

Capitolo III

L'emergente terza dimensione nella disciplina lavoristica dell'appalto

Sommario:

1. La specifica ed autonoma rilevanza del profilo regolativo nella disciplina lavoristica dell'appalto; **2.** Il difficile inquadramento della responsabilità solidale nella disciplina lavoristica: dall'art. 1676 c.c. al d. lgs. 276/2003; **3.** La parziale irreversibilità della politica legislativa di estensione "orizzontale" della responsabilità solidale nella disciplina lavoristica degli appalti: la parabola della responsabilità solidale a cascata ex cd. legge Bersani; **4.** L'autotutela collettiva di fronte ai processi di decentramento produttivo attuati per mezzo del contratto di appalto ex art. 1655 c.c.; **4.1.** Il problematico atteggiarsi dei diritti sindacali nei processi di integrazione contrattuale tra imprese; **4.2.** L'evoluzione delle forme e dei contenuti dell'autonomia collettiva negli appalti sovranazionali: gli accordi quadro internazionali; **5.** La peculiarità della dimensione preventivo-promozionale nella disciplina lavoristica in materia di appalti pubblici; **6.** La funzione preventiva del DURC e la prospettiva premiale degli indici di congruità; **7.** Le politiche territoriali di regolazione concertata del lavoro negli appalti tra tutela della regolarità del lavoro e forme di incentivazione alla qualificazione degli operatori economici: l'area territoriale milanese; **8.** L'impianto premiale della responsabilità sociale d'impresa negli appalti; **9.** La dirimente dimensione dell'effettività della tutela del lavoro nell'appalto; **10.** La disciplina lavoristica dell'appalto come "indice" della tendenza verso la flessibilizzazione della nozione di datore di lavoro?

1. La specifica ed autonoma rilevanza del profilo regolativo nella disciplina lavoristica dell'appalto

Ai fini dell'effettività della disciplina "lavoristica" dell'appalto, un ruolo rilevante deve riconoscersi alla dimensione regolativa, che, tributaria, anche, degli spunti della letteratura extragiuridica sul capitale sociale e sui beni pubblici collettivi, valorizza la capacità di dinamiche regolative del lavoro nell'appalto fondate sulla selezione "di qualità" e sulla definizione di *standard* di comportamento dei soggetti imprenditoriali, senza trascurare il funzionamento dei meccanismi di *compliance*¹.

Il profilo summenzionato svolgerebbe il pregevole compito di affiancare ed aggiornare la prospettiva protettiva "tradizionale" del lavoro nell'appalto, inserendo e combinando l'elemento qualitativo e reputazionale con il tentativo, laddove possibile, di pervenire alla fissazione di regole di condotta, assistite da un sistema di controllo, anche collettivo, a garanzia del monitoraggio dei comportamenti imprenditoriali.

Un controllo da intendersi, anche, come "gestione" del processo di decentramento produttivo, ad opera rispettivamente dei soggetti istituzionali, sovranazionali, statali e territoriali, nonché di quelli social-collettivi, sindacato *in primis*.

A livello "macro", il quadro di riferimento evidenziato ben si concilia con l'abbandono di un modello di Stato quale gestore diretto, alla stregua di un ingegnere sociale di tipo "fordista", a favore dell'idea di uno Stato regolatore, in cui si configurano, anche a seguito del superamento del «compromesso fordista»², nuovi rapporti tra istituzioni pubbliche, mercato e cittadinanza "laboriosa", caratterizzati non solo dal tradizionale assetto della politica "distributiva", ma, anche, da esigenze di protezione di interessi collettivi e diffusi attuata mediante la statuizione di norme comportamentali³.

Al riguardo, è opportuno sottolineare che, sin dalla fine degli anni '60, nelle scienze sociali si è sviluppato un dibattito sui mutamenti nel ruolo assunto dallo Stato nella regolazione dei rapporti tra classi e gruppi sociali, nell'ambito della più generale

¹ Cafaggi F., *Le ragioni e gli obiettivi di una ricerca sulle reti di impresa*, in Cafaggi F. (a cura di), *Le reti di imprese tra regolazione e norme sociali: nuove sfide per diritto ed economia*, Il Mulino, Bologna, 2004, p. 14.

² Supiot A., *Il futuro del lavoro*, Carocci, Bari, 2003, pp. 17-19; ma, vedi anche Castel R., *La metamorfosi della questione sociale. Una cronaca del salariato*, Sellino Editore, Avellino, 2007.

³ La Spina A. – Majone G., *Lo Stato regolatore*, Il Mulino, Bologna, 2000, p. 7.

questione relativa alle tendenze dello «spostamento dei confini e degli equilibri tra stato, mercato e le diverse istituzioni sociali» nella definizione dell'ordine giuridico-sociale⁴.

Con particolare riferimento alla regolazione statale, le forme di regolazione individuate, in termini sia di intervento diretto, sia di «prestito di autorità» come di “alterazione” delle regole del gioco⁵ relative al funzionamento delle altre istituzioni regolative⁶, trovano una sostanziale rispondenza nella politica del diritto sottostante la stratificazione legislativa che interessa la disciplina lavoristica dell'appalto.

Inoltre, nella progressiva traslazione verso il modello di Stato regolatore, indubbiamente, un ruolo cruciale è stato svolto dall'Unione Europea, e per essa, in particolare, dalla Commissione Europea, che ha influito sulla regolazione comunitaria, anche, attraverso l'istituzione di agenzie a livello comunitario e la creazione di *regulatory networks* transnazionali⁷, spostando il baricentro della propria “responsabilità” dal profilo sostanziale della definizione di *standard* e dell'armonizzazione normativa a quello del controllo e dell'*accountability* sugli aspetti di qualità e correttezza procedurale⁸.

Il profilo regolativo, declinato con riferimento alla tutela del lavoro nell'appalto, si inquadra, dunque, nel più ampio quadro di riferimento della cd. *social regulation*⁹, nata sotto lo stimolo dei *public interests movements*¹⁰ con il fine di evitare gli effetti negativi connessi ad alcuni fallimenti del mercato¹¹.

In tal modo, la summenzionata *social regulation* rappresenterebbe un tentativo di correzione delle esternalità negative, comprese quelle scaturenti da processi di segmentazione produttiva, del mercato, trasformato esso stesso da meccanismo automatico e irresponsabile in un centro aggregato di responsabilità¹², perseguito

⁴ Regini M., *Gli interessi e le istituzioni : forme di regolazione sociale e politiche pubbliche*, in (a cura di) Regini M. – Lange P., *Stato e regolazione sociale. Nuove prospettive sul caso italiano*, Bologna, Il Mulino, 1987, p. 9; ma vedi anche, MacKenzie R. – Lucio M. M., *Unstable Boundaries. Evaluating the new regulation within employment relations*, in *Economy and Society*, Vol. 77, 2004, p. 78.

⁵ Sul tema, vedi Rossi G., *Il gioco delle regole*, Adelphi, Milano, 2006.

⁶ Regini M., *Gli interessi e le istituzioni : forme di regolazione sociale e politiche pubbliche*, in (a cura di) Regini M. – Lange P., *Stato e regolazione sociale. Nuove prospettive sul caso italiano*, Bologna, Il Mulino, 1987, pp. 26 ss.

⁷ Majone, G., *The new European agencies: regulation by information*, in *Journal of European Public Policy*, vol. 4, n. 2, 1997, pp. 271 ss.

⁸ La Spina A. – Majone G., *Lo Stato regolatore*, Il Mulino, Bologna, 2000, p. 54.

⁹ Prosser T., *Law and the Regulators*, Clarendon Press, Oxford, 1997.

¹⁰ Ferrarese M. R., *Diritto e mercato. Il caso degli Stati Uniti*, Giappichelli, Torino, 1992, pp. 268 ss.

¹¹ La Spina A. – Majone G., *Lo Stato regolatore*, Il Mulino, Bologna, 2000, pp. 38 ss.

¹² Sul punto, vedi ancora il prezioso contributo di Ferrarese M. R., *Diritto e mercato. Il caso degli Stati Uniti*, Giappichelli, Torino, 1992, pp. 289 ss.

mediante sia misure premiali, volte a orientare, in positivo o in negativo, i comportamenti imprenditoriali, sia misure prescrittivo-afflittive, in cui sono ridotti o nulli i margini di discrezionalità nell'adeguamento allo *standard* comportamentale prefissato¹³.

In aggiunta, lo “scenario” regolativo, sul piano tecnico-strumentale, evidenzia la crescente emersione, accanto alla legislazione, *in primis*, premiale, di tecniche di autoregolazione, soprattutto nell'ambito dei rapporti interprivatistici di natura commerciale¹⁴, e di altre tecniche improntate, in omaggio ad esigenze di trasparenza, alla *mandatory disclosure*, quale l'obbligo di fornire informazioni sulle qualità del soggetto imprenditoriale, sul processo produttivo e/o sui beni e servizi offerti.

Si tratta, in quest'ultimo caso, di una forma di regolazione “indiretta” delle condotte imprenditoriali, meno invadente di altre forme, come quella dello *standard setting*, in quanto non incidente direttamente sulle scelte organizzativo-produttive delle imprese, e, allo stesso tempo, in grado di ridurre le asimmetrie informative a favore della parte debole del rapporto contrattuale, in atto o in potenza¹⁵ (cd. *regulation by information*).

Con riferimento all'ordinamento lavoristico nazionale e alla materia affrontata nella presente trattazione, si è progressivamente affermata, in chiave preventivo-promozionale¹⁶, la tecnica mirante alla qualificazione degli operatori economici ammessi a concorrere e a essere aggiudicatari di appalti, per lo più pubblici¹⁷, così come “mediata” e “facilitata” anche da un'istituzione quale l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici.

Tendenzialmente annoverata, in dottrina¹⁸, tra le autorità indipendenti o assimilabili, l'Autorità summenzionata, resa operativa con la legge Merloni *ter* (l. 415/1998) – ed ora “trasformata” ex d. lgs. 163/2006 in Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di opere,

¹³ Giani L., *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 25 ss.

¹⁴ Cafaggi F., *Reti di imprese, spazi e silenzi regolativi*, in Cafaggi F. (a cura di), *Le reti di imprese tra regolazione e norme sociali: nuove sfide per diritto ed economia*, Il Mulino, Bologna, 2004, pp. 7 ss.; La Spina A. – Majone G., *Lo Stato regolatore*, Il Mulino, Bologna, 2000, pp. 66 ss.

¹⁵ La Spina A. – Majone G., *Lo Stato regolatore*, Il Mulino, Bologna, 2000, pp. 73 ss.; Majone, G., *The new European agencies: regulation by information*, in *Journal of European Public Policy*, vol. 4, n. 2, 1997, pp. 262-274.

¹⁶ Ghera E., *Le cd. clausole sociali: evoluzione di un modello di politica legislativa*, in *DRI*, n. 2, 2001, pp. 133 ss.

¹⁷ Scarpelli F., *Regolarità del lavoro e regole della concorrenza: il caso degli appalti pubblici*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2006, pp. 756 ss.

¹⁸ De Marco E., *Le funzioni delle “autorità indipendenti”*, in (a cura di) Labriola S., *Le Autorità indipendenti*, Milano, 1999, pp. 107 ss.; Florean M., *Organismi vari di regolazione e non*, in (a cura di) Valentini S., *Diritto e istituzioni della regolazione*, Giuffrè editore, Milano, 2005, pp. 267 ss.

servizi e forniture -, gode di autonomia e indipendenza di giudizio e valutazione, pur dipendendo dal punto di vista gestionale dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri. Dal punto di vista funzionale, essa è deputata a garantire la qualità delle opere e dei servizi pubblici, l'efficienza, l'efficacia, la trasparenza e la correttezza dell'attività amministrativa, nonché la libera concorrenza tra gli operatori¹⁹.

Le tecniche di auto-regolazione, invece, rimandano a quegli strumenti di regolazione meno "accentuati" ricadenti nell'orbita della *soft law*, vale a dire, a dichiarazioni con "intento" normativo, che, in quanto carenti di una piena forza giuridica vincolante, non creano diritti giustiziabili, ma, ciò nonostante, producono effetti giuridici indiretti²⁰, quali indicatori di una possibile evoluzione verso un diritto «solido»²¹.

Infatti, per quanto riguarda gli strumenti di *soft law*, pare opportuno sottolineare che ai vantaggi in termini di riduzione di lacune legislative e di maggior efficienza e specializzazione si affiancano i, non irrilevanti, svantaggi derivanti da una situazione di incertezza del diritto e di scarsa *accountability* del soggetto emanante rispetto agli altri *stakeholders*²².

Tuttavia, non bisogna disconoscere che la stessa problematica "interdisciplinare" della responsabilità sociale d'impresa può stimolare anche il giuslavorista a ripensare la propria disciplina non in chiave "difensiva", ma come elemento centrale e di trasformazione "socialmente orientata" di un moderno diritto dell'economia²³.

In tale chiave di responsabilità sociale d'impresa, può essere letta la normativa, comunitaria e nazionale, in materia di appalti pubblici, che affianca a garanzie di regolarità lavoristica il perseguimento di obiettivi sociali, come l'inserimento di lavoratori svantaggiati sul mercato del lavoro, la promozione di azioni positive, ecc.²⁴.

Mentre, in un quadro, anche sovranazionale, di relazioni sindacali in trasformazione, la *corporate social responsibility* pare offrire spunti ricostruttivi interessanti per quanto riguarda l'affiorare di "nuove" alleanze tra lavoratori, sindacati, organizzazioni di consumatori e ambientaliste, organizzazioni non governative e, in generale, movimenti

¹⁹ Florean M., *Organismi vari di regolazione e non*, in (a cura di) Valentini S., *Diritto e istituzioni della regolazione*, Giuffrè editore, Milano, 2005, pp. 268-269.

²⁰ La Spina A. – Majone G., *Lo Stato regolatore*, Il Mulino, Bologna, 2000, pp. 81 ss.

²¹ La Spina A. – Majone G., *Lo Stato regolatore*, Il Mulino, Bologna, 2000, p. 87.

²² La Spina A. – Majone G., *Lo Stato regolatore*, Il Mulino, Bologna, 2000, p. 89.

²³ Scarpelli F., *Regolarità del lavoro e regole della concorrenza: il caso degli appalti pubblici*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2006, p. 755.

²⁴ Scarpelli F., *Regolarità del lavoro e regole della concorrenza: il caso degli appalti pubblici*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2006, p. 763.

sociali, e di “nuovi” strumenti, ancora poco apprezzati dai giuslavoristi contrari ad una «*“light touch” labour regulation*»²⁵, volti alla tutela delle condizioni (spesso minime) di lavoro lungo l’intera filiera produttiva, in una prospettiva di tracciabilità sociale dei prodotti e dei processi produttivi.

La disciplina degli appalti, ancor più alla luce del cd. codice degli appalti pubblici, emanato col d. lgs. n. 163/2006 in attuazione delle direttive comunitarie in materia, ha, dunque, il merito di evidenziare la, sempre più stretta, connessione tra obiettivi di regolarità del lavoro e regolazione della concorrenza, sorreggendo quel percorso ricostruttivo che mira a dare una “rilettura” del diritto del lavoro, che non si occupa soltanto della tutela del contraente debole, ma anche della conservazione e del miglioramento dei livelli di benessere sociale, della razionalizzazione del sistema produttivo verso obiettivi socialmente virtuosi, della regolamentazione della concorrenza tra i lavoratori, ecc.²⁶: non solo un «diritto distributivo di tutele e risorse», ma anche, nello stesso tempo, un «diritto della produzione»²⁷.

Inoltre, il quadro di riferimento regolativo delineato si incrocia con la dimensione territoriale e collettiva, laddove l’efficacia dell’azione regolativa, che coinvolge soggetti istituzionali e collettivi, risente della contrattazione collettiva e dei sistemi concertativi, in senso lato intesi, nonché dei modelli associativi delle parti sociali, così come sviluppatasi nei diversi contesti territoriali²⁸. Pertanto, sia pur pensata in relazione ad altra tematica²⁹, è, in parte, confacente alla disciplina lavoristica dell’appalto, interessata anch’essa da un decentramento della produzione giuridica dal punto di vista “spaziale”, il termine di «diritto privato locale», quale “luogo normativo” in cui le discipline, nazionali e settoriali, giuslavoriste e giuscommercialiste si intrecciano con le norme prodotte dal concorso di diversi strumenti di autonomia privata collettiva, e dalla intersezione con le legislazioni regionali.

²⁵ Sarina T. – Riley J., *Industrial legislation in 2006*, in *Journal of Industrial Relations*, 49, 2007, pp. 350 ss.; Howe J. – Landau I., *“Light Touch” labour regulation by state governments in Australia: a preliminary assessment*, in *Working Paper*, n. 40, 2006, Centre for Employment and Labour Relations Law, University of Melbourne, pp. 1 ss.

²⁶ Scarpelli F., *Regolarità del lavoro e regole della concorrenza: il caso degli appalti pubblici*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2006, p. 755.

²⁷ Tiraboschi M., *Incentivi all’occupazione, aiuti di stato, diritto comunitario della concorrenza*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 25-26.

²⁸ Cafaggi F., *Reti di imprese, spazi e silenzi regolativi*, in Cafaggi F. (a cura di), *Le reti di imprese tra regolazione e norme sociali: nuove sfide per diritto ed economia*, Il Mulino, Bologna, 2004, pp. 8 ss.

²⁹ Cafaggi F., *Reti di imprese, spazi e silenzi regolativi*, in Cafaggi F. (a cura di), *Le reti di imprese tra regolazione e norme sociali: nuove sfide per diritto ed economia*, Il Mulino, Bologna, 2004, pp. 12 ss.

Nel campo delle azioni concertative si è sviluppato, all'interno di un più ampio processo di «produzione di politiche a mezzo di contratti»³⁰, un sistema di regolazione associativa, da considerarsi frutto di un *mix* dei tradizionali principi di regolazione³¹, imperniato su una concertazione intra- e inter-organizzativa e sulla diffusione a livello decentrato di “governi privati”³², comprendenti soggetti istituzionali ed associativi “ulteriori”³³ rispetto alle istituzioni pubbliche e alle associazioni rappresentative delle “tradizionali” parti sociali³⁴.

Come la prassi evidenzia, si tratta di processi decisionali “privati”, “multidirezionali” dal punto di vista delle tematiche affrontate, ma ampi e partecipati, suscettibili, a loro volta, di stimolare lo sviluppo di *network* a “geometria variabile” in grado di aprire nuovi spazi per la contrattazione e la concertazione territoriale “intermedia”³⁵, riguardanti, anche, il piano della legalità lavoristica nei processi di segmentazione produttiva “disseminati”.

Tale livello di “meso-negoziazione”, parrebbe particolarmente idoneo ad estendere, in prospettiva di una funzione “gestionale” della contrattazione collettiva confacente alle specificità del contesto sociale e produttivo locale, la sfera applicativa della contrattazione medesima ai lavoratori decentrati, all'interno di un più ampio ripensamento dell'impianto del cd. modello contrattuale nella direzione dello sviluppo di tutele centrate su un percorso lavorativo snodantesi nell'ambito di sistemi produttivi e di mercati del lavoro tuttora prevalentemente locali³⁶.

Sul piano istituzionale, la stretta correlazione tra le politiche pubbliche locali nel campo del lavoro e dello sviluppo economico ha comportato il “fiorire” di «comitati

³⁰ Bobbio L., *Produzione di politiche a mezzo di contratti nella pubblica amministrazione italiana*, in Stato e Mercato, n. 58, 2000.

³¹ Regini M., *Gli interessi e le istituzioni : forme di regolazione sociale e politiche pubbliche*, in (a cura di) Regini M. – Lange P., *Stato e regolazione sociale. Nuove prospettive sul caso italiano*, Bologna, Il Mulino, 1987, p. 17.

³² Sul tema, vedi Schmitter Ph. - Streeck W., *Comunità, mercato, stato e associazioni? Il possibile contributo dei governi privati all'ordine sociale*, in Stato e Mercato, n. 13, 1985, pp.47-110.

³³ Sul punto, vedi anche Baglioni M., *Governare la contrattazione. Le relazioni industriali in un contesto locale*, Angeli, Milano, 1997; Giaccone M., “*Contrattazione territoriale come infrastruttura dello sviluppo locale*”, in Quaderni di rassegna sindacale, n.3, 2000.

³⁴ Lehmbbruch G., *Concertazione e struttura dei network corporativi*, Goldthorpe J. H. (a cura di), *Ordine e conflitto nel capitalismo moderno*, Il Mulino, Bologna, 1989.

³⁵ Cerruti G. C., *Contrattazione e concertazione territoriali nelle politiche di regolazione locale degli anni '90*, in (a cura di) Negrelli S. – Pichierrri A., *La regolazione concertata dell'economia fra globale e locale*, Franco Angeli, Milano, 2002, p. 231.

³⁶ Cerruti G. C., *Contrattazione e concertazione territoriali nelle politiche di regolazione locale degli anni '90*, in (a cura di) Negrelli S. – Pichierrri A., *La regolazione concertata dell'economia fra globale e locale*, Franco Angeli, Milano, 2002, p. 237.

concertativi»³⁷, cui l'attore pubblico, che svolge un ruolo di indirizzo e di mediazione cooperativo e non strettamente gerarchico, "delega", in varia guisa, un potere decisionale.

Trattasi, a seconda dei casi, di "luoghi" concepiti per la condivisione di informazioni, per l'espressione di pareri, per la negoziazione, la stipula e il controllo dell'osservanza di "patti sociali"³⁸, secondo una rinnovata logica di democrazia deliberativa³⁹.

Infatti, proprio la materia degli appalti, e, in particolare, quelli pubblici, ha rappresentato un "terreno fertile" per sondare, data la strutturazione territorialmente diffusa dei modelli organizzativi delle parti sociali, la capacità di queste ultime non solo di definire disposizioni sostanziali, ma, anche, di contribuire alla risoluzione di conflitti inerenti alla "gestione" della disciplina lavoristica negli appalti.

Dal punto di vista crono-storico, è possibile far risalire, soprattutto, ai periodi successivi di crisi dell'economia degli anni '80 e '90, la fase in cui il sistema di relazioni industriali ha visto emergere forme di micro-concertazione a livello di impresa, nell'ambito delle quali l'attività regolativa ha spostato l'attenzione dagli aspetti contenutistico-qualitativi del lavoro a quelli procedurali⁴⁰, funzionali all'instaurazione, a livello decentrato, di relazioni stabili e, tendenzialmente cooperative, tra le parti sociali su alcuni aspetti riguardanti la strategia e la gestione aziendali⁴¹.

D'altronde, l'autonomia collettiva ha, tradizionalmente, tentato di limitare, procedimentalizzandoli⁴², i poteri datoriali, e, in particolare, quello di organizzare il lavoro, anche decentrato, tanto da far rinvenire, soprattutto alla luce della letteratura di matrice anglosassone⁴³, l'essenza dei sistemi di relazioni industriali nella *job regulation*.

³⁷ Cerruti G. C., *Contrattazione e concertazione territoriali nelle politiche di regolazione locale degli anni '90*, in (a cura di) Negrelli S. – Pichierri A., *La regolazione concertata dell'economia fra globale e locale*, Franco Angeli, Milano, 2002, p. 240.

³⁸ Scarpelli F., *Regolarità del lavoro e regole della concorrenza: il caso degli appalti pubblici*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2006, pp. 766-767.

³⁹ Bobbio L., *Come smaltire rifiuti. Un esperimento di democrazia deliberativa*, in *Stato e Mercato*, n. 64, 2002.

⁴⁰ Della Rocca G. – Mannelli S., *Imprese e amministrazioni nella regolazione sociale*, Rubettino, 1996, pp. 8 ss.

⁴¹ Regini M., *Confini mobili. La costruzione dell'economia fra politica e società*, Il Mulino, Bologna, 1991, pp. 11 ss.

⁴² Romagnoli U., *Per una rilettura dell'art. 2086 c.c.*, in *RTDPC*, 1977, P. 1048; Passalacqua P., *Autonomia collettiva e mercato del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 301; Zoli C., *Le clausole di procedimentalizzazione dei poteri datoriali*, in (a cura di) D'Antona M., *Lecture di diritto sindacale*, Jovene, Napoli, 1990, pp. 380 ss.

⁴³ Clegg H. A., *The System of Industrial Relations in Great Britain*, Blackwell, Oxford, 1976.

Infatti, con il declino delle forme di macro-regolazione la stessa organizzazione, sia in tutte le sue articolazioni verticalmente integrate che in quanto interessata da processi di segmentazione produttiva, ritorna ad essere valorizzata come terreno elettivo di regolazione⁴⁴.

La “riscoperta” dell’impresa come “polo d’attrazione” della sfera regolativa si arricchisce e complica nei casi di impresa multisocietaria⁴⁵, che interessano lavoratori sottoposti a regimi contrattuali distinti e comportanti, talvolta, rilevanti disparità di trattamento, nonostante la contiguità fisica ed operativa delle loro attività, grazie anche alla “cretatività” di *law firms*⁴⁶, che, in veste di «legislatori invisibili»⁴⁷, provvedono alla produzione e sistematizzazione di norme e modelli contrattuali *business oriented*.

Sul punto, in accordo con le riflessioni della scuola della regolazione⁴⁸, si può fondatamente sostenere che la dimensione regolativa è, in varia guisa ed intensità, influenzata dalle trasformazioni interessanti l’agire organizzativo, che, nell’attuale fase economica, possiamo “sintetizzare” nel cd. regime di accumulazione flessibile⁴⁹, senza sottovalutare, a sua volta, l’incidenza dei vincoli istituzionali e normativi sulla struttura e sulla strategia d’impresa⁵⁰.

Dunque, il profilo regolativo si colloca in una dimensione dinamica di processo corrispondente al mutato assetto e concetto di organizzazione, da intendersi non in chiave statico-oggettiva, ma, appunto, processuale, in cui rileva non solo il momento della produzione di norme⁵¹, ma anche quello della loro concreta applicazione, che richiede, a sua volta, un controllo collettivo diffuso, non solo statale, e prolungato.

⁴⁴ Della Rocca G. – Mannelli S., *Imprese e amministrazioni nella regolazione sociale*, Rubettino, Soveria Mannelli, 1996, p. 14.

⁴⁵ De Luca Tamajo R., *I processi di terziarizzazione intra moenia ovvero la fabbrica “multisocietaria”*, in *Il diritto del mercato del lavoro*, 1999, I, pp. 49 ss.; Piotta I., *La fabbrica “multisocietaria” e i problemi di relazioni industriali. Il caso del “comitato di sito” nello stabilimento Iveco di Brescia*, in (a cura di) Negrelli S. – Pichierri A., *La regolazione concertata dell’economia fra globale e locale*, Franco Angeli, Milano, 2002, p. 260.

⁴⁶ In merito, Dezalay Y., *I mercanti del diritto*, Giuffrè, Milano, 1997.

⁴⁷ Ferrarese M. R., *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Editori Laterza, Roma-Bari, 2006, p. 88.

⁴⁸ Sul tema, Boyer R., *Alla ricerca di alternative al fordismo: gli anni Ottanta*, in *Stato e Mercato*, n. 24, 1988.

⁴⁹ Salento A., *Postfordismo e ideologie giuridiche. Nuove forme d’impresa e crisi del diritto del lavoro*, Angeli, Milano, 2003, p. 137.

⁵⁰ Perulli A., *Diritto del lavoro e decentramento produttivo in una prospettiva comparata: problemi e prospettive*, in *RIDL*, I, 2007, pp. 61 ss.

⁵¹ Salento A., *Somministrazione, appalto, organizzazione: politiche del diritto, interpretazioni, teorie organizzative*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali* n. 11, 2006, III, p. 486.

Per altro verso, la progressiva apertura dell'orizzonte strategico delle imprese alla dimensione sovranazionale, per effetto del processo di globalizzazione economica, orienta il quadro regolativo dei processi di riorganizzazione produttiva su scala "glocale", riproducendo una condizione di asimmetria, non solo in termini di capacità cognitiva e decisionale, nella "più generale" arena negoziale a scapito del soggetto sindacale, che si vede ridurre i, già esigui, margini di manovra, sia essa di contenimento che di reazione.

Sebbene, da un lato, già i "primi" fenomeni di decentramento produttivo avessero sollevato un dibattito sindacale circa la necessità di individuare delle forme di contrattazione, mediante un ipotizzabile "contratto di prodotto", inclusive delle imprese coinvolte nel ciclo produttivo di uno specifico bene e/o servizio, dall'altro lato, la variabile "globalizzazione", unitamente ad una altra serie di fattori preesistenti, aiuterebbe a spiegare il, sia pur elefantico, mutamento di strategia sindacale rispetto ai complessi e sfaccettati processi di "ristrutturazione" dell'impresa post-fordista.

Insomma, sembra, progressivamente e definitivamente, incrinarsi l'atteggiamento, da parte delle organizzazioni sindacali, non solo nazionali, di mera resistenza alle esternalizzazioni, per indirizzarsi verso la definizione di un modello regolativo, non ancora ben delineato, in cui il sindacato partecipa al tentativo di controllo dei processi di riorganizzazione produttiva, oltrepassando i confini giuridici d'impresa sino alla intera filiera produttiva⁵².

Alla luce di tali considerazioni, la regolazione del lavoro nell'appalto si rivela oggetto, anche in seguito alla riforma del Titolo V della Costituzione del 2001, di un sistema "integrato" di *governance* multilivello, permeato dal principio di sussidiarietà orizzontale⁵³ e da un diritto «sconfinato» e «riconfinato»⁵⁴, che, nel delineare moduli giuridici non più strettamente territorializzati, ma capaci di relazionarsi con i confini, mette in discussione non solo il rapporto tra diritto di derivazione statale e diritto sociale⁵⁵, ma, anche, quello pubblico-privato⁵⁶.

⁵² Piotto I., La fabbrica "multisocietaria" e i problemi di relazioni industriali. Il caso del "comitato di sito" nello stabilimento Iveco di Brescia, in (a cura di) Negrelli S. – Pichierri A., *La regolazione concertata dell'economia fra globale e locale*, Franco Angeli, Milano, 2002, pp. 234 ss.

⁵³ Cafaggi F., *Reti di imprese, spazi e silenzi regolativi*, in Cafaggi F. (a cura di), *Le reti di imprese tra regolazione e norme sociali: nuove sfide per diritto ed economia*, Il Mulino, Bologna, 2004, p. 39.

⁵⁴ Ferrarese M. R., *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Editori Laterza, Roma-Bari, 2006, pp. 139 ss.

⁵⁵ Sul punto, si veda Ferrarese M. R., *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Il Mulino, Bologna, 2000.

2. Il difficile inquadramento della responsabilità solidale nella disciplina lavoristica: dall'art. 1676 c.c. al d. lgs. 276/2003

Le difficoltà e i contrasti interpretativi, dottrinali e giurisprudenziali, sorti intorno alla qualificazione dell'appalto lecito hanno, probabilmente, favorito lo sviluppo di un orientamento legislativo e dottrinale⁵⁷ propenso a concentrarsi sui due “corni” estremi, ma interrelati, caratterizzanti la disciplina lavoristica dell'appalto: il profilo preventivo-promozionale, volto a “qualificare” i soggetti interessati dal rapporto commerciale di appalto ex art. 1655 c.c. e il profilo “rimediale”, a-tecnicamente inteso, mirante a “responsabilizzare”, anche *ex post* e in varia guisa, i medesimi soggetti⁵⁸.

Una propensione che, certamente in relazione al secondo profilo, raggiunge uno dei suoi punti massimi nell'ordinamento giuridico nordamericano, poco interessato ad una *summa divisio* tra decentramento lecito e illecito⁵⁹.

Pertanto, anche se permane una qualche debole posizione⁶⁰ a sostegno della persistenza, sia pure enucleata in via interpretativa, del principio di parità di trattamento, l'attuazione degli obiettivi riconducibili all'orientamento strategico del legislatore, non solo italiano⁶¹, in tema di tecniche regolative nell'ambito dei processi di decentramento produttivo, e dell'appalto in particolare, sembra concentrarsi su una maggiore considerazione ed estensione, in chiave «strategica»⁶² e “paradigmatica”⁶³, dello “strumento” della responsabilità solidale.

⁵⁶ Ruggie J. G., *Territoriality and Beyond: Problematising Modernity in International Relations*, in *International Organization*, 47, 1993, pp. 139-174.

⁵⁷ Corazza L., *L'outsourcing negli Stati Uniti d'America. Spunti di comparazione alla luce dell'analisi economica del diritto*, in De Luca Tamajo R. (a cura di), *I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli*, ESI, Napoli, 2002, p. 187, che richiama il prezioso contributo di Mattei U., *Comparative Law and Economics*, Michigan University Press, 1997

⁵⁸ Perulli A., *Diritto del lavoro e decentramento produttivo in una prospettiva comparata: problemi e prospettive*, in RIDL, I, 2007, pp. 33 ss.

⁵⁹ Calcaterra L., *L'approccio al decentramento produttivo. Una retrospettiva e qualche riflessione*, in MGL, 2003, n. 8-9, p. 606.

⁶⁰ Quadri G., *La nuova disciplina del lavoro nell'appalto*, in *Il diritto del mercato del lavoro*, n. 1-2, 2004, pp. 418 ss.

⁶¹ De Luca Tamajo R., *Diritto del lavoro e decentramento produttivo in una prospettiva comparativa: scenari e strumenti*, in RIDL, I, 2007, pp. 16 ss.

⁶² Perulli A., *Diritto del lavoro e decentramento produttivo in una prospettiva comparata: problemi e prospettive*, in RIDL, I, 2007, p. 33.

⁶³ Corazza L., *La nuova nozione di appalto nel sistema delle tecniche di tutela del lavoratore*, in *I working papers Centro studi di Diritto del lavoro europeo Massimo D'Antona*, 2009, n. 93, p. 13, disponibile su <http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp>.

Una tecnica, quest'ultima, che si caratterizza per la previsione dell'"affiancamento" al datore di lavoro "formale" di un soggetto datoriale "aggiuntivo", ma sostanzialmente interessato alla composizione di interessi determinatasi per effetto del legame instauratosi tra il rapporto commerciale e quello di lavoro⁶⁴, valorizzando, in tal modo, un profilo diverso da quello "tradizionale" della relazione diretta tra datore di lavoro e lavoratore⁶⁵.

Infatti, si tratta di una tecnica di tutela, non certo nuova nel nostro ordinamento, che spiega i suoi effetti protettivi, soprattutto, in via mediata, inducendo il committente, esposto al "rischio" di rispondere per i crediti di lavoro dei dipendenti dell'impresa appaltatrice, a scegliere *partner* contrattuali affidabili, anche dal punto di vista della regolarità lavoristica, nonostante il *trend* legislativo verso una progressiva flessibilizzazione nell'utilizzazione della forza lavoro⁶⁶.

Partendo dall'impostazione codicistica, è opportuno menzionare l'azione diretta contro il committente, nell'ambito di qualsiasi tipologia di appalto, senza distinzioni tra appalto di opere o di servizi, interni o esterni, connessi o meno ad un trasferimento d'azienda, attribuita ai dipendenti dell'appaltatore dall'art. 1676 c.c.

La disposizione normativa di cui all'art. 1676 c.c. rinviene la sua origine nell'art. 1798 del codice napoleonico, che riconosceva l'azione a muratori, fabbri e altri artigiani, impiegati nella costruzione di un edificio o in un'altra opera data in appalto⁶⁷.

Il disposto normativo è stato riprodotto nel codice civile del 1865⁶⁸ e col vigente art. 1676 c.c. la legittimazione attiva all'azione è riconosciuta a tutti i lavoratori, che hanno contribuito all'esecuzione dell'opera o all'erogazione del servizio oggetto del contratto d'appalto commissionato dal committente nei cui confronti si procede, vincolati all'appaltatore da un rapporto di lavoro subordinato, dovendosi escludere, data la natura "eccezionale"⁶⁹ della norma, l'estensione⁷⁰ agli altri ausiliari dell'appaltatore⁷⁰, come

⁶⁴ Corazza L., *Appunti in tema di obbligazioni solidali e rapporti di lavoro*, in RIDL, 1997, II, pp. 89 ss.

⁶⁵ Romei R., *La distinzione fra interposizione e appalto e le prospettive della certificazione*, in (a cura di) Tiraboschi M., *Le esternalizzazioni dopo la riforma Biagi*, Cedam, Padova, 2006, p. 298.

⁶⁶ Romei R., *La distinzione fra interposizione e appalto e le prospettive della certificazione*, in (a cura di) Tiraboschi M., *Le esternalizzazioni dopo la riforma Biagi*, Cedam, Padova, 2006, p. 298.

⁶⁷ Barassi L., *Natura dell'azione contro il committente concessa dall'art. 1645 c.c.*, in Foro It., 1913, I, p. 118.

⁶⁸ Marinelli M., *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 133 ss.

⁶⁹ Loriga E., *La disciplina giuridica del lavoro in appalto*, Milano, 1965, p. 203; Marinelli M., *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 135; e, con riferimento all'art. 1645 del codice civile del 1865, vedi Mazzotta O., *Rapporti interpositori e contratto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1979, pp. 63 ss.

⁷⁰ Carinci M. T., *La fornitura di lavoro altrui*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 474.

lavoratori autonomi, subappaltatori⁷¹ e ad altre fattispecie contrattuali⁷². Ovviamente, l'azione ex art. 1676 c.c. è esperibile anche dai dipendenti del subappaltatore nei confronti del appaltatore-committente, integrando, pur sempre, il contratto di subappalto la fattispecie di cui all'art. 1655 c.c.

Al fine di contemperare gli interessi dei lavoratori impiegati nell'appalto e quelli del committente, la finalità satisfattiva del credito dei lavoratori medesimi è garantita dall'azione ex art. 1676 c.c. nel limite dell'espressione testuale «ha al tempo della domanda»⁷³, nel senso che l'obbligo del committente è necessariamente “ancorato”⁷⁴ alla sussistenza del credito, per di più nella misura e nella “forma” con cui lo stesso credito si configura al momento della presentazione della domanda. In tal caso, il committente, proprio perché deriva la sua posizione debitoria, sia pure indirettamente, da un sottostante contratto di appalto, può opporre al lavoratore tutte le eccezioni relative ai rapporti fra quest'ultimo e l'appaltatore così come fra sé e l'appaltatore⁷⁵.

Tuttavia, ciò non esclude che l'azione ex art. 1676 c.c. sia esperibile anche in caso di fallimento dell'appaltatore⁷⁶, così come in presenza di una cessione a terzi da parte dell'appaltatore del suo credito nei confronti del committente⁷⁷.

Se da un punto di vista funzionale, l'azione ex art. 1676 c.c. è stata introdotta, certamente, per garantire⁷⁸ che, in ogni caso, risponda chi ha concretamente beneficiato delle prestazioni lavorative⁷⁹, per quanto attiene al profilo più strettamente teorico, una

⁷¹ Ianniruberto G., Mattone S., *L'appalto della mano d'opera*, PEM, Roma, 1972, pp. 184 ss.; Petracci F., *Il rapporto di lavoro nell'appalto*, Cedam, Padova, 2003, pp. 115-116; Miranda B., *L'azione diretta dei dipendenti dell'appaltatore verso il committente*, in *Lavoro '80*, 1988, p. 845; Rubino D.-Iudica G., *Dell'appalto. Artt. 1655-1677*, in (a cura di) Galgano F., *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, Zanichelli-Foro Italiano, Bologna-Roma, 1992, pp. 495 ss.

⁷² Carinci M. T., *La fornitura di lavoro altrui*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 478.

⁷³ Scillieri M., *Contratto di factoring e azione diretta degli ausiliari dell'appaltatore nei confronti del committente ex art. 1676 Cod. Civ.*, in *ADL*, 2005, p. 876.

⁷⁴ Mannacio G., *Ausiliari dell'appaltatore: azione diretta contro il committente* (commento a Pret. Roma, 28 dicembre 1993), in *Lavoro nella giurisprudenza*, 1994, pp. 354 ss.

⁷⁵ Carinci M. T., *La fornitura di lavoro altrui*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 478.

⁷⁶ Cass. 10 luglio 1984, n. 4051, in *Giust. Civ.*, 1985, I, con nota di Cappuccini, pp. 1744 ss; in dottrina Petracci F., *Il rapporto di lavoro nell'appalto*, Cedam, Padova, 2003, pp. 121 ss.

⁷⁷ *contra* Cass. 14 giugno 2002, n. 8608, in *ADL*, 2005, 3, con nota di Scillieri M., *Contratto di factoring e azione diretta degli ausiliari dell'appaltatore nei confronti del committente ex art. 1676 Cod. Civ.*; Marinelli M., *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 143; Petracci F., *Il rapporto di lavoro nell'appalto*, Cedam, Padova, 2003, pp. 116-118; Alvino I., *Il regime delle responsabilità negli appalti*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, n. 115, 2007, p. 517.

⁷⁸ Marinelli M., *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 135.

⁷⁹ Miranda B., *L'azione diretta dei dipendenti dell'appaltatore verso il committente*, in *Lavoro '80*, 1988, p. 844; ⁷⁹ De Ioris M., *La tutela dei diritti dei dipendenti dell'appaltatore tra l'art. 1676 del codice civile e l'art. 3 della legge n. 1369 del 1960* (nota a Cass., 20 novembre 1998, n. 11753), in *MGL*, n. 1/2, 1999, p. 212; Benatti F., *Appunti in tema di azione diretta*, in *RTDPC*, 1964, p. 624..

parte della dottrina⁸⁰, inquadrando la fattispecie ex art. 1676 c.c. nell'ambito delle obbligazioni soggettivamente complesse ad interesse comune, mette in evidenza la peculiarità rappresentata dal collegamento negoziale - tra il contratto di lavoro e il contratto di appalto - instauratosi⁸¹, per effetto del quale il soggetto/dipendente dell'appaltatore, che è parte in un contratto (di lavoro), può esigere il corrispettivo delle proprie prestazioni dal soggetto passivo/committente dell'altro rapporto contrattuale (di appalto).

Per contro, un diverso orientamento dottrinale⁸² ritiene che la disposizione normativa ex art. 1676 c.c. si caratterizzi per l'inserimento, nel lato passivo dell'originario rapporto giuridico, intercorrente tra l'ausiliario e l'appaltatore, di un nuovo debitore, il committente, il cui debito è legato a quello dell'appaltatore da un vincolo *ex lege* atipico di solidarietà. Di conseguenza, il vincolo di solidarietà sorgerebbe per effetto della stessa previsione codicistica, senza che acquisisca alcun rilievo specifico il profilo del collegamento negoziale, configurandosi, in tal caso, l'obbligazione ex art. 1676 c.c. in termini di obbligazione solidale a interesse unisoggettivo, rivolta a rafforzare il debito principale⁸³.

Comunque, la questione relativa alla natura solidale⁸⁴ o meno della obbligazione ex art. 1676 c.c., centrale rispetto ad un possibile coordinamento con la "potenzialmente sovrapponibile" disposizione del successivo art. 29 d. lgs. 276/2003⁸⁵, potrebbe rinvenire un approdo interpretativo risolutivo nel rinvio espresso, da parte dell'art. 32, comma 2, d. lgs. 276/2003 (e prima dell'intervento correttivo da parte del d. lgs. 251/2004), «al regime di solidarietà di cui all'art. 1676 c.c.»⁸⁶ per quanto attiene alla disciplina del cd. contratto di esternalizzazione⁸⁷.

⁸⁰ Corazza L., "Contractual integration" e rapporti di lavoro, Cedam, Padova, 2004, pp. 172 ss.

⁸¹ Scognamiglio R., voce *Collegamento negoziale*, ED, 1960, vol. VII, pp. 375 ss.; Caputo E., *L'azione concessa agli ausiliari dell'appaltatore nei suoi limiti soggettivi*, in Giust. Civ., 1977, I, p. 437.

⁸² Miranda B., *L'azione diretta dei dipendenti dell'appaltatore verso il committente*, in Lavoro '80, 1988, p. 844; Marinelli M., *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 141 ss.

⁸³ Loriga E., *La disciplina giuridica del lavoro in appalto*, Milano, 1965, p. 202; Rubino D., *L'appalto*, in (diretto da) Vassalli F., *Trattato di diritto civile italiano*, Torino, 1958, p. 56.

⁸⁴ Rescigno P., *Appalto. Diritto privato*, in Enc. Giur. Treccani, II, Roma, 1988, pp. 10 ss.

⁸⁵ Alvino I., *Il regime delle responsabilità negli appalti*, in Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali, n. 115, 2007, p. 518.

⁸⁶ *Contra* Alvino I., *Il regime delle responsabilità negli appalti*, in Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali, n. 115, 2007, p. 520.

⁸⁷ De Luca Tamajo R., *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, in De Luca Tamajo R. (a cura di), *I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli*, ESI, Napoli, 2002, p. 66.

Di nuovo, la trattazione relativa all'istituto dell'obbligazione solidale in materia lavoristica si ripropone all'interno del più ampio quadro normativo apprestato dalla l. 1369/1960 e, in particolare, dall'art. 3 della stessa legge, che pone a carico dell'appaltante l'obbligazione a corrispondere, in solido con l'appaltatore, ai lavoratori dipendenti di quest'ultimo, impiegati nei cd. «appalti introaziendali», un trattamento retributivo e ad assicurare un trattamento normativo non inferiori a quelli spettanti ai propri dipendenti.

Invero, il regime di corresponsabilità ha vissuto un periodo di “concretizzazione” giurisprudenziale, sull'onda di un orientamento giurisprudenziale anche della Corte di Cassazione⁸⁸, poi sconfessato dalle stesse Sezioni Unite della Suprema Corte con la sentenza n. 22910⁸⁹, anche in tema di interposizione vietata di manodopera, allorquando si è consentito ai lavoratori, pur dipendenti, a tutti gli effetti, del datore di lavoro che ne abbia utilizzato le prestazioni, e a soggetti terzi “qualificati” di richiedere l'adempimento degli obblighi retributivi e previdenziali al cd. datore di lavoro interposto, ora in virtù dell'apparenza del diritto e dell'affidamento dei terzi di buona fede, ora di un meccanismo di solidarietà diretta e “paritaria” o di sussidiarietà⁹⁰. In tal modo, l'ultimo approdo giurisprudenziale summenzionato ha limitato l'operatività del meccanismo della solidarietà in capo al committente alla sola ipotesi di appalto genuino⁹¹.

Rispetto alla previsione di cui all'art. 1676 c.c., l'art. 3 l. 1369 delinea un regime di solidarietà “innovativo”⁹² tra appaltante e appaltatore più incisivo dal punto di vista sostanziale, ricomprendendo non solo le obbligazioni pecuniarie, ma l'intero trattamento, normativo, previdenziale e assistenziale, spettante al lavoratore⁹³.

⁸⁸ Cass. 5 aprile 2004, n. 6649; Cass. 24 marzo, 2004, n. 6144; Cass. 3 febbraio, 1993, n. 1355.

⁸⁹ Cass., sez. unite, 26 ottobre 2006, n. 22910, *RGL*, 2007, I, pp. 93 ss., con nota di Raffi A.; e in *D&L*, 2006, IV, con nota di Guariso A., *Solidali nell'appalto lecito, separati nell'appalto illecito: lo strano destino degli obblighi retributivi dopo le Sezioni unite e le innovazioni della finanziaria*, pp. 1183 ss.; da ultimo, Cass., 11 luglio 2008, n. 19275, in *NGL*, IV, 2008, pp. 417 ss.

⁹⁰ Ratti L., *Interposizione illecita e irresponsabilità solidale del datore di lavoro interposto* (nota a Cass., Sezioni Unite, 26 ottobre 2006, n. 22910), in *Il Lavoro nella giurisprudenza*, III, 2007, pp. 275 ss.; Guarnieri A., *L'interposizione ingiustificata nei rapporti di lavoro: la problematica civilistica*, in *RIDL*, 1987, pp. 450-451.

⁹¹ Bonardi O., *L'utilizzazione indiretta dei lavoratori*, Franco Angeli, Milano, 2001, pp. 153 ss.

⁹² Franco M. – Scaccia E., *La fornitura di manodopera e la disciplina degli appalti nella legge 23 ottobre 1960 n. 1369*, in *Il diritto del lavoro*, 1962, pp. 124 ss.; De Simone G., *Titolarità del rapporto di lavoro e regole di trasparenza*, Giuffrè, Milano, 1995, p. 149; in *giurisprudenza*, Cass., sez. lav., 20 novembre 1998, n. 11573, in *MGL*, 1999, pp. 206 ss.

⁹³ Carinci M. T., *La fornitura di lavoro altrui*, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 525 ss.; Ichino, P., *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*, in Pedrazzoli M. (coordinato da) *Il nuovo*

E, proprio con riferimento al profilo contributivo, con l'art. 3 l. 1369/1960 si pone la questione, che riemergerà, anche, in relazione al successivo art. 29 d. lgs. 276/2003, relativa alla “collocazione” della titolarità del credito contributivo, da ritenersi incardinata in capo all'ente previdenziale⁹⁴, più che al lavoratore interessato.

L'oggetto del trattamento assicurato al lavoratore impiegato nell'appalto rimanda al delicato tema della natura del vincolo che lega il committente ex art. 3 l. 1369 e su cui la dottrina, sin dai primi anni di applicazione della legge 1369, si è cimentata. Le posizioni dottrinali sul punto sono diversificate e variano dal riconoscimento della natura di obbligazione solidale *tout court*⁹⁵, di fonte legale⁹⁶, a quella di obbligazione sussidiaria⁹⁷, passando per la qualificazione del vincolo del committente in termini di fideiussione *ex lege*⁹⁸.

Infatti, i primi commentatori della legge del '60 hanno tentato una ricostruzione del vincolo ex art. 3 l. 1369 rifacendosi alla categoria dell'obbligazione solidale⁹⁹, quale caratterizzata dai tre elementi della pluralità dei soggetti, della unicità della causa e della prestazione. Se il primo elemento non pone problemi di alcuna sorta, in quanto evidente *in re ipsa*, l'elemento della identità di causa ha determinato il delinearsi di soluzioni interpretative non univoche, che vanno dal riconoscimento, sia per l'appaltante che per l'appaltatore, della fonte dell'obbligo al trattamento nella legge¹⁰⁰ alla diversificazione delle posizioni dei due soggetti summenzionati, qualificando l'obbligo dell'appaltatore

mercato del lavoro, Zanichelli, Bologna, 2004, p. 326; Ciucciovino S., *Divieto di interposizione e disciplina degli appalti interni*, in *Diritto del Lavoro – Volume II, Commentario diretto da Franco Carinci*, Utet, Torino, 2003, p. 1056; Imberti L., *La disciplina delle responsabilità solidali negli appalti e nei subappalti: lo stato dell'arte in continuo movimento*, disponibile su I working papers *Centro studi di Diritto del lavoro europeo Massimo D'Antona*, 2008, n. 72, in <http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp>, pp. 9 ss.

⁹⁴ Chieco P., *Le nuove esternalizzazioni tra fornitura di prestazioni lavorative (somministrazione e distacco) e appalti labour intensive*, in (a cura di) Curzio P., *Lavoro e diritti a tre anni dalla l. n. 30/2003*, Cacucci, Bari, 2006, p. 205; in giurisprudenza, Cass., sez. lav., 17 gennaio 2007, n. 996, in *Il Lavoro nella giurisprudenza*, 2007, 6, pp. 571 ss.

⁹⁵ Franco M. – Scaccia E., *La fornitura di manodopera e la disciplina degli appalti nella legge 23 ottobre 1960 n. 1369*, in *Il diritto del lavoro*, 1962, p. 125.

⁹⁶ Marinelli M., *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 175.

⁹⁷ Moffa G., *La disciplina dell'impiego di manodopera negli appalti di opere e servizi*, in *Rass. Lav.*, 1961, pp. 433 ss.

⁹⁸ Loriga E., *La disciplina giuridica del lavoro in appalto*, Milano, 1965, p. 215; Carinci M. T., *La fornitura di lavoro altrui*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 531; Nicolini G., *Il divieto di intermediazione e di interposizione nelle prestazioni di lavoro e la nuova disciplina dell'impiego di mano d'opera negli appalti di opere e di servizi*, in *Temi gen.*, 1961, pp. 198 ss.

⁹⁹ Rubino D., *Obbligazioni alternative, in solido, divisibili e indivisibili*, CommSB, 1961.

¹⁰⁰ Loriga E., *La disciplina giuridica del lavoro in appalto*, Milano, 1965, pp. 215 ss.

come contrattuale e quello del committente come legale¹⁰¹.

Per quanto riguarda il terzo elemento che concorre al profilo dell'obbligazione solidale, è necessario puntualizzare che l'ottemperanza all'obbligo al trattamento economico e normativo, comprensivo degli obblighi "previdenziali" ed "assistenziali" (art. 3, comma 1, l. 1369/1960), implica l'adempimento non solo di una prestazione di dare, ma anche di *facere*, connotata, talvolta, del carattere dell'infungibilità¹⁰².

Si pensi, per quanto attiene al trattamento normativo, al godimento delle ferie, che non possono non essere fatte fruire dal solo datore di lavoro/appaltatore, non potendo immaginarsi come l'appaltante possa consentirne l'effettivo godimento, incorrendo nel rischio di relegare il riferimento al trattamento normativo stesso alla stregua di «un richiamo di stile privo di reale contenuto»¹⁰³.

Sulla scorta di tali considerazioni, già la "prima" dottrina¹⁰⁴ evidenzia come solo l'appaltatore possa soddisfare il trattamento richiesto dall'art. 3 l. 1369/1960, potendo il committente essere escusso solo in via sussidiaria per le prestazioni pecuniarie o suscettibili di una tutela "per equivalente"¹⁰⁵. Sul punto, un'interpretazione dottrinale¹⁰⁶, partendo dal riconoscimento della configurabilità, per quanto attiene alla non felice formulazione della fattispecie di cui all'art. 3 l. 1369/1960, di un'obbligazione solidale ad interesse unisoggettivo (quello dell'appaltatore), tenta una mediazione ricostruttiva, riconnettendo l'operatività della solidarietà ex art. 3 l. 1369 alla sussistenza di un'unica prestazione di natura risarcitoria a carico dei due coobbligati.

È possibile scorgere, all'interno dell'orientamento dottrinale, propenso ad inquadrare la fattispecie di cui all'art. 3 l. 1369/1960 e, successivamente, quella di cui all'art. 29 d. lgs. 276/2003 nell'ambito delle obbligazioni solidali, una "biforcazione" ricostruttiva tra chi, nel solco della tradizionale funzione di garanzia propria della solidarietà, individua la fonte obbligatoria della stessa nel fatto dell'impiego del lavoratore nell'appalto¹⁰⁷, a

¹⁰¹ Nicolini G., *Il divieto di intermediazione e di interposizione nelle prestazioni di lavoro e la nuova disciplina dell'impiego di mano d'opera negli appalti di opere e di servizi*, in *Temi gen.*, 1961, p. 198.

¹⁰² Loriga E., *La disciplina giuridica del lavoro in appalto*, Milano, 1965, p. 210.

¹⁰³ Guaglione L., *La disciplina degli appalti introaziendali e il contenuto dell'obbligazione solidale*, in (a cura di) Mazzotta O., *Nuove tecnologie e rapporti fra imprese*, Giuffrè, Milano, 1990, p. 162.

¹⁰⁴ Loriga E., *La disciplina giuridica del lavoro in appalto*, Milano, 1965, p. 210.

¹⁰⁵ Mannacio G., *Il divieto di intermediazione e il lavoro interinale*, Cedam, Padova, 1997, pp. 77-78.

¹⁰⁶ Carinci M. T., *La fornitura di lavoro altrui*, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 532 ss.

¹⁰⁷ Franco M. – Scaccia E., *La fornitura di manodopera e la disciplina degli appalti nella legge 23 ottobre 1960 n. 1369*, in *Il diritto del lavoro*, 1962, pp. 125 ss.; Carinci M. T., *La fornitura di lavoro altrui*, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 530 ss.; Guaglione L., *La disciplina degli appalti introaziendali e il contenuto dell'obbligazione solidale*, in (a cura di) Mazzotta O., *Nuove tecnologie e rapporti fra imprese*, Giuffrè, Milano, 1990, pp. 138 ss.; De Luca Tamajo R.- Paternò F., *Art. 29 Appalto*, in (a cura di)

fronte della posizione dottrinale¹⁰⁸ che, sul presupposto di una comunione di interessi tra gli obbligati¹⁰⁹, intercetta la fonte medesima nel collegamento, “finalisticamente” operato ed orientato dalla legge, tra il contratto di lavoro e il contratto di appalto.

In quest’ultima ipotesi, una lettura elastica dell’unità della fonte nelle obbligazioni solidali per crediti di lavoro, volta a considerare come un fenomeno unitario il contratto di appalto e i rapporti di lavoro sottostanti¹¹⁰, ricondurrebbe la fattispecie di cui all’art. 3 l. 1369 nell’alveo delle obbligazioni soggettivamente complesse¹¹¹, in cui l’obbligazione solidale ad interesse comune deriva da una fattispecie complessa caratterizzata dal collegamento negoziale¹¹² tra il contratto di lavoro e quello commerciale d’appalto, che incardina in capo ad un soggetto “formalmente” estraneo al rapporto di lavoro le obbligazioni tipiche del datore di lavoro¹¹³.

Certamente, la disposizione dell’art. 29, comma 2, d. lgs. 276/2003, prevedendo, a differenza dell’art. 3 l. 1369/1960, quale oggetto dell’obbligazione solidale i trattamenti, di “identico contenuto” in quanto aventi la medesima natura pecuniaria, retributivi e contributivi dovuti, contribuisce ad avvalorare quell’orientamento, a mio parere condivisibile, che, già sotto il vigore dell’art. 3 l. 1369/1960, riconduceva il regime di responsabilità negli appalti “interni” nell’ambito delle obbligazioni soggettivamente complesse¹¹⁴.

Dal punto di vista funzionale, l’orientamento ricostruttivo delineato individua nella tecnica della responsabilità solidale “lavoristica” non solo una mera garanzia di carattere patrimoniale¹¹⁵ delle pretese creditorie della parte debole del rapporto di

Raffaele De Luca Tamajo e Giuseppe Santoro-Passarelli, *Il nuovo mercato del lavoro: commentario al D. Lgs. 10 settembre 2003, n. 276 : riforma Biagi*, CEDAM, Padova, 2007, pp. 440 ss.

¹⁰⁸ Corazza L., *Appunti in tema di obbligazioni solidali e rapporti di lavoro*, in RIDL, 1997, II, pp. 89-90; Maione C., *Natura e contenuto dell’obbligazione solidale ex art. 3 l. 23 ottobre 1960, n. 1369*, in RGENel, 1973, pp. 96 ss.

¹⁰⁹ Branca G., *Osservazioni sulla solidarietà del committente per le obbligazioni di cui all’art. 3 della l. 23 ottobre 1960, n. 1369*, in Boll. Sc. Perf. Univ. Trieste, 1964, pp. 13 ss.

¹¹⁰ Corazza L., *Appunti in tema di obbligazioni solidali e rapporti di lavoro*, in RIDL, 1997, II, p. 88; Rubino D., *Obbligazioni alternative, in solido, divisibili e indivisibili*, in CommSB, 1961, pp. 139 ss.

¹¹¹ In tal senso, vedi anche le opere monografiche di Grandi M., *Le modificazioni del rapporto di lavoro, I, Le modificazioni soggettive*, Giuffrè, Milano, 1972 e Magrini S., *La sostituzione soggettiva nel rapporto di lavoro*, Franco Angeli, Milano, 1980.

¹¹² Scognamiglio R., voce *Collegamento negoziale*, ED, 1960, vol. VII, pp. 375 ss.

¹¹³ Corazza L., *Appunti in tema di obbligazioni solidali e rapporti di lavoro*, in RIDL, 1997, II, pp. 91 ss.; Petracci F., *Il rapporto di lavoro nell’appalto*, Cedam, Padova, 2003, p. 75.

¹¹⁴ Greco M. G., *L’obbligazione solidale negli appalti dopo la riforma del mercato del lavoro*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 10, 2004, pp. 924 ss.

¹¹⁵ Carabelli U., *La responsabilità del datore di lavoro nelle organizzazioni di impresa complesse*, in DRI, I, 2009, p. 105.

lavoro, ma, anche, una funzione di regolazione giuridica¹¹⁶, sia pur non “esaustiva”¹¹⁷, di processi economici di “riarticolazione” d’impresa.

Si tratta di operazioni economiche che, per mezzo di complesse vicende negoziali, utilizzano o coinvolgono l’attività lavorativa, determinando, per via di una “dilatazione” dinamica dell’elemento organizzativo, una riarticolazione dei poteri¹¹⁸ e dei correlativi doveri datoriali.

Per di più, la solidarietà delineata nell’art. 29 d. lgs. 276/2003 incide sulla distribuzione delle responsabilità tra committente ed appaltatore anche sul piano più “strettamente coercitivo-sanzionatorio” delle modalità soddisfattive dell’obbligazione solidale, in quanto sia i lavoratori sia gli enti previdenziali, non essendo previsto alcun beneficio di preventiva escussione di una delle parti¹¹⁹, possono rivolgersi, indifferentemente, all’appaltante o all’appaltatore per pretendere l’adempimento degli obblighi retributivi e contributivi, ivi comprese le sanzioni civili¹²⁰.

La discussa ragione, anche in termini di coerenza sistemica, giustificativa della politica del diritto sottostante l’abrogazione, da parte del d. lgs. 276/2003, del principio di uniformità di trattamento economico e normativo tra i dipendenti del committente e dell’appaltatore ex art. 3 l. 1369/1960¹²¹ ha determinato, per mezzo dell’art. 29 d. lgs.

¹¹⁶ Ichino P. - Corazza L., *Commento all’art. 6 del d.lgs. 251/2004 correttivo dell’art. 29, commi 2, 3 bis e 3 ter, del d.lgs.276/2003*, in AA.VV., *Inserito sulla correzione della c.d. riforma Biagi, d.lgs. 6 ottobre 2004, n. 251*, Zanichelli, Bologna, 2004, pp. 16-17; De Luca Tamajo R., *Tra le righe del d. lgs. n. 276/2003 (e del decreto correttivo n. 251/2004): tendenze e ideologie*, in RIDL, 2004, I, p. 534; Tullini P., *Sicurezza e regolarità del lavoro negli appalti*, in ADL, 2007, p. 897; Tiraboschi M., *Lavoro temporaneo e somministrazione di manodopera. Contributo allo studio della fattispecie. Lavoro intermittente tramite agenzia*, Giappichelli, Torino, 1999, pp. 342 ss.

¹¹⁷ Scarpelli F., *Esternalizzazioni e diritto del lavoro: il lavoratore non è una merce*, in *Scritti in memoria di Massimo D’Antona*, Volume I, Giuffrè, Milano, 2004, p. 1495; Carinci M. T.- Imberti L., *La tutela del lavoro negli appalti dopo il d. lgs. n. 251/2004*, in (coordinato da) Carinci F., *Il correttivo alla legge di riforma del mercato del lavoro*, Ipsoa, Milano, 2005, p. 89.

¹¹⁸ Corazza L., *Appunti in tema di obbligazioni solidali e rapporti di lavoro*, in RIDL, 1997, II, pp. 95 ss.; Mancini G. F., *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Milano, 1957; Persiani M., *Contratto di lavoro e organizzazione*, Padova, 1966; Montuschi L., *Potere disciplinare e rapporto di lavoro*, Milano, 1973; Pedrazzoli M., *Democrazia industriale e subordinazione*, Milano, 1985; Perulli A., *Il potere direttivo dell’imprenditore*, Milano, 1992.

¹¹⁹ De Simone G., *Titolarità del rapporto di lavoro e regole di trasparenza*, Giuffrè, Milano, 1995, pp. 149 ss.; Rudan M., *L’interposizione nelle prestazioni di lavoro e la nuova disciplina degli appalti di opere e di servizi*, RTDPC, 1961, p. 871.

¹²⁰ Sgroi A., *Obbligazione contributiva e responsabilità solidale*, in Working paper n. 58/2008, Collana Adapt, p. 13, disponibile su www.fmb.unimore.it; Corazza L., *Somministrazione di lavoro e appalti*, in (a cura di) Santoro Passarelli G., *Diritto del lavoro e della previdenza sociale*, Cedam, Padova, 2007, pp. 1292-1293.

¹²¹ Ichino, P., *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*, in Pedrazzoli M. (coordinato da) *Il nuovo mercato del lavoro*, Zanichelli, Bologna, 2004, p. 324; Quadri G., *La nuova disciplina del lavoro nell’appalto*, in *Il diritto del mercato del lavoro*, n. 1-2, 2004, p. 401; Scarpelli F., *Esternalizzazioni e diritto del lavoro: il lavoratore non è una merce*, in *Scritti in memoria di Massimo D’Antona*, Volume I, Giuffrè, Milano, 2004, p. 1495; Romei R., *La distinzione fra interposizione e appalto e le prospettive*

276/2003, una valorizzazione, anche nel senso di estensione “orizzontale”¹²², e, allo stesso tempo, una «riduzione» contenutistica¹²³ rispetto all’art. 3 summenzionato, della obbligazione solidale¹²⁴.

Al riguardo, sul punto, una parte della dottrina¹²⁵ ha reputato irragionevole, dal punto di vista funzionale, l’opzione operata dal legislatore del 2003 di ampliamento della sfera applicativa della tecnica della solidarietà, a fronte di appalti di servizi ad alta intensità di capitale, affidati ad imprese economicamente indipendenti ed operanti per lo più all’esterno dell’azienda committente.

Solo nel caso di quelle fattispecie di appalto di servizi, che, sotto il vigore della l. 1369, non godevano della regola “paritaria” in quanto ricadenti nell’ambito dell’art. 5 della medesima legge del 1960, può sostenersi che l’originaria formulazione della disposizione di cui all’art. 29, comma 2, d. lgs. 276/2003 rappresenti una tutela “incrementale” rispetto a quella minimale di cui all’art. 1676 c.c.¹²⁶, in quanto statuente una protezione “privilegiata” nei soli casi di appalti di servizi¹²⁷, sia a prestazioni continuative che periodiche¹²⁸, ma non di opere.

della certificazione, in (a cura di) Tiraboschi M., *Le esternalizzazioni dopo la riforma Biagi*, Cedam, Padova, 2006, p. 297.

¹²² Chieco P., *Le nuove esternalizzazioni tra fornitura di prestazioni lavorative (somministrazione e distacco) e appalti labour intensive*, in (a cura di) Curzio P., *Lavoro e diritti a tre anni dalla l. n. 30/2003*, Cacucci, Bari, 2006, p. 204.

¹²³ Rebaudengo P. A., *La separazione del lavoro dall’impresa: alcune significative novità*, in *Lavoro e Diritto*, I, 2004, pp. 173, che parla di solidarietà «ridotta».

¹²⁴ Corazza L., *Contractual integration e rapporti di lavoro*, Cedam, Padova, 2004, pp. 166-168.

¹²⁵ Ichino, P., *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*, in Pedrazzoli M. (coordinato da) *Il nuovo mercato del lavoro*, Zanichelli, Bologna, 2004, p. 325; Quadri G., *La nuova disciplina del lavoro nell’appalto*, in *Il diritto del mercato del lavoro*, n. 1-2, 2004, p. 404.

¹²⁶ Greco M. G., *L’obbligazione solidale negli appalti dopo la riforma del mercato del lavoro*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 10, 2004, p. 924.

¹²⁷ Del Punta R., *La nuova disciplina degli appalti e della somministrazione di lavoro*, in AA.VV., *Come cambia il mercato del lavoro, Commentario al d. lgs. 276/2003, 2004*, Ipsoa, Milano, p. 175; Ichino P. - Corazza L., *Commento all’art. 6 del d.lgs. 251/2004 correttivo dell’art. 29, commi 2, 3 bis e 3 ter, del d.lgs.276/2003*, in AA.VV., *Inserito sulla correzione della c.d. riforma Biagi, d.lgs. 6 ottobre 2004, n. 251*, Zanichelli, Bologna, 2004, p. 15; Maresca A., *Commento all’articolo 9 del d.lgs. 251/2004, correttivo dell’art. 32 del d.lgs. 276/2003*, in AA.VV., *Inserito sulla correzione della c.d. riforma Biagi, d.lgs. 6 ottobre 2004, n. 251*, Zanichelli, Bologna, 2004, p. 24; Ferraro G., *Il rapporto di lavoro negli appalti*, in *Scritti in onore di Giuseppe Suppiej*, Cedam, Padova, 2005, p. 980; Carinci M. T.-Imberti L., *La tutela del lavoro negli appalti dopo il d. lgs. n. 251/2004*, in (coordinato da) Carinci F., *Il correttivo alla legge di riforma del mercato del lavoro*, Ipsoa, Milano, 2005, p. 87; Magnani M., *Le esternalizzazioni e il nuovo diritto del lavoro*, in (a cura di), Magnani M.- Varesi P. A., *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali. Commentario ai Decreti Legislativi n. 276/2003 e n. 251/2004*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 293; Scarpelli F., *Art. 29. Appalto*, in (a cura di) Gragnoli E. e Perulli A., *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali. Commentario al Decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, Cedam, Padova, 2004, p. 437; Andreoni A., *Impresa modulare, trasferimenti di azienda, appalti interni: la soft law sul ciclo di produzione*, in *Il lavoro tra progresso e mercificazione. Commento critico al decreto legislativo n. 236/2003*, a cura di Ghezzi G., Ediesse, Roma, 2004, p. 199; Imberti L., *La disciplina delle responsabilità solidali negli appalti e nei subappalti: lo stato dell’arte in continuo movimento*, in *I working papers Centro studi di Diritto del lavoro europeo Massimo*

Una scelta scriminante tra appalto di opere e servizi, avvertita dallo stesso legislatore del 2004 come irrazionale, che si poneva, per quanto attiene al profilo formale-sistematico, in contrasto con la “neutra” rubrica dello stesso art. 29 d. lgs. 276 e con la praticabilità della già difficile operazione di distinzione tra i due tipi di appalto “nelle zone di confine”¹²⁹, e, per quanto riguarda ragioni di tutela “sostanziale”, come, quantomeno, inadeguata rispetto alle condizioni di lavoro nel settore dell’edilizia¹³⁰, che, a suo tempo, hanno rappresentato una delle ragioni giustificative dell’approvazione della legge 1369/1960.

Infatti, se, da un lato, la formulazione della disposizione normativa ex art. 29, comma 2, d. lgs. 276/2003, estesa, appunto, anche agli appalti di opere per effetto del d. lgs. 251/2004¹³¹ (cd. Decreto correttivo), non opera alcuna distinzione tra appalti interni ed esterni¹³², dall’altro lato, fa riferimento, al di là dell’obbligazione risarcitoria per il danno differenziale derivante da infortunio o malattia professionale del lavoratore¹³³, ai

D’Antona, 2008, n. 72, disponibile su <http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp>, pp. 11-12; Chieco P., *Le nuove esternalizzazioni tra fornitura di prestazioni lavorative (somministrazione e distacco) e appalti labour intensive*, in (a cura di) Curzio P., *Lavoro e diritti a tre anni dalla l. n. 30/2003*, Cacucci, Bari, 2006, pp. 202-207; Corazza L., *Contractual integration e rapporti di lavoro*, Cedam, Padova, 2004, pp. 166-168.

¹²⁸ Ichino, P., *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*, in Pedrazzoli M. (coordinato da) *Il nuovo mercato del lavoro*, Zanichelli, Bologna, 2004, pp. 324-325.

¹²⁹ Corazza L., “*Contractual integration*” e rapporti di lavoro, Cedam, Padova, 2004, p. 169.

¹³⁰ Greco M. G., *L’obbligazione solidale negli appalti dopo la riforma del mercato del lavoro*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 10, 2004, p. 929.

¹³¹ Chieco P., *Lavoro e responsabilità solidale negli appalti: dalla legge Bersani alla Finanziaria 2007*, in *I working papers Centro studi di Diritto del lavoro europeo Massimo D’Antona*, 2007, n. 52, p. 2, disponibile su <http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp>; Vallebona A., *Interposizione. Appalti. Somministrazione di lavoro. Distacco.*, in (a cura di) Vallebona A., *La riforma dei lavori*, 2004, p. 99; Tosi P., *Appalto, Distacco, lavoro a progetto. Appunti da una conferenza*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2004, III, p. 231; Barraco E., *Nuova disciplina lavoristica degli appalti*, in *DPL*, n. 24, 2007, p. 1507; Scarpelli F., *Art. 29. Appalto*, in (a cura di) Gragnoli E. e Perulli A., *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali. Commentario al Decreto legislativo 10 settembre 2003*, n. 276, Cedam, Padova, 2004, p. 438; Imberti L., *La disciplina delle responsabilità solidali negli appalti e nei subappalti: lo stato dell’arte in continuo movimento*, in *I working papers Centro studi di Diritto del lavoro europeo Massimo D’Antona*, 2008, n. 72, disponibile su <http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp>, p. 12; Carinci M. T.- Imberti L., *La tutela del lavoro negli appalti dopo il d. lgs. n. 251/2004*, in (coordinato da) Carinci F., *Il correttivo alla legge di riforma del mercato del lavoro*, Ipsoa, Milano, 2005, p. 87; Falasca G., *Con la Finanziaria cambia ancora la disciplina degli appalti*, in *Guida al lavoro*, 2007, IV, p. 40.

¹³² Magnani M., *Le esternalizzazioni e il nuovo diritto del lavoro*, in (a cura di) Magnani M.- Varesi P. A., *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali. Commentario ai Decreti Legislativi n. 276/2003 e n. 251/2004*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 293; Calcaterra L., *La tutela del lavoro negli appalti*, in (a cura di) De Luca Tamajo-Rusciano-Zoppoli, *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema*, Napoli, 2004, p. 137; Carinci M.T., *La tutela dei lavoratori negli appalti di servizi*, in AA.VV., *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, coordinato da Carinci F., a cura di Carinci M. T. e Cester C., *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento di azienda*, II, Ipsoa, Milano, 2004, pp. 200-201; Corazza L., “*Contractual integration*” e rapporti di lavoro, Cedam, Padova, 2004, p. 168.

¹³³ De Luca Tamajo R.- Paternò F., *Art. 29 Appalto*, in (a cura di) Raffaele De Luca Tamajo e Giuseppe Santoro-Passarelli, *Il nuovo mercato del lavoro: commentario al D. Lgs. 10 settembre 2003, n. 276 : riforma Biagi*, CEDAM, Padova, 2007, p. 442.

soli trattamenti retributivi, comprensivi di qualunque credito retributivo discendente dall'esecuzione del rapporto di lavoro¹³⁴, e contributivi¹³⁵.

Così disponendo, la previsione *de qua* non opera alcun richiamo al trattamento normativo¹³⁶ e, ancora più importante, non individua come parametro di riferimento i trattamenti praticati dal committente, dovendo la responsabilità solidale ex art. 29 d. lgs. 276 raccordarsi allo «statuto giuridico dell'impresa appaltatrice»¹³⁷, con conseguente rischio di slittamento verso soglie di sottoprotezione¹³⁸ qualora, come di solito si riscontra nella prassi, la stessa impresa appaltatrice applichi ai propri dipendenti un trattamento peggiore rispetto a quello praticato dall'impresa appaltante nei confronti dei propri (dipendenti).

Il “*vacuum*” relativo al trattamento normativo determinato dall'art. 29, d. lgs. 276/2003 risulta, invece, colmato, con riferimento, però, ai soli appalti pubblici, dalla previsione dell'art. 36 St. lav., come confermata, dal punto di vista della tecnica utilizzata più che del contenuto¹³⁹, da quella ex art. 118, comma 6, del cd. Codice degli appalti pubblici, che ricorre al meccanismo della solidarietà per rendere l'affidatario corresponsabile con il subappaltatore, nei confronti dei lavoratori di quest'ultimo, del trattamento non solo economico, ma, anche, normativo «*stabilito dai contratti collettivi nazionale e territoriale in vigore per il settore e la zona nella quale si eseguono le prestazioni*»¹⁴⁰.

Per quanto attiene alle pretese creditorie “ultronee”, dunque, deve ritenersi non operante la responsabilità solidale illimitata del committente, ma è possibile il ricorso all'azione diretta ex art. 1676 c.c.¹⁴¹, da ritenersi neppure parzialmente abrogata dall'intervento

¹³⁴ De Angelis L., *La tutela del lavoratore ceduto*, in I working papers Centro studi di Diritto del lavoro europeo Massimo D'Antona, 2004, n. 24, pp. 39 ss., disponibile su <http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp>.

¹³⁵ Carinci M. T.- Imberti L., *La tutela del lavoro negli appalti dopo il d. lgs. n. 251/2004*, in (coordinato da) Carinci F., *Il correttivo alla legge di riforma del mercato del lavoro*, Ipsoa, Milano, 2005, pp. 88-89.

¹³⁶ Chieco P., *Le nuove esternalizzazioni tra fornitura di prestazioni lavorative (somministrazione e distacco) e appalti labour intensive*, in (a cura di) Curzio P., *Lavoro e diritti a tre anni dalla l. n. 30/2003*, Cacucci, Bari, 2006, p. 206; Scarpelli F., *Art. 29. Appalto*, in (a cura di) Gragnoli E. e Perulli A., *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali. Commentario al Decreto legislativo 10 settembre 2003*, n. 276, Cedam, Padova, 2004, p. 437; Corazza L., *Contractual integration e rapporti di lavoro*, Cedam, Padova, 2004, pp. 172 ss.

¹³⁷ Scarpelli F., *Art. 29. Appalto*, in (a cura di) Gragnoli E. e Perulli A., *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali. Commentario al Decreto legislativo 10 settembre 2003*, n. 276, Cedam, Padova, 2004, p. 437.

¹³⁸ Calcaterra L., *L'approccio al decentramento produttivo. Una retrospettiva e qualche riflessione*, in MGL, 2003, n. 8-9, pp. 610-611.

¹³⁹ Corazza L., *“Contractual integration” e rapporti di lavoro*, Cedam, Padova, 2004, pp. 194 ss.

¹⁴⁰ Spolverato G. – Piovesana A., *Disciplina degli appalti nella P.A.*, in DPL, n. 32, 2007, pp. 1997 ss.

¹⁴¹ Marinelli M., *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 133 ss.

normativo del 2003¹⁴², che riscontra, quale «norma di chiusura del sistema di tutela del credito per i lavoratori dipendenti impiegati negli appalti»¹⁴³, una “rivalutazione” della sua valenza protettiva, oltre che nel caso di committente non esercitante attività d’impresa o professionale, anche in quello in cui siano decorsi due anni dalla cessazione dell’appalto e il committente non abbia ancora saldato per intero il proprio debito nei confronti dell’appaltatore¹⁴⁴.

Insomma, l’art. 29, comma 2, d. lgs. 276/2003, per quanto attiene al profilo oggettivo-contenutistico della tutela, incarna, rispetto all’art. 3 l. 1369, un’involuzione¹⁴⁵ ricalcata sulla disciplina di cui all’art. 1676 c.c., sia pur «senza tetto»¹⁴⁶, in quanto depurata dal limite quantitativo rappresentato dalla minor somma tra l’ammontare del debito del committente verso l’appaltatore al momento in cui viene promossa l’azione e l’ammontare del credito di lavoro del lavoratore per l’esecuzione dell’opera appaltata¹⁴⁷. Dal punto di vista soggettivo, invece, la stessa disposizione del 2003 estende la sua disciplina protettiva a tutti, indifferentemente, i dipendenti dell’appaltatore, senza conferire, a dispetto degli artt. 1676 c.c. e 3, l. 1369/1960¹⁴⁸, alcuna rilevanza alla “specificata” e “qualificata” partecipazione all’appalto.

Si deve, inoltre, considerare che il generico riferimento ai «lavoratori» di cui alla formulazione della disposizione normativa ex art. 29 d. lgs. 276/2003, potrebbe, a differenza degli artt. 1676 c.c. e 3 l. 1369/1960, legittimare l’invocazione della tutela apprestata dallo stesso art. 29 d. lgs. 276 da parte dei soggetti che hanno prestato la propria attività nell’ambito dell’esecuzione del contratto di appalto, sia pur sulla base di

¹⁴² Contra Speciale V., *Appalti e trasferimento d’azienda*, in I working papers *Centro studi di Diritto del lavoro europeo Massimo D’Antona*, 2006, n. 84, pp. 17 ss., in <http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp>.

¹⁴³ Imberti L., *La disciplina delle responsabilità solidali negli appalti e nei subappalti: lo stato dell’arte in continuo movimento*, in I working papers *Centro studi di Diritto del lavoro europeo Massimo D’Antona*, 2008, n. 72, disponibile su <http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp>, pp. 28-29.

¹⁴⁴ Alvino I., *Il regime delle responsabilità negli appalti*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, n. 115, 2007, p. 521.

¹⁴⁵ Carinci M. T.- Imberti L., *La tutela del lavoro negli appalti dopo il d. lgs. n. 251/2004*, in (coordinato da) Carinci F., *Il correttivo alla legge di riforma del mercato del lavoro*, Ipsoa, Milano, 2005, pp. 88-89.

¹⁴⁶ Speciale V., *Appalti e trasferimento d’azienda*, in I working papers *Centro studi di Diritto del lavoro europeo Massimo D’Antona*, 2006, n. 84, p. 18, in <http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp>; Massi E., *Esonero del committente da responsabilità solidale*, in *DPL*, 21, 2008, p. 1223.

¹⁴⁷ Ciucciiovino S., *Divieto di interposizione e disciplina degli appalti interni*, in *Diritto del Lavoro – Volume II, Commentario diretto da Franco Carinci*, Utet, Torino, 2003, p. 1056; Rausei P., *Responsabilità solidale, verifiche ispettive e apparato sanzionatorio*, in *DPL*, n. 44, 2007, p. 2635.

¹⁴⁸ Cass. 24 aprile 1985 n. 2078, in *IPrev.*, 1985, pp. 1273 ss.

un rapporto con l'appaltatore o il subappaltatore diverso dal contratto di lavoro subordinato, come i lavoratori a progetto¹⁴⁹.

Invero, di gran rilievo è l'inserimento, non esplicitato nella previsione di cui all'art. 1676 c.c., nella norma di cui all'art. 29, comma 2, d. lgs. 276/2003, del principio di solidarietà anche in materia contributiva, laddove il lavoratore assume la veste di beneficiario del versamento più che di creditore, spettando, come già precisato, la titolarità del credito contributivo all'ente previdenziale¹⁵⁰.

Con riferimento al "corno" opposto del profilo soggettivo, il comma 3-ter dell'art. 29 del d. lgs. 276/2003, come introdotto dall'art. 6, comma 2, d. lgs. n. 251/2004, esclude dal regime di responsabilità solidale il committente persona fisica che non esercita attività d'impresa o professionale¹⁵¹, quest'ultima da individuarsi nell'accezione "tributarista"¹⁵².

Tuttavia, fermi i dubbi per quanto riguarda la riferibilità della previsione *de qua* a soggetti non personificati che non sono né imprenditori né persone fisiche, come le organizzazioni di tendenza¹⁵³, si continua a perpetrare una situazione di contraddittorietà, derivante dal fatto di tenere al riparo, al di là del regime di

¹⁴⁹ Alvino I., *Il regime delle responsabilità negli appalti*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, n. 115, 2007, p. 523; Mattiuzzo F., *Le nuove responsabilità del committente, appaltatore e subappaltatore*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, n. 6, 2007, p. 563.

¹⁵⁰ De Angelis L., *La tutela del lavoratore ceduto*, in *I working papers Centro studi di Diritto del lavoro europeo Massimo D'Antona*, 2004, n. 24, p. 41, disponibile su <http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp>; Sica A., *Contribuzione nell'appalto: il vincolo solidale*, in *DPL*, 44, 2007, p. 2646; Rauseri P., *Responsabilità solidale, verifiche ispettive e apparato sanzionatorio*, in *DPL*, n. 44, 2007, p. 2635; Chieco P., *Le nuove esternalizzazioni tra fornitura di prestazioni lavorative (somministrazione e distacco) e appalti labour intensive*, in (a cura di) Curzio P., *Lavoro e diritti a tre anni dalla l. n. 30/2003*, Cacucci, Bari, 2006, p. 205.

¹⁵¹ Ichino P. - Corazza L., *Commento all'art. 6 del d.lgs. 251/2004 correttivo dell'art. 29, commi 2, 3 bis e 3 ter, del d.lgs.276/2003*, in *AA.VV., Inserto sulla correzione della c.d. riforma Biagi, d.lgs. 6 ottobre 2004, n. 251*, Zanichelli, Bologna, 2004, p. 17; De Luca Tamajo R.- Paternò F., *Art. 29 Appalto*, in (a cura di) Raffaele De Luca Tamajo e Giuseppe Santoro-Passarelli, *Il nuovo mercato del lavoro: commentario al D. Lgs. 10 settembre 2003, n. 276 : riforma Biagi*, CEDAM, Padova, 2007, p. 442; Chieco P., *Le nuove esternalizzazioni tra fornitura di prestazioni lavorative (somministrazione e distacco) e appalti labour intensive*, in (a cura di) Curzio P., *Lavoro e diritti a tre anni dalla l. n. 30/2003*, Cacucci, Bari, 2006, p. 206; Rotondi F., *Fenomeni di esternalizzazione e contratto di appalto*, in *DPL*, n. 42, 2006, p. 2341; Romei R., *La distinzione fra interposizione e appalto e le prospettive della certificazione*, in (a cura di) Tiraboschi M., *Le esternalizzazioni dopo la riforma Biagi*, Cedam, Padova, 2006, p. 299; Rauseri P., *Responsabilità solidale, verifiche ispettive e apparato sanzionatorio*, in *DPL*, n. 44, 2007, p. 2634.

¹⁵² Ichino P. - Corazza L., *Commento all'art. 6 del d.lgs. 251/2004 correttivo dell'art. 29, commi 2, 3 bis e 3 ter, del d.lgs.276/2003*, in *AA.VV., Inserto sulla correzione della c.d. riforma Biagi, d.lgs. 6 ottobre 2004, n. 251*, Zanichelli, Bologna, 2004, p. 17; Magnani M., *Le esternalizzazioni e il nuovo diritto del lavoro*, in (a cura di) Magnani M.- Varesi P. A., *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali. Commentario ai Decreti Legislativi n. 276/2003 e n. 251/2004*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 296.

¹⁵³ Corazza L., *"Contractual integration" e rapporti di lavoro*, Cedam, Padova, 2004, p. 171.

responsabilità solidale tra appaltatore e subappaltatore ex art. 35, comma 28, l. 248/2006¹⁵⁴, da conseguenze, in senso lato, sanzionatorie situazioni, sia pur quantitativamente marginali, in cui, però, si registra un'alta frequenza di insolvibilità dell'appaltante¹⁵⁵.

In definitiva, il “filo rosso” che lega le discipline summenzionate di cui agli artt. 1676 c.c., 3 l. 1369/1960 e 29 d.lgs. 276/2003 è rappresentato dal consolidamento nel tempo di un'innovazione tecnica di chiara impronta lavoristica, da taluno considerata snaturante il contratto di appalto¹⁵⁶, volta ad equiparare la posizione dell'appaltante e dell'appaltatore nei confronti dei lavoratori dipendenti di quest'ultimo, dando così rilievo alla dimensione “cooperativa” non solo nel momento della realizzazione di una finalità economica, ma, anche, sul piano della regolazione sociale del lavoro.

Ciò nonostante, in ultima analisi, pare sia più che condivisibile l'opinione¹⁵⁷ di chi ritiene che, in assenza di una clausola di parificazione del trattamento, magari come quella di cui all'art. 23 d.lgs. 276/2003 per i lavoratori “somministrati”¹⁵⁸, il solo regime di responsabilità solidale non possa rappresentare di per sé un efficace deterrente contro l'utilizzo dello “strumento” contrattuale dell'appalto in funzione di abbattimento del costo del lavoro¹⁵⁹, causando una “frattura” nel tentativo di ricondurre ad unità la disciplina dei rapporti di lavoro nelle esternalizzazioni¹⁶⁰.

¹⁵⁴ Imberti L., *La disciplina delle responsabilità solidali negli appalti e nei subappalti: lo stato dell'arte in continuo movimento*, in I working papers Centro studi di Diritto del lavoro europeo Massimo D'Antona, 2008, n. 72, disponibile su <http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp>, p. 18.

¹⁵⁵ Carinci M. T.- Imberti L., *La tutela del lavoro negli appalti dopo il d. lgs. n. 251/2004*, in (coordinato da) Carinci F., *Il correttivo alla legge di riforma del mercato del lavoro*, Ipsoa, Milano, 2005, p. 93.

¹⁵⁶ Rubino D., *Dell'appalto*, in Commentario del codice civile dir. da Scialoja D. e Branca G., Bologna-Roma, 1973, pp. 25 ss.

¹⁵⁷ Chieco P., *Le nuove esternalizzazioni tra fornitura di prestazioni lavorative (somministrazione e distacco) e appalti labour intensive*, in (a cura di) Curzio P., *Lavoro e diritti a tre anni dalla l. n. 30/2003*, Cacucci, Bari, 2006, pp. 191 ss.; Romei R., *La distinzione fra interposizione e appalto e le prospettive della certificazione*, in (a cura di) Tiraboschi M., *Le esternalizzazioni dopo la riforma Biagi*, Cedam, Padova, 2006, p. 301; Carinci M. T.- Imberti L., *La tutela del lavoro negli appalti dopo il d. lgs. n. 251/2004*, in (coordinato da) Carinci F., *Il correttivo alla legge di riforma del mercato del lavoro*, Ipsoa, Milano, 2005, p. 89.

¹⁵⁸ Speciale V., *Le esternalizzazioni dei processi produttivi dopo il d. lgs. 276/2003: proposte di riforma*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2006, pp. 52 ss.

¹⁵⁹ Alvino I., *Riforma del mercato del lavoro: possibili ripercussioni sui processi di esternalizzazione*, in ADL, 2004, p. 291; Del Punta R., *La nuova disciplina degli appalti e della somministrazione di lavoro*, in AA.VV., *Come cambia il mercato del lavoro*, Commentario al d. lgs. 276/2003, 2004, Ipsoa, Milano, p. 175; Calcaterra L., *La tutela del lavoro negli appalti*, in (a cura di) De Luca Tamajo-Rusciano-Zoppoli, *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema*, Napoli, 2004, p. 139; Alleva P., *La nuova disciplina degli appalti di lavoro*, in (a cura di) Ghezzi G., *Il lavoro tra progresso e mercificazione. Commento critico al decreto legislativo n. 276/2003*, Ediesse, Roma, 2004, pp.165-167; Scarpelli F., *Esternalizzazioni e diritto del lavoro: il lavoratore non è una merce*, in *Scritti in memoria di Massimo D'Antona*, Volume I, Giuffrè, Milano, 2004, p. 1495; De Luca Tamajo R., *Tra le righe del d. lgs. n. 276/2003 (e del decreto correttivo n. 251/2004): tendenze e ideologie*, in RIDL, 2004, I, pp. 527 ss.;

Ovviamente, anche a seguito dell'eliminazione, da parte della l. 296/2006, della possibilità, prevista dalla versione originaria dell'art. 29 d. lgs. 276/2003, di deroga al regime legale di responsabilità solidale da parte dei contratti collettivi nazionali «stipulati da associazioni dei datori di lavoro e prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative»¹⁶¹, comportante l'ammissibilità di un parallelo regime, non avulso da problemi di carattere interpretativo¹⁶², convenzionale di solidarietà, nulla osta a che vengano introdotte dalla contrattazione collettiva delle deroghe migliorative al regime legale di solidarietà¹⁶³, sino a riprodurre il contenuto "sostanziale" della previsione di cui all'art. 3 l. 1369/1960¹⁶⁴.

Tra l'altro, la stessa eventuale limitazione della possibilità di apportare deroghe al regime legale di corresponsabilità da parte della sola contrattazione collettiva di livello

Carabelli U., *La responsabilità del datore di lavoro nelle organizzazioni di impresa complesse*, in DRI, I, 2009, p. 105; *contra* Tiraboschi M., *Lavoro temporaneo e somministrazione di manodopera. Contributo allo studio della fattispecie. Lavoro intermittente tramite agenzia*, Giappichelli, Torino, 1999, pp. 342 ss.; Chieco P., *Le nuove esternalizzazioni tra fornitura di prestazioni lavorative (somministrazione e distacco) e appalti labour intensive*, in (a cura di) Curzio P., *Lavoro e diritti a tre anni dalla l. n. 30/2003*, Cacucci, Bari, 2006, p. 205; Corazza L., "Contractual integration" e rapporti di lavoro, Cedam, Padova, 2004, pp. 114-115.

¹⁶⁰ Musella C., *L'intermediazione nella prestazione di lavoro: il vecchio e il nuovo nel contratto di appalto*, Relazione scritta, pp. 15 ss., disponibile su <http://appinter.csm.it/incontri/relaz/9775.pdf>; Andreoni A., *Impresa modulare, trasferimenti di azienda, appalti interni: la soft law sul ciclo di produzione*, in *Il lavoro tra progresso e mercificazione. Commento critico al decreto legislativo n. 236/2003*, a cura di Ghezzi G., Ediesse, Roma, 2004, pp. 200-201.

¹⁶¹ Corazza L., "Contractual integration" e rapporti di lavoro, Cedam, Padova, 2004, p. 170.

¹⁶² Chieco P., *Le nuove esternalizzazioni tra fornitura di prestazioni lavorative (somministrazione e distacco) e appalti labour intensive*, in (a cura di) Curzio P., *Lavoro e diritti a tre anni dalla l. n. 30/2003*, Cacucci, Bari, 2006, p. 206; Carinci M. T.- Imberti L., *La tutela del lavoro negli appalti dopo il d. lgs. n. 251/2004*, in (coordinato da) Carinci F., *Il correttivo alla legge di riforma del mercato del lavoro*, Ipsoa, Milano, 2005, p. 90; Cester C., *Il trasferimento di azienda e di parte di azienda fra garanzie per i lavoratori e nuove forme di organizzazione dell'impresa: l'attuazione delle direttive comunitarie è conclusa?*, in AA.VV., *Il "correttivo" alla legge di riforma del mercato del lavoro, Commentario al D. Lgs. 10 settembre 2003, n. 276 coordinato da Carinci F.*, Ipsoa, Milano, 2005, pp. 115-116; Napoli M., *Autonomia individuale e autonomia collettiva alla luce delle più recenti riforme*, Relazione alle giornate di studio AIDLASS di Padova (22-24 maggio 2004), 2004, dattiloscritto, p. 27; Ichino P. - Corazza L., *Commento all'art. 6 del d.lgs. 251/2004 correttivo dell'art. 29, commi 2, 3 bis e 3 ter, del d.lgs.276/2003*, in AA.VV., *Insero sulla correzione della c.d. riforma Biagi, d.lgs. 6 ottobre 2004, n. 251*, Zanichelli, Bologna, 2004, pp. 16-17.

¹⁶³ Magnani M., *Le esternalizzazioni e il nuovo diritto del lavoro*, in (a cura di), Magnani M.- Varesi P. A., *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali. Commentario ai Decreti Legislativi n. 276/2003 e n. 251/2004*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 296.

¹⁶⁴ De Luca Tamajo R.- Paternò F., *Art. 29 Appalto*, in (a cura di) Raffaele De Luca Tamajo e Giuseppe Santoro-Passarelli, *Il nuovo mercato del lavoro: commentario al D. Lgs. 10 settembre 2003, n. 276 : riforma Biagi*, CEDAM, Padova, 2007, p. 442; Romei R., *La distinzione fra interposizione e appalto e le prospettive della certificazione*, in (a cura di) Tiraboschi M., *Le esternalizzazioni dopo la riforma Biagi*, Cedam, Padova, 2006, p. 299; Carinci M. T.- Imberti L., *La tutela del lavoro negli appalti dopo il d. lgs. n. 251/2004*, in (coordinato da) Carinci F., *Il correttivo alla legge di riforma del mercato del lavoro*, Ipsoa, Milano, 2005, p. 90.

nazionale¹⁶⁵ è in grado di evidenziare alcune aporie interpretative e ricostruttive sino al limite dell'illegittimità costituzionale.

Infatti, pare lecito dubitare della legittimità e dell'opportunità circa la "blindatura" a favore della sola contrattazione collettiva nazionale, e non anche di quella di secondo livello, della possibilità di apportare deroghe *in melius* al regime legale *de quo*, con inevitabile e discutibile compressione dell'autonomia privata e, prima ancora, di quella sindacale ex art. 39 Cost.

La tecnica della responsabilità solidale riceve un ulteriore impulso, altresì, nell'ambito di applicazione del nuovo comma 5, dell'art. 2112 c.c., come introdotto dall'art. 32, comma 2, d. lgs. 276/2003 e, poi, modificato dall'art. 9 d. lgs. 251/2004, che disciplina il cd. contratto di esternalizzazione¹⁶⁶, nell'intento di assicurare una continuità di tutela «aggiuntiva»¹⁶⁷, rispetto a quanto previsto dallo stesso articolo in tema di trasferimento d'azienda *tout court*, a fronte di operazioni economiche funzionalmente connesse¹⁶⁸.

Trattasi di quella complessa operazione di scomposizione produttiva, comprensiva di un primo momento centrifugo e di uno, successivo, di carattere centripeto¹⁶⁹, che si realizza allorchè la cessione del ramo d'azienda è posta in funzione della successiva

¹⁶⁵ Speciale V., *Appalti e trasferimento d'azienda*, in I working papers *Centro studi di Diritto del lavoro europeo Massimo D'Antona*, 2006, n. 84, p. 19, in <http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp>.

¹⁶⁶ Romei R., *Cessione di ramo d'azienda e appalti*, Relazione al convegno AIDLASS su Il diritto del lavoro e i confini dell'impresa, Trento, 4-5 giugno 1999, in AA.VV., *Diritto del lavoro e nuove forme di decentramento produttivo*, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 183 ss.; Chieco P., *Le nuove esternalizzazioni tra fornitura di prestazioni lavorative (somministrazione e distacco) e appalti labour intensive*, in (a cura di) Curzio P., *Lavoro e diritti a tre anni dalla l. n. 30/2003*, Cacucci, Bari, 2006, pp. 204 ss.; Del Punta R., *Mercato o gerarchia? Il disagio del diritto del lavoro nell'era delle esternalizzazioni*, in Il diritto del mercato del lavoro, I, 2000, pp. 60 ss.; De Luca Tamajo R., *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, in De Luca Tamajo R. (a cura di), *I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli*, ESI, Napoli, 2002, pp. 40 ss.; Magnani M., *Le esternalizzazioni e il nuovo diritto del lavoro*, in (a cura di) Magnani M.- Varesi P. A., *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali. Commentario ai Decreti Legislativi n. 276/2003 e n. 251/2004*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 295; Russo C., *La nuova disciplina in tema di appalto e distacco*, in (a cura di) Russo C., *Somministrazione, appalto, distacco, trasferimento d'azienda*, Giappichelli, Torino, 2006, pp. 103 ss.

¹⁶⁷ Speciale V., *Appalti e trasferimento d'azienda*, in I working papers *Centro studi di Diritto del lavoro europeo Massimo D'Antona*, 2006, n. 84, p. 15, in <http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp>; Cester C., *Il trasferimento di azienda e di parte di azienda fra garanzie per i lavoratori e nuove forme di organizzazione dell'impresa: l'attuazione delle direttive comunitarie è conclusa?*, in AA.VV., *Il "correttivo" alla legge di riforma del mercato del lavoro, Commentario al D. Lgs. 10 settembre 2003, n. 276 coordinato da Carinci F.*, Ipsoa, Milano, 2005, p. 111.

¹⁶⁸ Maresca A., *Commento all'articolo 9 del d.lgs. 251/2004, correttivo dell'art. 32 del d.lgs. 276/2003*, in AA.VV., *Insero sulla correzione della c.d. riforma Biagi, d.lgs. 6 ottobre 2004, n. 251*, Zanichelli, Bologna, 2004, pp. 25 ss.

¹⁶⁹ Barraco E., *Nuova disciplina lavoristica degli appalti*, in DPL, n. 24, 2007, p. 1508.

riacquisizione, da parte del cedente, dell'attività esternalizzata mediante un contratto di appalto¹⁷⁰.

Permane tuttora irrisolta, invece, la questione relativa alla definizione delle modalità attraverso le quali assume giuridica rilevanza la connessione¹⁷¹ tra il trasferimento del ramo d'azienda e la successiva stipulazione del contratto di appalto, soprattutto nei casi in cui la stipulazione medesima non sia contestuale, bensì “ragionevolmente”¹⁷² successiva al trasferimento del ramo medesimo¹⁷³, fermi restando i possibili effetti patologici dovuti a operazioni perseguibili, anche, attraverso lo strumento del contratto in frode alla legge ex art. 1344 c.c.¹⁷⁴.

Tuttavia, la versione, sinora, definitiva dell'art. 32, comma 2, d. lgs. 276/2003, che equipara la disciplina lavoristica del cd. contratto di esternalizzazione a quella “generale” di tutela del lavoro nell'appalto ex art. 29, comma 2, d. lgs. 276/2003, rappresenta, comunque, un indubbio avanzamento, anche in termini di razionalizzazione sistematica¹⁷⁵, rispetto alla sua formulazione originaria¹⁷⁶, che prefigurava «un regime speciale di solidarietà» operante nei limiti di cui all'art. 1676 c.c.

¹⁷⁰ Maresca A.-Masi M., *L'appalto nella riforma del mercato del lavoro*, in Guida al lavoro n. 23, 2004, p. 31; Perulli A., *Tecniche di tutela nei fenomeni di esternalizzazione*, ADL, 2003, p. 474.

¹⁷¹ Nicolosi M., *Le esternalizzazioni di attività produttive tra trasferimento di ramo d'azienda e appalto*, in Il diritto del mercato del lavoro, I-II, 2004, p. 456; Maresca A.-Masi M., *L'appalto nella riforma del mercato del lavoro*, in Guida al lavoro n. 23, 2004, p. 31; Andreoni A., *Impresa modulare, trasferimenti di azienda, appalti interni: la soft law sul ciclo di produzione*, in *Il lavoro tra progresso e mercificazione. Commento critico al decreto legislativo n. 236/2003*, a cura di Ghezzi G., Ediesse, Roma, 2004, pp. 211-212; Cester C., *Il trasferimento di azienda e di parte di azienda fra garanzie per i lavoratori e nuove forme di organizzazione dell'impresa: l'attuazione delle direttive comunitarie è conclusa?*, in AA.VV., *Il “correttivo” alla legge di riforma del mercato del lavoro, Commentario al D. Lgs. 10 settembre 2003, n. 276 coordinato da Carinci F.*, Ipsoa, Milano, 2005, p. 110; Passalacqua P., *Patto per l'Italia: sviluppi e prospettive in tema di trasferimento d'azienda*, in *Diritto del lavoro*, 2002, I, pp. 222 ss.; Chisari C., *Cessione di ramo d'azienda, appalto e solidarietà*, in (a cura di) De Luca Tamajo-Rusciano-Zoppoli, *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema*, Napoli, 2004, pp. 591-592; De Luca Tamajo R., *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, in De Luca Tamajo R. (a cura di), *I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli*, ESI, Napoli, 2002, pp. 40 ss.

¹⁷² Alvino I., *Riforma del mercato del lavoro: possibili ripercussioni sui processi di esternalizzazione*, in ADL, 2004, p. 288.

¹⁷³ De Angelis L., *La tutela del lavoratore ceduto*, in I working papers Centro studi di Diritto del lavoro europeo Massimo D'Antona, 2004, n. 24, p. 43, disponibile su <http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp>.

¹⁷⁴ Zilio Grandi G., *Trasferimento d'azienda, outsourcing e successione di appalti*, in (a cura di) Perulli A., *Occupazione e mercato del lavoro*, volume I, Ed. Giappichelli, Torino, 2004, p. 74.

¹⁷⁵ Chieco P., *Le nuove esternalizzazioni tra fornitura di prestazioni lavorative (somministrazione e distacco) e appalti labour intensive*, in (a cura di) Curzio P., *Lavoro e diritti a tre anni dalla l. n. 30/2003*, Cacucci, Bari, 2006, pp. 204-205.

¹⁷⁶ Greco M. G., *L'obbligazione solidale negli appalti dopo la riforma del mercato del lavoro*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 10, 2004, pp. 929-930.

Infatti, considerato da una parte della dottrina superfluo¹⁷⁷, se non un vero e proprio «*monstrum* normativo»¹⁷⁸ alla luce dei principi di ragionevolezza e di parità di trattamento¹⁷⁹, il summenzionato “originario” dettato legislativo dell’art. 32, comma 2, d. lgs. 276 finiva, pertanto, con l’incunarsi nell’ambito di un’opinabile politica del diritto che «aggiungeva alla flessibilità organizzativa la flessibilità del trattamento»¹⁸⁰, trattandosi di lavoratori che, essendo stati dipendenti dell’appaltante, già godevano del trattamento da questi praticato¹⁸¹.

A meno che non si voglia sostenere quell’interpretazione¹⁸², a quanto pare solitaria, che suggerisce di individuare nel «particolare regime di solidarietà», imposto dal legislatore delegante della l. 30/2003 e mai adeguatamente attuato da quello delegato, una disciplina per l’appalto “internalizzante” maggiormente protettiva rispetto a quella ordinaria¹⁸³, soprattutto laddove la costituzione *ex novo* di un’impresa in seguito ad un

¹⁷⁷ Ichino, P., *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*, in Pedrazzoli M. (coordinato da) *Il nuovo mercato del lavoro*, Zanichelli, Bologna, 2004, p. 326; Chieco P., *Le nuove esternalizzazioni tra fornitura di prestazioni lavorative (somministrazione e distacco) e appalti labour intensive*, in (a cura di) Curzio P., *Lavoro e diritti a tre anni dalla l. n. 30/2003*, Cacucci, Bari, 2006, p. 204; Magnani M., *Le esternalizzazioni e il nuovo diritto del lavoro*, in (a cura di), Magnani M.- Varesi P. A., *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali. Commentario ai Decreti Legislativi n. 276/2003 e n. 251/2004*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 295; Calcaterra L., *L’approccio al decentramento produttivo. Una retrospettiva e qualche riflessione*, in MGL, 2003, n. 8-9, p. 607; Passalacqua P., *Patto per l’Italia: sviluppi e prospettive in tema di trasferimento d’azienda*, in *Diritto del lavoro*, 2002, I, p. 224; contra Maresca A., *Commento all’articolo 9 del d.lgs. 251/2004, correttivo dell’art. 32 del d.lgs. 276/2003*, in AA.VV., *Inserito sulla correzione della c.d. riforma Biagi, d.lgs. 6 ottobre 2004, n. 251*, Zanichelli, Bologna, 2004, pp. 25 ss.

¹⁷⁸ Calcaterra L., *La tutela del lavoro negli appalti*, in (a cura di), De Luca Tamajo-Rusciano-Zoppoli, *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema*, Napoli, 2004, p. 137; Alvino I., *Riforma del mercato del lavoro: possibili ripercussioni sui processi di esternalizzazione*, in ADL, 2004, p. 287.

¹⁷⁹ Quadri G., *La nuova disciplina del lavoro nell’appalto*, in *Il diritto del mercato del lavoro*, n. 1-2, 2004, pp. 406 ss.

¹⁸⁰ Nella stessa direzione, Speciale V., *Appalti e trasferimento d’azienda*, in *I working papers Centro studi di Diritto del lavoro europeo Massimo D’Antona*, 2006, n. 84, pp. 17-18, in <http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp>; Cester C., *Il trasferimento di azienda e di parte di azienda fra garanzie per i lavoratori e nuove forme di organizzazione dell’impresa: l’attuazione delle direttive comunitarie è conclusa?*, in AA.VV., *Il “correttivo” alla legge di riforma del mercato del lavoro, Commentario al D. Lgs. 10 settembre 2003, n. 276 coordinato da Carinci F.*, Ipsoa, Milano, 2005, p. 112; Calcaterra L., *La tutela del lavoro negli appalti*, in (a cura di), De Luca Tamajo-Rusciano-Zoppoli, *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema*, Napoli, 2004, pp. 137 ss.

¹⁸¹ Cosio R., *Imprese, trasferimenti e appalti nella legge sul mercato del lavoro*, Relazione al seminario “La riforma del mercato del lavoro: istruzioni per l’uso”, Catania, 23 gennaio 2004, p. 9, accessibile su www.csdn.it; Andreoni A., *Impresa modulare, trasferimenti di azienda, appalti interni: la soft law sul ciclo di produzione*, in *Il lavoro tra progresso e mercificazione. Commento critico al decreto legislativo n. 236/2003*, a cura di Ghezzi G., Ediesse, Roma, 2004, p. 211.

¹⁸² Barraco E., *La tutela dei rapporti di lavoro nel trasferimento d’azienda*, relazione scritta al Seminario organizzato dalla CGIL Veneto.it, il 23/11/2007, disponibile su www.ufficivertenzesferimento+d'azienda+CGIL+23.11.2007.doc.

¹⁸³ Barraco E., *La tutela dei rapporti di lavoro nel trasferimento d’azienda*, relazione scritta al Seminario organizzato dalla CGIL Veneto.it, il 23/11/2007, disponibile su www.ufficivertenzesferimento+d'azienda+CGIL+23.11.2007.doc.

processo di esternalizzazione può rappresentare un «indice di scarsa solidità economica, oltre che di dipendenza economica nei confronti del committente»¹⁸⁴.

Infine, pare meritevole di segnalazione la considerazione che la lettura, sia pur encomiabile e opportuna dal punto di vista delle garanzie assicurate ai lavoratori interessati, “combinata” e “livellante” tra appalto *tout court* e appalto internalizzante¹⁸⁵ di cui agli artt. 29 e 32, comma 2 d. lgs. 276/2003 non rimuove alcun dubbio in merito al possibile rilievo di incostituzionalità per eccesso di delega¹⁸⁶, dal momento che la legge delega n. 30/2003 sui punti trattati dagli articoli *de quibus* rinvia, rispettivamente, ad un’esigenza di miglior distinzione tra contratto di appalto e di somministrazione di lavoro e allo specifico regime di cui all’art. 1676 c.c.¹⁸⁷

Ciò nonostante, l’intervento correttivo apprestato dal d. lgs. 251/2004 ha fatto sorgere, soprattutto in dottrina, l’esigenza di riflettere sull’apporto “aggiuntivo” della disposizione di cui all’art. 32, comma 2, d. lgs. 276/2003 rispetto alla disciplina “ordinaria” in materia di appalti ex art. 29 dello stesso decreto, spingendo taluno¹⁸⁸ ad attribuire alla prima disposizione, a meno di non volerla considerare pleonastica, una valenza rafforzativa del regime di responsabilità solidale in caso di internalizzazioni, nel senso dell’estensione dello stesso a favore di tutti i dipendenti dell’appaltatore-cessionario, a prescindere da un loro diretto impiego nell’appalto.

¹⁸⁴ Corazza L., “*Contractual integration*” e rapporti di lavoro, Cedam, Padova, 2004, p. 167.

¹⁸⁵ Barraco E., *La tutela dei rapporti di lavoro nel trasferimento d’azienda*, relazione scritta al Seminario organizzato dalla CGIL Veneto.it, il 23/11/2007, disponibile su www.ufficivertenzesferimento+d’azienda+CGIL+23.11.2007.doc.

¹⁸⁶ Maresca A., *Commento all’articolo 9 del d.lgs. 251/2004, correttivo dell’art. 32 del d.lgs. 276/2003*, in AA.VV., *Inserito sulla correzione della c.d. riforma Biagi, d.lgs. 6 ottobre 2004, n. 251*, Zanichelli, Bologna, 2004, pp. 27 ss.; De Angelis L., *La tutela del lavoratore ceduto*, in *I working papers Centro studi di Diritto del lavoro europeo Massimo D’Antona*, 2004, n. 24, p. 45, disponibile su <http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp>; Barraco E., *La tutela dei rapporti di lavoro nel trasferimento d’azienda*, relazione scritta al Seminario organizzato dalla CGIL Veneto.it, il 23/11/2007, disponibile su www.ufficivertenzesferimento+d’azienda+CGIL+23.11.2007.doc; Cester C., *Il trasferimento di azienda e di parte di azienda fra garanzie per i lavoratori e nuove forme di organizzazione dell’impresa: l’attuazione delle direttive comunitarie è conclusa?*, in AA.VV., *Il “correttivo” alla legge di riforma del mercato del lavoro, Commentario al D. Lgs. 10 settembre 2003, n. 276 coordinato da Carinci F.*, Ipsoa, Milano, 2005, p. 116; Chieco P., *Le nuove esternalizzazioni tra fornitura di prestazioni lavorative (somministrazione e distacco) e appalti labour intensive*, in (a cura di) Curzio P., *Lavoro e diritti a tre anni dalla l. n. 30/2003*, Cacucci, Bari, 2006, pp. 204-205.

¹⁸⁷ Quadri G., *La nuova disciplina del lavoro nell’appalto*, in *Il diritto del mercato del lavoro*, n. 1-2, 2004, pp. 409 ss.; Maresca A.-Masi M., *L’appalto nella riforma del mercato del lavoro*, in Guida al lavoro n. 23, 2004, p. 32; Alvino I., *Riforma del mercato del lavoro: possibili ripercussioni sui processi di esternalizzazione*, in ADL, 2004, p. 287.

¹⁸⁸ Corazza L., “*Contractual integration*” e rapporti di lavoro, Cedam, Padova, 2004, p. 168.

3. La parziale irreversibilità della politica legislativa di estensione “orizzontale” della responsabilità solidale nella disciplina lavoristica degli appalti: la parabola della responsabilità solidale a cascata ex cd. legge Bersani

L’art. 1, comma 911, l. 296/2006 (legge finanziaria 2007) ha modificato l’art. 29, comma 2, del d. lgs. 276/2003, prevedendo che «*in caso di appalto di opere o di servizi il committente imprenditore o datore di lavoro è obbligato in solido con l’appaltatore, nonché con ciascuno degli eventuali ulteriori subappaltatori entro il limite di due anni dalla cessazione dell’appalto, a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi e i contributi previdenziali dovuti*».

Medio tempore, la disciplina nazionale in materia di solidarietà passiva nell’appalto “lavoristico” si è arricchita dell’art. 35, commi 28-34, della l. 248/2006 (cd. legge Bersani), con la finalità di ampliare, in funzione integrativa dell’art. 29 d. lgs. 276/2003¹⁸⁹, il profilo contenutistico della responsabilità non solo del committente, ma anche dell’appaltatore e degli eventuali subappaltatori¹⁹⁰, a favore dei lavoratori coinvolti nella concatenazione contrattuale integrante il processo di scomposizione produttiva¹⁹¹.

Per mezzo delle summenzionate disposizioni normative, il legislatore del 2006 ha sottolineato ed è intervenuto sulla connessione tra l’interesse finale soddisfatto dalla prestazione lavorativa e il rischio di una progressiva dispersione della responsabilità del committente, estendendo il regime della solidarietà del committente anche nei confronti dei dipendenti dei subappaltatori, secondo un meccanismo a cascata¹⁹² che prescinde

¹⁸⁹ Imberti L., *La disciplina delle responsabilità solidali negli appalti e nei subappalti: lo stato dell’arte in continuo movimento*, in I working papers Centro studi di Diritto del lavoro europeo Massimo D’Antona, 2008, n. 72, disponibile su <http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp>, p. 14.

¹⁹⁰ Alvino I., *Il regime delle responsabilità negli appalti*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, n. 115, 2007, pp. 521 ss.; Carabelli U., *La responsabilità del datore di lavoro nelle organizzazioni di impresa complesse*, in *DRI*, I, 2009, p. 104; Imberti L., *La disciplina delle responsabilità solidali negli appalti e nei subappalti: lo stato dell’arte in continuo movimento*, in I working papers Centro studi di Diritto del lavoro europeo Massimo D’Antona, 2008, n. 72, disponibile su <http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp>, p. 13 ss.

¹⁹¹ Chieco P., *Lavoro e responsabilità solidale negli appalti: dalla legge Bersani alla Finanziaria 2007*, in I working papers Centro studi di Diritto del lavoro europeo Massimo D’Antona, 2007, n. 52, pp. 3 ss., disponibile su <http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp>; *contra* Alvino I., *Il regime delle responsabilità negli appalti*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, n. 115, 2007, pp. 526 ss.; Imberti L., *La disciplina delle responsabilità solidali negli appalti e nei subappalti: lo stato dell’arte in continuo movimento*, in I working papers Centro studi di Diritto del lavoro europeo Massimo D’Antona, 2008, n. 72, in <http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp>, p. 15.

¹⁹² Carabelli U., *La responsabilità del datore di lavoro nelle organizzazioni di impresa complesse*, in *DRI*, I, 2009, p. 104.

dalla «prossimità contrattuale» del singolo lavoratore rispetto al vertice della catena di appalto¹⁹³.

Proprio in ragione di tale ultima considerazione, dovrebbe ritenersi più opportuna, dal punto di vista delle garanzie assicurate ai lavoratori interessati, e coerente dal punto di vista sistematico, nonostante gli inevitabili oneri “aggiuntivi” a carico del primo committente, la ricostruzione interpretativa¹⁹⁴ che fa decorrere il termine di decadenza biennale, relativo alla solidarietà di cui all’art. 29, comma 2, d. lgs. 276, dalla cessazione dell’ultimo subappalto, anziché dall’appalto originario a monte della filiera produttiva.

Invece, l’impianto della disciplina normativa ex art. 35 l. 248 si è prefissato, altresì, di coinvolgere committente, appaltatore ed eventuali subappaltatori in un’attività di vigilanza e controllo «a catena»¹⁹⁵, quale «forma atipica di garanzia»¹⁹⁶ di interessi di rilevanza, anche, pubblicistica in materia di regolarità lavoristica e fiscale¹⁹⁷.

Tuttavia, le responsabilità patrimoniali dei diversi soggetti integranti la filiera produttiva sono state variamente articolate: il committente è ritenuto illimitatamente responsabile, ex art. 35, comma 34¹⁹⁸, nei confronti dei dipendenti degli appaltatori e degli eventuali subappaltatori per quanto attiene non solo agli obblighi contributivi, ma anche a quelli fiscali, mentre la responsabilità dell’appaltatore ex art. 35, comma 30, in relazione ai dipendenti dei subappaltatori e nei confronti del fisco e degli enti previdenziali, è limitata al corrispettivo dovuto dall’appaltatore al subappaltatore¹⁹⁹.

¹⁹³ De Luca Tamajo R.- Paternò F., *Art. 29 Appalto*, in (a cura) di Raffaele De Luca Tamajo e Giuseppe Santoro-Passarelli, *Il nuovo mercato del lavoro: commentario al D. Lgs. 10 settembre 2003, n. 276 : riforma Biagi*, CEDAM, Padova, 2007, pp. 441 ss.

¹⁹⁴ De Luca Tamajo R.- Paternò F., *Art. 29 Appalto*, in (a cura) di Raffaele De Luca Tamajo e Giuseppe Santoro-Passarelli, *Il nuovo mercato del lavoro: commentario al D. Lgs. 10 settembre 2003, n. 276 : riforma Biagi*, CEDAM, Padova, 2007, p. 442.

¹⁹⁵ Massi E., *Contrasto al lavoro nero e attività delle Dpl*, in DPL, n. 34, 2006, p. 1919.

¹⁹⁶ Tullini P., *Sicurezza e regolarità del lavoro negli appalti*, in ADL, 2007, p. 894.

¹⁹⁷ De Luca Tamajo R.- Paternò F., *Art. 29 Appalto*, in (a cura) di Raffaele De Luca Tamajo e Giuseppe Santoro-Passarelli, *Il nuovo mercato del lavoro: commentario al D. Lgs. 10 settembre 2003, n. 276 : riforma Biagi*, CEDAM, Padova, 2007, p. 443; Chieco P., *Lavoro e responsabilità solidale negli appalti: dalla legge Bersani alla Finanziaria 2007*, in *I working papers Centro studi di Diritto del lavoro europeo Massimo D’Antona*, 2007, n. 52, p. 8, disponibile su <http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/>; Alvino I., *Il regime delle responsabilità negli appalti*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, n. 115, 2007, pp. 526 ss.; Sica A., *Contribuzione nell’appalto: il vincolo solidale*, in DPL, 44, 2007, pp. 2646-2647; Barraco E., *Nuova disciplina lavoristica degli appalti*, in DPL, n. 24, 2007, p. 1509; Mattiuzzo F., *Le nuove responsabilità del committente, appaltatore e subappaltatore*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, n. 6, 2007, pp. 563 ss.; Falasca G., *Con la Finanziaria cambia ancora la disciplina degli appalti*, in *Guida al lavoro*, 2007, IV, p. 41.

¹⁹⁸ Rotondi F., *Fenomeni di esternalizzazione e contratto di appalto*, in DPL, n. 42, 2006, pp. 2340-2341.

¹⁹⁹ Sica A., *Contribuzione nell’appalto: il vincolo solidale*, in DPL, 44, 2007, p. 2647.

Per quanto attiene al profilo “preventivo”, invece, il committente e gli appaltatori prima di versare il corrispettivo dell’appalto ai corrispettivi aventi causa sono tenuti ad accertare che gli adempimenti fiscali e contributivi²⁰⁰, ma non quelli retributivi ex art. 29 d. lgs. 276²⁰¹, relativi alle prestazioni lavorative interessate dall’appalto siano stati correttamente eseguiti dall’appaltatore e dai subappaltatori, a pena, rispettivamente, di “persistenza” della responsabilità solidale per l’appaltatore (art. 35, comma 28, l. 248/2006) e di sanzione amministrativa per il committente²⁰².

Di rimando, è prevista la sottrazione dell’appaltatore dal vincolo solidale se ha verificato, previa acquisizione di idonea documentazione, che siano stato adempiuti gli obblighi di cui sopra da parte degli eventuali subappaltatori, verso i quali gli è, altresì, riconosciuta la possibilità di sospendere, secondo una logica di deterrenza, il pagamento del corrispettivo nei casi di inadempimento, da parte degli stessi, dell’obbligo di fornire la documentazione richiesta²⁰³.

Sul punto, tuttavia, seppur debba ritenersi esclusa l’applicazione della disciplina di cui all’art. 29 d. lgs. 276/2003 alle pubbliche amministrazioni e al relativo personale ex art. 1, comma 2, d. lgs. 276/2003²⁰⁴, l’inottemperanza da parte del «committente pubblico»²⁰⁵ alle verifiche in materia previdenziale e fiscale di cui all’art. 35 l. 248/2006, dovrebbe ritenersi passibile di sanzione amministrativa, alla stessa stregua di quanto previsto per la committenza privata.

Infatti, se, da un lato, il campo di applicazione della legge Bersani del 2006 risulta delimitato dai contratti di appalto e subappalto stipulati da soggetti che svolgono attività rilevanti ai fini IVA ex artt. 73 e 74 D.P.R. 917/1986²⁰⁶, dall’altro, come giustamente ha fatto rilevare un recente orientamento giurisprudenziale di merito²⁰⁷, la pubblica

²⁰⁰ Rotondi F., *Fenomeni di esternalizzazione e contratto di appalto*, in DPL, n. 42, 2006, p. 2341.

²⁰¹ De Luca Tamajo R.- Paternò F., *Art. 29 Appalto*, in (a cura) di Raffaele De Luca Tamajo e Giuseppe Santoro-Passarelli, *Il nuovo mercato del lavoro: commentario al D. Lgs. 10 settembre 2003, n. 276 : riforma Biagi*, CEDAM, Padova, 2007, p. 443.

²⁰² Rausei P., *Responsabilità solidale, verifiche ispettive e apparato sanzionatorio*, in DPL, n. 44, 2007, p. 2638.

²⁰³ Rausei P., *Responsabilità solidale, verifiche ispettive e apparato sanzionatorio*, in DPL, n. 44, 2007, p. 2638.

²⁰⁴ Carabelli U., *La responsabilità del datore di lavoro nelle organizzazioni di impresa complesse*, in DRI, I, 2009, p. 103.

²⁰⁵ Massi E., *Esonero del committente da responsabilità solidale*, in DPL, 21, 2008, p. 1224.

²⁰⁶ Massi E., *Contrasto al lavoro nero e attività delle Dpl*, in DPL, n. 34, 2006, p. 1919.

²⁰⁷ Trib. Milano, 27 maggio 2009, in D&L, 2009, III, con nota di Capurro F., *Ancora sulla responsabilità solidale per i crediti dei lavoratori negli appalti conferiti dalla Pubblica Amministrazione*, pp. 486 ss.; Trib. Pavia, 26 aprile 2006, in D&L, 2006, II, pp. 538 ss.

amministrazione, nel caso di appalto pubblico, non è mai “diretto” datore di lavoro, ma agisce nel «suo ruolo istituzionale» di committente, sia pure pubblico²⁰⁸.

È opportuno sottolineare, tuttavia, che l’operatività del delineato meccanismo di solidarietà “a cascata” predisposto dalla cd. legge Bersani era subordinata all’emanazione di un decreto interministeriale, emanato, poi, dal Ministro dell’economia e delle finanze di concerto con quello del lavoro e della previdenza sociale - decreto interministeriale 25 febbraio 2008 n. 74 -, avente la funzione di individuare la documentazione relativa agli adempimenti di cui all’art. 35 (commi 28-34) l. 248²⁰⁹.

Proprio in relazione all’intricato groviglio burocratico-procedurale richiesto dalla l. 248/2006, il decreto interministeriale summenzionato ha previsto all’art. 1 l’obbligo del subappaltatore di comunicare all’appaltatore il codice fiscale, incluse le relative successive variazioni, dei lavoratori impiegati nell’esecuzione dell’opera o del servizio, secondo una prospettiva antielusiva finalizzata a registrare i singoli lavoratori della “filiera”.

A sua volta, l’appaltatore è “onerato”, a favore del committente e al fine di conseguire il pagamento del compenso pattuito, della medesima comunicazione, particolarmente problematica, tra l’altro, nei settori ad alta “volatilità” del personale come quello edile e delle pulizie²¹⁰.

Con riferimento ai contributi previdenziali ed assicurativi, il subappaltatore, come, analogamente, l’appaltatore e il committente, sono tenuti, ex art. 4 decreto interministeriale n. 74/2008, ad indicare i nominativi dei lavoratori dipendenti impiegati nell’appalto o nel subappalto, a prescindere dalla durata e dalla tipologia contrattuale e

²⁰⁸ Alvino I., Il regime delle responsabilità negli appalti, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, n. 115, 2007, pp. 534-535; *contra* Chieco P., *Le nuove esternalizzazioni tra fornitura di prestazioni lavorative (somministrazione e distacco) e appalti labour intensive*, in (a cura di) Curzio P., *Lavoro e diritti a tre anni dalla l. n. 30/2003*, Cacucci, Bari, 2006, pp. 126 ss.; Carinci M.T., *La tutela dei lavoratori negli appalti di servizi*, in AA.VV., *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, coordinato da Carinci F., a cura di Carinci M. T. e Cester C., *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento di azienda*, II, Ipsoa, Milano, 2004, pp. 201-202; Spolverato G. – Piovesana A., *Disciplina degli appalti nella P.A.*, in DPL, n. 32, 2007, pp. 1198-2001; *contra* Imberti L., *La disciplina delle responsabilità solidali negli appalti e nei subappalti: lo stato dell’arte in continuo movimento*, in *I working papers Centro studi di Diritto del lavoro europeo Massimo D’Antona*, 2008, n. 72, disponibile su <http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp>, p. 17; *contra* Corazza L., “Contractual integration” e rapporti di lavoro, Cedam, Padova, 2004, pp. 193-194.

²⁰⁹ Massi E., *Esonero del committente da responsabilità solidale*, in DPL, 21, 2008, p. 1225.

²¹⁰ Massi E., *Esonero del committente da responsabilità solidale*, in DPL, 21, 2008, p. 1225.

con esclusione, quindi, dei lavoratori parasubordinati²¹¹, l'ammontare delle retribuzioni corrisposte ai singoli lavoratori, nonché l'aliquota contributiva applicata e i relativi importi contributivi versati, unitamente alla consegna del documento unico di regolarità contributiva rilasciato dagli enti previdenziali dopo la data di ultimazione dei lavori.

Tuttavia, in seguito all'intervento governativo d'urgenza ex art. 3, comma 8, d. l. n. 97 del 2008, come convertito nella l. 129/2008, dell'impianto normativo delineato dalla l. 248/2006 è rimasto in vigore il solo comma 28 dell'art. 35 della medesima legge, che disciplina il regime di solidarietà tra appaltatore e subappaltatore con riguardo ai profili contributivi, previdenziali ed assicurativi, nonché fiscali, senza alcuna limitazione soggettiva e quantitativa²¹².

Come è facile constatare, il mancato intervento riformatore sincronico e sistematico nei confronti dell'art. 29, comma 2, d. lgs. 276/2003 e del *corpus* normativo apprestato dalla cd. legge Bersani ha determinato il persistere di una coesistenza, non priva di problematici snodi interpretativi²¹³, di due diversi regimi in materia di responsabilità solidale negli appalti e nei subappalti²¹⁴, nonostante il contratto di subappalto non presenti elementi strutturalmente differenti dal contratto di appalto ex art. 1655 c. c.²¹⁵.

Infatti, con riferimento alla disciplina applicabile ai dipendenti dell'appaltatore, si applica la sola disposizione dell'art. 29, comma 2, d. lgs. 276/2003 relativa alla responsabilità solidale illimitata del committente e dell'appaltatore per i trattamenti retributivi e contributivi²¹⁶, mentre, in seguito all'abrogazione dell'art. 35, comma 34,

²¹¹ Massi E., *Esonero del committente da responsabilità solidale*, in DPL, 21, 2008, p. 1226; e in chiave critica, Tursi A., *Rimedi e sanzioni nella cd. "riforma Biagi"*, relazione al Convegno "Precariato, sicurezza e regolarità del lavoro", Bologna, 13 dicembre 2006, dattiloscritto, p. 3.

²¹² Petracci F., *Obblighi dell'appaltante verso i dipendenti dell'appaltatore*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, IV, 2009, p. 350; Imberti L., *La disciplina delle responsabilità solidali negli appalti e nei subappalti: lo stato dell'arte in continuo movimento*, in *I working papers Centro studi di Diritto del lavoro europeo Massimo D'Antona*, 2008, n. 72, disponibile su <http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp>, p. 18.

²¹³ Tursi A., *Rimedi e sanzioni nella cd. "riforma Biagi"*, relazione al Convegno "Precariato, sicurezza e regolarità del lavoro", Bologna, 13 dicembre 2006, dattiloscritto, pp. 2 ss.

²¹⁴ Imberti L., *La disciplina delle responsabilità solidali negli appalti e nei subappalti: lo stato dell'arte in continuo movimento*, in *I working papers Centro studi di Diritto del lavoro europeo Massimo D'Antona*, 2008, n. 72, disponibile su <http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp>, pp. 22 ss.

²¹⁵ Mattiuzzo F., *Le nuove responsabilità del committente, appaltatore e subappaltatore*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, n. 6, 2007, p. 567; Tursi A., *Rimedi e sanzioni nella cd. "riforma Biagi"*, relazione al Convegno "Precariato, sicurezza e regolarità del lavoro", Bologna, 13 dicembre 2006, dattiloscritto, p. 8; Carinci M. T., *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro. Somministrazione e distacco, appalto e subappalto, trasferimento d'azienda e di ramo: diritto del lavoro e nuove forme di organizzazione*, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 100-101.

²¹⁶ Tursi A., *Rimedi e sanzioni nella cd. "riforma Biagi"*, relazione al Convegno "Precariato, sicurezza e regolarità del lavoro", Bologna, 13 dicembre 2006, dattiloscritto, pp. 5-6.

della l. 248/2006, deve ritenersi non più operante la responsabilità solidale tra i medesimi soggetti sopracitati per le ritenute fiscali sui redditi da lavoro dipendente²¹⁷.

Più articolata risulta essere, invece, la disciplina applicabile ai dipendenti del subappaltatore, rispetto alla quale è possibile constatare una diversa configurazione della posizione del committente e dell'appaltatore.

Per quanto attiene al trattamento retributivo dei dipendenti del subappaltatore, si applica, esclusivamente, la disposizione ex art. 29, comma 2, d. lgs. 276/2003, che implica la responsabilità solidale e illimitata tra tutti i soggetti integranti la filiera produttiva, “a monte” come “a valle”, che hanno contribuito all'esecuzione dell'appalto²¹⁸.

In merito al profilo contributivo e fiscale, l'applicazione congiunta delle disposizioni di cui agli artt. 35, comma 28, l. 248/2006 e 29, comma 2, d. lgs. 276/2003 consente di desumere che i dipendenti del subappaltatore possano fare affidamento, per quanto riguarda i contributi previdenziali e assicurativi, sulla responsabilità solidale e illimitata tra committente, appaltatore e subappaltatori, a fronte di uno analogo regime per le ritenute fiscali sui redditi da lavoro dipendente, sia pure circoscritto, però, al rapporto tra appaltatore e subappaltatore²¹⁹.

Per di più, discrasie tra le disposizioni succitate sono rinvenibili sia in materia assicurativa, sia di operatività temporale della solidarietà passiva²²⁰, laddove, da un lato, l'art. 29, comma 2, d. lgs. 276/2003, a differenza della disciplina apprestata dalla cd. legge Bersani, non fa riferimento ai premi assicurativi Inail e, dall'altro, la solidarietà di cui alla l. 248/2006 non è soggetta a limitazioni temporali esplicite, a differenza del termine decadenziale di due anni ex art. 29, comma 2, d. lgs. 276/2003²²¹.

²¹⁷ Imberti L., *La disciplina delle responsabilità solidali negli appalti e nei subappalti: lo stato dell'arte in continuo movimento*, in I working papers Centro studi di Diritto del lavoro europeo Massimo D'Antona, 2008, n. 72, disponibile su <http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp>, p. 20.

²¹⁸ Imberti L., *La disciplina delle responsabilità solidali negli appalti e nei subappalti: lo stato dell'arte in continuo movimento*, in I working papers Centro studi di Diritto del lavoro europeo Massimo D'Antona, 2008, n. 72, disponibile su <http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp>, p. 21.

²¹⁹ Imberti L., *La disciplina delle responsabilità solidali negli appalti e nei subappalti: lo stato dell'arte in continuo movimento*, disponibile su I working papers Centro studi di Diritto del lavoro europeo Massimo D'Antona, 2008, n. 72, in <http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp>, p. 21.

²²⁰ Rausei P., *Responsabilità solidale, verifiche ispettive e apparato sanzionatorio*, in DPL, n. 44, 2007, pp. 2634 ss.; Tursi A., *Rimedi e sanzioni nella cd. “riforma Biagi”*, relazione al Convegno “Precariato, sicurezza e regolarità del lavoro”, Bologna, 13 dicembre 2006, dattiloscritto, p. 5; Imberti L., *La disciplina delle responsabilità solidali negli appalti e nei subappalti: lo stato dell'arte in continuo movimento*, in I working papers Centro studi di Diritto del lavoro europeo Massimo D'Antona, 2008, n. 72, disponibile su <http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp>, p. 22.

²²¹ Tullini P., *Sicurezza e regolarità del lavoro negli appalti*, in ADL, 2007, pp. 893-894.

Tuttavia, anche, le fattispecie appena delineate necessitano di essere interpretate e ricostruite in chiave “sistematico-inclusiva”, riconoscendo, con riferimento alla prima, l’estensione della responsabilità solidale del committente per i premi assicurativi Inail e, per quanto attiene alla seconda, una limitazione della solidarietà al “residuale” ammontare del «corrispettivo dovuto dall’appaltatore al subappaltatore» (art. 35, comma 30, l. 248/2006) sino al compimento della prescrizione della contribuzione²²².

D’altronde, una tale ricostruzione sarebbe “armonizzabile” con le previsioni normative di cui all’art. 26 d. lgs. 81/2008, che prevedono la corresponsabilità solidale tra committente, appaltatore ed eventuali subappaltatori, nei confronti dei lavoratori interessati dall’operazione di segmentazione dell’attività produttiva, per quanto riguarda l’adempimento degli obblighi di cooperazione e coordinamento nell’attuazione delle misure di prevenzione e di protezione della salute e sicurezza sul lavoro e dell’obbligazione risarcitoria per tutti i danni per i quali non sia previsto un indennizzo da parte degli enti assicurativi²²³.

Insomma, le disposizioni legislative richiamate, comprensive delle correlate previsioni in materia di sicurezza e salute sul lavoro ex d. lgs. 81/2008 e valorizzanti la tecnica della solidarietà passiva, delineano un quadro normativo, sia pur, ancora, embrionale e poco coordinato dal punto di vista interpretativo e sistematico, ispirato alla medesima *ratio* politico-legislativa di regolazione “congiunta” della sicurezza e della regolarità del lavoro²²⁴.

Invero, la *ratio* sottesa al regime legale di responsabilità solidale ben può essere rafforzata ed integrata nell’ambito del pieno e libero dispiegarsi dell’autonomia contrattuale dei *partners* commerciali, mediante l’inserimento nel regolamento contrattuale della previsione di *standard* elevati di qualità del servizio, magari corredati da penali, fideiussioni o altre garanzie, del possesso di certificazioni di qualità, dell’esclusione del ricorso al subappalto, nonché del rispetto della contrattazione collettiva di settore²²⁵.

²²² Sgroi A., *Obbligazione contributiva e responsabilità solidale*, in Working paper n. 58/2008, Collana Adapt, p. 15, disponibile su www.fmb.unimore.it.

²²³ Carabelli U., *La responsabilità del datore di lavoro nelle organizzazioni di impresa complesse*, in DRI, I, 2009, p. 104.

²²⁴ Tullini P., *Sicurezza e regolarità del lavoro negli appalti*, in ADL, 2007, pp. 890 ss.

²²⁵ Spolverato G. – Piovesana A., *Disciplina degli appalti nella P.A.*, in DPL, n. 32, 2007, pp. 1997 ss.

Infatti, la disciplina legale della solidarietà passiva opera in maniera inderogabile sul piano “esterno”, nei confronti dei terzi creditori, mentre è pienamente legittimo ipotizzare delle modalità contrattuali di ripartizione dell’obbligazione solidale tra i condebitori²²⁶.

Una tale prospettiva di “negoziazione” del regime di responsabilità solidale relativa ai rapporti interni ai *partners* contrattuali se, da un lato, può rappresentare un utile strumento di coazione verso una maggiore affidabilità e serietà, anche sul piano della regolarità lavoristica, dei medesimi soggetti, dall’altro lato, non può dirsi esente dall’esposizione al rischio di una logica di meri rapporti di forza tra le parti contraenti e di monetizzazione dei rischi da inadempimento.

Inoltre, come riconosciuto dalla stessa prassi amministrativa²²⁷, un esercizio “equilibrato” dell’autonomia contrattuale consentirebbe, in caso di appalto o subappalto, al committente e all’appaltatore, previa apposita clausola nel contratto di appalto o di subappalto, valorizzante il sistema di informazione e comunicazione documentale reciproca, di richiedere alla controparte (appaltatore e subappaltatore) di fornire, nel rispetto delle prescrizioni relative alla *privacy*, le scritture annotate nel Libro Unico del lavoro riferite ai lavoratori impegnati nell’appalto o nel subappalto, ai fini dei controlli inerenti alla responsabilità solidale.

Pertanto, la disamina compiuta in merito alla disciplina in materia di responsabilità solidale negli appalti consente di condividere le conclusioni cui è pervenuta quella dottrina²²⁸ che, accanto alla auspicabile e opportuna, in quanto funzionale a garantire la effettività della tutela per i lavoratori, amplificazione e, allo stesso tempo, “estensione orizzontale” dei centri di imputazione della responsabilità patrimoniale, lamenta l’abbandono di un approccio di tipo preventivo, inaugurato in via sperimentale dalla legge Bersani con la richiesta di attivazione in tema di adempimenti previdenziali, assicurativi e fiscali, a favore della tradizionale tecnica di «coazione indiretta»²²⁹ al

²²⁶ Imberti L., *La disciplina delle responsabilità solidali negli appalti e nei subappalti: lo stato dell’arte in continuo movimento*, in I working papers Centro studi di Diritto del lavoro europeo Massimo D’Antona, 2008, n. 72, disponibile su <http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp>, p. 31.

²²⁷ Ministro del Lavoro e delle Politiche Sociali, *Vademecum sul Libro Unico del lavoro*, 5 dicembre 2008, in www.fmb.unimore.it, sezione Indice A-Z, voce *Libro unico del lavoro*.

²²⁸ Imberti L., *La disciplina delle responsabilità solidali negli appalti e nei subappalti: lo stato dell’arte in continuo movimento*, in I working papers Centro studi di Diritto del lavoro europeo Massimo D’Antona, 2008, n. 72, in <http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp>, pp. 30 ss.

²²⁹ Burrigato G., *La disciplina giuslavoristica degli appalti dalla Legge Bersani alla Finanziaria 2007*, Relazione tenuta al Convegno organizzato dal Centro Studi Domenico Napoletano, Sezione Lombardia, Milano, Aula magna del Palazzo di Giustizia, 18 aprile 2007, dattiloscritto, pag. 7.

controllo della filiera dell'appalto da parte del committente e dell'appaltatore, come assistita dal rimedio *ex post* di carattere risarcitorio quale sanzione civile²³⁰.

Al riguardo e sia pur nel rispetto delle “specificità” nazionali, anche l'ordinamento comunitario pare ricevere e, allo stesso tempo, trasmettere una serie di sollecitazioni in merito all'opportunità di uno sviluppo equilibrato dei profili preventivo e risarcitorio dei meccanismi nazionali, diversamente articolati, di solidarietà passiva, che assistono le discipline, non solo giuslavoriste, dei processi di segmentazione produttiva interessanti le imprese, anche extracomunitarie, che “attraversano” i confini comunitari.

Se si esclude la “pionieristica” disciplina comunitaria - Regolamento (CEE) n. 2137/85 del Consiglio del 25 luglio 1985 - istitutiva del Gruppo Europeo di Interesse Economico e della correlata Comunicazione della Commissione relativa alla partecipazione dei Gruppi Europei d'Interesse Economico agli appalti pubblici e a programmi finanziati con fondi pubblici, che, a fronte dell'agilità strutturale e della libertà contrattuale caratterizzante il soggetto giuridico-economico *de quo*, sanciscono il principio della responsabilità solidale e illimitata dei membri del GEIE per le obbligazioni del Gruppo, comprese quelle in materia fiscale e sociale - Considerando X e art. 24 Regolamento (CEE) n. 2137/85 del Consiglio del 25 luglio 1985 -, un recente studio²³¹, sia pur focalizzato sul settore edile, dimostra come il “panorama” normativo comunitario, sulla base, anche, delle sollecitazioni pervenute dalla Commissione Europea²³² e dal dibattito sulla modernizzazione del diritto del lavoro e della lotta al lavoro nero, stia valorizzando e progressivamente, ma non sempre in maniera organica, sviluppando dei sistemi “integrati”, coinvolgenti anche le parti sociali, di tutela e promozione della regolarità del lavoro, da un lato, e di lotta all'evasione fiscale e alla concorrenza sleale, dall'altro, in cui lo strumento della responsabilità solidale acquisisce, sempre più, rilevanza e centralità sistemica.

²³⁰ Montuschi L., *Attualità della sanzione civile nel diritto del lavoro*, in ADL, 2007, 6, pp. 1188-1203.

²³¹ European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, *Liability in subcontracting processes in the European construction sector*, 2008, www.eurofound.europa.eu/pubdocs/2008/94/en/1/EF0894EN.pdf

²³² Vedi la Comunicazione della Commissione Europea relativa alla tutela dei lavoratori distaccati nel quadro di una prestazione transnazionale di servizi (COM (2007) 0304 final).

4. L'autotutela collettiva di fronte ai processi di decentramento produttivo attuati per mezzo del contratto di appalto ex art. 1655 c.c.

Per quanto attiene al profilo giussindacale, pare innegabile sottolineare il rapporto “strutturalmente” dialettico tra la dimensione dell'autotutela collettiva e i processi di decentramento produttivo²³³, se, sin dalle relazioni della Commissione parlamentare d'inchiesta sulle condizioni di lavoro²³⁴, è emersa l'opzione preferenziale, anche a parità di costi, da parte del sistema produttivo verso lo “strumento” dell'appalto, in quanto, comunque, meno esposto alla pressione sindacale.

Infatti, le relazioni “istituzionali” suddette²³⁵ mettono in evidenza la stretta correlazione, a sua volta, in grado di innescare una “viziosa” spirale verso il peggioramento delle condizioni complessive della forza lavoro, tra il ricorso, sostenuto da ragioni tecnico-oggettive come soggettive, siano esse fisiologiche o patologiche, all'appalto ex art. 1655 c.c. e il progressivo erodersi del potere sindacale di controllo e/o gestione del mercato del lavoro²³⁶.

Come si è potuto constatare in tema di collocamento della manodopera e di evasione della disciplina contrattuale “protettiva” del lavoro, la difficoltà di organizzazione e di rappresentanza sindacale, proprio per la precarietà della situazione determinatasi in seguito ad una fattispecie di esternalizzazione, rappresenta la causa e, allo stesso tempo, l'effetto della risultata scarsa efficacia dell'autotutela sindacale nei processi di segmentazione produttiva.

Ma, la stessa indagine limitata alla verifica dell'osservanza della contrattazione collettiva nazionale, che pur rileva sul piano della tutela economico-normativa del lavoro allorquando l'appaltatore applica un contratto collettivo diverso da quello dell'appaltante, è risultata progressivamente²³⁷ inadeguata in seguito alla crescente

²³³ Sul punto, Lunardon F., *Contrattazione collettiva e governo del decentramento produttivo*, in RIDL, I, 2004, pp. 213 ss.; De Luca Tamajo R., *Diritto del lavoro e decentramento produttivo in una prospettiva comparativa: scenari e strumenti*, in RIDL, I, 2007, pp. 11 ss.

²³⁴ Istituita con le deliberazioni della Camera dei deputati e della Commissione 10a del Senato della Repubblica, rispettivamente del 28 gennaio 1955 e del 3 marzo 1955.

²³⁵ Camera dei Deputati- Senato della Repubblica, *Relazioni della Commissione parlamentare si inchiesta sulle condizioni dei lavoratori in Italia*, vol. XIV, Rapporti umani e provvidenze sussidiarie e integrative, Roma, 1959.

²³⁶ Addario N., *Inchiesta sulle condizioni dei lavoratori in fabbrica*, Piccola Biblioteca Einaudi, Torino, 1955, pp. 59 ss.

²³⁷ Addario N., *Inchiesta sulle condizioni dei lavoratori in fabbrica*, Piccola Biblioteca Einaudi, Torino, 1955, pp. 76 ss.

estensione della contrattazione collettiva aziendale, verosimilmente in grado di ampliare il *deficit* di protezione tra i dipendenti del committente e quelli dell'appaltatore.

D'altronde, la contrattazione collettiva nell'impresa "minore", tradizionalmente relegata al ruolo di satellite terminale del decentramento produttivo²³⁸, unitamente ad un'organizzazione ed un'azione sindacali propense a privilegiare la grande concentrazione produttiva e occupazionale²³⁹ hanno rafforzato l'immagine di un'impresa "decentrata" come «luogo senza regole»²⁴⁰ o connotato da uno «sconto normativo» sul rapporto di lavoro²⁴¹, caratterizzato da un'azione collettiva marginale.

E, se, da un lato, la letteratura economica²⁴² ha tentato, anche di fronte ad una rinnovata attenzione, rivelatasi, soprattutto, verso la fine degli anni '80 del secolo scorso, verso il ruolo produttivo ed occupazionale della piccola impresa e in seguito e grazie all'emersione dei sistemi a rete e dei distretti industriali, una rilettura in chiave fisiologica dei processi di decentramento produttivo, dall'altro lato, la dottrina giuslavoristica ha incontrato maggiori, se non insormontabili, difficoltà nell'elaborazione di un analogo percorso.

Certamente, tra le ragioni di una tale difficoltà ricostruttiva e progettuale c'è stato "l'immobilismo" di un quadro legislativo e contrattuale concentrato sulla "medio-grande impresa industriale"²⁴³ e, allo stesso tempo, incapace di spostare il "baricentro" della tutela del lavoro al di fuori del perimetro, non solo topografico, della stessa²⁴⁴.

²³⁸ Perulli A., *L'attività sindacale nella piccola impresa*, in Quaderni di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali, VIII, 1990, p. 167.

²³⁹ Grandi M., *Contrattazione collettiva e attività sindacale nell'impresa minore*, in Il diritto del lavoro, 1982, pp. 133 ss.; Cella G., *Organizzazione del lavoro e decentramento produttivo*, in Prospett. Sind., 1974, pp. 15-16.

²⁴⁰ Perulli A., *L'attività sindacale nella piccola impresa*, in Quaderni di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali, VIII, 1990, p. 163.

²⁴¹ Napoli M., *Innovazione e sperimentazione nella contrattazione collettiva*, in AA. VV., *La piccola impresa*, Jovene, Napoli, 1981, p. 145; Carinci F., *Statuto dei lavoratori e piccola impresa*, in Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali, III, 1990, pp. 486 ss.

²⁴² Al riguardo, vedi Bagnasco A. – Pini R., *Sviluppo economico e trasformazioni sociopolitiche dei sistemi territoriali ad economia diffusa*, in Quaderni della Fondazione G. Feltrinelli, 14, Milano, 1981; Becattini G. (a cura di), *Mercato e forze locali: il distretto industriale*, Il Mulino, Bologna, 1987; Brusco S., *Piccola impresa e distretti industriali*, Rosenberg e Sellier, Torino, 1989.

²⁴³ Mazzotta O., *Rapporti interpositori e contratto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1979, pp. 482 ss.; Mariucci L., *Il lavoro decentrato: discipline legislative e contrattuali*, Franco Angeli, Milano, 1979, pp. 160 ss.; Carinci F., *Statuto dei lavoratori e piccola impresa*, in Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali, III, 1990, pp. 489 ss.; Garofalo M. G., *Lavoro, piccola impresa e diritto*, in *La piccola impresa*, Atti del 4^o Simposio interdisciplinare Società e lavoro, svoltosi a Bologna il 26-27 aprile 1990, Jovene, Napoli 1991, p. 213.

²⁴⁴ Perulli A., *L'attività sindacale nella piccola impresa*, in Quaderni di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali, VIII, 1990, pp. 167 ss.; Perulli P. – Trigilia C., *Organizzazione degli interessi e relazioni industriali nelle aree di piccola impresa*, in (a cura di) Perulli P., *Le relazioni industriali nella piccola impresa*, Franco Angeli, Milano, pp. 73 ss.

Anzi, la stessa legislazione promozionale per “eccellenza”, quale lo Statuto dei Lavoratori ex l. 300/1970, ha finito, non portando oltre una certa soglia numerica la tutela reale contro il licenziamento illegittimo e la promozione sindacale, per “mostrare” «la via al decentramento produttivo»²⁴⁵, incrociando e alimentando una strategia imprenditoriale, secondo una logica “vendicativa” nei confronti del mutato rapporto di forza all’interno della grande fabbrica, di disarticolazione del ciclo produttivo, volta a recuperare flessibilità di gestione a danno di una forza lavoro “marginale” e sottoprotetta²⁴⁶.

Come meglio verificato negli anni successivi al decennio 1975-1985, l’azione sindacale risulta “spiazzata” da un *deficit* conoscitivo²⁴⁷ dello stesso movimento sindacale, non solo italiano, circa l’articolazione e la complessità del nuovo modo di produzione che condiziona, inevitabilmente, l’intera sua attività normativa e di controllo dei processi produttivi²⁴⁸, sia nella fase genetica dell’avvio di tali processi, sia in quella dinamica del loro sviluppo²⁴⁹.

La “terziarizzazione” dell’economia ha, inevitabilmente, inciso sul sistema delle relazioni industriali, imponendo un’esigenza di riorganizzazione, anche in senso “orizzontale” ed elastica²⁵⁰, della struttura del sistema contrattuale²⁵¹ in seguito, tra l’altro, alla «crisi di identità delle tradizionali categorie merceologiche»²⁵².

Con particolare riferimento alla contrattazione collettiva di secondo livello, il dilemma tra una contrattazione territoriale, più idonea a disciplinare in modo aderente alle specificità del contesto sociale e produttivo locale i vari aspetti del rapporto di lavoro e

²⁴⁵ Carinci F., *Statuto dei lavoratori e piccola impresa*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, III, 1990, p. 490.

²⁴⁶ Carinci F., *Statuto dei lavoratori e piccola impresa*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, III, 1990, p. 490.

²⁴⁷ Greco P., *Perché c’è bisogno della responsabilità sociale d’impresa*, in (a cura di) Greco P., *Lavoratori e impresa socialmente responsabile*, Atti del ciclo di seminari tenuti all’Università degli studi di Salerno, Giappichelli, Torino, 2007, pp. 24 ss.

²⁴⁸ Garofalo M. G., *Lavoro, piccola impresa e diritto*, in *La piccola impresa*, Atti del 4^o Simposio interdisciplinare Società e lavoro, svoltosi a Bologna il 26-27 aprile 1990, Jovene, Napoli 1991, p. 213.

²⁴⁹ De Luca Tamajo R., *Diritto del lavoro e decentramento produttivo in una prospettiva comparativa: scenari e strumenti*, in *RIDL*, I, 2007, p. 11.

²⁵⁰ Carinci F., *Intervento in AA. VV., Categorie professionali e contratti collettivi*, Supplemento a *Notiziario di Giurisprudenza del Lavoro*, Roma, 1990, p. 76.

²⁵¹ Scarpelli F., *Interposizione e Appalto nel settore dei servizi informatici*, in (a cura di) Mazzotta O., *Nuove tecnologie e rapporti fra imprese*, Giuffrè, Milano, 1990, pp. 108 ss.

²⁵² Tosi P., *Le nuove tendenze del diritto del lavoro nel terziario*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 1991, p. 628; ma, per una visione complessiva, vedi anche, AA. VV., *Categorie professionali e contratti collettivi*, Roma, 1990.

maggiormente “inclusiva” nei confronti delle piccole imprese, e una contrattazione aziendale, più adeguata ad una funzione di gestione dell’uso della forza lavoro della singola impresa, avrebbe dovuto indurre ad un ripensamento dell’azione contrattuale anche in materia di decentramento produttivo.

Soprattutto in presenza di sistemi produttivi “molecolarizzati”, sganciati da modelli di controllo “proprietario”, si è progressivamente fatta strada la necessità, sinora poco, se non per nulla, soddisfatta nella prassi, di una maggiore valorizzazione della funzione normativa ed inclusiva del livello contrattuale territoriale, soprattutto in prospettiva dello sviluppo, a fronte delle trasformazioni di un lavoro più precario e volatile, ma anche più autonomo e qualificato²⁵³, di tutele incentrate non tanto sul rapporto di lavoro quanto sul percorso lavorativo, snodantesi normalmente tra imprese all’interno di un sistema produttivo localizzato²⁵⁴.

Tuttavia, il tentativo di perseguimento di un’efficace strategia contrattuale nei processi di terziarizzazione, soprattutto avanzata, tanto a garanzia della condizione contrattuale del lavoratore quanto della gestione/controllo dei processi medesimi, ha fatto emergere, quale possibile soddisfacente sostituto funzionale della opzione summenzionata e ferma la verificabilità della compatibilità con l’attuale “architettura” del sistema contrattuale, l’utilità di un più duttile livello di contrattazione inter-aziendale, di “sito”, in grado di meglio disciplinare, appunto, la dimensione multisocietaria del sito produttivo²⁵⁵.

Il riferimento è, in particolare, all’accordo quadro “pilota” di transizione, in quanto destinato a tramutarsi da contratto centrato sull’impresa cedente a contratto inter-aziendale, del 2 aprile 1999 tra la Iveco s.p.a. e Fim-Fiom-Uilm e Fismic, che, con riferimento ai processi di terziarizzazione futuri interessanti la Iveco s.p.a., ha previsto, al fine di evitare rischi di *dumping* contrattuale e, allo stesso tempo, di sviluppare strategie inclusive di ricomposizione di interessi eterogenei²⁵⁶, un trattamento comune,

²⁵³ Sul tema, vedi Accornero A., *Era il secolo del lavoro*, Il Mulino, Bologna, 1997.

²⁵⁴ Cerruti G. C., *Contrattazione e concertazione territoriali nelle politiche di regolazione locale degli anni '90*, in (a cura di) Negrelli S. – Pichierri A., *La regolazione concertata dell'economia fra globale e locale*, Franco Angeli, Milano, 2002, p. 237; Supiot A., *Il futuro del lavoro*, Carocci, Bari, 2003, pp. 204-205.

²⁵⁵ De Luca Tamajo R., *I processi di terziarizzazione intra moenia ovvero la fabbrica “multisocietaria”*, in *Il diritto del mercato del lavoro*, 1999, I, pp. 50 ss.; Piotta I., *La fabbrica “multisocietaria” e i problemi di relazioni industriali. Il caso del “comitato di sito” nello stabilimento Iveco di Brescia*, in (a cura di) Negrelli S. – Pichierri A., *La regolazione concertata dell'economia fra globale e locale*, Franco Angeli, Milano, 2002, pp. 264 ss.

²⁵⁶ Sul tema, Crouch C., Traxler F., *Organized industrial relations in Europe : what future?*, Aldershot, Avebury, 1995.

assicurato dal contratto collettivo nazionale di lavoro di categoria dei metalmeccanici, come integrato dall'accordo *de qua*, a tutti i lavoratori svolgenti la prestazione lavorativa all'interno del sito produttivo. Con la possibilità, in una fase successiva, di garantire alla contrattazione collettiva integrativa «di seguire percorsi negoziali autonomi, dislocati, in modo multipolare, su tutte le imprese del sito»²⁵⁷.

In linea generale, si può pacificamente sostenere che, di fronte al “multiforme” fenomeno del decentramento produttivo, l'autonomia collettiva si è proposta in chiave “integrativa”²⁵⁸ rispetto alla disciplina legislativa in materia. Fatta eccezione per la breve parentesi “calda” dei divieti contrattuali di ricorso agli appalti²⁵⁹, essa ha apprestato una regolamentazione degli appalti sprovvisti di una disciplina protettiva legislativa²⁶⁰, sia riproducendo la tutela disegnata dal legislatore sul modello ex art. 3 l. 1369 sia elaborando degli strumenti, per lo più, “procedurali” di garanzia per i lavoratori interessati da processi di segmentazione produttiva²⁶¹.

In materia, dunque, le organizzazioni sindacali dei lavoratori hanno elaborato una “multidirezionale” e articolata strategia di azione rispondente a un'altrettanta molteplicità di interessi, indirettamente, anche, “egoistici”, quali l'evitare la creazione di aree di sottotutela tra i lavoratori²⁶², la tutela dei livelli occupazionali aziendali e la concentrazione del ciclo produttivo, per sottrarsi a rischi di riduzione della propria forza contrattuale²⁶³.

²⁵⁷ Piotto I., La fabbrica “multisocietaria” e i problemi di relazioni industriali. Il caso del “comitato di sito” nello stabilimento Iveco di Brescia, in (a cura di) Negrelli S. – Pichierrri A., *La regolazione concertata dell'economia fra globale e locale*, Franco Angeli, Milano, 2002, p. 266.

²⁵⁸ Lunardon F., *Contrattazione collettiva e governo del decentramento produttivo*, in RIDL, I, 2004, pp. 225 ss.; De Luca Tamajo R., *I processi di terziarizzazione intra moenia ovvero la fabbrica “multisocietaria”*, in *Il diritto del mercato del lavoro*, 1999, I, pp. 66 ss.

²⁵⁹ Guaglione L., *La disciplina degli appalti introaziendali e il contenuto dell'obbligazione solidale*, in (a cura di) Mazzotta O., *Nuove tecnologie e rapporti fra imprese*, Giuffrè, Milano, 1990, pp. 167 ss.; Scarpelli F., *Interposizione e Appalto nel settore dei servizi informatici*, in (a cura di) Mazzotta O., *Nuove tecnologie e rapporti fra imprese*, Giuffrè, Milano, 1990, pp. 107 ss.

²⁶⁰ De Luca Tamajo R., *I processi di terziarizzazione intra moenia ovvero la fabbrica “multisocietaria”*, in *Il diritto del mercato del lavoro*, 1999, I, pp. 66 ss.

²⁶¹ Calcaterra L., *L'approccio al decentramento produttivo. Una retrospettiva e qualche riflessione*, in MGL, 2003, n. 8-9, pp. 608 ss.

²⁶² Lambertucci P., *Area contrattuale e autonomia collettiva*, Relazione al convegno AIDLASS su *Il diritto del lavoro e i confini dell'impresa*, Trento, 4-5 giugno 1999, in AA.VV., *Diritto del lavoro e nuove forme di decentramento produttivo*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 88.

²⁶³ Biagi M., *La dimensione dell'impresa nel diritto del lavoro*, Angeli, Milano, 1978, p. 318; Scarpelli F., *Interposizione e Appalto nel settore dei servizi informatici*, in (a cura di) Mazzotta O., *Nuove tecnologie e rapporti fra imprese*, Giuffrè, Milano, 1990, p. 109; Marinelli M., *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 194. Sul punto, vedi anche l'opera collettanea Lagala C.-Gottardi D.-Panettieri A.-Bellardi L., *Relazioni industriali e contrattazione collettiva in Italia (1945-1992)*, Cacucci editore, Bari, 1996.

Per quanto riguarda l'inquadramento costituzionale del rapporto tra la libertà di iniziativa economica privata e l'autonomia collettiva, una lettura coerente, condivisa dalla dottrina come dalla giurisprudenza²⁶⁴, del combinato disposto degli artt. 39, 41 e 46 Cost., riconosce, a fronte della "relativa" libertà dell'impresa di dimensionare la propria organizzazione produttiva, all'autonomia collettiva la legittimazione a definire, anche in fattispecie di decentramento produttivo, «l'area degli interessi comuni del gruppo organizzato e a predisporre, mediante il contratto collettivo, il trattamento da garantire ai lavoratori»²⁶⁵.

Infatti, la strategia politico-rivendicativa del sindacato, comprensiva di un *mix* di misure prescrittive e premiali, scarsamente efficaci per la poca o nulla partecipazione della forza lavoro delle imprese decentrate²⁶⁶, è stata improntata al tentativo di progressivo adeguamento delle condizioni di lavoro e del modello delle relazioni industriali delle imprese minori "satelliti" agli *standard* delle grandi²⁶⁷ e/o di controllo e gestione a monte dei processi di segmentazione produttiva²⁶⁸.

Soprattutto a partire dalle tornate contrattuali degli anni '70, la fervente "creatività" espressa dall'autonomia collettiva è dimostrata, da un lato, dalle clausole contrattuali collettive, supportate da un quadro legislativo di riferimento, anche, di rilievo comunitario²⁶⁹, volte all'imposizione di un complesso ed articolato sistema di

²⁶⁴ Per la giurisprudenza, Corte. Cost., 30 dicembre 1958, n. 78, in G. Cost., 1958, pp. 979 ss; in dottrina, Lambertucci P., *Area contrattuale e autonomia collettiva*, Relazione al convegno AIDLASS su Il diritto del lavoro e i confini dell'impresa, Trento, 4-5 giugno 1999, in AA.VV., *Diritto del lavoro e nuove forme di decentramento produttivo*, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 91 ss.; Carinci M. T., *Le delocalizzazioni produttive in Italia: problemi di diritto del lavoro*, in I working papers Centro studi di Diritto del lavoro europeo Massimo D'Antona, 2006, n. 44, in <http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp>, pp. 22 ss.; in dottrina, Galgano F., *Artt. 41-43, Rapporti economici*, To. 2., Zanichelli - Soc. ed. del Foro italiano, Bologna - Roma, 1982.

²⁶⁵ Lambertucci P., *Area contrattuale e autonomia collettiva*, Relazione al convegno AIDLASS su Il diritto del lavoro e i confini dell'impresa, Trento, 4-5 giugno 1999, in AA.VV., *Diritto del lavoro e nuove forme di decentramento produttivo*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 93; ma già Giugni G., *Sub art. 39*, in *Commentario della Costituzione*, (a cura di) Branca G., *Rapporti economici* (artt. 35-41), Tomo, I, Zanichelli, Bologna, 1979, p. 274.

²⁶⁶ Carinci F., *Statuto dei lavoratori e piccola impresa*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, III, 1990, p. 498.

²⁶⁷ Garofalo M. G., *Lavoro, piccola impresa e diritto*, in *La piccola impresa*, Atti del 4^a Simposio interdisciplinare Società e lavoro, svoltosi a Bologna il 26-27 aprile 1990, Jovene, Napoli 1991, pp. 210 ss.

²⁶⁸ Perulli A., *L'attività sindacale nella piccola impresa*, in *Quaderni di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, VIII, 1990, pp. 173 ss.; Lunardon F., *Contrattazione collettiva e governo del decentramento produttivo*, in RIDL, I, 2004, p. 215.

²⁶⁹ Sul punto, vedi anche Carinci M. T., *Le delocalizzazioni produttive in Italia: problemi di diritto del lavoro*, in I working papers Centro studi di Diritto del lavoro europeo Massimo D'Antona, 2006, n. 44, in <http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp>; e da, ultimo, la Direttiva comunitaria 2002/14/CE, attuata nell'ordinamento nazionale per mezzo del d. lgs. 25/2007, richiamata anche in Alvino I., *La*

informazione e consultazione²⁷⁰, e, dall'altro, da quelle previsioni collettive disponenti "un vincolo di contenuto"²⁷¹ al rispetto della disciplina contrattuale, che può essere quella dell'impresa appaltante o dell'impresa appaltatrice²⁷², e, in genere, della normativa a tutela della regolarità del lavoro²⁷³.

In merito a quest'ultimo profilo, una tecnica utilizzata dalla contrattazione collettiva è quella di richiedere alle imprese committenti di inserire, nel contratto di appalto ex art. 1655 c.c., un'apposita clausola, sul modello di cui all'art. 36 St. lav.²⁷⁴, con la quale le imprese appaltatrici si impegnano all'osservanza, nei confronti dei propri dipendenti, del contratto collettivo nazionale di lavoro di riferimento²⁷⁵.

La funzionalizzazione della clausola *de qua*, anche, a garanzia della capacità del sindacato di intervento sulle operazioni di segmentazione produttiva, consente, in caso di condotta omissiva dell'impresa appaltante, al sindacato medesimo di poter ricorrere sia all'azione di cui all'art. 28 St. lav., se leso in una sua prerogativa, sia al giudice ordinario per richiedere l'adempimento puntuale della clausola contrattuale²⁷⁶.

disciplina collettiva dell'appalto e della somministrazione, in (a cura di) Maresca A., *Somministrazione e appalti di servizi. Tra conflitto e competizione*, Franco Angeli, Milano, 2009, pp. 73 ss.

²⁷⁰ Lambertucci P., *Area contrattuale e autonomia collettiva*, Relazione al convegno AIDLASS su Il diritto del lavoro e i confini dell'impresa, Trento, 4-5 giugno 1999, in AA.VV., *Diritto del lavoro e nuove forme di decentramento produttivo*, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 109 ss.; Mariucci L., *Il lavoro decentrato: discipline legislative e contrattuali*, Franco Angeli, Milano, 1979, pp. 239 ss.; Lunardon F., *Contrattazione collettiva e governo del decentramento produttivo*, in RIDL, I, 2004, pp. 224 ss.; ma, vedi anche Treu T.- Negrelli S., *I diritti di informazione nell'impresa*, Il mulino, Bologna, 1985; Veneziani B. (a cura di), *Relazioni industriali e contrattazione collettiva in Italia: 1945-1988*, Cacucci, Bari, 1988.

²⁷¹ Lambertucci P., *Area contrattuale e autonomia collettiva*, Relazione al convegno AIDLASS su Il diritto del lavoro e i confini dell'impresa, Trento, 4-5 giugno 1999, in AA.VV., *Diritto del lavoro e nuove forme di decentramento produttivo*, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 110-111.

²⁷² Passalacqua P., *Autonomia collettiva e mercato del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 302.

²⁷³ Guaglione L., *La disciplina degli appalti introaziendali e il contenuto dell'obbligazione solidale*, in (a cura di) Mazzotta O., *Nuove tecnologie e rapporti fra imprese*, Giuffrè, Milano, 1990, pp. 169 ss.; Scarpelli F., *Esternalizzazioni e diritto del lavoro: il lavoratore non è una merce*, in *Scritti in memoria di Massimo D'Antona*, Volume I, Giuffrè, Milano, 2004, p. 1495; Petracci F., *Il rapporto di lavoro nell'appalto*, Cedam, Padova, 2003, pp. 267 ss.; Carinci F., *Statuto dei lavoratori e piccola impresa*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, III, 1990, p. 498.

²⁷⁴ Romeo C., *Impresa assistita e diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1988, pp. 47 ss.; Balandi G., *Le "clausole a favore dei lavoratori" e l'estensione dell'applicazione del contratto collettivo*, in RTDPC, 1973, pp. 709 ss.; Napoletano D., *Appalto di opere pubbliche e tutela dei diritti dei lavoratori*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 1953, pp. 273 ss.; Tullini P., *Finanziamenti pubblici alle imprese e clausole sociali*, in RTDPC, 1990, pp. 51 ss.

²⁷⁵ Lambertucci P., *Area contrattuale e autonomia collettiva*, Relazione al convegno AIDLASS su Il diritto del lavoro e i confini dell'impresa, Trento, 4-5 giugno 1999, in AA.VV., *Diritto del lavoro e nuove forme di decentramento produttivo*, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 95 ss.

²⁷⁶ Lambertucci P., *Area contrattuale e autonomia collettiva*, Relazione al convegno AIDLASS su Il diritto del lavoro e i confini dell'impresa, Trento, 4-5 giugno 1999, in AA.VV., *Diritto del lavoro e nuove forme di decentramento produttivo*, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 121 ss.

Inoltre, da un altro punto di vista, la natura “mista” normativo-obbligatoria, riconosciuta anche in sede giurisprudenziale²⁷⁷, delle clausole *de quibus* potrebbe, in potenza, ricondurre quest’ultime a svolgere, in quanto incidenti direttamente sulle condizioni di lavoro dei lavoratori coinvolti nelle operazioni di decentramento produttivo cui le previsioni contrattuali accedono, un ruolo di “schermo protettivo”, a favore della stessa contrattazione collettiva, avverso gli stringenti vincoli posti dalla disciplina comunitaria in materia di concorrenza²⁷⁸ e di libertà economiche fondamentali, così come interpretati dalla Corte di Giustizia UE²⁷⁹.

Un’esemplificazione piuttosto “completa” e rappresentativa della strategia sindacale appena delineata si rinviene nella contrattazione collettiva del settore edile, dove il ricorso all’appalto è frequente e, allo stesso tempo, “sfuggente” alle esigenze garantistiche, individuali e collettive, tutelate dalla disciplina, legislativa e contrattuale, lavoristica.

Infatti, nel contratto collettivo nazionale di lavoro 2000-2003 per i lavoratori dell’industria delle costruzioni edilizie e affini, è prevista (art. 15) l’estensione, “condizionata” all’applicazione della contrattazione, nazionale e di secondo livello, di riferimento, delle regole della parità di trattamento e della solidarietà passiva, ricalcate sul modello di cui all’art. 3 l. 1369/1960, a tutti i casi di appalto e subappalto di lavori edili da parte di un’impresa del settore indipendentemente dal luogo di esecuzione²⁸⁰.

L’impianto protettivo delineato è rafforzato, altresì, dalla previsione di oneri di informazione e comunicazione preventiva da parte dell’impresa appaltante, a favore dei dirigenti della rappresentanza sindacale unitaria costituita nel cantiere ex art. 103 ccnl o, in mancanza, delle organizzazioni sindacali di categoria territorialmente competenti, circa la denominazione dell’impresa appaltatrice o subappaltatrice e l’indicazione delle opere appaltate o subappaltate, la durata presumibile dei lavori e il numero presumibile dei lavoratori da occupare, nonché la dichiarazione dell’impresa appaltante medesima di adesione al contratto nazionale e agli accordi locali ex art. 39 del medesimo ccnl²⁸¹.

²⁷⁷ Cass. 5 settembre 2000, n. 1178, in ADL, 2001, I, pp. 357 ss., con nota di Riganò, *La tutela individuale e le clausole collettive contenute nella parte obbligatoria del contratto collettivo*.

²⁷⁸ Corte di Giustizia CE, 21 settembre 1999, causa C-67/96, Albany International, in *Foro It.*, 1999, I, pp. 489 ss., con nota di Di Via L., e in *RIDL*, II, 2000, con nota di Pallini M., *Il rapporto problematico tra diritto della concorrenza e autonomia collettiva nell’ordinamento comunitario e nazionale*, pp. 209 ss.

²⁷⁹ Lambertucci P., *Principi comunitari della concorrenza e contrattazione collettiva: alcuni profili problematici*, in ADL, 2003, pp. 138 ss.

²⁸⁰ Petracci F., *Il rapporto di lavoro nell’appalto*, Cedam, Padova, 2003, p. 101.

²⁸¹ Petracci F., *Il rapporto di lavoro nell’appalto*, Cedam, Padova, 2003, pp. 102-103.

Al riguardo, tuttavia, è opportuno sottolineare come l'abrogazione dell'art. 3 l. 1369/1960 da parte del d. lgs. 276/2003, unitamente al generale progressivo "indebolimento" delle organizzazioni sindacali dei lavoratori, ha inevitabilmente inciso sulla forza e sull'azione contrattuale di questi ultimi, in modo tale da far venir meno nei rinnovi contrattuali successivi al 2003, incluso quello del settore edile, il riferimento al principio della parità di trattamento e alla tecnica della responsabilità solidale, a favore del richiamo alla sola clausola di osservanza del contrattazione collettiva del settore produttivo di riferimento.

Analogamente, la stessa disciplina nazionale di liberalizzazione dei servizi pubblici, "incoraggiata" dal quadro normativo comunitario, è stata affiancata da tecniche di regolazione collettiva che pongono dei vincoli contrattuali alle imprese che entrano nel mercato di riferimento, alla stregua di "ammortizzatori"²⁸² riguardanti la disciplina dei rapporti di lavoro interessati dai suddetti processi²⁸³.

Il richiamo è, tra gli altri, agli interventi legislativi, destanti non pochi problemi di compatibilità sia con la tutela della libertà sindacale ex art. 39 Cost., sia con la disciplina comunitaria in materia di concorrenza²⁸⁴ e di libertà economiche fondamentali, di cui all'art. 19 d. lgs. 1997, n. 422, in materia di trasporto pubblico locale, che stabilisce l'obbligo dell'applicazione, per le singole tipologie del comparto dei trasporti, dei «rispettivi contratti di lavoro» (lett. l) e agli artt. 13 e 14 d. lgs. 1999, n. 18 - come modificati, da ultimo, dalla l. 13/2007 -, relativo al mercato dei servizi di assistenza a terra negli aeroporti, che consentono all'autonomia collettiva di garantire il mantenimento dei livelli occupazionali e della continuità dei rapporti di lavoro del

²⁸² Carinci M. T., *Gli appalti nel settore privato. La distinzione tra appalto e trasferimento d'azienda ed il trattamento dei lavoratori impiegati negli appalti*, in *Il diritto del mercato del lavoro*, 2006, III, p. 444.

²⁸³ De Marinis N., *Liberalizzazioni dei mercati, decentramento produttivo e ridefinizione delle aeree contrattuali*, Intervento al convegno AIDLASS su *Il diritto del lavoro e i confini dell'impresa*, Trento, 4-5 giugno 1999, in AA.VV., *Diritto del lavoro e nuove forme di decentramento produttivo*, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 348 ss.; Lambertucci P., *Principi comunitari della concorrenza e contrattazione collettiva: alcuni profili problematici*, in *ADL*, 2003, pp. 144 ss.

²⁸⁴ Lambertucci P., *Principi comunitari della concorrenza e contrattazione collettiva: alcuni profili problematici*, in *ADL*, 2003, p. 149; Ghera E., *Le cd. clausole sociali: evoluzione di un modello di politica legislativa*, in *DRI*, n. 2, 2001, pp. 143 ss.; Corti M., *Contrattazione collettiva, libera circolazione e concorrenza in Europa*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2007, IV, pp. 793 ss.; Carinci M. T., *Gli appalti nel settore privato. La distinzione tra appalto e trasferimento d'azienda ed il trattamento dei lavoratori impiegati negli appalti*, in *Il diritto del mercato del lavoro*, 2006, III, pp. 444-451.

personale dipendente del precedente gestore, nel rispetto della contrattazione collettiva nazionale di categoria “unica”²⁸⁵ di riferimento²⁸⁶.

L’ormai “abbandonata” propensione sindacale, parallela alla vicenda della riduzione contrattuale delle soglie dimensionali²⁸⁷, alla soppressione *tout court* degli appalti concernenti le attività pertinenti al ciclo produttivo²⁸⁸ si evince, in via significativamente esemplificativa, dal disposto normativo, ormai anch’esso abrogato dalle relative previsioni meno restrittive dei successivi rinnovi contrattuali, dell’art. 28 del contratto collettivo nazionale di lavoro dei metalmeccanici “privati” del 1973²⁸⁹, che così dispone: «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 devono essere svolte al di fuori dei normali turni di lavoro», come confermato e “specificato” dalla conseguente contrattazione collettiva di secondo livello.

Ad una tale politica vincolistica si è aggiunto l’ulteriore profilo “autorizzatorio”²⁹⁰ collegato alla giustificazione “oggettiva” del ricorso all’appalto con riferimento all’area degli appalti non vietati²⁹¹, come nel caso di contratti continuativi relativi alla “manutenzione straordinaria”, che sono limitati al ricorrere di esigenze tecniche, organizzative e gestionali e economiche e subordinati, su richiesta delle rappresentanze

²⁸⁵ Ghera E., *Le cd. clausole sociali: evoluzione di un modello di politica legislativa*, in DRI, n. 2, 2001, p. 145; Carinci M. T., *Gli appalti nel settore privato. La distinzione tra appalto e trasferimento d’azienda ed il trattamento dei lavoratori impiegati negli appalti*, in *Il diritto del mercato del lavoro*, 2006, III, p. 453.

²⁸⁶ Lambertucci P., *Principi comunitari della concorrenza e contrattazione collettiva: alcuni profili problematici*, in ADL, 2003, pp. 138 ss.

²⁸⁷ Carinci F., *Statuto dei lavoratori e piccola impresa*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, III, 1990, p. 498.

²⁸⁸ Flammia R., *Problemi circa l’ambito di applicazione dei contratti collettivi*, in AA. VV., *Categorie professionali e contratti collettivi*, Supplemento a *Notiziario di Giurisprudenza del Lavoro*, Roma, 1990, p. 34; Lambertucci P., *Area contrattuale e autonomia collettiva*, Relazione al convegno AIDLASS su *Il diritto del lavoro e i confini dell’impresa*, Trento, 4-5 giugno 1999, in AA.VV., *Diritto del lavoro e nuove forme di decentramento produttivo*, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 102 ss.; Ricciardi M., *Piccola impresa e contrattazione collettiva negli anni ’70*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 1978, pp. 1628 ss.

²⁸⁹ Carinci F. (a cura di), *Il contratto dei metalmeccanici: commento al contratto collettivo nazionale I maggio 1976 per i lavoratori addetti all’industria metalmeccanica privata*, Zanichelli, Bologna, 1978; Lunardon F., *Contrattazione collettiva e governo del decentramento produttivo*, in RIDL, I, 2004, p. 223; De Luca Tamajo R., *I processi di terziarizzazione intra moenia ovvero la fabbrica “multisocietaria”*, in *Il diritto del mercato del lavoro*, 1999, I, pp. 67 ss.; Vaccaro V. – Gammone I., in *Commentario del contratto collettivo dei metalmeccanici*, diretto da Carinci F. – Veneziani B., Ipsa, 1997, pp. 315 ss.

²⁹⁰ Petracci F., *Il rapporto di lavoro nell’appalto*, Cedam, Padova, 2003, pp. 267 ss.

²⁹¹ De Luca Tamajo R., *I processi di terziarizzazione intra moenia ovvero la fabbrica “multisocietaria”*, in *Il diritto del mercato del lavoro*, 1999, I, p. 68.

sindacali unitarie, alla verifica con la direzione aziendale (art. 28, comma 4, ccnl metalmeccanici 1973).

La duttile e “multidirezionale” attività di “controllo” collettivo dei processi di decentramento produttivo ha sollevato interessanti problemi di strategia sindacale, oltre che di inquadramento sistematico della disciplina dell’autonomia sindacale, alla luce, in particolare, del disposto normativo dell’art. 39 Cost. e della previsione codicistica dell’art. 2070 c.c.

Il progressivo superamento, a favore della libertà sindacale ex art. 39 Cost., della persistente posizione giurisprudenziale²⁹² orientata alla sopravvivenza dell’art. 2070 c.c. all’abrogazione del sistema corporativo²⁹³, non ha condotto ad un’univoca e decisa politica sindacale, a favore di un’opzione tra un’unità o, per converso, una contrapposta frammentazione associativa e contrattuale, né, tantomeno, di una soluzione di compromesso, risultante da una combinazione di specializzazione e di omogeneità del trattamento collettivo garantito, in grado di associare alla categoria merceologica un contratto «multiuso», «con un nucleo centrale di disciplina minimale e blocchi normativi mobili e duttili mirati su settori specifici e con rinvii elastici alla integrazione in sede aziendale»²⁹⁴.

Una strategia contrattuale ispirata da tale ultima prospettiva è stata sperimentata nel settore del credito dal contratto collettivo nazionale di categoria del 1990, come sostanzialmente confermata nei successivi rinnovi contrattuali degli anni ‘90²⁹⁵, dove la relativa area contrattuale di efficacia, al fine di contrastare tentativi di sottrazione alla norma comune posta dalla contrattazione collettiva²⁹⁶ e, allo stesso tempo, di rafforzare

²⁹² Cass. 9 novembre 1983, *NGL*, 1984, 1; Cass. 4 febbraio 1989, n. 701, con nota di Vallebona A., *Veri e falsi limiti alla libertà del datore di scegliere il contratto collettivo*, in *RIDL*, 1990, II, pp. 61 ss.; Cass. 30 gennaio 1992, n. 976, con nota di Caro A., *L’art. 2070 c.c. e i contratti collettivi di diritto comune: una sentenza importante*, in *RIDL*, 1992, II, pp. 532 ss.

²⁹³ *Contra* Ballestrero M. V., *Decostruzione e ricostruzione della funzione protettiva del diritto del lavoro*, Intervento al convegno AIDLASS su Il diritto del lavoro e i confini dell’impresa, *Trento, 4-5 giugno 1999*, in AA.VV., *Diritto del lavoro e nuove forme di decentramento produttivo*, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 323 ss.; Tosi P., *Le nuove tendenze del diritto del lavoro nel terziario*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 1991, p. 629.

²⁹⁴ Tosi P., *Le nuove tendenze del diritto del lavoro nel terziario*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 1991, p. 629.

²⁹⁵ Sul tema, AA. VV., *Categorie professionali e contratti collettivi*, Roma, 1990.

²⁹⁶ Biagi M., *La dimensione dell’impresa nel diritto del lavoro*, Angeli, Milano, 1978, p. 318; Scarpelli F., *Esternalizzazioni e diritto del lavoro: il lavoratore non è una merce*, in *Scritti in memoria di Massimo D’Antona*, Volume I, Giuffrè, Milano, 2004, p. 1479; Garofalo M. G., *Decentramento produttivo, impresa-rete e area contrattuale dei bancari*, Relazione svolta al seminario organizzato dalla Fisac-CGIL della Regione Lazio sul tema “Accordo sulla definizione dell’area contrattuale per il settore del credito:

il controllo sindacale sul decentramento produttivo mediante il maggior coinvolgimento della forza lavoro impiegata dalle imprese decentrate²⁹⁷, si estende, oltre ai tradizionali enti creditizi e finanziari, alle società controllate da questi ultimi, in quanto ripetano dagli stessi, in virtù di un controllo di fatto o «per vincoli di committenza o contrattuali», la propria sussistenza economica²⁹⁸.

La peculiarità insita nel tornata contrattuale del 1990 nel settore del credito riguarda la delega, sostenuta da un sindacato “interessato” al mantenimento del grado di copertura contrattuale esistente²⁹⁹ e alla non disgregazione degli interessi collettivi dei lavoratori partecipanti al medesimo ciclo produttivo³⁰⁰, all'autonomia contrattuale della delimitazione in via “convenzionale” del ciclo produttivo³⁰¹, che, nel caso di specie, include, in qualità di parte costitutiva essenziale di esso³⁰², i centri di elaborazione dati (CED).

aspetti giuridici e politici della nuova disciplina”(Ariccia, 19 giugno 1990), in Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale, 1990, p. 75.

²⁹⁷ Lambertucci P., *Area contrattuale e autonomia collettiva*, Relazione al convegno AIDLASS su Il diritto del lavoro e i confini dell'impresa, Trento, 4-5 giugno 1999, in AA.VV., *Diritto del lavoro e nuove forme di decentramento produttivo*, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 118 ss.; Calcaterra L., *L'approccio al decentramento produttivo. Una retrospettiva e qualche riflessione*, in MGL, 2003, n. 8-9, pp. 611 ss.

²⁹⁸ Lambertucci P., *Area contrattuale e autonomia collettiva*, Relazione al convegno AIDLASS su Il diritto del lavoro e i confini dell'impresa, Trento, 4-5 giugno 1999, in AA.VV., *Diritto del lavoro e nuove forme di decentramento produttivo*, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 119-120; Carinci F., *Intervento*, in AA. VV., *Categorie professionali e contratti collettivi*, Supplemento a Notiziario di Giurisprudenza del Lavoro, Roma, 1990, p. 78; Tosi P., *Le nuove tendenze del diritto del lavoro nel terziario*, in Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali, 1991, p. 630; Lunardon F., *Contrattazione collettiva e governo del decentramento produttivo*, in RIDL, I, 2004, pp. 230 ss.; Vallebona A., *Area contrattuale e società controllate: l'accordo del settore del credito*, in AA VV., *Categorie professionali e contratti collettivi*, Supplemento a Notiziario di Giurisprudenza del Lavoro, Roma, 1990, pp. 168 ss.

²⁹⁹ Gottardi D., *Disposizioni generali*, in (a cura di) Gottardi D., *Commento al contratto collettivo nazionale di lavoro per le aziende di credito*, Cedam, Padova, 1992, p. 1.

³⁰⁰ Flammia R., *Problemi circa l'ambito di applicazione dei contratti collettivi*, in AA. VV., *Categorie professionali e contratti collettivi*, Supplemento a Notiziario di Giurisprudenza del Lavoro, Roma, 1990, p. 31; De Marinis N., *Liberalizzazioni dei mercati, decentramento produttivo e ridefinizione delle aeree contrattuali*, Intervento al convegno AIDLASS su Il diritto del lavoro e i confini dell'impresa, Trento, 4-5 giugno 1999, in AA.VV., *Diritto del lavoro e nuove forme di decentramento produttivo*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 348; Chisari C., Esposito M., Montrone A. M., *Somministrazione e appalti: contrattazione collettiva e fenomeni interpositori*, in (a cura di) Rusciano M., Zoli C., Zoppoli L., *Istituzioni e regole del lavoro flessibile*, ESI, Napoli, 2006, p. 419.

³⁰¹ Flammia R., *Problemi circa l'ambito di applicazione dei contratti collettivi*, in AA. VV., *Categorie professionali e contratti collettivi*, Supplemento a Notiziario di Giurisprudenza del Lavoro, Roma, 1990, pp. 32 ss.; Lambertucci P., *Area contrattuale e autonomia collettiva*, Relazione al convegno AIDLASS su Il diritto del lavoro e i confini dell'impresa, Trento, 4-5 giugno 1999, in AA.VV., *Diritto del lavoro e nuove forme di decentramento produttivo*, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 124 ss.; Calcaterra L., *L'approccio al decentramento produttivo. Una retrospettiva e qualche riflessione*, in MGL, 2003, n. 8-9, p. 612.

³⁰² Gottardi D., *Disposizioni generali*, in (a cura di) Gottardi D., *Commento al contratto collettivo nazionale di lavoro per le aziende di credito*, Cedam, Padova, 1992, p. 3.

Dal punto di vista dell'articolazione contrattuale, invece, la flessibilità modulare³⁰³ richiesta come "contropartita" dell'allargamento dell'area contrattuale ha visto affiancare al contratto collettivo nazionale "base" dei contratti complementari, con finalità "integrativa" di quest'ultimo in materia di orario di lavoro, inquadramento del personale e trattamento retributivo³⁰⁴, e di adeguamento competitivo delle imprese appaltatrici al relativo mercato di riferimento³⁰⁵.

Infatti, certamente, dal punto di vista strategico, la tecnica dell'allargamento dell'area contrattuale, superato l'ostacolo rappresentato dall'art. 2070 c.c., parebbe conferire all'autonomia collettiva maggior efficacia, per quanto attiene alla tutela dei lavoratori coinvolti, nell'inseguire ed intercettare i processi di decentramento produttivo, in quanto centrata su una duttile logica funzionale, convenzionalmente definita, di re-inclusione delle attività esternalizzate dall'impresa decentrante.

Per quanto riguarda, invece, gli appalti concernenti le attività accessorie o complementari esterne all'area contrattuale, l'art. 4 dell'accordo del 1990 salvaguarda l'autonomia decisionale dell'impresa, contemperandola con «norme graduate di informazione e contrattazione sindacale»³⁰⁶ per quanto riguarda le possibili conseguenze pregiudizievoli sulle condizioni dei lavoratori, sino a prevedere la sospensione dell'operatività della decisione per un periodo di dieci giorni, funzionale allo svolgimento di una vera e propria contrattazione con le organizzazioni sindacali aziendali che reputino l'appalto non confacente all'assetto negoziale definito³⁰⁷.

Dal punto di vista sistematico, tale ultima disposizione normativa ben si coordina e armonizza con la coeva riforma del '90 della disciplina del trasferimento d'azienda, istituito anch'esso in grado di dare attuazione a processi di decentramento produttivo,

³⁰³ Treu T., *Intervento*, in AA. VV., *Categorie professionali e contratti collettivi*, Supplemento a Notiziario di Giurisprudenza del Lavoro, Roma, 1990, pp. 85-86.

³⁰⁴ Gottardi D., *Disposizioni generali*, in (a cura di) Gottardi D., *Commento al contratto collettivo nazionale di lavoro per le aziende di credito*, Cedam, Padova, 1992, p. 3.

³⁰⁵ Lambertucci P., *Area contrattuale e autonomia collettiva*, Relazione al convegno AIDLASS su Il diritto del lavoro e i confini dell'impresa, Trento, 4-5 giugno 1999, in AA.VV., *Diritto del lavoro e nuove forme di decentramento produttivo*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 124; Petracci F., *Il rapporto di lavoro nell'appalto*, Cedam, Padova, 2003, pp. 100-101.

³⁰⁶ Ferraro G., *La contrattazione aziendale con particolare riguardo al settore del credito*, in AA. VV., *Categorie professionali e contratti collettivi*, Supplemento a Notiziario di Giurisprudenza del Lavoro, Roma, 1990, p. 56.

³⁰⁷ Ferraro G., *La contrattazione aziendale con particolare riguardo al settore del credito*, in AA. VV., *Categorie professionali e contratti collettivi*, Supplemento a Notiziario di Giurisprudenza del Lavoro, Roma, 1990, p. 56.

laddove viene prevista ex art. 47 l. 428/90 una procedura di consultazione sindacale nel caso di aziende con più di 15 dipendenti.

La dilatazione dell'area contrattuale *de qua* a fattispecie di mera dipendenza economica³⁰⁸, non implicanti un controllo diretto giustificato da partecipazione azionaria, non determinerebbe, tutelata la libertà sindacale, anche, in termini di libertà di azione contrattuale³⁰⁹, alcuna lesione del principio fondamentale di libertà sindacale ex art. 39 Cost.³¹⁰, qualora si intendesse la clausola di estensione in termini di dovere di influenza in capo a e “verso” soggetti appartenenti, *ab origine* o per successiva manifestazione di volontà adesiva, alla medesima categoria associativo/contrattuale³¹¹.

Partendo da una presa di coscienza circa l'“inevitabilità” del fenomeno del decentramento produttivo, una parte dell'opzione strategica del movimento sindacale, ispirata a una logica partecipativa più che conflittuale³¹², si è diretta verso un sistema di informazione, consultazione ed esame congiunto, «quale terreno classico della procedimentalizzazione dei poteri datoriali»³¹³.

Si tratta pur sempre di un terreno “elettivo” di confronto funzionale ad una politica sindacale “globale” di intervento sulle decisioni imprenditoriali ed in grado di andare al di là delle garanzie di trattamento, sul modello di cui all'art. 3 l. 1369/1960 o “veicolate” dal contratto collettivo applicabile dall'appaltatore³¹⁴, per pervenire fino a

³⁰⁸ Gottardi D., *Disposizioni generali*, in (a cura di) Gottardi D., *Commento al contratto collettivo nazionale di lavoro per le aziende di credito*, Cedam, Padova, 1992, p. 4.

³⁰⁹ Cass., Sez. Un., 26 marzo 1997, n. 2655, in *Giust. Civ.* 1997, I, pp. 119 ss., con nota di Pera G.; Cass., 15 dicembre 1997, n. 12663, in *RIDL*, 1998, II, pp. 454 ss., con nota di Faleri C., *I giudici comunitari rivedono la nozione di trasferimento d'azienda*; Garofalo M. G., *Decentramento produttivo, impresa-rete e area contrattuale dei bancari*, Relazione svolta al seminario organizzato dalla Fisac-CGIL della Regione Lazio sul tema “Accordo sulla definizione dell'area contrattuale per il settore del credito: aspetti giuridici e politici della nuova disciplina”(Ariccia, 19 giugno 1990), in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 1990, pp. 75 ss.

³¹⁰ Tosi P., *Le nuove tendenze del diritto del lavoro nel terziario*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 1991, p. 630.

³¹¹ Treu T., *Intervento*, in AA. VV., *Categorie professionali e contratti collettivi*, Supplemento a *Notiziario di Giurisprudenza del Lavoro*, Roma, 1990, p. 84; Calcaterra L., *L'approccio al decentramento produttivo. Una retrospettiva e qualche riflessione*, in *MGL*, 2003, n. 8-9, pp. 611-612.

³¹² Lunardon F., *Contrattazione collettiva e governo del decentramento produttivo*, in *RIDL*, I, 2004, pp. 224 ss.

³¹³ Lunardon F., *Contrattazione collettiva e governo del decentramento produttivo*, in *RIDL*, I, 2004, p. 224; Chisari C., Esposito M., Montrone A. M., *Somministrazione e appalti: trattazione collettiva e fenomeni interpositori*, in (a cura di) Rusciano M., Zoli C., Zoppoli L., *Istituzioni e regole del lavoro flessibile*, ESI, Napoli, 2006, p. 420.

³¹⁴ Lambertucci P., *Area contrattuale e autonomia collettiva*, Relazione al convegno AIDLASS su *Il diritto del lavoro e i confini dell'impresa*, Trento, 4-5 giugno 1999, in AA.VV., *Diritto del lavoro e nuove forme di decentramento produttivo*, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 110 ss.; Calcaterra L., *L'approccio al decentramento produttivo. Una retrospettiva e qualche riflessione*, in *MGL*, 2003, n. 8-9, p. 609.

quelle di “stabilità” occupazionale, finalizzate alla ricollocazione dei lavoratori “appaltati” nel caso di risoluzione del contratto di servizio³¹⁵.

Infatti, gli obblighi informativi, preventivi e a carattere periodico *ex post*³¹⁶, letti secondo una prospettiva temporale, sono potenzialmente funzionali, da un lato, ad una verifica “a breve termine” delle possibili conseguenze negative, anche sul piano occupazionale, relative ad un’operazione di esternalizzazione, mentre, dall’altro lato, fungono da presupposto, monitorato costantemente lo “stato di salute” dell’impresa, per una valutazione dei possibili sbocchi dell’azione sindacale, anche, nel medio-lungo periodo.

A livello aziendale, come opportunamente rilevato³¹⁷, un accordo di armonizzazione, proprio in quanto non imposto o sorretto da disposizioni legislative, potrebbe rappresentare un utile strumento di governo del decentramento, specie se realizzantesi nelle forme del trasferimento di ramo d’azienda cui segue un appalto “internalizzante”, attraverso il quale realizzare equilibrati assetti di interessi tra i dipendenti dell’impresa cedente e quelli dell’impresa cessionaria.

Sempre nella stessa prospettiva, la prassi contrattuale degli ultimi anni riscontra, altresì, la costituzione di osservatori funzionalizzati all’analisi e alla verifica delle operazioni di decentramento produttivo³¹⁸, magari assistita da un sistema sanzionatorio per gli inadempimenti contrattuali delle medesime imprese decentranti³¹⁹.

Al di là della costituzione formale di osservatori, la stessa contrattazione collettiva aziendale, per lo più attinente agli appalti di opere pubbliche, evidenzia una tendenza che, metabolizzando la corrispondente disciplina legislativa sul punto, prevede delle

³¹⁵ Vedi, in particolare, gli artt. 4, ccnl pulizie 25 maggio 2001 e 14, d.lgs. 13 gennaio 1999, n. 18, sui servizi aeroportuali. In dottrina, sul punto, Marinelli M., *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 213 ss.; Scarpelli F., *Esternalizzazioni e diritto del lavoro: il lavoratore non è una merce*, in *Scritti in memoria di Massimo D’Antona*, Volume I, Giuffrè, Milano, 2004, p. 1473.

³¹⁶ Mariucci L., *Il lavoro decentrato: discipline legislative e contrattuali*, Franco Angeli, Milano, 1979, p. 254; Lambertucci P., *Area contrattuale e autonomia collettiva*, Relazione al convegno AIDLASS su Il diritto del lavoro e i confini dell’impresa, Trento, 4-5 giugno 1999, in AA.VV., *Diritto del lavoro e nuove forme di decentramento produttivo*, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 108-110; Marinelli M., *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 27 ss.

³¹⁷ Lunardon F., *Contrattazione collettiva e governo del decentramento produttivo*, in RIDL, I, 2004, pp. 223 ss.

³¹⁸ Vedi, tra gli altri, l’art. 7, ccnl alimentari-cooperative del 5 luglio 1999, art. 1, ccnl industria metalmeccanica 7 maggio 2003; art. 5, ccnl cooperative metalmeccaniche 8 luglio 2003. Sul punto, vedi Marinelli M., *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 28.

³¹⁹ Guaglione L., *La disciplina degli appalti introaziendali e il contenuto dell’obbligazione solidale*, in (a cura di) Mazzotta O., *Nuove tecnologie e rapporti fra imprese*, Giuffrè, Milano, 1990, pp. 168-169.

clausole collettive di estensione “in senso orizzontale” del rispetto della normativa collettiva a favore, anche, delle imprese subappaltatrici, con annessi obblighi di informazione e, su richiesta, di consultazione nei confronti delle rappresentanze sindacali unitarie e delle organizzazioni sindacali territoriali.

In aggiunta, la predetta disciplina collettiva dispone l’assunzione a carico dell’impresa appaltatrice, a titolo di garanzia delle condizioni contrattuali dei lavoratori interessati, della responsabilità circa la verifica del rispetto della predetta normazione di tutela, comprensiva, nel settore edile, dell’iscrizione alla cassa edile territoriale di riferimento, da parte delle (eventuali) imprese subappaltatrici³²⁰.

La peculiarità e la “essenzialità” dei servizi erogati, calate in un contesto di terziarizzazione spinta dell’economia, hanno fatto assurgere al rango di materia destinataria di un contratto collettivo nazionale *ad hoc* talune tipologie di servizi in appalto, come il caso dei servizi postali, in cui le parti stipulanti, mediante incontri, generalmente annuali, a livello nazionale, si prefiggono, secondo una logica di gestione complessiva del comparto, l’obiettivo di monitorare, in particolare, la durata dei contratti di appalto, l’andamento delle gare e i criteri di selezione delle imprese e di aggiudicazione (Accordo FIS e SLC/CGIL – SLP/CISL – UILPOST- UILTRASPORTI del 18 luglio 2001).

Nella stessa prospettiva si colloca la contrattazione collettiva, che, ad integrazione della disciplina legislativa vigente e con particolare riferimento ai settori delle pulizie e dei lavori di facchinaggio, è volta a garantire, da un lato, “corrette” condizioni concorrenziali per tutti gli operatori del settore economico di riferimento, anche mediante la previsione di verifiche circa l’idoneità, non solo dal punto di vista della regolarità lavoristica, dei suddetti operatori economici, e, dall’altro lato, omogeneità dei trattamenti, economici e normativi, “minimi” per tutti i lavoratori interessati.

Le menzionate clausole collettive in tema di decentramento produttivo hanno sollevato particolari problemi ricostruttivi ed applicativi per quanto attiene al profilo della loro relativa sanzionabilità³²¹.

³²⁰ Vedi, l’accordo sindacale tra Impresa spa cantiere di Casalecchio di Reno (Bo) Lotto Zero/Sasso Marconi (Bo) Lotto 4 e le RSU di Cantiere e le OO. SS. territoriali di Bologna FENEAL UIL – FILCA CISL – FILLEA CGIL - 8 gennaio 2008 e l’accordo sindacale tra la società consortile “Lotto V a” a r. l. e le RSU di Cantiere e le OO. SS. Territoriali di Bologna FENEAL UIL – FILCA CISL – FILLEA CGIL – 8 gennaio 2008, disponibili su www.filleacgil.it.

³²¹ Ricci M., *L’evoluzione delle fattispecie interpositorie: mercato del lavoro, politiche di flessibilità e relazioni industriali*, in Diritti, Lavori, Mercati, 2003, II, pp. 377-378.

Sul versante collettivo, fatta salva, sempre, la ricorribilità agli strumenti di autotutela offerti dal sistema di relazioni intersindacali³²², l'ipotesi della violazione degli obblighi strumentali di informazione, consultazione ed esame congiunto è ritenuta passibile di un'azione ex art. 28 St. Lav.³²³.

Per quanto riguarda la violazione di obblighi contrattuali non strumentali, come quelli relativi ai divieti contrattuali di appalto, una parte maggioritaria della dottrina ritiene che non vi siano alternative all'azione ordinaria risarcitoria³²⁴, a meno che non si configuri una «violazione sistematica» dei medesimi obblighi contrattuali³²⁵ sanzionabile, in tal caso, per condotta antisindacale ex art. 28 St. Lav.

Infatti, gli strumenti ordinari offerti dal diritto civile apprestano una tutela inadeguata rispetto all'oggetto della lesione³²⁶, sia perché connotati da una prevalente “impronta” risarcitoria, con annesse problematiche di quantificazione³²⁷, sia per le note difficoltà³²⁸ riguardanti la tutela in forma specifica delle obbligazioni di fare infungibili³²⁹.

Ad esempio, mentre in caso di violazione di obblighi di carattere informativo, l'ordine di cessazione della condotta antisindacale ex art. 28 St. Lav. implica l'intimazione ad adempiere al datore di lavoro, a pena della sanzione penale ex art. 650 c.p., gli effetti degli atti compiuti nell'ambito di operazioni di decentramento produttivo condotte in

³²² Ghera E., *Le sanzioni civili nella tutela del lavoro subordinato*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 1979, p. 305; Scarpelli F., *Interposizione e Appalto nel settore dei servizi informatici*, in (a cura di) Mazzotta O., *Nuove tecnologie e rapporti fra imprese*, Giuffrè, Milano, 1990, pp. 112 ss.; Lambertucci P., *Area contrattuale e autonomia collettiva*, Relazione al convegno AIDLASS su Il diritto del lavoro e i confini dell'impresa, Trento, 4-5 giugno 1999, in AA.VV., *Diritto del lavoro e nuove forme di decentramento produttivo*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 104; Marinelli M., *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 30.

³²³ Mariucci L., *Il lavoro decentrato: discipline legislative e contrattuali*, Franco Angeli, Milano, 1979, pp. 249 ss.; Scarpelli F., *Esternalizzazioni e diritto del lavoro: il lavoratore non è una merce*, in *Scritti in memoria di Massimo D'Antona*, Volume I, Giuffrè, Milano, 2004, p. 1479; De Luca Tamajo R., *I processi di terziarizzazione intra moenia ovvero la fabbrica “multisocietaria”*, in *Il diritto del mercato del lavoro*, 1999, I, pp. 68-69.

³²⁴ Lunardon F., *Contrattazione collettiva e governo del decentramento produttivo*, in RIDL, I, 2004, p. 221; Calcaterra L., *L'approccio al decentramento produttivo. Una retrospettiva e qualche riflessione*, in MGL, 2003, n. 8-9, p. 610.

³²⁵ Mariucci L., *Il lavoro decentrato: discipline legislative e contrattuali*, Franco Angeli, Milano, 1979, pp. 249 ss.; in tal senso, vedi anche Lambertucci P., *Area contrattuale e autonomia collettiva*, Relazione al convegno AIDLASS su Il diritto del lavoro e i confini dell'impresa, Trento, 4-5 giugno 1999, in AA.VV., *Diritto del lavoro e nuove forme di decentramento produttivo*, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 104-105; *contra* Marinelli M., *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 31-32, il quale ritiene sufficiente un solo inadempimento contrattuale.

³²⁶ Mariucci L., *La contrattazione collettiva*, Il Mulino, Bologna, 1985, p. 286; Zoli C., *Gli obblighi a trattare nel sistema dei rapporti collettivi*, Cedam, Padova, 1992, p. 272.

³²⁷ Lambertucci P., *Area contrattuale e autonomia collettiva*, Relazione al convegno AIDLASS su Il diritto del lavoro e i confini dell'impresa, Trento, 4-5 giugno 1999, in AA.VV., *Diritto del lavoro e nuove forme di decentramento produttivo*, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 106 ss.

³²⁸ Perulli A., *Informazione (diritti di)*, in *Dig. Disc. Priv.*, sez. comm., VII, Utet, Torino, 1992, p. 382.

³²⁹ Marinelli M., *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 30-31.

violazione di regole contrattualmente stabilite variano a seconda del contenuto delle clausole predette³³⁰.

Relativamente ai possibili effetti invalidanti sul contratto di appalto derivanti dalla violazione di clausole del contratto collettivo, la dottrina e la giurisprudenza prevalenti³³¹ propendono, in assenza di una specifica disposizione di legge, per una soluzione negativa³³², a meno che non si dimostri un «intento collusivo»³³³ tra appaltante e appaltatore o non si dia rilievo giuridico alla circostanza della conoscenza o conoscibilità delle clausole *de quibus* da parte dell'appaltatore.

Sul medesimo punto, invece, una proposta dottrinale più articolata³³⁴ propone di distinguere tra l'assenza di riflessi invalidanti, in caso di inadempimento "semplice" di informazioni periodiche e successive in merito alle scelte organizzative dell'impresa³³⁵, e la soluzione dell'inefficacia definitiva³³⁶, pur successivamente superabile³³⁷, del contratto di appalto sottoscritto dall'imprenditore in caso di violazione di obblighi "necessariamente" prodromici all'affidamento all'esterno dell'attività, fatta salva, in ossequio alle regole di correttezza e buona fede, la tutela risarcitoria del terzo che abbia eventualmente subito un danno.

In tal caso, la sanzione dell'inefficacia "ostativa" colpisce un vizio procedurale la cui gravità deriva dalla immediata e diretta propedeuticità del relativo obbligo datoriale rispetto all'effetto esternalizzante del procedimento di segmentazione produttiva.

In relazione al piano individuale, la dottrina è divisa, in caso di violazione delle clausole collettive che pongono un divieto di affidamento in appalto a terzi di segmenti produttivi, tra una posizione che sostiene, sempre e comunque, l'"insensibilità", rispetto

³³⁰ Marinelli M., *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 32 ss.

³³¹ Per tutti, Carinci M. T., *La fornitura di lavoro altrui*, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 483 ss.; in giurisprudenza, Pret. Milano 3 agosto 1988, in Foro It., 1989, I, pp. 1297 ss.

³³² Lunardon F., *Contrattazione collettiva e governo del decentramento produttivo*, in RIDL, I, 2004, p. 233; Calcaterra L., *L'approccio al decentramento produttivo. Una retrospettiva e qualche riflessione*, in MGL, 2003, n. 8-9, p. 610.

³³³ Lambertucci P., *Area contrattuale e autonomia collettiva*, Relazione al convegno AIDLASS su Il diritto del lavoro e i confini dell'impresa, Trento, 4-5 giugno 1999, in AA.VV., *Diritto del lavoro e nuove forme di decentramento produttivo*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 105.

³³⁴ Marinelli M., *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 32.

³³⁵ Mariucci L., *Il lavoro decentrato: discipline legislative e contrattuali*, Franco Angeli, Milano, 1979, p. 251; Perulli A., *Informazione (diritti di)*, in Dig. Disc. Priv., sez. comm., VII, Utet, Torino, 1992, p. 381.

³³⁶ Pallini M., *Riflessioni in tema di condotta antisindacale: violazione del contratto collettivo, natura della pronuncia, legittimazione passiva*, in Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale, 1998, II, p. 500.

³³⁷ Marinelli M., *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 33.

ai singoli rapporti di lavoro, della fattispecie *de qua*³³⁸ e un'altra contrapposta che, invece, fa discendere dalla violazione delle clausole summenzionate l'illegittimità dei licenziamenti o trasferimenti "occasionati" dalla cessione a terzi dell'attività appaltata³³⁹.

Una posizione, quest'ultima, da condividere nel caso in cui si accerti in concreto la cd. natura mista della relativa previsione contrattuale, ricorrendo una situazione giuridica soggettiva qualificata del lavoratore ad un determinato assetto organizzativo dell'impresa³⁴⁰.

Inoltre, una volta riconosciuta la piena vincolatività giuridica, e non il mero carattere di raccomandazione³⁴¹, alla clausola collettiva che prevede, sul modello dell'art. 36 St. Lav.³⁴², l'obbligo assunto dalle imprese controllanti di far rispettare il contratto collettivo alle imprese controllate, dovrebbe ritenersi fondata, dal punto di vista sistematico, la soluzione interpretativa che, attribuita la natura cd. mista alla clausola *de qua*³⁴³, ritiene, in caso di inadempimento, l'impresa controllante responsabile per il risarcimento del danno sia nei confronti dei dipendenti dell'impresa controllata che dei sindacati stipulanti³⁴⁴, oltre che per la tutela del diritto soggettivo dei dipendenti dell'appaltatore al trattamento economico e normativo previsto dal contratto collettivo richiamato³⁴⁵.

³³⁸ Lunardon F., *Contrattazione collettiva e governo del decentramento produttivo*, in RIDL, I, 2004, p. 222; De Luca Tamajo R., *I processi di terziarizzazione intra moenia ovvero la fabbrica "multisocietaria"*, in *Il diritto del mercato del lavoro*, 1999, I, p. 69.

³³⁹ Scarpelli F., *Interposizione e Appalto nel settore dei servizi informatici*, in (a cura di) Mazzotta O., *Nuove tecnologie e rapporti fra imprese*, Giuffrè, Milano, 1990, p. 116; Lambertucci P., *Area contrattuale e autonomia collettiva*, Relazione al convegno AIDLASS su *Il diritto del lavoro e i confini dell'impresa*, Trento, 4-5 giugno 1999, in AA.VV., *Diritto del lavoro e nuove forme di decentramento produttivo*, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 108-109.

³⁴⁰ Marinelli M., *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 34.

³⁴¹ Mazzotta O., *Intevento*, in AA. VV., *Categorie professionali e contratti collettivi*, Supplemento a Notiziario di Giurisprudenza del Lavoro, Roma, 1990, p. 99.

³⁴² Guaglione L., *La disciplina degli appalti introaziendali e il contenuto dell'obbligazione solidale*, in (a cura di) Mazzotta O., *Nuove tecnologie e rapporti fra imprese*, Giuffrè, Milano, 1990, p. 171.

³⁴³ Mariucci L., *Il lavoro decentrato: discipline legislative e contrattuali*, Franco Angeli, Milano, 1979, pp. 253 ss.

³⁴⁴ Lambertucci P., *Area contrattuale e autonomia collettiva*, Relazione al convegno AIDLASS su *Il diritto del lavoro e i confini dell'impresa*, Trento, 4-5 giugno 1999, in AA.VV., *Diritto del lavoro e nuove forme di decentramento produttivo*, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 113 ss.; Garofalo M. G., *Decentramento produttivo, impresa-rete e area contrattuale dei bancari*, Relazione svolta al seminario organizzato dalla Fisac-CGIL della Regione Lazio sul tema "Accordo sulla definizione dell'area contrattuale per il settore del credito: aspetti giuridici e politici della nuova disciplina" (Ariccia, 19 giugno 1990), in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 1990, p. 78.

³⁴⁵ Ghera E., *Intervento*, in AA. VV., *Categorie professionali e contratti collettivi*, Supplemento a Notiziario di Giurisprudenza del Lavoro, Roma, 1990, p. 103; Carinci M. T., *Gli appalti nel settore privato. La distinzione tra appalto e trasferimento d'azienda ed il trattamento dei lavoratori impiegati negli appalti*, in *Il diritto del mercato del lavoro*, 2006, III, p. 453.

Nell'ambito della contrattazione collettiva successiva al d. lgs. 276/2003 e, quindi, all'abrogazione della l. 1369/1960, una parte della dottrina³⁴⁶ ha rilevato una "timida" riemersione del tentativo sindacale di delimitare il ricorso agli appalti, a fronte del contrario orientamento del legislatore del 2003 conferente all'autonomia collettiva il solo potere di ampliare ulteriormente, anzichè quello di dosare, i margini di flessibilità concessi all'impresa.

Tale ultima considerazione potrebbe suggerire l'apertura, in concomitanza del ritirarsi della norma inderogabile di fonte legale³⁴⁷, a favore della contrattazione collettiva di nuovi e più ampi ambiti di intervento, a partire da una possibile rimodulazione del principio di uniformità di trattamento di cui all'abrogato art. 3 l. 1369/1960³⁴⁸.

Il riferimento ad una possibile rivitalizzazione, da poco approvato il d. lgs. 276, dell'azione contrattuale del sindacato rimanda, in particolare, all'accordo Federmeccanica/Fim, Uilm su orario e mercato del lavoro del 22 gennaio 2004, che, da un lato, riprende alcuni "vecchi" divieti di ricorso all'appalto per alcune tipologie di lavoro (art. 28, disc. gen., parte 3, co. 2), e, dall'altro, prevede a carico delle imprese appaltanti l'obbligo di imporre alle imprese appaltatrici il rispetto delle norme contrattuali, previdenziali e antinfortunistiche (art. 28, comma 6), in attesa di un incontro volto a ridefinire, tra l'altro, la disciplina contrattuale in materia di appalto successiva all'abrogazione della l. 1369/1960.

D'altronde, non bisogna disconoscere le difficoltà strategiche ed operative che il sindacato si trova ad affrontare una volta abrogata la legge "di sostegno" n. 1369/1960, in quanto, sebbene non possano dirsi giuridicamente depotenziate le previsioni contrattuali deputate al controllo del decentramento produttivo, non può escludersi che l'abrogazione della l. 1369 abbia avuto effetti destabilizzanti sulla disciplina contrattuale menzionata³⁴⁹, sino al punto da far paventare rischi di "obliterazione" del profilo collettivo³⁵⁰ quale prospettiva di tutela del lavoro negli appalti³⁵¹.

³⁴⁶ Ricci M., *Tutele collettive e diritti sindacali nell'esternalizzazione*, in *Diritti, Lavori, Mercati*, I, 2005, p. 144.

³⁴⁷ Chisari C., Esposito M., Montrone A. M., *Somministrazione e appalti: contrattazione collettiva e fenomeni interpositori*, in (a cura di) Rusciano M., Zoli C., Zoppoli L., *Istituzioni e regole del lavoro flessibile*, ESI, Napoli, 2006, p. 417.

³⁴⁸ Passalacqua P., *Autonomia collettiva e mercato del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 295.

³⁴⁹ Chisari C., Esposito M., Montrone A. M., *Somministrazione e appalti: contrattazione collettiva e fenomeni interpositori*, in (a cura di) Rusciano M., Zoli C., Zoppoli L., *Istituzioni e regole del lavoro flessibile*, ESI, Napoli, 2006, p. 418.

4.1 Il problematico atteggiarsi dei diritti sindacali nei processi di integrazione contrattuale tra imprese

Tenuto conto della stretta correlazione intercorrente tra la contrattazione collettiva e i diritti sindacali, una breve riflessione, sia pur in via incidentale, merita l'intervento del legislatore del 2003 relativo ai diritti sindacali dei dipendenti dell'appaltatore, che pare richiamare all'attenzione l'esigenza di "rileggere" il profilo sindacal-collettivo alla luce dei fenomeni di integrazione contrattuale tra imprese, cui una risalente giurisprudenza e dottrina³⁵² avevano tentato di dare risposta nel confrontarsi con l'art. 20 dello St. Lav.

Infatti, la Pretura di Roma, nei lontani anni '70, dopo aver qualificato il diritto dei lavoratori all'assemblea come diritto assoluto e, quindi, opponibile a tutti i terzi, incluso il terzo appaltante, ha riconosciuto, sulla base dell'art. 20 St. Lav., il diritto dei dipendenti dell'impresa appaltatrice di esercitare il diritto di assemblea anche nei locali dell'appaltante, questi ultimi concretizzanti l'unità produttiva in cui i lavoratori svolgevano la loro prestazione lavorativa.

Sposando una impostazione accentuatamente sostanzial-funzionalistica, la Pretura di Roma, estendendo in maniera "forzosa" il dettato letterale della previsione di cui all'art. 20 St. Lav., perviene alla conclusione del riconoscimento di un obbligo dell'appaltante, in contrapposizione al diritto di assemblea *de quo*, in virtù dell'argomentazione secondo la quale un rapporto diretto tra dipendenti dell'appaltatore e committente è già stato predisposto dal legislatore nelle previsioni di cui agli artt. 1676 c.c. e 3 l. 1369/1960.

Dal canto suo, il legislatore del 2003 è intervenuto in tema di diritti sindacali nell'appalto con una previsione, anch'essa di non agevole lettura, contenuta nell'art. 24, comma 1, d. lgs. 276/2003, la cui stessa collocazione tra le disposizioni in materia di somministrazione di lavoro appare contrassegnata da «una *ratio* scarsamente comprensibile»³⁵³.

³⁵⁰ Corazza L., *La nuova nozione di appalto nel sistema delle tecniche di tutela del lavoratore*, in I working papers *Centro studi di Diritto del lavoro europeo Massimo D'Antona*, 2009, n. 93, pp. 12-14, disponibile su <http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp>.

³⁵¹ Scarpelli F., *Lotta al lavoro nero e insicuro, "buona impresa", precarietà: una nuova via per le politiche del lavoro*, in (a cura di) Perulli A., *Le riforme di lavoro. Dalla Legge Finanziaria 2007 al Protocollo sul Welfare*, Halley, Verona, 2007, p. 163.

³⁵² Pret. Roma, 12 maggio 1977, in *Diritto del Lavoro*, II, 1977, pp. 408 ss., con nota non adesiva di Conti G., *Diritto di assemblea dei lavoratori dipendenti delle ditte appaltanti*.

³⁵³ Ricci M., *Tutele collettive e diritti sindacali nell'esternalizzazione*, in *Diritti, Lavori, Mercati*, I, 2005, p. 146.

La previsione ex art. 24, comma 1, d. lgs. 276/2003 del riconoscimento dei diritti sindacali di cui alla l. 300/1970 anche ai dipendenti dell'appaltatore ha, dunque, soprattutto in dottrina, suscitato dei rilievi interpretativi e ricostruttivi.

Ad un orientamento interpretativo propenso ad enfatizzare la non subordinazione dell'azionabilità dei diritti sindacali al rispetto dei requisiti dimensionali ex art. 35 l. 300/1970³⁵⁴, si affianca una lettura sistematica³⁵⁵, volta a dare una coerente "significatività" lavoristica alla disposizione *de qua*, che potrebbe spingersi sino a fornire una, sia pur non nitida ed embrionale, base "positiva" anche a forme atipiche di azione collettiva, come gli scioperi di solidarietà³⁵⁶, nell'ambito di processi d'integrazione contrattuale tra imprese.

Infatti, la posizione dottrinale summenzionata riconosce l'applicabilità dell'art. 24, comma 1, d. lgs. 276/2003 ai soli dipendenti dell'appaltatore inseriti nel ciclo produttivo dell'impresa committente, sia per l'accostamento "assimilante", compiuto dalla stessa previsione normativa, con i lavoratori "sommministrati" e sia per un'indiretta, quando indiscutibile, connessione con il testo abrogato dell'art. 3 l. 1369/1960³⁵⁷.

Fermo restando il laconico e poco chiaro tenore della disposizione normativa di cui all'art. 24, comma 1, d. lgs. 276/2003, una coerente interpretazione, che non voglia relegare la norma *de qua* alla "condizione" di *tamquam non esset*, indurrebbe a propendere per una convergenza e compenetrazione dei suddetti orientamenti ricostruttivi.

Vale a dire, la non subordinazione dell'azionabilità dei diritti sindacali al rispetto dei requisiti dimensionali di cui all'art. 35 l. 300/700 dovrebbe riconoscersi ai dipendenti di imprese appaltatrici per effetto dell'integrazione contrattuale realizzatasi con l'impresa committente e a prescindere dall'inserimento dei lavoratori medesimi nel ciclo

³⁵⁴ Ricci M., *Tutele collettive e diritti sindacali nell'esternalizzazione*, in *Diritti, Lavori, Mercati*, I, 2005, p. 146; Chieco P., *Le nuove esternalizzazioni tra fornitura di prestazioni lavorative (sommministrazione e distacco) e appalti labour intensive*, in (a cura di) Curzio P., *Lavoro e diritti a tre anni dalla l. n. 30/2003*, Cacucci, Bari, 2006, p. 158.

³⁵⁵ Ichino, P., *Sommministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*, in Pedrazzoli M. (coordinato da) *Il nuovo mercato del lavoro*, Zanichelli, Bologna, 2004, pp. 314-315.

³⁵⁶ Erickson C. L. – Fisk C. L. – Milkman R. – Mitchell D. J. B. – Wong K., *Justice for Janitors in Los Angeles: Lessons from Three Rounds of Negotiations*, in *British Journal of Industrial Relations*, 40:3, 2002, pp. 542-567; Germanotta P. – Novitz T., *Globalisation and the right to strike: The case for European-Level Protection of Secondary Action*, in *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, Spring 2002, pp. 67 ss.

³⁵⁷ Ichino, P., *Sommministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*, in Pedrazzoli M. (coordinato da) *Il nuovo mercato del lavoro*, Zanichelli, Bologna, 2004, p. 315; Calafà L., *Sciopero di solidarietà-protesta e scomparsa dell'impresa* (nota a Pret. Ferrara, 29 giugno, 1994), in *RIDL*, II, 1995, pp. 466 ss.

produttivo di quest'ultima, atteso che nessun riferimento al riguardo pare operare il tenore letterale della disposizione in commento.

Anche l'azione collettiva condotta nell'ambito di un appalto qualificato da elementi di transnazionalità³⁵⁸ solleva degli interessanti profili ricostruttivi circa i possibili spazi di legittimità del conflitto sindacale, ancor più se proiettati sul quadro normativo comunitario³⁵⁹.

Il riferimento è, in particolare, al recente caso *Laval*³⁶⁰, in cui il sindacato svedese ha fatto ricorso ad una articolata e progressiva strategia di autotutela collettiva volta ad ostacolare un esercizio, ritenuto abusivo e ispirato ad una logica di *dumping sociale*, della libera prestazione di servizi da parte di un'impresa lettone distaccante propri lavoratori sul territorio svedese per l'esecuzione di un'opera pubblica.

Nel caso di specie, se, invero, è possibile qualificare l'azione collettiva degli elettrici svedesi in termini di sciopero di solidarietà³⁶¹ più verso i connazionali edili che i lavoratori lettoni distaccati³⁶², un contratto di appalto pubblico è stato occasione di un conflitto sindacale, coinvolgente un datore di lavoro "straniero", organizzato e gestito da organizzazioni sindacali cui nessun dipendente del predetto datore è iscritto³⁶³.

La particolarità del caso *Laval*, riguardo al delicato profilo della compatibilità tra esercizio di azioni collettive transnazionali e intralcio alla libera circolazione dei servizi nel mercato interno, consentirebbe di pervenire alla conclusione più generale secondo cui, dando valenza discretiva agli attori coinvolti, mentre è legittimo scioperare a tutela dei propri interessi, non lo è se l'azione collettiva, di "ostacolo" alla libertà di

³⁵⁸ Lassandari A., *La tutela collettiva nell'età della competizione economica globale*, in I working papers Centro studi di Diritto del lavoro europeo Massimo D'Antona, 2005, n. 25, in <http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp>; Caruso B., *Il conflitto collettivo post-moderno: come si adegua il diritto del lavoro*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 2002, pp. 93 ss.; Supiot A., *Revisiter les droits d'action collective*, in *Dr. Soc.*, n. 7- 8, 2001, pp. 687 ss.

³⁵⁹ Orlandini G., *Considerazioni sulla disciplina del distacco dei lavoratori stranieri in Italia*, in RIDL, 2008, I, pp. 59 ss.

³⁶⁰ Corte di Giustizia CE, 18 novembre 2007, caso *Laval*, C-341/05.

³⁶¹ Pera G., *Diritto del lavoro*, IV edizione, Cedam, Padova, 1991, pp. 198 ss.; Ghezzi G. – Romagnoli U., *Diritto sindacale*, IV edizione, Zanichelli, Bologna, 1997, pp. 212-214; De Luca Tamajo R. – Carinci F., Treu T. – Tosi P., *Diritto sindacale*, II edizione, Utet, Torino, 1992, pp. 392 ss.

³⁶² Orlandini G., *Autonomia collettiva e libertà economiche: alla ricerca dell'equilibrio perduto in un mercato aperto e in libera concorrenza*, in I working papers Centro studi di Diritto del lavoro europeo Massimo D'Antona, 2008, n. 66, in <http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp>, pp. 18 ss.; Dorssemont F., *The right to take collective action versus fundamental economic freedoms in the aftermath of Laval and Viking*, pp. 22 ss., disponibile su [http://www.etui.org/en/Headline-issues/Viking-Laval-Rueffert-Luxembourg/2-Articles-in-academic-literature-on-the-judgements/\(offset\)/15](http://www.etui.org/en/Headline-issues/Viking-Laval-Rueffert-Luxembourg/2-Articles-in-academic-literature-on-the-judgements/(offset)/15).

³⁶³ Orlandini G., *Autonomia collettiva e libertà economiche: alla ricerca dell'equilibrio perduto in un mercato aperto e in libera concorrenza*, in I working papers Centro studi di Diritto del lavoro europeo Massimo D'Antona, 2008, n. 66, in <http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp>, p. 21.

circolazione dei servizi offerti dall'impresa distaccante, è attuata da sindacati cui non siano iscritti i dipendenti della stessa impresa, in quanto una tale azione collettiva determinerebbe una discriminatoria compartimentazione del mercato interno³⁶⁴.

Nel caso *de quo*, un eventuale contratto "migliorativo" stipulato dai sindacati lettoni avrebbe potuto considerarsi intoccabile dai vincoli normativi comunitari solo se l'azione condotta dai sindacati lettoni finalizzata a tale obiettivo avesse superato il cd. "test di legittimità", corredando di tale crisma la medesima azione posta in essere dai sindacati svedesi, dipendente la legittimità dell'azione secondaria di solidarietà da quella primaria³⁶⁵.

Pertanto, l'accennato approdo ricostruttivo fa dipendere la legittimità dell'azione collettiva "secondaria" dalla tutela, più o meno estesa, garantita all'azione collettiva "primaria" dall'ordinamento giuridico dello Stato di provenienza dei lavoratori interessati dal conflitto "originario"³⁶⁶, con la conseguente produzione di effetti livellanti le tutele sindacali "verso il basso" nel caso di applicazione di tale "metro" di valutazione ai lavoratori distaccati da Stati con ordinamenti giussindacali poco "rispettosi" dell'autonomia collettiva³⁶⁷.

Tuttavia, anche nel caso in cui si ritengano non del tutto negativi gli esiti ricostruttivi delineati, deve sottolinearsi che se, da un lato, un controllo giudiziale sulle finalità dello sciopero sembra inconciliabile con il principio di autodeterminazione dell'interesse collettivo³⁶⁸, dall'altro lato, l'interpretazione del conflitto collettivo fornita dalla Corte di Giustizia UE finirebbe per paralizzare, nella sostanza, l'azione collettiva.

Dopotutto, è la pressione dell'azione collettiva e/o della sola minaccia della medesima azione che, secondo quanto dimostra la prassi e il relativo dispiegarsi dei rapporti di forza nelle dinamiche economiche e sociali, rappresenta il più "sensato stimolo" ad un

³⁶⁴ Orlandini G., *Autonomia collettiva e libertà economiche: alla ricerca dell'equilibrio perduto in un mercato aperto e in libera concorrenza*, in *I working papers Centro studi di Diritto del lavoro europeo Massimo D'Antona*, 2008, n. 66, in <http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp>, p. 21.

³⁶⁵ Orlandini G., *Autonomia collettiva e libertà economiche: alla ricerca dell'equilibrio perduto in un mercato aperto e in libera concorrenza*, in *I working papers Centro studi di Diritto del lavoro europeo Massimo D'Antona*, 2008, n. 66, in <http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp>, p. 20.

³⁶⁶ Hepple B., *Diritto del lavoro, diseguaglianza e commercio globale*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, n. 97, 2003, p. 44.

³⁶⁷ Orlandini G., *Diritto di sciopero, azioni collettive transnazionali e mercato interno dei servizi: nuovi dilemmi e nuovi scenari per il diritto sociale europeo*, in *I working papers Centro studi di Diritto del lavoro europeo Massimo D'Antona*, 2006, n. 45, in <http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp>, pp. 37-38.

³⁶⁸ Pallini M., *Law shopping e autotutela sindacale nell'Unione Europea*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, II, 2008, pp. 15 ss.

eventuale contratto collettivo di lavoro migliorativo, a favore dei lavoratori distaccati, “liberamente” siglato dall’impresa distaccante nello stato ospitante, così come ritenuto legittimo quest’ultimo accordo dalla stessa Corte di Giustizia nel caso *Laval* (par. 81). Tuttavia, una tale ricostruzione rifugge da una nozione di azione collettiva ammantata da una connotazione funzionalistica, in quanto strumentale esclusivamente alla contrattazione collettiva e “immune” da ogni altro obiettivo solidaristico volto, anche in via “mediata” e nei confronti di «interessi terzi rispetto a quelli della controparte contrattuale»³⁶⁹, al miglioramento delle condizioni dei lavoratori³⁷⁰, attuali e potenziali. All’orizzonte permane, dunque, l’interessante e condivisibile prospettiva, *de iure condendo*, delineata in dottrina³⁷¹, secondo la quale, una volta distinto il piano dell’ordinamento comunitario rispetto a quello nazionale, sarebbe auspicabile una definizione e una disciplina comunitaria, in chiave procedurale, dell’azione collettiva sovranazionale, mirante a permetterne l’esercizio nel caso di incidenza sulle dinamiche economico-produttive dell’integrazione europea e, sia pure, senza alterare gli equilibri propri delle discipline nazionali in materia di relazioni industriali.

4.2 L’evoluzione delle forme e dei contenuti dell’autonomia collettiva negli appalti sovranazionali: gli accordi quadro internazionali

Il “limitato” istituto dell’appalto, in quanto calato nei più ampi programmi contrattuali di integrazione economica tra imprese sempre più, qualitativamente e quantitativamente, sviluppati a seguito del cd. processo di globalizzazione, suggerisce una breve disamina dello stato dell’arte come delle possibili tendenze del dispiegarsi delle nuove forme, emergenti sul piano più spiccatamente globale, dell’autonomia

³⁶⁹ Orlandini G., *Diritto di sciopero, azioni collettive transnazionali e mercato interno dei servizi: nuovi dilemmi e nuovi scenari per il diritto sociale europeo*, in *I working papers Centro studi di Diritto del lavoro europeo Massimo D’Antona*, 2006, n. 45, in <http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp>, p. 45.

³⁷⁰ Reich N., *Free Movement vs. Social Rights in an Enlarged Union - the Laval and Viking Cases before the ECJ*, 2008, pp. 14 ss., disponibile su: <http://digitalcommons.law.umaryland.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1000&context=soceuro>; Veneziani B., *La Corte di Giustizia e il cavallo di Troia*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, II, 2008, pp. 306 ss.

³⁷¹ Orlandini G., *Diritto di sciopero, azioni collettive transnazionali e mercato interno dei servizi: nuovi dilemmi e nuovi scenari per il diritto sociale europeo*, in *I working papers Centro studi di Diritto del lavoro europeo Massimo D’Antona*, 2006, n. 45, in <http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp>, pp. 51 ss.

collettiva che intercettano, appunto, i crescenti processi di segmentazione produttiva, disseminati anche su scala planetaria³⁷².

Al riguardo, il mancato verificarsi delle condizioni che erano in grado, potenzialmente, di avverare le “promesse” protettive dei codici di condotta unilaterali elaborati dalle imprese, soprattutto multinazionali³⁷³, ha determinato, per quanto riguarda il profilo funzionale, una conseguente progressiva “atrofizzazione” e, allo stesso tempo, evoluzione “darwinistica” degli stessi.

Un indicativo segnale di tale orientamento può ravvisarsi nella progressiva transizione dei codici di condotta, e specie per i codici sociali³⁷⁴, da strumento di regolamentazione unilaterale a favore di una regolamentazione di carattere multilaterale.

Sulla scorta di tale evoluzione e alla luce dell’incerto quadro attuale delle relazioni industriali di livello sovranazionale, in cui langue una valida espressione di autonomia collettiva, il movimento sindacale, e in particolare le federazioni sindacali internazionali, hanno “tentato” la strada della stipulazione degli accordi quadro internazionali³⁷⁵.

Ovviamente, è opportuno sottolineare che se, da un punto di vista giussindacale, gli accordi quadro internazionali incarnano gli esiti di una “maturazione” del quadro normativo delle relazioni industriali, essi, allo stesso tempo, rappresentano un “fenomeno giuridico” dai contorni non, ancora, ben delineati e consolidati, dal punto di vista sia soggettivo, sia oggettivo, oltre che della sfera di applicazione territoriale.

Innanzitutto, i riferimenti temporali ci prospettano gli accordi quadro internazionali alla stregua di strumenti regolativi relativamente “giovani”, se facciamo risalire il primo accordo quadro, stipulato dalla multinazionale Danone e dalla Federazione Sindacale Internazionale del settore alimentare³⁷⁶, alla metà degli anni ’80. Tuttavia, a fronte di una situazione di sostanziale stasi nel corso degli anni ’90, un rinnovato impulso alla

³⁷² Sul tema, si veda l’interessante opera collettanea Descolanges M. – Saincy B. (a cura di), *Les nouveaux enjeux de la négociation sociale internationale*, La Découverte, Paris, 2006.

³⁷³ Murray J., *Corporate codes of conduct and labour standards*, in (a cura di) Kyllion R., *Mastering the challenge of globalization. Towards a trade union agenda*, ITC of ILO, Torino, 1998.

³⁷⁴ Wild A., *International business social initiatives: social codes of practices. The “new kid in block”*, in AA.VV., *A new spirit of enterprise: Articles and cases*, ILO, Geneva, 1999, p. 67.

³⁷⁵ Hammer N., *International Frameworks Agreements: global industrial relations between rights and bargaining*, in *Transfer*, Vol. 11, n. 4, 2005, pp. 512 ss.

³⁷⁶ Hammer N., *International Frameworks Agreements: global industrial relations between rights and bargaining*, in *Transfer*, Vol. 11, n. 4, 2005, p. 515.

stipula degli accordi quadro internazionali si è avuto a partire dagli inizi di questo secolo.

La recente rivitalizzazione dello strumento *de quo* ha impedito, però, di pervenire ad una definizione precisa e pacifica di accordo quadro internazionale, cui può approssimativamente risalirsi per via indiretta e grazie ad “indici” desumibili dagli accordi-modello elaborati unilateralmente³⁷⁷ dalle Federazioni Sindacali Internazionali³⁷⁸: il riferimento alle convenzioni OIL, la “tensione espansiva” nei confronti dell’intera filiera produttiva, la stipula da parte di una Federazione Sindacale Internazionale e la partecipazione sindacale alle successive fasi di “manutenzione”, anche conflittuale, dell’accordo³⁷⁹.

Un breve richiamo al fattore geografico-territoriale se, da un lato, consente di escludere dagli accordi quadro internazionali in senso stretto gli accordi, non numerosi, conclusi a livello regionale, soprattutto europeo, dalle Federazioni Sindacali Europee e/o dai Comitati Aziendali Europei, dall’altro lato, evidenzia come la quasi totalità degli accordi quadro internazionali è stipulata da imprese con sede legale in Europa, per lo più settentrionale, e, quindi, con uno specifico modello di relazioni industriali di riferimento.

Il profilo soggettivo della tematica *de qua* evidenzia un intricato groviglio di agenti negoziali e di conseguenti livelli di contrattazione interessati.

La complessità del quadro di riferimento prospettato si spiega in virtù del fatto che, sul versante datoriale, l’accordo quadro internazionale è stipulato, salvo che nel settore marittimo, dove vi è una vera e propria contrattazione collettiva globale tra contrapposte federazioni sindacali internazionali³⁸⁰, da agenti contrattuali di livello aziendale, mentre, sul versante sindacale dei lavoratori, l’accordo, talvolta, ma non necessariamente, è siglato, da una pluralità di parti negoziali, sia di livello aziendale, sia di livello nazionale³⁸¹.

³⁷⁷ Lassandari A., *La tutela collettiva nell’età della competizione economica globale*, in *I working papers Centro studi di Diritto del lavoro europeo Massimo D’Antona*, 2005, n. 25, in <http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp>, pp. 48 ss.

³⁷⁸ Nilsson J., *A tool for achieving workers’ rights*, in *Metal Word*, n. 4, 2002, pp. 22 ss.

³⁷⁹ Hammer N., *International Frameworks Agreements: global industrial relations between rights and bargaining*, in *Transfer*, Vol. 11, n. 4, 2005, pp. 524 ss.

³⁸⁰ Lillie N., *Global collective bargaining on flag of convenience shipping*, in *British Journal of Industrial Relations*, 42:1, 2004, pp. 47-67.

³⁸¹ Ales E., Engblom S., Jaspers T., Laulom S., Sciarra S., Sobczak A., Valdes Dal Re F., *Transnational Collective Bargaining: Past, Present and Future*, http://ec.europa.eu/employment_social/labour_law/docs/transnational_agreements_ales_study_en.pdf, 2006; Scarponi S., *La “privatizzazione” delle norme*

Comunque, in ogni caso, le summenzionate parti stipulanti sono affiancate, almeno sul fronte sindacale dei lavoratori, dalla Federazione Sindacale Internazionale di categoria, al fine di garantire la copertura protettiva anche a favore dei lavoratori occupati in aziende della medesima categoria “a valle” della filiera produttiva, che assume sempre più una dimensione globale³⁸², disegnata dall’impresa committente.

Come accennato, la tendenziale propensione a promuovere l’applicazione degli accordi quadro internazionali lungo l’intera filiera produttiva dell’odierna impresa transnazionale a rete³⁸³ risulta, secondo stime relativamente recenti³⁸⁴, aver determinato, nel complesso, una copertura globale approssimativa di circa cinque milioni di lavoratori.

Prima facie, un’analisi del profilo oggettivo-contenutistico degli accordi quadro internazionali evidenzia, come *background*, un approccio cooperativo da parte di ambo le contrapposte parti negoziali per quanto riguarda la gestione, anche nella fase di composizione di eventuali conflitti, dello strumento regolativo di cui si discute, che finisce per integrare l’esito del riconoscimento formale del dialogo sociale a livello globale.

Infatti, a differenza dei codici unilaterali di condotta, gli accordi quadro internazionali prevedono generalmente, sin dalla fase di elaborazione, la partecipazione dei lavoratori e dei rappresentanti sindacali³⁸⁵. Di qui, i tentativi sindacali, ancora esigui e disorganici, di costituzione di consigli mondiali d’impresa, che tenderebbero a garantire una rappresentanza effettiva dei lavoratori a livello globale e a tenere aperti i “canali di comunicazione” tra livello sovranazionale e livelli inferiori e decentrati di

internazionali di tutela del lavoro: codici etici di responsabilità sociale, accordi sindacali internazionali, in Lavoro e Diritto, III, 2009, pp. 411-412.

³⁸² Marginson P., *La réalité actuelle des accords transnationaux dans les entreprises. Les accords conclus : sujets traités, intérêts et difficultés. Quelle complémentarité avec le dialogue sectoriel? : La réalité actuelle des accords transnationaux dans les entreprises*, in Cahiers de la Fondation, Les, n. 65 - 66 mars – septembre, 2006; Gibb E., *International Framework Agreements: Increasing the effectiveness of core labour standards*, 2005, disponibile su www.global-labour.org/euan_gibb.htm; Lo Faro A., *La contrattazione collettiva transnazionale: prove di ripresa del dialogo sociale in Europa?*, in Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali, III, 2007, pp. 551 ss.

³⁸³ Rullani E., *"Global-mente"*, in Economia e politica industriale, 29(113), 2002, pp. 19-46.

³⁸⁴ Papadakis K., *Research on International social dialogue and International Framework Agreements (IFAs)*, in International Labour Review, 2008, pp. 100 ss.

³⁸⁵ Scarponi S., *La “privatizzazione” delle norme internazionali di tutela del lavoro: codici etici di responsabilità sociale, accordi sindacali internazionali*, in Lavoro e Diritto, III, 2009, p. 412.

rappresentanza, abitualmente informati e consultati prima della stipula di un accordo quadro internazionale³⁸⁶.

Proseguendo l'esame contenutistico degli accordi quadro internazionali, si scorge un maggiore, sempre rispetto ai codici di condotta, arricchimento e approfondimento dei temi affrontati, che vanno certamente oltre i *core labour standard*, fino a dare risalto alle problematiche relative alla salute e sicurezza sul lavoro³⁸⁷, all'orario di lavoro e ai diritti sindacali di informazione e consultazione³⁸⁸.

Negli accordi quadro internazionali è rinvenibile in maniera particolarmente rilevante il tentativo, variamente graduato in termini di intensità, di responsabilizzare l'impresa "a monte" del processo produttivo in riferimento all'osservanza, anche da parte di appaltatori e subfornitori, dei trattamenti economici e normativi convenzionalmente stabiliti³⁸⁹.

Da tale ultimo punto di vista, gli accordi quadro internazionali, certamente, potrebbero rappresentare un primo encomiabile, sia pur ancora "adattabile", tentativo di risposta anche alla pressante esigenza di contrasto al fenomeno del cd. *dumping* sociale, evidentemente correlato a processi transnazionali di integrazione contrattuale interessanti sistemi giuridici nazionali connotati da, talvolta, "abissali" differenziali di tutela e di costo del lavoro.

5. La peculiarità della dimensione preventivo-promozionale nella disciplina lavoristica in materia di appalti pubblici

Alla dimensione "regolativa" della disciplina lavoristica dell'appalto si può certamente ascrivere quel filone normativo, comprensivo di disposizioni sia di *hard*, sia di *soft law*,

³⁸⁶ Schomann I., Sobzak A., Voss E., Wilke P., *Codes of conduct and international framework agreements: New forms of governance at company level*, European Foundation for the improvement of living and working conditions, 2008, pp. 52 ss, disponibile su www.eurofound.europa.eu.

³⁸⁷ Scarponi S., *Globalizzazione, responsabilità sociale delle imprese e modelli partecipativi*, in (a cura di) Scarponi S., *Globalizzazione, responsabilità sociale delle imprese e modelli partecipativi*, Quaderni DSG, Trento, 2007, p. 30.

³⁸⁸ Scarponi S., *La "privatizzazione" delle norme internazionali di tutela del lavoro: codici etici di responsabilità sociale, accordi sindacali internazionali*, in Lavoro e Diritto, III, 2009, p. 412; Daugareilh I., *La dimension internationale de la responsabilité sociale des entreprises européennes: observations sur une normativité à vocation transnationale*, in AA. VV., *La dimension pluridisciplinaire de la responsabilité sociale de l'entreprise*, 2007, p. 285.

³⁸⁹ Scarponi S., *La "privatizzazione" delle norme internazionali di tutela del lavoro: codici etici di responsabilità sociale, accordi sindacali internazionali*, in Lavoro e Diritto, III, 2009, p. 420.

nazionale e comunitario, già rilevato in dottrina³⁹⁰, che mira ad intercettare nel più ampio sistema giuridico, non solo giuslavoristico, istituti ed indici di riferimento volti a valorizzare il diritto del lavoro non solo come strumento di tutela³⁹¹, bensì, quale occasione per «elevare la qualità non tanto e non solo delle imprese appaltatrici, quanto soprattutto dei servizi appaltati»³⁹².

Muovendo da una concezione dell'organizzazione imprenditoriale più come “fascio” di «procedure, regole, prassi, *standard* operativi e *skills* che come insieme di mezzi materiali e uomini»³⁹³, si fa riferimento a quel *trend* normativo che, a partire dalla normativa nazionale attuativa, a sua volta, di direttive comunitarie, in materia di appalti pubblici, anche di fornitura e di servizi³⁹⁴, prevede, per appalti superiori a soglie prefissate, precisi criteri di valutazione della consistenza economico-finanziaria dell'impresa, nonché della relativa capacità tecnico-organizzativa.

Quest'ultima è da valutare alla luce delle cd. specifiche tecniche di derivazione comunitaria e degli, ormai consolidati, sistemi certificativi di qualità tecnica, sociale ed ambientale dei prodotti e dei processi produttivi³⁹⁵.

Nella stessa direzione si sono mosse la l. 82/1994, che, in riferimento all'attività delle imprese di pulizia, disinfezione, disinfestazione, derattizzazione e sanificazione, ha sancito l'obbligo, per le succitate imprese, di iscrizione al registro delle imprese o all'albo delle imprese artigiane, subordinandolo alla verifica del possesso di requisiti di onorabilità, economico-finanziari e tecnico-organizzativi, stabiliti con D.M. n. 274/1997, nonché le varie proposte legislative, solo alcune delle quali hanno “conquistato” un compiuto approdo procedurale, miranti ad istituire sistemi volontaristici di certificazione di conformità sociale³⁹⁶.

³⁹⁰ Bonardi O., *L'utilizzazione indiretta dei lavoratori*, Franco Angeli, Milano, 2001, pp. 361 ss.

³⁹¹ Bizzarro C., *Appalto e certificazione*, in Bollettino Adapt n. 16, 26 aprile 2007, p. 3, reperibile su www.fmb.unimore.it.

³⁹² Bonardi O., *L'utilizzazione indiretta dei lavoratori*, Franco Angeli, Milano, 2001, p. 362; ma vedi anche, Scarpelli F., *Il codice degli appalti pubblici: un'occasione per promuovere la regolarità del lavoro*, in Note Informative, n. 36, 2006, pp. 22 ss.

³⁹³ Bonardi O., *L'utilizzazione indiretta dei lavoratori*, Franco Angeli, Milano, 2001, p. 362.

³⁹⁴ Disciplinati, dapprima, rispettivamente dal d. lgs. n. 358/1992 e d. lgs. 157/1995, come, attualmente, “confluiti” nel d. lgs. 163/2006.

³⁹⁵ Bonardi O., *L'utilizzazione indiretta dei lavoratori*, Franco Angeli, Milano, 2001, p. 365.

³⁹⁶ Per tutti, il disegno di legge S 343, del 27 giugno 2001 sulla *Certificazione di conformità sociale dei prodotti realizzati senza l'utilizzo di lavoro minorile*, su cui Bonardi O., *L'utilizzazione indiretta dei lavoratori*, Franco Angeli, Milano, 2001, p. 367 e Ferraresi M., *Responsabilità sociale delle imprese: il ruolo del diritto del lavoro*, in DRI, 2004, p. 402.

Gli istituti giuridici e gli indici di riferimento richiamati non sono necessariamente incompatibili tra loro, ma, anzi, coesistono e si “richiamano” a vicenda, come nel caso previsto dal d.P.R. n. 34 del 25 febbraio 2000, che, disciplinando il sistema unico di qualificazione delle imprese partecipanti a gare per gli appalti pubblici di lavori, già ipotizzato dalla legge quadro 109/1994 sui lavori pubblici (la cd. Merloni) ha richiesto, tra gli altri, il requisito, ai fini della predetta qualificazione per categorie, del possesso del sistema di gestione di qualità aziendale UNI EN ISO 9000³⁹⁷.

L’abrogazione della l. 109/1994 dal parte del d. lgs. 163/2006 (cd. Codice degli appalti pubblici) non ha determinato, tuttavia, dei sostanziali sconvolgimenti disciplinari, laddove, nell’ispirare le linee guida della disciplina dei meccanismi di certificazione dei soggetti esecutori a qualsiasi titolo di lavori pubblici ai principi di qualità, professionalità e correttezza, l’art. 40 del Codice degli appalti pubblici ha, nella sostanza, riprodotto la disposizione, di carattere programmatico ed organizzativo, di cui all’art. 8 della legge quadro sui lavori pubblici, che aveva disposto l’istituzione del sistema unico di qualificazione in materia di appalti di lavori pubblici³⁹⁸.

Pertanto, a conferma del quadro normativo preesistente, l’art. 40, comma 3, del Codice demanda agli organismi di attestazione (SOA) - soggetti di diritto privato investiti di una pubblica funzione - il compito di verificare il possesso, da parte dei soggetti qualificati, di un sistema di qualità conforme alle norme europee della serie UNI EN ISO 9000 e alla normativa nazionale, nonché dei requisiti di ordine generale, tecnico-organizzativi, comprendenti misure di gestione ambientale, ed economico-finanziari conformi alle disposizioni comunitarie in materia di qualificazione.

Inoltre, a sostegno di un impianto normativo che, sin dalla fase della progettazione dell’opera o del servizio (pubblici) da appaltare, conferisce rilievo peculiare alla protezione del lavoro, merita una particolare menzione l’individuazione della figura del responsabile del procedimento, unico per le fasi della progettazione, dell’aggiudicazione e dell’esecuzione, che si designa, ex art. 10 del Codice degli appalti pubblici, quale garante, appunto, anche della disciplina di tutela del lavoro³⁹⁹.

³⁹⁷ Petracci F., *Il rapporto di lavoro nell’appalto*, Cedam, Padova, 2003, pp. 175 ss.

³⁹⁸ Cardarelli F., *Art. 40. Qualificazione per eseguire lavori pubblici*, in (a cura di) Baldi M. – Tomei R., *La disciplina dei contratti pubblici : commentario al Codice appalti*, IPSOA, Milano, 2007, pp. 448 ss.

³⁹⁹ Scarpelli F., *Il codice degli appalti pubblici: un’occasione per promuovere la regolarità del lavoro*, in Note Informative, n. 36, 2006, p. 28.

Per quanto attiene ai requisiti, utili ai fini dell'ottenimento della certificazione da parte delle SOA, riguardanti il profilo contributivo, prevenzionale e contrattuale, l'art. 40, comma 4, d. lgs. 163/2006 demanda, tra gli altri, quest'ultimi ad una dettagliata disciplina di rango regolamentare, in sostituzione dell'art. 7 D.P.R. 34/2000, che subordinava la partecipazione agli appalti pubblici di lavori all'inesistenza di violazioni gravi, definitivamente accertate, in merito alle materie summenzionate⁴⁰⁰.

Inoltre, il Codice è intervenuto, per mezzo dell'art. 38, a delineare i requisiti, attinenti all'affidabilità morale, economica e professionale dell'esecutore, di ordine generale che devono essere posseduti dagli operatori economici ai fini della partecipazione alle procedure di gara, della stipulazione dei relativi contratti e dell'affidamento di subappalti, riconducendo ad unitarietà una disciplina interna, a sua volta attuativa di tre direttive comunitarie (art. 24 dir. 93/37/CEE; art. 29 dir. 92/50 CEE e art. 20 dir. 93/36/CE), differenziata per gli appalti di lavori, servizi e forniture.

Tuttavia, fermo restando il rispetto del principio del "necessario" possesso dei requisiti generali di partecipazione già al momento della presentazione della domanda o dell'offerta, il legislatore nazionale del 2006, diversamente dall'impostazione comunitaria sul punto, ha optato per una soluzione di maggior rigore, riconoscendo ai requisiti generali lo *status* di cause di esclusione che non consentono alcuna valutazione di carattere discrezionale, ma operano in modo tassativo⁴⁰¹.

Tralasciando i requisiti più strettamente attinenti alle patologie dell'impresa e dei comportamenti dei "rappresentanti", in senso lato intesi, della medesima, l'art. 38, comma 1, lett. e), i), l), del Codice degli appalti pubblici annovera, con una disposizione identica a quella già contenuta nell'art. 75 del D.P.R. 554/1999, tra le cause di esclusione dalla partecipazione alla gara fattispecie di gravi infrazioni, definitivamente accertate, di norme in materia prevenzionale o, più in generale, di tutela del lavoro, in base a comprovate risultanze in possesso dell'Osservatorio sugli appalti pubblici⁴⁰².

⁴⁰⁰ Cardarelli F., *Art. 40. Qualificazione per eseguire lavori pubblici*, in (a cura di) Baldi M. – Tomei R., *La disciplina dei contratti pubblici : commentario al Codice appalti*, IPSOA, Milano, 2007, p. 449 ss.

⁴⁰¹ Cardarelli F., *Articolo 38. Requisiti di ordine generale*, in (a cura di) Baldi M. – Tomei R., *La disciplina dei contratti pubblici : commentario al Codice appalti*, IPSOA, Milano, 2007, p. 422.

⁴⁰² Scarpelli F., *Il codice degli appalti pubblici: un'occasione per promuovere la regolarità del lavoro*, in Note Informative, n. 36, 2006, p. 28.

La sostanziale innovazione rilevata⁴⁰³ attiene al tentativo di “isolare”, sia pure secondo una prospettiva di razionalizzazione della previgente disciplina racchiusa nella previsione di cui all’art. 75 del D.P.R. 554/1999, le tre diverse fattispecie relative agli obblighi di pagamento dei contributi previdenziali ed assistenziali, di presentazione, volta per volta⁴⁰⁴, del certificato relativo al lavoro dei disabili, nonché quello afferente al rispetto della normativa in tema di sicurezza sul lavoro e, in genere, sui rapporti di lavoro.

Inoltre, l’art. 40 d. lgs. 163/2006, con riferimento ai lavori pubblici di valore uguale o superiore a 15.000 Euro, non annovera, né delega il regolamento emanando ad annoverare, il parametro relativo alla consistenza organica tra i requisiti “speciali” di impronta lavoristica, mentre, l’art. 18, comma 1 lett. d., D.P.R. 34/2000 si richiama all’«adeguato organico medio», che va determinato, ai sensi dei commi 10, 11, 12 dell’art. 18 predetto, alla luce del parametro del costo sostenuto per il personale dipendente, quale risultante da un corretto pagamento delle retribuzioni e dei contributi ai sensi delle disposizioni di legge e/o di contratto collettivo, purchè non inferiore ad una certa percentuale del volume di affari convenzionalmente stabilito dell’impresa interessata⁴⁰⁵.

Un riferimento alla dotazione organica è, invece, rinvenibile nell’art. 42 del Codice, in cui, con riferimento ai soli appalti di servizi, si invita a considerare l’organico medio annuo del concorrente come indice rivelatore, tra gli altri, della capacità tecnico-professionale del medesimo (art. 42, lett. g), d. lgs. 163/2006).

Un ulteriore elemento caratterizzante il profilo promozional-preventivo *de quo* in materia di appalti pubblici è rappresentato dall’avvalimento ex art. 49 del Codice degli appalti pubblici, un istituto di derivazione comunitaria che trae origine dall’elaborazione giurisprudenziale della Corte di Giustizia delle Comunità Europee in materia di appalti pubblici di lavori e servizi⁴⁰⁶.

⁴⁰³ Cardarelli F., *Articolo 38. Requisiti di ordine generale*, in (a cura di) Baldi M. – Tomei R., *La disciplina dei contratti pubblici : commentario al Codice appalti*, IPSOA, Milano, 2007, pp. 432 ss.

⁴⁰⁴ Scarpelli F., *Il codice degli appalti pubblici: un’occasione per promuovere la regolarità del lavoro*, in Note Informative, n. 36, 2006, p. 28.

⁴⁰⁵ Petracci F., *Il rapporto di lavoro nell’appalto*, Cedam, Padova, 2003, p. 176.

⁴⁰⁶ Corte di Giustizia CE, Quinta Sezione, 14 aprile 1994, causa C-389/92, *Ballast Nedam Groep NV contro Stato Belga*, in *Racc.*, 1994, I-1289; Corte di Giustizia CE, Quinta Sezione, 2 dicembre 1999, causa C-176/98, *Holst Italia Spa contro Comune di Cagliari*, in *Racc.* 1999, I-8607.

Il connotato essenziale dell'avvalimento è individuato nella circostanza di consentire ad un concorrente, che non soddisfi da solo i requisiti minimi per partecipare alla procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, ma non privato, di far valere presso l'autorità aggiudicatrice la capacità di terzi ai quali conta di ricorrere qualora gli venga aggiudicato l'appalto⁴⁰⁷.

La "positivizzazione" dell'istituto a livello comunitario, intervenuto per mezzo degli artt. 47 e 48 delle direttive nn. 17 e 18 del 2004, consente di desumerne i caratteri salienti nell'irrelevanza dei legami giuridici tra avvalente e impresa ausiliaria, nell'obbligo, imperniato in capo all'avvalente, di provare alla stazione appaltante la "disponibilità" dei mezzi altrui, nonché, infine, nella possibilità infragruppo di utilizzare il meccanismo del possesso indiretto dei requisiti, anche, per poter ottenere l'iscrizione ad un determinato elenco ufficiale, albo o sistema di certificazione⁴⁰⁸.

Per contro, la "concretizzazione" interna, operata dall'articolato art. 49 del Codice degli appalti pubblici, dell'istituto *de quo*, di cui possono avvalersi sia l'impresa singola, sia i consorziati e i raggruppati, quest'ultimi, per di più, senza alcun vincolo "interno", induce, sulla base di una lettura sistematica dell'articolo succitato, alla considerazione che la disposizione nazionale prevede, rispetto alle indicazioni normative comunitarie, la facoltà, ex art. 49, comma 7, della stazione appaltante di limitare, tramite il bando di gara ed in presenza di determinate ragioni connesse alla «natura o all'importo dell'appalto», l'avvalimento solo ai requisiti economici o a quelli tecnici, ovvero di considerarlo «un preesistente requisito tecnico o economico già posseduto dall'impresa avvalente in misura o percentuale indicata nel bando stesso»⁴⁰⁹.

Si è trattata di un'opzione di politica del diritto in palese contrasto con la corrispondente disciplina sovranazionale in materia, che avrebbe legittimato per tale via, in virtù del principio di prevalenza del diritto comunitario, la disapplicazione della norma interna e del conseguente atto amministrativo di carattere applicativo, se non fosse intervenuta un'opportuna abrogazione della previsione *de qua* da parte del d. lgs. 152/2008.

⁴⁰⁷ Boifava M., *Art. 49. Avvalimento*, in (a cura di) Baldi M. – Tomei R., *La disciplina dei contratti pubblici : commentario al Codice appalti*, IPSOA, Milano, 2007, p. 492.

⁴⁰⁸ Boifava M., *Art. 49. Avvalimento*, in (a cura di) Baldi M. – Tomei R., *La disciplina dei contratti pubblici : commentario al Codice appalti*, IPSOA, Milano, 2007, pp. 493 ss.

⁴⁰⁹ Boifava M., *Art. 49. Avvalimento*, in (a cura di) Baldi M. – Tomei R., *La disciplina dei contratti pubblici : commentario al Codice appalti*, IPSOA, Milano, 2007, p. 497.

Esigenze restrittive, ispirate, anche, da preoccupazioni di regolarità e tutela di chiara matrice lavoristica, sottendono la necessità di richiedere pure all'impresa ausiliaria l'attestazione del possesso dei requisiti generali ex art. 38, comma 1, d. lgs. 163/2006, unitamente alla sottoposizione alle "verifiche antimafia", al fine di impedire la partecipazione alla gara pubblica di soggetti che, altrimenti, potrebbero, pur privi dei requisiti generali, aggirare i menzionati divieti, "approfittando" del prestito dei propri requisiti.

Inoltre, anche sul piano probatorio, ad una "tollerante" atipicità garantita dal quadro normativo comunitario si affianca un rigoroso legislatore interno, che, ai fini della dimostrazione dell'avvalimento, esige l'esibizione di un contratto *ad hoc*, superabile da una dichiarazione ex D.P.R. 445/2000 nel solo caso di appartenenza dell'impresa avvalente e di quella ausiliaria al medesimo gruppo⁴¹⁰.

Invece, il legislatore del Codice degli appalti pubblici ha predisposto una soluzione "intermedia" per i consorzi tra società cooperative di produzione e lavoro, per i consorzi di imprese artigiane e per i consorzi stabili ex art. 34, comma 1, lett. b) e c) d. lgs. 163/2006, in quanto solo in capo ad essi, in quanto dotati di soggettività autonoma e stabile, deve essere verificato, ex art. 35, d. lgs. 163/2006, il possesso dei requisiti di idoneità tecnica e finanziaria, prevedendosi, però, anche una limitata possibilità di cumulo tra i singoli consorziati per quanto riguarda la disponibilità delle attrezzature e dell'organico medio annuo.

Così come, in parziale contraddizione con l'impostazione summenzionata, il successivo art. 36, comma 7, del Codice fa discendere la qualificazione del consorzio stabile dalla sommatoria delle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate⁴¹¹.

Con riferimento all'istituto del *general contractor*, introdotto nel nostro ordinamento dal d. lgs. 190/2000 al fine di predisporre strumenti operativi adeguati alla realizzazione delle grandi infrastrutture, il d. lgs. 163/2006, per mezzo, in particolare, degli artt. 186 e 187, detta una disciplina speciale e parzialmente derogatoria, rispetto a quella ex artt. 34 e ss. del medesimo decreto, in merito ai requisiti, anche in tema di utilizzo di adeguata forza lavoro propria, che devono possedere i soggetti che intendono partecipare alle

⁴¹⁰ Boifava M., *Art. 49. Avvalimento*, in (a cura di) Baldi M. – Tomei R., *La disciplina dei contratti pubblici : commentario al Codice appalti*, IPSOA, Milano, 2007, p. 498.

⁴¹¹ Giani R., *Art. 35. Requisiti per la partecipazione dei consorzi alle gare*, in (a cura di) Baldi M. – Tomei R., *La disciplina dei contratti pubblici : commentario al Codice appalti*, IPSOA, Milano, 2007, p. 399.

procedure di affidamento unitario a contraente generale ex art. 176 del Codice degli appalti pubblici.

Ciò proprio in virtù della particolare onerosità e complessità dell'iniziativa economica cui accede il contratto di affidamento unitario, la cui disciplina consente al contraente generale ampie facoltà, sia pur "controllate", di esternalizzazione dei lavori, mediante affidamenti e subaffidamenti sottratti alle regole dell'evidenza pubblica⁴¹².

Funzionale ad un'impostazione preventivo-promozionale della regolazione sociale dell'appalto risulta essere la disciplina relativa a dispositivi pubblicitari e alla disseminazione di informazioni, anche inerenti alla regolarità lavoristica.

In particolare, la previsione di cui all'art. 27, comma 5, D.P.R. 34/2000, che, al fine di garantire esigenze di pubblicità e di facile reperimento da parte delle SOA delle informazioni circa la regolarità lavoristica delle imprese, ha previsto la costituzione, presso l'Osservatorio per i lavori pubblici, di un casellario informativo⁴¹³, che, in seguito all'intervento "estensivo" del legislatore del Codice dei contratti pubblici, si è trasformato in casellario informativo dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture presso l'Osservatorio, a sua volta, dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture ex art. 7 d. lgs. 163/2006.

L'articolo testè menzionato si preoccupa di delineare, altresì, le funzioni principali, connotate da un accentuato profilo regolativo, assegnate all'Osservatorio dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, e, in particolare, alla sezione centrale dello stesso.

Trattasi di un variegato fascio di attività, che vanno dalla raccolta ed elaborazione delle informazioni riguardanti i contratti pubblici su tutto il territorio nazionale e, in particolare per quanto in questa sede interessa, quelle relative «all'impiego della manodopera e le relative norme di sicurezza» e ai costi e agli scostamenti rispetto a quelli preventivati, alla determinazione annuale dei costi standardizzati, comprensivi di quelli ex art. 87, comma 2, del Codice, per tipo di lavoro, servizio e fornitura in relazione a specifiche aree territoriali.

⁴¹² Bernini P., *Art. 186. Istituzione del sistema di qualificazione – classifiche*, in (a cura di) Baldi M. – Tomei R., *La disciplina dei contratti pubblici : commentario al Codice appalti*, IPSOA, Milano, 2007, p. 1632.

⁴¹³ Petracchi F., *Il rapporto di lavoro nell'appalto*, Cedam, Padova, 2003, p. 178.

A sua volta, l'Osservatorio sui contratti pubblici è incardinato presso l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture ex art. 6 d. lgs. 163/2006, cui, nell'ambito della sua indipendenza funzionale, di giudizio e di valutazione, sono attribuite importanti funzioni di segnalazione, informazione e di proposta, oltre, ovviamente, quella "core" di vigilanza su tutti gli appalti pubblici, anche di interesse regionale e cd. sotto soglia⁴¹⁴.

In particolare, l'Autorità segnala, per mezzo di una relazione annuale, al Governo e al Parlamento i fenomeni particolarmente gravi di inosservanza o applicazione "distorta" della normativa sui contratti pubblici, con particolare riferimento allo scostamento dai costi standardizzati, alla frequenza del ricorso a sospensioni dell'esecuzione o a varianti in corso di esecuzione, e, sia pur in recepimento di un consolidato orientamento, anche più "permissivo", giurisprudenziale - Cons. Stato, sez. VI, sent. n. 991/2004 -, risulta, altresì, investita del potere di annullare, in caso di constatata inerzia da parte degli organismi di attestazione competenti, le attestazioni rilasciate in difetto dei presupposti stabiliti legislativamente, nonché di sospenderle in via cautelare (art. 6, comma 7, lett. l), del Codice).

Con particolare riferimento agli appalti pubblici di servizi, l'intersecarsi di esigenze di uno sviluppo "lealmente" concorrenziale del mercato, della qualità dei servizi offerti, della "correttezza" del trattamento economico e normativo assicurato ai lavoratori interessati, nonché di un efficace contrasto all'economia irregolare ha stimolato la diffusione, a livello territoriale, di processi concertativi, volti alla regolazione sociale, in forma promozional-preventiva, degli appalti.

In merito, il livello territoriale provinciale, proprio perchè coinvolge l'istituzione provinciale sia nella veste di ente appaltatore di servizi che di indirizzo ed intervento sulle politiche ed iniziative nell'area dello sviluppo imprenditoriale e del lavoro, è quello più interessato dalla predetta prassi, come dimostra il Protocollo della Provincia di Milano sulle regole per gli appalti pubblici di servizi, stipulato dall'ente Provincia e dalle organizzazioni sindacali territoriali nel gennaio 2007.

⁴¹⁴ Pistis E., *Art. 6. Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, in (a cura di) Baldi M. – Tomei R., *La disciplina dei contratti pubblici : commentario al Codice appalti*, IPSOA, Milano, 2007, p. 129; Scarpelli F., *Il codice degli appalti pubblici: un'occasione per promuovere la regolarità del lavoro*, in Note Informative, n. 36, 2006, p. 28.

I tratti salienti del Protocollo summenzionato riguardano, in relazione al profilo lavoristico, l'impegno della Provincia, per quanto attiene agli appalti di sua competenza e degli enti di sua derivazione, ad inserire nel capitolato speciale d'appalto l'indicazione della contrattazione collettiva di categoria da applicare e la garanzia del rispetto, nei valori posti a base di gara, della contrattazione collettiva nazionale e territoriale, e del costo del lavoro e della sicurezza, come legislativamente e contrattualmente definiti.

Il Protocollo si caratterizza, altresì, per la previsione di specifici requisiti, dimensionali, specialistici e di certificazione, "integrativi" per l'accesso alla gara, ferma restando l'opzione preferenziale verso il sistema di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa anziché quello del massimo ribasso, riservato per gli appalti di servizi "marginali" in cui siano puntualmente definiti i contenuti contrattuali.

Inoltre, al riguardo, un'analogha tendenza alla regolazione sociale, in forma promozional-preventiva, degli appalti è riscontrabile a livello comunitario, laddove, al di là dell'imponente *corpus* normativo in tema di armonizzazione tecnica, si ravvisano alcuni rilevanti provvedimenti comunitari, attuativi della politica economico-commerciale e sociale dell'UE, indirizzati verso l'adozione di sistemi incentivanti, anche mediante il ricorso a forme di finanziamento e fiscalizzazione, al rispetto delle clausole di conformità sociale⁴¹⁵.

Se pare indubbio che la materia degli appalti pubblici, su sollecitazione del quadro normativo comunitario, sia oggetto di un processo regolativo, ossequioso dei principi di parità di trattamento, di reciproco riconoscimento e di trasparenza, ispirato a preoccupazioni di stampo concorrenziale e di apertura "liberalizzante" dei mercati degli appalti pubblici nazionali, la disciplina lavoristica può intercettare la suddetta dimensione regolativa attraverso l'attuazione di politiche sociali, che vadano al di là della "mera" legalità lavoristica, finalizzate ad obiettivi socialmente apprezzabili, come la predisposizione di azioni di formazione per i disoccupati o i giovani, la tutela dell'occupazione dei soggetti più svantaggiati sul mercato del lavoro, la promozione di azioni positive o di pari opportunità⁴¹⁶.

Infatti, sulla base della considerazione che gli acquisti pubblici possono rappresentare un rilevante strumento di orientamento per l'azione, pur rispettosa della dimensione

⁴¹⁵ Bonardi O., *L'utilizzazione indiretta dei lavoratori*, Franco Angeli, Milano, 2001, p. 367.

⁴¹⁶ Scarpelli F., *Il codice degli appalti pubblici: un'occasione per promuovere la regolarità del lavoro*, in Note Informative, n. 36, 2006, p. 23.

libero-concorrenziale⁴¹⁷, degli operatori economici⁴¹⁸, si vedano le previsioni normative comunitarie in tema di *public procurement*, con corrispondente riscontro nelle normative nazionali, che individuano nell'appalto pubblico "un'occasione" attraverso la quale perseguire l'obiettivo sociale prefissato, anche mediante il ricorso al modello delle, oramai consolidate, clausole sociali cd. di nuova generazione⁴¹⁹.

Così inteso alla stregua di uno strumento di politica sociale⁴²⁰, l'appalto, in specie, pubblico può, nel suo polimorfismo, svolgere una preziosa funzione di sostegno, ad esempio, alla disciplina di parità, nella prospettiva di una feconda interazione tra la logica di *contract compliance*⁴²¹ e la normativa, anche comunitaria - Dirr. 1976/207/CEE, 2000/43/CE, 2000/78/CE -, in tema di pari opportunità e di appalti pubblici⁴²².

Pare, pertanto, condivisibile il tentativo interpretativo "evolutivo" di trasporre tale interazione sul piano dell'ordinamento interno, utilizzando la previsione "sanzionatoria" dell'art. 4, comma 12, l. 125/1991, ora abrogata dal d. lgs. 198/2006 e, sostanzialmente, riprodotta nell'art. 41, comma 1, del medesimo decreto, come "leva" per la valorizzazione, in chiave prospettica, di una "clausola di parità" negli appalti pubblici o nei contratti pubblici accordanti benefici previsti dalla legislazione statale, pur nella consapevolezza della debolezza dell'impianto normativo, comprensivo del corredo sanzionatorio, che la sorregge⁴²³.

Laddove, per clausola di parità deve intendersi l'insieme di misure e strumenti predisposti da enti pubblici e diretti a realizzare nel concreto quell'uguaglianza fra

⁴¹⁷ Bovis C., *A Social Policy Agenda in European Public Procurement Law and Policy*, in *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, Vol. 14/2, 1998, pp. 137 ss.

⁴¹⁸ Libro Verde della Commissione Europea, "Gli appalti pubblici nell'Unione Europea. Spunti di riflessione per il futuro", COM (96) 583 def., 27 novembre 1996; Comunicazione interpretativa della Commissione "Il diritto comunitario degli appalti pubblici e le possibilità di integrare aspetti sociali negli appalti pubblici", 2001/C 333/08, in GUCE., C333 del 28 novembre 2001; in dottrina, Calafà L., *La riforma delle istituzioni e degli strumenti delle politiche di pari opportunità. Commento al d.lgs. 23 maggio 2000 n. 196*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2003, fasc. 3, pp. 777-784.

⁴¹⁹ Calafà L., *Appalti pubblici e clausole di parità: l'esperienza del Comune di Roma*, in *Lavoro e Diritto*, n. 2, 2000, pp. 225 ss.; Ghera E., *Le cd. clausole sociali: evoluzione di un modello di politica legislativa*, in *DRI*, n. 2, 2001, pp. 143 ss.

⁴²⁰ McCrudden C., *Public procurement and equal opportunities in the European Community. A study of contract compliance in the Member States of the European Community and under European Community Law*, Oxford University, 1995.

⁴²¹ Tobler C., *Encore: "Women 's Clauses" in public procurement under Community law*, in *European Law Review*, 2000, pp. 618 ss.

⁴²² Calafà L., *Appalti pubblici e clausole di parità: l'esperienza del Comune di Roma*, in *Lavoro e Diritto*, n. 2, 2000, pp. 227 ss.

⁴²³ Calafà L., *La riforma delle istituzioni e degli strumenti delle politiche di pari opportunità. Commento al d.lgs. 23 maggio 2000 n. 196*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2003, fasc. 3, pp. 777 ss.

donne ed uomini sul lavoro, intervenendo, in primo luogo, sulle imprese che effettuano lavori, servizi o forniture per conto di committenti pubblici.

Infatti, proprio sulla base della prassi, puntualmente rilevata⁴²⁴, relativa all'inserimento, quale appunto potenziale clausola di parità nei bandi di gara per servizi, forniture e lavori, redatti - a partire dal maggio 1994 - dal Comune di Roma, della locuzione «*Ai soli fini informativi l'impresa dichiarerà di essere in regola, ove dovuto, con il disposto dell'art. 9 l. 125/1991 - come abrogato dal d. lgs. 198/2006 e, sostanzialmente, riprodotto nell'art. 46 del medesimo decreto - relativo alla situazione del personale maschile e femminile in organico*», è stato prospettato un utilizzo della cd. clausola di parità dell'amministrazione appaltante, mediante il ricorso all'applicazione dell'art. 9 l. 125/1991, da considerarsi, quest'ultimo, quale «*pezzo promozionale mancante del comma 12, dell'art. 4*» della medesima legge.

In tal caso, la cd. clausola di parità si atteggierebbe a tecnica debole, in quanto “giustificata” da mere finalità informative, di sostegno “esterno” e “indiretto” all'applicazione della normativa promozionale in materia di pari opportunità⁴²⁵.

Tuttavia, la pur innegabile funzione “servente” esplicabile dall'obbligo strumentale ex art. 9 l. 125/1991 - ora vedi art. 46 del cd. Codice delle pari opportunità - posto a carico del datore di lavoro, è risultata, da subito, depotenziata, in ragione dell'elevato requisito dimensionale cui è stata subordinata l'operatività dell'obbligo medesimo⁴²⁶.

A conferma dell'influenza esercitata dalla menzionata tendenza normativa comunitaria a favore dell'inclusione, in materia di appalti pubblici, di obiettivi di carattere sociale⁴²⁷, si veda il secondo comma dell'art. 2 del Codice degli appalti pubblici, dedicato ai principi, il quale, in attuazione, anche, dei commi 2 e 3 dell'art. 41 della nostra Carta Costituzionale, prevede, in materia di procedimenti di gara, che «il principio di economicità può essere subordinato, entro i limiti in cui sia espressamente consentito

⁴²⁴ Calafà L., *Appalti pubblici e clausole di parità: l'esperienza del Comune di Roma*, in *Lavoro e Diritto*, n. 2, 2000, pp. 225 ss.

⁴²⁵ Calafà L., *La riforma delle istituzioni e degli strumenti delle politiche di pari opportunità. Commento al d.lgs. 23 maggio 2000 n. 196*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2003, fasc. 3, pp. 782 ss.

⁴²⁶ Calafà L., *Appalti pubblici e clausole di parità: l'esperienza del Comune di Roma*, in *Lavoro e Diritto*, n. 2, 2000, pp. 236-237.

⁴²⁷ Commissione Europea, Libro Verde: “*Gli appalti pubblici nell'Unione Europea. Spunti di riflessione per il futuro*”, COM (96) 583 def., 27 novembre 1996; Comunicazione interpretativa della Commissione “*Il diritto comunitario degli appalti pubblici e le possibilità di integrare aspetti sociali negli appalti pubblici*”, 2001/C 333/08, in *GUCE.*, C333 del 28 novembre 2001; in dottrina, Scarpelli F., *Il codice degli appalti pubblici: un'occasione per promuovere la regolarità del lavoro*, in *Note Informative*, n. 36, 2006, pp. 30 ss.

dalle norme vigenti e dal presente codice, ai criteri, previsti dal bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute e dell'ambiente e alla promozione dello sviluppo sostenibile».

Precisando, in tal modo, che il perseguimento di obiettivi di carattere sociale, ambientale o di sviluppo può “ulteriormente”, rispetto alla mera legalità lavoristica, temperare la logica economicistica⁴²⁸. E, per quanto attiene alle disposizioni “di dettaglio”, il riferimento è, in particolare, all'art. 52 del Codice, attuativo dell'art. 19, dir. n. 2004/18/CEE, relativo agli appalti riservati o protetti per la promozione dell'occupazione di soggetti disabili, secondo il quale i committenti possono riservare la partecipazione alle procedure di aggiudicazione «in relazione a singoli appalti, o in considerazione dell'oggetto di determinati appalti, a laboratori protetti nel rispetto della normativa vigente, o riservarne l'esecuzione nel contesto di programmi di lavoro protetti quando la maggioranza dei lavoratori interessati è composta di disabili i quali, in ragione della natura o della gravità del loro handicap, non possono esercitare un'attività professionale in condizioni normali».

Tuttavia, come previsto dalle indicazioni provenienti dalla Commissione⁴²⁹ e dall'orientamento della Corte di Giustizia UE⁴³⁰, le “invasive” prerogative libero concorrenziali esigono che le eventuali condizioni, speciali e supplementari⁴³¹, di esecuzione *social oriented*, delle quali deve essere data, per motivi di trasparenza, adeguata pubblicità nei bandi di gara, non abbiano un'efficacia discriminatoria, diretta o indiretta, per i candidati provenienti dagli altri Stati membri.

Sulla stessa falsariga, ma in relazione all'ordinamento interno, l'art. 69 d. lgs. 163/2006 prevede che i committenti possano richiedere condizioni particolari, attinenti a esigenze sociali ed ambientali, per l'esecuzione del contratto, purchè siano compatibili con il diritto comunitario e pubblicizzate nel bando di gara, prescrivendo, tuttavia, alla amministrazione appaltante di fare, prima della pubblicazione del bando, un'apposita

⁴²⁸ Scarpelli F., *Il codice degli appalti pubblici: un'occasione per promuovere la regolarità del lavoro*, in Note Informative, n. 36, 2006, p. 30.

⁴²⁹ Vedi, tra l'altro, Comunicazione della Commissione del 22 settembre 1989, COM (89)400 def., GUCE n. C311 del 12 dicembre 1989.

⁴³⁰ Corte di Giustizia, sentenza 20 settembre 1988, causa 31/87 *Beentjes*, in *Racc. CG.*, 1988, p. 4635; Corte di Giustizia, 18 novembre 1999, *Unitron*, causa C-275/98, in *Racc. CG.*, 1999, p. I-8291; Corte di Giustizia, sentenza 24 novembre 2005, causa C-331/04, *ATI EAC e Viaggi di Maio e a.*, *Racc. pag. I-10109*.

⁴³¹ Calafà L., *Appalti pubblici e clausole di parità: l'esperienza del Comune di Roma*, in *Lavoro e Diritto*, n. 2, 2000, p. 231.

comunicazione all’Autorità di vigilanza, affinché quest’ultima possa verificare il rispetto dei vincoli comunitari di compatibilità predetti⁴³².

Pertanto, la funzione promozional-preventiva, in fase di selezione dell’offerente, viene garantita, da un lato, mediante la previsione di fattispecie, tra cui rientrano tipiche violazioni della normativa “sociale”, di esclusione dalla procedura di aggiudicazione per motivi di inaffidabilità morale, economica e professionale del concorrente e, dall’altro, mediante la fissazione di requisiti, tassativi e “imperativi”, in capo al candidato, circa la sua capacità economica, finanziaria e tecnica⁴³³.

Non è invece possibile, allo stato attuale, stabilire dei parametri selettivi diversi e ultronei, a fronte, comunque, di un persistente silenzio circa la possibilità di presa in considerazione delle preoccupazioni di carattere sociale nel quadro della fase di verifica dell’ammissibilità degli offerenti o dei candidati⁴³⁴.

In merito ad un possibile utilizzo della pubblicità in chiave sanzionatoria, il Parlamento Europeo⁴³⁵ ha prospettato, *de iure condendo*, alla Commissione UE di istituire una “*black list*” delle imprese condannate per corruzione da un tribunale di uno stato membro UE o perché inosservanti gli *standard* minimi riconosciuti a livello internazionale, come i *core labour standards* OIL o le Linee-guida OCSE relative alle imprese multinazionali. L’iscrizione alla lista precluderebbe, per inidoneità, alle imprese di partecipare all’aggiudicazione di contratti ed appalti dell’Unione Europea per un periodo di tre anni.

Inoltre, la valutazione dei costi del lavoro, all’interno del più ampio *genus* della normativa in tema di sicurezza e condizioni di lavoro (art. 87, comma 2, lett. e), d. lgs. 163/2006), rappresenta un elemento essenziale⁴³⁶ ai fini dell’individuazione delle offerte anormalmente basse ex art. 86 d. lgs. 163/2006 - così come integrato dalla l. 296/2006 -, il quale, al comma 3-bis, dispone che, ai fini dell’anomalia, gli enti aggiudicatori

⁴³² Scarpelli F., *Il codice degli appalti pubblici: un’occasione per promuovere la regolarità del lavoro*, in Note Informative, n. 36, 2006, p. 31.

⁴³³ Sul punto, Alberti C., *Tutela ambientale, politica sociale e appalti: verso uno sviluppo sostenibile del mercato unico. Primi interventi interpretativi della Commissione CE*, pp. 1-21, disponibile su www.jus.unitn.it/appalti/dottrina/alberti_II/articolo.htm

⁴³⁴ Corte di Giustizia, 9 luglio 1987, *CEI e Bellini*, cause riunite da 27 a 29/86, in *Racc.* 1986, p. 3347; in dottrina, Calafà L., *La riforma delle istituzioni e degli strumenti delle politiche di pari opportunità. Commento al d.lgs. 23 maggio 2000 n. 196*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2003, fasc. 3, pp. 779 ss.

⁴³⁵ Risoluzione del Parlamento Europeo sul Libro Verde della Commissione “*Promuovere un quadro europeo per la responsabilità sociale delle imprese*”, GUCE C 187 E del 07 agosto 2003.

⁴³⁶ Scarpelli F., *Il codice degli appalti pubblici: un’occasione per promuovere la regolarità del lavoro*, in Note Informative, n. 36, 2006, pp. 28-29.

valutino che il valore economico dell'offerta sia adeguato e sufficiente rispetto al costo del lavoro (art. 89, comma 3, Codice degli appalti pubblici), sia che la selezione della migliore offerta avvenga con il criterio del prezzo più basso, sia che avvenga con quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa (artt. 81-83 del Codice).

Quest'ultimo sistema di aggiudicazione, certamente, riveste una particolare rilevanza ai fini del profilo preventivo-promozionale della regolazione sociale dell'appalto, laddove l'elemento del prezzo offerto non è decisivo, in quanto la selezione delle proposte presentate dai concorrenti deve avvenire anche sulla base di altri indici, come, per esempio, la qualità delle prestazioni, la tempistica della loro esecuzione, ecc., maggiormente orientati alla qualità, anche sociale, del prodotto finale richiesto dal committente.

Proprio in merito al tema del costo del personale dipendente, è opportuno rilevare come l'art. 87, comma 2, lett. g), d. lgs. 163/2006 abbia demandato, recependo le indicazioni normative, miranti a fornire *ex ante* criteri "obiettivi" di valutazione, di cui alla l. 327/2000⁴³⁷, ad un decreto del Ministro del lavoro la determinazione "periodica", in apposite tabelle, del costo medio orario dei lavoratori dipendenti, sulla base dei valori economici previsti dalla contrattazione collettiva stipulata dai sindacati comparativamente più rappresentativi, dalle norme in materia previdenziale ed assistenziale, dei diversi settori merceologici e delle diverse aree territoriali.

Al riguardo, è previsto che il predetto decreto ministeriale sia adottato all'esito di un procedimento articolato, in cui alla disamina dei contratti collettivi di lavoro, nazionali e territoriali, segua la consultazione delle contrapposte organizzazioni sindacali stipulanti al fine di acquisire dati sugli elementi "specifici" e variabili del costo del lavoro.

Quest'ultimo, a sua volta, è suscettibile di oscillazioni sia nel caso di benefici derivanti da norme di legge o dall'applicazione della contrattazione collettiva a favore dell'impresa avente diritto, sia in quello di maggiori oneri, sempre a carico dell'impresa, dovuti all'applicazione della normativa in materia di salute e sicurezza sul lavoro, nella qualità di costi sottratti, alla stregua anche del recente Testo Unico in materia di salute e sicurezza sul lavoro ex d. lgs. 81/2008, a qualsiasi forma di competizione al ribasso.

⁴³⁷ Romeo C., *La clausola sociale dell'art. 36 dello Statuto: Corte Costituzionale e l. n. 327/2000*, in LG, n. 7, 2001, pp. 615 ss.; Scarpelli F., *Il codice degli appalti pubblici: un'occasione per promuovere la regolarità del lavoro*, in Note Informative, n. 36, 2006, p. 29.

Resta ferma la generale possibilità, in ossequio al principio del contraddittorio, di giustificare la “correttezza” e la congruità dell’offerta formulata. L’evidente finalità perseguita dai meccanismi, anche procedurali, citati è quella di evitare, *a priori*, che le giustificazioni si producano in merito ad elementi dell’offerta i cui valori minimi siano “etero-definiti” da norme inderogabili, di legge o contrattuali, o contenuti in tabelle ufficiali, erigendo, soprattutto, per quel che qui interessa, con riferimento alla disciplina lavoristica e previdenziale, un argine contro eventuali tentazioni di “negoziare” offerte di prezzi allettanti riducendo gli *standard* minimi, legislativi e contrattuali, di tutela del lavoro⁴³⁸.

Infatti, in taluni settori produttivi, come nel caso del facchinaggio, il costo del lavoro, e, in particolare, il profilo retributivo, assume il ruolo di “baricentro disciplinare”, non solo per quanto attiene alla modalità, soggettivamente partecipata e concertata a livello territoriale, di definizione del “prezzo” minimo, ma, anche, per quanto attiene alla funzione di orientare l’attività ispettiva verso il *fumus* di irregolarità “segnalato” dal ricorso a valori economici inferiori allo *standard* minimo.

6. La funzione preventiva del DURC e la prospettiva premiale degli indici di congruità

Lungo una direttrice più preventiva che premiale⁴³⁹, si muove la previsione della “generalizzazione” del Documento Unico di Regolarità Contributiva (d’ora in poi, DURC), quale strumento certificativo della regolarità di un’impresa per quanto concerne gli adempimenti INPS, INAIL, nonché quelli relativi alla cassa edile.

Già collaudato nei settori dell’edilizia e dell’agricoltura e, poi (art. 1, commi 1175-1176, l. 296/2006), esteso a tutti gli altri settori produttivi quale onere per ottenere ogni beneficio di carattere normativo e contributivo previsto dalla normativa di lavoro e di

⁴³⁸ Toschei S., Art. 87. *Criteri di verifica delle offerte anormalmente basse*, in (a cura di) Baldi M. – Tomei R., *La disciplina dei contratti pubblici : commentario al Codice appalti*, IPSOA, Milano, 2007, pp. 913 ss.; Petracci F., *Il rapporto di lavoro nell’appalto*, Cedam, Padova, 2003, pp. 131 ss.

⁴³⁹ Pinto V., *Sanzioni promozionali e indici di congruità nelle politiche di contrasto al lavoro irregolare*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, I, 2008, pp. 25 ss.

legislazione sociale, il DURC si inserisce in una logica di stretto «collegamento tra contrasto all'irregolarità e sostegno alla “buona impresa”»⁴⁴⁰.

O meglio, la compenetrazione dei profili promozionale e sanzionatorio nell'istituto *de quo* consente di sostenere che l'obiettivo promozionale alla qualità, anche sociale, dell'impresa viene rafforzato dalla previsione, correlata alla violazione degli obblighi contributivi, di sanzioni “afflittive” ulteriori, come l'impossibilità di beneficiare di incentivi e di sovvenzioni o l'esclusione dalle gare di appalto.

L'accennata “generalizzazione” del DURC operata dalla Finanziaria del 2007 risulta, come accennato, il frutto di una progressiva mutazione funzionale dell'istituto in questione, previsto anche per i lavori privati ex art. 86, comma 10, d. lgs. 276/2003, come modificato dal d. lgs. 251/2004, nella direzione di strumento ordinario di verifica della regolarità e della sicurezza del lavoro nell'impresa.

A sua volta, l'accennato approdo legislativo è stato il risultato di una “metabolizzazione” della prassi legislativa e contrattuale del settore edile, in quanto finalizzate, entrambi, a soddisfare il duplice obiettivo della tutela del lavoro e della regolamentazione della concorrenza tra le imprese⁴⁴¹.

Infatti, l'art. 86, comma 10, d. lgs. 276/2003, come modificato dal d. lgs. 251/2004, ha il “merito” di aver introdotto l'obbligo del DURC negli appalti privati in edilizia, disponendo, mediante la modifica dell'art. 3, comma 8, d. lgs. 494/1996, che il committente o il responsabile dei lavori, anche nel caso di affidamento dei lavori ad un'unica impresa, chieda un certificato di regolarità contributiva, la cui assenza determina, come confermato dal novellato art. 90, comma 10, d. lgs. 81/2008, la sospensione dell'efficacia del titolo abilitativo⁴⁴².

Inoltre, la scelta di affidare il potere di rilascio del DURC a soggetti di natura privatistica, quali le Casse edili, si inserisce nella politica legislativa di coinvolgimento delle parti sociali nella strategia di “espulsione” delle imprese irregolari, anche sotto il profilo contributivo, dal mercato privato⁴⁴³.

⁴⁴⁰ Scarpelli F., *Lotta al lavoro nero e insicuro, “buona impresa”, precarietà: una nuova via per le politiche del lavoro*, in (a cura di) Perulli A., *Le riforme di lavoro. Dalla Legge Finanziaria 2007 al Protocollo sul Welfare*, Halley, Verona, 2007, p. 171.

⁴⁴¹ Bellavista A., *La legge Finanziaria per il 2007 e l'emersione del lavoro nero*, in *I working papers Centro studi di Diritto del lavoro europeo Massimo D'Antona*, 2007, n. 55, in <http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp>, pp. 23 ss.; Tullini P., *Sicurezza e regolarità del lavoro negli appalti*, in ADL, 2007, p. 898.

⁴⁴² Soprani P., *Appalti e sicurezza del lavoro*, in DPL, n. 13, 2008, p. 804.

⁴⁴³ Pennesi P. – Papa D., *DURC: le nuove regole*, in DPL, VII, 2008, pp. 455 ss.

Proprio nell'ottica dello sviluppo di un'efficace politica di contrasto del lavoro irregolare, che, indubbiamente, assume una sua peculiare potenziale capacità di innalzamento del profilo "qualitativo" dell'appalto, l'art. 1, comma 1175, l. 296/2006 ha disposto che «*i benefici normativi e contributivi previsti dalla normativa in materia di lavoro e legislazione sociale*» siano subordinati al possesso del DURC da parte di "tutti" i datori di lavoro, fermi restando gli altri obblighi di legge ed «il rispetto degli accordi e dei contratti collettivi nazionali nonché di quelli regionali, territoriali o aziendali, laddove sottoscritti, stipulati dalle organizzazioni sindacali dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale».

Circostanza quest'ultima che non può essere oggetto di autocertificazione - Consiglio di Stato, sent. n. 4035, del 25 agosto 2008 - , ma solo di verifica in sede di vigilanza da parte del personale ispettivo⁴⁴⁴.

Il DURC assume una notevole rilevanza in materia di contratti pubblici, siano essi di lavori, servizi o forniture, laddove ampio spazio è dedicato alla tutela delle condizioni di lavoro e alla promozione della regolarità contributiva.

A conferma di quanto sostenuto vi è la disciplina apprestata dalla l. 2/2009, secondo la quale qualsiasi stazione appaltante pubblica, nel caso di servizi o attività gestite in convenzione o concessione con l'ente pubblico⁴⁴⁵, acquisisce, a pena di revoca dell'affidamento o della concessione, il DURC direttamente, anche mediante lo strumento informatico, per qualsiasi tipo di impresa appaltatrice in conformità alla disposizione di cui all'art. 2 d.l. 210/2002, convertito dalla l. 266/2002.

Invero, il riferimento al DURC è operato in varie disposizioni del d. lgs. 163/2006, come l'art. 5, comma 5, lett. g.), che demanda al regolamento di esecuzione del Codice la definizione dei requisiti soggettivi degli operatori economici, compresa la regolarità contributiva attestata dal DURC; l'art. 38, comma 3, che, nel definire i requisiti di ordine generale per la partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti pubblici, esclude i soggetti che non assolvano all'obbligo di presentazione del DURC; ed, inoltre, l'art. 118, comma 6, che impone all'affidatario e, suo tramite, ai

⁴⁴⁴ Gaspari A., *Ulteriori chiarimenti in materia di rilascio del DURC*, in *Lavoro e previdenza oggi*, I, 2009, p. 85.

⁴⁴⁵ Soprani P., *Appalti e sicurezza del lavoro*, in *DPL*, n. 13, 2008, p. 804; Pennesi P. – Papa D., *DURC: le nuove regole*, in *DPL*, VII, 2008, p. 452.

subappaltatori, la trasmissione al soggetto committente del DURC, nonché di copia dei versamenti agli organismi paritetici previsti dalla contrattazione collettiva⁴⁴⁶.

La trasmissione alla stazione appaltante relativa ai subappaltatori, e posta a carico dell'impresa affidataria, rileva ai fini del rilascio dell'autorizzazione di cui all'art. 118, comma 8, del Codice degli appalti, che non interferisce, ovviamente, con il principio di facoltà generale di subappalto ex art. 118, comma 2, sia pur "temperato" dal rispetto di specifiche disposizioni di legge «che prevedono per particolari ipotesi il divieto di affidamento in subappalto» e di puntuali adempimenti di "comunicazione", di pubblicità e di deposito documentale a carico dell'impresa affidataria che intende subappaltare⁴⁴⁷.

Infatti, la seconda parte del secondo comma dell'art. 118 del Codice degli appalti pubblici prevede, in particolare, che i concorrenti, all'atto dell'offerta, o gli affidatari, nel caso di varianti in corso di esecuzione, all'atto dell'affidamento, indichino i lavori o le parti di opere ovvero i servizi e le forniture o parti di servizi e forniture che intendono subappaltare o concedere in cottimo.

La medesima disposizione prevede, inoltre, che gli affidatari provvedano al deposito del contratto di subappalto presso la stazione appaltante almeno venti giorni prima della data di effettivo inizio dell'esecuzione delle relative prestazioni, unitamente alla trasmissione della certificazione attestante il possesso, da parte del subappaltatore, dei requisiti prescritti dal Codice in relazione alla prestazione subappaltata, nonché della dichiarazione del subappaltatore attestante il possesso dei requisiti di ordine generale previsti dall'art. 38 del Codice medesimo.

Sempre in materia di subappalto nei contratti pubblici, pare meritevole di menzione la disposizione contenuta nell'art. 118, comma 4, del Codice, che impone all'affidatario di «praticare, per i lavori e le opere affidate in subappalto, gli stessi prezzi unitari risultanti dall'aggiudicazione, con un ribasso non superiore al venti per cento», così individuando in anticipo e, allo stesso tempo, tentando di evitare che l'eccessiva frammentazione dell'operazione economica si presti a tentativi di elusione della disciplina, legislativa e

⁴⁴⁶ Soprani P., *Appalti e sicurezza del lavoro*, in DPL, n. 13, 2008, p. 804.

⁴⁴⁷ Geminatti Satè L., *Articolo 118. Subappalto e attività che non costituiscono subappalto*, in (a cura di) Baldi M. – Tomei R., *La disciplina dei contratti pubblici : commentario al Codice appalti*, IPSOA, Milano, 2007, p. 1136.

contrattuale, protettiva del lavoro⁴⁴⁸ o di consentire di lucrare un margine del 20% sul costo del lavoro.

Infine, e sia pure *de iure condendo*, si rammenti che, da un lato, l'art. 4 del progetto definitivo di regolamento attuativo ex art. 5 del cd. Codice degli appalti pubblici (d. lgs. 163/2006) dispone la ritenuta dello 0,50% sull'importo degli stati avanzamento lavori, a garanzia delle eventuali inadempienze dell'appaltatore in materia contributiva, riproducendo la corrispondente previsione normativa contenuta nel Capitolato Generale d'appalto dei lavori pubblici - D.M. LL. PP. n. 145/2000 -.

Con la puntualizzazione che, mentre il Capitolato Generale, per i soggetti aggiudicatori che non siano amministrazioni statali, si applica solo se richiamato negli atti contrattuali, il regolamento *de quo* si applicherebbe direttamente a tutte le stazioni appaltanti, in quanto disciplina esecutiva di disposizioni rientranti in ambiti di legislazione nazionale esclusiva.

Dall'altro lato, l'art. 6 del progetto di regolamento succitato si impegna a precisare i casi in cui è necessaria la presentazione del DURC in materia di contratti pubblici: per la verifica della dichiarazione sostitutiva relativa al requisito della causa di esclusione dalle gare ex art. 38 del Codice degli appalti pubblici, per l'aggiudicazione e la stipula del contratto, per il pagamento degli stati avanzamento lavori, nonché ai fini del collaudo e del pagamento del saldo finale e dell'attestazione SOA.

Infatti, a fronte di una validità trimestrale per i lavori privati ex art. 39-septies d.l. 273/2005, il DURC, nel caso di appalti pubblici, ha – come confermato dalla Circolare Min. Lavoro n. 35 del 08/10/2010 - validità trimestrale ai fini dell'attestazione SOA e dell'iscrizione all'albo fornitori; diversamente, per specifico dettato normativo, il DURC rilasciato per la fruizione di benefici normativi e contributivi ha validità mensile ai sensi dell'art. 7, comma 1, del D.M. 24 ottobre 2007. Inoltre, il DURC rilasciato con riferimento ai lavori privati in edilizia, con validità trimestrale, può essere utilizzato, per l'intero periodo di validità, ai fini dell'inizio di più lavori e, quindi, non più limitato alla fase per la quale il certificato è stato richiesto.

Sia pur riferibile a qualsiasi "tipologia" di datore di lavoro, anche non impegnato nell'esecuzione di un appalto, una peculiare rilevanza nella materia *de qua* è assunta dai

⁴⁴⁸ Geminatti Satè L., *Articolo 118. Subappalto e attività che non costituiscono subappalto*, in (a cura di) Baldi M. – Tomei R., *La disciplina dei contratti pubblici : commentario al Codice appalti*, IPSOA, Milano, 2007, pp. 1156-1157.

cd. indici di congruità, elaborati in sede sindacale - Accordo CGIL-CISL-UIL del 19 luglio 2006 -, introdotti nell'ordinamento statale dall'art. 1, commi 1173 e 1174, l. 296/2006 e sviluppati da provvedimenti legislativi regionali⁴⁴⁹, quali strumenti, sotto forma di «*standard* di normalità tecnico-economica»⁴⁵⁰, che, andando al di là della logica strettamente sanzionatoria, mirano ad incentivare la regolarità contributiva⁴⁵¹.

In particolare, si tratta di indici, risultanti, pur sempre nel rispetto di scostamenti tollerabili in virtù delle peculiari ragioni tecnico-produttive e dei volumi di affari, dal rapporto tra la qualità dei beni prodotti e dei servizi offerti e la quantità delle ore di lavoro necessarie per singole categorie di imprese e territori, disciplinati mediante decreti del Ministro del lavoro, previo procedimento di consultazione con il Ministro dell'economia e dei Ministri dei singoli settori interessati, nonché con le organizzazioni sindacali più rappresentative dei lavoratori e dei datori di lavoro.

Al riguardo, lo scostamento significativo dagli indici predetti non determinerebbe alcuna sanzione o verifica ispettiva, ma, semmai, dovrebbe rappresentare una condizione per orientare gli interventi ispettivi e la valutazione circa la genuinità dell'appalto, nonché per la concessione e il mantenimento di benefici ed incentivi di origine pubblica⁴⁵².

Inoltre, gli indici *de quibus*, in quanto diretti a determinare la congruità della manodopera occupata rispetto agli *standard* del settore produttivo, sono, altresì, qualificabili come sanzioni premiali di tipo privativo, nel senso che la loro osservanza elimina lo svantaggio di non poter concorrere all'aggiudicazione dell'appalto⁴⁵³.

E, tuttavia, se si esclude che gli indici di congruità non abbiano alcuna valenza di accertamento della manodopera occupata nei processi produttivi, si può tranquillamente convenire che il non lieve scostamento da essi determini *ipso iure* la non operatività

⁴⁴⁹ Ad esempio, l. Regione Puglia, n. 28/2006.

⁴⁵⁰ Pinto V., *Sanzioni promozionali e indici di congruità nelle politiche di contrasto al lavoro irregolare*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, I, 2008, p. 47.

⁴⁵¹ Scarpelli F., *Lotta al lavoro nero e insicuro, "buona impresa", precarietà: una nuova via per le politiche del lavoro*, in (a cura di) Perulli A., *Le riforme di lavoro. Dalla Legge Finanziaria 2007 al Protocollo sul Welfare*, Halley, Verona, 2007, pp. 169 ss.

⁴⁵² Bellavista A., *La legge Finanziaria per il 2007 e l'emersione del lavoro nero*, in *I working papers Centro studi di Diritto del lavoro europeo Massimo D'Antona*, 2007, n. 55, in <http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp>, pp. 26 ss.; Scarpelli F., *Lotta al lavoro nero e insicuro, "buona impresa", precarietà: una nuova via per le politiche del lavoro*, in (a cura di) Perulli A., *Le riforme di lavoro. Dalla Legge Finanziaria 2007 al Protocollo sul Welfare*, Halley, Verona, 2007, pp. 170-171.

⁴⁵³ Pinto V., *Sanzioni promozionali e indici di congruità nelle politiche di contrasto al lavoro irregolare*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, I, 2008, p. 47.

della sanzione premiale, che, nel caso della legge regionale pugliese n. 28/2006, perviene sino all'esclusione dalle gare di appalto bandite dall'amministrazione regionale e dagli enti controllati, senza che ciò, a sua volta, possa integrare una presunzione legale ex art. 2727 c.c. circa l'evasione contributiva⁴⁵⁴.

D'altro canto, l'indiscutibile funzionalizzazione della verifica di congruità alla promozione della regolarità contributiva⁴⁵⁵ pare risultare confermata dal d. lgs. 123/2007, che, modificando il testo dell'art. 118 del cd. Codice degli appalti pubblici, ha attribuito alle casse edili il potere, previa stipulazione di un accordo regionale con INPS e INAIL, di rilasciare il documento unico di regolarità contributiva comprensivo della verifica della congruità⁴⁵⁶.

Pertanto, il carattere inevitabilmente "approssimativo" del DURC e degli indici di congruità indurrebbe, al fine del conseguimento di risultati più soddisfacenti e congrui sul piano dell'effettività, all'accoglimento e al sostegno delle sollecitazioni relative al maggior coinvolgimento dei soggetti economico-sociali, oltre che istituzionali, provenienti dalle discipline riguardanti i medesimi strumenti descritti.

Così come, più in generale, pare avvertirsi sempre più la necessità e, allo stesso tempo, la proficuità dell'intervento di, vecchi e nuovi, attori sociali, oltre che nei confronti dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, tramite l'avvio, a livello territoriale, di processi partecipati in grado di dar vita ad accordi per la gestione, soprattutto "preventiva", del sistema degli appalti, nonchè ad osservatori di settore.

Quest'ultimi reputati alla stregua, anche, di strumenti di supporto tecnico alle amministrazioni appaltanti, che, magari, si spingano, secondo una prospettiva di responsabilità sociale ispirata ad esigenze di integrazione sociale, oltre la logica della sicurezza e della regolarità del lavoro⁴⁵⁷.

⁴⁵⁴ Pinto V., *Sanzioni promozionali e indici di congruità nelle politiche di contrasto al lavoro irregolare*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, I, 2008, p. 46.

⁴⁵⁵ Bellavista A., *La legge Finanziaria per il 2007 e l'emersione del lavoro nero*, in *I working papers Centro studi di Diritto del lavoro europeo Massimo D'Antona*, 2007, n. 55, in <http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp>, pp. 23 ss.

⁴⁵⁶ Soprani P., *Appalti e sicurezza del lavoro*, in *DPL*, n. 13, 2008, p. 804; Pennesi P. – Papa D., *DURC: le nuove regole*, in *DPL*, VII, 2008, p. 452; Pinto V., *Sanzioni promozionali e indici di congruità nelle politiche di contrasto al lavoro irregolare*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, I, 2008, p. 46.

⁴⁵⁷ Scarpelli F., *Il codice degli appalti pubblici: un'occasione per promuovere la regolarità del lavoro*, in *Note Informative*, n. 36, 2006, p. 31.

E, sul punto, pare interessante rilevare come, accanto ad un “attivismo” legislativo nazionale e regionale⁴⁵⁸, si sia sviluppata, a livello di contrattazione collettiva di categoria, e specie nel settore edile, una tendenza autonoma delle parti sociali volta a definire una procedura di verifica della congruità contributiva, comprensiva dell’intera filiera produttiva, dei versamenti alla Cassa edile, laddove si parametra l’incidenza del costo del lavoro al complesso dei lavori eseguiti dall’impresa principale e dalle imprese subappaltatrici, con la particolarità che, in tal caso, la procedura stessa, da adottare in via sperimentale, si atteggia a strumento di accertamento induttivo e presuntivo della manodopera impiegata⁴⁵⁹.

Il riferimento è, in particolare, all’Avviso Comune sottoscritto dalle contrapposte organizzazioni sindacali del settore edile il 17 maggio 2007, che, oltre a rivendicare un autonomo e “originario” potere di definizione, rispetto al quale la legge può solo svolgere una funzione recettiva, degli indici di congruità di settore, fa discendere da indici di congruità di incidenza del costo del lavoro della manodopera sul valore dell’opera inferiori al parametro minimo la presunzione di non congruità, da intendersi come sinonimo di irregolarità dell’impresa.

La controprova di una tale prospettiva ricostruttiva è ricavabile, in un’ottica premiale, dalla considerazione degli indici di congruità quali strumenti funzionali alla graduale emersione delle imprese irregolari e, allo stesso tempo, quali presupposti legittimanti una politica di riduzione del costo del lavoro per le imprese “congrue”.

Per di più, nell’Avviso Comune citato si prevede che l’attestazione di congruità debba essere effettuata, contestualmente al rilascio del DURC per il saldo finale nei lavori pubblici e al completamento dell’opera nei lavori privati, dalla Cassa Edile competente, con la stessa procedura prevista per il rilascio del DURC, previa comunicazione, da parte dell’impresa appaltatrice, del valore dell’opera complessiva, nonché degli estremi delle eventuali imprese subappaltatrici.

Sempre in ordine alla possibilità di partecipazione alle gare di appalto, l’art. 1, comma 8, ultimo periodo, l. Regione Puglia n. 28 ha escluso che il concorrente possa soddisfare l’onere di congruità avvalendosi, diversamente da quanto previsto ex art. 49 d. lgs.

⁴⁵⁸ Sul punto, vedi Legge regione Umbria 12 agosto 1998, n. 30; Legge regione Lazio 18 settembre 2007, n. 16.

⁴⁵⁹ Pinto V., *Sanzioni promozionali e indici di congruità nelle politiche di contrasto al lavoro irregolare*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, I, 2008, p. 49.

163/2006 per gli altri requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e organizzativo, della congruità di un altro soggetto, sottoponendo, anzi, alla verifica di congruità tutte le imprese facenti parte di un gruppo societario, secondo una sorta di presunzione assoluta di «non genuinità», con annesso intento elusivo, della nuova iniziativa imprenditoriale⁴⁶⁰.

Se, come accennato, una maggiore partecipazione dei soggetti istituzionali ed economico-sociali potrebbe colmare, o almeno ridurre, il *gap* in termini di effettività degli strumenti esaminati, sarà solo la futura prassi giurisprudenziale a dissipare i dubbi di compatibilità tra la normativa comunitaria in materia di concorrenza e di libertà economiche fondamentali e gli istituti predetti, quali strumenti di promozione sociale, espressioni, anche, del principio di sussidiarietà in un quadro di riferimento normativo “multilivello”.

Infatti, con riferimento al DURC così come ad un indice di congruità nazionale di settore, l’attenzione andrebbe rivolta a quella giurisprudenza comunitaria, che, nell’attività di bilanciamento tra la libera prestazione dei servizi ex art. 56 ss. TFUE e le tutele sociali in senso lato intese, sottopone le discipline e gli atti, inclusi quelli di soggetti privati, nazionali al cd. test di proporzionalità⁴⁶¹.

⁴⁶⁰ Pinto V., *Sanzioni promozionali e indici di congruità nelle politiche di contrasto al lavoro irregolare*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, I, 2008, p. 41.

⁴⁶¹ In dottrina, Lhernould J. P., *La loi du 2 aout 2005 et le detachement transnational de travailleurs*, in *Droit social*, 2005, pp. 1201 ss.; Pallini M., *Il caso Laval-Vaxholm: il diritto del lavoro comunitario ha già la sua Bolkestein?* (nota a ordinanza della Corte del lavoro di Stoccolma, 15 settembre 2005), in *RIDL*, II, 2006, pp. 243 ss.; Lyon-Caen A., *Le travail dans le cadre de la prestation internationale de services*, in *Droit social*, 2005, pp. 505 ss.; Corti M., *Le decisioni ITF e Laval della Corte di Giustizia: un passo avanti e due indietro per l’Europa sociale*, in *RIDL*, 2008, I, pp. 265 ss.; Giubboni S.- Orlandini G., *La libera circolazione dei lavoratori nell’Unione Europea*, Il Mulino, Bologna, 2007, pp. 101 ss.; Bellavista A., *Armonizzazione e concorrenza tra ordinamenti nel diritto del lavoro*, in *I working papers Centro studi di Diritto del lavoro europeo Massimo D’Antona*, 2006, n. 47, in <http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp>, pp. 26 ss.; Orlandini G., *Autonomia collettiva e libertà economiche: alla ricerca dell’equilibrio perduto in un mercato aperto e in libera concorrenza*, in *I working papers Centro studi di Diritto del lavoro europeo Massimo D’Antona*, 2008, n. 66, in <http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp>, pp. 5 ss.; 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 *I working papers Centro studi di Diritto del lavoro europeo Massimo D’Antona*, 2006, n. 49, in <http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp>, p. 24; in giurisprudenza, a partire dai casi *Webb*, CGCE, 17 dicembre 1981, C-279/80 e *Seco*, CGCE, 3 febbraio 1982, C-62 e 63/81; e per quanto riguarda il *leading case* dell’applicazione del mutuo riconoscimento alla libera circolazione dei servizi, si veda CGCE, 25 luglio 1991, *Sager*, C-76/90, in *Racc.*, 1991, I-4221; CGCE, 28 marzo 1996, causa C-272/94, *Guiot*, in *Racc.*, 1996, 1905, punti 11 e 13.

7. Le politiche territoriali di regolazione concertata del lavoro negli appalti tra tutela della regolarità del lavoro e forme di incentivazione alla qualificazione degli operatori economici: l'area territoriale milanese

Come si è visto al quarto paragrafo, agli strumenti predisposti dalla più “tradizionale” prassi contrattuale, di categoria come territoriale, si affiancano altri “prodotti”, non solo espressione dell'autonomia collettiva, che si inseriscono in quel filone, ormai consolidato, di politiche territoriali concertate di progettazione, esecuzione e controllo della regolarità lavoristica e della sicurezza sul lavoro negli appalti. Ad esempio, nei soli ultimi mesi del 2008, sono stati stipulati ben tre accordi⁴⁶² in materia di regolarità e sicurezza sul lavoro, aventi come sfera di applicazione territoriale e materiale il Comune e la Provincia di Milano, con le connesse attività imprenditoriali ivi insediate.

Si tratta, in particolare, del “Protocollo per la regolarità e la sicurezza del lavoro nella realizzazione delle opere affidate dagli enti pubblici” firmato dalle parti sociali e dalla Provincia di Milano il 2 settembre 2008. Gli obiettivi perseguiti dal Protocollo ricomprendono, oltre alla promozione del lavoro regolare e della tutela della salute e sicurezza sul lavoro nell'ambito delle opere appaltate dalla Provincia e dalle sue società controllate, la tutela della concorrenza leale, quale componente strategica di una politica integrata di contrasto all'irregolarità lavoristica.

Il secondo accordo, firmato il 21 novembre 2008 da Sogemi s.p.a. (la società che gestisce per conto del Comune di Milano tutti i mercati agroalimentari all'ingrosso cittadini), CGIL, CISL e UIL e la LEGACOOP, congiuntamente alle altre associazioni datoriali di settore, concerne la regolamentazione degli “appalti di servizio di movimentazione merci nel mercato ortofrutticolo di Milano”, quest'ultimo tristemente noto ai *media*, non solo locali, per essere un luogo in cui si concentrano rilevanti situazioni di economia sommersa e di illegalità. Lo scopo dichiarato dall'accordo è quello di “impedire il determinarsi di irregolarità in ambito fiscale, contributivo e lavoristico nonché di rafforzare le attività di tutela e di prevenzione della salute all'interno del mercato”.

⁴⁶² Gli accordi sono accessibili presso l'area documentale dei Servizi CGIL Milano, <http://www.servizi.cgil.milano.it/index.asp>

Infine, il “Patto sulla sicurezza e la regolarità nei rapporti di lavoro”, siglato il 3 dicembre 2008 tra il Comune di Milano e le parti sociali interessate, individua quale ambito proprio di applicazione il settore edile, nella meritevole ottica di regolare non solo gli appalti di opere pubbliche, ma anche quelli privati. Precipua finalità del suddetto accordo è quella “di contrastare il lavoro nero, consolidare la cultura della sicurezza anche attraverso il rafforzamento e la qualificazione dell’attività di vigilanza”. Infatti, se, con riferimento agli appalti pubblici, particolare rilevanza è accordata alla valutazione dell’idoneità tecnico-professionale, anche in termini di efficace organizzazione prevenzionale, per quanto riguarda gli appalti privati, il patto *de quo* si prefigge di porre fuori mercato gli imprenditori edili “improvvisati”, al fine di tutelare sia «i consumatori del prodotto edilizio sia coloro che ... prendono parte al processo realizzativo».

Indubbiamente, la presenza dell’interlocutore pubblico, nel ruolo di facilitatore, rende più agevole l’incontro tra e con le contrapposte parti sociali, funzionale alla promozione e alla conclusione di accordi, variamente qualificati in guisa di protocolli d’intesa, avvisi comuni e patti, di “definizione” degli *standard* di tutela e delle procedure di controllo della regolarità e della sicurezza sul lavoro.

Negli accordi citati, le parti firmatarie evidenziano la necessità di apprestare un nuovo modello di *governance* integrata nelle politiche di legalità lavoristica, in cui si rinviene un richiamo ad interventi sinergici, secondo una logica di reciproco rafforzamento, di contrasto al lavoro irregolare, di tutela della salute e sicurezza sul lavoro e di promozione e tutela della concorrenza leale.

Nel protocollo per la regolarità e la sicurezza del lavoro negli appalti di opere pubbliche della provincia di Milano, le parti sociali, dal loro canto, sono coinvolte, soprattutto per quanto attiene al profilo prevenzionale, in tutte le fasi del c.d. “piano triennale delle opere pubbliche”, a partire dalla progettazione, attraverso un’informativa preventiva sulle caratteristiche dei lavori programmati nel piano stesso, all’affidamento e alla realizzazione degli stessi, mediante la partecipazione ai comitati per la sicurezza, di supporto all’operato del coordinatore per la sicurezza, per ogni cantiere di importo a base d’asta superiore a 1,5 milioni di euro.

La partecipazione “progettuale” delle parti sociali in materia prosegue, inoltre, fino al monitoraggio, per mezzo di una commissione tecnica mista *ad hoc*, dei principi

consacrati dal protocollo medesimo, che prevede, in via strumental-preventiva, l'attivazione di progetti, anche per il tramite degli enti paritetici, di promozione, assistenza, consulenza e formazione professionale sulla sicurezza sul lavoro per le aziende e i lavoratori interessati.

Con particolare riferimento agli enti strumentali delle parti sociali - Cassa Edile, Comitato Paritetico Territoriale per la prevenzione degli infortuni, l'igiene e l'ambiente di lavoro -, che nel settore edile hanno un tradizionale "radicamento", è possibile rilevare una loro valorizzazione in materia sia prevenzionale, sia di legalità lavoristica, mediante un coinvolgimento, particolarmente utile nelle filiere produttive molto "segmentate", nell'ambito dello scambio informativo con le autorità pubbliche preposte alla funzione ispettiva, nonché nell'attività, istituzionalmente di propria competenza, di consulenza e di verifica, anche mediante accesso ai cantieri, nei confronti delle imprese iscritte.

È interessante rilevare come, nell'ottica del rafforzamento della partecipazione delle parti sociali alla definizione di una politica virtuosa di regolarità lavoristica, il protocollo *de quo*, in caso di risoluzione, "improvvisa" ed "anticipata", del contratto di appalto per inadempienze e irregolarità riguardanti i contenuti dello stesso protocollo, preveda che, al fine di evitare che le conseguenze di comportamenti imprenditoriali poco corretti possano ripercuotersi sulla stabilità occupazionale dei lavoratori coinvolti, la Provincia di Milano, anche attivando una specifica sede di confronto con le parti sociali medesime, si impegni a favorire la ricollocazione dei lavoratori medesimi presso l'impresa eventualmente subentrante.

In verità, la *ratio* della disposizione appena menzionata è già rinvenibile nell'ambito dei cinque punti del Memorandum di Intenti per l'Expo del 25 luglio 2007, in cui è stata prevista la possibilità di attivare un tavolo di coordinamento permanente tra le autonomie locali e le forze sociali, con la funzione, oltre che di predisporre misure di contrasto al lavoro irregolare e di tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori, di individuare anche misure di ricollocazione dei lavoratori "espulsi" dal cantiere.

Al fine di elevare la qualità tecnico-professionale degli operatori economici interessati al mercato degli appalti di opere pubbliche nell'ambito territoriale della provincia di Milano, quest'ultima, nella sua qualità di ente committente, si impegna, valorizzando, nell'opzione di politica "premiale", il più "qualificato" dei criteri di aggiudicazione ex

art. 83 d. lgs. 163/2006, ad assegnare tutti gli appalti d'opera di importo a base d'asta superiore a 1,5 milioni di euro secondo, appunto, il criterio «dell'offerta economicamente più vantaggiosa» e non del «prezzo più basso».

In particolare, si prefigura l'attribuzione di un premio pari al 30% del punteggio complessivo alle proposte migliorative nella parte dell'offerta tecnica relativa allo standard di sicurezza, che costituisce la parte prevalente del premio, e di solidità industriale e finanziaria dell'impresa concorrente, quest'ultima risultante da «un patrimonio netto degli ultimi due esercizi almeno pari al 7% della cifra di affari media annuale nel medesimo periodo», nonché da un organico minimo, «non inferiore a quello richiesto dalla stazione appaltante» in conformità ad una tabella allegata al protocollo, e da un'organizzazione, disponibile nell'ambito del territorio provinciale o nel raggio di 50 Km dal cantiere, adeguati alla realizzazione dell'opera.

Per quanto riguarda i subappalti, il protocollo di cui sopra, fermi restando gli obblighi di legge, interviene in maniera incisiva anche nella dimensione più propriamente “intersoggettiva” della filiera produttiva, allorché incardina, in capo all'impresa assegnataria, la responsabilità, nei confronti del «personale impiegato in cantiere al di là della ditta di appartenenza» dell'applicazione delle norme contrattuali, della regolarità contributiva e fiscale e degli adempimenti in materia di salute e sicurezza sul lavoro.

Infatti, la disposizione “protocollare” pare condurre “a sintesi” il combinato disposto degli artt. 29, comma 2 d. lgs. 276/2003, 26, comma 2, d. lgs. 81/2008 e 35, comma 28, l. 248/2006 - che è l'unico comma della cd. legge Bersani sopravvissuto alla “furia” abrogatrice del d.l. 97/2008 -, prevedendo, per l'impresa assegnataria, un ruolo di “cerniera” tra committente e subappaltatori nell'azione di rafforzamento della “catena” di coordinamento e di controllo prevenzionale, di regolarità lavoristica e fiscale negli appalti di opere pubbliche.

Il combinarsi di istanze prevenzionali e promozionali consente, inoltre, all'ente provinciale di promuovere l'inserimento, nei bandi di gara e nei relativi capitolati, dell'impegno, a carico dell'appaltatore, di ricercare e, conseguentemente, apprestare tecnologie innovative, nel rispetto dei diritti dei lavoratori, in particolare quello alla *privacy*, e del principio di concorrenza, utili al miglioramento dell'efficacia delle misure di prevenzione della salute e della sicurezza dei lavoratori.

In verità, il protocollo provinciale funzionalizza il ricorso alle tecnologie anche al rafforzamento della capacità istituzionale e collettiva di controllo delle irregolarità lavoristiche, nella parte in cui, rinviando al combinato disposto degli artt. 18, comma 1, lett. u), 20, comma 3, 21, comma 1, lett. c) e 26, ultimo comma, d. lgs. 81/2008 che ha prescritto ai datori di lavoro, «nell'ambito di un'attività svolta in regime di appalto o subappalto», l'obbligo di munire il personale occupato nell'appalto o subappalto di una tessera di riconoscimento, impone "l'identificazione" del personale operante in cantiere attraverso, appunto, la dotazione di un tesserino di riconoscimento magnetico, rilasciato dall'impresa affidataria e validato dalla stazione appaltante, potenziato da un sistema di monitoraggio elettronico.

Infine, merita certamente una sottolineatura il lodevole impegno, sia pur operante nella "debole" dimensione della *soft law*, della Provincia di Milano di adottare il protocollo succitato «quale atto di indirizzo nei confronti degli organi competenti delle società/enti da essa partecipate».

Nel Patto "comunale" sulla sicurezza e la regolarità del lavoro nel settore edile, la volontà delle parti stipulanti, oltre ad un rinvio ai sistemi di qualificazione dell'idoneità tecnico-professionale, anche sul versante dell'adeguatezza prevenzionale, ravvisa la necessità di «individuare un sistema di regole per l'accesso al mercato che qualifichi gli operatori del settore edile privato», al fine di garantire, non solo sul piano della salute e della sicurezza sul lavoro, tutti coloro che sono interessati al processo realizzativo del prodotto edilizio, sia come soggetti partecipanti ad una o più fasi di esso, sia come consumatori del prodotto finale.

Se con riferimento agli appalti di opere pubbliche, il patto di cui sopra ricalca, in sostanza, quanto previsto dal Protocollo per la regolarità e la sicurezza del lavoro, firmato dalle parti sociali e dalla Provincia di Milano il 2/09/2008, in relazione agli appalti privati, invece, esso prevede che, nelle more dell'intervento normativo "qualificante" ex art. 6, comma 8, lett. g), d. lgs. 81/2008, si possa ovviare all'"imperversare" nel mercato edilizio di operatori improvvisati e, quindi, destanti allarme sociale, demandando all'ente comunale il ruolo di controllo della professionalità e dell'affidabilità degli stessi, soprattutto in sede di rilascio delle prescritte autorizzazioni edilizie.

Infatti, da un lato, si auspica l'adeguamento dei regolamenti comunali, e in particolare del regolamento edilizio, in modo tale «da subordinare l'efficacia del titolo abilitativo alla dimostrazione non solo della regolarità contributiva, ma anche dell'idoneità tecnico-professionale dell'esecutore», e dall'altro, di conseguenza, si invita la cassa edile territoriale di riferimento alla creazione di uno specifico elenco, avente valenza triennale, presso il quale gli uffici comunali preposti potrebbero attingere informazioni e dati utili per «verificare la soglia minima di capacità e struttura» dell'impresa assuntrice dei lavori, quale risultante dal permesso di costruire o dalla dichiarazione di inizio attività.

Il patto *de quo* subordina l'iscrizione all'elenco ad una serie di requisiti, che ben evidenziano il necessario intersecarsi e convergere delle misure di tutela della regolarità lavoristica e di quelle della salute e sicurezza sul lavoro, dove gli elementi di regolarità lavoristica rappresentano, al tempo stesso, indici di idoneità tecnico-professionale, anche dal punto di vista prevenzionale, dell'impresa appaltatrice e, viceversa, gli elementi più strettamente prevenzionali fungono da indicatori sintomatici della “serietà” dell'impresa medesima, da considerarsi “globalmente virtuosa” dal punto di vista giuslavoristico.

A titolo esemplificativo, tra i requisiti di regolarità lavoristica, vanno annoverati la “tradizionale” regolarità contributiva, così come l'applicazione dei contratti collettivi, nazionale e di secondo livello, del settore edile.

Per contro, tra quelli più strettamente attinenti l'idoneità tecnico-professionale dell'impresa appaltatrice, possiamo rinvenire il possesso di uno specifico titolo di studio o, in alternativa, l'espletamento di un percorso formativo o esperienziale nel settore di una congrua durata temporale, l'effettuazione della valutazione dei rischi, con annessa nomina delle figure “professionalizzate” componenti «l'esercito della prevenzione»⁴⁶³, l'esibizione degli attestati inerenti alla formazione, legalmente e contrattualmente prescritta, degli operai, la dichiarazione di non sottoposizione al provvedimento di sospensione ex art. 14 d. lgs. 81/2008, nonché, previa esplicitazione nell'elenco su richiesta delle imprese, il possesso della certificazione di qualità ISO 9001, ISO 14001 e

⁴⁶³ Bonardi O., *Ante litteram. Considerazioni “a caldo” sul disegno di legge delega per l'emanazione di un Testo Unico in materia di tutela della salute e della sicurezza sul lavoro*, in Riv.giur.lav., 2007, suppl.al n.2, p. 48.

l'adozione di modelli di organizzazione ex d. lgs. 231/2001 e di gestione della sicurezza sul lavoro.

Nell'ambito di un proficuo scambio informativo, si prevede che la cassa edile territoriale, magari anche a seguito di verifica della regolarità del documento unico di regolarità contributiva, segnali all'ente comunale l'impresa che abbia reso dichiarazioni false in merito ai requisiti richiesti per l'inserimento nell'elenco, a fronte dell'impegno degli uffici comunali competenti a fornire alcuni dati relativi agli interventi edilizi realizzati, come l'indicazione dell'impresa esecutrice dei lavori, degli estremi del DURC presentato, dell'oggetto dell'intervento e dei riferimenti toponomastici.

Analogamente a quanto previsto dal Protocollo "provinciale" in materia di appalti di opere pubbliche, l'obiettivo di una maggiore responsabilizzazione dell'appaltatore "principale" viene realizzato attraverso la sottoposizione all'accertamento diretto della sua regolarità contributiva da parte della cassa edile territoriale, che, in caso di "persistente" irregolarità, è tenuta ad informare sul punto l'autorità comunale, affinché quest'ultima possa adottare gli eventuali provvedimenti sospensivi dell'efficacia del titolo abilitativo.

Infine, il Protocollo d'intesa per regolamentare gli appalti di servizi di movimentazione di merci all'interno del mercato ortofrutticolo di Milano si caratterizza, da un lato, per una sfera di applicazione estremamente circoscritta, in quanto limitata al "perimetro" delle attività svolgentesi all'interno del mercato ortofrutticolo citato, e, dall'altro, in raccordo con l'osservatorio sulla concorrenza sleale istituito presso l'Ente Gestore del mercato in data 9 maggio 2007, per la stretta connessione che evidenzia tra le politiche di regolarità lavoristica e di tutela della salute e sicurezza sul lavoro con la politica di contrasto della concorrenza sleale, proiettata anche su un piano sovranazionale.

Ferma restando l'opzione tra gestione *in house* e affidamento in appalto, a favore di facchini liberi esercenti o cooperative di facchinaggio o loro consorzi, del servizio di movimentazione delle merci, il protocollo d'intesa analizzato, chiaramente ispirato ad una logica premiale e prevenzionale, individua, "a monte", nell'Ente Gestore l'unico soggetto abilitato ad autorizzare l'affidamento in appalto del servizio *de quo*.

In accordo con quanto previsto dal Protocollo "provinciale", ma con la particolarità di provenire da un operatore economico privato, sia pure partecipato al 99% dal Comune di Milano, l'Ente Gestore si impegna, unilateralmente, ad affidare il servizio di

movimentazione delle merci all'interno del mercato ortofrutticolo attraverso un bando di gara ad offerta economicamente vantaggiosa, in cui, tra i criteri di aggiudicazione, figurano organico e mezzi adeguati, nonché costi del lavoro e della relativa sicurezza allineati alla normativa di legge e contrattuale in vigore.

Peraltro, funzionale a tali ultimi obiettivi appare la precisazione, relativa alla cooperativa di facchinaggio assegnataria, di applicare i contratti collettivi nazionali di lavoro stipulati dai sindacati maggiormente rappresentativi ai soci lavoratori, da assumere tutti con contratto di lavoro subordinato ex l. 142/01, al fine di contrastare operazioni, particolarmente frequenti in materia cooperativistica, di elusione della disciplina normativa garantista a favore dei soci lavoratori medesimi.

Lo stesso espresso divieto di subappalto, contenuto nel protocollo *de quo*, viene depotenziato e, allo stesso tempo, “bilanciato” mediante la previsione, in caso di sostituzione della cooperativa mandataria di un consorzio di cooperative, di una preventiva autorizzazione da parte dell'Ente Gestore del mercato, unitamente ad una comunicazione, alle organizzazioni sindacali firmatarie del protocollo stesso, dell'avvenuta sostituzione del concessionario, affinché si possa avviare un percorso negoziale finalizzato ad accordi tesi a garantire, nella “transizione”, ai lavoratori interessati la stabilità occupazionale e il mantenimento del trattamento economico e normativo goduto presso l'impresa “uscente”.

Inoltre, nel tentativo di delineare un sistema di *governance* finalizzato a “qualificare” le imprese assegnatarie e a promuovere la qualità, anche sociale, del servizio offerto, il protocollo analizzato dispone che il bando di gara sia oggetto di confronto preventivo con le parti sociali, all'interno di un quadro documentale, richiesto per partecipare alla gara, in cui compare, a titolo esemplificativo, l'iscrizione all'albo delle cooperative di facchinaggio, la documentazione comprovante la propria struttura aziendale dedicata alla sicurezza sul lavoro, nonché il documento unico di regolarità contributiva aggiornato al mese precedente alla data di assegnazione dell'appalto.

Al di là dell'inesistente profilo sanzionatorio, il protocollo “Ortofrutta” si contraddistingue per il mancato richiamo dell'obbligo di produrre, da parte dell'impresa assegnataria, la certificazione antimafia, previsto, invece, dal patto comunale sulla regolarità e sicurezza sul lavoro, a carico del soggetto attuatore per tutte le imprese operanti in cantiere.

Per concludere, la breve analisi dei patti analizzati, quale frutto di una prassi di negoziazione territorialmente concertata, ci induce a rilevare come un coordinamento tra gli interventi a tutela della regolarità del mercato e del rapporto di lavoro, da un lato, e quelli a garanzia della salute e sicurezza sul lavoro, dall'altro, volto all'innalzamento dei livelli di effettività della disciplina inderogabile del lavoro, possa essere realizzato, oltre che attraverso il rafforzamento degli *standard* economici e normativi di trattamento e della normativa prevenzionale, anche con forme di incentivazione alla professionalità e all'affidabilità degli operatori economici, soprattutto se interessati al mercato degli appalti, pubblici e privati.

8. L'impianto premiale della responsabilità sociale d'impresa negli appalti

La disciplina, legislativa e contrattuale, lavoristica in materia di esternalizzazioni e, in particolare, di appalti opera svariati e "polisensi" richiami al tema della responsabilità sociale d'impresa.

Il predetto richiamo avviene, talvolta, in termini di individuazione, interpretando restrittivamente gli orientamenti comunitari⁴⁶⁴, dell'essenza della tematica nella dimensione strettamente unilateral-volontaristica, talaltra, in una forma embrionale⁴⁶⁵, o, addirittura, di una nuova "espressione" dell'autonomia collettiva, se non, secondo una logica "compromissoria", nell'assunzione volontaria di una condotta socialmente orientata e "sostenuta" o dalla legge o dall'autonomia collettiva⁴⁶⁶ o dagli enti territoriali intermedi per via amministrativa.

I due ultimi profili summenzionati, sempre più interconnessi e inestricabili tra loro, hanno acquisito una progressiva rilevanza in corrispondenza dell'affermarsi di una cultura e di una politica sindacale di controllo, se non di co-decisione, più che di resistenza⁴⁶⁷, nei confronti dei processi di segmentazione produttiva.

⁴⁶⁴ *Ab origine*, Commissione Europea, *Libro Verde: Promuovere un quadro europeo per la responsabilità sociale d'impresa*, 18 luglio 2001.

⁴⁶⁵ Diller J., *A social conscience in the global marketplace? Labour dimensions of codes of conduct, social labeling and investor initiatives*, in *International Labour Review*, vol. 138, 1999, n. 2, pp. 100 ss.

⁴⁶⁶ Kocher E., *Private standards between soft law and hard law: the German case*, in *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 2002, pp. 265 ss.

⁴⁶⁷ Pizzoferrato A., *Responsabilità sociale d'impresa e partecipazione dei lavoratori*, in *Il Mulino*, IV, 2005, pp. 707 ss.; Piotta I., *La fabbrica "multisocietaria" e i problemi di relazioni industriali. Il caso del "comitato di sito" nello stabilimento Iveco di Brescia*, in (a cura di) Negrelli S. – Pichierri A., *La regolazione concertata dell'economia fra globale e locale*, Franco Angeli, Milano, 2002, p. 272.

Ad esempio, l'accordo Iveco del 2 aprile 1999 consente di verificare come operi il congegno regolativo, anche dal punto di vista procedurale, che connette alcune espressioni dell'autonomia collettiva con il fenomeno della responsabilità sociale d'impresa all'interno di processi di esternalizzazione, che, appunto, vanno al di là dei confini giuridici dell'impresa "a monte" per estendersi alla più ampia filiera produttiva. Nel caso di specie, infatti, l'obiettivo di responsabilità sociale, rappresentato dall'impiegabilità dei lavoratori in casi di ridotte capacità lavorative o di "tagli" occupazionali in alcune imprese del sito produttivo viene demandato, quanto all'individuazione delle modalità applicative, ad «una struttura bilaterale di *governance* delle relazioni industriali»⁴⁶⁸, il comitato di sito.

Più di recente, nell'accordo sindacale relativo al "caso" Vodafone-Comdata, le parti sociali stipulanti hanno concordato⁴⁶⁹ che, in caso di fallimento della società cessionaria Comdata Spa, Vodafone Italia si impegni, sulla base di una clausola generale di responsabilità sociale⁴⁷⁰ "connessa" ad un contratto di appalto successivo al trasferimento di un ramo d'azienda e finalizzato alla riacquisizione dello stesso attività esternalizzata, a mettere in campo tutte le azioni volte a garantire il mantenimento dei rapporti di lavoro dei lavoratori oggetto del trasferimento del ramo d'azienda presso un soggetto terzo che rilevi tutte le persone cedute o attraverso la re-internalizzazione in Vodafone Italia.

La stessa disciplina del decentramento produttivo, e in particolare degli appalti pubblici, evidenzia come, in una prospettiva regolativa, la responsabilità sociale d'impresa si ponga, soprattutto a livello territoriale, come elemento di congiunzione tra istanze di regolarità lavoristica e di regolazione della concorrenza⁴⁷¹.

Si veda, al riguardo, il Codice etico delle forniture pubbliche di beni e servizi, adottato dall'Ente Provincia di Milano con disposizione dirigenziale n. 527/2005 del 29/05/2005,

⁴⁶⁸ Piotto I., La fabbrica "multisocietaria" e i problemi di relazioni industriali. Il caso del "comitato di sito" nello stabilimento Iveco di Brescia, in (a cura di) Negrelli S. – Pichierrri A., *La regolazione concertata dell'economia fra globale e locale*, Franco Angeli, Milano, 2002, p. 271.

⁴⁶⁹ Punto 9 dell'accordo del 25 ottobre 2007, sottoscritto da Comdata Spa, Comdata Care Srl, Vodafone Omnitel N.V., Slc-CGIL, Fistel-CISL e UILCOM-Uil, unitamente al coordinamento delle RSU, disponibile su http://bollettinoadapt.unimore.it/allegati/07_38_44_CONTRATTAZIONE_COLLETTIVA.pdf.

⁴⁷⁰ Per una lettura "aggiornata" degli strumenti di responsabilità sociale, vedi Perulli A., *Globalizzazione, governance, diritti sociali*, in (a cura di) Napoli M., *Globalizzazione e rapporti di lavoro*, Vita & Pensiero, Milano, 2006.

⁴⁷¹ Scarpelli F., *Regolarità del lavoro e regole della concorrenza: il caso degli appalti pubblici*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2006, pp. 766-767.

che provvede a “regolare”, appunto, la condotta delle imprese iscritte all’Albo Fornitori di beni e servizi della Provincia di Milano, obbligate, o meglio, “onerate” a sottoscrivere il Codice *de quo* contestualmente alla richiesta di iscrizione all’albo suddetto.

L’approccio premiale, connaturato alla responsabilità sociale, è rinvenibile, a fronte di un rigoroso e “dovuto” rispetto, a pena di cancellazione dall’albo, della normativa lavoristica, comprensiva di quella contributiva e di quella prevenzionale, fiscale e anti-concorrenziale, nella richiesta alle imprese, a seconda dell’organizzazione e delle scelte gestionali di quest’ultime, di una gradualità attuativa, che passa attraverso la disponibilità ad acquisire una certificazione di conformità sociale ed eco-compatibile internazionalmente riconosciuta, delle disposizioni riguardanti l’impatto ambientale e la responsabilità sociale d’impresa, con riferimento all’intera filiera produttiva (artt. 8 e 9 del Codice).

Inoltre, secondo un approccio che pare richiedere alle imprese fornitrici un’adesione, corredata da un pervasivo dovere di correttezza e lealtà nei confronti dell’istituzione provinciale e delle imprese concorrenti, “profonda” e “convinta” agli scopi etici che la Provincia di Milano si propone, si dispone la previsione, da parte dei bandi di gara, di punteggi premianti a seconda del grado di adesione dichiarato (art. 1, comma 3, del Codice).

La medesima prospettiva regolativa evidenzia come il rapporto tra esigenze di tutela del lavoro e processi di esternalizzazione, ancor più se collocato su un piano transnazionale-extraeuropeo⁴⁷², abbia condotto alla emersione di nuovi strumenti di regolazione sociale in grado di ripercuotersi sul sistema tradizionale delle fonti del diritto del lavoro, che vede ampliarsi e trarre nuova linfa da “prodotti giuridici” considerati negletti dal giurista “ortodosso”⁴⁷³.

Trattasi in particolare dei cd. codici di condotta⁴⁷⁴, che, pur non potendosi inquadrare tra le fonti privatistiche in senso stretto, hanno una loro rilevanza giuridica, anche nella

⁴⁷² Compa L., *Corporate social responsibility and Workers’ Rights, Discussion paper for the Workshop on Corporate Social Responsibility*, Beijing, 13-15 January 2006, pp. 1- 14, disponibile su <http://digitalcommons.ilr.cornell.edu/articles/183/>.

⁴⁷³ Mi sia consetito rinviare a Greco P.- Vitale D., *I codici di condotta sociali*, in (a cura di) Greco P., *Lavoratori e impresa socialmente responsabile*, Atti del ciclo di seminari tenuti all’Università degli studi di Salerno, Giappichelli, Torino, 2007, pp. 117 ss.; ma, già sul punto, Salerno F., *La regolamentazione internazionale dei rapporti di lavoro nelle imprese multinazionali*, Giuffrè, Milano, 1986 e Ferraresi M., *Responsabilità sociale delle imprese: il ruolo del diritto del lavoro*, in DRI, III, 2004, pp. 391 ss.

⁴⁷⁴ Sul punto, vedi Murray J., *Corporate codes of conduct and labour standards*, in (a cura di) Kyllion R., *Mastering the challenge of globalization. Towards a trade union agenda*, ITC of ILO, Torino, 1998.

materia lavoristica⁴⁷⁵, in quanto, da alcuni anni, sembrerebbero aspirare a svolgere, tra le altre, la funzione di regolamentazione collettiva dei rapporti di lavoro.

Come è noto, allorquando si parla di codici di condotta non si richiama una categoria unitaria di atti giuridici ma, piuttosto, una gamma di atti che hanno tra loro diverse prospettive, contenuti e forme⁴⁷⁶.

E', pertanto, possibile operare, all'interno del *genus* dei codici di condotta⁴⁷⁷, una macro-distizione, a sua volta suscettibile di ulteriori suddivisioni, tra lineeguida e codici di condotta propriamente detti.

Il filone delle lineeguida, anche denominato dei codici modello, può essere distinto in due diversi gruppi a seconda che i proponenti siano soggetti privati oppure organizzazioni internazionali⁴⁷⁸.

Con riferimento ai codici modello del primo tipo, tali lineeguida rispondono, nonostante l'autorevolezza morale e politica di taluni dei soggetti proponenti e degli stessi documenti redatti, esclusivamente alle aspettative di osservanza dei promotori, e, data la natura assolutamente unilaterale, è ben evidente che le imprese non sono giuridicamente tenute alla loro osservanza; nei casi in cui lo fanno è sulla base di considerazioni da rinvenire, semmai, nel timore di esposizione alle sanzioni irrogabili dal mercato⁴⁷⁹, per mezzo di consumatori sempre più attenti alle condizioni socio-ambientali di produzione⁴⁸⁰.

In riferimento alle lineeguida del secondo tipo, altresì, pur provenendo da organismi di grandissima rilevanza, quali l'OIL e l'OCSE, esse non sono soggette a regole di ottemperanza imperative a causa dei numerosi problemi posti dai vincoli relativi alla

⁴⁷⁵ Sobzack A., *Codes of conduct in subcontracting networks: a labour law perspective*, in *Journal of Business Ethics*, 44, II-III, 2003, pp. 225 ss.

⁴⁷⁶ Ferraresi M., *Responsabilità sociale delle imprese: il ruolo del diritto del lavoro*, in *DRI*, III, 2004, p. 405.

⁴⁷⁷ Per un meritevole tentativo di distinzione tipologica vedi Perulli A., *Diritto del lavoro e globalizzazione. Clausole sociali, codici di condotta e commercio internazionale*, Cedam, Padova, 1999, pp. 302 ss.

⁴⁷⁸ Diller J., *A social conscience in the global marketplace? Labour dimensions of codes of conduct, social labeling and investor initiatives*, in *International Labour Review*, vol. 138, 1999, n. 2, pp. 102 ss.; Blanpain R. – Colucci M., *The globalization of labour standards: the soft law track*, Kluwer Law International, 2004.

⁴⁷⁹ Diller J., *A social conscience in the global marketplace? Labour dimensions of codes of conduct, social labeling and investor initiatives*, in *International Labour Review*, vol. 138, 1999, n. 2, p. 103.

⁴⁸⁰ Hepple B., *A Race to the top? International Investment Guidelines and Corporate Codes of Conduct*, in *Comparative Labour Law & Policy Journal*, 1999, p. 355; Mi sia consentito rinviare a Greco P.- Vitale D., *I codici di condotta sociali*, in (a cura di) Greco P., *Lavoratori e impresa socialmente responsabile*, Atti del ciclo di seminari tenuti all'Università degli studi di Salerno, Giappichelli, Torino, 2007, p. 111.

sovranità degli Stati nazionali e del fatto che in questo campo la volontarietà, in genere frequente nelle logiche internazionalistiche, è stata spesso interpretata come assoluta libertà di non prendere in considerazione e di non applicare le stesse linee guida⁴⁸¹.

Come accennato in precedenza, è necessario mettere in evidenza che, prima di approdare ai recenti esiti favorevoli allo sviluppo dei più “evoluti” accordi quadro internazionali, i codici di condotta si caratterizzano per un’ampia libertà di contenuto⁴⁸².

Ciò fa sì che essi assumano le più diverse connotazioni: possono corrispondere alle autorevoli linee guida proposte dagli organismi internazionali, ma possono anche sconfinare in un approssimativo e furbesco “fai da te”⁴⁸³ e, soprattutto, possono collocarsi nelle varie posizioni intermedie tra i due estremi⁴⁸⁴.

Si tratta, dunque, di documenti di diverso contenuto⁴⁸⁵ in cui il datore di lavoro enuncia alcuni principi cui intende attenersi nell’attività imprenditoriale e che, spesso, contengono anche regole di comportamento dei lavoratori nei confronti del datore medesimo.

Complessivamente, in una prospettiva lavoristica, i codici di condotta possono essere valutati con perplessità se non con severità perché essi hanno attuato, secondo una logica di “privatizzazione-degiuridificazione”⁴⁸⁶ degli *standard* di tutela⁴⁸⁷, poco del loro potenziale regolativo⁴⁸⁸.

Tralasciando la considerazione che l’acquisizione di forza legale da parte dei codici di condotta possa essere il risultato dell’autonomia contrattuale tra *partners* commerciali,

⁴⁸¹ Hepple B., *A Race to the top? International Investment Guidelines and Corporate Codes of Conduct*, in *Comparative Labour Law & Policy Journal*, 1999, pp. 353-354.

⁴⁸² Simitis S., *La trasformazione dell’impresa. Qualche riflessione su alcuni aspetti critici*, in *Lavoro e Diritto*, II, 2008, pp. 240 ss.; Diller J., *A social conscience in the global marketplace? Labour dimensions of codes of conduct, social labeling and investor initiatives*, in *International Labour Review*, vol. 138, 1999, n. 2, p. 103.

⁴⁸³ Hepple B., *A Race to the top? International Investment Guidelines and Corporate Codes of Conduct*, in *Comparative Labour Law & Policy Journal*, 1999, p. 358.

⁴⁸⁴ Mi sia consetito rinviare a Greco P.- Vitale D., *I codici di condotta sociali*, in (a cura di) Greco P., *Lavoratori e impresa socialmente responsabile*, Atti del ciclo di seminari tenuti all’Università degli studi di Salerno, Giappichelli, Torino, 2007, p. 113.

⁴⁸⁵ Hepple B., *Labour Law and Global Trade*, Hart Publishing, Oxford, 2005, p. 73.

⁴⁸⁶ Simitis S., *La trasformazione dell’impresa. Qualche riflessione su alcuni aspetti critici*, in *Lavoro e Diritto*, II, 2008, p. 238.

⁴⁸⁷ Si pensi all’elaborando *standard* ISO 26000 in tema di responsabilità sociale d’impresa.

⁴⁸⁸ Hepple B., *A Race to the top? International Investment Guidelines and Corporate Codes of Conduct*, in *Comparative Labour Law & Policy Journal*, 1999, p. 360; AA. VV., *ESTER. The international dimension of corporate social responsibility*, 2008, disponibile su <http://ester.ubourdeaux.fr>; Scarponi S., *La “privatizzazione” delle norme internazionali di tutela del lavoro: codici etici di responsabilità sociale, accordi sindacali internazionali*, in *Lavoro e Diritto*, III, 2009, pp. 409-411; Molteni M., *Responsabilità sociale e performance di impresa*, Vita e pensiero, Milano, 2004, p. 197.

mediante, ad esempio, l'incorporazione degli stessi codici nei contratti di appalto⁴⁸⁹, si può sostenere che, d'altra parte, l'inquadramento degli stessi codici è andato evolvendosi verso una composita articolazione, che, per quanto qui interessa, esprime i riflessi più importanti nei codici di condotta cd. sociali⁴⁹⁰.

Si tratta di una tipologia di codici che possono essere distinti dagli altri per il contenuto e per la sfera applicativa.

Essi, infatti, regolamentano, principalmente, i rapporti di lavoro secondo una prospettiva assolutamente differente rispetto a quella precedente. Costituiscono un totale rovesciamento dell'ottica secondo la quale i vecchi regolamenti aziendali, cui i codici vengono avvicinati, erano composti⁴⁹¹: non disciplinano più, infatti, gli obblighi di carattere generale che i dipendenti assumono nei confronti dell'azienda in relazione al rapporto di lavoro⁴⁹², spesso con estensioni al tempo di vita extraziendale, ma, al contrario, elencano e comunicano all'esterno gli obblighi che l'impresa assume nei confronti dei propri dipendenti.

Per di più, altro elemento assolutamente innovativo è dato dalla sfera applicativa del codice di condotta sociale che non è più racchiusa nel perimetro dell'azienda, ma tende ad allargare il suo campo d'influenza ai lavoratori che sono "a contatto" a vario titolo con l'impresa. L'impresa assume obblighi non solo nei confronti dei propri prestatori di lavoro ma, anche, verso i dipendenti delle imprese appaltatrici, fornitrici o subfornitrici. Questo "tipo" di codice di condotta è in grado di passare oltre la barriera posta dalla sovranità nazionale, ma anche di applicarsi alle imprese che gravitano attorno all'impresa *leader*, dimostrando, quindi, di essere in grado di superare gli schermi che possono essere frapposti dalla differente titolarità giuridica delle imprese⁴⁹³. L'assunzione di obblighi da parte della impresa nei confronti dei propri dipendenti non costituisce un fatto particolarmente innovativo, mentre un'indubbia novità è data dal

⁴⁸⁹ Kocher E., *Private standards between soft law and hard law: the German case*, in *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 2002, pp. 266-267; Ferraresi M., *Responsabilità sociale delle imprese: il ruolo del diritto del lavoro*, in *DRI*, III, 2004, p. 411.

⁴⁹⁰ Wild A., *International business social initiatives: social codes of practices. The "new kid in block"*, in *AA.VV., A new spirit of enterprise: Articles and cases*, ILO, Geneva, 1999, p. 67.

⁴⁹¹ Relativamente al nostro ordinamento, vedi Carullo V., *Il regolamento interno d'impresa ed alcuni scritti minori*, Cedam, Padova, 1989 e, più di recente, Ferraresi M., *Responsabilità sociale delle imprese: il ruolo del diritto del lavoro*, in *DRI*, III, 2004, p. 408.

⁴⁹² Gottardi D., *Il diritto del lavoro nelle imprese socialmente responsabili*, in *Lavoro e Diritto*, I, 2006, pp. 27 ss.

⁴⁹³ Ferraresi M., *Responsabilità sociale delle imprese: il ruolo del diritto del lavoro*, in *DRI*, III, 2004, pp. 410 ss.

fatto che i codici di condotta sociali dettano le regole e gli *standard* cui si devono attenere tutti coloro che, rispetto alla impresa *leader*, assumono il ruolo di fornitori o di appaltatori di fasi lavorative ecc.⁴⁹⁴

Tutte le imprese gravitanti attorno all'impresa capofila sono vincolati, quindi, a tenere una serie di comportamenti tesi ad assicurare ai loro dipendenti un trattamento non inferiore a quello esplicitato dalla impresa capofila medesima, in qualità di “autorità privata”, proprio in ragione del legame di tipo economico che si stabilisce tra l'impresa *leader* e le imprese satelliti, secondo una logica, ormai consolidata, di impresa a “rete”⁴⁹⁵.

Un approccio, infatti, che ben si adatta allo schema organizzativo dell'impresa basato sull'*outsourcing* e che, di conseguenza, tenta di applicare un modello di tutela del lavoro seguendo una tecnica di regolamentazione la cui forza vincolante s'irradia dalla impresa capofila alle diverse imprese che si trovano, più o meno organicamente, coinvolte in rapporti di integrazione contrattuale con la società che ha emanato il codice⁴⁹⁶.

La modifica della denominazione dei codici di condotta, con l'aggiunta dell'aggettivo sociale, sta proprio in questa ultima innovazione che cambia il ruolo del codice di condotta medesimo e di conseguenza dell'imprenditore.

La funzione regolativa espressa dagli strumenti *de quibus* va ben oltre i “confini” tematici tradizionali dell'impresa e della concentrazione sull'unico obiettivo della massimizzazione del profitto, in quanto mira a valutare l'impatto dell'azione imprenditoriale in relazione con “l'esterno” e la qualità sociale dei relativi *partner* commerciali.

La progressiva tendenza alla “contrattazione” dei codici di condotta, specialmente quelli sociali, suggerirebbe l'opportunità di un confronto con la fonte di diritto del lavoro più “assimilabile”, vale a dire il contratto collettivo.

⁴⁹⁴ Sul punto, vedi Van Liemt G., *Codes of conduct and international subcontracting: a “private” road towards ensuring minimum labour standards in export industries*, in (a cura di) Blanpain R., *Multinational Enterprises and Social Challenges of the XXIst Century*, Kluwer, The Hague, 2000, p. 167.

⁴⁹⁵ Diller J., *A social conscience in the global marketplace? Labour dimensions of codes of conduct, social labeling and investor initiatives*, in *International Labour Review*, vol. 138, 1999, n. 2, pp. 108-109.

⁴⁹⁶ Mi sia consetito rinviare a Greco P.- Vitale D., *I codici di condotta sociali*, in (a cura di) Greco P., *Lavoratori e impresa socialmente responsabile*, Atti del ciclo di seminari tenuti all'Università degli studi di Salerno, Giappichelli, Torino, 2007, pp. 114-115.

A titolo esemplificativo, si veda l'art. 4 del codice di condotta "modello" stipulato dalle contrapposte organizzazioni sindacali europee dei datori di lavoro e dei lavoratori del settore calzaturiero in data 17/11/2000, che, ricalcando la disciplina riguardante i rapporti tra contratti collettivi di diverso livello, individua un principio di prevalenza delle disposizioni più favorevoli al lavoratore contenute nel codice di livello aziendale rispetto a quello "modello" di settore, negoziato a livello comunitario.

Ma, si tratta di un percorso negoziale ancora isolato e, allo stato, bisogna ammettere che il rapporto tra codici di condotta e contratti collettivi è alquanto problematico e sarebbe prematuro prevedere o, addirittura, certificare situazioni di sovrapposizione o di sostituzione.

D'altra parte, l'ampiezza e lo spessore del divario in termini di contenuti è ancora evidente mancando, quasi sempre, nei codici di condotta, il riferimento al ruolo e agli obblighi delle parti sindacali, vale a dire la cd. parte obbligatoria del contratto collettivo.

9. La dirimente dimensione dell'effettività della tutela del lavoro nell'appalto

Il riferimento alla capacità regolativa dei codici di condotta pone al centro dell'attenzione il dirimente profilo dell'effettività della tutela del lavoro nell'appalto, tanto con riguardo alla disciplina, sia di *hard* che di *soft law*, legislativa che a quella collettiva.

Soprattutto in relazione alla disciplina contrattuale, lo snodo problematico si manifesta, da tempo, in ordine alla capacità dell'autonomia collettiva di gestire o, meglio, di controllare, soprattutto nel senso della rilevazione e della sanzione di inadempienze contrattuali, il fenomeno dell'appalto.

Il difficoltoso rispetto della disciplina contrattuale lungo i, talvolta, numerosi passaggi contrattuali concretanti la filiera produttiva della moderna impresa reticolare ha reso necessaria, accanto al consolidato sistema di informazione e consultazione, la predisposizione, per via contrattuale, di commissioni territoriali paritetiche, partecipate da rappresentanti delle contrapposte organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro, con il compito di vigilare sui processi di affidamento di attività in appalto e, in

particolare, di verificare l'applicazione della contrattazione collettiva nazionale di riferimento⁴⁹⁷.

Nella stessa direzione, ma nell'ambito di una prospettiva più ampia volta a "coprire" l'intera filiera del controllo della regolarità lavoristica in materia di appalti, in particolare pubblici, si muovono alcuni protocolli d'intesa⁴⁹⁸ che, al fine di coordinare l'azione della stazione appaltante con gli organi istituzionalmente preposti alla vigilanza in materia lavoristica, prevedono un tempestivo e qualificato scambio di informazioni e dati tra i soggetti summenzionati, comprendenti la regolarità contributiva e prevenzionale delle imprese interessate.

In tale quadro di riferimento, il predetto scambio informativo è funzionale ad una puntuale ripartizione, o meglio, sistematizzazione dei compiti, con le annesse responsabilità, delle istituzioni preposte all'attività di controllo, fino alla definizione di un articolato, ma preventivo e pubblicizzato, sistema sanzionatorio, che va dalla sospensione del primo pagamento utile, in caso di inottemperanza, da parte dell'impresa interessata, agli obblighi di informazione e comunicazione prescritti, alla sanzione massima dell'annullamento dell'aggiudicazione o della risoluzione del contratto di appalto.

Generalmente, si tratta di commissioni territoriali sprovviste di un qualsivoglia potere repressivo in senso stretto, tanto nell'ipotesi che l'impresa committente non inserisca la cd. clausola di osservanza nel contratto di appalto, quanto nel caso che l'impresa appaltatrice non rispetti la medesima clausola.

L'orientamento indicato tende, altresì, ad escludere iniziative giudiziarie volte a invalidare, in presenza di disapplicazioni della disciplina contrattuale, i contratti stipulati, nell'affidamento che un efficace sistema "sanzionatorio" possa poggiare sulla possibilità, meramente "interna" ai rapporti tra le parti commerciali contraenti, che l'impresa

⁴⁹⁷ Lambertucci P., *Area contrattuale e autonomia collettiva*, Relazione al convegno AIDLASS su Il diritto del lavoro e i confini dell'impresa, Trento, 4-5 giugno 1999, in AA.VV., *Diritto del lavoro e nuove forme di decentramento produttivo*, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 134 ss.

⁴⁹⁸ Vedi, in riferimento al problema della trasparenza negli appalti, soprattutto pubblici, e della lotta al lavoro nero, il Protocollo d'Intesa firmato dalla Regione Toscana e dalle parti sociali il 20 ottobre 1997 e il Protocollo di Modena del 1999 riportati in Petracci F., *Il rapporto di lavoro nell'appalto*, Cedam, Padova, 2003, pp. 182 ss.

committente non dia ulteriore seguito a rapporti commerciali con l'impresa appaltatrice inadempiente⁴⁹⁹.

Pertanto, dinanzi ad un'ampia segmentazione dello stesso ciclo produttivo, magari realizzata, anche, mediante una concatenazione di contratti di appalto, l'autonomia collettiva ha cercato di sperimentare, mediante un riallineamento contrattuale "morbido", tecniche di tutela, di natura procedurale⁵⁰⁰, volte a garantire un'applicazione graduale della disciplina collettiva di garanzia⁵⁰¹, che paiono essere riprese, con gli opportuni "adeguamenti", in termini di azioni "correttive"⁵⁰² dai codici di condotta e dalle accennate cd. nuove forme di espressione di autonomia collettiva di livello sovranazionale più "avanzate" dal punto di vista della tutela del lavoro, come gli accordi quadro internazionali – ma vedi, anche, la più nota certificazione SA8000 -.

Non mancano, soprattutto in materia di appalti pubblici, progetti "concertati" da parte degli enti territoriali con le contrapposte parti sociali, come "*Il Protocollo con la Provincia di Milano sulle regole per gli appalti pubblici di servizi*", in cui accanto all'impegno, per gli appalti di competenza dell'ente provinciale e degli enti «di sua derivazione», ad inserire, nel capitolato d'appalto, la previsione di clausole risolutive in caso di violazione di norme poste a tutela dei lavoratori e degli obblighi contributivi e fiscali, si contempla la possibilità che le procedure di verifica e controllo, previste sia per quanto attiene al contenuto dei servizi effettuati, sia per quanto riguarda la regolarità lavoristica in senso lato intesa, prevedano anche forme di partecipazione da parte delle organizzazioni degli utenti dei servizi pubblici *de quibus*, la cui efficacia pare direttamente proporzionale ad un adeguato accesso alle informazioni⁵⁰³.

Inoltre, sul versante delle iniziative "autoritative" da parte della pubblica amministrazione, pare meritevole di menzione la previsione di cui all'art. 41 d. lgs.

⁴⁹⁹ Lambertucci P., *Area contrattuale e autonomia collettiva*, Relazione al convegno AIDLASS su Il diritto del lavoro e i confini dell'impresa, Trento, 4-5 giugno 1999, in AA.VV., *Diritto del lavoro e nuove forme di decentramento produttivo*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 134.

⁵⁰⁰ Verma A., *Global labour standards: can we get from here to there?*, in The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations, 2003, pp. 532 ss.

⁵⁰¹ Lambertucci P., *Area contrattuale e autonomia collettiva*, Relazione al convegno AIDLASS su Il diritto del lavoro e i confini dell'impresa, Trento, 4-5 giugno 1999, in AA.VV., *Diritto del lavoro e nuove forme di decentramento produttivo*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 136.

⁵⁰² Hepple B., *A Race to the top? International Investment Guidelines and Corporate Codes of Conduct*, in Comparative Labour Law & Policy Journal, 1999, pp. 359-360.

⁵⁰³ Howe J. – Landau I., "*Light Touch*" labour regulation by state governments in Australia: a preliminary assessment, in Working Paper, n. 40, 2006, Centre for Employment and Labour Relations Law, University of Melbourne, p. 28.

198/2006, meglio noto come Codice delle Pari Opportunità, che, a sua volta, riproduce, nella sostanza, il corrispondente disposto normativo introdotto con la legge 125/1991⁵⁰⁴. Al riguardo, l'articolo *de quo*, esclusa l'operatività del congegno "sanzionatorio" apprestato nel caso di sottoscrizione di un verbale di conciliazione, prevede che ogni accertamento, amministrativo e/o giudiziario, di atti, patti o comportamenti discriminatori, diretti o indiretti di rilevanza, anche collettiva, posti in essere da soggetti che abbiano stipulato contratti di appalto attinenti all'esecuzione di opere pubbliche, servizi o forniture, venga comunicato immediatamente dalla direzione provinciale del lavoro territorialmente competente ai Ministri nelle cui amministrazioni sia stato disposto l'appalto⁵⁰⁵.

Tra le opportune determinazioni amministrative, cui si è fatto un pressochè nullo ricorso nella prassi anche per i possibili risvolti occupazionali⁵⁰⁶, che possono essere adottate, discrezionalmente e sia pur nel rispetto del solo limite massimo legislativamente previsto⁵⁰⁷, rientrano la "revoca" del beneficio⁵⁰⁸ e, nei casi più gravi o nel caso di recidiva, la più grave esclusione, alla stregua di sanzione cumulativa⁵⁰⁹, da qualsiasi appalto per un periodo di tempo fino a due anni.

Un articolato "ventaglio" di misure decisionali che potrebbero svolgere la preziosa funzione di «metodo di coazione indiretto dell'esecuzione di obblighi di fare infungibili derivanti dalla condanna del giudice»⁵¹⁰, unitamente ad una, non adeguatamente

⁵⁰⁴ Calafà L., *La riforma delle istituzioni e degli strumenti delle politiche di pari opportunità. Commento al d.lgs. 23 maggio 2000 n. 196*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2003, fasc. 3, pp. 777-784.

⁵⁰⁵ Calafà L., *La riforma delle istituzioni e degli strumenti delle politiche di pari opportunità. Commento al d.lgs. 23 maggio 2000 n. 196*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2003, fasc. 3, p. 778.; Scarponi S., *Tecniche di sostegno indiretto delle azioni positive e misure sanzionatorie*, in (a cura di) Treu T. – Ballestrero M. V., *Azioni Positive per la realizzazione della parità uomo-donna nel lavoro (L. 10.4.1991 n. 125)*, Commentario Sistemático, *Le nuove leggi civili commentate*, n. 1, 1994, p. 100.

⁵⁰⁶ Ballestrero M. V., *La legge sulle azioni positive*, in *Spazio Impresa*, 1991, 18, p. 11; Viscomi A., *Azioni positive e discriminazioni: soggetti, incentivi, sanzioni*, in (a cura di) Gaeta L. – Zoppoli L., *Il diritto diseguale. La legge sulle azioni positive*, Giappichelli, Torino, 1992, p. 123.

⁵⁰⁷ Viscomi A., *Azioni positive e discriminazioni: soggetti, incentivi, sanzioni*, in (a cura di) Gaeta L. – Zoppoli L., *Il diritto diseguale. La legge sulle azioni positive*, Giappichelli, Torino, 1992, p. 120.

⁵⁰⁸ Bortone R., *Art. 36. Obblighi dei titolari di benefici accordati dallo Stato e degli appaltatori di opere pubbliche*, in (diretto da) Giugni G., *Commentario allo Statuto dei Lavoratori*, 1979, Giuffrè, Milano, p. 653.

⁵⁰⁹ Scarponi S., *Tecniche di sostegno indiretto delle azioni positive e misure sanzionatorie* in (a cura di) Treu T. – Ballestrero M. V., *Azioni Positive per la realizzazione della parità uomo-donna nel lavoro (L. 10.4.1991 n. 125)*, Commentario Sistemático, *Le nuove leggi civili commentate*, n. 1, 1994, p. 100.

⁵¹⁰ Scarponi S., *Tecniche di sostegno indiretto delle azioni positive e misure sanzionatorie* in (a cura di) Treu T. – Ballestrero M. V., *Azioni Positive per la realizzazione della parità uomo-donna nel lavoro (L. 10.4.1991 n. 125)*, Commentario Sistemático, *Le nuove leggi civili commentate*, n. 1, 1994, p. 100.

valorizzata dall'ordinamento lavoristico interno, tecnica "pubblicitaria" basata sul "naming and shaming" dell'impresa inadempiente⁵¹¹.

Si tratta, a ben vedere, di una tecnica analoga a quella già riscontrabile nel "tradizionale" art. 36 St. Lav., entrambe, comunque, finalizzate a garantire negli appalti pubblici livelli mediamente più elevati di effettività delle discipline inderogabili del lavoro⁵¹² tramite l'adozione di adeguate misure reattive da parte del potere pubblico, magari su segnalazione delle organizzazioni sindacali e delle rappresentanze dei lavoratori interessati⁵¹³.

Come in riferimento all'art. 36 dello St. Lav., la lettera dell'articolo 41 d. lgs. 198/2006 limita esplicitamente il momento della discrezionalità della pubblica amministrazione solo all'irrogazione delle sanzioni più gravi⁵¹⁴ di carattere inibitorio-compulsorio⁵¹⁵, rimettendo, per il resto, alla sua libera, ma, magari, preventiva e pubblicizzata⁵¹⁶, determinazione sia la creazione che la scelta della misura più opportuna, che può spaziare dalla multa all'imposizione di cauzioni, alla riduzione o sospensione di benefici, come la individuazione dei criteri di valutazione della gravità dell'infrazione cui commisurare la corrispondente sanzione⁵¹⁷.

Sempre in materia di appalti pubblici, la funzione di vigilanza continua ad essere la funzione principale, esercitata nel rispetto delle garanzie minime a tutela del contraddittorio con le parti interessate, dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture ex art. 6 del Codice degli appalti pubblici.

⁵¹¹ Sarina T. – Riley J., *Industrial legislation in 2006*, in *Journal of Industrial Relations*, 49, 2007, p. 352; McCormick R. G., *Le relazioni industriali internazionali: attori e regole*, in *DRI*, 2007, p. 1178; Howe J. – Landau I., "Light Touch" labour regulation by state governments in Australia: a preliminary assessment, in *Working Paper*, n. 40, 2006, Centre for Employment and Labour Relations Law, University of Melbourne, p. 5; Daintith T., *Regulation*, in *International Encyclopaedia of Comparative Law*, Vol. XVII, Cap. 10, 1997.

⁵¹² Scarpelli F., *Regolarità del lavoro e regole della concorrenza: il caso degli appalti pubblici*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2006, p. 756.

⁵¹³ Centofanti S., *Art. 36. Obblighi dei titolari di benefici accordati dallo Stato e degli appaltatori di opere pubbliche*, in (diretto da) Prosperetti U., *Commentario allo Statuto dei lavoratori*, 1975, Milano, p. 1230.

⁵¹⁴ Bortone R., *Art. 36. Obblighi dei titolari di benefici accordati dallo Stato e degli appaltatori di opere pubbliche*, in (diretto da) Giugni G., *Commentario allo Statuto dei Lavoratori*, 1979, Giuffrè, Milano, p. 653.

⁵¹⁵ Romeo C., *La clausola sociale dell'art. 36 dello Statuto: Corte Costituzionale e l. n. 327/2000*, in *LG*, n. 7, 2001, p. 616.

⁵¹⁶ *Contra* Centofanti S., *Art. 36. Obblighi dei titolari di benefici accordati dallo Stato e degli appaltatori di opere pubbliche*, in (diretto da) Prosperetti U., *Commentario allo Statuto dei lavoratori*, 1975, Milano, p. 1232.

⁵¹⁷ Centofanti S., *Art. 36. Obblighi dei titolari di benefici accordati dallo Stato e degli appaltatori di opere pubbliche*, in (diretto da) Prosperetti U., *Commentario allo Statuto dei lavoratori*, 1975, Milano, p. 1231.

Ereditando, sia pure in linea generale, la sfera di attribuzioni della vecchia Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici⁵¹⁸, la “nuova” Autorità vigila anche rispetto ai contratti di appalto esclusi dall’ambito di applicazione del d.lgs. 163/2006 proprio al fine di verificare la legittimità dell’esclusione, sull’osservanza della disciplina legislativa e regolamentare vigente, verificando, anche con indagine a campione, la regolarità delle procedure di affidamento.

La stessa Autorità supervisiona, inoltre, tutti i contratti pubblici, sia nei settori ordinari che nei settori speciali, al fine di garantire l’osservanza dei principi di correttezza e trasparenza delle procedure di scelta del contraente, anche, mediante la funzione di vigilanza sul sistema di qualificazione degli organismi di attestazione, nonché il rispetto della normativa concorrenziale nelle singole procedure di gara⁵¹⁹.

Un’altra novità è introdotta dalla lett. n.) del comma 7 dell’art. 6 del Codice degli appalti pubblici, laddove si prevede che, su iniziativa delle stazioni appaltanti o di una delle parti, l’Autorità possa esprimere un parere non vincolante relativamente alle questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara, eventualmente proponendo un’ipotesi di soluzione.

Data la natura non vincolante del parere e della soluzione, non si tratta di esercizio di una vera e propria funzione para-giurisdizionale, bensì, di un potenziale strumento di mediazione e di “orientamento” per gli operatori economici e le amministrazioni del settore⁵²⁰.

Per quanto attiene al profilo strettamente sanzionatorio, le pur rilevanti innovazioni relative alle modalità di esercizio dei poteri di accertamento e di indagine da parte dell’Autorità *de qua* sono strumentali a poteri sanzionatori, appunto, che continuano ancora a esplicitarsi in termini di sanzioni amministrative pecuniarie, da irrogarsi, anche, agli operatori economici che non ottemperano alla richiesta della stazione appaltante o dell’ente aggiudicatore di comprovare il possesso dei requisiti di partecipazione alla procedura di affidamento o agli operatori economici che forniscono alle stazioni

⁵¹⁸ Florean M., *Organismi vari di regolazione e non*, in (a cura di) Valentini S., *Diritto e istituzioni della regolazione*, Giuffrè editore, Milano, 2005, pp. 267 ss.

⁵¹⁹ Pistis E., *Art. 6. Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, in (a cura di) Baldi M. – Tomei R., *La disciplina dei contratti pubblici : commentario al Codice appalti*, IPSOA, Milano, 2007, p. 126.

⁵²⁰ Pistis E., *Art. 6. Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, in (a cura di) Baldi M. – Tomei R., *La disciplina dei contratti pubblici : commentario al Codice appalti*, IPSOA, Milano, 2007, p. 127.

appaltanti, agli enti aggiudicatori o agli organismi di attestazione dati o documenti non veritieri, circa il possesso dei requisiti di partecipazione ex art. 8, comma 11, d. lgs. 163/2006.

Alle sanzioni pecuniarie, invece, si affiancano ulteriori misure sanzionatorie relativamente a settori, in particolare, in cui la normativa di riferimento prescrive l'iscrizione presso appositi registri o albi.

Ad esempio, il decreto interministeriale 30 giugno 2003, n. 221, recante disposizioni in materia di riqualificazione delle imprese di facchinaggio, prevede, in caso di violazioni, specialmente di particolare rilevanza, da parte delle imprese di facchinaggio della disciplina, legislativa e contrattuale, di tutela del lavoro, la sospensione dal registro delle imprese e dall'albo delle imprese artigiane, con annesso divieto di stipulazione di nuovi contratti durante il predetto periodo di sospensione, per giungere alla cancellazione dal registro e dall'albo citati, nel caso in cui l'impresa di facchinaggio non richieda la sospensione, sempre dai predetti strumenti pubblicitari, per il venir meno di uno o più requisiti obbligatori.

Inoltre, l'articolo 11, comma 6, del decreto 221/2003 stabilisce che i contratti stipulati con imprese di facchinaggio non iscritte o cancellate dal registro delle imprese o dall'albo delle imprese artigiane debbano essere considerati nulli, con possibile imputazione del rapporto di lavoro dei facchini esercenti l'attività presso l'impresa di facchinaggio "irregolare" in capo all'impresa committente.

Proprio l'assenza, a livello sovranazionale, di un organismo di controllo, istituzionalmente riconosciuto e in grado, essendo l'OIL sprovvisto dei poteri e delle risorse, umane e materiali, all'uopo necessari⁵²¹, di verificare il rispetto della regolarità lavoristica, soprattutto lungo l'intera concatenazione contrattuale di natura commerciale⁵²² di dimensione transnazionale ha "condizionato" l'affidamento dell'attività di controllo in questione.

⁵²¹ McCormick R. G., *Le relazioni industriali internazionali: attori e regole*, in DRI, 2007, pp. 1177 ss.; Verma A., *Global labour standards: can we get from here to there?*, in *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 2003, pp. 523-524; Hepple B., *A Race to the top? International Investment Guidelines and Corporate Codes of Conduct*, in *Comparative Labour Law & Policy Journal*, 1999, p. 357; Compa L., *Corporate social responsibility and Workers' Rights, Discussion paper for the Workshop on Corporate Social Responsibility*, Beijing, 13-15 January 2006, p. 4, disponibile su <http://digitalcommons.ilr.cornell.edu/articles/183/>; Scarponi S., *La "privatizzazione" delle norme internazionali di tutela del lavoro: codici etici di responsabilità sociale, accordi sindacali internazionali*, in *Lavoro e Diritto*, III, 2009, p. 417.

⁵²² Sul punto, vedi anche la relazione finale del progetto comunitario ESTER, AA. VV., *ESTER. The international dimension of corporate social responsibility*, 2008, disponibile su <http://ester.ubourdeaux.fr>

Infatti, con riferimento, dapprima, ai soli codici di condotta unilaterali e, poi, anche alle diverse e nuove forme di espressione dell'autonomia collettiva, come i cd. accordi-quadro internazionali, la citata attività "accertativa" è stata demandata, a seconda dei casi, ad organismi, comprese istituzioni nazionali e internazionali (ad esempio, l'Organizzazione Internazionale del Lavoro), riconosciuti come qualificati, dal punto di vista professionale e morale, ed indipendenti o, in alternativa, a commissioni congiunte, a composizione paritetica, costituite da rappresentanti delle contrapposte organizzazioni sindacali dei datori di lavoro e dei lavoratori, o "mista", in quanto integranti anche esponenti del mondo accademico, professionale ed associativo del settore *no-profit*.

D'altro canto, il poco "esplorato" quadro giuridico sovranazionale ha evidenziato come l'emergere di un'interconnessione, sempre più stretta, tra nuovi strumenti di regolazione sociale⁵²³ dei rapporti commerciali, soprattutto transnazionali, e nuovi attori - come organizzazioni non governative, associazioni di consumatori e ambientaliste⁵²⁴ - e alleanze "reticolari"⁵²⁵ tra gli stessi "nell'arena sociale" abbia influenzato la dimensione relativa al binomio controllo-sanzione nella disciplina lavoristica⁵²⁶, secondo un approccio privatistico-orizzontale più che pubblicistico-verticale⁵²⁷.

Il riferimento è, in particolare, a quelle forme di pressione e a quegli strumenti, come, appunto, azioni di boicottaggio e di solidarietà, anche internazionali, codici di condotta, nelle loro diverse declinazioni, marchi sociali, che, in quanto ispirati e "guidati" più da una logica di mercato e di regolazione "riflessiva" che da una di rigida formalizzazione

⁵²³ Sul punto vedi Greven T., *Transnational "Corporate Campaign": A tool for labour unions in the global economy*, in *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, Winter 2003, pp. 495 ss.

⁵²⁴ McCormick R. G., *Le relazioni industriali internazionali: attori e regole*, in *DRI*, 2007, pp. 1167 ss.; Scarponi S., *Globalizzazione, responsabilità sociale delle imprese e modelli partecipativi*, in (a cura di) Scarponi S., *Globalizzazione, responsabilità sociale delle imprese e modelli partecipativi*, Quaderni DSG, Trento, 2007, pp. 34-35; Moreau M. A., *Observation de la place du droit du travail dans une approche multidisciplinaire de la responsabilité sociale*, in AA. VV., *La dimension pluridisciplinaire de la responsabilité sociale de l'entreprise*, 2007, p. 226; Daugareilh I., *La dimension internationale de la responsabilité sociale des entreprises européennes: observations sur une normativité à vocation transnationale*, in AA. VV., *La dimension pluridisciplinaire de la responsabilité sociale de l'entreprise*, 2007, p. 291.

⁵²⁵ Osterman P., *Community Organizing and Employee Representation*, in *British Journal of Industrial Relations*, 44:4, 2006, pp. 629-649; Heckscher C. - Carrè F., *Strength in Networks: Employment rights organizations and the problem of co-ordination*, in *British Journal of Industrial Relations*, 44:4, 2006, pp. 605-628.

⁵²⁶ Tra gli altri, vedi Trubek D. M. - Mosher J. - Rothstein J. S., *Transnationalism in the regulation of labour relations: international regimes and transnational advocacy networks*, in *Law and Social Inquiry*, 2000, pp. 1187 ss.

⁵²⁷ Griffin G. - Nyland C. - O'Rourke A., *Trade Unions and the Trade-Labour rights link: a North-South union divide?*, in *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 2003, pp. 469 ss.

giuridica di emanazione positivistica, hanno contribuito allo sviluppo della mutazione funzionale, in chiave, appunto, sanzionatoria in senso lato, di istituti aventi un'originaria finalità di mera rendicontazione o di pubblicità, come nel caso della *disclosure* di *reports* a seguito di controllo in merito alle violazioni commesse dalle imprese “verificate”⁵²⁸ o di iscrizione in una sorta di *black list* delle medesime imprese “devianti”.

Si tratterebbe, tuttavia, non di un'assoluta novità, quanto, piuttosto, di uno sviluppo evolutivo, che intercetta una utilissima potenzialità di “condizionamento” e sanzionatoria degli attori economici nelle dimensioni “comunicative” e “reputazionali” delle moderne economie di mercato⁵²⁹.

Inoltre, particolare rilevanza acquisisce la previsione in taluni accordi quadro internazionali di un approccio, allo stesso tempo, promozionale e sanzionatorio, costituito da sanzioni positive e negative. Infatti, negli accordi *Bosch*, *Eads* e *Psa Peugeot Citroen*, il rispetto degli *standard* contenuti negli accordi stessi costituisce criterio per la selezione dei fornitori, così come la mancata osservanza delle prescrizioni dell'accordo *Psa Peugeot Citroen* da parte di un *partner* commerciale di quest'ultima comporta l'attivarsi di un sistema sanzionatorio progressivo, che va dal richiamo con invito a predisporre un piano di azioni correttive alla risoluzione del rapporto contrattuale.

Talvolta, all'attività di verifica in senso stretto, viene affiancata una fase di valutazione, per così dire, politico-sindacale in merito all'attuazione e/o alla risoluzione, per via endo-sindacale, di eventuali conflitti interpretativi sollevati dagli accordi quadro internazionali.

Tuttavia, bisogna riconoscere che come per i codici unilaterali di condotta, anche per quanto attiene agli accordi quadro internazionali, il tallone d'Achille è rappresentato dall'effettività dell'applicazione degli stessi⁵³⁰.

Lo snodo centrale del monitoraggio risente anche di situazioni di cooperazione sindacale “asimmetrica”, concretantesi, soprattutto, in fattispecie in cui i sindacati di

⁵²⁸ Verma A., *Global labour standards: can we get from here to there?*, in *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 2003, p. 519; Diller J., *A social conscience in the global marketplace? Labour dimensions of codes of conduct, social labeling and investor initiatives*, in *International Labour Review*, vol. 138, 1999, n. 2, pp. 118 ss.

⁵²⁹ Vedi Boiral O., *The certification of corporate conduct: issues and prospects*, in *International Labour Review*, vol. 142, n. 3, 2003, pp. 317 ss.

⁵³⁰ Scarponi S., *La “privatizzazione” delle norme internazionali di tutela del lavoro: codici etici di responsabilità sociale, accordi sindacali internazionali*, in *Lavoro e Diritto*, III, 2009, pp. 415-417; Molteni M., *Responsabilità sociale e performance di impresa*, Vita e pensiero, Milano, 2004, p. 197.

livello “decentrato” non sono stati preventivamente informati e consultati oppure coinvolti nell’applicazione dell’accordo.

Infatti, secondo una logica “circolare-discendente”, la mancata partecipazione sindacale a livello periferico-decentrato può rappresentare un indubbio fattore di rischio per quanto riguarda l’indebolimento delle stesse organizzazioni sindacali e della conseguente loro capacità di gestire il conflitto insorto in seguito alla denuncia della violazione dei medesimi *standard* di condotta.

La questione della cooperazione sindacale e il profilo dell’effettività assumono viepiù rilevanza in conseguenza del mancato unanime riconoscimento della cd. “giustiziabilità” degli accordi quadro internazionali, in assenza di strumenti giuridici in grado di imporle, a livello globale, l’osservanza. In controtendenza sembra andare l’accordo quadro *Diageo*, che, pure non avendo una dimensione “globale”, ma solo paneuropea, espressamente afferma la sua piena vincolatività giuridica.

La dimensione dell’effettività relativa all’applicazione degli accordi quadro internazionali ha, inoltre, certamente stimolato un maggior coordinamento sindacale, che ha spaziato da campagne informative e formative sulla stessa “natura” degli strumenti *de quibus* alla elaborazione di reti informative intersindacali e di vere e proprie strategie di *intelligence* sociale, come la predisposizione di una mappatura degli appaltatori ed eventuali subappaltatori dell’impresa committente “a monte” e di progetti di monitoraggio di appalti e della *compliance* ai correlati *standard* protettivi, da condurre eventualmente anche insieme ad altri soggetti sociali, laddove i sindacati dei lavoratori stessi siano deboli o inesistenti⁵³¹.

Se la mancanza di un’adeguata cornice normativa globale in materia di relazioni industriali evidenzia ancor di più come l’effettività degli accordi quadro internazionali dipenda da rapporti di forza ancora molto sfavorevoli per la forza lavoro, anche se collettivamente organizzata, è importante sottolineare che, comunque, gli accordi quadro, a differenza delle disposizioni dei codici di condotta, sono riusciti a delineare dei percorsi istituzionali di “conflitto cogestito” di livello sovranazionale⁵³² mediante

⁵³¹ Mi sia consetito rinviare a Greco P.- Vitale D., *I codici di condotta sociali*, in (a cura di) Greco P., *Lavoratori e impresa socialmente responsabile*, Atti del ciclo di seminari tenuti all’Università degli studi di Salerno, Giappichelli, Torino, 2007, p. 116.

⁵³² Schomann I., Sobzak A., Voss E., Wilke P., *Codes of conduct and international framework agreements: New forms of governance at company level*, European Foundation for the improvement of living and working conditions, 2008, pp. 62 ss., disponibile su www.eurofound.europa.eu.

l'istituzione di organismi paritetici incaricati di tentare la risoluzione di contrasti interpretativi e applicativi relativi agli accordi medesimi.

Infatti, i pur avanzati percorsi istituzionali di “conflitto cogestito” delineati dagli accordi quadro internazionali non dovrebbero “prestarsi” a tentativi di sottrazione degli stessi strumenti all'attenzione delle corti⁵³³, le quali, nel prossimo futuro, potrebbero offrire, anche mediante un'auspicabile prassi giurisprudenziale propensa a garantire un'applicazione extra-territoriale, quantomeno, *dei core labour standards*⁵³⁴, interessanti spunti interpretativi e ricostruttivi da utilizzare in chiave sanzionatoria contro le imprese inadempienti.

Una portata applicativa dei suddetti accordi-quadro internazionali che presenta non pochi profili problematici sia sul piano soggettivo, soprattutto laddove i sindacati internazionali non siano forniti del mandato a negoziare da parte dei propri iscritti⁵³⁵ e non siano facilmente individuabili i destinatari delle disposizioni collettive “vincolistiche”, sia sul piano oggettivo del coordinamento con la legislazione locale⁵³⁶, a sua volta foriero di esperienze variegata e non lineari⁵³⁷.

Si pensi, ad esempio, al caso in cui le corti, nazionali e non, fossero chiamate a pronunciarsi in merito a violazioni, da parte di imprese, di clausole di accordi quadro internazionali, pubblicizzate nei confronti della platea dei consumatori, che inducono a far ritenere la “qualità sociale” del processo produttivo e del relativo prodotto come una caratteristica “specificata” o “essenziale” del prodotto stesso⁵³⁸.

Inoltre, la dimensione dell'effettività della disciplina lavoristica dell'appalto solleva particolari e delicati rilievi interpretativi e ricostruttivi in relazione al quadro normativo

⁵³³ Schomann I., Sobczak A., Voss E., Wilke P., *Codes of conduct and international framework agreements: New forms of governance at company level*, European Foundation for the improvement of living and working conditions, 2008, pp. 68 ss., disponibile su www.eurofound.europa.eu; Scarponi S., *La “privatizzazione” delle norme internazionali di tutela del lavoro: codici etici di responsabilità sociale, accordi sindacali internazionali*, in *Lavoro e Diritto*, III, 2009, p. 421.

⁵³⁴ Hepple B., *Labour Law and Global Trade*, Hart Publishing, Oxford, 2005, pp. 82-83.

⁵³⁵ Ales E., Engblom S., Jaspers T., Lulom S., Sciarra S., Sobczak A., Valdes Dal Re F., *Transnational Collective Bargaining: Past, Present and Future*, http://ec.europa.eu/employment_social/labour_law/docs/transnational_agreements_ales_study_en.pdf, 2006; Scarponi S., *La “privatizzazione” delle norme internazionali di tutela del lavoro: codici etici di responsabilità sociale, accordi sindacali internazionali*, in *Lavoro e Diritto*, III, 2009, pp. 418-419.

⁵³⁶ Scarponi S., *La “privatizzazione” delle norme internazionali di tutela del lavoro: codici etici di responsabilità sociale, accordi sindacali internazionali*, in *Lavoro e Diritto*, III, 2009, pp. 419 ss.

⁵³⁷ AA. VV., *ESTER. The international dimension of corporate social responsibility*, 2008, disponibile su <http://ester.ubourdeaux.fr>.

⁵³⁸ Kocher E., *Private standards between soft law and hard law: the German case*, in *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 2002, p. 270.

comunitario e, in particolare, alla direttiva 96/71/CE e alle relative discipline nazionali di attuazione.

Si fa riferimento, in particolare, alle criticità relative, da un lato, all'indispensabile esigenza di certezza del diritto quale "primo" strumento di tutela degli interessi dell'impresa distaccante e, ancor più, di quelli dei lavoratori distaccati e, dall'altro lato, all'altrettanta improcastinabile necessità di un più efficace coordinamento interstatuale a proposito degli strumenti preventivi e sanzionatori, predisposti dalla normativa comunitaria e nazionale a favore dei lavoratori distaccati nell'ambito di una prestazione transnazionale di servizi.

Al riguardo, la Corte di Giustizia - Corte di Giustizia, 19 giugno 2008, causa C-319/06, *Commissione delle Comunità Europee c. Granducato del Lussemburgo* -, nel sottoporre al cd. test di proporzionalità la disciplina "interna" lussemburghese di attuazione della direttiva 96/71/CE, ha censurato, in quanto restrizione illegittima alla libera prestazione di servizi ex art. 56 del TFUE, l'obbligo per le imprese distaccanti di rendere accessibile all'ispettorato del lavoro, prima dell'inizio dei lavori e previa semplice richiesta, le informazioni e i documenti necessari per il controllo dell'organo di vigilanza suddetto, in quanto assimilabile ad «un onere di denuncia preventiva».

Infatti, secondo l'*iter* argomentativo seguito dalla Corte di Giustizia nel caso *de quo*, subordinare, a pena di sanzioni amministrative e penali, l'esercizio della libera prestazione dei servizi ex art. 56 TFUE alla "preventiva" richiesta da parte dell'ispettorato del lavoro equivale alla configurabilità di un regime autorizzatorio, illegittimo, appunto, in quanto contrario all'art. 56 TFUE⁵³⁹.

Inoltre, sempre in merito al cd. test di proporzionalità e con riferimento all'obbligo, per l'impresa comunitaria distaccante, di deposito presso un mandatario *ad hoc* residente in Lussemburgo di tutta la documentazione necessaria per i controlli prima dell'inizio dei lavori e per un tempo indefinito dopo la conclusione dei lavori stessi, la Corte di Giustizia ha affermato che la finalità della disposizione nazionale di consentire i controlli da parte dell'organo di vigilanza non è di per sé sufficiente per legittimare questa

⁵³⁹ C. Giust., 19 gennaio 2006, causa C-244/04, *Commissione-Germania*; C. Giust., 23 novembre 1999, cause C-369/96 e C-376/96, *caso Arblade*, Racc. pag. I-8453.

disposizione, qualora sia possibile raggiungere lo stesso obiettivo con uno strumento meno restrittivo per la libertà di circolazione dei servizi⁵⁴⁰.

Sul punto, proponendo, in tal modo, una possibile soluzione della controversia *de qua*, la Corte di Giustizia, nel tentativo di contemperare l'esigenza di consentire i controlli ispettivi da parte dello Stato ospitante col principio della libera circolazione dei servizi, "suggerisce" di designare «*un lavoratore presente sul luogo della prestazione di servizi affinché i documenti necessari per il controllo siano messi a disposizione delle competenti autorità nazionali*».

Una peculiare e "ambivalente", quanto poco "sfruttata", funzione di tecnica di tutela sia preventiva che, indirettamente, compulsiva *ex post* è assolta, invece, dalla cooperazione amministrativa ex art. 4 dir. 96/71, che potrebbe risultare rafforzata dalla partecipazione delle parti sociali, degli ispettori del lavoro e degli altri organi preposti ai controlli.

Funzionale non solo alla "diffusione" di informazioni al mercato e agli operatori ivi operanti⁵⁴¹ e alla prevenzione delle violazioni delle disposizioni normative contenute nella direttiva e nelle relative discipline attuative nazionali⁵⁴², la cooperazione amministrativa "intra-comunitaria", attuata mediante appositi uffici di collegamento e/o autorità di controllo dei rispettivi Stati membri interessati da un distacco di manodopera nell'ambito di una prestazione transnazionale di servizi ex dir. 96/71, è rilevante anche ai fini della supervisione circa l'applicazione della normativa *de qua*⁵⁴³ e dello sviluppo dell'annesso apparato "protettivo-sanzionatorio" ex art. 5 della medesima direttiva.

In argomento, la risoluzione del Parlamento Europeo del 26 marzo 2009 sulla responsabilità sociale delle imprese subappaltanti nelle catene di produzione (2008/2249(INI)) e il paragrafo 28 del rapporto sulla applicazione della direttiva 96/71 del Comitato sull'Occupazione e degli Affari Sociali (2006/2038(INI)) individuano, e suggeriscono alla Commissione di promuovere nei confronti degli Stati membri, un'estrinsicazione del predetto impianto protettivo-sanzionatorio nello strumento, valorizzato con riferimento ai rapporti triangolari dal Libro Verde 2006 della

⁵⁴⁰ Venturi D., *L'ordine pubblico e la disciplina dei controlli di vigilanza nello Stato ospitante: limiti ed effetti sulla libera circolazione dei servizi*, in DRI, IV, 2008, pp. 1223 ss.

⁵⁴¹ Hendrickx F., *Monitoring of labour standards in case of posting : some troublesome issues under the proposed services directive*, in (a cura di) Blanpain R., *Freedom of services in the European Union*, The Bolkestein Initiative, Kluwer Law International, 2008, pp. 112 ss.

⁵⁴² Cremers J. – Dolvik J. E. – Bosch G., *Posting of workers in the single market: attempts to prevent social dumping and regime competition in the EU*, in *Industrial Relations Journal*, 38:6, 2007, pp. 524-541.

⁵⁴³ Nadalet S., *L'attuazione della Direttiva 96/71 sul distacco*, in *Lavoro e Diritto*, I, 2008, pp. 58 ss.

Commissione "Modernizzare il diritto del lavoro per affrontare le sfide del XXI secolo" (COM(2006)0708), della responsabilità solidale passiva per i trattamenti retributivi, contributivi e fiscali tra l'impresa distaccante e quella distaccataria, nonché tra eventuali subappaltatori⁵⁴⁴.

Nel citato caso *Wolff & Muller*, la Corte di Giustizia, chiamata a verificare se la legislazione tedesca⁵⁴⁵ in materia di responsabilità congiunta e solidale costituisca una restrizione illegittima alla libera prestazione di servizi, ha riconosciuto come elemento costitutivo della tutela del lavoratore distaccato anche le modalità procedurali che consentono l'osservanza del diritto del medesimo lavoratore, come l'ipotesi in cui si affianca al primo debitore un secondo debitore di norma maggiormente solvibile rispetto a quest'ultimo, tenuto conto, da un lato, delle difficoltà che i lavoratori incontrano nel far valere i loro diritti dinanzi all'autorità giudiziaria dello Stato ospitante e, dall'altro, del ridotto valore, dal punto di vista economico, della tutela assicurata se diminuissero considerevolmente le possibilità di azionare i diritti medesimi nello Stato di destinazione⁵⁴⁶.

Per quanto riguarda l'impianto sanzionatorio prefigurato dalla direttiva 96/71 in occasione di una prestazione transnazionale di servizi, è opportuno sottolineare che se, da un lato, la competenza sui mezzi è degli Stati membri ospitanti, dall'altro, gli stessi strumenti coercitivi devono avere, in accordo con i principi generali dell'ordinamento giuridico comunitario e nel rispetto del limite della restrizione illegittima alla libera prestazione di servizi, le caratteristiche dell'efficacia, della proporzionalità e della capacità dissuasiva, senza dimenticare la rilevanza cruciale in materia del problema del

⁵⁴⁴ Bano F., *Diritto del lavoro e libera circolazione dei servizi nell'Unione Europea*, Mulino, Bologna, 2008, p. 212; Cremers J. – Dolvik J. E. – Bosch G., *Posting of workers in the single market: attempts to prevent social dumping and regime competition in the EU*, in *Industrial Relations Journal*, 38:6, 2007, p. 537; Borelli S., *Un possibile equilibrio tra concorrenza leale e tutela di lavoratori. I divieti di discriminazione*, in *Lavoro e Diritto*, n. 1, 2008, p. 143; Scarponi S., *La "privatizzazione" delle norme internazionali di tutela del lavoro: codici etici di responsabilità sociale, accordi sindacali internazionali*, in *Lavoro e Diritto*, III, 2009, p. 420; Corte di Giustizia, Seconda Sezione, 12 ottobre 2004, causa C-60/03, *Wolff & Muller GmbH & Co. KG contro José Filipe Pereira Felix*, punto 37, in *Racc.* 2004, I, p. 9553.

⁵⁴⁵ Deinert O., *Posting of workers to Germany – Previous evolutions and new influences throughout EU legislation proposals*, in *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 2000, pp. 217 ss.

⁵⁴⁶ Bano F., *Diritto del lavoro e libera circolazione dei servizi nell'Unione Europea*, Mulino, Bologna, 2008, p. 214.

mutuo riconoscimento e dell'applicazione di sanzioni pecuniarie nello Stato di stabilimento dell'impresa che distacca i lavoratori⁵⁴⁷.

Affinché i lavoratori e i loro rappresentanti dispongano di procedure adeguate ai fini dell'esecuzione degli obblighi previsti dalla direttiva 96/71⁵⁴⁸, quest'ultima contiene anche una disposizione, in verità fruibile da ambo le parti del rapporto di lavoro⁵⁴⁹, in materia di giurisdizione⁵⁵⁰ (art. 6), che preconizza, tuttavia, indubbi riflessi soprattutto sul piano di una più celere ed efficace tutela sostanziale del lavoratore distaccato.

In tal modo, si consente la promozione di azioni giudiziarie dinanzi ad un foro, avente carattere addizionale⁵⁵¹, dello Stato ospitante e, limitatamente agli ambiti disciplinari di cui all'art. 3⁵⁵² dir. 96/71, a favore del lavoratore⁵⁵³, in qualità di contraente debole, che, nel luogo in cui si svolge la prestazione transnazionale di servizi, può esigere il rispetto, da parte di un giudice avente, appunto, maggior "confidenza" con le circostanze di fatto e di diritto sollevate nel ricorso⁵⁵⁴, delle condizioni di lavoro.

Sul punto, il d. lgs. 72/2000, contenente la disciplina attuativa interna della direttiva comunitaria *de qua*, dispone, anche in ragione del carattere di transnazionalità che caratterizza la fattispecie disciplinata⁵⁵⁵, una riduzione degli oneri amministrativi e procedurali, non richiedendosi, nei ricorsi presentati dinanzi all'autorità giudiziaria italiana, il preventivo espletamento del tentativo di conciliazione ex art. 410 c.p.c.⁵⁵⁶.

⁵⁴⁷ Bano F., *Diritto del lavoro e libera circolazione dei servizi nell'Unione Europea*, Mulino, Bologna, 2008, p. 212.

⁵⁴⁸ Bano F., *Diritto del lavoro e libera circolazione dei servizi nell'Unione Europea*, Mulino, Bologna, 2008, p. 211.

⁵⁴⁹ Kolehmainen E., *The Directive concerning the posting of workers: synchronization of the functions of national legal systems*, in *Comparative Labour Law and Policy Journal*, vol. 20:71, 1998, pp. 90 ss.

⁵⁵⁰ Foglia R., *Il distacco del lavoratore nell'Unione europea: la normativa comunitaria*, in *Massimario di Giurisprudenza di Lavoro*, n. 8/9, 2001, pp. 810-811.

⁵⁵¹ Corrao M. E., *Profili internazional-privatistici dei rapporti di lavoro nei gruppi di società*, in *Lavoro e Diritto*, 2005, pp. 518 ss.

⁵⁵² Viarengo I., *La legge applicabile al lavoratore distaccato in un altro Stato membro nell'ambito di una prestazione di servizi*, Nascimbene B., *La libera circolazione dei lavoratori*, Milano, 1998, pp. 183 ss.

⁵⁵³ Maretti S., *Il recepimento della direttiva Cee sul distacco dei lavoratori*, in *MGL*, 2000, n. 11, p. 1152.

⁵⁵⁴ 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 *ADL*, 1999, p. 472.

⁵⁵⁵ Maretti S., *Il recepimento della direttiva Cee sul distacco dei lavoratori*, in *MGL*, 2000, n. 11, p. 1157.

⁵⁵⁶ Contra Mancino R., *Distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione transnazionale di servizi (d. lgs. 25 febbraio 2000, n. 72)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2000, p. 908.

10. La disciplina lavoristica dell'appalto come "indice" della tendenza verso la flessibilizzazione della nozione di datore di lavoro?

La questione relativa all'esatta individuazione dei soggetti del rapporto obbligatorio e delle parti del rapporto contrattuale se, da un lato, rappresenta un consolidato snodo problematico per il diritto comune delle obbligazioni e dei contratti, dall'altro lato, ha acquisito progressiva rilevanza anche per quanto riguarda il diritto del lavoro⁵⁵⁷.

Con particolare riferimento al profilo giuslavoristico, il dibattito dottrinale e giurisprudenziale sul tema richiamato è, tradizionalmente, ruotato attorno all'istituto dell'appalto sin dalla disciplina sul divieto di interposizione di manodopera ex l. 1369/1960, in cui si pone il problema dell'imputazione soggettiva degli effetti derivanti dal contratto, per ritrovare un rinnovato vigore⁵⁵⁸ in seguito alla stratificazione normativa in materia di appalto, ma non solo, "inaugurata" dal d. lgs. 276/2003⁵⁵⁹, in termini di ulteriori interessanti spunti per un tentativo di risposta "sistemicamente" coerente alla problematica dell'inafferrabilità dei centri di potere e decisionali⁵⁶⁰ nella moderna filiera produttiva reticolare.

Infatti, se da un punto di vista sistematico, può certamente dirsi non superato il principio in base al quale sono vietate forme di organizzazione del lavoro in cui l'effettivo utilizzatore della prestazione lavorativa non coincida con il titolare del rapporto di lavoro⁵⁶¹, una tale asserzione non può considerarsi più esaustiva alla luce del processo, riguardante non solo l'ordinamento giuridico interno⁵⁶², di "flessibilizzazione" della figura del datore di lavoro⁵⁶³ e di un approccio interpretativo e ricostruttivo,

⁵⁵⁷ Esposito M., *La mobilità del lavoratore a favore del terzo*, Jovene, Napoli, 2002, p. 24; Grandi M., *Le modificazioni del rapporto di lavoro, I, Le modificazioni soggettive*, Giuffrè, Milano, 1972, p. 223.

⁵⁵⁸ Tullini P., *Identità e scomposizione della figura del datore di lavoro*, in ADL, 2003, pp. 90 ss.

⁵⁵⁹ Speciale V., *Il datore di lavoro nell'impresa integrata*, in *I working papers Centro studi di Diritto del lavoro europeo Massimo D'Antona*, 2010, n. 94, pp. 20 ss., disponibile su <http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/it>.

⁵⁶⁰ Nogler L., *Gruppo di imprese e diritto del lavoro*, in *Lavoro e Diritto*, II, 1992, p. 293.

⁵⁶¹ Mazzotta O., *Il mondo al di là dello specchio: la delega sul lavoro e gli incerti confini della liceità dei rapporti interpositori*, in (a cura di) De Luca Tamajo R., Rusciano M., Zoppoli L., *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema*, Esi, Napoli, 2004, pp. 97 ss.

⁵⁶² Collins H., *Independent Contractors and the Challenge of Vertical Disintegration to Employment Protection Laws*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 10, n. 3, 1990, pp. 353-380; Deakin S. -Morris J., *Labour Law*, Hart, Oxford, 2005, pp. 151-152.

⁵⁶³ Vardaro G., *Prima e dopo la persona giuridica: sindacati, imprese di gruppo e relazioni industriali*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, II, 1988, pp. 203 ss.; Tullini P., *Identità e scomposizione della figura del datore di lavoro*, in ADL, 2003, pp. 98 ss.; Perulli A., *Diritto del lavoro e decentramento produttivo in una prospettiva comparata: problemi e prospettive*, in RIDL, I, 2007, p. 34;

“connaturato” alla disciplina lavoristica, che privilegia un’indagine relativa alle concrete modalità di svolgimento del rapporto rispetto a criteri formali di imputazione della titolarità giuridica⁵⁶⁴.

Ferma restando la necessità di tener distinta l’individuazione del datore di lavoro, quale persona fisica responsabile sul piano prevenzionale all’interno di un’organizzazione o di un ente, dall’estensione della responsabilità prevenzionale in materia di appalti, che travalica anche la persona giuridica, una prima individuazione di una pluralità di centri di imputazione di effetti giuridici, correlati, appunto, sia alle articolazioni organizzative intra-aziendali⁵⁶⁵ sia ai rapporti inter-aziendali, è rinvenibile in materia di salute e sicurezza sul lavoro.

La predetta “pluri-imputabilità” è riscontrabile, da un lato, nel debito di sicurezza ex art. 2 d. lgs. 626/1994, come ora consacrato nel corrispondente articolo 2 del d. lgs. 81/2008⁵⁶⁶, che, in omaggio al principio di effettività, determina la ripartizione tra più soggetti della qualifica sostanziale, con annesse responsabilità anche penali, di datore di lavoro⁵⁶⁷, dall’altro, nel riconoscimento della responsabilità civile e penale, in particolare, per la violazione degli obblighi di cui all’art. 7, commi 2 e 3, d. lgs. 626/1994, ora confluiti nell’art. 26, d. lgs. 81/2008⁵⁶⁸, anche dell’impresa appaltante in occasione di infortuni a danno dei dipendenti dell’appaltatore⁵⁶⁹.

De Luca Tamajo R., *Diritto del lavoro e decentramento produttivo in una prospettiva comparativa: scenari e strumenti*, in RIDL, I, 2007, pp. 15-16; Speciale V., *Il datore di lavoro nell’impresa integrata*, in I working papers *Centro studi di Diritto del lavoro europeo Massimo D’Antona*, 2010, n. 94, pp. 39 ss., disponibile su <http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/it>; Esposito M., *La mobilità del lavoratore a favore del terzo*, Jovene, Napoli, 2002, pp. 48 ss.

⁵⁶⁴ Esposito M., *La mobilità del lavoratore a favore del terzo*, Jovene, Napoli, 2002, pp. 32 ss.

⁵⁶⁵ Basenghi F., *La ripartizione intersoggettiva degli obblighi prevenzionistici*, in (a cura di) Galantino L., *La sicurezza del lavoro. Commento al decreto legislativo 19 settembre 1994, n. 626*, Giuffrè, Milano, 1995, pp. 59 ss.

⁵⁶⁶ Barbera M., *Trasformazioni della figura del datore di lavoro e flessibilizzazione delle regole del diritto*, Relazione al XVI Congresso nazionale di Diritto del Lavoro “*La figura del datore di lavoro. Articolazioni e trasformazioni*”, Catania 21-23 maggio 2009, pp. 27-28, disponibile su www.aidlass.org.

⁵⁶⁷ Montuschi L., *I principi generali del d.lgs. n. 626 del 1994 (e le successive modifiche)*, in Montuschi L. (a cura di), *Ambiente, salute e sicurezza*, Giappichelli, Torino, 1997, pp. 37 ss.; Romei R., *Il campo di applicazione del D.lgs. 626/1994 e i soggetti*, in Montuschi L. (a cura di), *Ambiente, salute e sicurezza*, Giappichelli, Torino, 1997, pp. 76 ss.

⁵⁶⁸ Venturi D., *I datori di lavoro privati*, in (a cura di) Tiraboschi M., *Il Testo Unico della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 248 ss.; Pascucci P., *Dopo la legge n. 123 del 2007. Prime osservazioni sul Titolo I del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81 in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Edizioni studio @lfa, Pesaro, 2008, pp. 36 ss.

⁵⁶⁹ Ceglie D., *Appalti interni e appalti pubblici, tra rischi interferenziali e costi della sicurezza*, in Rusciano M. e Natullo G. *Ambiente e sicurezza del lavoro, Commentario, Appendice di aggiornamento*, Torino, 2008, pp. 19-20; Vallebona A., *Responsabilità civile dell’imprenditore. Appalti. Responsabilità dei progettisti, fabbricanti, fornitori e installatori*, in (a cura di) Montuschi L., *Ambiente, salute e sicurezza. Per una gestione integrata dei rischi di lavoro*, Giappichelli, Torino, 1997, pp. 219 ss.

In particolare, l'estensione della sfera di applicazione degli obblighi di cooperazione e coordinamento reciproci ex art. 26, comma 1, d. lgs. 81/2008 a tutti gli appalti svolti, oltre che all'interno dell'azienda del committente, o di una singola unità produttiva, anche nell'ambito dell'intero ciclo produttivo dell'azienda stessa, ha condotto una parte della dottrina⁵⁷⁰ a considerare la previsione normativa summenzionata come espressione di «una vera e propria regola di tutela codatoriale del prestatore di lavoro della e nella filiera di opere o servizi propri o accessori al ciclo produttivo»⁵⁷¹.

Una ricostruzione, quest'ultima, che deve certamente ritenersi sostanzialmente scalfita dall'«ultima» formulazione, per mezzo dell'art. 16, d. lgs. 106/2009, dell'art. 26, comma 1, d. lgs. 81/2008, che ha espressamente escluso dalla stessa portata applicativa della locuzione di ciclo produttivo le attività che si svolgono in locali sottratti alla giuridica disponibilità del committente⁵⁷², in quanto circostanza in grado di «annullare» l'agibilità dell'attività di coordinamento da parte del committente medesimo⁵⁷³.

Insomma, la disciplina normativa in materia di salute e sicurezza sul lavoro ex d. lgs. 81/2008 pare confermare, sia pure in chiave settoriale e non generale, la politica legislativa del 1994 e l'orientamento giurisprudenziale ad essa precedente⁵⁷⁴, volta a considerare, nel rispetto delle singole soggettività giuridiche dei datori di lavoro coinvolti, la struttura unitaria dell'impresa reticolare, come formata da organizzazioni produttive distinte ma integrate dal punto di vista contrattuale e funzionale⁵⁷⁵.

Pertanto, una superficiale considerazione può indurre a constatare che il cd. processo di scomposizione produttiva, da un lato, depotenzia le tradizionali letture onnicomprensive della nozione di datore di lavoro fondate sull'art. 2094 c.c.⁵⁷⁶, dall'altro, conferma la

⁵⁷⁰ Speziale V., *Il datore di lavoro nell'impresa integrata*, in I working papers *Centro studi di Diritto del lavoro europeo Massimo D'Antona*, 2010, n. 94, p. 19, disponibile su <http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/it>; Bacchini F., *Committenti e appaltatori*, in (a cura di) Tiraboschi M., *Il Testo Unico della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 183 ss.

⁵⁷¹ Bacchini F., *Committenti e appaltatori*, in (a cura di) Tiraboschi M., *Il Testo Unico della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 186.

⁵⁷² Soprani P., *Prevenzione e appalti: il decreto DURC*, in *ISL*, II, 2008, p. 77.

⁵⁷³ Sul punto, Barraco E., *Nuova disciplina lavoristica degli appalti*, in *DPL*, n. 24, 2007, p. 1506.

⁵⁷⁴ Focareta F., *La responsabilità di sicurezza sul lavoro negli appalti*, in *Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 1994, pp. 145 ss..

⁵⁷⁵ Speziale V., *Il datore di lavoro nell'impresa integrata*, in I working papers *Centro studi di Diritto del lavoro europeo Massimo D'Antona*, 2010, n. 94, p. 19, disponibile su <http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/it>

⁵⁷⁶ Esposito M., *La mobilità del lavoratore a favore del terzo*, Jovene, Napoli, 2002, p. 51; Romei R., *Cessione di ramo d'azienda e appalti*, Relazione al convegno AIDLASS su Il diritto del lavoro e i confini dell'impresa, Trento, 4-5 giugno 1999, in AA.VV., *Diritto del lavoro e nuove forme di decentramento*

configurabilità di una moltiplicazione, o quantomeno una duplicazione, dei centri di responsabilità datoriali, dando vita al fenomeno del datore di lavoro “al plurale”⁵⁷⁷ seppur non in via generale, ma circoscritto a determinati ambiti disciplinari, come suggerisce l’esperienza di *common law* relativa alla nozione di *associated employer*⁵⁷⁸ in materia retributiva, antidiscriminatoria, di salute e sicurezza sul lavoro, nonché di contrattazione collettiva⁵⁷⁹.

A seguito delle ricorrenti modifiche, di natura giuslavoristica e fiscale, apportate alla disciplina del contratto di appalto, il legislatore italiano, soprattutto attraverso la tecnica della responsabilità solidale, pare aver metabolizzato, in riferimento all’ordinamento interno, gli influssi provenienti dall’impianto rimediabile della *Joint Employment Doctrine*, in ragione della quale «... due entità, che restano separate dal punto di vista giuridico, sono congiuntamente considerate quali datori di lavoro, tutte le volte in cui si accerti l’influenza di entrambe sulle condizioni che modellano il rapporto di lavoro»⁵⁸⁰, prefigurando, in tal modo, l’acquisizione da parte del committente dello *status* di datore di lavoro “congiunto” nei confronti dei dipendenti dell’appaltatore e degli eventuali subappaltatori, non necessariamente solo quelli occupati nell’esecuzione dell’appalto⁵⁸¹. Tuttavia, un’altra parte della dottrina⁵⁸² ritiene che l’insieme dei rimedi prefiguranti ipotesi di responsabilità congiunte⁵⁸³, in cui si determina un affiancamento del committente all’appaltatore a garanzia dei rischi di sottotutela scaturenti dai processi di segmentazione produttiva, non assurga alla “soglia qualitativa critica” per incidere sul

produttivo, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 189 ss.; Corazza L., “Contractual integration” e rapporti di lavoro, Cedam, Padova, 2004, p. 227.

⁵⁷⁷ Tullini P., *Identità e scomposizione della figura del datore di lavoro*, in ADL, 2003, pp. 90 ss.; Marazza M., *Saggio sull’organizzazione del lavoro*, Cedam, Padova, 2001, pp. 82 ss.

⁵⁷⁸ Deakin S., *The changing concept of the Employer in Labour Law*, in Industrial Law Journal, Vol. 30, I, 2001, pp. 72 ss.; Deakin S. – Wilkinson O., *The Law of the labour market – Industrialization, Employment and Legal Evolution*, OUP, Oxford, 2005, pp. 4-35.

⁵⁷⁹ Moberly R. B. – Gramming R. J., *The United States*, in Bulletin of Comparative Labour Relations 36, 1999, pp. 397-398; James P.- Johnstone R. – Quinlan M. – Walters D., *Regulating supply chains to improve health and safety*, in Industrial Law Journal, vol. 36, n. 2, 2007, pp. 163-187.

⁵⁸⁰ Corazza L., *L’outsourcing negli Stati Uniti d’America. Spunti di comparazione alla luce dell’analisi economica del diritto*, in De Luca Tamajo R. (a cura di), *I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli*, ESI, Napoli, 2002, p. 206.

⁵⁸¹ Mattiuzzo F., *Le nuove responsabilità del committente, appaltatore e subappaltatore*, in Il lavoro nella giurisprudenza, n. 6, 2007, p. 567.

⁵⁸² Speziale V., *Il datore di lavoro nell’impresa integrata*, in I working papers Centro studi di Diritto del lavoro europeo Massimo D’Antona, 2010, n. 94, pp. 23 ss., disponibile su <http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/it>; Carinci M. T., *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro. Somministrazione e distacco, appalto e subappalto, trasferimento d’azienda e di ramo: diritto del lavoro e nuove forme di organizzazione*, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 13-15.

⁵⁸³ Speziale V., *Le esternalizzazioni dei processi produttivi dopo il d. lgs. 276/2003: proposte di riforma*, in Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale, 2006, p. 170.

concetto di datore di lavoro.

I rimedi predetti, infatti, sono considerati dalla dottrina citata quale espressione di un orientamento normativo mirante a trasformare alcune posizioni debitorie in obbligazioni soggettivamente complesse⁵⁸⁴, sia pur coinvolgenti soggetti formalmente non titolari del rapporto di lavoro per aspetti non esclusivamente pecuniari, senza incidere sul profilo causale del contratto di lavoro⁵⁸⁵, ma collocandosi lungo il crinale meramente funzionale delle tecniche di tutela⁵⁸⁶.

In relazione al formante giurisprudenziale, la scarsa giurisprudenza sul tema della codatorialità rimanda a poche sentenze, anche, della Suprema Corte di Cassazione⁵⁸⁷ in materia di gruppi di imprese⁵⁸⁸, in cui la contitolarità soggettiva attiva del rapporto di lavoro tra le imprese interessate viene raccordata all'elemento "fisiologico" del coordinamento dell'unica prestazione lavorativa, cumulativamente o alternativamente utilizzata.

Certamente, la previsione di forme di co- o pluri-datorialità⁵⁸⁹ avrebbe il merito di contrapporre alla decomposizione dei rischi⁵⁹⁰ e delle responsabilità⁵⁹¹ lungo la catena del lavoro disegnata dai processi di segmentazione produttiva, un tentativo di ricomposizione, a tutela della forza lavoro dispersa nello spazio e imbrigliata nell'azione dalle predette operazioni economiche, delle corrispondenti responsabilità⁵⁹²,

⁵⁸⁴ Corazza L., *Appunti in tema di obbligazioni solidali e rapporti di lavoro*, in RIDL, 1997, II, pp. 86 ss.

⁵⁸⁵ Speciale V., *Il datore di lavoro nell'impresa integrata*, in I working papers *Centro studi di Diritto del lavoro europeo Massimo D'Antona*, 2010, n. 94, p. 24, disponibile su <http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/it>

⁵⁸⁶ Del Punta R., *Statuto dei lavori ed esternalizzazioni*, in DRI, n. 2, 2004, pp. 218 ss.

⁵⁸⁷ Razzolini O., *Contitolarità del rapporto di lavoro nel gruppo caratterizzato da "unicità di impresa"*, in I working papers *Centro studi di Diritto del lavoro europeo Massimo D'Antona*, 2009, n. 89, pp. 19-20, disponibile su <http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/>; Galgano F., *L'impresa di gruppo*, in II diritto del mercato del lavoro, III, 2004, pp. 669 ss.; in giurisprudenza, Cass. 15 giugno 1977, n. 238, in in RGL, 1977, II, pp. 406 ss.; n. 3484, in RGL, 1977, II, pp. 1033 ss.; Cass. 6 novembre 1982, n. 5825, in OGL, 1983, pp. 1255 ss.; Cass. 18 aprile 1986, n. 2576, FI, 1987, I, pp. 1847 ss.; Cass. 22 febbraio 2005, n. 2008, in RCDL, 1995, pp. 988 ss.; Cass. 24 marzo 2003, n. 4274, in OGL, 2003, I, pp. 166 ss.

⁵⁸⁸ Vedi Nogler L., *Sulla previsione contrattuale della sospensione del rapporto con prestito del lavoratore ad altra impresa collegata* (nota a Cass., 8 ottobre 1991, n. 10556), in RIDL, 1992, II, pp. 936 ss.

⁵⁸⁹ Teubner G., *Enterprise Corporatism: New Industrial Policy and the "essence" of the legal person*, in American Journal of Comparative Law, 1988, 36, pp. 130 ss.; Morin M. L., *Les frontières de l'entreprise et la responsabilité de l'emploi*, in Droit Social, n. 5, 2001, pp. 478 ss.

⁵⁹⁰ Rullani E., *La strategia dell'impresa. Dal post-moderno all'auto-organizzazione*, in Politica ed economia, V, 1991, pp. 33 ss.

⁵⁹¹ Salento A., *Somministrazione, appalto, organizzazione: politiche del diritto, interpretazioni, teorie organizzative*, in Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali n. 11, 2006, III, p. 490.

⁵⁹² Lyon Caen A., *Droit du travail, subordination et decentralisation productive*, in *Les nouvelles frontières du travail subordonné*, La Découverte, Paris, 2006, pp. 87 ss.

cui potrebbe dare un qualificato e incisivo contributo l'iniziativa sindacal-collettiva⁵⁹³.

Pertanto, il conseguimento di una tale finalità ricompositiva esigerebbe un aggiornamento delle tradizionali istituzioni di diritto del lavoro, individuali e collettive, consentendo un'effettiva ed efficace correlazione tra una nozione flessibile di datore di lavoro e la conformazione dei poteri datoriali che determinano le concrete condizioni di lavoro⁵⁹⁴ nella moderna impresa a rete⁵⁹⁵, in linea con una prospettiva che valorizzi «canoni funzionalistici di individuazione della figura di datore di lavoro, che si connota diversamente a seconda del contesto e dei fini che l'ordinamento intende realizzare»⁵⁹⁶. Ciò in quanto se è vero che, da un lato, allocare responsabilità sempre laddove vi sia un coordinamento diretto della prestazione, senza che vi sia una maggiore solidità economica, potrebbe risultare inefficace in termini di tutela, dall'altro lato, intercettare il soggetto dotato della reale solidità economica non equivale, automaticamente, all'individuazione del vero datore di lavoro⁵⁹⁷.

L'individuazione del contratto di appalto come terreno di possibile manifestazione della tendenza verso forme di "flessibilizzazione" della titolarità del rapporto di lavoro ben si concilia con la considerazione che, se la realtà "ordinamentale" di numerosi paesi evidenzia la non irrilevante diffusione della codatorialità⁵⁹⁸, la medesima codatorialità, intesa, appunto, come contitolarità del rapporto di lavoro, rinviene il proprio

⁵⁹³ Ichino P., *La disciplina della segmentazione del processo produttivo e dei suoi effetti sul rapporto di lavoro*, Relazione al convegno AIDLASS su Il diritto del lavoro e i confini dell'impresa, Trento, 4-5 giugno 1999, in AA.VV., *Diritto del lavoro e nuove forme di decentramento produttivo*, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 67-68; Perulli A., *Diritto del lavoro e decentramento produttivo in una prospettiva comparata: problemi e prospettive*, in RIDL, I, 2007, p. 35.

⁵⁹⁴ Vardaro G., *Prima e dopo la persona giuridica: sindacati, imprese di gruppo e relazioni industriali*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, II, 1988, pp. 212 ss.; De Luca Tamajo R., *Diritto del lavoro e decentramento produttivo in una prospettiva comparativa: scenari e strumenti*, in RIDL, I, 2007, pp. 16 ss.

⁵⁹⁵ Perulli A., *Diritto del lavoro e decentramento produttivo in una prospettiva comparata: problemi e prospettive*, in RIDL, I, 2007, pp. 29-32; Corazza L., "Contractual integration" e rapporti di lavoro, Cedam, Padova, 2004, p. 178; Carabelli U., *Organizzazione del lavoro e professionalità: una riflessione su contratto di lavoro e post-taylorismo*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 2004, pp. 12 ss.

⁵⁹⁶ Barbera M., *Trasformazioni della figura del datore di lavoro e flessibilizzazione delle regole del diritto*, Relazione al XVI Congresso nazionale di Diritto del Lavoro "La figura del datore di lavoro. Articolazioni e trasformazioni", Catania 21-23 maggio 2009, p. 21, disponibile su www.aidlass.org.

⁵⁹⁷ Barbera M., *Trasformazioni della figura del datore di lavoro e flessibilizzazione delle regole del diritto*, Relazione al XVI Congresso nazionale di Diritto del Lavoro "La figura del datore di lavoro. Articolazioni e trasformazioni", Catania 21-23 maggio 2009, p. 20, disponibile su www.aidlass.org.

⁵⁹⁸ Razzolini O., *Contitolarità del rapporto di lavoro nel gruppo caratterizzato da "unicità di impresa"*, in I working papers *Centro studi di Diritto del lavoro europeo Massimo D'Antona*, 2009, n. 89, pp. 29 ss., disponibile su <http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp>; Perulli A., *Diritto del lavoro e decentramento produttivo in una prospettiva comparata: problemi e prospettive*, in RIDL, I, 2007, pp. 33-35; De Luca Tamajo R., *Diritto del lavoro e decentramento produttivo in una prospettiva comparativa: scenari e strumenti*, in RIDL, I, 2007, pp. 15-16.

fondamento, oltre che in minoritarie posizioni dottrinali⁵⁹⁹, in disposizioni legislative come in elaborazioni giurisprudenziali, se non in un *mix* di questi fattori⁶⁰⁰.

Centrale appare, dunque, l'analisi della rilevanza accordata dall'ordinamento giuridico, in seguito all'abrogazione della l. 1369/1960, all'apprezzamento unitario, a determinati fini, di organizzazioni autonome ma integrate dal punto di vista contrattuale e organizzativo, in grado di "aprire una breccia" nel principio della identità tra la figura di datore di lavoro e quella di esclusivo creditore della prestazione lavorativa⁶⁰¹, operando i temi dell'interposizione illecita e della codatorialità su piani del tutto distinti⁶⁰².

Il peculiare inquadramento dell'istituto dell'appalto nella riflessione *de qua* si desume, altresì, dalla considerazione che, mentre nel caso della somministrazione di manodopera, ex art. 20 ss. d. lgs. 276/2003, e del distacco, ex art. 30 del medesimo decreto, l'articolazione "intersoggettiva", tra gli operatori economici interessati, dei poteri datoriali non incide, per espressa previsione normativa, sulla nozione di datore di lavoro, la sussistenza di un appalto lecito, invece, parrebbe non escludere, sul piano teorico, la possibilità che il potere conformativo delle prestazioni svolte dal lavoratore a favore di organizzazioni produttive distinte, ma integrate, e in funzione di un interesse aziendale condiviso⁶⁰³ da più imprese⁶⁰⁴, sia coesercitato, sia pure in diversa guisa, dall'appaltante e dall'appaltatore⁶⁰⁵, con relative possibili ripercussioni in termini di "moltiplicazione" della figura del datore di lavoro.

Sulla base dei principi civilistici in materia di collegamento negoziale, l'ultima dottrina che si è confrontata sul punto con riferimento all'istituto dell'appalto⁶⁰⁶ ritiene che la

⁵⁹⁹ In generale, sul tema Busnelli F. D., *L'obbligazione soggettivamente complessa. Profili Sistemati*, Giuffrè, Milano, 1974; Orlandi M., *Obbligazioni soggettivamente complesse ed equivalenza delle prestazioni*, in Aa.vv., *Atti del convegno per il cinquantenario della rivista. Il diritto delle obbligazioni e dei contratti: verso una riforma?*, RDC, 2006, pp. 179 ss.

⁶⁰⁰ Speciale V., *Il datore di lavoro nell'impresa integrata*, in I working papers *Centro studi di Diritto del lavoro europeo Massimo D'Antona*, 2010, n. 94, p. 15, disponibile su <http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/it>

⁶⁰¹ Speciale V., *Il datore di lavoro nell'impresa integrata*, in I working papers *Centro studi di Diritto del lavoro europeo Massimo D'Antona*, 2010, n. 94, pp.38-39, disponibile su <http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/it>

⁶⁰² Sul punto, Bellocchi P., *Interposizione e subordinazione*, in ADL, 2001, pp. 265 ss.

⁶⁰³ Busnelli F., *L'obbligazione soggettivamente complessa*, Milano, 1974, pp. 38 ss.

⁶⁰⁴ Corazza L., "Contractual integration" e rapporti di lavoro, Cedam, Padova, 2004, p. 227.

⁶⁰⁵ Speciale V., *Il datore di lavoro nell'impresa integrata*, in I working papers *Centro studi di Diritto del lavoro europeo Massimo D'Antona*, 2010, n. 94, pp. 56 ss., disponibile su <http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/it>; Corazza L., *Contractual integration e rapporti di lavoro*, Cedam, Padova, 2004, p. 227.

⁶⁰⁶ Speciale V., *Il datore di lavoro nell'impresa integrata*, in I working papers *Centro studi di Diritto del lavoro europeo Massimo D'Antona*, 2010, n. 94, p. 56, disponibile su <http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/it>

compenetrazione degli effetti legali previsti dalle due tipologie contrattuali, commerciale e di lavoro, non dipenda dal mero collegamento negoziale⁶⁰⁷, ma, altresì, dalla destinazione, in via esclusiva o prevalente, delle prestazioni lavorative al soddisfacimento degli interessi organizzativi ed economici del committente, come generalmente si rinviene nelle fattispecie di monocommitenza.

Oppure, sempre secondo la medesima dottrina⁶⁰⁸, una ricostruzione più strettamente aderente ai principi lavoristici indurrebbe a considerare, valutate le caratteristiche organizzative tipiche dell'impresa integrata, l'attività dell'appaltatore alla stregua di un "segmento" di quella dell'appaltante e i dipendenti dell'appaltatore come dipendenti "di fatto" del committente, perché destinati a soddisfare in via esclusiva o prevalente gli interessi dell'impresa decentrante.

La "riconduzione" dell'interesse esclusivo o prevalente in capo all'impresa appaltante determina, come contropartita, l'imputazione, anche alla luce dei caratteri "dell'autonomia nella subordinazione"⁶⁰⁹ propri del cd. post-fordismo, in capo alla medesima della titolarità del rapporto di lavoro in assenza di un esercizio diretto, ma solo "attenuato", magari mediante l'impartizione di istruzioni e/o di specifiche tecniche e organizzative, o potenziale⁶¹⁰ del potere di direzione del lavoro, nella «dinamicità e variabilità delle sue forme e modalità di esercizio»⁶¹¹.

L'abrogazione della l. 1369/1960 e del conseguente cd. principio di uniformità di trattamento ex art. 3 della medesima legge consente all'impresa "orizzontale" appaltante, in virtù del programma di integrazione contrattuale, di usufruire dei medesimi benefici derivanti da un'organizzazione verticalmente "concentrata" e, allo stesso tempo, di eludere le garanzie, individuali e collettive, a favore dei dipendenti dell'appaltatore che svolgono le proprie prestazioni in condizioni del tutto analoghe a

⁶⁰⁷ Tullini P., *Identità e scomposizione della figura del datore di lavoro*, in ADL, 2003, p. 93; Corazza L., *"Contractual integration" e rapporti di lavoro*, Cedam, Padova, 2004, pp. 176-178.

⁶⁰⁸ Speciale V., *Il datore di lavoro nell'impresa integrata*, in I working papers *Centro studi di Diritto del lavoro europeo Massimo D'Antona*, 2010, n. 94, p. 58, disponibile su <http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/it>

⁶⁰⁹ Vedi Ghera E., *Il nuovo diritto del lavoro: subordinazione e lavoro flessibile*, Giappichelli, Torino, 2006.

⁶¹⁰ Ichino P., *La disciplina della segmentazione del processo produttivo e dei suoi effetti sul rapporto di lavoro*, Relazione al convegno AIDLASS su Il diritto del lavoro e i confini dell'impresa, Trento, 4-5 giugno 1999, in AA.VV., *Diritto del lavoro e nuove forme di decentramento produttivo*, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 52 ss.; De Luca Tamajo R., *Trasferimento d'azienda, esternalizzazione del lavoro, somministrazione, appalti dei servizi, distacco, nella riforma del diritto del lavoro*, in ADL, 2005, pp. 61-62.

⁶¹¹ Tullini P., *Identità e scomposizione della figura del datore di lavoro*, in ADL, 2003, p. 88.

quelli dell'appaltante.

Pertanto, la codatorialità potrebbe rappresentare una valida risposta di ordine ricostruttivo-sistematico, volta a conferire la contitolarità del rapporto di lavoro a soggetti ulteriori e diversi dal datore di lavoro formale, alle istanze, di rilevanza anche costituzionale, di eguaglianza sostanziale emergenti dal fenomeno di spiazzamento delle tutele lavoristiche, di carattere legislativo e contrattuale⁶¹², a danno dei lavoratori coinvolti in processi di decentramento produttivo strettamente integrati con un'impresa principale⁶¹³.

Per contro, il mancato raggiungimento della soglia critica dell'integrazione organizzativa predetta determinerebbe, ad esempio in materia di appalto, l'applicazione della disciplina "ordinaria" ex art. 29 d. lgs. 276/2003, anziché quella "propria" della codatorialità.

Tuttavia, l'assenza sia di un ancoraggio legislativo "positivo", sia di un orientamento giurisprudenziale in materia espone anche il più interessante e solidamente argomentato tentativo interpretativo e ricostruttivo, come quello appena menzionato⁶¹⁴, al rischio di essere connotato come "arbitrario", soprattutto, laddove si subordina la configurabilità di una fattispecie di codatorialità al raggiungimento di una certa soglia "critica" di carattere temporale e oggettivo-quantitativo e, peraltro, di difficile individuazione "certa", quale può essere la destinazione in via prevalente delle prestazioni lavorative al soddisfacimento degli interessi organizzativi ed economici dell'impresa principale o il carattere stabile e duraturo del collegamento negoziale che dà vita, a sua volta, all'integrazione organizzativa.

Al riguardo, proprio l'assenza di un quadro normativo di riferimento alimenta gli snodi giuridici problematici allorché ci si pone di fronte all'analisi delle rispettive posizioni soggettive, creditorie e debitorie, caratterizzate dalla distribuzione delle reciproche obbligazioni, non solo quelle principali della prestazione lavorativa e della

⁶¹² Speziale V., *Le esternalizzazioni dei processi produttivi dopo il d. lgs. 276/2003: proposte di riforma*, in Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale, 2006, pp. 51 ss.

⁶¹³ Speziale V., *Il datore di lavoro nell'impresa integrata*, in I working papers *Centro studi di Diritto del lavoro europeo Massimo D'Antona*, 2010, n. 94, p. 53, disponibile su <http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/it>

⁶¹⁴ Speziale V., *Il datore di lavoro nell'impresa integrata*, in I working papers *Centro studi di Diritto del lavoro europeo Massimo D'Antona*, 2010, n. 94, disponibile su <http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/it>

corrispondente retribuzione o quelle di carattere “immediatamente” economico⁶¹⁵, derivanti dall’integrazione contrattuale tra le “più” parti coinvolte⁶¹⁶.

Infatti, in materia di appalto, la “specialità” del fenomeno della codatorialità dovrebbe condurre, realizzatasi appunto l’integrazione contrattuale, ad applicare la responsabilità solidale generale⁶¹⁷, in quanto non limitata ai trattamenti retributivi, previdenziali e prevenzionali, dei contitolari del rapporto di lavoro sulla base delle disposizioni codicistiche di cui agli artt. 1292 ss., anziché la disciplina giuslavoristica e fiscale relativa a talune forme di solidarietà passiva introdotta in materia di appalto⁶¹⁸.

Per quanto attiene al profilo datoriale, ammessa la possibilità per ciascun codatore di esigere la prestazione lavorativa per l’intero come di esercitare gli ulteriori poteri datoriali, una parte della dottrina⁶¹⁹ ritiene la problematica dell’esercizio congiunto o disgiunto dei poteri datoriali da parte dei codatori non possa che essere affrontata attraverso la generale disciplina di ordine civilistico e relativa alla subordinazione⁶²⁰.

Pertanto, ferma restando la possibilità della delega del potere da un codatore all’altro secondo gli schemi generali del mandato e della rappresentanza, il lavoratore condiviso sarà tenuto ad osservare, innanzitutto, il criterio di priorità temporale, nel senso che dovrà adempiere le prescrizioni per prima impartite, che, se in contrasto con quelle ricevute in un secondo momento da un altro co-datore, determinano un “congelamento”

⁶¹⁵ Ichino, P., *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*, in Pedrazzoli M. (coordinato da) *Il nuovo mercato del lavoro*, Zanichelli, Bologna, 2004, pp. 296-297; Chieco P., *Le nuove esternalizzazioni tra fornitura di prestazioni lavorative (somministrazione e distacco) e appalti labour intensive*, in (a cura di) Curzio P., *Lavoro e diritti a tre anni dalla l. n. 30/2003*, Cacucci, Bari, 2006, pp. 149 ss.; Speciale V., *Le esternalizzazioni dei processi produttivi dopo il d. lgs. 276/2003: proposte di riforma*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2006, p. 53.

⁶¹⁶ Speciale V., *Il datore di lavoro nell’impresa integrata*, in *I working papers Centro studi di Diritto del lavoro europeo Massimo D’Antona*, 2010, n. 94, pp. 77 ss., disponibile su <http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/it>

⁶¹⁷ Razzolini O., *Contitolarità del rapporto di lavoro nel gruppo caratterizzato da “unicità di impresa”*, in *I working papers Centro studi di Diritto del lavoro europeo Massimo D’Antona*, 2009, n. 89, pp. 23 ss., disponibile su <http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/>.

⁶¹⁸ Speciale V., *Il datore di lavoro nell’impresa integrata*, in *I working papers Centro studi di Diritto del lavoro europeo Massimo D’Antona*, 2010, n. 94, p. 79, disponibile su <http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/it>

⁶¹⁹ Barbera M., *Trasformazioni della figura del datore di lavoro e flessibilizzazione delle regole del diritto*, Relazione al XVI Congresso nazionale di Diritto del Lavoro “*La figura del datore di lavoro. Articolazioni e trasformazioni*”, Catania 21-23 maggio 2009, pp. 15 ss., disponibile su www.aidlass.org; Speciale V., *Il datore di lavoro nell’impresa integrata*, in *I working papers Centro studi di Diritto del lavoro europeo Massimo D’Antona*, 2010, n. 94, pp. 81 ss., disponibile su <http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/it>; Corazza L., “*Contractual integration*” e rapporti di lavoro, Cedam, Padova, 2004, pp. 172 ss.

⁶²⁰ Nogler L., *Sulla previsione contrattuale della sospensione del rapporto con prestito del lavoratore ad altra impresa collegata* (nota a Cass., 8 ottobre 1991, n. 10556), in *RIDL*, 1992, II, pp. 936 ss.; Busnelli F., *L’obbligazione soggettivamente complessa*, Milano, 1974, pp. 38 ss.

della sua posizione nel rapporto fino all'esercizio coerente e non conflittuale dei poteri "contestati"⁶²¹.

La trasposizione in materia di poteri giuridici nell'ambito della codatorialità della regola generale secondo la quale, in linea di massima, si estendono agli altri debitori o creditori in solido le sole conseguenze favorevoli, ma non quelle sfavorevoli⁶²², indurrebbe a sostenere che, in via generale, i poteri spettanti ai creditori solidali dovrebbero essere esercitati congiuntamente ogni qualvolta essi possano arrecare pregiudizio anche nei confronti di uno solo dei concreditori, a fronte di un esercizio disgiunto in previsione di conseguenze positive per tutti gli stessi concreditori⁶²³.

Di conseguenza, la rilevanza accordata dall'ordinamento giuridico all'integrazione contrattuale ed organizzativa tra imprese non può non riflettersi su alcuni istituti di diritto del lavoro, soprattutto quelli richiedenti, ai fini della loro operatività, il raggiungimento di determinati requisiti dimensionali sia nella dimensione del rapporto di lavoro che in quella più propriamente giussindacale⁶²⁴.

Pertanto, la valutazione "cumulativa" dei rapporti di lavoro dovrebbe essere presa in considerazione, ad esempio, per i presupposti applicativi della disciplina in materia di licenziamenti collettivi, cassa integrazione guadagni e diritti sindacali⁶²⁵, secondo una prospettiva volta ad ampliare, da un lato, le posizioni giuridiche attive dei dipendenti dell'appaltatore e, dall'altro, la rispettiva sfera di responsabilità delle imprese in rapporto di integrazione contrattuale.

Inoltre, la fattispecie della codatorialità consentirebbe, alla luce di una valutazione degli atti di carattere organizzativo dell'appaltatore, influenzanti i rapporti di lavoro, in relazione alle esigenze organizzative ed economiche del committente o di entrambe le parti del rapporto commerciale, di chiamare in giudizio, in veste di litisconsorte

⁶²¹ Speziale V., *Il datore di lavoro nell'impresa integrata*, in I working papers *Centro studi di Diritto del lavoro europeo Massimo D'Antona*, 2010, n. 94, pp. 82 ss., disponibile su <http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/it>

⁶²² Galgano F., *Trattato di Diritto Civile*, vol. II., Cedam, Padova, 2009, pp. 21 ss.

⁶²³ Speziale V., *Il datore di lavoro nell'impresa integrata*, in I working papers *Centro studi di Diritto del lavoro europeo Massimo D'Antona*, 2010, n. 94, pp. 83 ss., disponibile su <http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/it>

⁶²⁴ Speziale V., *Il datore di lavoro nell'impresa integrata*, in I working papers *Centro studi di Diritto del lavoro europeo Massimo D'Antona*, 2010, n. 94, pp. 84 ss., disponibile su <http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/it>

⁶²⁵ Speziale V., *Le esternalizzazioni dei processi produttivi dopo il d. lgs. 276/2003: proposte di riforma*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2006, pp. 57 ss.

necessario ex art. 102 c.p.c.⁶²⁶, ciascuno dei codatori di lavoro a rispondere di eventuali condotte antisindacali poste in essere anche da uno solo di loro⁶²⁷.

Così come il concretizzarsi di un'ipotesi di contitolarità "datoriale" del rapporto di lavoro potrebbe aprire dei varchi alla reintroduzione, anche nelle forme dell'integrazione contrattuale «a cascata», del principio dell'uniformità di trattamento sulla falsariga della disciplina ex art. 23 d. lgs. 276/2003 in materia di somministrazione di lavoro⁶²⁸, fatta salva l'applicazione da parte dell'appaltatore di un trattamento economico e normativo ai propri dipendenti globalmente migliorativo rispetto a quello dei dipendenti dell'appaltante che, appunto, suggerirebbe l'esclusione o, quantomeno, l'applicazione «selettiva» del regime di codatorialità⁶²⁹.

Dunque, la dimensione della codatorialità pare profilarsi quale nuovo e aggiuntivo, nonché stimolante e, potenzialmente proficuo, orizzonte di ordine ricostruttivo-sistematico, soprattutto se inquadrato in un contesto di economia "globalizzata", dove, alla flessibilità delle strutture organizzative e finanziarie delle imprese, l'ordinamento giuslavoristico, nazionale e sovranazionale, deve poter e sapere reagire con "congegni" giuridici flessibili, sia di *hard* sia di *soft law*⁶³⁰, di qualificazione e di tutela - a livello interstatale, statale e social-collettivo -, secondo una prospettiva che riesca a coniugare tutela del lavoro, qualità dello sviluppo e regolazione della concorrenza.

Tuttavia, è altrettanto necessario sottolineare come l'assenza di un puntuale, non laconico, e sistematicamente coordinato, intervento legislativo sul tema impedisce di pervenire a conclusioni saldamente ancorate sul piano del vigente ordinamento giuslavoristico.

D'altronde, la stessa configurabilità di una fattispecie di "moltiplicazione" della figura di datore di lavoro con riferimento all'istituto dell'appalto non è scevra da rilievi critici.

⁶²⁶ Speziale V., *Le esternalizzazioni dei processi produttivi dopo il d. lgs. 276/2003: proposte di riforma*, in Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale, 2006, p. 98.

⁶²⁷ Corazza L., *L'outsourcing negli Stati Uniti d'America. Spunti di comparazione alla luce dell'analisi economica del diritto*, in De Luca Tamajo R. (a cura di), *I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli*, ESI, Napoli, 2002, p. 208.

⁶²⁸ Razzolini O., *Contitolarità del rapporto di lavoro nel gruppo caratterizzato da "unicità di impresa"*, in I working papers *Centro studi di Diritto del lavoro europeo Massimo D'Antona*, 2009, n. 89, p. 35, disponibile su <http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp>; Speziale V., *Le esternalizzazioni dei processi produttivi dopo il d. lgs. 276/2003: proposte di riforma*, in Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale, 2006, p. 52.

⁶²⁹ Speziale V., *Le esternalizzazioni dei processi produttivi dopo il d. lgs. 276/2003: proposte di riforma*, in Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale, 2006, pp. 52 ss.

⁶³⁰ Si veda l'interessante ricostruzione di Hepple B., *Labour Law and Global Trade*, Hart Publishing, Oxford, 2005.

Infatti, alla luce di un'interpretazione sistematica, si potrebbe obiettare che, se lo stesso legislatore nazionale ha espressamente escluso la codatorialità nei casi in cui vi sia una riarticolazione dei poteri datoriali tra più soggetti (somministrazione di lavoro e distacco), a maggior ragione e in assenza di una espressa previsione in grado di realizzare una "torsione" del contratto di appalto sul piano dell'autonomia organizzativa, difficilmente dovrebbe riconoscersi la configurabilità di una fattispecie di codatorialità, laddove l'esercizio dei poteri datoriali sia concentrato in capo a un solo soggetto, ancorchè a sua volta assoggettato ad un coordinamento altrui, come nell'appalto.

Allo stesso tempo, lo stato dell'arte impedisce di pervenire a solide e "positivamente" fondate conclusioni in merito all'inquadramento del fattore della "condivisione" del lavoratore: se non sembrano essere esserci sufficienti e specifici riferimenti normativi a supporto di una sua qualificazione come elemento della fattispecie della codatorialità, si potrebbe prospettare l'alternativa, a mio parere preferibile, di relegarlo allo *status* di effetto che consegue all'accertamento della codatorialità.

Certamente, se, sul piano della politica del diritto, possono muoversi critiche al legislatore del 2003, che ha mancato l'occasione di apprestare una disciplina "esplicita" sulla codatorialità, per converso, proprio l'assenza di una legislazione *ad hoc* e di criteri relativi al quando e come misurare l'integrazione contrattuale e organizzativa tra le imprese interessate induce a ritenere che, allo stato, il coordinamento richiesto per la configurazione della codatorialità sia così intenso da rendere la fattispecie del tutto marginale, oltre che evanescente.