Collana delle pubblicazioni di "FA.RI sul lavoro"

Diretta da
E. Balletti, A. Bellavista, E. Gragnoli, F. Lunardon
A. Pizzoferrato, G. Proia, R. Santucci

Appalti e lavoro: problemi attuali

a cura di
Giampiero Proia

G. Giappichelli Editore

Collana delle pubblicazioni di “FA.RI sul lavoro”

Diretta da

E. Balletti, A. Bellavista, E. Gragnoli, F. Lunardon, A. Pizzoferrato, G. Proia, R. Santucci

---

4

Appalti e lavoro: problemi attuali

a cura di

Giampiero Proia

G. Giappichelli Editore

© Copyright 2022 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO
VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100

http://www.giappichelli.it

ISBN/EAN 978-88-921-2343-4
ISBN/EAN 978-88-921-7179-4 (ebook - pdf)

La presente pubblicazione è stata realizzata grazie al contributo finanziario del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Roma Tre.

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

INDICE

pag.

ROBERTO PESSI
Premessa VII

GIAMPIERO PROIA
Introduzione XIII

ORONZO MAZZOTTA
Interposizione e appalti: un profilo storico-critico 1

ARTURO MARESCA
Il lavoro negli appalti, quali tutele? 11

ALESSANDRO BOSCATI
Appalti pubblici e clausole sociali tra ordinamento interno e diritto dell'Unione Europea 23

VALERIO MAIO
La giurisprudenza in tema di appalto e decadenza dalla solidarietà per i contributi previdenziali e i premi assicurativi 53

ORSOLA RAZZOLINI
Appalti e conflitto collettivo: note a margine del dossier *della Commissione di garanzia dell'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali* 67

pag.

ALESSANDRO BELLAVISTA
Appalti e tutela dei lavoratori 83

ENRICO GRAGNOLI
Le società controllate da enti pubblici e la loro posizione di appaltatrici 101

ROSARIO SANTUCCI
L'appalto e il lavoro: interessi e tecniche di tutele 115

PAOLO PIZZUTI
Appalti e whistleblowing 143

SILVIA CIUCCIOVINO
Trasparenza dei trattamenti dei lavoratori tra nuove conquiste e fallimenti della contrattazione collettiva 151

EMILIO BALLETTI
Tutele giuslavoristiche in tema di appalti e trasferimento di azienda 161

PREMESSA

1. *Lo scopo del Convegno*

Nel coordinare i lavori del primo Convegno che FA.RI ha avuto la possibilità di svolgere in presenza – dopo i precedenti importanti appuntamenti tenuti, per le note ragioni connesse alla pandemia in corso, in telematica – ritengo di dovere fare mia la definizione del tema affrontato, offerta da Giampiero Proia nella sua introduzione, come "snodo" del diritto del lavoro. Nell'appalto, di fatto, si concentra la fondamentale scelta organizzativa dell'impresa, tra il *make* ed il *buy*, dalla quale discende, quale effetto diretto, la distinzione tra *insider* ed *outsider* rispetto all'organizzazione del datore di lavoro. È proprio su questa linea, di ardua demarcazione, che si concentra il dibattito della dottrina e della giurisprudenza, specialmente quando ci si interroga rispetto ai fenomeni interpositori e degli appalti illeciti. Ma, più in generale, come messo in luce sempre da Giampiero Proia, rimane centrale, in quanto tale, la disciplina sostanziale in materia di appalti (e subappalti), che, in più ambiti, interiorizza la tensione tra la libertà di iniziativa economica e l'esigenza di tutela dei diritti sociali, tenendo conto, in particolare, dei rischi di dumping che, sovente, si accompagnano alle esternalizzazioni (nonché agli eventuali ulteriori meccanismi di sub-fornitura). Peraltro, l'affidamento delle imprese e degli stessi operatori del diritto rispetto alla disciplina sostanziale viene messo in dubbio da interventi del legislatore talvolta contraddittori e, comunque, caratterizzati da tecniche redazionali non del tutto efficaci. La sofferenza del quadro normativo di riferimento, in uno con l'esigenza di applicare un vasto repertorio di clausole sociali, di fonte legale (nazionale ed europea) e contrattual-collettiva, hanno portato al consolidarsi di un ampio e altrettanto sofferto contenzioso, in cui le Corti italiane (di legittimità e costituzionale) sono state spesso chiamate al dialogo con quella di Lussemburgo, in un tentativo di bilanciamento pluri-livello dei diritti e delle libertà economiche e sociali rilevanti nelle singole fattispecie oggetto di giudizio.

2. *Interposizione e codatorialità*

Le prospettive storiche-ricostruttive offerte dalla relazione di Oronzo Mazzotta consentono di rilevare come l'attuale modello organizzativo dell'impresa sia caratterizzato da fattispecie sempre più articolate, non solo nel senso dell'integrazione verticale tra cicli produttivi, in cui, storicamente, "il disvalore dell'ordinamento nei confronti della scissione fra utilizzazione del lavoro e titolarità del rapporto (…) si radica nell'invenzione del concetto stesso di subordinazione", tanto che il concetto di "effettiva utilizzazione diviene la chiave di volta del sistema" [1], ma anche da integrazioni orizzontali, con il concentrarsi del dibattito giuslavoristico sul tema della codatorialità, caratterizzata, sempre secondo Mazzotta, dall'esistenza di un "interesse organizzativo aziendale, condiviso da più imprese in cui, ad onta della pluralità di contratti e di soggetti giuridicamente indipendenti, la causa dell'affare è unica ed unica è l'operazione economica organizzata" [2]. Rispetto a tale prospettiva di indagine però, proprio tenendo conto del paradigma della subordinazione, Mazzotta propone una ricostruzione più conservativa, per cui la titolarità del rapporto dovrebbe continuare ad essere "riconosciuta secondo criteri di *effettività*" e, quindi, tenendo conto dell'effettivo utilizzatore della prestazione.

3. Dumping *contrattuale e appalti*

Sulla scorta di tali premesse ricostruttive, il Convegno ha proseguito nell'analisi dei vari profili della disciplina degli appalti, partendo dalla relazione "di sistema" offerta da Rosario Santucci, in cui l'istituto viene inquadrato partendo dal complessivo fenomeno dell'esternalizzazione, per poi mettere in luce i principali profili regolativi, quali le tecniche di tutela, la responsabilità solidale e la sicurezza sul lavoro, pervenendo, infine, alle riflessioni in ordine alle "tutele mancanti", riferite, in particolare, al tema della parità di trattamento. Proprio tenuto conto dei rischi di *dumping* normativo e salariale, non mitigati, nel settore privato, "dalla garanzia dell'applicazione dei contratto collettivo", stante "la pluralità dei contratti collettivi e la scarsa rappresentatività delle organizzazioni sindacali stipulanti" [3],

[1] O. MAZZOTTA, *Interposizione e appalti: un profilo storico*, p. 7 del dattiloscritto.

[2] O. MAZZOTTA, *Interposizione e appalti: un profilo storico*, p. 10 del dattiloscritto.

[3] R. SANTUCCI, *L'appalto e il lavoro: interessi e tecniche di tutela*, p. 14 del dattiloscritto.

Santucci propone, quali soluzioni, l'estensione del modello previsto per il settore pubblico e, in una scala più ampia, l'introduzione del salario minimo legale, sul quale è ripartita, più di recente, la discussione dei progetti di legge presso la Commissione Lavoro del Senato. Entrambe le soluzioni sono certamente interessanti, anche se occorrerà verificare se la prima possa superare le obiezioni, soprattutto di parte datoriale, rispetto ad un irrigidimento dell'attuale modello (che, nel settore privato, offre consistenti margini di risparmio, soprattutto rispetto all'esternalizzazione delle attività *non core*) e se la seconda non vada a scontrarsi con l'opposizione rispetto ad un salario minimo *flat rate* emersa nel dibattito sindacale. Proprio con riferimento a tali tematiche, colgono nel segno anche le riflessioni di Orsola Razzolini, che, prendendo spunto dal dossier della Commissione di Garanzia dell'attuazione della legge sullo sciopero relativo a "Appalti e conflitto collettivo: tendenze e prospettive" e, in particolare, da ciò che avviene in specifici settori (come quello dell'igiene ambientale e del trasporto aereo) in cui si registra "una strategia economica-organizzativa basata sul dumping contrattuale e salariale lungo la filiera del pubblico servizio che alimenta inevitabilmente un'elevata conflittualità tra i lavoratori"[4], assume che "il perimetro della contrattazione collettiva e della disciplina del conflitto (sciopero e condotta antisindacale) debba oggi essere ricostruito in modo tale da coinvolgere quei soggetti terzi che, pur non potendosi definire "codatori" di lavoro in senso proprio, siano in grado, per il tramite di legami commerciali di vario genere e tipo, di esercitare un'influenza dominante sulle condizioni di lavoro dei lavoratori alle dipendenze dei propri partners contrattuali, in primis sul livello dei salari". Ciò consentirebbe di contrastare il *dumping* sociale, conseguente al tentativo di massimizzazione dei profitti per mezzo della deframmentazione dell'impiego delle risorse umane nella catena di appalti e subappalti.

4. *Clausole sociali tra ordinamento nazionale ed europeo*

I rapporti tra l'ordinamento interno e quello europeo sono stati oggetto delle riflessioni di Alessandro Boscati, che, nella propria relazione, offre un quadro sistematico delle clausole sociali, riscontrando tanto i profili positi-

[4] O. RAZZOLINI, *Appalti e conflitto: note a margine del dossier della Commissione di garanzia dell'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali*, p. 2 del dattiloscritto.

vi "sia per l'appaltatore uscente sia per quello entrante", giacché "il primo risolve la questione del reimpiego dei lavoratori, riducendo i rischi del licenziamento; il secondo ha, al pari del committente, la possibilità di avvalersi del patrimonio di professionalità e di conoscenze dei lavoratori già impiegati nell'appalto", quanto quelli negativi, in quanto "la forza lavoro è calibrata sulla struttura imprenditoriale dell'imprenditore cessante, il quale talvolta può perdere l'appalto per scarsa capacità organizzativa o sovra-dimensionamento del personale". Nella citata relazione viene altresì rilevato che "il sistema delle clausole sociali incide sulla fidelizzazione dei lavoratori all'impresa, in ragione del legame precipuo al posto di lavoro, ovvero all'attività svolta nell'appalto, piuttosto che alla realtà aziendale" e determina una "scarsa spinta alla responsabilizzazione del personale, data l'elevata possibilità del transito presso una diversa realtà imprenditoriale, di per sé limitativa delle scelte di valorizzazione ad opera dei datori di lavoro" [5]. Nei passaggi conclusivi della sua relazione, Boscati offre delle sintetiche riflessioni sul rapporto tra successione in un appalto e applicazione della disciplina del trasferimento d'azienda, in relazione alle quale, coerentemente, viene sottolineata l'obiettiva difficoltà "di predeterminare in linea generale i limiti entro cui sia possibile ritenere intatta la continuità dell'entità economica ceduta", cui è correlata l'applicazione della disciplina dell'art. 2112, ferma restando, in generale la criticità riferita al bilanciamento delle tutele "dei c.d. *insiders*, ovvero coloro che sono già occupati nell'appalto, con quella dei c.d. *outsiders*, disoccupati ed inoccupati, che rischiano di non poter aver una effettiva prospettiva occupazionale nel caso di mutamento nella titolarità dell'appalto" [6].

5. *Appalto e trasferimento d'azienda*

Il complesso tema dei confini tra trasferimento d'azienda e mutamento della titolarità dell'appalto è stato, quindi, più diffusamente affrontato dalla relazione di Emilio Balletti, il quale sottolinea i rischi dell'estensione automatica alla fattispecie del subentro nell'appalto del regime di responsabilità solidale previsto dall'art. 2112 c.c. atteso che, specialmente "con rife-

[5] A. BOSCATI, *Appalti pubblici e clausole sociali tra ordinamento interno e diritto dell'unione europea*, p. 3 del dattiloscritto.

[6] A. BOSCATI, *Appalti pubblici e clausole sociali tra ordinamento interno e diritto dell'unione europea*, p. 17 del dattiloscritto.

rimento all'appalto di servizi pubblici", è necessario garantire "un affidabile equilibrio economico-finanziario dell'impresa appaltatrice, in via chiaramente ostativa rispetto all'ascrizione a carico del nuovo appaltatore di situazioni debitorie inerenti al precedente" [7]. Non può che concordarsi, in merito, con gli indirizzi interpretativi della giurisprudenza – ricostruiti da Balletti nella parte conclusiva della sua relazione – che ha fornito "un'applicazione rigorosa del dato normativo positivo in materia, in appropriata corrispondenza alle caratteristiche della singola fattispecie concreta", in quanto tale funzionale alla garanzia dell'appaltatore "rispetto all'eventualità dell'ascrizione a suo carico di responsabilità ultronee rispetto a quelle di sua competenza *ex lege* che, come tali, metterebbero a repentaglio l'equilibrio economico-finanziario della sua impresa" [8].

6. *Appalto e solidarietà per i contributi previdenziali*

Rilevanti, ed invero condivisibili, dubbi sono invece stati espressi da Valerio Maio con riferimento alle giurisprudenza di legittimità in tema di decadenza dall'obbligazione solidale per i contributi previdenziali ed i premi assicurativi in caso di appalto, in relazione alla quale un ormai consolidato orientamento della Corte di Cassazione "distingue la dimensione retributiva da quella contributiva, per affermare che il decorso del termine biennale di decadenza non sarebbe opponibile dal committente all'azione promossa dagli enti previdenziali" [9], per i quali opererebbe, quindi, il solo termine prescrizionale. Correttamente Maio ha sostenuto che "contrariamente alla legge n. 1369/1960, l'art. 29 cit. rende oggi impossibile, dal punto di vista letterale, sistematico e logico, scindere la garanzia della solidarietà dal regime di decadenza, visto che sono oggetto dello stesso precetto, contenuti nel medesimo comma, che prevede un'unica disciplina della responsabilità solidale del committente, cui corrisponde, del tutto coerentemente, un solo regime decadenziale (…) per cui una responsabilità solidale del committente tanto per i crediti retributivi quanto per i contributi previdenziali può

[7] E. BALLETTI, *Tutele giuslavoristiche in tema di appalti e trasferimento di azienda*, p. 3 del dattiloscritto.

[8] E. BALLETTI, *Tutele giuslavoristiche in tema di appalti e trasferimento di azienda*, p. 5 del dattiloscritto.

[9] V. MAIO, *La giurisprudenza in tema di appalto e decadenza dalla solidarietà per i contributi previdenziali e i premi assicurativi*, p. 2 del dattiloscritto.

esistere solo a condizione che l'azione di recupero venga esercitata entro due anni dalla cessazione dell'appalto". Maio dà, in conclusione, atto di reazioni oppositive della giurisprudenza di merito rispetto all'orientamento della Cassazione in commento, con decisioni difformi che, però, tenuto conto dalla pervasività del filtro ai ricorsi per Cassazione, difficilmente potranno smuovere un indirizzo giurisprudenziale ampiamente consolidato (ma obiettivamente criticabile).

7. *Il dialogo tra dottrina e giurisprudenza*

Il Convegno ha dato quindi spazio all'analisi di ulteriori tematiche, quali la posizione di appaltatrici delle società controllate da enti pubblici [10] ed il *whistleblowing* negli appalti [11] ed è certo, stante l'autorevole tenore di tutti gli interventi, che si sia realizzato l'auspicio di Giampiero Proia, rivolto all'avvio di una "riflessione a tutto tondo sulla relazione tra la disciplina comune degli appalti e la protezione dei diritti dei lavoratori", che, in un dialogo tra dottrina e giurisprudenza, tenga conto dell'esigenza di realizzare, in questo ambito, un ragionevole e sostenibile bilanciamento tra libertà di impresa e relativa utilità sociale.

Roberto Pessi

[10] E. GRAGNOLI, *Le società controllate da enti pubblici e la loro posizione di appaltatrici.*

[11] P. PIZZUTI, *Appalti e* whistleblowing.

INTRODUZIONE

1. Nell'introdurre il tema di questo Convegno, devo premettere che è ragione di compiacimento per FA.RI inaugurare oggi, insieme al Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Roma Tre, la ripresa degli incontri di studio in presenza, nella speranza che d'ora in poi la scelta della modalità da remoto (che pure è, e rimane, una opzione dalle importanti potenzialità) sia rimessa a pure ragioni organizzative e non alle imposizioni sanitarie derivanti dalla pandemia.

2. Del tema del Convegno si può ben dire, senza cadere nell'enfasi, che rappresenta uno "*snodo*", teorico e pratico, dell'evoluzione del diritto del lavoro.

A voler fare qualche cenno sommario, è facile rilevare come la materia degli appalti chiami direttamente in gioco la complessa dialettica tra libertà di concorrenza e tutela dei diritti sociali, ossia in sostanza tra mercato e lavoro, con la conseguente necessità di ricercare il difficile punto di equilibrio tra le istanze di efficienza organizzativa e il contrasto a quelle forme di decentramento produttivo che riducono le garanzie lavoristiche.

Inoltre, il modo in cui la legge, la giurisprudenza e la dottrina operano la distinzione tra gli appalti leciti e la intermediazione vietata di manodopera incide in modo decisivo sulla stessa configurazione della fattispecie fondamentale della subordinazione, condizionando ogni tentativo di offrirne una convincente spiegazione.

Sullo sfondo (ma non troppo), v'è poi da considerare che il fenomeno degli appalti, e in particolare dei subappalti, è anche al centro della più scottante questione sociale degli ultimi anni, che riguarda l'impoverimento dei salari, e che trova una delle sue più gravi manifestazioni proprio nei casi in cui la esternalizzazione del servizio appaltato a imprese sub-fornitrici è utilizzata come uno strumento diretto alla mera riduzione del costo del lavoro. E qui l'indagine si incrocia, inevitabilmente, con l'ampio e complesso dibattito relativo all'introduzione di un salario minimo legale, sulla

regolazione della rappresentanza sindacale, e sulla proliferazione e concorrenza tra contratti collettivi.

Tutt'altro che secondarie sono, altresì, le molteplici questioni sollevate da specifici profili della disciplina che hanno dato origine ad un ampio contenzioso. È il caso di ricordare, tra le altre, le problematiche interpretative in tema di responsabilità solidale tra appaltante e appaltatore, e quelle legate all'applicazione delle diverse tipologie di clausole sociali di fonte legale (europea o nazionale) e sindacale. Un vero *rebus*, in particolare, resta – nonostante le stereotipe massime giurisprudenziali – il problema della distinzione tra cambio appalto e trasferimento di ramo d'azienda quando il nuovo appaltatore subentri in parte dei beni e/o dei rapporti utilizzati dall'imprenditore "*uscente*".

3. Oltre ad essere uno "*snodo*" della nostra materia, e proprio per questo motivo, la regolamentazione degli impatti sul lavoro derivanti dagli appalti sembra essere oggi, più che mai, un "*cantiere aperto*", da parte del legislatore e non solo.

Balza all'evidenza che, mentre le disposizioni della legge n. 1369/1960 sono rimaste quasi invariate per oltre quattro decenni, il nuovo assetto delineato dal d.lgs. n. 276/2003 è stato sottoposto a continui interventi manutentivi o correttivi ispirati da diverse finalità, anche tra loro non coerenti (basti pensare alle numerose modifiche apportate all'art. 29 di quel decreto legislativo).

Di particolare rilievo è, poi, con riferimento al settore pubblico, la rinnovata attenzione alla dimensione sociale che emerge dalla regolamentazione di matrice europea, recepita nel d.lgs. n. 50/2016. Ma, al riguardo, va anche registrata e considerata la giurisprudenza della Corte di Giustizia (CGUE 27 novembre 2019, C-402/18) che ha ritenuto incompatibili con i principi europei i limiti che la previgente disciplina nazionale prevedeva in materia di subappalti (art. 118, commi 2 e 4, d.lgs. n. 163/2006).

Allo stesso modo, un attento esame, anche sul piano sistematico, merita la recentissima disposizione dell'art. 49, comma 1, lett. b), n. 2, d.l. n. 77/2021 (convertito nella legge n. 108/2021), la quale, modificando l'art. 105, comma 14, d.lgs. n. 50/2016, reintroduce, in sostanza, un principio di parità di trattamento per i lavoratori impiegati in determinate ipotesi di subappalto.

Nella dinamica tra fonti, infine, l'apporto della giurisprudenza continua a svolgere un ruolo da protagonista. E si fa riferimento non solo alla giurisprudenza costituzionale che ha accreditato una lettura estensiva della tu-

tela lavoristica tale da ricomprendere ogni fenomeno di esternalizzazione (Corte cost. n. 27/2017), ma anche ad alcuni recenti orientamenti in materia di decadenza contributiva e in materia di appalti nelle società pubbliche (cfr., rispettivamente, Cass. 16 dicembre 2020 n. 28694, e Cons. Stato, sez. III, 27 agosto 2021 n. 6062). Orientamenti che, peraltro, non sembrano del tutto convincenti e, di conseguenza, sembrano sollecitare una adeguata riflessione critica da parte della dottrina (nella prospettiva di un dialogo fruttuoso volto a vagliare, in ultima analisi, la coerenza degli sviluppi del formante giurisprudenziale).

4. L'auspicio di FA.RI è, dunque, che i lavori odierni possano animare una riflessione a tutto tondo sulla relazione tra la disciplina comune degli appalti e la protezione dei diritti dei lavoratori, che coinvolga tanto i più generali profili teorico-sistematici, quanto i diversi problemi applicativi dei quali si è fatto cenno, investendo anche il tema delle tecniche di tutela degli interessi implicati e le possibili prospettive evolutive.

Al riguardo, un ulteriore cenno non può non essere operato anche ad un approfondito "*dossier*" elaborato dalla Commissione di Garanzia dello sciopero nei servizi pubblici essenziali (presentato nel Forum PA tenutosi il 24 giugno 2021), ove pure vengono prospettate, tra l'altro, innovative ipotesi di intervento normativo.

Il mio auspicio è che, proprio con riguardo ai profili *de iure condendo*, si tenga conto di due dati di contesto, a mio avviso non eludibili. Mi riferisco, da un lato, al fatto che alcuni dei problemi evidenziati, come quello della diffusione degli scioperi nel settore dei servizi pubblici, affondano le loro radici in debolezze strutturali della nostra economia: anche il *dossier* della Commissione di Garanzia poc'anzi citato rileva come le ragioni della conflittualità si concentrano negli appalti pubblici, ove la violazione dei diritti dei lavoratori consegue alla mancata erogazione delle risorse dovute da enti locali all'impresa appaltatrice, e nel Sud, ove il lavoro irregolare e sottopagato prospera nel settore degli appalti allo stesso modo in cui prospera in qualsiasi attività d'impresa.

D'altro lato, credo pure debba essere ricordato che gli appalti, e le esternalizzazioni in genere, sono strumenti di svolgimento della attività d'impresa che non realizzano semplicemente "*convenienze*" per l'appaltante. Ove correttamente applicati, quegli strumenti generano anche efficienze dei processi produttivi con ricadute positive in termini di competitività, sviluppo dell'occupazione, vantaggi sui costi dei servizi a carico della collettività e degli utenti (compreso l'utente lavoratore e l'utente privo di la-

voro e di reddito). Quindi, non può essere sottovalutato l'avvertimento della Corte di Giustizia (cfr., ancora, CGUE 27 novembre 2019, C-402/18), laddove sottolinea che la disciplina europea intende assicurare l'"*obiettivo dell'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza nella misura più ampia possibile*", e ciò "*a vantaggio non soltanto degli operatori economici, ma anche delle amministrazioni aggiudicatrici*".

Ed allora, non si può non fare i conti con un terzo elemento di contesto, che riguarda la peculiare struttura del tessuto produttivo italiano, caratterizzata da una stragrande prevalenza di piccole e piccolissime imprese, pregio e difetto della nostra economia. Da questo punto di vista, l'obiettivo del legislatore di promuovere la crescita di tali imprese, mediante apposite strumentazioni (dal "*contratto di rete*" di oggi, agli "*accordi di filiera*" o ai "*distretti*" di ieri), non sembra possa essere efficacemente perseguito attraverso un intervento meramente lavoristico che tenda a rendere più difficile l'accesso agli appalti da parte delle imprese di minori dimensioni, intervento che porrebbe, peraltro, ancora il rischio di "*frizioni*" con la specifica direttiva europea volta, invece, a "*favorire*" l'apertura a tali imprese del mercato degli appalti pubblici.

5. Siamo certi che il riconosciuto livello dei relatori che seguiranno, con la regia e il coordinamento del Prof. Roberto Pessi, soddisferanno le aspettative degli organizzatori e di tutti i presenti che, così numerosi, hanno accolto il nostro invito.

Giampiero Proia

INTERPOSIZIONE E APPALTI: UN PROFILO STORICO-CRITICO

Oronzo Mazzotta [*]

1. *Organizzazione complessiva del lavoro: l'integrazione verticale*

Il tema dell'interposizione costituisce un angolo visuale privilegiato per lo studio del rapporto di lavoro perché intreccia i temi fondanti della disciplina o meglio mette alla prova le categorie giuridiche sulle quali il rapporto di lavoro è stato costruito.

Il punto nevralgico della discussione ha a che fare l'*organizzazione*, la cui sola evocazione richiama alla memoria dei giuslavoristi prospettive ricostruttive del contratto di lavoro ed apre a problematiche che si interrogano sulla collocabilità del prestatore di lavoro all'interno o all'esterno di essa.

Sennonché non è a questi temi che intendo alludere evocando l'organizzazione. Nella nostra prospettiva viene in evidenza non la semplice contrapposizione datore-lavoratore e l'impiego di quest'ultimo all'interno di un contesto governato diretto dal primo.

Viene piuttosto in luce l'*organizzazione complessiva del lavoro*.

L'impresa non è una monade senza finestre; quasi sempre il suo ciclo produttivo è variamente integrato con altri cicli produttivi. Ne deriva che lo studio dell'interposizione e dell'appalto mettono in gioco anzitutto *l'integrazione verticale* fra cicli produttivi, con l'impresa che sceglie tra il "far da sé" ed il "far fare da altri", potendo quindi affidare ad altre imprese una parte della sua produzione.

A questo proposito è interessante notare che non si tratta di fenomeni caratteristici del capitalismo contemporaneo. Esistono inequivocabili dati storici che confortano tale affermazione.

---

[*] Professore emerito – Università di Pisa.

Ovviamente stiamo parlando di storia moderna. Prima della modernità il diritto e la letteratura «parlano di povertà e miseria» e la loro più felice rappresentazione è negli affreschi di Bruegel e Hieronymus Bosch o in personaggi, tratti dalla saggezza popolare, alla *Lazzarillo de Tormes*.

Quel che a noi interessa è invece la *transizione verso la modernità* caratterizzata dall'illuminismo, dalle grandi rivoluzioni borghesi e, finalmente, dalla rivoluzione industriale nel cuore della quale si sviluppa il rapporto di lavoro dipendente.

Orbene in questo ambito, per rimanere al parallelismo proposto prima, fra diritto e letteratura si sviluppa un fecondo dialogo ed interscambio reciproco così che i romanzi possono essere letti come trattati di diritto del lavoro e la letteratura giuridico-economica come romanzo. Come dire che il primo libro del Capitale di K. Marx può essere letto come un racconto a più voci ed i romanzi di Dickens come trattati scientifici.

Ed è proprio il barbuto studioso di Treviri che racconta di quella fase di transizione dell'economia in cui sono rinvenibili tracce di sistemi precedenti (l'economia curtense, il corporativismo medievale) che si intrecciano con nuove tecniche produttive. Sono quelle che Marx definisce le «policrome» fasi di transizione fra modi sociali di produzione diversi che ci consentono di comprendere meglio i fenomeni economico-sociali nella loro evoluzione.

È in questa fase storica che troviamo forme di decentramento produttivo realizzate dal mercante-capitalista attraverso il collegamento fra l'attività di più botteghe artigiane, ciascuna delle quali integrava una fase del processo produttivo. Marx pensava che queste forme arcaiche sarebbero scomparse nel capitalismo maturo e sarebbero state integralmente soppiantate dall'accentramento del lavoro in fabbrica. È una delle tante profezie non azzeccate, se pensiamo alla persistente permanenza nel sistema economico di tecniche produttive come il lavoro a domicilio.

Al centro della scena di tali fenomeni economici si staglia *il soggetto interposto* che costituisce proprio il tramite fra l'organizzatore dei fattori produttivi ed i lavoratori. È un personaggio cui gli usi industriali dei vari paesi attribuiscono i più diversi appellativi, riferiti al ramo d'industria in cui operava o alle incombenze che gli venivano riservate nell'ambito della divisione del lavoro (*Zwischenmeister*, *Akkordant*, capo-cottimo, capo-squadra, *marchandeur*, *tâcheron*, ecc.).

Ed è curioso rilevare che questo soggetto avesse acquisito nell'Ottocento una coloritura ambigua: per alcuni era un nefasto sfruttatore del sudore, per altri invece il prototipo della figura del *self-made man*. E fra questi ul-

timi uno storico della stazza di Adolphe Thiers che, scagliandosi contro il decreto 2 marzo 1848, emanato in Francia per reprimere proprio il *marchandage du travail*, definisce «inconseguentissimi uomini» coloro che, pur desiderando «che l'operaio divenga intraprenditore… appena ch'ei lo è divenuto» lo detestano definendolo «mercanteggiatore indegno».

Sarebbe facile sottoporre a critica queste posizioni, con il senno di poi. Sarebbe ovviamente ingeneroso, perché stiamo parlando di una fase storica decisamente anomica rispetto a tali fenomeni e più in generale rispetto al diritto del lavoro.

È chiaro che il tema dell'interposizione ha bisogno di distinzioni e soprattutto di direttive giuridiche che distinguano la patologia dalla fisiologia nei rapporti economici fra imprese.

Non a caso l'ampia trattazione relativa al cottimo collettivo autonomo, contenuta nello storico volume di Lodovico Barassi sul contratto di lavoro, sconta tutte le difficoltà di un ordinamento totalmente carente di disciplina non solo su fenomeni del genere, ma financo sulla definizione di lavoro subordinato.

Il che consente al giurista milanese di fornire un contenitore giuridico, ad esempio, all'idea secondo cui l'affidamento da parte dell'imprenditore ad un gruppo di propri dipendenti di lavori da svolgersi a cottimo (un cottimo, per l'appunto, collettivo) comporta una modificazione del contratto di lavoro originario e la sostituzione della precedente situazione giuridica di dipendenza in un lavoro a squadra autonomo (una sorta di appalto, senza alcun mezzo di produzione in capo alla squadra).

Sappiamo bene che l'orizzonte valutativo cambia nel momento in cui il legislatore, superando visioni anguste che intendevano battere la strada del negozio in frode alla legge (anzi dell'interposizione fraudolenta), introduce un principio che ancora ci governa: quello secondo cui il datore di lavoro effettivo, in caso di apparente appalto (e vera interposizione) va riconosciuto nel soggetto che "utilizza effettivamente" le prestazioni di lavoro dei dipendenti assunti dal soggetto interposto.

È il concetto di "effettiva utilizzazione" la chiave di volta del sistema. Ed è un concetto che resta tuttora il punto di riferimento valutativo di tali fattispecie, ad onta della formale abrogazione della storica legge 23 ottobre 1960 n. 1369.

È quanto possiamo infatti agevolmente dedurre dall'art. 29 del d.lgs. n. 276/2003.

Si tratta di una disposizione che – oggi come allora – impegna l'interprete ad indagare sull'effettivo titolare dei poteri datoriali, confermando

l'idea, ampiamente condivisa in dottrina e giurisprudenza, della perfetta sovrapponibilità fra le tematiche dell'interposizione e quelle della subordinazione.

La riprova di tale coincidenza sta nell'analisi giurisprudenziale che ha sempre adoperato, per distinguere l'interposizione vietata dall'appalto lecito, la medesima grammatica concettuale spesa per individuare i tratti del lavorare «in modo subordinato».

Dirò di più. Il disvalore dell'ordinamento nei confronti della scissione fra utilizzazione del lavoro e titolarità del rapporto non è solo figlia del divieto di interposizione, ma, a ben vedere, si radica nell'invenzione del concetto stesso di subordinazione. In sostanza il contratto di lavoro subordinato è tuttora quello schema giuridico in cui una parte cede energie lavorative nell'interesse dell'altra in condizione di espropriazione dalla disponibilità delle energie e del governo del processo produttivo.

Come abbiamo visto le interferenze tra i due fenomeni affondano su una comune base di sistema e di valori. Sul piano storico le forme indirette di utilizzazione del lavoro hanno costituito il presupposto per la successiva acquisizione all'impresa (e dentro i confini dello stabilimento) delle attività che in precedenza si svolgevano al di fuori.

Quanto ai valori il divieto di interposizione è lì ad ammonirci che l'utilizzatore delle prestazioni di lavoro altrui, in condizioni date (sottoposizione al potere direttivo, continuità, assenza di mezzi di produzione, ecc.) ne è inequivocabilmente il datore di lavoro. Volendo spingerci oltre potremmo anche dire che è il tipo contrattuale che definiamo contratto di lavoro subordinato a dare attuazione alla mediazione operata a livello costituzionale fra la regola mercantilistica che considera indifferente la forma acquisitiva del lavoro e la dimensione protettiva di stampo solidaristico, che collega al lavoro dipendente una serie di garanzie in chiave solidaristica.

2. *L'integrazione orizzontale: la codatorialità*

I discorsi svolti fino a questo punto hanno a che fare con l'organizzazione complessiva del lavoro in senso verticale.

Di recente però è affiorata nel dibattito giuslavoristico una parola di nuovo conio: la *codatorialità*.

Essa si riferisce all'evidenza a fenomeni di organizzazione complessiva del lavoro che coinvolge i rapporti fra più imprese in modo *orizzontale* ed allude genericamente alla circostanza che alla tradizionale coppia binaria

del rapporto di lavoro (datore/lavoratore) si sostituisca dal lato del creditore di lavoro una pluralità di soggetti.

Si tratta di un'espressione ampia e generica. Infatti essa viene predicata sia nei casi nei quali vi è una distribuzione atipica dei poteri fra datore (formale) ed utilizzatore (sostanziale) sia quando ad un terzo, legato da un contratto commerciale al datore di lavoro, vengono accollati oneri economici a favore dei dipendenti di quest'ultimo (ad es. in applicazione del meccanismo della solidarietà in senso giuridico) sia, ancora, quando il terzo si sostituisce al datore di lavoro nella titolarità del rapporto. E via distinguendo.

Le descritte opzioni sono diffuse nell'ambito dei gruppi societari, presso i quali può verificarsi un impiego dei lavoratori sia *alternativo* che *cumulativo*. Nel primo caso il lavoratore, permanendo la titolarità del rapporto in capo ad una determinata società, può essere inviato *temporaneamente* a svolgere la propria attività a favore di una collegata (normalmente con lo schema del distacco) oppure può essere destinato *stabilmente* a prestare attività a favore di un'altra impresa del gruppo, la quale subentra a pieno titolo nella titolarità del rapporto di lavoro.

La vera e propria codatorialità viene in gioco ovviamente con riferimento all'impiego cumulativo e promiscuo del lavoratore da parte di varie imprese di gruppo.

Nel neo-concetto di codatorialità si fanno inoltre rientrare forme di integrazione caratterizzate (spesso) dalla mono-committenza e con forti ingerenze nella direzione del lavoro dei dipendenti dell'appaltatore, in cui i lavoratori delle imprese fornitrici sono "terminali organizzativi" dell'impresa del committente.

In termini giuridici – al di là della dimensione economica del fenomeno – viene qui in luce l'esistenza di una sorta di "interesse organizzativo aziendale", condiviso da più imprese in cui, ad onta della pluralità di contratti e di soggetti giuridicamente indipendenti, la causa dell'affare è unica ed unica è l'operazione economica realizzata.

In tali situazioni il problema giuslavoristico è quello di evitare che il lavoratore attraverso gli spostamenti successivi o la prestazione cumulativa possa perdere le tutele approntate dal diritto del lavoro.

Pensiamo alle discipline legali che fanno leva sulla dimensione dell'impresa (in materia di licenziamenti, ma non solo) o al problema cruciale della volatilizzazione del debitore della retribuzione (problema che si amplifica in caso di fallimento) o, ancora, alla disciplina collettiva applicabile al rapporto.

Impostata così la questione i problemi giuridici implicati sono assai rilevanti. Provo ad elencarne alcuni: a) qual è il grado di integrazione fra i soggetti-datori? b) in che modo si frazionano fra i medesimi i tradizionali poteri che fanno capo al datore di lavoro? c) quali sono le conseguenze sul trattamento dei lavoratori implicati come soggetti passivi della codatorialità? d) quali sono gli schemi giuridici che possano consentire un inquadramento sistematico della specie (ovviamente alla luce della specificità delle singole ipotesi di codatorialità)?

La dottrina più recente ha cercato di fornire una descrizione dei tratti fondanti della codatorialità che ha il sapore della *prescrittività*.

Le opzioni ricostruttive che sono state avanzate per costruirla fanno leva o su un percorso civilistico che valorizza il collegamento negoziale o su una traiettoria propriamente giuslavoristica che rivisita il concetto di subordinazione riadattandolo a tali complesse strutture economico-organizzative.

All'esito di tali percorsi ricostruttivi si dovrebbe ottenere che, pur rimanendo il rapporto di lavoro in capo all'appaltatore, l'impresa principale diviene fonte di imputazione dei contratti di lavoro dei dipendenti di quest'ultimo, in quanto co-datore che si aggiunge al primo.

Sennonché, come ho già scritto altrove, il limite di fondo dell'operazione è quello di rendere opaca la distinzione fra appalto lecito ed interposizione illecita, facendo conseguire a forme di integrazione orizzontale del ciclo produttivo, riconducibili a veri e propri appalti – se pure caratterizzati da una situazione di sottoprotezione sociale dell'impresa appaltatrice – le conseguenze sanzionatorie proprie dell'interposizione vietata.

Non valgono a superare tale rilievo né il ricorso allo schema del *collegamento negoziale*, né la prospettiva più ampia che guarda ad un allargamento dell'idea di subordinazione.

Il primo sconta tutte le difficoltà che nascono dal salto che intercorre fra la dimensione puramente economica (o giuscommercialistica) del fenomeno, che suppone una causa unitaria e complessa dell'operazione, ed il dato giuridico lavoristico che non può prescindere dall'*autonomia formale e strutturale delle singole imprese implicate nell'affare*. In sostanza il collegamento negoziale è utile a ricostruire i nessi che legano i contratti commerciali ma riesce a trasferirsi con difficoltà sul piano lavoristico.

Proprio l'esperienza maturata nell'ambito degli studi su gruppi di imprese e rapporto di lavoro dovrebbe insegnarci molte cose, considerando che gli sforzi compiuti dalla dottrina non sono mai andati oltre l'indicazione di linee di tendenza o di prospettive metodologiche (si pensi allo studio

pioneristico di Giorgio Branca del 1965) o alla valorizzazione dell'organizzazione del complesso imprenditoriale, trattabile alla stregua di un soggetto unitario, che però fa scivolare il rapporto di lavoro verso prospettive neo-istituzionaliste, trascurando (o svalorizzando) la formale autonomia tra le varie imprese coinvolte.

Non a caso la giurisprudenza, più pragmaticamente, ha optato per tecniche maggiormente funzionaliste, che lasciassero intatto lo schermo delle distinte personalità giuridiche delle varie società, senza avventurarsi sul terreno, assai scivoloso, della ricerca del datore di lavoro cui imputare il rapporto (nel caso dei gruppi societari: il gruppo in sé? la società capogruppo? la *holding* di controllo?).

Così, ad es., nell'ipotesi di uso promiscuo del lavoratore, i nostri giudici hanno giustamente ritenuto di poter sommare tutti i dipendenti del gruppo al fine di attingere alla soglia fatidica che consente l'applicazione della tutela reale o hanno elaborato una serie di indici empirici idonei a consentire, al solo fine dell'applicazione della disciplina lavoristica, il coinvolgimento della società capo-fila (come: l'unicità della struttura organizzativa e produttiva, l'integrazione tra le attività esercitate dalle varie imprese del gruppo e il correlativo interesse comune, il coordinamento tecnico e amministrativo-finanziario tale da individuare un unico soggetto direttivo che faccia confluire le diverse attività delle singole imprese verso uno scopo comune, l'uso in comune del personale, ecc.).

Gli esiti della giurisprudenza sui gruppi sono del resto in linea con la regolamentazione giuridica del fenomeno del lavoro in appalto, che costituisce l'unico punto di riferimento normativo per l'inquadramento dei fenomeni caratterizzati dalla mono-committenza (a parte la disciplina sulle sub-forniture). Come sappiamo il diritto positivo esclude la riconducibilità del contratto in capo al committente financo nelle situazioni in cui l'apporto dell'appaltatore sia ridotto davvero al minimo (e si risolva nel solo esercizio del potere direttivo, con scarsissimi mezzi di produzione). Prospettive di eccessivo allargamento dell'area e delle ricadute della codatorialità rischiano quindi di tradire il diritto positivo.

3. *Codatorialità e subordinazione*

Ancor meno fondata è l'idea che il committente possa essere considerato il datore di lavoro alla luce della fattispecie descritta dall'art. 2094 c.c., l'idea che cioè assume che, posto che la funzione del contratto di lavoro è

quella di consentire l'organizzazione delle prestazioni dei lavoratori, il rapporto deve essere legittimamente ricondotto in capo al titolare dell'organizzazione complessiva, che *si affianca* al datore di lavoro formale.

Per prima cosa notiamo che si tratta di un risultato che si pone in rotta di collisione con la disciplina normativa in tema di appalti, che invece fa affievolire lo schema dell'appalto a mera interposizione vietata solo nel caso in cui la struttura imprenditoriale messa in campo dall'appaltatore non abbia alcuna consistenza. Per converso nella fenomenologia economica presa in considerazione la sub-impresa è dotata spessa di una sofisticata organizzazione di mezzi e persone, con il solo limite (irrilevante per lo schema di cui all'art. 29 del d.lgs. n. 276/2003) della destinazione pressoché esclusiva della propria attività al committente, in misura tale che quell'organizzazione sarebbe del tutto inutile ed improduttiva se non riferita all'attività di quest'ultimo.

Il che conferma che la prospettiva della codatorialità si mostra giuridicamente eversiva, costituendo una *tecnica antitetica* alla tecnica della subordinazione, cioè alla sequenza o circolo virtuoso che dalla subordinazione va al divieto di interposizione e vi ritorna.

Non a caso il punto di caduta di tali teorie sta nella giustificazione del potere direttivo e nella delicata distinzione con i poteri di direzione e controllo, di cui il committente è titolare *anche* nello schema dell'appalto. E per evitare tali forche caudine non è certo sufficiente evocare un esercizio *delegato* del potere direttivo ad opera dell'appaltatore.

Anche su questo piano ci sono di ausilio gli sviluppi più recenti della giurisprudenza della Cassazione in tema di gruppi di imprese, che – proprio dando corpo all'idea di *alternatività* fra codatorialità e subordinazione – riconducono la titolarità del rapporto al soggetto-datore che *utilizzi effettivamente* le prestazioni dei dipendenti dell'appaltatore (v. ad es. Cass. n. 25270/2011).

Il ruolo della subordinazione, riferita ad un dato di effettività, conferma il carattere selettivo della tecnica ed il suo impiego per discernere il vero datore di lavoro rispetto a quello fittizio.

Questa giurisprudenza conferma quindi i nessi – storici e giuridici – intercorrenti fra *subordinazione ed interposizione*, nessi del resto già valorizzati in un autorevole precedente meno recente (v, Cass., sez. un., n. 22910/2006), sulla scorta della riflessione dottrinaria.

Attraverso il divieto di interposizione il nostro ordinamento ci segnala che è inibito all'impresa acquisire direttamente le energie lavorative attraverso uno schema giuridico diverso dal contratto di lavoro subordinato. Il

che significa che la titolarità del rapporto va riconosciuta secondo criteri di *effettività*.

Una conferma in più del fatto che la tecnica che fa capo al paradigma della subordinazione (se pure rivisitato) ha carattere selettivo del datore effettivo e non può conseguire il risultato di affiancare un datore all'altro e dunque di fondare giuridicamente la codatorialità.

IL LAVORO NEGLI APPALTI, QUALI TUTELE?

Arturo Maresca [*]

1. Il tema a cui vorrei accennare nel mio intervento riguarda le tutele collettive dei lavoratori impiegati negli appalti con specifico riferimento al loro trattamento economico che riserva loro la contrattazione nazionale di categoria.

Un tema rilevante perché costituisce un banco di prova della capacità del diritto del lavoro di assolvere effettivamente alla propria funzione di tutela, in particolare per i lavoratori (come quelli impiegati negli appalti) che ne hanno maggior bisogno. Tutela la cui realizzazione o, all'opposto, insufficienza si riflette in molteplici e variegate direzioni come dimostra anche il *dossier* della Commissione di Garanzia sulle cause e motivazioni degli scioperi nelle filiere degli appalti ("*Appalti e conflitto collettivo: tendenze e prospettive*", primavera del 2021).

Il mio intervento, quindi, si propone di continuare a svolgere quel filo che la Commissione ha iniziato a tessere andando oltre il campo di indagine della motivazione e cause degli scioperi nelle filiere degli appalti.

Il punto da cui muovere è quello, ben noto, del sempre più diffuso ricorso all'appalto nell'organizzazione imprenditoriale della produzione di beni e servizi.

Le motivazioni della segmentazione realizzata nelle filiere produttive attraverso gli appalti ed i subappalti sono le più varie, se ne possono indicare le principali con una sintesi necessariamente parziale.

A volte con il ricorso all'appalto il committente intende cogliere l'opportunità di affidare ad un'impresa specializzata e con specifiche competenze l'esecuzione di opere o servizi che rivestono nel proprio ciclo produttivo un'importanza minore trattandosi di attività sì necessarie, ma complementari. Di qui la scelta imprenditoriale del committente di focalizzarsi

[*] Professore ordinario di Diritto del lavoro – Università di Roma La Sapienza.

sulle prime impiegando per la realizzazione di esse il proprio personale dipendente ed invece ricercare sul mercato per l'esecuzione delle seconde un appaltatore la cui attività principale abbia ad oggetto e, quindi, sia specializzata nelle opere o nei servizi che il committente intende acquisire. Una scelta imprenditoriale selettiva, quindi, con la quale il committente punta sul miglioramento della propria capacità produttiva – per qualità, tempi e costi – concentrandola sul *core bussines*, da una parte, e, dall'altra, lasciando a terzi le attività *minori/complementari*, seppur indispensabili.

Altre volte l'appalto costituisce lo strumento al quale il committente ricorre per poter disporre di quella flessibilità dell'organizzazione produttiva (ed al suo interno di quella del lavoro) necessaria per rispondere alle sollecitazioni dei mercati che esigono non solo qualità, ma anche rapidità nell'offerta dei beni e servizi per intercettare la domanda dei consumatori in modo tale da poter soddisfare le loro mutevoli esigenze in termini di prezzi ed innovazione.

In questo caso la valutazione del committente si fonda, per stare agli aspetti collegati al lavoro, sulla ritenuta maggiore flessibilità dell'organizzazione dell'appaltatore e talvolta disvela la consapevolezza dello stesso committente della propria insufficiente capacità di implementazione e governo della flessibilità del lavoro del personale dipendente derivante da vari fattori: vincoli della contrattazione collettiva di primo e secondo livello oppure resistenze sindacali o, infine, carenze (considerate non rimediabili) nella gestione del personale dipendente.

Fattori che portano a capovolgere, per l'insieme delle ragioni ora accennate, quella che invece dovrebbe essere, almeno astrattamente, la scelta dell'imprenditore di fronte all'alternativa tra lavoro diretto e appalto. Scelta che prende le mosse dalla valutazione dei poteri che, nel primo caso, caratterizzano la posizione del datore di lavoro nella gestione della prestazione lavorativa resa dal dipendente per conformarla alle mutevoli esigenze aziendali e, nella seconda ipotesi, dei *costi di aggiustamento* conseguenti alla negoziazione tra committente ed appaltatore delle variazioni (quantitative, qualitative, ecc.) da apportare ai servizi originariamente previsti nel contratto d'appalto, nonché delle difficoltà di integrazione di tali servizi nel ciclo produttivo del committente.

Le motivazioni più sopra ricordate del ricorso all'appalto sono rese emblematiche dall'espressione che in alcuni casi viene utilizzata quando l'affidamento dell'appalto avviene per la necessità di *efficientamento* del fattore lavoro, come a dire che solo ricorrendo a terzi è possibile realizzare tale *ef-*

ficientamento nell'acquisita consapevolezza del committente di non essere altrimenti, in grado di concretizzarlo.

Salvo poi a verificare l'effettivo conseguimento di questo obiettivo che dipende da molteplici fattori che riguardano non solo le capacità dell'appaltatore, ma anche del committente di realizzare un'integrazione ottimale tra i servizi resi dal primo e la propria organizzazione produttiva. Senza, peraltro, trascurare altri aspetti tutt'altro che secondari: l'affidabilità e puntualità dell'appaltatore, la sua riservatezza rispetto a dati strategici del processo produttivo del committente, alla *permeabilità* rispetto alle sollecitazioni della concorrenza (che evoca il diverso concetto di fedeltà come obbligo del lavoratore dipendente). Aspetti che, in non pochi casi, hanno indotto le imprese a riconsiderare l'opportunità della scelta iniziale di affidarsi a terzi per l'esecuzione di opere o servizi, avviando processi di internalizzazione.

In ultimo, si deve considerare il ricorso all'appalto quale tecnica finalizzata alla mera riduzione del costo del lavoro; finalità perseguita dal committente per offrire a consumatori e clienti beni e servizi a prezzi tali da battere la concorrenza. Ciò, specialmente, in quelle produzioni *labour intensive* nelle quali il costo del lavoro è una componente determinante del prezzo finale. In questi casi, infatti, con il ricorso all'appalto il committente realizza una sorta di sostituzione del costo del proprio personale con quello dell'appaltatore; con un effetto moltiplicatore che si può innescare attraverso i subappalti il cui numero crescente coincide con un ineluttabile *decalage* del costo del lavoro [1].

2. Quanto da ultimo accennato pone in evidenza il profilo che si intende esaminare in questa sede: l'utilizzo dell'appalto da parte dell'impresa committente come strumento specificamente finalizzato alla riduzione del costo del lavoro.

---

[1] Com'è noto e come si tornerà a dire nel testo con il d.l. 31 maggio 2021 n. 77 ("*governance del piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure*") convertito con legge 29 luglio 2021 n. 108 è stato modificato l'art. 105, comma 14, d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50 prevedendo che "*il subappaltatore, per le prestazioni affidate in subappalto, deve garantire gli stessi standard qualitativi e prestazionali previsti nel contratto di appalto e riconoscere ai lavoratori un trattamento economico e normativo non inferiore a quello che avrebbe garantito il contraente principale, inclusa l'applicazione dei medesimi contratti collettivi nazionali di lavoro, qualora le attività oggetto di subappalto coincidano con quelle caratterizzanti l'oggetto dell'appalto ovvero riguardino le lavorazioni relative alle categorie prevalenti e siano incluse nell'oggetto sociale del contraente principale*".

Va subito detto che l'esame di questo profilo sconta in premessa la piena legittimità dell'appalto secondo quanto previsto dall'art. 29, comma 1, d.lgs. 10 settembre 2003 n. 276, trattandosi di un appaltatore che non solo dispone di una propria organizzazione di mezzi (materiali e immateriali) per eseguire a suo rischio l'opera o il servizio oggetto dell'appalto, ma che esercita anche il "*potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto*".

Così come la questione in esame non tocca (almeno direttamente, come si preciserà in seguito) il problema della solvibilità dell'appaltatore quanto ai debiti retributivi e contributivi a presidio del quale il legislatore ha posto (art. 29, comma 2, d.lgs. n. 276/2003) la garanzia patrimoniale della solidarietà del committente per "*i trattamenti retributivi, comprese le quote di trattamento di fine rapporto, nonché i contributi previdenziali e i premi assicurativi dovuti in relazione al periodo di esecuzione del contratto di appalto*".

La questione riguarda, invece, la scelta del legislatore (art. 85, d.lgs. n. 276/2003) di abrogare l'art. 3, comma 1, legge 23 ottobre 1960, n. 1369 che stabiliva, sia pure con tutti i temperamenti derivanti dall'applicazione giurisprudenziale, il diritto dei "*lavoratori da esso* [dall'appaltatore] *dipendenti* [ad] *un trattamento minimo inderogabile retributivo e ad assicurare un trattamento normativo, non inferiore a quelli spettanti ai lavoratori da loro* [dall'appaltante] *dipendenti*".

In questo modo il trattamento economico dei dipendenti dell'appaltatore (sempre che sia realizzato correttamente) costituisce una variabile indipendente rispetto alla legittimità dell'appalto conferito dal committente.

Affermazione quest'ultima che deve essere precisata con riferimento ad almeno due aspetti.

In primo luogo, si deve ricordare che negli appalti pubblici disciplinati dal d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50 sono previste – sulla scia di norme risalenti (art. 36, legge 20 maggio 1970 n. 300) – specifiche tutele economiche a favore dei dipendenti dell'appaltatore. Infatti l'art. 50 rende obbligatoria "*l'applicazione da parte dell'aggiudicatario, dei contratti collettivi di settore di cui all'articolo* 51 *del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81*" e l'art. 105, comma 14 impone, come già detto, che "*il subappaltatore, per le prestazioni affidate in subappalto, deve garantire gli stessi standard qualitativi e prestazionali previsti nel contratto di appalto e riconoscere ai lavoratori un trattamento economico e normativo non inferiore a quello che avrebbe garantito il contraente principale, inclusa l'applicazione dei medesimi contratti collettivi nazionali di lavoro, qualora le attività oggetto di subappalto coincidano con quelle caratterizzanti l'oggetto dell'appalto ovvero riguardino le lavorazioni*

relative alle categorie prevalenti e siano incluse nell'oggetto sociale del contraente principale".

In secondo luogo, si deve considerare la solidarietà prevista dall'art. 29, comma 2, d.lgs. n. 276/2003 per gli effetti indiretti che essa è in grado di produrre ed ha invero prodotto in capo all'appaltatore, a partire dalla corretta applicazione al personale dipendente di un contratto collettivo nazionale di categoria al fine, quanto meno, di sottrarre il committente alla responsabilità per i crediti retributivi e contributivi che, altrimenti, potrebbero essere fatti valere nei suoi confronti.

Nel contesto a cui ora si è accennato si deve ancora considerare la diversità delle scelte compiute dal legislatore che nel caso della somministrazione di lavoro, diversamente dall'appalto, impone la parità di trattamento tra dipendenti diretti dell'impresa utilizzatrice e lavoratori somministrati (art. 35, comma 1, d.lgs. 15 giugno 2015 n. 81) che si aggiunge alla solidarietà tra utilizzatore e somministratore (art. 35, comma 2). Infatti "*per tutta la durata della missione presso l'utilizzatore, i lavoratori del somministratore hanno diritto, a parità di mansioni svolte, a condizioni economiche e normative complessivamente non inferiori a quelle dei dipendenti di pari livello dell'utilizzatore*".

La motivazione della diversità delle soluzioni adottate dal legislatore nella somministrazione e nell'appalto deve essere ricondotta, probabilmente, alle caratteristiche della prima ed all'innovazione che essa ha rappresentato per il nostro ordinamento consentendo l'acquisizione – anche a tempo indeterminato (e per volumi non trascurabili il 20% dell'organico dell'impresa utilizzatrice) – di prestazioni di lavoro subordinato attraverso un contratto commerciale (concluso dalle imprese con le agenzie per il lavoro) che si sostituisce allo strumento un tempo esclusivo, del contratto di lavoro subordinato (art. 2094 c.c.). Con l'effetto che l'inserimento e la dismissione della manodopera necessaria all'impresa utilizzatrice avviene al di fuori delle regole e dei limiti operanti in materia di assunzioni e di licenziamenti (limiti che ricadono sull'agenzia titolare del contratto di lavoro del dipendente somministrato).

Si potrebbe aggiungere l'osservazione che la somministrazione comporta una più intensa integrazione della persona del lavoratore in missione nell'organizzazione dell'utilizzatore che ne assume la direzione ed il controllo, anche se l'appalto e la somministrazione possono soddisfare, seppure con modalità diverse ma funzionalmente equipollenti, le necessità del committente/utilizzatore quanto al proprio ciclo produttivo sia per le attività *core* sia per quelle complementari (la pulizia o la manutenzione possono

essere oggetto di un appalto o affidate a lavoratori somministrati a tempo indeterminato).

Queste ragioni hanno indotto il legislatore a parificare il costo del lavoro subordinato diretto ed indiretto, evitando di incentivare il ricorso alla somministrazione per il vantaggio competitivo che altrimenti potrebbe avere l'impresa utilizzatrice, garantendo nel contempo una parità di condizioni economiche e normative tra lavoratori diretti e somministrati che lavorano non solo *gomito a gomito*, ma in condizioni del tutto simili, salvo quella della titolarità del contratto di lavoro posta in capo all'agenzia.

In altre parole, il legislatore punta ad orientare la scelta tra lavoro diretto e lavoro somministrato non già in base al risparmio dei costi del secondo rispetto al primo (anzi il ricorso alla somministrazione comporta un incremento del costo diretto del lavoro), ma piuttosto alle capacità imprenditoriali dell'agenzia di fornire alle imprese utilizzatrici personale dipendente sollevandole dai costi, tempi e difficoltà di reperimento, selezione, formazione e gestione amministrativa. Aspetti che si affiancano a quello, già ricordato, della flessibilità del lavoro somministrato che può essere semplicemente riassunta nell'osservazione che l'impresa utilizzatrice può adeguare i volumi di manodopera di cui tempo per tempo ha bisogno acquisendo e dismettendo lavoratori dipendenti non già applicando le regole per l'assunzione ed il licenziamento proprie del lavoro subordinato, bensì attivando od estinguendo il contratto di somministrazione (alla scadenza del termine liberamente apposto o, quando è a tempo indeterminato, esercitando il recesso).

3. Si tratta, allora, di interrogarsi sulla permanente opportunità (non essendo in discussione la legittimità) di queste scelte di politica del diritto operate dal legislatore e delle conseguenze che ne derivano e che, come si è detto, possono spingere l'impresa committente ad utilizzare l'appalto per ottenere (ancorché indirettamente) una riduzione del costo del lavoro che l'appaltatore può realizzare praticando un'operazione di *dumping* contrattuale consentita, anzi favorita dall'abnorme proliferazione dei contratti collettivi nazionali di categoria e dalla possibilità di scegliere quelli che comportano un significativo risparmio.

A favore della conferma dell'assetto attuale delle tutele dei lavoratori impiegati negli appalti militano ragioni di indubbia consistenza e, forse, insuperabili; ragioni che possono essere sinteticamente ricordare muovendo dall'osservazione che, da una parte, l'appaltatore è un imprenditore che opera sul mercato offrendo i propri servizi in un regime di concorrenza e,

dall'altra parte, il committente organizza la propria attività avvalendosi di lavoratori direttamente assunti ed affidando a terzi l'esecuzione di servizi e di opere in base a valutazioni e scelte autonome ed insindacabili, ove siano rispettose dei limiti legali.

Come già detto, però, non si tratta di verificare la legittimità del ricorso all'appalto, ma di valutare l'adeguatezza delle tutele dei lavoratori impiegati negli appalti, con specifico riferimento ai loro trattamenti retributivi previsti dalla contrattazione collettiva a loro applicabile.

In questa prospettiva la questione preliminare si incentra sulla rilevanza che il costo del lavoro assume nella scelta del committente di ricorrere all'appalto.

Non ci si intende riferire al controverso criterio di aggiudicazione al massimo ribasso degli appalti pubblici che non sono oggetto di esame in questa sede, ma come si è detto inizialmente alla finalità perseguita dal committente di migliorare la propria competitività riducendo il prezzo dei servizi o dei beni da immettere sul mercato abbattendo, per il tramite dell'appalto, la componete relativa al costo del lavoro.

4. Volgendo lo sguardo alla contrattazione collettiva nazionale di categoria (applicabile alle imprese committenti) il primo rilievo riguarda la molteplicità di clausole preordinate, seppure con diverse finalità, a tutelare le condizioni economiche dei lavoratori impiegati negli appalti (tralasciando quelle sulla continuità occupazionale del caso del c.d. cambio appalto).

Non è affatto agevole fare una sintesi, ma si potrebbero ricordare quelle: a) *radicali*, interdittive dell'appalto (o di alcune tipologie di appalti); b) *procedurali*, aventi ad oggetto diritti di informazione e confronto sindacale (preventivo o a consuntivo) sugli appalti; c) *indirette* che obbligano il committente ad inserire nel contratto di appalto le condizioni che l'appaltatore dovrà poi applicare al personale dipendente; d) *alternative* che prevedono condizioni economico-normative differenziate e meno onerose di quelle applicabili alla generalità del personale dipendente del committente. Condizioni destinate ad operare nelle attività che sono più frequentemente oggetto di esternalizzazione proprio per ridimensionare il vantaggio competitivo.

L'insieme di tutte queste clausole muove, per quanto in questa sede interessa, dalla consapevolezza delle organizzazioni sindacali che il sempre più significativo ricorso alle esternalizzazioni ed agli appalti punta, non sempre ma talvolta certamente sì, ad una riduzione del costo del lavoro sul ritenuto (a torto o a ragione) presupposto che quello derivante dalla contratta-

zione collettiva applicata dal committente non sarebbe sostenibile a fronte delle imperative condizioni di mercato con le quali il committente deve misurare la propria competitività e che lo inducono ad affidare a terzi alcune attività, facendole così uscire dal perimetro della propria contrattazione collettiva.

Con la conseguenza che la sostenibilità dei costi di produzione relativi a specifiche attività realizzata segmentando il ciclo produttivo e ricorrendo all'esternalizzazione ed gli appalti, comporta di fatto un ridimensionamento dell'ambito applicativo del contratto collettivo nazionale di categoria del committente.

Ridimensionamento che tende progressivamente ad accentuarsi a causa di due concorrenti ragioni: a) le innovazioni che si registrano sul piano sia organizzativo sia tecnologico che rendono più accessibile l'esternalizzazione che, quindi, si presenta come una *soluzione conveniente* nel bilanciamento tra costi e valore della produzione (atteso anche il livello qualitativo dei beni o servizi da piazzare sui mercati); b) il fenomeno dell'abnorme proliferazione dei contratti collettivi nazionali di categoria che il CNEL ha censito arrivando a contarne poco meno di mille e che amplia significativamente le *opportunità di dumping* contrattuale.

Per testimoniare il fenomeno ed i suoi dirompenti effetti si possono ricordare alcune emblematiche decisioni (tra le altre, v. la prima e quella più recenti Trib. Torino, 9 agosto 2019; Trib. Milano, 22 marzo 2022) nelle quali il Giudice del lavoro è stato chiamato a valutare la legittimità dei trattamenti minimi previsi dalla contrattazione collettiva di categoria sottoscritta da sindacali comparativamente più rappresentativi (nel caso di specie il CCNL Vigilanza sezione Servizi Fiduciari firmato da Filcams-Cgil e Fisascat-Cisl) con riferimento al limite della retribuzione sufficiente inderogabilmente sancito dall'art. 36 Cost.

È interessante notare che nelle motivazioni di tali sentenze la legittimità della retribuzione previsa dal CCNL viene verificata (a prescindere dalla pertinenza di tale profilo) anche attraverso un'indagine che pone a raffronto i livelli retributivi di vari CCNL *concorrenti* (Multiservizi, Proprietari di fabbricati, Terziario) che trovano applicazione a lavoratori impiegati nelle stesse attività, nonché con riferimento alla *soglia di povertà* stabilita dall'Istat.

È ancor più significativa la vicenda esaminata dal Tribunale di Milano (sentenza 11 marzo 2022) che riguarda lavoratori coinvolti in un c.d. cambio appalto nel quale si è verificata la sostituzione del CCNL Multiservizi con quello della Vigilanza sezione Servizi Fiduciari con l'effetto descritto

nella motivazione che "*nello stesso appalto, per le stesse mansioni è sempre stato applicato in precedenza dagli altri datori di lavoro il CCNL Multiservizi con una retribuzione superiore a quella effettivamente erogata [*che*] …* corrisponde ad oltre il 25%".

Si deve evidenziare che la giurisprudenza ora richiamata si occupa di CCNL sottoscritti da sindacati confederali di cui è incontestabile la maggiore rappresentatività, mentre il fenomeno della proliferazione dei contratti collettivi nazionali si estende ben oltre e riguarda i CCNL firmati da sindacali poco rappresentativi o addirittura privi di alcuna rappresentatività (che, insieme alle associazioni datoriali di analoga inconsistenza rappresentativa, sono autori dei c.d. *contratti pirata*).

Un fenomeno che nella sua proiezione generale sta caratterizzando una fase del diritto del lavoro che si connota perché viene minata la stessa funzione tipica del contratto collettivo nazionale di fissare in un certo ambito merceologico le condizioni di lavoro minime (economiche e normative), uniformando così uno standard inderogabile nel rispetto del quale si sviluppa la concorrenza non solo tra le imprese, ma anche tra i lavoratori che aspirano ad un'occupazione. Ciò induce a prendere atto che, oggi, il rischio di aggiramento di questo standard inderogabile non è più soltanto quello praticato attraverso l'autonomia individuale, ma anzi riguarda in termini ben più temibili la possibilità del datore di lavoro di attingere all'ampia offerta di contratti collettivi nazionali per applicare quello meno oneroso.

L'*escalation* della contrattazione collettiva nazionale, però, non può essere addebitabile soltanto alle esternalizzazioni ed agli appalti che, come si è detto, presentano rispetto al tema generale una specificità. Specificità, che non può essere certamente elusa e, mi permetto di aggiungere, andrebbe affrontata facendosi carico di tutte le sue implicazioni in termini di tutele e di compatibilità.

A fronte di questa situazione ed a dimostrazione dell'attenzione che sollecita il fenomeno degli appalti e le esigenze di tutela va segnalata, da ultimo, l'iniziativa assunta dalla Regione Lazio con la legge approvata nel mese di maggio recante "*Disposizioni per la qualità, la tutela e la sicurezza del lavoro nei contratti pubblici*" che interviene sulla qualità e la sicurezza del lavoro negli appalti (quelli affidati dalla Regione, dagli enti locali, dalle società controllate, comprese le aziende sanitarie del Lazio), anche con riferimento al contrasto al *dumping* contrattuale.

Le considerazioni fin qui brevemente accennate naturalmente possono essere riferite anche ai subappalti che, anzi, pongono problemi di tutela del lavoro ancor più accentuati.

5. Senza alcuna pretesa di indicare soluzioni ma solo di stabilire alcuni punti da considerare per avviare una riflessione si può osservare che l'intervento più radicale, ma di non facile realizzazione (come hanno dimostrato le esperienze fin qui note) sarebbe quello di ridefinire l'ambito di applicazione del contratto di primo livello, cioè il perimetro della c.d. area contrattuale (la categoria contrattuale).

Si tratterebbe, in sostanza, di superare il riferimento tradizionale alla categoria merceologica sostituendolo con quello alla filiera produttiva e, quindi, all'insieme di attività, anche eterogenee, che concorrono alla produzione di un certo bene o servizio.

Si tratta, però, di un passaggio che appare impervio e di assai difficile realizzazione, anche perché implica una radicale modifica dell'assetto attuale delle relazioni collettive, riorientando e facendo confluire le varie fonti collettive già esistenti rispetto al nuovo ambito applicativo, con le inevitabili resistenze a modificare le condizioni di lavoro più favorevoli che, certamente, non possono essere estese (addizionandosi tra loro) a tutta la filiera, come del resto sarebbe impraticabile l'operazione inversa; ma sarebbe anche artificiosa la soluzione di trasferire all'interno dello stesso *contenitore/contratto* collettivo i trattamenti collettivi preesistenti mantenendone lo stesso ambito applicativo differenziato.

Ragionando sul vigente sistema di contrattazione collettiva di categoria – e, come si è detto, senza la benché minima pretesa di ipotizzare soluzioni che solo la mediazione sindacale può individuare – il tema degli appalti come via di fuga del committente dai costi derivanti dal contratto collettivo nazionale applicato deve muovere dalla realistica verifica della sostenibilità del costo del lavoro da considerare nel suo complesso, vale a dire anche con riferimento alle specifiche attività oggetto di appalto ed ai costi di esse.

Ciò significa non solo e banalmente prendere atto che la variabile costo del lavoro condiziona il ricorso agli appalti favorendone o limitandone la convenienza, ma anche chiedersi *a monte* se nella negoziazione delle complessive condizioni economico-normative del contratto collettivo nazionale la sostenibilità di esse si fonda, consapevolmente o quanto meno oggettivamente, sui minori costi del lavoro realizzabili tramite gli appalti dai datori di lavoro che lo applicano. Ipotesi che sembra trovare riscontro nel fatto che le assunzioni di nuovi dipendenti non riguardano (quasi) mai mansioni inquadrate nel livello più basso del sistema di classificazione previsto dal contratto collettivo nazionale, a dimostrazione che per lo svolgimento di queste attività si ricorre strutturalmente agli appalti.

Se l'attendibilità di questa ricostruzione fosse riscontrata, ci si troverebbe di fronte al paradosso che il livello delle condizioni di lavoro fruibili per i lavoratori destinatari del contratto collettivo nazionale è bilanciato dal lavoro in appalto che, però, comporta il noto fenomeno di erosione dell'ambito di applicazione dello stesso CCNL.

Una conseguenza quest'ultima che viene fronteggiata in modi diversi e, in qualche modo, opposti.

La prima *soluzione*, quella più risalente nel tempo, mira ad interdire il ricorso agli appalti o a realizzare la c.d. blindatura dell'aerea contrattuale per vincolare o riportare le esternalizzazioni nel perimetro del contratto collettivo nazionale. Soluzioni che appaiono irrealistiche e, comunque, inefficaci, come si può agevolmente riscontrare verificando l'espansione del fenomeno degli appalti che comunque si è realizzata anche in questi settori.

Una diversa soluzione – formulata sempre nel tentativo di arginare la *fuga* dal contratto collettivo nazionale – è quella praticata in alcuni contratti, inizialmente da quello del credito e più recentemente nel settore elettrico, che prevedono condizioni economico-normative differenziate e meno onerose applicabili ai dipendenti impiegati nelle attività che sono più frequentemente oggetto di esternalizzazione.

La finalità di questi interventi della contrattazione collettiva è quella – ma si tratterebbe, però, di capire empiricamente quali sono stati in concreto i risultati conseguiti – di mitigare il differenziale di costo tra lavoro diretto e appalto cercando di indurre le imprese ad una riconsiderazione delle valutazioni di convenienza delle esternalizzazioni che, ovviamente, non si esauriscono nel costo del lavoro, ma riguardano anche molti altri aspetti, iniziando dai costi indiretti e organizzativi.

Ma ci si potrebbe interrogare anche, non tanto sulla possibilità di neutralizzazione del differenziale del costo tra lavoro diretto e lavoro in appalto, quanto dell'utilità di obblighi (legali o collettivi) finalizzati a rendere trasparente e visibile il costo del lavoro dell'appaltatore, mutando le esperienze maturate nell'applicazione dell'art. 26, comma 5, d.lgs. 9 aprile 2008 n. 81 per il quale "*devono essere specificamente indicati a pena di nullità ai sensi dell'art. 1418 del codice civile 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*" e dall'art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50/2016 che prevede negli appalti pubblici l'obbligo dell'appaltatore di "*indicare i propri costi della manodopera*".

La trasparenza dei costi dell'appalto se, da una parte, rivelerebbe aspetti che attengono alla concorrenza tra le imprese appaltatrici che operano nello stesso ambito, dall'altro consentirebbe alla contrattazione collettiva di acquisire elementi per valutare consapevolmente compatibilità, scelte e, quindi, interventi a tutela del lavoro in appalto.

APPALTI PUBBLICI E CLAUSOLE SOCIALI TRA ORDINAMENTO INTERNO E DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

Alessandro Boscati [*]

1. *Premessa*

Il tema degli appalti pubblici intreccia molteplici ambiti e piani [1]. A livello generale vi è l'esigenza di operare il bilanciamento tra interessi diversi e finanche contrapposti, segnatamente di carattere sociale e commerciale-concorrenziale. A livello particolare vi è la necessità di coniugare la disciplina collettiva del lavoro con quella individuale, con specifico riguardo alle problematiche del trattamento economico e normativo, dell'individuazione del contratto collettivo applicabile, connesso a quello più ampio della rappresentanza sindacale e, infine, della sicurezza del lavoro, a sua volta da legare al tema del costo del lavoro e della produttività. Tutto ciò in una visione che non deve essere "provinciale", con una aggettivazione da intendersi in una duplice accezione, ovvero come approfondimento interdisciplinare esteso oltre la sfera giuridica ed in tale dimensione con un'attenzione rivolta ad una analisi congiunta del quadro normativo nazionale e dell'Unione Europea ed in cui un ruolo centrale assumono anche gli orientamenti giurisprudenziali.

Nel quadro problematico sinteticamente delineato l'analisi sarà dedicata alle c.d. clausole sociali, ovvero quelle clausole volte ad imporre al dato-

---

[*] Professore ordinario di Diritto del lavoro – Università degli Studi di Milano.

Il saggio è destinato agli *Studi in onore del Professore Alessandro Garilli*.

[1] In generale, tra i molti, senza pretesa di esaustività v. almeno D. GAROFALO (a cura di), *Appalti e lavoro. Volume primo. Disciplina pubblicistica*, Giappichelli, Torino, 2017; A. MASSERA, F. MERLONI, *L'eterno cantiere del Codice dei contratti pubblici*, in *Dir. pubb.*, 2021, p. 587 ss.

re di lavoro appaltatore il rispetto di determinati standard di protezione sociale e del lavoro, con riguardo non solo alla fase di svolgimento del rapporto, ma anche a quella genetica di approvvigionamento del personale. Un'analisi che prenderà le mosse dalla ricostruzione del quadro normativo di riferimento e degli orientamenti di carattere generale espressi dalla giurisprudenza, interna e dell'Unione Europea, per poi analizzare nello specifico le tipologie di clausole previste dal codice dei contratti pubblici e le questioni problematiche di maggior rilievo ad esse riferibili. Una sintetica, ma puntuale considerazione sarà dedicata anche al subappalto e incidentalmente alle questioni relative al rapporto tra trasferimento d'azienda ed appalto, prima delle riflessioni finali in cui, alla luce di quanto ricostruito ed analizzato, si porrà *de jure condendo* la questione dell'opportunità di un ripensamento alle politiche di diffusa esternalizzazione di alcuni servizi da parte delle pubbliche amministrazioni.

2. *Il sistema delle fonti e gli orientamenti della giurisprudenza. Profili di inquadramento generale*

Si è anticipata in premessa la duplice esigenza di una riflessione dedicata al tema appalti pubblici che superi la mera prospettiva giuridica. Prospettiva, quest'ultima, che oggi più che mai deve essere letta in chiave europea poiché il nostro ordinamento è una parte inserita in un tutt'uno sovranazionale e da quest'ultimo tutto dipende. Si tratta di due "mondi" che nel dover convivere si fanno portatori di istanze diverse, per non dire opposte, non solo rispetto al rapporto concorrenza (o meglio iniziativa economica) e politica sociale, ma anche nell'ambito della seconda con riferimento agli spazi di agibilità del diritto del lavoro. La dimensione europea enfatizza la dimensione contrattuale degli appalti pubblici, a tutela del *level field playing* tra gli operatori; l'orizzonte sovranazionale ha una fisionomia dai tratti precisi e definiti, regole certe, costi certi. Nel diritto interno tutto ciò non è garantito, sia con riguardo alla disciplina strettamente gius-lavoristica, a partire dall'individuazione del contratto collettivo applicabile, sia con riferimento all'esistenza di alcune incoerenze interne allo stesso codice dei contratti pubblici, in particolare per quanto concerne le condizioni economiche e normative che devono essere garantite dall'appaltatore e suscettibili di differenti interpretazioni in relazione all'applicazione concreta.

Già la nozione di amministrazioni aggiudicatrici utilizzata dall'art. 3,

comma 1, lett. a) del d.lgs. n. 50/2016, nell'essere più ampia di quella di pubbliche amministrazioni definita dall'art. 1, comma 2 del d.lgs. n. 165/2001, pone alcune questioni interpretative. Ai sensi del codice degli appalti per amministrazioni aggiudicatrici si intendono infatti "le amministrazioni dello Stato; gli enti pubblici territoriali; gli altri enti pubblici non economici; gli organismi di diritto pubblico; le associazioni, unioni, consorzi, comunque denominati, costituiti da detti soggetti". Ai sensi della successiva lett. d) del comma 1 del già citato art. 3 per organismo di diritto pubblico deve intendersi "qualsiasi organismo, anche in forma societaria, (…): 1) istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale; 2) dotato di personalità giuridica; 3) la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico". La nozione più ampia formulata dal codice degli appalti ha ricadute dirette sull'"altra" disciplina applicabile, prima fra tutte quella contenuta nel d.lgs. n. 276/2003, non trovando quest'ultimo decreto "applicazione per le pubbliche amministrazioni e per il loro personale". Di qui una diversa tutela per i dipendenti degli appaltatori di pubbliche amministrazioni c.d. in senso stretto che potranno beneficiare di più ridotti strumenti di tutela, ferma l'applicabilità dell'art. 1676 c.c.[2].

Nel contesto così delineato nei suoi contorni generali si pone la questione, specifica, ma centrale, delle clausole sociali, definite dal codice degli appalti come le "disposizioni che impongono a un datore di lavoro il rispetto di determinati standard di protezione sociale e del lavoro come condizione per svolgere attività economiche in appalto o in concessione o per accedere a benefici di legge e agevolazioni finanziarie" [art. 3, comma 1, lett. qqq)][3]. La previsione normativa suggerisce fin d'ora una doppia os-

[2] In merito v. M. FALSONE, *Gli appalti pubblici e le tutele per i lavoratori,* in A. BOSCATI (a cura di), *Il lavoro pubblico. Dalla contrattualizzazione al Governo Draghi*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2021, p. 411.

[3] Sulla qualificazione delle clausole sociali contenute nei contratti collettivi come forma atipica di contratto a favore di terzo. Cass. 13 agosto 1997 n. 7566; Cass. 22 aprile 2002 n. 5828 e, più recentemente, per una compiuta ricostruzione v. Cass. 9 settembre 2020 n. 18686. In dottrina v. M. FORLIVESI, *Le clausole sociali negli appalti pubblici: il bilanciamen-*

servazione. La prima è che con l'impiego del termine "disposizioni" intende riferirsi non solo alla fonte legale ed a quella contrattuale, ma a qualunque provvedimento o accordo. La seconda è che il legislatore esprime in maniera chiara il principio per cui la garanzia degli interessi dell'impresa non può prevalere su quelli di tutela dei lavoratori, sì da imporsi la necessità di un bilanciamento delle rispettive posizioni. Un'esigenza che dapprima si è espressa sul piano funzionale dell'esecuzione dell'appalto, con le clausole di equo trattamento, e successivamente nel momento del cambio appalto con le clausole di riassorbimento volte a garantire la continuità occupazionale.

Ne deriva un quadro composito in cui diritto pubblico e diritto privato convivono, con diposizioni normative, previsioni negoziali e provvedimenti amministrativi che si integrano tra loro per disciplinare la procedura di aggiudicazione dell'appalto e per determinare le regole da applicare ai lavoratori interessati nella vicenda successoria.

3. *Le clausole sociali e il loro rilievo*

Le clausole sociali sono emblematiche dell'esigenza di bilanciamento e di contemperamento degli interessi sopra evidenziati. E ciò con riguardo sia alle clausole di c.d. prima generazione (sulla garanzia del c.d. equo trattamento), sia a quelle di c.d. seconda generazione (sulla garanzia alla continuità occupazionale). Tali clausole paiono soddisfare nel contempo le esigenze dei lavoratori, dei committenti, degli appaltatori entranti ed uscenti. I lavoratori ricevono garanzie (vedremo più o meno ampie) in merito alla prosecuzione del rapporto di lavoro; ed una volta assicurata la continuazione il riconoscimento di un trattamento economico non inferiore (ma anche in questo caso con alcune specificazioni) di quello proprio dei dipendenti del committente. I committenti, a loro volta, possono fruire della prestazione di soggetti che, ancorché non propri dipendenti, hanno acquisito una specifica professionalità nello svolgimento dell'attività appaltata. Dette clausole (soprattutto quelle volte a garantire la continuità occupazionale) paiono di beneficio sia per l'appaltatore uscente sia per quello entrante. Il primo risolve la questione del reimpiego dei lavoratori, riducendo i rischi del licenziamento; il secondo ha, al pari del committente, la possibi-

---

to possibile tra tutela del lavoro e ragioni del mercato, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona.IT"*, 275/2015, p. 13.

lità di avvalersi del patrimonio di professionalità e di conoscenze dei lavoratori già impiegati nell'appalto. Non mancano tuttavia per gli appaltatori dei profili negativi, in parte contrapposti agli appena evidenziati possibili benefici. La forza lavoro è calibrata sulla struttura imprenditoriale dell'imprenditore cessante, il quale talvolta può perdere l'appalto per scarsa capacità organizzativa o sovra-dimensionamento del personale (ed in ragione di ciò si vedrà il rilievo delle percentuali di vincolo di riassunzione in capo al subentrante). Nondimeno il sistema delle clausole sociali incide sulla fidelizzazione dei lavoratori all'impresa, in ragione del legame precipuo al posto di lavoro, ovvero all'attività svolta nell'appalto, piuttosto che alla realtà aziendale. Ciò produce l'effetto di una scarsa propensione dei datori di lavoro all'effettuazione di investimenti in formazione, con le conseguenze che ne derivano pure sul piano della salute e sicurezza del lavoro. Il che si unisce anche ad una scarsa spinta alla responsabilizzazione del personale, data l'elevata possibilità del transito presso una diversa realtà imprenditoriale, di per sé limitativa delle scelte di valorizzazione ad opera dei datori di lavoro.

4. *Le clausole sull'equo trattamento (c.d. clausole di prima generazione)*

Le clausole sul c.d. equo trattamento sono definite anche come clausole di prima generazione in ragione della loro più risalente genesi [4]. Si tratta, come si può desumere dalla loro denominazione, di clausole che impongono ai datori di lavoro appaltatori il rispetto di determinati standard di protezione sociale e del lavoro durante la fase funzionale di esecuzione del rapporto; una garanzia del riconoscimento di un certo trattamento che, ancor prima, costituisce un requisito per la stessa aggiudicazione dell'appalto.

Già lo Statuto dei lavoratori all'art. 36 aveva stabilito che "nei capitolati di appalto attinenti all'esecuzione di opere pubbliche, deve essere inserita la clausola esplicita determinante l'obbligo per il beneficiario o appaltatore di applicare o di far applicare nei confronti dei lavoratori dipendenti con-

[4] L'espressione è già utilizzata da F. CARNELUTTI, *Sul contratto di lavoro relativo ai pubblici servizi assunti da imprese private,* in *Riv. dir. comm.,* 1909, I, p. 416 ss.; v. anche E. GHERA, *Le c.d. clausole sociali: evoluzione di un modello di politica legislativa,* in *Dir. rel. ind.,* 2001, p. 134.

dizioni non inferiori a quelle risultanti dai contratti collettivi di lavoro della categoria e della zona". Una norma senza dubbio di rilievo, ma che era stata letta ed interpretata soprattutto per la sua funzione di estensione dell'ambito soggettivo di efficacia del contratto collettivo. Rimaneva così sullo sfondo l'esigenza di tutela del singolo prestatore di lavoro [5].

Di diversa è più ampia portata sono le previsioni del codice degli appalti. L'articolato normativo del d.lgs. n. 163/2006 è stato sostituito dal successivo emanato con il d.lgs. n. 50/2016 (a sua volta in parte novellato ed integrato), entrambi attuativi della disciplina europea, a propria volta in parte modificatasi [6]. Il diritto dell'Unione Europea anela alla *par condicio*. La vigente Direttiva 2014/24 del 26 febbraio 2014, all'art. 18, stabilisce l'obbligo per le amministrazioni aggiudicatrici di trattare gli operatori economici su di un piano di parità e in modo non discriminatorio e di agire in maniera trasparente e proporzionata (§ 1) e prevede che gli Stati membri adottino misure adeguate per garantire che gli operatori economici nell'esecuzione degli appalti pubblici rispettino gli obblighi in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dal diritto dell'Unione, dal diritto nazionale, da contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro elencate nell'allegato X della stessa Direttiva (§ 2); nel considerando 98 si precisa che tali misure devono essere applicate "conformemente alla Direttiva 96/71 quale interpretata dalla Corte di Giustizia" [7].

La vigente disciplina interna, dettata dal codice degli appalti, considera il tema dell'equo trattamento nella fase iniziale della progettazione, che segue la programmazione e precede l'emanazione del bando, nella successiva fase di valutazione delle offerte, in cui è assunta la decisione di esclusione e/o di aggiudicazione, infine nella fase esecutiva di svolgimento dell'appal-

---

[5] In merito a tale disposizione v. G.F. MANCINI, *Sub art. 36*, in *Statuto dei diritti dei lavoratori*, in V. SCIALOJA, G. BRANCA (a cura di), *Commentario al codice civile*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1972, p. 542 ss.; R. BORTONE, *Commento all'art. 36*, in G. GIUGNI (a cura di), *Lo statuto dei lavoratori*, Giuffrè, Milano, 1979, p. 646 ss.; P. TULLINI, *Finanziamenti pubblici alle imprese e clausole sociali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, p. 33 ss.; A. BELLAVISTA, *La clausola sociale dell'art. 36 st. lav. e l'art. 2070 c.c.,* in *Riv. it. dir. lav.,* 1999, II, p. 462 ss.; G. ORLANDINI, *Clausole sociali (dir. lav. interno)*, in *Diritto on line* (2015), § 2.2; sulla portata generale di tale disposizione v. anche D. IZZI, *Lavoro negli appalti e dumping salariale,* Giappichelli, Torino, 2018, sp. 73 s.

[6] In merito all'evoluzione v. F. PANTANO, *Le clausole sociali nell'ordinamento giuridico italiano. Concorrenza e tutela del lavoro negli appalti*, Pacini, Pisa, 2020, p. 20 ss.

[7] La Direttiva 16 dicembre 1996 n. 96/71 è relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi.

to. E con specifico riguardo a quest'ultima fase assumono un proprio ed autonomo rilievo le problematiche riferite al subappalto [8].

Ogni fase merita una specifica attenzione in quanto oggetto di una puntuale disciplina che trova il proprio riferimento nel principio dettato dal comma 3 dell'art. 30 del codice degli appalti secondo cui "Nell'esecuzione di appalti pubblici e di concessioni, gli operatori economici rispettano gli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dalla normativa europea e nazionale, dai contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali elencate nell'allegato X". Una previsione che esplicita l'intreccio di fonti già evidenziato.

Si inizia con l'analisi della fase di progettazione. Nel disciplinare le regole di tale fase (che come è noto è articolata nei tre momenti della definizione del progetto di fattibilità tecnica ed economica, nella redazione del progetto definitivo e poi in quella del progetto esecutivo) il legislatore ha previsto che per i contratti relativi a lavori, servizi e forniture il costo del lavoro sia "determinato annualmente, in apposite tabelle, dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali sulla base dei valori economici definiti dalla contrattazione collettiva nazionale tra le organizzazioni sindacali e le organizzazioni dei datori di lavoro comparativamente più rappresentativi, delle norme in materia previdenziale ed assistenziale, dei diversi settori merceologici e delle differenti aree territoriali" [9]. Si stabilisce, altresì, che "in mancanza di contratto collettivo applicabile il costo del lavoro è determinato in relazione al contratto collettivo del settore merceologico più vicino a quelle preso in considerazione". Importante è, infine, nella prospettiva della salvaguardia delle condizioni di salubrità del lavoro la previsione per cui "i costi della sicurezza sono scorporati dal costo dell'importo assoggettato al ribasso" (art. 23, comma 16, d.lgs. n. 50/2016).

Dalle disposizioni sopra riportate deriva l'obbligo per le stazioni appaltanti di individuare secondo le tabelle ministeriali il costo del lavoro da evidenziarsi nei documenti di base di gara. Il valore calcolato dalla stazione appaltante costituisce una mera stima. Sono, infatti, presi a riferimento valori di costo medi e non effettivi, applicati da un'organizzazione aziendale e del lavoro di un ipotetico appaltatore "tipo".

La norma in sé solo in apparenza chiara pone almeno tre questioni. La

---

[8] V. F. BORGOGELLI, *Appalti pubblici e dumping salariale: un caso di subordinazione dell'autonomia collettiva?*, in *Lav. dir.,* 2016, p. 986 la quale evidenzia come il d.lgs. n. 50/2016 abbia rafforzato la vincolatività delle clausole di equo trattamento.

[9] Ai fini dell'individuazione dei settori merceologici da prendere in considerazione, si è fatto riferimento alle categorie menzionate nell'allegato al d.lgs. 17 marzo 1995 n. 157, concernente "Attuazione della Direttiva 92/50/CEE in materia di appalti pubblici di servizi".

prima attiene proprio all'adozione da parte del Ministero delle tabelle del costo medio orario del lavoro e segnatamente all'individuazione del contratto collettivo preso a riferimento per la sua determinazione. L'inattuazione della seconda parte dell'art. 39 porta a ritenere che siano presi a riferimento i contratti c.d. leader individuati sulla base di un criterio di rappresentatività storica. Tuttavia in caso di sovrapposizione dei perimetri contrattuali dei contratti collettivi nazionali sottoscritti dalle medesime organizzazioni dotate di una certa rappresentatività l'identificazione del contratto leader diventa problematica, con tutte le incertezze che ne derivano [10].

La seconda questione attiene alle conseguenze dell'eventuale mancata indicazione nei documenti di gara del costo del lavoro e dei costi della sicurezza. La giurisprudenza ritiene che detta mancanza non infici la legittimità della procedura poiché chi vuole partecipare conosce la tabella di riferimento cui adeguarsi per la formulazione dell'offerta [11]. Peraltro appare evidente l'illegittimità dell'inserimento nel bando di gara dell'indicazione di un certo contratto collettivo da applicare. Una siffatta previsione, oltre a porsi in contrasto con la norma del codice degli appalti secondo cui "i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste" dalla legge, costituirebbe una palese violazione del principio di libertà sindacale, nonché i principi comunitari di concorrenza e di parità di trattamento tra le imprese [12]. La libertà di scelta del contratto collettivo rientra nelle prerogative di organizzazione dell'imprenditore e nella libertà negoziale delle parti [13]. Tuttavia se all'impresa subentrante non può essere imposta l'applicazione di un determinato contratto collettivo, resta la necessità, logica e giuridica, che il contratto collettivo sia coerente con l'oggetto del contratto e, sempreché, salvaguardi i livelli retributivi dei lavoratori (riassorbiti e non) in modo adeguato e congruo [14].

---

[10] G. ORLANDINI, *Salari e contrattazione alla prova dei vincoli del mercato interno,* in *Lav. dir.,* 2020, p. 305.

[11] V. Tar Lazio, Roma, sez. II, 23 luglio 2018 n. 832 secondo cui le tabelle ministeriali operano da parametro esterno per l'individuazione del costo del lavoro e consentono al concorrente di formulare comunque un'offerta consapevole e rispettosa della legge.

[12] V. Cons. Stato, sez. V, 23 luglio 2018 n. 4443 che giunge a tale conclusione anche con riferimento alla circostanza della possibile adattabilità di una o più tipologie contrattuali alle prestazioni oggetto del servizio da affidare; v. anche Cons. Stato, sez. V, 1° marzo 2017 n. 932; Cons. Stato, sez. V, 12 maggio 2016 n. 1901; Cons. Stato, sez. III, 10 febbraio 2016 n. 589.

[13] V. Cons. Stato, sez. V, 6 agosto 2019 n. 5574.

[14] V. Cons. Stato, sez. III, 9 dicembre 2015 n. 5597.

La terza questione concerne l'inosservanza da parte dei concorrenti, in sede di offerta economica, dei valori indicati dalla stazione appaltante nei documenti di gara. Il proponente deve inserire, a pena di esclusione, all'interno della propria offerta (ad esclusione di alcune specifici appalti, tra cui, tra gli altri, quelli relativi ai servizi di natura intellettuale) i costi della manodopera che ritiene che saranno sostenuti in corso di esecuzione del contratto e gli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza (art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50/2016) [15]. La stima espressa nell'offerta economica è cosa diversa da quella prospettata a monte dalla stazione appaltante. Si fonda su calcoli legati all'organizzazione del lavoro che sarà predisposta in caso di aggiudicazione dell'appalto, con conteggi definiti assumendo quale riferimento un preciso numero di figure professionali da impiegare e con uno specifico inquadramento, con un monte ore definito in ragione delle caratteristiche della società in relazione all'attività che dovrà eseguire. L'offerente per calcolare i costi del personale prenderà a riferimento il contratto collettivo applicato nella propria azienda, ovvero il costo di lavoro reale che dovrà essere sostenuto, sì da doversi congruamente parlare di costo effettivo e non di costo medio.

Passando alla fase di aggiudicazione, la disciplina attuale del codice dei contratti pubblici prevede che l'affidamento dell'appalto sia rimesso, di regola, alla valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa e non al criterio del prezzo più basso, sì da imporre agli enti di considerare criteri di natura qualitativa e non solo economica (cfr. art. 95, comma 2). I costi della manodopera indicati nell'offerta devono essere indagati dalla stazione appaltante al fine di verificarne la congruità nei termini previsti all'art. 97, comma 5, lett. d) del codice. Quest'ultima norma prevede che il costo del personale non possa essere inferiore ai minimi salariali retributivi indicati nelle tabelle ministeriali di cui all'art. 23, comma 16 [16]. Si tratta di una veri-

---

[15] Sull'indicazione nell'offerta a pena d'esclusione dei costi di manodopera e degli oneri aziendali relativi all'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro v. Cons. Stato, sez. V, 8 aprile 2021 n. 2839.

[16] Come osserva M. FALSONE, *Gli appalti pubblici e le tutele per i lavoratori,* cit., p. 415 s. il costo del lavoro e le tutele dei lavoratori in senso lato assumono rilievo in relazione alle condotte pregresse degli offerenti in quanto le violazioni già accertate di discipline lavoristiche di particolare rilievo devono condurre, in relazione alla fase della gara in cui emergono, alla esclusione dalla procedura o alla esclusione dall'aggiudicazione; in particolare non possono partecipare alla procedura di affidamento gli operatori economici che siano condannati in via definitiva per sfruttamento del lavoro minorile, nonché quelli che abbiano commesso infrazioni gravi impeditive del rilascio del DURC e, più in generale, in caso di accertata violazione degli obblighi in materia di salute e di sicurezza deve essere dispo-

fica che deve essere sempre effettuata [tranne le eccezioni previste dal comma 10 dello stesso art. 95 (tra cui i già ricordati servizi di natura intellettuale)] e, dunque, anche nel caso in cui non debba essere eseguita la verifica di anomalia dell'offerta.

Con tutta evidenza i parametri del costo del lavoro medio e quello del minimo salariale sono diversi. Il primo è il frutto dell'attività di elaborazione del Ministero, che lo desume dall'analisi e dall'aggregazione di più dati inerenti a molteplici istituti contrattuali; il secondo viene desunto direttamente dal pertinente contratto collettivo nazionale e non abbisogna, per la sua enucleazione, di alcuna operazione di carattere statistico-elaborativo [17]. Solo nel caso di violazione dei minimi salariali vi è la sanzione dell'esclusione dell'offerta in quanto è considerata *ex lege* anormalmente bassa [18]. In giurisprudenza si è così evidenziato che il costo del lavoro medio è costruito su basi statistiche, ragion per cui esse non rappresentano un limite inderogabile per gli operatori economici partecipanti a procedure di affidamento di contratti pubblici, ma solo un parametro di valutazione della congruità dell'offerta [19]. Ne consegue che lo scostamento dalle tabelle, spe-

---

sta l'esclusione dalla partecipazione e se la procedura è già in corso l'offerta deve essere esclusa anche se economicamente più vantaggiosa. Per la riconduzione di accertate omissioni retributive in quella dei gravi illeciti professionali, ai fini dell'esclusione dalla gara, v. Cons. Stato, sez. V, 24 gennaio 2019 n. 586.

[17] Cfr. Cons. Stato, sez. III, 21 settembre 2018 n. 5492. In dottrina cfr. M. NOVELLA, *Costo del lavoro e retribuzione negli appalti pubblici di servizi. Il quadro normativo e qualche numero*, in *Lav. dir.*, 2020, p. 269.

[18] Secondo la giurisprudenza amministrativa, v. in particolare Cons. Stato, sez. V, 27 dicembre 2018 n. 7248, il costo del lavoro ove non risulti inferiore ai minimi retributivi tabellari non può essere indicativo dell'inattendibilità dell'offerta dell'operatore economico in quanto un'organizzazione aziendale di rilevante entità può essere in grado di far fronte alle richieste della stazione appaltante servendosi, a turno, dei lavoratori già impiegati nell'esecuzione di altre commesse.

[19] V. Cons. Stato, sez. V, 17 maggio 2018 n. 2951 secondo cui l'operatore economico può mediante l'organizzazione della sua impresa realizzare economie di scala che rendono il costo del lavoro offerto inferiore a quello di altro operatore pur a parità di ore lavorate. Si è, altresì, affermato (v. Cons. Stato, sez. V, 3 febbraio 2021 n. 1001; Tar Lazio, Roma, sez. II-*bis*, 30 luglio 2020 n. 8877) che nel caso di ricorso proposto avverso il giudizio di anomalia dell'offerta il giudice può sindacare le valutazioni compiute dalla pubblica amministrazione sotto il profilo della loro logicità e ragionevolezza e della congruità dell'istruttoria, ma non può effettuare autonomamente la verifica della congruità dell'offerta presentata e delle sue singole voci, sostituendo così la sua valutazione al giudizio formulato dall'organo amministrativo cui la legge attribuisce la tutela dell'interesse pubblico nell'apprezzamento del caso concreto.

cie se di lieve entità, non legittima di per sé un giudizio di anomalia poiché il costo della manodopera dichiarato dall'operatore economico non deve coincidere con la stima fatta dall'amministrazione in sede progettuale [20].

Senonché sul piano concreto si pongono molteplici questioni. Innanzitutto se si analizzano le tabelle ministeriali emerge come esse non sempre contengano una specifica voce con l'indicazione dei minimi salariali. Una questione che fa il paio con la non sempre facile individuazione del contratto di riferimento. Inoltre il parametro dell'offerta economicamente più vantaggiosa può dar luogo ad una rincorsa competitiva al ribasso ottenuta tramite tentativi di compressione della remunerazione del lavoro e non in base alla capacità di efficiente organizzazione dei fattori produttivi, tra cui, ovviamente, deve essere annoverato il lavoro [21]. Tutto ciò ferma l'incomprimibilità dei costi della sicurezza che, per espressa previsione, non sono assoggettati a ribasso e devono essere quantificati a parte [22]. Occorre ricorda-

---

[20] Da, ultimo, v, Cons. Stato, sez. V, 21 giugno 2021 n. 4753 ove in motivazione si afferma che "Per consolidata giurisprudenza, i valori del costo del lavoro risultanti dalle tabelle ministeriali sono un semplice parametro di valutazione della congruità dell'offerta, sì che l'eventuale scostamento delle voci di costo da quelle riassunte nelle tabelle non legittima un giudizio di anomalia o di incongruità e occorre, perché possa dubitarsi della congruità, che la discordanza sia considerevole e palesemente ingiustificata, alla luce di una valutazione globale e sintetica, di suo espressione di un potere tecnico-discrezionale insindacabile, salvo che la manifesta e macroscopica erroneità od irragionevolezza non renda palese l'inattendibilità complessiva dell'offerta"; in termini, oltre a Cons. Stato, sez. V, 30 novembre 2020 n. 7554; Cons. Stato, sez. V, 29 luglio 2019 n. 5353 citate dalla riportata sentenza v. Cons. Stato, sez. V, 6 febbraio 2017 n. 501; Cons. Stato, sez. III, 13 marzo 2018 n. 1609; Cons. Stato, sez. III, 21 luglio 2017 n. 3623. Secondo Tar Lombardia, Brescia, sez. I, 7 ottobre 2019 n. 870 per valutare la congruità del costo del lavoro qualora non sia possibile operare un immediato riferimento agli importi dei contratti collettivi nazionali, per la molteplicità delle modalità di lavoro anche non dipendente con le quali è possibile assicurare una prestazione lavorativa, la stazione appaltante deve valutare la corretta determinazione del costo del lavoro anche con strumenti diversi.

[21] In questi termini condivisibilmente M. NOVELLA, *Costo del lavoro e retribuzione negli appalti pubblici di servizi. Il quadro normativo e qualche numero*, cit., p. 265.

[22] Sull'accertamento della congruità dei costi della sicurezza indicati in offerta v. Cons. Stato, sez. V, 13 marzo 2020 n. 1818; Cons. Stato, sez. III, 24 giugno 2019 n. 4317; Cons. Stato, sez. III, 1° agosto 2018 n. 4763. Secondo Tar Lazio, Roma, sez. II, 3 febbraio 2021 n. 1390 l'operatore economico è tenuto ad indicare separatamente i costi della manodopera e i costi della sicurezza, ma in assenza di una specifica indicazione del bando, la modalità di tale indicazione è libera, ben potendosi indicare la seconda come una frazione interna della prima e ben potendosi includere nei costi della manodopera anche voci non meramente retributive, ma attinenti alla più complessiva gestione del rapporto di lavoro dei dipendenti, ad esempio come formazione, sostituzione per assenze legittime.

re come l'offerta sia considerata "anormalmente bassa" quando sono incongrui gli oneri aziendali della sicurezza rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori, dei servizi e delle forniture [v. art. 97, comma 5, lett. c)].

Ma vi è un altro aspetto che merita attenzione ed in cui la fase dell'aggiudicazione e quella dell'esecuzione sono unite in un *continuum*. L'esclusione dell'offerta è disposta qualora l'offerente "non rispetta gli obblighi di cui all'articolo 105". Quest'ultimo articolo al comma 9 dispone che "L'affidatario è tenuto ad 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 eseguono le prestazioni". Ne deriva che ciò che deve essere garantito è l'applicazione delle disposizioni della contrattazione collettiva da cui scaturisce la definizione del trattamento economico e normativo dovuto ai lavoratori, ferme restando tutte le problematiche già evidenziate relative alla definizione dell'ambito di efficacia del contratto collettivo. La citata previsione deve essere letta congiuntamente con quella dell'art. 30, comma 4, dello stesso codice degli appalti secondo cui "Al personale impiegato nei lavori, servizi e forniture oggetto di appalti pubblici e concessioni è applicato il contratto collettivo nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro stipulato dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e quelli il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente".

L'obiettivo del legislatore appare chiaro e consiste nel voler assicurare che il trattamento normativo ed economico da riconoscere ai lavoratori impiegati nell'appalto sia identificato in misura omogenea per tutti i concorrenti. In questa logica convergono sia il richiamo al contratto collettivo leader del settore di riferimento, ma anche l'obbligo di applicare il contratto collettivo direttamente pertinente con l'attività oggetto dell'appalto. Quest'ultima previsione assume una particolare rilevanza dato che occorre riferirsi non all'attività prevalente esercitata dall'appaltatore (e, dunque, al correlativo contratto collettivo), ma al contratto collettivo relativo all'attività oggetto dell'appalto[23]. In questo senso è la giurisprudenza che ha rite-

[23] M. NOVELLA, *Costo del lavoro e retribuzione negli appalti pubblici di servizi. Il quadro normativo e qualche numero*, cit., p. 274 evidenza in maniera condivisibile come la norma intenda "scongiurare l'applicazione ai lavoratori impiegati nell'appalto di contratti 'innaturali' rispetto all'oggetto dell'appalto stesso, laddove l'impresa eserciti attività prevalente in un settore diverso da quello in cui si svolge l'appalto".

nuto che per "strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto" deve intendersi il contratto che meglio regola le prestazioni cui si riconnette la singola commessa pubblica e che dovranno essere rese dalla categoria dei lavoratori impiegati nell'espletamento del servizio, ad esse riferendosi secondo un criterio di prossimità contenutistica[24]. Si tratta di un obbligo imposto direttamente all'aggiudicatario, senza intermediazione alcuna, che, in continuità con quanto già evidenziato, deve essere inteso come rinvio ai c.d. contratti leader quali parametri di valutazione di un trattamento minimo dignitoso e non come modalità per estende direttamente l'ambito soggettivo di efficacia del contratto collettivo.

Le previsioni non paiono porsi in contrasto con il dettato dell'art. 39 Cost. in quanto non si concretizzano quali norme volte a disporre un'estensione soggettiva del contratto collettivo, ma indicano le condizioni che il concorrente/aggiudicatario deve applicare qualora in piena autonomia, sulla base di una propria scelta imprenditoriale, intenda partecipare all'operazione commerciale[25]. In merito occorre ricordare che la Corte Costituzionale ha riconosciuto la legittimità costituzionale di una norma, l'art. 7, comma 4, d.l. n. 248/2007, con cui si è imposto alle società cooperative di applicare ai soci lavoratori, in presenza di più contratti collettivi, i livelli retributivi fissati dai contratti collettivi firmati dalle organizzazioni sindacali più rappresentative[26]. In particolare nella pronuncia si afferma che la norma non configura un recepimento normativo di tali contratti, ma richiama i trattamenti economici complessivi minimi ivi previsti "quale parametro esterno di commisurazione, da parte del giudice, nel definire la proporzionalità e la sufficienza del trattamento economico da corrispondere al socio lavoratore, ai sensi dell'art. 36 Cost."; ed ancora si afferma che la norma nell'effettuare un rinvio alla fonte collettiva "si propone di contrastare forme di competizione salariale al ribasso, in linea con l'indirizzo giurisprudenziale che, da tempo, ritiene conforme ai requisiti della proporzionalità e della sufficienza (art. 36 Cost.) la retribuzione concordata nei

---

[24] Cons. Stato, sez. III, 25 febbraio 2020 n. 1406.

[25] In merito v. M. PALLINI, *Diritto europeo e limiti di ammissibilità delle clausole sociali nella regolazione nazionale degli appalti pubblici di opere e servizi*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.,* 2016, p. 526 il quale rileva come la giurisprudenza escluda l'illegittimità della norma in quanto non impone alle imprese di aderire ad un sistema di contrattazione collettiva, ma solo di osservare la regolazione dei rapporti di lavoro dettata dal contratto collettivo di categoria per il tempo in cui instaurano rapporti contrattuali con la pubblica amministrazione.

[26] Corte cost. 26 marzo 2015 n. 51.

contratti collettivi di lavoro firmati da associazioni comparativamente più rappresentative" [27].

Sul piano concreto il contenzioso interno riferito alla fase di esecuzione dell'appalto appare modesto, connotato da una valutazione caso per caso, in cui il filo rosso seguito dalla giurisprudenza amministrativa ed ordinaria è stato quello di cercare di coniugare libertà di concorrenza e tutela del lavoro. Un contenzioso limitato anche perché gli enti appaltanti trattengono dal compenso dovuto agli appaltatori le somme corrispondenti ai versamenti contributivi omessi come risultanti dal Durc e nel caso di mancato pagamento delle retribuzioni la stazione appaltante, previo invito all'appaltatore di onorare i debiti, procede lei alla corresponsione delle retribuzioni trattenendo in sede di conguaglio quanto anticipato. In ogni caso non è apparsa censurabile l'applicazione di un contratto collettivo "diverso" che assicuri ai lavoratori condizioni complessive non inferiori a quelle individuate nel c.d. accordo parametro.

Se questo è stato l'approccio della giurisprudenza interna, diverso è stato quello della giurisprudenza sovranazionale. La Corte di Giustizia si è in particolare occupata del riflesso della disciplina del distacco transnazionale disciplinato dalla Direttiva n. 96/71 sul regime degli appalti pubblici. Dapprima ha sancito la contrarietà al diritto dell'Unione Europea delle clausole sociali di equo trattamento sul presupposto dell'applicazione della Direttiva n. 96/71 anche nell'ambito degli appalti pubblici. In particolare ha ritenuto non ammissibile pretendere che un'impresa aggiudicataria di un appalto con una sede in un altro Stato membro debba applicare contratti collettivi privi di efficacia generalizzata, a meno che questi non siano "di fatto" comunque rispettati da tutte le imprese del settore al quale l'appalto si riferisce [28]. In seguito ha un po' ammorbidito il proprio giudizio affermando che la Direttiva non impedisce l'imposizione di standard di tutela anche privi di applicazione generale se sono determinati direttamente dalla legge [29]. In ogni caso la Corte ha attribuito un rilievo preminente alla liber-

[27] V. anche Cass. 20 febbraio 2019 n. 4951 che configura la previsione dell'art. 7, comma 4, d.l. n. 248/2007 quale disposizione volta ad introdurre un parametro esterno ed indiretto di commisurazione ai criteri di proporzionalità e sufficienza della retribuzione previsti dall'art. 36 Cost.

[28] Così Corte di Giustizia 3 aprile 2008, C-346/06, *Ruffert* che avvalora le proprie conclusioni richiamando anche l'art. 56 del TFUE non potendo superare il test di proporzionalità l'obbligo per le imprese straniere di rispettare standard lavoristici cui possono sottrarsi quella parte delle imprese nazionali che operano al di fuori degli appalti pubblici.

[29] Corte di Giustizia 17 novembre 2015, C-115/14, *Regiopost*. In dottrina in termini cri-

tà di prestare servizi e ha privilegiato un approccio restrittivo rispetto alle limitazioni che gli Stati membri oppongono al suo esercizio [30]. In dottrina si così ritenuto che le uniche disposizioni dell'autonomia negoziale collettiva che possono essere considerate di applicazione generale, sì da soddisfare il requisito dell'art. 3 della Direttiva n. 96/71, sono quelle che definiscono i minimi retributivi. Ciò in ragione del consolidato orientamento giurisprudenziale fondato sull'art. 36, comma 1, della Carta costituzionale [31]. Una soluzione del tutto coerente con l'obbligo del necessario rispetto dei minimi salariali, come visto, condizione per l'operatore economico per essere considerato ai fini dell'aggiudicazione dell'appalto.

5. *Le clausole sul riassorbimento di personale (c.d. clausole di seconda generazione)*

Le clausole sul riassorbimento di personale sono definite anche come clausole di seconda generazione in ragione della loro genesi più recente, dapprima limitate a favore dei soli lavoratori svantaggiati e successivamente estese potenzialmente a tutti i lavoratori [32].

A livello di normativa europea assume rilievo, oltre al già richiamato art. 18 della Direttiva 2014/24, l'art. 70 della stessa Direttiva ove si afferma che le amministrazioni aggiudicatarie "possono esigere condizioni particolari in merito all'esecuzione dell'appalto, purché collegate all'oggetto dell'appalto (…) e indicate nell'avviso di indizione di una gara o nei documenti di gara" e che "Dette condizioni possono comprendere considerazioni economiche, legate all'innovazione, di ordine ambientale, sociale o relative all'occupazione".

---

tici v. G. ORLANDINI, *Salari e contrattazione alla prova dei vincoli del mercato interno,* cit., p. 302 ss.

[30] Così F. PANTANO, *Le clausole sociali nell'ordinamento giuridico italiano. Concorrenza e tutela del lavoro negli appalti*, cit., p. 49 cui si rinvia per ulteriori riferimenti bibliografici.

[31] In merito v., tra gli altri, M. CORTI, *Concorrenza e lavoro: incroci pericolosi in attesa di una svolta,* in *Giorn. dir. lav. rel. ind.,* 2016, 520; E.M. MASTINU, *Le clausole sociali nel diritto del lavoro. Ordinamento nazionale, comunitario e internazionale a confronto,* in M. CORTI (a cura di), *Il lavoro nelle carte internazionali,* Vita e Pensiero, Milano, 2016, p. 70; V. BRINO, *Le clausole sociali a tutela dell'impiego e i vincoli di compatibilità con il mercato,* in M.T. CARINCI (a cura di), *Dall'impresa a rete alle reti d'impresa (scelte organizzative e diritto del lavoro),* Giuffré, Milano, 2015, p. 331.

[32] V. F. BORGOGELLI, *Frammentazione organizzativa e pubbliche amministrazioni: interesse generale e tutela dei lavoratori nelle società a controllo pubblico*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.,* 2018, p. 391 ss.

Nell'ordinamento interno l'art. 50 del codice degli appalti stabilisce che "per gli affidamenti dei contratti di concessione e di appalto di lavori e servizi diversi da quelli aventi natura intellettuale [33], con particolare riguardo a quelli relativi a contratti ad alta intensità di manodopera, i bandi di gara, gli avvisi e gli inviti inseriscono, nel rispetto dei principi dell'Unione europea, specifiche clausole sociali volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato, prevedendo l'applicazione da parte dell'aggiudicatario, dei contratti collettivi di settore di cui all'art. 51 del d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81". La norma precisa che "i servizi ad alta intensità di manodopera sono quelli nei quali il costo della manodopera è pari almeno al 50 per cento dell'importo totale del contratto" [34].

Il dettato normativo interno, prevede, dunque un inserimento obbligatorio di clausole volte a promuovere l'occupazione e non l'assunzione integrale di coloro che erano già applicati nell'appalto. È intuitiva l'evidente differenza rispetto alle già viste clausole di equo trattamento; qui è previsto l'inserimento nel bando della clausola, mentre per l'equo trattamento non vi è la previsione di una specifica clausola, ma una verifica circa il rispetto di certe condizioni in fase di aggiudicazione.

---

[33] Le Linee Guida Anac n. 13, punto 2.1 approvate dal Consiglio dell'Autorità con Delibera 13 febbraio 2019 n. 114 hanno affermato che "Per servizi di natura intellettuale, si intendono i servizi che richiedono lo svolgimento di prestazioni professionali, svolte in via eminentemente personale, come ad esempio il brokeraggio assicurativo e la consulenza. Tale condizione si verifica nei casi in cui, anche eventualmente in parallelo all'effettuazione di attività materiali, il fornitore elabora soluzioni, proposte, pareri che richiedono una specifica e qualificata competenza professionale, prevalente nel contesto della prestazione erogata rispetto alle attività materiali e all'organizzazione di mezzi e risorse. Il servizio, pertanto, non ha natura intellettuale per il solo fatto di essere prestato da personale soggetto all'obbligo di iscrizione in albi professionali". Tar Lombardia, Milano, sez. I, 21 gennaio 2021 n. 191 ha imposto l'applicazione delle clausole sociali anche nei servizi informatici che richiedono l'esecuzione di compiti ripetitivi e standardizzati, da svolgere sulla base di procedure predeterminate. Peraltro un'altra questione importante attiene alla differenza tra appalto di servizi e singola attività professionale. Il confine fra contratto d'opera intellettuale e contratto d'appalto è individuabile sul piano civilistico in base al carattere intellettuale delle prestazioni oggetto del primo e in base al carattere imprenditoriale del soggetto esecutore del secondo. Tale distinzione "sfuma" in relazione alla disciplina dei contratti pubblici posto che il codice dei contratti pubblici adotta una nozione ampia di appalto di servizi che comprende, dal punto di vista soggettivo, anche l'attività del professionista.

[34] Per tali servizi l'art. 95, comma 3 del d.lgs. n. 50/2016 stabilisce che siano aggiudicati esclusivamente sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo. V. già Cons. Stato, Ad. Plen. 21 maggio 2019 n. 8 e, da ultimo, Tar Lombardia, Milano, sez. I, 30 aprile 2021 n. 1095.

Il legislatore definisce anche l'ambito di applicazione dell'obbligo, con una doppia chiave, inclusiva ed esclusiva. Sono inclusi gli appalti ad alta intensità di manodopera, da intendersi quelli per cui il costo della manodopera è pari ad almeno il 50% del totale del contratto; sono esclusi gli appalti relativi alle prestazioni di natura intellettuale. Per quanto concerne la c.d. "terra di mezzo", ovvero quella per la quale non sussistono né l'obbligo né il divieto, la stazione appaltante ha la facoltà di estendere compatibilmente con le previsioni dei contratti collettivi l'applicazione della clausola sociale inserendola all'interno della *lex specialis* di gara e che l'operatore economico accetta con la partecipazione alla gara [35].

Una peculiare problematicità assume la previsione dell'applicazione da parte dell'aggiudicatario dei contratti di settore. Due sono le questioni che si pongono. La prima attiene all'individuazione del contratto collettivo cui riferirsi. Come è noto l'art. 51 del d.lgs. n. 81/2015 menziona non soltanto "i contratti collettivi di settore", cioè i contratti collettivi nazionali, ma anche i contratti collettivi territoriali o aziendali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e i contratti aziendali stipulati dalle loro rappresentanze sindacali aziendali ovvero dalla rappresentanza sindacale unitaria. Tuttavia la circostanza che il codice degli appalti operi un esplicito riferimento ai contratti di settore porta a ritenere che il rinvio all'art. 51 sia funzionale ad indicare un criterio selettivo nell'ambito dei contratti di livello nazionale. Vi è poi una seconda questione, ovvero se il riferimento ai contratti collettivi sia finalizzato solo a garantire il riassorbimento del personale o si estenda anche all'applicazione degli istituti normativi ed economici previsti dai contratti stessi. Sembra da privilegiare la prima ipotesi, con un richiamo alla contrattazione collettiva da intendersi nel senso che le imprese tenute all'applicazione del contratto collettivo nazionale osservano la prescrizione relativa all'assorbimento del personale uscente, anche a prescindere dalla previsione *ad hoc* inserita nella *lex specialis*. La giurisprudenza ha, infatti, sempre avallato il principio per cui il rapporto tra la clausola sociale contenuta nel bando di gara e l'eventuale clausola prevista nel contratto collettivo nazionale, che disciplina il cambio di appalto, è da intendersi in maniera c.d. "recessiva", trovando la prima applicazione solo in caso di mancanza della seconda [36]. In ogni caso, in continuità con quanto già evidenziato, la stazione appal-

[35] In questo senso Anac, Linee Guida n. 13, punto 2.2, approvate dal Consiglio dell'Autorità con Delibera 13 febbraio 2019 n. 114.

[36] V. Tar Liguria, Genova, sez. II, 21 luglio 2017 n. 640.

tante non può imporre l'applicazione di un determinato contratto collettivo quale requisito di partecipazione, né può sanzionare la sua mancata applicazione con l'esclusione, potendo l'impresa subentrante applicare un diverso contratto collettivo, pertinente all'oggetto dell'appalto, che salvaguardi i livelli retributivi dei lavoratori riassorbiti in modo adeguato e congruo [37].

Se si passa ad una riflessione a livello sistematico generale emerge come le clausole volte a promuovere il riassorbimento di personale esprimano tutte le problematicità del rapporto tra libertà di iniziativa economica e obblighi legislativi di assunzione sia con riferimento all'ordinamento interno sia con riferimento a quello europeo. Il legislatore nazionale ha operato un esplicito riferimento al rispetto dei principi dell'Unione Europea. Tuttavia vi sono alcune significative discrepanze tra l'ordinamento interno e quello Europeo proprio con riferimento al bilanciamento tra la tutela dell'iniziativa economica e del lavoro.

A livello interno, la Corte Costituzionale si è espressa più volte sul tema della riassunzione di personale, a partire dalla nota sentenza sul c.d. imponibile di manodopera censurato per contrasto con l'art. 41 della Costituzione [38]. Più recentemente la Corte ha riconosciuto la legittimità costituzionale di disposizioni di legge che configurano clausole sociali a tutela dell'occupazione esprimendo tuttavia la necessità di operare un bilanciamento tra le esigenze di tutela sociale perseguite ed il grado di compressione imposto alla libertà d'impresa [39]. Una posizione che risulta in linea con quella espressa dalla Corte di Giustizia secondo cui la predisposizione della clausola sociale non deve ledere l'applicazione dei principi di libertà di stabilimento, di libera prestazione dei servizi, di concorrenza e di libertà d'impresa [40]. Ciò sul condivisibile presupposto che l'imposizione incondizionata di obblighi di riassunzione avrebbe vanificato eventuali risparmi di

---

[37] Cfr. I. INGLESE, *Le clausole sociali nelle procedure di affidamento degli appalti alla luce delle novità normative,* in *Dir. rel. ind.,* 2018, p. 573.

[38] Corte cost. 30 dicembre 1958 n. 78 secondo cui l'imponibile di manodopera contrasta con l'art. 41 della Costituzione poiché "interferisce con la personale iniziativa economica, nonché con la libera valutazione e conseguente autodeterminazione di adeguati elementi per dimensionare l'azienda e provvedere alla sua interna organizzazione".

[39] Corte cost. 3 marzo 2011 n. 68.

[40] Tra le altre v. Corte di Giustizia (Grande sezione) 15 luglio 2010, C-271/08, *Commissione europea/Repubblica federale di Germania*; Corte di Giustizia 18 settembre 2014 C-549/13, *Bundesdruckerei GmbH*.

spesa derivanti da una diversa organizzazione del lavoro, con l'effetto di mortificare i benefici della competizione[41]. La Corte di Giustizia ritiene che l'ordinamento giuridico dell'Unione non escluda forme di aggiudicazione che favoriscano la lotta contro la disoccupazione, ma richiama con costanza il limite generale dei principi fondamentali del diritto comunitario e tra questi in particolare il principio di non discriminazione[42].

La giurisprudenza interna ha cercato di adeguarsi a quanto affermato dalla Corte di Giustizia escludendo ogni sorta di automatismo ed evidenziando l'esigenza di coniugare la continuità dell'occupazione con il contesto tecnico ed organizzativo dell'impresa che ne è gravata. La clausola è considerata costituzionalmente e comunitariamente legittima solo se non comporta un indiscriminato e generalizzato dovere di assorbimento di tutto il personale utilizzato dall'impresa uscente richiedendosi una ponderazione con il fabbisogno di personale per l'esecuzione del nuovo contratto e con le autonome scelte organizzative ed imprenditoriali del nuovo appaltatore. Diversamente vi sarebbe una violazione dei principi costituzionali e comunitari di libertà d'iniziativa economica e di concorrenza oltreché di buon andamento. La giurisprudenza amministrativa afferma così che l'obbligo di riassorbimento dei lavoratori alle dipendenze dell'appaltatore uscente, nello stesso posto di lavoro e nel contesto dello stesso appalto, deve essere armonizzato e reso compatibile con l'organizzazione di impresa prescelta dall'imprenditore subentrante. I lavoratori che non trovano spazio nell'organigramma dell'appaltatore subentrante e che non vengano ulteriormente impiegati dall'appaltatore uscente in altri settori, sono destinatari delle misure legislative in materia di ammortizzatori sociali[43]. Si afferma

---

[41] Cfr. Corte di Giustizia 14 luglio 2005, C-386/03, *Commissione c. Repubblica federale di Germania*; Corte di Giustizia 9 dicembre 2004, C-460/02, *Commissione c. Repubblica italiana*.

[42] V. Corte di Giustizia 14 marzo 2013, C-240/12, *EBS Le Relais Nord-Pas-de-Calais*.

[43] Così Cons. Stato, sez. III, 29 novembre 2021 n. 7922 secondo cui l'esigenza di compatibilità con l'organizzazione di impresa scelta dall'imprenditore subentrante è anche volta a realizzare economie di costi da valorizzare a fini competitivi nella procedura di affidamento dell'appalto; v. anche Cons. Stato, sez. V, 18 ottobre 2021 n. 6957; Cons. Stato, sez. V, 21 luglio 2021 n. 5483; Cons. Stato, sez. V, 4 maggio 2020 n. 2796; Cons. Stato, sez. VI, 24 luglio 2019 n. 5243; Cons. Stato, sez. III, 6 giugno 2018 n. 3471; Cons. Stato, sez. III, 9 dicembre 2015 n. 5598; Cons. Stato, sez. IV, 2 dicembre 2013 n. 5725; in termini diversi v. Cons. Stato, sez. V, 7 febbraio 2020 n. 973 che ritiene legittima la disposizione della *lex specialis* contenente una clausola sociale che obbliga il concorrente ad assumere tutti i dipendenti della precedente gestione.

ancora che è rimessa al concorrente la scelta sulle concrete modalità di attuazione della clausola, incluso l'inquadramento da attribuire al lavoratore, non essendo vincolato a riproporre le condizioni già in essere presso il precedente appaltatore, essendo "unicamente" tenuto a salvaguardare i livelli retributivi dei lavoratori riassorbiti in modo adeguato e congruo [44]. Con tutta evidenza l'appaltatore subentrante fruisce di un significativo spazio di discrezionalità, rientrando nella sua valutazione l'individuazione dei profili di compatibilità e che ha portato taluni in dottrina a ritenere che il concetto di compatibilità con la struttura organizzativa dell'impresa possa assumere i connotati di una condizione meramente potestativa [45]. Pare altresì da privilegiare la soluzione per cui il concorrente nella propria offerta deve accettare il rispetto delle clausole contestualmente alla sottoscrizione dell'offerta tecnica, spostandosi nella fase esecutiva tutte le problematiche connesse ad un eventuale inadempimento dell'obbligo assunto [46]. Sotto questo profilo la successione nell'appalto può essere vista e considerata anche quale opportunità per le imprese di effettuare operazioni di razionalizzazione.

La giurisprudenza interna ha anche censurato pratiche volte ad aggirare di fatto il divieto dell'imposizione di un riassorbimento esclusivo. Si è esplicitato che tale vincolo non può essere eluso da previsioni *ad hoc* del bando volte a garantire in concreto la riassunzione di tutti i lavoratori già impiegati nell'appalto. Si è così ritenuto illegittimo il bando che, pur prevedendo la riassunzione del 50% dei lavoratori precedentemente impiegati, disponesse nel contempo l'assegnazione di un punteggio pari alla metà di quello attribuibile, al concorrente che si impegnasse a riassorbire il restante 50% di personale [47].

In definitiva anche con riferimento a tali clausole, in continuità con quanto già evidenziato per quelle di equo trattamento, si deve condividere l'osservazione di chi dal confronto tra la giurisprudenza nazionale e quella europea ha ravvisato l'emersione di due diverse dimensioni del bilancia-

---

[44] Cfr. Cons. Stato, sez. V, 2 novembre 2020 n. 6761; Cons. Stato, sez. V, 12 settembre 2019 n. 6148.

[45] Così D. CAPOTORTO, *Clausole sociali e moral hazard: la regolazione che punisce il virtuoso e premia l'opportunista,* in *Giorn. dir. amm.,* 2021, p. 51.

[46] V. Cons. Stato, comm. spec., 21 novembre 2018 n. 2703 secondo cui l'offerta deve contenere un piano di compatibilità per illustrare le modalità di applicazione della clausola sociale.

[47] Così Cons. Stato, sez. VI, 24 luglio 2019 n. 5243.

mento della libertà economica con le esigenze sociali perseguite. Nella giurisprudenza interna la libertà d'impresa è vista nella sua dimensione statica di organizzazione dei fattori produttivi, mentre quella europea considera anche la dimensione dinamica quale libertà di accedere al mercato, ovvero l'assetto concorrenziale del mercato[48]. Una differenza di prospettiva che, tuttavia, negli ultimi anni si è in parte ridimensionata in ragione della maggiore attenzione ai profili sociali, ferma l'esigenza di una valutazione concreta delle singole situazioni. In questa logica la vera questione è di garantire l'effettività degli impegni assunti dagli appaltatori. Il che apre all'individuazione di quali misure possano essere adottate. Sul piano individuale la questione è se le pretese del lavoratore possano trovare soddisfazione tramite l'adozione di una sentenza costitutiva del rapporto di lavoro in capo all'appaltatore. A questa si affianca la diversa problematica se nel caso di inadempimento degli obblighi di riassunzione da parte dell'aggiudicatario si possa addivenire ad una pronuncia di risoluzione del contratto ai sensi dell'art. 108, comma 3, del codice degli appalti per grave inadempimento degli obblighi contrattuali.

6. *Le specificità del subappalto*

Una propria specificità assume l'istituto del subappalto in relazione al quale, ancora una volta, l'ordinamento interno e quello europeo hanno espresso per lungo tempo visioni diverse, per trovare infine una sintesi con le ultime modifiche introdotte dal legislatore nazionale, a coronamento di una serie di precedenti interventi di progressivo avvicinamento ai principi espressi dalla Corte di Giustizia.

La Direttiva 2014/24 disciplina il subappalto all'art. 71 ponendo la regola generale secondo cui l'osservanza da parte dei subappaltatori degli obblighi in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro (indicati all'art. 18, § 2 della medesima Direttiva) "è garantita mediante azioni adeguate delle autorità nazionali competenti che agiscono nell'ambito delle rispettive responsabilità e competenze". E si aggiunge, tra gli altri principi, che nei documenti di gara l'amministrazione aggiudicatrice "può chiedere o può essere obbligata da uno Stato membro a chiedere all'offerente di indicare, nella sua offerta, le eventuali parti dell'appalto che intende subappaltare a terzi, nonché i subappaltatori proposti", nonché a verificare se

[48] G. ORLANDINI, *Clausole sociali (dir. lav. interno)*, cit., § 3.4.

sussistono motivi di esclusione dei subappaltatori a norma dell'art. 57 della Direttiva in particolare con riferimento alla partecipazione a un'organizzazione criminale, alla corruzione o alla frode.

Il codice dei contratti ha attuato quanto previsto dalla Direttiva all'art. 105, definendo il subappalto come "il contratto con il quale l'appaltatore affida a terzi l'esecuzione di parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto", precisando che "costituisce, comunque, subappalto qualsiasi contratto avente ad oggetto attività ovunque espletate che richiedono l'impiego di manodopera, quali le forniture con posa in opera e i noli a caldo, se singolarmente di importo superiore al 2 per cento dell'importo delle prestazioni affidate o di importo superiore a 100.000 euro e qualora l'incidenza del costo della manodopera e del personale sia superiore al 50 per cento dell'importo del contratto da affidare".

Due sono le questioni di rilievo che ha posto la norma e che devono essere partitamente considerate. La prima attiene alla quantità dei lavori appaltabili; la seconda al trattamento economico e normativo e, dunque, alla disciplina del rapporto di lavoro, applicabile ai dipendenti del subappaltatore.

In merito al primo aspetto, l'originaria formulazione della norma aveva previsto che l'eventuale subappalto non potesse superare la quota del 30 per cento dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture. Tale disposizione è stata censurata dalla Corte di Giustizia sul presupposto che sono contrarie alla normativa comunitaria le previsioni, come quella in esame, che limitano in via generale ed astratta ad una percentuale massima dell'importo complessivo del contratto i lavori subappaltabili [49]. Secondo la Corte il subappalto può favorire l'accesso delle medie e piccole imprese agli appalti pubblici in una prospettiva funzionale ad ampliare la concorrenza. Al contrario, la previsione di un limite generale del 30 per cento per il subappalto costituisce un ostacolo all'esercizio della libertà di stabilimento e della libera prestazione di servizi in quanto risulta fissato un vincolo in maniera astratta in una determinata percentuale "a prescindere dalla possibilità di verificare le capacità di eventuali subappaltatori e senza menzione alcuna del carattere essenziale degli incarichi di cui trattasi" [50].

---

[49] V. Corte di Giustizia 26 settembre 2019, C-63/18, *Vitali S.p.a. c. Autostrade per l'Italia S.p.A.*; negli stessi termini anche Corte di Giustizia 27 novembre 2019, C-402/18, *Tedeschi S.r.l e Consorzio Stabile Istant Service contro C.M. Service S.r.l e Università degli Studi di Roma La Sapienza*.

[50] V. anche Corte di Giustizia 5 aprile 2017, C-298/15, *Borta*; Corte di Giustizia 14 luglio 2016, C-406/14, *Wroclaw*.

In tale logica la Corte ha ritenuto che la lotta alla criminalità organizzata, posta dallo Stato italiano a difesa della restrizione, non possa giustificare una così radicale limitazione del subappalto che appare sproporzionata. Il giudice europeo nell'affermare che il contrasto al fenomeno dell'infiltrazione della criminalità organizzata nel settore degli appalti pubblici costituisce un legittimo obiettivo che può giustificare una restrizione alle regole fondamentali e ai principi generali del TFUE, ha nel contempo ritenuto che, pur supponendo che una restrizione quantitativa al ricorso al subappalto possa esser considerata idonea a contrastare tale fenomeno, una limitazione percentuale come quella fissata dallo Stato italiano eccede quanto necessario al raggiungimento di tale obiettivo. Né – aggiunge la Corte – in senso contrario può assumere rilievo l'asserita inefficacia delle verifiche che l'amministrazione aggiudicataria deve effettuare in quanto tale circostanza "nulla toglie al carattere restrittivo della misura nazionale di cui al procedimento principale". In sostanza nel ragionamento della Corte si tratta di due profili che si pongono su piani diversi, per cui l'inefficacia dei controlli non può costituire giustificazione della restrizione percentuale.

Con tutta evidenza la Corte nell'affermare l'illegittimità del limite percentuale del 30% non ha aperto ad una indistinta liberalizzazione del subappalto, ma ha espresso l'esigenza di prevedere che eventuali limiti siano rispettosi dei principi di proporzionalità e di ragionevolezza, con una misura che si configuri come selettiva e non risulti rivolta in maniera indiscriminata nei confronti degli operatori del mercato. In altri termini, ha ritenuto che la normativa italiana violasse il diritto dell'Unione in quanto limitativa in via generalizzata del ricorso al subappalto e non nei soli casi in cui una restrizione risulti oggettivamente giustificata.

Il che ha portato dapprima il legislatore italiano ad innalzare la percentuale, prima al 40% fino al 31 dicembre 2020 e poi al 50% fino al 31 ottobre 2021, e poi ad eliminare ogni limite percentuale con l'introduzione, però, di una serie di limiti di carattere qualitativo. Si è così previsto l'obbligo per le stazioni appaltanti di indicare nei documenti di gara "le prestazioni o le lavorazioni oggetto del contratto di appalto da eseguire a cura dell'aggiudicatario in ragione delle specifiche caratteristiche dell'appalto" al fine di "garantire una più intensa tutela delle condizioni di lavoro e della salute e sicurezza dei lavoratori, ovvero di prevenire il rischio di infiltrazioni criminali, a meno che i subappaltatori siano iscritti nell'elenco dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori di cui al comma 52 dell'articolo 1 della legge 6 novembre 2012, n. 190, ovvero nell'anagrafe antimafia degli esecutori istituita dall'articolo 30 del decreto-legge 17 ottobre

2016, n. 189, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 dicembre 2016, n. 229". Pertanto le stazioni appaltanti devono indicare nei documenti di gara le prestazioni non subappaltabili, da eseguire a cura dell'aggiudicatario, con l'implicito onere di essere in grado di motivare tale scelta limitativa[51].

La seconda questione attiene al trattamento da riconoscere ai dipendenti del subappaltatore. Il comma 14 dell'art. 105, come modificato dal d.l. n. 77/2021, prevede che "il subappaltatore, per le prestazioni affidate in subappalto, deve garantire gli stessi standard qualitativi e prestazionali previsti nel contratto di appalto e riconoscere ai lavoratori un trattamento economico e normativo non inferiore a quello che avrebbe garantito il contraente principale, inclusa l'applicazione dei medesimi contratti collettivi nazionali di lavoro, qualora le attività oggetto di subappalto coincidano con quelle caratterizzanti l'oggetto dell'appalto ovvero riguardino le lavorazioni relative alle categorie prevalenti e siano incluse nell'oggetto sociale del contraente principale". La norma ha una doppia anima: esprime, da un lato, la finalità di tutelare i lavoratori impiegati nel subappalto e, dall'altro lato, quella di farsi carico delle esigenze delle imprese stabilendo che le tutele non si applichino a qualsiasi subappalto, ma solo qualora le attività subappaltate abbiano certe caratteristiche. Ne consegue una duplice questione, ovvero in quali casi la norma trovi applicazione e quali tutele spettino ai lavoratori.

In merito è intervenuto anche l'Ispettorato Nazionale dei Lavoro con nota del 6 ottobre 2021[52] che ha affrontato, con soluzioni del tutto condivisibili, entrambe le problematiche.

Ha così evidenziato che le attività oggetto di subappalto devono essere ricomprese nell'oggetto principale dell'appalto, secondo quanto previsto nel capitolato, e non essere, quindi, marginali o meramente accessorie rispetto all'opera o al servizio complessivamente appaltato, oppure far parte della categoria prevalente ossia, come previsto dall'art. 3, comma 1, lett. oo-*bis*) del codice degli appalti, alla "categoria di lavori, generale o specializzata, di importo più elevato fra le categorie costituenti l'intervento e indicate nei documenti di gara". In questo ultimo caso, tuttavia, le lavorazioni devono essere incluse nell'oggetto sociale del contraente principale. Ne deriva, con tutta evidenza, il rilievo dell'individuazione dell'oggetto dell'appalto nel capitolato, con difficoltà applicative nel caso di diversificazione degli oggetti di appalto all'interno dei capitolati di gara.

---

[51] In questo senso v. anche nota di chiarimento Anac del 15 ottobre 2021.

[52] Si tratta della nota dell'INL n. 1507.

Ha inoltre specificato che qualora sussistano le condizioni sopra evidenziate ai lavoratori deve essere riconosciuto un trattamento economico e normativo non inferiore a quello che avrebbe applicato l'appaltatore/subappaltante al proprio personale dipendente in ragione del contratto nazionale dal medesimo applicato. Un obbligo, aggiunge l'Ispettorato, da leggere in connessione con quanto previsto dal già analizzato comma 4 dell'art. 30 del codice dei contratti in tema di principi per l'aggiudicazione e l'esecuzione di appalti e concessioni. Peraltro, la norma nel riferirsi al riconoscimento di un trattamento non inferiore non postula l'applicazione integrale del contratto collettivo applicato dall'aggiudicatario principale, ma implica una valutazione complessiva.

7. *Successione negli appalti e trasferimento d'azienda*

Una questione particolare che deve essere sinteticamente affrontata attiene al rapporto tra successione in un appalto e applicazione della disciplina del trasferimento d'azienda[53]. Come è noto per lungo tempo nell'ordinamento interno si è ritenuto che nel caso di subentro in un appalto mancassero due requisiti fondamentali propri di un trasferimento d'azienda, ovvero l'assenza di un rapporto contrattuale diretto tra appaltatore uscente ed appaltatore entrante, sì da non potersi ravvisare giuridicamente alcun trasferimento, nonché l'essere i soli lavoratori, e non l'azienda, gli unici elementi coinvolti nel passaggio. In senso in parte diverso la disciplina vigente opera un riferimento in negativo alle clausole di riassunzione per escludere che il passaggio dei lavoratori alle dipendenze dell'appaltatore subentrante comporti l'applicazione della disciplina del trasferimento d'azienda ai sensi dell'art. 2112 c.c. nel caso in cui "siano presenti elementi

[53] In merito, da ultimo, senza pretesa di esaustività v. G. ZAMPINI, *Il rapporto di lavoro nel trasferimento d'azienda,* Franco Angeli, Milano, 2020, p. 117 ss.; E. GRAGNOLI, *Ancora su contratti di appalto di servizi e trasferimento d'azienda,* in M. TREMOLADA, A. TOPO (a cura di), *Le tutele del lavoro nelle trasformazioni dell'impresa. Liber amicorum Carlo Cester,* Cacucci, Bari, 2019, p. 139 ss., sp. p. 150 ss.; A. SITZIA, *Tutela dei lavoratori e successione negli appalti, ivi,* sp. 260 ss.; I. ALVINO, *La nozione di trasferimento d'azienda alla prova del fenomeno dei cambi appalto: un cantiere ancora aperto,* in *Dir. rel. ind.,* 2018, 556 ss.; R. COSIO, *Cambi di appalto, licenziamenti, trasferimenti di azienda e clausole sociali,* in *Lavoro Diritti Europa,* 2018, n. 2; C. FALERI, *Ciò che appalto non è. A proposito dell'intervento riformatore in materia di successione di appalti e trasferimento di azienda,* in *Giur. comm.,* 2018, p. 1044 ss.

di discontinuità che determinano una specifica identità d'impresa" (art. 29, comma 3, d.lgs. n. 276/2003) [54].

La formulazione attuale della norma è il frutto di successivi interventi per adeguare l'ordinamento interno ai principi di matrice europea secondo cui la disciplina in materia di trasferimento d'azienda si applica anche nel caso di mutamento di titolarità nell'appalto qualora il nuovo appaltatore prosegua l'attività riassumendo "una parte essenziale, in termini di numero e di competenza, del personale specificamente destinato dal predecessore" a tale attività [55]. Pertanto, si ha trasferimento d'azienda, indipendentemente da un legame contrattuale diretto tra cedente e cessionario, se l'azienda intesa come entità economica organizzata mantiene la propria identità a seguito di una vicenda traslativa. E si ritiene che l'entità economica organizzata possa essere costituita anche da un complesso di persone ed elementi che consentono l'esercizio di una attività economica finalizzata al perseguimento di un dato obiettivo. Ne deriva che l'assorbimento da parte del subentrante di ampia parte del personale del gestore uscente possa essere ricondotta nella fattispecie del trasferimento d'azienda, sì da obbligare il nuovo appaltatore ad assorbire tutto il personale e a garantire la prosecuzione dei rapporti di lavoro senza soluzione di continuità, oltre ai vincoli di responsabilità solidale per i crediti dei dipendenti esistenti al momento del trasferimento [56].

---

[54] Come rileva G. ZAMPINI, *Le "clausole sociali di seconda generazione" tra diritto interno ed ordinamento eurounitario,* in *Lav. giur.,* 2021, p. 5 la disciplina in negativo si concretizza anche nell'esclusione dell'applicazione della normativa in materia di licenziamento collettivo di cui all'art. 24 della legge n. 223/1991 (art. 7, comma 4-*bis*, d.l. n. 248/2007, convertito in legge n. 311/2008), della procedura di conciliazione preventiva prevista in caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo (art. 7, comma 6, legge n. 604/1966), nonché l'esonero del datore di lavoro uscente dall'obbligo di versare i contributi previdenziali parametrati alla c.d. Naspi (art. 2, comma 34, legge n. 92/2012). La rilevanza del cambio di appalto è limitata all'anzianità di servizio maturata presso l'appaltatore uscente che deve essere ricompresa nel computo delle indennità risarcitorie da riconoscere in conseguenza di un licenziamento illegittimo nel regime del c.d. contratto a tutele crescenti.

[55] Corte di Giustizia 11 marzo 1997, C-13/95, *Suzen*; v. anche Corte di Giustizia 6 novembre 2011, C-108/10, *Scattolon* secondo cui in relazione ad attività c.d. *labour intensive* il passaggio di un complesso strutturato di dipendenti può configurare un trasferimento d'azienda; e secondo Corte di Giustizia 24 gennaio 2002, C-51/00, *Temco,* questo anche nel caso in cui la riassunzione dei lavoratori sia imposta da un contratto collettivo.

[56] V. D. CAPOTORTO, *Clausole sociali e moral hazard: la regolazione che punisce il virtuoso e premia l'opportunista,* cit., p. 54. Analogamente F. PANTANO, *Le clausole sociali nell'ordinamento giuridico italiano. Concorrenza e tutela del lavoro negli appalti*, cit., p. 142

In definitiva affinché non sussista un trasferimento d'azienda devono esserci due elementi: uno di carattere soggettivo concernente le qualità soggettive del subentrante, che deve essere dotato di una propria struttura organizzativa ed operativa; uno di carattere oggettivo costituito dalla oggettiva discontinuità imprenditoriale espressa da una specifica identità d'impresa e, dunque, non solo dall'esistenza di una propria organizzazione, ma anche dalla presenza di mezzi, organizzazione e attività di direzione da cui emerge l'assenza di continuità [57].

Ne consegue che gli elementi di discontinuità paiono sussistere nel caso di modifica dell'organigramma e soprattutto di individuazione di nuove figure da parte dell'appaltatore subentrante che siano sua diretta emanazione con funzioni di direzione e controllo, nonché nel caso di mutamento delle modalità di erogazione del servizio. Diversamente si può ritenere che la continuità sussista nel caso di una mera riduzione quantitativa dell'attività oggetto del contratto ed ancora nel caso di attività che continua ad essere svolta nei medesimi locali, avvalendosi della maggior parte delle attrezzature in precedenza utilizzate e con acquisizione di una quota essenziale del personale sia per competenze che per quantità. Resta in ogni caso necessario operare volta per volta una valutazione concreta delle specifiche circostanze di fatto, data la difficoltà di predeterminare in linea generale i limiti entro cui sia possibile ritenere intatta la continuità dell'entità economica ceduta [58].

La questione posta nella sua complessità di applicazione concreta è tuttavia emblematica dell'esigenza di coniugare la tutela dei c.d. *insiders*, ovvero coloro che sono già occupati nell'appalto, con quella dei c.d. *outsiders*, disoccupati ed inoccupati, che rischiano di non poter aver una effettiva prospettiva occupazionale nel caso di mutamento nella titolarità dell'ap-

---

secondo cui nelle attività c.d. *labour intensive* il trasferimento di tutti o parte significativa di lavoratori può costituire una delle circostanze di fatto che indicano al giudice la sussistenza della fattispecie astratta del trasferimento d'azienda; mentre, al contrario, la conservazione dell'occupazione rappresenta un effetto delle clausole sociali che si realizza con il mero trasferimento della titolarità dell'appalto.

[57] In giurisprudenza v., da ultimo, tra le altre Cass. 31 gennaio 2020 n. 2315.

[58] In giurisprudenza, da ultimo, v. Trib. Milano 16 marzo 2021, in *Riv. it. dir. lav.,* 2021, II, p. 456 ss. con nota di M. GIACONI, *Ancora sul dilemma: è trasferimento d'azienda o mero avvicendamento tra appaltatori*, ove si afferma che il passaggio di personale in sede di avvicendamento tra appaltatori realizza sempre un trasferimento d'azienda, a meno che il preteso cessionario non adempia all'onere di dimostrare la discontinuità e la titolarità di una struttura organizzativa.

palto. Nondimeno vi è anche un altro profilo rispetto alla quale occorre coniugare i principi normativi con la realtà fattuale. Il riferimento è all'ipotesi in cui il dipendente dell'appaltatore svolga (e possa svolgere) la propria attività su più cantieri, da cui derivano evidenti problematiche connesse alla regolamentazione dell'attività solo per specifiche parti e con riferimento ad una pluralità di datori di lavoro.

7. *Riflessioni conclusive*

Giunto al termine della disamina di quelle che appaiono essere le questioni di maggior rilievo occorre operare una riflessione di sintesi anche in una prospettiva di politica del diritto. In particolare si deve rispondere al quesito posto in premessa, ovvero se l'utilizzo del sistema degli appalti incrementi l'efficienza dell'azione della pubblica amministrazione, assicuri una maggiore flessibilità operativa e, infine, garantisca una riduzione dei costi nello svolgimento dell'attività. Mi pare che la certezza dei più per cui gli appalti riducono i costi ed incrementano l'efficienza dell'azione debba essere messa in discussione o, quantomeno, ripensata criticamente. Senza dubbio i temi degli appalti, delle esternalizzazioni e della responsabilità dell'azione sono tra lo strettamente connessi. Con le esternalizzazioni e gli appalti la gestione viene affidata ad altri rispetto ai dirigenti dell'amministrazione; altri i quali si assumono l'obbligo di svolgere in autonomia l'attività oggetto del contratto e di gestire il personale ivi impiegato, rispondendo in caso di inadempimento degli obblighi assunti, anche sotto il profilo del mancato raggiungimento degli obiettivi. Senonché se questo a valle può essere considerato il giovamento, a monte sussistono tutte le problematiche connesse alla programmazione e all'aggiudicazione degli appalti (e alle decisioni di esternalizzare certi servizi), nonché quelle relative al controllo dei risultati dell'attività appaltata; questioni che sono ben più ampie di quelle qui affrontate con riguardo al personale. Si tratta di fasi molto delicate e molto attenzionate anche in sede giurisdizionale con costi diretti ed indiretti (quantomeno in termini di spendita di tempo e di risorse) che riducono in ampia parte i vantaggi di natura strettamente economica del costo del servizio in sé considerato. Vi è poi una seconda domanda, in parte retorica, ovvero se effettivamente il servizio appaltato sia anche più efficiente di un servizio direttamente svolto dall'ente. Ed anche in questo caso la risposta non mi sembra sempre rassicurante o, quantomeno, univoca. Vi sono poi tutte le questioni poc'anzi affrontate circa la tutela delle condi-

zioni normative ed economiche del personale, con una purtroppo estesa discrasia tra le garanzie "formali" previste dal legislatore e le effettive condizioni di lavoro.

Ciò mi porta a chiedere se non siano maturi i tempi per pensare di poter intraprendere un percorso inverso rivolto ad una reinternalizzazione di molti servizi. Un'operazione che, però, deve basarsi su di un patto nuovo, condiviso da tutti, amministrazioni, lavoratori e anche (e forse soprattutto) organizzazioni sindacali. Se si reinternalizza con le regole oggi vigenti senza dubbio i profili di rigidità sono destinati a prevalere, primo fra tutti quello relativo all'esigibilità delle mansioni, con le inevitabili ricadute sulla flessibilità gestionale/organizzativa. Allora la domanda è se non si possa pensare ad un'applicazione del personale a più servizi con la possibilità di svolgimento di diverse mansioni, di natura tecnica, ma non solo, secondo un sistema di fungibilità e con riconoscimento sul piano economico di specifiche indennità parametrate non solo alla peculiarità dei compiti via via svolti, ma anche quale corrispettivo della predetta fungibilità. Con tutta evidenza ciò impone sia un ripensamento del sistema di inquadramento, sia uno sviluppo significativo delle politiche formative per garantire che il personale sia in grado di svolgere in maniera proficua e sicura le mansioni di volta in volta assegnate. Tutto ciò non può essere disgiunto da interventi volti all'accrescimento di una cultura manageriale per far sì che dirigenti e responsabili delle strutture siano in grado di cogliere e perseguire un nuovo modello fondato su di un patto di fiducia tra tutti i soggetti. Con tutta evidenza quanto proposto non realizzerà una riduzione di costi in capo alle amministrazioni; ma non comporterà neppure un necessario incremento. Ma potrà sicuramente portare un beneficio alle condizioni di lavoro. È ovvia e banale l'osservazione per cui tutti gli imprenditori impegnati in un appalto hanno l'obiettivo naturale del profitto; ed in questa prospettiva è dura realtà il cercare margini di guadagno nella riduzione del costo del lavoro attesa l'evidente proporzione inversa tra le due "voci".

LA GIURISPRUDENZA IN TEMA DI APPALTO E DECADENZA DALLA SOLIDARIETÀ PER I CONTRIBUTI PREVIDENZIALI E I PREMI ASSICURATIVI

Valerio Maio [*]

1. *Le funzioni dell'art. 29, comma 2, del d.lgs. n. 276/2003*

Ragionare sulla giurisprudenza in tema di decadenza dall'obbligazione solidale per i contributi previdenziali ed i premi assicurativi in caso di appalto significa occuparsi di un argomento solo apparentemente periferico del diritto del lavoro.

Lo si deduce dal fatto che l'interprete, sebbene sia qui chiamato essenzialmente a confrontarsi sul piano della tecnica con aspetti processuali e previdenziali, non potrà sottrarsi al confronto con i propri e altrui radicati convincimenti circa la questione sociale, prima ancora che giuridica, posta dalla tutela del lavoro nelle catene di appalti.

Nondimeno, è nostro intendimento non indulgere in digressioni di carattere generale e tentare di tenere a bada le precomprensioni, per cercare di ragionare in maniera lineare attorno alla interpretazione giurisprudenziale dell'art. 29, comma 2, del d.lgs. n. 276/2003, con specifico ed esclusivo riguardo ai contributi previdenziali ed ai premi assicurativi.

Interpretazione che possiamo considerare ormai "diritto vivente" per via di un *continuum* di sentenze della Corte di Cassazione, tutte sostanzialmente conformi e sovrapponibili quanto alla struttura logica dell'apparato motivazionale [1].

---

[*] Professore ordinario di Diritto del lavoro – Università di Roma "Unitelma Sapienza".

[1] Cfr. fra le molte Cass. n. 18004/2019, Cass. n. 22110/2019, Cass. n. 26459/2019, Cass. n. 29618/2019, Cass. n. 27382/2020, Cass. n. 23788/2021, Cass. n. 37985/2021.

Prima di procedere nell'analisi delle motivazioni è, però, opportuno sottolineare che le sentenze in esame si occupano di un termine di decadenza che acquisisce inevitabilmente una marcata valenza politica.

Perché l'obbligo di solidarietà cui si applica la decadenza persegue essenzialmente il fine di interesse generale, di per sé evidentemente estraneo alle parti del contratto di appalto, di redistribuire il rischio di insolvenza contributiva a carico di quelle imprese che hanno beneficiato dell'appalto[2]. E dunque, a sua volta, nell'economia della norma, la delimitazione temporale della solidarietà stabilita dal legislatore assolve il compito di bilanciare la redistribuzione forzosa di quel rischio, contingentandola nel tempo.

Già questa banale considerazione rende evidente come sia allora necessario approcciare il tema con grande cura, per non alterare un equilibrio la cui definizione compete soltanto al decisore politico.

Aggiungiamo che, come sempre accade con le decadenze, siamo al cospetto di una norma eccezionale e di stretta interpretazione. Per la quale, dunque, si dovrebbe ritenere preclusa l'interpretazione analogica[3].

Ma, allo stesso tempo, sappiamo anche che il divieto di analogia deve essere considerato con cautela, specie dopo che la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 254/2017, ha ritenuto, invece, necessario estendere l'applicazione della responsabilità solidale al caso della subfornitura, dove non era prevista[4].

E questo perché, a dire della Consulta, l'obbligo di solidarietà resterebbe speciale ed eccezionale nel sistema della responsabilità civile, mentre realizzerebbe un presidio generale di tutela nell'ambito dell'appalto, o meglio nel contesto settoriale delle molteplici forme di esternalizzazione dell'attività imprenditoriale[5].

---

[2] Vd. V. MAIO, (voce) *Decadenza (diritto del lavoro)*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, Agg. IX, Torino, 2022, p. 164.

[3] Cfr. V. SPEZIALE, *La giurisprudenza del lavoro ed il 'diritto vivente' sulle regole interpretative*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona.IT"*, 82/2009, p. 33 ivi anche per i riferimenti alla annosa questione della distinzione con l'interpretazione estensiva.

[4] L'estensione dell'obbligo di solidarietà è stata motivata per evitare l'incostituzionalità dell'art. 29, comma 2, cit., ed è stata argomentata tanto per il caso che l'interprete inquadri la subfornitura come tipo negoziale autonomo, quanto per l'ipotesi che la qualifichi come un sottotipo dell'appalto.

[5] Che la norma esprima un principio di tutela di carattere generale lo rileva altresì la Cassazione con la sentenza n. 27382/2019, quando supera l'obiezione che nel contratto di appalto esaminato era stato espressamente vietato il subappalto, ed applica comunque alle omissioni contributive del subappaltatore la responsabilità solidale del committente *ex* art.

Anche la Corte Costituzionale ci ricorda, dunque, come la garanzia della solidarietà negli appalti sia importante non soltanto per le effettive ricadute economiche che intende regolare, quanto per il rilievo sistematico che assume e per la specifica funzione che assolve nell'ordinamento [6].

Non a caso, l'accessorietà della garanzia permette alla decadenza *ex* art. 29 cit. di operare senza distorsioni sotto il profilo sistematico anche in costanza di rapporto di lavoro [7], proprio per assolvere una specifica funzione regolatoria del mercato del lavoro che consiste nel realizzare una sorta di incentivo o *nudge* all'esercizio efficiente da parte del committente del potere di scelta dell'appaltatore e poi all'attivazione di forme di controllo periodico sui flussi di approvvigionamento degli enti previdenziali.

Il tutto con il vantaggio dell'automatismo legale, senza cioè tracimare in inammissibili forme di responsabilità oggettiva del committente o sconfinare in improbabili ipotesi di colpa *in eligendo* od *in vigilando*, che, in ogni caso, resterebbero ben difficili da dimostrare.

La norma realizza, in sostanza, un sofisticato dispositivo giuridico di accollo legale, cui demanda di segnare un punto di equilibrio tra istanze di tutela di chi lavora, diritto alla certezza del rapporto economico del committente e interesse pubblico ad una sorta di "sanificazione" preventiva delle filiere di appalto [8].

29, comma 2, cit., stante la natura indisponibile della garanzia derivante dalla legge e la titolarità della obbligazione contributiva in capo all'ente previdenziale. Per la compatibilità dei meccanismi di estensione della responsabilità in tema di retribuzione con la libera concorrenza, e dunque per l'affermazione della legittimità comunitaria della solidarietà, vd. Corte di giustizia Comunità Europea, sez. II, 12 ottobre 2004 n. 60, in Wolff & Müller GmbH.

[6] Ci sia consentito rinviare nuovamente in tema a V. MAIO (voce), *Decadenza (diritto del lavoro)*, cit., pp. 163-164.

[7] L'art. 29 cit., sulla scorta di quanto già disponeva la legge n. 1369/1960, ammette di fatto una decadenza dei diritti del lavoratore durante il rapporto di lavoro con l'appaltatore. Eventualità questa che, prima che irrompesse il collegato lavoro, era generalmente esclusa, sulla scorta di valutazioni ostative che muovevano dal *metus* del prestatore di lavoro, in evidente assonanza con quanto stabilito dal diritto giurisprudenziale in tema di prescrizione. Senonché, con riguardo all'art. 29 (ma anche alla legge n. 1369/1960, artt. 3 e 4) una decadenza in costanza di rapporto di lavoro è ammissibile solo per il fatto che il diritto e l'obbligazione cui è riferita la decadenza hanno natura accessoria, consistendo in una tutela aggiuntiva, ossia in un accollo *ex lege* (diverso da quello previsto dall'art. 1676 cc.), che convive con l'obbligazione principale dell'appaltatore effettivo datore di lavoro. Cfr. in tema Corte cost. n. 174/1972 e ancora V. MAIO (voce), *Decadenza (diritto del lavoro)*, cit., pp. 161 e 163.

[8] Per Cass. 28 ottobre 2021 n. 30602, la *ratio* dell'art. 29, comma 2 cit., è quella di «*incentivare un utilizzo più virtuoso dei contratti di appalto, inducendo il committente a selezionare imprenditori affidabili*»; cfr. anche Cass. 7 dicembre 2018 n. 31768.

Rispetto al quale non si può, però, pretendere che il committente resti esposto oltre la misura indicata dal legislatore a rivendicazioni conseguenti ad un rapporto di lavoro di cui non è stato titolare.

A maggior ragione se quel punto di equilibrio è stato aggiornato dalla legge in una logica protettiva, ed appare ora tutto meno che irragionevole anche per effetto dell'innalzamento del termine di decadenza da uno a due anni [9].

2. *L'interpretazione giurisprudenziale che esclude la decadenza per gli enti previdenziali*

Tutto ciò premesso, dell'art. 29, comma 2, d.lgs. n. 276/2003 ci interessa focalizzare il campo di applicazione [10] della responsabilità solidale per gli oneri previdenziali, rispetto al quale, come detto, si è ormai stabilizzato un orientamento giurisprudenziale che distingue la dimensione retributiva da quella contributiva, per affermare che il decorso del termine biennale di decadenza non sarebbe opponibile dal committente all'azione promossa dagli enti previdenziali.

La pretesa avanzata nei confronti del committente da parte dell'ente previdenziale legittimato alla riscossione dei contributi e dei premi rimarrebbe perciò «*soggetta al solo termine di prescrizione*» [11].

Affermazione che, ad avviso di chi scrive, merita essere criticata in

---

[9] L'art. 29, comma 2 cit. originario è stato sostituito prima dall'art. 6, comma 1 del d.lgs. n. 251/2004 e poi dall'art. 1, comma 911 della legge n. 296/2006 che ha esteso la durata della solidarietà da uno a due anni dalla cessazione dell'appalto. Il termine biennale è stato successivamente confermato dal legislatore nei successivi, frequenti, rimaneggiamenti della disposizione.

[10] Senza con ciò rifugiarci nella sterile critica della norma mal fatta, è inevitabile osservare come le continue riscritture non abbiano granché giovato ad una migliore comprensione del campo di applicazione dell'art. 29, comma 2 cit. ed anzi abbiano obbligato la giurisprudenza ad una sorta di extra-lavoro. Così è stato, ad es., scontata l'esclusione delle amministrazioni pubbliche, per decidere l'applicazione dell'art. 29, comma 2 cit., alle società a partecipazione pubblica (su cui vd. in senso affermativo Cass. 3 gennaio 2020 n. 34, Cass. 28 ottobre 2021 n. 30602 e Cass. 17 febbraio 2022 n. 5247; per l'applicazione invece ai dipendenti di imprese affidatarie di appalti pubblici della tutela civilistica *ex* art. 1676 c.c. e di quella del codice egli appalti, cfr. la nota INL 17 gennaio 2020 n. 422). Ma anche per definire la capacità impeditiva della decadenza *ex* art. 29, comma 2 cit. di un atto anche solo extragiudiziale (vd. ora Cass. 28 ottobre 2021 n. 30602).

[11] Cfr. ad esempio Cass. n. 29618/2019 o Cass. 2 settembre 2021 n. 23788.

quanto si sorregge su tre distinte, per quanto connesse, argomentazioni, che, se attentamente valutate, non sembrano idonee a fondarla.

3. (Segue). *Critica dell'argomentazione letterale proposta dalla giurisprudenza*

La prima delle tre argomentazioni fa perno sul dato testuale.

Per la giurisprudenza della Corte di Cassazione il termine di decadenza biennale previsto all'art. 29 cit. si riferirebbe soltanto «*ai trattamenti retributivi e contributivi suscettibili, però, di essere fatti valere direttamente dai lavoratori*». Mentre non si potrebbe, invece, estendere «*anche a soggetti terzi, quale l'ente previdenziale, i cui diritti scaturenti dal rapporto di lavoro disciplinato dalla legge si sottraggono dal termine di decadenza previsto* ex lege».

In sostanza, per come formulata, la decadenza non sarebbe «*prevista affatto per l'obbligazione contributiva del committente nei confronti dell'ente previdenziale per inadempimento dell'appaltatore*» [12].

Senonché questa lettura ha il difetto di contrastare con il tenore testuale dell'art. 29, comma 2, cit., a mente del quale «*in caso di appalto di opere o di servizi… il committente imprenditore o datore di lavoro è obbligato… entro il limite di due anni dalla cessazione dell'appalto, a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi … nonché i contributi previdenziali e i premi assicurativi dovuti in relazione al periodo di esecuzione del contratto di appalto*».

La norma è evidentemente centrata sui presupposti che consentono l'estensione della responsabilità al committente. Si dilunga perciò nel descrivere *cosa viene coinvolto nella solidarietà* (trattamenti retributivi [13], quote di tfr, contributi e premi) e *cosa no* (sanzioni civili). E ci dice *per quanto tempo* opera la solidarietà.

Ma, ad eccezione dei «*trattamenti retributivi*», non distingue affatto a seconda del legittimato attivo che agisce per l'adempimento, e cioè se si tratti del lavoratore o dell'ente previdenziale.

Manca, in effetti, proprio quel riferimento testuale esplicito che viene invece presupposto dalla giurisprudenza di legittimità, e che dovrebbe essere in grado di limitare la solidarietà ai soli contributi previdenziali che possono essere rivendicati direttamente dai lavoratori.

---

[12] Viene così precisato, ad esempio, da Cass. n. 18004/2019.

[13] Da intendere peraltro «*in maniera rigorosa*», escludendo ad esempio le «*indennità da erogare in relazione al mancato godimento delle ferie*», così Cass. 17 febbraio 2022 n. 5247.

Ciò si spiega, del resto, con il fatto che la decadenza è qui esplicitamente riferita, oltre che alle retribuzioni dovute ai lavoratori, anche («*nonché*») ai contributi e premi previdenziali, che, però, sono oggetto di obbligazioni legali che, sebbene autorizzino il lavoratore a rivendicare in giudizio la regolarizzazione della propria posizione, strutturalmente, dal lato creditorio, vedono legittimato a pretendere il pagamento ed agire per la riscossione soltanto l'istituto previdenziale o assicurativo [14].

Con la conseguenza che, se vogliamo che il testo mantenga un senso, sarà, di volta in volta, l'INPS o l'INAIL ad eventualmente avvantaggiarsi della garanzia aggiuntiva della responsabilità solidale del committente, ma sempre azionando, proprio sulla scorta della formulazione dell'art. 29 cit., la propria autonoma pretesa creditoria alla riscossione dei contributi e premi, e non facendo valere una posizione creditoria del lavoratore.

Basta in sostanza rileggere l'art. 29 cit. per avvedersi che il senso proprio delle parole utilizzate dal legislatore nella loro connessione non consente di affermare la ricorrenza di un doppio regime della solidarietà, e cioè di separare la decadenza applicabile ai trattamenti retributivi rivendicabili «*direttamente dai lavoratori*», come anche ad imprecisati oneri previdenziali che sarebbero pure rivendicabili «*direttamente dai lavoratori*», dalla diversa disciplina, invece, applicabile soltanto agli oneri previdenziali rivendicabili dagli enti previdenziali, che sarebbe sprovvista di una decadenza [15].

---

[14] Il principio che il lavoratore «*non può certo ricevere i contributi*» viene paradossalmente ribadito anche da Cass. 17 ottobre 2019 n. 26459. D'altra parte nessun dubita che l'obbligazione contributiva, derivante dalla legge e che fa capo ad un ente previdenziale, sia distinta rispetto a quella retributiva (tra le molte Cass. n. 8662/2019 e Cass. n. 13650/2019). E che il rapporto di lavoro e quello previdenziale, per quanto tra loro connessi, siano del tutto diversi (anche qui tra le moltissime cfr. Cass. 16 marzo 2004 n. 5353, Cass. 24 ottobre 2003 n. 15979 e Cass. 29 aprile 2003 n. 6673). Su questi presupposti, del resto, la Cassazione con la nota ordinanza 22 ottobre 2021 n. 29637 ha affermato che il giudizio instaurato dal lavoratore al fine di chiedere al datore la regolarizzazione della propria posizione lavorativa, necessita la presenza in causa anche dell'INPS, quale diretto interessato all'accertamento giudiziale e destinatario del pagamento.

[15] Di contro non avrebbe senso obiettare richiamandosi all'orientamento (cfr. ad es. Cass. 14 settembre 2015 n. 18044) che ha affermato che la liquidazione del credito dovuto al lavoratore per differenze retributive deve essere effettuata al lordo delle ritenute fiscali e previdenziali a carico lavoratore. Perché, quella giurisprudenza è pur sempre riferibile soltanto all'obbligazione principale del datore di lavoro, e dunque non può mai estendersi al caso di una obbligazione invece solo aggiuntiva ed accessoria quale appunto è l'art. 29, comma 2 cit. Vd. ora anche Cass., ord. 4 agosto 2020 n. 16668 che afferma che la condan-

L'interpretazione letterale proposta dalla giurisprudenza suppone, all'evidenza, distinguo che la norma non fa.

4. (Segue). *Critica dell'argomentazione storico-sistematica proposta dalla giurisprudenza*

Per corroborare la propria interpretazione la giurisprudenza aggiunge a quello letterale l'argomento storico sistematico.

L'orientamento che qui critichiamo puntualmente si ricollega, infatti, ad alcuni più risalenti precedenti [16] che avevano, però, deciso dell'applicazione degli artt. 3 e 4 della legge n. 1369/1960, e non dell'art. 29 cit.

Senonché la lettura *in continuum* delle due regolazioni legali della solidarietà negli appalti non risolve i problemi, anzi denota ulteriori fragilità dell'interpretazione giurisprudenziale nel suo complesso.

Effettivamente la legge del 1960 stabiliva proprio quel doppio regime di solidarietà che oggi i giudici di legittimità cercano rabdomanticamente anche nelle pieghe dell'art. 29 cit.

Solo che quel risultato era l'effetto combinato di tre distinte disposizioni di legge.

Il comma 1 dell'art. 3 cit. prevedeva che gli imprenditori che facevano uso dei c.d. appalti intro-aziendali erano tenuti in solido con l'appaltatore a corrispondere ai lavoratori impiegati un «*trattamento minimo inderogabile retributivo e ad assicurare un trattamento normativo non inferiori a quelli spettanti ai lavoratori da loro dipendenti*».

Seguiva il comma 3, sempre dell'art. 3 cit., a mente del quale quei medesimi imprenditori erano «*altresì tenuti in solido con l'appaltatore, relativamente ai lavoratori da questi dipendenti, all'adempimento di tutti gli obblighi derivanti dalle leggi di previdenza ed assistenza*».

Completava il meccanismo l'art. 4 cit., che stabiliva espressamente che soltanto «*i diritti spettanti ai prestatori di lavoro*» per effetto dell'art. 3 dovevano «*essere esercitati nei confronti dell'imprenditore appaltante durante l'esecuzione dell'appalto e fino ad un anno dopo la data di cessazione dell'appalto*».

In sostanza, per il tramite dell'art. 4 della legge n. 1369 cit. il legislatore introduceva proprio quella netta distinzione tra «*i diritti spettanti ai presta-*

---

na del datore di lavoro a pagare le differenze retributive deve includere sempre gli oneri contributivi, anche se non sono richiesti dall'interessato.

[16] Cfr. Cass. n. 996/2007, Cass. n. 6532/2014 e Cass. n. 18809/2018.

tori di lavoro» ed i diritti spettanti agli enti previdenziali che la giurisprudenza oggi presuppone esista anche nell'art. 29 cit.

Per questo, in passato, la giurisprudenza, quando ha applicato il regime di solidarietà dettato dalla legge n. 1369 cit. ha, del tutto correttamente, escluso dalla decadenza gli istituti previdenziali, garantendo loro che la solidarietà operasse entro il più vantaggioso termine prescrizionale. Perché nei riguardi dei diritti spettanti agli enti previdenziali era prevista ed operava una solidarietà che, come già con l'art. 1676 c.c., il legislatore non aveva sottoposto a decadenza.

Solo che volere ora continuare a giustificare il mantenimento della medesima esclusione anche con riferimento all'art. 29 cit., che è volutamente tutt'altra norma [17], e che antepone la decadenza, per il tramite di una frase incidentale riferibile indistintamente alle diverse tipologie di credito garantite, senza differenziare più a ragione della titolarità soggettiva dell'obbligazione, si rivela un'operazione sistematicamente irrealizzabile, a meno di evidenti forzature [18].

Rievocare la legge n. 1369 cit., insomma, non sorregge affatto la soluzione criticata, piuttosto sortisce il risultato opposto di mettere in evidenza come il legislatore dell'art. 29 cit. abbia operato una *reductio ad unum*, coagulando le garanzie della solidarietà prima distinguibili nelle diverse disposizioni degli artt. 3 e 4 cit. sotto l'egida di un unico comune regime decadenziale.

Così decretando il superamento del distinto regime degli obblighi retributivi e contributivi che, come visto, era, invece, nella legge del 1960.

5. (Segue). *Critica dell'argomentazione orientata alle conseguenze proposta dalla giurisprudenza*

Agli argomenti letterale e storico-sistematico, appena analizzati, se ne aggiunge poi un terzo, solo all'apparenza marginale nella impalcatura delle

---

[17] Tanto più che l'art. 1, comma 2 della legge delega n. 30/2003, aveva enunciato, quale criterio direttivo, la «*previsione di un regime particolare di solidarietà tra appaltante e appaltatore*» e conteneva un riferimento semmai «*all'articolo 1676 del codice civile*» senza nulla dire rispetto ad un preteso mantenimento dell'equilibrio dettato in precedenza agli artt. 3 e 4 della legge n. 1369/1960.

[18] Ed infatti, diversamente da quanto era possibile con gli artt. 3 e 4 della legge n. 1369/1960, non ha senso continuare a sostenere anche con riferimento all'art. 29 cit., come fa per es. Cass. n. 996/2007 cit., l'«*assenza di una esplicita previsione normativa che riguarda l'obbligazione solidale contributiva*».

motivazioni delle pronunce di legittimità, ma in realtà determinante.

Se vogliamo comprendere le ragioni profonde dell'orientamento giurisprudenziale che esaminiamo è, infatti, indispensabile confrontarci anche con un argomento di tipo finalistico, o meglio con il ragionamento teleologico che viene esplicitato con estrema chiarezza in talune sentenze di merito [19]. Ancorché, poi, il più delle volte, venga sensibilmente sfumato nelle pronunce di legittimità che quelle decisioni puntualmente confermano.

Si tratta della interpretazione tutta sbilanciata sulle conseguenze secondo cui l'esclusione dell'INPS dalla tagliola temporale rappresentata dal termine biennale di decadenza si giustificherebbe in ragione di una patente sfiducia nell'operato degli enti previdenziali, ritenuti, senza mezzi termini, non in grado di attivarsi per tempo. A dispetto di quanto evidentemente valuta invece il legislatore [20], anche per via delle possibilità offerte dall'informatizzazione dei procedimenti ispettivi ed amministrativi.

Certamente, la comprensibile preoccupazione dei giudici del merito che, se l'ente non si attiva nei due anni il lavoratore possa venire ingiustamente penalizzato nella corretta costituzione della propria posizione previdenziale, merita di essere attentamente considerata.

Il punto è, però, se di questa preoccupazione debba farsi carico la giurisprudenza. E, più ancora, se possa farsene carico la giurisprudenza a dispetto di quanto stabilito dal legislatore.

In sostanza, ciò che non convince nell'uso generalizzato ed allarmistico di in una simile argomentazione – che diversamente, se fosse riferita a spe-

---

[19] Cfr. chiaramente Corte App. Ancona, 24 gennaio 2014, poi confermata da Cass. 6 novembre 2019 n. 28501, secondo cui l'esclusione dell'INPS si spiegherebbe per la «*diversità della condizione del lavoratore dipendente, vittima dell'inadempimento retributivo, che dell'inadempimento ha ovviamente conoscenza immediata, e può reagire prontamente, rispetto alla condizione dell'ente previdenziale, che può sì constatare l'inadempimento contributivo del soggetto obbligato in via principale, come datore di lavoro, ma per giungere a effettiva, e utile conoscenza della reale situazione economica, e dell'eventuale stato di insolvenza, e di decozione, deve procedere ad accertamenti, e approfondimenti, con rischio consistente di un ritardo irrimediabile che precluderebbe il recupero dall'obbligato solidale*».

[20] Basti pensare all'art. 30-*sexies* della legge n. 233/2021 che ha da ultimo introdotto lo strumento della c.d. segnalazione esterna, ossia un nuovo canale di preventiva emersione del potenziale stato di insolvenza delle imprese, che si basa proprio sulla preventiva e tempestiva conoscibilità da parte degli enti previdenziali di possibili inadempimenti contributivi. Il legislatore impone all'INPS di comunicare all'imprenditore entro sessanta giorni decorrenti dal verificarsi dal superamento di taluni importi fissati già il solo ritardo di oltre novanta giorni nel versamento di contributi previdenziali, unitamente al contestuale invito ad avviare, qualora ne ricorrano le condizioni, la composizione negoziata della crisi di impresa.

cifici contesti amministrativi, godrebbe quantomeno di una migliore persuasività – è che possa condurre all'obliterazione del diverso punto di equilibrio che era stato individuato, piaccia o no, dal legislatore.

E soprattutto possa farlo senza neppure porre in dubbio la ragionevolezza ovvero la incostituzionalità di una previsione di legge che i giudici del lavoro, a nostro modesto avviso, avrebbero dovuto se mai contestare apertamente, rinviando la decisione alla Consulta, salvo, eventualmente, motivare una disapplicazione ritenuta costituzionalmente necessitata [21].

La differenza è essenziale. Una volta impostato il discorso, non più in termini manipolatori come viene fatto oggi, ma di sostenibilità in concreto della decadenza individuata dal legislatore [22], sarebbero emersi all'interno di un più ampio vaglio di razionalità anche i diversi interessi e valori in giuoco da bilanciare nell'attuale art. 29 cit. E tra questi inevitabilmente anche l'interesse alla certezza dell'impresa committente che, nell'appalto legittimo, nulla potrebbe sapere, almeno tanto quanto l'ente previdenziale, dell'inadempimento contributivo.

Con, però, la differenza, anch'essa non di poco conto, di non essere l'impresa committente di un appalto genuino, rispetto all'ente previdenziale, obbligata per legge ad indagare e rilevare eventuali inadempimenti contributivi dell'appaltatore per il tramite di appositi servizi ispettivi ed idonei poteri di accertamento [23].

---

[21] Sui limiti di questo strumento vale la pena richiamare la magistrale lezione di M. LUCIANI, (voce) *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enc. dir.*, Annali, IX, Milano, 2016, p. 391 ss. e p. 434 ss.

[22] Del resto, sia pure nel diverso e non certo sovrapponibile ambito delle decadenze convenzionali sono nulli *ex* art. 2965 c.c. i patti con cui si stabiliscono termini di decadenza che rendono eccessivamente difficile ad una delle parti l'esercizio del diritto.

[23] Cfr. d.lgs. 14 settembre 2015, n. 149 con cui stata istituita l'Agenzia unica per le ispezioni del lavoro denominata Ispettorato Nazionale del Lavoro. L'INL per il tramite della sede centrale in Roma e di massimo ottanta sedi territoriali, accorpa le attività ispettive già esercitate dal Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, dall'INPS e dall'INAIL, giovandosi del personale trasferito (art. 2, decreto del Ministro del Lavoro e delle Politiche Sociali di concerto con il Ministro dell'Economia e delle Finanze del 28 dicembre 2016) nonché di una propria autonomia organizzativa e contabile, sotto la vigilanza operativa e gestionale del ministero e sotto il controllo della Corte dei conti (cfr. anche il d.P.R. 26 maggio 2016 n. 109 con cui è stato emanato il regolamento che disciplina lo Statuto dell'INL). Gli ispettori dell'INPS e dell'INAIL restano invece alle dipendenze degli Istituti di appartenenza per svolgere l'attività programmata dall'Ispettorato, mentre presso la sede di Roma dell'INL è stato istituito un Comando Carabinieri per la tutela del lavoro. Il Direttore dell'INL detta le linee ed i programmi ispettivi periodici per l'attività di vigilanza svolta dal Comando dei Carabinieri e la coordina con le attività dell'Ispettorato. I funzionari

Onde, in linea di principio, e salvi ovviamente i casi di appalto illegittimo o fraudolento, non sembra in alcun modo ammissibile scaricare per il tramite di una interpretazione palesemente forzata le conseguenze di una supposta inefficienza dell'amministrazione pubblica sul committente privato che abbia agito correttamente [24].

L'esigenza di protezione delle capacità di riscossione degli enti previdenziali chiaramente espressa dai giudici del merito, assume, come anticipato, una forma più raffinata nelle sentenze della Corte di Cassazione.

Riaffermato che le obbligazioni retributiva e previdenziale debbono rimanere distinte ed autonome, la giurisprudenza di legittimità rileva, in altri termini, che l'applicazione della decadenza anche ai contributi previdenziali ed ai premi assicurativi comporterebbe «*lo spezzarsi del nesso tra retribuzione dovuta ed erogata ed adempimento dell'obbligo contributivo*». Metterebbe cioè a rischio il c.d. minimale contributivo imperativamente imposto per legge [25], ingenerando un «vulnus *nella posizione assicurativa del lavoratore*» [26].

Ebbene anche così riformulata la preoccupazione non consente di superare la formula del già citato art. 29, comma 2.

Anzi, proprio la distinzione tra retribuzione e contribuzione da cui muove la giurisprudenza di legittimità dovrebbe indurre a considerare attentamente il fatto che il legislatore, con l'art. 29 cit., ha inteso accomunare all'interno di una medesima previsione le due diverse obbligazioni. Perché se, come insegna la migliore dottrina, «*quel che si equipara è, per definizione, diverso*» [27], quando il legislatore equipara all'interno di una medesima

---

ispettivi di INAIL e INPS rivestono la qualifica di ufficiale di polizia giudiziaria e conservano tutti i poteri ispettivi al pari degli ispettori ministeriali.

[24] Come rilevano all'esito di una attenta analisi critica P. TOSI, E. PUCCETTI, *Gli oneri previdenziali del committente tra solidarietà ed intermediazione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2020, p. 331 e ss., sp. pp. 337-338, risolvere così il problema significa anche avallare «*prassi amministrative di assoluta inefficienza che vedono gli enti previdenziali ritardare* sine die *le azioni di recupero contributivo nei confronti dei committenti con l'espediente di rinnovate diffide per l'interruzione dei termini prescrizionali*». Circostanza che, va aggiunto, non solo lede il diritto di difesa del committente, ma spesso ne vanifica la facoltà di manleva.

[25] Per Cass. n. 25730/2021 il principio del c.d. minimo imponibile è espressione della natura indisponibile, parafiscale e pubblicistica dell'obbligazione contributiva.

[26] Il testo virgolettato è tratto da Cass. n. 18004/2019 cit. Ma vd. anche Cass. n. 13650/2019, Cass. n. 23788/2021 e Cass. n. 37985/2021.

[27] L'insegnamento nella sua forma estesa è che «*quel che si equipara è, per definizione, diverso (sarebbe diverso, ove equiparazione non ci fosse) rispetto all'entità cui l'equiparazione tende*», V. CRISAFULLI, (voce) *Fonti del diritto*, in *Dir. cost.*, 1968, XVII, p. 929.

fattispecie è sempre per ricondurre alla medesima disciplina, e non certo per replicare gli effetti che si avevano quando la precedente normativa (*id est*, nel nostro caso, la legge n. 1369/1960 agli artt. 3 e 4) distingueva, e perciò sottoponeva ad un diverso trattamento.

Ora, senza qui tornare all'esegesi del testo (cfr. *supra*, n. 3), non sembra corretto evocare il rischio dello "spezzarsi" della correlazione tra retribuzione e contribuzione.

Perché nell'appalto lecito quel rischio grava soltanto sulle parti del rapporto di lavoro, mentre il committente non risponde se non per effetto della solidarietà di legge, ossia in ragione di un obbligo aggiuntivo, che coesiste con l'obbligazione principale che continua a gravare sul reale datore di lavoro appaltatore *ex* art. 2115, comma 2, c.c. ben oltre il biennio dalla cessazione dell'appalto.

Quindi, lo spirare della decadenza non interrompe mai il nesso tra obbligo retributivo e contributivo, che persistono entrambi oltre il biennio e fino a prescrizione a ragione del rapporto di lavoro subordinato. Se mai interrompe soltanto la responsabilità solidale di un soggetto, il committente, che però è, e resta, estraneo al rapporto contributivo.

Come dimostra il fatto che l'art. 29 cit. debba estendere con una disposizione *ad hoc* al committente la possibilità di versare come sostituto di imposta in luogo del datore di lavoro appaltatore [28].

E che sempre l'art. 29 cit. escluda, ormai, il committente anche dall'assurda responsabilità oggettiva per le sanzioni civili [29].

Ma se, come in più punti chiarito dall'art. 29 cit., il committente (genuino) resta un garante estraneo al rapporto giuridico contributivo, allora è di tutta evidenza che quando viene meno la sua garanzia accessoria soli-

---

[28] Cfr. la previsione nell'art. 29, comma 2 cit., per cui «*il committente che ha eseguito il pagamento è tenuto, ove previsto, ad assolvere gli obblighi del sostituto d'imposta*».

[29] Il legislatore impegnato in una continua manutenzione dell'art. 29 cit. ha, infatti, escluso qualsiasi obbligo «*per le sanzioni civili di cui risponde solo il responsabile dell'inadempimento*». Questa precisazione normativa si è resa necessaria proprio per rispondere all'orientamento giurisprudenziale che, sostanzialmente dal nulla, aveva creato e poi posto in capo al committente anche una responsabilità oggettiva persino per le sanzioni sui contributi omessi dall'appaltatore, in ragione peraltro di una malintesa idea di accessorietà ed argomentando circa la possibilità di successiva rivalsa. Possibilità quest'ultima che, però, era di tutta evidenza una conseguenza dell'obbligo, come tale, del tutto inidonea a fondarlo. L'orientamento è stato bollato come «*tesi discutibile*» da R. RIVERSO, *Appalti, processo e azioni (l'art. 29 del d.lgs. n. 276/2003*), in www.altalex.com, 21 luglio 2014, nondimeno Cass. 6 novembre 2019 n. 28501, ha ritenuto di darvi, ancora di recente, continuità a ragione della irretroattività dell'art. 21 della legge n. 35/2012.

dale non si spezza nulla, perché lo spirare del termine biennale non fa certo venire meno l'obbligo principale *ex* art. 2115 c.c. che grava in capo all'effettivo datore di lavoro [30].

6. *Persuasività vs. vincolo di precedente*

In conclusione, le ragioni addotte a fondamento dell'orientamento criticato non dissuadono dalla convinzione che l'art. 29 cit., a differenza della normativa del 1960, abbia equiparato il regime di solidarietà per gli obblighi di natura retributiva e contributiva, accumunandoli anche rispetto al termine di decadenza.

Contrariamente alla legge n. 1369/1960, l'art. 29 cit. rende oggi impossibile, dal punto di vista letterale, sistematico e logico, scindere la garanzia della solidarietà dal regime di decadenza, visto che sono oggetto dello stesso precetto, contenuti nel medesimo comma, che prevede un'unica disciplina della responsabilità solidale del committente, cui corrisponde, del tutto coerentemente, un solo regime decadenziale.

Come la dottrina più attenta ha già rilevato, la norma in oggetto prevede un regime speciale di solidarietà che è irriducibilmente vincolato alla decadenza biennale [31].

In tal senso, il termine biennale rappresenta un elemento costitutivo della fattispecie che definisce l'ambito di operatività della garanzia della solidarietà. Fattispecie che la legge considera nella sua integrità perché operi la solidarietà.

Per cui una responsabilità solidale del committente tanto per i crediti retributivi quanto per i contributi previdenziali può esistere solo a condizione che l'azione di recupero venga esercitata entro due anni dalla cessazione dell'appalto.

---

[30] In questo senso ci sembra anche E. THELLUNG DE COURTELARY, *Una riflessione sull'azione dell'ente previdenziale per mancato versamento contributivo del lavoratore in appalto e termine decadenziale*, in *Labor*, 2 dicembre 2019.

[31] Cfr. F.M. PUTATURO DONATI, *Decadenza ex art. 29, 2° comma, d.lgs. n. 276/2003 e sua opponibilità all'ente previdenziale*, in *Giur. it.*, 2021, p. 149 ss. che condivisibilmente rileva che, se viene meno la decadenza, allora dovrebbe venire meno anche l'obbligo di solidarietà, perché se la decadenza indicata dal legislatore non attiene i trattamenti contributivi ordinari che non sono fatti valere dai lavoratori ma dagli enti previdenziali, non solo non si può estendere ai contributi così esclusi l'efficacia del termine decadenziale, ma non gli si potrebbe neppure applicare l'obbligazione solidale.

Simul stabunt simul cadent.

Se, come ritiene la Corte di Cassazione, si accede invece al paradosso che «*i contributi previdenziali e i premi assicurativi dovuti in relazione al periodo di esecuzione del contratto di appalto*» di cui si occuperebbe l'art. 29 cit. ed ai quali si applicherebbe la decadenza, non sono quelli comunemente dovuti all'ente previdenziale, ma non meglio precisati trattamenti «*contributivi suscettibili… di essere fatti valere direttamente dai lavoratori*» (cfr. n. 3), va da sé che il committente non avrebbe alcun obbligo solidale rispetto alla contribuzione ed ai premi assicurativi comunemente rivendicati dagli enti previdenziali.

In definitiva, la struttura logica della norma è inadatta a sopportare una così evidente torsione o manipolazione interpretativa come quella costantemente operata dalla giurisprudenza [32].

E questo spiega le decisioni di merito che, da ultimo, hanno sconfessato l'orientamento della giurisprudenza di legittimità, rifiutando consapevolmente di uniformarsi [33].

Difficile dire se, a partire da crisi di rigetto come queste, sia lecito attendere anche un più generale ripensamento da parte di chi detiene le redini nomofiliattiche.

L'auspicio è che il dissenso motivato sappia ancora una volta alimentare la vitalità del nostro sistema giudiziario, a dispetto di riforme processuali che, sotto il vessillo della deflazione, hanno tentato nei fatti di veicolare un vincolo di precedente in tono minore, favorendo, però, troppo spesso soltanto la riproducibilità irriflessa delle pronunce.

Con il risultato finale, in casi come quello di cui ci siamo occupati, di pregiudicare la persuasività e, dunque, al fondo, la qualità stessa del pensiero giuridico espresso dalla magistratura decidente.

---

[32] Cfr. F.M. PUTATURO DONATI, *Decadenza ex art. 29, 2° comma, d.lgs. n. 276/2003 e sua opponibilità all'ente previdenziale*, cit., sp. p. 156.

[33] Vd. Trib. Ancona 1° luglio 2020 n. 138, in *Mass. Giur. lav.*, 2021, n. 1, p. 247 ss. ivi con nota di G. GAETA, e Trib. Brescia 18 febbraio 2020 n. 523 in *Giur. it.*, 2021, p. 147; cui *adde* anche altri precedenti segnalati da G. CHIRI, *Responsabilità solidale del committente: inapplicabile agli Enti Previdenziali il termine di decadenza*, in http://www.gruppoarealavoro.it/lavoro-e-previdenza/responsabilita-solidale-del-committente-inapplicabile-agli-enti-previdenziali-il-termine-di-decadenza/.

APPALTI E CONFLITTO COLLETTIVO: NOTE A MARGINE DEL *DOSSIER* DELLA COMMISSIONE DI GARANZIA DELL'ATTUAZIONE DELLA LEGGE SULLO SCIOPERO NEI SERVIZI PUBBLICI ESSENZIALI [*]

Orsola Razzolini [**]

1. *Alle origini della riflessione: il conflitto collettivo nelle catene degli appalti e i suoi attori*

Nel giugno 2021, la Commissione di garanzia dell'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali ha pubblicato un *dossier* intitolato "Appalti e conflitto collettivo: tendenze e prospettive" [1] successivamente discusso nel corso del Forum PA dal prof. Proia, dal prof. Scarpelli e dal cons. Iadecola [2].

Lo spunto è venuto dall'osservazione della realtà e dalla constatazione del fatto che, nelle catene degli appalti, il conflitto collettivo ha spesso origine nei comportamenti assunti dalla stazione appaltante anziché dall'impresa appaltatrice che assume formalmente le vesti di datore di lavoro; è la prima, non la seconda, l'interlocutrice effettiva dei lavoratori, dei sindacati

---

[*] Questo scritto è destinato agli *Studi in onore di Giovanni Pino*, Capo di gabinetto della Commissione di garanzia dell'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali, con sincera gratitudine per la preziosa attività svolta in questi anni.

[**] Professoressa associata di Diritto del lavoro – Università degli Studi di Milano.

[1] Disponibile online al sito della Commissione nonché al sito https://www.lavorodirittieuropa.it/images/Dossier_appalti_CGSSE_finalissima.pdf.

[2] Il talk può essere rivisto al sito https://forumpa2021.eventifpa.it/it/event-details/?id=9864.

e della stessa Commissione, in grado con i suoi comportamenti di causare l'insorgenza e l'aggravamento del conflitto.

Più in generale, è stato possibile osservare come, nelle organizzazioni complesse, vi sia una crescente sfasatura tra il perimetro che l'ordinamento disegna dei rapporti collettivi e del conflitto e l'effettivo assetto di poteri e di interessi in gioco. Colui che assume le vesti formali di datore di lavoro non sempre è l'interlocutore reale nei rapporti collettivi con la conseguenza che il contropotere collettivo viene privato della possibilità di svolgere effettivamente la propria funzione di riequilibrio della posizione sbilanciata dei lavoratori, alimentando la crescita delle disuguaglianze.

Negli appalti pubblici, il caso dell'igiene ambientale è quello che si è maggiormente imposto all'attenzione della Commissione. Il modello organizzativo ricorrente è il seguente: l'ente locale appalta il servizio ad un contraente principale che applica il CCNL igiene ambientale Fise-Assoambiente (ora Fise/Utilitalia); il contraente principale subappalta tuttavia porzioni rilevanti del servizio (ad esempio il trasporto e lo smaltimento rifiuti, la raccolta porta a porta e via dicendo) a fornitori di seconda linea – subappaltatori, cooperative o srl semplificate – che applicano il CCNL multiservizi o cooperative sociali con un abbattimento significativo del costo del lavoro lungo la filiera (da 11 Euro lordi circa a 6,50). Una strategia economica-organizzativa basata sul *dumping* contrattuale e salariale lungo la filiera del pubblico servizio che alimenta un'elevata conflittualità tra i lavoratori, che svolgono mansioni simili nell'ambito del medesimo ciclo produttivo ma con differenziali retributivi elevati, e in ultima analisi si ripercuote negativamente sulla collettività.

A questo si aggiunge il problema drammatico e inaccettabile da un punto di vista etico prima che giuridico del mancato pagamento delle retribuzioni ai lavoratori che, risalendo lungo gli anelli che compongono la filiera, può dipendere direttamente dal mancato pagamento del canone del servizio da parte dell'ente locale, spesso in condizioni di dissesto: situazione che affligge il Sud Italia e specialmente la Sicilia. A tale proposito, la Commissione ha avviato un confronto con la Corte dei conti al fine di verificare gli eventuali profili di responsabilità amministrativa connessi a tali vicende, di recente approdato in un atto di indirizzo e di coordinamento del Procuratore generale della Corte dei conti (febbraio 2022). Mediante tale atto si forniscono alle procure regionali alcune indicazioni relative ai possibili risvolti in termini di danno erariale dello sciopero nei servizi pubblici essenziali, con particolare riferimento proprio al fenomeno del mancato pagamento del canone del servizio all'affidatario da parte della stazione appal-

tante nel settore dell'igiene ambientale. Specie quando ciò derivi dalla mancata riscossione del tributo locale, evenienza verificatasi ad esempio nella vicenda del Comune di Favara [3], si può configurare una responsabilità amministrativa in capo a chi avrebbe dovuto provvedervi che giustifica un'indagine approfondita da parte della Corte dei conti. L'obiettivo è quello di creare una maggiore sinergia tra la Commissione, in capo alla quale viene costituita una struttura di monitoraggio, e la Corte dei conti, che interviene su segnalazione di quest'ultima qualora il conflitto sia stato causato da comportamenti delle amministrazioni pubbliche che possono astrattamente dare luogo a responsabilità amministrativa per danno erariale.

Fenomeni di *dumping* si verificano anche in numerosi altri settori. Si pensi al trasporto aereo e al caso degli aeroporti che esternalizzano l'attività di *handling* a cooperative che applicano il CCNL multiservizi anziché quello del trasporto aereo con un netto risparmio retributivo. Nel settore ospedaliero l'esternalizzazione al ribasso può coinvolgere il servizio del portierato: così nel 2019 i portieri dell'Ospedale San Bortolo di Vicenza protestarono contro il *dumping* che era stato realizzato attraverso la sostituzione del CCNL multiservizi con quello, tristemente noto alle cronache giudiziarie [4], dei servizi fiduciari che aveva comportato una riduzione complessiva dello stipendio vicina al 38% [5].

Ma anche nel settore privato il fenomeno descritto non costituisce certo una novità. Emblematica la vicenda di Amazon e del primo «sciopero di filiera» proclamato il 22 marzo 2021 da Filt Cgil, Fit Cisl e Uilt che ha registrato un'adesione del 75% specialmente tra i 16.500 drivers, dipendenti

---

[3] V. la del. pos. 849/21 adottata il 9 settembre 2021 dalla Commissione di garanzia ai sensi dell'art. 13, comma 1, lett. h), legge n. 146/1990 (e successive modifiche). Sull'importanza di tale disposizione normativa si tornerà in seguito.

[4] V. Trib. Torino 9 agosto 2019 che ha considerato il CCNL vigilanza e servizi fiduciari, seppur firmato dai Confederali, non conforme all'art. 36 Cost. Secondo il Tribunale: «benché sia tratta dai minimi tabellari di un CCNL firmato dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative, una retribuzione sensibilmente inferiore al tasso-soglia di povertà assoluta individuato dall'Istat ed ai livelli retributivi previsti per posizioni professionali analoghe da altri CCNL non può considerarsi conforme ai principi di proporzionalità e di sufficienza ricavabili dall'art. 36 Cost.». V. G. CENTAMORE, *I minimi retributivi del CCNL confederale vigilanza privata, sezione servizi fiduciari, violano l'art. 36 Cost.: un caso singolare di "dumping" contrattuale e una sentenza controversa del Tribunale di Torino*, in *Dir. rel. ind.*, 2020, p. 848. Sulla stessa linea Trib. Milano 25 febbraio 2020 n. 225.

[5] Il caso è descritto da Marco Veruggio nell'articolo del 6 febbraio 2021 disponibile al sito https://www.glistatigenerali.com/appalti-pubblici/dumping-contrattuale-sanare-i-bilanci-pagando-4-euro-lora/.

non di Amazon ma di società appaltatrici e subappaltatrici, specializzate nella distribuzione all'ultimo miglio dell'E-Commerce, aderenti ad Assopressi, a sua volta affiliata a Confetra. La vicenda evidenzia come sindacati e lavoratori avvertissero che, nella interlocuzione con i datori di lavoro e le loro associazioni, mancava il convitato di pietra, Amazon, formalmente esclusa dalle trattative negoziali in corso in quanto committente e non datrice di lavoro ma, nei fatti, reale ed effettiva interlocutrice poiché in grado di imporre ai soggetti della filiera gli standard produttivi, qualitativi e di costo dai quali dipendono, in ultima analisi, il livello troppo basso dei salari e i ritmi di lavoro insostenibili.

Rilevante è anche il settore delle telecomunicazioni. La filiera comprende il sistema di installazione di impianti, apparati, infrastrutture, la loro manutenzione finalizzata alla fornitura di servizi di telecomunicazione, mobilità, fornitura di energie e vede al vertice, come capofila, grandi società come Telecom e alla base una miriade di appaltatori (ad esempio Sirti) e subappaltatori, di cui è persino difficile tentare la mappatura. Questi ultimi lamentano la pressione del committente e le condizioni sempre più stringenti imposte per lo svolgimento del servizio che li costringono ad abbattere progressivamente le condizioni di lavoro per abbassare i costi [6].

Infine, con riferimento al settore alimentare, non può non citarsi il caso Italpizza. Il modello organizzativo è sempre il medesimo: una filiera al cui vertice si trova Italpizza, l'impresa *leader*, che subappalta segmenti della propria attività economica, anche molto a ridosso del *core business* (emblematica l'esternalizzazione dell'attività di farcitura e stenditura dell'impasto delle pizze), a imprese, società e cooperative satelliti che applicano contratti collettivi meno costosi rispetto a quello dell'industria alimentare (tipico il ricorso al CCNL multiservizi). Il *dumping* salariale fu qui all'origine dei conflitti del 2018 e del 2019 portati avanti specialmente da lavoratrici immigrate [7].

I casi sinteticamente descritti hanno indotto la Commissione a riflettere

---

[6] V. la ricerca di M. GADDI, *Industria 4.0. Più liberi o più sfruttati?*, Edizioni Punto Rosso, Milano, 2019.

[7] V. G. ORLANDINI, G. FROSECCHI, *Esternalizzazione del core business nel settore alimentare: il caso Italpizza*, in *Lav. dir.*, 2021, p. 347; nonché, anche con riferimento più in generale ai problemi di *dumping* riscontrati nelle filiere alimentari del modenese, P. CAMPANELLA, *Nuove sfide per le relazioni industriali in Europa: il caso della industria della carne in cinque contesti nazionali*, in *Dir. rel. ind.*, 2020, p. 935; S. BATTISTELLI, *Legittimità e criticità delle esternalizzazioni in Italia: il caso dell'industria delle carni*, in *Dir. rel. ind.*, 2020, p. 974; G. CENTAMORE, D. DAZZI, *Tendenze delle relazioni industriali nel settore suinicolo: il caso italiano in quadro europeo*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2020, p. 57; L. DORIGATTI, *Ridotte all'osso. Disintegrazione verticale e condizioni di lavoro nella filiera della carne*, in *Meridiana*, 2018, n. 93, p. 51.

sulla necessità di modificare il perimetro della legge n. 146/1990 e successive modifiche (l.s.s.p.e.): perimetro che attualmente ricalca la relazione bilaterale tra impresa esercente un servizio pubblico essenziale e i propri dipendenti (e le rispettive associazioni) e non coinvolge i soggetti terzi, come le stazioni appaltanti, i cui comportamenti sono invece spesso determinanti dell'insorgenza o dell'aggravamento del conflitto. Più in generale, andrebbe ripensato il perimetro stesso della contrattazione collettiva che spesso non rispecchia il reale assetto di poteri e di interessi in gioco. Così, ad esempio, solo coinvolgendo Amazon nelle trattative contrattuali, i lavoratori e i sindacati acquisiranno un reale contropotere collettivo di co-determinare le condizioni di lavoro, *in primis* i livelli salariali. L'adeguamento dei confini del contropotere collettivo a quelli reali assunti dall'impresa, dall'attività e dal potere imprenditoriale è fondamentale al fine di combattere le crescenti disuguaglianze, esacerbate dalle opportunità pressoché illimitate che la globalizzazione e l'evoluzione tecnologica hanno offerto all'iniziativa economica, senza trovare un adeguato contrappeso nella legge nazionale o nel sindacato.

2. *Spunti di comparazione: il crescente coinvolgimento dei soggetti terzi nella disciplina della contrattazione collettiva e del conflitto*

La letteratura economica e sociologica più recente sottolinea che i soggetti terzi, committenti a vario titolo di rapporti commerciali con le imprese che assumono le vesti di datore di lavoro, possono essere nei fatti in grado di determinare le condizioni lavorative dei dipendenti di queste ultime così che considerare questi rapporti diviene fondamentale al fine di aumentare i livelli salariali, stagnanti, ridurre le diseguaglianze e spezzare il nesso esistente tra *outsourcing* e precarietà[8]. L'idea di fondo è che al crescere della dipendenza economica di un'impresa da un determinato rapporto commerciale (di appalto, affiliazione commerciale, subfornitura e via dicendo) si accompagni la contrazione dei livelli salariali dei dipendenti[9] e il peggioramento delle loro condizioni di lavoro.

---

[8] V. N. WILMERS, *Stagnation and Buyer Powers: How Buyer-Supplier Relations Affect US Workers' Wages, 1978 to 2014*, in *American Sociological Review*, 2018, vol. 83, p. 213; L. DORIGATTI, *La precarietà invisibile. Catene del valore, appalti e condizioni di lavoro*, in *Stato e merc.*, 2018, p. 561.

[9] V. N. WILMERS, *Stagnation and Buyer Powers: How Buyer-Supplier Relations Affect US Workers' Wages, 1978 to 2014*, cit., p. 221.

Quest'ultima prospettiva non è una novità per la dottrina giuslavoristica che ormai da molti anni ha messo in luce come, nella *contractual integration*, i contratti commerciali possano produrre "esternalità" negative sui rapporti di lavoro a cui l'ordinamento reagisce attraverso tecniche di tutela basate sul paradigma delle responsabilità congiunte [10]. Dopo la sentenza della Corte cost. n. 254/2017, la responsabilità solidale è stata elevata a tecnica di tutela generale (non eccezionale) dei lavoratori coinvolti nel decentramento produttivo, che deve estendersi «*a tutti i livelli del decentramento*» (quindi anche al subappalto e ai rapporti di subfornitura industriale) [11].

Similmente, la celebre analisi di Lina Khan del modello organizzativo di Amazon ne ha messo in luce la strategia consistente nell'acquisto di crescenti quote di mercato, anche a scapito del profitto a breve termine, e nell'assunzione di una posizione di indiscusso dominio nel settore dell'*E-Commerce* dalla quale imporre le condizioni contrattuali alle società di *delivery* che lavorano e dipendono da essa per gran parte del proprio fatturato, mettendole in competizione tra loro e costringendole ad abbattere le condizioni di lavoro applicate ai propri dipendenti [12]. Una strategia che, nella sostanza, accresce il «*labor market power*» [13] di questi colossi senza che la disciplina antitrust, che per tradizione si concentra sul mercato dei beni e dei servizi e non sul mercato del lavoro, o il contropotere collettivo, privato del proprio reale interlocutore negoziale, siano in grado di svolgere qualsiasi funzione di controbilanciamento e riequilibrio.

Analoghe situazioni si sono verificate nella filiera di distribuzione in *franchising* diretta da McDonald, che ha posto in essere reiterate minacce nei confronti dei dipendenti dei *franchisees* che rivendicavano maggiori salari e diritti sindacali senza poter essere considerato responsabile di *unfair labor practice* in quanto soggetto terzo (*franchisor*) e non formale datore di

---

[10] V. specialmente L. CORAZZA, *"Contractual integration" e rapporti di lavoro: uno studio sulle tecniche di tutela dei lavoratori*, Cedam, Padova, 2004. Per uno studio recente sul significato dell'obbligazione soggettivamente complessa v. E. VILLA, *La responsabilità solidale come tecnica di tutela del lavoratore*, Bononia University Press, Bologna, 2017.

[11] V. Corte cost. 6 dicembre 2017 n. 254, in *Riv. it. dir. lav.*, 2018, II, p. 242 con nota di I. ALVINO.

[12] V. L. KHAN, *Amazon's Antitrust Paradox*, in *The Yale L. J.*, 2017, vol. 126, p. 711.

[13] Per questa espressione e il suo significato v. E.A. POSNER, *How Antitrust Failed Workers*, Oxford University Press, Oxford, 2021. V., per un'analisi giuslavoristica, la tesi di dottorato di L.G. LUISETTO, *L'abuso di potere di mercato del lavoro statunitense: uno studio di* law and empirical labor economics, a.a. 2021/2022.

lavoro [14]. L'influenza determinante svolta da McDonald sulle condizioni di lavoro applicate dai propri *franchisees*, in particolare sul livello dei salari, è una delle cause scatenanti della «Fight for $ 15» che ha infine convinto il NLRB della necessità di estendere il *joint-employer standard* ai soggetti diversi dal formale datore di lavoro che *possiedano* una sufficiente *authority* su quest'ultimo e sui suoi dipendenti «così che la [loro] partecipazione diviene un requisito necessario per una contrattazione collettiva che abbia un reale significato» [15].

La codificazione del *joint-employer status*, a determinati fini, si ritrova nel *Pro Right to Organize Act* (Protecting the Right to Organize Act), attualmente in discussione al Senato. In base alla nuova Section 101, sono considerati *joint employers* tutti i soggetti in grado di controllare o codeterminare le condizioni di lavoro essenziali dei lavoratori; a tale fine viene considerata ogni forma di controllo diretto o indiretto, l'esistenza di una posizione di *authority* ovvero l'esercizio di forme di controllo di fatto [16]. Il *joint-employer standard* dovrebbe operare, seguendo un approccio funzionale o *targeted* tipico degli Stati Uniti, in alcuni specifici ambiti del diritto sindacale: dall'inclusione del *joint-employer* nel perimetro della contrattazione collettiva al coinvolgimento nelle responsabilità per *unfair labor practice* sino, infine, al riconoscimento della legittimità di azioni di sciopero proclamate nei confronti suoi anziché del formale di datore di lavoro [17].

---

[14] V., ad esempio, T.J. WALSH III, *Supersizing the Definition of Employer for the National Labor Relations Act – Broadening the Joint Employer Standard to Include Franchisor and Franchisee*, in *University of Toledo Law Review*, 2016, vol. 47, p. 589. Più in generale, v. il celebre libro di D. WEIL, *The Fissured Workplace. Why Work Became so Bad for So Many and What can be Done to Improve It*, Harvard University Press, Cambridge-Massachusetts-London-England, 2014.

[15] V. la decisione del NLRB del 27 agosto 2015 che riguardava però non un caso di *franchising* ma un appalto di pulizie da eseguirsi presso Browning-Ferris Industries of California Inc. BFI. Secondo il sindacato, con un'argomentazione ripresa nella decisione finale, il *joint-employer status* dovrebbe essere riconosciuto ogni qualvolta «an employer possesses sufficient authority over the employees or their employer such that its participation is a requisite to a meaningful collective bargaining».

[16] In base alla sec. 101: «two or more persons shall be employers under the National Labor Relations Act (NLRA) if each codetermines or shares control over the employees' essential terms and conditions of employment. In applying this standard, the Board or a court o competent jurisdiction shall consider as relevant direct control, indirect control, reserved authority to control and control exercised in fact».

[17] In proposito, si deve ricordare che, negli Stati Uniti, vige un generale divieto di organizzazione di scioperi o proteste nei confronti di soggetti diversi dal formale datore di lavoro:

3. *Dal principio di «unicità» del datore di lavoro come «vincolo di sistema» alla prospettiva funzionale*

In una parte della dottrina italiana è radicata l'idea per cui il principio di «unicità» del datore di lavoro, in base al quale per ogni lavoratore c'è un solo e unico datore di lavoro, costituirebbe un «vincolo di sistema» desumibile dalla legge n. 1369/1960 e dal divieto di dissociazione permanente tra titolarità formale e utilizzazione sostanziale della prestazione di lavoro [18]. Il riferimento è specialmente alla nota sentenza delle Sezioni Unite del 2006 che parla in proposito di «generale regola giuslavoristica» [19].

A questo argomento è tuttavia possibile replicare che affermare, come fanno le Sezioni Unite, che all'individuazione del datore di lavoro deve procedersi alla stregua di criteri di effettività [20], non significa automaticamente riconoscere che il datore di lavoro è unico [21]. Una cosa è elevare il concetto di «effettiva utilizzazione» a principio generale, chiave di volta del sistema, che impegna l'interprete ad attribuire la qualità di datore di lavoro al soggetto che effettivamente utilizza la prestazione di lavoro, così confermando i nessi e le sovrapposizioni tra la tematica dell'interposizione

---

le c.d. *secondary actions* o *secondary boycotts*. Si tratta di un divieto che è stato sottoposto a varie critiche e che appare in via di superamento proprio nel *Pro Right to Organize Act* poiché non tiene conto della crescente frammentazione delle imprese e dei luoghi di lavoro.

[18] Da ultimo, aderisce a questa prospettiva G. GAUDIO, *Organizzazioni complesse e tutela della persona che lavora. Verso un diritto del lavoro a geometria variabile*, Giappichelli, Torino, 2021, qui p. 49, al cui lavoro si rinvia anche per gli ampi riferimenti dottrinali e per l'approfondita analisi dei diversi orientamenti.

[19] V. Cass., sez. un., 26 ottobre 2006 n. 22910. V. in dottrina il noto commento di M.T. CARINCI, *L'unicità del datore di lavoro – quale parte del contratto di lavoro, creditore della prestazione e titolare di tutte le posizioni di diritto, potere, obbligo ad esso connesse – è regola generale nell'ordinamento giuslavoristico*, in *Arg. dir. lav.*, 2007, p. 1019 ss. L'a. modificherà tuttavia in parte la propria impostazione in *Introduzione. Il concetto di datore di lavoro alla luce del sistema: la codatorialità e il rapporto con il divieto di interposizione*, in M.T. CARINCI (a cura di), *Dall'impresa a rete alle reti d'impresa. Scelte organizzative e diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2015, p. 1 ss.

[20] V. par. 7 della sent. n. 22910/2006.

[21] V. L. NOGLER, *Mono e multi-datorialità tra debito e garanzie patrimoniali dei crediti di lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2018, p. 639 qui § 4 dove l'a. afferma che dalla regola del datore di lavoro effettivo non si ricava affatto quella del datore di lavoro unico. Viceversa, secondo O. MAZZOTTA, *Gruppi di imprese, codatorialità e subordinazione*, in *Riv. giur. lav.*, 2013, qui p. 27 la tecnica volta ad imputare il rapporto di lavoro al datore di lavoro effettivo non può «conseguire il risultato di affiancare un datore di lavoro all'altro e dunque fondare giuridicamente la codatorialità». La posizione dell'a. è ripresa nel contributo pubblicato in questo volume.

e quella della subordinazione [22]. Altra cosa è far derivare da questo la regola del datore di lavoro unico sul presupposto che l'«effettiva utilizzazione» possa essere ricostruita in capo ad uno e un solo soggetto. La realtà sembra indicare direzioni diverse.

Accanto all'intermediazione vietata, in cui si verifica una «sostituzione dell'imprenditore beneficiario all'intermediario» e una dissociazione *permanente* tra titolarità formale e utilizzazione sostanziale della prestazione di lavoro, sembrano emergere sempre più di frequente ipotesi in cui quest'ultima è di fatto inserita in un'organizzazione più complessa e soddisfa nel concreto un interesse che non fa capo *solo* al formale datore di lavoro, ma anche ad uno o più soggetti terzi, senza alcuna scomposizione permanente delle posizioni che fanno capo al datore di lavoro [23]. È questa constatazione di fatto che ha spinto il legislatore, non soltanto italiano, ad elaborare tecniche di tutela alternative, incentrate sulla moltiplicazione dei centri di imputazione delle responsabilità connesse all'utilizzo di lavoro subordinato [24].

Ultima in ordine di tempo la delicatissima proposta di direttiva europea sul riconoscimento di un dovere di diligenza (*due diligence*) e di una possibile responsabilità civile delle società capofila che non si attivino al fine di prevenire le violazioni ambientali e di diritti umani commesse, anche al di fuori del territorio dell'Unione europea, da loro stesse o da *partners* commerciali soggetti a forme di controllo societario o con i quali intercorrano «*established business relationships*» [25].

---

[22] Per tutti v. il contributo di Oronzo Mazzotta pubblicato in questo volume.

[23] Sulla compatibilità della prospettiva della codatorialità con il divieto di interposizione v. V. SPEZIALE, *Il datore di lavoro nell'impresa integrata, in La figura del datore di lavoro. Articolazioni e trasformazioni*, in *La figura del datore di lavoro. Articolazioni e trasformazioni.* Atti del XVI congresso nazionale di diritto del lavoro Catania, 21-23 maggio 2009, Giuffrè, Milano, 2010, p. 116 ss.

[24] Per questa tesi v., specialmente, L. CORAZZA, *"Contractual Integration" e rapporti di lavoro*, cit.; EAD., *La nuova nozione di appalto nel sistema delle tecniche di tutela del lavoratore*, in *WP "Massimo D'Antona.IT"*, 23/2009, p. 12; nonché R. DEL PUNTA, *Le nuove regole dell'outsourcing*, in *Studi in onore di Giorgio Ghezzi*, vol. I, Cedam, Padova, 2005, spec. p. 634 ss.; V. SPEZIALE, *Le «esternalizzazioni» dei processi produttivi dopo il d.lgs. n. 276 del 203: proposte di riforma*, in *Riv. giur. lav.*, 2006, p. 3 ss.

[25] V. la bozza di Direttiva presentata dalla Commissione il 23 febbraio 2022 sul tema della *Corporate Sustainability Due Diligence*. Tale prospettiva si inserisce in quella più ampia tracciata dalla legge francese 2017-399 del 27 marzo 2017 relative al *Devoir de vigilance des sociétés mères et des entre-prises donneuses d'ordre* e dalla legge tedesca dell'11 giugno 2021 (*Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz*) tradotta nel *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2022, p. 177 ss. In generale, v. V. BRINO, *Diritto del lavoro e catene globali del valore. La regolazione dei*

È vero che, come è stato efficacemente osservato, l'esistenza di un coordinamento tra organizzazioni imprenditoriali contrattualmente integrate e di una direzione comune o condivisa delle prestazioni di lavoro non esclude affatto che la prestazione di lavoro continui a soddisfare l'interesse al coordinamento proprio del formale datore di lavoro, nel rispetto della funzione tipica del contratto di lavoro, così che tale circostanza non può avere alcuna incidenza sotto il profilo dell'imputazione e della titolarità del rapporto che resta saldamente in capo a quest'ultimo[26]. Ma il punto è un altro: ferma restando la titolarità del rapporto in capo al formale datore di lavoro ed esclusa la ricorrenza di un'ipotesi di dissociazione o scomposizione vietata, il fatto che prestazione sia utilizzata per soddisfare un interesse produttivo condiviso e nell'ambito di una struttura organizzativa condivisa, può giustificare il coinvolgimento nelle responsabilità tipiche del datore di lavoro di quei soggetti terzi che dalla prestazione traggono effettivo beneficio.

Sorgono a questo punto diverse domande. Una delle più significative è quale tipo di legame commerciale giustifica la moltiplicazione dei centri di imputazione e di responsabilità. Così, ad esempio, la giurisprudenza in materia di gruppi di imprese configura un'ipotesi di codatorialità, operante a diversi fini in presenza dei tratti tipici di direzione e del coordinamento unitario (art. 2497 c.c.), di un interesse di gruppo, di cui viene riconosciuta la rilevanza giuridica[27], e di un'utilizzazione congiunta della prestazione in vista della realizzazione di quest'ultimo[28]. Per contro, la giurisprudenza francese e la proposta

rapporti di lavoro tra globalizzazione e localismo, Giappichelli, Torino, 2020; M. MURGO, *Global value chains e diritto del lavoro: problemi e prospettive*, Cedam, 2021, nonché il dibattito lanciato dal *Giorn. dir. lav. rel. ind.* che conta numerosi contributi pubblicati nei fascicoli nn. 2, 3, 4/2020, 1/2021, 1/2022.

[26] V. la tesi di I. ALVINO, *Il lavoro nelle reti di imprese: profili giuridici*, Giuffrè, Milano, 2013, spec. p. 152 ss. a cui aderisce G. GAUDIO, *op. cit.*, p. 71 ss. In senso critico v. M.G. GRECO, *Il rapporto di lavoro nell'impresa multidatoriale*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 180 ss.

[27] Solo per esigenze di brevità, si rinvia su questo aspetto a O. RAZZOLINI, *Impresa di gruppo, interesse di gruppo e codatorialità nell'era della* flexicurity, in *Riv. giur. lav.*, 2013, p. 29 ss. Riconosce espressamente l'esistenza di un «interesse di gruppo» e la sua rilevanza, in presenza del requisito ulteriore della utilizzazione contemporanea della prestazione di lavoro, ai fini del riconoscimento di una situazione di codatorialità, Cass. 9 gennaio 2019 n. 267 richiamata poi dalle sentenze successive.

[28] Limitandosi a citare la giurisprudenza più recente v. App. Torino, 19 luglio 2021 n. 322 che configura espressamente una situazione di codatorialità nella gestione congiunta di un rapporto di lavoro da parte di tre società titolari della concessione della piscina comunale. Richiamando l'orientamento consolidato della Suprema Corte, la Corte d'appello riconosce che ciò che rileva, ai fini della configurazione di un'ipotesi di codatorialità, è l'inserimento e l'utilizzazione del lavoratore nell'ambito dell'organizzazione economica com-

di direttiva europea sulla *corporate sustainability due diligence* nelle catene globali del valore sembra prediligere la prospettiva del dovere di diligenza e della responsabilità civile indiretta o vicaria che scaturirebbe da un legame infrasocietario di controllo e influenza dominante ovvero da una «*established business relationship*» o, secondo la legge francese, «*relation commerciale établie*» di cui non vengono approfonditi di molto i contorni giuridici.

È chiaro che nessuna di queste prospettive, tanto meno quella della codatorialità o contitolarità nei rapporti di lavoro, deve ambire (né ha mai ambito) a diventare una sorta di panacea di tutti i mali, operando solo a determinati fini – il calcolo del requisito numerico dei 16 dipendenti, la delimitazione dell'ambito organizzativo da prendere in considerazione ai fini della valutazione del corretto adempimento dell'obbligo di ripescaggio e della sussistenza delle ragioni economiche giustificatrici del licenziamento, il riconoscimento della responsabilità solidale – e in presenza di precisi e limitati elementi fattuali denotativi di un'integrazione contrattuale o azionaria tra imprese di tale intensità da potersi configurare un'impresa sostanzialmente unitaria [29]. Si tratta di prospettive prive di aspirazione all'assolutismo, che coesistono con la ricerca da parte dell'ordinamento, non soltanto italiano, di criteri di imputazione dei rischi e delle responsabilità connesse all'utilizzo delle prestazioni di lavoro ulteriori e diversi, anche non contrattuali: criteri che, negli anni, si sono moltiplicati tanto da delineare un sistema giustamente definito «a geometria variabile» [30]. Sono criteri ricostruiti guardando prima di tutto alle finalità della disciplina che si intende applicare – emblematico il caso della disciplina antinfortunistica [31] – suggerendo un progressivo avvicinamento ad una nozione funzionale di datore di lavoro in base alla quale i criteri di individuazione del datore di lavoro e di attribuzione delle relative responsabilità possono variare a se-

---

plessiva, sostanzialmente unitaria, a cui appartiene il formale datore di lavoro. Molto chiaramente in questo senso, per citare le più recenti, Cass. 24 giugno 2021 n. 18135; Cass. 3 dicembre 2019 n. 31519, con nota di M.G. GRECO, *Dal "centro unitario di interessi" alla codatorialità nei gruppi di imprese. Il lento percorso della giurisprudenza*, in *Giust. civ. comm.*, 2020; Cass. 9 gennaio 2019 n. 267.

[29] Così, ad esempio, la nota tesi di V. SPEZIALE, *Il datore di lavoro nell'impresa integrata*, in *La figura del datore di lavoro. Articolazioni e trasformazioni*, cit., opera quando l'integrazione contrattuale, di tipo gerarchico, fra imprese che abbia intensità tale da configurare un'«impresa integrata». Tuttavia, l'a. predilige la prospettiva del collegamento negoziale per la cui critica v., da ultimo, O. Mazzotta nel contributo destinato a questo volume.

[30] V. G. GAUDIO, *op. cit.*, p. 217 ss.

[31] V. C. LAZZARI, *Datore di lavoro e obbligo di sicurezza*, in https://journals.uniurb.it/index.php/WP-olympus/article/view/24, 2012.

conda della disciplina normativa che si prende in considerazione e della funzione dalla stessa perseguita [32].

Analoga prospettiva metodologica va affermandosi anche in altri settori dell'ordinamento come il diritto pubblico. Basti citare un'interessante pronuncia del Consiglio di Stato secondo cui l'individuazione dell'ente pubblico deve «avvenire in base a criteri non "statici" e "formali", ma "dinamici" e "funzionali". Ciò implica che il criterio da utilizzare per tracciare il perimetro del concetto di ente pubblico muta a seconda dell'istituto o del regime normativo che deve essere applicato. La nozione di ente pubblico nell'attuale assetto ordinamentale non può, dunque, ritenersi fissa ed immutevole. Al contrario, l'ordinamento si è ormai orientato verso una nozione "funzionale" e "cangiante" di ente pubblico» [33].

Proprio seguendo questa direzione di ricerca, potrebbe ritenersi che il perimetro della contrattazione collettiva e della disciplina del conflitto (sciopero e condotta antisindacale) debba oggi essere ricostruito in modo tale da coinvolgere quei soggetti terzi che, pur non potendosi definire "codatori" di lavoro in senso proprio [34], siano in grado, per il tramite di legami commerciali di vario genere e tipo, di esercitare un'influenza dominante sulle condizioni di lavoro dei lavoratori alle dipendenze dei propri *partners* contrattuali, *in primis* sul livello dei salari [35].

---

[32] V. la proposta interpretativa di M. BARBERA, *Trasformazioni della figura del datore di lavoro e flessibilizzazione delle regole del diritto*, in *La figura del datore di lavoro. Articolazioni e trasformazioni. Atti del convegno nazionale A.i.d.la.s.s.*, Catania, 21-23 maggio 2009, Giuffrè, Milano, 2010, p. 5; J. PRASSL, *The Concept of the Employer*, Oxford University Press, Oxford, 2015; T. TREU, *Rimedi, tutele, fattispecie: riflessioni a partire dai lavori della Gig economy*, in *Lav. dir.*, 2017, p. 367; S. BORELLI, *Tecniche di regolazione delle organizzazioni complesse e disciplina lavoristica*, in *Lav. dir.*, 2014, p. 23 ss. In generale, sull'approccio funzionale o *purposive*, v. G. DAVIDOV, *A Purposive Approach to Labour Law*, Oxford University Press, Oxford, 2016.

[33] Cons. Stato, sez. VI, 11 luglio 2016 n. 3043. La sentenza è esaminata da S. GLINIANSKI, *Il modello dell'*in house providing *tra discrezionalità amministrativa e responsabilità amministrativa*, in M. ANTONIOLI *et al.* (a cura di), *La società* in house, Editoriale scientifica, Napoli, 2020, spec. p. 266 ss.

[34] Per la distinzione tra codatorialità in senso proprio e in senso improprio v. L. NOGLER, *Mono e pluri-datorialità tra debito e garanzie patrimoniali dei crediti di lavoro*, cit., § 4. V. anche O. MAZZOTTA, *Gruppi di imprese, codatorialità e subordinazione*, in *Riv. giur. lav.*, 2013, p. 21 che distingue l'utilizzo del concetto di codatorialità in senso forte da altre tecniche di tutela, quali quella della responsabilità solidale, non riconducibile a tale nozione.

[35] Per esigenze di sintesi, su questo punto sia consentito il rinvio a O. RAZZOLINI, *Codatorialità "attenuata" e disciplina del conflitto collettivo*, in *Lav. dir.*, 2021, p. 541 ss.

4. *Per una rilettura dell'ambito di applicazione della legge n. 146/1990 (e successive modifiche)*

Nella prospettiva descritta emerge la necessità di una rilettura del campo di applicazione soggettivo della legge n. 146/1990 e s.m.i. sull'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali (l.s.s.p.e.) che, essendo costruita intorno al concetto di «amministrazioni e imprese erogatrici dei servizi», non include nel perimetro del conflitto le stazioni appaltanti i cui comportamenti sono invece spesso, come visto, la reale causa scatenante degli scioperi.

Va detto che un significativo argine alle esternalizzazioni al ribasso è costituito dalla reintroduzione del principio della parità di trattamento economico e normativo nei subappalti pubblici. Ci si riferisce all'art. 49, d.l. 31 maggio 2021 n. 77, che modifica l'art. 105, comma 14 del codice dei contratti pubblici obbligando il subappaltatore ad applicare ai propri dipendenti lo stesso CCNL applicato dal contraente principale qualora «le attività oggetto di subappalto coincidano con quelle caratterizzanti l'oggetto dell'appalto ovvero riguardino le lavorazioni relative alle categorie prevalenti e siano incluse nell'oggetto sociale del contraente principale». Si tratta certamente di una disposizione complessa che mira nella sostanza ad evitare il ricorso a subappalti che si consumino molto a ridosso del *core business* dell'oggetto dell'appalto principale e che riguardino attività che il contraente principale sarebbe in grado svolgere direttamente e che esternalizza al fine di risparmiare nei costi del lavoro. Ciò dovrebbe costituire un deciso freno alle esternalizzazioni "al ribasso" anche se occorrerà comprendere l'esatto ambito applicativo di tale norma[36]. Ad esempio, nel corso di una procedura di conciliazione e raffreddamento svoltasi davanti alla Prefettura di Firenze nel febbraio 2022, a seguito della proclamazione di uno sciopero indetto da Cgil e Uil per protestare contro l'applicazione ai lavoratori dipendenti del subappaltatore, adibiti al ritiro dei rifiuti porta a porta, del CCNL Multiservizi o Cooperative sociali in luogo del CCNL Fise/Utilitalia (che prevede migliori condizioni retributive) applicato dal contraente principale, viene richiamata la possibile violazione del nuovo art.

[36] È del 4 gennaio 2022 l'atto di indirizzo in materia di subappalto firmato dal Ministro Giovannini che, alla luce di tale modifica normativa e in vista dell'attuazione del PNRR, richiama a particolare attenzione le stazioni appaltanti prima di autorizzare eventuali subappalti. Esse sono tenute, è scritto nell'atto, a verificare il rispetto del nuovo art. 105, comma 14 del codice dei contratti pubblici in relazione alla parità di trattamento economico e normativo nonché all'applicazione dei medesimi CCNL.

105, comma 14 del codice dei contratti pubblici. Tuttavia, il contraente principale afferma di essere concessionario di servizio pubblico e dunque soggetto all'art. 174 del codice per il quale, in caso di subappalto, si applicherebbe l'art. 105, comma 10, 11, 17 ma non il comma 14 (art. 174, comma 8). Si tratta di un difetto di coordinamento o di armonizzazione tra tali disposizioni normative che, forse, meriterebbe di essere risolto dal legislatore.

L'esperienza del conflitto collettivo nelle filiere degli appalti pubblici mette in ogni caso in luce l'esigenza di estendere l'ambito di applicazione della legge n. 146 al fine di includervi le stazioni appaltanti, enti locali o imprese, che, nei fatti, esercitano una notevole influenza sulle condizioni di lavoro e sui livelli salariali e i cui comportamenti costituiscono la principale causa di insorgenza e aggravamento dei conflitti. Senza l'effettivo coinvolgimento di tali soggetti gran parte della disciplina del conflitto perde di senso e di effettività. Basti pensare al tentativo di conciliazione e raffreddamento portato avanti da un Prefetto senza il coinvolgimento dell'attore economico principale che, con le proprie scelte e con i propri comportamenti, ha innescato il conflitto.

Per tale ragione, nel *dossier* si trova, tra le altre, la proposta della Commissione di garanzia di estendere, sul piano interpretativo, il significato ascritto al termine «parte» che, in base all'art. 2, comma 2 della legge n. 146/1990, coincide con le «amministrazioni e le imprese erogatrici dei servizi», al fine di includervi i soggetti committenti che, per il tramite di contratti commerciali (quali il contratto di appalto), esercitano un'influenza decisiva sulle condizioni di lavoro e sui livelli salariali e concorrono pertanto, direttamente e indirettamente, a determinare l'insorgenza o l'aggravamento del conflitto.

Nel 2015 era già stata adottata dalla Commissione una delibera finalizzata ad intendere estensivamente l'art. 13, comma 1, lett. h) della legge n. 146/1990 in base al quale la Commissione può inviare delibere di invito a cessare comportamenti che possono determinare l'insorgenza o l'aggravamento dei conflitti in corso alle «amministrazioni o imprese che erogano i servizi di cui all'articolo 1». Tale delibera consente di indirizzare l'invito anche alla stazione appaltante nell'ipotesi circoscritta degli appalti *in house providing*.

Allora la riflessione prendeva le mosse dall'osservazione per cui, negli appalti *in house providing*, la sopravvivenza economica dell'appaltatore «è subordinata al puntuale adempimento degli obblighi contrattuali da parte delle stazioni appaltanti, ovvero, nei casi dell'*in house providing*, al tempestivo trasferimento delle risorse finanziarie necessarie». È questa specifica situazione che rende necessario, a parere della Commissione, interpretare estensivamente l'art. 13, lett. h) della l.s.s.p.e. – che consente alla Commis-

sione di invitare le imprese che erogano servizi pubblici essenziali a desistere da quei comportamenti che possano aggravare i conflitti in corso – «nel senso di consentirne l'applicazione anche nei confronti dei soggetti terzi rispetto alle parti del rapporto di lavoro, laddove non sia possibile ravvisare alcuna diversità di carattere sostanziale tra l'amministrazione ed il soggetto affidatario del servizio e, pertanto, quando quest'ultimo costituisca una sorta di derivazione organica del primo»[37].

A ben vedere, la delibera risente un po' dell'impostazione più tradizionale secondo cui, in materia di società a controllo pubblico, il rapporto tra ente controllante e società *in house* si configura in termini di immedesimazione organica[38]. La delibera della Commissione 15/12 potrebbe essere intesa più estensivamente ritenendo che l'invito, ai sensi dell'art. 13, lett. h), possa essere rivolto dalla Commissione a quei soggetti terzi (appaltanti o subappaltanti) che, nei fatti, esercitano un'influenza dominante sulle condizioni di lavoro e i cui comportamenti sono la causa dell'insorgenza o dell'aggravamento del conflitto. Non c'è ragione di superare il principio della formale separazione soggettiva e negare l'alterità soggettiva e l'autonomia formale della società erogatrice del servizio e datrice di lavoro. I soggetti restano distinti sul piano giuridico formale ma l'incidenza effettiva che il comportamento della committente/stazione appaltante ha sui rapporti di lavoro e sul conflitto ne giustifica il coinvolgimento[39].

Le proiezioni applicative di questa interpretazione sono diverse. In particolare, le stazioni appaltanti andrebbero coinvolte nel tentativo di conciliazione svolto dal Prefetto (art. 2, comma 2, legge n. 146/1990), nelle attività istruttorie condotte dalla Commissione al fine di accertare le cause di insorgenza e aggravamento dei conflitti e dovrebbero essere destinatarie delle delibere di invito a cessare comportamenti che possono scatenare o aggravare il conflitto o delle richieste di sommarie informazioni utili a comprenderne le ragioni e la dinamica (art. 13, comma 1, lett. c), g) e h).

In base all'art. 2, comma 6, le appaltanti dovrebbero inoltre essere incluse tra i soggetti tenuti a «fornire tempestivamente alla Commissione di

---

[37] V. del. n. 15/12, rel. Alesse, approvata nella seduta del 19 gennaio 2015.

[38] Per l'evoluzione della giurisprudenza civile e amministrativa sulla configurazione dei rapporti tra ente pubblico e società *in house* e per le sue ricadute applicative, v. S. GLINIANSKI, *op. cit.*, p. 264 ss.; M. ANTONIOLI, *I requisiti necessari per gli affidamenti* in house. *Il controllo analogo: natura, modalità e limiti (dal codice dei contratti al testo unico delle società pubbliche*, in M. ANTONIOLI *et al.* (a cura di), *La società* in house, cit., spec. p. 92 ss.

[39] La Commissione ha ad esempio applicato questa impostazione nella del. sul Comune di Favara 9 settembre 2021 n. 849.

garanzia che ne faccia richiesta le informazioni riguardanti gli scioperi proclamati ed effettuati, le revoche, le sospensioni ed i rinvii degli scioperi proclamati, e le relative motivazioni, nonché le cause di insorgenza dei conflitti» (obbligo la cui inottemperanza è suscettibile di sanzione ai sensi del successivo art. 4, comma 4-*sexies*) ed essere chiamate a partecipare al tavolo di negoziazione degli accordi in materia di prestazioni indispensabili da erogare in caso di sciopero (art. 2, comma 2). A quest'ultimo proposito, potrebbe essere utile immaginare in futuro delle «prestazioni indispensabili di filiera» ricomponendo il servizio essenziale frammentato [40].

Infine, la prospettiva europea della *corporate sustainability due diligence*, se applicata alle filiere che operano all'interno degli stati anziché alle filiere globali, potrebbe condurre ad affermare l'importante principio per cui una stazione appaltante, attraverso il subappalto, non si libera di tutte le responsabilità connesse ma resta titolare di un dovere di diligenza e vigilanza sul rispetto e sulla corretta attuazione della l.s.s.p.e. da parte dei diversi anelli che compongono la filiera e che concorrono, insieme ad essa, all'erogazione del servizio pubblico essenziale ai cittadini utenti. Così, ad esempio, la stazione appaltante non può schermirsi dietro il principio della formale separazione soggettiva e imputare al subappaltatore, che spesso è un imprenditore privo di un'adeguata formazione in materia, ogni responsabilità per non aver proceduto a redigere il piano delle prestazioni indispensabili (in assenza di esplicite clausole contrattuali valutate idonee) o per aver determinato dei contingenti di personale ben superiori ai limiti di legge [41], così di fatto impedendo un effettivo esercizio del diritto di sciopero ed alimentando il conflitto. Tutti i soggetti della filiera, insieme alle organizzazioni sindacali, sono chiamati ad attivarsi per garantire il rispetto della l.s.s.p.e. e, segnatamente, il corretto contemperamento tra l'esercizio del diritto di sciopero e il godimento dei diritti fondamentali dei cittadini utenti con particolare riferimento all'individuazione delle prestazioni indispensabili anche «di filiera», alla determinazione dei contingenti di personali, alla trasparenza e alla condivisione delle informazioni necessarie.

[40] L'idea di elaborare delle «prestazioni indispensabili di filiera» è contenuta in una proposta di Linee guida su appalti e conflitto collettivo elaborata dalla Commissione nel maggio 2022.

[41] V., ad esempio, il caso di Herambiente e Gea Service discusso dalla Commissione nella seduta del 26 febbraio 2021, pos. 750/20.

APPALTI E TUTELA DEI LAVORATORI

Alessandro Bellavista [*]

1. *Premessa. Un diritto del lavoro rinnovato*

Da parecchio tempo, sono divenute estremamente frequenti e diffuse forme di organizzazione dell'attività di impresa basate sul ricorso al cosiddetto lavoro non standard o atipico (lavoro a termine, in somministrazione, *part-time*, intermittente) e sulle esternalizzazioni e sulla frammentazione dei processi produttivi. L'evoluzione legislativa italiana ha, però (rispetto al passato), agevolato queste tendenze, soprattutto a partire dal d.lgs. n. 276/2003, attraverso un progressivo ampliamento delle figure di lavoro atipico e una riduzione dei vincoli alle esternalizzazioni e specialmente all'appalto.

A seguito dell'adozione, da parte dei *policy makers*, di una prospettiva ideologica tipicamente neoliberista [1], le esigenze delle imprese di flessibilità nella gestione della forza lavoro sono state così privilegiate nell'aspettativa, mai compiutamente realizzata, di una crescita complessiva dell'occupazione. Tuttavia, nel lungo periodo, l'effetto di tali politiche è stato quello di un aumento della precarietà, dell'instabilità dei rapporti di lavoro, del cosiddetto «lavoro povero» [2], delle diseguaglianze e, in fin dei conti, dell'erosione degli standard lavoristici di tutela [3].

---

[*] Professore ordinario di Diritto del lavoro – Università di Palermo.

[1] Cfr. A. BOITANI, *L'illusione liberista*, Laterza, Bari-Roma, 2021.

[2] Cfr. M. RAITANO, M. JESSOULA, M. NATILI, E. PAVOLINI, *I working poor in Italia*, in *Quaderni della coesione sociale*, 2019, n. 2, p. 4 ss.; M. BAVARO, *Working poor, tra salari bassi e lavori intermittenti*, in *www.lavoce.info,* 1° ottobre 2021; M. MARUCCI, *Contro il lavoro povero non basta il salario minimo*, *ivi*, 22 aprile 2021; M. BARBIERI, *La proposta di direttiva sul salario minimo legale: opportunità e limiti*, in *Dir. rel ind.*, 2021, p. 387 ss.

[3] Cfr. C. TRIGILIA (a cura di), *Capitalismi e democrazia*, il Mulino, Bologna, 2020, p. 16 ss.; AA.VV., *Salari rubati*, Ombre corte, Verona, 2017, p. 7 ss.; L. GALLINO, *La lotta di classe dopo la lotta di classe*, Laterza, Roma-Bari, 2012, p. 10 ss.; M. FANA, S. FANA, *Basta salari da fame!*, Laterza, Bari-Roma, 2019, p. 44 ss.

Beninteso, queste politiche del lavoro si sono dimostrate coerenti con un sistema produttivo orientato, in prevalenza, alla ricerca di una competitività fondata principalmente sulla riduzione dei costi e specialmente di quelli del lavoro. E difatti, una chiara sintesi della struttura del capitalismo italiano è stata offerta dalle «considerazioni finali» del 2021 del Governatore della Banca d'Italia, secondo cui «la specializzazione in attività tradizionali e la piccola dimensione riducono la domanda di lavoro qualificato, generando un circolo vizioso di bassi salari e modeste opportunità di impiego che scoraggiano gli investimenti in istruzione».

È così evidente che la possibilità dell'Italia di reggere le prossime sfide dei mercati globali dipende dalla sua capacità di spostare il baricentro del proprio modello produttivo nelle aree dell'economia della conoscenza e dell'alta specializzazione. Settori questi dove il ruolo del capitale umano è indiscutibile. Il che implica che anche la legislazione lavoristica debba fare la sua parte per perseguire l'obiettivo verso la cosiddetta via alta allo sviluppo, che richiede qualità e stabilità dei rapporti di lavoro ed elevate professionalità e competenze del personale.

Ciò significa, per le politiche del lavoro, non assecondare più le ripetute richieste delle imprese di una riduzione dei costi, per affrontare la concorrenza nei mercati globali, specie attraverso l'aumento della flessibilità della manodopera, ma condizionare la concessione della medesima flessibilità ad investimenti in innovazione, alla crescita del lavoro di qualità e a specifiche e circostanziate esigenze produttive. Perciò, è anzitutto necessario adottare un ampio programma di politica economica che rigetti le impostazioni neoliberiste prevalenti negli ultimi anni e adotti visioni più equilibrate, in cui il valore del lavoro, la tutela della persona del lavoratore, la ricerca della «piena e buona occupazione»[4] rappresentino la stella polare di ogni cambiamento. Questo comporta, tra l'altro, intervenire regolando la concorrenza, per evitare che essa si svolga in modo selvaggio e per fare sì che essa sia socialmente sostenibile. E, a questo riguardo, una funzione determinante assume la garanzia della qualità del lavoro e della sua protezione. E cioè, «un mercato del lavoro più stabile e con lavoratori più retribuiti rappresenta, infatti, un incentivo alle imprese per aumentare la produttività attraverso gli investimenti in innovazione invece di competere tramite una riduzione dei costi, in particolare il salario»[5].

---

[4] Cfr. L. PENNACCHI, *Per il rilancio di una piena e buona occupazione*, in *Italianieuropei*, 2017, n. 2.

[5] N. GIANGRANDE, *La precarietà occupazionale e il disagio salariale in Italia. Le conseguenze della pandemia sull'occupazione e sui salari*, in *Working paper FDV*, 2021, n. 2, p. 19.

Sicché, il diritto del lavoro è indotto a confermare la sua ragion d'essere quale strumento di protezione e di emancipazione del lavoratore, e quindi tecnica (per quanto, in una certa misura, «reversibile») di regolazione della concorrenza tra la forza lavoro e anche tra le imprese [6]. Il che trova esplicito riscontro nel nuovo percorso intrapreso dall'Unione europea, ora molto più attenta alla dimensione sociale rispetto al passato, e laddove la recente proposta di direttiva «relativa a salari minimi adeguati nell'Unione europea», attualmente in fase discussione, mira proprio a contrastare il *dumping* sociale e la «povertà lavorativa» all'interno della comunità [7]. E il richiamo alla finalità della lotta al *dumping sociale* (e quindi all'obiettivo di impedire una concorrenza basata sulle differenti condizioni salariali esistenti nei diversi Stati membri dell'Unione) ha consentito alla Corte di giustizia di giustificare la legittimità della direttiva (UE) 2018/957, «relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di un prestazione di servizi» (che amplia la tutela dei lavoratori distaccati), facendo anche richiamo alla cosiddetta clausola sociale orizzontale dell'art. 9 TFUE [8].

In questa prospettiva, vanno abbandonate le politiche di precarizzazione del lavoro e va ridimensionato l'eccessivo pacchetto di lavori non standard oggi disponibile, consentendo l'attivazione di ogni dose di flessibilità in entrata in modo controllato e contingentato. È, poi, da rafforzare la tutela per il licenziamento ingiustificato nel contratto a tempo indeterminato, che è stata incongruamente ridotta negli ultimi anni. Inoltre, è indispensabile una drastica e rigorosa revisione della disciplina delle forme attraverso cui si realizzano le esternalizzazioni e la frammentazione dei processi produttivi. E ciò in modo da impedire usi opportunistici di tali strumenti al solo scopo della ricerca del profitto e a danno dei lavoratori [9].

Significative suggestioni per la riforma della disciplina lavoristica nelle direzioni anzidette sono contenute in vari progetti: tra cui, in particolare,

---

[6] Cfr. G. LYON-CAEN, *Permanenza e rinnovamento del diritto del lavoro in una economia globalizzata*, in *Lav. dir.*, 2004, p. 257 ss.; U. ROMAGNOLI, *Diritto del lavoro e quadro economico: nessi di origine e profili evolutivi*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2013, p. 585 ss.

[7] Cfr. O. RAZZOLINI, *Salario minimo, dumping contrattuale e parità di trattamento: brevi riflessioni a margine della proposta di direttiva europea*, in *Lav. dir. Europa*, 2021, p. 1 ss.; G. PROIA, *La proposta di direttiva sull'adeguatezza dei salari minimi*, in *Dir. rel. ind.*, 2021, p. 26 ss.

[8] Cfr. G. ORLANDINI, *La Corte di giustizia fa salve le nuove regole antidumping sul distacco transnazionale: respinti i ricorsi di Ungheria e Polonia*, in *Diritti & Lavoro Flash*, 2020, n. 8, p. 12 ss.

[9] Cfr. R. RIVERSO, *La sottile linea tra legalità e sfruttamento nel lavoro*, in *Quest. giust.*, 2017, p. 6 ss.

nella Carta dei diritti universali del lavoro del 2016 (da ora Carta) della Cgil e nel progetto di legge intitolato «Restituire diritti e dignità dei lavoratori» [10], che è parzialmente confluito nella proposta n. 1423, presentata alla Camera dei Deputati il 6 dicembre 2018.

In questa sede, stante l'evento cui è legata, ci si limiterà ad affrontare le problematiche scaturenti dai sistemi di esternalizzazione [11] tramite l'appalto.

2. *Appalti e condizioni di lavoro*

È noto, infatti, che i processi di disintegrazione verticale e di frammentazione della catena produttiva costituiscono forme di *exit option* attraverso i quali i datori aggirano i vincoli regolativi presenti nei propri confini organizzativi, perché si avvalgono comunque di prestazioni di lavoro, offerte dai fornitori esterni, sottoposte ad una disciplina diversa e meno protettiva. È l'appalto lo strumento principale mediante il quale si realizza tale fuga dal mercato del lavoro interno e si concreta una vera e propria elusione «della struttura istituzionale di regolazione e protezione del lavoro» [12]. Con l'effetto finale di una corsa al ribasso delle condizioni di lavoro e dei salari. Si tratta di un fenomeno non nuovo, perché «la struttura industriale italiana ha sempre presentato tratti di accentuata frammentazione» realizzati tramite i «processi di decentramento produttivo» [13]. Ma, come s'è già accennato, gli allentamenti della rigidità della disciplina lavoristica, e in particolare dei vincoli alle esternalizzazioni, iniziati con il d.lgs. n. 276/2003, hanno agevolato tutto ciò.

In molti settori, l'uso dell'appalto ha consentito (e consente) di affidare ai fornitori esterni anche fasi centrali del processo produttivo e appartenenti al *core business* dell'impresa. Per esempio, dettagliate ricerche nell'ambito dell'industria della carne mettono in luce come l'appalto abbia favorito un processo di «delocalizzazione di prossimità»: vale a dire «i dipen-

---

[10] Cfr. P. ALLEVA, *Restituire diritti e dignità ai lavoratori*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2018, p. 5 ss.

[11] Per un ampio quadro delle molteplici questioni, sotto il profilo della garanzia dei diritti dei lavoratori, scaturenti dalle varie forme di esternalizzazione e che, quindi, vanno al di là del solo appalto, cfr. M. NICOLOSI, *Il lavoro esternalizzato*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 9 ss.; P. ALLEVA, *Restituire*, cit., p. 63 ss.

[12] L. DORIGATTI, A. MORI, *L'impatto delle scelte datoriali sulle condizioni di lavoro e sulle diseguaglianze: disintegrazione verticale, esternalizzazioni e appalti*, in *Soc. lav.*, 2016, p. 14. E cfr. D. IZZI, *Lavoro negli appalti e dumping salariale*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 1 ss.

[13] M. ROCCELLA, *I salari*, il Mulino, Bologna, 1986, p. 81.

denti "esternalizzati" infatti lavorano solitamente all'interno degli stessi stabilimenti, in spazi contigui – seppur separati – rispetto al personale assunto direttamente dall'azienda committente»[14]. E situazioni analoghe si riscontrano in modo diffuso: specie nella logistica[15], nell'alimentare[16], nelle costruzioni, nell'alberghiero, nella manifattura, nei servizi[17], e finanche in ampie aree delle pubbliche amministrazioni[18].

Così, l'*exit option* dell'impresa committente o *leader*, attraverso l'esternalizzazione, permette di scaricare costi e responsabilità sul fornitore, producendo la cosiddetta «fessurazione dei luoghi di lavoro»[19]. Questo concetto sintetizza la dispersione dei processi produttivi tra varie organizzazioni e il progressivo peggioramento delle condizioni di lavoro lungo la catena (detta anche «catena del valore») delle relazioni contrattuali che legano le differenti imprese[20].

Tali conseguenze erano state prefigurate fin dal varo del d.lgs. n. 276/2003, laddove si osservava che il «superamento» della «regola dell'uniformità di trattamento economico e normativo tra i dipendenti del committente e quel-

---

[14] V. PIRO, D. SACCHETTO, *Segmentazione del lavoro e strategie sindacali nell'industria della carne*, in *Stato e Mercato*, 2020, p. 521. E cfr., anche, L. DORIGATTI, *Ridotte all'osso. Disintegrazione verticale e condizioni di lavoro nella filiera della carne*, in *Meridiana*, n. 93, 2018, p. 51 ss.; P. CAMPANELLA, *Nuove sfide per le relazioni industriali in Europa: il caso della industria della carne in cinque contesti nazionali*, in *Dir. rel. ind.*, 2020, p. 935 ss.; S. BATTISTELLI, *Legittimità e criticità delle esternalizzazioni in Italia: il caso dell'industria delle carni*, *ivi*, 2020, p. 974 ss.; G. CENTAMORE, D. DAZZI, *Tendenze delle relazioni industriali nel settore suinicolo: il caso italiano in un quadro europeo*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2020, p. 57 ss.

[15] Cfr. l'approfondimento dedicato a *Logistica e lavoro*, con scritti di A. ALLAMPRESE, O. BONARDI, G. GRAPPI, L. DORIGATTI, A. MORI, C. ALESSI, A. BELLAVISTA, P. CAMPANELLA, in *Riv. giur. lav.*, 2020, I, p. 363 ss.; e S. BOLOGNA, S. CURI, *Relazioni industriali e servizi di logistica: uno studio preliminare*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2019, p. 125 ss.; A. ALLAMPRESE, O. BONARDI (a cura di), *Logistica e lavoro*, Ediesse, Roma, 2018.

[16] Cfr. G. FROSECCHI, G. ORLANDINI, *Esternalizzazione del core business nel settore alimentare: il caso Italpizza*, in *Lav. dir.*, 2021, p. 347 ss.; U. FRANCIOSI, *Il caso Castelfrigo*, in A. ALLAMPRESE, O. BONARDI (a cura di), *Logistica*, cit., p. 127 ss.

[17] Cfr., ampiamente, V. FURLANETTO, *Noi schiavisti. Come siamo diventati complici dello sfruttamento di massa*, Laterza, Roma-Bari, 2021.

[18] Cfr. L. DORIGATTI, A. MORI, *L'impatto delle scelte datoriali*, cit., p. 5 ss.; M. VERRUGGIO, *Dumping contrattuale: sanare i bilanci pagando 4 euro l'ora*, 6 febbraio 2021, in www.glistatigenerali.com.

[19] D. WEIL, *The Fissured Worplace. Why Work Became So Bad for So Many and What Can Be Done to Improve It*, Harvard University Press, Harvard, 2014; A. LO FARO, F. SCARPELLI, *Introduzione* al tema *La regolazione degli appalti tra normativa nazionale ed europea, giurisprudenza, prassi*, in *Riv. giur. lav.*, 2017, p. 381 ss.

[20] Cfr. L. DORIGATTI, *La precarietà invisibile*, in *il Mulino*, 2018, p. 561 ss.

li dell'appaltatore (o meglio, garanzia solidale delle due imprese per il riconoscimento ai dipendenti dell'appaltatore di trattamenti non inferiori a quelli goduti dai lavoratori del committente) … rischia di incentivare un aumento di appalti determinati appunto dalla mera ricerca di imprese con più basso costo del lavoro, magari appositamente promosse e costituite per collocarsi in settori dotati di più deboli contratti collettivi»[21].

Tutto questo impone di allargare lo sguardo per considerare quali siano gli strumenti migliori per impedire ai committenti di selezionare i fornitori solo in base ad una logica di competizione sui costi e, in particolare, del lavoro; nonché per rendere non più convenienti scelte siffatte.

In altri termini, se l'*exit option* dell'impresa committente, attraverso l'esternalizzazione, non dovesse più permettere a questa di scaricare costi e responsabilità sul fornitore, come al momento avviene, tenderebbero anche a scomparire i molteplici soggetti pseudo-imprenditoriali, presenti nella filiera degli appalti come appaltatori e subappaltatori, che spesso agiscono solo come meri serbatoi di manodopera. In questa prospettiva, bisogna prendere atto che, per contrastare le operazioni opportunistiche e, nella peggiore delle ipotesi, fraudolente, di disintegrazione del ciclo produttivo, la strada della protezione del lavoro passa ormai, principalmente, attraverso la regolazione dei rapporti tra le imprese, in vario modo legate da processi di polverizzazione e di integrazione organizzativa che comunque incidono sulle relazioni di lavoro.

È necessario quindi responsabilizzare il committente (molto di più di quanto al momento si verifica) rispetto alle condizioni assicurate dai propri fornitori ai loro dipendenti.

3. *Il rafforzamento della responsabilità del committente e la parità di trattamento negli appalti*

La responsabilizzazione del committente trova riscontro, in base alla normativa vigente, nella previsione della responsabilità solidale tra il medesimo, l'appaltatore e gli eventuali subappaltatori quanto ai trattamenti retributivi (e ai contributi previdenziali) spettanti ai dipendenti di questi ultimi, come sancito dall'art. 29, d.lgs. n. 276/2003[22]. La disposizione è stata

[21] F. SCARPELLI, *Appalto e distacco*, in E. GRAGNOLI, A. PERULLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, Cedam, Padova, 2004, p. 436.

[22] Responsabilità solidale allargata a danni non indennizzati ad opera degli istituti previdenziali, dall'art. 26, comma 4, d.lgs. n. 81/2008.

più volte modificata, nel corso degli anni; ma dopo la novella del 2017, provocata dalla necessità di evitare il referendum popolare sul testo allora vigente, non v'è dubbio che la tutela da essa garantita sia più efficace rispetto a prima [23]. Resta il problema che l'enunciato assicura solo la possibilità ai dipendenti dell'appaltatore e degli eventuali subappaltatori di aggredire i beni del committente per conseguire quanto loro dovuto dal proprio datore. Ciò che manca, e la cui assenza inevitabilmente favorisce la spinta alla frammentazione del ciclo di impresa, è la parità di trattamento tra dipendenti dell'appaltante e dell'appaltatore, come invece era previsto dall'abrogata disciplina della legge 23 ottobre 1960 n. 1369 [24].

Sembra così opportuna la reintroduzione di siffatta garanzia, accompagnata, peraltro, dalla codificazione di criteri più stringenti, rispetto a quelli contenuti nell'art. 29, comma 1, d.lgs. n. 276/2003, per distinguere l'appalto genuino dall'intermediazione illecita di manodopera ovvero dagli appalti di mere prestazioni di lavoro.

Sia la Carta della Cgil sia la proposta di legge n. 1423 offrono chiare indicazioni per colmare le falle dei meccanismi di tutela in queste situazioni non solo *de iure condendo*, ma anche parzialmente *de iure condito*. E cioè, tali progetti fissano linee di confine tra l'appalto genuino e quello di mere prestazioni di lavoro che possono anche essere utilizzate dalla giurisprudenza nell'interpretazione del testo attuale dell'art. 29, comma 1, d.lgs. n. 276/2003, nei casi problematici dei cosiddetti appalti ad alta intensità di manodopera o *labour intensive*, in cui è più frequente il rischio di sfruttamento della manodopera. Con ciò confermando l'idea che «il discrimine tra l'appalto lecito e l'appalto illecito, anche endoaziendale, non può essere dato dalla mera direzione della forza lavoro», e che, «ai fini della liceità occorre l'organizzazione e la gestione autonoma dell'opera o del servizio con assunzione del rischio economico del risultato pattuito» [25].

Anzitutto, la proposta n. 1423 modifica l'art. 29, d.lgs. n. 276/2003, «specificando che l'appalto cosiddetto "*labour intensive*", ossia consistente

---

[23] Cfr. D. GAROFALO, *Lavoro, impresa e trasformazioni organizzative*, in *Frammentazione organizzativa e lavoro: rapporti individuali e collettivi*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 17 ss.; L. FERLUGA, *La tutela dei lavoratori e il regime della responsabilità solidale nel contratto di appalto alla luce delle recenti (e forse ultime) modifiche*, in *Variaz. temi dir. lav.*, 2018, p. 407 ss.; M. NICOLOSI, *Il lavoro esternalizzato*, cit., p. 189 ss.

[24] Cfr. U. CARABELLI, *La responsabilità del datore di lavoro nelle organizzazioni di impresa complesse*, in *Dir. rel. ind.*, 2009, p. 91 ss.

[25] R. RIVERSO, *Cooperative spurie ed appalti. Nell'inferno del lavoro illegale*, in *Quest. giust.*, 30 aprile 2019, p. 9.

essenzialmente in prestazioni di lavoro, è lecito solo se riguarda lavoratori specializzati che garantiscano un notevole valore aggiunto rispetto all'ipotesi che quel servizio sia eseguito da normali dipendenti del committente». La disposizione progettata sancisce che «non è considerato legittimo l'appalto consistente in mere prestazioni di lavoro, salvo che l'appaltatore eserciti il potere organizzativo e direttivo esclusivamente nei confronti di lavoratori in possesso di competenze specialistiche e diverse da quelle dei lavoratori alle dipendenze del committente, tali da generare un evidente incremento di produttività e di risultati».

La Carta della Cgil è ancora più analitica, perché parte da un generale divieto (salva ovviamente l'ipotesi della somministrazione lecita) di «utilizzazione diretta di lavoratori dipendenti di soggetti terzi»: ipotesi vietata che «si verifica quando il soggetto interponente eserciti un ruolo esclusivo o prevalente con riguardo all'organizzazione e direzione del prestatore o dei prestatori di lavoro». Poi, la Carta aggiunge che «si ritiene in ogni caso prevalente il ruolo dell'interponente quando l'appaltatore interposto si limiti a svolgere le attività amministrative ed operative necessarie alla messa a disposizione del personale, ivi compresa l'eventuale organizzazione di turni e la sostituzione di personale assente». Inoltre, «il ruolo prevalente dell'interponente non è escluso dall'esercizio da parte dell'interposto o di personale che da lui dipenda, di poteri gerarchici e direttivi nei confronti degli altri lavoratori, quando per la natura della prestazione, per le sue modalità organizzative, per i rapporti intercorrenti tra il personale dell'interponente e il personale direttivo dell'interposto, non risulti un effettivo ruolo organizzativo del soggetto interposto e l'utilizzo da parte di questo di un significativo *know-how* di impresa». Sul piano dell'accertamento in concreto della fattispecie vietata, è significativa la precisazione che «il giudice può assegnare valore di presunzione dell'interposizione all'assenza, per quanto riguarda l'interposto, di una significativa autonoma struttura di impresa rispetto al personale impiegato nell'opera o nel servizio, alla ridotta dimensione o capitalizzazione dell'impresa, all'eventuale rapporto di monocommittenza con l'interponente, alla presenza di rapporti di dipendenza economica, finanziaria o di controllo con l'interponente, all'assenza di caratteristiche di effettiva specializzazione dell'opera o del servizio resi rispetto alle attività rientranti nel ciclo produttivo del committente o interponente».

La recente giurisprudenza adotta prospettive simili ed è molto attenta nella ricerca del datore di lavoro sostanziale[26]. Ad esempio, in un caso ri-

[26] Cfr. G. FLAIM, *La tutela del lavoro nell'impresa frammentata (in modo fittizio o ge-*

guardante un appalto per la gestione della logistica di un magazzino, essa ritiene sussistente la fattispecie interpositoria vietata, sulla base del fatto che il committente domina l'intera organizzazione del lavoro della struttura tramite la dotazione dei lavoratori dell'appaltatore di strumenti tecnologici che ne consentono la direzione e il controllo: tra cui cuffie, microfoni e pistole a radiofrequenza [27]. In un'altra ipotesi, riguardante proprio l'industria della carne, la somministrazione illecita di manodopera è stata ravvisata nella circostanza che «non solo la lavorazione appaltata» (cioè la «lavorazione e confezionamento delle carni») «è pienamente compenetrata nell'azienda ed inseparabile dal ciclo produttivo (anzi rappresenta l'intero ciclo produttivo), ma anche i lavoratori esterni ad essa impiegata diventano corpo unico con l'azienda appaltante, perché in essa completamente inseriti e non scindibili né eliminabili» [28].

Di particolare rilievo è che sia la Carta della Cgil sia la proposta n. 1423 reintroducono la regola della parificazione dei trattamenti minimi tra dipendenti dell'appaltante e dell'appaltatore, con la previsione che quest'ultimi ovviamente restano legati dal vincolo di solidarietà. La Carta della Cgil limita l'applicazione della responsabilità solidale per il trattamento minimo «ogni qualvolta un'impresa affidi ad altra impresa la realizzazione di una fase o porzione del proprio ciclo produttivo, mediante contratto di appalto o di altro tipo, in base al quale l'affidatario operi in condizione di dipendenza economica nei confronti dell'affidante»; precisando poi nel dettaglio i criteri di individuazione della suddetta dipendenza economica. E poi, la stessa Carta mantiene il vincolo di solidarietà, ma senza il precetto di parificazione dei trattamenti, per gli appalti in cui non si riscontri la dipendenza economica dell'appaltatore.

Dal canto suo, la proposta n. 1423 prescinde da tale condizione (di dipendenza economica) e sancisce l'applicazione della regola paritaria e della garanzia della responsabilità solidale agli «appalti di opere o di servizi compresi lavori di facchinaggio, di pulizia e di manutenzione ordinaria degli impianti da eseguire all'interno delle aziende con organizzazione e gestione propria dell'appaltatore».

Così, la reintroduzione del principio della parità di trattamento comporterebbe una maggiore responsabilizzazione delle imprese *leader* in ordine al-

---

nuino): due nitide pronunce della Suprema Corte, in *Quest. giust.*, 10 settembre 2020, p. 1 ss.; Trib. Milano 18 marzo 2019 n. 7200; App. Brescia, 19 febbraio 2019 n. 65.

[27] Cfr. Trib. Padova 16 luglio 2019, in *Lav. giur.*, 2019, p. 1135 ss.

[28] Trib. Reggio Emilia 13 febbraio 2018 n. 41; e, sui profili sanzionatori degli appalti illeciti, cfr. S. BATTISTELLI, *Legittimità*, cit., p. 992 ss.

la selezione dei contraenti, rispetto a quanto oggi consegue dalla sola applicazione del vigente principio della responsabilità solidale. E, come s'è visto dall'esame delle proposte citate, l'esenzione dalla regola della parità di trattamento potrebbe operare, in via di eccezione, solo per gli appalti di attività temporanee, rapsodiche e non connesse con il ciclo produttivo dell'impresa appaltante, ovvero per gli appalti in cui l'appaltatore offra opere e servizi che presuppongono il possesso di specializzazioni e *know how* particolari.

Non si può nascondere che si potrebbero presentare concreti problemi di applicazione della regola paritaria quasi analoghi a quelli che hanno riguardato l'art. 3 dell'abrogata legge n. 1369/1960. Ciò perché entrambi i progetti circoscrivono l'operatività della suddetta regola a peculiari casi di appalti: la Carta a quelli connessi al «ciclo produttivo», la proposta n. 1423 a quelli «da eseguire all'interno delle aziende»[29].

Beninteso, oltre a sottolineare che è illusorio pensare che esistano norme perfette, e quindi efficaci in modo automatico, va detto che l'accoglimento di tale principio avrebbe comunque un enorme valore simbolico, perché eserciterebbe di fatto una pressione sui committenti a rifuggire da scelte basate solo su ragioni di costo e non motivate da reali esigenze produttive.

D'altra parte, utili spunti *de iure condendo* pervengono, altresì dalla più recente esperienza comparata. Difatti, in Germania, una legge del 2020 ha previsto l'obbligo per le imprese del settore della lavorazione della carne di avvalersi solo di dipendenti diretti per alcune delle fasi centrali del processo produttivo, con ciò vietando ogni forma di esternalizzazione[30]. L'intervento del legislatore tedesco è stato sollecitato dall'evidente dato che tali pratiche mettevano in pericolo i più elementari diritti dei lavoratori. Ciò dimostra come sia possibile, in determinati contesti caratterizzati dal forte sfruttamento della manodopera esterna, incidere sulle scelte organizzative dell'impresa con adeguati bilanciamenti dei contrapposti interessi, affinché si riducano *a priori* i rischi a danno dei lavoratori.

---

[29] Cfr. M. MARINELLI, *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 158 ss.; D. IZZI, *Lavoro negli appalti*, cit., p. 31 ss.; M. NICOLOSI, *Il lavoro esternalizzato*, cit., p. 173 ss.

[30] Cfr. W. DÄUBLER, *Arbeitsschutz schafft neues Arbeitsrecht!?*, in *NZA*, 2021, p. 86 ss; S. EROL, T. SCHULTEN, *Renewing labour relations in the german meat industry*, in *WSI Report*, n. 61, gennaio 2021, p. 1 ss.

4. *La successione negli appalti*

Un momento particolarmente delicato è quello del cambio d'appalto, alquanto frequente a causa sia (soprattutto) della tendenza degli appaltanti a ridurre i costi della catena, mutando le condizioni dell'appalto ad ogni scadenza, sia (anche) della fragilità dei fornitori-appaltatori. La Carta prevede un articolato meccanismo volto a rafforzare la tutela dell'occupazione dei lavoratori coinvolti nel cambio d'appalto. Questo documento è, tuttavia, precedente alla modifica dell'art. 29, comma 3, d.lgs. n. 276/2003, operata dalla legge comunitaria n. 122/2016, varata per evitare la procedura di infrazione avviata dalla Commissione europea per contrasto con la direttiva 2001/23/CE in materia di trasferimento d'azienda [31].

Tuttavia, appare opportuna una piccola manutenzione del nuovo testo dell'art. 29, comma 3, d.lgs. n. 276/2003, in modo tale da rafforzarne il contenuto protettivo. In una direzione siffatta si muove la proposta n. 1423 che suggerisce la sostituzione dell'art. 29, comma 3, d.lgs. n. 276/2003, con la previsione secondo cui «in caso di subentro di nuovo appaltatore si applicano le disposizioni dell'art. 2112 c.c., salvo che tra i due contratti di appalto vi siano evidenti elementi di discontinuità con riguardo ai mezzi strumentali utilizzati e al contenuto dell'attività svolta; in tale ultima ipotesi i lavoratori hanno comunque diritto al reimpiego da parte del nuovo appaltatore senza peggioramento delle condizioni economiche e normative».

Insomma, si tratta con chiarezza di stabilire, come regola generale, che la successione negli appalti rientri nell'ambito di applicazione dell'art. 2112 c.c., in presenza delle condizioni fissate dalla giurisprudenza della Corte di giustizia [32]. E, in caso contrario, comunque garantendo ai lavoratori coinvolti apposite salvaguardie occupazionali ed economiche, generalizzando le previsioni delle clausole sociali più garantiste della contrattazione collettiva [33].

---

[31] Cfr. D. GAROFALO, *Lavoro*, cit., p. 73 ss.; C. FALERI, *Ciò che appalto non è. A proposito dell'intervento riformatore in materia di successione di appalti e trasferimento d'azienda*, in *Giur. comm.*, 2018, p. 1044 ss.

[32] Cfr. M. ROCCELLA, T. TREU, M.P. AIMO, D. IZZI, *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, VIII ed., Cedam, Padova, 2019, p. 392 ss.; L. ARIOLA, *Subentro nell'appalto labour intensive e trasferimento d'azienda*, in D. GAROFALO (a cura di), *Appalti e lavoro*, II, Giappichelli, Torino, 2017, p. 209 ss.; G. A. RECCHIA, *Cambio appalto, stabilità occupazionale e contrattazione collettiva*, *ivi*, p. 235 ss.

[33] Cfr. E. GRAGNOLI, *Il contratto nazionale nel lavoro privato*, Giappichelli, Torino, 2021, p. 261 ss.; F. PANTANO, *Le clausole sociali nell'ordinamento giuridico italiano*, Pacini, Pisa, 2020, p. 153 ss.; L. RATTI, *Autonomia collettiva e tutela dell'occupazione*, Cedam, Padova, 2018, p. 99 ss.

D'altra parte, v'è chi ritiene che, grazie all'art. 29, comma 3, d.lgs. n. 276/2003, abbia ottenuto un riconoscimento legislativo il diritto del lavoratore, coinvolto nel cambio di appalto, alla continuità occupazionale «sia pure attraverso una norma di segno negativo, e ciò a prescindere dalla previsione contenuta in un contratto collettivo». Secondo questa tesi, ostacolare la suddetta soluzione, richiamando la libertà economica d'impresa, e quindi la libertà dell'imprenditore di scegliere la forza lavoro, costituisce «un vero e proprio apriorismo ideologico». Questo perché «la libertà di scelta, pur riconosciuta dal nostro ordinamento…, non può ritenersi pregiudicata dal diritto al passaggio dei lavoratori impiegati nell'appalto nella misura in cui questo opera a cascata, con una totale e piena compensazione tra l'imposizione iniziale del vincolo e la liberazione totale finale, al momento del cambio»[34].

Per ciò che concerne gli appalti pubblici andrebbe maggiormente promossa la stabilità occupazionale e la tutela dei lavoratori investiti dal cambio di appalto, con un'opportuna modifica dell'art. 50, d.lgs. n. 50/2016 (codice dei contratti pubblici). Condivisibile è la nuova formulazione di tale ultima previsione suggerita dalla proposta n. 1423, secondo cui «per gli affidamenti dei contratti di concessione e di appalto di lavori e servizi diversi da quelli aventi natura intellettuale, i bandi di gara, gli avvisi e gli inviti inseriscono, nel rispetto dei principi dell'Unione europea, specifiche clausole sociali volte a subordinare l'esito positivo della gara alla garanzia della piena stabilità occupazionale del personale impiegato, prevedendo inoltre l'applicazione da parte dell'aggiudicatario delle condizioni di orario e di retribuzione proprie dei contratti collettivi di settore di cui all'art. 51 del d.lgs. n. 81/2015, e comunque non peggiorative rispetto a quelle previste dalla contrattazione collettiva applicata dall'impresa cessionaria».

È evidente che, con un siffatto enunciato, si porrebbero dei limiti alla libertà di iniziativa economica dell'imprenditore subentrante giustificati dall'esigenza prevalente della garanzia degli interessi dei lavoratori coinvolti dal fenomeno successorio; e, anche, a ben vedere, di una regolazione del mercato degli appalti pubblici che contemperi il principio della concorrenza con i preminenti valori sociali di cui non può non tenere conto la pubblica amministrazione[35].

---

[34] D. GAROFALO, *Il cambio di appalto tra disciplina legale e disciplina autonoma*, in D. GAROFALO (a cura di), *Appalti e lavoro*, cit., p. 205 s.

[35] Cfr., per alcuni spunti, P. TULLINI, *Concorrenza ed equità nel mercato europeo: una scommessa difficile (ma necessaria) per il diritto del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2018, I, p. 207

5. *La nuova disciplina del subappalto nell'ambito degli appalti pubblici*

Di recente, in Italia, è stato modificato (con il d.l. n. 77/2021) l'art. 105, comma 14, d.lgs. n. 50/2016, che ora prevede che «il subappaltatore, per le prestazioni affidate in subappalto, deve garantire gli stessi standard qualitativi e prestazionali previsti nel contratto di appalto e riconoscere ai lavoratori un trattamento economico e normativo non inferiore a quello che avrebbe garantito il contraente principale, inclusa l'applicazione dei medesimi contratti collettivi nazionali di lavoro, qualora le attività oggetto di subappalto coincidano con quelle caratterizzanti l'oggetto dell'appalto ovvero riguardino le lavorazioni relative alle categorie prevalenti e siano incluse nell'oggetto sociale del contraente principale»[36].

Quest'ultima disposizione si lega, in particolare, all'art. 30, comma 4, d.lgs. n. 50/2016, secondo cui «al personale impiegato nei lavori, servizi e forniture oggetto di appalti pubblici e concessioni è applicato il contratto collettivo nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro stipulato dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e quelli il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente».

La novella del citato art. 105, comma 14, d.lgs. n. 50/2016, introduce , nell'ambito della catena degli appalti pubblici, il principio della parità di trattamento tra i dipendenti dell'appaltatore principale e del subappaltatore, con ciò bloccando la diffusa prassi per cui i subappaltatori applicano contratti collettivi meno onerosi rispetto a quelli degli appaltatori[37].

Ma con ciò non è risolto il problema dei problemi che concerne questo settore[38]. Difatti, per la giurisprudenza amministrativa, l'appaltatore principale

---

ss.; C. FALERI, *Ciò che appalto non è*, cit., p. 1061 ss.; M. NOVELLA, *Costo del lavoro e retribuzione negli appalti pubblici di servizi*, in *Lav. dir.*, 2020, p. 276 ss.

[36] Cfr. I. PETRONE, *Le novità in chiaroscuro della nuova disciplina del subappalto nell'ambito degli appalti pubblici*, in *Diritti & Lavoro Flash*, 2021, n. 5, p. 4 ss.; R. SCHIAVO, G. PIGLIALARMI, *La nuova disciplina del subappalto nei contratti pubblici*, in *Bollettino Adapt*, 2 novembre 2021, n. 18.

[37] Cfr. O. RAZZOLINI, D. ANDREUTTO, T. SORBELLO, *Il conflitto nel settore dell'igiene ambientale: evidenze empiriche d'un Italia divisa in due*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2020, p. 400 ss.

[38] Più in generale, per una condivisibile lettura della funzione *antidumping* salariale del codice dei contratti pubblici, cfr. M. NOVELLA, *Costo del lavoro*, cit., p. 265 ss.

(o affidatario) può liberamente scegliere il contratto collettivo da applicare «con il limite però che esso risulti coerente con l'oggetto dell'appalto»[39]. Il che ha determinato che, negli appalti pubblici, sia diffusa, da parte degli appaltatori, l'utilizzazione di contratti collettivi «poveri», come quello multiservizi o vigilanza e servizi fiduciari. Questi contratti hanno (in base alle declaratorie contrattuali) un campo di applicazione tanto ampio da consentirgli di osservare il citato limite, ma prevedono trattamenti economici molto bassi[40]. Il che è così eclatante da fare sì che il contratto collettivo vigilanza e servizi fiduciari sia stato spesso ritenuto, dalla giurisprudenza, in contrasto con l'art. 36 Cost.[41]. La soluzione di tali questioni richiede, però, un apposito intervento legislativo di manutenzione del sistema delle relazioni industriali che verrà tra poco esaminato e che comunque contenga l'obbligo di rispettare un contratto collettivo *leader* che assicuri ai lavoratori condizioni dignitose.

Su un piano più generale, sarebbe opportuno un ripensamento delle politiche di esternalizzazione messe in campo dalle pubbliche amministrazioni fortemente influenzate dall'ideologia del *New Public Management* che ha pervaso le riforme avviate a partire dagli anni novanta del secolo scorso. È un dato, indiscutibile, che qui la scelta di appaltare servizi e funzioni persegue una mera ragione di risparmio dei costi e produce la situazione paradossale per cui soggetti pubblici si avvalgono di lavoratori esterni con trattamenti nettamente inferiori a quelli degli interni e, talvolta, con condizioni al limite di un vero e proprio sfruttamento[42]. Di conseguenza, *rebus sic stantibus*, è indispensabile porre un freno a tali possibilità di indiscriminato ricorso agli appalti, consentendoli solo per attività di peculiare specializzazione ed eccezionali e quindi lontane dal *business* ordinario. E, inoltre, bisognerebbe andare oltre: e cioè, con decisione riformare la suddetta disciplina, in linea con la nuova sensibilità sociale dell'Unione europea e di una parte della stessa giurisprudenza amministrativa[43], avendo l'obiettivo di assicurare buone condizioni di impiego dei lavoratori. In-

[39] Cons. Stato 6 agosto 2019 n. 5574; Id. 15 marzo 2021 n. 2168.

[40] Cfr. O. RAZZOLINI, *Salario minimo*, cit., p. 11 ss.; L. BISON, *Cultura umiliata. Lavorare nei musei a 4 euro l'ora: il contratto dei vigilantes si fa strada nei Comuni*, in *il Fatto Quotidiano*, 28 giugno 2021, p. 13.

[41] Cfr. Trib. Torino 9 agosto 2019 n. 1128, in *Labor*, 2020, p. 75 ss., con nota di M. GIACONI; Trib. Milano 25 febbraio 2020 n. 225; Id. 4 dicembre 2020 n. 2539.

[42] Cfr. L. DORIGATTI, *Condizioni di lavoro nei servizi sociali: disintegrazione verticale e procurement pubblico*, in *Stato e Mercato*, 2017, p. 459 ss.; M. FANA, S. FANA, *Basta salari*, cit., p. 66 ss.

[43] Cfr. Cons. Stato 20 ottobre 2021 n. 7053.

somma, si tratta di trasformare il *procurement* pubblico «da uno strumento di *market-making* a uno strumento di *market embedding*»[44].

6. *Gli interventi sul sistema della contrattazione collettiva*

Mutatis mutandis, nel settore privato, in cui al momento non esiste alcun principio legale di parità di trattamento lungo la filiera degli appalti, v'è un vero e proprio *Far West* contrattuale in cui v'è una prolificazione di contratti collettivi, anche siglati da organizzazioni di scarsa o nulla rappresentatività (i cosiddetti contrati «pirata») aventi campi di applicazione sovrapponibili.

Perciò, sovente, il contratto collettivo diventa uno strumento concorrenziale tra le imprese che operano negli stessi ambiti merceologici, avendo ciascuna di queste la possibilità di scegliere un contratto collettivo meno gravoso rispetto a quello del proprio *competitor*. E nella catena degli appalti è costante il fatto che appaltatori e subappaltatori ricorrano a contratti collettivi diversi in confronto a quello dell'appaltante e sempre meno costosi. Significative sono le esperienze della filiera delle carni e dell'alimentare da cui risulta che gli appaltatori e subappaltatori, quando non ricorrono ad un contratto «pirata», applicano il contratto collettivo multiservizi molto più favorevole in rapporto a quello dell'industria alimentare a cui sono tenuti i committenti.

Pertanto, è urgente un intervento legislativo di disboscamento dell'aggrovigliato sistema contrattuale[45]. D'altra parte, non riscuote particolare successo, sotto il profilo dell'effettività, l'apprezzabile tentativo dei soggetti sindacali storici e più rappresentativi di tenere sotto controllo le catene produttive attraverso la previsione, nei rispettivi contratti collettivi, di clausole di pari trattamento tra i lavoratori impiegati nella catena degli appalti e di divieto di appalto di lavorazioni integrate nel *core business* dell'impresa *leader*[46].

Pertanto, la soluzione ottimale sarebbe quella dell'attuazione dell'art. 39 Cost., nella parte in cui disegna una contrattazione collettiva ad efficacia generale, secondo i vari modelli elaborati da una lunga riflessione scientifica

---

[44] L. DORIGATTI, *Condizioni di lavoro*, cit., p. 485.

[45] Sul punto, ovviamente, la discussione è del tutto aperta. Cfr. V. BAVARO, S. BORELLI, G. ORLANDINI, *La proposta di direttiva UE sul salario minimo adeguato*, in *Riv. giur. lav.*, 2021, I, p. 126 ss.; E. GRAGNOLI, *Il contratto nazionale*, cit., p. 155 ss.; G. PROIA, *Il contratto collettivo tra libertà di scelta e standard minimi di trattamento*, in *Mass. giur. lav.*, 2020, p. 945.

[46] Cfr. P. CAMPANELLA, *Nuove sfide*, cit., p. 957 ss.; S. BOLOGNA, S. CURI, *Relazioni industriali*, cit., p. 125 ss.; R. SCHIAVO, *La funzione della contrattazione collettiva nelle catene produttive nazionali: la necessità di una patto di filiera*, in *Lav. dir. Europa*, 2021, n. 2, p. 13 ss.

(come quello prefigurato dalla Carta della Cgil); e che comporti, in particolare, la definizione dei cosiddetti perimetri delle categorie contrattuali; e, nell'ambito di questi, la misurazione della rappresentatività dei soggetti legittimati a negoziare, in via esclusiva, il contratto collettivo di riferimento. Altra soluzione, più praticabile (in via di emergenza, come oggi si suole dire) è quella di una normativa più «leggera», sul solo salario minimo, che adotti il meccanismo già operante per il settore della cooperazione e validato dalla Corte costituzionale, con la sentenza n. 51/2015. In quest'ultima direzione, non è sufficiente che il legislatore si limiti a stabilire che il parametro di determinazione della retribuzione proporzionata e sufficiente di cui all'art. 36 Cost. sia costituito dal trattamento economico complessivo dettato dai contratti collettivi delle organizzazioni dei datori e dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale[47]. È altresì necessario che sia fissata, e periodicamente aggiornata, una soglia salariale minima oraria intercategoriale, invalicabile al ribasso da parte della contrattazione collettiva. E ciò per evitare la persistenza del fenomeno dei cosiddetti contratti collettivi «poveri», come il multiservizi e la vigilanza e servizi fiduciari che, pur siglati da organizzazioni senza dubbio rappresentative, prevedono retribuzioni minime tanto basse da avvicinarsi alla soglia di povertà.

7. *Conclusioni. La necessità di una strategia integrata*

Se quelle segnalate sono le riforme più importanti che vanno introdotte, per contrastare i fenomeni di deterioramento delle condizioni di lavoro nelle catene degli appalti (e non solo), ve ne sono altre alquanto significative che devono essere, seppure brevemente, accennate. È necessario, infatti, adottare tutta una serie di misure in modo tale da impedire l'abuso di modelli societari come quello delle cooperative e delle società a responsabilità limitata che costituiscono le forme di impresa prevalenti negli appalti e nei subappalti *labour intensive*[48]. In particolare, quanto alle cooperative, la proposta n. 1423 contiene un ricco campionario di modifiche alla normativa vigente per garantire l'effettività dello scopo mutualistico e la reale partecipazione dei soci lavoratori alla vita sociale[49].

---

[47] Cfr. M. BARBIERI, *La proposta*, cit., p. 403 ss.; O. RAZZOLINI, *Salario minimo*, cit., p. 11 ss.

[48] Cfr. P. ALLEVA, *Restituire*, cit., p. 34 ss.

[49] Cfr. S. BATTISTELLI, *Legittimità*, cit., p. 979 ss.; e, se vuoi, A. BELLAVISTA, *Cooperative e sfruttamento del lavoro nella logistica*, in *Riv. giur. lav.*, 2020, I, p. 454 ss.

Più in generale, è importante rafforzare e anticipare i controlli pubblici sulle imprese fornitrici impegnate nelle filiere degli appalti. Questo per impedire il frequente fenomeno fraudolento dato dal fatto che tali soggetti restano in vita, artatamente, per un tempo breve (circa due anni), e poi chiudono prima che gli enti istituzionali possano attivare le verifiche di rito, così eludendo i relativi obblighi fiscali e previdenziali. E, tuttavia, le stesse imprese riappaiono sotto una nuova veste formale, spesso nello spazio di un mattino, ma con una *governance* sostanzialmente identica: secondo il cosiddetto modello *fly-by-night*.

Sicché, è altresì indispensabile estendere la responsabilità solidale del committente nei confronti dei lavoratori impegnati nelle catene del valore, andando al di là di quella regolata dall'art. 29, comma 2, d.lgs. n. 276/2003 (limitata agli obblighi retributivi e previdenziali) e abbracciando integralmente anche il profilo fiscale. Il che impone la riforma dei meccanismi tributari attualmente in vigore[50]. Grazie ad una strategia così integrata dovrebbe essere possibile spingere il committente a scegliere partner affidabili e corretti, correndo altrimenti il rischio non solo di subire sanzioni, ma soprattutto di doversi sobbarcare i debiti di quest'ultimi.

Un utile modello di riferimento può essere rintracciato nella disciplina in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro e, in particolare, nell'obbligo di verifica dell'idoneità tecnico professionale delle imprese appaltatrici posto a carico del committente dall'art. 26, comma 1, d.lgs. n. 81/2008. Peraltro, sulla falsariga dell'art. 27, d.lgs. n. 81/2008 andrebbe introdotto un apposito sistema di qualificazione delle imprese appaltatrici e subappaltatrici, fissando i requisiti di affidabilità che esse devono possedere in relazione all'integrale rispetto della disciplina lavoristica.

In questa prospettiva, un ulteriore significativo strumento, per contrastare il lavoro irregolare, potrebbe essere quello di trapiantare, nelle catene degli appalti, la metodologia su cui si basa il cosiddetto «Durc di congruità», al momento operante nel solo settore edile[51]. In questo modo, andrebbe imposto all'impresa *leader* di documentare il valore e la tipologia dei servizi acquisiti, nonché la forza lavoro occupata dagli appaltatori e subappaltatori e i trat-

---

[50] Cfr. P. RAUSEI, M. BARBIZZI, *Ritenute fiscali in appalti e affidamenti: groviglio di documenti, controlli e sanzioni*, in *Bollettino Adapt*, 17 febbraio 2020, n. 7, p. 1 ss.; S. BATTISTELLI, *Legittimità*, cit., p. 996 ss.; nonché, se vuoi, A. BELLAVISTA, *Cooperative*, cit., p. 463 ss.

[51] Cfr. M. D'ONGHIA, *Casse edili e Durc: un rapporto virtuoso per la lotta al lavoro irregolare*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2021, p. 685 ss.; M. TUFO, *Una nuova misura di contrasto a lavoro nero e al dumping sociale nel settore edile: arriva il Durc di congruità*, in *Diritti & Lavoro Flash*, 2021, n. 6, p. 13 ss.

tamenti economici e normativi da essi applicati. Sicché, l'ente preposto alla vigilanza potrebbe verificare, mediante indici e dati statistici, la congruità dell'operazione economica sotto il profilo sia del personale impiegato rispetto agli standard prevalenti in ogni tipo di lavorazione sia dei trattamenti corrispondenti a quelli (almeno fino a quando non sarà in vigore una forma di salario minimo legale o di contrattazione collettiva ad efficacia generale) maggiormente praticati e diffusi nel relativo settore. Un interessante passo in questa direzione è stato posto in essere dall'Inps che ha predisposto una piattaforma informatica (denominata MoCOA: monitoraggio congruità occupazionale appalti) per la verifica, da parte dei committenti, della correttezza degli adempimenti contributivi delle imprese appaltatrici e subappaltatrici.

Infine, poche parole conclusive. Anzitutto, non va trascurata l'imprescindibile necessità che ogni intervento riformatore sia costruito nel modo più facilmente intellegibile ed applicabile. L'ideale sarebbe quello di instaurare, fin dalla progettazione, opportuni momenti di dialogo e di concertazione con le rappresentanze dei datori e dei lavoratori e anche con i professionisti che prestano assistenza alle aziende nella gestione del personale. Ciò al fine di elaborare normative il più possibile conformi alla realtà dei problemi concreti da risolvere, e che siano condivise dai destinatari, così limitando le reazioni di rigetto [52].

Infine, come s'è visto, è evidente l'urgenza di una modernizzazione delle regole operanti all'interno delle catene del valore. Ma essa deve essere una modernizzazione di qualità. E cioè che si ispiri all'ideale «di costruire un mondo in cui lo sviluppo civile e sociale non sia il sottoprodotto dello sviluppo economico ma un obiettivo coscientemente perseguito» [53].

[52] Cfr. A. ASNAGHI, *Ritenute fiscali in appalto: fra legge e prassi la patetica mazurka dell'illogicità*, in *Bollettino Adapt*, 17 febbraio 2020, n. 7, p. 1 ss.

[53] F. CAFFÈ, *Intervista*, in G. AMARI (a cura di), *Federico Caffè. La dignità del lavoro*, Castelvecchi, Roma, 2014, p. 37.

LE SOCIETÀ CONTROLLATE DA ENTI PUBBLICI E LA LORO POSIZIONE DI APPALTATRICI

Enrico Gragnoli [*]

1. *La recente giurisprudenza sui rapporti fra amministrazione pubblica appaltante e società controllata e appaltatrice*

Con una affermazione forse rimasta un po' inosservata, resa in una sentenza a proposito di una cosiddetta "internalizzazione", si sono contestate l'esistenza e la necessità di un contratto di appalto nei rapporti fra un ente pubblico proprietario delle quote e una società controllata, con la pretesa impossibilità di configurare una violazione dell'art. 29, comma 1, d.lgs. n. 276/2003 qualora i dipendenti dell'impresa siano coordinati e diretti da uno dell'amministrazione, che ne disponga per il raggiungimento del finale obbiettivo produttivo [1]. Con una tesi impegnativa sul piano teorico e foriera di notevoli implicazioni, si sono ricondotti il concetto di "interposizione illecita" e, quindi, l'area di rilevanza dell'art. 29, comma 1, ai "casi in cui il committente e l'affidatario (di una prestazione di *facere*) si pongano in una relazione di alterità soggettiva, nell'ambito della quale, tra le rispettive strutture (…), non siano ravvisabili interferenze", per la conservazione della "autonomia funzionale" [2]. Solo in presenza di tali presupposti, "il legislatore ha avvertito l'esigenza di evitare fenomeni di fittizia imputazione del rapporto (…), suscettibili di incidere sulla tutela dei lavoratori e di generare dubbi sull'univoca individuazione della figura datoriale" [3].

---

[*] Professore ordinario di Diritto del lavoro – Università degli Studi di Parma.

[1] V. Cons. Stato, sez. III, 27 agosto 2021 n. 6062, in *Variaz. temi dir. lav., sito*, 2021.

[2] V. Cons. Stato, sez. III, 27 agosto 2021 n. 6062, cit.

[3] V. Cons. Stato, sez. III, 27 agosto 2021 n. 6062, cit.

Al contrario, tali condizioni non ricorrerebbero [4] "laddove lo stesso legislatore ammetta la legittimità di forme di affidamento diretto di un servizio tra soggetti appartenenti a un centro di imputazione unitario (sebbene formalmente articolato in una duplice soggettività giuridica), siccome accomunati dal perseguimento di un unico obbiettivo attraverso la predisposizione di una struttura (…) strettamente compenetrata e unitariamente diretta"; in tali ultime affermazioni, è facile ravvisare una aporia logica, poiché la "compenetrazione" organizzativa e la "direzione" unitaria sono al tempo stesso il presupposto dell'inapplicabilità dell'art. 29, comma 1, e la sua conseguenza, in quanto il negare l'operare della norma permette di giustificare il coordinamento dei dipendenti delle società da parte di funzionari o dirigenti dell'ente pubblico.

Come si soggiunge, "ai fini della configurazione del requisito del cosiddetto controllo analogo dell'ente pubblico partecipante nei confronti della società *in house*, quel che rileva è che il primo abbia statutariamente il potere di dettare le linee strategiche e le scelte operative della seconda" [5]. Da tale conclusione e dalla giurisprudenza costituzionale [6] si è desunta l'inesistenza di "un rapporto contrattuale intersoggettivo" tra l'amministrazione e la cosiddetta società *in house* [7]; il rapporto tra l'amministrazione e la società "trova la sua consacrazione in una fattispecie contrattuale – il contratto di servizio – non assimilabile al contratto tipico di appalto e concepito, appunto, al fine di rispondere alle esigenze operative proprie di un servizio gestito in forma internalizzata" [8].

A dire il vero, la tesi sottostima il rilievo generale dell'art. 29, comma 1, poiché, a prescindere dalle sue espressioni lessicali, non fa riferimento solo agli appalti, ma a ogni relazione organizzativa comportante la presenza di due soggetti distinti per la realizzazione di un obbiettivo produttivo. Sia l'art. 1 della legge n. 1369/1960, sia l'art. 29 del decreto n. 276/2003 sono un riflesso della subordinazione [9], sancendo l'illiceità della sostituzione nella titolarità del rapporto, fuori dall'ipotesi derogatoria della somministra-

---

[4] V. Cons. Stato, sez. III, 27 agosto 2021 n. 6062, cit., che usa l'espressione: "è evidente che (…) non ricorrono".

[5] V. Cons. Stato, sez. III, 27 agosto 2021 n. 6062, cit.

[6] V. Corte cost. 3 novembre 2010 n. 325, in *Giur. it. rep.*, 2010.

[7] V. Cons. Stato, Ad. Plen., 3 marzo 2008 n. 1, in *Giur. it. rep.*, 2008.

[8] V. Cons. Stato, sez. III, 27 agosto 2021 n. 6062, cit.

[9] V. G. De Simone, *Titolarità dei rapporti di lavoro e regole di trasparenza*, Franco Angeli, Milano, 1995, p. 55 ss.

zione di lavoro, appunto eccezione al principio generale [10], non solo nell'attuale stesura della prescrizione, ma già nelle norme più risalenti nel tempo [11]. Tuttavia, ferme le novità addotte dalla somministrazione [12], resiste il nesso fra subordinazione [13] e quanto un tempo era chiamato "divieto di interposizione di manodopera".

Infatti, nell'impianto della legge n. 1369/1960, il superato art. 1 era un riflesso della subordinazione [14] e, se mai, il dibattito avrebbe dovuto riguardare questa ultima, con una lettura coerente di tale disposizione e dell'art. 2094 c.c., alla ricerca di una visione complessiva [15]. Questa ricostruzione resta a distanza di quasi cinquanta anni come la più solida sul piano teorico, poiché non considera il vecchio art. 1 quale il frutto di una scelta occasionale [16] e non si sofferma sui temi della frode e dell'abuso del diritto [17], né sulla validità dei negozi di appalto (fermo il carattere più generale della proibizione), ma collega l'interposizione a una salda premessa, vale a dire il vincolo consensuale fra datore e prestatore di lavoro [18], con una fattispecie non aggirabile per l'intervento di terzi. Se tale modello non ha sempre avuto successo e si è talora obbiettato che ne sarebbe derivato un eccessivo irrigidimento della struttura aziendale [19], con troppo intensi limiti al cosiddetto decentramento [20], ha riscosso un meritato credito in giurispruden-

---

[10] V. R. DE LUCA TAMAJO, *Riflessioni intorno alle prospettive di legalizzazione del lavoro interinale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1995, I, p. 431 ss.

[11] V. O. MAZZOTTA, Requiem *per un decreto: su una ipotesi di regolazione del lavoro temporaneo*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1993, I, p. 212 ss.

[12] V. già P. ICHINO, *Il lavoro interinale e gli altri varchi del "muro" del divieto di interposizione,* in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1997, p. 503 ss.

[13] V. O. MAZZOTTA, *Rapporti interpositori e contratto di lavoro*, Giuffré, Milano, 1979, p. 175 ss.

[14] V. O. MAZZOTTA, *Rapporti interpositori e contratto di lavoro*, cit., p. 175 ss.

[15] V. O. MAZZOTTA, *Appalto*, III, *Appalto di prestazioni di lavoro*, in *Enc. giur.*, II, Roma, p. 1 ss. (dell'estratto).

[16] Sulle ragioni della legge n. 1369/1960, v. M. RUDAN, *L'interposizione nelle prestazioni di lavoro e la nuova disciplina degli appalti di opere e servizi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, p. 834 ss.

[17] V. G. NICOLINI, *Interposizione in frode alla legge nei rapporti di lavoro*, Giuffré, Milano, 1980, p. 15 ss.

[18] V. G. DE SIMONE, *Titolarità dei rapporti di lavoro e regole di trasparenza*, cit., p. 43 ss.

[19] V. E. GHERA, *Il lavoro nell'impresa minore: piccola impresa, artigianato, lavoro a domicilio*, in *Dir. lav.*, 1981, I, p. 319 ss.

[20] Sul ruolo della legge n. 1369/1960 rispetto alla disciplina complessiva dell'organizza-

za [21], poiché è stato il tradizionale riferimento per l'applicazione dell'art. 1 della legge n. 1369/1960. Infatti, i giudici sono andati alla ricerca di chi eserciti i poteri del datore di lavoro, se il committente o l'appaltatore. Questa impostazione non è venuta meno dopo l'introduzione dell'art. 29, comma 1, decreto n. 276/2003, in quanto le pronunce hanno continuato nello stesso percorso, e con ragione.

Ora l'intero ragionamento è messo in crisi per le cosiddette società *in house* e ciò non ha solo una ovvia importanza applicativa, per le pesanti conseguenze sul loro modo di operare e sul loro stesso significato istituzionale, vista la probabile, irresistibile tentazione delle amministrazioni di approfittare di questa opportunità offerta dall'ultima giurisprudenza. Viene in discussione la portata della riconosciuta "formale" articolazione "in una duplice soggettività giuridica" [22]; quindi, il problema investe, per un verso, il nesso fra realtà economica e strumento giuridico e, per altro verso, il significato ultimo del divieto dell'art. 29, comma 1, e la sua portata protettiva.

2. *Il significato del cosiddetto divieto di interposizione e la sua applicazione necessaria in ogni relazione organizzativa intersoggettiva*

Non suscita perplessità la citata visione dell'art. 1 della legge n. 1369/1960 e dell'art. 29, comma 1, decreto n. 276/2003, né fa sorgere soverchi dubbi il contratto di somministrazione, derogatorio per pretesi obbiettivi di governo più lineare del mercato [23], senza che siano rinnegati i fondamenti sistematici del divieto di interposizione [24], dei quali, se mai, si esclude l'operare in fattispecie circoscritte [25]. Si è sempre sottolineata l'importanza dei controlli ai fini della decisione sull'osservanza del citato art. 29, comma

zione aziendale, v. F. CARINCI, *Rivoluzione tecnologica e diritto del lavoro: il rapporto individuale*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1985, p. 211 ss.

[21] Per esempio, v. Cass. 29 settembre 2011 n. 19920, in *Giur. it. rep.*, 2011.

[22] V. Cons. Stato, sez. III, 27 agosto 2021 n. 6062, cit.

[23] V. R. DE LUCA TAMAJO, *I processi di terziarizzazione* intra moenia *ovvero la fabbrica "multi societaria"*, in *Dir. merc. lav.*, 1999, p. 53 ss.

[24] In senso opposto, v. A. GUARNIERI, *L'interposizione ingiustificata nei rapporti di lavoro: la problematica civilistica*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1987, I, p. 447 ss.

[25] V. già V. SPEZIALE, *La struttura del contratto per prestazioni di lavoro temporaneo,* in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1998, p. 201 ss.

1[26], con conclusioni tradizionali[27] a proposito dell'art. 1 della legge n. 1369/1960[28].

Mentre si continua a fare riferimento alla subordinazione ai fini dell'applicazione dell'art. 29, comma 1, decreto n. 276/2003[29], salvo discutere sui criteri di rilevazione, recenti pronunce sottolineano il potere di controllo del committente[30], affinché garantisca l'ordinato svilupparsi dell'appalto e la tutela dei diritti dei prestatori di opere. Così va in parte in crisi il collegamento ricostruttivo fra il modello di protezione dell'art. 29, comma 1, e la fattispecie dell'art. 2094 c.c.[31], soprattutto se, a tale ultimo riguardo, si fa riferimento, come si dovrebbe, all'emergere dei poteri direttivo e di controllo[32]. Imperniati sul contratto e inseriti nel rapporto[33], traggono causa dal negozio e il loro esercizio deve essere conforme agli obblighi generali derivanti dal complessivo contesto prescrittivo, che li fonda e li giustifica.

---

[26] V. Trib. Novara 20 febbraio 2007, in *Giur. it. rep.*, 2007.

[27] V. Trib. Nocera inferiore 23 gennaio 2013, in *Giur. it. rep.*, 2013.

[28] V. Cass. 27 luglio 2009 n. 17444, in *Giur. it. rep.*, 2009, per cui "l'illecita intermediazione e interposizione nelle prestazioni di lavoro, ai sensi della legge n. 1369 del 1960, sussiste nel caso in cui l'appalto abbia a oggetto la messa a disposizione di una prestazione lavorativa, con avvio dei dipendenti al lavoro presso l'appaltante senza il loro inserimento nell'espletamento di opere o servizi coinvolgenti l'organizzazione gestionale dell'appaltatore o, comunque, richiedenti l'impiego di un apparato di mezzi da questi fornito (nella specie, la sentenza di merito aveva ritenuto l'illiceità di un appalto avente a oggetto lo svolgimento di una prestazione lavorativa consistente nella materiale movimentazione e apertura di pacchi e nello smistamento del loro contenuto cartaceo, svolta sotto le direttive e il controllo del personale del committente)".

[29] V. Cass. 18 novembre 2019 n. 29889, in *Giur. it. rep.*, 2019.

[30] V. Cass. 28 ottobre 2019 n. 27382, in *Variaz. temi dir. lav., sito,* 2019, con particolare riguardo al controllo del committente sulla violazione di divieto di subappalto, pure sancito nel contratto.

[31] V. Cass. 18 novembre 2019 n. 29889, cit.

[32] V. G. OPPO, *I contratti di durata*, in *Riv. dir. comm.*, 1943, I, p. 143 ss.; L. SPAGNUOLO VIGORITA, *Riflessioni in tema di continuità, impresa, rapporto di lavoro*, in *Studi in onore di Francesco Santoro Passarelli*, Jovene, Napoli, 1972, p. 1023 ss.; R. DE LUCA TAMAJO *Il tempo di lavoro (il rapporto individuale di lavoro)*, in AA.VV., *Il tempo di lavoro, Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro*, Genova, 4-5 aprile 1986, Milano, 1987, p. 26 ss.

[33] V. BUONCRISTIANO, *Profili della tutela civile contro i poteri privati*, Cedam, Padova, 1986, p. 282 ss.; R. PESSI, *Il potere direttivo dell'imprenditore e i suoi nuovi limiti dopo la legge 20 maggio 1970, n. 300*, in *Dir. lav.*, 1973, I, p. 60 ss.; S. MAGRINI, *Lavoro (contratto individuale)*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, p. 369 ss.; C. ZOLI, *Subordinazione e poteri dell'imprenditore tra organizzazione, contratto e contropotere*, in *Lav. dir.*, 1997, p. 240 ss.

La loro attuazione deve essere ispirata a buona fede, come qualunque altra componente del rapporto, poiché il dovere di correttezza concerne la complessiva esecuzione. Dal momento che i poteri vi si inseriscono e sono conseguenza del contratto, il quale ne provoca il sorgere, la loro esplicazione deve essere coerente con tale dimensione [34]. Infatti, il potere è nella prospettiva del negozio, con tutte le sue implicazioni, a partire dall'obbligo di buona fede [35]. Per ciascun potere sono diverse l'intensità e la conformazione del sindacato giudiziale [36], ma per tutti si pone un problema di lealtà; essa deriva dalla continuità della convivenza, che fa sorgere obblighi reciproci [37]. Almeno, al loro titolare si deve chiedere di ragionare in buona fede, e ciò non significa che il giudice possa o si debba sempre sostituire per domandarsi che cosa avrebbe fatto. In una prospettiva più limitata, il potere è espressione della convivenza e delle regole che questa proietta [38]. La loro predeterminazione è l'essenza della subordinazione e vi è stato un ridimensionamento del concetto di dipendenza, pure presente nell'art. 2094 c.c. [39].

Non a caso, come si osserva, "elemento essenziale e determinante del lavoro subordinato, e discretivo rispetto a quello autonomo, è il vincolo della subordinazione, come soggezione al potere direttivo, organizzativo e disciplinare e che si estrinseca nell'emanazione di ordini specifici e in una assidua vigilanza. Gli altri caratteri dell'attività, come la continuità, la rispondenza a fini propri dell'impresa, le modalità di erogazione della retribuzione, l'assenza di rischio e l'osservanza di un orario non assumono rilievo determinante, poiché, entro certi limiti, sono compatibili sia con il rapporto subordinato, sia con quelli autonomi" [40]. L'analisi va al cuore

---

[34] V. L. MENGONI, *Il contratto di lavoro nel diritto italiano,* in AA.VV., *Il contratto di lavoro nel diritto dei Paesi membri della Ceca,* Giuffré, Milano, 1965, p. 59 ss.

[35] V. A. PERULLI, *La buona fede nel diritto del lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 2002, I, p. 11 ss.

[36] V. BUONCRISTIANO, *I poteri del datore di lavoro,* in *Tratt. dir. priv.,* diretto da P. Rescigno, vol. XV, tm. I, I ed., Utet, Torino, 1986, p. 573 ss.

[37] V. U. ROMAGNOLI, *Un diritto a misura d'uomo,* in *Riv. crit. dir. priv.,* 1989, p. 285 ss.; M. MAGNANI, *Diritti della persona e contratto di lavoro. L'esperienza italiana,* in *Quad. dir. lav. rel. ind.,* 1994, n. 15, p. 47 ss.

[38] V. U. ROMAGNOLI, *Per una rilettura dell'art. 2086 cod. civ.,* in *Riv. trim. dir. proc. civ.,* 1977, p. 1049 ss.

[39] V. S. HERNANDEZ, *Il dialogo tra dottrina e giurisprudenza sul rapporto di lavoro,* in AA.VV., *Il dialogo tra la dottrina e la giurisprudenza nel diritto del lavoro*, Roma, 1997, p. 311 ss.

[40] V. App. Bologna 15 maggio 2008, in *Giur. it. rep.,* 2008.

dell'art. 2094 c.c.[41] e della subordinazione, intesa come espressione dell'autorità, la quale si rinnova e, nel rispetto delle norme inderogabili di tutela del prestatore di opere, ne adatta il fare al progetto aziendale e lo riporta nel suo modificarsi progressivo alla realizzazione dell'interesse dell'impresa.

Vista come autorità[42], la subordinazione è esercizio dei poteri e attribuzione di uno spazio di iniziativa di tanto maggiore importanza[43], quanto si estende nel tempo e permette l'adeguarsi della collaborazione alle successive evenienze. Non a caso, lo stesso tema è ripreso con riguardo alla condizione del socio, poiché "nelle società di persone è configurabile un rapporto subordinato purché ricorrano due condizioni, che la prestazione non integri un conferimento previsto dal contratto e che il socio svolga la sua attività sotto il controllo gerarchico di un altro munito di poteri di supremazia"[44]. A identiche conclusioni si perviene qualora si discuta di un fare di particolare qualificazione e della cosiddetta subordinazione attenuata, poiché, "ai fini del lavoro dirigenziale, nel quale il lavoratore gode di ampi margini di autonomia e il potere di direzione si manifesta non in ordini e controlli continui e pervasivi, ma nell'emanazione di indicazioni generali di carattere programmatico, coerenti con la natura discrezionale dei compiti, il giudice deve valutare, quale requisito caratterizzante della prestazione, una situazione di coordinamento funzionale con gli obbiettivi dell'organizzazione, idonea a ricondurre ai tratti distintivi della subordinazione tecnico – giuridica" e, cioè, all'esercizio dei poteri[45].

---

[41] V. M. PERSIANI, *Riflessioni sulla giurisprudenza in tema di individuazione della fattispecie del lavoro subordinato,* in AA.VV., *Studi in onore di Francesco Santoro Passarelli,* Jovene, Napoli, 1972, 852 ss.; R. PESSI, *Contributo allo studio della fattispecie lavoro subordinato,* Giuffré, Milano, 1989, p. 184 ss.; P. SANDULLI, *Il lavoro autonomo,* in *Tratt. dir. priv.,* diretto da P. Rescigno, vol. XV, tm. I, II ed., Utet, Torino, 2001, p. 779 ss.

[42] V. L. MARIUCCI, *Culture e dottrine del giuslavorismo,* in *Lav. dir.,* 2016, p. 585 ss.

[43] V. U. CARABELLI, *Organizzazione del lavoro e professionalità: una riflessione su contratto di lavoro e post – taylorismo,* in *Giorn. dir. lav. rel. ind.,* 2004, p. 5 ss.

[44] V. Cass. 21 giugno 2010 n. 14906, in *Giur. it. rep.,* 2010.

[45] V. Cass. 15 maggio 2012 n. 7517, in *Giur. it. rep.,* 2012.

3. *Le cosiddette società* in house*, la loro piena soggettività e il divieto di interposizione*

Se la subordinazione è il frutto [46] del manifestarsi dei poteri [47], all'univoca ricostruzione dell'art. 2094 c.c. si accompagna la difficoltà della prova, per la struttura degli istituti processuali, ai quali riesce male il consentire la dimostrazione di fatti da cogliere in un lungo lasso di tempo e frammentati in molteplici eventi, da coordinare l'uno con l'altro e da vedere in una logica complessiva, a fronte di infiniti episodi, indicativi dell'autorità del datore di lavoro. Le migliaia di controversie sull'art. 2094 c.c. non sono combattute tanto con riguardo alla sua ricostruzione [48], poiché, a prescindere dalla compattezza del corrispondente orientamento giurisprudenziale, è convincente cogliere la centralità dei poteri nella causa del contratto. Prevale l'inevitabile difficoltà di dare la dimostrazione dei fatti significativi per la corretta interpretazione del negozio e la sua qualificazione. Del resto, se nel loro comporsi diacronico, i poteri rimandano all'autorità [49], non può essere semplice provare una simile relazione intersoggettiva, destinata a sfrangiarsi in forme di espletamento composite e diverse di giorno in giorno, con corrispondenti problemi di allegazione delle circostanze e di loro dimostrazione, a maggiore ragione se si dimenticano le necessità del processo orale e se l'assunzione della prova testimoniale ha luogo in modo approssimativo, senza gli adattamenti inevitabili.

La sentenza recente sulle cosiddette società *in house* [50] non rinnega solo il nesso fra la teoria della subordinazione e il divieto di interposizione, ma mette in discussione il criterio di necessaria identificazione del datore di lavoro, da cogliere nel soggetto con il quale il prestatore di opere sia legato dal rapporto e, quindi, abbia stipulato il contratto, per il preteso, possibile

---

[46] V. M. DELL'OLIO, *La subordinazione nell'esperienza italiana,* in *Arg. dir. lav.,* 1998, p. 710 ss.

[47] Sul risalto centrale del comportamento delle parti per l'interpretazione del contratto di lavoro, v. O. MAZZOTTA, *Autonomia individuale e sistema del diritto del lavoro,* in AA.VV., *Autonomia individuale e rapporto di lavoro,* Atti del X Congresso dell'Aidlass, Udine, 10-12 maggio 1991, Giuffrè, Milano, 1994, p. 10 ss.

[48] V. R. GRECO, *Le prospettive di applicazione dei criteri di distinzione fra lavoro autonomo e subordinato dopo il decreto legislativo n. 81 del 2015,* in *Variaz. temi dir. lav.,* 2016, p. 265 ss.

[49] V. O. MAZZOTTA, *Autonomia individuale e sistema del diritto del lavoro, loc. cit.,* p. 11 ss.

[50] V. Cons. Stato, sez. III, 27 agosto 2021 n. 6062, cit.

intervento di un funzionario dell'amministrazione controllante, in distonia dai più moderati e, così, convincenti orientamenti della giurisprudenza di legittimità [51], portati a sottolineare la "autonomia" fra i due enti, con il conseguente operare dell'art. 29, comma 1, decreto n. 276/2003. Soprattutto, l'ultima decisione [52] sposta il concetto di controllo istituzionale dal fronte societario, come, per tradizione, si è ritenuto [53], a quello organizzativo, riferendolo al compimento dell'attività, con l'assoggettamento dei lavoratori a poteri esercitati da persone estranee al datore di lavoro, appunto in contrasto con la necessaria trasparenza della sua identificazione [54].

Invece, le società *in house* erano state considerate non solo soggetti, ma vincolate al rispetto del diritto del lavoro privato [55], nel senso più articolato dell'espressione; infatti, si è affermato, "a tale regolamentazione si deve avere riguardo perché si valutino anche gli aspetti funzionali ed estintivi dei rapporti, oltre a quelli genetici" [56], con una locuzione onnicomprensiva, certo in grado di abbracciare il criterio dell'art. 29, comma 1, decreto n. 276/2003. La preferenza assegnata alle società *in house* rispetto agli altri appaltatori è fondata sulla convenienza economica [57], ma l'accettazione di una completa commistione organizzativa e, quindi, il superamento della stessa stipulazione di un contratto di appalto o di altro negozio (comunque sottoposto al divieto di interposizione) rendono persino impossibile il paragone con l'attività di terzi, paragone plausibile solo in presenza di una omogenea concezione delle due fattispecie. Ciò non incide sul "carattere ordinario" dell'affidamento di servizi a una impresa controllata [58], poiché tali indicazioni hanno finora riguardato la convenienza dell'operazione, ma non hanno investito l'assoggettamento diretto della posizione dei singoli prestatori di opere all'autorità dei dipendenti pubblici, con la sostanziale eliminazione della differenza fra la società e l'istituzione e la riconduzione della prima all'interno della seconda, come se non vi fosse alcun divario [59].

---

[51] V. Cass. 22 marzo 2018 n. 7222, in *Giur. it rep.,* 2018.

[52] V. Cons. Stato, sez. III, 27 agosto 2021 n. 6062, cit.

[53] V. Corte conti, Campania, sez. contr., 18 aprile 2018 n. 57, in *Giur. it. rep.,* 2018.

[54] V. G. DE SIMONE, *Titolarità dei rapporti di lavoro e regole di trasparenza*, cit., p. 55 ss.

[55] V. Tar Abruzzo, Pescara, sez. I, 4 aprile 2018 n. 131, in *Giur. it. rep.,* 2018; Cons. Stato, sez. IV, 29 settembre 2017 n. 4551, *ibid.,* 2017.

[56] V. Cass. 9 gennaio 2018 n. 271, in *Giur. it. rep.,* 2018.

[57] V. Cons. Stato, sez. V, 22 novembre 2017 n. 5437, in *Giur. it. rep.,* 2017.

[58] V. Cons. Stato, sez. V, 18 luglio 2017 n. 3554, in *Giur. it. rep.,* 2017.

[59] V. Cons. Stato, sez. III, 27 agosto 2021 n. 6062, cit.

Seppure con anticipazioni degli ultimi sviluppi [60], per la giurisprudenza tradizionale le società rimanevano "di diritto privato sul piano formale" [61], chiamate a stipulare contratti di lavoro e a sottostare in merito alla giurisdizione ordinaria. L'affermazione non avrebbe rilievo se non comportasse l'integrale accettazione della connessa disciplina [62], a partire dagli aspetti collegati in modo più stretto alla subordinazione; del resto, se il controllo pubblico è il presupposto dell'affidamento diretto del servizio, il primo deve investire la complessiva articolazione societaria [63], non le modalità operative, poiché, in difetto, verrebbe meno il senso stesso della regolazione privatistica, aggiuntiva al rispetto "dei principi del pubblico concorso e del buon andamento" [64].

4. *L'ultimo orientamento giurisprudenziale e la distonia dalla tradizionale ricostruzione delle società* in house

È messa in discussione la visione unitaria di tutte le società a capitale pubblico nella regolazione dei loro rapporti di lavoro [65] e, in particolare, delle relative procedure di reclutamento [66], a prescindere dal fatto che, per tradizione, la disciplina settoriale è di protezione del prestatore di opere [67],

---

[60] V. Tar Puglia, Bari, sez. I, 13 luglio 2017 n. 796, in *Giur. it. rep.,* 2017, sul fatto che la società *in house* è "solo formalmente" diversa dalla pubblicazione amministrazione, con una anticipazione degli ultimi sviluppi.

[61] V. Cons. Stato, sez. V, 21 giugno 2017 n. 3033, in *Giur. it. rep.,* 2017.

[62] Non a caso, si è detto, "la finalizzazione di una società di capitali alla gestione *in house* di un servizio pubblico non muta la natura giuridica privata della società con riguardo alle ricadute previdenziali dei rapporti di lavoro, ma assume rilievo nell'ordinamento nazionale e comunitario con riguardo al mercato e alla tutela della concorrenza. Non costituiscono indici della natura pubblica dell'ente il controllo della Corte dei conti stante il denaro pubblico dalla stessa utilizzato, né i vincoli di finanza pubblica, atteso che l'impegno di capitale pubblico impone il rispetto dei principi di imparzialità e di economicità e di buon andamento della pubblica amministrazione" (v. Cass. 23 aprile 2014 n. 9204, in *Giur. it. rep.,* 2014).

[63] V. Cons. Stato, sez. V, 29 maggio 2017 n. 2533, in *Giur. it. rep.,* 2017.

[64] V. Tar Puglia, Bari, sez. II, 1° dicembre 2014 n. 2986, in *Giur. it. rep.,* 2014.

[65] V. M. ALTIMARI, *Diritto del lavoro e società pubbliche tra impresa e amministrazione,* Giappichelli, Torino, 2020, p. 195 ss.

[66] V. M.G. GRECO, *Il reclutamento del personale nelle società a partecipazione pubblica,* in *Variaz. temi dir. lav.,* 2019, p. 379 ss.

[67] V. M. FALSONE, *I rapporti di lavoro nelle imprese esercitate da enti pubblici,* in *Comm. cod. civ.,* a cura di P. Schlesinger e, poi, di F.D. Busnelli, Giuffré, Milano, 2018, p. 73 ss.

per lo più con l'avvicinamento all'impiego pubblico e non con la liberazione dei poteri [68]. Essa ha luogo sul punto più delicato, cioè sulla stessa configurazione della subordinazione, fuori da una previsione normativa e in virtù di un appesantimento ingiustificato delle implicazioni del controllo. Fermo l'indebito accantonamento della distinzione fra soggetti giuridici e, cioè, fra l'amministrazione e la società, l'ultima tesi [69] sposta l'iniziativa dell'istituzione all'interno del rapporto fra il dipendente e l'impresa, come se il fare fosse reso in modo promiscuo per l'una e per l'altra e, quindi, con una sorta di configurazione di necessaria codatorialità [70], desunta dall'estensione delle prerogative istituzionali e sovrapposta alla logica del contratto.

Al contrario, il controllo dell'ente pubblico riguarda "gli atti di gestione" nel loro complesso e in previsione del perseguimento dell'interesse generale [71], con quella "separazione giuridica" [72] che impone di ricondurre all'appalto [73] i rapporti reciproci, non ai fini della selezione del contraente, ma del rispetto delle norme, appunto imposte dalla stessa "separazione giuridica" [74]. Questa presuppone la chiara identificazione del datore di lavoro, salvo immaginare una … notte in cui tutte le vacche sono nere e, in particolare, sia incerta e variabile a seconda della comodità dell'istituzione la definizione del datore di lavoro, con un intervento pesante sulle tutele e sulla stessa concezione del rapporto propria del tradizionale sistema privatistico.

Se, perché si stabilisca se il contratto fra imprese eviti di incorrere nel divieto dell'art. 29, comma 1, decreto n. 276/2003, occorre rinviare alla nozione di subordinazione e, per esempio, ha scarso rilievo la cosiddetta vo-

---

[68] V. P. ALBI, *La disciplina dei rapporti di lavoro nelle società a partecipazione pubblica fra vincoli contabili e garanzie giuslavoristiche,* in AA.VV., *Il disordine dei servizi pubblici locali. Dalla promozione del mercato ai vincoli di finanza pubblica,* Giappichelli, Torino, 2015, p. 236 ss.

[69] V. Cons. Stato, sez. III, 27 agosto 2021 n. 6062, cit.

[70] V. M.G. GRECO, *Il rapporto di lavoro nell'impresa multidatoriale,* Giappichelli, Torino, 2017, p. 157 ss.

[71] V. Cons. Stato, sez. VI, 11 febbraio 2013 n. 762, in *Giur. it. rep.,* 2013.

[72] V. Tar Toscana, sez. I, 13 giugno 2011 n. 1041, in *Giur. it. rep.,* 2011.

[73] Al contrario, sulla pretesa impossibilità di configurare un appalto fra la pubblica amministrazione e la società *in house,* v. Cons. Stato, sez. V, 30 aprile 2009 n. 2765, in *Urb. app.,* 2009, p. 1104.

[74] Invece, con una anticipazione degli ultimi sviluppi, tanto che si parla dei dipendenti della società *in house* come di funzionari dell'amministrazione proprietaria delle quote o delle azioni, v. Tar Lazio, Roma, sez. II, 14 marzo 2011 n. 2241, *Giur. it. rep.,* 2011.

lontà frodatoria [75], qualche adattamento deve essere operato rispetto all'art. 2094 c.c. [76]. Se si pensa ai soli poteri [77], come è preferibile nell'art. 2094 c.c. [78], si possono coordinare il comma 1 e 2 dell'art. 29 e mettere in collegamento la proibizione della cosiddetta interposizione e le forme di protezione riservate ai negozi legittimi, volte a migliorare la condizione dei dipendenti dell'appaltatore. Resta attuale la tesi per cui "la riduzione di capacità operative agisce sia sul terreno della assenza di una struttura 'organizzativa' autonoma, sia soprattutto su quello, contiguo e consequenziale, della carenza di originale assunzione del rischio gestionale, proiettandosi altresì sui poteri di 'direzione' del processo produttivo da parte dell'appaltatore. In sostanza nella logica del codice, organizzazione, gestione 'a proprio rischio' e direzione della impresa sono visti come anelli indissolubili di un'unica sequenza" [79].

Essa dovrebbe essere ricordata anche quando si discute dei poteri della pubblica amministrazione, perché l'attenuazione dei vincoli alla scelta del contraente non può fare dimenticare che … la società *in house* è un soggetto, appunto per la presenza di un rapporto giuridico (e non interorganico, a volerne riconoscere l'esistenza) [80], sia nei confronti dell'istituzione proprietaria delle quote o delle azioni, sia nei riguardi dei prestatori di opere.

Il divieto dell'art. 29, comma 1, decreto n. 276/2003 resta legato alla subordinazione [81] e deve operare per l'intero spettro delle imprese private, a tutela della coerenza del sistema. La validità del contratto di collaborazione fra aziende e pubblica amministrazione presuppone l'identificazione dell'effettivo datore di lavoro e non è accettabile una qualche attenuazione del rigore o dell'importanza dell'art. 29, comma 1, né è smentita l'esatta constatazione per cui "la legge colpisce con i propri divieti tutte le ipotesi in

---

[75] Invece, v. G. NICOLINI, *Interposizione in frode alla legge nei rapporti di lavoro*, cit., p. 75 ss.

[76] V. M. PERSIANI, *Diritto privato e diritto del lavoro,* in *Arg. dir. lav.,* 2009, p. 947 ss.

[77] V. R. PESSI, *Fattispecie ed effetti nel diritto del lavoro,* in *Tratt. dir. lav.,* diretto da F. Carinci, M. Persiani, vol. IV, *Contratto di lavoro e organizzazione,* tm. I*, Contratto e rapporto di lavoro,* a cura di M. Martone, Cedam, Padova, 2012, p. 77 ss.

[78] V. M. PERSIANI, *Lineamenti del potere direttivo,* in *Tratt. dir. lav.,* diretto da F. Carinci, M. Persiani, vol. IV, *Contratto di lavoro e organizzazione,* tm. I*, Contratto e rapporto di lavoro,* a cura di M. Martone, Cedam, Padova, 2012, p. 416 ss.

[79] V. O. MAZZOTTA, *Rapporti interpositori e contratto di lavoro*, cit., p. 410 ss.

[80] V. Cons. Stato, sez. III, 27 agosto 2021 n. 6062, cit.

[81] V. R. DE LUCA TAMAJO, *I processi di terziarizzazione* intra moenia *ovvero la fabbrica "multi societaria", loc. cit.,* p. 65 ss.

cui – attraverso accordi sostanzialmente simulatori – l'interposto e il committente predispongono strumenti negoziali 'alternativi' a quello del contratto di lavoro, rivestendo di forme giuridiche apparentemente diverse tale realtà" [82]. Questa lettura dell'art. 1 della legge n. 1369/1960 [83] e dell'art. 29, comma 1, decreto n. 276/2003 resta la più credibile [84], poiché non ne sono venuti meno i presupposti [85]. Lungi dall'essere alla periferia del diritto del lavoro privato, l'art. 29, comma 1, decreto n. 276/2003 ne è uno dei perni, in ragione del suo nesso con la subordinazione. E ciò riesce a maggiore ragione chiaro se si riflette sulle possibili conseguenze dell'attribuzione alle amministrazioni, in quanto proprietarie di quote o azioni, di poteri propri del datore di lavoro, con una sostanziale smentita dell'intrinseco assetto contrattuale del rapporto.

5. *Le possibili conseguenze applicative della tesi della giurisprudenza*

A prescindere dalla soluzione data al dubbio sull'operare dell'art. 29, comma 1, decreto n. 276/2003, il vantaggio per l'amministrazione insito nella collaborazione con la cosiddetta società *in house* non si collega a miglioramenti organizzativi rispetto a funzioni espletate in via diretta dal tradizionale apparato istituzionale [86], ma alla differente retribuzione dei dipendenti. In sé, ciò non lede alcun loro interesse, poiché il fenomeno si può verificare sempre, anche con l'affidamento a terzi, in ragione delle varie articolazioni della remunerazione, nel sistema dell'art. 36, comma 1, c.c. e con i numerosi contratti collettivi stipulati e chiamati a identificare il salario minimo. Tuttavia, il presupposto è il rispetto dell'art. 29, comma 1, decreto n. 276/2003, con la connessa coerenza fra il datore di lavoro "in senso formale" e quello effettivo.

Pertanto, la società *in house* deve operare eseguendo prestazioni prede-

---

[82] V. O. MAZZOTTA, *Rapporti interpositori e contratto di lavoro*, cit., p. 377 ss.

[83] V. M. MARINELLI, *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori,* Giappichelli, Torino, 2002, p. 87 ss.

[84] V. F. SCARPELLI, *Appalto,* in AA.VV., *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali. Commentario al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276,* a cura di E. Gragnoli, A. Perulli, Cedam, Padova, 2004, p. 435 ss.

[85] V. F. SCARPELLI, *Interposizione e appalto nel settore dei servizi informatici,* in AA.VV., *Nuove tecnologie e rapporti fra imprese. Profili giuslavoristici degli appalti di opere e servizi informatici,* Giuffré, Milano, 1990, p. 43 ss.

[86] V. Tar Puglia, Bari, sez. I, 13 luglio 2017 n. 796, cit.

finite e secondo l'ordinaria autonomia dell'appalto o, comunque, della cooperazione fra soggetti differenti, senza la commistione ora considerata legittima [87]. Questa si tradurrebbe in una mescolanza di dipendenti pubblici e privati, con i secondi governati dai primi e con il connesso esercizio quanto meno dei poteri direttivo e di controllo. Di fatto, l'unica distinzione fra i due gruppi chiamati a cooperare sarebbe nel ruolo secondario ed esecutivo dei lavoratori privati e nella loro minore retribuzione, perché assunti da una società senza alcun ruolo nell'organizzazione della loro attività, con una evidente lesione del principio di imparzialità dell'azione amministrativa e con una ricaduta diretta sulla necessaria parità di trattamento. Prima di essere ingiusta sul piano sostanziale, la situazione sarebbe irrazionale. Se operano nell'istituzione e come partecipi della sua struttura, i lavoratori hanno il diritto alla medesima remunerazione e non si vede come si potrebbe conciliare con i criteri costituzionali una contrapposizione basata sulla natura del datore di lavoro, se questo, cioè la società *in house,* fosse apparente e non assumesse in pieno e sotto ogni prospettiva la posizione, i poteri e la responsabilità relativi.

L'art. 29, comma 1, decreto n. 276/2003 non è una disposizione periferica e occasionale, orientata su marginali profili applicativi, ma trae inevitabili conseguenze dall'idea stessa della subordinazione, in connessione con il carattere (solo) contrattuale del rapporto. Il dimenticare il divieto di interposizione significa divergere dalla costruzione lineare del negozio e dalle sue ricadute sull'assetto degli interessi. Lo dimostra l'idea, per nulla condivisibile, per cui una amministrazione potrebbe reclutare lavoratori con trattamento peggiore, uguali … negli obblighi e non nei diritti. Questo fenomeno non è da definire con il moderno concetto di società *in house*. Si chiama caporalato.

[87] V. Cons. Stato, sez. III, 27 agosto 2021 n. 6062, cit.

L'APPALTO E IL LAVORO: INTERESSI E TECNICHE DI TUTELE

Rosario Santucci [*]

1. *Premessa*

Molto spesso nel diritto del lavoro si affrontano discipline frammentarie, disorganiche e disallineate rispetto ai bisogni e agli interessi delle persone e, nello specifico, del lavoro e dell'economia. Anche in materia di regole sui rapporti di lavoro negli appalti privati si assiste ad una situazione del genere [1], mentre, per gli appalti pubblici, sembra esserci una normativa più organica e funzionale, raccolta nel codice dei contratti pubblici [2].

---

[*] Professore ordinario di Diritto del lavoro – Università degli Studi del Sannio.

[1] Per un'analisi generale v. S. CASSAR, *Appalto e distacco*, in R. PESSI, G. PROIA, A. VALLEBONA (a cura di), *Approfondimenti di diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2021, p. 123 ss.; L. CORAZZA, *Somministrazione di lavoro e appalti*, in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale. Privato e pubblico*, Utet giuridica-Wolters Kluwer, Milano, 2020, p. 1626 ss.; S. ROSSI, *Appalto, somministrazione e interposizione illecita di manodopera*, in *Mass. giur. lav.*, 2020; D. GAROFALO, *Lavoro, impresa e trasformazioni organizzative*, in *Atti delle Giornate di studi Aidlass*, Cassino 18-19 maggio 2017, Giuffrè, Milano, 2018, p. 17 ss.; D. IZZI, *Lavoro negli appalti e* dumping *salariale*, Torino, Giappichelli, 2018; C. FALERI, *Il sistema di tutele negli appalti e sub-appalti privati tra riforme e contro-riforme*, in *IANUS*, n. 18, 2018, p. 144 ss.; I. ALVINO, *La tutela del lavoro nell'appalto*, in G. AMORUSO, V. DI CERBO, A. MARESCA (a cura di), *Diritto del lavoro. La Costituzione, il Codice civile e le leggi speciali*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 1740 ss.; M.T. CARINCI, *Processi di ricomposizione e di scomposizione dell'organizzazione: verso un datore di lavoro* "à la carte"?, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, n. 4, 2016, p. 733 ss.

[2] Cfr. d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, specie artt. 30, 50 e 105 su principi, clausole sociali e subappalti, come modificati dal d.lgs. 19 aprile 2017 n. 56 e per il subappalto dall'art. 49 del d.l. 31 maggio 2021 n. 77, conv. dalla legge 29 luglio 2021 n. 108. Su appalti pubblici e lavoro cfr., oltre il contributo di A. BOSCATI, in *questo volume*, I. ALVINO, *Clausole sociali, appalti e disgregazione della contrattazione collettiva nel 50° anniversario dello Statuto dei lavoratori*, in *Lav. dir. Europa*, n. 2, 2020; M. NOVELLA, *Costo del lavoro e retribuzione ne-*

Occorre dunque prestare molta attenzione agli orientamenti giurisprudenziali che si rivelano anche qui decisivi, non solo per l'applicazione delle norme [3]. Non si dimenticano, infatti, prima ancora del varo della normativa dell'inizio del secolo (d.lgs. 10 settembre 2003 n. 276), le sentenze che hanno ampliato l'ambito di liceità degli appalti, ritenendo insussistente la fattispecie vietata dall'art. 1, comma 1, legge 23 ottobre 1960 n. 1369 quando, nonostante la fornitura di macchine ed attrezzature (nella specie informatiche) da parte dell'appaltante, si fosse accertato e considerato integrare la fattispecie lecita il rilevante apporto da parte dell'appaltatore mediante il conferimento di capitale (diverso da quello impiegato per sostenere il costo del lavoro), *know how*, *software*, e in genere beni immateriali, aventi rilievo preminente nell'economia dell'appalto [4].

L'approccio giurisprudenziale è importante, ma è privo di un orizzonte generale, ed è inadeguato perciò per colmare lacune profonde. Anche per l'appalto privato occorrerebbe quindi la "mano" legislativa. Ciò non solo per razionalizzare le regole e le tutele ma anche per modificare registro, senza "allarmarsi" pensando che in tal modo si soppianti la "mano invisibile" del mercato. Questa, da sola, comunque – ammesso con riserva che lo sia mai stata – non ha mai realizzato l'equilibrio generale sperato e dunque occorre cercare il bilanciamento degli interessi attraverso il giusto equilibrio tra eteronomia e autonomia [5], preservando il senso del diritto del lavo-

gli appalti pubblici di servizi. Il quadro normativo e qualche numero, in *Lav. dir.*, n. 2, 2020, p. 261 ss.; M. GIACONI, *L'impiego strategico degli appalti pubblici alla luce del d.lgs. 50/2016. Le finalità sociali*, Aracne, Roma, 2019; A. L. FRAIOLI, *Appalti pubblici e contrattazione collettiva: spunti ricostruttivi*, in D. GAROFALO (a cura di), *Appalti e lavoro*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 922 ss.

[3] V. G. FLAIM, *La tutela del lavoro nell'impresa frammentata (in modo fittizio o genuino): due nitide pronunce della Suprema Corte*, in *Quest. Giust.*, n. 1, 2020; M.L. VALLAURI, Outsourcing *e rapporti di lavoro*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, Agg., Torino, 2003, p. 722 ss., spec. p. 739 ss.

[4] Cfr. Cass. 11 maggio 1994 n. 4585; successivamente Cass. 9 aprile 2008 n. 2264, Cass. 13 maggio 2009 n. 11022 e 7 novembre 2013 n. 25064; l'evoluzione è ricordata da Cass. 2 novembre 2021 n. 31128. Le sentenze citate in questo articolo sono reperibili nella Banca dati *Leggi d'Italia* o nei siti istituzionali delle Corti.

[5] V. per tutti l'illuminante volume, e innanzitutto il primo capitolo, di A. BOITANI, *L'illusione liberista. Critica dell'ideologia di mercato*, Laterza, Bari-Roma, 2021, che sottolinea come addirittura A. Smith parli di benefici effetti della mano invisibile *in una società ben governata*. Sul tema v. criticamente anche M. MAZZUCATO, *Missione economia. Una guida per cambiare il capitalismo*, Laterza, Bari-Roma, 2021. Per l'approccio gius-pubblicistico cfr. F. BASSANINI, G. NAPOLITANO, L. TORCHIA (a cura di), *Lo Stato promotore. Come cambia l'intervento pubblico nell'economia*, il Mulino, Bologna, 2021.

ro, la sua funzione di protezione della persona nei contesti produttivi [6].

Il nostro incontro di studio auspica un'attenzione ai problemi attuali. A mio parere per valutarli adeguatamente (le questioni e le discipline recenti o le regolamentazioni che non ci sono e dovrebbero esserci), bisognerebbe partire dall'analisi dei fenomeni, dall'individuazione dei bisogni e degli interessi emergenti, o comunque fondarsi su tali presupposti.

Si ripetono cose note; ma solo partendo dai "fatti" e dagli interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento, le tecniche possono valutarsi organicamente, se ne verificano necessità, proporzionalità, adeguatezza, decidendo poi se consentano, o no, la soddisfazione e il contemperamento tra gli stessi.

L'operazione, quindi, conduce verso l'analisi di questioni che si muovono sul sottile confine di regole consolidate, ma pur sempre attuali, e di altre che prendono l'abbrivo da normative più recenti.

2. *L'appalto nell'ambito del fenomeno dell'esternalizzazione*

L'appalto svolge un ruolo rilevante e prevalente nell'ampio fenomeno dell'esternalizzazione, verso il quale è ancora forte e solido l'interesse perché deriva dalla nuova organizzazione del lavoro (post-fordista) che ha preso piede da diverso tempo e, più in generale, dal nuovo modo di porsi del capitalismo attraverso le "catene globali di valore" [7]. Si tratta di un fenomeno da tempo all'attenzione di economisti, organizzativisti e sociologi dell'economia che vedono nello stesso una nuova fase della globalizzazione, l'esito delle trasformazioni che hanno modificato il profilo dell'organizzazione fordista della produzione e del lavoro verso una sua articolazione su scala globale [8].

---

[6] Sull'orientamento del diritto del lavoro cfr. A. BELLAVISTA, *Evoluzione e prospettive del diritto del lavoro*, in *Dir. merc. lav.*, n. 3, 2020, p. 541 ss.; A. GARILLI, *Le trasformazioni del Diritto del lavoro tra ragioni dell'economia e dignità della persona*, *ibidem*, n. 1, 2020, p. 3 ss.; F. SANTONI, *I modelli contrattuali del lavoro che cambia*, *ibidem*, n. 1, 2018, p. 5 ss. Con riguardo alla digitalizzazione dell'economia v. A. PIZZOFERRATO, *Digitalisation of work: new challenges to labour law*, in *Arg. dir. lav.*, n. 6, 2021.

[7] Si fa riferimento a "catene" di forniture di beni e servizi, che vedono la compresenza di diverse imprese, giuridicamente autonome, legate fra loro da relazioni contrattuali: appalto, subappalto, subfornitura (ad es., pulizia, logistica, consorzi di imprese e società capofila che gestiscono gli appalti per le consorziate) fino ad arrivare alle reti di imprese.

[8] Cfr. V. BORGHI, L. DORIGATTI, L. GRECO, *Il lavoro e le catene globali del valore*,

C'è la lettura "sana" dell'*outsourcing*, che ha messo in luce la necessità delle imprese di avvalersi di "specializzazioni" e di "flessibilità": l'azienda affida a una realtà esterna specializzata la gestione operativa di una o più funzioni, attività, parti della catena di valore[9]. Il processo si caratterizza per gradi diversi tra *commitment* e *outsourcer*, da un rapporto di mercato a un livello elevato che configura un rapporto quasi-organizzativo. L'obiettivo è quindi maggiore efficienza e maggiore flessibilità del fattore lavoro[10].

C'è però una lettura anche diversa, che stigmatizza i rischi del fenomeno, dove l'obiettivo è soprattutto la riduzione dei costi "ad ogni costo", specie di quelli della manodopera. Questo emerge in quei contesti, pubblici e privati, in cui a venire affidati all'esterno sono esattamente le stesse mansioni svolte dai dipendenti "diretti". Poiché i settori di *outsourcing* sono caratterizzati dal *labour intensive* è evidente come l'obiettivo della riduzione del costo abbia una stretta connessione con la regolamentazione del rapporto di lavoro nelle organizzazioni coinvolte in questi processi[11]. La

---

Ediesse, Roma, 2017. Per un approccio giuslavoristico cfr. V. BRINO, *Diritto del lavoro e catene globali del valore*, Giappichelli, Torino, 2020; M. MAGNANI, *I tempi e i luoghi del lavoro. L'uniformità non si addice al post-fordismo*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona.IT"*, 404/2019; T. TREU, *Globalizzazione e diritti umani. Le clausole sociali dei trattati commerciali e negli scambi internazionali fra imprese*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona.IT"*, 133/2017.

[9] Cfr. G. COSTA, M. GIANECCHINI, *Relazioni umane. Persone, relazioni e valori*, Mc Graw Hill, Milano, 2013, p. 363 ss.; L. DORIGATTI, A. MORI, *L'impatto delle scelte datoriali sulle condizioni di lavoro e sulle diseguaglianze: disintegrazione verticale, esternalizzazioni e appalti*, in *Sociologia del lavoro*, n. 144, 2016; L. DORIGATTI, *La precarietà invisibile. Catene di valore, appalti e condizioni di lavoro*, in *Il Mulino*, n. 4, 2018, p. 561 ss.; G. COSTA, P. GUBITTA, D. PITTINO, *Organizzazione aziendale. Mercati, gerarchie e convenzioni*, Mc Graw Hill, Milano, 2021, p. 235 ss.; M. DE CASTRI, *Leggere le organizzazioni*, Guerini, Milano, 2021.

[10] La letteratura organizzativistica, citata nella nota precedente, individua quattro tipi di *outsourcing* in base a due parametri (collocazione rispetto al *core business* delle attività da esternalizzare; complessità gestionale delle attività): – tradizionale (esternalizzazione di attività *no core* e a bassa complessità gestionale con abbassamento dei costi e vantaggio nella specializzazione dell'*outsourcing*: ad es. pulizia o servizi di sicurezza); – tattico (relativo ad attività di alta complessità, *no core business*; riguarda funzioni specialistiche soprattutto ICT e logistica: il livello qualitativo della prestazione garantisce il vantaggio competitivo); – soluzione (vicinanza a *core business*; *engineering* interno del prodotto e affidamento a terzi della realizzazione; sono necessarie interazione tra i soggetti); – strategico (attività vicine a *core business* e ad alta complessità gestionale; sorta di *partnership*: si tratta del fenomeno più complesso perché comporta integrazione di culture aziendali che dovranno affrontare, tra i vari problemi, trasferimenti di personale, valutazioni di *performance*, definizione di regole contrattuali).

[11] Cfr. L. DORIGATTI, *Ridotte all'osso. Disintegrazione verticale e condizioni di lavoro*

catena degli appalti in molti settori mostra una corsa al ribasso di condizioni di lavoro e salari; inoltre nasconde forme di somministrazione illecita di manodopera. Si assiste all'elusione "istituzionale" che consente alle imprese "clienti" di aggirare gli obblighi cui sarebbero altrimenti sottoposte nella gestione del proprio personale.

Le analisi sociologiche rivelano poi che le imprese committenti esercitano una costante pressione volta alla ridimensione dei costi, mettendo in competizione fra loro i fornitori per ottenere una diminuzione dei prezzi di fornitura. Si tratta di catene di "trasferimento del rischio" dal momento che i fornitori di beni e servizi tendono a scaricare l'imprevedibilità, che deriva dai continui aggiustamenti di flessibilità richiesti dalle società committenti, sui lavoratori (orari incerti e maggiore insicurezza occupazionale). La ricerca della produzione *just in time* si traduce in maniera diretta in peggiori condizioni d'impiego dei lavoratori nell'*outsourcing*. Nelle catene di appalti e subappalti si registrano pertanto violazioni sistematiche di leggi e contratti collettivi di lavoro.

I fattori che favoriscono l'*outsourcing* sono la debole presenza sindacale; la maggiore ricattabilità dei lavoratori; le normative che rendono difficile perseguire illegalità; le violazioni dei contratti tra committente e appaltatori, con conseguente riverbero sui lavoratori. Rispetto al lavoro nero, l'appalto costituisce uno scudo nei confronti delle sanzioni, perché le violazioni sono nascoste dietro a un paravento di legalità. Le catene di appalto rendono più difficoltoso l'accertamento della responsabilità dei committenti. La relazione tra impresa cliente e fornitore contiene elementi che influiscono nelle relazioni di lavoro e nell'organizzazione del lavoro dell'impresa appaltatrice. Molte imprese *leader* del settore auto (Fiat, Audi) richiedono ai fornitori di introdurre processi di lavoro orientati alla *lean production* o agli standard *World class Manifacturing* e le imprese *leader* entrano direttamente nell'organizzazione del lavoro dei propri fornitori, influenzando le gestioni del lavoro.

Per proteggere i lavoratori nei processi di frammentazione produttiva e di disintegrazione verticale occorrerebbe intervenire anche nelle relazioni tra imprese, avere di mira l'impresa *leader* nella catena del valore. Si tratta comunque di un contesto in cui la tutela del lavoro risulta complicata sia

---

nella filiera della carne, in *Meridiana*, n. 93, 2018: «i processi di esternalizzazione consentono di sfruttare le differenze nella regolazione del lavoro (salari, orari di lavoro, sicurezza occupazionale, accesso alla formazione) esistenti fra diversi settori e imprese e di attingere a una forza lavoro più economica e più flessibile rispetto a quella presente nei confini dell'impresa».

dal punto di vista statuale, sia da quello sindacale. E tra l'altro le voci critiche sull'ampliamento delle garanzie per controbilanciare i rischi si trovano a dover fronteggiare l'argomento di voler porre ostacoli al libero sviluppo del mercato, prospettandosi il rischio o la minaccia occupazionale. Ma tale rischio sarebbe comunque presente sol che si trovino siti che offrono ulteriori ribassi del costo del lavoro. E le ragioni della richiesta di un intervento di miglioramento delle tutele sono fondate sul rilievo delle pessime condizioni di trattamento del lavoro, che alimenta anche il fenomeno della povertà del lavoro.

Anche la Commissione di garanzia *ex lege* n. 146/90 se n'è occupata. L'appalto costituisce lo strumento tecnico di organizzazione e gestione di una molteplicità di servizi pubblici essenziali svolti tanto in regime di diritto privato quanto in regime di diritto pubblico. E la Commissione ha rilevato che, nell'ambito di diversi servizi ad alta intensità di lavoro, il ricorso all'appalto e al subappalto è dettato essenzialmente da ragioni attinenti al risparmio e all'abbattimento del costo del lavoro, anche in contesti molto redditizi, ed è all'origine di gravi problematiche sociali che si sono acutizzate con la crisi pandemica e costituiscono la principale causa di insorgenza dei conflitti [12].

Il fenomeno oggi in analisi è dunque bisognoso di un'attenzione regolatrice che rispetti tutti gli interessi implicati e contrasti le prevaricazioni dei lavoratori, assicurando dignità, sicurezza e libertà.

3. *Il contesto normativo: un veloce ma essenziale* flashback

Il nostro ordinamento, seppure lentamente, ha comunque risposto alle esigenze delle nuove forme di organizzazione dell'impresa, anche in materia di appalto.

Qui va ricordato che, in passato (legge 23 ottobre 1960 n. 1369), si vietava la fornitura di manodopera, l'appalto di mere prestazioni di lavoro,

[12] V. il *Dossier* della Commissione di Garanzia su *Appalti e conflitto collettivo: tendenze e prospettive*. L'*Introduzione* al dossier di A. BELLAVISTA, O. RAZZOLINI è pubblicato in *Lav. dir. Europa*, n. 3, 2021. Il *dossier* mira a disvelare tali problematiche, esaminandone i profili sociali e giuridici, e a proporre alcune possibili soluzioni. La finalità ultima è quella di sollecitare una rinnovata riflessione nel Governo, nel Parlamento e nelle pubbliche istituzioni affinché l'esigenza, da più parti manifestata, di una semplificazione e revisione del codice dei contratti pubblici non conduca ad una sottovalutazione dei gravi disagi sociali che le catene degli appalti spesso sottendono.

con la duplice sanzione civile (i lavoratori sono alle dipendenze dell'effettivo utilizzatore delle prestazioni lavorative) e penale. Era vietato «affidare in appalto o in subappalto o in qualsiasi altra forma, anche a società cooperative, l'esecuzione di mere prestazioni di lavoro mediante impiego di manodopera assunta e retribuita dall'appaltatore o dall'intermediario, qualunque sia la natura dell'opera o del servizio cui le prestazioni si riferiscono».

Era «altresì vietato all'imprenditore di affidare ad intermediari, siano questi dipendenti, terzi o società anche se cooperative, lavori da eseguirsi a cottimo da prestatori di opere assunti e retribuiti da tali intermediari»: con questa formulazione si ribadiva e si ampliava il divieto d'interposizione nel lavoro a cottimo, imposto già dall'art. 2127 c.c.

Con *presunzione assoluta* si considerava appalto di mere prestazioni di lavoro «ogni forma di appalto o subappalto, anche per esecuzione di opere o di servizi, ove l'appaltatore impieghi capitali, macchine ed attrezzature fornite dall'appaltante, quand'anche per il loro uso venga corrisposto un compenso all'appaltante».

La giurisprudenza[13] ha tuttavia stabilito che, in tema d'interposizione nelle prestazioni di lavoro, l'utilizzazione, da parte dell'appaltatore, di capitali, macchine ed attrezzature fornite dall'appaltante dà luogo ad una presunzione legale assoluta di sussistenza della fattispecie (pseudoappalto) vietata dalla legge n. 1369/1960, art. 1, comma 1, solo quando detto conferimento di mezzi sia di rilevanza tale da rendere del tutto marginale ed accessorio l'apporto dell'appaltatore; la sussistenza (o no) della modestia di tale apporto (sulla quale riposa una presunzione "*iuris et de iure*") deve essere accertata in concreto dal giudice, alla stregua dell'oggetto e del contenuto intrinseco dell'appalto; con la conseguenza che (nonostante la fornitura di macchine ed attrezzature da parte dell'appaltante) l'anzidetta presunzione legale assoluta non è configurabile ove risulti un rilevante apporto dell'appaltatore, mediante il conferimento di capitale (diverso da quello impiegato in retribuzioni ed in genere per sostenere il costo del lavoro), *know how*, *software* e, in genere, beni immateriali, aventi rilievo preminente nell'economia dell'appalto.

Si consentiva poi l'appalto genuino, cioè l'appalto rispettoso dell'art. 1655 c.c. (assunzione di un servizio o un'opera compiuti mediante un'organizzazione di mezzi necessari e con gestione a proprio rischio), da eseguirsi all'interno dell'azienda (ad esempio lavori di facchinaggio, di pulizia di

[13] V. da ultimo Cass. 9 gennaio 2020 n. 251; Cass. 8 luglio 2020 n. 14371 e già Cass. 15 luglio 2009 n. 16488; Cass. 11 maggio 1994 n. 4585.

manutenzione ordinaria degli impianti), stabilendo per l'appaltante l'obbligo in solido con l'appaltatore a corrispondere ai dipendenti dell'appaltatore «un trattamento minimo inderogabile retributivo e ad assicurare un trattamento normativo, non inferiori a quelli spettanti ai lavoratori da loro dipendenti», nonché ad adempiere «tutti gli obblighi derivanti dalle leggi di previdenza ed assistenza» (art. 3, comma 1) [14].

Tuttavia i diritti spettanti ai prestatori di lavoro potevano «essere esercitati nei confronti dell'imprenditore appaltante durante l'esecuzione dell'appalto e fino ad un anno dopo la data di cessazione dell'appalto» (art. 4). E la solidarietà veniva esclusa però per una seria ampia di appalti (art. 5).

Solidarietà e trattamenti minimi retributivi e normativi, non inferiori a quelli corrisposti ai lavoratori dell'appaltante, erano dunque le tecniche di tutela assicurate ai lavoratori dell'appaltatore. La legge del 1960 era finalizzata ad impedire il decentramento fittizio ma con contemperamenti tra diritti e obblighi. Per alcuni però si disincentivava il decentramento genuino con eccessive garanzie, in particolare la «parità di trattamento retributivo e normativo», dalle quali «traspariva una tendenziale ostilità del legislatore nei confronti di forme di decentramento o di segmentazione del ciclo produttivo» e il legislatore «intendeva (…) disincentivare anche il decentramento "genuino", rendendo meno conveniente la scelta di procedere ad appalti d'opere o servizi, pur pienamente legittimi», consentendo all'impresa appaltatrice di applicare un contratto collettivo meno oneroso appartenente a diverso settore merceologico [15].

A mio parere la diffidenza era parziale, forse radicata nella presunzione dell'art. 1, comma 3, legge n. 1369, nel caso in cui l'appaltatore impiegasse capitali, macchine e attrezzature fornite dall'appaltante, quand'anche per il loro uso venisse corrisposto un compenso all'appaltante, presunzione che

---

[14] Analoga disposizione valeva anche «per gli 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» (art. 3, comma 2).

[15] F. CARINCI, R. DE LUCA TAMAJO, P. TOSI, T. TREU, *Diritto del lavoro. 2. Il rapporto di lavoro subordinato*, Utet-Wolters Kluwer, Milano, 2019, pp. 153-154; cfr. anche M.T. CARINCI, *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro: somministrazione e distacco, appalto e subappalto, trasferimento d'azienda e del ramo*, Giappichelli, Torino, 2008; G. QUADRI, *Processi di esternalizzazione. Tutela del lavoratore e interesse dell'impresa*, Napoli, 2004; R. DE LUCA TAMAJO (a cura di), *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, Esi, Napoli, 2002; M. MARINELLI, *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, Giappichelli, Torino, 2002.

comportava la possibilità (e l'opportunità) di chiedere la costituzione di un rapporto alle dipendenze dell'appaltante. La "parità di trattamento", in primo luogo, non era una vera e propria "parità", in quanto consistente soltanto in un trattamento minimo inderogabile retributivo e normativo non inferiore a quelli spettanti ai lavoratori da loro dipendenti, quindi è una "parità" che riguarda solo i "trattamenti minimi". In secondo luogo l'obbligazione solidale era prevista per alcuni tipi di appalti (*in primis* gli appalti c.d. interni), controbilanciata dalla decadenza dell'azione fino ad un anno dopo la data di cessazione dell'appalto. Inoltre occorreva aggiungere le numerose esenzioni dall'applicazione dell'art. 3.

La giurisprudenza ha utilizzato come spartiacque tra liceità e illiceità l'apporto di strutture materiali da parte dell'appaltatore, senza le quali l'appalto era considerato illecito. Poi, di fronte alla smaterializzazione o comunque in appalti *labour saving* ha utilizzato come scriminante la circostanza che l'appaltatore organizzasse i fattori produttivi e dirigesse i lavoratori impiegati [16].

E questi aspetti – il "contenimento" della presunzione assoluta e il consolidamento dell'orientamento secondo cui è sufficiente la presenza del potere organizzativo e direttivo dei lavoratori dell'appaltante a caratterizzare l'appalto lecito (fermo restando il rischio di impresa) – costituiscono la svolta di favore per la liberalizzazione dell'appalto.

4. *L'attuale quadro normativo*

Se si volge lo sguardo alle attuali tecniche giuridiche con le quali si realizza l'*outsourcing*, il quadro normativo è oltremodo generoso (si consideri, oltre l'appalto, il trasferimento d'azienda o di un ramo di quest'ultima, la somministrazione, il distacco, il lavoro a domicilio, i collegamenti societari, i gruppi d'imprese, le reti d'impresa [17]); quindi ostilità e diffidenze sono

[16] V. la giurisprudenza citata nella nota 13, quella tenuta ad applicare la normativa degli anni '90 del secolo scorso.

[17] Per un efficace riepilogo F. SANTONI, *Lezioni di diritto del lavoro. II. I contratti di lavoro – Il rapporto*, Esi, Napoli, 2019, p. 381 ss. Sul distacco cfr. G. PROIA, *Il distacco*, in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Diritto e processo del lavoro*, cit., p. 1937 ss.; sulle reti v. F. LUNARDON, *Le reti d'impresa e le piattaforme digitali della* sharing economy, in *Arg. dir. lav.*, 2018, p. 375 ss.; l'approfondita monografia di M. MOCELLA, *Reti d'impresa e rapporti di lavoro*, Esi, Napoli, 2018 e di recente I. ALVINO, *Contratto di rete e diritto del lavoro: un bilancio delle funzioni e delle potenzialità del contratto di rete a otto anni dal varo del distac-*

ormai superate, se si pensa anche al fatto che buona parte di tali tecniche ha subito revisioni normative che ne hanno facilitato l'utilizzazione (ad esempio, le novelle dell'art. 2112 c.c. e le innovazioni apportate dal d.lgs. 15 giugno 2015 n. 81 alla somministrazione di lavoro).

In materia di appalti ora è presente la disciplina contenuta nel d.lgs. n. 276/2003 che, abrogata la legge n. 1369/1960 (art. 85, comma 1, lett. c), dilata la fattispecie lecita e attenua i vincoli della precedente regolamentazione. L'art. 29 offre una definizione dell'appalto, distinto dalla somministrazione di lavoro, che, pur radicata nella disciplina dell'art. 1655 c.c. e nei suoi elementi caratterizzanti (organizzazione dei mezzi necessari e gestione a proprio rischio da parte dell'appaltatore, il rischio d'impresa), specifica che l'organizzazione dei mezzi necessari «può anche risultare, in relazione all'esigenza dell'opera o del servizio dedotti in contratto, dall'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto». La giurisprudenza accoglie tale nozione, purché il requisito dell'organizzazione dei mezzi necessari da parte dell'appaltatore costituisca un servizio in sé, svolto con organizzazione e gestione autonoma dell'appaltatore, senza che l'appaltante, al di là del mero coordinamento necessario per la confezione del prodotto o l'espletamento del servizio, eserciti diretti interventi dispositivi e di controllo sui dipendenti dell'appaltatore [18]. Ravvisa, di contro, un'interposizione illecita di manodopera nel caso in cui il potere direttivo e organizzativo sia interamente affidato al formale committente, restando *giustamente* irrilevante che manchi in capo a quest'ultimo l'*intuitus personae* nella scelta del personale, in quanto l'ele-

co semplificato e della codatorialità, in *Lav. dir. Europa*, n. 3,2021; sulla codatorialità "atipica" e "tipica" v. P. PIZZUTI, *Il lavoro nei gruppi di imprese*, in R. PESSI, G. PROIA, A. VALLEBONA (a cura di), *Approfondimenti di diritto del lavoro*, cit., p. 145 ss.; sul trasferimento d'azienda cfr. G. ZAMPINI, *Il rapporto di lavoro nel trasferimento d'azienda*, Franco Angeli, Milano, 2020.

[18] V. da ultimo Cass., ord. 6 aprile 2021 n. 9231; Cass., ord. 25 giugno 2020 n. 12551; Cass., ord. 10 giugno 2019 n. 15557; Cass. 26 ottobre 2018 n. 27213 (che annovera però anche la proprietà degli strumenti e delle attrezzature di lavoro, sia pure in una valutazione complessiva con altri elementi, tra cui l'organizzazione in concreto della manodopera attraverso anche la presenza in *loco* con potere di gestione e soluzione dei problemi); Cass. 27 marzo 2017 n. 7796. Assai significativa è la sentenza del Cons. Stato 12 marzo 2018 n. 1571 che, ponendosi nella scia dell'orientamento della Cassazione, distingue attentamente le fattispecie dell'appalto e della somministrazione, verifica nel concreto e nelle prove la ricorrenza degli elementi indicati dall'art. 29 del d.lgs. n. 276/2003 e, soprattutto, focalizza l'attenzione sul criterio «dell'effettivo esercizio del potere di organizzazione e di direzione, da parte dell'appaltatore o del committente, che assume valore decisivo al fine di valutare la genuinità o meno dell'appalto».

mento fiduciario caratterizza l'intermediario, il quale seleziona i lavoratori per poi metterli a disposizione del reale datore di lavoro.

Il nostro ordinamento valorizza il principio dell'effettività/realità: individuare l'effettivo titolare dell'organizzazione d'impresa, con assunzione del relativo rischio imprenditoriale. L'art. 29 del d.lgs. n. 276/2003 fa ruotare tutto intorno al criterio dell'organizzazione, anche se l'individuazione di quest'ultima non è sempre agevole o dirimente, tant'è vero che la giurisprudenza sempre più spesso si limita a verificare l'esistenza di indici sintomatici. Negli appalti pubblici un consistente ausilio è dato dalla regola giurisprudenziale secondo cui i costi della manodopera debbano essere indicati separatamente sia dall'appaltatore sia dagli eventuali subappaltatori e tra gli indici indicati dalla giurisprudenza vi è quello che l'appalto genuino non consista semplicemente nella copertura dei costi retributivi [19].

Nella valutazione della cornice di sistema, occorre considerare anche la possibilità di utilizzare la procedura di certificazione «sia in sede di stipulazione dell'appalto di cui all'art. 1655 del codice civile, sia nella fase di attuazione del relativo programma negoziale, anche ai fini della distinzione concreta tra somministrazione di lavoro e appalto ai sensi delle disposizioni di cui al Titolo III del presente decreto legislativo» (art. 84 del d.lgs. n. 276/2003). Il ricorso alla certificazione può ritenersi uno strumento di facilitazione del contratto di appalto rimesso alla libera volontà delle parti che di norma sono appaltante e appaltatore. Inoltre essa, seppure non possegga un'efficacia vincolante *assoluta* in sede giurisdizionale, tenuto conto della limitazione dei rimedi esperibili *ex* art. 80 dalle parti e dai terzi nella cui

[19] Cfr. da ultimo Tar Venezia, sez. II, 13 ottobre 2021 n. 1216 e Cons. Stato, Ad. Plen. 2 aprile 2020 nn. 7 e 8; viene citato al riguardo l'orientamento della Corte di Giustizia 2 maggio 2019, causa C-309/18 secondo la quale la certezza del diritto, la parità di trattamento e di trasparenza, contemplati dalla Direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici devono essere interpretati nel senso che «essi non ostano a una normativa nazionale (…) secondo la quale la mancata indicazione separata dei costi della manodopera, in un'offerta presentata nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, comporta l'esclusione della medesima offerta senza possibilità di soccorso istruttorio, anche nell'ipotesi in cui l'obbligo di indicare i suddetti costi separatamente non fosse specificato nella documentazione della gara d'appalto, sempreché tale condizione e tale possibilità di esclusione siano chiaramente previste dalla normativa nazionale relativa alle procedure di appalti pubblici espressamente richiamata in detta documentazione". In ogni caso però i principi di trasparenza e di proporzionalità devono essere interpretati nel senso che essi non ostano alla possibilità di consentire agli offerenti di sanare la loro situazione e di ottemperare agli obblighi previsti dalla normativa nazionale in materia entro un termine stabilito dall'amministrazione aggiudicatrice».

sfera giuridica l'atto è destinato a produrre effetti (dinanzi al giudice del lavoro per erronea qualificazione del contratto, difformità tra il programma negoziale certificato e la sua successiva attuazione, vizi del consenso; dinanzi al tribunale amministrativo per violazione del procedimento o per eccesso di potere), rappresenta pur sempre un provvedimento amministrativo con provvisoria efficacia fino alla pronuncia di una sentenza di merito.

Un ulteriore *favor* del legislatore verso la realizzazione dell'appalto e la conservazione dell'occupazione è individuabile nell'art. 29, comma 3, d.lgs. n. 276/2003 (comma sostituito dall'art. 30 della legge 7 luglio 2016 n. 122, legge europea 2015-2016). Esso dispone che «l'acquisizione del personale già impiegato nell'appalto a seguito di subentro di nuovo appaltatore dotato di propria struttura organizzativa e operativa, in forza di legge, di contratto collettivo nazionale di lavoro o di clausola di contratto di appalto, ove siano presenti elementi di discontinuità che determinano una specifica identità d'impresa, non costituisce trasferimento d'azienda o di parte d'azienda». Rimette all'apprezzamento del giudice la differenza tra il genuino cambio di appalto e il trasferimento d'azienda o di parte di essa, con indicazione però degli elementi (discontinuità, nei beni materiali e nel metodo organizzativo) che ne devono orientare la discrezionalità [20].

La valutazione di quanto l'ordinamento consenta di ricorrere all'appalto si può ottenere tuttavia considerando non solo la fattispecie sostanziale ma anche le regole che lo disciplinano, le tecniche che sono volte a tutelare gli interessi dei lavoratori coinvolti.

5. *Le tecniche di tutela: il divieto generale dei rapporti interpositori*

È visibile la preoccupazione dell'ordinamento di trovare tutele ai lavoratori coinvolti nei processi di *outsourcing* e orientare le operazioni di esternalizzazione verso meritevoli finalità. Ma, per quanto riguarda l'appalto, essa è stata oscillante e non riesce a contrastare e arginare i fenomeni di sfruttamento illecito della forza lavoro.

Una prima barriera è costituita dal divieto di rapporti interpositori al di fuori delle regole che lo consentono, da considerarsi ancora vigente nono-

[20] Cfr. al riguardo A. SITZIA, *Il "subentro" di nuovo appaltatore dopo la "legge europea" 2015-2016*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2017, p. 537 ss. al quale si rinvia per gli ampi riferimenti bibliografici e di giurisprudenza. Trib. Bologna 7 luglio 2017 ritiene la discontinuità nell'appalto non si rileva da una mera riduzione quantitativa dei servizi appaltati.

stante l'abrogazione della legge n. 1369/1960. Il legislatore, nel regolamentare gli strumenti leciti nella vicenda interpositoria (appalti, somministrazione, distacco) e nel predisporre le sanzioni per somministrazioni irregolari, fraudolenti e appalti non genuini, ha ribadito il divieto sostanziale di intermediazione e di interposizione nelle prestazioni di lavoro[21]. Volgendo lo sguardo alle sanzioni penali o amministrative, si rammentano al riguardo:

– l'art. 603-*bis* c.p., che incrimina lo sfruttamento del lavoratore realizzato approfittando del suo stato di bisogno[22]; la fattispecie è applicabile non soltanto alle forme organizzate di reclutamento e intermediazione di illeciti di manodopera, ma ad ogni forma di sfruttamento da chiunque realizzata, direttamente dal datore di lavoro o da intermediari occasionali. Tra gli indici che denotano lo sfruttamento si registra la reiterata corresponsione di retribuzioni in modo palesemente difforme dai contratti collettivi nazionali o territoriali stipulati dalle organizzazioni sindacali più rappresentative a livello nazionale, o comunque sproporzionato rispetto alla quantità e qualità del lavoro prestato, che può ricorrere nei fenomeni di *outsourcing*;

– la fattispecie dell'art. 18, comma 5-*bis* del d.lgs. n. 276/2003 inserito dal d.lgs. n. 251/2004: se l'appalto è privo dei requisiti di cui all'art. 29, comma 1, l'utilizzatore e il somministratore sono puniti con la pena dell'ammenda di euro 50 per ogni lavoratore occupato e per ogni giornata di occupazione. Da tenere presente che, a norma del d.lgs. n. 8/2016, art. 1, non costituiscono reato e sono soggette alla sanzione amministrativa del pagamento di una somma di denaro tutte le violazioni per la quale è prevista la sola pena della multa o dell'ammenda e non sono contemplate dal codice penale[23]. Nell'interpretazione giurisprudenziale la disposizione del d.lgs. n. 8 si applica anche ai reati previsti dal d.lgs. n. 276 che, nelle ipotesi aggravate, sono puniti con la pena detentiva sola, alternativa o congiunta a quella pecuniaria. Le ipotesi aggravate sono tuttavia da ritenersi fattispe-

---

[21] Cfr. Cass., sez. un., 7 febbraio 2018 n. 2990. In letteratura una siffatta opinione è diffusa.

[22] V. in materia D. GAROFALO, *Il contrasto al fenomeno dello sfruttamento del lavoro (non solo in agricoltura)*, in *Riv. dir. sic. soc.*, n. 2, 2018, p. 229 ss.; E. GRAGNOLI, *L'impresa illecita*, in *Variaz. temi dir. lav.*, n. 2, 2018, p. 341 ss.; F. MENDITTO, *La nuova frontiera della bonifica delle aziende coinvolte in contesti illeciti: l'amministrazione giudiziaria (art. 34 d.lgs. n. 159/2011)*, in *Quest. Giust.*, n. 2, 2021; R. RIVERSO, *Cooperative spurie ed appalti: nell'inferno del lavoro illegale*, *ibidem*.

[23] V. Cass pen., sez. III, 10 febbraio 2016 n. 10484; conf. Cass. pen., sez. III, 26 novembre 2019 n. 48015.

cie autonome di reato, qualora il reato *de quo* (appalto privo dei requisiti di cui all'art. 29, comma 1, e di distacco privo dei requisiti di cui all'art. 30, comma 1) sia commesso mediante lo sfruttamento di minori[24], e l'utilizzatore e il somministratore sono puniti con la pena dell'arresto fino a diciotto mesi e con l'ammenda aumentata fino al sestuplo. In siffatto caso, la circostanza aggravante deve essere considerata titolo autonomo di reato e la fattispecie aggravata si sottrae perciò alla depenalizzazione, al contrario dell'ipotesi base che invece ne rimane, come nella specie, investita, non essendo ravvisabili neanche le ipotesi di esclusione previste dal d.lgs. n. 8/2016, art. 1, comma 3, secondo cui «la disposizione del comma 1 non si applica ai reati previsti dal codice penale, fatto salvo quanto previsto dall'art. 2, comma 6, e a quelli compresi nell'elenco allegato al presente decreto». Ne consegue che, in assenza di un'espressa esclusione, sono depenalizzate le fattispecie disciplinate dal d.lgs. n. 276/2003, art. 18, punite con la sola pena pecuniaria, tra cui il reato di "appalto illecito" e di "distacco illecito" (art. 18, comma 5-*bis*, in relazione, rispettivamente, all'art. 29, comma 1, e all'art. 30, comma 1), essendo tali fattispecie di reato, nella loro ipotesi-base, punite con l'ammenda[25];

– il richiamo, da parte del comma 3-*ter* dell'art. 29, dell'art. 19 del d.lgs. n. 276/2003 comporta l'applicazione di sanzioni amministrative pecuniarie nei confronti degli editori, dei direttori responsabili e dei gestori dei siti nei quali siano pubblicati annunci in violazione delle regole sull'appalto.

L'applicazione della sanzione amministrativa costituisce dunque la rego-

[24] Di regola si ha con l'avviamento al lavoro di soggetti minori di 15 anni o che non abbiano concluso il periodo di istruzione obbligatoria, o ancora minori compresi tra i 15 e i 18 anni per adibirli ai lavori espressamente vietati dalla legge 17 ottobre 1967 n. 977, art. 6, come modificato dal d.lgs. 4 agosto 1999 n. 345 e dal d.lgs. 18 agosto 2000 n. 262.

[25] Cfr. ancora Cass. pen. n. 10484, cit., secondo cui poi derogando il d.lgs. n. 8/2016 (art. 8) al principio di legalità fissato dall'art. 1 della legge 24 novembre 1981 n. 689, stabilisce espressamente che le sanzioni amministrative, ivi introdotte, si applicano anche alle violazioni commesse anteriormente alla data di entrata in vigore del decreto n. 8, purché il procedimento penale non sia già stato definito con sentenza o decreto penale irrevocabili, mentre l'art. 9, che disciplina la fase di trasmissione degli atti all'autorità amministrativa, stabilisce, per quanto qui interessa, che va pronunciata sentenza di assoluzione, *ex* art. 129 c.p.p., perché il fatto non è previsto dalla legge come reato, con conseguente trasmissione degli atti alla competente autorità amministrativa, che va individuata in quella prevista dalla legge che disciplina la violazione o, in mancanza di previsione, in quella individuata ai sensi della legge 24 novembre 1981 n. 68, art. 17, comma 1) e, dunque, in quella competente a ricevere il rapporto e ad irrogare la sanzione, ai sensi dell'art. 7, comma 1, decreto n. 8/2016, individuabile, nel caso in esame, nella Direzione Territoriale del Lavoro.

la prevalente, mentre l'intervento della norma incriminatrice, riservata a materia e ambiti di particolare rilevanza, è limitata solo ai beni più rilevanti del lavoratore: integrità fisica, dignità, riservatezza. Non a caso l'art. 603-*bis* c.p. introduce una fattispecie delittuosa[26]. La linea di politica del diritto è pienamente condivisibile perché in questi casi le funzioni – dissuasiva e punitiva – della sanzione amministrativa pecuniaria sono *in teoria* molto più efficaci[27]. L'efficacia *concreta* passa per un verso dal rafforzamento quantitativo e qualitativo dei controlli, spina nel fianco dell'ordinamento giuslavoristico, come emerge dall'ampia evasione alle regole (dal lavoro *nero* alla sicurezza sul lavoro): senza un efficace sistema e con la scarsa sensibilità verso il rispetto delle regole, qualsiasi buona intenzione, proclamata nelle disposizioni, rischia di arrendersi ai fatti, alla controtendenza dei risultati effettivi. Per l'altro verso, è importante anche il tipo di sanzione che viene irrogata: dovrebbe essere non solo quantitativamente adeguata, in ogni caso rispettosa del principio di proporzionalità[28], ma anche garantire, aumentandola, l'effettiva ottemperanza delle prescrizioni e rimozioni delle irregolarità (una sorta di *astreinte*).

6. (Segue). *Il campo privatistico: la costituzione del rapporto di lavoro con l'appaltante e le conseguenze economiche*

Nel caso del contratto di appalto "non genuino" (stipulato in violazione di quanto disposto dall'art. 29, comma 1), il lavoratore interessato può chiedere la costituzione del rapporto di lavoro alle dipendenze di chi ne abbia effettivamente utilizzato la prestazione, mediante ricorso giudiziale, notificato anche soltanto a quest'ultimo soggetto (art. 29, comma 3-*bis* aggiunto

---

[26] Per la considerazione di tale disposizione in un discorso più ampio di illegalità sia consentito il rinvio a R. SANTUCCI, *Lavoro, formazione e diritti nel contrasto alle mafie con particolare ricaduta nel settore agricolo*, in *Dir. agricoltura*, n. 2, 2018, p. 235 ss.; M. RANIERI, *Mafie, imprese, lavoro*, Esi, Napoli, 2021, spec. p. 121 ss.

[27] V. in modo sintonico G. PROIA, *Manuale*, cit., p. 37.

[28] Sembra esserlo in buona parte la sanzione prevista dal d.lgs. n. 8/2016 art. 1, commi 5 e 6, ma non in quella che fissa un minimo non inferiore a euro 5.000 né superiore a euro 50.000. Sulla necessaria proporzionalità (e non solo) delle sanzioni amministrative è intervenuta la Corte Costituzionale: v. la sentenza 23 settembre 2021 n. 185, su cui L. TOMASI, *Nuove prospettive per il sindacato costituzionale sulla proporzionalità del trattamento sanzionatorio*, in *Sistemapenale.it*, 4 ottobre 2021. In generale cfr. S. CIMINI, *Sanzioni amministrative*, *Treccani* on line, 2019; ID., *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche. Uno studio critico*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017.

dall'art. 6, comma 2, d.lgs. n. 251/2004). In tale ipotesi – continua la disposizione – si applica il disposto dell'art. 27, comma 2, d.lgs. n. 276/2003 (secondo cui «tutti i pagamenti effettuati dal somministratore, a titolo retributivo o di contribuzione previdenziale valgono a liberare il soggetto che ne ha effettivamente utilizzato la prestazione dal debito corrispondente fino a concorrenza della somma effettivamente pagata»[29]). Trasferendo la disposizione, riferita alla somministrazione irregolare, all'appalto di manodopera, all'interposizione nelle prestazioni di lavoro, questa consente «l'incidenza liberatoria dei pagamenti eventualmente eseguiti da terzi (ai sensi dell'art. 1180 c.c., comma 1) ovvero dallo stesso *datore di lavoro fittizio*, pagamenti effettuati a vantaggio del soggetto che ha utilizzato effettivamente la prestazione, con applicazione dell'art. 2036 c.c., comma 3» (vale a dire che quando non è ammessa la ripetizione, colui che ha pagato subentra nei diritti del creditore)[30]. Se l'art. 27 del d.lgs. n. 276/2003 non fosse stato richiamato dall'art. 29, comma 3-*bis*, l'appaltante (l'utilizzatore effettivo della prestazione lavorativa) sarebbe tenuto, di fronte all'inottemperanza dell'ordine giudiziale di costituzione del rapporto di lavoro, a corrispondere la retribuzione senza poter dedurre l'*aliunde perceptum* del lavoratore il quale potrebbe percepire anche una doppia retribuzione – dal datore di lavoro *effettivo* e da quello *fittizio* – che fungerebbe da coazione indiretta all'adempimento. Questa è l'interpretazione costituzionalmente orientata della giurisprudenza che, analogamente al caso del trasferimento d'azienda illegittimo, dove una tale salvezza non è espressamente contemplata, ritiene di superare la regola sinallagmatica della corrispettività – intesa come riconoscimento al lavoratore che chiede l'adempimento, del solo risarcimento del danno in caso di mancata prestazione lavorativa, pur se questa è conseguenza di un rifiuto illegittimo del datore di lavoro in violazione delle regole di buona fede e correttezza – per evitare al lavoratore di subire le ulteriori conseguenze sfavorevoli derivanti dalla condotta omissiva rispetto all'esecuzione dell'ordine giudiziale. In questo modo si affronta il più generale fenomeno dell'incoercibilità del comportamento e della cooperazione datoriale che è strettamente correlato al principio della necessaria effettività della tutela processuale e dunque della piena attuazione dei diritti del lavoratore[31].

[29] Va rammentato che il comma (ma come tutto l'articolo) è ora abrogato e sostituito dall'art. 38, comma 3, d.lgs. n. 81/2015 in materia di somministrazione (che ricalca, nella parte che qui si tratta, la disposizione abrogata).

[30] Cfr. in materia la rilevante Cass., sez. un., 7 febbraio 2018 n. 2990.

[31] In tal senso ancora Cass., sez. un., n. 2990/2018 che segue l'orientamento di Corte

Io *preferirei* che la trasgressione all'ordine giudiziale fosse assistita dall'*astreinte*, almeno di quella presente già nel nostro ordinamento (processo civile: es. art. 614-*bis* c.p.c.), diretta a garantire innanzitutto l'attuazione degli obblighi infungibili di fare. La disposizione del codice di rito chiaramente ed espressamente esclude le controversie di lavoro (privato, pubblico, co.co.co) dal proprio campo di applicazione. Qualche beneficio potrebbe derivare dall'utilizzazione della generale azione inibitoria introdotta dalla legge n. 31/2019, che ha integrato il codice di rito con l'art. 840-*sexiesdiecies*, anche se il muro dell'ineffettività potrebbe essere aggredito solo se ricorrano le condizioni per l'utilizzazione dell'azione di classe[32].

Nel caso dell'appalto *fittizio* però c'è da rilevare che, nella logica legislativa e giurisprudenziale, è predisposta una tutela meno *effettiva*, essendo esclusa l'utilizzazione della retribuzione aggiuntiva come strumento di coercizione indiretta all'inosservanza dell'ordine giudiziale.

La razionalizzazione della disciplina sull'*outsourcing* potrebbe essere anche l'occasione per una rivisitazione delle tutele di coazione indiretta, delle *astreinte* per contrastare le inottemperanze datoriali? Forse l'utopia sta prendendo la mano! Ma si può sempre sperare in qualche interpretazione *costituzionalmente orientata*.

7. (Segue). *La responsabilità solidale del committente*

Per quanto concerne il rafforzamento delle tutele dei crediti dei dipendenti dell'appaltatore, il nostro ordinamento si fonda sulla responsabilità solidale[33].

---

cost. n. 29/2019. Sul tema v. G. ZILIO GRANDI, M.L. PICUNIO, *Sul diritto alla doppia retribuzione a seguito dell'inottemperanza della pronuncia giudiziale che accerta l'illegittimità del trasferimento d'azienda: una voce fuori dal coro*, in *Labor*, n. 2, 2021; S. BOLOGNA, *Mora del creditore, esternalizzazioni fittizie e profili di legittimità costituzionale*, in *Riv. giur. lav.*, 2018, II, p. 350 ss. Sul problema dei c.d. danni punitivi cfr. E. BALLETTI, *Danni punitivi, moduli sanzionatori e standard di tutela nel diritto del lavoro*, in *Mass. Giur. lav.*, n. 1, 2019.

[32] Sia consentito sul tema il rinvio a R. SANTUCCI, *L'effettività e l'efficacia del diritto del lavoro. Saggi di un quinquennio*, Giappichelli, Torino, 2021, spec. p. 55 ss., nonché ID., *La questione della reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato dopo la sentenza n. 194/2018 della corte costituzionale: un ulteriore colpo per un'emarginazione discutibile*, in *Mass. Giur. lav.*, 2019, p. 353 ss.

[33] Cfr. al riguardo D. GAROFALO, *La responsabilità solidale*, in D. GAROFALO (a cura di), *Appalti e lavoro. Disciplina lavoristica*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 119 ss.; E. VILLA, *La responsabilità solidale come tecnica di tutela del lavoratore*, BUP, Bologna, 2017.

È nota la tecnica predisposta dal nostro codice civile che riconosce un'azione sostitutoria verso il committente. L'art. 1676 c.c. stabilisce che i dipendenti dell'appaltatore, che «hanno dato la loro attività per eseguire l'opera o per prestare il servizio», possono proporre azione diretta contro il committente per conseguire quanto loro è dovuto, fino alla concorrenza del debito che il committente ha verso l'appaltatore nel tempo in cui essi propongono la domanda. Si tratta di una surrogazione nella posizione del proprio diretto debitore (l'appaltatore) e il committente, una volta che sia stata avanzata la richiesta, deve adempiere nei loro confronti, e non più nelle mani dell'appaltatore [34]. L'azione diretta tramite l'art. 1676 c.c. può quindi essere esperita in quanto il committente (o il subcommitente [35]) sia ancora debitore dell'appaltatore (o del subappaltatore), trattandosi di una solidarietà passiva tra committente o subcommittente e appaltatore o subappaltatore, condizionata dalla persistenza di un debito del committente o subcommittente nei confronti dell'appaltatore o subappaltatore, con onere della prova a carico del lavoratore. Una volta versato il corrispettivo del contratto di appalto o subappalto, viene meno anche la responsabilità solidale [36].

Un'importante e aggiuntiva responsabilità solidale è prevista dall'art. 29, comma 2, d.lgs. n. 276/2003 (le norme coesistono e le azioni possono essere cumulate nell'ambito dello stesso processo, anche se hanno ambiti applicativi distinti [37]). Nella sua attuale formulazione, la disciplina speciale dispone che in caso di appalto di opere o di servizi, il committente imprenditore o datore di lavoro è obbligato in solido con l'appaltatore, nonché con ciascuno degli eventuali ulteriori subappaltatori entro il limite di due anni dalla cessazione dell'appalto, a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi, comprese le quote di trattamento di fine rapporto, nonché i contributi previdenziali e i premi assicurativi dovuti in relazione al

[34] V. Cass. 19 aprile 2006 n. 9048.

[35] Per l'applicabilità dell'art. 1676 c.c. anche all'appalto cfr. Cass. 20 giugno 2018 n. 16259 e Cass. 16 ottobre 2017 n. 24638 secondo la quale ciò è possibile sia in base al criterio di interpretazione letterale, in quanto il contratto di subappalto altro non è che un vero e proprio appalto che si caratterizza rispetto al contratto-tipo solo per essere un contratto derivato da altro contratto stipulato a monte, che ne costituisce il presupposto, sia in considerazione della "ratio" della norma, che è ravvisabile nell'esigenza di assicurare una particolare tutela in favore dei lavoratori ausiliari dell'appaltatore, atta a preservarli dal rischio dell'inadempimento di questi e che ricorre identica nell'appalto e nel subappalto.

[36] Cfr. Cass. 22 novembre 2021 n. 35962.

[37] V. ancora Cass. n. 35962/2021.

periodo di esecuzione dell'appalto (è escluso qualsiasi obbligo per le sanzioni civili di cui risponde solo il responsabile dell'inadempimento). Il committente che ha pagato è tenuto, ove previsto, ad assolvere gli obblighi del sostituto d'imposta e può esercitare l'azione di regresso nei confronti del coobbligato secondo le regole generali.

La disposizione ha subito nel corso di un ventennio varie modifiche ed integrazioni, attenuazioni o aggravamenti della solidarietà. In giurisprudenza si sottolinea come, con tale disposizione, l'ordinamento abbia inteso perseguire «l'evidente obiettivo di operare in funzione di una ricomposizione normativa della catena degli appalti, assicurando ai lavoratori delle piccole e micro-imprese subappaltatrici, possibilità di tutela in precedenza non riconosciute, evitando il rischio che i meccanismi di decentramento, e di dissociazione fra titolarità del contratto di lavoro e utilizzazione della prestazione, vadano a danno dei lavoratori utilizzati nell'esecuzione del contratto commerciale»[38]. La tutela è stata in parte attenuata, mediante l'introduzione del principio del *beneficium excussionis* in favore del committente e la possibilità (introdotta nel 2004 e cancellata *ex lege* n. 296/2006) «di diversa disposizione dei contratti collettivi nazionali sottoscritti da associazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori, comparativamente più rappresentative del settore, che possono individuare metodi e procedure di controllo e di verifica della regolarità complessiva degli appalti» (art. 4, comma 31, legge n. 92/2012). Ma il d.l. n. 25/2017 ha soppresso il beneficio e l'intervento della contrattazione collettiva[39].

Due osservazioni vanno svolte. Da un lato, va rilevato il complicato governo della normativa che, modificata in alcuni aspetti anche radicalmente nel corso del tempo, si applica in base al testo vigente nel momento di insorgenza del credito del lavoratore[40]. Purtroppo però si tratta di una situazione irrimediabile. Dall'altro lato, va ricordato che l'art. 8 del d.l. n. 138/2011, conv. nella legge n. 148/2011, al comma 2 prevede che le specifiche intese derogatorie, rispetto alla legge e ai contratti collettivi nazionali di lavoro, possono riguardare il regime della solidarietà negli appalti e i casi di ricorso alla somministrazione lavoro (lett. c). C'è il rischio, dunque, oltre che di un'ulteriore balcanizzazione regolativa, di una possibile atte-

[38] V. Corte App. Ancona 9 dicembre 2021.

[39] Cfr. al riguardo L. FERLUGA, *La tutela dei lavoratori e il regime della responsabilità solidale nel contratto di appalto alla luce delle recenti (e forse ultime) modifiche*, in *Variaz. temi dir. lav.*, 2018, p. 407 ss.

[40] Cfr. in tal senso Cass. 13 febbraio 2019 n. 4237.

nuazione della disciplina nazionale (legislativa e contrattuale) mediante la contrattazione di prossimità, anche aziendale dove lo sbilanciamento di potere tra datori di lavoro e rappresentanze sindacali si fa sentire!

La giurisprudenza è chiamata a risolvere varie questioni originate dalle imprecisioni od omissioni legislative. In particolare, va rimarcato l'orientamento teso a consolidare o ampliare la tutela.

Si ritiene che la disposizione, sancendo la solidarietà passiva fra committente ed appaltatore, in quanto strumento previsto per rafforzare la tutela di tutte le posizioni creditorie dei lavoratori impiegati nell'esecuzione dell'appalto – incluse quelle di natura assicurativa e previdenziale –, comporta che incombe ai debitori solidali l'onere di dimostrare la misura del debito di ciascuno, ma soprattutto che l'esatta determinazione del debito gravante su ciascun condebitore è questione da risolversi in sede di rapporti interni tra costoro, mediante azione di regresso, e non è opponibile alla parte creditrice [41].

Inoltre con interpretazione estensiva e costituzionalmente orientata la solidarietà si estende anche per i crediti di lavoro del subfornitore, in quanto si ritiene la disposizione non una norma eccezionale ma piuttosto una regola che mira a disciplinare la responsabilità in tutte le ipotesi di dissociazione fra la titolarità del contratto di lavoro e l'utilizzazione della prestazione, assicurando in tal modo tutela omogena a chi svolge attività lavorativa indiretta, qualsiasi sia il tipo di *outsourcing* [42].

Si ritiene infine che la solidarietà del committente (o del subcommittente) operi anche per i crediti degli enti previdenziali e che per tali enti non possa invocarsi la previsione relativa alla decadenza. Ciò in quanto l'obbligazione contributiva non si confonde con l'obbligo retributivo, da cui è distinta, autonoma, ha natura indisponibile e si commisura sulla retribuzione che al lavoratore spetterebbe sulla base della contrattazione collettiva vigente (c.d. minimale contributivo) [43].

La responsabilità solidale, com'è evidente, è una tutela importante e solida, rafforzata dall'ultimo intervento legislativo (l'escussione senza priorità) e dalla giurisprudenza (con qualche forzatura sul fronte previdenziale). Ma l'attuale assetto non è da sopravvalutare in quanto è limitato ai soli trattamenti retributivi e contributivi ma non riguarda quelli normativi, re-

[41] V. Cass. 15 gennaio 2019 n. 834.

[42] V. Cass. 8 ottobre 2019 n. 25172.

[43] Cfr. Cass. 23 marzo 2021 n. 8162 e già Cass., ord., 16 dicembre 2020 n. 28694; Cass. 17 ottobre 2019 n. 26459.

stando quindi fuori le sanzioni civili, la responsabilità nei casi di licenziamento illegittimo (occorre tenere conto però anche della responsabilità solidale stabilita dal t.u. sulla sicurezza: v. *infra*). E incombe la minaccia derogatoria da parte della contrattazione collettiva di prossimità. Qualche dubbio sull'efficienza e sull'equilibrio del regime del rimedio è pertanto legittimo.

8. (Segue). *La tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro*

La normativa in materia fissa obblighi specifici per appaltatori e committenti (v. il d.lgs. 9 aprile 2008 n. 81). Il committente, in caso di appalti all'interno della propria azienda o nell'ambito del ciclo produttivo dell'azienda, è tenuto a verificare l'idoneità tecnico professionale degli appaltatori in relazione ai lavori da affidare e a fornire a questi ultimi dettagliate informazioni sui rischi specifici esistenti nell'ambiente in cui sono destinati ad operare e sulle misure di prevenzione e di emergenza adottate in relazione alla propria attività (art. 26, comma 1). Il committente, gli appaltatori (nonché i subcommittenti e i subappaltatori) coordinano gli interventi di protezione e prevenzione dai rischi cui sono esposti i lavoratori, informandosi reciprocamente anche al fine di eliminare rischi dovuti alle interferenze tra i lavori delle diverse imprese coinvolte nell'esecuzione dell'opera complessiva (art. 26, comma 2). Il ruolo di promotore della cooperazione e del coordinamento è attribuito in linea di massima al datore di lavoro committente, che è tenuto ad elaborare un unico documento di valutazione dei rischi, da allegare al contratto di appalto che indichi le misure adottate per eliminare o, in caso d'impossibilità, ridurre al minimo i rischi da interferenze (art. 26, commi 3 e 3-*bis*). Sono previste alcune esenzioni, come ad esempio i rischi specifici delle imprese appaltatrici, che sarebbe stato preferibile non contemplarle, tenuto conto dell'importanza delle prescrizioni e degli interessi da tutelare. Di rilievo è la previsione del comma 4 dell'art. 26, a norma del quale il committente risponde in solido con l'appaltatore, nonché con ciascuno degli eventuali subappaltatori, per tutti i danni per i quali il lavoratore, dipendente dall'appaltatore o dal subappaltatore, non risulti indennizzato ad opera dell'Inail, con esclusione però dei danni conseguenti ai rischi specifici propri delle attività delle imprese appaltatrici o subappaltatrici. Altrettanto rilevanti appaiono le prescrizioni relative non solo alla trasparenza, come l'obbligo di indicare, a pena di nullità, nei confronti di appalto, subappalto e somministrazione i costi riguardanti la sicu-

rezza del lavoro con riferimento a quelli propri connessi allo specifico appalto (commi 5 e 6).

Le tecniche di tutela sono da apprezzare anche se il "pianeta" sicurezza, di fronte al drammatico "bollettino di guerra" degli incidenti mortali che di giorno in giorno viene aggiornato, impone la riconsiderazione degli strumenti sanzionatori e del più ampio e penetrante controllo da parte degli organi di vigilanza, di cui si conoscono le criticità [44].

9. (Segue). *Gli obblighi fiscali in via di limitazione*

Un'importante tutela è reperibile nell'ambito degli obblighi fiscali che ricadono sull'appaltante, ma attenuata nella disciplina applicativa. L'art. 4 del d.l. 26 ottobre 2019 n. 124, convertito con modificazioni dalla legge 19 dicembre 2019 n. 157, ha aggiunto al d.lgs. 9 luglio 1997 n. 241 l'art. 17-*bis* (su «Ritenute e compensazioni in appalti e subappalti ed estensione del regime del *reverse charge* per il contrasto dell'illecita somministrazione di manodopera»). Tale disposizione impone ai soggetti, che rivestono la qualifica di sostituti d'imposta sui redditi di lavoro dipendente e assimilati, residenti ai fini delle imposte sui redditi nel territorio dello Stato, che affidano il compimento di una o più opere o di uno o più servizi di importo complessivo annuo superiore a euro 200.000 a un'impresa, tramite contratti di appalto, subappalto, affidamento a soggetti consorziati o rapporti negoziali comunque denominati, di richiedere all'impresa appaltatrice o affidataria e alle imprese subappaltatrici, obbligate a rilasciarle, copia delle deleghe di pagamento relative al versamento delle ritenute, trattenute dall'impresa appaltatrice o affidataria e dalle imprese subappaltatrici ai lavoratori direttamente impiegati nell'esecuzione dell'opera o del servizio.

La tutela è nata già con evidenti limitazioni. Tuttavia l'Agenzia delle Entrate (con la risposta a consulenza giuridica 14 gennaio 2021 n. 1), fornendo chiarimenti in tema di requisito dell'utilizzo di beni strumentali di proprietà del committente nell'ambito delle ritenute fiscali negli appalti,

[44] Sul tema la bibliografia, come noto, è ampia. Cfr. da ultimo R. GUARINIELLO, *Il T.U. sicurezza sul lavoro commentato con la giurisprudenza*, Ipsoa, Milano, 2022; D. CASTRONUOVO, F. CURI (a cura di), *Sicurezza sul lavoro. Profili penali*, Giappichelli, Torino, 2021 (in materia di appalti V. VALENTINI, *Lavori in appalto*, spec. p. 413); L. ZOPPOLI (a cura di), *Tutela della salute pubblica e rapporti di lavoro*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021.

limita ulteriormente l'obbligo, rendendolo anche di controversa applicazione.

Sul punto è stato precisato infatti che non sussistono i presupposti per l'applicazione della disciplina delle ritenute fiscali negli appalti qualora i beni strumentali utilizzati per l'esecuzione dei servizi affidati non siano di proprietà del committente, né ad esso riconducibili in qualunque forma. Inoltre, stante il fatto che il prevalente utilizzo della manodopera presso le sedi del committente deve altresì avvenire «con l'utilizzo di beni strumentali di proprietà del committente o ad esso riconducibili in qualunque forma», l'Agenzia ha precisato che: i predetti beni strumentali «saranno ordinariamente macchinari e attrezzature che permettono ai lavoratori di prestare i loro servizi, ma ciò non esclude che siano utilizzate altre categorie di beni strumentali»; «l'occasionale utilizzo di beni strumentali riconducibili al committente o l'utilizzo di beni strumentali del committente, non indispensabili per l'esecuzione dell'opera o del servizio, non comportano il ricorrere della condizione di applicabilità in esame».

Il controllo pubblico sugli adempimenti dei committenti è una strada funzionale e fruttuosa al fine di contenere gli abusi e costringere indirettamente al rispetto delle regole giuslavoristiche. Sarebbe opportuno percorrerla con più sicurezza e arricchirla di controlli sui rapporti tra le imprese per impedire, anche a tale livello, le prevaricazioni nei confronti dei *partner* deboli, che si riflettono poi sulle relazioni di lavoro.

10. *Le tutele mancanti: la garanzia dei trattamenti minimi normativi ed economici e il salario minimo legale*

La c.d. parità di trattamento è stata esclusa nell'appalto privato.

A mio parere, la parità di trattamento, che in effetti non è tale, contribuirebbe a contrastare almeno in parte i fenomeni elusivi.

Si potrebbe imporre l'applicazione dei trattamenti retributivi e normativi minimi per i lavoratori che svolgono le stesse mansioni dei dipendenti dell'appaltante oppure che svolgono mansioni inquadrabili nel contratto collettivo applicato dall'appaltante.

In questo modo si eviterebbe il *dumping* normativo e salariale, anche se la garanzia dell'applicazione del contratto collettivo non risolve tutti i problemi del *pay gap* in quanto la pluralità dei contratti collettivi, la scarsa rappresentatività delle organizzazioni stipulanti o, viceversa, la scarsità o l'assenza di contratti collettivi potrebbero far ricadere nel buco nero dell'elu-

sione. Inoltre a tal riguardo si evidenzierebbe la sofferenza del nostro sistema per la mancanza di regole sulla rappresentatività sindacale ai fini dell'efficacia generale dei contratti collettivi e comunque di una legislazione sui trattamenti retributivi minimi (mentre su altre dimensioni dei diritti il nostro ordinamento sembra più attrezzato). Il settore degli appalti pubblici sembra meglio posizionato. Qui però il rispetto dei contratti collettivi di settore da parte dell'aggiudicatario si risolve in un obbligo imposto dalla legge dell'appalto [45] (v. art. 50 codice dei contratti pubblici). L'imposizione dei trattamenti minimi contrattuali in ambito privato potrebbe giustificarsi a livello costituzionale per il rispetto di altre specifiche prescrizioni costituzionali (come l'art. 36 Cost.) o comunque per il perseguimento di finalità di tutela della persona [46].

Il migliore risultato si potrebbe ottenere con l'introduzione del salario minimo legale [47]. Esiste in molti paesi al mondo, è promosso dalla proposta

[45] Nel campo degli appalti pubblici il recente il d.l. 31 maggio 2021 n. 77, conv. dalla legge 29 luglio 2021 n. 108 ha modificato il codice stabilendo che il «subappaltatore, per le prestazioni affidate in subappalto, deve garantire gli stessi standard qualitativi e prestazionali previsti nel contratto di appalto e riconoscere ai lavoratori un trattamento economico e normativo non inferiore a quello che avrebbe garantito il contraente principale, inclusa l'applicazione dei medesimi contratti collettivi nazionali di lavoro, qualora le attività oggetto di subappalto coincidano con quelle caratterizzanti l'oggetto dell'appalto ovvero riguardino le lavorazioni relative alle categorie prevalenti e siano incluse nell'oggetto sociale del contraente principale» (comma 14 dell'art. 105 del codice degli appalti pubblici). Tale disposizione si affianca a quanto già previsto dall'art. 30 del codice (come integrato dal d.lgs. n. 56/2017), secondo cui «Al personale impiegato nei lavori, servizi e forniture oggetto di appalti pubblici e concessioni è applicato il contratto collettivo nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro stipulato dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e quelli il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente"» Inoltre l'art. 50 prescrive che, «per gli affidamenti dei contratti di concessione e di appalto di lavori e servizi diversi da quelli aventi natura intellettuale, con particolare riguardo a quelli relativi a contratti ad alta intensità di manodopera, i bandi di gara, gli avvisi e gli inviti inseriscono, nel rispetto dei principi dell'Unione europea, specifiche clausole sociali volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato, prevedendo l'applicazione da parte dell'aggiudicatario, dei contratti collettivi di settore di cui all'articolo 51 del d.lgs. n. 81/2015. I servizi ad alta intensità di manodopera sono quelli nei quali il costo della manodopera è pari almeno al 50 per cento dell'importo totale del contratto».

[46] Cfr. anche V.A. POSO, *Il principio della parità di retribuzione tra lavoratori e lavoratrici sancito dal diritto dell'Unione Europea può essere invocato direttamente, nelle controversie tra privati, non solo per uno «stesso lavoro», ma anche per un «lavoro di pari valore»*, in *Labor*, 17 luglio 2021.

[47] Sul tema v. R. FABOZZI, *Il salario minimo*, in R. PESSI, G. PROIA, A. VALLEBONA (a

di direttiva dell'UE relativa a salari minimi adeguati nell'Unione europea del 28 ottobre 2020, è sancito già in una Convenzione OIL n. 131/1970, che l'Italia non ha ratificato. In Italia la legge delega 10 dicembre 2014 n. 183 l'aveva previsto (art. 1, comma 7, lett. g), sebbene limitato a soddisfare soltanto i settori non regolati dai contratti collettivi sottoscritti dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, previa consultazione delle parti sociali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, ma non ha trovato attuazione. Non ci sono ostacoli costituzionali all'adozione legislativa del salario minimo, né si può pensare che la giurisprudenza l'abbia già realizzato. È necessario il coinvolgimento delle parti sociali, come suggerisce l'ILO; si potrebbe rinviare alle retribuzioni base dei contratti collettivi, consapevoli che in questo modo la retribuzione proporzionata alla quantità e alla qualità prende il sopravvento sulla nozione di retribuzione sufficiente – o la va a reincarnare – ma si hanno, come noto, delle criticità: i problemi irrisolti della rappresentatività sindacale e della proliferazione dei contratti collettivi. Certo non si può attendere che si realizzano le sintonie, ma si può tenere conto di quello che le parti sociali hanno compiuto (a partire dal T.U sulla rappresentanza sindacale del 2014). Adesso è ripreso il dibattito e in Senato si discute sui disegni di legge [48] e sembra che nella Commissione lavoro del Senato si vogliano affrontare tutte le questioni. È necessario, a mio parere, che il legislatore stenda comunque una rete di protezione alternativa alla contrattazione collettiva, non solo quando manchino i contratti collettivi ma indicando anche il criterio e il livello (una percentuale della retribuzione mediana intercategoriale ed eventualmente di settore) di determinazione del salario minimo e lasciando alla regolamentazione amministrativa l'aggiornamento annuale. Resta ferma la necessità della previsione di una procedura di consultazione sindacale.

---

cura di), *Approfondimenti di diritto del lavoro*, cit., p. 223 ss.; M. BIASI, *Il contrasto al "lavoro povero" e i nodi tecnici del salario minimo legale*, in *Lav. dir. Europa,* n. 1, 2021; M. MAGNANI, *Un dibattito sul salario minimo legale*, in *Bollettino Adapt*, 8 febbraio 2021, n. 5; G. PROIA, *La proposta di direttiva sull'adeguatezza dei salari minimi*, in *Dir. rel. ind.*, 2021, p. 26 ss.; O. RAZZOLINI, *Salario minimo, dumping contrattuale e parità di trattamento: brevi riflessioni a margine della proposta di direttiva europea*, in *Lav. dir. Europa*, n. 3, 2021; T. TREU, *La questione salariale: legislazione sui minimi e contrattazione collettiva*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona.IT"*, 386/2019; M. MAGNANI, *Problemi giuridici del salario minimo legale*, in *Giur. it.*, 2015.

[48] V. il fascicolo *iter* sul d.d.l. S. 2187 presso la Commissione lavoro pubblico e privato, previdenza sociale del Senato.

11. *Note finali*

A me pare, in conclusione, che la disciplina dell'appalto privato abbia fatto notevoli passi avanti verso la liceità dello stesso e la garanzia degli interessi datoriali, ma non presenti tecniche efficaci per la repressione dei fenomeni elusivi delle tutele dei lavoratori, piuttosto accentuati. È evidente che il contemperamento degli interessi e il rispetto dei diritti fondamentali sono insoddisfacenti e tra l'altro sussistono trattamenti differenziati di tutela, in base al carattere "pubblico" o "privato" dell'appalto, ingiustificati.

Nell'era della globalizzazione e della digitalizzazione, i fenomeni elusivi sono anche sovranazionali (si è detto delle catene globali di valore). In quest'ambito, attualmente dominato per lo più da deboli strumenti di *soft law*[49], vanno rafforzate tecniche più efficaci. Ad esempio, l'ampliamento dello spettro della responsabilizzazione d'impresa può costituire un utile argine a selvaggi fenomeni di disarticolazione (organizzativa e) produttiva su scala globale. L'appello alla responsabilità sociale d'impresa e alla strategia della *due diligence* sembra valorizzata anche da interventi sovranazionali recenti[50], che chiamano le imprese a tutelare i diritti della persona in tutta la catena di valore della loro attività[51]. E sicuramente sarebbero opportuni interventi che condizionino anche i rapporti tra gli imprenditori, nel proteggere le imprese più deboli, le appaltatrici, da condizioni capestro delle società appaltanti e nell'imposizione della garanzia di trattamenti minimi inderogabili, da gestire a livello anche collettivo (con un buon raccordo leggi-contratti collettivi). A meno che non si pensi che l'obiettivo nascosto della disciplina meno garantista sia proprio la liberalizzazione ammantata di scudi protettivi di cera, che si sciolgono facilmente in un ambito caratterizzato da frammentazione, con garanzie lasciate nelle mani deboli del singolo lavoratore senza il forte sostegno del legislatore e là, dove possibile, della contrattazione collettiva posta in essere da soggetti effettivamente rappresentativi.

---

[49] Cfr. V. BRINO, *op. cit.*

[50] Cfr. la Risoluzione del Parlamento europeo del 10 marzo 2021 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti la dovuta diligenza e la responsabilità delle imprese.

[51] In quest'ambito va collocato il recente provvedimento volto a frenare la delocalizzazione selvaggia nel nostro Paese: le legge finanziaria per il 2022 (l. 30 dicembre 2021 n. 234) ai commi 224-238 dell'art. 1 prevede per le aziende con almeno 250 addetti, che intendono chiudere licenziando, collettivamente e individualmente, almeno 50 persone, l'obbligo di dar vita ad una procedura finalizzata a promuovere il dialogo sociale e istituzionale (con gli organi di governo del mercato del lavoro: Ministero della lavoro, Anpal e Regioni).

Si è in una fase in cui la strada liberista del decentramento sfrenato, proiettato verso la ricerca delle minori tutele del lavoro, con la dipendenza di produzioni da paesi stranieri, in buona parte extraeuropei, si è rivelato rischioso per l'economia nazionale e le necessità del cittadino specie in situazioni di emergenza e alimenta la violazione degli *standard* minimi di tutela a livello internazionale. Insomma, l'intervento per la maggiore tutela del lavoro negli appalti potrebbe indurre a riflettere complessivamente sul fenomeno delle esternalizzazioni e ad immaginare percorsi che riportino il Paese e l'Europa al centro delle produzioni strategiche, anche se come è stato sostenuto ciò potrebbe andare a discapito del consumatore. Ma il PIL, come insegnano oramai qualificati economisti e sociologi, andrebbe misurato anche su qualità della vita e della società e dovrebbe caratterizzarsi in questo momento dalla particolare attenzione agli aspetti climatici e sanitari [52].

[52] V. al riguardo i Rapporti Istat sul *Benessere equo e sostenibile (BES)*, che si ispirarono, nelle fasi iniziali, al Rapporto del settembre 2009 della Commissione sulla misurazione della *performance* economica e del progresso sociale, istituita dal governo francese (commissione J. STIGLITZ, A. SEN, J. FITOUSSI), e a quello dell'Onu *Measuring the quality of employment*. Con la legge n. 163/2016, di riforma del bilancio, il BES entra nel processo di definizione delle politiche economiche focalizzando l'attenzione del DEF anche sulle dimensioni fondamentali per la qualità della vita. L'ultimo documento del Ministero dell'Economia e delle Finanze è il quinto Allegato Bes al DEF 2021, in cui si valuta l'evoluzione degli indicatori fino al 2020 e le previsioni per il periodo 2021-2024 di 4 indicatori (Reddito disponibile lordo corretto pro capite, Disuguaglianza del reddito netto, Tasso di mancata partecipazione al lavoro, Emissioni di CO2 e altri gas clima alteranti). Sulla questione sono tornati di recente J. STIGLITZ, A. SEN, J. FITOUSSI, *Misurare ciò che conta*, Einaudi, Torino, 2021.

APPALTI E *WHISTLEBLOWING*

Paolo Pizzuti [*]

Nel rapporto di lavoro subordinato il dipendente ha il diritto di denunciare i fatti ed i comportamenti illeciti di cui sia venuto a conoscenza durante l'esecuzione della prestazione, anche se essi si sono consumati all'interno dell'azienda [1]. La prima norma lavoristica che ha affrontato in maniera sistematica il problema del trattamento giuridico riservato alle segnalazioni di illeciti da parte del lavoratore è contenuta nella legge n. 190/2012 che ha introdotto l'art. 54-*bis* nel d.lgs. n. 165/2001 (rubricato *"Tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti"*), cui ha fatto seguito la legge n. 179/2017 nella quale si trova attualmente la disciplina italiana del *whistleblowing*, sia nel settore pubblico che in quello privato. Successivamente, è stata emanata la importante Direttiva europea n. 1937 del 2019, tutta dedicata al fenomeno delle segnalazioni di illeciti, cui l'ordinamento italiano avrebbe dovuto già conformarsi entro l'anno 2021.

Secondo l'art. 54-*bis*, come modificato dalla riforma del 2017, il lavoratore che, nell'interesse dell'integrità della pubblica amministrazione, segnala condotte illecite di cui è venuto a conoscenza in ragione del proprio rapporto di lavoro "*non può essere sanzionato, demansionato, licenziato, trasferito, o sottoposto ad altra misura organizzativa avente effetti negativi, diretti o indiretti, sulle condizioni di lavoro determinata dalla segnalazione*". Il legislatore del 2017, dunque, sostanzialmente confermando il modello

[*] Professore associato di Diritto del Lavoro – Università degli Studi del Molise.

[1] G. PROIA, *Manuale di diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 4ª ed., 2022, p. 190 ss.; A. VALLEBONA, *Istituzioni di diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 12ª ed., 2021, p. 148 ss.; R. PESSI, *Lezioni di diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 8ª ed., 2018, p. 293 ss. Tra le opere monografiche, si v. E. GRAGNOLI, *L'informazione nel rapporto di lavoro*, Giappichelli, Torino, 1996, pp. 61-62; M. AIMO, *Privacy, libertà di espressione e rapporto di lavoro*, Jovene, Napoli, 2003, p. 226 ss.; sia consentito anche il rinvio a P. PIZZUTI, *Whistleblowing e diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 211 ss.

del 2012, prevede una protezione del segnalante rispetto agli atti ritorsivi e discriminatori che egli può subire in ragione del *report* effettuato.

Particolarmente esteso è l'ambito soggettivo di applicazione di tali tutele, che coinvolgono un ventaglio ampio di lavoratori, e cioè: i dipendenti delle amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1, comma 2, d.lgs. n. 165/2001 (le amministrazioni destinatarie delle norme sulla privatizzazione); i dipendenti di cui all'art. 3 del medesimo decreto (formalmente esclusi dalla privatizzazione); i dipendenti degli enti pubblici economici, e quelli degli enti di diritto privato sottoposti a controllo pubblico ai sensi dell'art. 2359 c.c. Inoltre – per quanto più ci interessa in questa sede – la disciplina del *whistleblowing* si applica anche ai lavoratori e ai collaboratori delle imprese fornitrici di beni o servizi e che realizzano opere in favore dell'amministrazione pubblica.

La riforma del 2017 ha dunque allargato i confini del *whistleblowing* oltre l'elenco degli enti sottoposti a controllo pubblico diretto o indiretto: l'art. 54-*bis* trova infatti applicazione ai dipendenti ed ai collaboratori delle imprese fornitrici di beni o servizi in favore della pubblica amministrazione e che realizzano opere per quest'ultima. La *ratio* è quella di mettere a disposizione lo strumento della segnalazione a quei lavoratori che, pur non essendo formalmente inquadrati nell'amministrazione, svolgono attività nell'ambito di un settore particolarmente sensibile per la normativa anticorruzione, e cioè quello delle commesse e degli appalti pubblici.

Rimane però da definire come debba essere garantito il raccordo tra le procedure di *whistleblowing* dell'amministrazione appaltante e le segnalazioni provenienti da soggetti che non sono direttamente collegati alla struttura dell'ente pubblico, anche perché è ben possibile che la società appaltatrice possieda canali di segnalazione interni e funzionalmente differenti da quelli adottati dall'amministrazione.

Una soluzione potrebbe essere quella di prevedere, in ogni capitolato di lavori, servizi o forniture, la comunicazione formale circa il funzionamento e lo svolgimento delle procedure, garantendo, in caso di sistemi informatici, che tutti i dipendenti coinvolti nell'appalto siano dotati di apposita abilitazione alla segnalazione[2]. I soggetti legittimati a ricevere il *report*, dunque, dovranno prendere in considerazione anche le segnalazioni provenienti da lavoratori privati appartenenti ad imprese fornitrici di beni e ser-

[2] All'impresa appaltante si estenderà però solo la disciplina anti-corruttiva del *whistleblowing* e non tutto l'apparato della legge n. 190/2012.

vizi, purché ovviamente si tratti di irregolarità o di illeciti relativi alla pubblica amministrazione per la quale l'impresa opera.

La segnalazione è ammessa anche per i lavoratori non subordinati. Per quelli estranei alla pubblica amministrazione, ma legati da rapporti di collaborazione alle imprese appaltanti, l'estensione dell'art. 54-*bis* è prevista dal secondo comma della norma, mentre per i lavoratori autonomi che collaborano direttamente con gli enti pubblici la disposizione non prevede alcuna estensione. Sul punto l'ANAC aveva già espresso forti perplessità, evidenziando come il vecchio testo dell'art. 54-*bis* andasse modificato proprio nel senso di estenderlo "ai collaboratori, ai consulenti o altre figure titolari di contratto o incarico a qualsiasi titolo" all'interno dell'amministrazione[3]. Il legislatore del 2017, però, ha accolto parzialmente queste indicazioni, inserendo tra i soggetti attivi del *whistleblowing* soltanto i collaboratori di *contractors* pubblici.

Tale esclusione non sembra in linea con le finalità della riforma del 2017: infatti, se l'obiettivo è quello di rafforzare la prevenzione dei fenomeni corruttivi interni alle amministrazioni pubbliche, non è ragionevole escludere dal sistema di segnalazione i *report* provenienti da soggetti che, pur non legati da vincoli di subordinazione con l'ente, operano all'interno dello stesso ed entrano in contatto con possibili fonti di rischio. Non è chiaro, poi, perché la tutela dell'art. 54-*bis* sarebbe disponibile per il collaboratore dell'appaltatore privato e non per quello dell'appaltante pubblico, visto che entrambi operano nell'ambito dei medesimi contratti di servizi e forniture.

In tale situazione, si potrebbe optare per una interpretazione ampia della norma, che includa anche i collaboratori diretti della pubblica amministrazione, accogliendo le indicazioni che provengono dalla Direttiva europea del 2019, la quale si rivolge ad una platea estesa di soggetti, che certamente comprende anche i collaboratori autonomi delle amministrazioni[4].

Altra questione è se le misure protettive previste dalla legge possano avere effetto nei confronti del lavoratore autonomo, dato che alcune di esse sono ritagliate a misura del lavoro subordinato (come, ad esempio, quel-

[3] Cfr. la nota del Presidente Raffaele Cantone del 13 ottobre 2015, disponibile al sito www.anticorruzione.it.

[4] È questa la posizione che ha adottato l'Autorità anticorruzione nelle sue linee guida del 2020, prendendo spunto dall'estensione degli obblighi di condotta previsti dal codice di comportamento dei dipendenti pubblici a tutti i collaboratori o consulenti (*ex* art. 2, comma 3, d.P.R. n. 62/2013).

le in materia di licenziamento illegittimo)[5]. In realtà, però, il codice di comportamento dei dipendenti pubblici, che le amministrazioni sono tenute a far applicare (per quanto possibile) anche ai collaboratori autonomi ed ai consulenti, prevede all'art. 2, comma 3, l'obbligo di inserire negli atti di incarico e nei contratti di acquisizione delle collaborazioni, consulenze o servizi, apposite clausole di risoluzione o decadenza in caso di violazione degli obblighi di comportamento. Non è da escludersi, dunque, che un lavoratore autonomo possa subire dall'amministrazione una misura del genere e che intenda invocare la tutela prevista dalla legge, la quale prevede la nullità delle misure ritorsive e discriminatorie adottate dal datore di lavoro. Al riguardo, interessanti indicazioni provengono sempre dalla Direttiva europea, che elenca in modo puntuale una serie di condotte ritorsive vietate, tra le quali rientrano, ad esempio, la "conclusione anticipata o l'annullamento del contratto per beni o servizi" e "l'annullamento di una licenza o di un permesso"[6].

Vi è poi il tema della tutela dell'identità del segnalatore, che assume un ruolo strategico nel sistema di incentivo al *whistleblowing* disegnato dalla legge n. 179/2017, anche con riferimento ai lavoratori dell'appaltatore. Qualora si apra un procedimento disciplinare per effetto della segnalazione, l'art. 54-*bis* stabilisce che *"l'identità del segnalante non può essere rivelata"*, anche se la formulazione perentoria della regola lascia spazio a diverse ipotesi derogatorie, a seconda del procedimento in cui l'identità del *reporter* dovrebbe essere utilizzata (davanti al giudice penale, alla Corte di conti, o nella procedura disciplinare).

Con particolare riguardo alla procedura disciplinare, l'art. 54-*bis* prevede che tale identità debba rimanere segreta "*ove la contestazione dell'addebito disciplinare sia fondata su accertamenti distinti e ulteriori rispetto alla segnalazione, anche se conseguenti alla stessa*". La norma è volta a garantire il segreto circa l'identità del *whistleblower* nei casi in cui la segnalazione sia servita solo come campanello d'allarme per fatti sui quali sono poi stati disposti accertamenti ulteriori da parte dell'ufficio di disciplina: in tali ipotesi, infatti, la procedura può svolgersi regolarmente anche senza l'indicazione all'accusato del nome del denunciante.

---

[5] Nel caso in cui siano disposti provvedimenti ritorsivi o discriminatori nei confronti del *whistleblower*, questi sono nulli ed è a carico dell'amministrazione (o del soggetto privato appaltatore pubblico) l'onere di dimostrare che le misure in questione siano in realtà "*motivate da ragioni estranee alla segnalazione stessa*" (art. 54-*bis*, comma 7).

[6] Così l'art. 20 della Direttiva, rubricato "Misure di sostegno".

Diverso, invece, è il caso in cui "*la contestazione sia fondata, in tutto o in parte, sulla segnalazione e la conoscenza dell'identità del segnalante sia indispensabile per la difesa dell'incolpato*", quando cioè la contestazione deve necessariamente fondarsi sul *report* effettuato dal segnalatore e la conoscenza della sua identità risulta decisiva per consentire all'accusato di svolgere effettivamente le proprie difese. In tale caso, la norma prevede che "*la segnalazione sarà utilizzabile ai fini del procedimento disciplinare solo in presenza del consenso del segnalante alla rivelazione della sua identità*" (art. 54-*bis*, comma 3): se dunque l'interessato non presterà il proprio consenso, l'amministrazione pubblica, l'ente privato controllato o quello collegato contrattualmente con la stessa non potranno procedere con la contestazione disciplinare.

La norma in questione riguarda non solo le amministrazioni pubbliche ma anche le aziende appaltatrici delle amministrazioni, sicché ad una medesima azienda appaltatrice potrebbero astrattamente essere applicabili sia le regole del d.lgs. n. 231/2001, se ha deciso di adottare il "sistema 231", sia quelle dell'art. 54-*bis*, se opera come fornitrice di beni, opere o servizi per l'amministrazione. Nell'incertezza, all'azienda appaltatrice converrà probabilmente attenersi alle regole dell'art. 54-*bis*, in maniera tale da evitare che la contestazione e la successiva sanzione siano messe in discussione in ragione di vizi procedurali invalidanti. Ad ogni modo, la *ratio* della disposizione in questione sembra essere, ancora una volta, quella della protezione del *whistleblower*: se la riservatezza del segnalante è strumento chiave per avvicinarlo alla pratica della segnalazione, allora la soluzione (estrema) dell'inibizione del potere disciplinare va letta indubbiamente nell'ottica di un potenziamento dell'istituto. L'impostazione in esame risulta peraltro confermata dal testo della Direttiva europea, la quale assegna al diritto di riservatezza del segnalatore una posizione preminente, consentendo la divulgazione dell'identità del *whistleblower* solo "*qualora ciò rappresenti un obbligo necessario e proporzionato imposto dal diritto dell'Unione o nazionale nel contesto di indagini da parte delle autorità nazionali o di procedimenti giudiziari, anche al fine di salvaguardare i diritti della difesa della persona coinvolta*" (art. 16).

Quanto all'applicazione della disciplina del *whistleblowing* nel settore privato, come è noto il nostro legislatore ha scelto di non dedicare un provvedimento autonomo al *whistleblowing*, ma di intervenire (*ex* art. 2, legge n. 179/2017) sul testo del d.lgs. n. 231/2001, inserendolo così nella disciplina della responsabilità amministrativa da reato degli enti giuridici. Nel sistema attuale la disciplina del *whistleblowing* è dunque saldata in

modo indissolubile con quella della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, collegandosi al modello di organizzazione dell'ente ivi previsto.

Ora, in tale modello i soggetti segnalanti sono quelli che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale nonché da persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso, oltre alle persone che sono sottoposte alla direzione o alla vigilanza dei primi (art. 5, d.lgs. n. 231/2001).

La formulazione della norma identifica dunque i *whistleblowers* con le persone interne all'azienda investite di responsabilità e funzioni tali da esporle ad un "rischio funzionale" di contatto con condotte rilevanti ai fini delle segnalazioni. Anche qui non pare rilevare, in tale quadro, la natura subordinata o autonoma del rapporto di lavoro che vincola il segnalatore all'azienda, per almeno due ordini di ragioni: innanzitutto, per ragioni di tipo testuale, poiché la rubrica dell'art. 2 della legge n. 179/2017 è intitolata alla "*Tutela del dipendente o collaboratore che segnala illeciti nel settore privato*", manifestando l'intenzione di ricomprendere nell'ambito della protezione predisposta al suo interno anche le segnalazioni di lavoratori non subordinati; inoltre, la definizione normativa dei soggetti segnalanti si concentra non tanto sulla natura del vincolo contrattuale che lega questi all'impresa, quanto sulla loro posizione funzionale all'interno dell'organizzazione aziendale, lasciando così aperta la possibilità che tali responsabilità e funzioni scaturiscano da rapporti di lavoro autonomo.

Non solo, sembra chiaro che anche nel settore privato la disciplina di tutela del segnalatore debba comprendere i dipendenti e i collaboratori degli appaltatori che entrano in contatto con l'azienda e che possono disvelare condotte illecite all'interno di essa. In ogni caso, tali soggetti hanno la possibilità di presentare denunce all'autorità giudiziaria o amministrativa per segnalare illeciti di cui sono venuti a conoscenza in virtù dell'appalto, ed in tal caso – secondo la giurisprudenza ormai consolidata – non sono tenuti neppure al rispetto della continenza sostanziale e formale in considerazione del canale riservato e qualificato della segnalazione[7]. Rimane pe-

[7] V. Cass. 14 novembre 2017 n. 26867, in *Corr. giur.*, 2018, n. 1, p. 125. Nonché, Cass. 18 gennaio 2019 n. 1379, in *Riv. it. dir. lav.*, 2019, II, p. 221, con nota di P. TOSI, E. PUCCETTI, *Il diritto di critica nella rinnovata rilevanza del limite di pertinenza*; Cass. 16 febbraio 2017 n. 4125, in *Lav. giur.*, 2017, p. 456 ss.; Cass. 26 settembre 2017 n. 22375; Cass. 8 luglio 2015 n. 14249; Cass. 14 marzo 2013 n. 6501, in *Foro it.*, 2013, c. 1455; Cass. 20 giugno 2003 n. 9908, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, II, p. 125.

raltro sempre aperta la possibilità della divulgazione pubblica dell'illecito aziendale, che però dovrà invece seguire rigorosamente le regole del c.d. "decalogo", e cioè appunto la continenza sostanziale e formale nonché l'utilità sociale della rivelazione [8].

Al riguardo, come si è accennato in precedenza, la Direttiva europea è molto chiara, stabilendo che la disciplina del *whistleblowing* debba applicarsi a tutte le persone che lavorano nel settore privato o pubblico che hanno acquisito informazioni sulle violazioni nel contesto lavorativo, inclusi i lavoratori autonomi, gli azionisti ed i membri dell'organo di amministrazione, direzione o vigilanza di una impresa, e qualsiasi altra persona che opera sotto la supervisione e la direzione di appaltatori, subappaltatori e fornitori. Lo spirito del legislatore europeo, del resto, è quello di garantire protezione non in base al tipo di relazione contrattuale intercorrente tra le parti bensì tenendo conto di tutte le persone collegate in senso ampio all'organizzazione in cui si è verificata la violazione.

[8] Cass. 25 febbraio 1986 n. 1176, in *Foro it.*, 1986, I, c. 1877, con nota di O. MAZZOTTA, *Diritto di critica e contratto di lavoro*; Cass. 29 novembre 2016 n. 24260, in *Arg. dir. lav.*, 2017, n. 2, p. 420; Cass. 8 luglio 2009 n. 16000; Cass. 10 dicembre 2008 n. 29008, in *Lav. giur.*, 2009, n. 4, p. 408; Cass. 14 giugno 2004 n. 11220, in *Guida dir.*, n. 29, p. 69.

TRASPARENZA DEI TRATTAMENTI DEI LAVORATORI TRA NUOVE CONQUISTE E FALLIMENTI DELLA CONTRATTAZIONE COLLETTIVA

Silvia Ciucciovino [*]

1. *Il codice alfanumerico unico dei CCNL*

A volte interventi legislativi apparentemente minimali sono in grado di generare trasformazioni di grande portata. Ciò è accaduto con la norma che recentemente ha introdotto il codice alfanumerico unico dei contratti collettivi nazionali di lavoro; una *piccola* disposizione che crea le condizioni per accrescere significativamente il grado di trasparenza del sistema della contrattazione collettiva.

La norma in questione è l'art. 16-*quater* della legge di conversione del c.d. Decreto Semplificazioni (legge 11 settembre 2020 n. 190 di conversione del d.l. 16 luglio 2020 n. 76) che ha attribuito al CNEL il potere di assegnare a ciascun contratto collettivo acquisito in archivio un codice identificativo unico per tutte le amministrazioni interessate (INPS, Ministero del Lavoro, CNEL). Un codice utile non soltanto per l'archiviazione dei contratti collettivi presso il CNEL ai sensi dell'art. 17, legge 30 dicembre 1986 n. 936, ma anche per gli adempimenti che i datori di lavoro sono tenuti a fare con le comunicazioni obbligatorie al Ministero del lavoro e con le trasmissioni mensili dei modelli UNIMENS all'INPS [1].

Dall'innovazione legislativa discende a livello amministrativo un neces-

[*] Professoressa ordinaria di Diritto del Lavoro – Università degli Studi di Roma "Roma Tre", Consigliera esperta CNEL.

[1] L'INPS ha fornito le istruzioni operative per il passaggio al codice alfanumerico nelle denunce retributive mensili UNIEMENS con circolare 12 novembre 2021 n. 170.

sario allineamento dei diversi sistemi di codifica della contrattazione collettiva nazionale da parte di diverse istituzioni ed enti che, a vario titolo, detengono banche dati sulla contrattazione collettiva. Ciò rende univocamente e mutuamente identificabile il CCNL da parte di tali soggetti pubblici; il codice è definito secondo criteri stabiliti dal CNEL d'intesa con il Ministero del lavoro e con l'INPS.

Grazie al codice unico quindi è puntualmente conoscibile il CCNL applicato dalle imprese ai singoli contratti di lavoro, cosa che non era possibile in precedenza, sia per la mancanza di un sistema di classificazione comune alle tre istituzioni, sia perché il sistema di identificazione dei CCNL nei modelli delle comunicazioni obbligatorie e nelle denunce mensili INPS conteneva molte imprecisioni e non era esaustivo. Capitava così che nelle comunicazioni al Ministero del lavoro e all'INPS comparisse il riferimento a contratti collettivi scaduti oppure a contratti diversi da quelli effettivamente applicati in quanto questi ultimi non erano compresi nelle banche dati dell'istituto previdenziale oppure perché erano identificati con un sistema di codifica diverso da quello adottato dal CNEL.

2. *Dalla cooperazione interistituzionale all'anagrafe unica della contrattazione nazionale*

La disposizione sul codice alfanumerico costituisce il coronamento di un lungo lavoro di cooperazione interistituzionale tra CNEL e INPS che già da tempo, in via convenzionale, aveva portato ad un progressivo allineamento dei criteri di codificazione, grazie al quale sono stati aggiornati e ripuliti da ridondanze gli archivi dell'ente previdenziale. La previsione normativa rende strutturale e permanente il collegamento delle banche dati dei due enti ed inoltre allarga lo spettro della cooperazione al Ministero del lavoro per quanto attiene al sistema delle comunicazioni obbligatorie arricchendo il contenuto informativo di questa preziosa fonte amministrativa.

L'adozione di un linguaggio unico indubbiamente accresce il livello di trasparenza e consente di interrogare le fonti amministrative in modo agevole e attendibile a diversi fini: di studio, decisionali ed operativi.

Ulteriori soggetti pubblici stanno manifestando interesse a collegarsi al nuovo sistema classificatorio dei CCNL. Come ad esempio l'ANAC al fine di rendere effettiva la previsione dell'art. 105, comma 14, del codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016) come modificato dall'art. 49, comma

1, lett. b), n. 2, d.l. 31 maggio 2021 n. 77, convertito dalla legge 29 luglio 2021 n. 108. Tale norma prevede che il subappaltatore garantisca gli stessi standard qualitativi e prestazionali previsti nel contratto di appalto e riconosca ai lavoratori un trattamento economico e normativo non inferiore a quello che avrebbe garantito il contraente principale, inclusa l'applicazione dei medesimi contratti collettivi nazionali di lavoro, quando le attività oggetto di subappalto coincidano con quelle oggetto dell'appalto o riguardino le lavorazioni relative alle categorie prevalenti e siano incluse nell'oggetto sociale del contraente principale. L'ANAC sta quindi lavorando per inserire nei bandi l'obbligo per gli operatori economici di indicare il codice alfanumerico del CCNL applicato in sede di predisposizione della domanda di partecipazione.

Con l'adozione del codice alfanumerico unico si gettano le basi per la formazione di una anagrafe unica nazionale della contrattazione collettiva nazionale in grado di aumentare significativamente il grado di trasparenza sostanziale del sistema della contrattazione collettiva italiana, connotato come è noto da un abnorme numero di CCNL vigenti. Avere a disposizione strumenti in grado di mettere in evidenza in modo puntuale l'effettiva applicazione dei contratti collettivi, collegando diverse banchi dati, e di abbinare a ciascun codice il testo contrattuale ufficialmente depositato è importante anche per aumentare il grado di consapevolezza sull'operato degli stessi soggetti negoziali e, seppure indirettamente, sulla loro rappresentatività, misurata attraverso il dato della effettiva applicazione dei contratti collettivi sottoscritti e attraverso l'evidenza pubblica dei contenuti della contrattazione collettiva, anche in un'ottica comparativa.

3. *Oltre la presunzione della maggiore rappresentatività: l'effettiva applicazione dei CCNL*

L'Archivio del CNEL raccoglie ed archivia i contratti, ma di per sé non dice nulla rispetto alla loro effettiva applicazione. Il collegamento con le banche dati dell'INPS permette di ottenere informazioni aggiuntive. Quali e quanti lavoratori sono coperti da quali CCNL nonché quante aziende applicano un dato CCNL. Il collegamento con le comunicazioni obbligatorie del Ministero del lavoro consente di sapere in modo puntuale quanti e quali tipologie di contratti di lavoro e di lavoratori sono associati ad un determinato CCNL arricchendo il contenuto conoscitivo rispetto ad ulteriori elementi quali la tipologia contrattuale, l'età, il gruppo professionale, il ti-

tolo di studio, il genere, la zona geografica, il settore economico produttivo di appartenenza dell'impresa.

In questo modo si rende operativa la previsione di cui all'art. 17, comma 4, legge n. 936/1986 relativa all'istituzione presso il CNEL di una "banca di dati sul mercato del lavoro, sui costi e sulle condizioni di lavoro, alla cui formazione e aggiornamento concorrono gli enti pubblici che compiono rilevazioni sulle suddette materie". Passando così dalla catalogazione dei contratti alla osservazione dei trattamenti contrattuali.

Proprio grazie alla interconnessione delle banche dati CNEL e INPS, ad esempio, è possibile sapere che dei 933 contratti collettivi nazionali di lavoro vigenti depositati al CNEL (dato novembre 2021) per i lavoratori del settore privato, 128 CCNL sottoscritti da soggetti datoriali e sindacali rappresentati al CNEL, pari al 14% dei CCNL vigenti, riguardano circa l'87% del totale dei lavoratori.

Il 38% dei CCNL depositati sono sottoscritti da organizzazioni non rappresentate al CNEL, ma questi sono applicati ad un numero esiguo di lavoratori, pari allo 0,3% del totale.

In tutti i settori contrattuali, i primi cinque CCNL maggiormente applicati interessano almeno l'80% dei lavoratori e nella metà dei settori più del 90%[2].

Questi dati dimostrano che nonostante l'abnorme numero di CCNL depositati, il fenomeno dei c.d. contratti pirata non presenta allo stato una diffusione allarmante almeno dal punto di vista della quantità di aziende e lavoratori interessati.

La giungla contrattuale non corrisponde (ancora) ad una giungla dei trattamenti. Tuttavia oggi è possibile individuare e tenere sotto controllo i settori più esposti al *dumping contrattuale*, le aree di maggiore fragilità anche nell'ottica dell'adozione di politiche di contrasto adeguate. Come già detto, il collegamento ulteriore con il sistema delle comunicazioni obbligatorie permette di scendere in maggiore profondità nell'indagine, correlando l'applicazione dei CCNL a specifiche variabili, quali i territori, le tipologie contrattuali, il genere, l'età, il titolo di studio, il gruppo professionale, il settore economico produttivo.

---

[2] CNEL, *XXII Rapporto sul mercato del lavoro e della contrattazione collettiva 2021*, spec. Capitolo 14 "*L'archivio nazionale dei contratti di lavoro. Evidenze aggiornate a fine 2021*", p. 379 ss.

4. *Il contributo dell'anagrafe unica della contrattazione nella individuazione del contratto* leader

Gli avanzamenti raggiunti in termini di leggibilità e comparabilità quali-quantitativa dei contratti collettivi non devono però trasformarsi in facili scorciatoie rispetto al nodo gordiano della misurazione della rappresentatività delle organizzazioni stipulanti.

Non v'è dubbio che l'anagrafe unica aiuta ad identificare il contratto *leader*, ma da solo il dato della effettiva applicazione non è sufficiente.

Limitarsi a riconoscere al contratto più applicato la caratteristica di contratto *leader*, cioè quello che risponde ai requisiti selettivi delle numerose norme che rinviano ai contratti stipulati dalle organizzazioni rappresentative comparativamente più rappresentative potrebbe essere fuorviante. Innanzitutto perché l'ordinamento giuridico adotta un criterio selettivo riferito esclusivamente alla capacità rappresentativa dei soggetti stipulanti, sia dal lato sindacale sia dal lato datoriale, e non al criterio della effettiva diffusione applicativa dei prodotti dell'autonomia collettiva. Pertanto il dato dell'applicazione del CCNL dovrebbe quantomeno essere integrato con altri criteri e parametri atti a segnalare la rappresentatività comparativamente maggiore dei soggetti negoziali stipulanti, che si pone a monte della stessa sottoscrizione.

In secondo luogo perché, ammesso pure che i criteri di misurazione della rappresentatività dei soggetti negoziali fossero certi e accettati, rimarrebbe del tutto impregiudicato e irrisolto il tema fondamentale dei *perimetri*, ossia degli ambiti entro i quali effettuare la misurazione e la comparazione del peso relativo di una organizzazione rappresentativa rispetto ad un'altra, o di un contratto collettivo rispetto ad un altro. Il tema dei perimetri e della pesatura si pone anche nel caso in cui ci si limiti a mettere in comparazione i CCNL in base alla misura della loro effettiva applicazione. Infatti per individuare il contratto *leader* non sarebbe sufficiente fermarsi al dato dell'applicazione in termini assoluti, ma bisognerebbe comunque declinarlo con riferimento al *settore* di riferimento. Il tema dunque fondamentale da affrontare è quello del settore e della categoria contrattuale nella sua incessante evoluzione risultante dal sistema delle relazioni industriali nel suo divenire [3].

[3] Si consenta il rinvio a S. CIUCCIOVINO, *Fisiologia e patologia del pluralismo contrattuale tra categoria sindacale e perimetri settoriali*, in *LD*, 2020, fasc. 2, p. 185 ss.

Ecco allora che appare ineludibile nel sistema attuale, dove il pluralismo e l'anomia non appaiono più strumenti di presidio, bensì di indebolimento delle tutele dei lavoratori, riprendere a parlare della misurazione della rappresentatività sindacale e datoriale, sia con riferimento ai *criteri* che agli *ambiti* di misurazione.

Forse proprio il CNEL potrebbe riscoprire la sua principale missione istituzionale nel farsi sede di verifica e aggiornamento continuo dei settori e delle categorie contrattuali come frutto delle relazioni industriali, quali risultanti tempo per tempo dai prodotti negoziali censiti e inseriti in archivio.

Una funzione, questa, che in fin dei conti è pienamente coerente e si potrebbe dire intrinseca nella fondamentale funzione di *archiviazione* della contrattazione collettiva nazionale che il legislatore assegna in via esclusiva a CNEL con l'art. 17, legge 30 dicembre 1986 n. 936. Si deve ricordare, infatti, che "l'organizzazione dell'archivio nazionale dei contratti e degli accordi collettivi di lavoro deve consentire la loro conservazione nel tempo e la pubblica consultazione" (art. 17, comma 3), quindi risponde ad un interesse generale di evidenza pubblica, che deve essere altresì funzionale agli scopi di tutela che attraverso i CCNL l'ordinamento mira a realizzare. Nel senso che la consultazione deve rispondere ad un fine di conoscibilità dei trattamenti e di certezza delle regole applicabili. Perché tale finalità sia assolta la struttura ordinata dell'archivio deve essere tale da restituire la geografia reale dei settori contrattuali e delle categorie tempo per tempo vigenti.

Attualmente questa struttura riproduce un sistema codificato alla fine degli anni '80 e suddiviso in quattordici macrosettori o grandi comparti contrattuali (agricoltura; chimici; meccanici; tessili; alimentaristi; edilizia legno e arredamento; poligrafici e spettacolo; terziario, distribuzione e servizi; lavoro domestico; trasporti; credito e assicurazioni; aziende di servizi; istruzione, sanità, assistenza, cultura, enti; ccnl plurisettoriali, microsettoriali e altri). Non c'è dubbio che esistono ampi margini di aggiornamento e specificazione della struttura dell'archivio per tener conto dell'impetuoso sviluppo che si è avuto negli ultimi anni nell'articolazione della rappresentanza collettiva sia dal lato datoriale che sindacale e, di conseguenza, dei prodotti negoziali che ne scaturiscono.

A fronte di un aggiornamento progressivo e condiviso della struttura dell'archivio, l'anagrafe unica della contrattazione collettiva potrebbe davvero fornire un contributo fondamentale nella individuazione del contratto *leader*, perché riuscirebbe a fornire informazioni attendibili sia sul piano del settore di riferimento sia sul peso relativo di un CCNL in tale ambito.

Una informazione che non potrebbe certo esaurire, ma potrebbe certamente incidere in modo determinate, impregiudicata la prova contraria, sulla individuazione dei soggetti sindacali e datoriali comparativamente più rappresentativi in un dato settore. In particolare sul versante datoriale, dove si assiste da diversi anni ad una frammentazione inusitata della rappresentanza si potrebbe avere un guadagno notevole in termini di verifica della consistenza e dell'effettivo impatto dei soggetti rappresentativi minori.

L'inerzia delle parti sociali sul fronte della misurazione della rappresentatività dal lato datoriale si sta tramutando in un fallimento dell'autonomia collettiva. I rischi di deterioramento delle condizioni di trattamento e di concorrenza al ribasso tra contratti collettivi sono elevatissimi e perniciosi. Come in parte testimonia il crescente fenomeno della povertà lavorativa. Un ossimoro che sta ad indicare la patologica situazione in cui il "Lavoro" tradisce la sua funzione costituzionale, economica e sociale in quanto non è in grado di garantire un'esistenza libera e dignitosa.

5. *Il contrasto alla povertà lavorativa e la trasparenza delle informazioni sui CCNL*

Il contrasto alla povertà lavorativa è stato oggetto di studio da parte di un Gruppo di lavoro interdisciplinare incaricato dal Ministro del lavoro Andrea Orlando di individuare proposte e soluzioni [4], cui ho avuto la fortuna di partecipare. Fermo rimanendo che il tema è complesso e condizionato da molteplici variabili, prima fra tutte la quantità di ore effettivamente lavorate e il reddito familiare complessivamente inteso, non v'è dubbio che sul piano della garanzia di trattamenti contrattuali minimi inderogabili, le principali soluzioni percorribili si basano sulla opzione del salario minimo legale da un lato e, dall'altro, sulla introduzione di criteri oggettivi di misurazione della rappresentatività sindacale e datoriale tali da rendere agevole l'individuazione del contratto *leader* come parametro di riferimento settoriale.

Il recepimento della recente proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa a salari minimi adeguati nell'Unione europea

[4] Il gruppo di lavoro "Interventi e misure di contrasto alla povertà lavorativa in Italia" composto da Andrea Garnero, Michele Raitano, Silvia Ciucciovino, Mariella Magnani, Paolo Naticchioni, Stefani Scherer, Emanuela Struffolino ha presentato il risultato del lavoro il 18 gennaio 2022.

28 ottobre 2020, può essere l'occasione per mettere mano alla questione, anche se di per sé l'Italia non risulta tenuta a dotarsi di una legge sul salario minimo, in quanto sussiste la condizione di un elevato grado di copertura della contrattazione collettiva (superiore al 70%) considerata sufficiente ad assicurare il rispetto dei salari minimi adeguati, in alternativa ad un sistema di minimi legali diffuso in atri paesi dell'Unione.

Tuttavia anche rispetto ai sistemi di garanzia del salario minimo fornita esclusivamente dai contratti collettivi, come il nostro, la Direttiva richiede agli Stati membri di comunicare annualmente alla Commissione dati puntuali circa: la distribuzione in decili di tali salari ponderata in funzione della percentuale di lavoratori coperti; il tasso di copertura della contrattazione collettiva; il livello dei salari dei lavoratori che non beneficiano della tutela garantita dal salario minimo fornita da contratti collettivi e il suo rapporto con il livello dei salari dei lavoratori che beneficiano di tale tutela minima. Informazioni, queste, che ogni Stato membro deve fornire disaggregate per genere, fascia di età, disabilità, dimensioni dell'impresa e settore (art. 10 "Monitoraggio e raccolta dati" della proposta di Direttiva).

Questa previsione impone dunque di restituire un quadro puntuale, aggiornato e trasparente sulle condizioni di trattamento previste dai contratti collettivi, a presidio delle garanzie minimali. Tutte informazioni che proprio grazie al codice alfanumerico e all'anagrafe unica della contrattazione collettiva sono oggi agevolmente ricavabili.

Trasparenza e lotta alla povertà lavorativa sono strettamente collegate tra loro. Si potrebbe dire che il guadagno in termini di pubblica comparabilità dei trattamenti può costituire già di per sé un rimedio al *dumping* contrattuale. Da un lato si gettano le basi per accrescere l'efficacia della vigilanza documentale da parte degli enti deputati. Dall'altro lato la maggiore consapevolezza dell'operato e della consistenza dei diversi soggetti sindacali e datoriali potrebbe innescare meccanismi *bottom up* di selezione autonoma e virtuosa nel sistema della rappresentanza collettiva.

6. *Verso una nuova stagione della legislazione di sostegno alle organizzazioni comparativamente più rappresentative*

Se vogliamo fare un passo avanti significativo nella direzione della effettività di salari minimi di base esigibili su larga scala, ritengo che la soluzione più appropriata sia quella, non tanto della fissazione di un salario mi-

nimo orario per via legale, quanto quella della adozione di una nuova normativa di sostegno alle organizzazioni comparativamente più rappresentative.

I numerosi rinvii legislativi ai CCNL stipulati dai soggetti rappresentativi comparativamente più rappresentativi sono inefficaci in mancanza di strumenti chiari che consentano di individuare tali soggetti in modo oggettivo.

Si tratta di aggiornare e rilanciare, nel solco della tradizionale tecnica della legislazione *promozionale* del sindacato maggiormente rappresentativo, una nuova stagione di sostegno delle organizzazioni comparativamente più rappresentative, sia dal lato sindacale sia dal lato datoriale. Una normativa strumentale per l'autoaffermazione delle forze effettivamente più rappresentative nella dinamica autentica delle relazioni industriali. Ritengo che una parte essenziale di questa nuova stagione riguardi proprio la messa in trasparenza e la pubblica riconoscibilità degli attori. Le recenti innovazioni legislative vanno in questa direzione, almeno sul piano dei CCNL e dei trattamenti.

Ma oltre a trovare *a valle* della contrattazione il contratto *leader* discernendolo tra una massa confusa di CCNL sovrapposti tra loro, si potrebbe operare più decisamente per determinare *a monte* in modo chiaro le regole del gioco. Finita l'epoca del mutuo riconoscimento, soprattutto nei settori più critici dove si rinvengono le condizioni di trattamento più fragili, è bene che i soggetti che si vogliono accreditare sulla scena sindacale per determinare i trattamenti dei lavoratori lo facciano esibendo in modo chiaro il loro mandato rappresentativo, cioè appunto la loro rappresentatività, non in astratto ma in concreto nel determinato ambito contrattuale e settoriale in cui esplicano la loro azione. Si deve cioè ritornare alla base del fenomeno della rappresentatività dell'interesse collettivo che, in ultima analisi e oltre l'opacità che alimenta il *dumping* contrattuale, poggia sulla riconosciuta capacità di farsi interprete degli interessi dei rappresentati.

TUTELE GIUSLAVORISTICHE IN TEMA DI APPALTI E TRASFERIMENTO DI AZIENDA

Emilio Balletti [*]

1. *Sul possibile rilevare anche quale trasferimento di azienda del mutamento della titolarità di un appalto*

La successione, il trasferimento, il subentro o comunque l'acquisizione da parte di un nuovo appaltatore di un determinato appalto già di pertinenza di un precedente imprenditore vengono di sovente a realizzarsi unitamente al trasferimento ad esso nuovo appaltatore dell'azienda od anche solo di un ramo dell'azienda dell'appaltatore uscente.

Una siffatta vicenda traslativa importa evidentemente l'applicazione delle tutele giuslavoristiche *ex* art. 2112 c.c., e disposizioni collegate, in forma di diritto dei lavoratori alla prosecuzione invariata dei loro rapporti di lavoro con il nuovo appaltatore cessionario, così come anche di responsabilità solidale di questi, unitamente al precedente appaltatore cedente, per i crediti dei lavoratori relativi al periodo pregresso, oltreché pure di assoggettamento della vicenda traslativa della compagine aziendale o del suo ramo alle disposizioni procedurali sempre in tema di trasferimento di azienda *ex* art. 47, legge n. 428/1990. Al di là delle analoghe previsioni di legge o della contrattazione collettiva già in sé rilevanti in tema di appalti, quali le c.d. "clausole sociali", a garanzia della continuità occupazionale e dei diritti già maturati dai lavoratori nei confronti del nuovo appaltatore entrante: operanti a prescindere dalla ricorrenza, o meno, in concreto (anche) di un trasferimento di azienda *ex* art. 2112 c.c., e non senza una qualche possibile esigenza di coordinamento tra tutele giuslavoristiche in tema di appalti e

[*] Professore ordinario di Diritto del lavoro – Università degli Studi della Campania "*Luigi Vanvitelli*".

quelle relative al trasferimento di azienda in riferimento alla fattispecie concreta, sempre quando ricorra anche una vicenda traslativa *ex* art. 2112 c.c.

Resta comunque inteso che un nuovo appaltatore ben possa assumere la titolarità di un appalto già di pertinenza di un precedente imprenditore senza essere al contempo cessionario dell'azienda o di un ramo dell'azienda dell'appaltatore uscente. Così come del resto confermato dall'art. 29, comma 3, d.lgs. n. 276/2003, infatti prevedendo che «*non costituisce trasferimento d'azienda o di parte d'azienda*» anche «*l'acquisizione del personale già impiegato nell'appalto a seguito di subentro di nuovo appaltatore dotato di propria struttura organizzativa e operativa, in forza di legge, di contratto collettivo nazionale di lavoro o di clausola del contratto d'appalto, ove siano presenti elementi di discontinuità che determinano una specifica identità di impresa*». E tanto, ad ogni modo, a fronte sia di successione o subentro del nuovo appaltatore nello stesso contratto di appalto inerente al precedente appaltatore, sia anche della stipulazione di un autonomo nuovo contratto di appalto.

Indipendentemente dai termini di realizzazione del mutamento della titolarità dell'appalto, le c.d. clausole sociali e le già richiamate tutele giuslavoristiche in materia di appalti in genere valgono in questo caso comunque ad assicurare la continuità occupazionale in forma sostanzialmente invariata dei lavoratori con il nuovo appaltatore, in senso essenzialmente analogo alle tutele *ex* art. 2112 c.c., ma con esclusione di quelle relative ai loro crediti pregressi.

In mancanza di un coevo trasferimento di un ramo o dell'intera azienda del precedente appaltatore, infatti, permane *stricto iure* esclusa la responsabilità solidale del nuovo appaltatore per tali crediti pregressi dei lavoratori: in difetto dei presupposti applicativi di siffatta responsabilità solidale *ex* comma 2, art. 2112 c.c., nonché anche in linea al disposto del comma 3, art. 29, d.lgs. n. 276/2003, a meno ovviamente di diverse previsioni particolari della contrattazione collettiva di c.d. "miglior favore", oppure anche di un impegno precipuo in tal senso da parte del nuovo appaltatore a fronte dell'assunzione dell'appalto.

È innegabile che la questione possa risultare di notevole rilievo nella pratica, specie riguardo a posizioni creditorie di una certa consistenza ed al cospetto di realtà aziendali precarie o comunque a rischio di dissoluzione per quanto concerne il vecchio appaltatore.

Senza che tuttavia una siffatta esigenza di protezione delle posizioni creditorie pregresse dei lavoratori possa valere a far sì che il nuovo appaltatore si ritrovi a doverne rispondere al di là della ricorrenza dei presupposti

applicativi della responsabilità solidale *ex* art. 2112, comma 2, c.c., nonché oltre i suoi stessi limiti *ex* art. 29, comma 3, d.lgs. n. 276/2003. Anche perché nel caso, in mancanza di un trasferimento di beni aziendali dal vecchio al nuovo appaltatore, non rileverebbe nemmeno una giustificazione di ordine sostanziale di una tale responsabilità solidale: in quanto è infatti la finalità di assicurare ai lavoratori il mantenimento della garanzia dei beni aziendali "trasferiti" in relazione ai loro crediti pregressi che vale appunto a giustificare la prefigurata responsabilità solidale *ex* art. 2112, comma 2, c.c. in capo al cessionario dei medesimi beni aziendali.

2. *Estensione e limiti della responsabilità del nuovo appaltatore nei confronti dei lavoratori già dipendenti del precedente appaltatore*

Ciò non toglie che, pur in mancanza dei presupposti applicativi dell'art. 2112 c.c., al cospetto del mutamento della titolarità di un appalto venga di frequente in discussione l'eventualità dell'ascrizione a carico del nuovo appaltatore della responsabilità solidale per i crediti pregressi dei lavoratori con il precedente appaltatore.

Così nel caso, ad esempio, di coeva cessione di solo alcuni beni aziendali di esso precedente appaltatore non integranti un trasferimento di azienda o di ramo di azienda, e comunque in via generale, giacché l'ascrizione a carico del nuovo appaltatore di una tale responsabilità solidale può di fatto rilevare, specie nell'ipotesi di appalti di servizi pubblici, quale elemento di condizionamento dello stesso conferimento dell'appalto: in ragione delle istanze sindacali e sociali pressoché immancabilmente emergenti in tal senso, oltreché in considerazione dello stesso interesse generale all'esplicazione del servizio pubblico e, quindi, ad un affidamento adeguato dell'appalto.

A salvaguardia dell'equilibrio economico-finanziario della sua impresa, è evidente che il nuovo appaltatore non possa mettere in conto a cuor leggero di ritrovarsi esposto per i debiti inerenti alla gestione precedente dell'appalto, tra l'altro, non di rado, in misura nemmeno precisamente determinata, né determinabile all'atto della presa in carico dell'appalto, in ragione della portata generale della responsabilità solidale *ex* art. 2112 c.c. in riferimento all'intero arco temporale di svolgimento dei rapporti di lavoro, a partire dall'assunzione dei singoli prestatori presso il precedente appaltatore, nonché compresi pure gli eventuali contenziosi già pendenti ed anche ancora attivabili.

Nuovo appaltatore che, pertanto, ferma restando la continuità occupa-

zionale che si ripete essere tenuto ad assicurare al personale già alle dipendenze del precedente appaltatore ai sensi delle tutele giuslavoristiche in materia di appalti, è segnatamente interessato a far valere l'autonomia e, comunque, la discontinuità della sua gestione aziendale dell'appalto rispetto al medesimo precedente appaltatore, nonché, quindi, il non operare nei suoi confronti della responsabilità solidale *ex* art. 2112, comma 2, c.c., anche ai sensi del comma 3, art. 29, d.lgs. n. 276/2003.

Ciò, del resto, ancora nel caso di appalto di servizi pubblici, in corrispondenza sostanziale al medesimo interesse generale all'espletamento efficiente del servizio pubblico: che infatti presuppone un affidabile equilibrio economico-finanziario dell'impresa appaltatrice, in via chiaramente ostativa rispetto all'ascrizione a carico del nuovo appaltatore di situazioni debitorie inerenti al precedente appaltatore anche in deroga ai cennati presupposti applicativi *ex* comma 2, art. 2112 c.c. e comma 3, art. 29, d.lgs. n. 276/2003 citt.

Così come appare essere da considerare da parte dello stesso ente appaltante in sede di affidamento dell'appalto ad un nuovo appaltatore che dia adeguata garanzia di un'efficiente esplicazione del servizio pubblico, anzitutto appunto in virtù di una delimitazione appropriata dei suoi costi e passività, con esclusione di situazioni pregresse non di sua pertinenza *ex lege*.

È in questo modo che si tratta infatti di procedere al fine di una migliore selezione del nuovo appaltatore cui affidare un pubblico servizio, al netto dei condizionamenti che comunque si è detto rilevare sempre in ordine all'ascrivibilità al nuovo appaltatore dei crediti dei lavoratori inerenti alla gestione precedente dell'appalto.

Fermo restando che permane comunque difficilmente evitabile l'emergere nella pratica di un diffuso contenzioso al riguardo, in primo luogo in sede di selezione dello stesso nuovo appaltatore e di definizione con il medesimo della regolamentazione del contratto di appalto, oltreché anche nel corso dello svolgimento dello stesso appalto. Con le relative conseguenze che ne possono derivare in forma sia, anzitutto, di possibile complicazione dell'iter di affidamento dell'appalto sia, al contempo, di problematicità e comunque di incremento dei costi della stessa gestione operativa del servizio da parte dell'appaltatore: a scapito dell'interesse generale all'esplicazione efficiente del servizio pubblico.

3. *Tutele giuslavoristiche ed efficiente esplicazione dell'appalto*

Un valido contributo è tuttavia fornito in proposito dalla giurispruden-

za in virtù di un'applicazione rigorosa del dato normativo positivo in materia, in appropriata corrispondenza alle caratteristiche della singola fattispecie concreta.

In via largamente condivisa si riconosce, infatti, che il cambio o la successione di contratti di appalto, come pure la successione o il subingresso di un nuovo appaltatore in uno stesso contratto di appalto e/o di servizio già relativo ad un imprenditore precedente non importino l'operatività "automatica" delle disposizioni dell'art. 2112 c.c., e che quindi il mutamento della titolarità di un appalto, indipendentemente dalla forma di sua realizzazione, ben possa aversi anche senza la coeva ricorrenza di un trasferimento di azienda o di ramo di azienda [1].

Ciò con l'affermazione della conseguente applicazione delle medesime previsioni di cui all'art. 2112 c.c., anche ai sensi dell'art. 29, comma 3, d.lgs. n. 276/2003, non in tutti i casi di successione in un appalto o comunque di mutamento della sua titolarità, ma soltanto quando il cambio o il susseguirsi di diversi contratti in relazione ad un medesimo appalto, oppure anche la successione o il subentro in un contratto di appalto già in essere con un precedente appaltatore vengano a realizzarsi mediante un comprovato coevo trasferimento di azienda o di ramo di azienda *ex* art. 2112 c.c. [2]. Senza che al riguardo possa peraltro rilevare un contrasto con

---

[1] In relazione all'affidamento di un appalto ad un nuovo imprenditore, la possibile non ricorrenza anche di un trasferimento di azienda è riconosciuta, in particolare, nel caso di successione di un nuovo appaltatore in un contratto di appalto già in essere con un precedente imprenditore (cfr. Cass. nn. 8922/2019, 6770/2017, 11918/2013, 3301/2012, 11918/2013, nonché, conf., App. Potenza 15 giugno 2017, n. 85, Trib. Roma 3 marzo 2020 n. 2199 e Trib. Milano 9 settembre 2019 n. 1191), così come nell'ipotesi di prosecuzione in genere del contratto di appalto con nuovo imprenditore (cfr. Cass. n. 16441/2012), nonché parimenti al cospetto dell'intervento di un nuovo contratto di appalto (cfr. Cass. nn. 11575/1997 e 2254/1996, oltreché, conf., Trib. Salerno 25 giugno 2020 n. 963 e Trib. Alessandria 19 settembre 2019 n. 154). Al contempo, in generale, sempre nel senso che «*non costituisce trasferimento d'azienda … la mera assunzione dei lavoratori in caso di cambio del soggetto appaltatore (in esecuzione di una cd. clausola sociale prevista dalla contrattazione collettiva o dalla legge), a meno che la stessa non si accompagni alla cessione dell'azienda o di un suo ramo autonomo intesa come passaggio di beni di non trascurabile entità, tali da rendere possibile lo svolgimento di una specifica impresa*», cfr. Cass. n. 29472/2016 (conf., App. Roma 8 marzo 2021, n. 744 e Trib. Trieste 16 dicembre 2019 n. 237).

[2] «*Nell'ipotesi di successione di un imprenditore ad un altro in un appalto di servizi non esiste un diritto dei lavoratori licenziati dall'appaltatore cessato al trasferimento automatico all'impresa subentrante, atteso che, per l'applicazione dell'art. 2112 c.c. occorre accertare in concreto il passaggio di beni di non trascurabile entità, nella loro funzione unitaria e strumentale all'attività di impresa, o almeno del know-how o di altri caratteri idonei a conferire*

la stessa disciplina eurounitaria in tema di trasferimento di azienda, essendo infatti da convenire che la Direttiva n. 2001/23/CE non imponga, ma viceversa consenta solo di estendere l'ambito di protezione delle sue prescrizioni ad ipotesi ulteriori rispetto a quella del trasferimento di azienda [3].

L'auspicio è evidentemente che, nel solco di un consolidamento di tali *guidelines* dell'interpretazione giurisprudenziale in tema di mutamento della titolarità degli appalti, ferme le tutele senz'altro da assicurarsi ai lavoratori già impiegati nell'appalto con il precedente appaltatore, le relative responsabilità del nuovo appaltatore risultino tuttavia definite in corrispondenza ai termini effettivi di realizzazione della presa in carico dell'appalto da parte sua: in aderenza alla reale portata applicativa delle su richiamate disposizioni normative in materia di appalti e di trasferimento di azienda in riferimento alle peculiarità della singola fattispecie concreta.

Ciò, come visto, perché il nuovo appaltatore va preservato rispetto all'eventualità dell'ascrizione a suo carico di responsabilità ultronee rispetto a quelle di sua competenza *ex lege* che, come tali, metterebbero a repentaglio l'equilibrio economico-finanziario della sua impresa.

Ma anche affinché, in tal senso, segnatamente nel caso di appalto di servizi pubblici, si proceda alla più idonea selezione dell'appaltatore che fornisca appunto un'adeguata garanzia di un equilibrato esercizio economico-finanziario della sua impresa: a tutela precipua dell'interesse generale ad un efficiente espletamento del servizio pubblico affidato in appalto.

---

autonomia operativa ad un gruppo di dipendenti, altrimenti ostandovi il disposto dell'art. 29, co. 3, del d.lgs. n. 276 del 2003»: così, per tutte, Cass. n. 8922/2019 cit., nonché cfr. in senso essenzialmente univoco anche le altre pronunzie richiamate *sub* nota precedente.

[3] Così ancora Cass. n. 8922/2019 cit.

Finito di stampare nel mese di giugno 2022
nella Stampatre s.r.l. di Torino
Via Bologna, 220

Collana delle pubblicazioni di "FA.RI sul lavoro"

Volumi pubblicati

1. *Divieto di licenziamenti e libertà d'impresa nell'emergenza Covid. Principi costituzionali*, a cura di Giampiero Proia, 2020.
2. *I nuovi ammortizzatori sociali dopo la pandemia*, a cura di Emilio Balletti, 2021.
3. *La dirigenza degli enti locali alla prova della contrattazione collettiva*, a cura di Rosario Santucci e Mario Cerbone, 2022.
4. *Appalti e lavoro: problemi attuali*, a cura di Giampiero Proia, 2022.