committente sussiste anche nei confronti dell'ente previdenziale; anzi, direi che tale esigenza è ancora più forte di quella che giustifica una limitazione temporale della

responsabilità nei confronti dei lavoratori impiegati dall'appaltatore, se si tiene conto che, tenuto conto della lentezza dell'azione degli enti previdenziali, tale responsabilità mancherebbe al committente in una situazione di incertezza per un lasso temporale molto elevato.

Infine, non può dedursi la non applicabilità del termine decadenziale alla pretesa dell'ente dal principio di autonomia del rapporto previdenziale rispetto al rapporto di lavoro.

Autonomia dei rapporti non significa infatti che gli stessi siano necessariamente sottoposti ad un differente regime giuridico, ma soltanto che vicende modificative od estintive dell'uno non modificano od estinguono automaticamente anche l'altro.

Ciò comporta che diritti derivanti da rapporti autonomi possono anche essere sottoposti al medesimo regime giuridico.

E non vi è ragione per escludere tale conclusione nell'interpretazione dell'art. 29 cit. Poiché in quest'ultima norma il debito contributivo viene trattato dal punto di vista sostanziale, senza alcun specifico riferimento al soggetto che agisca per ottenerne l'adempimento, si deve concludere che la disciplina prevista trovi applicazione a tutti i soggetti che potrebbero avanzare la relativa pretesa: lavoratore o ente previdenziale.

7. Il rapporto fra art. 29 d. lgs. 276/03 e art. 1676 cod. civ.

Quanto sin qui esposto evidenzia come l'ambito di applicazione dello strumento previsto dall'art. 29 cit. sia senza dubbio più esteso rispetto al ventaglio delle ipotesi nelle quali i dipendenti dell'appaltatore possono avvalersi dell'azione diretta prevista dall'art. 1676 cod. civ.

Ed invero:

- a) lo spettro dei soggetti legittimati all'azione ex art. 29 è più esteso di quello previsto dall'art. 1676 che fa riferimento ai soli dipendenti;
- b) identico è il soggetto vincolato all'adempimento (il committente);
- c) più ampio è l'oggetto della tutela predisposta dall'art. 29 (esteso anche ai contributi previdenziali dovuti ai dipendenti dell'appaltatore, all'effettuazione e al versamento delle ritenute fiscali sui redditi di lavoro dipendente, nonché alla responsabilità per i danni non indennizzati dall'Inail);
- d) l'art. 29 non prevede alcun limite quantitativo alla richiesta avanzata dai dipendenti dell'appaltatore.

Ne consegue che pur non potendosi ritenere che l'introduzione della tutela prevista dall'art. 29 abbia comportato un'abrogazione tacita della corrispondente norma codicistica attesa la diversità giuridica di tali strumenti, il ricorso nella pratica dei rapporti allo strumento codicistico sarà raro.

Ciononostante può evidenziarsi come l'art. 1676 cod. civ. mantenga un ambito di applicazione residuale in due ipotesi.

La prima si ha nel caso in cui il committente sia una persona fisica che non esercita attività di impresa o professionale, nei confronti della quale l'art. 29, comma 3-ter, espressamente esclude l'invocabilità della responsabilità solidale. In questo caso, deve ritenersi che i lavoratori dell'appaltatore possano comunque ricorrere all'art. 1676 cod. civ., poiché la ratio dell'art. 29 cit. sembrerebbe quella di responsabilizzare il committente in ordine alla scelta dell'appaltatore nelle ipotesi in cui questi sottoscriva il contratto di appalto nell'ambito della propria attività produttiva. Esigenza che non si porrebbe, invece, nell'ipotesi in cui il committente sia una persona fisica, nei confronti della quale appare però legittimo mantenere a favore dei dipendenti dell'appaltatore impiegati nell'appalto il regime di protezione già previsto dall'art. 1676 cod. civ.

La seconda si ha nel caso in cui il lavoratore agisca per conseguire quanto gli è dovuto dall'appaltatore dopo che siano trascorsi due anni dalla cessazione dell'appalto (caso in cui non trova applicazione l'art. 29, d. lgs. 276/03), purché il committente non abbia ancora interamente saldato il proprio debito nei confronti dell'appaltatore e con il limite di quanto a quest'ultimo ancora dovuto.

8. Le tutele nel subappalto

Esigenze di chiarezza impongono una trattazione separata delle norme che il legislatore ha espressamente dedicato alla eventualità dell'affidamento in subappalto dell'opera o del servizio.

L'ipotesi del subappalto è difatti stata espressamente regolamentata dal d.l. 4 luglio 2006, n. 223, nonché dalla legge 27 dicembre 2006, n. 296, con alcune disposizioni che manifestano un evidente difetto di coordinamento sia tra loro che con riferimento alla disciplina generale contenuta nell'art. 29 d. lgs. 276/03.

Con il comma 28 dell'art. 35, del "decreto Bersani" è stato introdotto un regime di solidarietà tra l'appaltatore ed il subappaltatore (limitato all'ammontare del corrispettivo dovuto dall'appaltatore al subappaltatore: art. 35, comma 30) in forza del quale il primo risponde della effettuazione e del versamento: delle ritenute fiscali sui redditi da lavoro, dei contributi previdenziali e dei contributi assicurativi obbligatori per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali dei dipendenti cui è tenuto il subappaltatore.

L'appaltatore-subcommittente può però liberarsi di tale responsabilità se verifica la correttezza dell'operato del subappaltatore, avendo la facoltà di sospendere il pagamento del corrispettivo a quest'ultimo dovuto nel caso in cui lo stesso non produca la documentazione richiesta (art. 35, comma 29, d.l. 223/06).

Nell'ambito di tale meccanismo, un ruolo di controllo finale è poi attribuito al committente, il quale può provvedere al pagamento del corrispettivo dovuto all'appaltatore soltanto previa esibizione da parte di quest'ultimo della documentazione attestante che gli adempimenti di cui al comma 28 connessi con le prestazioni di lavoro

dipendente concernenti l'opera, la fornitura o il servizio affidati sono stati correttamente eseguiti dall'appaltatore (art. 35, comma 32, d.l. 223/06) ⁽⁴³⁾.

A questo ruolo di mero controllo, il legislatore, con le modifiche apportate all'art. 29 d. lgs. 276/03 dalla legge 27 dicembre 2006, n. 296, ha aggiunto, in capo al committente, una responsabilità solidale anche con gli eventuali subappaltatori nei confronti dei lavoratori da questi ultimi impiegati. L'attuale formulazione della norma citata prevede infatti che il committente è obbligato in solido anche *con ciascuno degli eventuali ulteriori subappaltatori ... a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi e i contributi previdenziali dovuti*.

Le due disposizioni (quella del decreto Bersani e quella introdotta dalla legge finanziaria) qualificano dunque diversamente la posizione del committente nei confronti dell'appaltatore e dei subappaltatori ponendo innanzitutto la necessità di chiarire il rapporto esistente fra le norme contenute nel d. lgs. 223/06 e quelle della legge finanziaria per il 2007.

In altre parole potrebbe ipotizzarsi una abrogazione tacita della disciplina introdotta con il decreto citato ad opera della legge finanziaria.

Una simile conclusione consentirebbe di affermare che la responsabilità solidale in capo al committente non si estenderebbe all'effettuazione ed al versamento delle ritenute fiscali di lavoro dipendente ⁽⁴⁴⁾ e che sarebbe stata abrogata la responsabilità solidale dell'appaltatore per l'adempimento degli obblighi da parte dell'eventuale subappaltatore.

La tesi dell'abrogazione tacita non sembra però convincente poiché, da un lato, non risulta coerente con la *ratio* sottesa agli interventi normativi in materia, dall'altro, non si riscontrano nel caso di specie gli elementi che, ai sensi dell'art. 15 delle disposizioni sulla legge in generale, consentono di identificare un'ipotesi di abrogazione tacita.

Sotto il primo profilo non può negarsi che tutti gli interventi correttivi della disciplina sono stati animati dalla finalità di responsabilizzare il committente nella scelta dell'appaltatore cui affidare la realizzazione dell'opera o del servizio. Se questa è la prospettiva nella quale si collocano gli interventi normativi citati, non è corretto ritenere che con la legge finanziaria per il 2007 il legislatore abbia inteso introdurre una riforma definitiva degli obblighi di solidarietà in capo al committente abrogando implicitamente tutta la disciplina previgente.

⁽⁴³⁾ L'entrata in vigore di tale disciplina è stata comunque procrastinata, in sede di conversione in legge del decreto, all'adozione di un decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro del Lavoro, da emanare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione, che stabilisca la documentazione attestante l'assolvimento degli adempimenti di cui al comma 28, in relazione ai contratti di appalto e subappalto di opere, forniture e servizi conclusi da soggetti che stipulano i predetti contratti nell'ambito di attività rilevanti ai fini dell'imposta sul valore aggiunto, e in ogni caso dai soggetti individuati ai sensi degli artt. 73 e 74 del DPR 917/1986, e dunque con esclusione dei soli committenti non esercenti attività commerciali.

⁽⁴⁴⁾ Introdotta, come visto, dal d. l. 223/06 e non inserita dalla legge finanziaria per il 2007 nell'art. 29 d. lgs. 276/03.

Che questa sia la conclusione da preferire risulta altresì confermato dal fatto che, come anticipato, non sussistano nel caso di specie i requisiti per configurare un'abrogazione tacita della disciplina previgente. Non si riscontra, in primo luogo, una incompatibilità fra le vecchie e nuove disposizioni. Piuttosto tramite gli interventi che si sono succeduti si è realizzata una graduale estensione delle responsabilità poste in capo ai soggetti coinvolti nell'appalto e negli eventuali subappalti. In secondo luogo, la specificità e settorialità delle modifiche introdotte con la legge finanziaria per il 2007 fanno ritenere che il legislatore non abbia inteso introdurre una regolamentazione nuova ed esaustiva della intera materia di cui ci stiamo occupando, quanto piuttosto apportare dei correttivi nel duplice fine di favorire, da un lato, una responsabilizzazione dei committenti nella scelta degli appaltatori e degli appaltatori nella scelta dei subappaltatori e, dall'altro, la lotta all'evasione fiscale.

Le argomentazioni che precedono inducono allora a condurre un esame della disciplina risultante dalle recenti modifiche volta al tentativo di coordinare l'interpretazione dell'art. 29 d. lgs. 276/03 con le norme contenute negli altri testi normativi ed in particolare nel d. l. 223/06.

In particolare, l'esame delle disposizioni citate pone la necessità di chiarire se il legislatore, facendo riferimento al *subappalto*, abbia inteso qualificare quest'ultimo come una fattispecie negoziale differente dall'iniziale contratto di appalto e se, dunque, abbia inteso sottoporlo ad un regime giuridico autonomo ⁽⁴⁵⁾.

Se così fosse dovrebbe ritenersi che l'appaltatore del contratto di appalto principale, divenuto committente nel contratto di subappalto, si troverebbe soggetto agli obblighi specifici previsti dalla legge per tale posizione con esclusione delle responsabilità previste dalla legge in capo al committente.

Infatti, esclusa la possibilità di configurare un'abrogazione tacita della disciplina introdotta dal decreto Bersani, si è visto che il committente, in base all'art. 29 cit., risponde in solido con l'appaltatore, nonché con tutti gli eventuali subappaltatori, nei confronti dei dipendenti di questi:

- a) dei trattamenti retributivi;
- b) dei contributi previdenziali;
- c) dei danni subiti dai lavoratori e non indennizzati dall'Inail;
- d) dell'effettuazione e del versamento delle ritenute fiscali sui redditi di lavoro dipendente.

Diversamente, l'appaltatore-subcommittente, nel solo caso in cui non abbia acquisito la documentazione che dovrà essere indicata dal Ministero del Lavoro diversamente, risponde in solido con il subappaltatore nei confronti dei dipendenti di quest'ultimo:

- a) della effettuazione e del versamento delle ritenute fiscali sui redditi di lavoro dipendente;

⁽⁴⁵⁾ Sembra dare una risposta positiva a tale quesito P. Chieco, *Lavoro e responsabilità solidale negli appalti: dalla legge Bersani alla Finanziaria 2007*, cit., p. 469.

- b) dei contributi previdenziali;
- c) dei contributi assicurativi obbligatori per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali.

Come risulta evidente dalla sommaria elencazione che precede, le posizioni del committente e dell'appaltatore-subcommittente non sono coincidenti sul piano degli obblighi legali nonostante le stesse dovrebbero essere ritenute assimilabili sul piano negoziale ⁽⁴⁶⁾.

Ed invero, il termine subappalto non identifica un tipo contrattuale autonomo, ma rappresenta pur sempre un contratto di appalto nel quale il committente deriva la propria posizione da un precedente contratto di appalto nel quale aveva assunto il ruolo di appaltatore ⁽⁴⁷⁾.

Ciò comporterebbe che gli obblighi previsti in via generale dall'art. 29 cit. in capo al committente dovrebbero ritenersi applicabili altresì all'appaltatore che sia divenuto a suo volta committente tramite la stipulazione di un successivo contratto di appalto (*rectius* subappalto).

Il differente regime giuridico previsto dal legislatore per le due posizioni sembra però indicare che il termine subappalto non abbia una mera valenza descrittiva della collocazione del successivo contratto di appalto in una più complessa operazione economica attivata con la stipulazione del contratto di appalto "principale", ma sembra piuttosto identificare un negozio che va tenuto distinto dal contratto cui si riferisce il primo comma dell'art. 29 cit. e che è fonte di autonome posizioni obbligatorie per i soggetti che vi sono coinvolti.

L'altra faccia della medaglia è rappresentata dal fatto che differente risulta essere la posizione dei lavoratori a seconda che siano dipendenti di un "appaltatore" o di un "subappaltatore".

Nel primo caso potranno agire sia nei confronti del committente che nei confronti del loro datore di lavoro per il pagamento dei trattamenti retributivi, dei contributi previdenziali, dei danni non indennizzati dall'Inail e del versamento delle ritenute fiscali sui redditi di lavoro dipendente.

⁽⁴⁶⁾ Ha sottolineato il difetto di coordinazione tra i diversi interventi normativi anche P. Tullini, *Sicurezza e regolarità del lavoro negli appalti*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2007, 4-5, pp. 890 ss.

⁽⁴⁷⁾ La dottrina definisce il subcontratto figura generale all'interno della quale si fanno rientrare operazioni giuridiche analoghe (subappalto, sublocazione, etc.), come "il contratto mediante il quale una parte reimpiega nei confronti di un terzo la posizione che gli deriva da un contratto in corso detto contratto base. Il subcontratto riproduce lo stesso tipo di operazione economica del contratto base ma la parte assume col terzo il ruolo inverso a quello che egli ha in tale contratto" (C.M. Bianca, *Diritto Civile. 3. Il contratto*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 728). Sulla nozione di subcontratto si vedano, altresì: Baccigalupi, *Appunti per una teoria del subcontratto*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1943, pp. 181 ss.; Grasso, *Il subcontratto*, Napoli, 1977; P.M. Vecchi, *L'azione diretta*, Milano, 1990, pp. 101 ss.; F. Galgano, *Trattato di diritto civile e commerciale*, II, 1, Padova, 1999, pp. 197 ss.; C. Berti, *Subcontratto, subfornitura e decentramento produttivo tra imprese*, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 1 ss.

Nel secondo caso non potranno agire nei confronti dell'appaltatore per il pagamento della retribuzione ⁽⁴⁸⁾, mentre potranno richiederla al committente.

Ovviamente i differenti regimi giuridici così fissati pongono il problema di capire cosa accada nel caso in cui venga a verificarsi una catena di subappalti.

Per esempio, nel caso in cui un'opera (o un servizio) sia stata dapprima appaltata, quindi subappaltata ed infine ancora una volta subappaltata, i dipendenti del subappaltatore che in concreto eseguirà l'opera commissionata potranno agire anche nei confronti del primo committente o solo nei confronti di quello che risulta effettivamente committente dell'opera, ossia il primo appaltatore?

L'interpretazione letterale delle norme che si è proposta e che qualifica come "committente" solo il primo, sembrerebbe consentire l'azione nei confronti di quest'ultimo disincentivando un utilizzo dello strumento del subappalto nell'obiettivo di sviare le responsabilità poste dall'ordinamento.

Certo è che l'ambiguità dei termini utilizzati, nonché la diversità dei regimi giuridici e delle responsabilità poste dalle norme sin qui esaminate non favorisce la certezza del diritto comportando il rischio, da un lato, dell'errore nella valutazione economica della convenienza degli strumenti, dall'altro, dell'indebolimento degli strumenti di tutela che si vorrebbero posti a favore dei lavoratori.

Se infatti lodevole è l'idea che anima gli interventi normativi sin qui esaminati, identificabile nel già menzionato tentativo di responsabilizzare tutti gli imprenditori coinvolti in un'operazione di decentramento produttivo, l'elevata complessità delle stesse norme e la differente estensione delle sfere di responsabilità poste in capo a committente, primo appaltatore e subappaltatori non può che comportare incertezze applicative ed incentivare pratiche elusive volte ad accrescere la "catena" degli appalti per sottrarsi alle responsabilità previste.

Una soluzione più lungimirante sarebbe probabilmente quella di rendere omogenei i regimi di responsabilità per tutti gli imprenditori interessati dal decentramento affinché, pur senza introdurre limiti alla facoltà dell'imprenditore di liberamente organizzare la propria attività produttiva, venga incentivato un esercizio "conveniente" di tale facoltà, ossia volto alla ricerca di imprenditori economicamente solidi, che diano garanzia di serietà e solvibilità.

9. Il ruolo del committente nella tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori dipendenti dell'appaltatore

Nel quadro degli interventi volti ad estendere in capo al committente la responsabilità per l'adempimento degli obblighi gravanti sull'appaltatore nei confronti dei propri dipendenti, si collocano altresì le modifiche apportate ad una serie di articoli

⁽⁴⁸⁾ Come indicato nel testo, l'appaltatore può comunque liberarsi di ogni obbligo nei confronti dei dipendenti del subappaltatore, se acquisisce da quest'ultimo la documentazione comprovate l'adempimento degli obblighi di legge nei confronti dei lavoratori: cfr. nota n. 51.

del d. lgs. 19 settembre 1994, n. 626 ⁽⁴⁹⁾. Questi emendamenti, inseriti in ragione delle preoccupanti statistiche in materia di infortuni e mortalità sui luoghi di lavoro in Italia, rappresentano peraltro solo l'anticipazione di un'organica riforma di tutta la materia della salute e della sicurezza sui luoghi di lavoro che il Governo è stato delegato a realizzare dalla legge 3 agosto 2007, n. 123.

La prima novità è dovuta alla legge 296/2006, con la quale è stato esteso l'ambito di applicazione dell'art. 7 d. lgs. 626/94 ⁽⁵⁰⁾: da un lato, il committente è oggi tenuto ad adempiere gli obblighi imposti dall'art. 7 d. lgs. 626/94 “*in caso di affidamento di lavori all'interno della propria azienda, o di una singola unità produttiva della stessa, nonché nell'ambito dell'intero ciclo produttivo dell'azienda medesima*”; dall'altro, è stato aggiunto al citato art. 7 un comma 3 bis che ha esteso al committente la responsabilità per il risarcimento dei danni per i quali il lavoratore, dipendente dall'appaltatore o dal subappaltatore, non risulti indennizzato dall'Inail.

Particolarmente significativa è l'estensione della responsabilità gravante sul committente realizzata con la modifica del primo comma dell'art. 7 cit.

In particolar modo, l'estensione degli obblighi previsti da quest'ultima norma a tutti i lavori affidati nell'ambito dell'intero ciclo produttivo dell'azienda del committente sembra indicare la volontà del legislatore di recepire i risultati dell'elaborazione giurisprudenziale sviluppata nell'interpretazione della locuzione “all'interno dell'azienda” contenuta nell'art. 3 L. 1369/60.

Come è noto, quest'ultima norma limitava l'obbligo solidale di committente ed appaltatore di garantire ai lavoratori dipendenti da quest'ultimo un trattamento economico e normativo non inferiore a quello riconosciuto ai dipendenti dell'appaltante proprio agli appalti da eseguirsi “all'interno delle aziende”.

⁽⁴⁹⁾ Questa norma trova applicazione anche nell'ipotesi in cui il committente sia una pubblica amministrazione. L'art. 1 del d. lgs. 626/94, infatti, ne riferisce espressamente l'applicazione a *tutti i settori di attività privati o pubblici*, sia pur con la possibilità che per alcuni soggetti pubblici (es.: forze armate, polizia, strutture penitenziarie, università, etc.) vengano stabilite delle eccezioni con decreto del Ministro competente, di concerto con i Ministri del lavoro, della sanità e della funzione pubblica, al fine di adeguare quelle tutele alle particolari esigenze connesse al servizio espletato.

⁽⁵⁰⁾ Per una ricostruzione del modo in cui, a partire dalla promulgazione del codice civile, è stata trattata la ripartizione degli obblighi fra committente e appaltatore in materia di tutela della sicurezza dei lavoratori negli appalti, si veda L. Corazza, “*Contractual integration*” e rapporti di lavoro, cit., pp. 182 ss., che sottolinea come, anche nell'assenza di norme specifiche, la giurisprudenza tendesse ad identificare nel committente il soggetto responsabile in quanto effettivo titolare dei poteri di gestione dell'ambiente di lavoro in cui operava l'appaltatore. Sul tema delle responsabilità di committente ed appaltatore in materia di sicurezza si vedano anche: F. Focareta, *Responsabilità in materia di sicurezza sul lavoro negli appalti*, in *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1993, p. 139 ss.; G. Marando, *Sicurezza del lavoro e responsabilità nell'appalto*, in *Resp. Civ. Prev.*, 1997, I, pp. 1015 ss.; A. Vallebona, *Responsabilità civile dell'appaltatore. Appalti. Responsabilità dei progettisti, fabbricanti, fornitori e installatori*, in *Ambiente, salute e sicurezza*, a cura di L. Montuschi, Torino, 1999, pp. 216 ss.; F. Bacchini, *Il contratto di appalto e il contratto d'opera in azienda e in cantiere. La sicurezza sul lavoro*, Padova, 2001; A. Palladini, *Responsabilità di committente ed appaltatore in materia di sicurezza sul lavoro*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2001, pp. 1278 ss.

Tale disciplina, sin dalla promulgazione della legge, pose problemi interpretativi di non facile soluzione ⁽⁵¹⁾. Inizialmente prevalse il cd. “*criterio topografico*”. Si ritenne, invero, di dover intendere il concetto di azienda come sinonimo di “locali dell’impresa”, per cui le garanzie previste dall’art. 3 avrebbero dovuto trovare applicazione solo nelle ipotesi in cui all’interno dello stesso stabilimento si fossero venuti a trovare a svolgere la loro prestazione lavorativa insieme i dipendenti dell’impresa proprietaria dello stabilimento e i dipendenti di imprese terze.

Tale soluzione presentò ben presto la propria inadeguatezza dinanzi all’evoluzione della tecnologia e delle tecniche produttive che hanno, in molti casi, ridotto la rilevanza del luogo specifico in cui la prestazione viene resa, spingendo l’impresa a specializzare la propria produzione appaltando attività anche principali del ciclo produttivo a imprese terze.

Le critiche che sono così state mosse al criterio topografico, visto come il risultato di una lettura formale, e quindi superficiale e riduttiva, dell’art. 3 legge n. 1369 del 1960, hanno portato la dottrina ad elaborare il cd. “*criterio funzionale*”, in forza del quale l’azienda non andrebbe letta come sinonimo del luogo in cui si svolge l’attività produttiva, quanto piuttosto come sinonimo di *ciclo produttivo e organizzativo dell’impresa committente*.

Quest’ultima soluzione è stata accolta dalla giurisprudenza maggioritaria anche di legittimità ⁽⁵²⁾.

Il riferimento al ciclo produttivo dell’azienda nel nuovo testo dell’art. 7 cit. fa dunque ritenere che il legislatore abbia voluto estendere le responsabilità del committente oltre i limiti dei rischi connessi allo svolgimento dell’attività lavorativa nei locali di sua pertinenza ⁽⁵³⁾ ai quali, viceversa, la dottrina precedente aveva ritenuto fosse limitata la sua responsabilità ⁽⁵⁴⁾.

La conseguenza sarà così quella di riversare in capo al committente la responsabilità per gli infortuni occorsi a dipendenti dell’appaltatore o di eventuali subappaltatori dei quali lo stesso potrebbe non sapere nulla (perché per esempio il lavoratore è in nero) e sui quali lo stesso potrebbe non avere alcun controllo vista la difficoltà se non l’impossibilità, nell’ipotesi in cui l’appaltatore realizzi l’opera o il

⁽⁵¹⁾ Per un’efficace ricostruzione di tale dibattito si rinvia al già citato L. Corazza, *Appalti <interni> all’azienda: inadeguatezza del criterio topografico alla luce delle tecniche di esternalizzazione dell’impresa*, in *Mass. Giur. Lav.*, 1998, pagg. 848 ss.

⁽⁵²⁾ Cfr., tra le tante: Cass. 17 dicembre 1998, n. 12641, in *Giust. Civ.*, 1999, I, p. 3038, con nota di Lambertini; Cass. 20 novembre 1998, n. 11753, in *Mass. Giur. Lav.*, 1999, p. 206, con nota di De Ioris.

⁽⁵³⁾ Questa è anche l’opinione di P. Chieco, *Lavoro e responsabilità solidale negli appalti: dalla legge Bersani alla Finanziaria 2007*, cit., p. 472 e di P. Tullini, *Sicurezza e regolarità del lavoro negli appalti*, cit., p. 896.

⁽⁵⁴⁾ La dottrina aveva infatti indicato la *ratio* della estensione al committente della responsabilità per gli infortuni occorsi ai dipendenti dell’appaltatore nei locali di pertinenza del primo con l’esigenza di preservare i rischi derivanti dalla compresenza di più organizzazioni in uno stesso spazio di lavoro: M.T. Carinci, *Art. 2127 cod. civ. La fornitura di lavoro altrui*, cit., p. 544; A. Vallebona, *Responsabilità civile dell’imprenditore. Appalti. Responsabilità dei progettisti, fabbricanti fornitori e installatori*, cit., p. 216; M. Lai, *Committente e responsabile dei lavori: spunti problematici*, in *Ig. Sic. Lav.*, 9, 1997, p. 513; F. Stolfa, *Sicurezza nei cantieri: prime riflessioni*, in *Ig. Sic. Lav.*, 4, 1997, p. 230.

servizio nei propri locali, eventualmente situati all'estero, di esaminare le modalità e le condizioni nelle quali i dipendenti eseguono la prestazione lavorativa.

Altrettanto importante è la previsione inserita nel comma 3 bis aggiunto all'art. 7 del d. lgs. 626/94. Con tale disposizione la responsabilità solidale del committente è estesa al ristoro di tutti i danni che il dipendente dell'appaltatore o del subappaltatore abbia subito e che non risultino indennizzati dall'Inail.

Con tale novità, il legislatore sembra aver conferito esplicito riconoscimento al cosiddetto "danno differenziale" la cui configurabilità, nell'attuale sistema della risarcibilità degli infortuni sul lavoro, è tutt'ora controversa in giurisprudenza.

In particolare, successivamente all'inclusione del danno biologico all'interno della copertura assicurativa obbligatoria realizzata dal d. lgs. 23 febbraio 2000, n. 38, si è posto il problema se sussista anche nel nuovo assetto assicurativo una sorta di danno ulteriore (detto, appunto, "danno differenziale") oltre alla liquidazione effettuata dall'Inail, per il quale risponda il datore di lavoro indipendentemente dalla colpa. L'esigenza nasce dal fatto che l'intero sistema indennitario gravante sull'Inail è basato su di una valutazione del danno effettuata su tabelle predeterminate che non possono garantire la totalità del risarcimento.

Ad un orientamento che esclude la possibilità di ammettere allo stato della legislazione attuale il ristoro del danno differenziale ⁽⁵⁵⁾ si contrappone quello dei giudici che ne ammettono integralmente la risarcibilità alla stregua della nota distinzione tra indennizzo (ossia la prestazione erogata dall'Inail) e risarcimento ⁽⁵⁶⁾.

Il testo del nuovo comma 3 bis nell'art. 7 d. lgs. 626/94 sembra confermare la fondatezza del secondo orientamento riportato, anche se, il comma stesso, si limita a compiere un generico rinvio al risarcimento di quanto non risulti indennizzato ad opera dell'Inail.

Se infatti la questione della risarcibilità del danno differenziale andrà pur sempre risolta alla luce di quanto disposto dal d. lgs. 38/2000, la previsione contenuta nel citato comma 3 bis costituirà senza dubbio un punto di riferimento importante a sostegno della tesi positiva.

A pochi mesi dalla introduzione di questi correttivi da parte della legge finanziaria per il 2007 ⁽⁵⁷⁾, il legislatore è nuovamente intervenuto sulla materia degli appalti

⁽⁵⁵⁾ Cass. 29 gennaio 2002, n. 1114, in *Orient. Giur. Lav.*, 2002, I, p. 162; Trib. Torino 10 giugno 2003, in *Orient. Giur. Lav.*, 2004, p. 471; Trib. Torino, 22 ottobre 2003, in *Rass. Giur. Lav. Veneto*, 2005, I, p. 80.

⁽⁵⁶⁾ Da ultimo: App. Torino, 29 novembre 2004, in *Mass. Giur. Lav.*, 2005, p. 55, con nota di E. Barraco; Trib. Ravenna, 22 marzo 2005, in *Lav. Giur.*, 2005, p. 979, con nota di M. G. Greco; Trib. Cagliari 20 febbraio 2003, in *Riv. Inf. e Mal. Prof.*, 2003, II, p. 65, con nota di E. Plaisant.

⁽⁵⁷⁾ Oltre alle modificazioni trattate nel testo, la legge finanziaria ha introdotto alcuni strumenti volti alla prevenzione degli infortuni sui luoghi di lavoro: a) al fine di evitare il diffuso fenomeno della denuncia di instaurazione del rapporto nel giorno in cui il lavoratore abbia riportato un infortunio, è stato previsto l'obbligo di comunicazione a tutti i settori di attività dell'instaurazione del rapporto di lavoro il giorno antecedente al suo inizio (art. 1, comma 1180, L. 296/06); b) è stata prevista la possibilità che il Ministro del Lavoro, con le risorse speciali del fondo infortuni, disponga il finanziamento di attività promozionali per la salute e la sicurezza del lavoro (art. 1, comma 1186, L. 296/06); c) è previsto che annualmente il Ministro del Lavoro disponga di una quota del Fondo per l'occupazione, nei limiti delle risorse

nell'ambito di un più ampio disegno volto ad operare una completa riforma della materia della salute e della sicurezza dei lavoratori.

Si tratta della legge 3 agosto 2007, n. 123 (Delega al Governo per il riassetto e la riforma della normativa in materia di tutela della salute e della sicurezza sul lavoro), con la quale, da un lato, è stato delegato il Governo ad adottare, entro nove mesi dalla data della sua entrata in vigore, uno o più decreti legislativi per il riassetto e la riforma delle disposizioni vigenti in materia di salute e sicurezza dei lavoratori nei luoghi di lavoro, dall'altro, sono state introdotte delle nuove norme immediatamente operative in materia di appalto.

Sotto il primo profilo, per quanto qui interessa, va sottolineato che tra i principi direttivi della delega è stata prevista la *“revisione della normativa in materia di appalti prevedendo misure dirette a: 1) migliorare l'efficacia della responsabilità solidale tra appaltante ed appaltatore e il coordinamento degli interventi di prevenzione dei rischi, con particolare riferimento ai subappalti, anche attraverso l'adozione di meccanismi che consentano di valutare l'idoneità tecnico-professionale delle imprese pubbliche e private, considerando il rispetto delle norme relative alla salute e sicurezza dei lavoratori nei luoghi di lavoro quale elemento vincolante per la partecipazione alle gare relative agli appalti e subappalti pubblici e per l'accesso ad agevolazioni, finanziamenti e contributi a carico della finanza pubblica; 2) modificare il sistema di assegnazione degli appalti pubblici al massimo ribasso, al fine di garantire che l'assegnazione non determini la diminuzione del livello di tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori; 3) modificare la disciplina del Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, prevedendo che i costi relativi alla sicurezza debbano essere specificamente indicati nei bandi di gara e risultare congrui rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori, dei servizi o delle forniture oggetto di appalto”* (art. 1, comma secondo, lett. s).

Il legislatore ha confermato, dunque, che la strada per il potenziamento delle tutele della salute e della sicurezza del lavoratore subordinato in materia di appalto è quella dell'accrescimento delle responsabilità del committente ⁽⁵⁸⁾ e, in materia di appalti pubblici, la sottrazione dei costi per l'approntamento dei mezzi di protezione dei lavoratori da quelli sui quali le imprese possono risparmiare per offrire la realizzazione dell'opera o del servizio a prezzi più vantaggiosi ⁽⁵⁹⁾.

disponibili, per la promozione della tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori (art. 1, comma 1156, lett. g), L. 296/06).

⁽⁵⁸⁾ Come ha osservato V. Pasquarella, *Appalto e sicurezza sul lavoro: tutele legislative e rimedi giurisdizionali*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2, 2007, *Suppl.*, pp. 94 ss., il legislatore, nell'estendere le responsabilità del committente alla tutela della salute e della sicurezza dei dipendenti dell'appaltatore, ha seguito la strada già indicata dalla giurisprudenza la quale aveva individuato, sotto il vigore della precedente disciplina, delle eccezioni alla regola generale dell'estraneità del committente rispetto alla tutela della salute dei dipendenti dell'appaltatore dovuta alla completa autonomia imprenditoriale dell'appaltatore. Tali eccezioni operavano in due ipotesi: in caso di messa in discussione della genuinità dell'appalto e in quello di esecuzione dell'opera o del servizio all'interno dei locali del committente.

⁽⁵⁹⁾ In materia di appalti pubblici la legge in commento, all'art. 8, ha peraltro previsto l'immediata modifica dell'art. 86 d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (cd. codice degli appalti pubblici), disponendo la

Sotto il secondo profilo, il legislatore, da un lato, ha nuovamente modificato l'art. 7 d. lgs. 626/94 e, dall'altro, ha previsto l'obbligo per l'appaltatore o subappaltatore di dotare i propri dipendenti di apposite tessere di riconoscimento.

L'art. 3 della legge 123/2007 ha previsto, invero, modificando il comma terzo dell'art. 7 d. lgs. 626/94, che, con la finalità di promuovere la cooperazione e il coordinamento con l'appaltatore, il datore di lavoro committente elabori un unico documento di valutazione dei rischi (nel quale può essere omessa esclusivamente la considerazione dei rischi specifici dell'attività dell'impresa appaltatrice), da allegare al contratto di appalto, che indichi le misure adottate per eliminare le interferenze.

Anche tale modificazione si muove dunque nel senso della attribuzione al committente di maggiori responsabilità finalizzate ad incentivare, da parte dello stesso, maggiori controlli nei confronti dell'appaltatore sia nella fase della selezione dell'imprenditore cui affidare l'appalto, sia, successivamente, nella fase dello svolgimento del rapporto⁽⁶⁰⁾.

La stessa norma ha inoltre disposto, con le medesime finalità, tramite l'inserimento di un comma 3-ter nello stesso art. 7 d. lgs. 626/94, che sia data pubblicità ai costi relativi alla sicurezza menzionandone espressamente l'ammontare nel contratto di appalto e subappalto. Costi che devono essere comunicati, a fronte di una loro espressa richiesta, al rappresentante dei lavoratori per la sicurezza e alle organizzazioni sindacali dei lavoratori.

Infine, come anticipato, il legislatore ha introdotto, con l'art. 6 della legge 123/2007, a decorrere dal 1° settembre 2007, l'obbligo, la cui violazione è punita con l'irrogazione di una sanzione amministrativa, per l'appaltatore e gli eventuali subappaltatori di fornire al proprio personale una tessera di riconoscimento, munita di fotografia e contenente le generalità del lavoratore oltre che l'indicazione del datore di lavoro.

10. L'applicabilità dell'art. 29 d. lgs. 276/03 alle pubbliche amministrazioni

Un cenno, in conclusione, deve essere dedicato a chiarire se gli obblighi posti dal d. lgs. 276/03 in capo al committente trovino applicazione anche nell'ipotesi in cui lo stesso sia una pubblica amministrazione.

sostituzione del comma 3-bis e l'introduzione di un nuovo comma 3-ter. Tramite tali modifiche il legislatore ha stabilito che, in sede di esame dell'offerta, l'ente aggiudicatore debba valutare che il valore economico sia adeguato e sufficiente rispetto al costo del lavoro e al costo relativo alla sicurezza (quest'ultimo, in particolare, è inoltre sottratto al ribasso d'asta), tenuto conto dell'entità e delle caratteristiche dei lavori, dei servizi e delle forniture. Per un esame delle tecniche di tutela del lavoro utilizzate in materia di appalti pubblici si veda F. Scarpelli, *Regolarità del lavoro e regole della concorrenza: il caso degli appalti pubblici*, RGL, 2006, 4, pp. 753 ss.

⁽⁶⁰⁾ Per una esame delle tecniche giurisdizionali attivabili per rendere effettiva le tutele previste dalla legge ed, in particolare, in materia di ammissibilità dell'esecuzione in forma specifica degli obblighi di sicurezza in capo all'appaltatore, si veda, da ultimo, V. Pasquarella, *Appalto e sicurezza sul lavoro: tutele legislative e rimedi giurisdizionali*, cit., p. 128 ss.

Al riguardo, l'art. 1, comma secondo, d. lgs. 276/03, prescrive che *il presente decreto non trova applicazione per le pubbliche amministrazioni e per il loro personale.*

Tale disposizione impone all'interprete di stabilire se la stessa impedisca alle pubbliche amministrazioni soltanto di avvalersi degli istituti di nuova introduzione oppure se comporti la loro completa esenzione dalle regole dettate dalla riforma, anche nell'ipotesi in cui operino nel loro ruolo istituzionale.

Nonostante la formulazione della norma riferisca l'area dell'esclusione sia alle pubbliche amministrazioni che ai dipendenti delle stesse, gli autori che hanno affrontato tale questione hanno aderito alla prima soluzione affermando che la deroga riguarda esclusivamente l'amministrazione pubblica laddove agisca come datore di lavoro ⁽⁶¹⁾.

A sostegno di tale conclusione, tale dottrina ha correttamente evidenziato come una simile interpretazione sia imposta dalla legge delega (legge 14 febbraio 2003, n. 30).

L'art. 6, comma primo, di quest'ultima escludeva, infatti, l'applicazione della disciplina prevista ai precedenti articoli da 1 a 5 *al personale delle pubbliche amministrazioni ove non siano espressamente richiamate.* In forza di tale disposizione, l'art. 1, comma secondo, del decreto delegato deve essere interpretato nel senso di precludere alle pubbliche amministrazioni esclusivamente l'accesso ai nuovi istituti contrattuali introdotti dalla riforma, salve le eccezioni espressamente previste ⁽⁶²⁾.

L'art. 1 non comporta, dunque, una totale esenzione delle pubbliche amministrazioni dall'applicazione delle norme del decreto, poiché, se questo fosse il contenuto della norma, si dovrebbe ritenere la stessa costituzionalmente illegittima, atteso che la legge 30/03 legittimava il legislatore delegato ad escludere l'applicazione delle norme di nuova introduzione solo nei confronti dei dipendenti pubblici e non anche nei confronti delle stesse pubbliche amministrazioni.

Tale posizione, con motivazione condivisibile, è stata recentemente recepita dal Tribunale di Pavia ⁽⁶³⁾, il quale ha affermato che il riferimento fatto dall'art. 1, comma secondo, d. lgs. 276/03, alle pubbliche amministrazioni deve ritenersi limitato all'ipotesi in cui esse operino come datori di lavoro al fine di precludere loro la possibilità di utilizzare le nuove forme contrattuali. Non riguarderebbe invece le pubbliche amministrazioni nel proprio ruolo istituzionale *proprio perché è lo stesso decreto*

⁽⁶¹⁾ S. Mainardi e R. Salomone, *L'esclusione dell'impiego alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni. Le competenze di regioni a statuto speciale e province autonome*, in *Organizzazione e disciplina del mercato del lavoro, Art. 1-19*, a cura di M. Miscione e M. Ricci, in *Commentario al d. leg. 10 settembre 2003, n. 276*, coordinato da F. Carinci, Ipsoa, Milano, 2004, spec. p. 36; M. T. Carinci, *La somministrazione di lavoro altrui*, in *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d'azienda. Commento agli artt. 20-32*, a cura di M. T. Carinci e C. Cester, vol. II, in *Commentario al d. leg. 10 settembre 2003, n. 276*, coordinato da F. Carinci, Ipsoa, Milano, 2004, spec. p. 20. In senso contrario, però: P. Chieco, *Lavoro e responsabilità solidale negli appalti: dalla legge Bersani alla Finanziaria 2007*, p. 471.

⁽⁶²⁾ Per esempio, il legislatore ha previsto la possibilità per le pubbliche amministrazioni di far ricorso alla somministrazione a tempo determinato, salva l'inapplicabilità della sanzione della costituzione del rapporto alle dipendenze della amministrazione utilizzatrice in caso di somministrazione irregolare (art. 86, comma nono, d. lgs. 276/03).

⁽⁶³⁾ Trib. Pavia, 29 aprile 2006, in *Riv. Crit. Dir. Lav.*, 2006, pp. 539 ss., con nota adesiva di F. Capurro.

delegato a individuare nella pubblica amministrazione il soggetto attivo di importanti discipline ivi regolate, come quella della certificazione.

CAPITOLO QUINTO

La dissociazione fra datore di lavoro formale e datore di lavoro sostanziale nel nuovo quadro normativo

SOMMARIO: 1. Fungibilità degli strumenti di impiego del lavoro altrui e incidenza della normativa legale e contrattuale sulla scelta dell'impresa di intraprendere la strada del decentramento – 2. Le sanzioni per il caso di appalto illecito – 2.1. Le sanzioni penali e il problema del rapporto con il reato di intermediazione nelle prestazioni di lavoro previsto dalla l. 1369/60: la diversità dei beni giuridici protetti – 2.2. La costituzione del rapporto di lavoro subordinato alle dipendenze dell'utilizzatore – 2.3. E' configurabile un divieto implicito di interposizione? – 3. Dissociazione fra datore di lavoro formale e datore di lavoro sostanziale e tutela dell'occupazione

1. Fungibilità degli strumenti di impiego del lavoro altrui e incidenza della normativa legale e contrattuale sulla scelta dell'impresa di intraprendere la strada del decentramento

A questo punto dell'indagine è possibile tentare di operare un raffronto fra il sistema normativo creato dal d. lgs. 276/03 e quello previgente fondato sulla legge 1369/60, allo scopo di chiarire gli aspetti di continuità o discontinuità.

L'esame della definizione dettata dal primo comma dell'art. 29 d. lgs. 276/03 ha consentito di appurare la sostanziale coincidenza strutturale con lo schema disegnato dal codice civile nell'art. 1655 cod. civ. Si è messo però in evidenza come il legislatore, all'interno delle norme poste a tutela dei lavoratori subordinati che presuppongono la sussistenza di un'organizzazione imprenditoriale, assuma una prospettiva particolare e differente rispetto a quella su cui è basata la fattispecie presupposta dall'art. 2082 cod. civ. Prospettiva rappresentata dalla considerazione della struttura produttiva che l'appaltatore deve investire nella realizzazione dell'opera o del servizio come organizzazione di mezzi *autosufficiente* rispetto al risultato che la stessa è destinata a realizzare. Al riguardo si è tentato di dimostrare come la finalità in questo modo perseguita dal legislatore sia stata quella di imputare il rapporto di lavoro al soggetto che dia maggiori garanzie in ordine alla conservazione dell'occupazione.

L'indagine ha anche consentito di affermare l'esistenza di un limite implicito alla stipulazione del contratto di appalto riguardante tutti quei servizi e tutte quelle attività la cui realizzazione sia il risultato della prestazione resa dal singolo lavoratore e non dall'apparato produttivo gestito dall'appaltatore. Al riguardo, si è messo in evidenza come la ricerca del soggetto che esercita il potere direttivo non costituisce sempre il criterio in grado di identificare il "datore di lavoro".

In particolare, non costituisce criterio dirimente con riferimento a quei servizi la cui realizzazione è dovuta alle competenze professionali possedute dal lavoratore, o la cui esecuzione è di carattere a tal punto elementare da non richiedere indicazioni specifiche.

Con riferimento a tali attività, il ruolo del datore di lavoro finisce per sostanziarsi nella mera richiesta di esecuzione di determinate prestazioni e perde dunque la capacità di essere impiegato per individuare il soggetto cui imputare il rapporto di lavoro.

Un primo limite all'affidamento in appalto deriva allora dalla stessa nozione di subordinazione qualificata dall'art. 2094 cod. civ. in termini di eterodirezione: non è possibile affidare in appalto quei servizi la cui realizzazione richieda un'attività svolta in maniera indipendente dal lavoratore, rispetto alla quale l'appaltatore si limiti di fatto ad assumere esclusivamente il rischio della continuità della prestazione lavorativa.

È ciò vale con riferimento a quelle attività che siano fortemente compenstrate al risultato produttivo che il committente intende realizzare.

Rispetto a questo tipo di attività non vale la precisazione introdotta dalla giurisprudenza in materia di subordinazione attenuata secondo la quale, in queste ipotesi, il potere direttivo si risolverebbe nella mera a disposizione del datore di lavoro delle energie lavorative del lavoratore con continuità, fedeltà e diligenza e/o in indicazioni generali date all'inizio del rapporto di lavoro. Ciò poiché, data la natura dell'attività non sono ravvisabili neanche le indicazioni di massima iniziali, e il lavoratore di fatto si pone nella disponibilità del committente che di volta in volta enuncia, e non potrebbe essere diversamente, le proprie richieste direttamente al dipendente.

In questa prospettiva, illuminante è l'esempio dei servizi di assistenza infermieristica dove l'attività è tale da essere rimessa integralmente all'esecuzione del lavoratore tramite le proprie competenze sulla base di una richiesta che non può che provenire dal personale medico dell'azienda ospedaliera.

Discorso diverso si dovrebbe fare nel caso in cui ad essere appaltata sia l'esecuzione di operazioni chirurgiche ad un'equipe. In questo caso è identificabile un risultato autonomo la cui realizzazione può essere affidata in appalto all'equipe medesima.

Fatti questi necessari chiarimenti, rimangono le difficoltà di identificazione della fattispecie con riferimento a queste attività nelle quali possono considerarsi praticamente tra loro fungibili l'appalto e la somministrazione come meccanismi finalizzati a fornire al committente le competenze necessarie all'acquisizione di un determinato risultato. In questa prospettiva, muovendo dalla premessa per cui la scelta per uno strumento piuttosto che per un altro è fortemente influenzata dalla reciproca convenienza economica e giuridica, si è esaminata la disciplina normativa, nazionale e comunitaria, nonché quella risultante dai contratti collettivi al fine di valutare in che modo la stessa possa incidere sulla scelta di ricorrere alla stipulazione del contratto di appalto. Nell'ambito di tale indagine è in primo luogo emersa, da un lato, l'inesistenza - e la sostanziale inammissibilità perché altrimenti incompatibili con la Costituzione - di divieti di esternalizzazione e di stipulazione di contratti di appalto, e dall'altro la sostanziale carenza di effettività degli strumenti di disincentivazione all'esternalizzazione inseriti all'interno della contrattazione collettiva.

In secondo luogo si è visto come gli strumenti di protezione dei lavoratori impiegati dall'appaltatore nell'esecuzione dell'appalto, soprattutto quelli volti alla salvaguardia dell'occupazione, non siano sempre praticabili poiché non sempre risultano compatibili con la realizzazione di un mercato europeo governato dal principio della libera concorrenza. Sotto questo profilo, invero, si è visto come le ragioni di politica sociale, se pure nel tempo abbiano ottenuto un importante riconoscimento, non possono ancora essere considerate come valori equiparabili alle istanze economiche che continuano ad essere sostanzialmente prevalenti nel bilanciamento dei valori compiuto dalla Corte di Giustizia nelle sue decisioni.

Infine, l'esame del regime delle responsabilità poste in capo al committente in seno alla riforma del mercato del lavoro realizzata con il d. lgs. 276/03 ha consentito di porre in evidenza come la strada perseguita dal legislatore sia stata quella della incentivazione alla scelta di appaltatori affidabili sulla base di un sillogismo piuttosto semplice: se il committente viene chiamato a rispondere nei confronti dei lavoratori impiegati dall'appaltatore nell'esecuzione dell'appalto per gli inadempimenti di quest'ultimo agli obblighi posti dalla legge, lo stesso committente sarà incentivato, per un verso, a scegliere un appaltatore che gli dia garanzie di serietà ed affidabilità, per l'altro, a vigilare sul suo operato al fine di prevenire eventuali comportamenti fraudolenti.

A conclusione del discorso diviene obbligatorio tentare di chiarire quale sia il rapporto fra il sistema normativo fondato sulla legge 1369/60 e il nuovo sistema inaugurato dal d. lgs. 276/03. In particolare è necessario chiedersi se l'attuale sistema normativo possa dirsi ancora imperniato su di un divieto di dissociazione fra datore di lavoro formale e datore di lavoro sostanziale e dunque se, nonostante l'abrogazione espressa, possa dirsi ancora emergente, dalle pieghe dell'ordinamento, un divieto di intermediazione nella fornitura di mere prestazioni di lavoro.

A tal fine è necessario affrontare l'esame delle conseguenze che l'ordinamento riconnette alla violazione della fattispecie legale.

La necessità di affrontare tale questione nasce dalla intuitiva constatazione che la possibilità di ammettere la permanenza di un divieto di interposizione presuppone che alla violazione di quel divieto l'ordinamento abbia riconnesso delle conseguenze giuridiche. Dunque sarà possibile ritenere tutt'ora cogente un divieto di interposizione nelle prestazioni di lavoro soltanto laddove si ammetta che la fattispecie dallo stesso divieto identificata continui ad essere oggetto di sanzioni specifiche ed assimilabili a quelle fissate nel sistema previgente ⁽¹⁾.

2. Le sanzioni per il caso di appalto illecito

⁽¹⁾ Al riguardo, si deve ricordare l'acuta osservazione di E. Ghera, *Le sanzioni civili nella tutela del lavoro subordinato*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 3, 1979, p. 310, secondo il quale le tecniche sanzionatorie, come le tecniche limitative di controllo sociale, hanno un ruolo fondamentale nell'interpretazione delle norme del diritto del lavoro e dunque nella valutazione degli interessi tutelati.

Il legislatore ha introdotto un apparato di sanzioni volto a colpire la violazione delle regole in materia di appalto, somministrazione e distacco.

In particolare, per indicare la fattispecie patologica rilevante in materia di appalto, impiegheremo la formula *appalto illecito*. Questa locuzione appare, invero, più corretta, sul piano tecnico-giuridico, per indicare il fenomeno che ci accingiamo ad esaminare rispetto a quella di *appalto non genuino*, pure ampiamente impiegata da alcuni Autori per darne una denominazione.

Come tra poco si vedrà, infatti, tutte le sanzioni, tanto civili quanto penali, sono dall'ordinamento comminate in ragione della violazione di quanto prescritto dal primo comma dell'art. 29 d. lgs. 276/03 che definisce, come oramai chiaro, i requisiti che un contratto di appalto deve possedere per essere legittimo. Nel suo significato identificativo di un qualcosa che risulta contrario alla legge, dunque, l'aggettivo "*illecito*" appare più adatto ad identificare la fattispecie dell'appalto privo dei requisiti richiesti dal primo comma dell'art. 29 d. lgs. 276/03. Da questa prospettiva, l'aggettivo "*genuino*" appare più adatto ad individuare la fattispecie dell'appalto lecito che sia stato munito della certificazione consentita dalla legge.

La violazione delle norme in materia di appalto è sanzionata, analogamente a quanto previsto per la somministrazione e il distacco, per il tramite del ricorso a sanzioni di natura sia penale che civile.

Sotto il primo profilo, l'unica norma espressamente riferita all'appalto illecito è quella contenuta nel comma 5-*bis* dell'art. 18 d. lgs. 276/03, così come modificato dal successivo d. lgs. 6 ottobre 2004, n. 251, all'art. 4.

Prima di tali modifiche, non era stata prevista dalla riforma del mercato del lavoro una disposizione che espressamente sanzionasse l'appalto illecito.

Il legislatore si era preoccupato, infatti, di normare esclusivamente le conseguenze connesse all'eventualità in cui la somministrazione di lavoro fosse posta in essere al di fuori delle ipotesi ammesse dalla legge o senza il rispetto delle condizioni e dei presupposti dalla stessa previsti fissando, da un lato, sanzioni di carattere penale (art. 18 d. lgs. 276/03) per l'esercizio non autorizzato dell'attività di somministrazione ⁽²⁾,

⁽²⁾ La giurisprudenza ha già avuto modo di pronunciarsi in più occasioni relativamente alla sopravvivenza del reato penale previsto dalla legge n. 1369 del 1960 a seguito della abrogazione di tale da parte del decreto di riforma de mercato del lavoro. In particolare, con soluzioni contrastanti, la giurisprudenza si è chiesta se fra la vecchia fattispecie di reato e la nuova prevista dall'art. 18 d. lgs. 276 del 2003, ricorra un'ipotesi di *abrogatio legis* – con conseguente applicazione dell'art. 2, comma 2, cod. pen. – o piuttosto un fenomeno di successione di leggi penali nel tempo regolamentato dall'art. 2, comma 3, c.p. Mentre il Tribunale di Ferrara (24 dicembre 2003, n. 571) ha ritenuto che l'abrogazione della legge 1369 avrebbe comportato un'abrogazione della fattispecie di reato dalla stessa prevista, sostenendo che non vi sarebbe continuità tra le due fattispecie di cui all'art. 1 e 2 L. 1369/60 e l'art. 18 commi 1 e 2 del d.lgs 276/03, in quanto divergerebbero in ordine agli elementi costitutivi tipici che disegnano l'identità del fatto, la Corte di Cassazione, con la sentenza 25 agosto 2004, n. 34922, ha ritenuto che l'abrogazione della legge 1369 avrebbe solo parzialmente abolito il reato dalla stessa previsto "*giacché solo alcuni fatti puniti dalla legge 1369/1960 non costituiscono più reato. Per i residui casi, che rientrano nell'ambito della nuova fattispecie penale, sussiste un nesso di continuità normativa tra il precetto previgente e quello attualmente riformulato dagli artt. 4, 18 DLvo 276/2003*". Sul tema si tornerà nel paragrafo seguente al

dall'altro, una sanzione di carattere civile (costituzione del rapporto di lavoro tra il lavoratore irregolarmente somministrato e l'effettivo utilizzatore della prestazione) per l'ipotesi in cui il contratto di somministrazione non rivestisse la forma scritta con indicazione degli elementi di cui alle lettere a), b), c), d), e) dell'art. 21, comma 1 (art. 21, comma 4°, d. lgs. n. 276 del 2003), oppure venisse posta in essere al di fuori dei limiti e delle condizioni di cui agli articoli 20 e 21, comma 1, lettere a), b), c), d) ed e) (cd. somministrazione irregolare, art. 27 d. lgs. n. 276 del 2003).

Tale disciplina dava luogo ad un sistema che di poco si discostava da quello precedente la riforma.

Il quinto comma dell'art. 1 della legge n. 1369 del 1960 stabiliva che i prestatori di lavoro impiegati in violazione dei divieti dettati dallo stesso articolo fossero considerati a tutti gli effetti alle dipendenze dell'imprenditore che effettivamente avesse utilizzato le loro prestazioni.

In forza di tale disposizione, dunque, all'accertamento della sussistenza della fattispecie interpositoria conseguiva la costituzione, con effetto dall'inizio della utilizzazione, del rapporto di lavoro alle dipendenze dell'imprenditore utilizzatore.

Tale previsione rimase peraltro inalterata all'indomani della introduzione nel nostro ordinamento della fornitura del lavoro temporaneo, attuata con la legge n. 196 del 1997. L'art. 10 di tale legge prescriveva infatti che *“nei confronti dell'impresa utilizzatrice che ricorra alla fornitura di prestatori di lavoro dipendente da parte di soggetti diversi da quelli di cui all'articolo 2, ovvero che violi le disposizioni di cui all'articolo 1, commi 2, 3, 4 e 5, nonché nei confronti dei soggetti che forniscono prestatori di lavoro dipendente senza essere iscritti all'albo di cui all'articolo 2, comma 1, continua a trovare applicazione la legge 23 ottobre 1960, n. 1369”*.

La legge n. 196 del 1997 mantenne così inalterato il confine sostanziale fra appalto lecito ed interposizione vietata ritagliando però all'interno di quest'ultima un'area di liceità individuata attraverso la delimitazione delle ipotesi e delle condizioni alle quali era consentita la fornitura di mere prestazioni di lavoro ⁽³⁾.

Con la promulgazione del decreto 276/03, e prima delle modifiche allo stesso apportate dal decreto correttivo, abrogate sia la legge 1369/60 che la 196/97 e introdotta la somministrazione di lavoro, la sanzione è quella prevista dall'art. 27, comma 1, che

fine di appurare la correttezza di tale soluzione e, dunque, della possibilità di continuare ad ammettere l'esistenza nel nostro sistema di un implicito divieto di interposizione.

⁽³⁾ Una parte autorevole della dottrina (A. Maresca, *Il contratto di fornitura di prestazioni di lavoro temporaneo*, in G. Santoro Passarelli (a cura di), *Flessibilità e diritto del lavoro*, III, Torino, 1997, pp. 180 ss.) sostenne però, probabilmente con un atteggiamento provocatorio finalizzato a far emergere i limiti della regolamentazione dettata dalla legge 1369/60, che l'introduzione del cd. lavoro interinale nel nostro ordinamento avrebbe dato luogo ad una nuova regola generale comportando l'abrogazione tacita del divieto di interposizione. Tale opinione rimase minoritaria e prevalse l'orientamento di chi riteneva che il lavoro interinale presupponesse comunque l'esistenza di un generale divieto di interposizione (tra i tanti, cfr.: P. Ichino, *Il lavoro interinale e gli altri varchi nel “muro” del divieto di interposizione*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1997, pp. 503 ss.; M.T. Carinci, *Art. 2127: la fornitura di lavoro altrui: interposizione, comando, lavoro temporaneo, lavoro negli appalti*, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 35 ss. ed ivi riferimenti bibliografici).

recita: “quando la somministrazione di lavoro avvenga al di fuori dei limiti delle condizioni di cui agli articoli 20 e 21, comma 1, lettere a), b), c), d) ed e), il lavoratore può chiedere, mediante ricorso giudiziale a norma dell’articolo 414 del codice di procedura civile, notificato anche soltanto al soggetto che ne ha utilizzato la prestazione, la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze di quest’ultimo, con effetto dall’inizio della somministrazione”.

La lettura di tale norma giustifica il fatto che la dottrina ⁽⁴⁾, attualmente maggioritaria, ritenga che, nonostante l’abrogazione dell’espresso divieto di interposizione prima dettato dall’art. 1 della legge 1369, sia comunque rinvenibile all’interno del nostro ordinamento un implicito divieto di fornitura di lavoro altrui la cui violazione viene sanzionata, come in passato, con la costituzione del rapporto di lavoro alle dipendenze dell’imprenditore utilizzatore. Ciò in particolare trova conferma nell’analogia intercorrente fra l’art. 10 della legge 196/97 e la citata norma del cd. decreto “Biagi”.

L’unica differenza, degna però, come più avanti vedremo, di un notevole rilievo, è rappresentata dal fatto che ora tale effetto viene subordinato all’azione in giudizio del lavoratore che agendo nelle forme del rito del lavoro deduca davanti al giudice tale accertamento, configurando la fattispecie come un’ipotesi di annullabilità e non di nullità ⁽⁵⁾.

Con il decreto correttivo il Consiglio dei Ministri ha parzialmente emendato tale regime sanzionatorio:

- in primo luogo, inasprendo le sanzioni di carattere penale previste dall’art. 18 del decreto, limitandole però alle sole ipotesi di esercizio non autorizzato delle attività di somministrazione a tempo determinato o a tempo indeterminato (art. 18, comma 2, d. lgs. 276/2003, così come corretto dall’art. 4, comma 2 del decreto correttivo);
- in secondo luogo, introducendo una sanzione di carattere penale anche per l’ipotesi in cui di appalto privo dei requisiti dell’art. 29, comma 1 (comma 5-bis dell’art. 18 d. lgs. 276/2003, aggiunto dal decreto correttivo);
- in terzo luogo, sopprimendo il riferimento contenuto nel quarto comma dell’art. 21, all’indicazione degli elementi di cui alle lettere a), b), c), d) ed e) della stessa norma (art. 5 del decreto correttivo);
- infine aggiungendo due commi all’art. 29 del decreto “Biagi” che così recitano: “3-bis. Quando il contratto di appalto sia stipulato in violazione di

⁽⁴⁾ R. Del Punta, *La nuova disciplina degli appalti e della somministrazione di lavoro*, in AA.VV., *Come cambia il lavoro*, Milano, 2004, p. 64 ss.; M.T. Carinci, *La somministrazione di lavoro altrui*, in F.Carinci (coordinato da), *Commentario al D.Lgs 10 settembre 2003 n., 276*, in M.T.Carinci, Cester (a cura di), *Somministrazione comando appalto e trasferimento di azienda*, Vol. II, Milano, 2004, p. 4; C. Zoli, *Relazione alle giornate di studio Aidlass a Padova, 2004*, p. 26. Da ultimo: A. Salento, *Somministrazione, appalto, organizzazione: politiche del diritto, interpretazioni, teorie organizzative*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2006, 3, pp. 441 ss.

⁽⁵⁾ Sul punto si veda P. Ichino, *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco. Articolo 29 Appalto*, in AA.VV., *Il nuovo mercato del lavoro*, Zanichelli, Bologna, 2004, pp. 257 ss.

quanto disposto dal comma 1, il lavoratore interessato può chiedere, mediante ricorso giudiziale a norma dell'articolo 414 del codice di procedura civile, notificato anche soltanto al soggetto che ne ha utilizzato la prestazione, la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze di quest'ultimo. In tale ipotesi si applica il disposto dell'articolo 27, comma 2. 3-ter. Fermo restando quanto previsto dagli articoli 18 e 19, le disposizioni di cui al comma 2 del presente articolo non trovano applicazione qualora il committente sia una persona fisica che non esercita attività di impresa o professionale” (art. 6 del decreto correttivo).

Il regime sanzionatorio descritto, alla luce delle modifiche recentemente introdotte, sembra introdurre delle consistenti novità che pongono in dubbio la stessa possibilità di ritenere ancora vigente nel nostro ordinamento un divieto di interposizione nella fornitura di prestazioni di lavoro.

2.1. Le sanzioni penali e il problema del rapporto con il reato di intermediazione nelle prestazioni di lavoro previsto dalla l. 1369/60: la diversità dei beni giuridici protetti.

Sintetizzando i risultati della ricostruzione operata nel paragrafo che precede, si può dunque affermare che il nostro ordinamento sanziona l'appalto stipulato ed eseguito in assenza dei requisiti prescritti dal primo comma dell'art. 29 d. lgs. 276/03 (*rectius* “appalto illecito”) in maniera autonoma, rispetto a quanto dettato in materia di somministrazione di lavoro, mediante l'applicazione di sanzioni penali e civili.

Ciò impone di chiarire se sussistano delle differenze fra la fattispecie dell'appalto illecito e quella della somministrazione irregolare tali da giustificare l'introduzione di un distinto regime sanzionatorio o piuttosto se le due fattispecie debbano considerarsi comunque assimilabili e coincidenti così da ritenere che le novità introdotte con il d. lgs. 251/04 abbiano rappresentato l'esplicitazione di effetti già desumibili dalla disciplina previgente.

Il confronto deve essere sviluppato con la fattispecie della somministrazione irregolare (prevista dall'art. 27 d. lgs. 276/03), poiché con tale espressione il legislatore identifica la somministrazione posta in essere al di fuori dei limiti e delle condizioni in cui il gli artt. 20 e 21, comma 1, lettere a), b), c), d) ed e), d. lgs. 276/03, la consentono.

Fattispecie diversa è quella della somministrazione fraudolenta, prevista dall'art. 28 d. lgs. 276/03. Quest'ultima identifica infatti un'ipotesi di somministrazione di lavoro (è irrilevante se realizzata o meno nell'ambito delle ipotesi consentite dalla legge) attuata con la specifica finalità di eludere norme inderogabili di legge o di contratto collettivo applicato al lavoratore.

Lo strumento contrattuale della somministrazione consente all'imprenditore, come noto, di impiegare all'interno della propria attività lavoratori, dipendenti da soggetti (le cd. Agenzie di somministrazione) specificamente autorizzati, come fossero propri

lavoratori subordinati. Attraverso questo strumento viene specificamente realizzato ciò che già era consentito prima della promulgazione del d. lgs. 276/03 tramite lo strumento della fornitura di lavoro temporaneo, sia pur entro limiti ben più ristretti.

Attraverso la somministrazione di lavoro, l'ordinamento oggi consente che le Agenzie di somministrazione debitamente autorizzate da parte del Ministero del Lavoro all'esito dell'accertamento del possesso di specifici requisiti economici e di serietà, mettano a disposizione di un'impresa utilizzatrice, a tempo determinato o indeterminato, lavoratori subordinati.

In altre parole, la prestazione tipica fornita dal somministratore si concretizza nell'invio e nella messa a disposizione di dipendenti assunti dallo stesso somministratore e destinati ad essere inseriti nell'organizzazione dell'utilizzatore per lo svolgimento di attività lavorativa coordinata e diretta dallo stesso.

La legittimità dell'operazione richiede, oltre al possesso da parte del somministratore della necessaria autorizzazione, la sussistenza in concreto degli specifici presupposti cui la legge subordina la possibilità di somministrare lavoratori a tempo determinato ⁽⁶⁾ o a tempo indeterminato ⁽⁷⁾.

Dunque, mentre nell'ambito di un contratto di appalto l'appaltatore è sempre obbligato alla realizzazione di un risultato ulteriore e diverso rispetto alla mera attività lavorativa, ossia l'esecuzione dell'opera o del servizio dedotti nel contratto di appalto, che deve essere effettuata mediante l'organizzazione dei mezzi necessari e la gestione a proprio rischio di tali mezzi, nella somministrazione l'apporto del somministratore è limitato alla fornitura di lavoro.

Si avrà allora somministrazione irregolare allorché la messa a disposizione delle prestazioni lavorative destinate ad essere organizzate e dirette dall'utilizzatore per il conseguimento del risultato produttivo che l'utilizzatore si propone di ottenere avvenga: a) da parte di soggetti che non siano stati autorizzati a norma di legge; b) in ipotesi non rientranti tra quelle in cui la legge consente la somministrazione; c) per motivazioni diverse da quelle dedotte al momento della stipulazione del contratto; d) per la mancata redazione del contratto in forma scritta e per l'assenza in esso delle indicazioni elencate dall'art. 21, comma primo, lettere dal a) a e) (cfr. art. 27, comma primo, d. lgs. 276/03).

Così delineata la fattispecie della somministrazione irregolare è necessario passare ad esaminare quella dell'appalto illecito per avvedersi di come la stessa non sia coincidente con la prima.

⁽⁶⁾ L'art. 20, comma quarto, d. lgs. 276/03 consente la somministrazione di lavoro a tempo determinato a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, anche se riferibili all'ordinaria attività dell'utilizzatore.

⁽⁷⁾ La somministrazione di lavoro a tempo indeterminato è consentita dall'art. 20, comma terzo, d. lgs. 276/03 per lo svolgimento di una serie di attività comprese in un'elencazione suscettibile di ampliamento da parte della contrattazione collettiva.

La categoria dell'appalto illecito assume, invero, contorni più ampi, ricomprendendo al proprio interno ipotesi invece non includibili in quella della somministrazione irregolare.

Come evidenziato nel paragrafo precedente, l'ordinamento prevede sanzioni penali e civili per il caso di appalto illecito.

Ai sensi dell'art. 29, comma 3-bis, trova applicazione la sanzione civilistica dallo stesso prevista in caso di appalto "stipulato in violazione di quanto disposto" dal primo comma dello stesso articolo.

Analogamente, in forza dell'art. 18, comma 5-bis, trovano applicazione le sanzioni penali nel caso di appalto privo dei requisiti di cui al primo comma dell'art. 29.

Alla luce delle citate disposizioni, dunque, si ha appalto illecito laddove il contratto, al momento della sua stipulazione o nel corso della sua esecuzione, risulti privo dei requisiti richiesti dal primo comma dell'art. 29. Ne consegue, in ragione di quanto evidenziato nel primo capitolo, che si avrà appalto illecito ogni qualvolta l'appaltatore non realizzi l'opera o il servizio commissionatogli con la organizzazione di mezzi funzionale al risultato medesimo ed assumendo il rischio inerente all'esecuzione dell'incarico.

Ciò significa, però, che si avrà appalto illecito, non solo nell'ipotesi in cui l'appaltatore si limiti a mettere a disposizione del committente i propri lavoratori subordinati non avendo assunto in maniera autonoma la gestione dell'organizzazione dei mezzi, ma anche nell'ipotesi in cui, pur avendo l'appaltatore eseguito in piena autonomia l'opera o il servizio senza alcuna ingerenza del committente, non abbia però assunto alcun rischio di impresa, nel senso chiarito nel primo capitolo.

Ne risulta confermato che il ventaglio delle ipotesi rientranti nella categoria dell'appalto illecito risulta più ampio di quello della somministrazione irregolare.

Mentre quest'ultima necessariamente consiste in una fornitura di lavoratori al di fuori delle ipotesi e delle condizioni in cui la legge la consente, l'appalto illecito non si risolve necessariamente in essa.

Questa ricostruzione del rapporto fra la fattispecie della somministrazione irregolare e quella dell'appalto illecito sembra negata dalla dottrina ⁽⁸⁾ e dalla

(8) Come più sopra evidenziato (cfr. nota n. 3), il tema della eliminazione dal nostro sistema del divieto di interposizione nelle prestazioni di lavoro sancito dalla legge 23 ottobre 1960, n. 1369, si era già posto al momento della promulgazione della legge 24 giugno 1997, n. 196 ("Norme in materia di promozione dell'occupazione"), che aveva introdotto l'istituto della fornitura di lavoro temporaneo (sul tema M. Tiraboschi, *Lavoro temporaneo e somministrazione di manodopera. Contributo allo studio della fattispecie lavoro intermittente tramite agenzia*, Torino, 1999). Il tema ha accresciuto la sua rilevanza dal momento in cui il divieto di interposizione è stato formalmente eliminato dal nostro ordinamento con l'abrogazione della legge 1369/60 scatenando un dibattito sulla possibilità di ammettere o meno la permanenza di un divieto implicito di interposizione. La dottrina maggioritaria è orientata in questo senso (cfr.: R. Del Punta, *Il "nuovo" divieto di appalto di manodopera*, in *Dir. Prat. Lav.*, 2005, n. 36, p. 1954; M.T. Carinci, *La somministrazione di lavoro altrui*, cit., pp. 4 ss.; P. Chieco, *Somministrazione, comando, appalto. Le nuove forme di prestazione del lavoro a favore del terzo*, in P. Curzio (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo 276/2003*, Cacucci, Bari, 2004, pp. 91 ss.; P. Ichino, *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco. Articolo 29 Appalto*, cit., pp. 257 ss.; V. Speciale, *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*, in E. Gragnoli e A. Perulli (a cura di) *La riforma*

giurisprudenza ⁽⁹⁾ maggioritarie che tendono a sovrapporre le due ipotesi e a farle coincidere con la mera fornitura di mere prestazioni di lavoratori.

Secondo la dottrina prevalente, invero, il rapporto tra il sistema vigente sotto il vigore della legge 1369/60 e quello inaugurato dal d. lgs. 276/03 andrebbe considerato sotto la prospettiva della continuità nel senso che, ancorché formalmente abrogato, rimarrebbe all'interno del nostro ordinamento un implicito divieto di interposizione nelle prestazioni di lavoro in ragione del quale rimarrebbe vietata la dissociazione fra datore di lavoro formale e datore di lavoro sostanziale ⁽¹⁰⁾.

In altre parole, la fattispecie dell'appalto illecito e quella della somministrazione irregolare tenderebbero a coincidere nel senso che si ha appalto illecito ogni qualvolta venga realizzata nei fatti una mera somministrazione di lavoratori in assenza delle condizioni in cui la legge la consente. Muovendo da tale ricostruzione e pervenendo alle medesime conclusioni, mentre secondo una tesi ⁽¹¹⁾ la nuova disciplina conterrebbe un *vincolo di sistema* che avrebbe i caratteri dell'antico divieto di interposizione, secondo un'altra opinione ⁽¹²⁾, ad essere mutata non sarebbe la "macrogeografia delle esternalizzazioni", ma semmai la microgeografia; i tre istituti dell'appalto, della somministrazione e del divieto di interposizione sarebbero rimasti intatti sia pur se con dimensioni diverse, essendo aumentato il novero delle ipotesi in cui è oggi ammessa la somministrazione di lavoratori.

Ha fatto propria questa impostazione l'unanime giurisprudenza delle Sezioni Penali della Corte di Cassazione chiamate a pronunciarsi sull'esistenza di una continuità normativa fra il reato di intermediazione di manodopera punito dalla legge 1369/60 e quelli della somministrazione irregolare e dell'appalto illecito.

All'indomani dell'abrogazione della legge 1369/60 (che già puniva, nel suo art. 2, con l'ammenda la violazione del divieto di interposizione) e dell'introduzione di

del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali, Padova, 2004, pp. 275 ss.), ma non mancano voci contrarie (R. Romei, *L'elisir di lunga vita del divieto di interposizione*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2005, II, p. 736; M. Miscione, *L'abrogazione del divieto di interposizione (ricadute sul piano sistematico e sanzionatorio)*, in *Dir. Prat. Lav.*, n. 37, 2004, p. 2403; Bano, *La somministrazione di lavoro*, in A. Perulli (a cura di), *Impiego flessibile e mercato del lavoro*, Torino, 2004, pp. 1 ss.; M. Tiraboschi, *Somministrazione, appalto di servizi, distacco*, in *La riforma Biagi, Guida al Lavoro*, 2003, suppl. n. 4, pp. 66 ss.).

⁽⁹⁾ Tra le tante, si vedano: Cass. 26 gennaio 2004, n. 2583, in *Lav. Giur.*, 2005, p. 954, con nota di Perini; Cass. 24 febbraio 2004, n. 25726, in *Mass. Giur. Lav.*, 2005, p. 100, con nota di Palladini; Cass. 28 maggio 2004, n. 30136, in *Mass. Giur. Lav.*, 2005, p. 225; Cass. 16 giugno 2004, n. 34922, in *Dir. Lav.*, 2005, p. 274, con nota di Morrone; Cass. 25 novembre 2004, n. 861, in *Mass. Giur. Lav.*, 2005, p. 985; Cass. 20 dicembre 2004, n. 3714, in *Mass. Giur. Lav.*, 2005, p. 985; Cass. 26 gennaio 2005, n. 5485, in *Guida al diritto*, 2005, 12, p. 92; Cass. 28 gennaio 2005, n. 12336, in *Dir. e Giust.*, 2005, 13, p. 77, con nota di Pizzoferrato; Cass. 6 aprile 2005, in *Foro It.*, 2005, II, p. 577; Cass. 21 novembre 2005, n. 41701, in *Dir. Prat. Lav.*, 2006, p. 2408. Di contrario avviso sono state le decisioni di una parte della giurisprudenza di merito: Trib. Ferrara 4 novembre 2003, n. 483, in *Dir. Prat. Lav.*, 2004, p. 515, con nota di A. Miscione; Trib. Arezzo 14 novembre 2003, n. 215, in *Dir. Prat. Lav.*, 2004, p. 665; Trib. Ferrara 24 dicembre 2003, n. 571, in *Guida al Diritto*, 2004, n. 7, p. 84.

⁽¹⁰⁾ In tal senso, da ultimo: A. Salento, *Somministrazione, appalto, organizzazione: politiche del diritto, interpretazioni, teorie organizzative*, cit.

⁽¹¹⁾ Parla di "vincolo di sistema" R. Del Punta, *Il "nuovo" divieto di appalto di manodopera*, cit., p. 1954.

⁽¹²⁾ M.T. Carinci, *La somministrazione di lavoro altrui*, cit., pp. 4 ss.

specifiche sanzioni penali per la somministrazione irregolare e l'appalto illecito, si è posto, infatti, il problema di valutare la situazione dei soggetti già condannati sotto il vigore della disciplina previgente, nonché quello di chiarire il trattamento da applicare ai fatti non ancora puniti, ma commessi sotto il vigore di quella legge.

Il nostro sistema penale, infatti, si fonda sul principio per cui nessuno può essere punito per un fatto che, secondo la legge posteriore, non costituisce reato (art. 2, comma secondo, c.p.). In tale ipotesi, stabilisce lo stesso comma dell'art. 2 c.p., se vi è stata condanna, ne cessano l'esecuzione e gli effetti penali.

Da questa ipotesi, che, come evidente, presuppone che il reato in questione sia stato espunto dall'ordinamento, si differenzia quella in cui il reato non sia stato abrogato, ma semplicemente sia stato sottoposto ad un differente regime sanzionatorio.

In quest'ultima ipotesi, in forza di quanto prescritto dal terzo comma dell'art. 2 del codice penale, deve trovare applicazione la legge le cui disposizioni risultino più favorevoli al reo.

La definizione dei criteri alla luce dei quali determinare quando si sia in presenza di una abolizione del reato o piuttosto di una *abrogatio sine abolitione* è stata a lungo oggetto di dibattito presso la dottrina penalistica ⁽¹³⁾ e ha trovato soluzioni differenti in giurisprudenza.

Recentemente le Sezioni Unite Penali della Suprema Corte ⁽¹⁴⁾ sembrano però avere dettato l'ultima parola su tale questione indicando il principio che deve presiedere al confronto fra disciplina precedente e disciplina successiva per chiarire se si sia in presenza dell'una o dell'altra ipotesi.

I principi enunciati in tale sentenza hanno peraltro costituito il criterio di cui si è avvalsa la Cassazione per chiarire il rapporto fra il reato punito dalla legge 1369/60 e quello previsto dal d. lgs. 276/03.

Le Sezioni Unite hanno precisato che nel confronto fra le discipline volto ad appurare la permanenza della fattispecie di reato o piuttosto la sua abrogazione debba adottarsi il criterio che consenta di ricercare, guardando alla struttura del reato, un'area di coincidenza tra le fattispecie previste dalle leggi succedutesi nel tempo, senza che sia necessario rinvenire conferme della continuità attraverso criteri valutativi, quali la considerazione dei beni giuridici tutelati o delle modalità attraverso le quali si è perpetrata l'offesa a quegli stessi beni.

Applicando questo principio, con riferimento al reato di intermediazione nelle prestazioni di lavoro, la citata giurisprudenza della Corte di Cassazione ha affermato che *quello che secondo la vecchia legge era considerato appalto di mere prestazioni*

⁽¹³⁾ Sul tema della successione di leggi penali nel tempo si veda: Padovani, *Tipicità e successione di leggi penali. La modificazione legislativa degli elementi della fattispecie incriminatrice o della sua sfera di applicazione, nell'ambito dell'art. 2, co. 2 e 3 cod. pen.*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1982, pp. 1354 ss.; Siracusano, *Successione di leggi penali*, Messina, 1988; Romano, *Il rapporto tra norme penali*, Milano, 1996; Pagliaro, *La legge penale tra irretroattività e retroattività*, in *Giust. Pen.*, 1991, II, pp. 1 ss.

⁽¹⁴⁾ Cass., SS.UU., 16 giugno 2003, n. 25887, in *Guida al Diritto*, n. 26, 2003, pp. 60 ss.

[...] è ora qualificato come somministrazione di lavoro, che risulta ancora penalmente rilevante se priva dei requisiti soggettivi ed oggettivi prescritti dalla nuova legge ⁽¹⁵⁾.

Tale conclusione sarebbe infatti imposta proprio da un'analisi della struttura delle fattispecie punite dalla vecchia e dalla nuova disciplina. L'indagine condotta da questa visuale, invero, confermerebbe che ciò che prima era interposizione di manodopera è ora somministrazione di lavoro, con la sola differenza che ora, in alcune specifiche ipotesi, quest'ultima è consentita. In altre parole, il legislatore avrebbe solo ampliato l'ambito del regime derogatorio al di fuori del quale persiste però un giudizio dell'ordinamento di disvalore per la somministrazione di manodopera che rimane illecita.

In questa prospettiva, all'indomani dell'introduzione del comma 5-bis all'art. 18 del d. lgs. 276/03 con il quale è stata espressamente sanzionato penalmente l'appalto privo dei requisiti di cui all'art. 29, la stessa Suprema Corte ha affermato che in questo quadro di continuità fra le fattispecie sanzionate penalmente, la nuova previsione contenuta nel comma 5-bis non avrebbe carattere innovativo, ma meramente interpretativo, consentendo di affermare che *la prestazione di fornitura di manodopera da parte di un soggetto che non organizza il lavoro e non assume il rischio d'impresa non è appalto, ma somministrazione, che diventa illecita penalmente se attuata da soggetti non autorizzati* ⁽¹⁶⁾.

Le sezioni penali della Corte di Legittimità, in conclusione, chiamate a pronunciarsi con riferimento alla permanenza della fattispecie di reato già prevista dalla legge 1369/60, sembra che abbiano, dunque, implicitamente optato per la permanenza nel nostro ordinamento di un generale divieto di interposizione ⁽¹⁷⁾, come divieto di somministrazione di lavoratori al di fuori delle condizioni in cui la legge la consente, nella cui area cadrebbero, quali fenomeni sostanzialmente coincidenti, sia la somministrazione irregolare che l'appalto privo dei requisiti prescritti dall'art. 29 d. l.vo 276/03.

Questa tesi presenta però degli evidenti punti di criticità, alcuni dei quali sono stati posti in luce da una parte della dottrina.

Un Autore ⁽¹⁸⁾, esaminando la giurisprudenza di legittimità e di merito elaborata sulla materia dei rapporti fra la fattispecie penale punita dalla legge 1369/60 e quella prevista dal d. lgs. 276/03, ha evidenziato come le stesse non siano in realtà coincidenti, poiché l'art. 18 d. lgs. 276/03 non colpisce la somministrazione di mere prestazioni di lavoro, come avveniva sotto il vigore della legge 1369/60, ma solo la somministrazione posta in essere da un soggetto privo della necessaria autorizzazione. Non è dunque vero che *la vecchia disciplina e quella attuale abbiano ad oggetto il medesimo*

⁽¹⁵⁾ Così Cass. 25 agosto 2004, n. 34922, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2005, II, pp. 725 ss., con nota di R. Romei. Ma in senso analogo anche le sentenze citate alla nota n. 9.

⁽¹⁶⁾ Cass., Sez. Pen., 9 giugno 2004, in *Dir. Prat. Lav.*, 2004, 10, pp. 713 s.

⁽¹⁷⁾ Che questa sia la conclusione cui è pervenuta la Cassazione è sostenuto dagli Autori che hanno optato per la permanenza nel nostro ordinamento del divieto di interposizione: cfr. R. Del Punta, *Il "nuovo divieto di appalto di manodopera"*, cit., spec. p. 1954.

⁽¹⁸⁾ R. Romei, *L'elisir di lunga vita del divieto di interposizione*, cit., pp. 726 ss.

comportamento in termini di disvalore sociale: perché nell'una è colpito l'appalto di mere prestazioni di lavoro, nell'altra la semplice mancanza di un requisito formale ⁽¹⁹⁾.

In questa prospettiva, secondo l'opinione citata, la soluzione di continuità fra la vecchia e la nuova disciplina sarebbe stata poi accentuata dall'introduzione, con l'aggiunta del comma 5-bis all'art. 18 d. lgs. 276/03, di una sanzione penale autonoma per l'ipotesi dell'appalto illecito.

Ne risulta un sistema nel quale la somministrazione è divenuta una modalità fisiologica di organizzazione dei fattori della produzione perdendo quel carattere di eccezionalità cui era confinata sotto il vigore delle leggi 1369/60 e 196/97.

Nella nuova prospettiva le sanzioni civili e penali previste dall'ordinamento non rappresentano la conseguenza della violazione di un divieto generale, ma la reazione dell'ordinamento all'utilizzo di istituti al di fuori dei presupposti di legge.

Secondo un'altra opinione ⁽²⁰⁾, la necessità di mutare prospettiva e di non trattare più la materia dal punto di vista della permanenza nel nostro ordinamento di un divieto di interposizione, nascerebbe dal fatto che a seguito della abrogazione della legge n. 1369 del 1960, non esistono più "appalti illeciti" potendosi ipotizzare solo *simulazioni, assolute o relative, in cui le parti vogliono non un appalto ma un contratto diverso o nessun contratto, o simulazioni in cui i lavoratori stipulano contratti formalmente con l'appaltatore, ma in realtà con l'appaltante*. Secondo questa impostazione non esiste dunque più nel nostro ordinamento una fattispecie vietata simile a quella che era prevista dall'art. 1 della legge n. 1369 del 1960 essendo vietate solo le simulazioni con l'aggravante dell'uso del contratto di appalto che giustifica la sanzione penale.

Tali opinioni giungono ad una conclusione condivisibile, ma presuppongono alcune precisazioni in punto di argomentazione.

Va al riguardo posto in evidenza, infatti, che ciò che risulta errato è far riferimento al regime delle sanzioni penali dettato dal d. lgs. 276/03 per risolvere la questione della permanenza nel nostro ordinamento del divieto di interposizione e, in ultima analisi, della sostanziale continuità fra vecchio e nuovo sistema di cui sarebbero soltanto stati ridisegnati i confini interni ed esterni.

Come hanno correttamente sottolineato le Sezioni Penali Semplici della Suprema Corte sulla scorta delle conclusioni elaborate dalle Sezioni Unite Penali ⁽²¹⁾, il confronto fra le fattispecie di reato della somministrazione irregolare e dell'appalto illecito, da un lato, e quella dell'interposizione prevista dalla legge 1369/60, dall'altro, deve essere compiuto muovendo dall'analisi della struttura dei reati in questione prescindendo dal ricorso a criteri valutativi quale la considerazione fra i beni giuridici tutelati.

Esaminando le norme da questa prospettiva, non può negarsi che i comportamenti in concreto puniti dalle norme prese in considerazione siano, in punto di fatto,

⁽¹⁹⁾ R. Romei, *ult. op. cit.*, p. 731. Lo stesso Autore ha ribadito il concetto in *Il contratto di somministrazione di lavoro*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2006, 3, spec. p. 436.

⁽²⁰⁾ M. Miscione, *L'abrogazione del divieto di interposizione (ricadute sul piano sistematico e sanzionatorio)*, cit., pp. 2402 ss.

⁽²¹⁾ Cass., SS.UU., 16 giugno 2003, n. 25887, cit.

coincidenti. Le nuove sanzioni penali come le vecchie colpiscono chiunque si avvalga, nella propria attività produttiva, in forma subordinata, delle prestazioni di lavoratori dipendenti formalmente da altri soggetti, anch'essi puniti per tale condotta.

Infatti, se quella descritta era la fattispecie sanzionata dall'art. 2 della legge 1369/60, essa coincide sia con la fattispecie presa in considerazione dall'art. 18, commi primo e secondo, che con quella considerata dal comma quinto dello stesso articolo.

In particolare quest'ultima norma, ancorché faccia generico riferimento all'appalto privo dei requisiti di cui al primo comma dell'art. 29 d. lgs. 276/03, nel definire la condotta sanzionata penalmente, destina l'applicazione delle pene all'*utilizzatore* e al *somministratore*. In questo modo, risulta chiaro come il comportamento punito sia quello di chi si limiti a mettere a disposizione i propri dipendenti anziché dirigerli, assumendo il rischio di impresa, in vista della realizzazione di un autonomo risultato (opera o servizio che sia) ⁽²²⁾.

Per quanto riguarda la somministrazione irregolare, la condotta punita è la medesima, ma solo se posta in essere da un soggetto non autorizzato. In presenza dell'autorizzazione da parte del Ministero del Lavoro, invero, la somministrazione di lavoratori al di fuori delle ipotesi consentite dalla legge, come si desume dall'esame dell'art. 18, commi primo e secondo, d. lgs. 276/03, non costituisce reato.

La consonanza, sul piano descrittivo, fra le condotte punite sotto la vecchia e la nuova disciplina, non basta però per concludere che nel nostro ordinamento continui ad esistere un implicito divieto di interposizione nonostante la sua formale abrogazione proprio perché la coincidenza fra le fattispecie di reato è stata accertata guardando alla struttura delle stesse e non ai beni giuridici alla cui protezione quelle norme sono state effettivamente destinate.

Passando a considerare i beni giuridici protetti dalle norme considerate, essi risultano infatti difformi.

Mentre, con la legge 1369/60, il legislatore intendeva garantire, a tutela dei lavoratori, la coincidenza fra datore di lavoro formale e datore di lavoro sostanziale, con il d. lgs. 276/03, lo scopo perseguito diviene quello di prevenire l'uso improprio di strumenti quali la somministrazione e l'appalto che divengono, nel nuovo assetto normativo, strumenti di cui l'imprenditore può avvalersi nella propria attività produttiva sulla base di una scelta insindacabile in quanto rientrante nella libertà di organizzazione della propria attività ⁽²³⁾. Con particolare riferimento alla somministrazione, come è stato osservato ⁽²⁴⁾, la stessa diviene uno strumento ordinario di acquisizione della forza lavoro al pari del lavoro subordinato, sia pur imponendo che la somministrazione, per la particolare delicatezza dell'attività esercitata, venga esercitata da soggetti debitamente autorizzati all'esito di un controllo volto ad accertare il possesso di specifici requisiti di

⁽²²⁾ Cfr. A. Trimboli, *Brevi osservazioni sulla tutela penale nella riforma del mercato del lavoro: i cd. reati di somministrazione e di illecita utilizzazione di mano d'opera tra vecchi e nuovi problemi*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2005, II, p. 682.

⁽²³⁾ Su questo aspetto si rinvia a quanto detto nel capitolo secondo.

⁽²⁴⁾ R Romei, *L'elisir di lunga vita del divieto di interposizione*, cit., p. 735.

serietà ed affidabilità anche economica. Da quanto sin qui detto, invero, ciò che viene punito non è la fornitura di lavoratori subordinati *tout court*, come avveniva sotto la precedente disciplina, ma piuttosto il fatto che la stessa venga realizzata da soggetti non autorizzati. Basti al riguardo considerare che non costituisce invece reato la fornitura di lavoratori realizzata da un'Agenzia appositamente autorizzata anche se al di fuori dei limiti nei quali la legge la consente.

Tutto ciò conferma, dunque, che non è corretto desumere dalla giurisprudenza delle sezioni penali della Corte di Cassazione il corollario della continuità fra il sistema giuridico previgente e quello attuale ed, in ultima analisi, sostenere la permanenza di un divieto di interposizione. Viceversa, proprio la diversità dei beni giuridici protetti dalle citate norme penali, pone all'interprete di fare i conti con un contesto mutato nel quale non viene più perseguita, in quanto tale, la dissociazione fra datore di lavoro formale e datore di lavoro sostanziale (anzi ora normalmente possibile se posta in essere rivolgendosi a soggetti autorizzati), ma piuttosto viene sanzionato, con evidente funzione general-preventiva, l'uso improprio degli strumenti messi a disposizione dal legislatore. Strumenti fra i quali la somministrazione si colloca come alternativa fisiologica ad altri come l'appalto o l'assunzione diretta di lavoratori subordinati.

In questo senso trova anche una spiegazione l'esigenza di dettare una sanzione penale autonoma per l'appalto illecito (inteso come somministrazione di fatto di lavoratori senza autorizzazione). Se infatti tale reato, sul piano della struttura, coincide con quello della somministrazione irregolare posta in essere da un soggetto non autorizzato, l'aver introdotto un'autonoma fattispecie di reato conferma la non coincidenza delle posizioni che con tale sanzione aggiuntiva si è inteso proteggere. Sotto tale profilo è peraltro irrilevante che le sanzioni previste per le due ipotesi di reato siano identiche, poiché il fatto che siano autonomamente sanzionate pienamente consentirebbe che le stesse siano difformi. E la diversità di trattamento sarebbe pienamente legittima laddove motivata dall'esigenza di proteggere diversamente due differenti beni giuridici.

Il richiamo alla successione delle sanzioni penali non è dunque corretto poiché l'esame di quelle norme si fonda sulla valutazione della struttura delle fattispecie di reato che non ci dice nulla sulla permanenza di un divieto generale di interposizione. Divieto la cui esistenza sembra anzi negata dall'interpretazione di quelle norme se si sposta l'attenzione sui beni giuridici che le norme citate intendono proteggere e che, alla luce di quanto sin qui osservato, appaiono non coincidenti.

2.2. La costituzione del rapporto di lavoro subordinato alle dipendenze dell'utilizzatore

Più corretto è allora rivolgere l'attenzione alle sanzioni civili previste da d. lgs. 276/03 per la somministrazione irregolare e per l'appalto illecito al fine di appurare se, come avveniva in forza di quanto prescritto dalla legge 1369/60, sussista ancor oggi un

divieto di dissociazione fra datore di lavoro formale e datore di lavoro sostanziale la cui violazione comporti la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze dell'effettivo utilizzatore della prestazione.

Anche sotto questo versante, a seguito degli emendamenti apportati al d. lgs. 276/03 dal d. lgs. 251/04, riscontriamo l'esistenza di due autonomi regimi sanzionatori.

Con riferimento alla somministrazione irregolare, l'art. 27 d. lgs. 276/03 prescrive che *“quando la somministrazione di lavoro avvenga al di fuori dei limiti e delle condizioni di cui agli articoli 20 e 21, comma 1, lettere a), b), c), d) ed e), il lavoratore può chiedere, mediante ricorso giudiziale a norma dell'articolo 414 del codice di procedura civile, notificato anche soltanto al soggetto che ne ha utilizzato la prestazione, la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze di quest'ultimo, con effetto dall'inizio della somministrazione”*.

Dall'esame di questa norma emerge immediatamente che la fattispecie presa in considerazione non coincide con quella fatta oggetto della sanzione penale cui in precedenza si è fatto riferimento. Mentre quest'ultima, si ricorda, colpisce la somministrazione di lavoro realizzata da soggetti non autorizzati, l'art. 27 sanziona qualunque somministrazione di lavoro sia stata posta in essere al di fuori delle condizioni previste dalla legge, anche se eseguita da un'Agenzia autorizzata.

Con riferimento all'appalto la norma da considerare è invece contenuta nel comma 3-bis dell'art. 29 d. lgs. 276/03 che stabilisce: *“quando il contratto di appalto sia stipulato in violazione di quanto disposto dal comma 1, il lavoratore interessato può chiedere, mediante ricorso giudiziale a norma dell'articolo 414 del codice di procedura civile, notificato anche soltanto al soggetto che ne ha utilizzato la prestazione, la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze di quest'ultimo. In tale ipotesi si applica il disposto dell'articolo 27, comma 2”*.

Ad una prima analisi, anche quest'ultima norma sembra avere come punto di riferimento la medesima fattispecie presa in considerazione per l'applicazione della sanzione civile in caso di somministrazione irregolare, ciò anche perché, da un lato, essa trova applicazione anche nel caso in cui la stessa sia posta in essere da un soggetto autorizzato, dall'altro, la stessa norma dettata in materia di appalto richiama l'applicazione delle conseguenze previste dall'art. 27, secondo comma, d. lgs. 276/03.

A tali conclusioni sono giunte recentemente anche le Sezioni Unite Civili della Cassazione ⁽²⁵⁾, le quali hanno ribadito il principio di continuità fra ordinamento giuridico previgente e quello inaugurato dal d. lgs. 276/03, sia pur in un *obiter dictum* inserito all'interno di una decisione relativa ad una fattispecie sottoposta all'applicazione della legge 1369/60.

⁽²⁵⁾ Cass., SS.UU., 26 ottobre 2006, n. 22910: in *Guida al Diritto*, 2006, fasc. 44, p. 26, con nota di Tatarelli e in *Diritto e Giustizia*, 2006, fasc. 42, p. 13, con nota di Lopardi; in *Arg. Dir. Lav.*, 2007, 4-5, pp. 1011 ss., con nota di M.T. Carinci; *Dir. Rel. Ind.*, 2007, 2, pp. 503 ss., con nota di R. Del Punta.

La questione sottoposta all'attenzione della Corte atteneva le conseguenze, in termini di responsabilità solidale fra committente e appaltatore per il periodo precedente alla pronuncia, della sentenza che accerti la sussistenza di una fattispecie interpositoria.

In tale occasione, la Corte ha affermato che, in caso di appalto illecito, solo sullo pseudo-appaltante gravano gli obblighi in materia di trattamento economico e normativo scaturenti dal rapporto di lavoro nonché gli obblighi in materia di assicurazioni sociali, non potendosi configurare una (concorrente) responsabilità dello pseudo-appaltatore in virtù dell'apparenza del diritto e dell'apparente titolarità del rapporto di lavoro, stante la specificità del suddetto rapporto e la rilevanza sociale degli interessi ad esso sottesi.

Tale conclusione, a detta dei giudici di legittimità, sarebbe imposta da quella che costituirebbe una regola generale giuslavoristica secondo la quale *“in relazione ad identiche anche per quanto attiene ai periodi temporali prestazioni lavorative deve essere esclusa la configurabilità di due diversi datori di lavoro dovendosi considerarsi come parte datoriale solo colui su cui in concreto fa carico il rischio economico dell'impresa nonché l'organizzazione produttiva nella quale è di fatto inserito con carattere di subordinazione il lavoratore, e l'interesse soddisfatto in concreto dalle prestazioni di quest'ultimo, con la conseguenza che chi utilizza dette prestazioni deve adempiere tutte le obbligazioni a qualsiasi titolo nascenti dal rapporto di lavoro”*.

Le Sezioni Unite hanno altresì precisato, con il citato *obiter dictum*, che tale principio deve essere ritenuto operante anche sotto il vigore del d. lgs. 276/03, avendo quest'ultimo conservato alle ipotesi di dissociazione fra datore di lavoro formale ed effettivo utilizzatore della prestazione lavorativa la natura di fattispecie eccezionali che, dunque, nell'argomentazione della Corte, *continuano ad essere assoggettate a quei principi enunciati in giurisprudenza in tema di divieto di intermediazione di manodopera*.

L'opinione della Suprema Corte muove dunque dal presupposto della piena coincidenza fra le fattispecie prese in considerazione dalle norme citate ai fini della costituzione di un rapporto di lavoro con l'effettivo utilizzatore della prestazione lavorativa.

La premessa del ragionamento è, però, errata poiché non sussiste una necessaria coincidenza fra le due fattispecie. Basti considerare che, essendo illecito l'appalto stipulato ed eseguito in violazione di quanto prescritto da primo comma dell'art. 29, ne deriva che tale deve essere considerato anche quello in cui l'appaltatore, pur avendo eseguito in piena autonomia l'opera o il servizio senza alcuna ingerenza del committente, non abbia però assunto alcun rischio di impresa.

Per definire quest'ultimo requisito deve farsi riferimento, come visto nel primo capitolo, all'analoga formula della “gestione a proprio rischio” di cui all'art. 1655 cod. civ., al quale l'art. 29 d. lgs. 276/03 espressamente rinvia. Al riguardo, come più sopra si è cercato di mettere in evidenza ⁽²⁶⁾, la “gestione a proprio rischio” assume un duplice

⁽²⁶⁾ Cfr. § 2, cap. I.

significato. Sotto un primo profilo indica la titolarità di ogni aspetto direttivo dell'opera e in questo senso nulla aggiunge al concetto di "organizzazione di mezzi". Sotto un secondo profilo, la gestione a proprio rischio impone che il rischio economico sia interamente a carico dell'appaltatore, in maniera tale che quest'ultimo lucri sulla differenza tra costo globale dell'opera o del servizio ed ammontare del corrispettivo ⁽²⁷⁾.

Ne consegue che si avrà assenza di rischio di impresa non solo nell'ipotesi in cui l'appalto non sia gestito autonomamente dall'appaltatore, ma anche laddove quest'ultimo non abbia assunto su di sé il rischio economico dell'opera o del servizio.

In questo caso, anche se nei fatti non è stata realizzata una somministrazione irregolare (ossia una fornitura di mere prestazioni di lavoro), il lavoratore potrebbe però invocare l'applicazione dell'art. 29, comma 3 bis, e chiedere la costituzione del rapporto alle dipendenze del committente. E tale costituzione non potrebbe che intervenire dal momento del passaggio in giudicato della sentenza, atteso che con la stessa il giudice non si limita a riconoscere un rapporto realizzatosi nei fatti, ma, in esecuzione della sanzione prevista dalla legge, lo crea.

2.3. *E' configurabile un divieto implicito di interposizione?*

Quanto precede, evidenzia la necessità di abbandonare schemi concettuali ormai superati ⁽²⁸⁾ e prendere atto, così come impone la corretta identificazione dei beni giuridici protetti dalle norme penali sanzioni penali più sopra considerate, che la categoria della somministrazione irregolare non coincide con quella dell'appalto illecito, nel senso che quest'ultimo non consiste necessariamente in una fornitura di lavoratori subordinati.

Il ventaglio delle ipotesi sussumibili nella categoria dell'appalto illecito comprende, dunque, non solo le fattispecie concrete che si sostanziano in una fornitura di lavoratori subordinati al di fuori delle ipotesi in cui l'ordinamento lo consente (e in questo caso vi è coincidenza con la somministrazione irregolare), ma anche quelle nelle quali l'appaltatore riversi il rischio economico connesso all'esecuzione dell'appalto in capo al committente.

Ciò conferma l'impossibilità di continuare a muoversi utilizzando concetti e principi che ormai appartengono ad un contesto normativo superato dal nuovo impianto creato con la riforma del mercato del lavoro.

Anche sul piano civilistico, invero, le sanzioni dettate dagli art. 27 e 29 mirano a perseguire risultati diversi dalla semplice costituzione del rapporto di lavoro alle dipendenze di colui che abbia effettivamente utilizzato la prestazione del lavoratore.

⁽²⁷⁾ Così F. Marinelli, *Il tipo e l'appalto*, Cedam, Padova, 1996, p. 35.

⁽²⁸⁾ Sottolinea con forza l'opportunità di muoversi in questa direzione R. Romei, *L'elisir di lunga vita del divieto di interposizione*, cit., p. 736, il quale evidenzia che *le parole veicolano concetti e abiti mentali, e riferirsi al divieto di interposizione avrebbe davvero il sapore di far risorgere dalle proprie ceneri un insieme di concetti, e prima ancora di norme, ormai defunto*.

Il d. lgs. 276/03 mira, in primo luogo, al diverso obiettivo di ostacolare utilizzi impropri di uno strumento quale la somministrazione che, per il particolare risultato che realizza, si presenta quale uno strumento suscettibile di realizzare un aggiramento delle tutele predisposte dall'ordinamento a presidio dei diritti lavoratori subordinati.

In secondo luogo, con una disposizione che non ha precedenti nel regime giuridico previgente, il legislatore colpisce l'appalto che non realizzi una mera somministrazione di manodopera, ma nel quale il rischio di impresa non venga assunto da parte dell'appaltatore.

La frattura della continuità normativa con il sistema precedente trova infine una definitiva conferma nel fatto che, sia in caso di somministrazione irregolare che di appalto illecito, la costituzione di un rapporto di lavoro fra lavoratore e pseudo-committente o effettivo utilizzatore della prestazione avviene ad opera del giudice su ricorso dello stesso lavoratore.

Mentre sotto il vigore della legge 1369/60 la costituzione avveniva ad opera della legge sin dal momento in cui ebbe inizio la somministrazione ⁽²⁹⁾, diversamente in tutte le ipotesi previste dal d. lgs. 276/03, il rapporto viene creato da una sentenza che il qualifica espressamente come "costitutiva" del rapporto di lavoro fra committente e lavoratore.

Quindi, una simile pronuncia, diversamente dal passato, dovrebbe essere considerata non come meramente dichiarativa di un determinato rapporto giuridico già in atto fra i soggetti, ma piuttosto come fonte di quello stesso rapporto e, dunque, tale da non poter produrre effetti per il periodo anteriore alla sua pronuncia ⁽³⁰⁾.

La differenza principale fra sentenze dichiarative e sentenze costitutive si riscontra, invero, proprio nel fatto che mentre gli effetti delle prime retroagiscono temporalmente al momento in cui si è costituita la fattispecie accertata, diversamente quelli della sentenza costitutiva, proprio perché determinati dalla sentenza e non dalla fattispecie sostanziale, possono esprimersi soltanto dal momento in cui il provvedimento giurisdizionale è definitivo, ossia dal suo passaggio in giudicato ⁽³¹⁾.

⁽²⁹⁾ La fonte del rapporto di lavoro non era unanimemente individuata in dottrina nella legge. In particolare attribuiva fondamento contrattuale al rapporto instaurato fra lavoratore e committente O. Mazzotta, *Rapporti interpositori e contratto di lavoro*, Milano, 1979.

⁽³⁰⁾ Ad una conclusione diversa sembra pervenire A. Salento, *Somministrazione, appalto, organizzazione: politiche del diritto, interpretazioni, teorie organizzative*, cit., part. p. 479, sulla base del fatto che gli effetti della sentenza sono fatti retroagire dalla norma al momento in cui il rapporto di appalto ha avuto inizio. In realtà, va sottolineato che anche una sentenza costitutiva può avere effetti retroattivi se la legge, eccezionalmente, glieli attribuisce.

⁽³¹⁾ Recentemente la Suprema Corte ha confermato tale principio: "il principio della retroattività degli effetti della pronuncia alla data della notificazione dell'atto introduttivo del giudizio non opera nei riguardi delle sentenze costitutive, fra le quali rientra quella di esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto, i cui effetti si producono ex nunc con il passaggio in giudicato della sentenza" (Cass. 4 luglio 2003, n. 10564, in *Riv. Not.*, 2004, p. 751, con note di Ungari e Trasatti). La distinzione fra sentenze dichiarative e sentenze costitutive risale al Chiovenda, *L'azione nel sistema dei diritti*, in *Saggi di diritto processuale civile*, I, Roma, 1930, p. 3. Sulla distinzione si vedano, recentemente: E. Fazzalari, *Provvedimenti del giudice (dir. proc. civ.)*, in *Enc. Dir.*, XXXVII, Milano, 1988; Id., *Sentenza civile*, in *Enc. Dir.*, XLI, Milano, 1989; A. Chizzini, *Provvedimenti del giudice*, in *Dig. Disc. Priv. Sez. Civ.*, XVI, Torino, 1997; L. Montesano, *Accertamento giudiziale*, in *Enc. Giur. Treccani*, I, Roma, 1998.

Nel periodo precedente, il rapporto dovrebbe essere giuridicamente qualificato secondo la volontà delle parti ed essere assoggettato al regime giuridico previsto per quel rapporto.

Tale soluzione, fondata su di un'interpretazione rigorosa del testo delle norme, sembra però contraddetta da quanto prescritto dall'art. 27, comma secondo, d. lgs. 276/03, richiamato dall'art. 29 per l'appalto, che in materia di somministrazione irregolare, così dispone: *“Nelle ipotesi di cui al comma 1 tutti i pagamenti effettuati dal somministratore, a titolo retributivo o di contribuzione previdenziale, valgono a liberare il soggetto che ne ha effettivamente utilizzato la prestazione dal debito corrispondente fino a concorrenza della somma effettivamente pagata. Tutti gli atti compiuti dal somministratore per la costituzione o la gestione del rapporto, per il periodo durante il quale la somministrazione ha avuto luogo, si intendono come compiuti dal soggetto che ne ha effettivamente utilizzato la prestazione”*.

Il legislatore utilizza l'istituto dell'adempimento del terzo di cui alla previsione dell'art. 1180 cod. civ., secondo il quale un'obbligazione può essere adempiuta da un terzo estraneo al rapporto anche contro la volontà del creditore. La possibilità di impiegare questo meccanismo presuppone, evidentemente, che colui che è qualificato *terzo* non sia il soggetto obbligato dalla legge all'adempimento dell'obbligazione, ma un soggetto che con la sua prestazione liberi quello vincolato.

L'impiego di questo strumento in materia di somministrazione irregolare trova la sua giustificazione nel fatto che una somministrazione irregolare, ossia una fornitura di lavoratori subordinati realizzata al di fuori delle ipotesi in cui la legge la consente, consiste sempre in una utilizzazione da parte dell'utilizzatore dei lavoratori somministrati come fossero propri dipendenti. Non a caso, in questa ipotesi, il primo comma dell'art. 27, stabilisce che la sentenza che accerta la natura irregolare della somministrazione, produce i suoi effetti sin dall'inizio della fornitura.

Se così è, laddove nei fatti non si sia verificata una somministrazione irregolare (come nel caso richiamato di appalto realizzato senza assunzione del rischio da parte dell'appaltatore) non può che concludersi che la sentenza pronunciata ai sensi dell'art. 29, comma 3 bis, abbia un'efficacia costitutiva, e non meramente dichiarativa, del rapporto di lavoro fra committente e lavoratore.

In questo caso, diversamente da quanto ritenuto dalle Sezioni Unite della Suprema Corte nella sentenza summenzionata, fino al momento del passaggio in giudicato della sentenza che costituisce il rapporto, il committente sarà soggetto al regime della responsabilità solidale previsto dall'art. 29, comma secondo, per il caso di appalto lecito.

Nella diversa ipotesi in cui l'appalto illecito sia consistito in una somministrazione irregolare il lavoratore potrà chiedere la pronuncia di una sentenza che costituisca un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato alle dipendenze del committente sin dall'inizio della somministrazione, non già in forza dell'art. 29, comma 3 bis, ma invocando l'art. 27, comma primo.

3. Dissociazione fra datore di lavoro sostanziale e datore di lavoro formale e tutela dell'occupazione

A conclusione dell'indagine si può dunque affermare che nel quadro normativo introdotto dal d. lgs. 276/03 ad essere vietata non è più la dissociazione *tout court* fra datore di lavoro formale e datore di lavoro sostanziale, quanto piuttosto l'utilizzo improprio degli strumenti messi dall'ordinamento a disposizione degli imprenditori in alternativa al modello della organizzazione e gestione dell'attività produttiva con lavoratori assunti e retribuiti dallo stesso imprenditore. Se infatti ad essere vietata non è la somministrazione di lavoro, ma la somministrazione da parte di soggetti non autorizzati, ne consegue che la somministrazione diviene uno strumento normale di acquisizione della forza lavoro ancorché utilizzabile in ipotesi limitate.

Se sul piano della struttura delle fattispecie, come ha evidenziato la Suprema Corte, vi è coincidenza fra somministrazione irregolare e vecchia interposizione di manodopera, dal punto di vista dei beni giuridici protetti dalle norme penali, la prospettiva è diversa poiché si persegue proprio l'obiettivo di prevenire l'uso improprio di strumenti messi a disposizione dall'ordinamento, come dimostrato dall'introduzione, altrimenti priva di senso, di sanzioni autonome per l'appalto e il distacco illeciti.

Che questa sia la funzione delle nuove norme, trova peraltro conferma nel fatto che la sanzione della costituzione del rapporto di lavoro fra lavoratore e utilizzatore o committente avviene non solo laddove il committente abbia esercitato sul dipendente dell'appaltatore i poteri propri del datore di lavoro, ma anche laddove quest'ultimo, pur gestendo in autonomia la realizzazione del risultato commissionato, non abbia assunto il rischio economico di impresa. Ciò pone in evidenza come l'identificazione del datore di lavoro effettivo non avvenga più soltanto guardando all'effettiva utilizzazione della prestazione, ma anche considerando il soggetto che assume su di sé tutti i rischi connessi allo svolgimento di un'attività imprenditoriale, evidentemente identificando in quest'ultimo il soggetto cui l'ordinamento ritiene opportuno imputare i rapporti di lavoro sulla base di una valutazione di affidabilità del soggetto nella prospettiva di favorire al conservazione del posto di lavoro e dunque di tutelare l'occupazione.

Ed invero, quest'ultimo, prima ancora di quello della imputazione dei rapporti all'effettivo utilizzatore della prestazione lavorativa, appare essere l'interesse che il legislatore ha inteso soddisfare con gli interventi normativi che si sono succeduti negli ultimi anni, volti, come si è visto anche nel primo capitolo, ad imputare i rapporti di lavoro al soggetto che, in quanto titolare di un'organizzazione imprenditoriale avente caratteri di autosufficienza, sia in grado di garantire la continuità dell'occupazione tramite la continuità della capacità produttiva della sua struttura.

A partire dal 2001 ⁽³²⁾, si è infatti assistito ad interventi del legislatore volti a “plasmare” le categorie giuridiche proprie del diritto civile ai particolari interessi e alle specifiche esigenze implicate dal diritto del lavoro, anche sulla scorta delle indicazioni in questo senso provenienti dalla giurisprudenza.

Questa tendenza alla specializzazione dei concetti, che è un elemento caratterizzante il diritto del lavoro ⁽³³⁾, ha manifestato una forza peculiare, come si è cercato sin qui di dimostrare, proprio laddove si è posta la necessità di considerare il rapporto fra il singolo lavoratore e l’organizzazione aziendale nella quale lo stesso venga inserito.

Così, in prima battuta, si è intervenuto sulla nozione di azienda e di ramo di azienda per porre in evidenza che essa può consistere anche in un gruppo organizzato di lavoratori, purché questo sia funzionale alla realizzazione di un autonomo risultato produttivo. Allo stesso modo, sulla scorta dell’intervento manipolativo della giurisprudenza, si è dovuto precisare che l’organizzazione di mezzi di cui si avvale l’appaltatore per la realizzazione dell’opera o del servizio commissionati possono consistere anche in un gruppo di lavoratori soggetti al potere direttivo ed organizzativo del medesimo appaltatore.

In entrambi i casi, la qualificazione della nozione di azienda e quella di impresa, si allontanano dalle definizioni dettate rispettivamente dagli artt. 2112 e 2082 cod. civ. e acquistano una propria autonomia la cui *ratio* di fondo può essere individuata nella necessità di imputare la titolarità del rapporto di lavoro al soggetto che possieda la struttura produttiva capace di realizzare un risultato offribile sul mercato.

Al fondo di questa impostazione, si riscontra allora l’esigenza di dettare una disciplina che sia funzionale a favorire la conservazione del posto, a favorire, in altre parole, che il rapporto di lavoro venga “posto nelle mani” del soggetto che possiede gli strumenti e la serietà per condurre un’attività produttiva suscettibile di durare nel tempo.

E ciò risulta particolarmente evidente se si tiene conto che la costituzione del rapporto è sanzionata dalla legge non solo a favore del soggetto che in concreto abbia effettivamente utilizzato la prestazione, se diverso da quello che aveva assunto l’obbligo di realizzare l’opera o il servizio, ma anche dal fatto che tale sanzione opera anche se l’appaltatore, pur gestendo in autonomia l’opera o il servizio, riversi il rischio economico implicato dall’esercizio dell’impresa in capo al committente.

In altre parole, il legislatore fa una scelta di serietà in funzione della conservazione del posto di lavoro: il rapporto di lavoro deve essere intestato al soggetto che realizza l’opera o il servizio con la struttura produttiva di cui fa parte il lavoratore, o comunque

⁽³²⁾ Si deve al d. lgs. 2 febbraio 2001, n. 18, l’introduzione nell’art. 2112 cod. civ. della prima definizione di azienda e di ramo di azienda.

⁽³³⁾ Osservava L. Mengoni, *L’influenza del diritto del lavoro su diritto civile, diritto processuale civile, diritto amministrativo. Diritto civile*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, n. 45, 1990, 1, pp. 13 s., che mentre, non di rado, nell’applicazione al rapporto di lavoro, le categorie civilistiche si modificano, alle modificazioni e agli adattamenti disposti dal diritto del lavoro si aggiungono gli adattamenti, che talvolta sono vere e proprie manipolazioni, operati dalla giurisprudenza.

con il soggetto che assume i rischi di impresa connessi allo svolgimento dell'attività produttiva.

Nel panorama così tratteggiato, non è allora più corretto concludere che il legislatore si limiti a vietare, puramente e semplicemente, la dissociazione fra datore di lavoro formale e datore di lavoro sostanziale.

L'opzione prescelta dal legislatore con il d. lgs. 276/03 è stata più complessa ed animata dalla duplice finalità di garantire la tutela dei lavoratori in un quadro di flessibilizzazione degli strumenti di acquisizione della forza-lavoro necessaria per la realizzazione del risultato da porre sul mercato.

Data la nuova logica di fondo, continua ad essere, dunque, vietata la dissociazione fra datore di lavoro formale e sostanziale non come attuazione di un imprescindibile principio di imputazione del rapporto al soggetto che effettivamente ne fruisca, quanto piuttosto come strumento per soddisfare un'esigenza, che non è più di "trasparenza" ⁽³⁴⁾, quanto piuttosto di mediazione fra la flessibilizzazione degli strumenti di acquisizione della prestazione lavorativa e la tutela dell'occupazione.

Ciò in particolare viene realizzato imputando il rapporto di lavoro al soggetto che: da un lato, abbia effettivamente utilizzato la prestazione del dipendente in caso di appalto illecito o somministrazione irregolare, ossia in capo all'imprenditore che possiede gli strumenti per porre in essere un'attività produttiva idonea a realizzare un risultato collocabile sul mercato e dunque a durare nel tempo; dall'altro, assuma i rischi economici connessi alla realizzazione di quel risultato.

In entrambi i casi, dunque, la scelta cade sul soggetto che l'ordinamento ritiene più affidabile e dunque capace di garantire nel tempo la conservazione del posto di lavoro per i lavoratori che nell'esecuzione di quel risultato siano impiegati.

⁽³⁴⁾ Si tratta dell'espressione usata da G. De Simone, *Titolarità dei rapporti di lavoro e regole di trasparenza*, FrancoAngeli, 1995.

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., *Rivoluzione tecnologica e diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1986
- ADINOLFI, *Le innovazioni previste dal Trattato di Amsterdam in tema di politica sociale*, in AA. VV., *Il Trattato di Amsterdam* Giuffrè, Milano, 1999, pp. 309 ss.
- AFFERNI V., *La nozione di impresa comunitaria*, in F. Galgano (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 1978, vol. II, pp. 129 ss.
- AIMO M., *Stabilità del lavoro e tutela della concorrenza. Le vicende circolatorie dell'impresa alla luce del diritto comunitario*, relazione al convegno tenutosi all'Università di Genova il 13 e 14 aprile 2007, dal titolo *La stabilità come valore e come problema* (dattiloscritto)
- ALLEVA P., *Il campo di applicazione dello Statuto dei Lavoratori*, Milano, 1980
- ALPA G. e CLARIZIA A. (a cura di), *La subfornitura*, Milano, 1999
- ALPA G., (voce) *Rischio (dir. vig.)*, in *Enc. Dir.*, XL, Giuffrè, Milano, pp. 1144 ss.
- ALVINO I., *Il confine fra appalto e interposizione nel d. lgs. 276 del 2003*, in *LAv. Giur.*, 2005, 11, pp. 1046 ss.
- ALVINO I., *La tutela del lavoro nell'appalto*, in Amoroso G. - Di Cerbo V. – Maresca A., *Il Diritto del Lavoro*, V. I, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 1239 ss.
- ALVINO I., *Riforma del mercato del lavoro: possibili ripercussioni sui processi di esternalizzazione*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2004, 1, pp. 284 ss.
- AMATO G., *Il governo dell'industria in Italia*, Bologna, 1972
- AMATO G., *Il mercato nella Costituzione*, in *Quaderni Cost.*, 1992
- AMOROSO G., *Il trasferimento d'azienda nel quadro della giurisprudenza di legittimità*, in *Dialoghi fra Dottrina e Giurisprudenza*, 2004, 2, p. 341.
- ANDREOLI G., *La tutela rafforzata dei crediti dei lavoratori dipendenti dell'appaltatore*, Giuffrè, Milano, 1961
- ANDREONI A., *Contratto collettivo, fondo complementare e diritto della concorrenza: le virtù maieutiche della Corte di Giustizia. (Riflessioni sul caso Albany)*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2000, I, pp. 981 ss.
- ANDREONI A., *Lavoro, diritti sociali e sviluppo economico. I percorsi costituzionali*, 2006, Giappichelli, Torino

- ARRIGO, *Il diritto del lavoro dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 1998
- ASQUINI A., *Profili dell'impresa*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1943, I, p. 3
- AULETTA G., (voce) *Attività; a) Attività (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, III, 1958, pp. 981 ss.
- BACCHINI F., *Il contratto di appalto e il contratto d'opera in azienda e in cantiere. La sicurezza sul lavoro*, Padova, 2001
- BACCIGALUPI M., *Appunti per una teoria del subcontratto*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1943, pp. 181 ss.
- BACHELET, *Legge, attività amministrativa e programmazione economica*, in *Giur. Cost.*, 1961, pp. 918 ss.
- BALANDI G.G., *La direttiva comunitaria sul distacco dei lavoratori: un passo in avanti verso il diritto comunitario del lavoro*, in *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1998, pp. 115 ss.
- BALANDI G.G., *Le <clausole a favore dei lavoratori> e l'estensione della applicazione del contratto collettivo*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1973, p. 709
- BALDASSARRE, *Iniziativa economica privata*, in *Enc. Dir.*, XXI, Milano, 1971
- BANO, *La somministrazione di lavoro*, in A. Perulli (a cura di), *Impiego flessibile e mercato del lavoro*, Torino, 2004, pp. 1 ss.
- BARASSI L., *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Milano, 1901, p. 19.
- BARASSI L., *Natura dell'azione contro il committente concessa dall'art. 1645 cod. civ.*, in *Foro It.*, 1913, I, 118.
- BARBERA M., *Dopo Amsterdam. I nuovi confini del diritto sociale comunitario*, in *Promodis Italia Editrice*, Brescia, 2000
- BELLAVISTA A., *Armonizzazione e concorrenza tra ordinamenti nel diritto del lavoro*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT*, 47/2006.
- BELLAVISTA A., *La clausola sociale dell'art. 36 St. Lav. e l'art. 2070 cod. civ.*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, II, 1999, pp. 462 ss.
- BELLAVISTA A., *Le sabbie mobili del divieto di interposizione*, in *Gius. Civ.*, 1998, I, 3228 ss.
- BELLOCCHI P., *Interposizione e subordinazione*, in *Arg. Dir. Lav.*, 1999, pp. 162 ss.

- BELLOCCHI P., *La somministrazione di lavoro: profili generali*, in *Dir. Lav.*, 2005, I, p. 35
- BENFATTI F., *Appunti in tema di azione diretta. Artt. 1595,1676, 2867 cod. civ.*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1964, p. 642
- BERTI C., *Subcontratto, subfornitura e decentramento produttivo tra imprese*, Giuffrè, Milano, 2000,
- BIANCA C.M., *Diritto Civile, Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 447 ss.
- BIGIAMI W., *La piccola impresa*, Milano, 1947
- BIN, *La piccola impresa industriale*, Il Mulino, Bologna, 1983
- BLANPAIN, *Il Trattato di Amsterdam e oltre: la fine del modello sociale europeo?*, in *Dir. Rel. Ind.*, 1998, pp. 18 ss.
- BOGNETTI, *La Costituzione economica italiana*, Milano, 1993
- BONARDI O., *L'utilizzazione indiretta dei lavoratori*, FrancoAngeli, Milano, 2001
- BORTOLOTTI F., *I contratti di subfornitura-La nuova legge sulla subfornitura nei rapporti interni e internazionali*, Padova, 1998
- BORTONE, *Commento all'art. 36*, in *Lo Statuto dei lavoratori*, G. Giugni (a cura di), 1979, Milano, pp. 646 ss.
- BORZAGA M., *Trasferimento di azienda e successione di contratti d'appalto, prima e dopo il d.lgs. n. 276/2003, tra diritto comunitario scritto e giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2004, II, pp. 463 ss.
- BRINO V., *Diritto del lavoro e diritto della concorrenza: conflitto o complementarietà?*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2005, I, pp. 317 ss.
- BRINO V., *Il diritto comunitario e le misure nazionali a sostegno dell'occupazione: un compromesso difficile*, in *Giust. Civ.*, 2005, part. p. 2593.
- BROLLO M., *Il lavoro decentrato nella dottrina e nella giurisprudenza*, in *QL*, 1990, n. 8, p. 133
- BUONAJUTO, *Il trasferimento dell'azienda e del lavoratore*, in *Il diritto del lavoro nella dottrina e nella giurisprudenza*, collana di monografie curata dal B. Balletti, Padova, 1999, p. 169.
- BUONCRISTIANI D., *Forme di tutela del lavoratore "ereditato" nel cambio di gestione di appalti labour intensive*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2007, I, pp. 165 ss.

BUONOCORE V. (a cura di), *Manuale di diritto commerciale*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 943.

BUSNELLI F.D., *L'obbligazione soggettivamente complessa. Profili sistematici*, Milano, 1974

BUSNELLI F.D., *Obbligazioni soggettivamente complesse*, in *Enc. Dir.*, XXIX, Milano, 1979, p. 329

CAGNASSO O., (voce) *Appalto nel diritto privato*, in *Dig. Disc. Priv. - sez. comm.*, I, UTET, Torino, p. 165.

CAIAFA A., *Ancora sull'azione diretta dei dipendenti dell'appaltatore fallito nei confronti del committente*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2001, p. 767

CALCATERRA L., *Il divieto di interposizione nelle prestazioni di lavoro: problemi applicativi e prospettive di riforma*, in *I processi di esternalizzazione*, a cura di R. De Luca Tamajo, ESI, Napoli, 2004, pp. 147 ss.

CARABELLI U. e LECCESE V., *Libertà di concorrenza e protezione sociale a confronto. Le clausole di favor e di non regresso nelle direttive sociali*, in *Contratto e impresa*, 2005, 2, p. 551.

CARABELLI U., *Una sfida determinante per il futuro dei diritti sociali in Europa: la tutela dei lavoratori di fronte alla libertà di prestazione dei servizi nella CE*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, 49/2006

CARINCI F., DE LUCA TAMAJO R., TOSI P., TREU T., *Diritto del lavoro. 1. Diritto sindacale*, Utet, Torino, 2002

CARINCI M.T., *Art. 2127: la fornitura di lavoro altrui: interposizione, comando, lavoro temporaneo, lavoro negli appalti*, Giuffrè, Milano, 2000

CARINCI M.T., *La somministrazione di lavoro altrui*, in F. Carinci (coordinato da), *Commentario al D.Lgs 10 settembre 2003 n. 276*, in M.T.Carinci, Cester (a cura di), *Somministrazione comando appalto e trasferimento di azienda*, Vol. II, Milano, 2004, p. 4

CARINCI M.T. e CESTER C. (a cura di), *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d'azienda. Commento agli artt. 20-32*, vol. II, in *Commentario al d. leg. 10 settembre 2003, n. 276*, coordinato da F. Carinci, Ipsoa, Milano, 2004

CARINCI M.T., *La distinzione tra interposizione di manodopera e appalto di servizi, quando questi non richiedono una rilevante strumentazione materiale*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1999, II, p. 252

CASANOVA M., *Impresa e azienda*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da F. Vassalli, Torino, 1974, p. 23

- CASSESE S., *La crisi dello Stato*, Bari, Laterza, 2002
- CASSETTI, *La cultura del mercato fra interpretazione della Costituzione e principi comunitari*, Torino, 1997
- CAVALIERI, *Iniziativa economica privata e Costituzione vivente*, Padova, 1978
- CAVAZZUTI F., (voce) *Rischio d'impresa*, in *Enc. Dir.*, Aggiorn., IV, pp. 1093 ss.
- CENTOFANTI, *Sub art. 36*, in U. Prosperetti (diretto da), *Commentario allo Statuto dei lavoratori*, 1975, Milano, pp. 1194 ss.
- CESTER C., *Il Trasferimento di azienda e di parte di azienda fra garanzie per i lavoratori e nuove forme organizzative dell'impresa: l'attuazione delle direttive comunitarie è conclusa?*, in M.T. Carinci e C. Cester (a cura di), *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d'azienda*, in F. Carinci (coordinato da), *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Milano, IPSOA, 2004, pp. 247 ss.
- CHELI E., *Libertà e limiti dell'iniziativa economica privata nella giurisprudenza della Corte costituzionale e nella dottrina*, in *Rass. Dir. Pubbl.*, 1960, I, p. 300
- CHIECO P., *Somministrazione, comando, appalto. Le nuove forme di prestazione del lavoro a favore del terzo*, in Curzio P. (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo 276/2003*, Cacucci, Bari, 2004, pp. 91 ss.
- CHIECO P., *Lavoro e responsabilità solidale negli appalti: dalla legge Bersani alla Finanziaria 2007*, in *Lav. Giur.*, 2007, 5, pp. 467.
- CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, in *Saggi di diritto processuale civile*, I, Roma, 1930, p. 3.
- CHIZZINI A., *Provvedimenti del giudice*, in *Dig. Disc. Priv. Sez. Civ.*, XVI, Torino, 1997
- CIANFLONE A. e GIOVANNINI G., *L'appalto di opere pubbliche*, Giuffrè, Milano, 1999
- CIUCCIOVINO S., *La disciplina del trasferimento d'azienda dopo il d. lgs. 18/2001, in I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli giuridici*, a cura di R. De Luca Tamajo, ESI, 2001, p. 89.
- COASE R., *La natura dell'impresa*, ora in *Impresa, mercato e diritto*, Bologna, 1995, pagg. 73 ss.
- COCUZZA, *Profili di diritto costituzionale applicato all'economia. I diritti di cittadinanza tra libertà economiche ed integrazione sociale*, Torino, 2001

- COMPORITI, *Esposizione al pericolo e responsabilità civile*, Napoli, 1965
- CORAPI – DE DONNO, *L'impresa*, in Tizzano (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione europea*, II, vol. XXVI del *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, Torino, 2000, pp. 953 ss.
- CORAZZA L., *Contractual integration e rapporti di lavoro. Uno studio sulle tecniche di tutela del lavoratore*, Cedam, Padova, 2004
- CORAZZA L., *Appalti <interni> all'azienda: inadeguatezza del criterio topografico alla luce delle tecniche di esternalizzazione dell'impresa*, in *Mass. Giur. Lav.*, 1998, pagg. 848 ss.
- CORAZZA L., *Appunti in tema di obbligazioni solidali e rapporti di lavoro*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1997, I, part. p. 80
- CORAZZA L., *L'outsourcing negli Stati Uniti d'America. Spunti di comparazione alla luce dell'analisi economica del diritto*, in *I processi di esternalizzazione*, a cura di R. De Luca Tamajo, Napoli, 2002
- CORAZZA L., *Somministrazione di lavoro e appalti*, in G. Santoro Passarelli (a cura di), *Diritto del lavoro e della previdenza sociale*, Cedam, 2007, p. 1261
- COSIO R., *Appalti e trasferimenti di imprese*, in *Foro It.*, 2004, IV, c. 1098.
- COSIO R., *Il distacco dopo la legge sul mercato del lavoro*, in *Dir. Prat. Lav.*, 2004, p. 1222
- COSIO R., *La nuova disciplina del trasferimento d'impresa: l'ambito di applicazione*, in *Foro It.*, 2001, I, c. 1262.
- CUFFARO V., (a cura di), *La subfornitura nelle attività produttive*, Napoli, 1998
- D'ANTONA M., *Il diritto al lavoro nella Costituzione e nell'ordinamento comunitario*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1999, II, pp. 17 s.
- DE ACUTIS, *Solidarietà ed <eadem causa> in presenza di diverse fonti contrattuali di responsabilità*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1976, II, p. 370
- DE ANGELIS L., *La certificazione all'interno della riforma del mercato del lavoro*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2004, n. 1, p. 235.
- DE FEO D., *Potere direttivo e coordinamento: la (spesso sottile) linea di demarcazione tra subordinazione ed autonomia ed i nuovi modelli contrattuali*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2004, p. 650.
- DE LUCA M., *Salvaguardia dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda: funzione del diritto comunitario e della giurisprudenza della Corte di*

Giustizia nell'interpretazione ed applicazione della nuova disciplina nazionale (prime considerazioni sull'art. 47 della legge comunitaria per il 1999, in Foro It., 1989, IV, c. 14 ss.

DE LUCA TAMAJO R., *I processi di terziarizzazione intra moenia ovvero la fabbrica "multisociataria"*, in *Dir. Merc. Lav.*, 1999, p. 69.

DE LUCA TAMAJO R., *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo di azienda e rapporti di fornitura*, in *I processi di esternalizzazione*, a cura di R. De Luca Tamajo, ESI, Napoli, 2002, pp. 40 ss.

DE LUCA TAMAJO R., *Trasferimento di azienda, esternalizzazione del lavoro, somministrazione, appalto di servizi, distacco, nella riforma del diritto del lavoro*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2005, p. 59

DE NOVA G., *La subfornitura. Una legge grave*, in *Riv. Dir. priv.*, 1998, p. 449

DE SIMONE G., *Titolarità dei rapporti di lavoro e regole di trasparenza*, F. Angeli, 1995

DEL CONTE M., *Cessazione dell'impresa e responsabilità del datore di lavoro*, Milano, Giuffrè, 2003

DEL CONTE M., *Rimodulazione degli assetti produttivi tra libertà di organizzazione dell'impresa e tutele dei lavoratori*, in M. Tiraboschi (a cura di), *Le esternalizzazioni dopo la riforma Biagi, Somministrazione, appalto, distacco e trasferimento di azienda*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 419 ss.

DEL PUNTA R., *Appalto di mano d'opera e subordinazione*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1995, pp. 630 ss.

DEL PUNTA R., *Art. 1, comma 2, lett. m), n), o). Appalto, divieto di interposizione, somministrazione di manodopera, comando*, in M. T. Carinci (a cura di), *La legge delega in materia di occupazione e mercato del lavoro*, IPSOA, Milano, pp. 64. ss.

DEL PUNTA R., *Il "nuovo" divieto di appalto di manodopera*, in *Dir. Prat. Lav.*, 2005, n. 36, p. 1954

DEL PUNTA R., *La nuova disciplina degli appalti e della somministrazione di lavoro*, in AA.VV., *Come cambia il lavoro*, Milano, 2004, pp. 64 ss.

DI COMITE V., *La nozione d'impresa nell'applicazione del diritto comunitario della concorrenza*, in *Giur. It.*, 2004, c. 2028.

DI MAJO A., *Obbligazioni solidali (e indivisibili)*, in *Enc. Dir.*, XXIX, 1979, p. 298.

DI VIA L., *L'impresa*, in Lipari (a cura di), *Trattato di diritto privato europeo*, Padova, 2003, pp. 69 ss.

- DI VIA L., *Sindacati, contratti collettivi e antitrust*, in *Merc. Conc. Reg.*, 2000, 2, pp. 279 ss.
- ESPOSITO, *I tre commi dell'art. 41 della Costituzione*, in *Giur. Cost.*, 1962, p. 37
- ESPOSITO, *La Costituzione italiana*, Milano, 1954
- FANTOZZI A., *Impresa e imprenditore (dir. trib.)*, in *Enc. Giur. Trecc.*, Roma, 1989, v. XVI
- FAZZALARI E., *Provvedimenti del giudice (dir. proc. civ.)*, in *Enc. Dir.*, XXXVII, Milano, 1988
- FAZZALARI E., *Sentenza civile*, in *Enc. Dir.*, XLI, Milano, 1989
- FERRI G., *Manuale di diritto commerciale*, UTET, 1996
- FOCARETA F., *Responsabilità in materia di sicurezza sul lavoro negli appalti*, in *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1993, p. 139 ss.
- FOGLIA R., *La giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea sulla nozione di trasferimento di azienda*, in *Dialoghi fra Dottrina e Giurisprudenza*, n. 2, 2004, p. 391 ss.
- FORTE L., *L'omessa inserzione della clausola sociale nei capitolati d'appalto e sue conseguenze*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1998, II, p. 232.
- GALGANO F., (voce) *Imprenditore*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. Comm.*, vol. VII, UTET, Torino, 1992, pp. 13 ss.
- GALGANO F., *Art. 41 Cost.*, in G. Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, t. II, 1982, Zanichelli, Bologna, p. 4
- GALGANO F., *L'imprenditore*, Zanichelli, Bologna, 1970
- GALGANO F., *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Il Mulino, Bologna 2005
- GALGANO F., *Trattato di diritto civile e commerciale*, II, 1, Padova, 1999, pp. 197 ss.
- GAMBACCIANI M., *La disciplina del distacco nell'art. 30 d. leg. n. 276 del 2003*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2005, p. 203
- GAROFALO M.G., *Decentramento produttivo, impresa-rete e area contrattuale dei bancari*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1991, I, p. 78.
- GAROFALO M.G., *Per una politica dei redditi dei lavoratori nella piccola impresa*, in *Riv. Giur. Lav.*, I, 1989, p. 393

GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, ESI, 1996

GENOVIVA, *La legge sull'intermediazione di manodopera e sugli appalti nella dottrina e nella giurisprudenza: rassegna critica*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1978, p. 477.

GHERA E., *Le cd. clausole sociali: evoluzione di un modello di politica legislativa*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2001, 2, pp. 133 ss.

GHERA E., *Le sanzioni civili nella tutela del lavoro subordinato*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 3, 1979, pp. 313 s.

GHERA E., *Nuove tipologie contrattuali e certificazione dei rapporti di lavoro*, in *Dir. Prat. Lav.*, 2002, p. 527 ss.

GHEZZI G., *Il dovere di pace sindacale*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1961, I, p. 457

GHEZZI G., *La responsabilità contrattuale delle associazioni sindacali. La parte obbligatoria del contratto collettivo*, Milano, 1963

GIANNATTASIO C., *L'appalto*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo e proseguito da L. Mengoni, vol. XXIV, t. 2, Giuffrè, Milano, 1977

GIORGIANNI M., *Obbligazioni parziarie, solidali, divisibili, connesse*, in *Ann. Catania*, 1951-1953, p. 676.

GIUBBONI S., *Diritti sociali e mercato*, Il Mulino, Bologna, 2003

GIUFFRIDA G., (voce) *Imprenditore (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, XX, Giuffrè, 1970, p. 516.

GIUGNI G., (voce) *Contratti collettivi di lavoro*, in *Enc. Giur. Trecc.*, VIII, Roma, 1988, pp. 8 ss.

GIUGNI G., *Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva*, Milano, 1960

GIUGNI G., *Diritto del lavoro (voce per una enciclopedia)*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1979, pp. 11 ss.

GNES M., *La scelta del diritto*, Giuffrè, Milano, 2004

GOTTARDI, *Disposizioni generali*, in Id. (a cura di), *Commento al contratto collettivo nazionale di lavoro per le aziende di credito*, Cedam, Padova, 1992, pp. 1 ss.

GRAGNOLI E., *Contratti di appalto di servizi e trasferimento di azienda*, in *Dialoghi fra Dottrina e Giurisprudenza*, n. 2, 2004, pp. 199 ss.

GRANDI M., *Persona e contratto di lavoro. Riflessioni storico-critiche sul lavoro come oggetto del contratto di lavoro*, in *Arg. Dir. Lav.*, 1999, 2, pp. 309 ss.

GRASSO B., *Il subcontratto*, Napoli, 1977

GRECO P., *Corso di diritto commerciale. Impresa e azienda*, III ed., Milano, 1957.

GUAGLIANONE L., *La disciplina degli appalti "introaziendali" e il contenuto dell'obbligazione solidale*, in O. Mazzotta (a cura di), *Nuove tecnologie e rapporti fra imprese*, Milano, 1990, p. 121

HEIMLER A., *La direttiva Bolkestein*, in *Merc. Conc. Reg.*, 2006, 1, pp. 95 ss.

ICHINO P., *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco. Articolo 29 Appalto*, in AA.VV., *Il nuovo mercato del lavoro*, Zanichelli, Bologna, 2004, pp. 267 ss.

ICHINO P., *Il contratto di lavoro*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da Cicu, Messineo e continuato da Mengoni, vol. I, Milano, 2000, p. 497 ss.

ICHINO P., *Il diritto del lavoro e i confini dell'impresa*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, n. 82-83, 1999, 2-3, pp. 220 ss.

ICHINO P., *Il lavoro interinale e gli altri varchi nel "muro" del divieto di interposizione*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1997, pp. 503 ss.

IRTI N., *Geo-diritto*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2005, pp. 21 ss.

IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 1998

LAI M., *Committente e responsabile dei lavori: spunti problematici*, in *Ig. Sic. Lav.*, 9, 1997, p. 513

LAMBERTUCCI P., *Area contrattuale e autonomia collettiva*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1999, 2-3, p. 292.

LAMBERTUCCI P., *Sulla nozione di trasferimento di azienda nel diritto comunitario*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1995, II, pp. 608 ss.

LIPARI M., *Il rischio nell'appalto e l'alea normale del contratto*, in *Giust. Civ.*, II, 1986, pp. 229 ss.

LIPARI N. (a cura di), *Disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2000, pp. 364 ss.

LISO F., CARABELLI U. (a cura di), *Il lavoro temporaneo*, Milano, 1999

- LISO F., *La mobilità dei lavoratori in azienda: il quadro legale*, Milano, FrancoAngeli, 1982
- LO FARO A., “*Turisti e vagabondi*”: *riflessioni sulla mobilità internazionale dei lavoratori nell’impresa senza confini*, in *Lav. Dir.*, 2005, pp. 461 ss.
- LO FARO A., *La Corte di Giustizia e i suoi interlocutori giudiziari nell’ordinamento giuslavoristico italiano*, in *Lav. Dir.*, 1998, pp. 637 ss.
- LORIGA E., *La disciplina giuridica del lavoro in appalto*, Milano, 1965
- LUCIANI, *Economia nel diritto costituzionale*, in *Dig. Pubbl.*, V, Torino, 1990, p. 375
- LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983
- LUNARDON F., *Autonomia collettiva e gruppi di imprese*, Giappichelli, Torino, 1996
- LUNARDON F., *Contrattazione collettiva e governo del decentramento produttivo*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2004, I, p. 222
- LYON-CAEN G., *L’infiltration du droit du travail par le droit de la concurrence*, in *Do*, 1992, p. 313
- MAGRINI S., *La nuova disciplina del distacco*, in *Lav. e prev. oggi*, 2003, p. 1887
- MAINARDI S. e SALOMONE R., *L’esclusione dell’impiego alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni. Le competenze di regioni a statuto speciale e province autonome*, in *Organizzazione e disciplina del mercato del lavoro, Art. 1-19*, a cura di M. Miscione e M. Ricci, in *Commentario al d. leg. 10 settembre 2003, n. 276*, coordinato da F. Carinci, Ipsoa, Milano, 2004
- MAIOLINI, *Rapporti di partecipazione societaria ed ambito di applicazione del contratto collettivo del sistema creditizio*, in *Dir. Rel. Ind.*, 1993, I, pp. 39 ss.
- MANCINI F.D., *Sub art. 36*, in *Statuto dei diritti dei lavoratori*, in Scialoja e Branca (a cura di), *Commentario al cod. civ.*, Bologna-Roma, 1972, p. 546
- MARANDO G., *Sicurezza del lavoro e responsabilità nell’appalto*, in *Resp. Civ. Prev.*, 1997, I, pp. 1015 ss.
- MARAZZA M., *Impresa ed organizzazione nella nuova nozione di azienda trasferita*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2001, 2, pp. 603 ss.
- MARESCA A., *Diritti individuali del lavoratore e poteri del sindacato*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1985, pp. 685 ss.
- MARESCA A., *Fruibilità della tutela sindacale nel trasferimento d’azienda*, in *Mass. Giur. Lav.*, n. 6, 2000, pp. 610 ss.

MARESCA A., *Il contratto di fornitura di prestazioni di lavoro temporaneo*, in G. Santoro Passarelli (a cura di), *Flessibilità e diritto del lavoro*, III, Torino, 1997, pp. 180 ss.

MARESCA A., *Il problema degli appalti ancora alla ricerca di una soluzione legislativa: commento alla proposta Torelli*, in *Riv. Giur. Lav.*, I, 1975, pp. 709 ss.

MARESCA A., *L'oggetto del trasferimento: azienda e ramo di azienda*, in *Dialoghi fra Dottrina e Giurisprudenza*, 2004, n. 2, pp. 91 ss.

MARESCA A., *Modifica all'art. 2112 comma quinto, del codice civile*, in Pedrazzoli (coordinato da), *Il nuovo mercato del lavoro*, Zanichelli, Bologna, 2004, pp. 386 ss.

MARINELLI F., *Il tipo e l'appalto*, Cedam, Padova, 1996

MARINELLI M., *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, Giappichelli, Torino, 2002

MARIUCCI L., *Il lavoro decentrato. Discipline legislative e contrattuali*, 1979, Milano

MARIUCCI L., *Le fonti del diritto del lavoro. Quindici anni dopo*, Giappichelli, Torino, 2003

MASI A., (voce) *Locazione in generale: a) Storia*, in *Enc. Dir.*, Milano, Giuffrè, 1974, pp. 908 ss.

MAZZIOTTI, *Il diritto al lavoro*, Milano, 1956

MAZZONI C.M., *Le obbligazioni solidali e indivisibili*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, II ediz., vol. 9, UTET, 1999, pp. 735 ss.

MAZZOTTA O., *Il mondo al di là dello specchio: la delega sul lavoro e gli incerti confini della liceità nei rapporti interpositori*", in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2003, I, pp. 279 ss.

MAZZOTTA O., *Rapporti interpositori e contratto di lavoro*, Milano, 1979

MENGHINI L., *Il passaggio di un servizio da un comune a un'azienda municipalizzata prima e dopo l'avvento dell'art. 31 del T.U. 165/2001*, in *Riv. Giur. Lav. Prev. Soc.*, 2002, pp. 23 ss.

MENGONI L., *Contratto e rapporto di lavoro nella recente dottrina italiana*, in *Riv. Soc.*, 1965, pp. 675 ss.

MENGONI L., *L'influenza del diritto del lavoro su diritto civile, diritto processuale civile, diritto amministrativo. Diritto civile*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, n. 45, 1990, 1, pp. 13 ss.

- MENGONI L., *Obbligazioni “di risultato” e obbligazioni “di mezzi” (Studio critico)*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1954, pp. 184, 280, 366 ss.
- MESSINEO, (voce) *Contratto nei rapporti col terzo*, in *Enc. Dir.*, X, Milano, 1962, pp. 198 ss.
- MINERVINI, *Contro la “funzionalizzazione” dell’impresa privata*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1958, I, pp. 618 ss.
- MIRANDA B., *L’azione diretta dei dipendenti dell’appaltatore verso il committente*, in *Lavoro ’80*, 1988, pp. 843 ss.
- MISCIONE M., *L’abrogazione del divieto di interposizione (ricadute sul piano sistematico e sanzionatorio)*, in *Dir. Prat. Lav.*, n. 37, 2004, pp. 2403 ss.
- MONATERI P.G., *Lex mercatoria e competizione tra ordinamenti*, in *Soc. Dir.*, 2005, pp. 2229 ss.
- MONTESANO L., *Accertamento giudiziale*, in *Enc. Giur. Treccani*, I, Roma, 1998.
- MORBIDELLI, *Iniziativa economica privata*, in *Enc. Giur. Trecc.*, XVII, Roma, 1989
- MOSCARINI L., *L’appalto*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, vol. XI, t. III, Torino, 1984, pp. 730 ss.
- MOSCARINI L., *Sussidiarietà e libertà economiche*, in *Trasformazioni della funzione legislativa. I vincoli alla funzione legislativa*, a cura di Modugno, Milano, 1999, pp. 245 ss.
- MUTARELLI M.M., *Protezione del lavoro vs. protezione della concorrenza nella sentenza della Corte di Giustizia sui servizi aeroportuali: una decisione di grande rilievo motivata in modo insoddisfacente*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2005, II, pp. 275 ss.
- NANIA, *Libertà economiche e libertà d’impresa*, in *I diritti costituzionali*, in Nania (a cura di), *I diritti costituzionali*, Ridola, Torino, 2001, I, pp. 69 ss.
- NAPOLETANO, *Appalto di opere pubbliche e tutela dei diritti del lavoratore*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1953, I, pp. 277 ss.
- NICOLINI G., *Subfornitura e attività produttive*, Milano, 1999
- NICOLUSSI A., *Europa e cosiddetta competizione tra ordinamenti giuridici*, in *Europa e diritto privato*, 2005, pp. 83 ss.
- NIRO R., *Art. 41*, in R. Bifulco - A. Celotto - M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Utet, pp. 851 ss.

- NOGLER L., *Procedure di certificazione. Certificazione dei contratti di lavoro. Articoli 75-81*, in AA.VV., *Il nuovo mercato del lavoro*, Zanichelli, Bologna, 2004, pp. 869 ss.
- OPPO G., *L'impresa come fattispecie*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1982, I, pp. 110 ss.
- OPPO G., *L'iniziativa economica*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1988, I, pp. 309 ss.
- ORLANDINI G., *La disciplina comunitaria del distacco dei lavoratori fra libera prestazione di servizi e tutela della concorrenza: incoerenze e contraddizioni nella direttiva n. 71 del 1996*, in *Arg. Dir. Lav.*, 1999, 2, pp. 465 ss.
- ORLANDINI G., *Sciopero e servizi pubblici essenziali nel processo di integrazione europea*, Giappichelli, Torino, 2003
- PACE, *Libertà "del" mercato e "nel" mercato*, in *Pol. Dir.*, 1993, pp. 327 ss.
- PADOVANI T., *Tipicità e successione di leggi penali. La modificazione legislativa degli elementi della fattispecie incriminatrice o della sua sfera di applicazione, nell'ambito dell'art. 2, co. 2 e 3 cod. pen.*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1982, pp. 1354 ss.
- PAGLIARO, *La legge penale tra irretroattività e retroattività*, in *Giust. Pen.*, 1991, II, pp. 1 ss.
- PALLADINI A., *Responsabilità di committente ed appaltatore in materia di sicurezza sul lavoro*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2001, pp. 1278 ss.
- PALLINI M., *Il caso Laval-Vaxholm: il diritto del lavoro comunitario ha già la sua Bolkestein?*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2006, II, pp. 239 ss.
- PALLINI M., *Il rapporto problematico tra diritto della concorrenza e autonomia collettiva nell'ordinamento comunitario e nazionale*, *Riv. It. Dir. Lav.*, 2000, II, pp. 225 ss.
- PANUCCIO V., (voce) *Impresa (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, XX, Giuffrè, 1970, pp. 619 ss.
- PASQUARELLA V., *Appalto e sicurezza sul lavoro: tutele legislative e rimedi giurisdizionali*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2, 2007, *Suppl.*, pp. 94 ss.
- PEDRAZZOLI M., (voce) «*Opera (prestazioni coordinate e continuative)*», in *Nov. Dig. App.*, V, Torino, 1984, pp. 472 ss.
- PEDRAZZOLI M., *Prestazione d'opera e parasubordinazione. Riflessioni sulla portata sistematica dell'art. 409, n. 3, c.p.c.*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1984, I, pp. 506 ss.
- PERA G., (voce) *Libertà sindacale (dir. vig.)*, in *Enc. Dir.*, XXIV, Giuffrè, 1974, pp. 518 ss.

- PERA G., *Diritto del lavoro*, Padova, 2003
- PERA G., *Lezioni di diritto del lavoro*, Padova, 1996
- PERSIANI M., *Contratto di lavoro e organizzazione*, 1966, Cedam, Padova
- PERSIANI M., *Saggio sull'autonomia privata collettiva*, Padova, 1972
- PERULLI A., *Il lavoro autonomo*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu e Messineo, vol. XXVII, t. 1, Milano, 1996
- PIZZORNO A., *I soggetti del pluralismo*, Il Mulino, Bologna, 1980
- POLANO M., *Attività commerciale e impresa nel diritto tributario*, Cedam, Padova, 1984
- POLANO M., *Impresa nel diritto tributario*, in *Dig. Disc. Priv. Sez. Comm.*, Utet, Torino, 1992, v. VII, pp. 185 ss.
- PROSPERETTI U., *Il lavoro subordinato*, in *Trattato di diritto civile*, diretto dal G. Grosso e F. Santoro Passarelli, Milano, 1971
- PUGLIATTI S., *Diritto civile. Metodo, teoria, pratica. Saggi*, Milano, 1951
- QUADRI G., *La nuova disciplina del lavoro nell'appalto*, in *Dir. Merc. Lav.*, 1-2. 2004, pp. 355 ss.
- RENNA, *L'impresa agevolata e gli interessi dei lavoratori*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1985, II, pp. 298 ss.
- RIGANÒ G., *La tutela individuale e le clausole collettive contenute nella parte obbligatoria del contratto collettivo*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2001, n. 1, pp. 289 ss.
- ROCCELLA M., *Parte obbligatoria del contratto collettivo e diritti sindacali di controllo*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1977, I, pp. 428 ss.
- ROCCELLA M., *Tutela del lavoro e ragioni del mercato giurisprudenza recente della Corte di Giustizia*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1999, pp. 33 ss.
- ROMAGNOLI U., (voce) *Amministrazione del rapporto di lavoro*, in *Dig. Disc. Comm.*, IV, I, Utet, Torino, 1987, pp. 110 ss.
- ROMAGNOLI U., *Per una rilettura dell'art. 2086 cod. civ.*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1977, pp. 1048 ss.
- ROMANO, *Il rapporto tra norme penali*, Milano, 1996

ROMEI R., *Cessione di ramo di azienda e appalti*, in *Giorn. Dir. Lav. rel. Ind.* 1999, n. 2-3, pp. 325 ss.

ROMEI R., *Il contratto di somministrazione di lavoro*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2006, 3, pp. 403 ss.

ROMEI R., *Il rapporto di lavoro nel trasferimento d'azienda*, in *Commentario al codice civile*, diretto da P. Rescigno, Giuffrè, 1993

ROMEI R., *L'elisir di lunga vita del divieto di interposizione*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2005, II, pp. 736 ss.

ROMEO, *Sul rapporto tra benefici all'impresa privata e tutela del lavoro*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1983, I, p. 265

RUBINO D. – IUDICA G., *Dell'appalto*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, Zanichelli, 1992

RUBINO D., *Commentario al Codice civile. Obbligazioni alternative. Obbligazioni in solido. Obbligazioni divisibili e indivisibili (artt. 1285-1320 del Cod. Civ.)*, Zanichelli, 1961

RUBINO D., *In tema di distinzione tra appalto, contratto d'opera e vendita*, in *Giur. Compl. Cass. civ.*, 1950, II, pp. 40 ss.

RUBINO D., *L'appalto*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da F. Vassalli, IV ed., UTET, Torino, 1980, p. 77

SALA CHIRI M., *Subfornitura e appalto di lavoro*, in *Arg. Dir. lav.*, 2003, pp. 221 ss.

SALENTO A., *Somministrazione, appalto, organizzazione: politiche del diritto, interpretazioni, teorie organizzative*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2006, 3, pp. 441 ss.

SALVI C., *La responsabilità civile*, Milano, 1998

SANTORO PASSARELLI F., *Spirito del diritto del lavoro*, in *Saggi di diritto civile*, Jovene, Napoli, 1961, pp. 1069 ss.

SANTORO PASSARELLI F., *L'impresa nel sistema del diritto civile*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1942, I, pp. 376 ss., ora in *Saggi di diritto civile*, Jovene, Napoli, 1961, pp. 948 ss.

SANTORO PASSARELLI G. (a cura di), *La nuova disciplina del trasferimento di impresa*, 2001.

SANTORO PASSARELLI G., *Fattispecie e interessi tutelati nel trasferimento di azienda e di ramo di azienda*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2003, I, pp. 204 ss.

SANTORO PASSARELLI G., *La nozione di azienda trasferita tra disciplina comunitaria e nuova normativa nazionale*, in *La nuova disciplina del trasferimento d'impresa*, a cura di G. Santoro Passarelli e R. Foglia, Ipsosa, 2002, pp. 10 ss.

SCARPELLI F., *Art. 27. Somministrazione irregolare*, in E. Gragnoli e A. Perulli (a cura di), *La Riforma del Mercato del Lavoro e i nuovi modelli contrattuali. Commentario al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, Padova, 2004, pp. 421 ss.

SCARPELLI F., *Distacco del lavoratore tra legge e interventi ministeriali*, in *Dir. Prat. Lav.*, 2005, pp. 1905 ss.

SCARPELLI F., *Il mantenimento dei diritti del lavoratore nel trasferimento d'azienda. Problemi vecchi e nuovi*, in *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2004, pp. 91 ss.

SCARPELLI F., *Interposizione e appalti di servizi informatici: un interessante <obiter dictum> della Cassazione sul ruolo del <know-how> di impresa*, in *Foro It.*, 1992, I, cc. 524 ss.

SCARPELLI F., *Interposizione e appalto nel settore dei servizi informatici*, in O. Mazzotta (a cura di), *Nuove tecnologie e rapporti fra imprese*, Giuffr , Milano, 1990, pp. 43 ss.

SCARPELLI F., *Regolarit  del lavoro e regole della concorrenza: il caso degli appalti pubblici*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2006, n. 4, pp. 753 ss.

SCIARRA S., (voce) *Contratto collettivo*, in *Dig. Disc. Priv. Sez. Comm.*, IV, Torino, 1989

SCOGNAMIGLIO R., *Condotta antisindacale, I) Disciplina sostanziale*, in *Enc. Giur. Trecc.*, VIII, Roma, 1988.

SCOGNAMIGLIO R., *Danno biologico e rapporto di lavoro subordinato*, in *Arg. Dir. Lav.*, 1997, n. 5, pp. 27 ss.

SIMITIS S., *Fine o rinascita del diritto del lavoro. Il caso della Corte di giustizia europea*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1995, pp. 521 ss.

SIRACUSANO, *Successione di leggi penali*, Messina, 1988

SPADA P., (voce) *Impresa*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. Comm.*, vol. VII, UTET, Torino, 1992

SPADAFORA A., *La nozione di impresa nel diritto comunitario*, in *Giust. Civ.*, II, 1990, pp. 283 ss.

SPAGNOLO VIGORITA L., *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, Napoli, 1959

- SPAGNULO VIGORITA L., *Subordinazione e diritto del lavoro. Problemi storico-critici*, I, Morano, Napoli, 1967
- SPANO S., *Il divieto di interposizione nelle prestazioni di lavoro*, Milano, 1965
- SPEZIALE V., *La certificazione dei rapporti di lavoro nella legge delega sul mercato del lavoro*, *Riv. Giur. Lav.*, 2003, I, pp. 271 ss.
- SPEZIALE V., *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*, in E. Gragnoli e A. Perulli (a cura di) *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, Padova, 2004, pp. 275 ss.
- STOLFA F., *Sicurezza nei cantieri: prime riflessioni*, in *Ig. Sic. Lav.*, 4, 1997, pp. 230 ss.
- STOLFI M., (voce) *Appalto (contratto di)*, in *Enc. Dir.*, II, 1958, pp. 629 ss.
- SUPPIEJ G., *Mercato del lavoro e somministrazione di lavoro nella nuova riforma (commento al d. leg. 10 settembre 2003, n. 276)*, in *Lav. Giur.*, 2004, pp. 205 ss.
- TATARELLI M., *Il distacco del lavoratore*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2004, pp. 234 ss.
- TINELLI G., *Il reddito d'impresa nel diritto tributario*, Giuffrè, Milano, 1991
- TIRABOSCHI M., *Lavoro temporaneo e somministrazione di manodopera. Contributo allo studio della fattispecie lavoro intermittente tramite agenzia*, Torino, 1999
- TIRABOSCHI M., *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*, in M. Tiraboschi (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 205 ss.
- TIRABOSCHI M., *Somministrazione, appalto di servizi, distacco*, in *La riforma Biagi, Guida al Lavoro*, 2003, suppl. n. 4, pp. 66 ss.
- TOSI P., *Appalto, distacco, lavoro a progetto - Appunti da una conferenza (commento al d.leg. 10 settembre 2003 n. 276)*, in *Lav. Giur.*, 2004, pp. 234 ss.
- TRIBOLI A., *Brevi osservazioni sulla tutela penale nella riforma del mercato del lavoro: i cd. reati di somministrazione e di illecita utilizzazione di mano d'opera tra vecchi e nuovi problemi*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2005, II, pp. 682 ss.
- TRIMARCHI P., *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1960
- TULLINI P., *Finanziamenti pubblici alle imprese e "clausole sociali"*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1990, pp. 53 ss.

TULLINI P., *La revisione del sistema di relazioni sindacali nelle banche*, in *Dir. Prat. Lav.*, 1998, pp. 1495 ss.

TULLINI P., *Sicurezza e regolarità del lavoro negli appalti*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2007, 4-5, pp. 890 ss.

VALERI G., *Manuale di diritto commerciale*, I-II, Firenze, 1950

VALLEBONA A., *Area contrattuale e società controllate: l'accordo del settore del credito*, in AA.VV., *Categorie professionali e contratti collettivi*, Suppl. Not. Giur. Lav., Roma, 1990, pp. 168 ss.

VALLEBONA A., *Responsabilità civile dell'appaltatore. Appalti. Responsabilità dei progettisti, fabbricanti, fornitori e installatori*, in *Ambiente, salute e sicurezza*, a cura di L. Montuschi, Torino, 1999, pp. 216 ss.

VALLEBONA A., *Successione nell'appalto e tutela dei posti di lavoro*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1999, II, pp. 217 ss.

VECCHI P.M., *L'azione diretta*, Milano, 1990

VERRUCOLI (a cura di), *La nozione di impresa nell'ordinamento comunitario*, Milano, 1977

VOLTAGGIO-LUCCHESI F., *Vizi, difetti e difformità dell'opera nell'appalto*, Flaccovio, Palermo, 1952

ZANELLI, (voce) *Decentramento produttivo*, in *Digesto*, IV, Utet, Torino, 1989, pp. 227 ss.

ZANGARI G., *Contenuto del contratto collettivo di diritto comune*, in L. Riva Sanseverino e G. Mazzoni (diretto da), *Nuovo trattato di diritto del lavoro*, I, *Diritto sindacale*, Padova, 1971, pp. 273 ss.

ZOLI C., *Gli obblighi a trattare nel sistema dei rapporti collettivi*, Cedam, Padova, 1992

ZOLI C., *Il distacco del lavoratore nel settore privato*, in *Dir. Lav.*, 2003, fasc. 6, pp. 935 ss.

ZOLI C., *Le clausole di procedimentalizzazione dei poteri datoriali*, in M. D'Antona (a cura di), *Lecture di diritto sindacale*, Jovene, Napoli, 1990

ZOLI C., *Subordinazione e poteri dell'imprenditore tra organizzazione, contratto e contropotere*, in *Lav. Dir.*, 1997, n. 2, pp. 250 ss.

ZOLI R., *Relazione alle giornate di studio Aidlass a Padova*, Giuffè, 2004

ZOPPINI A. (a cura di), *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, Laterza, Roma-Bari, 2004

ZOPPOLI L., *Lavoro, mercato e regole: alla ricerca di nuovi equilibri*, in *Dir. Merc. Lav.*, 1999, pp. 427 ss.