

## Capitolo II

### Il profilo “protettivo” del lavoro nell’appalto

#### *Sommario:*

**1.** Le “forme primordiali” della normazione di tutela; **2.** La “speciale” tutela delle condizioni di lavoro negli appalti “interni”: l’art. 3 l. 1369/1960; **3.** L’“evoluzione” della tecnica della clausola sociale cd. di “equo trattamento” nell’appalto; **3.1.** La progressiva prevalente attenzione del legislatore verso la tecnica della clausola sociale di osservanza negli appalti pubblici; **3.2.** L’attualità della clausola di cd. equo trattamento nella dimensione del mercato concorrenziale: la tutela del lavoro nell’appalto transnazionale ex direttiva CE 96/71 tra il quadro normativo comunitario e quello nazionale; **4.** Le frontiere “mobili” dell’obbligo di sicurezza sul lavoro nell’appalto; **5.** Cessazione dell’appalto e tutela dei diritti dei lavoratori “in transizione”

## 1. Le “forme primordiali” della normazione di tutela

Con riferimento al profilo protettivo, connotato da un intervento normativo eteronomo, spesso sotto forma di *standard* minimi inderogabili, a tutela delle condizioni di lavoro dei lavoratori impiegati in un appalto, un brevissimo accenno, dal punto di vista storico, merita la “prima” legislazione dello Stato unitario, che, in riferimento agli appalti di opere pubbliche, già avverte l’esigenza di garantire un minimo di protezione salariale<sup>1</sup> dei lavoratori impiegati da un’impresa incaricata di eseguire un’opera pubblica.

In particolare, merita menzione l’art. 357 l. n. 2248/1865 allegato F sui lavori pubblici - come completato dall’art. 22 del capitolato generale 28 maggio 1895 e ripreso dall’art. 17 del Capitolato Generale di appalto del Ministero dei Lavori Pubblici, approvato con D.P.R. 16.7.1962, n. 1063 -, il quale stabilisce che *«potrà l’Amministrazione, previo diffidamento per iscritto all’imprenditore, pagare direttamente la mercede giornaliera degli operai che risultasse essersi dall’imprenditore rifiutata senza giusto motivo, o non corrisposta nel termine consueto per i pagamenti»*, trattenendo, all’uopo, le somme dovute *«sul prezzo dei lavori»*. Si tratta, dunque, di una disposizione, “antenata” del più recente disposto normativo di cui all’art. 13 D.M. 145/2000, che attribuisce alla pubblica amministrazione la facoltà, previa notifica di diffida, di sostituirsi all’appaltatore quale garante in favore dei lavoratori, mediante un pagamento d’ufficio<sup>2</sup> delle retribuzioni arretrate dei dipendenti dell’appaltatore medesimo<sup>3</sup>. Come acutamente rilevato<sup>4</sup>, l’articolo *de quo* assicura la tutela salariale ai lavoratori impiegati in un appalto pubblico per mezzo di un intervento pubblico, ma senza alcun vincolo, sia pur indiretto, di applicazione della parte economica del contratto collettivo di riferimento.

Nella legislazione brevemente riportata si può ravvisare una peculiare finalità politica, parzialmente diversa ed aggiuntiva rispetto a quella delle clausole di cd. equo trattamento, laddove sembra risaltare l’interesse statale, “paternalistico”<sup>5</sup>, alla prevenzione del conflitto

---

<sup>1</sup> Roccella M., *I salari*, Il Mulino, Bologna, 1986, pp. 32 ss.

<sup>2</sup> Cianflone A., *L’appalto di opere pubbliche*, V ed., Milano, 1976, p. 694.

<sup>3</sup> Franceschini A. M., *Gli appalti dei Comuni*, Milano, 1989, p. 323.

<sup>4</sup> Romeo C., *Impresa assistita e diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1988, p. 56.

<sup>5</sup> Marinelli M., *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 188.

collettivo e alla regolare e perfetta esecuzione dell'opera<sup>6</sup>.

La stessa giurisprudenza anteriore al codice civile del 1942<sup>7</sup> evidenzia i possibili abusi<sup>8</sup> cui può condurre il fenomeno dell'appalto "patologico" e, pur lamentando l'assenza di strumenti repressivi adeguati, perviene «perfino ad affermare la responsabilità diretta dell'imprenditore nei confronti dei lavoratori assunti da un proprio dipendente»<sup>9</sup>.

In verità, sul piano legislativo, i primi interventi "repressivi" sono fatti risalire all'inizio del secolo scorso<sup>10</sup>, quando l'embrionale normativa anti-infortunistica - art. 10 R.D. 13 marzo 1904, n. 141- attribuiva al committente la responsabilità diretta nei confronti dei lavoratori assunti e retribuiti da cottimisti suoi dipendenti e la disciplina prevenzionale a tutela del lavoro delle donne e dei fanciulli - art. 10 R. D. 10 novembre 1907, n. 818 - riconosceva una responsabilità solidale dell'imprenditore e del capo cottimista interposto in ordine ai provvedimenti in materia di igiene e sicurezza sul lavoro<sup>11</sup>.

Altrettante ragioni eminentemente pubblicistiche sottendono l'intervento del Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale, che, con la circolare n. 6112 del 10 gennaio 1956, sottolinea il frequente ricorso delle imprese all'esternalizzazione di intere funzioni aziendali motivato non da ragioni di opportunità tecnica, bensì da un intento elusivo della legislazione cogente a tutela della manodopera, in particolare in materia di collocamento.

Esulando da un'analisi dell'esperienza corporativa, anche la contrattazione collettiva del dopoguerra, e, in particolare, il contratto collettivo nazionale di lavoro degli edili del 1959, congeda apprezzabili meccanismi protettivi del lavoro nell'appalto, denotando una notevole capacità di anticipare e, allo stesso tempo, "sollecitare" i disegni del legislatore del '60<sup>12</sup> nel prevedere un principio di parità di trattamento tra i dipendenti dell'appaltatore di un'opera, pubblica o privata, e quelli del subappaltatore così come una corresponsabilità

---

<sup>6</sup> Loriga E., *Relazione* introduttiva al seminario dell'Università di Firenze, aprile 1961, in *Problemi di interpretazione e di applicazione della legislazione sulla disciplina degli appalti di opere e di servizi*, Milano, 1963, p. 6.

<sup>7</sup> Vedi, Cass. 24 luglio 1936, in MGL, 1937, pp. 14 ss.

<sup>8</sup> Cessari A., *L'interposizione fraudolenta nel diritto del lavoro*, Milano, 1959, n. 105.

<sup>9</sup> Ianniruberto G., Mattone S., *L'appalto della mano d'opera*, PEM, Roma, 1972, p. 4.

<sup>10</sup> Ichino P., *Il contratto di lavoro*, XXVII, t. 2, Volume I, in *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, Giuffrè editore, Milano, 2000, p. 399; Ianniruberto G., Mattone S., *L'appalto della mano d'opera*, PEM, Roma, 1972, p. 5.

<sup>11</sup> Loriga E., *La disciplina giuridica del lavoro in appalto*, Milano, 1965, p. 8; Spano S., *Il divieto di interposizione nelle prestazioni di lavoro*, 1965, p. 18; Cessari A., *L'interposizione fraudolenta nel diritto del lavoro*, Milano, 1959, p. 60.

<sup>12</sup> Riva Sanseverino L., *Della impresa*, nel (a cura di) Scialoja A.- Branca G., *Commentario del codice civile*, Bologna- Roma, 1969, p. 575.

solidale per i crediti dei dipendenti di quest'ultimo, a titolo di garanzia fideiussoria<sup>13</sup>.

## **2. La “speciale” tutela delle condizioni di lavoro negli appalti “interni”: l’art. 3 l. 1369/1960**

Il legislatore del '60 interviene, mediante l'art. 3 l. 1369, con una disciplina protettiva “speciale” che si connota di un carattere di eccezionalità, allorquando si ritenga che essa precluda il ricorso ad un'interpretazione analogica volta a far confluire nel suo campo di applicazione fattispecie “decentranti” non espressamente previste<sup>14</sup>.

Tuttavia, anche riconoscendo l'impossibilità di estendere analogicamente la speciale normazione di tutela, non si può disconoscere la maggior rilevanza accordata al profilo funzionale-protettivo piuttosto che a quello qualificatorio della disciplina del '60, laddove emerge anche dagli atti parlamentari preparatori della stessa legge il riferimento al tentativo, nel quadro di un'azione di contrasto alle imprese cd. marginali, di arginare il fenomeno della « sottrazione dalle responsabilità datoriali... »<sup>15</sup>.

Infatti, pur promettendo più di quanto abbia potuto effettivamente mantenere<sup>16</sup>, la l. 1369/1960, per mezzo dell'art. 3, ha rappresentato, sino agli anni '90, l'unica disciplina regolante, a fini lavoristici, i rapporti tra imprese interessate da processi di segmentazione produttiva<sup>17</sup>.

---

<sup>13</sup> Loriga E., *La disciplina giuridica del lavoro in appalto*, Milano, 1965, pp. 9-15; Napoletano D., *Sulla validità della clausola di cui all'art. 35 Ccnl per gli addetti all'industria edilizia*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 1950, II, pp. 94 ss.

<sup>14</sup> Loriga E., *La disciplina giuridica del lavoro in appalto*, Milano, 1965, p. 132; Cessari A., *In tema di interposizione nelle prestazioni di lavoro*, in *Il diritto del lavoro*, 1961, p. 133; Asquini A., *Somministrazione di prestazioni di lavoro da parte di intermediari e appalti di servizi*, in *MGL*, 1962, p. 281; *contra* Mariucci L., *Il lavoro decentrato: discipline legislative e contrattuali*, Franco Angeli, Milano, 1979, p. 180; Ianniruberto G., Mattone S., *L'appalto della mano d'opera*, PEM, Roma, 1972, pp. 106-107; Marinelli M., *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 155 ss.; Carinci M. T., *La fornitura di lavoro altrui*, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 16 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. 70-71; 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, pp. 1494 ss.; Catalano G., *Divieto di intermediazione e interposizione nelle prestazioni di lavoro e nuova disciplina dell'impiego di manodopera negli appalti di opere e servizi*, in *Dir. Econ.*, 1961, p. 428.

<sup>15</sup> Mazzotta O., *Rapporti interpositori e contratto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1979, pp. 367 ss.; Carinci M. T., *La fornitura di lavoro altrui*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 478; Genoviva P., *La legge sull'intermediazione di manodopera e sugli appalti nella dottrina e nella giurisprudenza: rassegna critica*, *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, I, 1978, p. 477;

<sup>16</sup> De Simone G., *Titolarità del rapporto di lavoro e regole di trasparenza*, Giuffrè, Milano, 1995, pp. 134 ss.

<sup>17</sup> Mazzotta O., *Rapporti interpositori e contratto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1979, pp. 463 ss.; De Simone G., *Titolarità del rapporto di lavoro e regole di trasparenza*, Giuffrè, Milano, 1995, p. 134.

Certamente, si può sostenere che, attraverso il «comando di parificazione»<sup>18</sup>, il legislatore del '60 non abbia inteso «snaturare» il contratto di appalto ex art. 1655 c.c.<sup>19</sup>.

Più discutibile e controverso appare il ruolo svolto dalla legge del '60 alla luce del principio di parità di trattamento a parità di lavoro, tuttora non pacifico<sup>20</sup>, anche se affiorano segnali di un tendenziale orientamento, soprattutto comunitario<sup>21</sup>, per la parificazione dei lavoratori atipici rispetto a quelli standard<sup>22</sup> e, per quel che più strettamente interessa in questa sede, del lavoro somministrato rispetto a quello diretto. Infatti, nonostante iniziali suggestioni dottrinali<sup>23</sup>, non si può certamente sostenere che l'art. 3 l. 1369/1960 sia stato inteso<sup>24</sup>, sia da parte della prevalente dottrina che della giurisprudenza, come l'attuazione legislativa del principio costituzionale di uguaglianza ex art. 3 Cost., né di quello più specifico in materia retributiva ex art. 36 Cost.<sup>25</sup>.

La particolarità della tutela accordata dall'art. 3 l. 1369/1960 si concretizza nell'assicurazione, in chiave di "liceità sanzionata"<sup>26</sup> di un trattamento minimo inderogabile e della correlativa garanzia solidale<sup>27</sup>, all'interno di un quadro normativo ben circoscritto dal punto di vista soggettivo ed oggettivo, in funzione di deterrenza rispetto ad operazioni

---

<sup>18</sup> L'espressione è utilizzata da Ventura L., *Il principio di uguaglianza nel diritto del lavoro*, Milano, 1984.

<sup>19</sup> *Contra* Napoletano D., *Divieto di intermediazione e interposizione nelle prestazioni di lavoro e nuova disciplina dell'impiego di mano d'opera negli appalti e nei servizi*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 1961, I, pp. 23-24.

<sup>20</sup> In dottrina, Ventura L., *Il principio di uguaglianza nel diritto del lavoro*, Milano, 1984; ma vedi anche, Cottrau G., *L'intermediazione di manodopera nell'attuale contesto legislativo*, Giappichelli, Torino, 1991 p. 35; Chieco P., *Poteri dell'imprenditore e decentramento produttivo*, Utet, Torino, 1996, pp. 365-367; Genoviva P., *La legge sull'intermediazione di manodopera e sugli appalti nella dottrina e nella giurisprudenza: rassegna critica*, *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, I, 1978, pp. 477-478; De Simone G., *Titolarità del rapporto di lavoro e regole di trasparenza*, Giuffrè, Milano, 1995, p. 134; *contra*, tra gli altri, Chieco P., *Principi costituzionali, non discriminazione e parità di trattamento: recenti sviluppi nella giurisprudenza*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 1989, p. 447; Barbera M., *La sfida dell'uguaglianza*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2002, p. 245-

<sup>21</sup> Da ultimo, vedi considerando O della Risoluzione del Parlamento Europeo del 26 marzo 2009 sulla responsabilità sociale delle imprese subappaltanti nelle catene di produzione (2008/2249(INI)).

<sup>22</sup> Sul tema, vedi Ciucciovino S., *La disciplina dei rapporti di lavoro*, 2004, pp. 65 ss

<sup>23</sup> Mariucci L., *Il lavoro decentrato: discipline legislative e contrattuali*, Franco Angeli, Milano, 1979, p. 179; Maresca A., *Il problema degli appalti ancora alla ricerca di una soluzione legislativa: commento alla proposta Torelli*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 1975, p.717; Benedetti G., *Profili civilistici dell'interposizione nel rapporto di lavoro*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1965, pp. 1551 ss.

<sup>24</sup> Angiello L., *La parità di trattamento nei rapporti di lavoro*, Milano, 1979, pp. 74 ss.

<sup>25</sup> 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. 88.

<sup>26</sup> 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. 123.

<sup>27</sup> Catalano G., *Divieto di intermediazione e interposizione nelle prestazioni di lavoro e nuova disciplina dell'impiego di manodopera negli appalti di opere e servizi*, in *Dir. Econ.*, 1961, p. 426.

di destrutturazione aziendale sia pure a favore di imprese genuine<sup>28</sup>.

Entrambe le tecniche summenzionate della parità di trattamento e della responsabilità solidale, indubbiamente, sono indirizzate al rafforzamento della posizione, individuale e collettiva, dei lavoratori impiegati negli appalti regolati<sup>29</sup>: la prima è volta ad arginare una svalutazione competitiva della disciplina protettiva inderogabile basata principalmente sul costo, diretto e indiretto, del lavoro; mentre la seconda rafforza il trattamento preferenziale garantito al lavoratore mediante l'estensione della responsabilità anche al committente<sup>30</sup>.

Nei primi anni di applicazione della l. 1369, sono stati sollevati dubbi di legittimità costituzionale dell'art. 3 l. 1369 nella parte in cui consentirebbe, in deroga alla presunta riserva normativa a favore dei sindacati ex art. 39 Cost. e all'art. 2070 c.c., di applicare al lavoratore dipendente dell'appaltatore un contratto collettivo diverso da quello relativo alla attività esercitata dal datore di lavoro<sup>31</sup>. Ma, a parte l'insussistenza, confermata dalla stessa Corte Costituzionale<sup>32</sup>, di una riserva normativa a favore dei sindacati ex art. 39 Cost., è opportuno sottolineare come il parametro di riferimento, rappresentato dal trattamento goduto dai dipendenti dell'impresa appaltante, quale che ne sia la fonte<sup>33</sup>, sia "temporaneo".

Una prima lettura dell'articolo *de quo*, tributaria delle conclusioni della Commissione parlamentare d'inchiesta sulle condizioni di lavoro (1959) e coerente alla *ratio* sottesa allo stesso disposto normativo dell'art. 1 della stessa legge 1369, evidenzia una contrarietà del legislatore del '60 ad avallare, «per effetto del diaframma costituito dal rapporto di

---

<sup>28</sup> Mariucci L., *Il lavoro decentrato: discipline legislative e contrattuali*, Franco Angeli, Milano, 1979, p. 179; Ichino P., *Il contratto di lavoro*, XXVII, t. 2, Volume I, in *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, Giuffrè editore, Milano, 2000, pp. 505 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. 121 ss.; Marinelli M., *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 153; Carinci M. T., *La fornitura di lavoro altrui*, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 17-18; Chieco P., *Poteri dell'imprenditore e decentramento produttivo*, Utet, Torino, 1996, p. 360; Ianniruberto G., Mattone S., *L'appalto della mano d'opera*, PEM, Roma, 1972, p. 104; De Simone G., *Titolarità del rapporto di lavoro e regole di trasparenza*, Giuffrè, Milano, 1995, pp. 135 ss.

<sup>29</sup> Loriga E., *La disciplina giuridica del lavoro in appalto*, Milano, 1965, p. 133.

<sup>30</sup> Quadri G., *La nuova disciplina del lavoro nell'appalto*, in *Il diritto del mercato del lavoro*, n. 1-2, 2004, pp. 401 ss.; 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. 108 ss.

<sup>31</sup> Ianniruberto G., Mattone S., *L'appalto della mano d'opera*, PEM, Roma, 1972, pp. 105-106; 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. 959-963.

<sup>32</sup> Corte Cost. 19 dicembre 1962, n. 106, in *MGL*, 1962, pp. 405 ss.

<sup>33</sup> De Simone G., *Titolarità del rapporto di lavoro e regole di trasparenza*, Giuffrè, Milano, 1995, p. 144.

appalto»<sup>34</sup>, una situazione in cui il lavoratore impiegato dall'appaltatore goda di un trattamento normativo ed economico deteriore rispetto a quello del lavoratore direttamente dipendente dal committente, «quando la sua opera, sia pure attraverso l'interposizione dell'appaltatore, giova al primo (committente)»<sup>35</sup>. Nella stessa direzione sembra muoversi quella, più recente, ricostruzione<sup>36</sup> che giustifica la tutela preferenziale ex art. 3 l. 1369 sulla base dell'inserimento della prestazione del lavoratore, dipendente dall'appaltatore, nell'organizzazione produttiva del committente.

Al riguardo, la dottrina<sup>37</sup>, che, per prima, si è confrontata sul punto, ha rilevato un profilo sanzionatorio “residuo”, dovuto alla diffidenza, se non alla presunzione di frode<sup>38</sup>, con cui il legislatore del '60 guarda ai fenomeni di segmentazione produttiva<sup>39</sup>, nella tutela rafforzata anche dal fatto di non porre limiti quantitativi, a differenza dell'art. 1676 c.c., alla responsabilità del committente<sup>40</sup> sancita dall'art. 3 l. 1369/1960, nonostante le legittime ragioni tecnico-produttive addotte a giustificazione degli appalti “interni”<sup>41</sup>.

Quanto al campo di applicazione dell'art. 3 l. 1369/1960, la precisazione relativa all'esistenza di un'organizzazione autonoma ad impresa in capo all'appaltatore, da un lato sembra rispondere ad esigenze di coordinamento con la disposizione di cui all'art. 1 della stessa legge 1369 e, dall'altro, dissipare ogni dubbio in merito alla possibilità di assumere la natura di appalti genuini per quanto riguarda le specifiche attività di facchinaggio, di pulizia e di manutenzione ordinaria degli impianti<sup>42</sup>.

Dal punto di vista soggettivo, l'ombrello protettivo dell'art. 3 l. 1369/1960 include i soli

---

<sup>34</sup> Loriga E., *La disciplina giuridica del lavoro in appalto*, Milano, 1965, p. 134; nello stesso senso, 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. 136-137.

<sup>35</sup> Loriga E., *La disciplina giuridica del lavoro in appalto*, Milano, 1965, pp. 134-135; Rudan M., *L'interposizione nelle prestazioni di lavoro e la nuova disciplina degli appalti di opere e di servizi*, RTDPC, 1961, pp. 870 ss.

<sup>36</sup> Quadri G., *La nuova disciplina del lavoro nell'appalto*, in *Il diritto del mercato del lavoro*, n. 1-2, 2004, pp. 381 ss.; ma, nello stesso senso, vedi già Benedetti G., *Profili civilistici dell'interposizione nel rapporto di lavoro*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1965, p. 1503.

<sup>37</sup> Asquini A., *Somministrazione di prestazioni di lavoro da parte di intermediari e appalti di servizi*, in *MGL*, 1962, p. 281.

<sup>38</sup> Genoviva P., *La legge sull'intermediazione di manodopera e sugli appalti nella dottrina e nella giurisprudenza: rassegna critica*, *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, I, 1978, p. 465.

<sup>39</sup> Loriga E., *La disciplina giuridica del lavoro in appalto*, Milano, 1965, p. 136.

<sup>40</sup> Ichino P., *Il contratto di lavoro*, XXVII, t. 2, Volume I, in *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, Giuffrè editore, Milano, 2000, p. 505.

<sup>41</sup> Mazzotta O., *Rapporti interpositori e contratto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1979, pp. 489 ss.; Carinci M. T., *La fornitura di lavoro altrui*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 491.

<sup>42</sup> Favara E., *Divieto di interposizione nelle prestazioni di lavoro ed appalti di lavoro* (nota a Trib. Ancona, 14 novembre, 1960), in *Il diritto del lavoro*, I, 1961, pp. 118-119.

lavoratori occupati in appalti che si eseguono all'interno dell'azienda dell'impresa committente<sup>43</sup>; mentre il riferimento al concetto generico di imprenditore<sup>44</sup> e a soltanto talune aziende autonome dello Stato (art. 8), non pare escludere l'applicazione della disciplina ex art. 3 l. 1369/1960 per quanto riguarda le altre aziende statali e degli enti pubblici<sup>45</sup>, dovendo, invece, escludersi l'applicazione per gli enti pubblici non organizzati in forma d'impresa.

Il peculiare snodo interpretativo, sollevato dal primo comma dell'art. 3 l. 1369/1960, su cui si è subito acceso un confronto dottrinale e giurisprudenziale riguarda la distinzione tra una concezione topografica<sup>46</sup> ed una funzionale<sup>47</sup> dell'espressione "interno alle aziende".

L'orientamento riguardante la cd. concezione topografica, risalente e prevalente nei primi anni di applicazione della l. 1369, ha inteso l'espressione in questione come sinonimo di "interno dello stabilimento"<sup>48</sup>, riducendo il campo di applicazione della legge in maniera ritenuta ingiustificata<sup>49</sup>. A conferma di tale orientamento interpretativo depongono sia le relazioni relative ai lavori parlamentari, nella parte in cui sembrano far desumere la *ratio* dell'intervento legislativo del '60 dal fatto dello svolgimento dell'attività lavorativa in «uno stesso ambiente»<sup>50</sup>, sia una lettura combinata del primo e secondo comma dell'art. 3 l. 1369/1960, volta a garantire un'"utilità sostanziale" al secondo comma medesimo.

---

<sup>43</sup> Carinci M. T., *La fornitura di lavoro altrui*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 492;

<sup>44</sup> Loriga E., *La disciplina giuridica del lavoro in appalto*, Milano, 1965, p. 140; Marinelli M., *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 151-152; Carinci M. T., *La fornitura di lavoro altrui*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 520.

<sup>45</sup> Ianniruberto G., Mattone S., *L'appalto della mano d'opera*, PEM, Roma, 1972, p. 107.

<sup>46</sup> Asquini A., *Somministrazione di prestazioni di lavoro da parte di intermediari e appalti di servizi*, in MGL, 1962, p. 278; in giurisprudenza, Cass. 7 ottobre 1971, n. 2571, in MGL, 1972, con nota di Nicolini G., *Ciclo produttivo dell'impresa e applicazione dell'art. 3 della legge 23 ottobre 1960, n. 1369*, pp. 391 ss.; Foglia R., *L'appalto d'opere o servizi e l'art. 3 della legge 23 ottobre 1960 n. 1369* (nota ad App. Genova. 13 gennaio 1964), in *Diritto del lavoro*, 1965, pp. 197 ss.; Favara E., *Divieto di interposizione nelle prestazioni di lavoro ed appalti di lavoro* (nota a Trib. Ancona, 14 novembre, 1960), in *Il diritto del lavoro*, I, 1961, p. 118; in giurisprudenza, Cass. 17 gennaio 1968, n. 102, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 1968, II, pp. 253 ss.; Cass. 2 aprile 1962, n. 674, in MGL, 1962, pp. 284 ss.

<sup>47</sup> 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.; Genoviva P., *La legge sull'intermediazione di manodopera e sugli appalti nella dottrina e nella giurisprudenza: rassegna critica*, *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, I, 1978, pp. 477-478; Mazzotta O., *Rapporti interpositori e contratto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1979, p. 490; Cottrau G., *L'intermediazione di manodopera nell'attuale contesto legislativo*, Giappichelli, Torino, 1991 p. 34; in giurisprudenza, Cass. 17 dicembre 1998, n. 12641, GC, 1999, I, con nota dissenziente di M. Lamberti, *Appalti introaziendali: nozione di ciclo produttivo e disfunzioni del criterio funzionale*, pp. 3083 ss.

<sup>48</sup> Asquini A., *Somministrazione di prestazioni di lavoro da parte di intermediari e appalti di servizi*, in MGL, 1962, p. 278; Cipressi P. P., *Il luogo della prestazione di lavoro*, Milano, 1967, pp. 16 ss.; in giurisprudenza, Cass. 25 gennaio 1993, n. 814, in MGL, 1993, pp. 333 ss.; Cass. 5 aprile 2000, n. 4237.

<sup>49</sup> Loriga E., *La disciplina giuridica del lavoro in appalto*, Milano, 1965, pp. 143-154.



Tuttavia, il ricorso al criterio topografico non è scevro da rilievi critici, se solo ci si confronta con il secondo termine dell'espressione analizzata, vale a dire il concetto di «azienda», intesa come fattispecie giuridica astratta<sup>51</sup>, inclusiva di rapporti giuridici attivi e passivi (tra cui quelli di lavoro), insuscettibile di essere ricondotta ad un riferimento topografico<sup>52</sup>.

Progressivamente, dunque, l'orientamento dottrinale e giurisprudenziale si emancipa da un'impostazione meramente topografica per rinvenire un approdo ricostruttivo nel criterio, ritenuto inizialmente risolutivo<sup>53</sup>, del ciclo produttivo dell'impresa committente<sup>54</sup> che sussume e riconduce le prestazioni dei lavoratori dipendenti dell'appaltatore «ad elemento mediato dell'azienda del committente»<sup>55</sup>. Infatti, ragioni sia di ordine letterale, sia sistematico hanno indotto a rigettare il criterio topografico, dal momento che il legislatore non ha fatto alcun riferimento all'espressione “geografica” di interno agli stabilimenti<sup>56</sup>, così come ha inteso specificare alcuni lavori “particolari” di dubbia riconducibilità alla disciplina *de qua*.

Di conseguenza, l'ormai prevalente orientamento succitato<sup>57</sup>, sostenitore del criterio

---

<sup>50</sup> *Relazione* dell'onorevole De Bosio, del 16 ottobre 1959, in *Le Leggi*, 1960, I, p. 1122.

<sup>51</sup> Genoviva P., *La legge sull'intermediazione di manodopera e sugli appalti nella dottrina e nella giurisprudenza: rassegna critica*, Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale, I, 1978, pp. 479 ss.; Ianniruberto G., Mattone S., *L'appalto della mano d'opera*, PEM, Roma, 1972, p. 110; Berti F., *Appalti introaziendali ed extraaziendali nella legge n. 1369/1960* (nota a Cass., 25 gennaio 1993, n. 814), in Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale, 1993, p. 317.

<sup>52</sup> Loriga E., *La disciplina giuridica del lavoro in appalto*, Milano, 1965, pp. 144 ss.; Foglia R., *L'appalto d'opere o servizi e l'art. 3 della legge 23 ottobre 1960 n. 1369* (nota ad App. Genova. 13 gennaio 1964), in *Diritto del lavoro*, 1965, pp. 197-198.

<sup>53</sup> Loriga E., *La disciplina giuridica del lavoro in appalto*, Milano, 1965, p. 152.

<sup>54</sup> Uneddu G., *Trattamento economico e normativo nel caso di appalti di servizi: concetto di «interno di azienda»* (nota a Cass. Civ., 13 ottobre 1970, n. 1993), in *Diritto del lavoro*, 1971, pp. 194 ss.; Mariucci L., *Il lavoro decentrato: discipline legislative e contrattuali*, Franco Angeli, Milano, 1979, p. 180; in giurisprudenza, Cass., 23 febbraio 1998, n. 1924, in RIDL, 1999, II, con nota di Campanella P., *Appalto lecito di opere e servizi ed eccezioni al regime della solidarietà*, pp. 300 ss.; Mazzotta O., *Rapporti interpositori e contratto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1979, p. 490; in giurisprudenza, Cass., 11 novembre 1974, n. 3550, in Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale, 1975, II, pp. 391 ss.; Cass., 16 luglio 1992, n. 8602, in Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale, 1992, II, pp. 984 ss.

<sup>55</sup> Napoletano D., *Divieto di intermediazione e interposizione nelle prestazioni di lavoro e nuova disciplina dell'impiego di mano d'opera negli appalti e nei servizi*, in Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale, 1961, I, pp. 19 ss.

<sup>56</sup> Spano S., *Il divieto di interposizione nelle prestazioni di lavoro*, 1965, p. 73.

<sup>57</sup> 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. 125-126; Loriga E., *La disciplina giuridica del lavoro in appalto*, Milano, 1965, pp. 150 ss.; Mariucci L., *Il lavoro decentrato: discipline legislative e contrattuali*, Franco Angeli, Milano, 1979, p. 180; 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. 132-137; Mazzotta O., *Rapporti interpositori e contratto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1979, p. 490; *contra* vedi l'isolata Cass., 26 giugno 1998, n. 6347, in MGL, 1998, con nota di Corazza L., *Appalti*

funzionale, individua, diversamente da quello contrapposto, la *ratio* della legge del '60 nell'obiettivo del legislatore di assicurare un trattamento uniforme tra lavoratori dipendenti dell'appaltatore e dell'impresa appaltante, quando l'attività appaltata sia ricompresa normalmente e continuamente nell'ambito del ciclo produttivo di quest'ultima<sup>58</sup>. La stessa Suprema Corte<sup>59</sup>, nel tentativo di chiarire la portata del concetto di inserimento nel ciclo produttivo, fa riferimento ad una sorta di «criterio di sussidiarietà»<sup>60</sup>, che ricorre «...quando la produzione del bene o del servizio non è possibile neppure parzialmente senza l'apporto produttivo dell'appaltatore».

Sulla base dello stesso concetto di tipico ciclo produttivo una parte della dottrina<sup>61</sup> ha ricondotto le attività di facchinaggio, pulizia e manutenzione ordinaria, espressamente richiamate dall'art. 3, comma 1, l. 1369 «a tipiche fasi elementari del ciclo produttivo delle imprese genericamente intese»<sup>62</sup>. Mentre, per converso, altra dottrina<sup>63</sup> è pervenuta ad analoga conclusione “funzionalistica”, adducendo una giustificazione antidiscriminatoria a fronte di attività (come i lavori di pulizia), che pur non rientrando nel ciclo produttivo, contribuiscono al risultato produttivo finale dell'impresa committente. Allora, opportunamente, è stato fatto notare in dottrina<sup>64</sup> come lo stesso significato di ciclo produttivo non sia completamente chiaro ed univoco, potendo modularsi l'estensione di quest'ultimo a seconda che vi si facciano rientrare o meno anche le attività marginali ed accessorie, comunque necessarie a conseguire il risultato produttivo dell'impresa committente, per di più in un contesto di mutevoli ed articolati processi di segmentazione produttiva delle imprese<sup>65</sup>.

---

*interni all'azienda : inadeguatezza del criterio tipologico alla luce delle tecniche di esternalizzazione dell'impresa*, pp. 847 ss.; Carinci M. T., *La fornitura di lavoro altrui*, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 490 ss.

<sup>58</sup> Loriga E., *La disciplina giuridica del lavoro in appalto*, Milano, 1965, pp. 143-154; e più di recente, 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. 132-137.

<sup>59</sup> Cass. 5 aprile 2000, n. 4237, Rep. FI, 2000, pp. 186 ss.; in dottrina, Ciucciiovino S., *Divieto di interposizione e disciplina degli appalti interni*, in *Diritto del Lavoro –Volume II*, Commentario diretto da Franco Carinci, Utet, Torino, 2003, pp. 1056 ss.

<sup>60</sup> Petracci F., *Il rapporto di lavoro nell'appalto*, Cedam, Padova, 2003, p. 85.

<sup>61</sup> Loriga E., *La disciplina giuridica del lavoro in appalto*, Milano, 1965, pp. 155 ss.

<sup>62</sup> Loriga E., *La disciplina giuridica del lavoro in appalto*, Milano, 1965, p. 155.

<sup>63</sup> Ianniruberto G., Mattone S., *L'appalto della mano d'opera*, PEM, Roma, 1972, pp. 111 ss.

<sup>64</sup> Ianniruberto G., Mattone S., *L'appalto della mano d'opera*, PEM, Roma, 1972, pp. 111 ss.

<sup>65</sup> 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. 60 ss.; Marinelli M., *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 60 ss.; Carinci M. T., *La fornitura di lavoro altrui*, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 495 ss.; Scarpelli F., *Interposizione e*

Infatti, sono rilevabili diversi tentativi, da considerarsi, sinora, tutti vani, di addivenire ad un concetto “incontestato” di ciclo produttivo, che oscillano dall’impostazione formalistico-negoziale<sup>66</sup>, in quanto propensa ad includervi le sole attività rientranti nell’oggetto sociale “statutario”, a quella sostanziale, sia generica-naturalistica che specifica<sup>67</sup>, a seconda che ci si riferisca alle scelte organizzative della tipica impresa appaltante di un particolare genere<sup>68</sup> o a quelle, ordinarie e costanti, dello specifico committente<sup>69</sup>.

Dunque, un minimo comune denominatore potrebbe essere rinvenuto nel riconoscimento dell’impossibilità di individuare una nozione ontologica di ciclo produttivo<sup>70</sup> dell’impresa in generale, e, ancor più, della cd. impresa reticolare, strutturata in modo differente dall’impresa fordista monolitica e verticalmente accentrata, che si palesa al legislatore del ’60<sup>71</sup>, tanto da far ritenere la disposizione normativa di cui all’art. 3 l. 1369 praticamente inapplicabile<sup>72</sup>.

Un encomiabile tentativo di superare l’*impasse* relativo alla delimitazione del concetto di ciclo produttivo, da ritenersi “in crisi”<sup>73</sup>, è perseguito da quella dottrina<sup>74</sup> che, attraverso una lettura sistematica degli artt. 3 e 5 della l. 1369/1960, sposta il fulcro dell’attenzione sul

---

*Appalto nel settore dei servizi informatici*, in (a cura di) Mazzotta O., *Nuove tecnologie e rapporti fra imprese*, Giuffrè, Milano, 1990, pp. 85 ss.; De Simone G., *Titolarità del rapporto di lavoro e regole di trasparenza*, Giuffrè, Milano, 1995, pp. 142-143.

<sup>66</sup> De Simone G., *Titolarità del rapporto di lavoro e regole di trasparenza*, Giuffrè, Milano, 1995, p. 143.

<sup>67</sup> Carinci M. T., *La fornitura di lavoro altrui*, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 495-497.

<sup>68</sup> In giurisprudenza, Cass. S.U., 20 gennaio 1996, n. 446, in RIDL, 1996, II, pp. 705 ss., con nota di Cagetti.

<sup>69</sup> Loriga E., *La disciplina giuridica del lavoro in appalto*, Milano, 1965, pp. 150 ss.

<sup>70</sup> Mannacio G., *Divieto di intermediazione e il lavoro interinale*, Padova, 1997, p. 62; Genoviva P., *La legge sull’intermediazione di manodopera e sugli appalti nella dottrina e nella giurisprudenza: rassegna critica*, Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale, I, 1978, pp. 476-482; 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. 88-90; 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. 137; 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, p. 61; De Simone G., *Titolarità del rapporto di lavoro e regole di trasparenza*, Giuffrè, Milano, 1995, pp. 137-143; 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. 1058; 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, p. 111.

<sup>71</sup> De Luca Tamajo R., *I processi di terziarizzazione intra moenia ovvero la fabbrica “multisocietaria”*, in Il diritto del mercato del lavoro, 1999, I, p. 70.

<sup>72</sup> Carinci M. T., *La fornitura di lavoro altrui*, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 512 ss.

<sup>73</sup> 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; De Luca Tamajo R., *Metamorfosi dell’impresa e nuova disciplina dell’interposizione*, in RIDL, 2003, I, p. 181.

rapporto di mercato, presunto dal legislatore del '60, tra le imprese coinvolte nel contratto di appalto, finendo per rinvenire gli indici di insufficienza dell'autonomia di mercato delle imprese nell'inserimento stabile e continuativo dell'attività, anche nuova e diversa, dell'appaltatore nell'organizzazione produttiva del committente<sup>75</sup>.

Al liminare, se non oltre la stessa fattispecie *de qua*<sup>76</sup>, si pone il tentativo di pervenire ad una concezione "economica"<sup>77</sup> di ciclo produttivo, funzionale all'applicazione della tutela ex art. 3 l. 1369, in una prospettiva di "protezione sociale minima" di "sacche" di lavoro sottotutelato<sup>78</sup>, solo in caso di assenza di autonomia di mercato dell'impresa appaltatrice, da rinvenire nell'indicatore, offerto dalla disciplina sulla subfornitura di cui alla l. 192/1998, dell'abuso di dipendenza economica (art. 9 l. 192), che si può valutare in termini di «reale possibilità di reperire sul mercato alternative soddisfacenti»<sup>79</sup> a fronte di un eccessivo squilibrio nella relazione commerciale<sup>80</sup>, in una prospettiva di interpretazione «generalizzante»<sup>81</sup> a favore di tutte le forme di integrazione contrattuale in cui emergano fattispecie di interdipendenza asimmetrica<sup>82</sup>.

Infatti, autorevole dottrina<sup>83</sup>, che pur sviluppa il suo argomentare ricostruttivo lungo tale sentiero, se, da un lato, evidenzia come l'elemento della continuità così come quello della

---

<sup>74</sup> 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. 91 ss.

<sup>75</sup> 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. 97; Corazza L., *Appunti in materia di obbligazioni solidali e rapporti di lavoro*, in RIDL, 1997, II, pp. 94 ss.

<sup>76</sup> 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, p. 66.

<sup>77</sup> Carinci M. T., *La fornitura di lavoro altrui*, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 516 ss.

<sup>78</sup> 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. 86.

<sup>79</sup> Corazza L., *Appalti interni all'azienda: inadeguatezza del criterio topografico alla luce delle tecniche di esternalizzazione dell'impresa* (commento a Cass., 26 giugno 1998, n. 6347), in MGL, 1998, p. 854.

<sup>80</sup> Iamiceli P., *Le reti di imprese: modelli contrattuali di coordinamento*, 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. 153 ss.; Caso R., *Abuso di potere contrattuale e subfornitura industriale*, Artimedia, Trento, 2000.

<sup>81</sup> Caso R., *Subfornitura industriale: analisi giuseconomica delle situazioni di disparità di potere contrattuale*, in Riv. Crit. Dir. Piv., 1998, pp. 286 ss.; Pardolesi R., *Il contratto di subfornitura (industriale): scampolo di fine millennio o prodromo di tempi migliori?*, Relazione al Convegno ITA, *La nuova legge in materia di subfornitura*, Milano, 1998; Musso A., *La subfornitura. Titolo III dei singoli contratti. Supplemento legge 18 giugno 1998 n. 192*, in (diretto da Scialoja C. – Branca G.), *Commentario del Codice Civile*, Zanichelli, Bologna, 2003, pp. 545 ss.

<sup>82</sup> Cafaggi F., *Il governo della rete: modelli organizzativi del coordinamento inter-imprenditoriale*, 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. 64.

<sup>83</sup> Ichino P., *Il contratto di lavoro*, XXVII, t. 2, Volume I, in *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, Giuffrè editore, Milano, 2000, pp. 513 ss.

preesistente internalizzazione dell'attività appaltata non giustifichino l'applicazione del dispositivo protettivo ex art. 3 l. 1369, dall'altro, è ben consapevole di operare una forzatura interpretativa *extra legem*, allorquando propone di subordinare l'applicazione dell'articolo in questione alla presenza di una situazione di dipendenza economica dell'appaltatore, desumibile da una serie di indici sintomatici, non necessariamente convergenti, quali l'assenza di una professionalità specialistica dell'appaltatore rispetto all'attività appaltata, il carattere di saltuarietà dell'opera o del servizio, come anche lo svolgimento dell'attività affidata in appalto in regime di monocommittenza.

La, pur encomiabile, proposta ricostruttiva citata troverebbe, però, un ulteriore limite sul piano della *ratio* delle due discipline apprestate, rispettivamente, dalla l. 192/1998 e dalla l. 1369/1960: a fronte di una situazione di dipendenza economica, la prima, in una prospettiva antifraudolenta, mira a tutelare il contraente debole di una relazione commerciale squilibrata<sup>84</sup>, mentre la seconda ravvisa la necessità di garantire una tutela "aggiuntiva"<sup>85</sup> a favore dei «dipendenti di imprese dipendenti»<sup>86</sup>.

Comunque, la "specificazione" del concetto di ciclo produttivo consentirebbe di leggere con maggior chiarezza il raffronto della disciplina speciale di cui alla l. 1369/1960 con la disciplina codicistica di cui all'art. 1676 c.c.<sup>87</sup>, che si prefigge di assicurare una tutela "minimale" dei crediti di lavoro dei dipendenti dell'appaltatore impiegati in appalti di opere e/o servizi, mediante la "corresponsabilizzazione" dell'appaltante.

Infatti, mentre per l'applicazione dell'art. 1676 c.c., che pone - a differenza dell'art. 3 l. 1369/1960 - limiti quantitativi alla tutela lavoristica<sup>88</sup>, è condizione necessaria e sufficiente la sussistenza del contratto di appalto, l'attuazione dell'art. 3 l. 1369 richiede, quale *quid pluris*, che l'opera o il servizio oggetto dell'appalto siano "integrati" nel ciclo produttivo

---

<sup>84</sup> Leccese R., *Subfornitura*, commento alla L. 198/92, in AA.VV., Commentario breve al codice civile - Leggi complementari" a cura di Alpa G.-e Zatti P., III, Cedam, 2000, p. 744.

<sup>85</sup> Orlandini G., *Diritto del lavoro e regolazione delle reti*, 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. 297-298.

<sup>86</sup> De Simone G., *Un diritto del lavoro per l'impresa segmentata*, 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. 243.

<sup>87</sup> Favara E., *Divieto di interposizione nelle prestazioni di lavoro ed appalti di lavoro* (nota a Trib. Ancona, 14 novembre, 1960), in *Il diritto del lavoro*, I, 1961, p. 119; Napolitano D., *Divieto di intermediazione e interposizione nelle prestazioni di lavoro e nuova disciplina dell'impiego di mano d'opera negli appalti e nei servizi*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 1961, I, p. 23.

<sup>88</sup> 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. 1055; 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, p. 109.

dell'impresa appaltante<sup>89</sup>.

In verità, anche in presenza di appalti “interni”, è possibile rinvenire margini interstiziali di applicazione dell'art. 1676 c.c., decorso un anno dalla cessazione dell'appalto o in presenza di fattispecie “interne” di appalto rientranti nel campo di applicazione dell'art. 5 l. 1369, salvo il decorso della prescrizione<sup>90</sup>. In ogni caso, continuando sul piano del rapporto con la disciplina codicistica di cui all'art. 1676 c.c., l'art. 3 l. 1369/1960 si contraddistingue, oltre che sul piano quantitativo, per l'estensione temporanea di un trattamento “qualitativo” diverso da quello ordinariamente applicabile ai lavoratori dipendenti dall'appaltatore<sup>91</sup>.

Quanto alla dimensione temporale della tutela assicurata dall'art. 3 l. 1369/1960, la copertura protettiva si estende esclusivamente per tutta la durata dell'appalto “interno”, e fino ad un anno dalla sua cessazione, non ritenendosi giustificata una modificazione permanente<sup>92</sup> del trattamento economico e normativo spettante al lavoratore temporaneamente adibito ad un'opera e/o servizio, che può caratterizzarsi per la sua irripetibilità<sup>93</sup>.

Inevitabilmente, dunque, la durata temporale del trattamento ex art. 3 incide sul *quantum* dello stesso<sup>94</sup>, che vede il trattamento presso l'appaltatore permanere in una situazione di quiescenza fino alla ripresa dell'ordinario “vigore”, una volta decorso un anno dalla cessazione dell'appalto. Tuttavia, l'orizzonte temporale delineato non sembra giustificare una esclusione dell'applicazione dell'art. 3 l. 1369 sul presupposto che si è in presenza di attività rientranti nel ciclo produttivo dell'impresa committente, ma aventi carattere saltuario, occasionale o temporaneo<sup>95</sup>.

L'oggetto del disposto normativo dell'art. 3 l. 1369/1960, individuabile in un *standard*

---

<sup>89</sup> 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. 211.

<sup>90</sup> Miranda B., *L'azione diretta dei dipendenti dell'appaltatore verso il committente*, in Lavoro '80, 1988, pp. 847-848.

<sup>91</sup> 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. 146 ss.; Marinelli M., *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 177 ss.

<sup>92</sup> Loriga E., *La disciplina giuridica del lavoro in appalto*, Milano, 1965, p. 166; Carinci M. T., *La fornitura di lavoro altrui*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 525; De Simone G., *Titolarità del rapporto di lavoro e regole di trasparenza*, Giuffrè, Milano, 1995, p. 144.

<sup>93</sup> Moffa G., *La disciplina dell'impiego di manodopera negli appalti di opere e servizi*, in Rass. Lav., 1961, p. 441

<sup>94</sup> Loriga E., *La disciplina giuridica del lavoro in appalto*, Milano, 1965, pp. 166 ss.; Carinci M. T., *La fornitura di lavoro altrui*, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 526 ss.

<sup>95</sup> Su questa posizione, Nicolini G., *Ciclo produttivo dell'impresa e applicazione dell'art. 3 l. 23 ottobre 1960, n. 1369*, in MGL, 1972, pp. 390 ss.

uniforme di trattamento<sup>96</sup>, impone un metodo comparativo che richiede un raffronto tra i trattamenti garantiti dalle diverse fonti, legislative e contrattuali, collettive e individuali, applicabili alla fattispecie<sup>97</sup>, fatta eccezione per le concessioni *ad personam*<sup>98</sup>. Quanto alle modalità di selezione del trattamento da garantire al lavoratore occupato nell'appalto ex art. 3 l. 1369/1960 in situazioni di “conflittualità disciplinare”, la dottrina e la giurisprudenza hanno fatto ricorso, fermo restando il termine di riferimento del trattamento di fatto riservato dall'impresa committente ai propri dipendenti<sup>99</sup>, alla teoria del conglobamento<sup>100</sup> e alla teoria del cumulo<sup>101</sup>. La prima teoria, maggioritaria soprattutto nei primi anni di applicazione della legge 1369/1960, propugna la comparazione dei trattamenti complessivi desumibili dalle due discipline in contrasto, mentre la seconda suggerisce una valutazione istituto per istituto, finalizzata alla individuazione di un trattamento terzo, costituito dalla somma delle disposizioni più favorevoli al lavoratore.

Al riguardo, una parte della dottrina<sup>102</sup> non ha mancato di sollevare un rilievo critico in merito all'utilizzo del criterio del cumulo nella fattispecie ex art. 3 l. 1369/1960, potenzialmente in grado di determinare, considerate le preoccupazioni del legislatore del 1960, una situazione di disparità di trattamento *a contrario*, in cui il dipendente dell'appaltatore finisce per godere di una tutela più favorevole rispetto al dipendente del committente.

Analoghi contrasti interpretativi sono emersi in relazione alla questione relativa all'estensione a favore del lavoratore occupato nell'appalto ex art. 3 l. 1369/1960 dell'intero “statuto” di cui beneficia il dipendente dell'appaltante, anche se l'impresa

---

<sup>96</sup> Carinci M. T., *La fornitura di lavoro altrui*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 526.

<sup>97</sup> De Simone G., *Titolarità del rapporto di lavoro e regole di trasparenza*, Giuffrè, Milano, 1995, pp. 144 ss.

<sup>98</sup> In tal senso, Rudan M., *L'interposizione nelle prestazioni di lavoro e la nuova disciplina degli appalti di opere e di servizi*, in RTDPC, 1961, p. 871; Loriga E., *La disciplina giuridica del lavoro in appalto*, Milano, 1965, p. 170; e più di recente, 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. 160-161; Carinci M. T., *La fornitura di lavoro altrui*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 529.

<sup>99</sup> 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. 159-160; Carinci M. T., *La fornitura di lavoro altrui*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 528.

<sup>100</sup> 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. 126; Loriga E., *La disciplina giuridica del lavoro in appalto*, Milano, 1965, pp. 175 ss.

<sup>101</sup> Carullo G., *Commento all'art. 3 L. 1369/1960*, in Grandi M. – Pera G., *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Cedam, Padova, 2001, p. 891.

<sup>102</sup> 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. 126; Loriga E., *La disciplina giuridica del lavoro in appalto*, Milano, 1965, p. 176; Carinci M. T., *La fornitura di lavoro altrui*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 529.

appaltatrice non raggiunge i requisiti dimensionali ex art. 35 l. 300/1970<sup>103</sup>.

Un'analisi letterale dell'art. 3 l. 1369/1960 induce alla rilevazione, dal punto di vista della formulazione tecnica, di una palese differenziazione tra il trattamento economico e quello normativo: il primo, nella forma del minimo inderogabile<sup>104</sup>, deve essere corrisposto, mentre il trattamento normativo deve essere assicurato. Come accuratamente argomentato<sup>105</sup>, la diversità terminologica può essere addebitata alla differente struttura dei due trattamenti: quello economico si esaurisce generalmente nel versamento-corresponsione di una somma di denaro, vale a dire, la retribuzione come comprensiva, oltre che della retribuzione base, anche di tutto quanto, in denaro o natura, percepito dal lavoratore a titolo di compenso in costanza di lavoro (indennità, tredicesima mensilità, premi di produzione); quello normativo, concernente gli altri profili delle condizioni di lavoro, implica un raffronto limitato ai soli istituti compatibili con le caratteristiche del rapporto di lavoro del dipendente dell'appaltatore.

Con riferimento al trattamento normativo, procedendo per esclusione, sembra si possa convenire sul fatto che oggetto del raffronto non possano essere quelle disposizioni inerenti la costituzione del rapporto di lavoro tra dipendente e impresa appaltatrice, intervenendo l'applicazione dell'art. 3 l. 1369 in una fase successiva alla stessa, così come quelle riguardanti l'estinzione del rapporto di lavoro medesimo<sup>106</sup>.

Analogamente, contrasti interpretativi si rilevano in merito all'inclusione<sup>107</sup> nella definizione di trattamento normativo ex art. 3 l. 1369/1960 della cd. parte obbligatoria del contratto collettivo, interessando quest'ultima, quantomeno in linea generale, ma non assoluta<sup>108</sup>, i diritti e gli obblighi delle parti sociali stipulanti<sup>109</sup> e non la disciplina del

---

<sup>103</sup> Mariucci L., *Il lavoro decentrato: discipline legislative e contrattuali*, Franco Angeli, Milano, 1979, p. 179; *contra* Carinci M. T., *La fornitura di lavoro altrui*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 526; *contra* De Simone G., *Titolarità del rapporto di lavoro e regole di trasparenza*, Giuffrè, Milano, 1995, pp. 146 ss.

<sup>104</sup> Carinci M. T., *La fornitura di lavoro altrui*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 525.

<sup>105</sup> Loriga E., *La disciplina giuridica del lavoro in appalto*, Milano, 1965, p. 177.

<sup>106</sup> Parisi A., *Trattamento minimo inderogabile retributivo e normativo*, in Gas, 1964, p. 55; per quanto attiene il profilo estintivo del rapporto, più di recente, De Simone G., *Titolarità del rapporto di lavoro e regole di trasparenza*, Giuffrè, Milano, 1995, p. 146; *contra* 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. 165-166.

<sup>107</sup> A favore, vedi Ciucciocchino 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; *contra* Loriga E., *La disciplina giuridica del lavoro in appalto*, Milano, 1965, pp. 189-190.

<sup>108</sup> Vedi Liso F., *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Angeli, Milano, 1982.

<sup>109</sup> Sul tema, vedi il prezioso contributo di Ghezzi G., *La responsabilità contrattuale delle associazioni sindacali*, Milano, 1963.



rapporto individuale di lavoro del dipendente occupato nell'appalto<sup>110</sup>.

Il ricorso al metodo della comparazione e la temporaneità della condizione ricoperta dal lavoratore occupato nell'appalto "interno" hanno minato alla base qualsiasi, benchè encomiabile, tentativo, peraltro non chiaramente percepibile dal dettato legislativo e non pacifico in dottrina come in giurisprudenza<sup>111</sup>, di volere equiparare *in toto* il trattamento dei dipendenti dell'appaltatore con quelli dell'impresa appaltante<sup>112</sup>, a favore di una prevalente valutazione istituto per istituto<sup>113</sup>.

Di rimando, la disciplina collettiva applicabile ai dipendenti dell'impresa committente assume, in relazione al rapporto di lavoro dei lavoratori impiegati negli appalti "interni", una rilevanza solo indiretta ed esterna<sup>114</sup>, dal momento che il trattamento ex art. 3 l. 1369 attiene a diritti e obblighi riguardanti l'impresa appaltatrice e il lavoratore-dipendente, a sostegno delle cui ragioni interviene la garanzia della solidarietà *ex lege* – di cui si dirà nel capitolo III - di un terzo estraneo al rapporto di lavoro, vale a dire il committente, e la previsione di una sanzione penale - art. 6 l. 1369/1960 -, indirizzata, peraltro, al solo pseudoappaltatore inadempiente<sup>115</sup>.

Inoltre, un ulteriore profilo problematico ha interessato la questione relativa alla mancata applicabilità del trattamento preferenziale ex art. 3 l. 1369/1960 nel caso di assenza di corrispondenza di mansioni tra i lavoratori dipendenti dell'appaltatore e i lavoratori dipendenti del committente<sup>116</sup>. Se la giurisprudenza della Suprema Corte, dopo una prima sentenza favorevole ai lavoratori - Cass. 17 gennaio 1968, n. 102 -, propende per l'applicazione dell'art. 3 l. 1369/1960 alla sola presenza della piena corrispondenza - richiesta espressamente dal D.P.R. 22 novembre 1961, n. 1192 per quanto riguarda gli appalti delle amministrazioni autonome dello Stato - delle mansioni, con correlativo onere

---

<sup>110</sup> Corte Costituzionale 9 luglio 1963 n. 120, in MGL, 1963, pp. 285 ss.

<sup>111</sup> 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. 155.

<sup>112</sup> Al riguardo, vedi Broglio M., *Il lavoro decentrato nella dottrina e nella giurisprudenza*, in Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali, 1990, pp. 149-150; e le considerazioni di De Simone G., *Titolarità del rapporto di lavoro e regole di trasparenza*, Giuffrè, Milano, 1995, pp. 144 ss.

<sup>113</sup> 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. 159.; Carinci M. T., *La fornitura di lavoro altrui*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 520.

<sup>114</sup> Carinci M. T., *La fornitura di lavoro altrui*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 528; 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.

<sup>115</sup> Culotta A., *Appalti di manodopera e intervento giudiziario: prospettive e limiti*, in *Lavoro* 80, 1982, p. 564.

<sup>116</sup> Ianniruberto G., Mattone S., *L'appalto della mano d'opera*, PEM, Roma, 1972, pp. 109-110.

della prova a carico del dipendente dell'appaltatore - Cass. 3 ottobre 1970, n. 1790 e Cass. 12 luglio 1999, n. 7361 -, un'interpretazione dottrinale, non più recentissima<sup>117</sup>, propugna una ricostruzione diametralmente opposta, richiamandosi al rischio di vanificare la stessa *ratio* della legge del '60, laddove, come nei lavori di facchinaggio, di pulizia e di manutenzione degli impianti, non possa in alcun modo, ai fini della valutazione comparativa ex art. 3 l. 1369, concretizzarsi una situazione di piena corrispondenza delle mansioni<sup>118</sup>. In tal caso, comunque, presupposto indispensabile è la sussistenza della previsione dell'attività data in appalto nel contratto collettivo applicato dalla impresa committente, a meno di non far riferimento all'interpretazione analogica o, secondo una prospettiva *de iure condendo* e tributaria del diritto comunitario<sup>119</sup>, al dipendente comparabile, anziché di pari livello, dell'appaltante.

In merito al generico termine, contenuto sempre nell'art. 3 l. 1369, «delle leggi di previdenza ed assistenza» non può non accogliersi quell'interpretazione estensiva che mira ad includere il complesso della legislazione vigente in materia di assicurazione sociale, sino a “sconfinare” nella normativa prevenzionale in materia di igiene e sicurezza sul lavoro, risultando dagli stessi atti parlamentari l'intenzione del legislatore di imporre all'impresa appaltante un dovere di vigilanza sull'appaltatore<sup>120</sup>. Sul punto, un intervento chiarificatore sembrava voler essere apportato dalla cd. proposta Torelli<sup>121</sup>, con cui si intendeva estendere il contenuto del secondo comma dell'art. 3 l. 1369 alla l. 300/1970 e alle altre leggi in materia di lavoro (art. 5, comma 1) così come si esplicitava l'intento di far ricadere anche in capo al committente l'obbligo di vigilare sull'osservanza da parte dell'appaltatore delle norme in materia di sicurezza ed igiene sul lavoro, per il caso di lavori «svolti nell'ambito dell'azienda» dell'impresa committente (art. 5, comma 3).

Un tentativo di contemperamento tra le esigenze dei lavoratori e quelle dei soggetti

---

<sup>117</sup> La posizione è sostenuta in Cecconi F. – Filadoro C., *L'appalto di manodopera*, Milano, 1976.

<sup>118</sup> Più di recente, vedi Cass. 22 aprile 2000, n. 5296, in RIDL, 2001, con nota di Lazzeroni L., *La corrispondenza di mansioni come presupposto del diritto alla parità di trattamento nell'appalto introaziendale*, pp. 33 ss.

<sup>119</sup> De Luca Tamajo R., *Metamorfosi dell'impresa e nuova disciplina dell'interposizione*, in RIDL, 2003, I, p. 182.

<sup>120</sup> Relazione alla Camera di Andreucci e Buttè, in AA. VV., *Problemi di interpretazione e di applicazione della legislazione sulla disciplina degli appalti di opere e di servizi*, Giuffrè, Milano, 1963, P. 129.

<sup>121</sup> Maresca A., *Il problema degli appalti ancora alla ricerca di una soluzione legislativa: commento alla proposta Torelli*, in Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale, 1975, pp.709 ss.

imprenditoriali legati dal vincolo solidale<sup>122</sup> emerge dalla precisazione normativa contenuta nell'art. 4 l. 1369/1960, dove si predispose un termine decadenziale «angusto»<sup>123</sup>, non valevole per l'aspetto previdenziale ed assistenziale<sup>124</sup> in virtù del principio di autonomia del rapporto contributivo<sup>125</sup>, a carico dei lavoratori, i quali sono tenuti a far valere, rispetto al committente<sup>126</sup>, con sollecitudine i propri diritti ex art. 3 l. 1369 nel limitato arco temporale che va dall'inizio dell'esecuzione dell'appalto sino ad un anno dalla sua cessazione<sup>127</sup>.

Problemi interpretativi di ordine sistematico sono sollevati dal secondo comma dell'art. 3 l. 1369/1960, che dispone: «la stessa disciplina (art. 3, comma 1) si applica agli appalti concessi dalle imprese che esercitano un pubblico servizio per le attività di esazione, installazione e lettura di contatori, manutenzione di reti di distribuzione e di trasporto, allacciamenti, costruzione di colonne montanti, impianti di apparecchi, reti a bassa tensione e attività similari».

Lo snodo interpretativo verte sul carattere confermativo o estensivo, rispetto al primo comma dell'art. 3 l. 1369/1960, del disposto normativo contenuto nel secondo comma dello stesso art. 3. Mentre la dottrina maggioritaria<sup>128</sup> propende, optando per la tesi confermativa, per una verifica casistica circa l'inclusione dell'attività appaltata nel ciclo produttivo dell'impresa committente, la giurisprudenza, nel corso degli anni di applicazione della legge del '60, ha oscillato tra la posizione predetta e quella estensiva della normativa di tutela ex art. 3, comma 1, ad attività, oggetto di appalto nei servizi pubblici, specifiche ed

---

<sup>122</sup> Napoletano D., *Divieto di intermediazione e interposizione nelle prestazioni di lavoro e nuova disciplina dell'impiego di mano d'opera negli appalti e nei servizi*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 1961, I, p. 29; 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.

<sup>123</sup> Rudan M., *L'interposizione nelle prestazioni di lavoro e la nuova disciplina degli appalti di opere e di servizi*, RTDPC, 1961, p. 872.

<sup>124</sup> Loriga E., *La disciplina giuridica del lavoro in appalto*, Milano, 1965, p. 219.

<sup>125</sup> Vedi Cass. 17 gennaio 2007, n. 996, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2007, III, con nota di Capurso P., *La tutela del credito contributivo negli appalti, prima e dopo la riforma del mercato del lavoro*, pp. 544 ss., che sovverte un consolidato orientamento della Suprema Corte sulla questione.

<sup>126</sup> Catalano G., *Divieto di intermediazione e interposizione nelle prestazioni di lavoro e nuova disciplina dell'impiego di manodopera negli appalti di opere e servizi*, in *Dir. Econ.*, 1961, p. 426.

<sup>127</sup> Marinelli M., *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 184; Carinci M. T., *La fornitura di lavoro altrui*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 535.

<sup>128</sup> Tra i primi, Loriga E., *La disciplina giuridica del lavoro in appalto*, Milano, 1965, p. 150; ma più di recente, vedi Carinci M. T., *La fornitura di lavoro altrui*, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 497 ss.

eccezionali, insuscettibili di applicazione analogica<sup>129</sup>. Se la generica formulazione letterale della disposizione *de qua*, nella parte in cui fa riferimento ad «attività similari» rispetto a quelle elencate, lascia intendere che il legislatore non abbia circoscritto l'estensione della tutela ex art. 3, comma 1, l. 1369 ad ipotesi tassative di attività, una differenziazione di trattamento tra lavoratori impegnati in appalti nel settore dei pubblici servizi e in altri settori potrebbe caratterizzarsi in termini di irragionevolezza e, quindi, di palese contrasto con l'art. 3 Cost.<sup>130</sup>. A sostegno indiretto della summenzionata tesi confermativa, può addursi l'esito interpretativo cui ha condotto l'accesso dibattito giurisprudenziale in ordine all'applicabilità dell'art. 3 l. 1369/1960 all'attività di ampliamento della rete telefonica. Infatti, l'intervento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione - Cass., S.U., 20 gennaio 1996, n. 446 -, che ha composto definitivamente i contrastanti orientamenti giurisprudenziali in materia, se, da un lato, ha riconosciuto all'attività di ampliamento della rete telefonica la natura di segmento del ciclo produttivo dell'impresa committente, dall'altro, ha inquadrato la stessa attività, per la conformazione delle imprese impegnate nel settore<sup>131</sup>, nel campo di applicazione dell'art. 5 l. 1369, ritenuto il confine tra le disposizioni di cui agli artt. 3 e 5 l. 1369/1960 privo di "zone d'ombra" aperte all'attività interpretativa.

L'art. 5 l. 1369/1960, invece, delinea ben otto ipotesi sottratte alla disciplina dell'art. 3 della stessa legge. Anche con riferimento alla disposizione di cui all'art. 5 si pone, dunque, un problema di coordinamento con quella di cui all'art. 3, in termini di reciproco rispetto<sup>132</sup> o di sconfinamento<sup>133</sup> delle rispettive sfere di influenza<sup>134</sup>. In verità, trattasi di fattispecie tra

---

<sup>129</sup> Per il primo orientamento, in giurisprudenza, vedi Cass. 16 luglio 1992, n. 8602, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, II, 1993, pp. 984 ss., con nota di Bartesaghi; per il secondo, Cass. S.U., 20 gennaio 1996, n. 446, in *RIDL*, II, 1996, p. 705 ss., con nota di Cagetti.

<sup>130</sup> Carinci M. T., *La fornitura di lavoro altrui*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 500.

<sup>131</sup> 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. 1061.

<sup>132</sup> Loriga E., *La disciplina giuridica del lavoro in appalto*, Milano, 1965, pp. 235 ss.; Genoviva P., *La legge sull'intermediazione di manodopera e sugli appalti nella dottrina e nella giurisprudenza: rassegna critica*, *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, I, 1978, pp. 484 ss.

<sup>133</sup> 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. 202; Asquini A., *Somministrazione di prestazioni di lavoro da parte di intermediari e appalti di servizi*, in *MGL*, 1962, p. 231.

<sup>134</sup> Carinci M. T., *La fornitura di lavoro altrui*, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 500 ss.

loro eterogenee<sup>135</sup>, che, solo in parte<sup>136</sup>, possono suffragare tale esclusione dal campo protettivo dell'art. 3 sulla base del fatto che si tratta di attività accessorie non rientranti stabilmente nel ciclo produttivo dell'impresa committente<sup>137</sup>. Il tentativo di addivenire ad una, quanto più possibile, netta linea di demarcazione tra le due fattispecie di cui agli artt. 3 e 5 l. 1369/1960 si arresta intorno al dilemma relativo alla sufficienza, ai fini dell'applicazione dell'art. 3, della riconducibilità dell'attività appaltata nel ciclo produttivo dell'impresa committente<sup>138</sup>.

Se si opta per la soluzione affermativa, allora le attività riportate nell'art. 5 dovrebbero tutte e sempre considerarsi all'"esterno" del ciclo produttivo, mentre la ricostruzione, che ritiene non sufficiente l'inserimento dell'attività appaltata nel ciclo produttivo dell'impresa committente per l'applicazione dell'art. 3, mira a salvaguardare, dal punto vista interpretativo, la peculiarità delle singole ipotesi disciplinate dal predetto articolo 5, sia pure all'interno di un rapporto tra le due fattispecie *de quibus* in termini di regola (art. 3) ed eccezione (art. 5),

A quanto pare, nel dubbio, l'orientamento dottrinale e giurisprudenziale prevalente ha optato per il *favor laboris*, sostenendo quella scelta interpretativa che ridimensiona la portata applicativa dell'art. 5 a favore di quella dell'art. 3<sup>139</sup>.

La soluzione della richiamata questione interpretativa consente di risolvere l'ulteriore dilemma relativo all'applicazione analogica dell'art. 5 l. 1369/1960. Se una lettura "simbiotica" degli artt. 3 e 5 della legge del '60 suggerisce di escludere, alla luce di una disciplina unitaria<sup>140</sup>, l'applicazione analogica, una ricostruzione del rapporto summenzionato in termini derogatori da parte dell'art. 5 potrebbe far propendere nel senso contrario, in virtù del ritenuto carattere esemplificativo, e non tassativo, delle attività richiamate dalla previsione *de qua*, con conseguente riconduzione delle attività "escluse" dalla sfera applicativa di quest'ultimo articolo nell'ambito dell'ordinaria disciplina

---

<sup>135</sup> Carinci M. T., *La fornitura di lavoro altrui*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 501; 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. 1065.

<sup>136</sup> Carinci F.- De Luca Tamajo R.- Tosi P.-Treu T., *Diritto del lavoro*, II, *Il rapporto di lavoro subordinato*, Torino, 1998, p. 157.

<sup>137</sup> Cottrau G., *L'intermediazione di manodopera nell'attuale contesto legislativo*, Giappichelli, Torino, 1991 pp. 36 ss.

<sup>138</sup> Cass. 25 gennaio 1993 n. 814, in *MGL*, 1993, pp. 334 ss., con nota di Sbrocca.

<sup>139</sup> Carinci M. T., *La fornitura di lavoro altrui*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 502.

<sup>140</sup> 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. 92.

civilistica di tutela del lavoro nell'appalto<sup>141</sup>.

La disciplina protettiva dei lavoratori coinvolti negli appalti concessi dalle amministrazioni autonome delle ferrovie dello Stato, dei monopoli di Stato e delle poste e delle telecomunicazioni, apprestata dal D.P.R. 22 novembre 1961, n. 1192, ha introdotto una parziale deroga all'art. 3 della legge del '60, nella parte in cui si obbliga l'appaltatore a garantire ai propri dipendenti il trattamento economico e normativo previsto dal contratto collettivo di lavoro vigente per la categoria di riferimento. A meno che non vi sia una piena corrispondenza di mansioni tra i lavoratori dipendenti dell'impresa committente e dell'appaltatore, che conferisce a quest'ultimi il diritto ad un trattamento economico non inferiore a quello spettante ai primi. Comunque, i lavoratori coinvolti nella fattispecie disciplinata dal D.P.R. n. 1192/1961 usufruiscono di una tutela "dimidiata", sia perché non giungono giammai, mancando il riferimento al trattamento normativo, ad una piena parificazione con i dipendenti delle amministrazioni autonome summenzionate e sia perché non grava su quest'ultime "il peso" della responsabilità solidale.

L'introduzione della disciplina sulla subfornitura ex l. 192/1998 ha sollevato dei problemi di coordinamento tra quest'ultima e quella sugli appalti introaziendali ex art. 3 l. 1369/1960<sup>142</sup>. Se all'indomani dell'entrata in vigore della l. 192 una parte della dottrina<sup>143</sup> ha sostenuto la non applicabilità della disciplina *de qua* ai rapporti di lavoro "interessati" da un appalto cd. interno con un'impresa subfornitrice, altra dottrina<sup>144</sup> ha propeeso, in mancanza di una espressa previsione contenuta nella legge del '98, per la compatibilità tra le due discipline richiamate, facendo leva sulle "finalità" commerciale e specificativa della l. 192 di nuove modalità attuative<sup>145</sup> dell'appalto intraziendale. Tuttavia, tutte le problematiche interpretative e di coordinamento applicativo interessanti l'art. 3 in questione hanno subito una diminuzione della capacità "attrattiva", anche dal punto di vista della trattazione scientifica, per effetto dell'azione, allo stesso tempo, distruttrice e creatrice del d. lgs. 276/2003, che ha apprestato, superati il cd. principio di parità di trattamento e la speciale considerazione degli appalti "interni", una disciplina «a metà strada» tra l'art. 1676

---

<sup>141</sup> Ianniruberto G., Mattone S., *L'appalto della mano d'opera*, PEM, Roma, 1972, pp. 115 ss.

<sup>142</sup> Sala Chiri M., *Subfornitura e appalto di lavoro*, in ADL, 2003, pp. 231 ss.

<sup>143</sup> Nicolini G., *Subfornitura e attività produttive*, Milano, 1999, p. 158

<sup>144</sup> Biagi M., *Disciplina della subfornitura e rapporti di lavoro*, in Guida al diritto, 1999, n. 8, pp. 15-16; Sala Chiri M., *Subfornitura e appalto di lavoro*, in ADL, 2003, p. 232.

c.c. e l'art. 3 l. 1369<sup>146</sup>.

Senza dubbio, il permanere della vigenza del divieto di interposizione di manodopera, quale principio di regolazione e di trasparenza del mercato, da un lato, e la tendenza del diritto commerciale a contrastare fenomeni di “asimmetrie” tra le imprese, dall'altro, avrebbero potuto suggerire, diversamente da quanto operato in seguito dal d. lgs. 276/2003, un utilizzo della legge del 1998 sulla subfornitura quale “riferimento” per un «restauro conservativo» della stessa l. 1369/1960, con prospettive disciplinari “espansive” verso «le nuove tipologie di rapporti contrattuali asimmetrici tra imprese»<sup>147</sup> relative a processi di segmentazione produttiva.

### **3. L'“evoluzione” della tecnica della clausola sociale cd. di “equo trattamento” nell'appalto**

La tecnica della clausola sociale<sup>148</sup>, di fonte sia legislativa, sia contrattuale, rappresenta un fondamentale strumento di tutela, di respiro anche internazionale (vedi la Convenzione ILO n. 94 del 1949, ratificata in Italia con la l. 1305/1952 e le esperienze straniere delle cd. «fair wages clauses»<sup>149</sup>), del lavoro nell'appalto, che, tuttavia, solleva una serie di problematiche sul piano sia interpretativo sia della effettività<sup>150</sup>.

A partire dalla disciplina legislativa e contrattuale, in particolare, degli anni '70, la clausola sociale può essere, innanzitutto, intesa come un indicatore e, al tempo stesso, uno strumento di promozione del tentativo sindacale di intervenire nelle scelte organizzative ed economiche delle imprese<sup>151</sup>, oltre che nella politica economica nazionale<sup>152</sup>.

---

<sup>145</sup> Corazza L., *Appalti interni all'azienda: inadeguatezza del criterio topografico alla luce delle tecniche di esternalizzazione dell'impresa*, in MGL, 1998, p. 854; Sala Chiri M., *Subfornitura e appalto di lavoro*, in ADL, 2003, p. 232.

<sup>146</sup> 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. 113 ss.

<sup>147</sup> Orlandini G., *Diritto del lavoro e regolazione delle reti*, 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. 299.

<sup>148</sup> Ghera E., *Le cd. clausole sociali: evoluzione di un modello di politica legislativa*, in DRI, n. 2, 2001, pp. 133-135.

<sup>149</sup> Khan Freund O., *Labour and Law*, Londra, 1972, pp. 47-48.

<sup>150</sup> Marinelli M., *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 187 ss.

<sup>151</sup> Balandi G., *Le "clausole a favore dei lavoratori" e l'estensione dell'applicazione del contratto collettivo*, in Riv. Trim. dir. Proc. Civ., 1973, pp. 713 ss.; 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, pp. 1202-1204.

In tal senso, si veda il modello di clausola sociale ex art. 36 l. 300/1970<sup>153</sup>, che, per quanto attiene gli appalti pubblici, dispone l'obbligo per le amministrazioni pubbliche, lo Stato ed gli altri soggetti pubblici, di inserire nel contratto di appalto una clausola contenente, a sua volta, l'obbligo per l'appaltatore di applicare o far applicare nei confronti dei lavoratori dipendenti da quest'ultimo condizioni non inferiori a quelle risultanti dai contratti collettivi di lavoro della categoria e della zona. In verità, l'originaria formulazione della norma, contrariamente a quanto già previsto dall'art. 1 Convenzione OIL n. 94, disponeva l'applicazione della clausola sociale per la sola ipotesi dell'esecuzione di opere pubbliche, escludendo gli appalti di servizi e di forniture, e le concessioni di pubblico servizio<sup>154</sup>. Successivamente, tali ultime fattispecie sono state "recuperate" alla disciplina ex art. 36 St. lav. per effetto dell'intervento della Corte Costituzionale, che, con la sentenza 19 giugno 1998, n. 226<sup>155</sup>, ha dichiarato la parziale incostituzionalità della norma, nella parte in cui escludeva, nel caso di specie, la concessione di pubblici servizi, individuando la *ratio* della disposizione *de qua* nell'esigenza di assicurare uno *standard* minimo di tutela a favore dei lavoratori coinvolti, anche indirettamente, in un'attività imprenditoriale in cui è parte la pubblica amministrazione<sup>156</sup>, coprendo anche ambiti in cui l'azione sindacale non è in

---

<sup>152</sup> Marinelli M., *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 189.

<sup>153</sup> Mancini G. F., *Art. 36. Obblighi dei titolari di benefici accordati dallo Stato e degli appaltatori di opere pubbliche*, in (a cura di) Romagnoli U.- Ghezzi G.- Montuschi L. – Mancini G. F., *Statuto dei lavoratori . Art. 1-41*, Bologna- Roma, 1972, pp. 542 ss.; 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, pp. 1202 ss.; 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, pp. 646 ss.; Romeo C., *Impresa assistita e diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1988, pp. 47 ss.

<sup>154</sup> *Contra*, in dottrina, Romeo C., *La clausola sociale dell'art. 36 dello Statuto: Corte Costituzionale e l. n. 327/2000*, in LG, n. 7, 2001, p. 614; 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, pp. 1207-1208; Mancini G. F., *Art. 36. Obblighi dei titolari di benefici accordati dallo Stato e degli appaltatori di opere pubbliche*, in (a cura di) Romagnoli U.- Ghezzi G.- Montuschi L. – Mancini G. F., *Statuto dei lavoratori . Art. 1-41*, Bologna- Roma, 1972, pp. 547-549; Pera G., *Il rispetto della contrattazione collettiva nelle concessioni di pubblici servizi* (nota a Corte Cost., 19 giugno 1998, n. 226), in Giust. Civ., 1998, I, pp. 2423 ss.

<sup>155</sup> Corte Cost., 19 giugno 1998, n. 226, in Giust. Civ., 1998, I, pp. 2423 ss., con nota di Pera G., *Il rispetto della contrattazione collettiva nelle concessioni di pubblici servizi* e in Giust. it., 1998, pp. 2159 ss., con nota di Caputo O. M., *Concessione di pubblici servizi e clausola sociale*.

<sup>156</sup> 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. 647.; Ghera E., *Le cd. clausole sociali: evoluzione di un modello di politica legislativa*, in DRI, n. 2, 2001, pp. 133-135; Marinelli M., *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 191; Carinci M. T., *La fornitura di lavoro altrui*, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 561-563; C., *La clausola sociale dell'art. 36 dello Statuto: Corte Costituzionale e l. n. 327/2000*, in LG, n. 7, 2001, pp. 614-615.



grado di incidere direttamente<sup>157</sup>. Nella stessa direzione si è mosso il Ministero del Lavoro, che, con la circolare n. 8 del 12 gennaio 2001, ha dettato istruzioni agli uffici decentrati per il controllo in materia di trattamento dei lavoratori negli appalti pubblici, riconoscendo l'applicabilità della previsione dell'art. 36 St. lav. anche nel caso di appalti di pubblici servizi e di pubbliche forniture.

Per quanto riguarda i lavoratori, il generale rinvio «all'obbligo per l'appaltatore di applicare e far applicare nei confronti dei lavoratori dipendenti condizioni non inferiori...» sembra far propendere per un'applicazione del beneficio ex art. 36 St. lav. a tutti i dipendenti dell'appaltatore e degli eventuali subappaltatori, a prescindere dall'adibizione all'appalto cui la clausola sociale si riferisce<sup>158</sup>. Tale interpretazione, non pacifica in dottrina<sup>159</sup>, risulta funzionale alle esigenze, rilevanti sia sul piano della tutela individuale, sia su quello sindacal-collettivo, di evitare disparità di trattamento e, quindi, di rivalsa, da parte datoriale, all'interno della stessa impresa, come a quella di promozione, per quanto attiene al profilo soggettivo, delle strutture sindacali<sup>160</sup>, così come consolidatesi nell'esperienza sindacale italiana.

Sotto il profilo dell'inquadramento dogmatico, la clausola ex art. 36 St. lav., pur riconducibile ad un contratto a favore di terzi ex art. 1411 c.c.<sup>161</sup>, solleva dei rilievi

---

<sup>157</sup> Vincenti E., *Origine ed attualità della cd. clausola sociale dell'art. 36 dello statuto dei lavoratori*, in *Il diritto del lavoro*, 1999, pp. 436 ss.

<sup>158</sup> 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. 651; Carinci M. T., *La fornitura di lavoro altrui*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 565; Mancini G. F., *Art. 36. Obblighi dei titolari di benefici accordati dallo Stato e degli appaltatori di opere pubbliche*, in (a cura di) Romagnoli U.- Ghezzi G.- Montuschi L. – Mancini G. F., *Statuto dei lavoratori . Art. 1-41*, Bologna- Roma, 1972, p. 553; Tullini P., *Finanziamenti pubblici alle imprese e clausole sociali*, in RTDPC, 1990, pp. 51 ss.

<sup>159</sup> Freni N.- Giugni G., *Lo Statuto dei lavoratori. Commento alla legge 20 maggio 1970, n. 300*, Milano, 1971, p. 156.

<sup>160</sup> 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, pp. 1203-1204; Ghera E., *Le cd. clausole sociali: evoluzione di un modello di politica legislativa*, in DRI, n. 2, 2001, p. 137; Giugni G., *Il diritto sindacale*, Cacucci, Bari, 1996, pp. 150 ss.

<sup>161</sup> In dottrina, 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. 651; Romeo C., *La clausola sociale dell'art. 36 dello Statuto: Corte Costituzionale e l. n. 327/2000*, in LG, n. 7, 2001, p. 613; 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, pp. 1223 ss.; *contra* Pret. Gallipoli, 16 gennaio 1985, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 1985, II, con nota critica di Renna L., *L'impresa agevolata e gli interessi dei lavoratori*, pp. 298 ss.; Mancini G. F., *Art. 36. Obblighi dei titolari di benefici accordati dallo Stato e degli appaltatori di opere pubbliche*, in (a cura di) Romagnoli U.- Ghezzi G.- Montuschi L. – Mancini G. F., *Statuto dei lavoratori . Art. 1-41*, Bologna- Roma, 1972, pp. 551-552; in giurisprudenza, Cass. 23 novembre 1978, n. 5501; Cass., 21 dicembre 1991, n. 13834; Cass., 10 marzo 1999, n. 2108.

problematici in merito alla possibilità di rifiutare, o meglio rinunciare, da parte dei lavoratori interessati, ad un diritto già entrato a far parte del proprio patrimonio giuridico.

Il non pacifico orientamento interpretativo sulla questione<sup>162</sup> non è in contraddizione con l'inammissibilità, nel caso della disciplina dell'art. 36 St. lav. così come delle clausole sociali il cui inserimento nel contratto di appalto è imposto dalla contrattazione collettiva, del patto contrario di cui all'art. 1411 c.c. Il diritto dei lavoratori al trattamento previsto dalle clausole summenzionate, in quanto derivante da norme inderogabili di legge o di contratto collettivo, può formare oggetto di eventuale rinuncia solo previo rispetto delle garanzie ex art. 2113 c.c., entro i limiti dei ratei già maturati<sup>163</sup>.

La formulazione tecnica e *la ratio* dell'art. 36 St. lav. hanno stimolato degli interessanti rilievi interpretativi anche in merito all'estensione temporale dell'impianto protettivo apprestato dalla clausola *de qua*.

Infatti, una parte della dottrina<sup>164</sup>, sulla base della considerazione che l'obbligo interessa esclusivamente il rapporto intercorrente tra l'appaltatore e la pubblica amministrazione, sostiene che il riferimento temporale di cui all'art. 36, comma 2, St. lav., proprio perché non riguarda direttamente il rapporto di lavoro tra lavoratore ed appaltatore, impedisce, compiuta l'opera, un automatico ripristino delle condizioni di lavoro preesistenti, inferiori a quelle contrattuali, imbattendosi nella più generale problematica del mutamento *in peius* delle condizioni di lavoro, oltre che, per quanto attiene all'aspetto retributivo, in quella della compatibilità con l'art. 36 Cost.

In merito, il recente art. 9 della l. r. Marche 33/2008, in materia di disciplina contrattuale, "integrativa" dell'art. 36 St. lav. e dell'art. 118, comma 6, d. lgs. 163/2006, precisa che l'applicazione dei contratti collettivi di lavoro, nazionali e decentrati, in vigore per il tempo e nella località di esecuzione dei lavori sono "temporalmente" estesi anche al tempo successivo alla scadenza dei contratti medesimi e fino alla loro sostituzione.

Con riferimento al profilo sanzionatorio, bisogna sottolineare che ad un primo

---

<sup>162</sup> 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, pp. 1225-1227.

<sup>163</sup> Marinelli M., *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 196 ss.

<sup>164</sup> 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. 652; Carinci M. T., *La fornitura di lavoro altrui*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 566; *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, pp. 1228-1229.

orientamento, prevalentemente dottrinale<sup>165</sup>, propenso a considerare la clausola ex art. 36 l. 300/1970 come contenuto legale tipico e, quindi, necessario<sup>166</sup> del contratto di appalto pubblico e suscettibile, dunque, di integrazione automatica ex art. 1339 c.c.<sup>167</sup>, si è sostituito l'orientamento giurisprudenziale prevalente<sup>168</sup>, che contempla un obbligo<sup>169</sup>, a carico dell'amministrazione, di effettivo inserimento della clausola *de qua* nel capitolato d'appalto, a pena di risarcimento del danno a favore del lavoratore leso.

Adempiuto quest'ultimo obbligo, l'amministrazione pubblica interessata è titolata, previo accertamento e conseguente comunicazione da parte dell'autorità ispettiva<sup>170</sup>, ad adottare, a carico dell'appaltatore inadempiente, le «opportune determinazioni», che, pensate anche in una prospettiva compulsoria del comportamento dell'appaltatore possono raggiungere, nei casi più gravi, la risoluzione del contratto d'appalto e l'esclusione, in caso di recidiva, fino a cinque anni, dal godimento della concessione di appalti.

Un'esigenza formale di certezza del diritto, unitamente alla considerazione che nel caso di specie la pubblica amministrazione agisce *iure privatorum*, ha indotto a suggerire<sup>171</sup> un'autodisciplina, mediante la predeterminazione nel capitolato d'appalto dei criteri di irrogazione dei provvedimenti “reattivi” ex art. 36 St. lav., del potere sanzionatorio da parte degli enti appaltanti, ferma restando la possibilità di ricorrere, nei confronti dell'appaltatore

---

<sup>165</sup> Mancini G. F., *Art. 36. Obblighi dei titolari di benefici accordati dallo Stato e degli appaltatori di opere pubbliche*, in (a cura di) Romagnoli U.- Ghezzi G.- Montuschi L. – Mancini G. F., *Statuto dei lavoratori . Art. 1-41*, Bologna- Roma, 1972, pp. 556 ss.; e più di recente, Tullini P., *Finanziamenti pubblici alle imprese e clausole sociali*, in RTDPC, 1990, p. 52.

<sup>166</sup> 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, pp. 1229 ss.

<sup>167</sup> 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. 649.

<sup>168</sup> Per tutte, Cass. 5 giugno 1997, n. 5027, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 1997, II, pp. 231 ss., con nota di Forte L., *L'omessa inserzione della clausola sociale nei capitolati di appalto e le sue conseguenze*; in dottrina, Carinci F.- De Luca Tamajo R.- Tosi P.-Treu T., *Diritto sindacale*, Torino, 1994, p. 294.

<sup>169</sup> Al riguardo, parla di onere, anziché di obbligo, della pubblica amministrazione di inserimento della clausola Assanti C., *Commento all'art. 36*, in Assanti C.-Pera G., *Commento allo statuto dei diritti dei lavoratori*, Padova, 1972, p. 420.

<sup>170</sup> Carinci M. T., *La fornitura di lavoro altrui*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 567; 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, pp. 1231 ss.

<sup>171</sup> Petracci F., *Il rapporto di lavoro nell'appalto*, Cedam, Padova, 2003, p. 167; Mancini G. F., *Art. 36. Obblighi dei titolari di benefici accordati dallo Stato e degli appaltatori di opere pubbliche*, in (a cura di) Romagnoli U.- Ghezzi G.- Montuschi L. – Mancini G. F., *Statuto dei lavoratori . Art. 1-41*, Bologna- Roma, 1972, p. 558; Montuschi L., *Commento all'art. 38*, in (a cura di) Romagnoli U.- Ghezzi G.- Montuschi L. – Mancini G. F., *Statuto dei lavoratori . Art. 1-41*, Bologna- Roma, 1972, p. 607.

inadempiente, agli ordinari rimedi sanzionatori offerti dal diritto comune<sup>172</sup>.

Tale ultima considerazione renderebbe condivisibile quell'orientamento dottrinale<sup>173</sup>, rimasto minoritario, che, in contrasto alla prevalente giurisprudenza escludente l'operatività della disposizione di cui all'art. 1339 c.c., sostiene il dispiegarsi, proprio in conseguenza della mancata osservanza dell'obbligo cogente di inserzione della clausola sociale, della fattispecie dell'eterointegrazione ex art. 1339 c.c., adducendo il carattere inderogabile dell'art. 36 St. lav., giustificato, tra l'altro, da ragioni di giustizia sostanziale e di tutela del contraente più debole.

Proprio partendo dai diversi livelli di operatività, rispettivamente, delle sanzioni ex art. 36, comma 3, St. lav., irrogate dalla pubblica amministrazione per il mancato rispetto della clausola sociale da parte dell'appaltatore, e della fattispecie della mancata inserzione della clausola sociale stessa nel capitolato d'appalto da parte dell'ente appaltante, un'esegesi dottrinale<sup>174</sup> sostiene l'insussistenza di una incompatibilità tra le sanzioni di cui sopra e l'art. 1339 c.c., che, riconosciuta l'imperatività della disposizione di cui all'art. 36, comma 1, St. lav., opererebbe una sostituzione di diritto della clausola sociale sia nel caso di inserimento di clausole difformi, sia in quello di mancata inserzione della clausola stessa.

Un'ulteriore interpretazione<sup>175</sup> aderente al medesimo orientamento di cui sopra sostiene il riconoscimento, sia pure non generalizzato, di un'efficacia reale della clausola sociale ex art. 36 St. lav., adducendo l'ingiustizia della circostanza derivante dal diniego di tutela dei lavoratori interessati per effetto di un comportamento illegittimo della pubblica amministrazione e, in tal modo, favorendo il sorgere di una problematica incertezza in merito al contratto collettivo applicabile<sup>176</sup>. Infatti, una volta riconosciuta, dalla dottrina dominante<sup>177</sup>, l'inapplicabilità dell'art. 2070 c.c. ai contratti collettivi di diritto comune, in

---

<sup>172</sup> Vincenti E., *Origine ed attualità della cd. clausola sociale dell'art. 36 dello statuto dei lavoratori*, in *Il diritto del lavoro*, 1999, p. 437.

<sup>173</sup> Vincenti E., *Origine ed attualità della cd. clausola sociale dell'art. 36 dello statuto dei lavoratori*, in *Il diritto del lavoro*, 1999, pp. 438 ss.

<sup>174</sup> Petracci F., *Il rapporto di lavoro nell'appalto*, Cedam, Padova, 2003, pp. 153 ss.

<sup>175</sup> Romeo C., *La clausola sociale dell'art. 36 dello Statuto: Corte Costituzionale e l. n. 327/2000*, in *LG*, n. 7, 2001, p. 615.

<sup>176</sup> Bellavista A., *La clausola sociale dell'art. 36 St. lav. e l'art. 2070 c.c.*, in *RIDL*, 1999, II, pp. 462 ss.

<sup>177</sup> 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. 21 ss.; Scognamiglio R., *Il problema dell'applicabilità dell'art. 2070 c.c.: categoria e contratto collettivo*, in *MGL*, 1997, pp. 739 ss.; Vallebona A., *Autonomia collettiva e occupazione: l'efficacia soggettiva del contratto collettivo*, in *AA. VV., Autonomia collettiva e occupazione. Atti del convegno AIDLASS*, Milano, 23-25 maggio 1997, Milano, 1998, pp. 169 ss.; Giugni G., *Il diritto sindacale*, Cacucci, Bari, 1996, pp. 150 ss.

quanto incompatibile con la libertà sindacale, costituzionalmente sancita ex art. 39 Cost., già la più risalente dottrina<sup>178</sup> ha suggerito di predeterminare, in sede di capitolato d'appalto, il contratto collettivo di riferimento da applicare.

Sul versante giurisprudenziale, invece, particolare rilievo, proprio con riferimento all'ipotesi di mancata predeterminazione del contratto collettivo di riferimento applicabile per mancata affiliazione sindacale o recezione espressa o implicita, assume la decisione della Suprema Corte n. 2665/1997<sup>179</sup>, che individua nel contratto collettivo di categoria, identificato con riferimento al settore di attività economica in cui opera il datore di lavoro, il parametro di riferimento per verificare la proporzionalità e la sufficienza della retribuzione ex art. 36 Cost.

Una tale ricostruzione "autoritativa" potrebbe raccordarsi, anche per la "dose di certezza" che porta con sé nell'individuazione del contratto collettivo applicabile, con la posizione di quella parte della dottrina, immediatamente successiva all'intervento riformatore del 1970, che inserisce la previsione normativa contenuta nell'art. 36 l. 300 nel solco di un intervento legislativo sui minimi, considerate le difficoltà attuative sorte intorno agli artt. 36 e 39 Cost.<sup>180</sup>.

Tuttavia, se, da un lato, la ricostruzione della Corte di Cassazione operata nella sentenza n. 2665 persegue una, sia pur meritoria, finalità di prevenire pratiche lesive degli interessi dei lavoratori<sup>181</sup>, dall'altro, si imbatte nella sussistenza, per quanto riguarda molti settori di attività economiche, di almeno due contratti collettivi, incentivando, attraverso un approccio casistico, un'applicazione giurisprudenziale dell'art. 36 Cost. dotata «di un alto potenziale di discrezionalità», a discapito di qualsiasi tentativo di realizzazione, con certezza ed efficacia, di obiettivi di giustizia sociale per via giudiziaria<sup>182</sup>.

---

<sup>178</sup> 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. 1223.

<sup>179</sup> Cass. S.U. 26 marzo 1997, n. 2665, GC, 1997, I, pp. 1199 ss., con nota di Pera G., *La contrattazione collettiva di diritto comune e l'art. 2070 c.c.*

<sup>180</sup> Mancini G. F., *Art. 36. Obblighi dei titolari di benefici accordati dallo Stato e degli appaltatori di opere pubbliche*, in (a cura di) Romagnoli U.- Ghezzi G.- Montuschi L. – Mancini G. F., *Statuto dei lavoratori . Art. 1-41*, Bologna- Roma, 1972, p. 546; Balandi G., *Le "clausole a favore dei lavoratori" e l'estensione dell'applicazione del contratto collettivo*, in RTDPC, 1973, pp. 698 ss.; Ghera E., *Le cd. clausole sociali: evoluzione di un modello di politica legislativa*, in DRI, n. 2, 2001, p. 137.

<sup>181</sup> Bellavista A., *La clausola sociale dell'art. 36 St. Lav. e l'art. 2070 c.c.* (commento a Cassazione, 25 luglio 1998, n. 7333), in RIDL, II, 1999, pp. 466-467.

<sup>182</sup> Bellavista A., *La clausola sociale dell'art. 36 St. Lav. e l'art. 2070 c.c.* (commento a Cassazione, 25 luglio 1998, n. 7333), in RIDL, II, 1999, p. 468.

In dottrina, ad un tentativo interpretativo<sup>183</sup> di contemperare, con riferimento ai contratti collettivi di diritto comune, l'esigenza di garantire la libertà sindacale ex art. 39 Cost. con la residuale operatività dell'art. 2070 c.c., si è affiancata una diversa posizione<sup>184</sup> che, volta a disconoscere alcun margine di operatività all'art. 2070 c.c. e ad assicurare la massima esplicazione della libertà sindacale medesima, mira a sviluppare una soluzione interpretativa in cui il contratto collettivo di categoria di riferimento ex art. 36 St. lav è individuato, in piena autonomia e attraverso la contrattazione collettiva, dalle parti sociali interessate.

Se, per un verso, di norma, la categoria contrattuale rispecchia la corrispondente "base merceologica"<sup>185</sup>, è indubbio che il principio costituzionale della libertà sindacale ex art. 39 Cost.<sup>186</sup> imponga di fare riferimento all'area contrattuale<sup>187</sup> come definita dalle associazioni sindacali stipulanti.

Inoltre, l'esigenza di certezza formale, oltre che di ragionevolezza e di giustizia sostanziale, correlata all'individuazione del contratto collettivo applicabile ex art. 36 St. Lav. potrebbe essere soddisfatta dal richiamo a forme di pubblicità, ad esempio, ricalcate sul modello di quella fornita dalla disciplina speciale in materia cooperativistica di cui alla l. 142/2001.

Il riferimento è, in particolare, all'art. 6, lett. a), l. 142/2001, che prescrive "l'obbligatorietà" dell'inserimento, nel regolamento interno della cooperativa, del richiamo al contratto collettivo applicato.

Nella stessa direzione, si potrebbe garantire una forma di pubblicità ad una dichiarazione, attestante il contratto collettivo applicato o da applicare ai propri dipendenti, analoga a quella prevista, ai fini prevenzionistici, dall'art. 90, comma, 8, lett. b), d. lgs. 81/2008.

La suddetta forma di pubblicità imposta all'impresa, che intende partecipare all'appalto

---

<sup>183</sup> Proia G., *L'inquadramento dei datori di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1993, pp. 90 ss.; Scognamiglio R., *Il problema dell'applicabilità dell'art. 2070 c.c.: categoria e contratto collettivo*, in MGL, 1997, pp. 742 ss

<sup>184</sup> Bellavista A., *La clausola sociale dell'art. 36 St. Lav. e l'art. 2070 c.c.* (commento a Cassazione, 25 luglio 1998, n. 7333), in RIDL, II, 1999, pp. 463 ss.

<sup>185</sup> Proia G., *L'inquadramento dei datori di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1993, p. 93;

<sup>186</sup> Balandi G., *Le "clausole a favore dei lavoratori" e l'estensione dell'applicazione del contratto collettivo*, in Riv. Trim. dir. Proc. Civ., 1973, p. 712; Assanti C., *Commento all'art. 36*, in Assanti C.-Pera G., *Commento allo statuto dei diritti dei lavoratori*, Padova, 1972, pp. 419-422.

<sup>187</sup> 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. 26 ss.; Novella M., *Applicazione del contratto collettivo e categoria professionale. Vecchi e nuovi problemi*, in Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale, 1999, I, p. 387; Bellavista A., *La clausola sociale dell'art. 36 St. Lav. e l'art. 2070 c.c.* (commento a Cassazione, 25 luglio 1998, n. 7333), in RIDL, II, 1999, pp. 474 ss.

pubblico, si configurerebbe, in termini giuridici, come un onere per la stessa impresa e, quindi, frutto di una scelta, da parte di quest'ultima, "libera", non foriera di problemi di compatibilità costituzionale con l'art. 39 Cost.

Infatti, una tale proposta, ovviamente *de iure condendo*, ben si concilierebbe con l'interpretazione<sup>188</sup> secondo la quale non sussisterebbe, per l'appaltatore ex art. 36 St. lav., un obbligo di applicare *tout court* le clausole del contratto collettivo identificato, ma, solo, l'onere di considerare quest'ultimo alla stregua di un paradigma di riferimento, cui fare ricorso, in via indiretta<sup>189</sup>, per la determinazione, mediante il metodo "intermedio" del raffronto per istituti<sup>190</sup>, delle condizioni, economiche e normative, minime<sup>191</sup> da garantire ai lavoratori ricompresi nella sfera protettiva della disposizione statutaria.

I livelli contrattuali interessati dal raffronto ex art. 36 St. lav. sono quello di categoria e quello zonale, da intendersi, ma l'orientamento non è pacifico in dottrina<sup>192</sup>, come comprensivo della contrattazione di ambito inferiore alla provincia e di quella integrativa aziendale<sup>193</sup>: in caso di più contratti collettivi applicabili nel medesimo contesto territoriale prevarrebbe, dunque, quello con efficacia territoriale meno ampia e, in caso di pari efficacia territoriale, quello con condizioni più favorevoli per i lavoratori<sup>194</sup>.

Tuttavia, pare opportuno precisare che è, tuttora, pacifica, sia in dottrina che in

---

<sup>188</sup> Per primo, Mancini G. F., *Art. 36. Obblighi dei titolari di benefici accordati dallo Stato e degli appaltatori di opere pubbliche*, in (a cura di) Romagnoli U.- Ghezzi G.- Montuschi L. – Mancini G. F., *Statuto dei lavoratori. Art. 1-41*, Bologna- Roma, 1972, p. 547.

<sup>189</sup> Romeo C., *Impresa assistita e diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1988, pp. 61 ss.; Carinci M. T., *La fornitura di lavoro altrui*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 565; 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, pp. 1221-1223.

<sup>190</sup> 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. 650; Carinci M. T., *La fornitura di lavoro altrui*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 565; 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. 1222; Tullini P., *Finanziamenti pubblici alle imprese e clausole sociali*, in RTDPC, 1990, p. 50.

<sup>191</sup> Balandi G., *Le "clausole a favore dei lavoratori" e l'estensione dell'applicazione del contratto collettivo*, in Riv. Trim. dir. Proc. Civ., 1973, p. 711; Assanti C.-Pera G., *Commento allo statuto dei diritti dei lavoratori*, Padova, 1972, p. 420.

<sup>192</sup> *Contra* Mancini G. F., *Art. 36. Obblighi dei titolari di benefici accordati dallo Stato e degli appaltatori di opere pubbliche*, in (a cura di) Romagnoli U.- Ghezzi G.- Montuschi L. – Mancini G. F., *Statuto dei lavoratori. Art. 1-41*, Bologna- Roma, 1972, p. 554.

<sup>193</sup> 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, pp. 1222-1223; Tullini P., *Finanziamenti pubblici alle imprese e clausole sociali*, in RTDPC, 1990, pp. 44 ss.

<sup>194</sup> Petracci F., *Il rapporto di lavoro nell'appalto*, Cedam, Padova, 2003, p. 163.

giurisprudenza, la considerazione<sup>195</sup> secondo la quale sono esclusi i cd. lavoratori parasubordinati dal profilo soggettivo della tutela ex art. 36 St. lav.

Per quanto attiene alla posizione del committente, invece, l'art. 36 St. lav. ha il peculiare merito di estendere la sua efficacia "disciplinare", a dispetto dei citati dubbi interpretativi sollevati dall'art. 1, comma 4, l. 1369/1960, a tutta l'attività, in materia di appalti pubblici, gestita dalla pubblica amministrazione in genere, indipendentemente dalla sua natura imprenditoriale. Infatti, la disposizione statutaria completa, generalizzandola, «la clausola di osservanza» di cui all'art. 17 D.P.R. 1063/1962, dato il ridotto campo di applicazione del Capitolato Generale limitato alle opere di competenza del Ministero dei Lavori Pubblici<sup>196</sup>. Insomma, l'effettuata ricostruzione, rispettivamente, degli artt. 36 St. Lav. e 3 l. 1369/1960, se, da un lato, consente di ravvisare l'esistenza di un minimo comune denominatore nel tentativo di garantire, ai lavoratori impiegati nell'appalto, trattamenti normativi ed economici certi, determinati mediante il rinvio a determinati parametri contrattuali, dall'altro lato, evidenzia come le differenziazioni disciplinari siano dovute alle peculiari funzioni economico-sociali perseguite.

Mentre la previsione statutaria è guidata, prevalentemente, da esigenze di mera regolarità lavoristica negli appalti pubblici, la più "egualitaria" disposizione del '60 mira, invece, a contrastare le esternalità sociali negative concretizzantesi in fenomeni di sottoprotezione del lavoro.

L'abolizione del cd. principio di parità di trattamento ex art. 3 l. 1369/1960 ad opera del d. lgs. 276/2003, sulla base di una netta indicazione in tal senso della legge delega n. 30/2003, ha evidenziato una precisa opzione di politica legislativa da parte del legislatore del 2003, sia dal punto di vista delle tecniche di tutela sia dal punto di vista del trattamento sostanziale garantito ai lavoratori impiegati in un appalto.

Infatti, l'abbandono della tecnica della clausola ex art. 3 l. 1369 ha comportato, innanzitutto, la riconduzione del trattamento normativo ed economico del lavoratore, sia pur rafforzato dalla "residua", rispetto alla previsione di cui all'art. 3 summenzionato, tecnica della responsabilità solidale del committente, nell'alveo della disciplina lavoristica, soprattutto contrattuale, "riconducibile" all'impresa appaltatrice.

Inoltre, la soppressione della predetta clausola rappresenta, in riferimento all'ordinamento

---

<sup>195</sup> 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. 1220.



giuridico interno, un'opzione "inadeguata" al sostegno di processi di riorganizzazione produttiva basati sulla qualità, anziché sulla mera riduzione del costo del lavoro, anche alla luce della considerazione dell'assenza di una legislazione sui minimi salariali e di una contrattazione collettiva ad efficacia generale, oltre che del necessario raggiungimento di una determinata soglia dimensionale quale presupposto per l'applicazione di rilevanti discipline legali di tutela.

Pertanto, sotto il profilo delle condizioni sostanziali di lavoro, il legislatore del 2003 spostando il baricentro disciplinare verso lo statuto normativo "di riferimento" dell'impresa appaltatrice ha, certamente, determinato un'equiparazione dei trattamenti dei lavoratori utilizzati in appalti pubblici e privati, ma trattasi di un'equiparazione tendenzialmente al ribasso in quanto la disciplina lavoristica materiale applicata dall'impresa appaltatrice è, di norma, deteriore rispetto a quella praticata dal committente, sia esso pubblico o privato.

### **3.1 La progressiva prevalente attenzione del legislatore verso la tecnica della clausola sociale negli appalti pubblici**

Lungo tale filone di politica del diritto si inserisce la l. n. 55/1990, che, pur nata, soprattutto, per contrastare la penetrazione della criminalità organizzata, anche, nel settore degli appalti e dei contratti con la pubblica amministrazione, presenta dei rilevanti riflessi lavoristici, specialmente per quanto attiene alla tutela sociale dei lavoratori comunque occupati nell'esecuzione delle opere e dei lavori affidati e alla possibilità del ricorso ai subappalti<sup>197</sup>. Uno degli aspetti qualificanti della normativa del 1990 è rappresentato dall'art. 18, comma 7, ormai abrogato dal d. lgs. 163/06, che impone all'imprenditore, singolo o in forma associata, aggiudicatario dell'appalto pubblico l'obbligo di «osservare integralmente il trattamento economico e normativo stabilito dai contratti collettivi nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si svolgono i lavori...».

La clausola sociale contenuta nell'articolo appena citato se, da un lato, sembra esonerare, a dispetto dell'art. 36 St. lav., la pubblica amministrazione committente da qualsiasi comportamento "di attivazione" in termini di inserimento nel capitolato d'appalto della

---

<sup>196</sup> Cianflone A., *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, 1993, p. 296.

clausola *de qua*, dall'altro lato, lascia adito, probabilmente per difetto di formulazione legislativa, a dubbi interpretativi in merito alla compatibilità con l'art. 39 Cost.<sup>198</sup>, soprattutto in merito al profilo riguardante la ricezione diretta, e non mediata, dei contratti collettivi richiamati.

Secondo una parte della dottrina<sup>199</sup>, infatti, l'art. 18, comma 7, l. n. 55/1990 avrebbe imposto un obbligo *ex lege*, per gli appaltatori di opere pubbliche, di applicare ai lavoratori occupati nei relativi lavori, il trattamento economico e normativo fissato dai contratti collettivi individuati dalla stessa disposizione, a prescindere da una esplicita previsione *ad hoc* nel capitolato d'appalto.

La medesima politica del diritto sembra sottendere l'art. 7 del Capitolato Generale d'appalto, approvato con D.M. 145/2000 del Ministro dei Lavori Pubblici, cui viene riconosciuta, nella sua funzione di tutela "rafforzata" del lavoro in materia di opere pubbliche, un'efficacia vincolante diretta del tutto indipendente dall'inserimento di un'apposita clausola nel Capitolato Speciale, tale da essere "capace" di sostituirsi di diritto - art. 1 Capitolato Generale D. M. 145/2000 del Ministro dei Lavori Pubblici - a qualsiasi clausola difforme di quest'ultimo, predisposto dall'amministrazione committente<sup>200</sup>.

Inoltre, la limitazione soggettiva, in quanto riguardante i soli lavoratori impiegati nel subappalto, dell'obbligo imposto al subappaltatore dall'art. 18 l. n. 55/1990 solleva dei rilievi interpretativi, anche di ordine sistematico. Infatti, una lettura del combinato disposto degli artt. 18 l. n. 55/1990 e 36 l. 300/700 dovrebbe indurre alla conclusione che la limitazione soggettiva ex art. 18 l. n. 55 opera esclusivamente per il subappalto, mentre, per quanto attiene l'appalto, deve ritenersi rilevante qualsiasi irregolarità commessa dall'appaltatore nei confronti di tutti i suoi diretti dipendenti, anche se non impiegati nell'appalto pubblico<sup>201</sup>.

Infine, la disciplina del 1990 ha avuto il merito di aver "generalizzato" l'obbligo, a carico dell'appaltatore, di rispettare la «legislazione sociale», analogamente a quanto consentito, per le condizioni contrattuali, dall'art. 36 St. lav., funzionalizzando, in tal modo, il legame

---

<sup>197</sup> Leaci E., *La tutela sociale nei pubblici appalti alla luce della nuova normativa antimafia*, in MGL, 1990, pp. 346 ss.

<sup>198</sup> Corazza L., "Contractual integration" e rapporti di lavoro, Cedam, Padova, 2004, pp. 194 ss.

<sup>199</sup> Leaci E., *La tutela sociale nei pubblici appalti alla luce della nuova normativa antimafia*, in MGL, 1990, p. 350.

<sup>200</sup> Petracci F., *Il rapporto di lavoro nell'appalto*, Cedam, Padova, 2003, p. 169.

<sup>201</sup> Petracci F., *Il rapporto di lavoro nell'appalto*, Cedam, Padova, 2003, pp. 173 ss.

tra il profilo contrattuale e di sicurezza sociale alle esigenze di realizzazione di condizioni di parità economica tra gli attori del mercato delle opere pubbliche.

Invero, a partire, soprattutto, dagli anni '90, è possibile rinvenire, in materia di appalti, una maggiore connessione, operata dall'intervento del legislatore, sollecitato, a sua volta, dal quadro normativo comunitario, tra esigenze di garanzia del rispetto di *standards* minimi di trattamento a favore dei lavoratori e di contrasto a forme sleali di concorrenza, attuate, anche, a mezzo della disciplina lavoristica. Al di là dei decreti delegati nn. 157 e 158 del 1995 in materia, rispettivamente, di appalti di pubblici servizi e dei settori esclusi, in cui, sia pure attraverso un'autocertificazione da parte dell'appaltatore, si mira ad evitare che l'importo dell'appalto risulti determinato da una *race to the bottom* sul costo del lavoro<sup>202</sup>, il riferimento è, in particolare, alla l. n. 327/2000, che estende in forma generalizzata il meccanismo per effetto del quale l'amministrazione aggiudicatrice si fa garante della congruità tra il prezzo dell'appalto e il rispetto della regolarità lavoristica.

In caso di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, sia nella fase della predisposizione delle gare di appalto che nella valutazione della anomalia delle offerte, gli enti aggiudicatori devono valutare «che il valore economico (dell'appalto) sia adeguato e sufficiente rispetto al costo del lavoro come determinato periodicamente, in apposite tabelle, dal Ministro del lavoro e della previdenza sociale, 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 differenti aree territoriali», oltre che «a considerare i costi relativi alla sicurezza, che devono essere specificamente indicati e risultare congrui rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori, dei servizi o delle forniture». Sul punto, un'attenta dottrina<sup>203</sup> ha rilevato come l'intervento del legislatore del 2000 sembra aver voluto determinare, pur nel rispetto del vincolo costituzionale di cui all'art. 39 Cost., un innalzamento, rispetto alle condizioni minime di cui all'art. 36 St. lav., delle condizioni di lavoro cui l'appaltatore deve conformarsi. Per quanto attiene al profilo giussindacale, il riferimento, operato dall'art. 1 l. n. 327/2000 e mancante nell'art. 36 St. lav., al «sindacato comparativamente

---

<sup>202</sup> Corazza L., "Contractual integration" e rapporti di lavoro, Cedam, Padova, 2004, pp. 196 ss.

<sup>203</sup> Ghera E., *Le cd. clausole sociali: evoluzione di un modello di politica legislativa*, in DRI, n. 2, 2001, pp. 141-143.

più rappresentativo» esprime un chiaro intento selettivo<sup>204</sup>, che, inevitabilmente, assume dei riflessi sul piano sostanziale, nel momento in cui si prefigge di contrastare il peggioramento delle condizioni lavorative attuate mediante contratti collettivi “pirata” stipulati in sede di negoziazione periferica<sup>205</sup>.

Infine, il richiamo al Codice degli appalti pubblici ex d. lgs. 163/2006 consente di fare riferimento alla clausola sociale ex art. 118, comma 6, del d. lgs. 163, come modificata, da ultimo, dalla l. 2/2009, che, rifacendosi a quanto già previsto dall’art. 18, l. 55/90 e apportando, allo stesso tempo, un rafforzamento, fomentato anche dall’emergente legislazione regionale in materia, della tutela garantita dalla disposizione statutaria dell’art. 36 l. 300/70<sup>206</sup>, impone all’impresa aggiudicataria di un appalto pubblico l’obbligo di «rispettare integralmente il trattamento economico e normativo stabilito dai contratti collettivi nazionale e territoriale in vigore nel settore e nella zona nella quale si eseguono le prestazioni».

Esclusi i possibili rilievi di compatibilità costituzionale con l’art. 39 Cost. una volta che si è inquadrato il contratto collettivo da applicare alla stregua di parametro esterno di riferimento, un particolare snodo interpretativo sembra porsi in riferimento alla cd. clausola sociale di equo trattamento da applicarsi da parte dei subappaltatori nei confronti dei loro dipendenti per le prestazioni rese nell’ambito del subappalto.

Infatti, sia pure in assenza di un consolidato orientamento dottrinale e giurisprudenziale sul punto, pare desumersi dalla non felice e chiara formulazione letterale della disposizione contenuta nella seconda proposizione di cui all’art. 118, comma 6, d. lgs. 163/2006 che il subappaltatore sia tenuto a osservare, con riferimento ai propri lavoratori impiegati nel subappalto, il trattamento economico e normativo previsto dalla disciplina contrattuale applicata dall’impresa affidataria ai rispettivi dipendenti, rispetto al quale trattamento la stessa impresa appaltatrice si atterrebbe come condebitore in solido con il subappaltatore nei confronti dei dipendenti del subappaltatore medesimo.

Inoltre, a fronte della lacunosità della disposizione contenuta nella seconda proposizione di cui all’art. 118, comma 6, d. lgs. 163/2006 sul punto, dovrebbe pervenirsi alla conclusione

---

<sup>204</sup> Romeo C., *La clausola sociale dell’art. 36 dello Statuto: Corte Costituzionale e l. n. 327/2000*, in LG, n. 7, 2001, p. 616.

<sup>205</sup> Ghezzi G. – Romagnoli U., *Il diritto sindacale*, in *Il rapporto di lavoro*, 2001, Bologna, p. 89.

<sup>206</sup> Scarpelli F., *Il codice degli appalti pubblici: un’occasione per promuovere la regolarità del lavoro*, in Note Informative, n. 36, 2006, p. 29.

che l'applicazione dello "statuto" contrattuale dell'impresa appaltatrice a favore dei dipendenti del subappaltatore impiegati nel subappalto sia, temporalmente, circoscritta alla durata del subappalto, anziché dell'appalto "principale", a corollario della previsione del regime della solidarietà passiva a carico dell'impresa affidataria. D'altronde, una tale opzione interpretativa sarebbe in linea con la politica legislativa del Codice degli appalti pubblici di apprestamento, in via preventiva, di "filtri" garantistici, non solo di natura lavoristica, per quanto riguarda l'affidamento in subappalto.

Certamente, la breve analisi compiuta consente di poter affermare che la garanzia del cd. "equo trattamento", che permea la "sostanza disciplinare" della clausola sociale *de qua*, rappresenta, tuttora, un tema centrale del diritto del lavoro, sia pure da leggere e ricostruire alla luce di un mutato atteggiarsi dell'intervento protettivo, pubblico e sindacal-collettivo, nell'era del mercato globale.

### **3.2 L'attualità della clausola di cd. equo trattamento nella dimensione del mercato concorrenziale: la tutela del lavoro nell'appalto transnazionale ex direttiva CE 96/71 tra il quadro normativo comunitario e quello nazionale**

Il tema della legittimità della clausola sociale, non solo di quella denominata di "equo trattamento", è divenuto oggetto di un acceso dibattito ed approfondimento anche dal punto di vista del diritto comunitario, in relazione al delicato rapporto tra diritto del lavoro e mercato concorrenziale<sup>207</sup> e alla conseguente liceità degli effetti restrittivi della concorrenza prodotti dalle politiche sociali degli Stati membri dell'Unione Europea e dalla contrattazione collettiva<sup>208</sup>.

Il caso Albany<sup>209</sup>, ormai lontano, oltre che nel tempo, anche, dai più recenti approdi giurisprudenziali della Corte di Giustizia CE, sembra non aver rappresentato, alla luce del

---

<sup>207</sup> Ichino P., *Contrattazione collettiva e antitrust: un problema aperto*, in Mercato Concorrenza Regole, n. 3, 2000, pp. 61 ss.

Pallini M., *Il rapporto problematico tra diritto della concorrenza e autonomia collettiva nell'ordinamento comunitario e nazionale*, in RIDL, 2000, II, pp. 225 ss.; Sciarra S., *Diritto del lavoro e regole della concorrenza in alcuni casi esemplari della Corte di Giustizia Europea*, in Il diritto del mercato del lavoro, III, 2000, pp. 587 ss.

<sup>208</sup> Inglese I., *Liberalizzazione, concertazione, clausole sociali nell'ordinamento comunitario e nazionale*, in Il diritto del lavoro, 2001, pp. 217 ss.

<sup>209</sup> Corte di Giustizia CE, 21 settembre 1999, C-67/96, Albany, in Foro It. 1999, IV, pp. 489 ss.; Corti M., *Contrattazione collettiva, libera circolazione e concorrenza in Europa*, in Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale, 2008, pp. 783 ss.

successivo *trend* normativo e giurisprudenziale, soprattutto comunitario, un *leading case* a presidio della dimensione sociale comunitaria avverso le ambizioni “espansionistiche” di quella economico-finanziaria, se ad un “incoraggiante” riconoscimento di “immunità” all’autonomia collettiva rispetto alla normativa antitrust<sup>210</sup> si ripropone, anche con riferimento alle clausole sociali, il problema, circondato da un’aura di persistente incertezza “disciplinare”, del bilanciamento<sup>211</sup> tra l’esigenza di garantire un libero mercato concorrenziale e quella di protezione degli *standard* di trattamento dei lavoratori.

Trattasi, naturalmente, di una tematica non recentissima<sup>212</sup>, se, già nel 1996, il legislatore comunitario, in una prospettiva volta, da un lato, a garantire la certezza giuridica necessaria all’esercizio delle libertà economiche fondamentali<sup>213</sup>, e, dall’altro, ad apprestare degli *standard* di protezione sociale del lavoro a favore dei lavoratori interessati e, sia pure in “seconda battuta”<sup>214</sup>, a comprimere il rischio di *dumping* sociale<sup>215</sup> tra gli Stati membri<sup>216</sup>, ha pensato, per mezzo della direttiva 96/71/CE relativa al distacco dei lavoratori nell’ambito di una prestazione transnazionale di servizi, di «sincronizzare le funzioni»<sup>217</sup> o,

---

<sup>210</sup> Veneziani B., *La Corte di Giustizia e il cavallo di Troia*, in Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale, II, 2008, p. 306; sul punto, vedi anche Ichino P., *Contrattazione collettiva e antitrust: un problema aperto*, in Mercato Concorrenza Regole, n. 3, 2000, pp. 61 ss.

<sup>211</sup> Ballestrero M. V., *Europa dei mercati e promozione dei diritti*, 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. 14 ss.; Caruso B., *I diritti sociali nello spazio sociale sovranazionale e nazionale: indifferenza, conflitto o integrazione? (prime riflessioni a ridosso dei casi Laval e Viking)*, in I working papers Centro studi di Diritto del lavoro europeo Massimo D’Antona, 2008, n. 61, in <http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp>, pp. 32 ss.

<sup>212</sup> Corte di Giustizia CE, 27 marzo 1990, causa C-113/89, *Rush Portuguesa Lda.*, in Racc., 1990, I-1417; ma già prima, vedi i casi *Webb*, Corte di Giustizia CE, 17 dicembre 1981, C-279/80 e *Seco*, Corte di Giustizia CE, 3 febbraio 1982, C-62 e 63/81

<sup>213</sup> Davies P., *Posted Workers: Single market or protection of national labour law systems?*, in Common Market Law Review, 34, 1997, pp. 572-573; 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. 467; Borelli S., *Un possibile equilibrio tra concorrenza leale e tutela di lavoratori. I divieti di discriminazione*, in Lavoro e Diritto, n. 1, 2008, pp. 125 ss.

<sup>214</sup> Giubboni S., *Norme imperative applicabili al rapporto di lavoro, disciplina del distacco ed esercizio di libertà comunitarie*, in Diritti, Lavori, Mercati, III, 2008, p. 569.

<sup>215</sup> Perulli A., *La promozione dei diritti sociali fondamentali nell’era della globalizzazione*, in DRI, II, 2001, p. 159;

Ales E., “*Non regresso*” senza *dumping* sociale ovvero del “*progresso*” nella modernizzazione (del modello sociale europeo)”, in Diritti, Lavori, Mercati, I, 2007, pp. 14-15; Barnard C., *Social dumping and the race to the bottom: some lessons for the European Union from Delaware*, in European Law Review, 2000, pp. 57 ss.; Conclusioni dell’Avv. Gen. Mengozzi, p. 307, caso *Laval*, C-341/05.

<sup>216</sup> Irti N., *L’ordine giuridico del mercato*, Bari, 1998; Cassese S., *La crisi dello Stato*, Roma-Bari, 2002; Zoppini A., *La concorrenza tra gli ordinamenti giuridici*, in (a cura di) Zoppini A., *La concorrenza tra gli ordinamenti giuridici*, pp. 13 ss.

<sup>217</sup> 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. 71 ss.

più semplicemente, coordinare<sup>218</sup> – «anziché armonizzare, come potrebbe suggerire lo strumento tecnico utilizzato»<sup>219</sup> -, le legislazioni nazionali degli Stati membri.

L'opzione del legislatore comunitario del '96, di difficile e controversa lettura, alla luce sia della sottostante politica del diritto che delle scelte più strettamente tecniche<sup>220</sup>, a causa, anche, della crescente mole di funzioni di cui è stata nel tempo investita<sup>221</sup>, è stata certamente mossa dalla necessità di delineare un quadro giuridico “certo” e “facilitante”<sup>222</sup> per quanto attiene alla libera circolazione dei servizi ex art. 56 TFUE.

Tuttavia, la condizione sottesa a questo processo di “agevolazione” è stata individuata nel fatto che quest'ultimo non si dispiegasse in modo da consentire alle imprese, attraverso l'applicazione di un *unfair treatment* ai propri dipendenti<sup>223</sup>, soprattutto, per effetto del contenimento del costo del lavoro<sup>224</sup>, di ottenere, secondo una logica di *law shopping*<sup>225</sup>, condizioni più vantaggiose di concorrenzialità<sup>226</sup>.

La realizzazione del mercato interno, favorita dalla progressiva eliminazione dei vincoli

---

<sup>218</sup> Biagi M., *La fortuna ha sorriso alla Presidenza italiana dell'Unione Europea: prime note di commento alle direttive sul distacco dei lavoratori all'estero e sui permessi parentali*, in DRI, n. 3, 1996, p. 6; Bano F., *Diritto del lavoro e libera circolazione dei servizi nell'Unione Europea*, Mulino, Bologna, 2008, pp. 160-161 ss; Giubboni S., *Norme imperative applicabili al rapporto di lavoro, disciplina del distacco ed esercizio di libertà comunitarie*, in Diritti, Lavori, Mercati, III, 2008, p. 562.

<sup>219</sup> Foglia R., *Il distacco del lavoratore nell'Unione Europea: la normativa comunitaria*, in MGL, n. 8-9, 2001, p. 806.

<sup>220</sup> Lo Faro A., *Turisti e vagabondi: riflessioni sulla mobilità internazionale dei lavoratori nell'impresa senza confini*, in Lavoro e Diritto, n. 3, 2005, p. 465; 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, pp. 467 ss.; Davies P., *The Posting Workers Directive and the EC Treaty*, in Industrial Law Journal, n. 3, 2002, pp. 300-301.

<sup>221</sup> 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. 95 ss.

<sup>222</sup> 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>

<sup>223</sup> Giesen R., *Posting: Social protection of workers vs. fundamental freedoms?*, in Common Market Law Review, pp. 143-144; Foglia R., *Il distacco del lavoratore nell'Unione Europea: la normativa comunitaria*, in MGL, n. 8-9, 2001, p. 806; 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>, pp. 45 ss.

<sup>224</sup> Simitis S., *Fine o rinascita del diritto del lavoro. Il caso della C. Giust. Europea*, in Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali, 1995, n. 68, pp. 530 ss.

<sup>225</sup> Pallini M., *Law shopping e autotutela sindacale nell'Unione Europea*, in Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale, II, 2008, pp. 3 ss.

<sup>226</sup> 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. 255 ss.; Meliaddò G., *Concorrenza e Politiche Sociali*, in (a cura di) Baylos Grau-Caruso-D'Antona-Sciarra, *Dizionario di Diritto del Lavoro Comunitario*, Monduzzi editore, Bologna, 1996, pp. 281 ss.; Inglese I., *Liberalizzazione, concertazione, clausole sociali nell'ordinamento comunitario e nazionale*, in Il diritto del lavoro, 2001, p. 218.

alla concorrenza, da un lato, e alla mobilità dei lavoratori dipendenti<sup>227</sup>, dall'altro, incide sulle dinamiche delle prestazioni di servizi<sup>228</sup>, quali vettori della mobilità di lavoro subordinato su scala transnazionale<sup>229</sup>, stimolando, sempre più, al *free riding* le imprese intenzionate a distaccare, nell'ambito, appunto, di una prestazione di servizi, temporaneamente i loro dipendenti sul territorio di uno Stato diverso da quello in cui essi sono abitualmente occupati.

Indubbiamente, la direttiva 96/71, quale intervento del legislatore comunitario, al tempo stesso isolato ed emblematico, relativo alle "preoccupazioni", in termini di riflessi social-lavoristici, suscitate dai fenomeni di attività produttive transnazionali interessanti il mercato interno<sup>230</sup>, si inserisce in un quadro normativo, come, appunto, quello comunitario, che enfatizza una spiccata, oltre che genetica, prospettiva funzionalista, in cui anche le vicende circolatorie, a più diretta gravidanza sociale, interessano il lavoratore, prevalentemente, anche se in misura progressivamente decrescente, nella veste di "vettore" economicamente orientato<sup>231</sup>.

A maggior ragione, laddove, tenuto conto anche delle notevoli differenze di trattamento conseguenti a favore dei lavoratori interessati<sup>232</sup>, la prestazione di servizi *cross-border* ex art. 56 TFUE si «incrocia e per certi versi si sovrappone»<sup>233</sup> alla libera circolazione dei lavoratori ex art. 45 TFUE.

Ciò precisato e ferma restando l'inapplicabilità degli artt. 45 ss. TFUE sulla libera circolazione dei lavoratori alle differenti forme di "mobilità all'interno dell'impiego"<sup>234</sup>

---

<sup>227</sup> Borelli S., *Un possibile equilibrio tra concorrenza leale e tutela di lavoratori. I divieti di discriminazione*, in *Lavoro e Diritto*, n. 1, 2008, pp. 132 ss.

<sup>228</sup> Foglia R., *Il distacco del lavoratore nell'Unione Europea: la normativa comunitaria*, in MGL, n. 8-9, 2001, p. 806; Meliadò G., *Concorrenza e Politiche Sociali*, in (a cura di) Baylos Grau-Caruso-D'Antona-Sciarra, *Dizionario di Diritto del Lavoro Comunitario*, Monduzzi editore, Bologna, 1996, pp. 282-284.

<sup>229</sup> Bano F., *Diritto del lavoro e libera circolazione dei servizi nell'Unione Europea*, Mulino, Bologna, 2008, pp. 52 ss.

<sup>230</sup> Lyon-Caen A., *Le travail dans le cadre de la prestation internationale de services*, in *Droit Social*, n. 5, 2005, pp. 503 ss.; Moreau M. A., *Le détachement des travailleurs effectuant une prestation de services dans l'Union européenne*, in *Journal du Droit International*, 1996, p. 894.

<sup>231</sup> Giubboni S., *Norme imperative applicabili al rapporto di lavoro, disciplina del distacco ed esercizio di libertà comunitarie*, in *Diritti, Lavori, Mercati*, III, 2008, pp. 557-562.

<sup>232</sup> Bercusson B., *The trade union movement and the European Union: Judgement day*, in *European Law Journal*, n. 3, 2007, pp. 279 ss.; Houwerzijl M., *Posting of workers: Background, content and implementation of Directive 96/71/EC*, in *CLR News*, n. 2, 2005, p. 46.

<sup>233</sup> Lo Faro A., *Diritti sociali e libertà economiche del mercato interno: considerazioni minime in margine ai casi Laval e Viking*, in *Lavoro e Diritto*, n. 1, 2008, p. 69.

<sup>234</sup> Meliadò G., *Concorrenza e Politiche Sociali*, in (a cura di) Baylos Grau-Caruso-D'Antona-Sciarra, *Dizionario di Diritto del Lavoro Comunitario*, Monduzzi editore, Bologna, 1996, p. 282; Pallini M., *Politiche sociali e politiche di liberalizzazione dei mercati: il caso Bolkestein*, in *Quaderni di Rassegna Sindacale*, n. 3,



caratterizzate dall'assenza di uno stabile accesso al mercato del lavoro dello Stato ospitante<sup>235</sup>, la direttiva 96/71 rappresenta il primo tentativo “positivizzato” di perseguire, salvaguardando il principio del trattamento di miglior favore e attraverso l'individuazione della legislazione applicabile al rapporto di lavoro interessato<sup>236</sup>, la finalità di garantire un livello minimo di tutela, reso necessario da una dislocazione, sia pur non ben delimitata dal punto di vista temporale<sup>237</sup>, di forza lavoro, sia essa comunitaria che proveniente da paesi terzi<sup>238</sup>, “mobilitata” in occasione di una prestazione transnazionale di servizi.

La prospettiva accolta dalla direttiva CE 96/71 sembra avvalersi del *medium* internazionale-privatistico, rappresentato dall'individuazione della normativa applicabile al rapporto di lavoro del lavoratore durante il periodo di distacco<sup>239</sup> per, poi, rimettere al legislatore dello Stato di destinazione l'obbligo<sup>240</sup> di delineare, a favore del lavoratore medesimo, un “nocciolo duro” di tutele imperative, che si concentrano, pressocchè esclusivamente, sul rapporto più che sul mercato del lavoro, proprio per effetto di una partecipazione transitoria, da parte del lavoratore *de quo*, al mercato del lavoro dello Stato ospitante<sup>241</sup>.

---

2006, p. 166; Lo Faro A., *Turisti e vagabondi: riflessioni sulla mobilità internazionale dei lavoratori nell'impresa senza confini*, in *Lavoro e Diritto*, n. 3, 2005, pp. 438 ss.; Lyon Caen A., *Le droit, la mobilité et les relations du travail: quelques perspectives*, in *RMC*, 1991, pp. 108-113

<sup>234</sup> Giubboni S., *Norme imperative applicabili al rapporto di lavoro, disciplina del distacco ed esercizio di libertà comunitarie*, in *Diritti, Lavori, Mercati*, III, 2008, pp. 557-562; Roccella M. – Treu T., *Diritto del lavoro della Comunità europea*, Ceda, Padova, 2007, p. 143.

<sup>235</sup> Corte di Giustizia CE, 27 marzo 1990, causa C-113/89, *Rush Portuguesa Lda.*, in *Racc.*, 1990, I-1417

<sup>236</sup> Maretti S., *Il recepimento della direttiva Cee sul distacco dei lavoratori*, in *MGL*, 2000, n. 11, p. 1148; Viarengo I., *La legge applicabile al lavoratore distaccato in un altro Stato membro nell'ambito di una prestazione di servizi*, in (a cura di) Nascimbene B., *La libera circolazione dei lavoratori. Trent'anni di applicazione di norme comunitarie*, Milano, 1998, pp. 175 ss.; Lyon Caen A. – Sciarpa S., *La Convenzione di Roma e i principi del diritto del lavoro*, in *AA. VV.*, *I contratti di lavoro internazionali*, 1998, pp. 9 ss.

<sup>237</sup> Houwerzijl M., *Posting of workers: Background, content and implementation of Directive 96/71/EC*, in *CLR News*, n. 2, 2005, pp. 34-35.

<sup>238</sup> Bano F., *La circolazione comunitaria di servizi labour intensive*, in *Lavoro e Diritto*, n. 1, 2008, p. 30.

<sup>239</sup> 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. 26.; Giubboni S., *Norme imperative applicabili al rapporto di lavoro, disciplina del distacco ed esercizio di libertà comunitarie*, in *Diritti, Lavori, Mercati*, III, 2008, p. 562; 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>, p. 28; 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>, pp. 8-12.

<sup>240</sup> Bano F., *Diritto del lavoro e libera circolazione dei servizi nell'Unione Europea*, Mulino, Bologna, 2008, p. 145.

<sup>241</sup> Bano F., *Diritto del lavoro e libera circolazione dei servizi nell'Unione Europea*, Mulino, Bologna, 2008, pp. 146 ss.

Delle tre fattispecie disciplinate dalla direttiva 96/71<sup>242</sup>, la fattispecie dell'appalto, nel caso di specie, transnazionale, è interessata dalla previsione dell'art. 1, par. 3, lett. a), dir. 96/71, che attiene all'invio temporaneo della manodopera all'estero, da parte dell'impresa datrice di lavoro di lavoro per conto proprio e sotto la propria direzione<sup>243</sup>, al fine di eseguire un servizio oggetto di un contratto tra il datore di lavoro e un altro soggetto<sup>244</sup>, che la dottrina prevalente<sup>245</sup>, ritiene abbia necessariamente natura imprenditoriale, nonostante il riferimento letterale "neutro" al mero «destinatario del servizio».

Infatti, anche a fini di chiarimento della portata applicativa della direttiva *de qua*, pare opportuno precisare che l'art. 57 TFUE appresta una definizione di servizi che è generale<sup>246</sup> e, allo stesso tempo, residuale, laddove specifica che per servizi devono intendersi «le prestazioni fornite normalmente dietro retribuzione (intesa in senso lato come corrispettivo reso dal fruitore del servizio), in quanto non regolate dalle disposizioni sulla libera circolazione delle merci, dei capitali e delle persone».

Trattasi, pertanto, di un coacervo di attività non salariate<sup>247</sup>, esorbitanti il più circoscritto ambito del terziario, riconducibile ad altrettante varie tipologie contrattuali, tra cui è annoverabile, certamente, anche l'appalto che, anzi, rappresenta la tipologia contrattuale di più frequente ricorrenza allorché si parla dello spostamento temporaneo di forza-lavoro nel territorio dello Stato ospite mediante *posting*<sup>248</sup>.

Inoltre, l'ambito disciplinare, almeno a livello comunitario, della tutela del lavoro nell'appalto transnazionale non è ben definito, anche, per il fatto che la stessa direttiva 96/71 non fornisce una definizione espressa di distacco comunitario, desumibile, invece, da

---

<sup>242</sup> Davies P., *Posted Workers: Single market or protection of national labour law systems?*, in *Common Market Law Review*, 34, 1997, p. 576.

<sup>243</sup> Balandi G. G., *La direttiva comunitaria sul distacco dei lavoratori :un passo in avanti verso il diritto comunitario del lavoro*, in AA. VV., *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1998, p. 46.

<sup>244</sup> Carinci M. T., *La fornitura di lavoro altrui*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 188, che parla, al riguardo, di distacco improprio.

<sup>245</sup> Davies P., *Posted Workers: Single market or protection of national labour law systems?*, in *Common Market Law Review*, 34, 1997, p. 576; 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. 9; Moreau M. A., *Le detachement des travailleurs effectuant une prestation de services dans l'Union europeen*, in *Journal du Droit International*, 1996, p. 959.

<sup>246</sup> Bano F., *Diritto del lavoro e libera circolazione dei servizi nell'Unione Europea*, Mulino, Bologna, 2008, pp. 59 ss.

<sup>247</sup> Bano F., *Diritto del lavoro e libera circolazione dei servizi nell'Unione Europea*, Mulino, Bologna, 2008, p. 59.

una serie di elementi di cui il legislatore comunitario ha certamente tenuto conto<sup>249</sup> e che si possono, in seguito ad una ricognizione delle discipline nazionali in materia, individuare nella modificazione del contesto topografico, non indispensabile, invece, per le prestazioni transnazionali di servizi<sup>250</sup>, in cui si svolge la prestazione – il territorio di uno Stato membro diverso da quello in cui si svolge abitualmente la prestazione -, nella temporaneità<sup>251</sup> del distacco, che, se, da un lato, non implica la predeterminazione o una durata più o meno lunga del distacco, dall'altro, sicuramente esclude il carattere della definitività dello stesso, ed, infine, nella sussistenza dell'interesse del datore di lavoro ad attuare il distacco, che va letto in connessione con il requisito, richiesto nell'art. 1, par. 3, lett. a) e b), dell'esistenza del rapporto di lavoro, per tutta la durata del distacco, tra il lavoratore e l'impresa distaccante<sup>252</sup>.

L'ampiezza e il carattere cumulativo<sup>253</sup>, dovuti anche al fatto di dover ricomprendere le tre distinte ipotesi di cui all'art. 1, par. 3, dir. 96/71 – collocabili, se lette alla luce dell'ordinamento giuridico nazionale, in una zona di confine tra distacco e appalto –, della fattispecie “comunitaria”<sup>254</sup> di distacco diverge, in parte<sup>255</sup>, dal tentativo, completato, per quanto riguarda l'ordinamento giuridico italiano, dal d. lgs. 276/2003, di pervenire ad una nozione nazionale “più rigorosa” di distacco, che, come precisato da un'interpretazione

---

<sup>248</sup> Bano F., *Diritto del lavoro e libera circolazione dei servizi nell'Unione Europea*, Mulino, Bologna, 2008, p. 154.

<sup>249</sup> Foglia R., *Il distacco del lavoratore nell'Unione Europea: la normativa comunitaria*, in MGL, n. 8-9, 2001, pp. 807-808.

<sup>250</sup> Bano F., *Diritto del lavoro e libera circolazione dei servizi nell'Unione Europea*, Mulino, Bologna, 2008, p. 63, che fa riferimento alle ipotesi di consulenza o marketing telefonico.

<sup>251</sup> 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>, pp. 8 ss.

<sup>252</sup> 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>, pp. 4-5.

<sup>253</sup> Vallebona A., *Interposizione. Appalti. Somministrazione di lavoro. Distacco.*, in (a cura di) Vallebona A., *La riforma dei lavori*, 2004, p. 110.

<sup>254</sup> Orlandini G., *Considerazioni sulla disciplina del distacco dei lavoratori stranieri in Italia*, in RIDL, 2008, I, p. 62; Maretti S., *Il recepimento della direttiva Cee sul distacco dei lavoratori*, in MGL, 2000, n. 11, p. 1155; Esposito M., *Prestazione transnazionale di servizi e distacco dei lavoratori nel nuovo contesto comunitario*, in *Diritti Lavori Mercati*, 2006, p. 573.

<sup>255</sup> 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. 906; 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. 19; Chieco P., *Somministrazione, comando, appalto. Le nuove forme di prestazione a favore del terzo*, in (a cura di) Curzio P., *Lavoro e diritti dopo il d. lgs. 276/2003*, 2004, Cacucci, Bari, p. 94.

dottrinale<sup>256</sup>, dovrebbero indurci a collocare, ad esempio, la fattispecie di cui all'art. 1, par. 3, lett. a), della stessa direttiva non in quella "domestica" del distacco<sup>257</sup> bensì nell'ambito della dislocazione della prestazione lavorativa<sup>258</sup>, svolta per conto e sotto la direzione del datore di lavoro, presso un cliente di quest'ultimo legato da un contratto di servizi, quale, ad esempio, un committente di servizi in appalto<sup>259</sup>.

Infatti, come opportunamente rilevato<sup>260</sup>, mentre la normativa nazionale sul distacco è apprestata per inquadrare la fattispecie circolatoria lecita, quella comunitaria, ispirata ad una logica molto più pragmatico-funzionalista, si preoccupa di delimitare l'ambito di applicazione della propria disciplina.

Pertanto, data per appurata una, solo parziale, sovrapposibilità tra le due fattispecie di distacco "comunitario", come attuato ex art. 1, comma 1, d. lgs. 72/2000, e quella ex art. 30 d. lgs. 276/2003, sarebbe auspicabile e coerente, dal punto di vista di un'interpretazione sistematica che ovvia ad un silenzio sul punto della stessa direttiva 96/71, riconoscere alla legislazione dello stato di invio la competenza a pronunciarsi sulla genuinità dell'operazione circolatoria<sup>261</sup>, relegando agli "spazi" di cooperazione amministrativa con lo Stato ospitante il compito di intercettare e fronteggiare gli intenti e gli effetti elusivi<sup>262</sup> connessi a distacchi illeciti o pseudo-appalti realizzati mediante un distacco transnazionale di manodopera.

---

<sup>256</sup> Balandi G. G., *La direttiva comunitaria sul distacco dei lavoratori :un passo in avanti verso il diritto comunitario del lavoro*, in AA. VV., *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1998, pp. 47-48.

<sup>257</sup> In giurisprudenza, per tutte, Cass., 7 febbraio 1987, n. 1313, in *Not. giur. lav.*, 1987, pp. 780 ss.; Magrini S., *La sostituzione soggettiva nel rapporto di lavoro*, Franco Angeli, Milano, 1980, pp. 53 ss.

<sup>258</sup> Maretti S., *Il recepimento della direttiva Cee sul distacco dei lavoratori*, in *MGL*, 2000, n. 11, p. 1149.

<sup>259</sup> 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. 9.

<sup>260</sup> 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. 19.

<sup>261</sup> 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. 21; Bano F., *Diritto del lavoro e libera circolazione dei servizi nell'Unione Europea*, Mulino, Bologna, 2008, pp. 157-158; *contra* Nadalet S., *L'attuazione della Direttiva 96/71 sul distacco*, in *Lavoro e Diritto*, n. 1, 2008, pp. 55 ss.

<sup>262</sup> Lhernould J. P., *La loi du 2 aout 2005 et le detachement transnational de travailleurs*, in *Droit Social*, n. 12, 2005, pp. 1207 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>, pp. 66 ss.

Per altro verso, la direttiva 96/71 ha il pregio di fornire una definizione<sup>263</sup>, fedelmente ripresa dal relativo provvedimento italiano di attuazione (art. 2, comma 1, d. lgs. 72/2000) di lavoratore distaccato, che finisce per assumere una portata comunitaria.

L'impianto protettivo, che connota il contenuto della cd. clausola sociale rinvenibile nell'art. 3, par. 8, della stessa direttiva, si informa, dunque, al principio generale secondo cui, quale che sia la legislazione applicabile al rapporto di lavoro, ai lavoratori distaccati siano garantiti, da parte delle imprese distaccanti, le condizioni di lavoro e di occupazione, disciplinate da disposizioni legislative, regolamentari, amministrative, e/o da contratti collettivi e arbitrati dichiarati di applicazione generale vigenti nello Stato ospite, in alcune materie, elencate nell'art. 3, par. 1, già oggetto di normativa di armonizzazione<sup>264</sup> - tranne la materia, esclusa "per antonomasia" ex art. 153, n. 5, TFUE, delle tariffe salariali minime - e più o meno sensibili alla dinamica concorrenziale<sup>265</sup>.

Ne risulta che, al di là del nocciolo duro di tutela garantito al lavoratore distaccato dalla normativa dello Stato ospite<sup>266</sup>, l'ordinamento giuridico dello Stato di destinazione è costretto, per quanto attiene alle "altre" condizioni di lavoro riguardanti il lavoratore distaccato, a tollerare, alla stregua di «*islands of foreign law*»<sup>267</sup>, "l'invasione disciplinare"<sup>268</sup> della normativa dello Stato d'invio<sup>269</sup>, secondo una logica di circolazione dei modelli di regolazione giuridica<sup>270</sup> orientata da una preordinata gerarchia

---

<sup>263</sup> Davies P., *Posted Workers: Single market or protection of national labour law systems?*, in *Common Market Law Review*, 34, 1997, p. 576; Houwerzijl M., *Posting of workers: Background, content and implementation of Directive 96/71/EC*, in *CLR News*, n. 2, 2005, pp. 31-32.

<sup>264</sup> 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. 471; Magnani M., *Il diritto applicabile ai rapporti di lavoro internazionali tra legge e contratti collettivi*, in *AA. VV., I contratti di lavoro internazionali*, Torino, 1998, pp. 75 ss.

<sup>265</sup> 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. 46.

<sup>266</sup> Bano F., *Diritto del lavoro e libera circolazione dei servizi nell'Unione Europea*, Mulino, Bologna, 2008, pp. 160 ss.

<sup>267</sup> Laux E. L., *Quo vadis – Posting Directive?*, in *CLR News*, n. 3, 2002, p. 14.

<sup>268</sup> Giubboni S., *Norme imperative applicabili al rapporto di lavoro, disciplina del distacco ed esercizio di libertà comunitarie*, in *Diritti, Lavori, Mercati*, III, 2008, p. 561.

<sup>269</sup> Davies P., *Posted Workers: Single market or protection of national labour law systems?*, in *Common Market Law Review*, 34, 1997, p. 577 ss.

<sup>270</sup> Zoppini A., *La concorrenza tra gli ordinamenti giuridici*, in (a cura di) Zoppini A., *La concorrenza tra gli ordinamenti giuridici*, pp. 13 ss.; Galgano F., *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2005, p. 77.

“comunitarizzata” delle fonti<sup>271</sup>.

A sostegno di tale considerazione ritroviamo il pronunciamento della Corte di Giustizia nel caso *Laval*<sup>272</sup>, in cui alla legge nazionale (la cd. *Lex Britannia*), che non ha superato il giudizio di compatibilità comunitaria ex art. 56 TFUE, è stata preclusa la possibilità di “osteggiare” l’applicazione, nell’ambito del “proprio” ordinamento giuridico, di un contratto collettivo stipulato in un altro Stato membro, a vantaggio di un contratto nazionale<sup>273</sup>.

Tenuto conto del fatto che ad “aggrovigliare” il delicato profilo della tutela materiale in senso stretto è rinvenibile, altresì, una disposizione della direttiva 96/71 in materia di giurisdizione (art. 6), che consente al lavoratore distaccato di adire, anche, l’autorità giurisdizionale dello Stato del distacco, possiamo sostenere che quest’ultima, una volta adita, è tenuta, in ossequio al *favor laboris*, ad assicurare efficacia “prevalente”, quale che sia la legge applicabile al rapporto di lavoro interessato, alla normativa nazionale “individuata” dalla direttiva medesima, quale disciplina speciale rispetto all’art. 6 della Convenzione di Roma del 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, a meno che la disciplina richiamata dalle norme di diritto internazionale privato assicuri al lavoratore un trattamento più favorevole di quello assicurato dalla *lex fori*<sup>274</sup>.

La disciplina materiale del rapporto di lavoro interessato dal distacco, dunque, risulta “frazionata”, frutto di un “*maquillage* internazional-privatistico” che vede il convergere della *lex contractus*, individuata dalle norme di conflitto ex Convenzione di Roma, con le norme dello Stato ospite, per quanto attiene al “nocciolo duro” delle tutele<sup>275</sup>.

La competizione regolativa<sup>276</sup> innescata dal fenomeno “circolatorio”<sup>277</sup>, soprattutto se letta

---

<sup>271</sup> Andreoni A., *Sciopero, contratto collettivo e diritti del mercato: la svolta politica della Corte di Giustizia*, relazione al Convegno in ricordo di Giorgio Ghezzi su: *Attività sindacale e diritti dell’economia: un rapporto difficile*, Roma, 25 giugno 2008, p. 4, disponibile su [www.cgil.it](http://www.cgil.it).

<sup>272</sup> Corte di Giustizia CE, 18 novembre 2007, C-341/05, p. 120.

<sup>273</sup> Andreoni A., *Sciopero, contratto collettivo e diritti del mercato: la svolta politica della Corte di Giustizia*, relazione al Convegno in ricordo di Giorgio Ghezzi su: *Attività sindacale e diritti dell’economia: un rapporto difficile*, Roma, 25 giugno 2008, p. 5, disponibile su [www.cgil.it](http://www.cgil.it).

<sup>274</sup> Franzina P., *Questioni relative al distacco del lavoratore nel diritto internazionale privato della Comunità europea*, in *Lavoro e Diritto*, n. 1, 2008, p. 115; <sup>274</sup> Giubboni S., *Norme imperative applicabili al rapporto di lavoro disciplina del distacco ed esercizio di libertà comunitarie*, in *Diritti, Lavori, Mercati*, III, 2008, p. 563.

<sup>275</sup> Bano F., *Diritto del lavoro e libera circolazione dei servizi nell’Unione Europea*, Mulino, Bologna, 2008, p. 182.

<sup>276</sup> 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.

per mezzo della “patologica lente” del rischio di *dumping* sociale, ha legittimato l’estensione, da parte della direttiva 96/71, della cd. clausola sociale summenzionata, per quanto riguarda le attività inerenti al settore edile - il settore che, più degli altri, rileva fenomeni di distacco, anche “abusivi”<sup>278</sup> -, anche alla disciplina dettata dai contratti collettivi e degli arbitrati dichiarati di applicazione generale (art. 1, par. 1 e 8).

Con riferimento al profilo realmente innovativo<sup>279</sup> della contrattazione collettiva e proprio per ovviare alla assenza, foriera di non pochi problemi interpretativi ed applicativi nell’ambito del quadro normativo comunitario, di un sistema di efficacia generale dei contratti collettivi in tutti gli ordinamenti giussindacali nazionali dell’UE, la direttiva 96/71 affianca, nell’art. 3, par. 8, alla definizione di contratto collettivo di applicazione generale quella, “più limitata”, di contratto collettivo «di prevalente applicazione», al fine di garantire, ai lavoratori distaccati e nelle materie “blindate” ex art. 3, par. 1, la “parità” di trattamento, rispetto ai lavoratori nazionali, nelle situazioni in cui potrebbe verificarsi un’insufficiente copertura contrattuale<sup>280</sup>, offrendo, per di più, un sostegno all’orientamento interpretativo volto a riconoscere al contratto collettivo, sia pur di applicazione generale<sup>281</sup>, lo *status* di norma di applicazione necessaria in sede internazionale-privatistica<sup>282</sup>.

La problematica inerente l’efficacia generale del contratto collettivo si è riproposta, di recente, nel caso *Ruffert*<sup>283</sup>, dove la non “applicabilità generale” del contratto collettivo,

---

<sup>277</sup> Borelli S., *Un possibile equilibrio tra concorrenza leale e tutela di lavoratori. I divieti di discriminazione*, in *Lavoro e Diritto*, n. 1, 2008, p. 133.

<sup>278</sup> Ojeda-Aviles A., *European Collective Bargaining and Posted Workers. Comments on Directive 96/71/EC*, in *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 1997, pp. 127 ss.; Cremers J., *Social Dialogue in the European construction sector*, in *CLR News*, n. 1, 2006, pp. 3 ss.; Alsos K.-Eldring L., *Extension of collective agreements: The Norwegian case*, in *CLR News*, n. 3, 2006, pp. 10 ss.; Consiglio N., *Sull’abuso della libertà di circolazione delle imprese e sulla competenza della Corte di Giustizia CE in materia sindacale*, in *LG*, n. 10, 2007, pp. 969 ss.; Gestri M., *Abuso del diritto e frode alla legge nell’ordinamento comunitario*, Milano, 2003.

<sup>279</sup> Bercusson B., *European labour law*, Londra, 1996, pp. 398 ss.

<sup>280</sup> Davies P., *Posted Workers: Single market or protection of national labour law systems?*, in *Common Market Law Review*, 34, 1997, p. 581; Malmberg J. – Sigeman T., *Industrial actions and EU economic freedoms: The autonomous collective bargaining model curtailed by the European Court of Justice*, in *Common Market Law Review*, 45, 2008, p. 1135; Magnani M., *Il diritto applicabile ai rapporti di lavoro internazionali tra legge e contratti collettivi*, in AA. VV., *I contratti di lavoro internazionali*, in *Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 1998, n. 20, pp. 79 ss.

<sup>281</sup> Consiglio N., *Il diritto internazionale privato europeo del lavoro*, in *Lavoro e previdenza oggi*, n. 12, 2005, pp. 1906-1908.

<sup>282</sup> Forlati Picchio M. L., *Lavoro nel diritto internazionale privato*, in *Digesto IV ed. Comm.*, vol. VIII, Torino, 1992, p. 342; richiamato in Balandi G. G., *La direttiva comunitaria sul distacco dei lavoratori :un passo in avanti verso il diritto comunitario del lavoro*, in AA. VV., *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1998, p. 53.

<sup>283</sup> Corte di Giustizia CE, 3 aprile 2008, C-346/06; Franzina P., *Questioni relative al distacco del lavoratore nel diritto internazionale privato della Comunità europea*, in *Lavoro e diritto*, I, 2008, pp. 97 ss.

richiamato dalla legislazione regionale in materia di appalti pubblici al fine di individuare le tariffe salariali da corrispondersi da parte dell'impresa distaccante, ha, secondo il parere della Corte di Giustizia, fatto sì che l'applicazione della legislazione del *Land* della Bassa Sassonia producesse un effetto pregiudizievole a carico dell'impresa edile polacca, consistente non nella previsione di uno svantaggio, rispetto alle imprese tedesche, bensì nella mancata conservazione di un vantaggio concorrenziale<sup>284</sup>, vale a dire, i costi ridotti conseguenti all'applicazione ai lavoratori della normativa dello Stato di invio.

Sia pur di fronte ad una vaga formulazione legislativa di non facile interpretazione, una lettura del combinato disposto dell'art. 3, par. 7 e 8, della direttiva 96/71 indurrebbe, *prima facie*, a condividere quell'orientamento interpretativo che individua l'essenza della clausola sociale di cui all'art. 3, par. 8, non nella parità di trattamento *tout court*<sup>285</sup>, pur con eccezioni motivate da ragioni di ordine temporale o di rilevanza economica, bensì nella sottoposizione dei lavoratori distaccati, e per ben definite materie, ad uno *standard* di tutela uguale o, almeno, equivalente a quello goduto dai lavoratori nazionali<sup>286</sup>, sia pur riconoscendo una possibile "eccezione" in positivo a favore dei lavoratori distaccati<sup>287</sup>.

Per quanto riguarda l'ambito oggettivo della clausola sociale, l'art. 3, par. 1, lett. a-g, elenca le materie su cui si va a concentrare il "nocciolo duro" della tutela minima assicurata al lavoratore distaccato lasciando agli Stati membri di destinazione la facoltà, in presenza di disposizioni di ordine pubblico, di imporre la propria disciplina, inclusa quella di natura contrattuale<sup>288</sup>, protettiva in materie diverse da quelle elencate (art. 3, par. 10).

Pertanto, la portata della tutela assicurata dalla direttiva n. 96/71 sembra dipendere molto dal significato attribuito alla nozione di ordine pubblico<sup>289</sup>, che, sulla base di un

---

<sup>284</sup> Angiolini V., *Laval, Viking, Ruffert e lo spettro di Le Chapelier*, relazione al Convegno in ricordo di Giorgio Ghezzi su: *Attività sindacale e diritti dell'economia: un rapporto difficile*, Roma, 25 giugno 2008, p. 3, disponibile su [www.cgil.it](http://www.cgil.it).

<sup>285</sup> Balandi G. G., *La direttiva comunitaria sul distacco dei lavoratori :un passo in avanti verso il diritto comunitario del lavoro*, in AA. VV., *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1998, pp. 38-39.

<sup>286</sup> Giubboni S.- Orlandini G., *La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione Europea*, Il Mulino, Bologna, 2007, pp. 101-104.

<sup>287</sup> Balandi G. G., *La direttiva comunitaria sul distacco dei lavoratori :un passo in avanti verso il diritto comunitario del lavoro*, in AA. VV., *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1998, p. 44.

<sup>288</sup> Malmberg J. – Sigeman T., *Industrial actions and EU economic freedoms: The autonomous collective bargaining model curtailed by the European Court of Justice*, in *Common Market Law Review*, 45, 2008, pp. 1138-1139.

<sup>289</sup> Giubboni S.- Orlandini G., *La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione Europea*, Il Mulino, Bologna, 2007, pp. 118-122.



orientamento avallato anche dalla Commissione, pare volersi ricondurre a quella di ordine pubblico internazionale<sup>290</sup>, da interpretare, per di più, in modo restrittivo, uniforme e non unilaterale<sup>291</sup>, se non in chiave di eccezionalità<sup>292</sup>, all'interno del quadro normativo comunitario<sup>293</sup>.

Infatti, il passaggio più «dirompente» della sentenza *Commissione c. Granducato di Lussemburgo* è da rinvenire nella preclusione agli Stati membri della possibilità di predisporre, in merito a materie già oggetto di normazione comunitaria, misure di miglior favore rispetto alle garanzie minime previste dalle direttive comunitarie, non potendosi invocare al riguardo finalità di ordine pubblico.

Più “equilibrata” e tecnicamente fondata appare, dunque, la posizione, espressa sia dal Parlamento Europeo<sup>294</sup> che dalla dottrina<sup>295</sup>, che riconosce la necessità della predisposizione di un “metro” comunitario comune di valutazione delle disposizioni di ordine pubblico, a fronte della facoltà degli Stati membri ospitanti di estendere, in relazione a materie ed istituti diversi da quelli di cui all’art. 3, par. 1, dir. 96/71, la propria disciplina nazionale di ordine pubblico “interno”.

Sinora, si è in presenza, tuttavia, di una protezione minima circoscritta<sup>296</sup>, non onnicomprensiva di tutti i possibili istituti riconducibili alla macro-categoria rappresentata dalle “condizioni di lavoro e occupazione”, restando escluse dall’ambito applicativo della direttiva 96/71 sia la materia sindacale che quella previdenziale<sup>297</sup>, riservata quest’ultima, salvo precisi limiti di carattere temporale (12 mesi) e “causale” previsti dal regolamento CE 1408/1971, come sostituito dal regolamento CE n. 883/2004, alla *lex loci laboris*, vale a dire alla competenza legislativa dello Stato membro di provenienza del lavoratore

---

<sup>290</sup> In dottrina, Lhernould J. P., *La loi du 2 aout 2005 et le detachement transnational de travailleurs*, in *Droit Social*, n. 12, 2005, pp. 1198-1199.

<sup>291</sup> Orlandini G., *Considerazioni sulla disciplina del distacco dei lavoratori stranieri in Italia*, in *RIDL*, 2008, I, p. 68.

<sup>292</sup> Pallini M., *La tutela dell’ordine pubblico sociale quale limite alla libertà di circolazione dei servizi nel mercato UE*, disponibile su <http://www.europeanrights.eu/index.php?lang=ita&funzione=S&op=5&id=238>.

<sup>293</sup> Corte di Giustizia CE, 19 giugno 2008, caso *Commissione c. Granducato di Lussemburgo*, C-319/06, p. 30.

<sup>294</sup> Risoluzione del Parlamento Europeo del 22 ottobre 2008 “sulle sfide per gli accordi collettivi nell’Unione europea” (2008/2985(INI)).

<sup>295</sup> Pallini M., *La tutela dell’ordine pubblico sociale quale limite alla libertà di circolazione dei servizi nel mercato UE*, disponibile su <http://www.europeanrights.eu/index.php?lang=ita&funzione=S&op=5&id=238>.

<sup>296</sup> Pallini M., *Politiche sociali e politiche di liberalizzazione dei mercati: il caso Bolkenstein*, in *Quaderni di Rassegna Sindacale*, n. 3, 2006, p. 162.

<sup>297</sup> 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, pp. 902-903.

distaccato<sup>298</sup> .

Per di più, e tenendo presente la giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di trattamenti retributivi<sup>299</sup> - “contraddittoriamente” esclusi dalla sfera di competenza comunitaria ex art. 153, n. 5, TFUE - da applicare ai lavoratori distaccati nel quadro di una prestazione transnazionale di servizi<sup>300</sup>, bisogna sottolineare che la concretizzazione dei diritti e delle tutele applicabili passa attraverso il filtro, spesso “invasivo”, della giurisprudenza comunitaria, che, nell’attività di bilanciamento tra la libera prestazione dei servizi ex art. 56 ss. TFUE e le tutele sociali, sottopone le discipline e gli atti, inclusi quelli di soggetti privati, nazionali al cd. test di proporzionalità<sup>301</sup>, inteso come comprensivo anche delle cd. valutazioni di necessità e di equivalenza<sup>302</sup>, tributaria quest’ultima, a sua volta, del principio del mutuo riconoscimento<sup>303</sup> .

Proprio in riferimento alla questione salariale, se, da un lato, la direttiva n. 96/71 demanda alla legislazione e/o prassi dello Stato ospitante la nozione di tariffa salariale minima, dall’altro, è facile constatare, alla luce, anche, dei recenti casi *Laval*<sup>304</sup> e *Ruffert* sottoposti all’attenzione della Corte di Giustizia, come la ricorrenza, all’interno dell’Unione Europea,

---

<sup>298</sup> Maretti S., *Il distacco dei lavoratori nel quadro della libera prestazione di servizi*, in MGL, n. 3, 2000, p. 230.

<sup>299</sup> Corte di Giustizia CE, 9 agosto 1994, causa C-43/93, *Vander Elst c. Offices des Migrations Internationales*, in Racc. , 1994, I-3803; Corte di Giustizia CE, 25 gennaio 2002, causa 154/99, *Portugaia Construcoes*, in Racc. , 2002, p. 1-787; Corte di Giustizia CE, 12 ottobre 2004, causa 60/03, *Wolff & Muller GmbH & Co. KG v. José Filipe Pereira Felix*, Racc., 2004, p. 1-9553.

<sup>300</sup> Montrone A. M., *Corte di Giustizia e liberalizzazione dei servizi: il limite alla retribuzione minima*, in Diritti, Lavori, Mercati, III, 2006, pp. 581 ss.

<sup>301</sup> In dottrina, 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. 256 ss.; Lhernould J. P., *La loi du 2 aout 2005 et le detachement transnational de travailleurs*, in Droit Social, n. 12, 2005, pp. 1201-1202; Giubboni S.- Orlandini G., *La libera circolazione dei lavoratori nell’Unione Europea*, Il Mulino, Bologna, 2007, pp. 101-104; 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>, p. 29; 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; Pallini M., *Posted workwers: Italian regulation and dilemmas*, in *Transfer*, II, 2006, p. 274; Hepple B., *Labour Laws and Global Trade*, Hart Publishing, Oxford, 2005.

<sup>302</sup> Bano F., *Diritto del lavoro e libera circolazione dei servizi nell’Unione Europea*, Mulino, Bologna, 2008, pp. 78 ss.

<sup>303</sup> Giubboni S., *Norme imperative applicabili al rapporto di lavoro, disciplina del distacco ed esercizio di libertà comunitarie*, in Diritti, Lavori, Mercati, III, 2008, pp. 560-561; ma vedi anche in Lo Faro A., *Funzioni e finzioni della contrattazione collettiva comunitaria*, Giuffrè, Milano, 1999.

di differenziali salariali ampi<sup>305</sup> possa, unitamente ad una interpretazione restrittiva dell'art. 56 TFUE e della medesima direttiva 96/71, condurre ad una competizione regolativa, evidente, tra l'altro, non solo a livello comunitario<sup>306</sup> "al ribasso"<sup>307</sup>, a detrazione di qualsiasi generoso tentativo ricostruttivo in merito a un principio comunitario "generale" di non regresso<sup>308</sup>.

Anche nell'ambito del cd. test di proporzionalità, avallato dalla costante giurisprudenza della Corte di Giustizia, i casi<sup>309</sup>, soprattutto in materia retributiva, sottoposti all'attenzione di quest'ultima dimostrano come l'esigenza di evitare il "duplicarsi" di una tutela equivalente o essenzialmente simile a quella già goduta<sup>310</sup> dai lavoratori distaccati nello stato di invio<sup>311</sup>, renda, allo stesso tempo, arduo<sup>312</sup> il compito dei giudici nazionali<sup>313</sup> di

---

<sup>304</sup> Corte di Giustizia CE, 18 novembre 2007, C-341/05; Ahlberg K.-Bruun N.-Malmberg J., *The Vaxholm case from a Swedish and European perspective*, in *Transfer*, n. 2, 2006, pp. 155 ss.

<sup>305</sup> Ales E., *Transnational wages setting as a key feature of a socially oriented european integration: role of and (questionable) limits on collective action*, in *I working papers Centro studi di Diritto del lavoro europeo Massimo D'Antona*, 2008, n. 63, in <http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp>, pp. 3 ss.; Lo Faro A., *Is a decent wage part of a decent job? Answers from an Enlarged Europe*, in *I working papers Centro studi di Diritto del lavoro europeo Massimo D'Antona*, 2008, n. 64, in <http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp>, pp. 2 ss.; Sciarra S., *Viking e Laval: diritti collettivi e mercato nel recente dibattito europeo*, in *Lavoro e Diritto*, n. 2, 2008, p. 248; Houwerzijl M., *Posting of workers: Background, content and implementation of Directive 96/71/EC*, in *CLR News*, n. 2, 2005, p. 46; Nicolaidis K. – Schmidt K., *Mutual recognition "on trial": the long road to services liberalization*, in *JEPP*, pp. 717 ss.

<sup>306</sup> Hepple B., *Labour Laws and Global Trade*, Hart Publishing, Oxford, 2005; Bercusson B., *The trade union movement and the European Union: Judgement day*, in *European Law Journal*, n. 3, 2007, pp. 279 ss

<sup>307</sup> Pallini M., *La Direttiva Bolkestein non ha peccati se non... l'ignavia*, in *Biblioteca della Libertà*, XLII, 2007, pp. 111 ss; Barnard C., *Social dumping and the race to the bottom: some lessons for the European Union from Delaware*, in *European Law Review*, 2000, pp. 57 ss.; Perrone A., *Dalla libertà di stabilimento alla competizione fra gli ordinamenti? Riflessioni sul caso Centros*, in *Rivista delle società*, 2001, pp. 1292 ss.; Orlandini G., *Viking, Laval e Ruffert: i riflessi sul diritto di sciopero e sull'autonomia collettiva nell'ordinamento italiano*, relazione introduttiva al workshop "The Viking, Laval and Ruffert Cases: Freedom and Solidarity in a Market free from conflict?", Bari, 27 giugno 2008; Boeri T. – Coricelli F., *Europa: più grande o più unita?*, Cacucci, Bari, 2003, pp. 12 ss.

<sup>308</sup> Ales E., "Non regresso" senza dumping sociale ovvero del "progresso" nella modernizzazione (del modello sociale europeo)", in *Diritti, Lavori, Mercati*, I, 2007, pp. 18 ss.

<sup>309</sup> Corte di Giustizia CE, 28 marzo 1996, causa C-272/94, *Guoít*, in *Racc.*, 1996, I, p. 1985; Corte di Giustizia CE 23 novembre 1999, cause riunite C-369 e 376/96, *Arblade*, in *Racc.*, 1999, I, p. 8453; Corte di Giustizia CE 15 marzo 2001, causa C-165/98, *Mazzoleni*, *Racc.*, 1-2189; e in dottrina, Bano F., *La retribuzione minima garantita ai lavoratori distaccati nell'ambito di una prestazione di servizi* (nota a Corte di Giustizia CE, 15 marzo 2001, C-165/98), in *OGI*, 2001, III, pp. 10 ss.),

<sup>310</sup> Giubboni S.- Orlandini G., *La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione Europea*, Il Mulino, Bologna, 2007, pp. 99-101; 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. 31.

<sup>311</sup> Corte di Giustizia CE, 25 ottobre 2001, C-493/99, *Commissione v. Repubblica Federale di Germania*, in *Racc.*, 2001, I-8163.

<sup>312</sup> Lo Faro A., *Turisti e vagabondi: riflessioni sulla mobilità internazionale dei lavoratori nell'impresa senza confini*, in *Lavoro e Diritto*, n. 3, 2005, pp. 465 ss.; Davies P., *Posted Workers: Single market or protection of national labour law systems?*, in *Common Market Law Review*, 34, 1997, pp. 592 ss.; Bellavista A.,

valutare la tutela, in termini di vantaggio effettivo a favore dei lavoratori distaccati<sup>314</sup>, apprestata dalla normativa nazionale di destinazione.

Una vera e propria attività di ricognizione “diabolica” da condursi, tra l’altro e nonostante lo scrupoloso assolvimento, da parte degli Stati membri, dell’obbligo “imperativo”, sempre più ossessivamente richiamato nei pronunciamenti della Corte di Strasburgo<sup>315</sup> della trasparenza delle condizioni di lavoro applicabili, alla luce di un orizzonte settoriale e transnazionale.

Per altro verso, la semplice considerazione dell’applicazione congiunta della disciplina dello Stato ospitante per talune condizioni di lavoro e della disciplina in materia di sicurezza sociale del paese distaccante, «con effetti distorsivi in termini di costo complessivo dei lavoratori distaccati»<sup>316</sup>, lascia intendere quanto sia arduo il tentativo di intravedere nell’intervento del legislatore comunitario del 1996 un intento ulteriore, rispetto a quello di garantire una protezione minima ai lavoratori interessati da un distacco nell’ambito di una prestazione internazionale di servizi, volto a contrastare efficacemente, in termini di parità di costo normativo e salariale<sup>317</sup>, fenomeni di *dumping* sociale<sup>318</sup>.

---

*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>, p. 29; Roccella M.- Treu T., *Diritto del lavoro della Comunità Europea*, Cedam, Padova, III edizione, 2002, p. 124 ss.; Pallini M., *Posted workwers: Italian regulation and dilemmas*, in *Transfer*, II, 2006, p. 275.

<sup>313</sup> Corte di Giustizia CE, 9 agosto 1994, causa C-43/93, *Vander Elst c. Offices des Migrations Internationales*, in *Racc.*, 1994, I-3803; in dottrina, 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. 260 ss.; Bano F., *Diritto del lavoro e libera circolazione dei servizi nell’Unione Europea*, Mulino, Bologna, 2008, p. 127.

<sup>314</sup> Corte di Giustizia CE, 25 ottobre 2001, cause riunite C-49, 50, 52, 54, 68, 71/98, *Finlarte*, in *Racc.*, 2001, I, parr. 40 e 41; in dottrina, Giesen R., *Posting: Social protection of workers vs. fundamental freedoms?*, in *Common Market Law Review*, pp. 152 ss.; Pallini M., *La tutela dell’ordine pubblico sociale quale limite alla libertà di circolazione dei servizi nel mercato UE*, disponibile su <http://www.europeanrights.eu/index.php?lang=ita&funzione=S&op=5&id=238>.

<sup>315</sup> In giurisprudenza, Corte di Giustizia CE, 23 novembre 1999, cause riunite C-369 e 376/96, *Arblade*, in *Racc.*, 1999, I-8453; Corte di Giustizia CE, 18 novembre 2007, caso *Laval*, C-341/05, pp. 109-110; CGCE, 19 giugno 2008, caso *Commissione c. Granducato di Lussemburgo*, C-319/06; 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. 274 ss.; Malmberg J. – Sigeman T., *Industrial actions and EU economic freedoms: The autonomous collective bargaining model curtailed by the European Court of Justice*, in *Common Market Law Review*, 45, 2008, p. 1137; Davies P., *European Developments- Case C-346/06, Ruffert v Land Niedersachsen (2008) IRLR 467 (ECJ)*, in *ILJ*, n. 3, 2008, pp. 293 ss.; Ballestrero M. V., *Le sentenze Viking e Laval: la Corte di Giustizia “bilancia” il diritto di sciopero*, in *Lavoro e Diritto*, n. 2, 2008, pp. 386-387; Reich N., *Free Movement vs. Social Rights in an Enlarged Union - the Laval and Viking Cases before the ECJ*, 2008, p. 16, disponibile su <http://digitalcommons.law.umaryland.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1000&context=soceuro>

<sup>316</sup> Giesen R., *Posting: Social protection of workers vs. fundamental freedoms?*, in *Common Market Law Review*, pp. 143-144; 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. 903.

<sup>317</sup> Andreoni A., *Sciopero, contratto collettivo e diritti del mercato: la svolta politica della Corte di Giustizia*, relazione al Convegno in ricordo di Giorgio Ghezzi su: *Attività sindacale e diritti dell’economia: un rapporto*

Semmai, attraverso l'individuazione del "nocciolo duro" delle materie ex art. 3, par. 1, la direttiva 96/71 si prefigge di tracciare degli ambiti disciplinari immuni dal rischio di *dumping* sociale, e ambiti residuali in cui esso invece è tollerato<sup>319</sup>, garantendo la tutela, sul piano sostanziale, dei lavoratori distaccati mediante un'applicazione mirata e parziale del diritto del lavoro del paese di distacco<sup>320</sup>, desumendo una clausola sociale di equo trattamento «non già in base ad un parametro di tipicità sociale e territoriale»<sup>321</sup>, bensì sulla base di uno *standard* previsto per via legislativa, amministrativa e, sia pure nell'ambito di fattispecie prefigurate, contrattuale.

Infatti, il caso *Ruffert*, in particolare, attiene alla compatibilità, con il diritto comunitario, di una normativa regionale, assimilabile al modello di clausola sociale ex art. 36 St. lav., che impone ad un'impresa aggiudicataria di un appalto pubblico, e agli eventuali subappaltatori, di corrispondere ai propri dipendenti una retribuzione non inferiore a quella prevista dal contratto collettivo di lavoro applicabile al tempo e nel luogo di esecuzione delle prestazioni di lavoro.

La *quaestio iuris*, nel caso di specie, vede l'inserirsi del principio di sussidiarietà in un sistema giuridico "multilivello" teso a garantire, in un contesto di libera concorrenza, il bilanciamento<sup>322</sup>, *ab origine* «sbilanciato»<sup>323</sup>, tra la prestazione di servizi ex art. 56 TFUE e le istanze di tutela sociale, riguardanti i trattamenti normativi ed economici, la salute e la

---

*difficile*, Roma, 25 giugno 2008, p. 6, disponibile su [www.cgil.it](http://www.cgil.it). Sul punto si vedano anche gli interessanti contributi, anche se non più recenti, di Giugni G., *Il progresso tecnologico e la contrattazione collettiva dei rapporti di lavoro*, in (a cura di) Momigliano F., *Lavoratori e sindacati di fronte alle trasformazioni del processo produttivo*, Feltrinelli, Milano, 1962 e Foa V., *Sindacati e lotte operaie 1943-1973*, Loescher, Torino, 1975.

<sup>318</sup> Ojeda-Aviles A., *European Collective Bargaining and Posted Workers. Comments on Directive 96/71/EC*, in *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 1997, p. 128; Orlandini G., *Considerazioni sulla disciplina del distacco dei lavoratori stranieri in Italia*, in *RIDL*, 2008, I, p. 65; Bano F., *Diritto del lavoro e libera circolazione dei servizi nell'Unione Europea*, Mulino, Bologna, 2008, pp. 164-165.

<sup>319</sup> Franzina P., *Questioni relative al distacco del lavoratore nel diritto internazionale privato della Comunità europea*, in *Lavoro e Diritto*, n. 1, 2008, pp. 110-111.

<sup>320</sup> Nadalet S., *L'attuazione della Direttiva 96/71 sul distacco*, in *Lavoro e Diritto*, n. 1, 2008, pp. 38-39.

<sup>321</sup> Andreoni A., *Sciopero, contratto collettivo e diritti del mercato: la svolta politica della Corte di Giustizia*, relazione al Convegno in ricordo di Giorgio Ghezzi su: *Attività sindacale e diritti dell'economia: un rapporto difficile*, Roma, 25 giugno 2008, p. 5, disponibile su [www.cgil.it](http://www.cgil.it).

<sup>322</sup> Lo Faro A., *Diritti sociali e libertà economiche del mercato interno: considerazioni minime in margine ai casi Laval e Viking*, in *Lavoro e Diritto*, n. 1, 2008, pp. 65 ss.; sul tema del bilanciamento vedi anche Bin R., *Diritti e argomenti*, Giuffrè, Milano, 1992; Andreoni A., *Lavoro, diritti sociali e sviluppo economico*, Giappichelli, Torino, 2006.

<sup>323</sup> Ballestrero M. V., *Europa dei mercati e promozione dei diritti*, 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. 20 ss.

sicurezza sul lavoro, ecc.<sup>324</sup>, secondo una prospettiva che si vorrebbe volta non solo a contenere la concorrenza tra le imprese, ma anche a migliorare, sotto il profilo social-lavoristico, i modelli organizzativi d'impresa<sup>325</sup>.

La clausola sociale, interessata dal pronunciamento della Corte di Giustizia nel caso *Ruffert*, risente della circostanza che, nell'ordinamento giuridico tedesco, la determinazione delle tariffe salariali nel settore edilizio si basa sulla fonte contrattuale, per di più articolata su due livelli, ciascuno dotato di una diversa efficacia soggettiva e territoriale: il contratto collettivo con efficacia *erga omnes*, che fissa uno standard, reso uniforme a livello federale per via amministrativa, di retribuzione minima; il contratto collettivo con efficacia territoriale più circoscritta (sono esclusi Berlino e la ex Germania dell'Est), e non *erga omnes*, che, nel caso specifico interessante il *Land* della Bassa Sassonia, ha previsto un'integrazione (migliorativa) retributiva superiore al salario minimo normalmente applicabile in Germania per il settore edile.

Pertanto, ad essere oggetto di contestazione, nel caso *Ruffert*, non è la clausola sociale in quanto tale, ma il relativo profilo strumentale, che riguarda, appunto, il procedimento cui il singolo Stato membro ha fatto ricorso per l'attuazione della direttiva n. 96/71<sup>326</sup>: quindi, se il contratto collettivo, cui rinvia la legge del *Land*, non risulta dotato di efficacia generalizzata e, per di più, riconosce un trattamento salariale superiore al minimo, si risolve in una restrizione ingiustificata alla libera prestazione di servizi ex art. 56 TFUE<sup>327</sup>.

E, tuttavia, al di là dei rilievi contrari suggeriti dall'Avvocato Generale e dalla dottrina<sup>328</sup>, ad analoga conclusione, da parte della Corte di Giustizia, si sarebbe pervenuti una volta trasposto il caso di specie nel contesto ordinamentale italiano, se, pur operando il

---

<sup>324</sup> Brino V., *Gli equilibrismi della Corte di Giustizia: il caso Ruffert* (nota a Corte di Giustizia CE, 3 aprile 2008, C- 346/06, Ruffert), in RIDL, 2008, p. 480.

<sup>325</sup> 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. 758.

<sup>326</sup> Sciarra S., *Viking e Laval: diritti collettivi e mercato nel recente dibattito europeo*, in *Lavoro e Diritto*, n. 2, 2008, pp. 246-247; Eklund R., *The Laval case*, in *Industrial Law Journal*, n. 2, 2006, pp. 204 ss.

<sup>327</sup> Brino V., *Gli equilibrismi della Corte di Giustizia: il caso Ruffert* (nota a Corte di Giustizia CE, 3 aprile 2008, C- 346/06, Ruffert), in RIDL, 2008, pp. 483 ss.

<sup>328</sup> Orlandini G., *Considerazioni sulla disciplina del distacco dei lavoratori stranieri in Italia*, in RIDL, 2008, I, p. 72; Brino V., *Gli equilibrismi della Corte di Giustizia: il caso Ruffert* (nota a Corte di Giustizia CE, 3 aprile 2008, C- 346/06, Ruffert), in RIDL, 2008, pp. 484 ss.; Giubboni S., *Norme imperative applicabili al rapporto di lavoro, disciplina del distacco ed esercizio di libertà comunitarie*, in *Diritti, Lavori, Mercati*, III, 2008, p. 565.

meccanismo ex art. 36 Cost.<sup>329</sup> in merito alle tariffe salariali minime, solo con riferimento al livello retributivo nazionale sarebbero potute dirsi verificate le condizioni, previste all'art. 3, par. 8, della direttiva 96/71, di estensione della disciplina contenuta nei contratti collettivi, allorquando questi non valgano *erga omnes* ma risultino, pur nel rispetto della parità di trattamento<sup>330</sup> tra le imprese nazionali e quelle straniere, «in genere applicabili a tutte le imprese simili nell'ambito di applicazione territoriale e nella categoria professionale o industriale interessate».

Ciò nonostante, l'art. 56 TFUE non può dirsi violato nell'ipotesi in cui, come nel caso *Ruffert*<sup>331</sup>, una qualsiasi impresa erogante servizi sia tenuta a rispettare uguali, sia pur superiori ai minimi, trattamenti retributivi, come condizione per l'aggiudicazione di un appalto pubblico<sup>332</sup>.

La statuizione, da parte della Corte di Giustizia, dell'illegittimità della clausola sociale perché inserita in un contratto collettivo privo di efficacia *erga omnes* e riferibile ai soli appalti pubblici, e non anche a quelli privati<sup>333</sup>, dimostra la poca “sensibilità” della Corte medesima verso i tentativi, dello stesso legislatore comunitario, volti ad “adeguare” la disciplina europea in materia di appalti pubblici alle istanze concorrenziali e delle libertà economiche fondamentali, così come verso la *ratio* e la funzione della clausola sociale<sup>334</sup>, ben “conosciuta”, sia pur nella diversità del suo atteggiarsi nei confronti dei singoli modelli contrattuali, dagli ordinamenti giuridici degli Stati membri dell'UE.

Fermo restando che la necessità della clausola sociale come condizione per la partecipazione ad una gara di appalto pubblico si avverte proprio in virtù del fatto che manca un contratto collettivo applicabile a tutte le imprese del settore e/o dell'ambito territoriale interessati<sup>335</sup>, lo strumento *de quo*, almeno con riferimento all'ordinamento

---

<sup>329</sup> 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, p. 247; Giubboni S., *Norme imperative applicabili al rapporto di lavoro*, in Diritti, Lavori, Mercati, 2008, p. 565.

<sup>330</sup> Bano F., *Diritto del lavoro e libera circolazione dei servizi nell'Unione Europea*, Mulino, Bologna, 2008, pp. 164-165; Giubboni S.- Orlandini G., *La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione Europea*, Il Mulino, Bologna, 2007, pp. 126 ss.

<sup>331</sup> Conclusioni dell'Avv. Gen. Bot, par. 131.

<sup>332</sup> In tal senso anche la Risoluzione del Parlamento Europeo del 22 ottobre 2008, p6\_ta-prov (2008)0513, p. 20, che richiama gli articoli 26 e 27 della direttiva europea sugli appalti pubblici 18/2004.

<sup>333</sup> Corte di Giustizia CE, 3 aprile 2008, C-346/06, *Ruffert*, p. 29.

<sup>334</sup> Sul tema, Ghera E., *Le cd. clausole sociali: evoluzione di un modello di politica legislativa*, in DRI, n. 2, 2001, pp. 133 ss.

<sup>335</sup> Orlandini G., *Considerazioni sulla disciplina del distacco dei lavoratori stranieri in Italia*, in RIDL, 2008, I, pp. 70 ss.

giuridico nazionale - art. 36 St. lav., e da ultimo, art. 118, comma 6, d. lgs. 163/2006 -, configura per le imprese interessate all'appalto pubblico un onere e non un obbligo, così come opera un recepimento indiretto del contratto collettivo<sup>336</sup>, “salvando”, in tal modo, entrambi i profili da eventuali problemi di compatibilità con l'art. 39 Cost.

Ma, anzi, proprio il *modus operandi* della clausola sociale dimostra come il contratto collettivo funge da fonte di “riferimento disciplinare” tanto per le imprese nazionali che per quelle straniere distaccanti.

Piuttosto, per effetto della sentenza *Ruffert*, vi è il rischio che ad essere messa in discussione sia la legittimità stessa delle clausole sociali in quanto, *a contrario*, le imprese nazionali potrebbero invocare la disapplicazione della norma interna, contenente la clausola stessa, perché discriminatoria ex art. 56 TFUE, a danno delle imprese nazionali medesime, qualora si consentisse alle sole imprese straniere distaccanti di sottrarsi alla clausola *de qua*<sup>337</sup>.

A *fortiori*, laddove si propendesse per l'opzione interpretativa, volta a disconoscere l'efficacia orizzontale diretta della stessa direttiva 96/71, in quanto tale vincolante solo gli Stati e non, anche, gli attori sociali, bisognerebbe argomentare che l'art. 3, par. 8, dir. 96/71 rappresenta un “vincolo” imposto agli Stati membri, al fine di evitare che l'estensione *ex lege* dei contratti collettivi, quali prodotti del “libero” e “privatistico”<sup>338</sup> esplicarsi dell'autonomia collettiva<sup>339</sup>, produca effetti discriminatori a scapito delle imprese straniere distaccanti.

---

<sup>336</sup> Mancini G. F., *Art. 36. Obblighi dei titolari di benefici accordati dallo Stato e degli appaltatori di opere pubbliche*, in (a cura di) Romagnoli U.- Ghezzi G.- Montuschi L. – Mancini G. F., *Statuto dei lavoratori*. Art. 1-41, Bologna-Roma, 1972, pp. 551 ss.

<sup>337</sup> Orlandini G., *Viking, Laval e Ruffert: i riflessi sul diritto di sciopero e sull'autonomia collettiva nell'ordinamento italiano*, relazione introduttiva al workshop “*The Viking, Laval and Ruffert Cases: Freedom and Solidarity in a Market free from conflict?*”, Bari, 27 giugno 2008.

<sup>338</sup> Ballestrero M. V., *Le sentenze Viking e Laval: la Corte di Giustizia “bilancia” il diritto di sciopero*, in *Lavoro e Diritto*, n. 2, 2008, pp. 383-384; Eklund R., *The Laval case*, in *Industrial Law Journal*, n. 2, 2006, p. 205; Ahlberg K.-Bruun N.-Malmberg J., *The Vaxholm case from a Swedish and European perspective*, in *Transfer*, n. 2, 2006, pp. 162 ss.

<sup>339</sup> Supiot A., *L'Europe gagnee par l'economie communiste de marchè*, in <http://www.journaldumauss.net:80/spip.php?article283>, 2008 ; Bercusson B., *The trade union movement and the European Union: Judgement day*, in *European Law Journal*, n. 3, 2007, pp. 286 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>, pp. 75 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>, p. 37; Veneziani B., *La Corte di Giustizia e il cavallo di Troia*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, II, 2008, pp. 301 ss.



D'altronde, la non applicabilità della direttiva 96/71 ai soggetti di diritto privato si potrebbe desumere anche da un passo della stessa sentenza *Laval*, in cui la Corte di Giustizia disconosce al sindacato dello Stato ospitante, in quanto «non soggetto di diritto pubblico», la possibilità di «invocare ragioni di ordine pubblico al fine di dimostrare la conformità al diritto comunitario»<sup>340</sup> dell'azione collettiva condotta<sup>341</sup>.

Vittima di una lettura “monofocale”, sintomatica della penetrazione e dell'azione “corrosiva” dell'analisi economica del diritto nei pronunciamenti comunitari<sup>342</sup>, della direttiva 96/71<sup>343</sup>, la recente giurisprudenza della Corte di Giustizia, *in primis* quella delle sentenze *Laval*, *Viking*<sup>344</sup> e *Ruffert*, ha predisposto delle soluzioni insoddisfacenti, sbilanciate sul lato di una tutela “unidirezionale”, mossa, a sua volta, da una sempre più “assillante” esigenza di rimozione delle «frontiere giuridiche»<sup>345</sup> interne, anche solo restrittive, delle libertà economiche, e, quindi, inadeguate a fronteggiare i rischi di *dumping* sociale conseguenti ad un “abuso”<sup>346</sup> di tali medesime libertà<sup>347</sup> indirizzato ad un abbassamento dei livelli di protezione del lavoro nell'ordinamento giuridico di destinazione.

La vicenda, concretizzatasi nel caso *Laval*, ben evidenzia la strategia adottabile, nel «supermercato europeo»<sup>348</sup>, dalle imprese in un processo di cd. delocalizzazione alla rovescia<sup>349</sup>: dopo aver stabilito la sede principale in uno Stato membro con più bassi standard sociali, si provvede ad “impiantare” filiali - cd. *letter-box companies* o, per dirla

---

<sup>340</sup> Corte di Giustizia CE, 18 novembre 2007, caso *Laval*, C-341/05, p. 84; Giubboni S., *Norme imperative applicabili al rapporto di lavoro, disciplina del distacco ed esercizio di libertà comunitarie*, in *Diritti, Lavori, Mercati*, III, 2008, p. 571.

<sup>341</sup> Pallini M., *La tutela dell'ordine pubblico sociale quale limite alla libertà di circolazione dei servizi nel mercato UE*, disponibile su <http://www.europeanrights.eu/index.php?lang=ita&funzione=S&op=5&id=238>.

<sup>342</sup> Bano F., *Diritto del lavoro e libera circolazione dei servizi nell'Unione Europea*, Mulino, Bologna, 2008, pp. 95 ss.

<sup>343</sup> Borelli S., *Un possibile equilibrio tra concorrenza leale e tutela di lavoratori. I divieti di discriminazione*, in *Lavoro e Diritto*, n. 1, 2008, p. 132.

<sup>344</sup> Corte di Giustizia CE, 11 dicembre 2007, C-438-05, caso *Viking*.

<sup>345</sup> Bano F., *Diritto del lavoro e libera circolazione dei servizi nell'Unione Europea*, Mulino, Bologna, 2008, p. 80.

<sup>346</sup> Lyon-Caen A., *Le travail dans le cadre de la prestation internationale de services*, in *Droit Social*, n. 5, 2005, pp. 503 ss.; Perrone A., *Dalla libertà di stabilimento alla competizione fra gli ordinamenti? Riflessioni sul caso Centros*, in *Rivista delle società*, 2001, pp. 1294 ss.; <sup>346</sup> Pallini M., *Law shopping e autotutela sindacale nell'Unione Europea*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, II, 2008, p. 6.

<sup>347</sup> Giubboni S., *Norme imperative applicabili al rapporto di lavoro, disciplina del distacco ed esercizio di libertà comunitarie*, in *Diritti, Lavori, Mercati*, III, 2008, p. 568.

<sup>348</sup> Blanke T., *The Viking case*, in *Transfer*, n. 2, 2006, p. 265.

<sup>349</sup> 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>, p. 8.

con Latty, *pseudo-corporations* - in altri paesi membri e, da ultimo, attraverso una prestazione transnazionale di servizi, si rientra nello Stato di stabilimento “di partenza”, distaccandovi i lavoratori assunti dalla nuova sede<sup>350</sup>.

In tal guisa, si renderebbe possibile la reintroduzione in via surrettizia del cd. principio del paese d’origine, già presente e “vivacemente” discusso nella proposta originaria della direttiva *Bolkestein*<sup>351</sup>.

Inoltre, la Corte di Giustizia offre, nei casi summenzionati, una lettura «minimalistica» della cd. clausola sociale contenuta nell’art. 3 della direttiva 96/71, facendo assurgere quest’ultima a standard massimo, anziché minimo, di tutela<sup>352</sup> garantito dalla disciplina lavoristica dello Stato ospite<sup>353</sup> ai lavoratori distaccati, a meno che tali lavoratori non godano già, in applicazione della legge o di contratti collettivi nello Stato membro d’origine, di condizioni di lavoro e di occupazione più favorevoli per quanto riguarda le materie previste da tale disposizione<sup>354</sup>.

---

<sup>350</sup> 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. 46 ss.

<sup>351</sup> Andreoni A., *Sciopero, contratto collettivo e diritti del mercato: la svolta politica della Corte di Giustizia*, relazione al Convegno in ricordo di Giorgio Ghezzi su: *Attività sindacale e diritti dell’economia: un rapporto difficile*, Roma, 25 giugno 2008, p. 5, disponibile su [www.cgil.it](http://www.cgil.it).

<sup>352</sup> Corte di Giustizia CE, 18 novembre 2007, caso *Laval*, C-341/05, pp. 70 e 78-80; ma vedi anche, Corte di Giustizia CE, 19 giugno 2008, caso Commissione c. Granducato di Lussemburgo, C-319/06; in tal senso anche il considerando n.) della Risoluzione del Parlamento Europeo del 22 ottobre 2008, p6\_ta-prov (2008)0513; 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. 256 ss.; Malmberg J. – Sigeman T., *Industrial actions and EU economic freedoms: The autonomous collective bargaining model curtailed by the European Court of Justice*, in *Common Market Law Review*, 45, 2008, p. 1136; Ales E., *Transnational wages setting as a key feature of a socially oriented european integration: role of and (questionable) limits on collective action*, in *I working papers Centro studi di Diritto del lavoro europeo Massimo D’Antona*, 2008, n. 63, in <http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp>, pp. 11 ss.; Davies P., *European Developments- Case C-346/06, Ruffert v Land Niedersachsen (2008) IRLR 467 (ECJ)*, in *ILJ*, n. 3, 2008, p. 295; Caruso B., *I diritti sociali nello spazio sociale sovranazionale e nazionale: indifferenza, conflitto o integrazione? (prime riflessioni a ridosso dei casi Laval e Viking)*, in *I working papers Centro studi di Diritto del lavoro europeo Massimo D’Antona*, 2008, n. 61, in <http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp>, pp. 32 ss.; Orlandini G., *Viking, Laval e Ruffert: i riflessi sul diritto di sciopero e sull’autonomia collettiva nell’ordinamento italiano*, relazione introduttiva al workshop “*The Viking, Laval and Ruffert Cases: Freedom and Solidarity in a Market free from conflict?*”, Bari, 27 giugno 2008; Andreoni A., *Sciopero, contratto collettivo e diritti del mercato: la svolta politica della Corte di Giustizia*, relazione al Convegno in ricordo di Giorgio Ghezzi su: *Attività sindacale e diritti dell’economia: un rapporto difficile*, Roma, 25 giugno 2008, p. 4, disponibile su [www.cgil.it](http://www.cgil.it); Giubboni S., *Norme imperative applicabili al rapporto di lavoro, disciplina del distacco ed esercizio di libertà comunitarie*, in *Diritti, Lavori, Mercati*, III, 2008, p. 569.

<sup>353</sup> Il riferimento è ai pp. 80 e 33, rispettivamente, delle sentenze *Laval* e *Ruffert*.

<sup>354</sup> Il richiamo è ai pp. 71 e 84, rispettivamente, delle sentenze *Laval* e *Ruffert*; in dottrina vedi 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, p. 261; Davies P., *The Posting Workers Directive and the EC Treaty*, in *Industrial Law Journal*, n. 3, 2002, pp. 303-304; Houwerzijl M., *Posting of workers: Background, content and implementation of Directive*

Insomma, l'ordinamento comunitario, così come interpretato dalla Corte di Giustizia, sembra essere passato da un atteggiamento di "indifferenza" ad un'azione di "semplificazione" nei confronti della varietà dei sistemi di relazioni industriali nazionali, riconoscendo, alla luce della direttiva 96/71, il solo livello contrattuale che assicura standard minimi "inderogabili" su tutto il territorio nazionale.

Tale semplificazione si giustifica in quanto, laddove contratti collettivi di livello inferiore a quelli nazionali prevedessero deroghe peggiorative rispetto a quest'ultimi, tali contratti decentrati peggiorativi dovrebbero essere applicati anche alle imprese straniere, al fine di impedire il prodursi di effetti discriminatori<sup>355</sup>.

Invece, una lettura della clausola sociale ex art. 3 dir. 96/71 più equilibrata e fedele alla natura "compromissoria"<sup>356</sup> della direttiva, sollecitata dalle conclusioni dell'Avv. Gen. Bot nelle sue conclusioni in *Ruffert*, avrebbe dovuto legittimare, pacifica la rimessione della definizione dello standard materiale di tutela alla normativa dello Stato di destinazione, il tentativo, «above» e «beside»<sup>357</sup> del nocciolo duro ex art. 3, par. 1, dir. 96/71, di "avanzamento", a favore dei lavoratori sia nazionali che distaccati, del livello di protezione, non solo retributivo<sup>358</sup>, da parte della contrattazione collettiva dello stesso Stato ospitante<sup>359</sup>, nel rispetto della parità di trattamento tra imprese nazionali e straniere<sup>360</sup> e del cd. test di proporzionalità.

Pertanto, una ricostruzione che, a prescindere dalla lettura data dalla Corte di Giustizia del disposto dell'art. 3, comma 7, della dir. 96/71 soprattutto, nei casi *Laval* e *Viking*<sup>361</sup>,

---

96/71/EC, in CLR News, n. 2, 2005, p. 33; Ballestrero M. V., *Brevi osservazioni su costituzione europea e diritto del lavoro italiano*, in Lavoro e diritto, 2000, p. 568.

<sup>355</sup> Corte di Giustizia CE, 25 gennaio 2002, *Portugaia Construcoes*, causa 154/99; Orlandini G., *Considerazioni sulla disciplina del distacco dei lavoratori stranieri in Italia*, in RIDL, 2008, I, p. 82.

<sup>356</sup> 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, pp. 472 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>, pp. 43 ss.

<sup>357</sup> Malmberg J. – Sigeman T., *Industrial actions and EU economic freedoms: The autonomous collective bargaining model curtailed by the European Court of Justice*, in Common Market Law Review, 45, 2008, pp. 1138-1139.

<sup>358</sup> Davies P., *Posted Workers: Single market or protection of national labour law systems?*, in Common Market Law Review, 34, 1997, pp. 598 ss.

<sup>359</sup> In tal senso anche la Risoluzione del Parlamento Europeo del 22 ottobre 2008, p6\_ta-prov (2008)0513, p. 6.

<sup>360</sup> Giubboni S., *Norme imperative applicabili al rapporto di lavoro, disciplina del distacco ed esercizio di libertà comunitarie*, in Diritti, Lavori, Mercati, 2008, III, p. 570.

<sup>361</sup> 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. 249 ss.; Caruso B., *I diritti sociali nello spazio sociale sovranazionale e*

poggia, nel rispetto delle prassi giussindacali nazionali, sulla considerazione che le imprese straniere distaccanti si “auto-impongano”, per mezzo della contrattazione collettiva<sup>362</sup>, condizioni di lavoro più favorevoli ai lavoratori, magari modulate sulla base di criteri concordati per via negoziale<sup>363</sup>, rispetto agli *standard* minimi previsti all’art. 3, par. 1<sup>364</sup> non può dirsi “sistematicamente incoerente”, ferma restando la valutazione della compatibilità con l’art. 56 TFUE, alla luce dei principi consolidati di necessità e proporzionalità<sup>365</sup>, della disciplina “migliorativa” dell’ordinamento di destinazione, «quale misura di protezione nazionale rinforzata»<sup>366</sup>.

A meno che, riconosciuta la natura di esigenza imperativa di interesse generale alla tutela *antidumping*<sup>367</sup>, non si voglia tendere al coerente, anche rispetto “all’armonizzazione nel progresso” ex art. 151 TFUE<sup>368</sup>, perseguimento<sup>369</sup>, per mezzo del libero dispiegarsi dell’autonomia collettiva, di una “concreta” parità di trattamento tra lavoratori nazionali e distaccati<sup>370</sup>.

---

*nazionale: indifferenza, conflitto o integrazione? (prime riflessioni a ridosso dei casi Laval e Viking)*, in I working papers *Centro studi di Diritto del lavoro europeo Massimo D’Antona*, 2008, n. 61, in <http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp>, pp. 32 ss.; Borelli S., *Un possibile equilibrio tra concorrenza leale e tutela di lavoratori. I divieti di discriminazione*, in *Lavoro e Diritto*, n. 1, 2008, pp. 141 ss.; Giubboni S.- Orlandini G., *La libera circolazione dei lavoratori nell’Unione Europea*, Il Mulino, Bologna, 2007, pp. 130-132; Dorsemont P., *L’esercizio del diritto all’azione collettiva contro le libertà economiche fondamentali dopo i casi Laval e Viking*, in *Diritti, Lavori, Mercati*, III, 2008, pp. 493 ss.

<sup>362</sup> Lo Faro A., *Diritti sociali e libertà economiche del mercato interno: considerazioni minime in margine ai casi Laval e Viking*, in *Lavoro e Diritto*, n. 1, 2008, p. 92; Veneziani B., *La Corte di Giustizia e il cavallo di Troia*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, II, 2008, p. 303.

<sup>363</sup> Malmberg J. – Sigeman T., *Industrial actions and EU economic freedoms: The autonomous collective bargaining model curtailed by the European Court of Justice*, in *Common Market Law Review*, 45, 2008, pp. 1141 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. 28 ss.

<sup>364</sup> Nadalet S., *L’attuazione della Direttiva 96/71 sul distacco*, in *Lavoro e Diritto*, n. 1, 2008, p. 45.

<sup>365</sup> Causa 346/06, Conclusioni dell’Avv. Gen. Bot, pp. 116-117.

<sup>366</sup> Causa 346/06, Conclusioni dell’Avv. Gen. Bot, p. 94.

<sup>367</sup> Corte di Giustizia CE, 18 novembre 2007, caso *Laval*, C-341/05, p. 103; Malmberg J. – Sigeman T., *Industrial actions and EU economic freedoms: The autonomous collective bargaining model curtailed by the European Court of Justice*, in *Common Market Law Review*, 45, 2008, p. 1131.

<sup>368</sup> Ales E., *Transnational wages setting as a key feature of a socially oriented european integration: role of and (questionable) limits on collective action*, in I working papers *Centro studi di Diritto del lavoro europeo Massimo D’Antona*, 2008, n. 63, in <http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp>, p. 17.

<sup>369</sup> Lo Faro A., *Diritti sociali e libertà economiche del mercato interno: considerazioni minime in margine ai casi Laval e Viking*, in *Lavoro e Diritto*, n. 1, 2008, p. 75; <sup>369</sup> Pallini M., *Law shopping e autotutela sindacale nell’Unione Europea*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, II, 2008, pp. 15 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>, p. 42.

<sup>370</sup> In tal senso anche la Risoluzione del Parlamento Europeo del 22 ottobre 2008, p6\_ta-prov (2008)0513, pp. 2 e 8.

Consentendo, in tal modo, la realizzazione dello “storico” e “fondante” obiettivo<sup>371</sup> del movimento sindacale e, allo stesso tempo, evitando che la medesima direttiva 96/71 sia utilizzata come “carota”, dal punto di vista della tutela dei lavoratori distaccati, e come “bastone”, per quanto attiene alla compressione, se non inibizione, delle azioni di tutela collettiva tentate e/o attuate dai lavoratori nazionali.

In una simile direzione, sia pure in una prospettiva *de iure condendo*, pare muoversi la proposta<sup>372</sup> di individuare nella direttiva n. 96/71, che, allo stato vede, impropriamente, relegata la contrattazione collettiva a compiti tassativi e residuali<sup>373</sup> rispetto a quelli della legge<sup>374</sup>, la base potenziale di sostegno dell'emergente contrattazione collettiva transnazionale<sup>375</sup>, da considerare come vincolante, soprattutto, in merito alla definizione di un salario minimo europeo, ai fini di un'applicazione socialmente compatibile, in termini di miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro<sup>376</sup>, della medesima direttiva sul distacco. L'opzione ricostruttiva suggerita avrebbe, certamente, il merito di abbandonare, nell'ambito di un ordinamento lavoristico comunitario che pare aver superato il timore di una “bufera

---

<sup>371</sup> Laux E. L., *Quo vadis – Posting Directive?*, in CLR News, n. 3, 2002, p. 14; Cremers J., *Free movement revisited*, in CLR News, n. 2, 2005, pp. 3-10.

<sup>372</sup> Lo Faro A., *Is a decent wage part of a decent job? Answers from an Enlarged Europe*, in *I working papers Centro studi di Diritto del lavoro europeo Massimo D'Antona*, 2008, n. 64, in <http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp>, p. 15; ma già, in nuce, 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, pp. 475 ss.

<sup>373</sup> Biagi M., *La fortuna ha sorriso alla Presidenza italiana dell'Unione Europea: prime note di commento alle direttive sul distacco dei lavoratori all'estero e sui permessi parentali*, in DRI, n. 3, 1996, pp. 4 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. 49 ss.

<sup>374</sup> 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. 282 ss.; Supiot A., *L'Europe gagnee par l'economie communiste de marchè*, in <http://www.journaldumauss.net:80/spip.php?article283>, 2008; Veneziani B., *La Corte di Giustizia e il cavallo di Troia*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, II, 2008, p. 302; Angiolini V., *Laval, Viking, Ruffert e lo spettro di Le Chapelier*, relazione al Convegno in ricordo di Giorgio Ghezzi su: *Attività sindacale e diritti dell'economia: un rapporto difficile*, Roma, 25 giugno 2008, p. 12, disponibile su [www.cgil.it](http://www.cgil.it); per un'interessante panoramica sulla prassi di “coordinamento” nell'ambito della contrattazione collettiva “globale” del settore marittimo, si veda Lillie N., *Global Collective Bargaining on Flag of Convenience Shipping*, in *British Journal of Industrial Relations*, 42, 2004, pp. 44 ss..

<sup>375</sup> 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](http://ec.europa.eu/employment_social/labour_law/docs/transnational_agreements_ales_study_en.pdf), 2006; ma vedi anche, Corte di Giustizia CE, 3 aprile 2008, C-346/06, *caso Ruffert*, p. 34; Sciarra S., *Viking e Laval: diritti collettivi e mercato nel recente dibattito europeo*, in *Lavoro e Diritto*, n. 2, 2008, pp. 247 ss.; vedi, pure, Novitz T., *Labour rights as Human rights: Implications For Employers' Free Movement in an Enlarged EU*, vol. 9, Cambridge Yearbook of European Studies, 2007.

<sup>376</sup> Ales E., *Transnational wages setting as a key feature of a socially oriented european integration: role of and (questionable) limits on collective action*, in *I working papers Centro studi di Diritto del lavoro europeo Massimo D'Antona*, 2008, n. 63, in <http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp>, pp. 17 ss.

deregolativa” correlata alla proposta di direttiva *Bolkestein*<sup>377</sup>, una logica meramente difensiva poco aperta a una prospettiva di nuove forme di solidarietà “collettiva” intracomunitaria<sup>378</sup> e che ha favorito lo «strabismo» “protezionistico”<sup>379</sup> con il quale è stato affrontato, prevalentemente, se non esclusivamente, da parte degli Stati membri dell’UE con i più elevati *standard* di tutela sociale, la questione “dell’apertura” del mercato interno già prima della direttiva n. 96/71.

Da ultimo, lo stesso Parlamento Europeo<sup>380</sup>, secondo una prospettiva di riforma del testo della direttiva del '96 contraria all’orientamento espresso dalla Corte di Giustizia nelle sentenze *Laval* e *Ruffert*, invita la Commissione Europea a riconoscere la possibilità per gli Stati membri di fissare condizioni di lavoro e occupazione più favorevoli rispetto a quelle minime, in particolare, in relazione alla materia retributiva, ed indicare un limite alla durata del distacco, oltre il quale la regolazione del rapporto di lavoro debba considerarsi attratta nell’ambito della libertà di circolazione dei lavoratori e, quindi, ricondotta al principio della piena parità di trattamento con i lavoratori nazionali, unitamente alla proposta della

---

<sup>377</sup> Pallini M., *Politiche sociali e politiche di liberalizzazione dei mercati: il caso Bolkestein*, in Quaderni di Rassegna Sindacale, n. 3, 2006, pp. 159 ss.; Lo Faro A., *Turisti e vagabondi: riflessioni sulla mobilità internazionale dei lavoratori nell’impresa senza confini*, in Lavoro e Diritto, n. 3, 2005, pp. 459 ss.; Bano F., *Diritto del lavoro e libera circolazione dei servizi nell’Unione Europea*, Mulino, Bologna, 2008, pp. 90 ss.; Dolvik J. E.- Eldring L., *Industrial relations responses to migration and posting of workers after EU enlargement: Nordic trends and differences*, in Transfer, n. 2, 2006, pp. 214 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>, pp. 80 ss.

<sup>378</sup> 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. 32 ss.; Malmberg J. – Sigeman T., *Industrial actions and EU economic freedoms: The autonomous collective bargaining model curtailed by the European Court of Justice*, in Common Market Law Review, 45, 2008, pp. 1128 ss.; Sciarra S., *Viking e Laval: diritti collettivi e mercato nel recente dibattito europeo*, in Lavoro e Diritto, n. 2, 2008, p. 247; Ballestrero M. V., *Le sentenze Viking e Laval: la Corte di Giustizia “bilancia” il diritto di sciopero*, in Lavoro e Diritto, n. 2, 2008, pp. 385-386; Veneziani B., *La Corte di Giustizia e il cavallo di Troia*, in Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale, II, 2008, p. 301; sulla necessità ed opportunità di “rivedere” l’azione sindacale vedi Caruso B. – Nicosia G., *Il conflitto post-moderno: lo “sciopero” dei lavoratori autonomi*, in I working papers Centro studi di Diritto del lavoro europeo Massimo D’Antona, 2006, n. 43, in <http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp>; Supiot A., *Revisiter les droits d’action collective*, in Droit Social, I, 2001, pp. 13 ss.

<sup>379</sup> 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. 466; Lo Faro A., *Diritti sociali e libertà economiche del mercato interno: considerazioni minime in margine ai casi Laval e Viking*, in Lavoro e Diritto, n. 1, 2008, p. 74; 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. 30 ss.

<sup>380</sup> Commissione per l’occupazione e gli affari sociali del Parlamento europeo, *Progetto di relazione sulle sfide per gli accordi collettivi nell’Unione europea (2008/2085(INI)) presentato da Jan Anderson l’8 maggio 2008*.

Confederazione europea dei sindacati di inserire in un allegato ai Trattati una clausola sociale di carattere generale che, sul modello di quelle contenute nel c.d. regolamento *Monti* (art. 2, regolamento n. 2679/98) e nella direttiva «servizi» (art. 1, comma 7, direttiva 2006/123), sottragga l'esercizio dell'azione sindacale e dell'autonomia collettiva ai vincoli ed alle regole del mercato interno<sup>381</sup>.

La direttiva 96/71, al di fuori del “nocciolo duro” e delle ipotesi derogatorie in essa stessa individuate, non esplica la sua efficacia nei confronti dei datori di lavoro non imprenditori, delle imprese della marina mercantile con riguardo al personale navigante, così come non si applica a tutte le ipotesi di prestazione comunitaria di servizi in cui non venga ad integrarsi, sulla base dei requisiti fissati dalla direttiva, un fenomeno di “distacco comunitario”<sup>382</sup>. In tal caso, tuttavia, si prospetta la «paradossale»<sup>383</sup> situazione per effetto della quale ciascuno Stato membro ha la facoltà di estendere, a favore dei lavoratori “mobilitati”, la propria disciplina lavoristica nazionale che ritiene più opportuna, sia pure nel rispetto dei limiti del cd. test di proporzionalità elaborati dalla Corte di Giustizia ex art. 56 TFUE.

Per converso, la disciplina nazionale di attuazione della direttiva n. 96/71, contenuta nel d. lgs. n. 72/2000, estende il proprio campo di applicazione anche alle imprese extra-comunitarie - art. 1, comma 3, d. lgs. n. 72/2000 -, vale a dire le persone giuridiche non costituite conformemente alla legislazione di uno Stato membro e aventi la sede sociale o il centro di attività principale all'interno dell'Unione Europea, con l'intento di arginare, nei rapporti “esterni” interessanti l'Unione Europea<sup>384</sup>, il fenomeno del *dumping* sociale, che potrebbe, a sua volta, determinare degli effettivi concorrenziali distorsivi, anche, nel mercato comunitario<sup>385</sup>.

Specularmente, merita solo un accenno quella che potrebbe definirsi una clausola sociale

---

<sup>381</sup> 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. 54 ss.

<sup>382</sup> 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. 903.

<sup>383</sup> 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. 62.

<sup>384</sup> 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>, p. 8, che offre una descrizione del fenomeno del distacco in chiave di delocalizzazione cd. alla rovescia.

<sup>385</sup> Maretti S., *Il recepimento della direttiva Cee sul distacco dei lavoratori* (nota a Corte di Giustizia CE, 23 novembre 1999, cause riunite C-369 e 376/96, *Arblade*), in MGL, 2000, n. 11, p. 1152.

extra-territoriale “di salvaguardia”: trattasi della clausola contenuta nel d.l. 317/87, convertito in l. 398/87, che si occupa della disciplina “lavoristica” correlata «all’esecuzione di opere, commesse...in paesi extracomunitari». La normativa *de qua*, pensata, appunto, per una situazione completamente opposta a quella di distacco di lavoratori stranieri in Italia ex d. lgs. 72/2000 e per un contesto storico temporale in cui la mobilità transazionale del lavoratore nazionale era ancora inquadrata in termini di “eccezionalità” e concepita solo per prestatori poco qualificati inviati da grandi imprese in paesi economicamente non sviluppati, ha subordinato, tra l’altro, l’impiego di lavoratori assunti in Italia, e “distaccati” all’estero per svolgere ivi la prestazione lavorativa, ad un’autorizzazione ministeriale, quindi di carattere amministrativo, volta a verificare che il trattamento economico-normativo offerto sia complessivamente non inferiore a quello previsto dai contratti collettivi di riferimento vigenti in Italia<sup>386</sup>.

Accanto al, sia pur non chiarissimo e “idilliaco”, quadro normativo appena delineato, è opportuno fare riferimento, “al di là” della cornice disciplinare tracciata dalla direttiva 96/71 e dai relativi provvedimenti attuativi nazionali, ad un’altrettanta non tranquillizzante rappresentazione del fenomeno del cd. *dumping* sociale nel contesto dell’ordinamento giuridico internazionale.

Anche a tale livello, ormai da diversi anni, è presente un acceso dibattito dottrinale e politico in merito alla clausola sociale, da inserire nei trattati commerciali internazionali, quale congegno tecnico-giuridico preposto a definire le condizioni minime di protezione dei lavoratori coinvolti in processi produttivi, esposti alla competizione economica globale<sup>387</sup>.

Tuttavia, ciò che in questa sede è opportuno sottolineare attiene all’ancora più debole, rispetto alla clausola sociale ex art. 3, dir. 96/71, “incisività”<sup>388</sup> dello strumento giuridico richiamato nell’ambito dell’ordinamento giuridico internazionale del lavoro: le condizioni minime di tutela del lavoro traslano dal “nocciolo” piccolo, ma “duro”, di cui all’art. 3, dir. CE 96/71 ai soli *core labour standards*, contenuti nella Dichiarazione OIL del 1998 relativa ai principi e diritti fondamentali del lavoro e sprovvisti di un adeguato sistema

---

<sup>386</sup> Magno P., *La disciplina del lavoro italiano all’estero dopo l’entrata in vigore della convenzione di Roma del 1980*, in *Il diritto del lavoro*, 1990, pp. 35-36.

<sup>387</sup> Perulli A., *La promozione dei diritti sociali fondamentali nell’era della globalizzazione*, in *DRI*, II, 2001, pp. 158- 161.

<sup>388</sup> Hepple B., *Labour Laws and Global Trade*, Hart Publishing, Oxford, 2005, p. 93.



sanzionatorio<sup>389</sup>.

Inoltre, proprio con riferimento alla disciplina nazionale attuativa di cui al d. lgs. n. 72/2000, vi è una ricostruzione interpretativa<sup>390</sup> che assimila le fattispecie di cui all'art. 1, comma 1, a quella di cui all'art. 3 l. 1369/1960, vale a dire l'appalto di opere e servizi da eseguirsi all'interno dell'azienda del committente.

Tale ricostruzione si ritiene avvalorata dal fatto che l'art. 3, comma 3, del d. lgs. n. 72/2000 richiama la formulazione letterale del corrispondente art. 3 della legge del 1960, allorché i servizi di cui all'art. 1, comma 1, devono eseguirsi all'interno dell'azienda dell'appaltante da parte di un appaltatore transnazionale.

Invece, con riferimento alle condizioni di lavoro applicabili, in via generale, al lavoratore distaccato, il legislatore del 2000 individua la cd. clausola sociale dell'equo trattamento nelle medesime condizioni di lavoro «applicabili ai lavoratori che effettuano prestazioni lavorative subordinate analoghe nel luogo in cui i lavoratori distaccati svolgono la propria attività in posizione di distacco» (art. 3, comma 1).

Pertanto, l'art. 3 d. lgs. 72, nel suo insieme, solleva interessanti riflessioni, anche in termini di corretta attuazione della direttiva 96/71.

In particolare, mentre l'atto di normazione derivata comunitaria circoscrive l'ambito di operatività della clausola sociale di "parità di trattamento" alle materie nella stessa elencate, il legislatore italiano, approfittando dello "spiraglio" offerto dalla, pur innegabile, finalità *antidumping* sociale della direttiva, ha provveduto ad estendere, *in toto* e senza alcuna giustificazione alla luce della nozione di ordine pubblico ex art. 3, par. 10, dir. n. 96/71<sup>391</sup>, ai lavoratori distaccati le «medesime condizioni di lavoro», incluse quelle derivanti dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e datoriali comparativamente più rappresentative a livello nazionale<sup>392</sup> di tutti i settori di attività e non solo di quello edile<sup>393</sup>, applicabili ai lavoratori nazionali "comparabili", facendo riferimento al superato orientamento secondo il quale tutto il diritto del lavoro nazionale rientra nella

---

<sup>389</sup> Ballestrero M. V., *Giustizia globale e diritti oltre la dimensione nazionale*, Fondazione Basso, Roma, 21 giugno 2007, disponibile su [www.fondazionebasso.it/site/\\_files/Scuola\\_per\\_la.../ballestrero.doc](http://www.fondazionebasso.it/site/_files/Scuola_per_la.../ballestrero.doc).

<sup>390</sup> Maretti S., *Il recepimento della direttiva Cee sul distacco dei lavoratori*, in MGL, 2000, n. 11, p. 1154.

<sup>391</sup> Giubboni S.- Orlandini G., *La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione Europea*, Il Mulino, Bologna, 2007, pp. 118-122.

<sup>392</sup> Chieco P., *Lavoratore comparabile e modello sociale nella legislazione sulla flessibilità del contratto e dell'impresa*, in (a cura di) Chieco P., *Eguaglianza e libertà nel diritto del lavoro. Scritti in memoria di Luciano Ventura*, Cacucci, Bari, 2002, p. 64.

<sup>393</sup> Maretti S., *Il recepimento della direttiva Cee sul distacco dei lavoratori*, in MGL, 2000, n. 11, p. 1155.

nozione di ordine pubblico ex art. 3, par. 10, della direttiva 96/71<sup>394</sup>.

Pertanto, la disposizione normativa contenuta nell'art. 3, comma 1, d. lgs. n. 72/2000 presenta, per quanto riguarda l'ordinamento italiano, un indubbio profilo di incompatibilità con l'art. 39 Cost. in tema di libertà sindacale<sup>395</sup>, così come, anche, in riferimento al quadro normativo comunitario, assume, già *prima facie*, una connotazione direttamente discriminatoria laddove impone alle sole imprese straniere un obbligo di osservanza del contratto collettivo nazionale, cui le imprese nazionali, viceversa, non sono tenute<sup>396</sup>, senza, peraltro, fornire indicazioni in merito al contratto collettivo da applicare, da parte delle imprese straniere distaccanti, nel caso di specie<sup>397</sup>.

Comunque, in merito a quest'ultimo profilo problematico, si potrebbe condividere quell'opzione interpretativa<sup>398</sup> che suggerisce di fare riferimento al contratto collettivo, nazionale così come, eventualmente, territoriale, applicabile alle imprese nazionali che operano nel medesimo settore produttivo delle imprese straniere distaccanti.

Qualora, invece, si interpretasse l'espressione "luogo" ex art. 3, comma 1, d. lgs. n. 72/2000 come sinonimo di azienda e/o unità produttiva dell'appaltante, l'abrogazione della parità di trattamento per le imprese nazionali ex d. lgs. 276/2003 determinerebbe, nel caso di applicazione del contratto collettivo dell'impresa appaltante, una disparità di trattamento a sfavore delle imprese nazionali<sup>399</sup>.

Tale ricostruzione, tuttavia, non aiuta a dissolvere i consistenti dubbi di legittimità che aleggiano sull'intera disciplina nazionale di attuazione della direttiva n. 96/71.

Infatti, la prassi giurisprudenziale italiana ha già evidenziato un caso, riguardante "l'assoluta" parità di trattamento tra lavoratori nazionali e lavoratori distaccati ex art. 3,

---

<sup>394</sup> Orlandini G., *Considerazioni sulla disciplina del distacco dei lavoratori stranieri in Italia*, in RIDL, 2008, I, p. 68; Pallini M., *Politiche sociali e politiche di liberalizzazione dei mercati: il caso Bolkestein*, in Quaderni di Rassegna Sindacale, n. 3, 2006, pp. 164-165; Giubboni S., *Norme imperative applicabili al rapporto di lavoro, disciplina del distacco ed esercizio di libertà comunitarie*, in Diritti, Lavori, Mercati, 2008, III, pp. 566-567.

<sup>395</sup> Pallini M., *Posted workwers: Italian regulation and dilemmas*, in Transfer, II, 2006, pp. 273-274.

<sup>396</sup> 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. 261-262; Giubboni S., *Norme imperative applicabili al rapporto di lavoro, disciplina del distacco ed esercizio di libertà comunitarie*, in Diritti, Lavori, Mercati, III, 2008, p. 565; Pallini M., *Politiche sociali e politiche di liberalizzazione dei mercati: il caso Bolkestein*, in Quaderni di Rassegna Sindacale, n. 3, 2006, pp. 164 ss.;

<sup>397</sup> Orlandini G., *Considerazioni sulla disciplina del distacco dei lavoratori stranieri in Italia*, in RIDL, 2008, I, pp. 69 ss.

<sup>398</sup> Giubboni S.- Orlandini G., *La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione Europea*, Il Mulino, Bologna, 2007, pp. 133-134; Nadalet S., *L'attuazione della Direttiva 96/71 sul distacco*, in Lavoro e Diritto, n. 1, 2008, p. 49.

comma 1, d. lgs. 72/2000<sup>400</sup>, che ha condotto, in virtù del principio di *primauté* del diritto comunitario, alla disapplicazione della disposizione interna per contrasto con l'art. 56 TFUE.

*Rebus sic stantibus*, un'applicazione, per quanto attiene alla fonte contrattuale, del d. lgs. n. 72/2000, e in particolare dell'art. 3 dello stesso, coerente alle prescrizioni della direttiva n. 96/71, e dell'intero quadro normativo comunitario, sarebbe configurabile solo in riferimento ai minimi salariali<sup>401</sup> e a quegli istituti lavoristici, e sempre che attengano ad una delle materie "blindate" di cui all'art. 3 della direttiva sul distacco, che siano disciplinati da clausole contrattuali, a loro volta, per effetto di un rinvio di legge, dotate, direttamente o indirettamente, di efficacia generale<sup>402</sup>.

Gli ulteriori istituti "contrattuali" sarebbero applicabili ai lavoratori distaccati se frutto di un negoziato con l'impresa distaccante in seguito ad un'azione sindacale, la legittimità dell'esercizio della quale va valutata alla luce del diritto nazionale e comunitario, come interpretati e "composti" dalle rispettive Corti Supreme<sup>403</sup>.

Pertanto, una clausola sociale "generale", inserita in un contratto collettivo nazionale - senza, quindi, la partecipazione negoziale di una potenziale impresa straniera distaccante -, che obblighi l'impresa straniera distaccante ad applicare, per intero, un contratto collettivo nazionale dovrebbe ritenersi contraria alla disposizione interna ex art. 3, comma 1, d. lgs. 72/2000, come interpretata conformemente alle indicazioni pretorili comunitarie<sup>404</sup>.

Come accennato, invece, l'art. 3, comma 3, d. lgs. 72/2000 richiama la fattispecie dell'appalto transnazionale da eseguirsi all'interno dell'azienda dell'impresa appaltante nazionale e, pertanto, un tentativo di lettura del combinato disposto dell'art. 3, commi 1 e 3, d. lgs. 72/2000 parrebbe suggerire una "differenziazione disciplinare" tra le due fattispecie delineate dalle previsioni citate, a seconda che si tratti di appalto transnazionale "interno" o meno, derivante, innanzitutto, da un diverso "lavoratore comparabile" come parametro di

---

<sup>399</sup> Nadalet S., *L'attuazione della Direttiva 96/71 sul distacco*, in *Lavoro e Diritto*, n. 1, 2008, p. 49.

<sup>400</sup> Tar Bolzano, 19 aprile 2005, n. 140, in *MGL*, 2005, con nota di Rondo A., *Gli obblighi di iscrizione alla Cassa edile a carico di impresa avente sede in altro Stato membro*, pp. 666 ss.

<sup>401</sup> 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, p. 247.

<sup>402</sup> Orlandini G., *Considerazioni sulla disciplina del distacco dei lavoratori stranieri in Italia*, in *RIDL*, 2008, I, p. 72.

<sup>403</sup> Orlandini G., *Considerazioni sulla disciplina del distacco dei lavoratori stranieri in Italia*, in *RIDL*, 2008, I, pp. 73-74.

<sup>404</sup> Nadalet S., *L'attuazione della Direttiva 96/71 sul distacco*, in *Lavoro e Diritto*, n. 1, 2008, p. 52.

riferimento del trattamento da praticare ai lavoratori distaccati<sup>405</sup>.

A differenza del primo comma, il terzo comma dell'art. 3 del decreto attuativo se, da un lato, non solleva problemi di compatibilità costituzionale con l'art. 39 Cost., in quanto il contratto collettivo, analogamente a quanto accadeva con l'art. 3 l. 1369/1960, che "riempie" la clausola sociale della parità di trattamento si atteggia a paradigma indiretto ed esterno, dall'altro, determina il persistere di dubbi di compatibilità con la disciplina comunitaria, e, in particolare, con la direttiva n. 96/71<sup>406</sup>.

Infatti, il venire meno, in seguito all'abrogazione della legge 1369 da parte del d. lgs. 276/2003, della regola della parità di trattamento nella disciplina degli appalti determina il carattere discriminatorio del vincolo imposto dall'art. 3, comma 3, d. lgs. n. 72/2000 alle imprese distaccanti straniere, che, altrimenti, dovrebbero osservare un obbligo cui le imprese nazionali non sarebbero più tenute<sup>407</sup>.

E, tuttavia, *a contrario*, rischi di rilievi discriminatori potrebbero evidenziarsi laddove, come nell'ordinamento giuridico italiano, le imprese di somministrazione di lavoro straniere fossero, nel caso di distacco di lavoratori ex dir. 71/96, sottoposte alla regola paritaria, ossia al divieto di discriminazione tra lavoratori distaccati e lavoratori nazionali<sup>408</sup>.

Infatti, la vigenza della regola paritaria per la sola somministrazione di lavoro e non anche per l'appalto sarebbe passibile di determinare una situazione di concorrenza sleale tra imprese appaltatrici e imprese di somministrazione di lavoro<sup>409</sup>.

Nel tentativo di sanare il contrasto tra la disciplina nazionale di attuazione della dir. 96/71

---

<sup>405</sup> Orlandini G., *Considerazioni sulla disciplina del distacco dei lavoratori stranieri in Italia*, in RIDL, 2008, I, p. 70; Chieco P., *Lavoratore comparabile e modello sociale nella legislazione sulla flessibilità del contratto e dell'impresa*, in (a cura di) Chieco P., *Eguaglianza e libertà nel diritto del lavoro. Scritti in memoria di Luciano Ventura*, Cacucci, Bari, 2002, pp. 79 ss.; Nadalet S., *L'attuazione della Direttiva 96/71 sul distacco*, in *Lavoro e Diritto*, n. 1, 2008, pp. 44 ss.

<sup>406</sup> Orlandini G., *Considerazioni sulla disciplina del distacco dei lavoratori stranieri in Italia*, in RIDL, 2008, I, p. 74.

<sup>407</sup> Orlandini G., *Considerazioni sulla disciplina del distacco dei lavoratori stranieri in Italia*, in RIDL, 2008, I, pp. 76-77; Giubboni S.- Orlandini G., *La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione Europea*, Il Mulino, Bologna, 2007, p. 133; Bano F., *Diritto del lavoro e libera circolazione dei servizi nell'Unione Europea*, Mulino, Bologna, 2008, p. 200.

<sup>408</sup> Borelli S., *Un possibile equilibrio tra concorrenza leale e tutela di lavoratori. I divieti di discriminazione*, in *Lavoro e Diritto*, n. 1, 2008, pp. 139-140; Nadalet S., *L'attuazione della Direttiva 96/71 sul distacco*, in *Lavoro e Diritto*, n. 1, 2008, p. 45.; ma, sul punto, vedi già Balandi G. G., *La direttiva comunitaria sul distacco dei lavoratori: un passo in avanti verso il diritto comunitario del lavoro*, in AA. VV., *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1998, pp. 38-39.

<sup>409</sup> Borelli S., *Un possibile equilibrio tra concorrenza leale e tutela di lavoratori. I divieti di discriminazione*, in *Lavoro e Diritto*, n. 1, 2008, p. 139.

e il quadro normativo comunitario, non è mancata una proposta interpretativa<sup>410</sup>, che ha suggerito di interpretare l'art. 3, comma 1, d. lgs. 72/2000, come «diretto all'applicazione di condizioni più favorevoli solo nell'ambito delle materie indicate e in quelle di ordine pubblico ai sensi della Direttiva», non fugando, tuttavia, alcuni margini di incertezza, anche, alla luce delle recenti letture date dalla Corte di Giustizia al principio del *favor laboris* in materia.

Per quanto riguarda gli appalti pubblici, disciplinati a livello comunitario dalla direttiva 2004/18/CE, a sua volta recepita nell'ordinamento interno con il «Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture» ex d. lgs. 163/2006<sup>411</sup>, l'assenza di coordinamento tra la disciplina comunitaria del 2004 e quella del 1996 sul distacco lascia intendere che le pubbliche amministrazioni, nei capitolati d'appalto, non possono imporre alle imprese straniere distaccanti vincoli, lavoristici e non, non giustificabili in base ai criteri di necessità e proporzionalità<sup>412</sup>.

In verità, è meritevole di segnalazione la disposizione, di carattere “strumentale”, contenuta nell'art. 55, comma 1, lett. d), della direttiva 2004/18, che riconosce la facoltà alle amministrazioni aggiudicatrici di chiedere «precisazioni» in merito al «rispetto delle disposizioni relative alla protezione e alle condizioni di lavoro vigenti nel luogo in cui deve essere effettuata la prestazione», al fine di meglio ponderare la decisione di respingere le offerte «anormalmente basse».

Tuttavia, dal punto di vista della tutela sostanziale, si deve pervenire alla considerazione che l'art. 55 summenzionato non sembra avere la “forza” di imporre una clausola sociale alla stessa stregua dell'art. 118, comma 6, d. lgs. 163/2006, suggerendo, in tal modo, la soluzione della mancanza di coordinamento tra la disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici e quella in materia di distacco dei lavoratori ex dir. CE 96/71 a favore della “prevalenza applicativa” di quest'ultima<sup>413</sup>.

L'art. 55 della direttiva 2004/18 è stato recepito, nell'ordinamento interno, negli artt. 86 e 87 d. lgs. 163/2006, così come riformati, da ultimo, dalla l. 123/2007, che, per quanto

---

<sup>410</sup> Nadalet S., *L'attuazione della Direttiva 96/71 sul distacco*, in *Lavoro e Diritto*, n. 1, 2008, p. 45.

<sup>411</sup> Scarpelli F., *Il codice degli appalti pubblici: un'occasione per promuovere la regolarità del lavoro*, in *Note Informative*, n. 36, 2006, pp. 22 ss.

<sup>412</sup> Orlandini G., *Considerazioni sulla disciplina del distacco dei lavoratori stranieri in Italia*, in *RIDL*, 2008, I, p. 80.

<sup>413</sup> Orlandini G., *Considerazioni sulla disciplina del distacco dei lavoratori stranieri in Italia*, in *RIDL*, 2008, I, pp. 79 ss.

attiene agli aspetti più propriamente lavoristici, delineano un quadro “misto” di elementi promozionali e, allo stesso tempo, sanzionatori, laddove si prescrive che le stazioni appaltanti, sia in sede di predisposizione delle gare di appalto che in quella di valutazione dell’anomalia dell’offerta, accertino che il valore economico delle offerte sia adeguato al «costo del lavoro come determinato periodicamente in apposite tabelle dal Ministro del lavoro e delle politiche sociali, sulla base dei valori economici previsti dalla contrattazione collettiva stipulata dai sindacati comparativamente più rappresentativi, dalle norme in materia previdenziale e assistenziale, dei diversi settori merceologici e delle differenti aree territoriali; in mancanza di contratto collettivo applicabile, il costo del lavoro è determinato in relazione al contratto collettivo del settore merceologico più vicino a quello preso in considerazione» (art. 87, comma 2, lett. g) e art. 86, comma 3-bis) ed, infine, con l’intento di dare “valenza”, anche, antinfortunistica ai costi delle attività appaltate, il costo relativo alla sicurezza deve essere specificamente individuato e risultare congruo rispetto all’entità e alle caratteristiche dei lavori, dei servizi e delle forniture. In caso di corresponsione, da parte dell’impresa offerente, di trattamenti retributivi inferiori ai minimi salariali l’art. 87, comma 3, invece, esclude l’ammissibilità di giustificazioni.

Ovviamente, anche in merito alla disciplina “protettiva” nazionale contenuta nell’art. 118, comma 6, del Codice degli appalti pubblici si pongono problemi di compatibilità con la dir. CE 96/71 e la relativa base giuridica dell’art. 56 TFUE, ove si imponga, in maniera automatica, alle imprese straniere distaccanti l’obbligo di rispettare, tra l’altro, il contratto collettivo applicabile nel settore e nella zona di riferimento, senza tener conto della materia regolata e del trattamento garantito ai lavoratori distaccati nel paese d’origine<sup>414</sup>.

Infatti, il quadro normativo comunitario e i principi di necessità e proporzionalità, ormai imprescindibili in materia di libera prestazione di servizi ex art. 56 TFUE, esigono, ai fini di una “compatibilità” comunitaria valorizzante anche forme non-discriminatorie di restrizione alla libera circolazione dei servizi ex art. 56 TFUE, che sia consentito all’impresa straniera distaccante di dimostrare che ai propri dipendenti è assicurata «una protezione equivalente o sostanzialmente equiparabile»<sup>415</sup> a quella predisposta

---

<sup>414</sup> Orlandini G., *Considerazioni sulla disciplina del distacco dei lavoratori stranieri in Italia*, in RIDL, 2008, I, p. 85.

<sup>415</sup> Orlandini G., *Considerazioni sulla disciplina del distacco dei lavoratori stranieri in Italia*, in RIDL, 2008, I, p. 85.

dall'ordinamento giuridico "di destinazione" di cui si pretende il rispetto, facendo sorgere delle preoccupazioni per l'incertezza, quale forma prima, essa stessa, di restrizione alla libera prestazione di servizi<sup>416</sup>, che potrebbe determinarsi in un settore, quale quello degli appalti pubblici, ove, per converso, le esigenze di certezza<sup>417</sup> e di imparzialità della pubblica amministrazione dovrebbero ricevere primaria considerazione.

In verità, questo sembra l'iter argomentativo seguito dal TAR Bolzano<sup>418</sup> che, chiamato a valutare la legittimità di una "clausola sociale" richiedente l'iscrizione alla Cassa edile locale, ha proceduto, in ossequio al consolidato cd. test comunitario di proporzionalità, ad un'analisi, ai fini "dell'equivalenza", delle prestazioni delle rispettive Casse degli Stati di invio e di destinazione.

Qualora, invece, la sentenza *Ruffert* non dovesse rivelarsi "un caso isolato", il dubbio profilo, del quale si è accennato sopra, di illegittimità *tout court* della clausola sociale, quindi anche ex art. 118, comma 6, del Codice degli appalti pubblici, rischia di tramutarsi in una "cruda" certezza, in quanto la predetta clausola risulterebbe discriminatoria a danno delle imprese nazionali perché inapplicabile, a causa della mancanza del requisito dell'*erga omnes* dei contratti collettivi richiamati, alle imprese straniere<sup>419</sup>.

#### **4. Le frontiere "mobili" dell'obbligo di sicurezza sul lavoro nell'appalto**

L'ormai, non più recente<sup>420</sup>, legame tra i fenomeni di decentramento produttivo, di cui l'appalto rappresenta "un'espressione" giuridica", e la problematica della salute e sicurezza sul lavoro rende impossibile non fare riferimento, nella trattazione della disciplina degli argomenti summenzionati, allo stretto e, spesso, infausto nesso tra le forme di esternalizzazione dell'organizzazione produttiva e i rischi alla salute e alla sicurezza cui sono esposti, soprattutto, i lavoratori coinvolti<sup>421</sup>, indipendentemente dalla problematica

---

<sup>416</sup> Nadalet S., *L'attuazione della Direttiva 96/71 sul distacco*, in *Lavoro e Diritto*, n. 1, 2008, p. 60.

<sup>417</sup> Giubboni S.- Orlandini G., *La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione Europea*, Il Mulino, Bologna, 2007, pp. 99 ss.

<sup>418</sup> TAR Bolzano, 19 aprile 2005, n. 140, in *MGL*, 2005, pp. 658 ss.

<sup>419</sup> Orlandini G., *Viking, Laval e Ruffert: i riflessi sul diritto di sciopero e sull'autonomia collettiva nell'ordinamento italiano*, relazione introduttiva al workshop "*The Viking, Laval and Ruffert Cases: Freedom and Solidarity in a Market free from conflict?*", Bari, 27 giugno 2008.

<sup>420</sup> Vaudano M., *Morire d'appalto*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 1980, IV, p. 369.

<sup>421</sup> Pasquarella V., *Appalto e sicurezza sul lavoro: tutele legislative e rimedi giurisdizionali*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2007, pp. 87-89; Focareta F., *La responsabilità di sicurezza sul lavoro negli appalti*, in *Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 1994, pp. 140-142.

relativa “all’identificazione” del datore di lavoro<sup>422</sup>.

Il profilo della sicurezza sul lavoro nell’appalto implica un ampliamento e una complicazione degli snodi interpretativi e ricostruttivi connessi all’articolazione, sia dal punto di vista oggettivo, ma, soprattutto, soggettivo, dell’obbligo e, quindi, della responsabilità del “debitore” di sicurezza nell’ambito del rapporto di lavoro<sup>423</sup>.

Dal punto di vista della cronistoria della disciplina giuslavoristica in materia, si può discettare, sia pure in maniera non pacifica<sup>424</sup>, di una progressiva tendenza dell’ordinamento giuridico interno, sollecitato da quello comunitario<sup>425</sup>, ad estendere la portata applicativa della normativa in materia di salute e sicurezza sul lavoro dal punto di vista di entrambi i “corni soggettivi” del rapporto di lavoro<sup>426</sup>, al di là delle forme di tutela dei terzi interessati<sup>427</sup>.

Se, da un lato, può ritenersi ammantata da una più “naturale” ovvietà, alla luce dei relativi processi tecnologici ed organizzativi dei modelli produttivi, l’estensione “verticale” della tutela prevenzionistica anche al lavoro cd. atipico, e per certi aspetti, al lavoro autonomo ex art. 2222 c.c.<sup>428</sup>, dall’altro, meno scontata e “condivisa”, anche in considerazione della duratura riverenza verso le “mura difensive” erette a difesa della personalità giuridica delle imprese, può considerarsi l’estensione “orizzontale” dell’obbligo di sicurezza, intesa in termini di “aggiunta”, accanto al “formale” datore di lavoro, di uno o più soggetti “giuridicamente autonomi” interessati al processo produttivo, in qualità di responsabili, in varia guisa, delle misure prevenzionistiche e protettive “necessarie” a tutela dei lavoratori

---

<sup>422</sup> De Simone G., *Titolarità del rapporto di lavoro e regole di trasparenza*, Giuffrè, Milano, 1995, pp. 22-23.

<sup>423</sup> In giurisprudenza, Cass., Sez. lav., 22 marzo 2002, n. 4129, in *Lavoro nella Giurisprudenza*, 8, 2002, pp. 746 ss., con nota di Bertocco; in dottrina, Basenghi F., *I soggetti dell’obbligo di sicurezza*, in *Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 1993, fasc. 14, pp. 31 ss.

<sup>424</sup> In giurisprudenza, Cass. 26 gennaio 1995 n. 933, in *GI*, 1995, I, 1, pp. 2075 ss.; e per l’applicabilità della normativa prevenzionistica al solo lavoro subordinato, Cass. 16 luglio 2001 n. 9614, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2002, II, con nota critica di V. Pasquarella, *L’art. 2087 cod. civ. e i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa: un connubio impossibile o difficile?*, pp. 488 ss.

<sup>425</sup> Ichino P., *Il contratto di lavoro*, XXVII, t. 2, Volume III, in *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, Giuffrè editore, Milano, 2003, pp. 44 ss.; Biagi M., *Tutela dell’ambiente di lavoro e direttive CEE*, Rimini, 1991; Caruso B., *L’Europa, il diritto alla salute e l’ambiente di lavoro*, in (a cura di) Montuschi L., *Ambiente, salute e sicurezza. Per una gestione integrata dei rischi di lavoro*, Giappichelli, Torino, 1997, pp. 1-35; Maresca M., *Ambiente di lavoro e protezione comunitaria*, Milano, 1997, pp. 7-79.

<sup>426</sup> De Falco G., *Sicurezza sul lavoro. Le figure soggettive: competenze, adempimenti, responsabilità*, Roma, 1999, pp. 113-153.

<sup>427</sup> Ceglie D., *Cantieri temporanei e mobili: obblighi, procedure e responsabilità*, in (a cura di) Rusciano M.-Natullo G., *Ambiente e sicurezza del lavoro*, in *Diritto del lavoro*, Commentario diretto da F. Carinci, vol. VIII, 2007, pp. 578 ss.

<sup>428</sup> Santoni F., *La tutela della salute nel lavoro atipico*, in (a cura di) Montuschi L., *Ambiente, salute e sicurezza. Per una gestione integrata dei rischi di lavoro*, Giappichelli, Torino, 1997, pp. 225-239.



“coinvolti”.

Per quanto attiene al profilo oggettivo dell’obbligo di sicurezza, pare opportuno rammentare<sup>429</sup> che esso si configura quale obbligo di *facere* a contenuto, proprio per il carattere “aperto” della norma ex art. 2087 c.c., “automaticamente incrementale”, se «le misure...necessarie» devono essere apprestate alla luce dell’innovazione tecnologica e delle preziose “istruzioni” fornite dall’esperienza professionale.

A colmare il vuoto lasciato dalla delega “incompiuta” di cui all’art. 24 l. 833/1978<sup>430</sup>, il legislatore nazionale ha provveduto con un primo intervento, confermato da un successivo orientamento legislativo regionale conforme<sup>431</sup>, imponendo, attraverso l’art. 18, comma 8, l. 55/1990, relativo agli appalti di opere pubbliche, rilevanti obblighi, quale, in particolare, quello “preconizzante” della redazione dei piani di sicurezza<sup>432</sup>, in materia prevenzionistica a carico delle imprese appaltatrici e delle imprese subappaltatrici<sup>433</sup>; seguito, poi, sia pure con ritardo e in attuazione di ben cinque direttive comunitarie<sup>434</sup>, dal d. lgs. 277/1991<sup>435</sup>, a sua volta, introduttivo del regime della responsabilità solidale del committente con l’appaltatore operante all’interno dell’azienda, in relazione ai rischi derivanti da esposizione a piombo, amianto o rumore (art. 5).

La complessità della normativa, sia nazionale che comunitaria, in materia di salute e sicurezza sul lavoro risente, anche, della difficoltà di individuare uno o più istituti che fungano da vero e proprio “baricentro” della disciplina, cogliendosi, semmai, una indubbia valorizzazione, nell’economia della normativa *de qua*, del “riferimento” attinente alla predisposizione e alla manutenzione del luogo e/o degli strumenti di lavoro e alle annesse

---

<sup>429</sup> Ichino P., *Il contratto di lavoro*, XXVII, t. 2, Volume III, in *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, Giuffrè editore, Milano, 2003, p. 40; ma, vedi anche 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.

<sup>430</sup> Carinci F., *Habemus il Testo Unico per la sicurezza e la salute dei lavoratori: il D. lgs. 9 aprile 2008*, n. 81, in ADL, IV-V, 2008, p. 971.

<sup>431</sup> Focareta F., *La responsabilità di sicurezza sul lavoro negli appalti*, in Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali, 1994, pp. 143-144.

<sup>432</sup> Lanotte M., *La nuova disciplina della sicurezza sul lavoro nei cantieri temporanei e mobili*, in MGL, 1997, p. 762; Corazza L., “*Contractual integration*” e rapporti di lavoro, Cedam, Padova, 2004, p. 186.

<sup>433</sup> Leaci E., *La tutela sociale nei pubblici appalti alla luce della nuova normativa antimafia*, in MGL, 1990, p. 351.

<sup>434</sup> Per i riferimenti, vedi Ichino P., *Il contratto di lavoro*, XXVII, t. 2, Volume III, in *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, Giuffrè editore, Milano, 2003, pp. 44 ss.

<sup>435</sup> Sul d. lgs. 277/1991 si vedano i rilievi critici espressi in Guariniello R., *Tre anni di applicazione del d. lgs. 15 agosto 1991, n. 277 sui rischi lavorativi da piombo, amianto, rumore*, in Foro It., II, 1994, pp. 550 ss.

responsabilità<sup>436</sup>.

La generalità e la «diffusività»<sup>437</sup> dell'obbligo di sicurezza spiegano come la disciplina in materia possa interessarsi della tutela del lavoro non solo in via diretta, ma anche in via mediata, intercettando la dimensione «orizzontale» dei rapporti commerciali, quale quello di appalto ex art. 1655 c.c.

La tematica della salute e sicurezza sul lavoro assume, in materia di appalto, una dimensione propriamente «fisiologica»<sup>438</sup>, scaturente da una frammentazione e, al tempo stesso, moltiplicazione dei centri di potere decisionali<sup>439</sup>, a causa del coinvolgimento di almeno due soggetti con annesse organizzazioni aziendali nella medesima area di lavoro<sup>440</sup>, già predisposta dal committente, con conseguente difficoltà nell'identificare ed imputare le responsabilità in relazione ai rischi cd. interferenziali, derivanti dal «contatto rischioso»<sup>441</sup>, risultante anche dalla casistica giurisprudenziale e dalle evidenze statistiche, tra il personale delle imprese «contrattualmente connesse», in capo ad un unico centro di interessi<sup>442</sup>.

L'operare del debito di sicurezza nei confronti di chiunque presti la propria attività all'interno dell'azienda<sup>443</sup> ha comportato l'introduzione, da parte dell'art. 7 d. lgs. 626/1994, come modificato dall'art. 5 d. lgs. 242/1996 e, poi, abrogato dal d. lgs. 81/2008 - cd. Testo Unico in materia di salute e sicurezza sul lavoro -, dell'obbligo, a carico del datore di lavoro che intenda affidare ad imprese appaltatrici l'esecuzione di opere o servizi all'interno dell'azienda, di verificare l'idoneità tecnico-professionale delle imprese, in relazione ai lavori da eseguire (comma 1, lett. a) e di informarle dettagliatamente dei rischi

---

<sup>436</sup> Bacchini F., *La sicurezza del lavoro nelle opere e nei servizi affidati in subappalto*, in Inserto di ISL, n. 10, 2002, pp. III-XVI; Ichino P., *Il contratto di lavoro, XXVII, t. 2, Volume III, in Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, Giuffrè editore, Milano, 2003, pp. 46 ss.

<sup>437</sup> Cervetti Spriano F., *La nuova normativa di sicurezza sul lavoro. Commento al DL 19 settembre 1994, n. 626 integrato e modificato dal DL 19 marzo 1996, n. 242*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 2.

<sup>438</sup> Pasquarella V., *Appalto e sicurezza sul lavoro: tutele legislative e rimedi giurisdizionali*, in Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale, 2007, p. 88; Focareta F., *La responsabilità di sicurezza sul lavoro negli appalti*, in Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali, 1994, p. 140.

<sup>439</sup> Petracci F., *Il rapporto di lavoro nell'appalto*, Cedam, Padova, 2003, pp. 219 ss.; Corazza L., «Contractual integration» e rapporti di lavoro, Cedam, Padova, 2004, pp. 196 ss.; Scarpelli F., *Il codice degli appalti pubblici: un'occasione per promuovere la regolarità del lavoro*, in Note Informative, n. 36, 2006, p. 25; Bertocco S., *La tutela della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro*, in Cester C. (a cura di) *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento, Commentario di Diritto del lavoro*, diretto da F. Carinci, vol. II, UTET, Torino, 2007, pp. 989-990.

<sup>440</sup> Lai M., *Esternalizzazioni e sicurezza: l'appalto*, in DPL, 2007, n. 32, p. 1989; Palladini A., *Responsabilità di committente e appaltatore in materia di sicurezza sul lavoro*, in MGL, 2001, n. 12, p. 1281.

<sup>441</sup> Determinazione n. 3 dell'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture del 5 marzo 2008.

<sup>442</sup> Corazza L., «Contractual integration» e rapporti di lavoro, Cedam, Padova, 2004, p. 183.

specifici esistenti nell'ambiente in cui sono chiamate ad operare, così come delle misure di prevenzione e di emergenza adottate nel luogo di esecuzione del contratto di appalto (comma 1, lett. b); inoltre, di cooperare con loro all'attuazione delle misure di prevenzione e protezione dai rischi inerenti all'attività oggetto del contratto stesso (comma 2, lett. a) e di coordinare tali misure con quelle predisposte dall'impresa ospitante per eliminare i rischi dovuti «alle interferenze tra i lavori delle diverse imprese coinvolte»<sup>444</sup> (comma 2, lett. b).

Il terzo comma dell'art. 7 d. lgs. 626/1994 ha, infine, delineato una sfera di responsabilità esclusiva ed inviolabile<sup>445</sup> dell'appaltatore per quanto attiene ai rischi specifici della propria attività richiedenti una peculiare competenza tecnica settoriale<sup>446</sup>, una volta riconosciuto in capo al committente l'obbligo di promuovere la cooperazione e il coordinamento<sup>447</sup>, laddove per obbligo di cooperazione si dovrebbe intendere l'obbligo, posto in capo al committente come all'appaltatore e agli eventuali subappaltatori, di un comportamento attivo "pianificatorio" volto a predisporre ed applicare le misure di prevenzione e di protezione necessarie, mentre, per obbligo di coordinamento il coordinamento "razionale" delle diverse fasi in cui si articola l'opera o il servizio da realizzare, in modo da evitare i rischi da interferenze organizzative<sup>448</sup>.

Insomma, l'intervento legislativo del 1994<sup>449</sup> impegna, secondo una prospettiva di procedimentalizzazione dell'obbligo di sicurezza<sup>450</sup>, inteso non più in termini di dovere di

---

<sup>443</sup> Ichino P., *Il contratto di lavoro*, XXVII, t. 2, Volume III, in *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, Giuffrè editore, Milano, 2003, p. 87.

<sup>444</sup> Focareta F., *La responsabilità di sicurezza sul lavoro negli appalti*, in Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali, 1994, p. 140; Palladini A., *Responsabilità di committente e appaltatore in materia di sicurezza sul lavoro*, in MGL, 2001, n. 12, p. 1282; Ichino P., *Il contratto di lavoro*, XXVII, t. 2, Volume III, in *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, Giuffrè editore, Milano, 2003, p. 88; 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. 205-223.

<sup>445</sup> Barraco E., *Nuova disciplina lavoristica degli appalti*, in DPL, n. 24, 2007, p. 1506.

<sup>446</sup> Cass. Pen., 26 giugno 2007, n. 24824, in DPL, 32, 2007, pp. 2018 ss; Cass. Pen., 20 marzo 2008, n. 12348, in ISL, 5, 2008, pp. 313 ss.; in dottrina, Capurro F., *Appalto e subappalto*, in D&L, 2008, II, p. 424; contra 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, pp. 43 ss.

<sup>447</sup> Galantino L., *Nuove prospettive in tema di tutela della sicurezza sul lavoro*, in Inserto di DPL, n. 47, 2007, p. VI.

<sup>448</sup> Culotta A.- Di Lecce M. – Costagliola G., *Prevenzione e sicurezza nei luoghi di lavoro*, Il Sole 24 ore, Milano, 1996, pp. 131 ss.

<sup>449</sup> Per una panoramica generale della disciplina introdotta dal d. lgs. 626/1994, per tutti Ferraro G. – Lamberti M., *La sicurezza sul lavoro nel decreto legislativo attuativo delle direttive CEE*, in Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale, 1995, I, pp. 35 ss.

<sup>450</sup> Ceglie D., *Gli appalti interni: l'art. 7 d. lgs. n. 626/1994*, in (a cura di) Rusciano M.-Natullo G., *Ambiente e sicurezza del lavoro*, in Diritto del lavoro, Commentario diretto da F. Carinci, vol. VIII, 2007, p. 244.

non interferenza, ma di “fattivo” coinvolgimento e responsabilizzazione<sup>451</sup>, l'appaltante in un coacervo di attività “qualificate”, riguardanti sia la fase di stipulazione del contratto di appalto che quello della sua esecuzione<sup>452</sup>, che si irradiano sino al coordinamento dell'attività “intrusive”, quali quelle dell'appaltatore “interno”, nei confronti della propria organizzazione aziendale, al fine di garantire<sup>453</sup> la massima sicurezza tecnicamente fattibile, ai sensi della sentenza della Cort. Cost. 312/96, dei propri dipendenti come di quelli dell'appaltatore: insomma, un palese spostamento del baricentro prevenzionale dall'appaltatore al committente<sup>454</sup>.

Infatti, l'accezione “spaziale”<sup>455</sup> di «interno dell'azienda», di cui all'art. 7 succitato, ha implicato l'applicazione della disciplina speciale alle attività appaltate che si svolgono all'interno di spazi di pertinenza dell'appaltante, in quanto si è voluto prevenire i rischi “incrementali”, per i dipendenti sia dell'appaltante che dell'appaltatore, derivanti dalla compresenza di più organizzazioni in un medesimo ambiente di lavoro<sup>456</sup>.

Come accennato, con l'abrogazione del d. lgs. 626/1994, il d. lgs. 81/2008<sup>457</sup>, in attuazione della delega di cui all'art. 1 l. 123/2007, ha provveduto alla riforma e, riprendendo la rubrica della l. 123, al «riassetto», reso necessario anche dall'alluvionale stratificazione legislativa<sup>458</sup>, della normativa in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro; quest'ultima, sempre più, contrassegnata, a favore del committente, da una sfera “di ingerenza”, legalmente autorizzata e con annessa articolata «trama di responsabilità»<sup>459</sup>,

---

<sup>451</sup> Lai M., *Esternalizzazioni e sicurezza: l'appalto*, in DPL, 2007, n. 32, pp. 1992-1993; Soprani P., *Appalti e sicurezza del lavoro*, in DPL, n. 13, 2008, pp. 801 ss.; Petracci F., *Il rapporto di lavoro nell'appalto*, Cedam, Padova, 2003, pp. 221 ss.; Palladini A., *Responsabilità di committente e appaltatore in materia di sicurezza sul lavoro*, in MGL, 2001, n. 12, pp. 1280 ss.

<sup>452</sup> Bonardi O., *L'utilizzazione indiretta dei lavoratori*, Franco Angeli, Milano, 2001, p. 363.

<sup>453</sup> Ceglie D., *Gli appalti interni: l'art. 7 d. lgs. n. 626/1994*, in (a cura di) Rusciano M.-Natullo G., *Ambiente e sicurezza del lavoro*, in Diritto del lavoro, Commentario diretto da F. Carinci, vol. VIII, 2007, pp. 243 ss.

<sup>454</sup> Ceglie D., *Gli appalti interni: l'art. 7 d. lgs. n. 626/1994*, in (a cura di) Rusciano M.-Natullo G., *Ambiente e sicurezza del lavoro*, in Diritto del lavoro, Commentario diretto da F. Carinci, vol. VIII, 2007, p. 244.

<sup>455</sup> Carinci M. T., *La fornitura di lavoro altrui*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 543; 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. 216-217.

<sup>456</sup> Galantino L., *Il contenuto dell'obbligo di sicurezza*, in *La sicurezza del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1995, p. 26.

<sup>457</sup> Vedi Pascucci P., *Dopo la legge n. 123 del 2007. Titolo I del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81 in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro*, in *I working papers Centro studi di Diritto del lavoro europeo Massimo D'Antona*, 2008, n. 73.

<sup>458</sup> 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. 43.

<sup>459</sup> Ratti L., *Nozione di ciclo produttivo nella sicurezza degli appalti*, in *LG*, n. 5, 2008, p. 471.

che, con ripercussioni rilevanti, anche, sul piano penalistico, oltre che lacerare «il diaframma sinora interposto tra committente e appaltatore in nome della reciproca autonomia imprenditoriale»<sup>460</sup>, impone una collaborazione “positiva” alla realizzazione dell’opera o del servizio in sicurezza.

Quanto agli obblighi connessi, in particolare, ai contratti di appalto, l’art. 26 d. lgs. 81/2008 abroga, ma, allo stesso tempo, riprende, alla luce del principio di divieto di abbassamento degli *standard* di tutela<sup>461</sup> di cui all’art. 1, comma 3, della delega di cui alla l. 123/2007, alcune prescrizioni del “vecchio” art. 7 d. lgs. 626/1994.

Per quanto riguarda le posizioni passive “preliminari” alla fase dell’esecuzione dell’appalto, lo stesso art. 26 summenzionato dispone che la verifica, da parte del committente, dell’idoneità tecnico-professionale dell’appaltatore, in attesa della definizione, da parte della Commissione consultiva permanente per la salute e sicurezza sul lavoro (ex art. 6 d. lgs. 81/2008), dei criteri, relativi anche alla tutela della salute e della sicurezza sul lavoro e all’applicazione di determinati *standard* contrattuali ed organizzativi nell’impiego della manodopera negli appalti, finalizzati alla determinazione del sistema di qualificazione delle imprese e dei lavoratori autonomi di cui all’art. 27 d. lgs. n. 81, da adottare, a sua volta, con decreto del Presidente della Repubblica, sia “provvisoriamente” eseguita mediante l’acquisizione del certificato di iscrizione alla Camera di commercio, industria e artigianato<sup>462</sup>, nonché dell’autocertificazione dell’impresa appaltatrice circa il possesso dei requisiti di idoneità tecnico-professionale ai sensi dell’art. 47 D.P.R. 445/2000.

Trattasi, appunto, di una situazione transitoria da raccordare alla prospettiva promozionale insita nella previsione della “sanzione compulsiva”<sup>463</sup> di cui all’art. 1, comma 2, lett. r), l. 123/2007, secondo la quale si investe l’esecutivo del compito, rimasto sinora inevaso<sup>464</sup>, di delineare dei meccanismi di valutazione dell’idoneità tecnico-professionale delle imprese, anche pubbliche e subappaltatrici, al fine di considerare la legalità “prevenzionale” «quale elemento vincolante» sia per partecipare ad appalti e subappalti pubblici che per accedere a

---

<sup>460</sup> Padovani T., *Il nuovo volto del diritto penale del lavoro*, in Riv. Trim. dir. pen. econ., 1996, p. 1157.

<sup>461</sup> 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, pp. 41-42.

<sup>462</sup> Cass. 24 gennaio 2007, n. 2298, in ISL, 2007, pp. 158 ss.

<sup>463</sup> Montuschi L., *Attualità della sanzione civile nel diritto del lavoro*, in ADL, 2007, 6, p. 1197.

<sup>464</sup> Izzl D., *La tutela del lavoro negli appalti*, in Lavoro e Diritto, n. 3, 2008, p. 454.

“benefici” a carico della finanza pubblica.

*Prima facie*, si può osservare che la disposizione in tema di verifica dell’idoneità tecnico-professionale dell’appaltatore risponde certamente a un interesse “sovra-individuale”<sup>465</sup>, oltre che, dato il correlato regime di responsabilità solidale, a un interesse dello stesso appaltante, il quale può beneficiare di un “supporto documentale”, da utilizzare alla stregua di “una procedura” per la selezione prevenzionistica dei propri *partner* commerciali<sup>466</sup>, ai fini della dimostrazione dell’osservanza della regola prudenziale imposta.

Inoltre, una riflessione congiunta sulle problematiche relative alla materia prevenzionistica e su quella inerente alla genuinità dell’impresa appaltatrice consentirebbe di integrare la lettura della previsione normativa, che prescrive la «selezione prevenzionistica»<sup>467</sup> da parte del committente, alla luce dei preziosi contributi dottrinali<sup>468</sup> che hanno individuato in una effettiva e adeguata organizzazione prevenzionistica<sup>469</sup> da parte dell’impresa appaltatrice un indicatore, *ex lege*, essenziale ai fini del riconoscimento di una genuina organizzazione ad impresa.

A titolo meramente esemplificativo, una genuina e sicura organizzazione ad impresa predisposta dall’appaltatore potrebbe desumersi dal rispetto, da parte di quest’ultimo, delle misure generali di tutela ex art. 15 d. lgs. 81/2008, dall’adempimento degli obblighi di informazione e consultazione nei confronti dei rappresentanti, inclusi quelli di sito produttivo, dei lavoratori per la sicurezza, come, per quanto riguarda la materia della sicurezza nei cantieri mobili e temporanei, dalla redazione del piano operativo di sicurezza e l’attuazione del piano di sicurezza e coordinamento, rispettivamente, ex art. 89, comma 1, lett. h) ed ex art. 100 T.U. in materia di sicurezza sul lavoro.

Invariato, rispetto alla disciplina di cui al d. lgs. 626/1994, rimane l’obbligo, a carico dell’appaltante, di fornire, magari, anche, mediante inserzione nel capitolato d’appalto<sup>470</sup>, all’appaltatore dettagliate informazioni «sui rischi specifici esistenti nell’ambiente in cui

---

<sup>465</sup> Carinci M. T., *La fornitura di lavoro altrui*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 545.

<sup>466</sup> Ceglie D., *Gli appalti interni: l’art. 7 d. lgs. n. 626/1994*, in (a cura di) Rusciano M.-Natullo G., *Ambiente e sicurezza del lavoro*, in *Diritto del lavoro*, Commentario diretto da F. Carinci, vol. VIII, 2007, pp. 244-246.

<sup>467</sup> Soprani P., *Appalti e sicurezza del lavoro*, in DPL, n. 13, 2008, p. 803; Scarpelli F., *Interposizione illecita, somministrazione irregolare, somministrazione fraudolenta*, in (a cura di) Ghezzi G., *Il lavoro tra progresso e mercificazione. Commento critico al decreto legislativo n. 276/2003*, Ediesse, Roma, 2004, p. 154.

<sup>468</sup> Bonardi O., *L’utilizzazione indiretta dei lavoratori*, Franco Angeli, Milano, 2001, pp. 362 ss.

<sup>469</sup> Ceglie D., *Gli appalti interni: l’art. 7 d. lgs. n. 626/1994*, in (a cura di) Rusciano M.-Natullo G., *Ambiente e sicurezza del lavoro*, in *Diritto del lavoro*, Commentario diretto da F. Carinci, vol. VIII, 2007, pp. 244-245.

<sup>470</sup> Lai M., *Esternalizzazioni e sicurezza: l’appalto*, in DPL, n. 32, p. 1992.

sono destinati ad operare e sulle misure di prevenzione e di emergenza adottate in relazione alla propria attività» (art. 26, comma 1, lett. b).

Trattasi di una disposizione che, da un lato, ricalca, analogamente a quanto prevede per l'appaltatore il terzo comma dello stesso articolo 26 d. lgs. 81/2008, l'ambito specifico di responsabilità prevenzionistica del committente e, dall'altro, individua un obbligo, di natura strumentale e la cui inottemperanza legittimerebbe l'appaltatore medesimo all'eccezione di inadempimento, funzionale all'adozione delle misure necessarie da parte dell'appaltatore così come al conseguente coordinamento prevenzionistico<sup>471</sup>.

Infatti, l'obbligo di fornire informazioni "dettagliate", quindi, precise e non generiche ed evasive, in capo al committente risulterebbe funzionale rispetto a quello, di ciascun appaltatore coinvolto nel processo di segmentazione produttiva, di informare e formare, a sua volta, i propri dipendenti, dato che l'appaltatore-datore di lavoro rimane il "garante primo" della sicurezza sul lavoro di quest'ultimi<sup>472</sup>.

Analogamente, poiché l'art. 26 *de quo*, come tributario dell'art. 7 d. lgs. 626/1994, a sua volta, normativamente ancorato all'art. 6, comma 4, direttiva CEE 391/1989, richiama, oltre all'obbligo informativo "unilaterale" a carico dell'appaltante, anche un obbligo "reciproco", a carico delle parti stipulanti il contratto di appalto, al coordinamento e alla cooperazione prevenzionale, deve ritenersi che anche il committente sia legittimato, in caso di inadempimento dell'appaltatore, a ricorrere all'eccezione di inadempimento come agli altri strumenti di autotutela contrattuale, quali penalità, trattenute, sino alla risoluzione del contratto di appalto.

Inoltre, all'art. 26, comma 1, d. lgs. 81/2008 va riconosciuto il merito di aver "consolidato" la nozione di organizzazione, in sé "nuova" dal punto di vista dell'espressione letterale, in chiave funzionale<sup>473</sup>, in aggiunta a quella spaziale<sup>474</sup>, riprendendo la modificazione

---

<sup>471</sup> Ceglie D., *Gli appalti interni: l'art. 7 d. lgs. n. 626/1994*, in (a cura di) Rusciano M.-Natullo G., *Ambiente e sicurezza del lavoro*, in *Diritto del lavoro*, Commentario diretto da F. Carinci, vol. VIII, 2007, p. 246; 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. 205-223.

<sup>472</sup> Ceglie D., *Gli appalti interni: l'art. 7 d. lgs. n. 626/1994*, in (a cura di) Rusciano M.-Natullo G., *Ambiente e sicurezza del lavoro*, in *Diritto del lavoro*, Commentario diretto da F. Carinci, vol. VIII, 2007, p. 246.

<sup>473</sup> 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. 197 ss.; Lai M., *Esternalizzazioni e sicurezza: l'appalto*, in *DPL*, 2007, n. 32, p. 1993; Pasquarella V., *Appalto e sicurezza sul lavoro: tutele legislative e rimedi giurisdizionali*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2007, p. 104; Galantino L., *Nuove prospettive in tema di tutela della sicurezza sul lavoro*, in *Inserito di DPL*, n. 47, 2007, p. VI; Soprani P., *Evoluzione del sistema*

apportata in tal senso già dalla l. 296/2006, che prevedeva “l’incrocio”<sup>475</sup> della locuzione di «interno all’azienda o di una singola unità produttiva» con quella di «nell’ambito dell’intero ciclo produttivo» dell’impresa committente, e richiamando, nell’escludere il carattere necessario “dell’internità fisica” dei lavori appaltati<sup>476</sup>, all’attenzione del giuslavorista un percorso interpretativo e ricostruttivo già tracciato dalla dottrina e dalla giurisprudenza nazionale<sup>477</sup> in relazione all’art. 3 l. 1369/1960, in materia di tutela del lavoro negli appalti cd. interni<sup>478</sup>.

Infatti, il meritorio riferimento alla nozione di ciclo produttivo se, da un lato, adegua le responsabilità datoriali, anche in materia prevenzionistica, ai mutati modelli produttivi, dall’altro, non sfugge alle incertezze, già emerse all’attenzione dell’interprete dell’art. 3 l. 1369/1960, circa il suo effettivo campo di applicazione.

Tuttavia, l’“ultima” formulazione, per mezzo dell’art. 16 d. lgs. 106/2009, dell’art. 26, comma 1, d. lgs. 81/2008, superando un contrasto interpretativo<sup>479</sup> mediante l’avallo dell’interpretazione sostenuta dalla circolare del Ministero del Lavoro n. 24/2007<sup>480</sup> ha espressamente escluso dalla stessa portata applicativa della locuzione di ciclo produttivo le

---

*prevenzionistico in materia di appalto*, in DPL, n. 44, 2007, p. 2671; Barraco E., *Nuova disciplina lavoristica degli appalti*, in DPL, n. 24, 2007, p. 1506; Ratti L., *Nozione di ciclo produttivo nella sicurezza degli appalti*, in LG, n. 5, 2008, pp. 471 ss.; Izzi D., *La tutela del lavoro negli appalti*, in Lavoro e Diritto, n. 3, 2008, pp. 448-449; in giurisprudenza, vedi Cass. Pen., 12 ottobre 2007, n. 37588, in DPL, 2008, pp. 309 ss., con nota di Guariniello; Bacchini F., *Le tutele lavoristico-antifortunistiche negli appalti d’impresa ed endoaziendali. Commento all’art. 3, comma 1, lett. a), b)*, in (a cura di) Bacchini F., *Commentario alla sicurezza del lavoro*, Ipoa, Milano, pp. 95 ss.

<sup>474</sup> Marinelli M., *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 186; Carinci F., *Habemus il Testo Unico per la sicurezza e la salute dei lavoratori: il D. lgs. 9 aprile 2008, n. 81*, in ADL, IV-V, 2008, p. 986.

<sup>475</sup> 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.

<sup>476</sup> Soprani P., *Evoluzione del sistema prevenzionistico in materia di appalto*, in DPL, n. 44, 2007, p. 2671; Capurro F., *Appalto e subappalto*, in D&L, 2008, II, p. 422; Barraco E., *Nuova disciplina lavoristica degli appalti*, in DPL, n. 24, 2007, p. 1506.

<sup>477</sup> Per tutte, vedi Cass. Sez. Un., 19 ottobre 1990, n. 10183, in Foro It., 1992, p. 554 ss., con nota di Scarpelli.

<sup>478</sup> Carinci M. T., *La fornitura di lavoro altrui*, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 490 ss.; Ratti L., *Nozione di ciclo produttivo nella sicurezza degli appalti*, in LG, n. 5, 2008, p. 472; Alvino I., *Il regime delle responsabilità negli appalti*, in Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali, n. 115, 2007, p. 530; 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. 216-217; Lai M., *Committente e responsabile dei lavori*, in ISL, 1997, 9, p. 513.

<sup>479</sup> Vedi la già citata Cass. 12 ottobre 2007, n. 37588, in DPL, 2008, pp. 309 ss.; Capurro F., *Appalto e subappalto*, in D&L, 2008, II, p. 422; Scarpelli F., *La responsabilità del committente negli appalti e il contrasto al lavoro nero: nuovi interventi del legislatore*, in Note Informative, n. 40, 2007, pp. 29-30.

<sup>480</sup> Circ. Min. Lav., 14 novembre 2007, n. 24, in DPL, 2008, p. 122



attività che si svolgono in locali sottratti alla giuridica disponibilità del committente<sup>481</sup>, in quanto circostanza in grado di “annullare” l’agibilità dell’attività di coordinamento da parte del committente<sup>482</sup>.

Altresì, è auspicabile che prevalga, sempre con riferimento “all’estensione” del concetto di ciclo produttivo, quella proposta interpretativa<sup>483</sup>, confortata, sul piano della formulazione letterale dell’art. 26, comma 1, d. lgs. 81/2008, dal termine «nonché», che individua nell’appalto solo la fattispecie tipica, in quanto più ricorrente nella prassi, attraverso la quale si articola il processo produttivo tra due o più imprese, legittimando, per tale via, l’applicazione del disposto normativo in questione, anche a favore di altre fattispecie di «integrazione contrattuale tra soggetti imprenditoriali», come il *franchising*<sup>484</sup>, pur in presenza di un ostacolo di non poco conto, quale la circostanza che la previsione *de qua* sia corredata da sanzioni penali, presidiate dal ben noto principio di tassatività<sup>485</sup>.

D’altronde, la ricostruzione suggerita ben si concilierebbe con la più recente normativa, non solo prevenzionistica, che mira a combinare la tecnica della responsabilità solidale con disposizioni incentrate sulla cooperazione datoriale<sup>486</sup>, in conformità, fra l’altro, con le corrispondenti acquisizioni in materia da parte dei sistemi di *common law*<sup>487</sup> che superano l’iconografia dell’impresa staticamente integrata<sup>488</sup>.

Il secondo comma dell’art. 26 d. lgs. 81/2008 disciplina le reciproche posizioni giuridiche tra i datori di lavoro, fino a ricomprendere anche quella di eventuali subappaltatori, riconoscendo, in tal modo, una peculiare rilevanza, ai fini prevenzionistici, ai fenomeni di esternalizzazione caratterizzati da una filiera produttiva, più o meno, soggettivamente “popolata”, in seguito ad una possibile concatenazione di contratti di appalto ex art. 1655 c.c.

---

<sup>481</sup> Soprani P., *Prevenzione e appalti: il decreto «Durc»*, in ISL, n. 2, 2008, p. 77.

<sup>482</sup> Barraco E., *Nuova disciplina lavoristica degli appalti*, in DPL, n. 24, 2007, p. 1506.

<sup>483</sup> Scarpelli F., *La responsabilità del committente negli appalti e il contrasto al lavoro nero: nuovi interventi del legislatore*, in Note Informative, n. 40, 2007, pp. 29-30; ma, nello stesso senso, vedi anche 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. 35 ss.

<sup>484</sup> Scarpelli F., *La responsabilità del committente negli appalti e il contrasto al lavoro nero: nuovi interventi del legislatore*, in Note Informative, n. 40, 2007, p. 30; Tullini P., *Sicurezza e regolarità del lavoro negli appalti*, in ADL, 2007, p. 897; contra Ratti L., *Nozione di ciclo produttivo nella sicurezza degli appalti*, in LG, n. 5, 2008, p. 473.

<sup>485</sup> Barraco E., *Nuova disciplina lavoristica degli appalti*, in DPL, n. 24, 2007, p. 1506.

<sup>486</sup> Tullini P., *Sicurezza e regolarità del lavoro negli appalti*, in ADL, 2007, pp. 892 ss.

<sup>487</sup> Deakin S. – Wilkinson F., *The Law of the labour market – Industrialization, Employment and Legal Evolution*, OUP, Oxford, 2005, pp. 4-35.

<sup>488</sup> Ratti L., *Nozione di ciclo produttivo nella sicurezza degli appalti*, in LG, n. 5, 2008, p. 473.

Innanzitutto, il riferimento alla nozione di datore di lavoro operata dall'art. 26 d. lgs. 81/2008, unitamente ad una coerente interpretazione sistematica del Testo Unico, sembra ricalcare quell'orientamento interpretativo<sup>489</sup>, che, vigente il d. lgs. 626/1994, evidenziava l'applicabilità dell'art. 7 dello stesso decreto a qualsiasi committente, anche non imprenditore.

Analogamente, sia pure innovando parzialmente rispetto alla corrispondente previsione normativa di cui al previgente art. 7 d. lgs. 626/1994, l'art. 26 d. lgs. n. 81/2008 pare abbia perso una buona occasione per meglio definire la configurazione giuridica, al di là dell'incombenza "propulsiva" di cui al terzo comma dello stesso art. 26, della posizione debitoria<sup>490</sup> del committente, nei confronti degli appaltatori ed eventuali subappaltatori, per quanto riguarda la cooperazione e il coordinamento "reciproci" nell'attuazione delle misure di prevenzione e protezione dai rischi "comuni"<sup>491</sup> e degli analoghi interventi, rispettivamente, ex art. 26, comma 2, lett. a) e b)<sup>492</sup>.

La parziale, sia pur rilevante, innovazione apportata dal predetto art. 26 d. lgs. 81/2008 va rinvenuta nella funzionalizzazione, una volta individuato l'obiettivo dell'eliminazione, o della riduzione al minimo, dei rischi da "interferenze"<sup>493</sup>, dell'informazione reciproca, tra i soggetti economici "contrattualmente integrati", in merito, appunto, ai rischi dovute «alle interferenze tra i lavori delle diverse imprese coinvolte nell'esecuzione dell'opera complessiva».

L'apprestamento di un "circuito" informativo efficace e qualificato è, a sua volta, finalizzato, anche, alla redazione, da parte del committente, del documento unico di valutazione dei rischi, da allegare al contratto di appalto<sup>494</sup> in qualità di «mini-piano di sicurezza e coordinamento»<sup>495</sup> deputato alla formalizzazione, in chiave dinamica e "interattiva" rispetto ai cambiamenti tecnico-organizzativi riguardanti l'ambiente di lavoro, dell'azione di promozione della cooperazione e del coordinamento da parte del committente.

---

<sup>489</sup> Carinci M. T., *La fornitura di lavoro altrui*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 544.

<sup>490</sup> Carinci M. T., *La fornitura di lavoro altrui*, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 545-547.

<sup>491</sup> Lai M., *Esternalizzazioni e sicurezza: l'appalto*, in DPL, 2007, n. 32, p. 1992.

<sup>492</sup> Con riferimento alla disciplina normativa apprestata dal d. lgs. 626/1994, vedi Bonardi O., *L'utilizzazione indiretta dei lavoratori*, Franco Angeli, Milano, 2001, p. 364.

<sup>493</sup> Ceglie D., *Gli appalti interni: l'art. 7 d. lgs. n. 626/1994*, in (a cura di) Rusciano M.-Natullo G., *Ambiente e sicurezza del lavoro*, in *Diritto del lavoro*, Commentario diretto da F. Carinci, vol. VIII, 2007, p. 244.

<sup>494</sup> Izzi D., *La tutela del lavoro negli appalti*, in *Lavoro e Diritto*, n. 3, 2008, pp. 451-452.

<sup>495</sup> Soprani P., *Appalti e sicurezza del lavoro*, in DPL, n. 13, 2008, p. 803.

Infatti, allorché emerga la necessità di adottare, anche perché segnalate, misure prevenzionali e/o protettive integrative, si deve procedere ad un “aggiustamento”, ex art. 14, comma 3, d. lgs. 81/2008, come novellato dal d. lgs. 106/2009, del documento unico di valutazione dei rischi, con conseguente rimodulazione, nel caso di modifiche tecnico-organizzative incidenti sulle modalità di realizzazione dell’opera, del servizio o della fornitura, degli oneri economici relativi alla sicurezza<sup>496</sup>.

Certamente, e fermo restando l’obbligo dell’appaltatore di evidenziare le particolari situazioni di rischio proprie della specifica attività espletata, in quanto a quest’ultimo note o, almeno, conoscibili secondo la diligenza “qualificata” richiesta, gli obblighi, in capo al committente, di promuovere la cooperazione e il coordinamento in relazione ai rischi interferenziali<sup>497</sup>, di cui all’art. 26, comma 2, d. lgs. 81/2008, e di redazione del documento unico, “aggiuntivo” rispetto ai documenti di valutazione dei rischi imposti ai singoli datori di lavoro<sup>498</sup> evidenziano, alla luce, anche, della prevista tecnica della responsabilità solidale, la peculiare “posizione”, anche nella materia prevenzionistica, del soggetto economico-giuridico che “modella” a monte, quale capofila della filiera dell’appalto<sup>499</sup>, il processo produttivo mediante la *contractual integration*<sup>500</sup>, a prescindere dal fatto che ospiti “fisicamente” nel perimetro della propria organizzazione aziendale una struttura organizzativa “terza”.

Dunque, l’adempimento dell’obbligo di redazione del documento unico di valutazione dei rischi, che può articolarsi in una parte generale, relativa ai rischi interferenziali comuni a ciascun contratto di appalto, e in una parte speciale, più aderente alle interferenze caratterizzanti le specifiche lavorazioni oggetto dell’appalto, rappresenterebbe, per quanto attiene al versante prevenzionale, una equilibrata contropartita a carico del committente per

---

<sup>496</sup> Circ. Min. Lav., 14 novembre 2007, n. 24, in DPL, 2008, p. 122

<sup>497</sup> Lai M., *Esternalizzazioni e sicurezza: l’appalto*, in DPL, 2007, n. 32, p. 1992; Deidda B., *La responsabilità penale delle figure previste dal decreto 626/94*, in *Ambiente e sicurezza sul lavoro*, 9, 1996, p. 15.

<sup>498</sup> Galantino L., *Nuove prospettive in tema di tutela della sicurezza sul lavoro*, in *Inserito di DPL*, n. 47, 2007, p. VI; Lepore M., *Le legge delega sulla sicurezza: prime riflessioni*, in *Lavoro nella giurisprudenza*, n. 11, 2007, p. 1082; 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, pp. 43-44.

<sup>499</sup> Bacchini F., *Le tutele lavoristico-antifortunistiche negli appalti d’impresa ed endoaziendali. Commento all’art. 3, comma 1, lett. a), b)*, in (a cura di) Bacchini F., *Commentario alla sicurezza del lavoro*, Ipsos, Milano, pp. 93 ss.

<sup>500</sup> Soprani P., *Evoluzione del sistema prevenzionistico in materia di appalto*, in DPL, n. 44, 2007, p. 2671; Corazza L., *“Contractual integration” e rapporti di lavoro*, Cedam, Padova, 2004, p. 188.

il corrispondente ruolo di “produttore” permanente, nell’ambito dei processi di segmentazione produttiva, di regole procedurali<sup>501</sup>, evitando, allo stesso tempo, che il riconoscimento della relativa posizione si traduca in una “supplenza continuativa”, ogni volta in cui l’appaltatore sia inadempiente rispetto alle misure prevenzionali da adottare nei confronti dei propri dipendenti<sup>502</sup>.

Infatti, la tecnica, utilizzata dal legislatore - art. 7 d.lgs. 626/1994 e d.lgs. 494/1996 ed ora, rispettivamente, artt. 26 e 88 ss. d.lgs. 81/2008 -, soprattutto, per garantire l’effettività di una politica prevenzionistica, è quella di un riconoscimento, a favore del committente, della natura di attore principale nella prospettiva di una «globalizzazione della prevenzione»<sup>503</sup>, valorizzando la dimensione “intersoggettiva” ed “esterna all’azienda”<sup>504</sup> di una gestione integrata e «pianificata della sicurezza»<sup>505</sup>.

Il mancato coinvolgimento del committente<sup>506</sup> avrebbe incentivato comportamenti, da parte di quest’ultimo, “dismissivi” di qualunque responsabilità in materia di sicurezza sul lavoro, oltre che rendere appetibili strategie di riduzione dei costi connessi alla prevenzione<sup>507</sup>, a scapito della scelta di imprese appaltatrici affidabili anche dal punto di vista della politica prevenzionale<sup>508</sup>.

L’approdo legislativo summenzionato risente anche della spinta “pretoria”, frutto di un filone giurisprudenziale<sup>509</sup> che ha tentato di affermare, per quanto riguarda la materia antinfortunistica, la responsabilità concorrente del committente<sup>510</sup>, “sfidando” il principio,

---

<sup>501</sup> Ceglie D., *Gli appalti interni: l’art. 7 d. lgs. n. 626/1994*, in (a cura di) Rusciano M.-Natullo G., *Ambiente e sicurezza del lavoro*, in *Diritto del lavoro*, Commentario diretto da F. Carinci, vol. VIII, 2007, pp. 245-246.

<sup>502</sup> Barraco E., *Nuova disciplina lavoristica degli appalti*, in *DPL*, n. 24, 2007, p. 1506.

<sup>503</sup> Pasquarella V., *Appalto e sicurezza sul lavoro: tutele legislative e rimedi giurisdizionali*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2007, p. 93; vedi anche Ricci M., *Sicurezza sul lavoro e responsabilità sociale d’impresa*, in (a cura di) Montuschi L. - Tullini P., *Lavoro e responsabilità sociale dell’impresa*, Bologna, Zanichelli, 2006, p. 462.

<sup>504</sup> Pasquarella V., *Appalto e sicurezza sul lavoro: tutele legislative e rimedi giurisdizionali*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2007, p. 105.

<sup>505</sup> Lanotte M., *La nuova disciplina della sicurezza sul lavoro nei cantieri temporanei e mobili*, in *MGL*, 1997, p. 761.

<sup>506</sup> Focareta F., *La responsabilità di sicurezza sul lavoro negli appalti*, in *Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 1994, pp. 145 ss.

<sup>507</sup> Pasquarella V., *Appalto e sicurezza sul lavoro: tutele legislative e rimedi giurisdizionali*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2007, pp. 87-94.

<sup>508</sup> Corazza L., *“Contractual integration” e rapporti di lavoro*, Cedam, Padova, 2004, p. 192; Ferraro G. – Lamberti M., *La sicurezza sul lavoro nel decreto legislativo attuativo delle direttive CEE*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 1995, I, p. 47.

<sup>509</sup> Cass. Pen. 17 novembre 1995, in *Rep. Foro It.*, 1996, pp. 114 ss.; Cass. Pen. 29 luglio 1997, n. 7418, in *ISL*, 1997, IX, pp. 597 ss.; Cass. Pen. 10 gennaio 2001 n. 3516, in *ISL*, 2002, VI, pp. 291 ss.

<sup>510</sup> Lanotte M., *La nuova disciplina della sicurezza sul lavoro nei cantieri temporanei e mobili*, in *MGL*, 1997, p. 761.

ritenuto, *ex post*, di «applicazione residuale» da una parte della dottrina<sup>511</sup>, secondo cui gli obblighi relativi alla tutela della salute e della sicurezza ex art. 2087 c.c. dei lavoratori dipendenti dall'appaltatore ricadono solo su quest'ultimo<sup>512</sup>.

Trattasi di un orientamento giurisprudenziale, pur sempre fondato su un'interpretazione estensiva dell'art. 2087 c.c.<sup>513</sup>, che, tuttavia, va circoscritto a fattispecie ben individuate, caratterizzate dalla «deviazione genetica o funzionale del modello normativo»<sup>514</sup> del contratto di appalto, dalla messa a disposizione di macchine e attrezzature e/o nella predisposizione dell'ambiente di lavoro da parte del committente<sup>515</sup>, oppure da una «compensazione» delle attività dell'appaltante e dell'appaltatore nei cosiddetti appalti promiscui e «scorporati»<sup>516</sup>.

Nel primo gruppo di fattispecie<sup>517</sup>, vi è, innanzitutto, quella giurisprudenza, che percorre un ragionamento analogo a quello che ha condotto all'individuazione del datore di lavoro effettivo ex art. 1, comma 5, l. 1369/1960<sup>518</sup>, occasionata da dubbi relativi alla genuinità del contratto di appalto, in cui la «molesta» ingerenza del committente<sup>519</sup>, che ne giustifica, *a posteriori*, la corresponsabilità con l'appaltatore sulla base dell'accertamento rigoroso di «un nesso di causalità tra l'attività o le scelte dell'appaltante e la situazione protetta»<sup>520</sup>, nell'organizzazione della produzione dell'appaltatore finisce per ledere l'autonomia

---

<sup>511</sup> Per tutti, Focareta F., *La responsabilità di sicurezza sul lavoro negli appalti*, in Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali, 1994, p. 142.

<sup>512</sup> In giurisprudenza, per tutte, Cass. Pen. 7 luglio, 1975, n. 1548, in MGL, 1977, pp. 287 ss.; Cass. 23 marzo 1999, n. 2745, in OGL., 1999, I, pp. 538 ss.; Palladini A., *Responsabilità di committente e appaltatore in materia di sicurezza sul lavoro*, in MGL, 2001, n. 12, pp. 1281-1282; Scarpelli F., *La responsabilità del committente negli appalti e il contrasto al lavoro nero: nuovi interventi del legislatore*, in Note Informative, n. 40, 2007, p. 27; Smuraglia C., *La sicurezza sul lavoro e la sua tutela penale*, 1974, pp. 267 ss.

<sup>513</sup> Pasquarella V., *Appalto e sicurezza sul lavoro: tutele legislative e rimedi giurisdizionali*, in Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale, 2007, pp. 94 ss.; Focareta F., *La responsabilità di sicurezza sul lavoro negli appalti*, in Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali, 1994, p. 145; Lanotte M., *La nuova disciplina della sicurezza sul lavoro nei cantieri temporanei e mobili*, in MGL, 1997, p. 762.

<sup>514</sup> Per primo, Focareta F., *La responsabilità di sicurezza sul lavoro negli appalti*, in Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali, 1994, p. 145; Corazza L., *“Contractual integration” e rapporti di lavoro*, Cedam, Padova, 2004, p. 184.

<sup>515</sup> Palladini A., *Responsabilità di committente e appaltatore in materia di sicurezza sul lavoro*, in MGL, 2001, n. 12, p. 1282.

<sup>516</sup> Cass. Pen., sez. IV, 29 agosto 1989, Boschi, in Guariniello R., *Sicurezza del lavoro e Corte di Cassazione*, (1988-1994), Milano, 1994, pp. 164 ss.; Focareta F., *La responsabilità di sicurezza sul lavoro negli appalti*, in Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali, 1994, p. 151; Lanotte M., *La nuova disciplina della sicurezza sul lavoro nei cantieri temporanei e mobili*, in MGL, 1997, p. 762.

<sup>517</sup> Cass. Pen. 29 luglio 1997, n. 7418, in ISL, 1997, X, pp. 597 ss.; Cass. Pen. 10 gennaio 2001 n. 3516, in ISL, 2002, VI, pp. 291 ss.

<sup>518</sup> Corazza L., *“Contractual integration” e rapporti di lavoro*, Cedam, Padova, 2004, p. 184.

<sup>519</sup> Marino V., *Appalti e infortuni sul lavoro* (commento a Pret. Monza, 26 novembre 1992), in RIDL, 1993, II, pp. 567-569.

imprenditoriale di quest'ultimo, ma non sino al punto di trasformarlo in *nudus minister*.

In tal caso, si configura, invece, una responsabilità esclusiva del committente, in quanto “effettivo” datore di lavoro<sup>521</sup>, accanto ad un'eventuale responsabilità dello pseudo-appaltatore in qualità di preposto<sup>522</sup>.

Inoltre, il superamento “giurisprudenziale” del cd. principio di non ingerenza<sup>523</sup> si è spinto sino al punto di riconoscere, in presenza di eventi infortunistici, la corresponsabilità del committente sia nei casi di imposizione di prezzi<sup>524</sup> e/o tempi di consegna talmente “vessatori” da far desumere un inadeguato apprestamento, da parte dell'appaltatore, delle misure provvisionali e di sicurezza<sup>525</sup>, sia di scelta, risultante colposa per, appunto, *culpa in eligendo*, di un appaltatore “inadatto”, per incompetenza o per carente organizzazione aziendale, all'esecuzione dell'oggetto dell'appalto<sup>526</sup>.

Invece, nel caso dei cd. appalti promiscui, che si svolgono all'interno dell'azienda del committente, l'orientamento giurisprudenziale *de quo*<sup>527</sup>, talvolta fondando la propria argomentazione sull'art. 5 DPR 547/55, ha anticipato la più compiuta disciplina legislativa di cui all'art. 7 d. lgs. 626/1994 - che li qualificherà, appunto, «interni» - nel riconoscere la responsabilità del committente, fatta salva quella dell'appaltatore per i rischi specifici della

---

<sup>520</sup> Petracci F., *Il rapporto di lavoro nell'appalto*, Cedam, Padova, 2003, p. 214.

<sup>521</sup> Cass. Pen. 20 ottobre 1982, in Not. Giur. Lav., 1983, pp. 227 ss.; in dottrina Mazzotta O., *Diritto alla salute e decentramenti produttivi*, in *Tutela della salute e diritto privato*, (a cura di) Busnelli F. D.- Breccia U., Milano, 1978, pp. 221 ss.; Bacchini F., *La sicurezza del lavoro nelle opere e nei servizi affidati in subappalto*, in *Inserito di ISL*, n. 10, 2002, p. XIII; Focareta F., *La responsabilità di sicurezza sul lavoro negli appalti*, in *Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 1994, p. 147; Padula A., *Tutela penale della sicurezza del lavoro*, Cedam, Padova, 2003, pp. 178-179; Culotta A.- Di Lecce M. - Costagliola G., *Prevenzione e sicurezza nei luoghi di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1990, pp. 184 ss.

<sup>522</sup> Amodio M., *Appalto e responsabilità penale negli infortuni sul lavoro*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 1980, p. 542; Bacchini F., *La sicurezza del lavoro nelle opere e nei servizi affidati in subappalto*, in *Inserito di ISL*, n. 10, 2002, p. XIV; Palladini A., *Responsabilità di committente e appaltatore in materia di sicurezza sul lavoro*, in *MGL*, 2001, n. 12, pp. 1282-1283.

<sup>523</sup> Vallebbona 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. 205 ss.

<sup>524</sup> Palladini A., *Responsabilità di committente e appaltatore in materia di sicurezza sul lavoro*, in *MGL*, 2001, n. 12, p. 1280.

<sup>525</sup> Amodio M., *Appalto e responsabilità penale negli infortuni sul lavoro*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 1980, pp. 535-536; Focareta F., *La responsabilità di sicurezza sul lavoro negli appalti*, in *Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 1994, p. 148; in giurisprudenza, Trib. Milano, 26 maggio 1978, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 1979, IV, pp. 143 ss.

<sup>526</sup> Amodio M., *Appalto e responsabilità penale negli infortuni sul lavoro*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 1980, p. 538; Palladini A., *Responsabilità di committente e appaltatore in materia di sicurezza sul lavoro*, in *MGL*, 2001, n. 12, pp. 1280-1281; in giurisprudenza, per tutte, Cass. Pen. 25 novembre 1992, n. 11416, in *DPL*, 1993, pp. 48 ss.

<sup>527</sup> Bacchini F., *La sicurezza del lavoro nelle opere e nei servizi affidati in subappalto*, in *Inserito di ISL*, n. 10, 2002, p. VIII; in giurisprudenza, Cass. Pen. 7 luglio 1993, n. 6866, in *DPL*, 1993, pp. 2287 ss.

propria attività, per quanto attiene alla garanzia della sicurezza complessiva dell'ambiente di lavoro<sup>528</sup>.

Anzi, la giurisprudenza<sup>529</sup> ha affermato, esclusa qualsiasi «logica di contrattualizzazione della sicurezza»<sup>530</sup> implicante la possibilità di apportare deroghe per via negoziale<sup>531</sup>, se non *in melius*, il carattere inderogabile della responsabilità del committente<sup>532</sup>, riconoscendone, altresì, un'estensione che si spinge sino alla fattispecie-limite di mera acquiescenza al subappalto<sup>533</sup>.

In tale coacervo di fattispecie, dunque, il denominatore comune ai fini dell'imputazione della responsabilità è da ravvisarsi, in ossequio al principio di effettività, nel potere di governo dei fattori dotati di potenzialità antinfortunistica<sup>534</sup> (ambiente, dotazioni tecniche, processi produttivi e risorse del personale), che consente di individuare, in maniera sempre più nitida ed aderente ai mutati contesti organizzativi e produttivi, i destinatari delle norme antinfortunistiche «in tutti coloro che hanno il potere di incidere sul risultato»<sup>535</sup>.

Analogamente e prima dell'intervento legislativo del 1996 in materia di cantieri mobili e temporanei, nel caso di appalti cd. scorporati, caratterizzanti dalla presenza, anche non contestuale, di più imprese nel medesimo cantiere edile, la giurisprudenza segnalata<sup>536</sup> ha sancito la responsabilità, in prima battuta, in capo al committente per quanto riguarda il coordinamento “prevenzionale” concretizzantesi nell'organizzazione complessiva del

---

<sup>528</sup> Palladini A., *Responsabilità di committente e appaltatore in materia di sicurezza sul lavoro*, in MGL, 2001, n. 12, p. 1282; Ichino P., *Il contratto di lavoro, XXVII, t. 2, Volume III, in Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, Giuffrè editore, Milano, 2003, pp. 88-89; Lai M., *Flessibilità e sicurezza sul lavoro*, Giappichelli, Torino, 2006, pp. 63 ss.

<sup>529</sup> Cass. Pen. 5 luglio 1990, in Riv. trim. dir. pen. econ., 1991, pp. 1243 ss.

<sup>530</sup> Soprani P., *Divieto di ribasso d'asta per la definizione contrattuale dei costi della sicurezza*, in ISL, n. 10, 2006, p. 595.

<sup>531</sup> Focareta F., *La responsabilità di sicurezza sul lavoro negli appalti*, in Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali, 1994, p. 150; Palladini A., *Responsabilità di committente e appaltatore in materia di sicurezza sul lavoro*, in MGL, 2001, n. 12, p. 1282; Lanotte M., *La nuova disciplina della sicurezza sul lavoro nei cantieri temporanei e mobili*, in MGL, 1997, p. 770.

<sup>532</sup> Lai M., *Esternalizzazioni e sicurezza: l'appalto*, in DPL, 2007, n. 32, p. 1992; Bacchini F., *La sicurezza del lavoro nelle opere e nei servizi affidati in subappalto*, in Inserto di ISL, n. 10, 2002, p. VII.

<sup>533</sup> Cass. Pen. 6 novembre 1990, n. 14429, in RPen., Mass., 1991, pp. 759 ss.

<sup>534</sup> Marando G., *Sicurezza del lavoro e responsabilità nell'appalto*, in Resp. civ. prev., 1997, I, pp. 1015 ss.

<sup>535</sup> Cass. Pen., 8 febbraio 1990, in Riv. Pen. Mass., 1990, pp. 1077 ss.

<sup>536</sup> Cass. Pen., 3 ottobre 2001, n. 35823, in MGL, 2002, 5, con nota di Masini L., *Infortuni sul lavoro nei cantieri edili e responsabilità del committente o dei suoi ausiliari*, pp. 406 ss.; Bacchini F., *Il contratto d'appalto e il contratto d'opera in azienda e in cantiere. La sicurezza sul lavoro*, Cedam, Padova, 2001, pp. 38 ss.

cantiere<sup>537</sup>, resosi necessario per i rischi interferenziali connessi alla frammentazione del processo produttivo.

Proprio in riferimento a tale “fisiologica” evenienza, l’art. 1, comma 910, lett. b) della legge 296/2006 - cd. Legge Finanziaria 2007 -, ha rafforzato, anche estendendolo agli altri ulteriori possibili soggetti della filiera produttiva, il regime di solidarietà passiva<sup>538</sup>, già introdotto dalla disciplina previgente, prevedendo, altresì, la corresponsabilità tra il committente imprenditore, l’appaltatore e gli eventuali subappaltatori per quanto riguarda il risarcimento di tutti i danni per i quali il dipendente dell’appaltatore o del subappaltatore, e di cui quest’ultimi siano responsabili<sup>539</sup> a titolo di dolo o colpa<sup>540</sup>, non risulti indennizzato a opera dell’INAIL e, come “integrato” dal d. lgs. 81/2008, dell’IPSEMA.

Dal punto di vista della portata applicativa della tutela, se, da un lato, è meritevole di apprezzamento il riconoscimento accordato al danno biologico e patrimoniale da riduzione della capacità lavorativa specifica cd. differenziale e cd. sottosoglia<sup>541</sup>, a quello esistenziale e morale, subito dai soli lavoratori impiegati nell’appalto<sup>542</sup>, dall’altro, l’esclusione dal regime della responsabilità solidale, a carico del committente, riguardante i danni conseguenti a rischi specifici delle attività delle imprese appaltatrici e subappaltatrici ha ridotto «l’area coperta dalla corresponsabilità solidale»<sup>543</sup>, quest’ultima da considerare alla

---

<sup>537</sup> Roja P., *Appalti, subappalti e doveri di coordinamento nel d.lgs. 494/1996*, in ISL, n. 7, 199, p. 396; Focareta F., *La responsabilità di sicurezza sul lavoro negli appalti*, in Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali, 1994, pp. 148-151.

<sup>538</sup> 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. 10 ss., disponibile su <http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/>; Capurro F., *Appalto e subappalto*, in D&L, 2008, II, p. 425; Barraco E., *Nuova disciplina lavoristica degli appalti*, in DPL, n. 24, 2007, pp. 1507-1509.

<sup>539</sup> Scarpelli F., *La responsabilità del committente negli appalti e il contrasto al lavoro nero: nuovi interventi del legislatore*, in Note Informative, n. 40, 2007, pp. 32-33.

<sup>540</sup> 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. 133-134.

<sup>541</sup> Alvino I., *Il regime delle responsabilità negli appalti*, in Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali, n. 115, 2007, pp. 532-533.

<sup>542</sup> 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. 23-24; Capurro F., *Appalto e subappalto*, in D&L, 2008, II, p. 425; Barraco E., *Nuova disciplina lavoristica degli appalti*, in DPL, n. 24, 2007, p. 1508; Scarpelli F., *La responsabilità del committente negli appalti e il contrasto al lavoro nero: nuovi interventi del legislatore*, in Note Informative, n. 40, 2007, p. 33.

<sup>543</sup> Izzi D., *La tutela del lavoro negli appalti*, in Lavoro e Diritto, n. 3, 2008, p. 450; 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. 27.



stregua di sanzione civile<sup>544</sup>, a fronte di una sua indifferenza rispetto alla natura e alla funzione dell'attività oggetto del contratto di appalto<sup>545</sup>.

Sia pur limitata, a differenza di quanto previsto dall'art. 29, comma 2, d. lgs. 276/2003<sup>546</sup>, al solo committente che riveste lo *status* di imprenditore<sup>547</sup>, la previsione in parola, con chiaro intento risarcitorio<sup>548</sup>, estende, in senso unidirezionale, escludendo anche un'eventuale azione di regresso dell'ente previdenziale<sup>549</sup> e a prescindere da qualsiasi atto direttamente pregiudizievole<sup>550</sup>, la responsabilità, ritenuta di natura oggettiva<sup>551</sup>, a carico del committente, anche pubblico esercente un'attività imprenditoriale<sup>552</sup>, in quanto soggetto, presuntivamente, più solvibile, nei confronti di soggetti con i quali lo stesso committente non ha rapporti contrattuali diretti, ma dalla cui attività trae, indubbiamente, beneficio per i propri interessi organizzativi<sup>553</sup>.

Insomma, appare sempre più evidente, a partire dagli anni '90, come la giurisprudenza, prima, e il legislatore, poi, abbiano traslato il "centro di gravità" della disciplina in materia di salute e sicurezza sul lavoro dal profilo soggettivo del comportamento delle parti stipulanti il contratto commerciale a quello oggettivo del collegamento esistente tra il contratto di appalto e il contratto di lavoro.

In virtù delle modificazioni apportate, si è prospettata la titolarità, in capo al committente, di un preciso obbligo di sicurezza nei confronti dei dipendenti dell'appaltatore (e degli

---

<sup>544</sup> Sul tema, da ultimo, Montuschi L., *Attualità della sanzione civile nel diritto del lavoro*, in ADL, 2007, 6, pp. 1188-1203.

<sup>545</sup> Capurro F., *Appalto e subappalto*, in D&L, 2008, II, p. 407.

<sup>546</sup> 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. 120 ss.

<sup>547</sup> 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, in <http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp>, pp. 11 ss.; Capurro F., *Appalto e subappalto*, in D&L, 2008, II, p. 426; Izzi D., *La tutela del lavoro negli appalti*, in *Lavoro e Diritto*, n. 3, 2008, p. 449.

<sup>548</sup> Montuschi L., *Attualità della sanzione civile nel diritto del lavoro*, in ADL, 2007, 6, p. 1197.

<sup>549</sup> 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. 44.

<sup>550</sup> Scarpelli F., *La responsabilità del committente negli appalti e il contrasto al lavoro nero: nuovi interventi del legislatore*, in Note Informative, n. 40, 2007, pp. 32-33.

<sup>551</sup> Barraco E., *Nuova disciplina lavoristica degli appalti*, in DPL, n. 24, 2007, p. 1508; *contra* Capurro F., *Appalto e subappalto*, in D&L, 2008, II, p. 425; Bacchini F., *Le tutele lavoristico-antinfortunistiche negli appalti d'impresa ed endoaziendali. Commento all'art. 3, comma 1, lett. a), b)*, in (a cura di) Bacchini F., *Commentario alla sicurezza del lavoro*, Ipsoa, Milano, pp. 89 ss.

<sup>552</sup> Spolverato G. – Piovesana A., *Disciplina degli appalti nella P.A.*, in DPL, n. 32, 2007, p. 1997.

<sup>553</sup> Pasquarella V., *Appalto e sicurezza sul lavoro: tutele legislative e rimedi giurisdizionali*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2007, p. 125; Soprani P., *Appalti e sicurezza del lavoro*, in DPL, n. 13, 2008, p. 802.

eventuali subappaltatori), i quali sarebbero legittimati ad agire, nel caso di inadempimento del committente, nei confronti di quest'ultimo, in virtù della disciplina speciale, sganciandosi dalla necessità di invocare l'applicazione dell'art. 2087 c.c.<sup>554</sup>

L'esigenza di rinvenire un "fondamento" non pletorico alla disposizione di cui all'art. 7 d. lgs. 626/1994 ed, ora, art. 26 d. lgs. 81/2008, unitamente all'accento posto dalle predette normative sull'elemento "cooperativistico", hanno suggerito<sup>555</sup> di individuare nella stessa previsione *de qua* un obbligo, "ripartito" tra due o più soggetti giuridicamente autonomi, che impone, appunto, a quest'ultimi di osservare, congiuntamente, «determinati comportamenti»<sup>556</sup> con una precisa finalità prevenzionistica e protettiva nei confronti della salute e della sicurezza dei lavoratori interessati.

Inevitabile, allora, si prospetta l'analisi del rapporto tra la responsabilità datoriale ex art. 2087 c.c., in quanto presuppone l'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato, e la responsabilità prevenzionistica del committente, in qualità di soggetto "terzo" rispetto al rapporto medesimo<sup>557</sup>.

Se si esclude, sul punto, una "netta" responsabilità extracontrattuale ex art. 2043 c.c.<sup>558</sup>, sia pur tranquillizzante ai fini lavoristici, in quanto eviterebbe di confrontarsi con i "confini" del potere "conformativo" del committente nei confronti dell'appaltatore<sup>559</sup>, la tendenza, che si intravede nella giurisprudenza<sup>560</sup> e nella legislazione più recente in materia prevenzionistica, orientate a far emergere la realtà "sostanziale" sul dato "giuridico-formale"<sup>561</sup>, pare quella di allentare il nesso, ritenuto indissolubile, tra obbligo di sicurezza

---

<sup>554</sup> Pasquarella V., *Appalto e sicurezza sul lavoro: tutele legislative e rimedi giurisdizionali*, in Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale, 2007, pp. 109 ss.

<sup>555</sup> Corazza L., "Contractual integration" e rapporti di lavoro, Cedam, Padova, 2004, pp. 190 ss.

<sup>556</sup> Pret. Mantova, 19 ottobre 1993, in D&L, 1994, pp. 397 ss.

<sup>557</sup> Pasquarella V., *Appalto e sicurezza sul lavoro: tutele legislative e rimedi giurisdizionali*, in Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale, 2007, p. 109.

<sup>558</sup> Pascucci P., *Dopo la legge n. 123 del 2007. Titolo I del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81 in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro*, in I working papers Centro studi di Diritto del lavoro europeo Massimo D'Antona, 2008, n. 73, p. 117; in giurisprudenza, Pret. Parma, 28 febbraio 1996, in Giust. Civ., I, 1996, pp. 2121 ss., con nota Franco M., *La tutela civile della salute dei lavoratori italiani, inviati in zona di guerra: responsabilità solidale del datore di lavoro e del terzo e individuazione delle voci di danno risarcibile nel rapporto di lavoro*.

<sup>559</sup> Focareta F., *La responsabilità di sicurezza sul lavoro negli appalti*, in Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali, 1994, p. 140, che parla di "evanescenza" della figura del datore di lavoro.

<sup>560</sup> Per tutte, vedi, Cass., Sez. lav., 22 marzo 2002, n. 4129, in Guida al lavoro, 2002, 20, pp. 31 ss.

<sup>561</sup> Pasquarella V., *Appalto e sicurezza sul lavoro: tutele legislative e rimedi giurisdizionali*, in Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale, 2007, p. 111; Amodio M., *Appalto e responsabilità penale negli infortuni sul lavoro*, in Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale, 1980, p. 533; Albi P., *Art. 2087. Adempimento dell'obbligo di sicurezza e tutela della persona*, in (diretto da) Busnelli F., *Il Codice Civile - Commentario*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 192.

e contratto di lavoro subordinato, per riconoscere una responsabilità prevenzionistica, non “necessariamente” oggettiva<sup>562</sup>, anche a carico di chi, come il committente, non è il formale datore di lavoro, ma che ricopre un ruolo, anche non secondario, nell’organizzazione predisposta ad un determinato risultato produttivo, e sulla base di un contratto, appunto, che non è quello di lavoro subordinato, ma quello di appalto ex art. 1655 c.c.<sup>563</sup>, il quale verrebbe utilizzato dalla legge quale occasione e mezzo per realizzare, in via integrativa ex art. 1374 c. c., l’obiettivo prevenzionistico dalla stessa prefissato.

La peculiarità della fonte di integrazione legale, che rinveniamo prospettata in dottrina<sup>564</sup>, sotto il regime normativo previgente, da parte dell’art. 7 d.lgs. 626/1994 a favore dell’art. 1655 c.c., è possibile individuarla, da ultimo, anche nella ricostruzione di chi<sup>565</sup>, riconducendo la responsabilità ex art. 26 d. lgs. 81/2008 nell’alveo contrattuale, ritiene che la fonte integrativa, rispetto non al contratto di appalto, ma, bensì, di lavoro, sia rappresentata dall’art. 1218 c.c. in materia, appunto, di responsabilità per inadempimento di un’obbligazione, quest’ultima sorta *ex lege* e, quindi, preesistente ad un eventuale fatto illecito<sup>566</sup>.

Secondo la predetta ricostruzione, che mostra tutta la sua peculiarità e, quindi, problematicità, nel delicato ed intricato groviglio tra la fonte “originaria” integrativa legale e l’”acquisita” natura contrattuale delle clausole concernenti gli obblighi prevenzionistici, le medesime clausole contrattuali si inserirebbero all’interno del contratto di appalto mediante il modello del contratto a favore del terzo, suscettibile, a sua volta, di far sorgere diritti autonomamente azionabili da parte dei lavoratori<sup>567</sup>.

Per quanto attiene al profilo sanzionatorio, è da condividere la considerazione secondo la quale le trasformazioni tecnologiche ed organizzative interessanti i modelli produttivi

---

<sup>562</sup> Corte di Giustizia CE, 14 giugno 2007, C-127-05, in D&L, 2007, III, con nota di Paganuzzi G., *Sicurezza e forma della responsabilità del datore di lavoro*, pp. 682 ss.; e in RIDL, 2008, I, con nota di Bonardi O., *La Corte di Giustizia e l’obbligo di sicurezza del datore di lavoro: il criterio della reasonably practicable è assolto per insufficienza di prove*, pp. 12 ss.

<sup>563</sup> Pasquarella V., *Appalto e sicurezza sul lavoro: tutele legislative e rimedi giurisdizionali*, in Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale, 2007, pp. 113-114.

<sup>564</sup> Corazza L., *“Contractual integration” e rapporti di lavoro*, Cedam, Padova, 2004, pp. 130-131.

<sup>565</sup> Albi P., *Art. 2087. Adempimento dell’obbligo di sicurezza e tutela della persona*, in (diretto da) Busnelli F., *Il Codice Civile - Commentario*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 189 ss.

<sup>566</sup> Albi P., *Art. 2087. Adempimento dell’obbligo di sicurezza e tutela della persona*, in (diretto da) Busnelli F., *Il Codice Civile - Commentario*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 192 ss.

<sup>567</sup> Albi P., *Art. 2087. Adempimento dell’obbligo di sicurezza e tutela della persona*, in (diretto da) Busnelli F., *Il Codice Civile - Commentario*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 200-201.

hanno contribuito, anche, a ridurre l'area d'infungibilità dei poteri datoriali<sup>568</sup>, consentendo, in tal modo, di alleggerire il “fardello debitorio”, “gravato” da sanzioni penali, in materia prevenzionale a carico del committente e dell'appaltatore attraverso l'esecuzione in forma specifica, anziché ricorrere alla, spesso inadeguata in tale ambito, tutela risarcitoria<sup>569</sup>.

Infatti, l'esecuzione in forma specifica, quale alternativa all'eccezione di inadempimento ex art. 1460 c.c., dell'obbligo di adottare tutte le misure “tecnicamente” necessarie per la tutela della sicurezza e della salute dei lavoratori non trova particolari ostacoli, laddove l'obbligo in questione non richieda necessariamente l'adempimento “personale” dell'obligato e sia possibile ricorrere a competenze tecnico-scientifiche e/o attività materiali che possano essere effettuate da personale specializzato<sup>570</sup>.

Pertanto, analogamente a quanto sostenuto nell'ambito della responsabilità prevenzionistica del committente, mentre non dovrebbe sussistere alcun impedimento all'esecuzione in forma specifica degli obblighi prevenzionali a carico dell'appaltatore, richiesta dai dipendenti di quest'ultimo, al dubbio relativo all'attuabilità della medesima azione, sempre da parte dei dipendenti dell'appaltatore, nei confronti del committente si potrebbe rispondere in senso affermativo, sulla scorta, anche, del dato positivo offerto dall'art. 26, comma 4, d. lgs. 81/2008 per i danni, che non siano riferibili ai rischi specifici dell'attività degli appaltatori e dei subappaltatori, non indennizzati dall'INAIL e dall'IPSEMA<sup>571</sup>.

Inoltre, sembra auspicabile la proposta interpretativa<sup>572</sup> di consentire, accanto al rimedio individuale, l'esperibilità di un rimedio collettivo, compreso quello ex art. 28 St. lav., avente natura aggiuntiva ed autonoma, da parte delle rappresentanze dei lavoratori per la sicurezza ex artt. 47 ss. d. lgs. 81/2008 a tutela di un diritto ad un ambiente di lavoro

---

<sup>568</sup> Speziale V., *Situazioni delle parti e tutela in forma specifica nel rapporto di lavoro*, in Barbieri M.-Macario F.- Trisorio Liuzzi G. -, *La tutela in forma specifica dei diritti nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 157.

<sup>569</sup> Pasquarella V., *Appalto e sicurezza sul lavoro: tutele legislative e rimedi giurisdizionali*, in Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale, 2007, pp. 128 ss.; Proto Pisani A., *Note sulla tutela civile dei diritti*, in Barbieri M.- Macario F.- Trisorio Liuzzi G. -, *La tutela in forma specifica dei diritti nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 40; Albi P., *Il diritto all'integrità psico-fisica e alla personalità morale del lavoratore*, in Barbieri M.- Macario F.- Trisorio Liuzzi G. -, *La tutela in forma specifica dei diritti nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 282-283.

<sup>570</sup> Speziale V., *Situazioni delle parti e tutela in forma specifica nel rapporto di lavoro*, in Barbieri M.-Macario F.- Trisorio Liuzzi G. -, *La tutela in forma specifica dei diritti nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 131; ma già Montuschi L., *Diritto alla salute e organizzazione del lavoro*, Angeli, Milano, 1989, p. 76.

<sup>571</sup> Pasquarella V., *Appalto e sicurezza sul lavoro: tutele legislative e rimedi giurisdizionali*, in Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale, 2007, pp. 126-127.

salubre, a carattere, anche, collettivo<sup>573</sup> in quanto facente capo a una collettività di lavoratori concretante, a sua volta, «una comunità di rischio»<sup>574</sup>.

Infatti, a fronte di un processo di segmentazione produttiva realizzato mediante un contratto di appalto ex art. 1655 c.c., l'accidentalità, caratterizzante la comunione di interessi tra i lavoratori tutelati, induce, ancor più, a far riferimento ad un criterio elastico e dinamico, fino a far coincidere la medesima comunione di interessi con l'area di rischio "comune"<sup>575</sup>, che, nel caso di specie, si contraddistingue per essere, anche, interferenziale.

Inoltre, pare opportuno segnalare che il profilo degli strumenti "compulsivi"<sup>576</sup>, finalizzati ad incidere sugli interessi economico-patrimoniali delle imprese, in materia di salute e sicurezza sul lavoro si arricchisce, altresì, del provvedimento, che pur non rinvenendo una "necessaria" connessione, anche se spesso ricorrente nella prassi segnata da meccanismi "distorti" di frammentazione dei processi produttivi, con il contratto d'appalto<sup>577</sup>, di sospensione dell'attività imprenditoriale, introdotto dal cd. decreto Bersani - d. l. 223/2006, come convertito, con modificazioni, dalla l. 248/2006 - e, attualmente, disciplinato dall'art. 14 d. lgs. 81/2008, come modificato, da ultimo, dal decreto legislativo n. 106/2009.

L'articolo *de quo*, al fine di garantire la tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori, prevede che, sia gli organi di vigilanza del ministero del lavoro, della salute e delle politiche sociali che quelli delle aziende sanitarie locali, possano adottare un provvedimento di sospensione dell'attività imprenditoriale «qualora riscontrino l'impiego di personale non risultante dalle scritture o da altra documentazione obbligatoria in misura pari o superiore al 20 per cento del totale dei lavoratori presenti sul luogo di lavoro, nonché in caso di gravi e reiterate violazioni in materia di tutela della salute e della sicurezza sul lavoro individuate con decreto del ministro del lavoro, della salute e delle politiche sociali, adottato sentito il ministro dell'interno e la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano».

---

<sup>572</sup> Pasquarella V., *Appalto e sicurezza sul lavoro: tutele legislative e rimedi giurisdizionali*, in Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale, 2007, pp. 140 ss.

<sup>573</sup> Tampieri A., *Profili individuali e collettivi della sicurezza sul lavoro*, in Lavoro e Diritto, 1999, I, p. 154; Montuschi L., *Diritto alla salute e organizzazione del lavoro*, Franco Angeli, Milano, 1986, p. 158.

<sup>574</sup> Cass. 5 dicembre 1980, n. 6339, in Foro It., 1980, I, pp. 2993 ss., con nota di Mazzotta.

<sup>575</sup> Bianchi D'Urso F., *Profili giuridici della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Jovene, Napoli, 1980, pp. 41 ss.

<sup>576</sup> Montuschi L., *Attualità della sanzione civile nel diritto del lavoro*, in ADL, 2007, 6, p. 1197.

<sup>577</sup> Scarpelli F., *La responsabilità del committente negli appalti e il contrasto al lavoro nero: nuovi interventi del legislatore*, in Note Informative, n. 40, 2007, p. 34.

Con particolare riferimento al settore edile, l'adozione del provvedimento di sospensione, che attiene ai profili di irregolarità riguardanti ciascuna singola impresa e non il cantiere nel suo complesso<sup>578</sup>, è, di conseguenza, comunicata all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di cui all'art. 6 d. lgs. 163/2006 e al Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, per gli aspetti di rispettiva competenza, al fine dell'emanazione di un provvedimento interdittivo, connotato da una forte *vis compulsiva*<sup>579</sup>, alla contrattazione con le pubbliche amministrazioni ed alla partecipazione a gare pubbliche di durata pari alla citata sospensione nel caso in cui la percentuale dei lavoratori irregolari sia inferiore al 50 per cento del totale dei lavoratori presenti sul luogo di lavoro, nonchè per un eventuale ulteriore periodo di tempo non inferiore al doppio della durata della sospensione e comunque non superiore a due anni nel caso, tra gli altri, di gravi e reiterate violazioni in materia di tutela della salute e di sicurezza sul lavoro.

È interessante sottolineare che la previsione normativa *de qua*, nella sua formulazione iniziale, di cui all'art. 36-bis, comma 1, d.l. 223/2006, circoscritta ai soli cantieri edili<sup>580</sup>, ha rinvenuto la sua *ratio*, innanzitutto, nella presunzione di una stretta connessione tra la condizione di irregolarità del prestatore di lavoro e la pericolosità derivante dalla situazione di *stress* fisio-psichico del lavoratore<sup>581</sup> e dal mancato ricevimento, da parte di quest'ultimo, di un'adeguata informazione e formazione circa i rischi propri delle attività, da inquadrarsi in perfetta sintonia con il quadro normativo di cui al d. lgs. 494/1996 ed, ora, d. lgs. 81/2008, che si svolgono in quel peculiare "luogo di lavoro", che è il cantiere edile<sup>582</sup>.

In riferimento ai presupposti, che più interessano la presente trattazione, di adozione del provvedimento di sospensione dovrebbe ritenersi, ai sensi della Circolare del Ministero del Lavoro n. 29/2006, non irrogabile il provvedimento *de quo* nel caso di rischio lieve, in relazione all'attività appaltata, per la salute e la sicurezza dei lavoratori, come quando l'interruzione dell'attività svolta dall'impresa potrebbe comportare una situazione di pericolo per l'incolumità dei lavoratori delle altre imprese interessate.

---

<sup>578</sup> Tullini P., *Sicurezza e regolarità del lavoro negli appalti*, in ADL, 2007, pp. 902-903.

<sup>579</sup> Montuschi L., *Attualità della sanzione civile nel diritto del lavoro*, in ADL, 2007, 6, p. 1197.

<sup>580</sup> 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 del lavoro. Dalla Legge Finanziaria 2007 al Protocollo sul Welfare*, 2007, Halley, Verona, p. 165.

<sup>581</sup> Vedi Cir. Min. Lav., 28 settembre 2006, n. 29.

Inoltre, sempre per quanto attiene alle violazioni in materia di salute e sicurezza sul lavoro, mentre il requisito della gravità sarebbe, secondo le indicazioni ministeriali<sup>583</sup>, da intendersi come riferito alle «sole disposizioni sanzionatorie a carico dei responsabili aziendali, punite con le pene più gravi (sia di carattere detentivo che pecuniario)» in quanto tali lesive dei principi fondamentali del sistema prevenzionale<sup>584</sup>, quello della reiterazione, invece, a violazioni della stessa indole (violazione grave in materia di sicurezza e salute sul lavoro) commesse dallo stesso soggetto nei cinque anni precedenti alla commissione di una violazione oggetto di prescrizione dell'organo di vigilanza ottemperata dal contravventore o accertata con sentenza definitiva - art. 14, comma 1, d. lgs. 81/2008, come modificato dal d. lgs. 106/2009 -.

Sul punto, nonostante l'intervento sistematico e di ordine chiarificatore apprestato dal d. lgs. 81/2008, che ha fissato, nell'allegato I, in maniera tassativa le violazioni suscettibili di provocare l'adozione del provvedimento sospensivo *de quo*, alquanto sibillina e foriera di disorientamento applicativo appare l'indicazione ministeriale<sup>585</sup>, che invita, senza fornire alcun indicatore "oggettivo" in merito, il personale ispettivo, ai fini dell'adozione del provvedimento di sospensione dell'attività d'impresa, «a non creare intollerabili discriminazioni», così come di evitare di «punire esasperatamente le microprese», bensì ad un clima collaborativo e "comprensivo" delle logiche imprenditoriali, soprattutto nei confronti del "trasgressore episodico ed occasionale".

Per di più, l'alone di incertezza "applicativa" si infittisce allorquando, in una prospettiva decisamente prevenzionale ed attenta, a fronte di un "improprio" bilanciamento tra la tutela del lavoratore e la garanzia di una leale concorrenza tra le imprese<sup>586</sup>, a sanzionare le violazioni «sostanziali», anziché «il numero delle violazioni riscontrate e ... la natura formale delle stesse», la direttiva circoscrive la discrezionalità dell'ispettore «alla verifica della sussistenza dei requisiti di legge e delle condizioni di effettivo rischio e pericolo in un'ottica di tutela e prevenzione della salute e della sicurezza dei lavoratori», sia pure «in

---

<sup>582</sup> Pennesi P. - Papa D., *Lotta al sommerso e sicurezza del lavoro: primi orientamenti interpretativi*, in Guida al lavoro, n. 36, 2006, pp. 13 ss.

<sup>583</sup> Lettera circolare del Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale del 22 agosto 2007, disponibile su [www.welfare.gov.it](http://www.welfare.gov.it).

<sup>584</sup> Circ. Min. Lav., 14 novembre 2007, n. 24, in DPL, 2008, p. 122

<sup>585</sup> Direttiva del Ministero del Lavoro, della Salute e delle Politiche Sociali del 18 settembre 2008, disponibile su [www.welfare.gov.it](http://www.welfare.gov.it)

<sup>586</sup> Giussani I.-Pizzo T., *Gli ispettori del lavoro cambiano pelle*, in Al Quadrato, disponibile su [http://www.servizi.cgil.milano.it/ARCHIVIO/2008/12/2008\\_0012\\_99\\_DirettServIspett\\_Scheda.pdf](http://www.servizi.cgil.milano.it/ARCHIVIO/2008/12/2008_0012_99_DirettServIspett_Scheda.pdf).

una logica pro-attiva e di leale collaborazione istituzionale», anche, con il personale ispettivo dell'azienda sanitaria locale territorialmente competente.

Su un piano più spiccatamente preventivo, volto a garantire esigenze di trasparenza gestionale e di semplificazione dei controlli<sup>587</sup>, si pone il 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, già previsto dall'art. 36-bis l. 248/2006 con riferimento ai soli cantieri edili e sanzionato in via amministrativa<sup>588</sup>, di munire il personale occupato nell'appalto o subappalto di una tessera di riconoscimento corredata di fotografia, contenente le generalità del lavoratore e l'indicazione del datore di lavoro<sup>589</sup>, nonché, con riferimento ai soli addetti ai cantieri edili, della data di assunzione e, in caso di subappalto, della relativa autorizzazione ex art. 5 l. 136/2010.

Trattasi, tuttavia, di un combinato disposto che, innovando, anche rispetto alle indicazioni della l. 123/2007, attraverso l'eliminazione «dell'assolvimento alternativo»<sup>590</sup>, per le imprese con meno di dieci dipendenti, dell'obbligo tramite annotazione delle “presenze” su un registro vidimato<sup>591</sup>, non ha accordato alcun rilievo, invece, sotto il profilo general-preventivo, alla predisposizione di un adeguato apparato sanzionatorio come di un sistema di responsabilità solidale del committente per l'adempimento degli obblighi incombenti sugli appaltatori o subappaltatori.

Nella stessa direzione, volta a garantire esigenze sia di trasparenza, sia di sottrazione dei costi della sicurezza “all'indifferenza” della logica concorrenziale<sup>592</sup>, l'art. 26, comma 5, d. lgs. 81/2008, come novellato dal d. lgs. 106/2009, impone, a pena di nullità ex art. 1418 c.c. del contratto di appalto, la regola di predeterminare, magari nel documento unico di

---

<sup>587</sup> Izzi D., *La tutela del lavoro negli appalti*, in *Lavoro e Diritto*, n. 3, 2008, pp. 442-443; ma, vedi anche Giussani I., *L'introduzione della tessera di riconoscimento per il personale delle imprese appaltatrici e subappaltatrici e la tutela della privacy*, in *Note Informativa*, n. 40, 2007, pp. 43 ss.

<sup>588</sup> Rausei P., *Responsabilità solidale, verifiche ispettive e apparato sanzionatorio*, in *DPL*, n. 44, 2007, p. 2642.

<sup>589</sup> Bacchini F., *La tessera di riconoscimento. Commento all'art. 6*, in (a cura di) Bacchini F., *Commentario alla sicurezza del lavoro*, Ipsoa, Milano, pp. 189 ss.

<sup>590</sup> Lazzari C., *Svolgimento di attività in regime di appalto o subappalto e tessera di riconoscimento*, in Rusciano M. e Natullo G. *Ambiente e sicurezza del lavoro, Commentario, Appendice di aggiornamento*, Torino, 2008, p. 84.

<sup>591</sup> Rausei P., *Responsabilità solidale, verifiche ispettive e apparato sanzionatorio*, in *DPL*, n. 44, 2007, p. 2642.

<sup>592</sup> Scarpelli F., *La responsabilità del committente negli appalti e il contrasto al lavoro nero: nuovi interventi del legislatore*, in *Note Informativa*, n. 40, 2007, pp. 31-32.



valutazione dei rischi<sup>593</sup>, i costi «delle misure adottate per eliminare o, ove ciò non sia possibile, ridurre al minimo i rischi in materia di salute e sicurezza sul lavoro derivanti dalle interferenze delle lavorazioni».

Il carattere peculiare della disposizione di cui all'art. 26, comma 5, d. lgs. 81/2008 è rinvenibile nell'apprestamento, mancante nella disciplina di cui al d.lgs. 626/1994, della sanzione, in caso di mancata specificazione dei costi della sicurezza, della nullità del contratto di appalto, da qualificarsi *ex lege* e, pertanto, certamente attivabile, sussistendo un interesse “qualificato” ad evitare una lesione attuale di un proprio diritto, sia da parte dei dipendenti, a tutela del diritto soggettivo assoluto alla tutela dell'integrità fisio-psichica durante il lavoro, sia da parte di tutte le parti contrattuali coinvolte nel processo di segmentazione produttiva, sia, infine, da parte dei rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza e degli organismi locali delle organizzazioni sindacali più rappresentative a livello nazionale, a tutela dell'interesse collettivo al controllo preventivo sulla sicurezza sul lavoro.

D'altronde, la medesima “sostanziale” previsione normativa, contenuta sia nell'art. 131 d.lgs. 163/2006 che nell'art. 26, comma 6, d.lgs. 81/2008, eleva ancor più, non ammettendo il ribasso per quanto attiene i costi della sicurezza, i sistemi di qualificazione tecnico-professionale delle imprese a «indicatori sintomatici indiretti»<sup>594</sup> del livello di tutela del lavoro nell'appalto.

Tuttavia, l'art. 26, comma 5, d. lgs. 81/2008 omette di individuare con certezza il soggetto tenuto ad indicare i costi relativi alla sicurezza, che, per quanto riguarda i contratti pubblici, dovrebbe essere individuato nelle stazioni appaltanti, come indirizzate, nell'elaborazione del documento unico di valutazione dei rischi interferenziali, dalle linee guida elaborate dalla Conferenza delle Regioni e delle Province autonome<sup>595</sup>.

La previsione *de qua* dispone, altresì, l'accessibilità dei dati relativi ai costi della sicurezza a favore del rappresentate dei lavoratori per la sicurezza, da ritenersi, visti i rischi cui sono esposti i lavoratori per effetto delle “commistioni” organizzative scaturenti dal contratto di

---

<sup>593</sup> Bacchini F., *Le tutele lavoristico-antifortunistiche negli appalti d'impresa ed endoaziendali. Commento all'art. 3, comma 1, lett. a), b)*, in (a cura di) Bacchini F., *Commentario alla sicurezza del lavoro*, Ipsoa, Milano, pp. 93 ss.

<sup>594</sup> Soprani P., *Evoluzione del sistema prevenzionistico in materia di appalto*, in DPL, n. 44, 2007, p. 2676.

<sup>595</sup> Tscholl J., *La nuova disciplina per la sicurezza in materia di appalto e subappalto*, in Guida allavoro, n. 20, 2008, pp. 22-23.

appalto, sia quelli dell'impresa committente, sia quelli dell'impresa appaltatrice<sup>596</sup>, e degli organismi locali delle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, ma non necessariamente firmatari di contratti collettivi e purchè possano vantare un ruolo di tutela degli interessi dei lavoratori coinvolti nell'appalto.

Dal punto di vista funzionale, la "pubblicità" assicurata ai dati relativi ai costi della sicurezza<sup>597</sup>, sanzionabile ex art. 28 St. lav.<sup>598</sup>, può consentire alle organizzazioni sindacali di arginare i processi di esternalizzazione basati, esclusivamente o prevalentemente, sull'abbattimento dei costi, tra gli altri, della sicurezza, attraverso la proposizione di misure prevenzionali, integrative o correttive, la segnalazione alle autorità di vigilanza competenti in materia, nonché la proposizione di percorsi negoziali e concertati, ai diversi livelli istituzionali e territoriali, di regolazione "sociale" della sicurezza sul lavoro per mezzo di linee-guida e/o accordi quadro, istituzione di osservatori o enti bilaterali<sup>599</sup>.

L'esigenza di un miglior coordinamento<sup>600</sup> tra i soggetti economici della filiera dell'appalto è alla base, anche, di quell'articolata normativa, connotata da accentuati «elementi di programmazione»<sup>601</sup>, contenuta nel d. lgs. 494/1996 - attuativo della direttiva CE n. 92/57 e, poi, abrogato anch'esso dal d. lgs. 81/2008 -, e, poi, trasfusa, con modifiche, nel Testo Unico in materia di salute e sicurezza sul lavoro, al Titolo IV, Capo I, riguardante le misure per la salute e la sicurezza del lavoro nei cantieri temporanei e mobili<sup>602</sup>.

---

<sup>596</sup> Scarpelli F., *La responsabilità del committente negli appalti e il contrasto al lavoro nero: nuovi interventi del legislatore*, in Note Informative, n. 40, 2007, p. 31; Izzi D., *La tutela del lavoro negli appalti*, in Lavoro e Diritto, n. 3, 2008, p. 452; 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. 43.

<sup>597</sup> Alvino I., *Il regime delle responsabilità negli appalti*, in Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali, n. 115, 2007, p. 534; Bacchini F., *Le tutele lavoristico-antifortunistiche negli appalti d'impresa ed endoaziendali. Commento all'art. 3, comma 1, lett. a), b)*, in (a cura di) Bacchini F., *Commentario alla sicurezza del lavoro*, Ipsoa, Milano, pp. 144 ss.

<sup>598</sup> 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, p. 156; Lai M., *Flessibilità e sicurezza sul lavoro*, Giappichelli, Torino, 2006, pp. 34 ss.

<sup>599</sup> 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. 767.

<sup>600</sup> Roja P., *Appalti, subappalti e doveri di coordinamento nel d.lgs. 494/1996*, in ISL, n. 7, 199, p. 395; Lanotte M., *La nuova disciplina della sicurezza sul lavoro nei cantieri temporanei e mobili*, in MGL, 1997, p. 761.

<sup>601</sup> Carinci M. T., *La fornitura di lavoro altrui*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 548; Roja P., *Appalti, subappalti e doveri di coordinamento nel d.lgs. 494/1996*, in ISL, n. 7, 199, p. 396; Soprani P., *Obblighi di sicurezza, soggetti e responsabilità*, in DPL, 2006, pp. 2393 ss.

<sup>602</sup> Margiotta S., *La sicurezza del lavoro nei cantieri*, in DPL, 1996, pp. 2983 ss.; Giudici M., *Sicurezza nei cantieri temporanei o mobili. D. Lgs. 14 agosto 1996, n. 494*, in ISL, 1/1997, Inserto.

L'attenzione destata, anche a livello comunitario<sup>603</sup>, dagli infortuni, talvolta mortali, nel settore edile<sup>604</sup> e le caratteristiche peculiari della stessa attività edilizia, "nomadica" e discontinua per antonomasia, hanno sollecitato, pertanto, un intervento normativo *ad hoc*, che ha individuato il suo campo di applicazione nei cantieri temporanei o mobili - ex art. 2, comma 1, lett. d. lgs. 494/1996, come modificato dal d. lgs. 528/1999 e ora art. 89, comma 1, lett. a) d. lgs. 81/2008 -, vale a dire «qualunque luogo in cui si effettuano lavori edili o di ingegneria civile il cui elenco è riportato nell'allegato X» al d. lgs. 81/2008.

In merito all'annoso dibattito interpretativo<sup>605</sup> relativo al carattere tassativo o esemplificativo<sup>606</sup> dell'elenco di cui all'allegato X succitato, è opportuno, in questa sede, rilevare, e condividere, quella posizione interpretativa, confermata anche in sede amministrativa con le circolari del Ministero del Lavoro nn. 41/1997 e 30/1998, che "riconosce" un cantiere edile, sia esso pubblico o privato<sup>607</sup>, in tutti i casi in cui si svolgano le attività incluse nell'elenco, da ritenersi *clausus* anche in ragione della tassatività richiesta dalle disposizioni penali correlate<sup>608</sup>. Le altre attività, pur sempre caratterizzate dalla "temporaneità"<sup>609</sup>, potranno rientrare nel campo di applicazione della normativa *de qua* «solo per attrazione»<sup>610</sup>, vale a dire, solo nel caso in cui vengano svolte in un luogo qualificato già preventivamente come cantiere<sup>611</sup>.

Come accennato, la trasfusione, sia pur con modificazioni, dell'intera normativa di cui al d. lgs. 494/1996 nel Testo Unico in materia di salute e sicurezza sul lavoro ex d. lgs. 81/2008 ha rimosso qualsiasi problema in ordine ai rapporti, vigente il d. lgs. 626/1994, tra l'art. 7 di quest'ultimo e il campo di applicazione del cd. decreto cantieri<sup>612</sup>, allorché si configurava la fattispecie di un appalto interno da svolgersi, appunto, all'interno di un

---

<sup>603</sup> V considerando della Direttiva CE n. 92/57.

<sup>604</sup> Pasquarella V., *Appalto e sicurezza sul lavoro: tutele legislative e rimedi giurisdizionali*, in Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale, 2007, pp. 89 ss.; Cosio R., *La sicurezza nei cantieri mobili*, in DOLav, 1997, 91, p. 581.

<sup>605</sup> Martinelli M. – Stolfa F., *Sicurezza nei cantieri: ambito di applicazione*, in ISL, VI, 1997, pp. 353 ss.

<sup>606</sup> Caserta G. – Cosio R. – Leonardi A., *Sicurezza nei cantieri temporanei o mobili*, in ISL, n. 1, 1998, Insetto, p. IV.

<sup>607</sup> Bacchini F., *Il contratto d'appalto e il contratto d'opera in azienda e in cantiere. La sicurezza sul lavoro*, Cedam, Padova, 2001, pp. 91 ss.

<sup>608</sup> Lanotte M., *La nuova disciplina della sicurezza sul lavoro nei cantieri temporanei e mobili*, in MGL, 1997, p. 763.

<sup>609</sup> Masini L., *La disciplina prevenzionale nei cantieri edili o di ingegneria civile*, in MGL, n. 10, 2000, p. 1120.

<sup>610</sup> Carinci M. T., *La fornitura di lavoro altrui*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 551.

<sup>611</sup> Lanotte M., *La nuova disciplina della sicurezza sul lavoro nei cantieri temporanei e mobili*, in MGL, 1997, p. 763.

cantiere edile ex d. lgs. 494/1996; fattispecie, che, a parte la posizione di chi propugnava l'applicabilità del d. lgs. 494/1996 ai soli appalti da eseguirsi al di fuori del perimetro aziendale<sup>613</sup>, andava risolta, secondo la prevalente dottrina<sup>614</sup>, nel senso di riconoscere prevalenza alle disposizioni del cd. decreto cantieri, in quanto “speciali” rispetto alle più generiche previsioni di cui all’art. 7 d. lgs. 626/1994.

Il crescente “allarme sociale” suscitato dalla presenza, anche non contemporanea, di più imprese nei cantieri edili<sup>615</sup>, ha fatto sì che la disciplina riguardante le misure di tutela della salute e della sicurezza del lavoro nei cantieri mobili e temporanei, consolidata nel Testo Unico del 2008, appresti una disciplina, sostanzialmente, uniforme e non modulare<sup>616</sup>, a seconda del parametro uomini/giorni o di particolari fattori di rischio<sup>617</sup>, quali ragioni giustificative degli adempimenti organizzativi e degli annessi costi, richiesti per le fattispecie di modeste dimensioni<sup>618</sup>.

Bisogna, tuttavia, riconoscere che merito del cd. decreto cantieri, come modificato dal d. lgs. 528/1999, è stato quello, in ciò innovando, attraverso la trasformazione dell’“ingerenza” del committente da eccezione a regola<sup>619</sup>, rispetto alla disciplina previgente<sup>620</sup>, di aver individuato nel committente<sup>621</sup> il soggetto, “unico” a rivestire la qualifica di committente a prescindere da eventuali frazionamenti dell’opera<sup>622</sup>, in grado di svolgere un ruolo di «cabina di regia»<sup>623</sup> organizzativa e di controllo in materia,

---

<sup>612</sup> Roja P., *Appalti, subappalti e doveri di coordinamento nel d.lgs. 494/1996*, in ISL, n. 7, 199, pp. 396-397.

<sup>613</sup> Stolfa F., *Sicurezza nei cantieri: prime riflessioni*, in ISL, n. 4, 1997, pp. 230 ss.

<sup>614</sup> Carinci M. T., *La fornitura di lavoro altrui*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 551; Roja P., *Appalti, subappalti e doveri di coordinamento nel d.lgs. 494/1996*, in ISL, n. 7, 199, p. 397; Lai M., *Committente e responsabile dei lavori: spunti problematici*, in ISL, n. 9, 1997, p. 513; Caserta G. – Cosio R. – Leonardi A., *Sicurezza nei cantieri temporanei o mobili*, in ISL, n. 1, 1998, Inserto, p. V.

<sup>615</sup> Bacchini F., *La sicurezza del lavoro nelle opere e nei servizi affidati in subappalto*, in Inserto di ISL, n. 10, 2002, p. III.

<sup>616</sup> Carinci M. T., *La fornitura di lavoro altrui*, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 548 ss.

<sup>617</sup> Caserta G. – Cosio R. – Leonardi A., *Sicurezza nei cantieri temporanei o mobili*, in ISL, n. 1, 1998, Inserto, p. XI; Bacchini F., *Sicurezza nei cantieri. Il D. lgs. 494/1996 alla luce delle recenti proposte di modifica*, in ISL, n. 9, 1999, Inserto, pp. VII e IX; Soprani P., *Le interpretazioni del decreto cantieri*, in ISL, n. 3, 1998, p. 102.

<sup>618</sup> Masini L., *La disciplina prevenzionale nei cantieri edili o di ingegneria civile*, in MGL, n. 10, 2000, pp. 1125-1126.

<sup>619</sup> Lanotte M., *La nuova disciplina della sicurezza sul lavoro nei cantieri temporanei e mobili*, in MGL, 1997, p. 762.

<sup>620</sup> Corazza L., *“Contractual integration” e rapporti di lavoro*, Cedam, Padova, 2004, p. 188.

<sup>621</sup> Focareta F., *La Sicurezza del lavoro nei cantieri dopo il D.Lgs. 494/96*, in LG, 1996, p. 989.

<sup>622</sup> Lanotte M., *La nuova disciplina della sicurezza sul lavoro nei cantieri temporanei e mobili*, in MGL, 1997, p. 763; Albi P., *Art. 2087. Adempimento dell’obbligo di sicurezza e tutela della persona*, in (diretto da) Busnelli F., *Il Codice Civile - Commentario*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 191.

<sup>623</sup> Soprani P., *Appalti e sicurezza del lavoro*, in DPL, n. 13, 2008, p. 801.

gravandolo, in quanto «garante» della sicurezza nel cantiere<sup>624</sup>, di molteplici obblighi di coordinamento e di indirizzo, fin dalla fase di progettazione<sup>625</sup>, penalmente sanzionati<sup>626</sup> e fatta salva delegata circostanziata, quanto al contenuto e ai conseguenti limiti, al responsabile dei lavori ex art. 90 d. lgs. 81/2008<sup>627</sup>.

Infatti, oltre a verificare l'idoneità tecnico-professionale delle imprese esecutrici, anche se "ridotte" ad una<sup>628</sup>, alla luce dei criteri di pubblicità "camerale" e del documento unico di regolarità contributiva, ritenuti non "esaustivi"<sup>629</sup> in quanto due tra i possibili diversi strumenti identificativi dell'"affidabilità" dell'impresa appaltatrice<sup>630</sup>, il committente è, altresì, legittimato, ai sensi dell'art. 90 d. lgs. 81/2008, a chiedere alle imprese esecutrici «una dichiarazione dell'organico medio annuo, distinto per qualifica, corredata dagli estremi delle denunce dei lavoratori effettuate all'Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS), all'Istituto nazionale assicurazione infortuni sul lavoro (INAIL) e alle casse edili, nonché una dichiarazione relativa al contratto collettivo stipulato dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative, applicato ai lavoratori dipendenti».

La peculiare rilevanza del fattore lavoro nel settore edile evidenzia come lo stesso committente sia tenuto, oltre ad un mera preventiva verifica di regolarità formale, ad un controllo sostanziale circa l'adeguatezza, in relazione all'opera da realizzare, delle disponibilità di carattere tecnico-organizzativo e di forza lavoro, suscettibile di determinare, in caso di inadempimento, una responsabilità per *culpa in eligendo*<sup>631</sup>, finalizzato, altresì,

---

<sup>624</sup> Ceglie D., *Gli appalti interni: l'art. 7 d. lgs. n. 626/1994*, in (a cura di) Rusciano M.-Natullo G., *Ambiente e sicurezza del lavoro*, in *Diritto del lavoro*, Commentario diretto da F. Carinci, vol. VIII, 2007, pp. 241-247; Culotta A.- Di Lecce M. – Costagliola G., *Prevenzione e sicurezza nei luoghi di lavoro*, Il Sole 24 ore, Milano, 1998, p. 216.

<sup>625</sup> Pasquarella V., *Appalto e sicurezza sul lavoro: tutele legislative e rimedi giurisdizionali*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2007, pp. 93 ss.; Lanotte M., *La nuova disciplina della sicurezza sul lavoro nei cantieri temporanei e mobili*, in *MGL*, 1997, p. 764; Ricci M., *Sicurezza sul lavoro e responsabilità sociale d'impresa*, in (a cura di) Montuschi L. - Tullini P., *Lavoro e responsabilità sociale dell'impresa*, Bologna, Zanichelli, 2006, pp. 463 ss.; Scarpelli F., *Il codice degli appalti pubblici: un'occasione per promuovere la regolarità del lavoro*, in *Note Informative*, n. 36, 2006, p. 25.

<sup>626</sup> Guariniello R., *Obblighi e responsabilità penali in tema di lavori edili o di genio civile affidati in appalto dell'Ente pubblico*, in *Atti del convegno La direttiva cantieri*, Milano 10 ottobre 1997, pp. 36 ss.

<sup>627</sup> Cass. Pen. Sez. IV, 21 dicembre 2006, n. 41972, in *ISL*, n. 3, 2007, p. 157.

<sup>628</sup> Masini L., *La disciplina prevenzionale nei cantieri edili o di ingegneria civile*, in *MGL*, n. 10, 2000, p. 1127.

<sup>629</sup> Roja P., *Appalti, subappalti e doveri di coordinamento nel d.lgs. 494/1996*, in *ISL*, n. 7, 199, pp. 397-398.

<sup>630</sup> Lai M., *Esternalizzazioni e sicurezza: l'appalto*, in *DPL*, 2007, n. 32, p. 1992, che richiama, tra gli altri indicatori, la professionalità della forza lavoro, gli impianti e gli strumenti disponibili; Soprani P., *Evoluzione del sistema prevenzionistico in materia di appalto*, in *DPL*, n. 44, 2007, p.2675.

<sup>631</sup> Lai M., *Esternalizzazioni e sicurezza: l'appalto*, in *DPL*, 2007, n. 32, p. 1991; Soprani P., *Appalti e sicurezza del lavoro*, in *DPL*, n. 13, 2008, p. 803; Ceglie D., *Gli appalti interni: l'art. 7 d. lgs. n. 626/1994*, in (a cura di) Rusciano M.-Natullo G., *Ambiente e sicurezza del lavoro*, in *Diritto del lavoro*, Commentario

all'azione di contrasto al lavoro irregolare e all'evasione contributiva, entrambi i fenomeni considerati strettamente connessi ad una carente organizzazione prevenzionistica<sup>632</sup>.

Sul piano dell'effettività della tutela prevenzionistica nei cantieri, è condivisibile la proposta<sup>633</sup> circa la predisposizione e la somministrazione, al fine di facilitare la valutazione dell'idoneità tecnico-professionale delle imprese appaltatrici, da parte del committente, a quest'ultime di questionari e comunicazioni, da inserire nel piano di sicurezza e coordinamento, in cui sarebbe opportuno considerare i costi alla cooperazione agli appaltatori come costi della sicurezza.

Tuttavia, sul punto, le ultime modifiche all'art. 90 d. lgs. 81, apprestate dal d. lgs. 106/2009, paiono delineare una scelta di politica del diritto in "controtendenza" nella parte in cui ancorano le summenzionate garanzie relative all'idoneità tecnico-professionale delle imprese appaltatrici e alla "regolarità" della forza lavoro dalle stesse impiegata a determinate soglie quantitative e di "particolarità" dei rischi occasionati dalle attività appaltate.

Infatti, in relazione ai cantieri la cui entità presunta è inferiore a 200 uomini-giorno e i cui lavori non comportano i rischi particolari di cui all'allegato XI del d. lgs. 81/2008, il requisito della verifica dell'idoneità tecnico professionale si ritiene soddisfatto, in deroga alle previsioni di cui all'allegato XVII del Testo Unico in materia, mediante la presentazione, da parte delle imprese appaltatrici, del certificato di iscrizione alla Camera di commercio, industria e artigianato, corredato da autocertificazione in ordine al possesso degli altri requisiti previsti dal summenzionato allegato XVII; mentre, il requisito delle dichiarazioni relative all'organico medio annuo e al contratto collettivo applicato e delle denunce "previdenziali" può ritenersi adempiuto con la presentazione del documento unico di regolarità contributiva e dell'autocertificazione relativa al contratto collettivo applicato.

Ovviamente, la maggior "responsabilizzazione" del committente non legittima alcuna corrispondente "dismissione" della responsabilità prevenzionistica a carico dell'impresa appaltatrice, che, anzi, è tenuta ad osservare e garantire l'osservanza delle norme, previste

---

diretto da F. Carinci, vol. VIII, 2007, p. 242; in giurisprudenza, Cass., Pen. Sez. III, 24 gennaio 2007, n. 2298, in ISL, n. 3, 2007, pp. 158 ss.

<sup>632</sup> Tullini P., *Sicurezza e regolarità del lavoro negli appalti*, in ADL, 2007, pp. 890 ss.; Masini L., *La disciplina prevenzionale nei cantieri edili o di ingegneria civile*, in MGL, n. 10, 2000, p. 1127; Ricci M., *Sicurezza sul lavoro e responsabilità sociale d'impresa*, in (a cura di) Montuschi L. - Tullini P., *Lavoro e responsabilità sociale dell'impresa*, Bologna, Zanichelli, 2006, p. 464.

dalla legge e dai piani di sicurezza, compreso quello operativo dalla stessa predisposto, poste a tutela della salute e della sicurezza dei propri dipendenti, oltre che proporre, secondo una logica di «specificazione procedurale dei piani all'interno dell'organizzazione del cantiere», delle integrazioni al piano di sicurezza e coordinamento.

Pertanto, il cd. decreto cantieri ha, dal punto di vista procedurale, accentuato la propensione, già dimostrata dal legislatore precedente, a delineare un modello di “organizzazione” della sicurezza del lavoro nell'appalto<sup>634</sup>, attraverso il quale prevedere una ripartizione “coordinata” degli obblighi, di natura sia organizzativa che tecnica-operativa, tra le vecchie e le nuove figure professionali<sup>635</sup>, alla stregua di un vero e proprio «esercito della sicurezza»<sup>636</sup>, coinvolte nelle diverse fasi dell'appalto, al fine di garantire una pianificazione “partecipata” e “proattiva”<sup>637</sup>, sin dalla fase della progettazione<sup>638</sup>, delle procedure e degli *standards* adeguati ai fattori di rischio presenti «in un ambiente nuovo, a termine ed estremamente pericoloso»<sup>639</sup>, in una prospettiva di gestione complessiva e integrata della sicurezza.

Ad esempio, le figure dei coordinatori per la sicurezza<sup>640</sup>, nominate dal committente (o dal responsabile dei lavori) quali “antenne” deputate alle rilevazioni dei rischi interferenziali<sup>641</sup> nel caso di presenza, anche non contemporanea, di più imprese nello stesso cantiere, sono individuati tra soggetti dotati di professionalità “qualificate” proprio al fine di «rendere

---

<sup>633</sup> Primerano E., *Una norma non applicata che condiziona un'efficace sicurezza negli appalti*, in ISL, n. 9, 2001, pp. 10-11.

<sup>634</sup> Pasquarella V., *Appalto e sicurezza sul lavoro: tutele legislative e rimedi giurisdizionali*, in Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale, 2007, p. 106.

<sup>635</sup> Petracci F., *Il rapporto di lavoro nell'appalto*, Cedam, Padova, 2003, pp. 239 ss.; Soprani P., *Obblighi di sicurezza, soggetti e responsabilità*, in DPL, pp. 2395 ss.; Ceglie D., *Cantieri temporanei e mobili: obblighi, procedure e responsabilità*, in (a cura di) Rusciano M.-Natullo G., *Ambiente e sicurezza del lavoro*, in Diritto del lavoro, Commentario diretto da F. Carinci, vol. VIII, 2007, pp. 565 ss.; 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. 765.

<sup>636</sup> 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.

<sup>637</sup> Soprani P., *Appalti e sicurezza del lavoro*, in DPL, n. 13, 2008, pp. 801 ss.

<sup>638</sup> Focareta F., *La responsabilità di sicurezza sul lavoro negli appalti*, in Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali, 1994, pp. 154 ss.; Albi P., *Art. 2087. Adempimento dell'obbligo di sicurezza e tutela della persona*, in (diretto da) Busnelli F., *Il Codice Civile - Commentario*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 191.

<sup>639</sup> Ceglie D., *Cantieri temporanei e mobili: obblighi, procedure e responsabilità*, in (a cura di) Rusciano M.-Natullo G., *Ambiente e sicurezza del lavoro*, in Diritto del lavoro, Commentario diretto da F. Carinci, vol. VIII, 2007, pp. 563 ss.

<sup>640</sup> Lanotte M., *La nuova disciplina della sicurezza sul lavoro nei cantieri temporanei e mobili*, in MGL, 1997, pp. 766 ss.

<sup>641</sup> Soprani P., *Obblighi di sicurezza, soggetti e responsabilità*, in DPL, 2006, p. 2397.

sistematica e professionalizzata la programmazione della sicurezza»<sup>642</sup>, quest'ultima da considerare come elemento strutturale del sistema di gestione prevenzionistica<sup>643</sup>, sia nella fase progettuale<sup>644</sup> che in quella organizzativa e attuativa<sup>644</sup>.

In merito, il coordinatore per la progettazione è tenuto, in particolare, alla redazione, a pena del provvedimento di sospensione dell'attività imprenditoriale ex art. 14 d. lgs. 81/2008, del piano di sicurezza e coordinamento di cui all'art. 100, comma 1, d. lgs. 81/2008, quale parte integrante del contratto di appalto, in cui si individuano e valutano i rischi risultanti dall'eventuale presenza simultanea o successiva di più imprese, si apprestano le procedure e le misure necessarie per la prevenzione degli infortuni e per la tutela della salute dei lavoratori, nonché ove si fornisce la stima dei costi relativi alla sicurezza, non soggetti a ribasso d'asta<sup>645</sup>.

Invece, al coordinatore per l'esecuzione, la cui presenza è espressamente condizionata dal d. lgs. 106/2009 alla operatività, anche non contemporanea, di più imprese esecutrici nel cantiere, spetta, tra l'altro, di accertare l'applicazione, da parte delle imprese esecutrici, delle disposizioni del piano di sicurezza e coordinamento di loro competenza, con conseguente obbligo di "segnalazione" al committente<sup>646</sup>, quale preposto all'irrogazione delle cd. «sanzioni interne», che possono spingersi, nei casi di reiterazione o più gravi, sino alla risoluzione del contratto di appalto<sup>647</sup>, e, qualora non venga dato seguito alla comunicazione inviata, all'Azienda sanitaria locale e alla Direzione provinciale del lavoro territorialmente competenti.

Al coordinatore per l'esecuzione dei lavori compete, altresì, la valutazione dell'idoneità del piano operativo di sicurezza, redatto dal datore di lavoro dell'impresa esecutrice in relazione al singolo cantiere, e la sua conformità al piano di sicurezza e di coordinamento, nonché un «obbligo generale di organizzare, senza richiedere una presenza fisica

---

<sup>642</sup> Ricci M., *Sicurezza sul lavoro e responsabilità sociale d'impresa*, in (a cura di) Montuschi L. - Tullini P., *Lavoro e responsabilità sociale dell'impresa*, Bologna, Zanichelli, 2006, p. 464; Culotta A.- Di Lecce M. – Costagliola G., *Prevenzione e sicurezza nei luoghi di lavoro*, Il Sole 24 ore, Milano, 1998, p. 231.

<sup>643</sup> Soprani P., *Appalti e sicurezza del lavoro*, in DPL, n. 13, 2008, p. 802.

<sup>644</sup> De Falco G., *Il decreto legislativo 14 agosto 1996, n. 494 e la sicurezza nei cantieri*, in Cass. Pen., 1997, III, p. 2394

<sup>645</sup> Ricci M., *Sicurezza sul lavoro e responsabilità sociale d'impresa*, in (a cura di) Montuschi L. - Tullini P., *Lavoro e responsabilità sociale dell'impresa*, Bologna, Zanichelli, 2006, p. 465.

<sup>646</sup> Masini L., *La disciplina prevenzionale nei cantieri edili o di ingegneria civile*, in MGL, n. 10, 2000, pp. 1124-1125.

<sup>647</sup> Ceglie D., *Cantieri temporanei e mobili: obblighi, procedure e responsabilità*, in (a cura di) Rusciano M.- Natullo G., *Ambiente e sicurezza del lavoro*, in *Diritto del lavoro*, Commentario diretto da F. Carinci, vol. VIII, 2007, p. 557.



continuativa sui luoghi di lavoro<sup>648</sup>, tra le imprese esecutrici, il coordinamento, la cooperazione e la reciproca informazione»<sup>649</sup>, sorretto dal potere-dovere ex art. 92, comma 1, lett. f), d. lgs. 81/2008, avente finalità cautelare, di sospendere le singole lavorazioni in presenza di un pericolo grave e imminente.

Inoltre, sempre con riferimento al profilo prevenzionistico relativo ai cantieri mobili e temporanei, va sottolineata l'introduzione, da parte del d. lgs. 81/2008, della nozione di impresa affidataria (art. 97), quale «impresa titolare del contratto di appalto con il committente che, nell'esecuzione dell'opera appaltata, può avvalersi di imprese subappaltatrici». Infatti, l'art. 97, comma 3, d. lgs. 81/2008, tributario di una copiosa giurisprudenza in tema di subappalti<sup>650</sup> e dell'impianto normativo già predisposto dall'art. 18, comma 8, l. 55/1990, conferisce all'impresa affidataria subappaltante un ruolo di coordinamento, con compiti analoghi, ma distinti, a quelli del coordinatore per l'esecuzione, e di controllo, particolarmente “impellente” nell'ambito dei rapporti di subappalto<sup>651</sup>, conducendo “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 - l'unico comma della cd. legge Bersani sopravvissuto alla “furia” abrogatrice del d.l. 97/2008 -, che prevede, per l'impresa assegnataria, un ruolo di “cerniera” tra committente e subappaltatori nell'azione di rafforzamento della “catena” di coordinamento e di controllo prevenzionale e di regolarità lavoristica negli appalti di opere.

Infatti, *prima facie*, pare che le peculiari esigenze prevenzionistiche emergenti nei cantieri temporanei e mobili abbiano spinto il legislatore del 2008, apprestando una disciplina *ad hoc*, a “ritagliare”, pur residuando situazioni di potenziale conflitto di interessi<sup>652</sup>, un rilevante ruolo per l'impresa affidataria di “responsabile” della verifica e del coordinamento delle condizioni di sicurezza dei lavori affidati e dell'applicazione delle prescrizioni del piano di sicurezza e di coordinamento, in coerenza, appunto, con quanto dispone l'art. 26 nella parte “generale” del Testo Unico.

---

<sup>648</sup> Masini L., *La disciplina prevenzionale nei cantieri edili o di ingegneria civile*, in MGL, n. 10, 2000, pp. 1124-1125.

<sup>649</sup> Ricci M., *Sicurezza sul lavoro e responsabilità sociale d'impresa*, in (a cura di) Montuschi L. - Tullini P., *Lavoro e responsabilità sociale dell'impresa*, Bologna, Zanichelli, 2006, p. 466.

<sup>650</sup> Bacchini F., *La sicurezza del lavoro nelle opere e nei servizi affidati in subappalto*, in Inserto di ISL, n. 10, 2002, pp. III-XVI.

<sup>651</sup> Lepore M., *Le legge delega sulla sicurezza: prime riflessioni*, in Lavoro nella giurisprudenza, n. 11, 2007, p. 1081.

In riferimento alla sicurezza negli appalti di opere pubbliche, la tendenza “generalista” ed “espansiva” della normativa contenuta nel d. lgs. 81/2008 concede, tuttavia, ampi margini di rinvio, a fini integrativi, alla disciplina di cui al cd. Codice degli appalti pubblici ex d. lgs. 163/2006, e successive modificazioni, cui l’art. 89 del d. lgs. 81/2008 ricorre per individuare, ad esempio, il committente di opera pubblica nel «soggetto titolare del potere decisionale e di spesa relativo alla gestione dell’appalto»<sup>653</sup>, in piena coerenza con l’orientamento legislativo e giurisprudenziale volto a “disarticolare” la monolitica nozione di datore di lavoro, attraverso la sintesi “sostanziale” «del momento contrattuale e di quello gestionale»<sup>654</sup>.

Inoltre, l’art. 26, comma 6, d. lgs. 81/2008, portando a compimento un percorso, volto a sottrarre il costo della sicurezza al ribasso d’asta, avviato dalla l. 296/2006 e, ancor prima, in via “pionieristica”, dalla legge n. 49/1992 della Regione Marche<sup>655</sup>, prescrive, sia pur compatibilmente con l’autonomo “ordito” normativo di cui al d. lgs. 163/2006<sup>656</sup>, agli enti aggiudicatori, nella predisposizione delle gare di appalto e nella valutazione dell’anomalia delle offerte nelle procedure di affidamento di appalti di lavori pubblici, di servizi e di forniture, di valutare che il valore economico dell’offerta sia adeguato e sufficiente rispetto, oltre che al costo del lavoro, anche al costo relativo alla sicurezza, «il quale deve essere specificamente indicato e risultare congruo rispetto all’entità e alle caratteristiche dei lavori, dei servizi o delle forniture», impedendo, in tal modo, all’offerente, in caso di offerta anormalmente bassa, di fornire giustificazioni inerenti al rispetto della normativa in materia di salute e sicurezza sul lavoro<sup>657</sup>.

Da una prospettiva funzionale, l’indicazione specifica, con annesso divieto di ribasso, dei costi relativi alla sicurezza, inclusi quelli relativi ai subappalti<sup>658</sup>, rappresenta uno strumento, offerto dal legislatore al committente investito della selezione prevenzionistica, per valutare l’idoneità tecnico-professionale delle imprese appaltatrici pubbliche e private,

---

<sup>652</sup> Lanotte M., *La nuova disciplina della sicurezza sul lavoro nei cantieri temporanei e mobili*, in MGL, 1997, pp. 768-769.

<sup>653</sup> Masini L., *La disciplina prevenzionale nei cantieri edili o di ingegneria civile*, in MGL, n. 10, 2000, p. 1121.

<sup>654</sup> Soprani P., *Obblighi di sicurezza, soggetti e responsabilità*, in DPL, p. 2395.

<sup>655</sup> Focareta F., *La responsabilità di sicurezza sul lavoro negli appalti*, in Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali, 1994, p. 143.

<sup>656</sup> Izzi D., *La tutela del lavoro negli appalti*, in Lavoro e Diritto, n. 3, 2008, p. 453.

<sup>657</sup> Soprani P., *Evoluzione del sistema prevenzionistico in materia di appalto*, in DPL, n. 44, 2007, p. 2673.

<sup>658</sup> Determinazione n. 3 dell’Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture del 5 marzo 2008.

al fine di verificare l'effettività della tutela prevenzionistica assicurata<sup>659</sup>, quale, a sua volta, "indicatore standardizzato" vincolante per accedere agli appalti pubblici e per accedere a finanziamenti e contributi a carico della finanza pubblica<sup>660</sup>.

Ferma restando la necessità di produrre a livello legislativo una chiara ed uniforme definizione di «costi relativi alla sicurezza», sia per quanto attiene il profilo qualitativo che quantitativo, con parametri normativi capaci di individuare e determinare "voci" e "metodologie di stima"<sup>661</sup>, la diatriba ricostruttiva tra la tesi della cd. onnicomprensività e quella cd. "esclusiva" dei costi della sicurezza andrebbe risolta, proprio per ragioni di trasparenza "generale", oltre che alla luce del dato letterale della disposizione precettiva di cui all'art. 3 l. 123/2007, a favore dell'inclusione di tutti i costi<sup>662</sup>, quindi, sia di quelli specifici o cd. contrattuali individuati nel piano di sicurezza e coordinamento<sup>663</sup>, sia di quelli cd. generali, cui il datore di lavoro-appaltatore deve conformarsi per assicurare l'osservanza della disciplina prevenzionale<sup>664</sup>.

Lungo tale solco di politica del diritto pare inserirsi la l. r. Marche 18 novembre 2008, n. 33, recante «Norme in materia di costi per la prevenzione degli infortuni e la tutela della salute nei cantieri temporanei e mobili», che, nell'ambito della potestà legislativa regionale ex art. 117, comma 5, della Costituzione, disciplina la materia della sicurezza nei cantieri, con particolare riferimento alla stima dei relativi costi.

---

<sup>659</sup> Soprani P., *Evoluzione del sistema prevenzionistico in materia di appalto*, in DPL, n. 44, 2007, p. 2676.

<sup>660</sup> Angelini L., *Costi della sicurezza e Codice dei contratti pubblici*, Relazione al Convegno *Legge 123/2007. Prime applicazioni dell'art. 3 e dell'art. 8 negli enti pubblici*, CNR, Roma, 2007, p. 2, accessibile su <http://www.uniurb.it/olympus>; Bacchini F., *Le tutele lavoristico-antinfortunistiche negli appalti d'impresa ed endoaziendali. Commento all'art. 3, comma 1, lett. a), b)*, in (a cura di) Bacchini F., *Commentario alla sicurezza del lavoro*, Ipsoa, Milano, pp. 144 ss.

<sup>661</sup> Bacchini F., *Le tutele lavoristico-antinfortunistiche negli appalti d'impresa ed endoaziendali. Commento all'art. 3, comma 1, lett. a), b)*, in (a cura di) Bacchini F., *Commentario alla sicurezza del lavoro*, Ipsoa, Milano, pp. 144 ss.

<sup>662</sup> Angelini L., *Costi della sicurezza e Codice dei contratti pubblici*, Relazione al Convegno *Legge 123/2007. Prime applicazioni dell'art. 3 e dell'art. 8 negli enti pubblici*, CNR, Roma, 2007, p. 6, accessibile su <http://www.uniurb.it/olympus>.

<sup>663</sup> 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. 20 ss.

<sup>664</sup> Angelini L., *Costi della sicurezza e Codice dei contratti pubblici*, Relazione al Convegno *Legge 123/2007. Prime applicazioni dell'art. 3 e dell'art. 8 negli enti pubblici*, CNR, Roma, 2007, p. 5, accessibile su <http://www.uniurb.it/olympus>.

Infatti, l'intervento legislativo della regione Marche si giustifica per la carenza di indicazioni operative formali e per orientamenti, non condivisi<sup>665</sup>, in materia di stima e contabilizzazione dei costi della sicurezza<sup>666</sup>, che, nel distinguere tra oneri contrattuali ed oneri *ex lege*, sottraggono alla stazione appaltante il controllo della totale preventiva determinazione dell'esecuzione dei lavori in sicurezza e solo una parte degli oneri connessi alla sicurezza alla dinamica concorrenziale.

Per contro, accogliendo l'approccio "onnicomprensivo" già presente nel d. lgs. 494/1996 ed ora nel d. lgs. 81/2008 come nell'art. 131, comma 3, del cd. Codice degli appalti pubblici, la l. r. n. 33/2008, in riferimento ai lavori pubblici di interesse regionale e ai lavori privati soggetti a denuncia di inizio attività o a permesso di costruire, sancisce l'esclusiva competenza della stazione appaltante nella progettazione estimativa dei costi, distinti tra costi della sicurezza inclusa e della sicurezza aggiuntiva (art. 3), da ritenersi *in toto* non soggetti a negoziazione al ribasso<sup>667</sup>.

Pertanto, la risoluzione dello snodo ricostruttivo relativo ai costi della sicurezza non è indifferente da un punto di vista più politico-funzionale, se, come è stato evidenziato<sup>668</sup>, una "dilatazione" dei costi della sicurezza, comprensiva dei cd. costi generali, potrebbe comportare delle ricadute, economiche e sociali, eccessivamente gravose, se non "controproducenti", per l'interesse pubblico, mentre un'irregolare compressione degli stessi sarebbe in grado, a sua volta, di ripercuotersi, negativamente, sulla dimensione sociale della sicurezza sul lavoro come sulle dinamiche economiche, in termini di concorrenza sleale.

Sotto altro profilo, il riferimento alla responsabilità sociale d'impresa, pur operato dal Testo Unico del 2008, pare confermare un'apertura di credito, anche dal parte del legislatore nazionale, verso un approccio di cd. *soft law*, complementare all'intervento normativo *hard*, funzionale ad una maggiore effettività della tutela prevenzionistica.

Una volta convenuto che l'assunzione, sia pure su base volontaristica, di comportamenti socialmente responsabili può, per effetto e all'atto stesso del *self-restraint*, convertirsi in un corrispondente diritto del lavoratore interessato a veder adempiuto l'impegno "promesso",

---

<sup>665</sup> Determinazione n. 3 dell'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture del 5 marzo 2008.

<sup>666</sup> Pierri M., *I costi della sicurezza nella legge della Regione Marche*, in ISL, n. 2, 2009, pp. 61 ss.

<sup>667</sup> Pierri M., *I costi della sicurezza nella legge della Regione Marche*, in ISL, n. 2, 2009, p. 63.

<sup>668</sup> Bacchini F., *Le tutele lavoristico-antifortunistiche negli appalti d'impresa ed endoaziendali. Commento all'art. 3, comma 1, lett. a), b)*, in (a cura di) Bacchini F., *Commentario alla sicurezza del lavoro*, Ipsoa, Milano, pp. 144 ss.

divenuto *medio tempore* giuridicamente esigibile<sup>669</sup>, l'assunzione di responsabilità sociale da parte dell'appaltante in materia di salute e sicurezza sul lavoro potrebbe esplicitarsi in termini di impegno a "sottoporsi" ad un regime di responsabilità solidale, ultroneo rispetto a quello legislativamente sancito, a favore dei dipendenti dell'appaltatore<sup>670</sup>.

Una tale assunzione volontaristica di responsabilità, assistita magari da forme di incentivazione e controlli pubblici, sarebbe suscettibile di innescare un processo virtuoso anche dal punto di vista prevenzionale, a partire da una più accurata scelta, da parte del committente, del *partner* contrattuale fino ad un miglioramento della qualità sociale complessiva del processo produttivo e del conseguente prodotto finale.

## **5. Cessazione dell'appalto e tutela dei diritti dei lavoratori "in transizione"**

Il protrarsi nel tempo del contratto di appalto, co-essenziale alla sua natura di contratto ad esecuzione prolungata<sup>671</sup>, induce ad alcune riflessioni di fronte all'evento "fisiologico" dell'estinzione del rapporto di appalto.

La fattispecie summenzionata, indubbiamente, può integrare i presupposti di un licenziamento per motivi economici, individuale o collettivo, di cui rispettivamente agli artt. 3 l. 604/1966 e 24 l. 223/1991<sup>672</sup>.

Come definitivamente chiarito dall'intervento del legislatore del 1991, se, da un lato, la decisione imprenditoriale di procedere al licenziamento, ferma restando la necessità della effettività della scelta imprenditoriale e del nesso di causalità tra questa e la decisione di

---

<sup>669</sup> Gottardi D., *Il diritto del lavoro nelle imprese socialmente responsabili*, in *Lavoro e Diritto*, n. 1, 2006, pp. 35 ss.

<sup>670</sup> Pino G., *Una rilettura degli obblighi di sicurezza sul lavoro. L'art. 2087 del codice civile tra potere direttivo del datore di lavoro e responsabilità sociale di impresa*, in *Diritto del mercato del lavoro*, I-II, 2006, p. 95.

<sup>671</sup> 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; Giannattasio C., *L'Appalto*, in (diretto da) Cicu A.- Messineo F., *Trattato di diritto civile e commerciale*, XXIV, 2, Milano, 1977, pp. 64 ss.

<sup>672</sup> Magrini S., *I licenziamenti individuali e collettivi: separatezza e convergenza di tutele*, in *Giornale di diritto del lavoro e della previdenza sociale*, 1990, pp. 313 ss.; D'Antona M., *Riduzione di personale e licenziamenti: la rivoluzione copernicana della legge n. 223/91*, in *Foro It.*, 1993, I, pp. 2027 ss.; Mazzotta O., *I licenziamenti*, II ed., Giuffrè, Milano, pp. 645 ss.; Napoli M., *Licenziamenti*, in *Dig. Disc. Priv. sez. comm.*, IX, 1993, pp. 101 ss.; Marinelli M., *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 203; Marazza M., *Riduzione di personale per la perdita di appalti* (nota a Cass., 23 gennaio 1998, n. 637; Pret. Milano, 28 luglio 1997; Pret. Milano, 29 maggio 1997), pp. 543 ss.; Petracchi F., *Il rapporto di lavoro nell'appalto*, Cedam, Padova, 2003, pp. 273 ss.

licenziare, non implica l'elemento della «definitività della riduzione»<sup>673</sup> dell'attività aziendale, dall'altro, essa è costituzionalmente limitata, ex art. 41 Cost., dall'obbligo di comunicare i motivi, non discriminatori e rispondenti ai criteri di ragionevolezza e correttezza ex artt. 1175 c.c. e 1375 c.c.<sup>674</sup>, della volontà di intimare il licenziamento<sup>675</sup> e dall'impossibilità, da parte datoriale, di adibire il lavoratore a mansioni diverse all'interno della propria organizzazione produttiva<sup>676</sup>.

In chiave patologica, la “fase” della cessazione dell'appalto può, altresì, integrare una fattispecie, oltre che di elusione della disciplina garantista in materia di licenziamenti, di livellamento verso il basso dei costi retributivi e contributivi relativi al lavoro “utilizzato” e/o di “sottrazione” alle garanzie sindacali di cui al Titolo III dello Statuto dei Lavoratori ex l. 300/1970<sup>677</sup>.

Una volta escluso, in sede qualificatoria, che la stipulazione di un contratto di appalto configuri una fattispecie di trasferimento d'azienda<sup>678</sup>, con conseguente continuazione in capo all'appaltatore o al nuovo appaltatore dei rapporti di lavoro “coinvolti” nell'appalto<sup>679</sup>, è plausibile che il conferimento di un appalto o la sua cessazione, con annessa mancata continuazione o ripresa da parte di terzi, comportino il concretizzarsi dei requisiti della «riduzione di attività o di lavoro» di cui all'art. 24 l. 223/1991<sup>680</sup> o «delle ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa», legittimanti entrambi un provvedimento di licenziamento per motivi oggettivi<sup>681</sup>.

---

<sup>673</sup> Marinelli M., *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 206; Vallebona A., *Il licenziamento collettivo per riduzione di personale*, in MGL, 1992, p. 430; *contra* Del Punta R., *I licenziamenti collettivi*, in Papaleoni – Del Punta – Mariani, *La nuova cassa integrazione guadagni e la mobilità*, Cedam, Padova, 1993, pp. 372 ss.

<sup>674</sup> Cass., 18 ottobre 1996, in MGL, 1997, pp. 204 ss.

<sup>675</sup> D'Antona M., *Riduzione di personale e licenziamenti: la rivoluzione copernicana della legge n. 223/91*, in Foro It., 1993, I, p. 2030; in giurisprudenza, Cass., Sez. Lav., 11 aprile 2003, n. 5777, in MGL, 2003, pp. 668 ss.

<sup>676</sup> Marinelli M., *Licenziamento per fine lavoro in edilizia* (commento a Cass., 22 giugno 2000, n. 8506, in RIDL, 2001, II, p. 380).

<sup>677</sup> Albi P., *Frammentazione dell'impresa e stabilità del posto di lavoro*, Lavoro e Diritto, 2006, IV, pp. 644 ss.

<sup>678</sup> Marinelli M., *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 203.

<sup>679</sup> Carinci M. T., *La fornitura di lavoro altrui*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 479.

<sup>680</sup> Carinci M. T., *La fornitura di lavoro altrui*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 480; Lazzari C., *Appalti di servizi e licenziamenti collettivi* (commento a Cass., 21 maggio 1998, n. 5104), in RIDL, 1999, pp. 207 ss.; Vallebona A., *Successione nell'appalto e tutela dei posti di lavoro* (commento a Cass., 21 maggio 1998, n. 5104), in RIDL, 1999, II, pp. 217 ss.

<sup>681</sup> 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. 139 ss.; Del Punta R., *Disciplina del licenziamento e modelli organizzativi delle imprese*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 1998, pp. 709 ss.

Tuttavia, in relazione al settore edilizio, proprio il riferimento al carattere fisiologico della cessazione dell'appalto, dipendente dall'andamento ciclico del "mercato" edilizio ha legittimato la scelta del legislatore, sia pure "anticipata" dalla contrattazione collettiva<sup>682</sup>, di apprestare una disciplina "speciale" in materia di estinzione dei rapporti di lavoro<sup>683</sup>.

Infatti, l'art. 24, comma 4, l. 223/1991 si caratterizza per disporre l'inapplicabilità della disciplina dei licenziamenti collettivi alle fattispecie di fine lavori nelle costruzioni edili, cui si applicano le "sole" disposizioni in materia di licenziamento individuale per giustificato motivo, legittimanti il datore di lavoro a provare, in caso di contestazione, esclusivamente il nesso di causalità tra la propria scelta imprenditoriale, inclusa quella implicante l'impossibilità di collocare diversamente il lavoratore<sup>684</sup>, e il licenziamento<sup>685</sup>, fermo il principio, consacrato dalla giurisprudenza della Suprema Corte - Cass., 14 luglio 2000, n. 9398 -, secondo cui i fatti riguardanti la gestione dell'impresa, e quindi anche le vicende dell'appalto, non possono ripercuotersi immediatamente sul rapporto di lavoro in termini di giustificato motivo di recesso<sup>686</sup>.

La dottrina<sup>687</sup> e la giurisprudenza<sup>688</sup> prevalenti hanno riconosciuto alla disposizione di cui all'art. 24, comma 4, l. 223/1991 i caratteri dell'inderogabilità, anche da parte dell'autonomia collettiva, per le conseguenze in termini di *deminutio* delle tutele a carico dei lavoratori interessati, e di eccezionalità<sup>689</sup>.

---

<sup>682</sup> Marinelli M., *Licenziamento per fine lavoro in edilizia* (commento a Cass., 22 giugno 2000, n. 8506), in RIDL, 2001, II, p. 378.

<sup>683</sup> Gramiccia G., *Sul licenziamento per fine lavoro nell'edilizia* (nota a Cass., 1 febbraio 2000, n. 1117), in MGL, 2000, pp. 383 ss.

<sup>684</sup> Carinci M. T., *La fornitura di lavoro altrui*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 482; in giurisprudenza, in giurisprudenza, Cass., Sez. Lav., 10 marzo 1992, n. 2881; Cass., 1 febbraio 2000, n. 1117.

<sup>685</sup> Marinelli M., *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 208 ss.; Cass. 26 settembre 1998, n. 9657, in RIDL, 1999, II, pp. 407 ss., con nota di Pizzoferrato A., *Il licenziamento per fine lavoro nelle costruzioni edili*.

<sup>686</sup> Petracci F., *Il rapporto di lavoro nell'appalto*, Cedam, Padova, 2003, p. 277.

<sup>687</sup> Lazzari C., *Appalti di servizi e licenziamenti collettivi* (commento a Cass., 21 maggio 1998, n. 5104), in RIDL, 1999, pp. 207 ss.; Petracci F., *Il rapporto di lavoro nell'appalto*, Cedam, Padova, 2003, pp. 282-283.

<sup>688</sup> Per tutte, Cass., 21 maggio 1998, n. 5104, in Lavoro nella giurisprudenza, 1998, pp. 761 ss.

<sup>689</sup> Vallebona A., *Successione nell'appalto e tutela dei posti di lavoro* (commento a Cass., 21 maggio 1998, n. 5104), in RIDL, 1999, II, p. 220; Lazzari C., *Appalti di servizi e licenziamenti collettivi* (commento a Cass., 21 maggio 1998, n. 5104), in RIDL, 1999, p. 211; Marinelli M., *Licenziamento per fine lavoro in edilizia* (commento a Cass., 22 giugno 2000, n. 8506, in RIDL, 2001, II, p. 377; *contra* Rondo A., *Scadenza d'appalto nel settore delle pulizie, licenziamento e legge n. 223 del 1991* (commento a Cass., 21 maggio 1998, n. 5104), in MGL, 1998, pp. 703 ss.; Scarpelli F., *La nozione e il controllo del giudice*, in Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali, 19, 1997, pp. 57 ss.; in giurisprudenza, Cass., 21 maggio 1998, n. 5104, in Lavoro nella giurisprudenza, 1998, pp. 761 ss., con nota critica di Pozzoli C., *Cessazione di appalto di pulizie: licenziamento plurimo o collettivo*.

Pertanto, i predetti caratteri della disposizione *de qua* renderebbero quest'ultima insuscettibile di estensione analogica a favore di altre fattispecie espressamente non previste, come quella della cessazione degli appalti nel settore delle pulizie<sup>690</sup> o di una "forzata", quanto inappropriata, sovrapposizione tra scadenza dell'appalto e scadenza del rapporto di lavoro a termine<sup>691</sup>, evidentemente operante su "livelli" contrattuali diversi<sup>692</sup>.

Tuttavia, una parte della dottrina<sup>693</sup> e della giurisprudenza - Pret. Milano, 28 luglio 1997 -, proprio sulla base della considerazione che la fattispecie di cui all'art. 24, comma 4, l. 223/1991 richiederebbe uno «stabile ed effettivo ridimensionamento dell'attività aziendale»<sup>694</sup>, da valutare *ex post*<sup>695</sup>, esclude l'applicabilità della disciplina del 1991 alle imprese di pulizie, in virtù del carattere fisiologico, non destante «un particolare allarme sociale»<sup>696</sup> dell'avvicendamento dei contratti di appalto nel settore, caratterizzato da una continua cessazione di appalti e acquisizione di commesse, tali da far ritenere insussistente una non temporanea riduzione di attività.

Il predetto orientamento, congiuntamente alle conformi indicazioni ministeriali<sup>697</sup>, fonda il proprio impianto ricostruttivo, improntato ad una chiara valorizzazione dell'elemento causale<sup>698</sup>, «su dati di tipicità sociale»<sup>699</sup>, che non possono, in quanto tali, sovvertire un quadro normativo, che, altrimenti, includerebbe, in modo pacifico, nella sfera applicativa della l. 223/1991, in quanto implicante una "diminuzione di attività", la fattispecie della

---

<sup>690</sup> Rondo A., *Scadenza d'appalto nel settore delle pulizie, licenziamento e legge n. 223 del 1991* (commento a Cass., 21 maggio 1998, n. 5104), in MGL, 1998, pp. 703 ss.; Scarpelli F., *Cessazione degli appalti di servizi e licenziamenti collettivi*, in DPL, n. 31, 2001, pp. 2065 ss.

<sup>691</sup> Rondo A., *Scadenza d'appalto nel settore delle pulizie, licenziamento e legge n. 223 del 1991* (commento a Cass., 21 maggio 1998, n. 5104), in MGL, 1998, p. 707

<sup>692</sup> Lazzari C., *Appalti di servizi e licenziamenti collettivi* (commento a Cass., 21 maggio 1998, n. 5104), in RIDL, 1999, p. 211.

<sup>693</sup> Rondo A., *Scadenza d'appalto nel settore delle pulizie, licenziamento e legge n. 223 del 1991* (commento a Cass., 21 maggio 1998, n. 5104), in MGL, 1998, pp. 703 ss.; Pozzoli C., *Cessazione di appalto di pulizie: licenziamento plurimo o collettivo* (nota a Cass., 21 maggio 1998, n. 5104), in Lavoro nella giurisprudenza, 1998, pp. 761 ss.

<sup>694</sup> Marinelli M., *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 211; Pozzoli C., *Cessazione di appalto di pulizie: licenziamento plurimo o collettivo* (nota a Cass., 21 maggio 1998, n. 5104), in Lavoro nella giurisprudenza, 1998, p. 765.

<sup>695</sup> Rondo A., *Scadenza d'appalto nel settore delle pulizie, licenziamento e legge n. 223 del 1991* (commento a Cass., 21 maggio 1998, n. 5104), in MGL, 1998, p. 705.

<sup>696</sup> Marinelli M., *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 208; Rondo A., *Scadenza d'appalto nel settore delle pulizie, licenziamento e legge n. 223 del 1991* (commento a Cass., 21 maggio 1998, n. 5104), in MGL, 1998, p. 706; Petracci F., *Il rapporto di lavoro nell'appalto*, Cedam, Padova, 2003, p. 283.

<sup>697</sup> Lettera Circolare, Min. Lav., 28 maggio 2001, n. L/01, disponibile su [www.welfare.gov.it](http://www.welfare.gov.it)

<sup>698</sup> Petracci F., *Il rapporto di lavoro nell'appalto*, Cedam, Padova, 2003, pp. 287 ss.

<sup>699</sup> Scarpelli F., *Cessazione degli appalti di servizi e licenziamenti collettivi*, in DPL, n. 31, 2001, p. 2065.



cessazione degli appalti, in presenza dei requisiti numerici, temporali, territoriali e causali ex art. 24, comma 4, della stessa legge del 1991<sup>700</sup>.

Anzi, *a contrario*, il richiamo ad esigenze, come quella di evitare un procedimento eccessivamente complesso ed oneroso e potenzialmente contrario agli stessi interessi dei lavoratori interessati<sup>701</sup>, di ordine funzionale e di carattere tecnico-sistematico, ispirate al principio costituzionale di uguaglianza ex art. 3 Cost., dovrebbe condurre alla conclusione di includere nell'orbita del rischio d'impresa, per i soggetti economici, appunto, interessati, in modo frequente e ricorrente, dalle cessazioni di appalti, la "capacità" di prevedere e programmare la cessazione medesima, in modo da avviare in tempo utile la procedura di riduzione del personale, a prescindere dalle peculiarità del mercato di riferimento; e non legittimando, in tal modo, alcuna deroga alla disciplina garantista, comprensiva di un qualificato intervento delle parti sociali, di cui alla normativa nazionale come a quella comunitaria in materia.

Scarsa attenzione, invece, è stata prestata dal legislatore nazionale nei confronti del problema della continuità lavorativa e della garanzia dei livelli occupazionali in caso di cambio di gestione di un appalto<sup>702</sup>, o meglio, «concessione di un nuovo appalto in sostituzione del precedente»<sup>703</sup>.

Infatti, per lo più in sede contrattuale, alla decisione di conferire un servizio o un'opera in appalto oppure alla sua cessazione, sovente, si accompagna un obbligo, a carico dell'appaltatore subentrante, di assunzione di tutti o di parte dei lavoratori precedentemente addetti alle attività o ai servizi esternalizzati<sup>704</sup>.

Tralasciando quanto già argomentato in merito ai labili confini "qualificatori" tra la fattispecie del trasferimento d'azienda e quella della successione di imprese nell'appalto<sup>705</sup>,

---

<sup>700</sup> Carinci M. T., *La fornitura di lavoro altrui*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 480; Lazzari C., *Appalti di servizi e licenziamenti collettivi* (commento a Cass., 21 maggio 1998, n. 5104), in RIDL, 1999, pp. 209-210; Scarpelli F., *Cessazione degli appalti di servizi e licenziamenti collettivi*, in DPL, n. 31, 2001, pp. 2065-2066.

<sup>701</sup> Rondo A., *Scadenza d'appalto nel settore delle pulizie, licenziamento e legge n. 223 del 1991* (commento a Cass., 21 maggio 1998, n. 5104), in MGL, 1998, p. 709.

<sup>702</sup> Buoncristiani D., *Forme di tutela del lavoratore "ereditato" nel cambio di gestione di appalti labour intensive*, in RIDL, 2007, I, p. 166.

<sup>703</sup> Cass., 8 febbraio 1993, n. 1518, in RIDL, 1993, II, pp. 834 ss.

<sup>704</sup> Marinelli M., *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 213 ss.; Vallebona A., *Successione nell'appalto e tutela dei posti di lavoro* (commento a Cass., 21 maggio 1998, n. 5104), in RIDL, 1999, II, pp. 217 ss.; Scarpelli F., *Cessazione degli appalti di servizi e licenziamenti collettivi*, in DPL, n. 31, 2001, pp. 2065 ss.; Santoro R., *Appalto di servizi e trasferimento d'azienda nel diritto interno e nel diritto comunitario*, in Lavoro nella giurisprudenza, n. 12, 1999, pp. 1105 ss.

<sup>705</sup> Cass. 8 febbraio 1993, n. 1518, in RIDL, 1993, II, con nota di Pinto G. L., *Subingresso in appalto di servizio di pulizia e trasferimento d'azienda: una svolta giurisprudenziale*, pp. 834 ss.

la contrattazione collettiva, soprattutto nel settore dei servizi alle imprese<sup>706</sup>, ha predisposto delle clausole contrattuali, variamente modulate quanto a “bagaglio” di diritti e tutele assicurato ai lavoratori interessati, volte a garantire la stabilità del posto di lavoro nel caso in cui non operi la tutela “assorbente” di cui all’art. 2112 c.c.<sup>707</sup>.

A *fortiori*, una ricostruzione dottrinale<sup>708</sup> ha paventato il rischio di illegittimità “sopravvenuta” dei licenziamenti intimati dall’imprenditore uscente per mancata attivazione della procedura preventiva di esame congiunto del trasferimento d’impresa, qualora si configurasse, appunto, quest’ultima fattispecie per effetto dell’assunzione, da parte del nuovo appaltatore, di una parte essenziale, in termini di numero e competenze, dei lavoratori cd. ereditati, ma non della totalità degli stessi.

Le clausole contrattuali *de quibus* hanno previsto un meccanismo giuridico, foriero di non pochi problemi di qualificazione giuridica<sup>709</sup>, che si articola, in via generale, nella cessazione del primo rapporto di lavoro, e la conseguente stipulazione di un nuovo contratto di lavoro con l’impresa appaltatrice subentrante.

D’altronde, come acutamente osservato<sup>710</sup>, la configurabilità del cambio di appalto come trasferimento d’azienda aleggia come un incubo, per la «pesante eredità»<sup>711</sup>, in termini di diritti e tutele da assicurare ai lavoratori interessati, che esso comporta, sia per l’appaltatore uscente sia per quello entrante, i quali, per converso, sono ampiamente interessati a negare alcun rapporto diretto tra di essi, volto ad evidenziare un collegamento negoziale tra il licenziamento del primo appaltatore e la stipula del nuovo contratto di lavoro da parte dell’appaltatore subentrante.

---

<sup>706</sup> Santoro R., *Appalto di servizi e trasferimento d’azienda nel diritto interno e nel diritto comunitario*, in *Lavoro nella giurisprudenza*, n. 12, 1999, pp. 1105 ss.

<sup>707</sup> Mancuso B., *Trasferimento d’azienda e successione di appalti* (commento a Trib. Roma, 9 giugno 2005), in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2006, p. 690.

<sup>708</sup> Ichino, P., *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*, in Pedrazzoli M. (coordinato da) *Il nuovo mercato del lavoro*, Zanichelli, Bologna, 2004, p. 328.

<sup>709</sup> Lazzari C., *Appalti di servizi e licenziamenti collettivi* (commento a Cass., 21 maggio 1998, n. 5104), in *RIDL*, 1999, pp. 207 ss.; Vallebona A., *Successione nell’appalto e tutela dei posti di lavoro* (commento a Cass., 21 maggio 1998, n. 5104), in *RIDL*, 1999, II, pp. 219-221; Scarpelli F., *Cessazione degli appalti di servizi e licenziamenti collettivi*, in *DPL*, n. 31, 2001, pp. 2065 ss.; Buoncristiani D., *Forme di tutela del lavoratore “ereditato” nel cambio di gestione di appalti labour intensive*, in *RIDL*, 2007, I, pp. 178-180.

<sup>710</sup> Buoncristiani D., *Forme di tutela del lavoratore “ereditato” nel cambio di gestione di appalti labour intensive*, in *RIDL*, 2007, I, pp. 168 ss..

<sup>711</sup> Buoncristiani D., *Forme di tutela del lavoratore “ereditato” nel cambio di gestione di appalti labour intensive*, in *RIDL*, 2007, I, p. 169.

Tuttavia, è opportuno sottolineare, analizzando la tematica dal punto di vista prospettico della tutela lavoristica assicurata ai lavoratori “in transizione”, come le specificità settoriali, derivanti sia dalle dinamiche sindacali sia dalla struttura produttiva sottostanti, abbiano evidenziato, anche in una dimensione diacronica, un diverso atteggiarsi della *vis* protettiva delle clausole cd. di riassunzione.

Con riferimento al settore delle pulizie (industria), si veda come, sino al 1997, il contratto collettivo nazionale di lavoro del settore prevedesse, in caso di cessazione dell'appalto, soltanto degli obblighi di informazione e comunicazione, a carico dell'impresa cessante e a favore delle organizzazioni sindacali territoriali e delle rappresentanze aziendali, relativi, tra l'altro, al numero dei lavoratori, sempre che addetti ai servizi in questione da almeno quattro mesi, impiegati nell'appalto, per poi, con l'accordo di rinnovo del 1998, riconfermato e consolidato, sul tema in questione, nei rinnovi contrattuali successivi, “assicurare”, a parità di termini, modalità e prestazioni dell'appalto, ai medesimi lavoratori, in possesso dei requisiti temporali di adibizione al servizio di cui sopra, il diritto all'assunzione senza periodo di prova presso l'impresa subentrante<sup>712</sup>.

Per converso, in caso di mutamento delle condizioni contrattuali, è posto in capo all'impresa subentrante esclusivamente l'obbligo di avviare una consultazione con le organizzazioni sindacali, al fine di armonizzare al meglio «le mutate esigenze tecnico organizzative dell'appalto con il mantenimento dei livelli occupazionali»<sup>713</sup>, attraverso misure come la riduzione dell'orario di lavoro o procedure di mobilità interna nell'ambito dell'impresa<sup>714</sup>.

Invece, il contratto collettivo nazionale di lavoro del settore pulizie (artigianato) condiziona “l'azionabilità” del diritto all'assunzione presso l'appaltatore subentrante al raggiungimento di una determinata soglia numerica, a favore, appunto, dei lavoratori, per la quota “eccedente”, in servizio nel singolo appalto nei quattro mesi precedenti la cessazione dello stesso.

---

<sup>712</sup> Marinelli M., *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 215; Rondo A., *Scadenza d'appalto nel settore delle pulizie, licenziamento e legge n. 223 del 1991* (commento a Cass., 21 maggio 1998, n. 5104), in MGL, 1998, p. 710; Paternò C., *Contrattazione collettiva in tema di appalti di imprese di pulizie* (nota a Trib. Sassari, 16 agosto 2007), in Lavoro nella giurisprudenza, n. 5, 2008, pp. 499 ss.

<sup>713</sup> Marinelli M., *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 215.

<sup>714</sup> Marruci M., *Appalto di pulizie e subentro di altra impresa: il DL n. 250/2007 frena la mobilità*, in Guida al Lavoro, n. 4, 2008, p. 22.

Alla medesima esigenza di salvaguardia dei livelli occupazionali è ispirata la clausola di riassunzione, di fonte legislativa, di cui all'art. 14 d. lgs. n. 18/1999, disciplinante il trasferimento di attività rappresentanti uno o più categorie di servizi di assistenza a terra in ambito aeroportuale, quale "ultimo" approdo di una serie di disposizioni legislative *labour saving*, tra cui l'art. 140, comma 1, D.P.R. n. 858/1963, che, in caso di "cambio" di affidamento del servizio di riscossione delle imposte dirette, riconosceva, a favore dei lavoratori iscritti da tre mesi al fondo di previdenza degli impiegati esattoriali, il diritto all'assunzione presso il nuovo esattore, senza soluzione di continuità rispetto al precedente rapporto<sup>715</sup>, con connessa garanzia, chiaramente "ispirata" alla *ratio* di cui all'art. 2112 c.c., *ex lege* del trattamento economico acquisito con il precedente datore di lavoro e sua eventuale riassorbibilità da parte della contrattazione collettiva successiva<sup>716</sup>.

La peculiarità della disposizione di cui all'art. 14 d. lgs. n. 18/1999, che solleva problematici profili interpretativi, anche, dal punto di vista del quadro normativo comunitario in materia di concorrenza<sup>717</sup>, è rinvenibile nella circostanza che il passaggio del personale, in misura proporzionale alla quota di traffico o attività trasferita, da parte del precedente gestore a favore dell'impresa subentrante è mediata, anziché dalla disciplina di cui alla l. 223/1991, da un'intesa con le organizzazioni sindacali dei lavoratori, che contribuiscono, unitamente ai *partner* economici interessati, all'individuazione dei lavoratori coinvolti<sup>718</sup> in un'operazione che, anche laddove non integrante una fattispecie di trasferimento d'azienda ex art. 2112 c.c., risulta, certamente, garantista, nella parte in cui assicura il mantenimento del livello occupazionale per trenta mesi dopo l'attribuzione del servizio al nuovo gestore-appaltatore.

Per quanto attiene alla successione nell'appalto per la gestione del servizio mensa, la contrattazione collettiva nazionale di riferimento - Ccnl per i dipendenti da aziende del settore turismo del 19 luglio 2003, Capo XIV, "Norme per la ristorazione collettiva" -, affianca, a favore dei lavoratori addetti all'attività in questione regolarmente iscritti nel

---

<sup>715</sup> Nappi S., *Negozi traslativi dell'impresa e rapporti di lavoro*, ESI, Napoli, 1999, p. 261.

<sup>716</sup> Cass. 7 marzo 1998, n. 2575, in *RIDL*, 1998, II, con nota di Campanella P., *Successione nella concessione di servizio pubblico e conservazione del trattamento economico del personale*, pp. 784 ss

<sup>717</sup> Ghera E., *Le cd. clausole sociali: evoluzione di un modello di politica legislativa*, in *DRI*, n. 2, 2001, p. 149; Ichino P., *Contrattazione collettiva e antitrust: un problema aperto*, in *Mercato Concorrenza Regole*, n. 3, 2000, pp. 61 ss.

<sup>718</sup> Marinelli M., *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 228; per quanto riguarda il formante giurisprudenziale, vedi Corte di Giustizia CE, 9 dicembre 2004, causa n. 460/02, in *RIDL*, 2005, II, pp. 271 ss., con nota di Mutarelli M.

libro paga da almeno quattro mesi e sempre che il cambio di gestione non implichi una modifica “sostanziale” delle condizioni contrattuali, alla garanzia della stabilità occupazionale «senza periodo di prova» (art. 4), quella del mantenimento del precedente trattamento economico<sup>719</sup>, anche in termini di riconoscimento dell’anzianità di servizio e del conseguente mantenimento dell’aumento retributivo, cui è funzionale l’onere, per l’impresa cessante, di comunicare sia la data di assunzione nel settore che quella nell’impresa uscente<sup>720</sup>.

La garanzia contrattuale di cui sopra è, tuttavia, limitata ai lavoratori addetti allo specifico servizio appaltato che non svolgano una funzione organizzativa/amministrativa “di concetto”, così come il requisito temporale, comune anche ad altre previsioni contrattuali collettive, dell’anzianità specifica di almeno quattro mesi rappresenta un espediente dissuasivo “antifraudolento”<sup>721</sup> verso un utilizzo del cambio di gestione nell’appalto in termini di occasione propizia, a favore dell’appaltatore uscente, per liberarsi di lavoratori sgraditi o in esubero<sup>722</sup>.

*Prima facie*, si può indubbiamente sostenere che la prassi contrattuale descritta evidenzia un progressivo spostamento del “baricentro” protettivo dall’ambito delle garanzie procedurali, in cui il coinvolgimento promozionale dell’organizzazione sindacale “informata” è funzionalizzato al raggiungimento della stabilità del posto di lavoro<sup>723</sup>, a quelle sostanziali, in cui, a parità di condizioni contrattuali dell’appalto e in presenza delle condizioni fissate in sede di contrattazione collettiva, è riconosciuto, a favore dei dipendenti dell’impresa “uscente” già impiegati nell’appalto, il diritto alla conservazione del posto di lavoro<sup>724</sup>, talvolta “attenuato” nella forma della prelazione nell’assunzione a favore dei lavoratori della gestione uscente<sup>725</sup>.

---

<sup>719</sup> Marinelli M., *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 216.

<sup>720</sup> Buoncristiani D., *Forme di tutela del lavoratore “ereditato” nel cambio di gestione di appalti labour intensive*, in RIDL, 2007, I, p. 177.

<sup>721</sup> Vallebona A., *Successione nell’appalto e tutela dei posti di lavoro* (commento a Cass., 21 maggio 1998, n. 5104), in RIDL, 1999, II, p. 218.

<sup>722</sup> Marinelli M., *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 203 ss.; Buoncristiani D., *Forme di tutela del lavoratore “ereditato” nel cambio di gestione di appalti labour intensive*, in RIDL, 2007, I, p. 176.

<sup>723</sup> Marinelli M., *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 214; Rondo A., *Scadenza d’appalto nel settore delle pulizie, licenziamento e legge n. 223 del 1991* (commento a Cass., 21 maggio 1998, n. 5104), in MGL, 1998, p. 710.

<sup>724</sup> Cass., 9 giugno 2005, n. 12136, in DRI, 2006, pp. 448 ss.

<sup>725</sup> Aimo M. P., *Stabilità del lavoro e tutela della concorrenza. Le vicende circolatorie dell’impresa alla luce del diritto comunitario*, in Lavoro e Diritto, III, 2007, pp. 420 ss.

Insomma, il quadro normativo appena delineato mostra come la fattispecie del cambio d'appalto rappresenta un delicato "momento" di contrasto tra l'esigenza dei lavoratori impiegati nell'appalto alla continuità del rapporto di lavoro e quella dell'appaltatore subentrante di strutturare, mediante, ad esempio, innovazioni tecnico-organizzative o il ricorso a lavoratori più produttivi, la propria organizzazione produttiva in piena autonomia e nella "certezza" dei costi, in termini sia di oneri economici sia di personale "sgradito", conseguenti al cambio di gestione.

Poiché le clausole di riassunzione non risultano dotate di una specifica sanzione in caso di loro violazione<sup>726</sup>, qualora le clausole suddette si qualificassero in termini di contratto preliminare a favore del terzo<sup>727</sup> potrebbero emergere rilevanti spunti interpretativi sul piano sanzionatorio.

Infatti, solo in caso di invarianza dei termini e delle condizioni del cd. cambio d'appalto, è molto probabile che le modalità esplicative delle prestazioni lavorative dei lavoratori già impiegati nell'appalto non subiscano modifiche sostanziali nel "passaggio", tali da consentire al giudice, in caso di rifiuto del datore di lavoro di stipulare il contratto di lavoro, di emettere la sentenza costitutiva di cui all'art. 2932 c.c.<sup>728</sup>, una volta accertata la determinatezza o la determinabilità di tutti gli elementi che concorrono a formare la struttura del contratto di lavoro stipulando<sup>729</sup>.

---

<sup>726</sup> Spolverato G.-Piovesana A., *Successione di appalti nella contrattazione collettiva*, in DPL, n. 42, 2006, pp. 2367 ss.

<sup>727</sup> Marinelli M., *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 217 ss.; in giurisprudenza, Cass., 24 maggio 1985, n. 3162, in MGL, 1985, pp. 283 ss., con nota sfavorevole di Genghini; Cass. 8 ottobre 1991, n. 10560, in *Diritto del Lavoro*, 1992, II, pp. 397 ss., con nota di Saffiotti; sul contratto preliminare, vedi Messineo F., *Contratto preparatorio, contratto preliminare e contratto di coordinamento*, in Enc. Dir., X, Giufrè, Milano, 1962, p. 166; Bonci C., *Appunti sulla pronuncia costitutiva del rapporto di lavoro ex art. 2932 c.c. in caso di inadempimento del contratto preliminare* (nota a Pret. Monza, 5 novembre 1992), in RIDL, 1993, II, pp. 757 ss.; Zilio Grandi G., *Assunzione mediante contratto preliminare di lavoro, mancato adempimento e risarcimento del danno conseguente: brevi annotazioni* (nota a Cass., 2 febbraio 1998, n. 10961), in RIDL, 1999, II, pp. 516 ss.

<sup>728</sup> Vallebona A., *Successione nell'appalto e tutela dei posti di lavoro* (commento a Cass., 21 maggio 1998, n. 5104), in RIDL, 1999, II, p. 220; Scarpelli F., *Cessazione degli appalti di servizi e licenziamenti collettivi*, in DPL, n. 31, 2001, p. 2064; 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. 441; Capurro F., *Avvicendamento nell'appalto e obbligo convenzionale di assumere gli addetti all'appalto* (nota a Trib. Milano, 16 novembre 2004), in D&L, IV, 2004, pp. 142-143; Mazzamuto S., *L'esecuzione forzata*, in (diretto da) Rescigno P., *Trattato di diritto privato*, 20, *Tutela dei diritti*, Tomo, II, Utet, Torino, 1985, pp. 313 ss.; Di Majo A., *Obbligo a contrarre*, in Enc. Giur. Treccani, XXI, Roma, 1990; in giurisprudenza, Cass. 9 giugno 2005, n. 12136, in DRI, 2006, pp. 448 ss.

<sup>729</sup> Marinelli M., *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 220 ss.; in giurisprudenza, Cass. 13 giugno 2002, n. 8489, in NGL, 2003, pp. 33ss.

In mancanza, cioè nel caso in cui le condizioni contrattuali non siano ben definite, opererebbe la sola tutela risarcitoria<sup>730</sup> da parametrare sulla base delle retribuzioni non percepite, detratto l'*aliunde perceptum*<sup>731</sup>.

Ma, in riferimento alle clausole di riassunzione di fonte collettiva<sup>732</sup>, più tranquillizzante, dal punto di vista teorico-sistematico, appare l'inquadramento delle clausole *de quibus* nell'ambito della parte normativa del contratto collettivo nazionale di lavoro, con la "funzione" di attribuire direttamente un diritto in capo al dipendente, al verificarsi di una condizione che, in quanto tale, non è rimessa alla discrezionalità del datore di lavoro, il cui potere subisce, anzi, una procedimentalizzazione, sempre che quest'ultimo sia iscritto alla associazione sindacale datoriale stipulante o, nel caso di committenza pubblica, l'applicazione del contratto collettivo sia imposta dal capitolato d'appalto<sup>733</sup>.

Pertanto, le clausole contrattuali collettive di cd. riassunzione, in caso di rifiuto datoriale sia di procedere all'assunzione che di attivare la procedura sindacale di informazione e consultazione sindacale, suscettibili, entrambi, di integrare una condotta antisindacale ex art. 28 St. Lav., evidenziano come, nell'economia della fattispecie *de qua*, un rilievo preminente sia assunto dall'elemento "oggettivo" dell'adibizione all'appalto, che fonda, a sua volta, il presupposto, appunto, «della previsione contrattuale di salvaguardia della stabilità del rapporto di lavoro, insensibile alle vicende relative ai soggetti stipulanti il contratto di appalto»<sup>734</sup>.

Tuttavia, il rapporto tra le disposizioni contrattuali in tema di riassunzione e la normativa in materia di licenziamenti ex l. 223/1991 ha sollevato un rilevante dibattito interpretativo in merito all'applicabilità "coordinata" o "esclusiva" delle rispettive discipline<sup>735</sup>, prospettandosi, pertanto, una polarizzazione tra un «vuoto di tutela» e un «eccesso di tutela»<sup>736</sup>, derivante dalla possibilità o meno di cumulo della tutela contrattuale con la tutela legale contro il licenziamento comminato dall'appaltatore uscente.

---

<sup>730</sup> Cass. 26 agosto 2003, n. 12516, in RGL, 2004, II, pp. 607 ss.

<sup>731</sup> 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. 441.

<sup>732</sup> Marinelli M., *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 213 ss.

<sup>733</sup> Vallebona A., *Successione nell'appalto e tutela dei posti di lavoro* (commento a Cass., 21 maggio 1998, n. 5104), in RIDL, 1999, II, p. 218.

<sup>734</sup> Trib. Milano, 31 luglio 2007, in *D&L*, III, 2007, con nota di Pini E., *La tutela del lavoratore addetto a un appalto*, pp. 1004 ss.

<sup>735</sup> Marinelli M., *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 227.

<sup>736</sup> Buoncristiani D., *Forme di tutela del lavoratore "ereditato" nel cambio di gestione di appalti labour intensive*, in RIDL, 2007, I, p. 187.

Verso una conclusione positiva sembra indirizzarsi la Corte di Cassazione, che, con la sentenza n. 4166<sup>737</sup> e dopo una pronuncia diametralmente contraria<sup>738</sup>, ha ritenuto la nuova assunzione, effettuata in base alla previsione pattizia, presso l'appaltatore subentrante come non implicante acquiescenza al licenziamento disposto dall'appaltatore uscente e, quindi, non come elemento ostativo all'impugnativa del licenziamento per vizio procedurale<sup>739</sup>.

La stessa disciplina pattizia, apprestata, appunto, dalla contrattazione collettiva nazionale di categoria, in materia di riassunzione in caso di cambio di gestione dell'appalto mostra come i due rapporti di lavoro, presso l'impresa uscente e quella subentrante, siano, certamente, autonomi, ma anche comunicanti<sup>740</sup>.

Proprio a partire da tale ultimo rilievo ricostruttivo, una parte della dottrina<sup>741</sup> ritiene che il contratto di lavoro con l'appaltatore uscente si estingua per risoluzione consensuale contestualmente all'assunzione da parte del nuovo appaltatore, con conseguente assorbimento della tutela legale della stabilità del posto di lavoro presso l'appaltatore uscente<sup>742</sup> da parte della tutela collettiva della garanzia della continuità occupazionale presso l'appaltatore subentrante, senza che sia possibile invocare la disciplina legislativa in materia di licenziamento, quest'ultimo da considerarsi, appunto, inesistente<sup>743</sup>.

Anzi, la circostanza che, nel caso di rifiuto da parte del lavoratore della tutela collettiva, spetti, poi, al datore di lavoro decidere se, fermo il cd. obbligo di *repechage*<sup>744</sup>, da intendersi esteso a tutte le unità produttive in cui si estrinseca l'attività aziendale<sup>745</sup>, mantenere in servizio "utile" presso di sé il lavoratore o procedere al licenziamento di

---

<sup>737</sup> Cass. 24 febbraio 2006, n. 4166, in *RIDL*, 2006, II, p. 918, con nota di Mocella; nonchè in *RGL*, 2006, I, p. 440, con nota di Valente; ma vedi anche Cass. 9 giugno 2005, n. 12136, in *DRI*, 2006, con nota di Morone A., *La Corte di Giustizia si pronuncia sulla nozione di tariffime minime salariali ai sensi della direttiva n. 96/71/CE in materia di distacco dei lavoratori*, pp. 261 ss.

<sup>738</sup> Cass., 18 ottobre 2002, n. 14824, in *LPO*, 2003, pp. 159 ss.

<sup>739</sup> Buoncristiani D., *Forme di tutela del lavoratore "ereditato" nel cambio di gestione di appalti labour intensive*, in *RIDL*, 2007, I, p. 179.

<sup>740</sup> Buoncristiani D., *Forme di tutela del lavoratore "ereditato" nel cambio di gestione di appalti labour intensive*, in *RIDL*, 2007, I, p. 179.

<sup>741</sup> Vallebona A., *Successione nell'appalto e tutela dei posti di lavoro* (commento a Cass., 21 maggio 1998, n. 5104), in *RIDL*, 1999, II, pp. 219-221.

<sup>742</sup> 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. 437 ss.

<sup>743</sup> Vallebona A., *Successione nell'appalto e tutela dei posti di lavoro* (commento a Cass., 21 maggio 1998, n. 5104), in *RIDL*, 1999, II, pp. 219-221.

<sup>744</sup> Morone A., *Avvicendamento di appalti nel settore delle pulizie e licenziamento dei lavoratori alle dipendenze dell'impresa cessata* (commento a Cass., 9 giugno 2005, n. 12136), in *DRI*, 2006, p. 449.

<sup>745</sup> Cass. 16 maggio 2003, n. 7717, in *MGL*, 2003, pp. 698 ss.



quest'ultimo per giustificato motivo oggettivo, ha consentito alla predetta dottrina<sup>746</sup> di evidenziare che la tutela collettiva è migliorativa, sul piano sostanziale, rispetto a quella legale di cui alla l. 604/1966.

Lungo lo stesso crinale interpretativo si colloca quella posizione dottrinale<sup>747</sup>, intervenuta a “correzione” di un intervento ministeriale<sup>748</sup>, volto ad estendere l'esclusione dell'applicazione della l. 223/1991 a tutti i casi di cessazione di appalto di servizi, che condivide la proposta ricostruttiva summenzionata a condizione che la riassunzione includa tutti i lavoratori addetti al servizio in appalto; in caso contrario, si sarebbe in presenza di un licenziamento collettivo per riduzione di personale ex l. 223/1991, anche nel caso in cui i lavoratori interessati dal licenziamento siano di numero inferiore a cinque, laddove la cessazione dell'appalto investa, nel complesso ed *ex ante*, un numero più cospicuo di lavoratori<sup>749</sup>.

In tali casi, ne risulterebbe una complessa procedura negoziale<sup>750</sup> in cui si configura un obbligo a contrarre, il cui adempimento dà origine ad un nuovo rapporto di lavoro, distinto da quello con il precedente appaltatore, rimarcando, quindi, una chiara differenza, con annesse conseguenze in relazione alle responsabilità datoriali, rispetto alla “sola” sostituzione soggettiva *ex lege* imposta dalla fattispecie del trasferimento d'azienda di cui all'art. 2112 c.c.<sup>751</sup>.

Le indicazioni interpretative appena suggerite, ma, soprattutto, le pressioni datoriali, sembrano aver ispirato il provvedimento governativo contenuto nel d.l. 250/2007, che ha previsto l'inapplicabilità dell'art. 24 l. 223/1991 alle fattispecie di cessazione di appalto nelle settore delle pulizie, sia pur nei confronti dei soli lavoratori riassunti da parte dell'impresa subentrante, e a parità di condizioni economico-normative, da valutarsi secondo il cd. metodo del conglobamento, previste dai rispettivi contratti collettivi di settore.

---

<sup>746</sup> Vallebona A., *Successione nell'appalto e tutela dei posti di lavoro* (commento a Cass., 21 maggio 1998, n. 5104), in RIDL, 1999, II, p. 220

<sup>747</sup> Scarpelli F., *Cessazione degli appalti di servizi e licenziamenti collettivi*, in DPL, n. 31, 2001, p. 2067.

<sup>748</sup> Lett. Circ., Min. Lav., 28 maggio 2001, n. L/01.

<sup>749</sup> Rondo A., *Scadenza d'appalto nel settore delle pulizie, licenziamento e legge n. 223 del 1991* (commento a Cass., 21 maggio 1998, n. 5104), in MGL, 1998, pp. 703 ss.

<sup>750</sup> Petracci F., *Il rapporto di lavoro nell'appalto*, Cedam, Padova, 2003, p. 285.

<sup>751</sup> Vallebona A., *Successione nell'appalto e tutela dei posti di lavoro* (commento a Cass., 21 maggio 1998, n. 5104), in RIDL, 1999, II, p. 218.

Tuttavia, la previsione normativa di cui al decreto legge n. 250/2007, analogamente a quanto verificatosi in sede di contrattazione collettiva, non è stata in grado di ovviare, anche perché il decreto legge medesimo non è stato convertito in legge, ad alcune “scappatoie”, anche a carattere elusivo, consentite dall’”incompiuto” quadro costituzionale di riferimento in materia di contrattazione collettiva ex art. 39 Cost.

Infatti, oltre all’ipotesi del contratto collettivo stipulato per finalità di mero abbattimento dei costi del lavoro, con associazioni sindacali non rappresentative (cd. contratti pirata), è altamente probabile rinvenire nella prassi contrattuale la fattispecie in cui l’impresa appaltatrice subentrante non applica il contratto collettivo nazionale di lavoro del settore delle pulizie, in quanto operante in un altro settore merceologico, bensì un altro contratto collettivo non includente, in caso di cambio di gestione d’appalto, una clausola di riassunzione; oppure non aderisce ad alcuna associazione datoriale stipulante il contratto nazionale di categoria o, infine, si limita all’applicazione della sola parte economica di quest’ultimo.

Infatti, è opportuno precisare che, anche per quanto attiene alla prassi giudiziale, la giurisprudenza prevalente<sup>752</sup>, come accennato, ha escluso la configurabilità di una risoluzione consensuale del contratto di lavoro con l’appaltatore uscente, riconoscendo il carattere aggiuntivo, rispetto alla tutela legale in materia di licenziamento, della tutela collettiva di garanzia della continuità occupazionale<sup>753</sup>.

Pertanto, pur riconoscendo che non si può essere “servo di due padroni”<sup>754</sup>, parrebbe possibile suggerire di risolvere l’intricato groviglio tra la richiesta di tutela contro il licenziamento illegittimo irrogato da parte dell’appaltatore uscente e la tutela “costitutiva” dell’assunzione “a carico” dell’appaltatore subentrante in termini di libera scelta “cumulativa”<sup>755</sup> da parte del lavoratore, eventualmente interessato a “preservare” il

---

<sup>752</sup> Cass. 24 febbraio 2006, n. 4166, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2006, I, con nota di Valente L., *Successione negli appalti nel settore delle pulizie e cumulo di tutele per i lavoratori licenziati*, pp. 440 ss. e in *RIDL*, 2006, II, pp. 918 ss., con nota di Mocella; Cass., 9 giugno 2005, n. 12136, in *MGL*, 2005, pp. 850 ss., con nota di Inglese; T. Milano, 31 luglio 2004, in *D&L*, pp. 969 ss.

<sup>753</sup> 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. 442 ss.

<sup>754</sup> Buoncristiani D., *Forme di tutela del lavoratore “ereditato” nel cambio di gestione di appalti labour intensive*, in *RIDL*, 2007, I, pp. 179-180..

<sup>755</sup> 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. 141 ss.

rapporto di lavoro con l'impresa uscente<sup>756</sup> per motivi di conservazione del trattamento goduto e di maggiore affidabilità economica di quest'ultima.

Una volta riconosciuta la possibilità, a favore del lavoratore interessato, di optare tra la tutela di adempimento e la tutela risarcitoria a fronte sia dell'accertamento giudiziale dell'illegittimità del licenziamento sia dell'inadempimento dell'obbligo pattizio di assunzione, si perverebbe a ritenere non necessario restringere le opzioni di tutela "in gioco" alla cumulabilità tra tutela reintegratoria contro l'impresa uscente e diritto all'assunzione presso l'impresa entrante, subordinata, per di più, «al condizionamento delle domande»<sup>757</sup>.

---

<sup>756</sup> Valente L., *Successione negli appalti nel settore delle pulizie e cumulo di tutele per i lavoratori licenziati* (commento a Cass. 24 febbraio 2006, n. 4166), in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2006, I, pp. 444-445; Morone A., *Avvicendamento di appalti nel settore delle pulizie e licenziamento dei lavoratori alle dipendenze dell'impresa cessata* (commento a Cass., 9 giugno 2005, n. 12136), in *DRI*, 2006, pp. 448-449; Aimo M. P., *Stabilità del lavoro e tutela della concorrenza. Le vicende circolatorie dell'impresa alla luce del diritto comunitario*, in *Lavoro e Diritto*, III, 2007, p. 422.

<sup>757</sup> Vallebona A., *Successione nell'appalto e tutela dei posti di lavoro* (commento a Cass., 21 maggio 1998, n. 5104), in *RIDL*, 1999, II, pp. 220-221; Buoncristiani D., *Forme di tutela del lavoratore "ereditato" nel cambio di gestione di appalti labour intensive*, in *RIDL*, 2007, I, p. 180, che richiama Cass., 21 maggio 2003, n. 8022, in *OGL*, 2003, I, pp. 471 ss.