

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

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 del contratto collettivo", stante "la pluralità dei contratti collettivi e la scarsa rappresentatività delle organizzazioni sindacali stipulanti"³,

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

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

³R. 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-

⁴O. 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, Boscatti 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'obiettivo 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'iscrizione 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'iscrizione 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 prescrizione. 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

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

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

⁹V. 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 pubblici¹⁰ ed il *whistleblowing* negli appalti¹¹ 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 offrire 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.

Senonché 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 «poli-crome» 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 sovrapposibilità 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 mercantile 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.

Senonché, 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 svaloriizzando) 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 spesso 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 dottrina.

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.