

RIVISTA GIURIDICA DEL LAVORO E DELLA PREVIDENZA SOCIALE

Fondata da Aurelio Becca e Ugo Natoli

ANNO LXVIII - 2017 - N. 3

Trimestrale

luglio-settembre 2017

DIRETTA DA

Umberto Carabelli

COLLEGIO DEI CONDIRETTORI

*Alessandro Bellavista, Olivia Bonardi, Fausta Guarriello,
Andrea Lassandari, Franco Scarpelli, Lorenzo Zoppoli*

COMITATO DI INDIRIZZO SCIENTIFICO E DI REFERAGGIO

*Mariapaola Aimo, Anna Alaimo, Cristina Alessi, Piergiovanni Alleva, Amos Andreoni,
Vittorio Angiolini, Gian Guido Balandi, Marzia Barbera, Marco Barbieri, Vincenzo Bavaro,
Lorenzo Bordogna, Franca Borgogelli, Giuseppe Bronzini, Laura Calafà, Piera Campanella,
Maria Teresa Carinci, Michele Castellano, Pasquale Roberto Chieco, Luigi de Angelis,
Alfonsina De Felice, Gisella De Simone, Antonio Di Stasi, Marco Esposito, Francesco Fabbri,
Vincenzo Ferrante, Giuseppe Ferraro, Franco Focareta, Ginevra Galli, Alessandro Garilli,
Domenico Garofalo, Stefano Giubboni, Donata Gottardi, Enrico Gragnoli, Renato Greco,
Daniela Izzi, Carmen La Macchia, Vito Sandro Leccese, Antonio Lo Faro, Piera Loi,
Massimo Luciani, Luigi Mariucci, Luigi Menghini, Gabriella Nicosia, Roberta Numin,
Giovanni Orlandini, Massimo Pallini, Paolo Pascucci, Adalberto Perulli, Alberto Piccinini,
Valeria Piccone, Carla Ponterio, Federico Maria Putaturo, Rita Sanlorenzo, Paola Saracini,
Stefania Scarponi, Antonino Sgroi, Valerio Speciale, Carla Spinelli, Lucia Tria, Patrizia Tullini,
Sergio Vacirca, Lucia Valente, Bruno Veneziani, Antonio Viscomi, Roberto Voza*

COMITATO DI REDAZIONE

*Andrea Allamprese (caporedattore), Filippo Aiello, Stefano Cairolì, Guido Canestri,
Carlo de Marchis, Madia D'Onghia, Michele Faioli, Lorenzo Fassina,
Antonio Federici, Lorenzo Giasanti, Maria Giovanna Greco, Alberto Lepore,
Antonio Loffredo, Marco Lozito, Matteo Maria Mutarelli, Alessandra Raffi,
Enrico Raimondi, Rocco Reina, Michelangelo Salvagni, Enrico Maria Terenzio*

DIRETTORE RESPONSABILE

Maurizio Minnucci

SEGRETERIA DI REDAZIONE

Rossella Basile



EDIESSE

Il Collegio dei condirettori della *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale* ha deciso, come scelta editoriale decorrente dal 2016, di non accettare per la pubblicazione contributi che siano stati pubblicati o siano in corso di pubblicazione in altre riviste italiane o in rete, né di consentire la pubblicazione in altre riviste italiane o in rete di contributi già pubblicati nella *Rivista*. Gli autori sono invitati a rispettare questa decisione.

I saggi pubblicati nella «Parte I - Dottrina» non devono superare le 20 pagine nel formato della *Rivista* (pari a 54.000 battute spazi inclusi) e sono sottoposti alla valutazione di *referees* anonimi. Il gruppo dei *referees* è composto dai membri del Comitato di indirizzo scientifico e di refereggio e da altri/e studiosi/e.

I materiali per la pubblicazione vanno inviati per posta elettronica alla Segreteria di redazione e devono uniformarsi ai criteri redazionali della *Rivista* (che possono essere richiesti alla stessa Segreteria).

Il testo delle sentenze annotate nella «Parte II - Giurisprudenza» e il testo degli «Osservatori» sono pubblicati in: www.ediesseonline.it/riviste/rgl.

La *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale* partecipa alla *International Association of Labour Law Journals* (www.labourlawjournals.com).

Proprietario ed editore
Ediesse s.r.l.
Via delle Quattro Fontane 109 - 00184 Roma
Tel. 06/44870325 - Fax 06/44870335
www.ediesseonline.it
E-mail: ediesse@cgil.it
Autorizzazione del Tribunale di Roma n. 3848/1954

Sito web della rivista
www.ediesseonline.it/riviste/rgl

Segreteria di redazione
Via delle Quattro Fontane 109 - 00184 Roma
Tel. 06/44870323 - Fax 06/44870335
E-mail: rgl@ediesseonline.it

Progetto grafico e fotocomposizione
EDIESSE

Stampa
O.GRA.RO. s.r.l.
Vicolo dei Tabacchi, 1 - 00153 Roma

Ufficio abbonamenti
Tel. (06) 44870283 - Fax (06) 44870335
Dal lunedì al venerdì 10-13 / 14-16,30
E-mail: ediesse@cgil.it

Tariffe di abbonamento
Ordinario 120,00 euro; estero 240,00 euro
• L'abbonamento dà diritto all'accesso gratuito al *Notiziario della Rivista giuridica del lavoro*.
• Agli studenti universitari che abbiano uno specifico interesse per il diritto del lavoro verrà riconosciuto lo sconto del 50% presentando la richiesta del docente che segue la loro attività.

Singolo fascicolo: 35,00 euro; arretrati: 70,00 euro

Distribuzione in libreria
MESSAGGERIE LIBRI SPA

FINITO DI STAMPARE NEL MESE DI OTTOBRE 2017

Egregio Abbonato,
ai sensi del d.lgs. n. 196/2003 La informiamo che i Suoi dati sono conservati nel nostro archivio informatico e saranno utilizzati dalla nostra società, nonché da enti e società esterne a essa collegate, solo per l'invio di materiale amministrativo, commerciale e promozionale derivante dalla nostra attività.
La informiamo inoltre che Lei ha il diritto di conoscere, aggiornare, cancellare, rettificare i Suoi dati od opporsi all'utilizzo degli stessi, se trattati in violazione del suddetto decreto legislativo.



Associato all'USPI - Unione Stampa Periodica Italiana

PARTE I
DOTTRINA

IL TEMA

La regolazione degli appalti tra normativa nazionale ed europea, giurisprudenza, prassi
The regulation of contracts between national and Union law, jurisprudence and practice

Antonio Lo Faro, Franco Scarpelli

Introduzione 381
Introduction

Edoardo Ales

La sicurezza sul lavoro nei «teatri lavorativi complessi» 387
Safety at work and complex works unities: some legal problems

Maria Teresa Carinci, Matteo Avogaro

Appalto, somministrazione di lavoro e trasferimento di ramo d'azienda tra giurisprudenza e prassi delle Commissioni di certificazione 412
Labour supply, temporary agency work and transferring a branch of a company between case law and the practices of Certification Commissions

Matteo Maria Mutarelli

Vicende e prospettive della responsabilità solidale del committente quale tecnica di regolazione del mercato 434
Events and prospects of the joint liability of the client as a market regulation technique

Daniela IZZI

Le clausole di equo trattamento dei lavoratori impiegati
negli appalti: i problemi aperti 451

*Social clauses requiring compliance with collective agreements
by contractors: open issues*

Luca RATTI

Le clausole sociali di seconda generazione: inventario di questioni 469

The social clauses for maintaining employment in a multilevel legal order

Massimo PALLINI

Gli appalti transnazionali: la disciplina italiana
al vaglio di conformità con il diritto europeo 485

Transnational procurements: Italian Law and European legal system

SAGGI

Marco LOZITO

Domani è festa, domani si lavora:
liberalizzazione e riposi nel commercio 503

*Tomorrow is holiday, tomorrow is a working day:
liberalization and rest in the trade sector*

NOTE E COMMENTI

Massimo MENSÌ

Lavoro digitale e sindacato
(Note a partire dall'articolo di S. Engblom, *Una prospettiva
dal punto di vista sindacale sulla digitalizzazione e la Gig economy*) 525

Digital work and union

PROBLEMI DI DIRITTO SOCIALE EUROPEO E INTERNAZIONALE

Antonella DURANTE

La disciplina dei licenziamenti individuali
nell'ordinamento giuridico norvegese 531

*Job stability and the effectiveness principle: the termination
of employment relationship in the Norwegian legal system*

PARTE II
GIURISPRUDENZA

IL CASO 1

Valerio Speziale

La questione di legittimità costituzionale del contratto a tutele crescenti
(*Tribunale Roma, 26.7.2017, ord.*) 333

IL CASO 2

Ines Ciolli

I diritti sociali «condizionati» di fronte alla Corte costituzionale
(*Corte costituzionale, 16.12.2016, n. 275*) 353

RAPPORTO DI LAVORO

Pierluigi Digennaro

Il difficile equilibrio tra libertà religiosa e libertà di impresa
(*Corte di Giustizia, 14.3.2017, C-188/15, Grande Sezione*
Corte di Giustizia, 14.3.2017, C-157/15, Grande Sezione) 369

Alessandro Curcio

Anche all'internalizzazione dell'azienda *labour intensive*
si applica l'art. 2112 c.c.
(*Cassazione, 15.3.2017, n. 6770, S. IV, civ.*) 383

Riccardo Barletta

Comunicazioni sindacali e diritto di critica
(*Cassazione, 9.2.2017, n. 3484*) 388

Ornella La Tegola

Requisiti e contenuto dell'accordo sindacale
nelle procedure di licenziamento collettivo
(*Cassazione, 6.2.2017, n. 3045, S. civ.*) 394

Silvio Bologna

Sulla natura giuridica del rapporto tra amministratore
e società per azioni
(*Cassazione, 20.1.2017, n. 1545, S.U.*) 399

Marta Giaconi

Un caso di *whistleblowing* davanti alla Cassazione
(*Cassazione*, 17.1.2017, n. 996) 410

Matteo Verzaro

Curriculum vacuum: può il lavoratore tacere
sui propri trascorsi lavorativi?
(*Cassazione*, 30.12.2016, n. 27585) 415

Stefano Maria Corso

I confini applicativi dell'art. 7 St. lav. tra «ontologia disciplinare»
e sentenza di «patteggiamento»
(*Cassazione*, 29.11.2016, n. 24259) 420

Giulia Sforza

Successione di appalti, tutela dei lavoratori,
deroghe alla l. n. 223/1991
(*Cassazione*, 22.11.2016, n. 23732
Cassazione, 2.11.2016, n. 22121
Tribunale Brescia, 10.1.2017) 425

Anna Terzi

La fattispecie «molestie sessuali» all'esame del giudice di legittimità
(*Cassazione*, 15.11.2016, n. 23286) 438

Emilia D'Avino

Gli indici rilevatori dell'interposizione illecita
(*Corte d'Appello Roma*, 6.3.2017) 450

Gionata Cavallini

Il trasferimento dell'Alitalia in crisi tra inadempimenti
del legislatore e correttivi della giurisprudenza
(*Corte d'Appello Roma*, 16.2.2017) 455

Giulio Centamore

In tema di autonomia del ramo di azienda ceduto
(*Corte d'Appello Firenze*, 17.1.2017) 460

Alessandro Ventura

Il controvalore monetario del *benefit* auto ad uso promiscuo
(*Corte d'Appello Torino, 16.1.2017*) 465

Lucia Viola

Il trasferimento del lavoratore disabile tra limiti legali e disciplina pattizia
(*Tribunale Roma, 17.2.2017, ord.*
Tribunale Roma, 2.12.2016, ord.) 470

Francesca Malzani

Soluzioni ragionevoli ed effettività
della tutela antidiscriminatoria del lavoratore disabile
(*Tribunale Milano, 28.10.2016*) 475

CONTROVERSIE DI LAVORO

Dario Calderara

La domanda per ottenere il pagamento del Tfr può essere
proposta con l'impugnativa del licenziamento con rito Fornero
(*Cassazione, 16.2.2017, n. 4118*) 481

Maria Antonietta Carbone

La domanda di reintegrazione nei confronti
della società fallita: competenza e interesse ad agire
(*Cassazione, 3.2.2017, n. 2975*) 485

SICUREZZA SOCIALE

Sara Cubellotti

La Corte costituzionale chiarisce i termini di abrogazione e applicabilità
dell'indennità di disoccupazione agricola a requisiti ridotti
(*Corte costituzionale, 10.3.2017, n. 53*) 491

Paolo De Ioanna

Illegittimo il prelievo statale sui risparmi delle casse previdenziali private
(*Corte costituzionale, 11.1.2017, n. 7*) 497

OSSERVATORI ONLINE

CORTE COSTITUZIONALE

A cura di Lorenzo Fassina e Massimo Pallini

Periodo gennaio-giugno 2017

Rapporto di lavoro

Massimo Pallini

66

Sicurezza sociale

Lorenzo Fassina

76

CONTRATTAZIONE COLLETTIVA

A cura di Ginevra Galli e Stefano Cairoli

Periodo I semestre 2017

Stefano Cairoli, Ginevra Galli, Matteo Verzaro, Luisa Rocchi

88

Si avvertono i gentili lettori che l'abbonamento alla *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale* dà diritto all'accesso gratuito e riservato al *Notiziario della Rivista giuridica del lavoro*, pubblicato a partire dal n. 1/2017 esclusivamente online.

PARTE I
DOTTRINA

IL TEMA

LA REGOLAZIONE DEGLI APPALTI TRA NORMATIVA NAZIONALE ED EUROPEA,
GIURISPRUDENZA, PRASSI

Antonio Lo Faro (*), *Franco Scarpelli* (**)

INTRODUZIONE

1. — Funzionalmente complementari a un ormai compiuto percorso di flessibilizzazione della disciplina normativa che sovrintende allo svolgimento dei rapporti di lavoro, la frammentazione organizzativa dell'impresa e l'articolazione dei rapporti contrattuali tra imprese costituiscono manifestazioni evidenti di una diversificazione dei modelli di produzione che ha ormai assunto su scala globale i caratteri dell'evidenza. Ne è testimonianza, tra l'altro, l'ampia eco dottrinarica riscossa su entrambe le sponde dell'oceano da un recente volume di uno studioso americano, nel quale l'idea di un *Fissured Workplace* (1) – malamente traducibile con «Luogo di lavoro fessurato» – viene prospettata come paradigma di una disintegrazione organizzativa direttamente incidente sulla configurazione delle relazioni di lavoro (2).

Analizzata anche nella diversa ma complementare prospettiva della individuazione del datore di lavoro responsabile nelle catene di produzione organizzativamente complesse (3), la dissociazione tra il creditore contrattuale della prestazione lavorativa e il suo effettivo fruitore finale costituisce un *topos* del discorso giuslavoristico di certo non nuovo, le cui declinazioni, però, si sono negli ultimi decenni moltiplicate sia in considerazione di sopravvenute innovazioni legislative (introduzione della somministrazione e, più recentemente, distacco «intrarete» e assunzioni congiunte in agricoltura così come disciplinati dal d.l. n. 76/2013), sia con riguardo alla posizio-

(*) Professore ordinario di Diritto del lavoro presso l'Università di Milano «Bicocca».

(**) Professore ordinario di Diritto del lavoro presso l'Università di Catania.

(1) Weil 2014.

(2) Alla nozione di *Fissured Workplace* è dedicato un numero monografico delle riviste *Comparative Labor Law & Policy Journal* (2016, vol. 37, n. 1) e *Bulletin of Comparative Labour Relations* (2017, vol. 95).

(3) Prassl 2015. Sul versante interno, le relative discussioni si sono incentrate attorno al dibattito sulla co-datorialità, compiutamente ricostruito da Garofalo (2017).

ne di materie rispetto alle quali la compresenza di più imprese in un processo produttivo integrato pone problemi particolari cui l'ordinamento offre risposte specifiche (sicurezza), sia a seguito della necessità di tener conto di principi concorrenziali di derivazione europea (prestazione di servizi su base transnazionale e appalti pubblici).

Sebbene popolato da figure diverse e certamente più innovative (la codatorialità, i contratti di rete, la subfornitura), il quadro così sinteticamente tratteggiato sembra tuttavia essere ancora largamente dominato da un istituto di matrice codicistica – l'appalto –, la cui persistente centralità nelle strategie di diversificazione organizzativa di imprese e pubbliche amministrazioni è testimoniata dalle vicende normative che nel corso degli ultimi mesi hanno contribuito a ridefinirne la disciplina in ambito pubblico e privato: dalle alterne vicende, anche referendarie, della solidarietà, alla riformulazione dell'art. 29 del decreto n. 276/2003, alle nuove regole dettate in tema di appalti pubblici, alla rinnovata normativa sugli appalti transnazionali.

Obiettivo del numero monografico della *Rivista* che ci accingiamo a presentare è quello di offrire una serie di riflessioni su «Appalti e diritto del lavoro» che nelle intenzioni dei curatori hanno l'ambizione di iscriversi in una narrativa unitaria, costituendo tutti i contributi frammenti di un unico discorso volto a verificare i termini giuridici di una opzione organizzativa cui – per motivi diversi – imprese private e pubbliche amministrazioni continuano a fare massiccio ricorso, pur disponendo di altre strumentazioni giuridiche egualmente funzionali al perseguimento di strategie di esternalizzazione e/o integrazione organizzativa con altre imprese.

La connessione tra articolazione dei modelli di integrazione organizzativa e caratteristiche della regolazione giuridica emerge con chiarezza con riferimento alla nozione di «teatro lavorativo complesso» proposta nella prima parte del saggio di Edoardo Ales. Le indubbie e tradizionali specificità della normativa in materia di sicurezza non possono offuscare il fatto che la nozione di «teatro lavorativo complesso» – di matrice essenzialmente giurisprudenziale – possa essere indicata come paradigma di una frammentazione organizzativa nel cui quadro l'appalto si inserisce come modulo tecnico principale ma non certamente unico. Inteso come «coesistenza in un medesimo contesto di più organizzazioni, ciascuna delle quali facente capo a soggetti diversi», il teatro lavorativo complesso prescinde dalla, o per meglio dire precede la, esigenza di definire i confini delle varie fattispecie coinvolte nello scenario della organizzazione complessa (appalto, somministrazione, trasferimento di ramo d'azienda con successiva reinternalizzazione, fino ad arrivare alle prestazioni d'opera), di cui si oc-

cupa estesamente il saggio di Maria Teresa Carinci e Matteo Avogaro, per raffigurare olisticamente uno scenario produttivo giuridicamente pluriforme all'interno del quale obblighi e responsabilità in tema di sicurezza si articolano dinamicamente attraversando i confini delle diverse tipologie contrattuali.

Accattivante e suggestivo, un tale modello, funzionalmente ispirato a una *ratio* di tutela sostanziale, non è però di per sé esportabile al di fuori dello specifico settore della sicurezza, nel cui ambito è stato elaborato dalla giurisprudenza e anche in parte recepito nell'ordinamento positivo attraverso l'art. 26 del decreto n. 81/2008.

Laddove non opera la normativa speciale in materia di sicurezza, le tecniche di tutela dei lavoratori coinvolti in processi di esternalizzazione o di integrazione organizzativa tra imprese realizzati attraverso l'appalto si collocano (sia pure con articolato e problematico incedere) sui terreni della fissazione di trattamenti standard, della garanzia dell'effettività di tali trattamenti (affidata al tradizionale strumento della responsabilità solidale), della garanzia della stabilità dell'occupazione a fronte del mutamento del titolare dell'attività.

Tra tali tecniche, la regola della responsabilità solidale del committente ha assunto nell'evoluzione legislativa e nel dibattito tra gli operatori una esuberante centralità, mostrando diverse e «cangianti» funzioni ben delineate nel saggio di Matteo Maria Mutarelli: alla funzione «classica» di tutela del lavoro, sebbene ormai deprivata del principio della parità di trattamento, la regola della solidarietà aggiunge anche una diversa funzione di regolazione del mercato, inducendo tutte le imprese coinvolte nella catena dell'appalto a selezionare controparti affidabili e così a emarginare progressivamente (almeno nel progetto) imprese che non appaiono in grado di garantire il rispetto degli obblighi di tutela sociale.

La scelta di affidarsi a imprese di minore qualità e solidità, perseguendo una competitività basata sull'abbattimento dei costi, è ovviamente possibile, ma ne deriva appunto un importante effetto di responsabilità. Non è dunque un caso che proprio su tale istituto, e solo a partire dalla stagione in cui il diritto del lavoro nazionale ha veramente iniziato a fare i conti con le tensioni della globalizzazione dei mercati, si sia assistito a un rincorrersi di modifiche di allentamento o rafforzamento (potremmo dire: una continua battaglia pro o contro la «solidarietà», nel senso qui trattato): direzioni di politica del diritto inizialmente ascrivibili, in un senso o nell'altro, ai processi riformatori dei governi di centrodestra o di centrosinistra, poi meno chiaramente collocabili nella stagione della legislazione «tecnocratica» o indotta dalle pressioni della *governance* europea.

Mutatis mutandis, si tratta in fondo della stessa *ratio* sottesa alle clausole di equo trattamento negli appalti pubblici. Anche in questo caso, infatti, l'obbligo di applicare i contratti collettivi – seppur afflitto dai numerosi dubbi applicativi analizzati da Daniela Izzi, soprattutto nella prospettiva della compatibilità con le regole europee – risponde anche a una logica di regolazione volta a evitare che all'interno di un mercato dei servizi in impetuosa crescita, a seguito delle politiche di liberalizzazione, privatizzazione, esternalizzazione perseguite dalle pubbliche amministrazioni a partire dagli anni novanta, possano operare imprese che competono non sulla base della qualità dei servizi offerti ma sull'abbattimento degli standard di tutela sociale.

Per quanto apparentemente diversi, obblighi di solidarietà (negli appalti privati) e clausole di equo trattamento (negli appalti pubblici, o in quelli privati per iniziativa della contrattazione collettiva) concorrono così al perseguimento di un'unica funzione, che è quella di evitare che i processi di frammentazione organizzativa – che siano determinati vuoi da processi di specializzazione produttiva e di integrazione contrattuale implementati in ambito privato, vuoi da politiche di dismissione di servizi e funzioni in ambito pubblico – possano dar luogo a un gioco concorrenziale poco virtuosamente fondato su esclusive considerazioni di carattere economico (e possano contribuire a frammentare ulteriormente un tessuto sociale e collettivo già messo a dura prova dalle dinamiche economiche generali).

Di tali essenziali funzioni delle regole giuridiche dell'appalto non sembrano invece minimamente curarsi i giudici di Lussemburgo, la cui giurisprudenza in materia di appalti di servizi transnazionali viene richiamata nel saggio di Massimo Pallini, anche al fine di analizzare i riflessi delle recenti innovazioni introdotte nell'ordinamento interno dal decreto n. 136/2016. Prigioniera di un certo integralismo dei valori di mercato che la contrappone persino alle altre istituzioni eurounitarie (Commissione e Parlamento), la Corte di Giustizia continua infatti, con qualche eccezione, a ribadire che la tutela retributiva e normativa dei lavoratori addetti a un appalto (al di là di un nucleo essenziale di tutele che trovi fondamento nella legge o, a certe condizioni, nella contrattazione collettiva) possa costituire una restrizione ingiustificata all'esercizio delle libertà economiche fondamentali riconosciute dal Trattato allorquando l'impresa prestatrice dei servizi appaltati provenga da uno Stato straniero.

In Italia, come noto, il problema riguarda la copertura contrattuale dei lavoratori coinvolti nella esecuzione di un contratto di appalto transnazionale, in ragione degli apparentemente insolubili dilemmi che da decenni affliggono nel nostro paese l'efficacia del contratto collettivo di diritto co-

mune. Sotto più di un profilo, dunque, i contributi raccolti in questo numero monografico della *Rivista* confermano la centralità e al contempo la perdurante problematicità di un tema – l'efficacia del contratto collettivo – che, per quanto attinente alle fonti di regolazione dei rapporti di lavoro si riverbera con evidenza nella disciplina degli appalti.

Meno denso di risvolti collettivi e più caratterizzato invece da preoccupazioni di carattere occupazionale è il tema delle cd. clausole sociali di seconda generazione, oggetto del contributo di Luca Ratti. Anche riguardo a questo specifico profilo di regolazione il legislatore interno è stato indotto a intervenire in tempi recenti essenzialmente sulla scorta di stimoli di provenienza europea.

Da una parte, tentando di risolvere il «pasticcio» dell'art. 29 del decreto n. 276/2003, rispetto all'originaria formulazione del quale la dottrina aveva tentato in via interpretativa di salvare ciò che in effetti costituiva una disposizione chiaramente contraria alla consolidata giurisprudenza europea sul trasferimento di azienda.

Dall'altra, cercando di conciliare le istanze di stabilità occupazionale in occasione di una successione di appalti pubblici, con i limiti derivanti dal principio di iniziativa economica privata e dal correlativo divieto di imporre all'impresa subentrante l'adozione di mutamenti organizzativi volti al riassorbimento integrale della manodopera, come la giurisprudenza amministrativa non si stanca di ripetere. In questo quadro, l'obbligo delle amministrazioni di inserire nei documenti di gara «specifiche clausole sociali volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato» negli appalti ad alta intensità di manodopera – sancito dal codice degli appalti pubblici solo a seguito della adozione del decreto correttivo n. 56/2017 – si candida a costituire oggetto di prevedibili dissidi in sede applicativa, determinati dall'esigenza di tener conto anche dei vincoli di fonte europea.

Una nota, ancora, va dedicata, quanto ai contenuti, alla dimensione collettiva, per la quale appare confermata la difficoltà a svolgere una funzione progressiva nel campo dei processi produttivi «frammentati»: se, da un lato, è evidente l'effetto di disarticolazione ricadente sul sistema di relazioni industriali – particolarmente forte proprio nei settori dei servizi e ad alta presenza di appalti –, dall'altro, l'esperienza contrattuale non sembra aver saputo produrre soluzioni forti delle problematiche accennate, nemmeno quando alla contrattazione l'ordinamento ha aperto delicati spazi di delega, come nel caso della regola della solidarietà (vd. ancora il saggio di Mutarelli).

Da quanto brevemente esposto, ma ancor meglio dalla lettura dei saggi che seguono, sembra poter emergere una constatazione dal sapore quasi

paradossale, di questi tempi: quella per cui alcuni istituti o regole del diritto del lavoro assumono centralità (prima ancora che per le finalità di tutela del lavoro) quali regole dell'agire dell'impresa, dei processi economici, della distribuzione di convenienze e responsabilità.

Tale processo si sviluppa, come è evidente, in modo frammentato e incerto, con avanzamenti o arretramenti dettati dalle diverse concezioni della competitività che si affermano nelle (diverse) politiche del diritto, e aprendo nuove tensioni nel rapporto con la dimensione sovranazionale eurounitaria. Ma, e appunto paradossalmente, esso rafforza ruolo e funzione della prospettiva lavorista, così almeno in parte bilanciando l'oggettivo indebolimento della (pur fondamentale) prospettiva di tutela della persona nella relazione di lavoro.

Il che ci dice che il terreno esterno alle relazioni di lavoro, individuali e collettive, di cui debbono interessarsi i giuslavoristi non è solo quello della regolazione del mercato del lavoro, proposto dalla retorica della *flexsecurity*, ma anche quello della regolazione del mercato delle imprese.

Riferimenti bibliografici

- Garofalo D. (2017), *Lavoro, impresa e trasformazioni organizzative*, relazione alle Giornate di Studio Aidlass su «Frammentazione organizzativa e lavoro: rapporti individuali e collettivi», Cassino, 18-19 maggio 2017.
- Prassl J. (2015), *The Concept of the Employer*, Oxford University Press.
- Weil D. (2014), *The Fissured Workplace. Why Work Became So Bad for So Many and What Can Be Done to Improve It*, Harvard University Press.

Edoardo Ales (*)

LA SICUREZZA SUL LAVORO
NEI «TEATRI LAVORATIVI COMPLESSI» (**)

SOMMARIO: 1. Il «teatro lavorativo complesso» tra rischio di interferenza e cooperazione colposa: una definizione comprensiva. — 1.1. Il rischio da interferenza. — 1.2. La cooperazione colposa nei «teatri lavorativi complessi» e il suo collegamento con il rischio da interferenza. — 2. Obblighi e responsabilità nei «teatri lavorativi complessi»: le prospettive dei diversi attori. — 2.1. La prospettiva dell'appaltante (committente), al tempo stesso datore di lavoro che impegna i propri dipendenti nel «teatro lavorativo complesso». — 2.2. La prospettiva dell'appaltatore anche datore di lavoro, a sua volta subappaltante e, quindi, committente. — 2.3. La prospettiva del committente non datore di lavoro (committente in senso stretto) che determina l'esistenza di un «teatro lavorativo complesso». — 2.4. La prospettiva del datore di lavoro che invia, senza distaccarli, propri dipendenti nel luogo di lavoro di un altro datore al fine di svolgere parte della loro prestazione lavorativa. — 3. Brevi considerazioni conclusive.

1. — *Il «teatro lavorativo complesso» tra rischio di interferenza e cooperazione colposa: una definizione comprensiva* — In base a una ormai consolidata elaborazione giurisprudenziale, prodotto quasi esclusivo della Sezione IV della Cassazione penale (1), il tema della sicurezza del lavoro negli appalti (2) viene declinato in termini di sicurezza nei cosiddetti «teatri lavorativi complessi». Ciò, fondamentalmente, in considerazione dell'applicazione sempre più convinta del principio di effettività, in forza del quale il titolo giuridico dell'interazione tra i soggetti coinvolti nelle diverse fasi del-

(*) Professore ordinario di Diritto del lavoro presso l'Università di Cassino e del Lazio meridionale.

(**) Desidero ringraziare per la preziosa collaborazione Luca Miranda dell'Università di Cassino e del Lazio meridionale. Desidero, inoltre, ringraziare Paolo Pascucci e i suoi collaboratori per l'opera meritoria che svolgono attraverso l'*Osservatorio Olympus*, senza il quale il compimento di questa ricerca sarebbe stato molto più complesso.

(1) Sulla quale vd. *infra*, nelle note al testo. Ma vd. anche Cass. 7.1.2009, n. 45, in *RGL*, 2009, n. 2, II, con approfondita nota di Varva (Varva 2009).

(2) In generale, sul tema, vd. almeno Bonardi 2015; Carinci M.T. *et al.* 2011; Izzi, 2008; Pasquarella 2014.

la medesima attività passa in secondo piano, venendo privilegiata la loro capacità di interferire reciprocamente rispetto alla «organizzazione di lavoro» altrui e, quindi, di incidere, il più delle volte negativamente, sulla sicurezza dei lavoratori o, comunque, delle persone fisicamente ivi presenti.

Al fine, dunque, di determinare l'ambito d'indagine del presente saggio, risulta indispensabile fornire una definizione del concetto di «teatro lavorativo complesso», derivata dall'analisi della normativa vigente e, ancor di più, della casistica sottoposta al vaglio della giurisprudenza, che spesso ha interpretato quella normativa in maniera estensiva.

Per «teatro lavorativo complesso» si intende un luogo fisico, *di norma* nella disponibilità giuridica e, dunque, anche materiale di A (3), *di norma* persona giuridica, in cui uno o più soggetti, *di norma* imprese, dotati di autonomia organizzativa e operativa (B), concorrono, *di norma* con impiego di proprio personale, allo svolgimento di una o più attività determinate da A, il quale, *di norma*, utilizza, per la medesima o per altre attività che si svolgono in quel luogo fisico, anche personale proprio.

La definizione, anch'essa piuttosto complessa, necessita di alcuni chiarimenti, soprattutto con riferimento alle molte affermazioni precedute da un «di norma».

i) Il luogo fisico «teatro lavorativo complesso» è, *di norma*, nella disponibilità giuridica di A. Tuttavia, proprio perché si tratta di un «teatro lavorativo complesso», A, ovvero il soggetto che determina l'attività che altri concorrono a svolgere, potrebbe essere un appaltatore (B), il quale, a sua volta, subappalta fasi dell'attività stessa: in questo caso B diventerebbe A1, in quanto subappaltante, e non avrebbe la disponibilità giuridica del luogo fisico, che rimarrebbe in capo ad A, nella sua qualità di appaltante principale.

ii) A è, *di norma*, una persona giuridica e, dunque, un'impresa. Non si può escludere, però, che sia una persona fisica: si pensi al committente di un cantiere finalizzato alla costruzione di un'edificio di propria abitazione. Il rapporto tra A persona fisica, *di norma* totalmente inesperta da un punto di vista tecnico, e B, affidatario dei lavori, viene mediato, *ex lege*, da una serie di soggetti tecnicamente qualificati, i quali assumono posizioni di garanzia ben precise rispetto all'obbligo di sicurezza (4).

(3) L'utilizzo delle lettere dell'alfabeto in sostituzione dei termini indicanti la qualificazione giuridica dei soggetti coinvolti nel «teatro lavorativo complesso» consente di connettere staticamente ed esclusivamente una determinata qualificazione giuridica (appaltante, appaltatore ecc.) a un soggetto, ma di attribuirle a ciascuno di essi in considerazione della relazione contingentemente intercorrente con gli altri.

(4) Sul punto vd. *infra*, par. 2.3.

iii) A è, *di norma*, il committente principale. Tuttavia, come noto, B, con l'accordo di A, può a sua volta subappaltare fasi dell'attività ad altri (che saranno C rispetto ad A e B). C potrà fare lo stesso con ulteriori soggetti, frammentando all'infinito l'esecuzione dell'attività. Ogni subappaltatore il quale a sua volta subappalta, pur rimanendo C rispetto ad A (committente principale) e a B (primo appaltatore e primo subappaltante), diventa a sua volta A1 rispetto ai propri subappaltanti, che dovranno essere considerati B nei suoi confronti, ma D nei confronti di A committente principale. Questo determina particolari conseguenze in termini di coordinamento dell'adempimento dell'obbligo di sicurezza.

iv) B, C e D sono, *di norma*, imprese. Non di rado, però, essi sono lavoratori autonomi, con tutto ciò che ne consegue in termini di (auto)adempimento degli obblighi di sicurezza.

v) Se A è un imprenditore, sarà dotato di propri lavoratori. A è, dunque, *di norma*, al tempo stesso committente e datore di lavoro: non è detto, però, che i suoi lavoratori prendano parte all'attività allo svolgimento della quale concorrono i soggetti impegnati nel «teatro lavorativo complesso». Si pensi, a titolo esemplificativo, al caso della manutenzione effettuata da B all'interno dell'impresa di A, senza coinvolgimento dei lavoratori di quest'ultimo. In questo caso, come vedremo, il concetto di «teatro lavorativo complesso» subisce una curvatura in senso strutturale, ovvero relativo ai rischi connessi alle condizioni organizzative e produttive proprie del luogo – rischi dei quali vanno adeguatamente informati i lavoratori di B, C e D – e non all'interferenza delle «organizzazioni di lavoro» che operano al suo interno.

vi) B impiega, *di norma*, proprio personale. B, dunque, può essere anche datore di lavoro: esistono, tuttavia, circostanze nelle quali B, in quanto appaltatore di A, ad esempio, per la manutenzione dell'immobile, non svolge direttamente l'attività, ma si serve di ditte specializzate (C ma anche D) per i singoli interventi. Anche in questo caso, a meno che i lavoratori di C non vengano in contatto con quelli di A, il concetto di «teatro lavorativo complesso» deve essere interpretato in senso strutturale.

vii) Nonostante gli strumenti giuridici mediante i quali A affida agli altri soggetti fasi dell'attività che si svolge nel «teatro lavorativo complesso» possano variare, il più ricorrente è, senza dubbio, il contratto di appalto. Come noto, se genuino, l'appalto garantisce all'appaltatore un ampio margine di autonomia organizzativa e operativa, con la naturale conseguenza, però, che sull'appaltatore stesso, in qualità di datore di lavoro, incombe, almeno per quanto riguarda l'esecuzione della prestazione dedotta in contratto, l'obbligo di sicurezza sancito dall'art. 2087 c.c., così come articolato

dal d.lgs. n. 81 del 2008 (d'ora in avanti, T.U.) (5). La capacità di interferenza di A sulla «organizzazione di lavoro» di B, oltre a produrre conseguenze quanto alla genuinità dell'appalto, può produrne in termini di attribuzione in capo ad A di parte, più o meno consistente, dell'obbligo di sicurezza rispetto ai dipendenti di B. Lo stesso può dirsi per B in caso di subappalto.

1.1. — *Il rischio da interferenza* — Strettamente legata alla nozione di «teatro lavorativo complesso» è quella di rischio da interferenza.

Se, infatti, soprattutto nel caso del contratto d'appalto, ciascun soggetto attivo nel «teatro lavorativo complesso» opera in piena autonomia, almeno per quanto riguarda la prestazione dedotta nel contratto stesso, risultando, dunque, responsabile della sicurezza dei propri lavoratori per ciò che concerne quella prestazione (6), appare innegabile il fatto che, dal punto di vista del pericolo e, dunque, del rischio che ne deriva, lo svolgimento della prestazione nell'ambito di un «teatro lavorativo complesso» determini un incremento *quantitativo* e *qualitativo* di pericolo e rischio. Quantitativo, per la compresenza di più «organizzazioni di lavoro»; qualitativo, per l'estraneità del luogo nel quale i lavoratori «altri» sono chiamati a svolgere la loro prestazione.

Quanto alle conseguenze concrete, all'*incremento quantitativo* di pericolo e rischio corrisponde, in prima battuta, un'istanza di *coordinamento* da parte di A e di *cooperazione* delle varie «organizzazioni di lavoro» coinvolte (B, C, D...) con A, per ciò che concerne la sicurezza di tutti coloro che sono presenti nel «teatro lavorativo complesso»; a questa istanza se ne affianca una di *verifica*, da parte di A rispetto a B, da parte di B rispetto a C (e così via), del possesso di requisiti di professionalità tecnica adeguati all'attività da svolgere e, anche se non senza qualche distinguo nella giurisprudenza, del livello di sicurezza garantito da B e C ai propri lavoratori (7).

All'*incremento qualitativo* corrisponde, invece, un'istanza di *informazione* dei lavoratori e di *conoscenza* del luogo fisico, dell'organizzazione e delle procedure operative utilizzate nello stesso da A, laddove rilevanti per l'attività di B e C.

Istanze, queste, che si trasformano, naturalmente, in altrettanti obblighi, i quali incombono, nella misura che si dirà più avanti, sul committen-

(5) Sul quale vd. almeno Galantino 2009; Montuschi 2011; Natullo 2015; Zoppoli *et al.* (a cura di) 2010.

(6) Cass. 7.1.2009, n. 45.

(7) Sul punto vd. *infra*.

te (in senso ampio) e/o sul titolare del luogo fisico, andando a completare l'obbligo di sicurezza gravante sul singolo datore per quanto riguarda i propri dipendenti.

Il fondamento normativo di questa ricostruzione lo si rinviene nell'art. 26 (8) e, per ciò che concerne i cantieri mobili, negli art. 89 ss. T.U. (9).

Tuttavia, soprattutto rispetto all'art. 26, la giurisprudenza penale ha adottato un approccio estensivo, ispirato al già richiamato principio di effettività; un approccio secondo il quale i rapporti tra A, B e C, ai quali fa riferimento detto articolo, non possono esaurirsi all'interno delle tipologie contrattuali in esso richiamate (appalto, prestazione d'opera, somministrazione di beni o servizi). Secondo la giurisprudenza (10), infatti, «la *ratio* della norma [...] è quella di far sì che il [committente anche datore di lavoro] appresti un segmento all'interno della propria azienda al fine di prevenire ed evitare i rischi interferenziali, derivanti dalla contemporanea presenza di più imprese che operano sul medesimo luogo di lavoro, attivando e promuovendo percorsi condivisi di informazione e cooperazione, soluzioni comuni di problematiche complesse, rese tali dalla circostanza dovuta alla sostanziale estraneità dei dipendenti delle imprese appaltatrici all'ambiente di lavoro dove prestano la propria attività lavorativa. Se questa è la *ratio*, ciò che rileva ai fini della normativa di cui all'art. 26 T.U. non è la qualificazione civilistica attribuita al rapporto tra imprese che cooperano tra loro, quanto l'effetto che tale rapporto crea, cioè l'interferenza tra organizzazioni, che può essere fonte di ulteriori rischi per [...] i lavoratori delle imprese coinvolte».

Ancora con riferimento al concetto di interferenza, questa volta a completamento del dettato dell'art. 26 T.U., lacunoso in materia, la giurisprudenza ne ha specificato i contenuti, sgombrando anche il campo dai dubbi ingenerati dall'interpretazione restrittiva datane dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici (11): «l'interferenza, infatti, non può essere circoscritta alle mere ipotesi di contatto rischioso tra lavoratori di imprese diverse che operano nel medesimo luogo di lavoro [come sostenuto, invece, dall'Autorità], perché ciò condurrebbe a escludere in capo a quei "commitenti", che forniscono il mero luogo di lavoro, qualunque posizione di garanzia nei confronti dei lavoratori che, pur essendo alle dipendenze di altre

(8) Sul quale vd. almeno Bertocco 2011 e Tullini 2011.

(9) Sul punto vd., da ultimo, Pipeschi 2015.

(10) *Ex plurimis*, Cass. pen., S. IV, 9.11.2015, n. 44792; Cass. pen., S. IV, 19.7.2016, n. 30557.

(11) Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, deliberazione 5 marzo 2008, n. 3.

imprese, operano nel medesimo luogo di lavoro. L'interferenza rilevante [...] deve essere necessariamente intesa in senso funzionale, ossia come interferenza non di soli lavoratori, ma come interferenza derivante dalla coesistenza in un medesimo contesto di più organizzazioni, ciascuna delle quali facente capo a soggetti diversi» (12).

In questa prospettiva, il concetto di interferenza «non può ridursi, ai fini della individuazione di responsabilità colpose penalmente rilevanti, al riferimento alle sole circostanze che riguardano “contatti rischiosi” tra il personale delle due imprese, ma deve fare necessario riferimento anche a tutte quelle attività preventive, poste in essere da entrambe, antecedenti ai “contatti rischiosi”, [...] destinate, per l'appunto, a prevenirli. In sostanza, ancorché il personale della ditta appaltatrice operi autonomamente nell'ambito del luogo di lavoro della ditta appaltante, deve esser messo in condizione di conoscere, a cura dell'appaltante, preventivamente i rischi cui può andare incontro in quel luogo di lavoro con riferimento, ovviamente, all'attività lavorativa che deve ivi svolgere» (13).

In sintesi, secondo la Cassazione, «ove i lavori si svolgano nello stesso cantiere predisposto dall'appaltante in esso inserendosi anche l'attività dell'appaltatore per l'esecuzione di un'opera parziale e specialistica [...], e non venendo meno l'ingerenza dell'appaltante e la diretta riconducibilità (quanto meno) anche a lui dell'organizzazione del comune cantiere, in quanto investito dei poteri direttivi generali inerenti alla propria qualità, sussiste la responsabilità di entrambi tali soggetti in relazione agli obblighi antinfortunistici, alla loro osservanza e alla dovuta sorveglianza al riguardo».

Come avremo modo di vedere, le affermazioni relative all'ingerenza di A sulla «organizzazione di lavoro» di B, e alla conseguente corresponsabilità tra A e B rispetto all'obbligo di sicurezza, devono essere circostanziate e dettagliate, dovendosi qualificare, appunto, sia l'ingerenza che la corresponsabilità, a seconda della «qualità» di ciascuno: in particolare dovendosi riconoscere ad A quei «poteri direttivi generali» relativi all'organizzazione del cantiere, rimanendo, invece, l'adempimento dell'obbligo di sicurezza, che potremmo definire «diretto», in capo al singolo datore di lavoro nei confronti dei propri dipendenti.

1.2. — *La cooperazione colposa nei «teatri lavorativi complessi» e il suo collegamento con il rischio da interferenza* — Notevole rilevanza per la comprensione delle dinamiche strutturali e funzionali dei «teatri lavorativi

(12) Cass. pen., S. IV, 23.5.2013, n. 36398.

(13) Cass. pen., S. IV, 10.2.2012, n. 5420.

complessi» riveste il concetto di cooperazione colposa nella produzione della fattispecie criminosa che può derivare dal mancato rispetto dell'obbligo di sicurezza. Si tratta di un tema che, da tempo, impegna la dottrina penalistica (14), in particolare con riferimento all'interpretazione dell'art. 113 c.p. Ovviamente, della cooperazione colposa, in questa sede, ci occuperemo in maniera funzionale all'argomento in oggetto, non senza sottolineare, però, che proprio un tragico evento mortale sul luogo di lavoro ha spinto le Sezioni Unite della Cassazione penale (15) a elaborare quella che, allo stato, risulta essere l'interpretazione di riferimento nel diritto vivente.

Rispetto al concetto di cooperazione colposa, le Sezioni Unite hanno affermato la presenza, in dottrina, sia pure con diverse sfumature, di due tesi ricostruttive contrapposte.

Secondo l'una, l'art. 113 c.p. eserciterebbe una mera funzione di modulazione di disciplina, nell'ambito di situazioni nelle quali già si configura la responsabilità colpevole sulla base dei principi generali in tema di imputazione oggettiva e soggettiva. Questo orientamento sarebbe determinato dal timore che applicazioni disinvoltamente estensive del concetto di cooperazione colposa possano costituire un *vulnus* per il principio di colpevolezza.

Nella lettura delle Sezioni Unite, «l'altra tesi, invece, reputa che la disciplina della cooperazione colposa eserciti una funzione estensiva dell'incriminazione rispetto all'ambito segnato dal concorso di cause colpose indipendenti, coinvolgendo anche condotte atipiche, agevolatrici, incomplete, di semplice partecipazione, che per assumere concludente significato hanno bisogno di coniugarsi con altre condotte». Si tratta, dunque, «di condotte prive di autonomia sul piano della tipicità colposa e quindi non autosufficienti ai fini della fondazione della responsabilità colpevole».

La tesi da ultimo enunciata è implicitamente accolta nella giurisprudenza di legittimità (16). Essa, anche secondo le Sezioni Unite, è senz'altro aderente alle finalità perseguite dal legislatore, il quale, mediante l'art. 113 c.p., ha voluto riconoscere la possibilità di configurare fattispecie di «concorso» anche nell'ambito dei reati colposi.

Tuttavia, anche una volta riconosciuto il ruolo estensivo dell'incriminazione svolto dall'art. 113 c.p., occorre prendere atto dell'incertezza del confine tra cooperazione colposa e concorso di cause colpose indipendenti.

(14) Riferimenti bibliografici in Palmieri 2017.

(15) Cass. pen., S.U., 24.4-18.9.2014, n. 38343, *Espenhahn c. Thyssen Krupp*. Sulla vicenda vd. Marra, Pascucci 2012.

(16) Cass. pen., S. IV, 2.12.2008, n. 1786; Cass. pen., S. IV, 20.3.2017, n. 13456.

Poco chiara in termini qualificatori pare soprattutto, alle Sezioni Unite, «la vasta area in cui è presente una condotta che, priva di compiutezza, di fisionomia definita nell'ottica della tipicità colposa se isolatamente considerata, si integra con altre dando luogo alla fattispecie causale colposa. Mentre la condotta tipica dà luogo alla violazione della regola cautelare eziologica, quella del partecipe [...] si connota per essere pericolosa in una guisa ancora indeterminata. A tali condotte viene solitamente attribuita valenza in chiave agevolatrice».

Il problema riguarda, in particolare, l'elemento soggettivo. Si tratta, in sostanza, di individuare «il fattore che fa per così dire da collante tra le diverse condotte, delineandone la cooperazione. Tale elemento di coesione viene ritenuto di tipo psicologico [...]: si tratta della consapevolezza di cooperare con altri».

Rimane tuttavia aperto l'interrogativo se la consapevolezza debba estendersi sino a cogliere il carattere colposo della condotta altrui. Anche in questo caso, le Sezioni Unite evidenziano la presenza, in dottrina, di due tesi contrapposte: una prima volta, a valorizzare la mera consapevolezza; una seconda, a prendere in considerazione la consapevolezza solo se conscia del carattere colposo della condotta altrui. Peraltro, entrambe le tesi, prestano il fianco a critiche fondate: la prima, rischiando, in effetti, di determinare un'estensione indiscriminata dell'imputazione; la seconda, rischiando di rendere inutile la disposizione dell'art. 113 c.p., giacché la consapevolezza conscia del carattere colposo della condotta altrui ben potrebbe implicare un atteggiamento autonomamente censurabile.

Di tal che, pur evidenziandone la centralità, le Sezioni Unite invitano a non assolutizzare l'importanza della consapevolezza, soprattutto, in situazioni nelle quali le condotte in cooperazione non risultano concomitanti.

Al fine di poter configurare la cooperazione colposa, occorre, quindi, a loro avviso che, in termini concreti, «il coinvolgimento integrato di più soggetti sia imposto dalla legge, da esigenze organizzative connesse alla gestione del rischio, o almeno sia contingenza oggettivamente definita senza incertezze e pienamente condivisa sul piano della consapevolezza».

Solo in situazioni simili, infatti, «l'intreccio cooperativo, il comune coinvolgimento nella gestione del rischio giustifica la penale rilevanza di condotte che [...] sebbene atipiche, incomplete, di semplice partecipazione, si coniugano, si compenetrano con altre condotte tipiche».

Tornando al tema che ci occupa, ciascun attore di un «teatro lavorativo complesso» sarà, dunque, chiamato ad agire «tenendo conto del ruolo e della condotta altrui. Si genera così un legame e un'integrazione tra le condotte che opera non solo sul piano dell'azione, ma anche sul regime caute-

lare, richiedendo a ciascuno di rapportarsi, preoccupandosene, pure alla condotta degli altri soggetti coinvolti nel contesto. Tale pretesa d'interazione prudente individua il canone per definire il fondamento e i limiti della colpa di cooperazione. La stessa pretesa giustifica la deviazione rispetto al principio di affidamento e di autoresponsabilità, insita nell'idea di cooperazione colposa».

Nei «teatri lavorativi complessi», infatti, il coinvolgimento integrato di più soggetti è imposto, come detto, non solo dalla legge (artt. 26 e 90 ss. T.U.), ma anche da esigenze organizzative connesse alla cooperazione e al coordinamento nella gestione del rischio interferenziale; cooperazione e coordinamento sui quali fanno legittimo affidamento i lavoratori chiamati a operare in detti ambiti al fine di veder adeguatamente e complessivamente tutelata la propria sicurezza.

Ne consegue che, laddove l'infortunio non sia direttamente e conclusivamente imputabile a uno solo degli attori, proprio in considerazione del «teatro lavorativo complesso» nel quale esso si è verificato, quella che emerge è una saldatura dei distinti profili di colpa eventualmente riconosciuti a ciascun attore che abbiano concorso a determinare l'evento, non essendo consentito, ai fini penali, procedere a una verifica *ex post*, frazionata, parcellizzata e diacronica degli stessi, ma imponendosi una valutazione unitaria del complesso delle condotte poste in essere in violazione degli obblighi di sicurezza.

In applicazione del concetto di cooperazione colposa, la comune gestione del rischio da interferenza giustifica, infatti, la rilevanza penale «di apporti che, sebbene atipici, incompleti o di semplice partecipazione, si coniugano tra di loro compenetrandosi laddove gli obblighi di cooperazione e di coordinamento rappresentano per i datori di lavoro di tutte le imprese coinvolte “la cifra” della loro posizione di garanzia e delimitano l'ambito della rispettiva responsabilità» (17).

Nel caso di specie, la condotta colposa del datore di lavoro si inserirebbe, quindi, in un insieme articolato di condotte omissive o commissive, poste in essere da vari soggetti, tra le quali, per quanto riguarda il rischio da interferenza, «assume precipuo rilievo un generale e consapevole difetto di informazione, cooperazione e di coordinamento tra le varie figure tutoriali all'interno del luogo di lavoro...» (18), venendo, peraltro, la condotta datoriale colposa a costituire un anello causale determinante, al di là della propria individuale rilevanza.

(17) Cass. pen., S. IV, 20.3.2017, n. 13456.

(18) *Ivi*.

In questa prospettiva, presenta scarso rilievo il fatto che, in relazione alla specifica fase di attività nell'ambito della quale si verifichi l'infortunio, risulti attiva la sola impresa dalla quale dipende il lavoratore che lo subisce e che, pertanto, non vi sia l'esigenza di gestire un rischio interferenziale da un punto di vista funzionale. Per configurare quest'ultimo nel già citato senso strutturale, è sufficiente, infatti, che altri soggetti intervengano o siano intervenuti nel «teatro lavorativo complesso», ad esempio, apportando modifiche dello stato dei luoghi: modifiche che si rivelino, poi, rilevanti, se non decisive, per la dinamica dell'infortunio. Proprio simili modifiche, infatti, dovrebbero costituire oggetto di confronto e di coordinamento tra le imprese operanti nel medesimo luogo, anche e, forse, soprattutto se operanti con tempistiche diverse, tali da non consentire un dialogo e uno scambio di informazioni diretto al momento dell'esecuzione delle varie fasi dell'attività.

Conclusivamente sul punto, si può affermare che la cooperazione colposa costituisce un elemento di saldatura delle singole posizioni di garanzia rivestite dagli attori del «teatro lavorativo complesso» ai quali siano stati ricondotti specifici profili di responsabilità per colpa e che siano risultati sinergicamente rilevanti nella realizzazione di un evento unitario, pur senza averne costituito la causa determinante. Il concetto di cooperazione colposa risulta, quindi, complementare rispetto a quello di rischio da interferenza, sostanziandolo dal punto di vista dell'individuazione certa delle responsabilità, nel caso in cui ciascun attore abbia «concorso» a determinare con la propria condotta colposa l'infortunio del lavoratore. Di conseguenza, ai sensi dell'art. 113 c.p., ciascuno degli attori «soggiace alle pene stabilite per il delitto» realizzatosi all'esito della cooperazione consapevole e giuridicamente rilevante.

2. — *Obblighi e responsabilità nei «teatri lavorativi complessi»: le prospettive dei diversi attori* — Gli obblighi e le responsabilità, ben sintetizzati dalla giurisprudenza nell'espressione «posizioni di garanzia», derivanti dall'operare in «teatri lavorativi complessi», possono essere oggetto di analisi sotto diverse prospettive, ciascuna delle quali riconducibile a uno degli attori individuati nel paragrafo introduttivo.

Di particolare rilevanza, anche in considerazione del dettato normativo più volte richiamato (artt. 26 e 90 ss. T.U.), sono le posizioni di garanzia dell'appaltante (committente in senso ampio), al tempo stesso datore di lavoro che impegna i propri dipendenti nel «teatro lavorativo complesso»; dell'appaltatore, anche datore di lavoro, a sua volta subappaltante e, quindi, committente; del committente (in senso stretto) non datore di lavoro

che determina l'esistenza di un «teatro lavorativo complesso»; e, infine, la posizione di garanzia del datore di lavoro che invia, senza distaccarli, propri lavoratori negli «spazi» di un altro datore, nei quali svolgono parte della propria prestazione lavorativa. Posizione, quest'ultima, eccentrica rispetto alla ricostruzione proposta nel paragrafo iniziale, in quanto estranea alla prospettiva dell'appalto, ma non a quella del «teatro lavorativo complesso».

Proprio per la loro rilevanza teorica e concreta, nonché per la loro diversità, le posizioni di garanzia appena richiamate vanno esaminate partitamente e analiticamente.

2.1. — *La prospettiva dell'appaltante (committente), al tempo stesso datore di lavoro che impegna i propri dipendenti nel «teatro lavorativo complesso»* — Per appaltante (committente in senso ampio) (19), al tempo stesso, datore di lavoro che impegna i propri dipendenti nel «teatro lavorativo complesso», la giurisprudenza intende «colui che ha la disponibilità giuridica dei luoghi in cui si svolge l'appalto o la prestazione di lavoro autonomo» (20). Si tratta, dunque, del caso descritto dall'art. 26, comma 1, T.U. di appalto endoaziendale, al quale corrisponde l'obbligo, per quello che chiameremo il committente anche datore di lavoro, della stesura del Documento per la valutazione dei rischi da interferenza, meglio noto come Duvri.

Come recentemente ribadito dalla Cassazione (21), detto obbligo sussiste «indipendentemente dal fatto che vi siano taluni rischi da interferenze che possano riguardare esclusivamente i dipendenti dell'appaltatore ovvero i lavoratori autonomi presenti nell'ambiente di lavoro e non anche i lavoratori dipendenti del committente. Si tratta di una regola evidentemente finalizzata a individuare con certezza il titolare primario della posizione di garanzia relativa alla valutazione dei rischi da interferenze in colui che ha la posizione di dominio del rischio correlato alla compresenza nella sua unità produttiva di più imprese».

Da ciò deriva che, fermo restando l'obbligo in capo a ciascun datore di lavoro di predisporre il proprio documento di valutazione del rischio (art. 17 T.U.) e fermi restando gli obblighi di cooperazione in tema di sicurezza, incombenti su ciascun attore che operi nel «teatro lavorativo complesso» (art. 26 T.U.), la mancata adozione del Duvri costituisce un reato proprio

(19) Il committente in senso stretto è quello definito tale dall'art. 89, comma 1, lett. b, T.U., con riferimento ai cantieri mobili. Sul punto vd. *infra*, par. 3.3.

(20) *Ex plurimis*, Cass. pen., S. IV, 12.3.2015, n. 14167; Cass. pen., S. IV, 19.7.2016, n. 30557; Cass. pen., S. IV, 23.6.2017, n. 31410.

(21) Cass. pen., S. IV, 23.6.2017, n. 31410.

del committente anche datore di lavoro, con esclusione di qualsiasi imputabilità dell'appaltatore (22).

Questo perché l'approccio olistico del modello di prevenzione e protezione della sicurezza del lavoratore in azienda adottato dal T.U., in attuazione sia del dettato dell'art. 2087 c.c. sia dell'imponente corpo normativo prodotto dal diritto dell'Unione europea in tema (23), risulta sotteso anche, e, forse a maggior ragione, alla gestione dei rischi in caso di affidamento dei lavori a imprese appaltatrici o a lavoratori autonomi all'interno dell'azienda o di una singola unità produttiva della stessa, nonché nell'ambito dell'intero ciclo produttivo dell'azienda medesima (24).

Grava, dunque, sul committente anche datore di lavoro l'attività di coordinamento delle misure di prevenzione e protezione che trovano fondamento nella presenza di molteplici attori nel «teatro lavorativo complesso». Attori che, a loro volta, sono chiamati a farsi parte diligente nel senso della collaborazione attiva, proprio in considerazione del fatto che le loro condotte colpose, commissive od omissive, potrebbero sempre essere lette nella prospettiva della cooperazione colposa, determinando, quindi, la loro imputabilità in caso di infortunio del lavoratore.

Ciò non esclude evidentemente l'obbligo del committente, nella cui disponibilità permangono gli «spazi» del «teatro lavorativo complesso», di «adottare tutte le misure necessarie a tutelare l'integrità e la salute dei lavoratori, ancorché dipendenti dell'impresa appaltatrice; misure che consistono nel fornire adeguata informazione ai singoli lavoratori circa le situazioni di rischio, nel predisporre tutte le misure necessarie a garantire la sicurezza degli impianti e nel cooperare con l'appaltatrice nell'attuazione degli strumenti di protezione e prevenzione dei rischi connessi sia al luogo di lavoro sia all'attività appaltata, tanto più se caratterizzata dall'uso di macchinari pericolosi» (25).

In questa medesima prospettiva e a conferma di quanto la giurisprudenza penale insista sul principio di effettività, e di quanto, a sua volta, il principio di effettività determini una irrilevanza sostanziale della relazione giuridica civilistica intercorrente tra A e B, si può richiamare l'affermazione secondo la quale «un'esclusione della responsabilità dell'*appaltante* è configurabile solo qualora all'*appaltatore* sia affidato lo svolgimento di lavori, ancorché determinati e circoscritti, che svolga *in piena e assoluta autonomia*

(22) Cass. pen., S. III, 14.11.2012-16.1.2013, n. 2285.

(23) Vd. Ales 2015.

(24) Sulla nozione di ciclo produttivo vd. Ratti 2008.

(25) Cass. 13.1.2017, n. 798.

organizzativa e dirigenziale rispetto all'appaltante, e non nel caso in cui la stessa interdipendenza dei lavori svolti dai due soggetti *escluda ogni estromissione dell'appaltante dall'organizzazione del cantiere*» (26).

Riportato il ragionamento in termini civilistici, si può, dunque, affermare che, nell'ambito della sicurezza sul lavoro, la genuinità dell'appalto gioca in favore del committente anche datore di lavoro (27), in quanto solo la piena e assoluta autonomia organizzativa e dirigenziale dell'appaltatore garantisce all'appaltante una eventuale esclusione (riduzione) di responsabilità, almeno per quelle fasi dell'attività di specifica pertinenza del primo. L'appalto non genuino, al contrario, consentendo al committente l'esercizio di un ampio potere di intervento nell'operatività dell'appaltatore, determina un incremento della quota di responsabilità, palesando, in concreto, in capo all'appaltante quel potere di indirizzare e determinare la «organizzazione di lavoro» altrui che lo rende, ai fini della disciplina in materia di sicurezza, datore di lavoro sostanziale dei dipendenti dell'appaltante.

2.2. — *La prospettiva dell'appaltatore anche datore di lavoro, a sua volta subappaltante e, quindi, committente* — La prospettiva dell'appaltatore anche datore di lavoro, a sua volta subappaltante e, quindi, committente, risulta particolarmente interessante in quanto determina, ai fini della sicurezza sul lavoro, una nozione di ciclo produttivo dell'attore comprensiva anche di quelle attività svolte all'esterno dei propri «spazi» (28). Si tratta, dunque, di una ulteriore complicazione del «teatro lavorativo complesso», giacché presuppone che all'interno di questo non esista un solo ciclo produttivo, seppure frammentato, comunque riconducibile ad A, ma tanti processi produttivi quanti gli appaltatori (B) che diventano (sub)appaltanti. Come abbiamo sottolineato nel paragrafo introduttivo, infatti, nel caso l'appaltante principale (A) autorizzi il subappalto, l'appaltatore (B), in qualità di subappaltante, diventa appaltante (A1) del subappaltatore (C nei confronti di A, ma, allo stesso tempo, B nei confronti di B che è diventato A1), frapponendo, quindi, un diaframma giuridico-operativo (almeno nella catena genuina di subappalti) tra appaltante (A) e subappaltatore (C).

In caso di subappalto, in un singolo «teatro lavorativo complesso» si troveranno a operare, quindi *enne* A (in realtà B o C o D, rispetto all'appaltante principale A ovvero al titolare del luogo di lavoro), rispetto ai quali

(26) Cass. pen., S. IV, 10.2.2012, n. 5420.

(27) E non solo: vd. *infra*.

(28) Nella prospettiva della «evanescenza del luogo di lavoro» efficacemente elaborata da Malzani 2014.

si riproporrà il problema in precedenza illustrato di individuazione delle relative responsabilità.

E, dunque, il datore di lavoro appaltatore e subappaltante è responsabile della sicurezza dei propri dipendenti anche rispetto a omissioni poste in essere da parte del subappaltatore sulla base del presupposto che «opere commissionate o, più in generale, affidate a vario titolo (ad esempio, attraverso appalti o contratti d'opera) a soggetti esterni costituiscono [...] una fase dell'intero ciclo produttivo dell'impresa che commissiona detti lavori. Corollario di tutto ciò è che il datore di lavoro, quale responsabile dell'intero ciclo produttivo, deve accertare, prima di disporre la continuazione dell'attività lavorativa da parte dei propri dipendenti, se la condotta dei soggetti cui ha affidato l'esecuzione di una fase della produzione sia – in ragione di colpose inadempienze, di censurabili negligenze o anche per meri fatti oggettivi – fonte di pericolo per i lavoratori. Solo attraverso tale accertamento – di particolare rilevanza proprio allorché le opere affidate a terzi attengano all'apprestamento di misure necessarie per la messa in sicurezza di tutte le fasi lavorative – il datore di lavoro deve assolvere all'obbligo su di esso gravante di rendere edotti i propri dipendenti dei rischi specifici cui essi sono esposti» (29).

Detto in altri termini, l'appaltatore di opere che risultino in parte subappaltate costituisce il principale punto di riferimento delle organizzazioni che si succedono e confluiscono nell'attività complessiva. Pertanto, egli è chiamato a svolgere la già richiamata funzione di coordinamento dei vari interventi. Egli è tenuto, quindi, al governo delle contingenze che non attengono specificamente alla singola lavorazione (30), consistente nella vigilanza sulla sicurezza complessiva dei lavori affidati, risultando altresì gravato dagli obblighi che scaturiscono dall'art. 26 T.U. Lo stesso può dirsi con riferimento a ciascun ulteriore subappaltante.

Di contro, alla luce di quanto già chiarito in precedenza, gli obblighi di sicurezza «specifici» del singolo segmento dell'attività, anche subappaltata, estranei alla prospettiva dell'interferenza, ricadono sul subappaltatore in quanto datore di lavoro, il quale ne risponde nei confronti dei dipendenti facenti parte della sua «organizzazione di lavoro», a condizione che questa sia dotata di piena autonomia. Così anche, espressamente, l'art. 26, comma 3, T.U.

Ipotesi diversa, secondo la giurisprudenza (31), è quella di A che appal-

(29) Cass. 5.12.2003 n. 18603.

(30) Cass. pen., S. IV, 20.3.2017, n. 13456.

(31) Cass. pen., S. IV, 23.6.2017, n. 31410.

ta una lavorazione all'interno dei propri «spazi» a B, il quale, a sua volta, subappalta la lavorazione a C senza coinvolgere nella lavorazione propri dipendenti. In caso di infortunio di un dipendente di C, derivante da una causa legata allo stato degli «spazi» di A, il rischio da interferenza in senso strutturale legato all'esistenza di un «teatro lavorativo complesso» ricade su A. L'assenza di disponibilità giuridico/operativa degli «spazi» e di proprio personale sul sito determina, infatti, la non riconducibilità in capo a B degli obblighi di informazione (sanciti dall'art. 26 T.U.) nei confronti di C rispetto allo stato del luogo nel quale sono chiamati a operare i dipendenti di quest'ultimo. Piuttosto, costituisce condotta negligente di A l'omessa comunicazione a B del pericolo e del rischio potenzialmente incombenti sui lavoratori chiamati a svolgere l'attività; condotta che impedisce a B di adempiere all'obbligo di comunicazione da parte del subappaltante al subappaltatore, configurandosi, dunque, B quale vittima della condotta negligente di A e andando, quindi, immune da qualsiasi responsabilità rispetto all'infortunio del dipendente di C.

2.3. — *La prospettiva del committente non datore di lavoro (committente in senso stretto) che determina l'esistenza di un «teatro lavorativo complesso»* — Come correttamente evidenziato dalla Cassazione penale (32), la figura del committente in senso stretto nell'ambito del discorso in materia di sicurezza del lavoro ovvero quale titolare di un'autonoma posizione di garanzia nei confronti dei lavoratori, pur non essendone datore di lavoro, viene riconosciuta abbastanza tardi nel nostro ordinamento: più precisamente, con la trasposizione della Direttiva n. 92/57/Ce (33), da parte del d.lgs. n. 494 del 1996, attualmente confluito negli artt. 89 ss. T.U.

Proprio l'art. 89, comma 1, lett. b, T.U. definisce il committente in senso stretto come «il soggetto per conto del quale l'intera opera viene realizzata, indipendentemente da eventuali frazionamenti della sua realizzazione». Si tratta di una definizione importante appunto perché distingue il committente in senso stretto rispetto al «committente anche datore di lavoro», di cui all'art. 26 T.U. Questa distinzione non è rilevante solo nel caso, espressamente contemplato dalla legge (art. 89, comma 1, lett. f, T.U.), in cui il committente di un cantiere mobile coincide con l'impresa esecutrice dell'opera. In questa circostanza, la posizione di garanzia di cui agli artt. 90 ss. T.U. si sovrappone a quella di cui all'art. 26 T.U., in quanto il committente in senso stretto si configurerà anche come «committente datore di lavoro».

(32) Cass. pen., S. IV, 5.9.2013, n. 36398.

(33) Sulla quale vd. Ales 2017.

Proprio la considerazione che il committente in senso stretto possa non essere un soggetto dotato delle qualità e delle capacità imprenditoriali tipiche del «committente datore di lavoro» ha determinato il legislatore comunitario a circondarlo di altri soggetti, dotati delle professionalità necessarie per colmare questo *deficit*, potenzialmente in grado di incidere pesantemente sulla sicurezza del lavoro nel cantiere quale «teatro lavorativo complesso».

Questi soggetti sono:

a) il responsabile dei lavori, ovvero colui che può essere incaricato dal committente per svolgere i compiti e assolvere gli obblighi che gli sono attribuiti dalla legge (art. 89, comma 1, lett. c, T.U.). La nomina del responsabile esonera il committente dalle responsabilità connesse all'adempimento dei propri obblighi nei limiti del contenuto dell'incarico conferitogli (art. 93, c. 1, T.U.);

b) il coordinatore in materia di sicurezza e di salute durante la progettazione dell'opera (in breve, coordinatore per la progettazione), ovvero il soggetto incaricato dal committente o dal responsabile dei lavori, nei cantieri in cui è prevista la presenza, anche non contemporanea, di più imprese esecutrici, di redigere il Piano di sicurezza e di coordinamento di cui all'art. 100 T.U. (di seguito, Psc), da accludere al contratto di appalto con l'impresa affidataria, e di predisporre un fascicolo, rispondente alle caratteristiche dell'opera, che contenga le informazioni utili ai fini della prevenzione e della protezione dai rischi cui sono esposti i lavoratori (art. 91 T.U.);

c) il coordinatore in materia di sicurezza e di salute durante la realizzazione dell'opera (in breve, il coordinatore per l'esecuzione dei lavori), ovvero il soggetto, incaricato dal committente o dal responsabile dei lavori, a cui l'art. 92 T.U. affida alcuni compiti di estrema rilevanza, tra i quali: i) verificare, con opportune azioni di coordinamento e controllo, l'applicazione, da parte delle imprese esecutrici e dei lavoratori autonomi operanti nel «teatro lavorativo complesso», delle disposizioni del Psc che li riguardano nonché la corretta applicazione delle relative procedure di lavoro; ii) verificare l'idoneità del Piano operativo di sicurezza (di seguito, Pos), che deve essere predisposto da parte di ciascuna impresa operante nel «teatro lavorativo complesso», da considerare come piano complementare di dettaglio del Psc, assicurandone la coerenza con quest'ultimo, ove previsto; iii) adeguare il Psc e il fascicolo predisposto dal responsabile per la progettazione, in relazione all'evoluzione dei lavori e alle eventuali modifiche intervenute, valutando le proposte delle imprese esecutrici dirette a migliorare la sicurezza in cantiere, verificando che, ove necessario,

le imprese esecutrici adeguino, di conseguenza, i rispettivi Pos; iv) organizzare, tra i datori di lavoro e i lavoratori autonomi operanti nel «teatro lavorativo complesso», la cooperazione e il coordinamento delle attività nonché la loro reciproca informazione; v) segnalare al committente o al responsabile dei lavori, previa contestazione scritta alle imprese e ai lavoratori autonomi interessati, le inosservanze degli obblighi loro imposti dalla legge, proponendo la sospensione dei lavori, l'allontanamento delle imprese o dei lavoratori autonomi dal cantiere, o la risoluzione del contratto. Nel caso in cui il committente o il responsabile dei lavori non adottino alcun provvedimento in merito alla segnalazione, senza fornire idonea motivazione, il coordinatore per l'esecuzione dà comunicazione dell'inadempienza alla Azienda Unità sanitaria locale e alla Direzione territoriale del lavoro competenti; vi) sospendere, in caso di pericolo grave e imminente, direttamente riscontrato, le singole lavorazioni fino alla verifica degli avvenuti adeguamenti effettuati dalle imprese interessate.

La nomina del coordinatore per la progettazione e del coordinatore per l'esecuzione dei lavori è obbligatoria nei cantieri nei quali operino, seppur non contestualmente, più imprese esecutrici, anche laddove risulti soltanto una impresa affidataria dell'intera opera, la quale, a sua volta, subappalti l'attività da svolgere, frammentandola. Tuttavia, laddove il committente o il responsabile dei lavori risultino in possesso dei requisiti richiesti dall'art. 98 T.U., l'art. 90, comma 6, T.U. riconosce loro la facoltà di svolgere direttamente i compiti che la legge affida ai due coordinatori.

Appare evidente che la legge attribuisce una specifica posizione di garanzia al committente in senso stretto (o, in sua vece, al responsabile dei lavori); posizione, peraltro, arricchita da obblighi specifici di verifica dell'idoneità tecnico-professionale delle imprese affidatarie, delle imprese esecutrici e dei lavoratori autonomi, in relazione alle funzioni o ai lavori da affidare (sulla falsariga di quanto previsto dall'art. 26 T.U.), e dall'obbligo di richiedere loro la certificazione della regolarità lavorativa e contributiva dei dipendenti (art. 90, comma 9, T.U.).

L'approccio appena descritto, adottato dal legislatore sin dalla seconda metà degli anni novanta, ha prodotto l'effetto di obbligare la giurisprudenza della Cassazione a ripensare l'affermazione secondo la quale il committente in senso stretto non rivestisse un'autonoma posizione di garanzia della sicurezza dei lavoratori dipendenti dall'impresa affidataria (appaltatore).

Secondo quella risalente giurisprudenza, infatti, «nel contratto di appalto, il committente non è esonerato dall'obbligo di osservare le norme antinfortunistiche qualora si riservi contrattualmente, e lo eserciti in concre-

to, il potere di ingerirsi nell'esecuzione dei lavori oggetto del contratto o qualora, pur in mancanza di apposita previsione contrattuale, si intrometta di fatto nell'esecuzione dell'opera. Infatti, destinatari delle norme antinfortunistiche, poste a tutela dell'integrità psicofisica del lavoratore, sono tutti coloro che nella impresa hanno il potere di incidere sul risultato: il potere – cioè – di esigere che il lavoratore si comporti in un determinato modo per conseguire quel risultato» (34).

Peraltro, la stessa Cassazione penale (35) aveva individuato, accanto all'ingerenza e all'assunzione di una posizione direttiva, un'ulteriore fonte di responsabilità, consistente in quello che essa stessa aveva definito «potere di governo della fonte di pericolo», riscontrabile qualora l'infortunio risultasse causalmente collegato anche a una condotta colposa, attiva od omissiva, del committente (in applicazione implicita del concetto di collaborazione colposa).

Nel mutato quadro normativo, la giurisprudenza ha, dunque, preso atto dalla nuova posizione di garanzia del committente, così come sopra descritta, contestandogli, quindi, responsabilità specifiche derivanti dalla violazione di quei precetti legislativi, ferma restando, ovviamente, la responsabilità delle ditte esecutrici.

Tuttavia, la stessa giurisprudenza tende, nei fatti, ad «alleggerire» la posizione di garanzia del committente, da ritenersi, in concreto, «indiretta» o di mero «coordinamento e controllo dei coordinatori», spostando l'attenzione sull'appaltatore datore di lavoro, in quanto destinatario principale dell'obbligo di sicurezza rispetto ai propri dipendenti e, dunque, responsabile «diretto» nei loro confronti. Ciò sul presupposto che, pur essendo detto obbligo riferibile, oltre che all'appaltatore datore di lavoro, anche al committente, con conseguente possibilità, in caso di infortunio, di intrecci di responsabilità, occorre, però, considerare che «tale principio non può essere applicato automaticamente, non potendo esigersi dal committente un controllo pressante, continuo e capillare sull'organizzazione e sull'andamento dei lavori [responsabilità diretta]. In questa prospettiva, per fondare la responsabilità del committente, non si può prescindere da un attento esame della situazione fattuale, al fine di verificare quale sia stata, in concreto, l'effettiva incidenza della condotta del committente nell'eziologia dell'evento, a fronte delle capacità organizzative della ditta scelta per l'esecuzione dei lavori» (36).

(34) Cass. pen., S. IV, 11.10.1989, n. 1659.

(35) Cass. pen., S. III, 24.4.1992, n. 8134.

(36) Cass. pen., S. IV, 5.9.2013, n. 36398.

In questa prospettiva, la Cassazione penale (37) ha elaborato una serie di indicatori da tenere in considerazione nella determinazione della responsabilità del committente, quali:

a) la specificità dei lavori da eseguire, dovendosi distinguere, ad esempio, il caso in cui il committente dia in appalto lavori relativi a un complesso aziendale di cui sia titolare da quello dei lavori di ristrutturazione edilizia di un proprio immobile;

b) i criteri seguiti dal committente nella scelta dell'appaltatore o del prestatore d'opera, quale soggetto munito dei titoli di idoneità prescritti dalla legge e della capacità tecnica e professionale proporzionata al tipo di attività commissionata e alle concrete modalità di svolgimento della stessa;

c) l'ingerenza del committente nell'esecuzione dei lavori;

d) la percepibilità, agevole e immediata, da parte del committente di eventuali situazioni di pericolo.

A questa già consistente limitazione, si aggiunge la considerazione secondo la quale non vi sarebbe «necessariamente un'equazione fra la condotta omissiva del committente rispetto agli obblighi stabiliti a suo carico dalla normativa antinfortunistica e l'addebito riferito al verificarsi dell'evento lesivo a carico del lavoratore della ditta esecutrice». Occorrerebbe, infatti, verificare puntualmente «se l'evento è scaturito sul piano causale da detta condotta omissiva, avuto appunto riguardo, da un lato, alla specificità operativa e organizzativa dei lavori in corso di esecuzione, nel cui ambito l'evento si è verificato; e, dall'altro, all'incidenza concreta che la ridetta condotta omissiva ha avuto sul prodursi di esso». Di modo che il giudizio controfattuale «deve, in sostanza, essere operato non solo mediante l'individuazione del comportamento alternativo diligente (ossia ciò che avrebbe dovuto fare il committente), ma anche attraverso la specifica individuazione delle condotte doverose che, se poste in essere, avrebbero ragionevolmente impedito l'evento, in assenza di decorsi causali alternativi e indipendenti».

La conseguenza di questa impostazione «morbida» nei confronti del committente produce come conseguenza un'enfaticizzazione della responsabilità «diretta» del datore di lavoro nell'adempimento dell'obbligo di sicurezza, che rischia, però, di vanificare la portata innovativa della normativa introdotta negli anni novanta e di ridimensionare la rilevanza, soprattutto a fini prevenzionistici, del rischio da interferenza quale elemento collante della collaborazione di tutti gli attori coinvolti nel «teatro lavorativo complesso».

(37) Cass. pen., S. IV, 8.4.2010, n. 15081; Cass. pen., S. IV, 18.1.2012, n. 3563; Cass. pen., S. IV, 5.9.2013, n. 36398; Cass. pen., S. IV, 4.2-17.3.2016, n. 11384.

Ovviamente non si vuole qui sostenere che la normativa in questione obblighi il committente a un «controllo pressante, continuo e capillare sull'organizzazione e sull'andamento dei lavori», proprio, invece, della responsabilità «diretta», tipicamente riconducibile al datore di lavoro. Piuttosto, si tratta di perseguire le condotte colpose omissive delle doverose attività di valutazione, informazione e coordinamento che la legge pone espressamente in capo al committente o, se si vuole, al responsabile dei lavori, dotato, quest'ultimo, di quella competenza tecnica e chiamato a quella presenza sul cantiere che non può essere pretesa dal committente in senso stretto.

Questa tendenza a enfatizzare al massimo la responsabilità «diretta» del datore di lavoro emerge, sia pure con minore nettezza (38), nella giurisprudenza relativa al coordinatore per l'esecuzione dei lavori. Come visto, il T.U. attribuisce a questa figura compiti di grande rilievo nella realizzazione dell'obbligo di sicurezza nei «teatri lavorativi complessi». In particolare, degna di richiamo ci pare essere la segnalazione al committente o al responsabile dei lavori, previa contestazione scritta alle imprese e ai lavoratori autonomi interessati, delle inosservanze degli obblighi loro imposti dalla legge, proponendo la sospensione dei lavori, l'allontanamento delle imprese o dei lavoratori autonomi dal cantiere, o la risoluzione del contratto. Detta segnalazione lascerebbe logicamente presupporre un controllo continuo sull'attività delle imprese esecutrici, tipico della figura in questione.

La Cassazione penale, tuttavia, sembra seguire questa impostazione solo «in positivo», ovvero quando si tratta di escludere la responsabilità del coordinatore, avendo egli svolto i propri compiti secondo i canoni sopra indicati (39), e, quindi, di enfatizzare la responsabilità «diretta» del datore, ma non «in negativo», ovvero nel caso in cui quei canoni non siano stati rispettati.

In quest'ultima prospettiva, anche in presenza di eventi gravissimi, la giurisprudenza appare molto cauta nel riconoscere una responsabilità del coordinatore, mossa soprattutto dal timore che un simile riconoscimento comporterebbe un inevitabile, seppur parziale, esonero di responsabilità nei confronti del datore, in casi nei quali la colpa di quest'ultimo emerge in maniera eclatante, al limite del cosiddetto dolo eventuale.

Al coordinatore viene, infatti, riconosciuta una funzione di «alta vigilanza delle lavorazioni, sottesa a gestire il rischio interferenziale e non già a

(38) Vd., ad esempio, Cass. pen., S. IV, 20.3.2017, n. 13456.

(39) Cass. pen., S. IV, 13.5.2010, n. 18149.

sovrintendere momento per momento alla corretta applicazione delle prescrizioni e delle metodiche risultanti dal Pos, come integrate dal datore di lavoro e filtrate nel Psc» (40). L'attività di controllo si ridurrebbe, dunque, alla verifica documentale «rappresentativa» di quanto prodotto dalle imprese esecutrici, non riguardando la veridicità delle loro affermazioni. Per fare un esempio, il coordinatore dovrebbe ritenersi soddisfatto della dichiarazione formale da parte del datore di lavoro che i suoi dipendenti siano stati adeguatamente formati, senza verificare in concreto la capacità di questi ultimi di effettuare determinate lavorazioni, anche se altamente pericolose e rischiose. Si tratta di una visione burocratica del ruolo, che sembra tradire lo spirito stesso della normativa comunitaria posta a fondamento di quella interna.

Il rischio sotteso a questo approccio, per fortuna non unanimemente condiviso dalla stessa Cassazione penale, è quello di arrivare, in nome della comprensibile volontà di punire nella maniera più efficace la responsabilità «diretta» del datore di lavoro, a una visione parcellizzata degli eventi dannosi che si verificano nei «teatri lavorativi complessi», in palese e diretta contraddizione, anche terminologica, con il concetto stesso di rischio da interferenza.

A ben vedere, tuttavia, il punto di fondo, in questo caso, non è tanto l'imputabilità del reato a tutti gli attori coinvolti, agevolmente derivabile, come visto, dall'applicazione del principio di collaborazione colposa *ex art.* 113 c.p., quanto la questione relativa del risarcimento del danno, il quale, in caso di riconoscimento (di parte) della responsabilità in capo a soggetti diversi dal datore di lavoro, dovrebbe essere ripartito proporzionalmente tra questi, sollevando, almeno parzialmente, il datore di lavoro dal peso delle conseguenze economiche della propria condotta.

2.4. — *La prospettiva del datore di lavoro che invia, senza distaccarli, propri dipendenti nel luogo di lavoro di un altro datore al fine di svolgere parte della loro prestazione lavorativa* — Un'ultima, ma non meno rilevante prospettiva dalla quale osservare i «teatri lavorativi complessi» è quella del datore di lavoro che invia, senza per questo distaccarli, propri dipendenti negli «spazi» di un altro datore di lavoro al fine di svolgere parte della loro prestazione. Si tratta, a leggere la casistica giurisprudenziale (41), di un evento non infrequente che può generare notevoli rischi

(40) Cass. pen., S. IV, 4.7.2016, n. 27165.

(41) Vd., ad esempio, Cass. 7.1.2009, n. 45, e Cass. pen., S. IV, 9.11.2015, n. 44792.

da interferenza di tipo sia strutturale che funzionale, risultando la conformazione del luogo di lavoro e delle procedure operative utilizzate estranee alle modalità usuali di svolgimento della prestazione da parte del dipendente inviato.

Molto spesso la casistica riguarda attività connesse all'autotrasporto di merci, per lo svolgimento delle quali il conducente di un automezzo pesante è chiamato ad accedere nell'impresa del fornitore o del destinatario dei beni. La mancanza di conoscenza e, talvolta, di formazione generica o specifica per la prestazione da svolgere costituiscono altrettante fonti potenziali di pericolo e di rischio aggiuntivo in termini di interferenza strutturale e funzionale. Si pensi, ad esempio, al conducente non a conoscenza delle procedure utilizzate nell'impresa per effettuare le operazioni di carico e scarico, il quale mette a repentaglio la sicurezza propria e quella dei dipendenti dell'impresa stessa.

Il punto fondamentale è costituito, ovviamente, dall'imputazione della responsabilità dell'infortunio. Anche in questi casi, la giurisprudenza tende a enfatizzare la posizione di garanzia del datore di lavoro del dipendente inviato, sia che questi abbia causato sia che abbia subito l'infortunio. Ciò in considerazione del fatto che, per quanto riguarda l'infortunio subito, il datore di lavoro avrebbe dovuto informarsi sui rischi presenti negli «spazi» dell'altra impresa, eventualmente acquisendone il Duvri, mentre, per quel che concerne l'infortunio provocato, avrebbe dovuto fornire al lavoratore un'adeguata formazione rispetto alle modalità di manovra del mezzo.

Siamo, dunque, in presenza di una significativa eccezione al principio secondo il quale la responsabilità segue la disponibilità giuridica e operativa del luogo fisico. Ciò che prevale, in questi casi, è una nozione estensiva del concetto di luogo di lavoro originario del dipendente, coincidente con quella di ciclo produttivo del proprio datore di lavoro, che consente di ritenere quest'ultimo responsabile per gli infortuni occorsi al o causati dal primo in forza del vincolo contrattuale, così come integrato dalla prescrizione legale dell'art. 2087 c.c. (42).

3. — *Brevi considerazioni conclusive* — L'approccio fondato sulla nozione di «teatro lavorativo complesso» ha messo in evidenza, nel corso della trattazione, tutta la propria capacità euristica. Basandosi infatti, a sua volta, sul principio di effettività, così come enunciato e declinato dalla Cassazione penale, detto approccio consente di andare al di là dei limiti posti dal

(42) Cass. 7.1.2009, n. 45, cit.

vincolo giuridico civilistico intercorrente tra gli attori e di porre l'enfasi sul pericolo e sul rischio aggiuntivi che l'operatività di varie «organizzazioni di lavoro» negli stessi «spazi» comporta per i lavoratori che vi svolgono la loro prestazione.

Il concetto di rischio da interferenza, completato da quello di cooperazione colposa, consente poi di elaborare soluzioni soddisfacenti volte a distribuire, in maniera equilibrata, obblighi e responsabilità, permettendo di affermare sia la piena punibilità di ciascun attore in «concorso» sia la piena risarcibilità del danno in favore del lavoratore che lo ha subito.

Rimane, tuttavia, aperto il problema relativo al riconoscimento pieno della responsabilità risarcitoria del singolo datore di lavoro rispetto al dipendente che abbia subito l'infortunio, senza che ciò debba comportare un ridimensionamento artificioso delle responsabilità «da interferenza» riconducibili agli altri attori del «teatro lavorativo complesso».

Si tratta, ovviamente, di un problema di difficile soluzione, se impostato, come avviene da parte della Cassazione penale (43), in una logica di sottrazione di quote di responsabilità risarcitoria del danno differenziale (44) rispetto a quanto dovuto dal datore di lavoro, in una prospettiva di redistribuzione percentuale della responsabilità risarcitoria stessa tra tutti gli attori della collaborazione colposa.

Né, nella prospettiva del «teatro lavorativo complesso» e dell'interferenza tra «organizzazioni di lavoro» distinte, potrebbe risultare di aiuto il ricorso alle teorie della codatorialità (45), proprio in considerazione del fatto che esse agiscono nella già citata logica della sottrazione, fondandosi, da quanto è dato capire, sulla frammentazione dei poteri e delle responsabilità datoriali.

Una soluzione potrebbe essere quella di utilizzare una logica incrementale, peraltro del tutto coerente con il concetto del rischio da interferenza e con le sue implicazioni moltiplicatrici, la quale consentirebbe di aggiungere responsabilità, e dunque quote di risarcimento, a quanto già dovuto dal datore di lavoro per i propri comportamenti colposi, condannando al pagamento di somme ulteriori agli altri attori del «teatro lavorativo complesso» (committente, responsabile dei lavori, coordinatori) che abbiano violato gli obblighi specifici dei quali sono gravati a norma di legge.

(43) Cass. pen., S. IV, n. 13456.

(44) Sul quale vd. almeno Giubboni, Rossi 2012, 144 ss.

(45) La bibliografia in materia è ormai decisamente vasta. Vedila efficacemente sintetizzata in Biasi 2014.

Riferimenti bibliografici

- Ales E. (2015), *Occupational Health and Safety: a European and Comparative Legal Perspective*, in W.P. Csdle «Massimo D'Antona».INT, n. 120.
- Ales E. (2017), *The «Risk Approach» in Occupational Health and Safety (with an Eye to Italy): Alternative or Complement to the «Core/Contingent Approach»?*, in Ales E. et al. (a cura di), *Core and Contingent Work in the European Union. A Comparative Analysis*, Hart Publishing, Oxford-Portland, Oregon, 255 ss.
- Bertocco S. (2011), *La posizione di garanzia del datore di lavoro-committente negli appalti «interni»*, in Carinci M.T. et al. (a cura di), *Tutela e sicurezza del lavoro negli appalti privati e pubblici. Inquadramento giuridico ed effettività*, Utet, Torino, 131 ss.
- Biasi M. (2014), *Dal divieto di interposizione alla codatorialità: le trasformazioni dell'impresa e le risposte dell'ordinamento*, in Zilio Grandi G., Biasi M., *Contratto di rete e diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 117 ss.
- Bonardi O. (2015), *La sicurezza sul lavoro nel sistema degli appalti*, in Natullo G. (a cura di), *Salute e sicurezza sul lavoro*, Utet, Torino, 831 ss.
- Carinci M.T. et al. (a cura di) (2011), *Tutela e sicurezza del lavoro negli appalti privati e pubblici. Inquadramento giuridico ed effettività*, Utet, Torino.
- Galantino L. (a cura di) (2009), *Il Testo Unico in materia di salute e sicurezza sul lavoro*, Utet, Torino.
- Giubboni S., Rossi A. (2012), *Infortuni sul lavoro e risarcimento del danno*, Giuffrè, Milano.
- Izzi D. (2008), *La tutela del lavoro negli appalti*, in LD, 439 ss.
- Malzani F. (2014), *Ambiente di lavoro e tutela della persona. Diritti e rimedi*, Giuffrè, Milano.
- Marra G., Pascucci P. (2012), *La sentenza sulla tragedia della Thyssenkrupp tra diritto penale e diritto del lavoro*, in DLRI, 431 ss.
- Montuschi L. (diretto da) (2011), *La nuova sicurezza sul lavoro*, Zanichelli, Bologna (3 voll.).
- Natullo G. (a cura di) (2015), *Salute e sicurezza sul lavoro*, Utet, Torino.
- Palmieri C. (2017), *La distinzione tra cooperazione colposa e concorso di cause colpose indipendenti*, in www.penalecontemporaneo.it.
- Pasquarella V. (2014), *La tutela della salute e della sicurezza negli appalti*, in Aimo M., Izzi D. (a cura di), *Esternalizzazioni e tutela dei lavoratori*, Utet Giuridica, Milano-Roma, 138 ss.
- Pipeschi G. (2015), *La responsabilità nei cantieri*, in Natullo G. (a cura di), *Salute e sicurezza sul lavoro*, Utet, Torino, 896 ss.
- Ratti L. (2008), *Nozione di ciclo produttivo nella sicurezza degli appalti*, in LG, 471 ss.
- Tullini P. (2011), *Art. 26*, in Montuschi L. (diretto da), *La nuova sicurezza sul lavoro*, Zanichelli, Bologna, vol. I., *I principi comuni*, a cura di Zoli C., 268 ss.
- Varva S. (2009), *Sull'obbligo di sicurezza in caso di esternalizzazione*, in RGL, II, 345 ss.
- Zoppoli L. et al. (a cura di) (2010), *Le nuove regole per la salute e sicurezza dei lavoratori*, II ed., Ipsoa, Milano.

ABSTRACT

Il saggio approccia il tema della sicurezza del lavoro negli appalti in termini di sicurezza nei cosiddetti «teatri lavorativi complessi», fornendo una definizione di questi ultimi. Basandosi, a sua volta, sul principio di effettività, così come enunciato e declinato dalla Cassazione penale, detto approccio consente di andare al di là dei limiti posti dal vincolo giuridico civilistico intercorrente tra gli attori e di porre l'enfasi sul pericolo e sul rischio aggiuntivi che l'operatività di varie «organizzazioni di lavoro» negli stessi «spazi» comporta per i lavoratori che vi svolgono la loro prestazione. In questa cornice euristica, il saggio si prefigge lo scopo di individuare obblighi e responsabilità dei vari attori coinvolti ovvero di individuarne le singole «posizioni di garanzia».

SAFETY AT WORK AND COMPLEX WORKS UNITIES: SOME LEGAL PROBLEMS

The essay deals with safety at work within (sub)contracting relations on s.c. «complex work scenes», providing a definition thereof. Taking into account the principle of effectiveness, as elaborated by the case law of the Criminal Section of the Italian Supreme Court, that approach allows going beyond the limits drawn by the contractual links existing among the various actors operating on that scene. Furthermore, the essay emphasizes the additional danger and risk the workers are exposed to because of the presence of various actors on the work scene. The essay aims at pointing out duties and responsibilities of the actors involved, i.e. to determine the safety commitment of each of them.

Maria Teresa Carinci (*), *Matteo Avogaro* (**)

**APPALTO, SOMMINISTRAZIONE DI LAVORO
E TRASFERIMENTO DI RAMO D'AZIENDA
TRA GIURISPRUDENZA E PRASSI
DELLE COMMISSIONI DI CERTIFICAZIONE (***)**

SOMMARIO: 1. L'oggetto dell'indagine. — 2. La distinzione fra contratto di appalto e contratto di somministrazione di lavoro altrui: l'oggetto del contratto. — 3. La distinzione fra contratto d'appalto e trasferimento di ramo d'azienda: il rilievo del requisito della «presistenza» dell'articolazione «funzionalmente autonoma» trasferita. — 4. Ancora sulla distinzione fra contratto di appalto e trasferimento di ramo d'azienda: appalti cd. «a bassa intensità organizzativa» e riassunzione di personale da parte dell'appaltatore subentrante. La nuova formulazione dell'art. 29, comma 3, d.lgs. n. 276/2003. — 5. La certificazione dei contratti di appalto: presupposti normativi e risvolti applicativi. — 6. Requisiti, contenuti e verifiche funzionali all'emissione del provvedimento di certificazione. — 7. La certificazione del contratto di appalto produce effetti nei confronti dei lavoratori impiegati negli appalti?

1. — *L'oggetto d'indagine* — Il presente contributo intende fare il punto sulla nozione di appalto oggi accolta dal sistema (1). Si tratta, com'è evidente, di un tema cruciale: definire il concetto di appalto significa tracciare l'area di applicazione delle tutele previste per i lavoratori coinvolti nella sua esecuzione.

Affrontare la questione della nozione di appalto rilevante per il diritto del lavoro comporta inevitabilmente porsi una questione di confini (2). Il

(*) Professore ordinario di Diritto del lavoro presso l'Università di Milano.

(**) Dottorando in Diritto del lavoro presso l'Università di Milano.

(***) Sebbene il contributo sia frutto di una riflessione comune agli Autori, i paragrafi 1, 2, 3, 4 e 7 sono stati redatti da Maria Teresa Carinci; i paragrafi 5 e 6 da Matteo Avogaro.

(1) In tema, anche per i necessari riferimenti bibliografici e giurisprudenziali, cfr. Corazza 2017, 1814 ss., Alvino 2014, 5 ss., Albi 2012, 1595 ss.

(2) Si discute se le tutele previste per i lavoratori impiegati nell'appalto possano applicarsi anche ai lavoratori coinvolti nell'adempimento di altre figure contrattuali, diverse dall'appalto, che però come quest'ultimo abbiano a oggetto l'esecuzione di un'opera o un servizio tramite un'organizzazione. Si pensi, ad es., al contratto di trasporto o ad alcune figure di contratti atipici quali il catering. Cfr., sul punto, anche per gli opportuni riferimenti giurisprudenziali, Scarpelli (in corso di pubblicazione).

contratto di appalto, infatti, è limitrofo rispetto ad altre figure rilevanti a fini giuslavoristici, che danno luogo all'applicazione di regole, poste a tutela dei lavoratori, completamente diverse. Discutere della nozione di appalto significa, dunque, simultaneamente tracciare la linea di demarcazione rispetto a tali diverse figure: in particolare il contratto di somministrazione di lavoro altrui e la fattispecie del trasferimento di ramo d'azienda.

Il presente contributo si propone dunque di effettuare tale *actio finium regundorum*.

Nel far ciò si tenterà di dar conto non solo, com'è ovvio, dello stato della disciplina e delle interpretazioni accolte in giurisprudenza, ma anche, nei limiti in cui ciò sarà possibile, della posizione assunta dalle Commissioni di certificazione chiamate fin dall'entrata in vigore del d.lgs. n. 276/2003 ad attestare, tramite provvedimenti amministrativi, la corretta qualificazione del contratto di appalto intercorso fra appaltante e appaltatore (3) e degli eventuali effetti verso i lavoratori coinvolti del contratto certificato (4). Com'è noto, infatti, negli ultimi anni il legislatore è intervenuto più volte potenziando le Commissioni di certificazione e le loro competenze.

Si tratta allora di indagare quali effetti abbiano prodotto quelle scelte in un settore nevralgico dell'attuale struttura produttiva qual è il decentramento di attività o di lavoro: le Commissioni di certificazione stanno elaborando soluzioni maggiormente in linea con l'evoluzione dei sistemi produttivi, che possano costituire in futuro utile suggerimento per eventuali riforme legislative?

2. — *La distinzione fra contratto di appalto e contratto di somministrazione di lavoro altrui: l'oggetto del contratto* — La linea di confine fra contratto di appalto e contratto di somministrazione ha trovato ormai da tempo compiuta definizione a opera dell'art. 29, comma 1, d.lgs. n. 276/2003.

Com'è noto, la norma – facendo tesoro della lunga elaborazione della giurisprudenza in ordine al contenuto del divieto di interposizione posto in precedenza dall'art. 1, l. n. 1369/1960 – ha esplicitato, da una parte, che il contratto di appalto rilevante a fini giuslavoristici coincide con quello «stipulato e regolamentato ai sensi dell'art. 1655 del codice civile» e, dall'altra, che esso si distingue dal contratto di somministrazione di lavoro

Vd. altresì Alvino 2014, 42 ss., Carinci 2011, 24 ss.; nonché, con specifico riferimento al contratto di trasporto, Lazzeroni 2017, 37 ss.

(3) Cfr. l'art. 84, d.lgs. n. 276/2003, e ora, in seguito alle modifiche introdotte dalla l. n. 183/2010, anche l'art. 75, d.lgs. n. 276/2003.

(4) Cfr. art. 79, d.lgs. n. 276/2003.

«per l'organizzazione dei mezzi necessari da parte dell'appaltatore [...] nonché per la assunzione del rischio d'impresa».

È dunque l'art. 29, comma 1, d.lgs. n. 276/2003, a chiarire in modo definitivo che il contratto di appalto si distingue dal contratto di somministrazione di lavoro altrui in virtù del suo oggetto (5): il primo, infatti, impegna l'appaltatore alla realizzazione di un'opera o di un servizio tramite «l'organizzazione dei mezzi necessari» e la conseguente «assunzione da parte del medesimo appaltatore del rischio d'impresa»; il secondo, invece, comporta la semplice «messa a disposizione» o «invio» da parte del somministratore di lavoratori destinati a svolgere la prestazione soggiacendo al potere direttivo dell'utilizzatore, che in tal modo inserisce i lavoratori somministrati nell'ambito della propria organizzazione (cfr. art. 20, d.lgs. n. 276/2003, ora abrogato).

Che le cose stiano così è oggi pacifico in giurisprudenza (6).

Certo la linea di confine fra le due figure può risultare più labile e sfumata in presenza di appalti cd. «a bassa intensità organizzativa e ad alta intensità di lavoro»: quegli appalti, cioè, per svolgere i quali la parte preponderante dell'organizzazione impiegata – rispetto ai mezzi materiali, alle attrezzature, ai capitali – consista nella mera attività di lavoro dei dipendenti dell'appaltatore (ad esempio, appalti di facchinaggio, di guardiania, di assistenza informatica ecc.). Anche in questi casi, tuttavia, ai sensi di legge, è comunque l'oggetto ciò che distingue il contratto di appalto dal contratto di somministrazione: l'appaltatore, per poter essere ritenuto tale, deve infatti impegnarsi a realizzare un'opera o un servizio tramite l'organizzazione dei mezzi necessari, «che può anche risultare, in relazione alle esigenze dell'opera o al servizio dedotti in contratto, dall'esercizio del potere organizzativo o direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto» (art. 29, comma 1, d.lgs. n. 276/2003). In altre parole, negli appalti a «bassa intensità organizzativa» l'appaltatore deve essere titolare e deve concretamente utilizzare l'unica «porzione» di organizzazione rilevante – l'organizzazione del lavoro –; deve cioè organizzare il fattore lavoro esercitando nei confronti dei lavoratori il potere direttivo (nonché lo *ius variandi*, il potere di controllo, il potere disciplinare e il potere di licenziamento).

Anche su questo punto la giurisprudenza è da tempo consolidata. L'esercizio da parte del preteso committente dei tipici poteri datoriali verso

(5) Cfr., se vuoi, Carinci 2013, 113 ss.

(6) Cfr.: Cass., S. trib., 11.12.2015, n. 25014; Cass. 15.7.2011, n. 15615; nonché, in sede di merito, T. Roma 4.4.2017, n. 3213; T. Torino 30.6.2014, n. 1023, T. Pisa 10.7.2009, n. 268.

i lavoratori (7) denota infatti, secondo i giudici, che il preteso appaltatore non ha in effetti organizzato, come invece avrebbe dovuto, il fattore lavoro.

La distinzione fra contratto di appalto e contratto di somministrazione di lavoro, già nitidamente tracciata dal d.lgs. n. 276/2003 e accolta pacificamente in giurisprudenza, è oggi ribadita e resa ancora più chiara dal d.lgs. n. 81/2015, che nel ridisciplinare la somministrazione di lavoro dispone: «Il contratto di somministrazione di lavoro è il contratto a tempo indeterminato o determinato, con il quale una agenzia di somministrazione autorizzata, ai sensi del decreto legislativo n. 276 del 2003, *mette a disposizione di un utilizzatore uno o più lavoratori suoi dipendenti* i quali, per tutta la durata della missione, *svolgono la propria attività nell'interesse e sotto la direzione e il controllo dell'utilizzatore*» (art. 30, d.lgs. n. 81/2015; corsivo di chi scrive).

3. — *La distinzione fra contratto d'appalto e trasferimento di ramo d'azienda: il rilievo del requisito della «preesistenza» dell'articolazione «funzionalmente autonoma» trasferita* — La distinzione fra contratto di appalto e fattispecie del trasferimento di ramo d'azienda ha anch'essa una base normativa consolidata.

Rilevante al riguardo è l'art. 2112, comma 5, c.c., ai sensi del quale costituisce passaggio di ramo il trasferimento di una «articolazione funzionalmente autonoma di una attività economica organizzata», con la precisazione, però (a seguito delle modifiche introdotte dall'art. 32, d.lgs. n. 276/2003), che essa può «essere identificata come tale dal cedente e dal cessionario al momento del suo trasferimento».

La questione cruciale, allora, è se il ramo – quale porzione dell'organizzazione del cedente –, per essere qualificato tale, debba preesistere al trasferimento o, invece, possa essere individuato da cedente e cessionario al momento della cessione.

È evidente, infatti, che se si dovesse concludere nel secondo senso non solo la disciplina del trasferimento di ramo d'azienda diverrebbe disponibile a opera delle parti del contratto di appalto (cedente e cessionario sarebbero infatti liberi di «confezionare» il ramo al momento della cessione), ma soprattutto, ai fini del discorso che si va conducendo, la fattispecie del trasferimento di ramo e il contratto d'appalto finirebbero per sovrapporsi: la stipulazione di un contratto d'appalto fra cedente e cessionario dopo la cessione, per realizzare il quale il cessionario dovesse impiegare la compagine ceduta, denoterebbe infatti di per sé l'idoneità della porzione organiz-

(7) Cfr.: Cass. 15.7.2011, n. 15615; Cass. 23.11.2009, n. 24625; T. Milano 5.2.2007.

zativa ceduta a realizzare un autonomo risultato produttivo, e dunque ne dimostrerebbe l'autonomia organizzativa, con la conseguenza dell'inquadramento della fattispecie al contempo come appalto e come trasferimento di ramo d'azienda.

La giurisprudenza, tuttavia, non accoglie tale lettura. Secondo l'orientamento da tempo maggioritario (8) e in via di ulteriore consolidamento (9), infatti, il ramo non solo va inteso quale complesso organizzato funzionalmente autonomo – cioè come struttura organizzata (composta a seconda delle esigenze di macchine, stabilimenti, attrezzature, capitali, materie prime, lavoratori ecc.) in grado di realizzare un determinato risultato produttivo a prescindere dalla struttura del cedente da cui viene separato –, ma deve altresì essere preesistente al trasferimento: cioè deve essere in grado di realizzare, dopo la cessione, quello stesso risultato produttivo già prodotto nell'ambito della struttura del cedente prima dello scorporo.

I giudici ritengono infatti che nel trasferimento di ramo il requisito dell'autonomia funzionale e della preesistenza si integrino reciprocamente «nel senso che il ramo ceduto deve avere la capacità di svolgere autonomamente dal cedente e senza integrazioni di rilievo da parte del cessionario il servizio o la funzione cui esso risultava finalizzato già nell'ambito dell'impresa cedente anteriormente alla cessione» (10).

Identica posizione è poi accolta nelle pronunce anche con riferimento al ramo d'azienda «dematerializzato»; ipotesi nelle quali l'autonomia del ramo è spesso denotata dal particolare *know-how* posseduto dal gruppo di lavoratori ceduti (11).

In definitiva, nell'interpretazione giurisprudenziale – e in ossequio alla portata inderogabile della disciplina in tema di trasferimento d'azienda – l'ultima frase dell'art. 2112, comma 5, c.c. viene in sostanza «sterilizzata»: cedente e cessionario non possono disegnare a proprio piacimento il ramo al momento del trasferimento.

Così ragionando, la giurisprudenza non sovrappone, ma distingue con una precisa linea di confine contratto d'appalto e fattispecie del trasferimento di ramo d'azienda. Per i giudici, infatti, la semplice conclusione di un contratto di appalto fra cedente e cessionario, per realizzare il quale deb-

(8) *Ex multis*: Cass. 15.4.2014, n. 8757; Cass. 25.9.2013, n. 21917; Cass. 4.12.2012, n. 21711; Cass. 21.11.2012, n. 20422; Cass. 13.10.2009, n. 21697.

(9) Cass. 19.1.2017, n. 1316; Cass. 26.8.2016, n. 17366; Cass. 31.5.2016, n. 11247; Cass. 20.5.2016, n. 10541, nonché Cass. 11.5.2016, n. 9682.

(10) Così Cass. 11.5.2016, n. 9682.

(11) *Ivi*. Cfr., in senso conforme: Cass. 31.5.2016, n. 11247; Cass. 18.5.2016, n. 10243; Cass. 7.3.2013, n. 5678.

ba essere utilizzata la compagine ceduta («pesante» o «leggera» che sia), non garantisce in alcun modo che l'operazione costituisca al contempo trasferimento di ramo d'azienda: per configurare il ramo non è sufficiente che la compagine ceduta sia in grado di realizzare *un* risultato produttivo effettivo (denotato dal successivo contratto di appalto), ma è invece necessario che essa produca *lo stesso risultato produttivo* che già realizzava presso il cedente (denotato dal requisito della necessaria preesistenza del ramo) (12).

Si deve inoltre sottolineare che l'orientamento giurisprudenziale appena richiamato non è stato per nulla scalfito dalla sentenza *Amatori* della Corte di Giustizia (13). Com'è noto, con quella pronuncia la Corte, dopo aver sottolineato che obiettivo della direttiva in tema di trasferimento d'azienda non è «instaurare un livello di tutela uniforme per tutta l'Unione secondo i criteri comuni, bensì garantire che il lavoratore interessato sia tutelato nei suoi rapporti con il cessionario allo stesso modo in cui lo era nei rapporti con il cedente» (punto 41), ne ha tratto la conseguenza che la direttiva non osta a una normativa nazionale più favorevole ai lavoratori, che garantisca le tutele da essa previste anche in ipotesi in cui il trasferimento non abbia a oggetto «una entità economica funzionalmente autonoma preesistente al suo trasferimento» (punto 42).

I giudici italiani, anche dopo la sentenza *Amatori*, infatti hanno continuato a ritenere requisito necessario della nozione di ramo la sua preesistenza. E ciò sulla scorta della condivisibile considerazione che, come risulta dai principi e criteri direttivi contenuti nella legge delega n. 30/2003 (14), le modifiche introdotte dall'art. 32, d.lgs. n. 276/2003, all'art. 2112, comma 5, c.c. non sono volte in alcun modo ad allargare la nozione di ramo d'azienda, ma soltanto ad adeguarne pienamente il significato a quello imposto dalla disciplina eurounitaria (15).

(12) L'interpretazione accolta nel testo non implica certo che il ramo d'azienda non possa configurarsi anche in altre ipotesi in cui fra cedente e cessionario non venga concluso alcun contratto di appalto che abbia a oggetto la realizzazione di un'opera o di un servizio tramite la compagine ceduta.

(13) Cfr. C. Giust. 6.3.2014, C-458/12, *Amatori et al. c. Telecom*, in *RIDL*, 2014, n. 3, II, 684 ss.

(14) Cfr. art. 1, comma 2, lett. p, l. n. 30/2003: «revisione del decreto legislativo 2 febbraio 2001, n. 18, che ha modificato l'art. 2112 del codice civile in tema di trasferimento d'azienda, al fine di armonizzarlo con la disciplina contenuta nella presente delega, basata sui seguenti criteri direttivi: 1) completo adeguamento della disciplina vigente alla normativa comunitaria [...]; 2) previsione del requisito dell'autonomia funzionale del ramo d'azienda nel momento del suo trasferimento...».

(15) Cfr.: Cass. 26.8.2016, n. 17366; Cass. 31.5.2016, n. 11247; Cass. 18.5.2016, n. 10243; Cass. 11.5.2016, n. 9682; Cass. 30.4.2014, n. 9461.

4. — *Ancora sulla distinzione fra contratto di appalto e trasferimento di ramo d'azienda: appalti cd. «a bassa intensità organizzativa» e riassunzione di personale da parte dell'appaltatore subentrante. La nuova formulazione dell'art. 29, comma 3, d.lgs. n. 276/2003* — La distinzione concettuale fra contratto di appalto e fattispecie del trasferimento di ramo d'azienda opera, come detto, anche nell'ipotesi in cui quella trasferita sia un'articolazione «leggera» o «dematerializzata»: composta cioè prevalentemente di lavoratori (16). Anche un gruppo di soli lavoratori – purché dotati delle professionalità necessarie e opportunamente organizzati – può infatti costituire un ramo d'azienda, e tale ramo può essere poi utilizzato dal cessionario per adempiere un eventuale contratto di appalto stipulato con il cedente. Viceversa, se il gruppo di lavoratori trasferito non è coeso e non è in grado di rendere un servizio autonomo, esso non integra un ramo d'azienda. In questo secondo caso, dunque, le figure giuridiche del contratto di appalto e del trasferimento di ramo d'azienda non coesistono.

Se ciò è vero sul piano generale, è ora necessario porsi un interrogativo più specifico: nell'ipotesi in cui clausole del contratto di appalto o altre fonti (il contratto collettivo o la legge) prevedano in capo all'imprenditore subentrante nell'appalto obblighi di riassunzione dei lavoratori già impiegati dal precedente appaltatore nell'esecuzione dell'appalto, la riassunzione dei lavoratori da parte dell'imprenditore subentrante configura al contempo trasferimento di ramo d'azienda? Dunque, in questa particolare ipotesi, le figure dell'appalto e del trasferimento di ramo sono sempre destinate a sovrapporsi?

A tale quesito i giudici hanno dato fino a oggi risposta negativa, e ciò sulla scorta dell'art. 29, comma 3, d.lgs. n. 276/2003, ai sensi del quale «l'acquisizione di personale già impiegato nell'appalto a seguito di subentro di nuovo appaltatore, in forza di legge, di contratto collettivo nazionale di lavoro o di clausola del contratto di appalto, non costituisce trasferimento di ramo d'azienda». La norma infatti è stata intesa in giurisprudenza come puramente confermativa del dettato dell'art. 2112, comma 5, c.c.: la semplice riassunzione di personale (17) non può di per sé configurare passaggio di ramo d'azienda, salvo che il gruppo di lavo-

(16) Cfr., anche per i necessari riferimenti bibliografici, Novella 2014, 244 ss., e De Luca Tamajo, Salimbeni 2012, 1459 ss.; con specifico riferimento alla giurisprudenza comunitaria, Treu 2016, 43 ss.

(17) Vuoi in ottemperanza a obblighi gravanti sull'appaltatore subentrante posti dal contratto di appalto, dalla legge o dal contratto collettivo, vuoi anche per libera scelta dell'appaltatore subentrante.

ratori trasferiti integri quella autonoma organizzazione richiesta dalla nozione di ramo (18).

In questo panorama devono ora essere considerate le modifiche che, in ossequio a una procedura di preinfrazione avviata dalla Commissione europea, l'art. 30, l. n. 122/2016, ha apportato all'art. 29, comma 3, d.lgs. n. 276/2003, inserendo in esso due nuovi incisi.

Il testo attuale della norma è il seguente: «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 di appalto, *ove siano presenti elementi di discontinuità che determinano una specifica identità di impresa*, non costituisce trasferimento d'azienda o di parte d'azienda» (corsivi di chi scrive).

Non pare a chi scrive che l'attuale testo normativo introduca veri elementi di novità (19).

Da una parte, infatti, il primo inciso si limita a precisare che l'appaltatore subentrante, per essere ritenuto tale, deve essere un «vero imprenditore» («dotato di propria struttura organizzativa»). Si tratta in verità di un'aggiunta pleonastica, dal momento che se il soggetto subentrante non è «vero imprenditore» e non si comporta nel caso concreto come tale incorre nel divieto di somministrazione illecita di manodopera (cfr. art. 38, d.lgs. n. 81/2015, e art. 30, d.lgs. n. 276/2003).

Dall'altra, il secondo inciso («ove siano presenti elementi di discontinuità che determinano una specifica identità di impresa») si limita a ribadire la regola generale già illustrata, secondo la quale il «passaggio» di un gruppo di lavoratori non costituisce di per sé in ogni caso anche trasferimento di ramo. La norma riafferma, in particolare, che la sovrapposizione fra le nozioni di appalto e di ramo d'azienda è esclusa quando l'appaltatore subentrante, integrando la compagine trasferita con altri elementi organizzativi propri, renda con ciò evidente che il gruppo di lavoratori «passato» alle sue dipendenze non è di per sé in grado di realizzare il risultato produttivo che è oggetto del contratto d'appalto in cui è subentrato, e dunque di realizzare quell'autonomo e «preesistente» risultato produttivo che costituisce l'elemento attorno a cui si coagula la nozione di ramo d'azienda.

(18) Cfr.: Cass. 31.5.2016, n. 11247; Cass. 12.4.2016, n. 7121; Cass. 6.4.2016, n. 6693; T. Roma 20.11.2007, in *RGL*, 2008, II, 694 ss., con nota di Valente; T. Roma 9.6.2005, in *RGL*, 2005, II, 678 ss.

(19) Cfr. Carinci 2016, 743-744, nonché Garofalo D. 2017, 35-36, ed Esposito 2016, 756 ss.

Se si condivide la conclusione raggiunta, non può che auspicarsi che la giurisprudenza, anche a fronte del nuovo testo dell'art. 29, comma 3, d.lgs. n. 276/2003, confermi il proprio precedente orientamento in merito alla distinzione fra appalto e trasferimento di ramo d'azienda.

5. — *La certificazione dei contratti di appalto: presupposti normativi e risvolti applicativi* — Come anticipato, ai fini della qualificazione del contratto d'appalto, riveste particolare interesse, per i possibili risvolti applicativi, l'istituto della certificazione. Tale strumento, disciplinato dagli artt. 75 ss. del d.lgs. n. 276/2003, trova infatti applicazione in relazione al contratto di appalto ai sensi dell'art. 84 della medesima norma (20).

Nonostante le differenze tipologiche tra un rapporto di natura commerciale e un contratto di lavoro, le norme che disciplinano il procedimento di certificazione sono pressoché le medesime per tutte le fattispecie (21).

Il procedimento consta di una fase iniziale, basata su un'istanza congiunta (22) avanzata da committente e appaltatore (23) nei confronti della Commissione di certificazione competente. Una volta ricevuta l'istanza, la Commissione è tenuta a comunicare l'avvio della procedura di certificazione, *ex art.* 78, comma 2, lett. *a*, d.lgs. n. 276/2003, «alla Direzione provinciale del lavoro che provvede a inoltrare la comunicazione alle autorità pubbliche nei confronti delle quali l'atto di certificazione è destinato a produrre effetti». Tali soggetti, una volta informati, possono intervenire nel procedimento al fine di presentare osservazioni.

All'instaurazione del procedimento segue, secondo quanto previsto, nello specifico, dagli artt. 2 e 5 del d.m. 21 luglio 2004, una fase istrutto-

(20) *Inter alia*: Bellocchi 2017, 1713; Ciucciovino 2014, 8 ss.; Tursi 2012, 479 ss.; Bizzarro *et al.* 2010, 107.

(21) Sull'applicabilità, in via analogica, della normativa prevista per la certificazione dei contratti di lavoro anche alle altre tipologie di contratti certificabili, tra cui quello di appalto, si vedano, *inter alia*, Dondi 2012, 114, e Speciale 2004, 232.

(22) In merito alla volontarietà qualificata espressa da tale istanza, e caratterizzata dal doppio requisito della forma scritta e della comunanza dell'iniziativa a entrambe le parti, cfr. De Angelis 2004, 245-246.

(23) Il riferimento è al committente e all'appaltatore in quanto parti del contratto di appalto. Si ritiene, invece, che non sia configurabile un coinvolgimento diretto dei lavoratori impiegati nell'appalto, se non come terzi interessati a contestare l'efficacia della certificazione: sul punto, cfr. Bellocchi 2017, 1713; al riguardo vd. anche, criticamente, Foglia 2006, 378.

ria, finalizzata all'assunzione di informazioni sui fatti dedotti nel contratto di appalto, per ricostruire la realtà di fatto sussistente tra committente e appaltatore e la loro effettiva volontà negoziale (24) (*infra*, par. 6).

Il procedimento di certificazione, infine, è destinato a concludersi in 30 giorni, con un provvedimento di accoglimento oppure di diniego. Tale atto, che deve essere deliberato a maggioranza e sottoscritto, per essere valido, da tutti i componenti della Commissione, ai sensi dell'art. 6, comma 4, del d.m. 21 luglio 2004, in caso di esito positivo produce effetti, ai sensi dell'art. 79 del d.lgs. n. 276/2003, nei confronti delle parti e dei terzi (al riguardo, vedi *infra*, par. 7).

L'art. 84 del d.lgs. n. 276/2003 specifica, inoltre, che la certificazione del contratto di appalto non deve essere effettuata necessariamente al momento della stipulazione, potendo svolgersi anche nel corso dell'esecuzione del programma negoziale.

La certificazione è di norma volontaria *ex art.* 78, comma 1, del d.lgs. n. 276/2003, ed è funzionale, come chiarito dall'art. 84 del d.lgs. n. 276/2003, a fissare, innanzi a un'autorità qualificata, gli elementi distintivi della liceità dell'appalto, escludendo *medio tempore* la possibilità, con riferimento agli enti ispettivi e previdenziali, di vedersi contestata la somministrazione illecita (25) (per i rimedi esperibili, si rimanda all'art. 80 del d.lgs. n. 276/2003). Viceversa, nel tentativo di fornire ulteriore impulso all'impiego di tale istituto, il d.P.R. n. 177 del 14 settembre 2011 ha imposto la certificazione dei contratti di appalto relativi ad attività lavorative da svolgersi in ambienti sospetti di inquinamento o confinati, vale a dire in quei luoghi circoscritti, totalmente o parzialmente chiusi, che non sono stati progettati e costruiti per essere normalmente occupati da persone, ma che possono essere occasionalmente utilizzati dai lavoratori per l'esecuzione di

(24) L'attività istruttoria, che di norma implica l'audizione delle parti, assume una particolare importanza alla luce della possibilità, per la Commissione, di svolgere attività di assistenza nella determinazione dei contenuti del contratto: nell'ottica del legislatore, ciò dovrebbe essere funzionale a incentivare il ricorso alla certificazione non solo in ragione degli effetti giuridici da essa prodotti (cfr., *infra*, par. 7), ma, altresì, per la possibilità di accedere, tramite tale procedimento, alla consulenza di esperti diretta a prevenire ed evitare errori nella redazione o nell'esecuzione dell'accordo negoziale che – seppur commessi involontariamente – potrebbero viziare la legittimità; cfr. sul punto, anche in merito alla conseguente responsabilità della Commissione, Garofalo M.G. 2004, 431.

(25) Fondazione Studi Consulenti del lavoro, *Linee guida per la certificazione dei contratti*, 22 aprile 2016, disponibili al link http://www.consulentidellavoro.it/files/PDF/2016/FS/LINEE_GUIDA_CERTIFICAZIONE_CONTRATTI_22042016.pdf (ultima consultazione in data 25.7.2017), 36.

interventi quali l'ispezione, la manutenzione, la riparazione, la pulizia e l'installazione di dispositivi tecnologici (26).

In questo secondo caso, l'attività di certificazione ha come finalità principale quella di attestare la presenza dei requisiti di legge per permettere di svolgere attività nei predetti ambiti, caratterizzati da particolari condizioni di pericolo.

Sebbene il legislatore paia considerare, alla luce di quanto sopra, la certificazione come un istituto centrale in relazione al contratto di appalto, a oggi tale strumento pare connotato da una portata applicativa ridotta.

L'analisi dei dati raccolti nell'area di competenza della Direzione territoriale del lavoro (di seguito, Dtl) di Milano e Lodi – relativi quindi a uno dei territori più dinamici e produttivi del panorama industriale italiano – nel periodo 2011-2016 indica, infatti, che il numero medio annuo di contratti di appalto sottoposti a procedura di certificazione è pari a 5,3, di cui mediamente 2 all'anno sono quelli per i quali il procedimento è giunto a compimento con esito positivo. In particolare, nel corso dell'anno 2011, la Dtl ha ricevuto 149 istanze di certificazione complessive, di cui 3 (2,01%) relative a contratti di appalto, tra i quali uno è stato certificato (33%). Nel 2012 le istanze totali pervenute sono state 51, delle quali 14 (27,4%) relative alla materia dell'appalto, con 2 contratti certificati (14,2%). Relativamente all'anno 2013, su 8 istanze pervenute, 3 (37,5%) erano per la certificazione di un contratto di appalto, tutte concluse positivamente (100%). Durante l'anno 2014 sono pervenute 34 istanze di certificazione: tra esse, 2 (5,88%) riguardavano l'appalto, e nessuna è giunta positivamente a compimento (0%). Il 2015 ha visto pervenire alla Dtl 23 domande di avvio della procedura di certificazione, con 4 (17,3%) istanze in materia di appalto e 2 certificazioni (50%). Nel 2016, infine, le istanze di certificazione sono state 99, di cui 6 (6,06%) relative all'appalto, tutte terminate con esito positivo (100%).

Non è dato tuttavia sapere, in relazione al numero complessivo delle istanze presentate e dei contratti di anno in anno certificati, quale sia l'incidenza delle procedure – obbligatorie – relative ad appalti in ambienti sospetti di inquinamento o confinati, rispetto ai contratti di appalto di altra tipologia, certificati volontariamente dalle parti.

Per comprendere le ragioni di questa apparente discrasia tra i *desiderata*

(26) L'art. 66 del d.lgs. n. 81/2008 ha identificato, tra gli ambienti ricompresi nella categoria di quelli sospetti di inquinamento o confinati: «pozzi neri, fogne, camini, fosse, gallerie e in generale [...] ambienti e recipienti, condutture, caldaie e simili, ove sia possibile il rilascio di gas deleteri».

del legislatore e le effettive scelte economiche e giuridiche delle parti, pare opportuno approfondire le modalità e i contenuti delle verifiche svolte in sede di certificazione, oltre che la delicata questione dell'opponibilità o meno del provvedimento certificatorio ai lavoratori impiegati nell'appalto.

6. — *Requisiti, contenuti e verifiche funzionali all'emissione del provvedimento di certificazione* — L'oggetto delle verifiche che la Commissione di certificazione è chiamata a effettuare al fine di emettere il provvedimento che documenta la legittimità dell'appalto è determinato dall'art. 29, comma 1, del d.lgs. n. 276/2003, che richiama: i) la presenza di un'organizzazione di mezzi dell'appaltatore; ii) l'assunzione, sempre da parte dell'appaltatore, del rischio di impresa.

Sul punto, si evidenzia sin d'ora che un'analisi «sul campo», da effettuarsi mediante l'esame di un campione rappresentativo di singoli contratti di appalto certificati, è resa impossibile dalla difficoltà di reperire tali documenti. La presente analisi, pertanto, dovrà necessariamente basarsi solo sulle circolari amministrative che specificano la disciplina di legge, sulle linee guida ministeriali – oltre a quelle emesse dalla Dtl di Bologna e dalla Fondazione Studi Consulenti del lavoro (vd. *infra*) – e sui regolamenti che si ritengono significativi tra quelli adottati dalle Commissioni di certificazione, senza poter indagare nel profondo l'effettivo atteggiarsi delle parti in relazione al fenomeno certificatorio (27).

Le modalità con cui accertare la sussistenza di tali presupposti sono determinate, principalmente, dalle circolari del ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali n. 48 del 15 dicembre 2004 – la quale contiene le linee guida nazionali alla certificazione – e n. 5 dell'11 febbraio 2011 (28).

Con riferimento al presupposto dell'organizzazione di mezzi dell'appaltatore, da intendersi in senso ampio (29), la circolare n. 48/2004 indica una serie di indici, che ciascuna Commissione sarà tenuta a esaminare spe-

(27) Al riguardo, per ragioni di trasparenza e per facilitare l'analisi scientifica e statistica inerente all'attività delle Commissioni di certificazione, sarebbe assolutamente opportuna l'istituzione, da parte del legislatore, di una specifica banca dati, recante una raccolta dei contratti certificati, dopo aver da essi espunto le informazioni necessarie al fine di rispettare le norme di legge in vigore, tra cui quelle relative alla riservatezza e alla tutela dei segreti produttivi e di *know-how* delle parti.

(28) Sulla rilevanza, a tali fini, della circolare ministeriale n. 48/2004 e dei regolamenti emessi da alcune delle principali Commissioni di certificazione, anche in ragione della mancata emanazione, da parte del ministero del Lavoro, dei codici di buone pratiche di cui all'art. 78, comma 4, d.lgs. n. 276/2003, si veda Bellocchi 2017, 1688.

(29) Come specificato, *inter alia*, dalla circolare ministeriale n. 5/2011.

cificatamente: la natura dell'attività appaltata, la durata presumibile del contratto e i dettagli in merito all'apporto dell'appaltatore.

In relazione a quest'ultimo aspetto, la predetta circolare prescrive ulteriori controlli, più approfonditi, per i contratti d'appalto concernenti lavori specialistici e per l'appalto riferito a rapporti di monocommittenza. La prima tipologia, che si riferisce a «lavori specialistici per i quali non risulta rilevante l'utilizzo di attrezzatura o di beni strumentali», richiede l'acquisizione di informazioni approfondite in ordine al *know-how* dell'azienda, alle professionalità possedute dal personale impiegato nell'appalto e alle modalità con cui viene concretamente esercitato il potere organizzativo e direttivo dei lavoratori. La presenza di una condizione di monocommittenza dell'appaltatore, invece, impone una verifica ancor più analitica dei predetti requisiti relativi all'organizzazione di mezzi, oltre che un più attento esame della sussistenza del rischio di impresa.

La presenza di tale secondo requisito – inerente l'effettiva presenza di un rischio imprenditoriale in capo all'appaltatore, così da escludere, a titolo di esempio, che si tratti di una persona giuridica creata *ad hoc* per aggirare il divieto di somministrazione illecita – può essere determinata, senza pretese di esaustività, dalla presenza degli indici elencati dalla circolare n. 5/2011, corrispondenti a: i) natura pregressa dell'attività imprenditoriale dell'appaltatore, già esercitata abitualmente prima della conclusione del contratto sottoposto alla Commissione di certificazione; ii) presenza di elementi idonei a dimostrare in modo evidente che l'attività produttiva dell'appaltatore era già precedentemente in essere; iii) presenza «da più tempo, o nel medesimo arco temporale considerato», di un numero plurimo di committenti per i quali l'appaltatore opera.

Tali criteri sono, in via generale, ripresi anche dalle linee guida redatte e pubblicate dalla Dtl di Bologna e dalla Fondazione Studi Consulenti del lavoro.

In particolare, le linee guida elaborate dalla Dtl di Bologna in data 29 febbraio 2016, in gran parte affini a quelle ministeriali di cui sopra, pongono l'accento sulla verifica di: i) presenza, in capo all'appaltatore, di un obbligo di risultato autonomo e distinto dall'attività del committente; ii) presenza, quando richiesta dall'attività dedotta in contratto, di autonome attrezzature funzionali alla realizzazione dell'opera dell'appaltatore, previo esame di una stima del loro costo; iii) presenza di lavoratori subordinati in capo all'appaltatore, consigliando anche di richiedere una stima del loro numero e del loro costo; iv) previsione, per l'appaltatore, di un corrispettivo a risultato, idoneo a coprire il costo del lavoro, delle misure di sicurezza e delle attrezzature.

Le linee guida elaborate nell'aprile del 2016 dalla Fondazione Studi Consulenti del lavoro, invece, sottolineano l'importanza di verificare, per accertare l'autonoma organizzazione di mezzi: i) che il potere organizzativo e direttivo nei confronti dei dipendenti dell'appaltatore sia esercitato – esclusivamente – dall'appaltatore o dai dirigenti da esso preposti; ii) che il committente si relazioni, ai fini del coordinamento, di norma con l'appaltatore o con un suo referente; iii) che le mansioni svolte dai dipendenti dell'appaltatore siano funzionali esclusivamente alla realizzazione dell'opera o del servizio indicati nel contratto di appalto (30). In relazione al rischio di impresa, tali linee guida si limitano a ribadire, invece, l'importanza di un accurato esame, funzionale ad acclarare che l'appaltatore sia esposto all'eventuale risultato negativo della sua attività, in particolare qualora il compenso pattuito con il committente sia commisurato – in tutto o in parte – al tempo impiegato dai lavoratori per eseguire l'opera o il servizio.

Un'importante divergenza tra le linee guida elaborate dalla Dtl di Bologna e quelle della Fondazione Studi Consulenti del lavoro concerne, infine, la condizione di monocommittenza dell'appaltatore. Mentre il documento emesso dalla Fondazione tace sul punto, il testo della Dtl di Bologna raccomanda una «verifica particolarmente rigorosa delle precedenti esperienze dell'appaltatore e della sua effettiva autonomia in termini di *know-how* e organizzazione imprenditoriale». Sul punto, tenuto conto degli orientamenti ministeriali (31), della finalità antielusiva posta dal legislatore alla base della normativa in materia di certificazione e degli effetti del provvedimento emesso dalle Commissioni nei confronti dei terzi (*infra*, par. 7), la linea interpretativa più opportuna pare essere, senza dubbio, quella assunta dall'organo ministeriale bolognese.

Le Commissioni di certificazione non dispongono di veri e propri poteri istruttori per verificare in concreto le modalità di svolgimento del rapporto (32); la presenza degli elementi funzionali ad appurare la genuinità dell'appalto potrà, in ogni caso, essere acclarata «non soltanto su base me-

(30) L'esempio portato dalle linee guida della Fondazione Studi Consulenti del lavoro è del seguente tenore: «se l'appalto di pulizie si riferisce a un solo immobile ubicato in un sito aziendale, i lavoratori di quell'appaltatore non devono dedicarsi alle pulizie di altro immobile del soggetto appaltante, o addirittura a mansioni diverse da quelle di pulizia» (Fondazione Studi Consulenti del lavoro, *Linee guida per la certificazione dei contratti*, 37-38).

(31) Il riferimento è, in particolare, all'art. 3, comma 3, della bozza di regolamento per le Commissioni di certificazione di cui alla circolare ministeriale n. 48/2004, 12.

(32) Fondazione Studi Consulenti del lavoro, *Linee guida per la certificazione dei contratti*, 36.

ramente documentale, ma anche mediante dichiarazioni pubblicamente rese e acquisite dalle parti contraenti in sede di audizione personale» (33) durante il procedimento di certificazione. L'analisi documentale potrà effettuarsi, in particolare, richiedendo chiarimenti e/o integrazioni alle parti (34), tra cui, con riferimento all'appaltatore, l'esibizione del certificato di iscrizione al registro delle imprese – del quale interesseranno, precipuamente, la data di costituzione, l'oggetto e il capitale sociale –, del libro giornale e del libro degli inventari, del libro unico del lavoro in merito alla data di assunzione, alle mansioni e alle qualifiche dei lavoratori impiegati nell'appalto, del Documento unico di regolarità contributiva (Durc) (35).

L'audizione orale, infine, è limitata alle parti del contratto di appalto, non essendo contemplata la possibilità di chiamare a riferire soggetti terzi (ad esempio, i lavoratori dell'appaltatore) (36). Tale elemento rappresenta una criticità del procedimento: i soggetti coinvolti nell'attività di certificazione – appaltatore e committente – sono infatti gli unici a essere effettivamente interessati affinché il contratto di appalto ottenga un provvedimento positivo. L'impossibilità di chiamare a partecipare al procedimento soggetti terzi (diversi dagli enti pubblici direttamente coinvolti dalla legge, *ex art.* 78, comma 2, lett. *a*, del d.lgs. n. 276/2003) – privi del condizionamento economico che caratterizza le parti del contratto – e, conseguentemente, quella di esaminarne le rispettive valutazioni, pertanto, rappresentano una *diminutio* per la trasparenza e l'imparzialità della certificazione (37), di cui dovrà certamente tenersi conto in sede di valutazione degli effetti dell'istituto di cui agli artt. 75 ss., d.lgs. n. 276/2003 (*infra*, par. 7).

(33) Circolare ministeriale n. 5/2011, 9.

(34) Si veda, a titolo di esempio, l'art. 14, comma 1, del Regolamento della Commissione di certificazione costituita presso il dipartimento di Economia «Marco Biagi» dell'Università di Modena e Reggio Emilia, disponibile al link <http://www.certificazione.unimore.it/site/home/certificazione/documento124049765.html> (ultima consultazione in data 25.7.2017), 7, nonché l'art. 5, comma 10, del Regolamento della Commissione di certificazione dei contratti di lavoro dell'Università di Venezia «Ca' Foscari», disponibile al link <http://www.unive.it/media/allegato/Fondazione-Ca-Foscari/allegati/Regolamento-Commissione-2013.pdf> (ultima consultazione in data 25.7.2017), 4.

(35) Circolare ministeriale n. 5/2011, 3.

(36) In particolare, nel caso del contratto di appalto, l'audizione delle parti è, eventualmente, decisa dalla Commissione, e può svolgersi in presenza delle stesse o con qualsiasi modalità a distanza ritenuta idonea: cfr. art. 9, commi 1 e 2, del Regolamento della Commissione di certificazione dell'Università degli Studi «Roma Tre», disponibile al link <http://serit.uniroma3.it/db/docs/revisione%20regolamento%20febraio%202016.pdf> (ultima consultazione in data 25.7.2017), 5.

(37) In merito all'insufficienza dell'istruttoria, Agostini 2013, 2185, e Dondi 2012, 136.

Infine, il provvedimento di certificazione – che ha natura amministrativa (38) *ex art. 6, comma 2, d.m. 21 luglio 2004* –, secondo quanto previsto dall'art. 78, comma 2, lett. *c*, del d.lgs. n. 276/2003, non può limitarsi al solo dispositivo, ma deve essere motivato. La circolare n. 48/2004, sul punto, precisa che la motivazione «indica la traccia seguita per la valutazione, anche secondo le indicazioni fornite dalle circolari ministeriali» (39). Per tale ragione, oltre che per consentire un'efficace impugnazione ai sensi dell'art. 80 del d.lgs. n. 276/2003, il contenuto della motivazione del provvedimento non può ridursi a espressioni di forma o a scarse considerazioni ma, al contrario, sembra dover ripercorrere in modo analitico il procedimento svolto, permettendo di individuare l'*iter* logico che ha permesso alla Commissione di elaborare il proprio orientamento (40).

7. — *La certificazione del contratto di appalto produce effetti nei confronti dei lavoratori impiegati negli appalti?* — Come accennato in precedenza, l'art. 84, d.lgs. n. 276/2003, prevede che le procedure di certificazione possono essere utilizzate anche ai fini della distinzione concreta tra somministrazione e appalto.

Dunque, la certificazione si estende, per esplicita disposizione di legge, oltre i contratti che hanno a oggetto direttamente un'attività di lavoro (contratti di lavoro autonomo, parasubordinato, eterorganizzato, subordinato ecc.), per includere anche uno dei contratti commerciali – il contratto d'appalto – la cui esecuzione comporta l'impiego indiretto di lavoratori.

È discusso, invece, se la certificazione possa operare nei confronti di altri contratti commerciali, quali la somministrazione di lavoro, che ugual-

(38) Cfr., per la natura dell'atto di certificazione, le condivisibili osservazioni di Tursi 2005, 619 ss. Vd. altresì Bellocchi 2017, 1677. D'altra parte, la categoria degli atti di certificazione propria del diritto amministrativo conosce al suo interno molte varianti: cfr. Romano-Tassone 2005, 867 ss.; Benedetti 2006, 7 ss. Cfr. altresì Giachetti 1988, 1 ss., e ivi ulteriori riferimenti, nonché Liverani 2006, 1-2.

(39) Sul punto, anche l'art. 6, comma 3, del d.m. 21 luglio 2004 specifica che: «Il provvedimento deve dare atto di tutte le fasi procedurali scaturite dalla istanza di certificazione...».

(40) Ciò trova conferma anche in quanto previsto, a titolo esemplificativo, dall'art. 15, comma 2, del Regolamento della Commissione di certificazione costituita presso il dipartimento di Economia «Marco Biagi», cit., 8, il quale sottolinea che «Il provvedimento della Commissione contiene *per relationem* tutte le fasi del procedimento e, per quanto attiene la motivazione [...] dà atto degli elementi fondamentali di valutazione utilizzati»; sul rischio che, in ogni caso, la motivazione risulti sommaria e tralattica, Garofalo M.G. 2004, 432.

mente comportano l'utilizzazione indiretta di lavoro (41) o, si potrebbe aggiungere, anche altri negozi, che implicano invece l'acquisizione indiretta di forza lavoro (quale il trasferimento di ramo d'azienda) (42).

Chi scrive ritiene che la generica formulazione dell'art. 75, d.lgs. n. 276/2003 – ai sensi del quale, «al fine di ridurre il contenzioso in materia di lavoro, le parti possono ottenere la certificazione dei contratti *in cui sia dedotta, direttamente o indirettamente, una prestazione di lavoro*, secondo la procedura volontaria stabilita nel presente titolo» –, deponga senz'altro nel senso di includere fra i contratti certificabili anche il contratto di somministrazione di lavoro altrui, che comporta, da parte dell'utilizzatore, l'impiego indiretto (tramite l'esercizio del potere direttivo) di un lavoratore che rimane dipendente del somministratore. Tuttavia, come subito si dirà ragionando in merito al contratto di appalto, tale certificazione, ove non accompagnata dalla certificazione dei contratti di lavoro fra agenzia di somministratore e lavoratore somministrato, non è destinata ad avere alcuna portata pratica.

Il dato letterale, viceversa, non consente di includere nel novero dei contratti certificabili i negozi di trasferimento di ramo d'azienda, che concretano non forme di utilizzazione indiretta, ma di acquisizione indiretta (o, il che è lo stesso, cessione indiretta) di forza lavoro.

Quali effetti produce, dunque, la certificazione del contratto d'appalto?

Per rispondere all'interrogativo, pare utile innanzitutto ricordare quali siano gli effetti della certificazione dei contratti di lavoro, che costituisce il cuore dell'istituto disciplinato dagli artt. 75 ss., d.lgs. n. 276/2003. Al riguardo, l'art. 79, d.lgs. n. 276/2003, si limita a disporre: «Gli effetti dell'accertamento dell'organo preposto alla certificazione del contratto di lavoro permangono, anche verso i terzi, fino al momento in cui sia stato accolto, con sentenza di merito, uno dei ricorsi giurisdizionali esperibili ai sensi dell'art. 80, fatti salvi i provvedimenti cautelari».

Le ambiguità della norma, che non esplicita quali siano gli effetti della

(41) Cfr. Scarpelli (in corso di pubblicazione). Vd. altresì Alvino 2014, 42 ss., e Carinci 2011, 24 ss.

(42) L'utilizzazione indiretta – nel cui ambito rientrano la somministrazione professionale di lavoro altrui, il distacco e l'appalto – si realizza quando un soggetto, senza essere datore di lavoro, beneficia comunque dell'attività del lavoratore; l'acquisizione indiretta si riferisce invece alle ipotesi – trasferimento d'azienda e di ramo d'azienda – in cui un soggetto, che non ha stipulato con il lavoratore un contratto di lavoro, ne diviene però datore di lavoro in conseguenza di atti che comportano la traslazione della compagine organizzativa in cui il lavoratore è inserito. Sul punto cfr. Carinci 2013, 12 s.

certificazione nei confronti delle parti del contratto di lavoro e nei confronti di eventuali terzi, sono state chiarite dalla dottrina, che almeno sulle questioni di fondo appare ormai consolidata.

Da una parte, infatti, sulla scorta della considerazione che la qualificazione è funzione del giudice e non può essergli in alcun modo sottratta (43), l'opinione prevalente esclude che la certificazione dei contratti di lavoro produca qualche effetto nei confronti delle parti del contratto (44). Dunque, anche in presenza di un contratto certificato, come in ogni altro caso di disaccordo interpretativo, le parti possono sempre adire il giudice per ottenere una diversa qualificazione del negozio (45).

D'altra parte, per opinione consolidata, la certificazione dei contratti di lavoro produce effetti nei confronti di alcuni terzi «qualificati», e segnatamente degli enti previdenziali, assicurativi e fiscali, impedendo loro *medio tempore* – e cioè fino all'accoglimento a opera di una sentenza di merito, salvi i provvedimenti cautelari, di uno dei ricorsi specificamente previsti dall'art. 80, d.lgs. n. 276/2003 (vd. art. 79 sopra richiamato) – di agire, in virtù dei poteri autoritativi loro riconosciuti dalla legge (46), sul presupposto di una diversa qualificazione del negozio.

Come già osservato, proprio perché l'atto di certificazione è destinato a produrre effetti nei loro confronti, quei soggetti pubblici sono altresì coinvolti nel procedimento: devono essere informati dell'avvio della procedura e nel corso di essa possono presentare osservazioni (vd. art. 78, comma 2, lett. a, d.lgs. n. 276/2003). L'atto di certificazione, poi, deve contenere esplicita menzione degli effetti «civili, amministrativi, previdenziali e fiscali» (vd. art. 78, comma 2, lett. d, d.lgs. n. 276/2003), dunque chiaramente degli effetti prodotti verso gli enti pubblici sopra menzionati.

Si può concludere allora, con la dottrina consolidata, che con riferimento alla certificazione dei contratti di lavoro l'(unico) effetto giuridico (47) rilevante consiste nel paralizzare *medio tempore* i poteri autoritativi

(43) Come ben sottolinea Nogler 2004, 209 ss., nonché Ghera 2004, 289.

(44) Cfr., in particolar modo: Garofalo M.G. 2004, 433 ss.; Ghera 2004, 290; Nogler 2004, 213 ss.; Tursi 2005, 649 ss.; Id. 2012, 484 ss.; Gragnoli 2005, 641 ss.; Ferraro 2005, 707 ss.; De Angelis 2004, 254; Zoppoli 2010, 13 ss.; Bellocchi 2017, 1691 ss. Cfr. altresì Ciucciiovino 2014, 15.

(45) Discusso, tuttavia, è se i rimedi proponibili avanti al giudice ordinario consistano nell'impugnazione dell'atto di certificazione (così Bellocchi 2017, 1693 ss.), oppure vertano direttamente sulla qualificazione del contratto che ha formato oggetto di certificazione (così Tursi 2005, 651 ss.).

(46) Cfr. Tursi 2012, 485.

(47) È evidente che, oltre agli effetti giuridici, la certificazione è in grado di produrre effetti di fatto, scoraggiando i lavoratori dal proporre azione in giudizio per tu-

attribuiti dalla legge a certi soggetti terzi «qualificati», specificamente individuati dalle norme e coinvolti nel procedimento di certificazione.

Quanto osservato con riferimento alla certificazione dei contratti di lavoro permette di escludere con certezza che la certificazione del contratto di appalto (48) possa vincolare in qualche modo i lavoratori utilizzati nella sua esecuzione, impedendo loro di adire liberamente il giudice del lavoro per chiedere la corretta qualificazione del loro rapporto e le conseguenti tutele (49).

Da una parte, infatti, l'art. 79, d.lgs. n. 276/2003, non prevede che la certificazione operi genericamente nei confronti di qualunque soggetto terzo, ma dispone che essa produca specifici effetti («civili, amministrativi, previdenziali e fiscali») (50) verso alcuni soggetti pubblici «qualificati», specificamente individuati e coinvolti nel procedimento di certificazione (51). Dall'altra, né l'art. 84, d.lgs. n. 276/2003, dedicato alla certificazione dell'appalto, né, coerentemente, le norme regolamentari e i provvedimenti attuativi delle singole Commissioni di certificazione dettano alcuna specifica previsione estensiva che possa includere i lavoratori utilizzati nell'appalto.

Certo, ragionare in questi termini vuol dire privare di concreta utilità la certificazione del contratto di appalto. Nulla vieta peraltro all'appaltatore – contestualmente alla certificazione del contratto commerciale che lo lega al committente – di proporre al lavoratore la certificazione del contratto di lavoro (quale contratto di lavoro subordinato alle dipendenze dell'appaltatore medesimo).

telare le loro ragioni. Cfr. al riguardo le condivisibili osservazioni di Gagnoli (2005, 658 ss.).

(48) Ma anche, come anticipato, del contratto commerciale di somministrazione intercorso fra agenzia e utilizzatore.

(49) In questo senso, cfr. Dondi 2012, 138; Scarpelli (in corso di pubblicazione). *Contra*, Bellocchi (2017, 1715), secondo la quale, nel caso di contratto di appalto certificato, i rimedi di cui all'art. 80, d.lgs. n. 276/2003, sostituiscono l'azione di annullamento introdotta dall'art. 29, comma 3-*bis*, d.lgs. n. 276/2003.

(50) Si noti che la certificazione non produce effetti sul piano penalistico.

(51) Osserva giustamente Dondi (2012, 138) che per i lavoratori impiegati nell'appalto non è previsto dall'art. 78, d.lgs. n. 276/2003, alcun coinvolgimento nella procedura di certificazione.

Riferimenti bibliografici

- Agostini M. (2013), *Commento all'art. 84, d.lgs. n. 276/2003*, in De Luca Tamajo R., Mazzotta O., *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Cedam, Padova, 2184 ss.
- Albi P. (2012), *Il contratto di appalto*, in Brolo M. (a cura di), *Il mercato del lavoro*, in Carinci F., Persiani M., *Trattato di diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 1595 ss.
- Alvino I. (2014), *L'appalto e i suoi confini*, in Aimo M., Izzi D. (a cura di), *Esternalizzazioni e tutela dei lavoratori*, Utet Giuridica, Milano-Roma, 5 ss.
- Bellocchi P. (2017), *Le procedure di certificazione*, in Amoroso G. et al., *Diritto del lavoro*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1673 ss.
- Benedetti A. (2006), *Certificazioni «private» e pubblica fiducia*, in *Il diritto dell'economia*, n. 1, 7 ss.
- Bizzarro C. et al. (2010), *The certification of employment contracts*, in *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 26, I, 103 ss.
- Carinci M.T. (2011), *Il concetto di appalto rilevante ai fini delle tutele giuslavoristiche e la distinzione tra fattispecie limitrofe*, in Carinci M.T. et al., *Tutela e sicurezza del lavoro negli appalti privati e pubblici. Inquadramento giuridico ed effettività*, Utet, Torino, 3 ss.
- Carinci M.T. (2013), *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro: somministrazione e distacco, appalto e subappalto, trasferimento d'azienda e di ramo*, Giappichelli Torino.
- Carinci M.T. (2016), *Processi di ricomposizione e di scomposizione dell'organizzazione: verso un datore di lavoro «à la carte»?* , in *DLRI*, 152, 4, 733 ss.
- Ciucciovino S. (2014), *La certificazione dei contratti di lavoro come mezzo di produzione di certezze nel mercato del lavoro*, in Ciucciovino S. (a cura di), *La certificazione dei contratti di lavoro. Problemi e questioni aperte*, Giappichelli, Torino, 3 ss.
- Corazza L. (2017), *Somministrazione di lavoro e appalti*, in Santoro Passarelli G. (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, Utet, Torino, 1778 ss.
- De Angelis L. (2004), *La certificazione all'interno della riforma del mercato del lavoro*, in *RIDL*, n. 2, I, 235 ss.
- De Luca Tamajo R., Salimbeni M.T. (2012), *Il trasferimento di azienda*, in Brolo M. (a cura di), *Il mercato del lavoro*, in Persiani M., Carinci F., *Trattato di diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 1454 ss.
- Dondi G. (2012), *Procedure di certificazione*, in Martone M. (a cura di), *Contratto di lavoro e organizzazione*, vol. 4, Cedam, Padova, 91 ss.
- Esposito M. (2016), *La Cassazione disegna i confini (mobili) dell'impresa: nuove e vecchie frontiere della dissociazione datoriale*, in *DLRI*, 152, 4, 749 ss.
- Ferraro G. (2005), *Strumenti di qualificazione del rapporto di lavoro e deflazione del contenzioso*, in *RGL*, n. 4, I, 695 ss.
- Foglia R. (2006), *La certificazione dei rapporti di lavoro*, in Santoro Passarelli G. (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, Ipsoa, Milano, 367 ss.
- Garofalo D. (2017), *Lavoro, impresa e trasformazioni organizzative*, relazione alle Giornate di Studio Aidlass su «Frammentazione organizzativa e lavoro: rapporti individuali e collettivi», Cassino, 18-19 maggio 2017.

- Garofalo M.G. (2004), *La certificazione dei rapporti di lavoro*, in Curzio P. (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo n. 276/2003*, Cacucci, Bari, 421 ss.
- Ghera E. (2004), *La certificazione dei contratti di lavoro*, in De Luca Tamajo R. et al. (a cura di), *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema*, Editoriale scientifica, Napoli, 277 ss.
- Giacchetti S. (1988), voce *Certificazione. I) Diritto amministrativo*, in EGT, Istituto della Enciclopedia italiana, Roma, 1 ss.
- Gragnoli E. (2005), *L'interpretazione e la certificazione fra autonomia e subordinazione*, in *Studi in onore di Mattia Persiani*, tomo I, Cedam Padova, 641 ss.
- Lazzeroni L. (2017), *Trasporti sovranazionali e diritti sociali: per una mobilità sostenibile*, in LD, n. 1, 37 ss.
- Liverani A. (2006), voce *Certificazione. I) Diritto amministrativo. Postilla*, in EGT – *Postilla di aggiornamento 2006*, Istituto della Enciclopedia italiana, Roma, 1 ss.
- Nogler L. (2004), *La certificazione dei contratti di lavoro*, in DLRI, 102, 203 ss.
- Novella M. (2014), *Il trasferimento di ramo d'azienda: la fattispecie*, in Aimo M., Izzi D. (a cura di), *Esternalizzazioni e tutela dei lavoratori*, Utet Giuridica, Milano-Roma, 237 ss.
- Romano-Tassone A. (2005), *Amministrazione pubblica e produzione di «certezza». Problemi attuali e spunti ricostruttivi*, in *Diritto amministrativo*, n. 4, 867 ss.
- Scarpelli F. (in corso di pubblicazione), *Le regole degli appalti tra tutela del lavoro e qualità dei processi produttivi: il caso dell'industria alimentare*, in *Studi in onore del prof. De Luca Tamajo*.
- Speziale V. (2004), *Le commissioni di certificazione e le rinunzie e transazioni*, in Aa.Vv., *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003*, n. 276, Ipsoa, Milano, 229 ss.
- Treu T. (2016), *Cessione di ramo d'azienda: note orientative e di metodo*, in RIDL, n. 1, I, 43 ss.
- Tursi A. (2005), *La certificazione dei contratti di lavoro*, in Magnani M., Varesi P.A. (a cura di), *Organizzazione del mercato e tipologie contrattuali*, Giappichelli Torino, 595 ss.
- Tursi A. (2012), *La certificazione dei contratti di lavoro*, in Aa.Vv., *Libro dell'anno del diritto 2012*, Istituto della Enciclopedia italiana, Roma, 479 ss.
- Zoppoli L. (2010), *Certificazione dei contratti di lavoro e arbitrato: les liaisons dangereuses*, in W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT, n. 102, 1 ss.

ABSTRACT

Il saggio analizza l'attuale nozione di appalto di lavoro accolta dall'ordinamento giuslavoristico. A tal fine, nella prima parte si pone l'attenzione sugli elementi che permettono di distinguere la fattispecie dell'appalto da altre figure rilevanti, ma caratterizzate da una diversa disciplina, quali la somministrazione di lavoro e il trasferimento di ramo di azienda. Successivamente, si approfondiscono le implicazioni generate dall'istituto della certificazione sull'appalto di lavoro. Vengono esaminati, dapprima, i requisiti e le modalità di verifica impiegati dalle Commissioni al fine dell'emissione del provvedimento di certificazione, per concentrarsi, infine, sui possibili effetti di tale istituto nei confronti dei terzi e, in particolare, dei lavoratori impiegati nell'appalto.

LABOUR SUPPLY, TEMPORARY AGENCY WORK AND TRANSFERRING A BRANCH
OF A COMPANY BETWEEN CASE LAW AND THE PRACTICES
OF CERTIFICATION COMMISSIONS

The essay deals with the current notion of labour supply in Italian labour law. The attention will be focused, first of all, on the useful elements to distinguish between labour supply and other relevant labour law institutes, governed by different rules, as temporary agency work and transferring of company branch. In the second part, the implications descending from certification of a labour supply agreement will be investigated. The analysis will concern the procedures and requirements indicated by competent Commissions to certify a labour supply agreement and, finally, the possible effects of certification towards third parties, not directly involved in the labour supply agreement, with specific reference to contractor's workers.

Matteo Maria Mutarelli (*)

VICENDE E PROSPETTIVE
DELLA RESPONSABILITÀ SOLIDALE DEL COMMITTENTE
QUALE TECNICA DI REGOLAZIONE DEL MERCATO

SOMMARIO: 1. La tutela dei crediti dei lavoratori negli appalti: dal codice civile alla regola della parità di trattamento. — 2. La nuova responsabilità solidale nell'art. 29, c. 2, d.lgs. n. 276/2003, e la sua estensione alla catena di appalti: i riflessi oltre i confini della tutela del credito del lavoratore. — 3. Gli interventi normativi successivi. — 3.1. La deroga al regime della solidarietà da parte dei contratti di prosimità. — 3.2. La speciale disciplina (non solo) processuale. — 3.3. La nuova possibilità di deroga da parte della contrattazione collettiva. — 3.4. *Segue*: ... e le sue possibili conseguenze. — 4. Le recenti abrogazioni e la proposta della Cgil.

1. — *La tutela dei crediti dei lavoratori negli appalti: dal codice civile alla regola della parità di trattamento* — Il rafforzamento della tutela dei crediti dei dipendenti dell'appaltatore costituisce il primo terreno su cui il legislatore è intervenuto nel disciplinare il rapporto di lavoro negli appalti. L'art. 1676 c.c., riprendendo l'analoga disposizione già dettata dal codice civile del 1865 all'art. 1645, stabilisce il diritto dei dipendenti dell'appaltatore che hanno lavorato nell'esecuzione dell'opera o del servizio ad agire direttamente nei confronti del committente per il soddisfacimento dei propri crediti «fino alla concorrenza del debito che il committente ha verso l'appaltatore nel tempo in cui essi propongono la domanda». La tutela dei crediti dei lavoratori è così perseguita dalla norma codicistica senza alcun aggravamento della posizione del committente – il cui debito verso l'appaltatore costituisce il limite invalicabile della sua responsabilità –, risolvendosi esclusivamente in danno dell'appaltatore inadempiente, che vede reindirizzato il suo credito alla soddisfazione delle ragioni dei lavoratori (1). Del resto, proprio alla «neutralità» verso il committente della disposizione di cui all'art. 1676 c.c. può ricollegarsi l'ampiezza del suo campo di applicazione (appalti privati e pubblici), l'assenza di limiti soggettivi (si applica a qualsiasi committente, anche persona fisica, non imprenditore o professionista), l'assenza di un ter-

(*) Ricercatore di Diritto del lavoro presso l'Università di Napoli «Federico II».

(1) Realizzandosi così una delegazione di pagamento *ex lege*: vd. Carinci 2000, 474 ss.; Alvino 2007, 518 ss.

mine di decadenza per l'esercizio dell'azione, e dunque la sua perdurante attitudine a svolgere, anche nel contesto riformato dalla successiva legislazione, una funzione generale di «chiusura del sistema» (2).

La situazione muta radicalmente nel 1960 con la l. n. 1369. L'art. 3 di questa legge stabilisce a carico delle imprese appaltanti l'obbligo solidale di corrispondere ai dipendenti dell'appaltatore un trattamento economico e normativo non inferiore a quello spettante ai lavoratori comparabili direttamente da loro dipendenti, nonché di adempiere a tutti gli obblighi derivanti dalle leggi di previdenza e assistenza, assicurando così una tutela rafforzata e ben più incisiva di quella codicistica, seppur con riferimento ai soli appalti interni (3).

L'estensione della responsabilità oltre i confini del debito del committente verso l'appaltatore e l'affiancamento a tale responsabilità della regola della parità di trattamento (estesa ai trattamenti normativi e agli obblighi previdenziali e assistenziali) determinano effetti ulteriori rispetto al mero rafforzamento della possibilità per i lavoratori di veder soddisfatti i propri crediti. L'imposizione a carico del committente della responsabilità solidale per «costi» del personale adibito agli appalti interni del tutto analoghi a quelli dei lavoratori direttamente alle sue dipendenze comporta infatti il venir meno, a monte, della convenienza economica del ricorso agli appalti (interni) al solo fine di risparmiare sulla manodopera (4).

In tal modo, la disciplina della solidarietà, perdendo il carattere di neutralità rispetto al committente, finisce per incidere direttamente sulle sue scelte, indirizzandolo verso opzioni di decentramento effettivamente rispondenti a reali esigenze produttive od organizzative. La tecnica della responsabilità solidale manifesta così la sua attitudine a porsi non solo come regola volta a evitare lo sfruttamento economico dei lavoratori, ma anche come strumento di indiretta regolazione del mercato (5).

Questa funzione selettiva, ancorata a un contesto produttivo in cui il ricorso all'appalto appariva intrinsecamente legato a condizioni di sfrutta-

(2) Imberti 2011, 85.

(3) Da questo punto di vista, la norma poneva, tra gli altri, il difficile problema della distinzione tra appalti interni ed esterni, risolto pragmaticamente dalla giurisprudenza dapprima con il ricorso al criterio topografico, quindi al criterio funzionale: vd. Carinci 2000, 490 ss.

(4) Corazza 2004, 164 s.

(5) Sebbene la coeva dottrina non ne mostrasse sempre una chiara consapevolezza: vd., ad es., Loriga (1965, 134 s.), che riconduce la disciplina dell'art. 3 alla «esigenza di assicurare la retta applicazione dell'art. 36 della Costituzione»; nonché Asquini (1962), che attribuisce alla norma un carattere sanzionatorio.

mento della manodopera, si è rivelata non più in linea con le imponenti trasformazioni organizzative e di processo degli anni ottanta e novanta, che hanno fatto emergere l'opportunità di affidare segmenti sempre più ampi della produzione a imprese specializzate concentrando le attività sul *core business* (6). La crisi dell'art. 3 si è pertanto manifestata sia sul versante applicativo, con la crescente difficoltà di individuare il lavoratore «comparabile» in strutture produttive divenute più snelle e concentrate, sia, soprattutto, sul versante finalistico: superato lo scetticismo degli anni sessanta e settanta nei confronti dello strumento contrattuale dell'appalto, la regola della parità di trattamento si dimostrava eccessiva rispetto a pratiche di decentramento sempre meno fondate esclusivamente sul risparmio dei costi retributivi della manodopera e maggiormente legate, invece, a esigenze di specializzazione produttiva per il risparmio di costi genuinamente organizzativi (7).

Su questi presupposti, il d.lgs. n. 276/2003 ha dettato una nuova disciplina della solidarietà del committente senza riproporre la regola della parità di trattamento, contestualmente venuta meno per effetto dell'integrale abrogazione della l. n. 1369/1960.

2. — *La nuova responsabilità solidale nell'art. 29, c. 2, d.lgs. n. 276/2003, e la sua estensione alla catena di appalti: i riflessi oltre i confini della tutela del credito del lavoratore* — La nuova responsabilità solidale introdotta dal d.lgs. n. 276/2003, nella versione stabilizzatasi a seguito dell'intervento correttivo operato dal d.lgs. n. 251/2004 (8), si presentava come una sorta di «modello intermedio» (9) tra la disciplina di cui all'art. 1676 c.c. e quella di cui al previgente art. 3, l. n. 1369/1960. Da una parte, infatti, essa trovava il proprio campo d'applicazione in tutti gli appalti di opere e servizi (come già l'art. 1676 c.c.), abbandonando l'anacronistica e problematica distinzione tra appalti interni ed esterni (di cui all'art. 3, l. n. 1369/1960); dall'altra, imponeva la solidarietà del com-

(6) Su tali aspetti, nel contesto di un ampio esame dei presupposti e degli effetti della segmentazione del processo produttivo, vd. Ichino 2000, 379 ss.

(7) De Luca Tamajo 1999, 72 ss.

(8) All'art. 6 del decreto correttivo si devono, per quanto qui interessa: l'introduzione della facoltà di deroga in favore della contrattazione collettiva nell'*incipit* dell'art. 29, c. 3-ter, volto a disporre l'esclusione dal campo di applicazione del c. 2 delle persone fisiche che non esercitano attività imprenditoriale o professionale; l'eliminazione di alcuni aspetti della originaria disciplina apparsi irrazionali, quali la sua delimitazione alle sole ipotesi di «appalto di servizi» e l'esonero per il caso in cui l'appalto fosse connesso a un precedente trasferimento di ramo d'azienda.

(9) Carinci 2013, 127.

mittente con riferimento all'(intero) ammontare delle retribuzioni e dei contributi previdenziali dovuti, così per un verso retrocedendo rispetto alla regola dell'integrale parità di trattamento (art. 3, l. n. 1369/1960) e per altro verso superando i limiti contenutistici dell'art. 1676 c.c. [solo crediti del lavoratore (10), entro i limiti del debito del committente al momento della proposizione della domanda]. Completava la disciplina la previsione di un termine decadenziale annuale per l'esercizio dell'azione decorrente dalla cessazione dell'appalto (presente nella l. n. 1369/1960 ma non nell'art. 1676 c.c.) oltre a un'incondizionata (e inedita) facoltà di deroga rimessa ai contratti collettivi nazionali. Ne risultava una disciplina composita, dall'evidente carattere compromissorio, in cui l'equilibrio ricercato dal legislatore trovava il suo baricentro pressoché esclusivamente sul piano dell'estensione delle tutele, ridisegnate in modo da non ostacolare i processi di decentramento, senza però una consapevole valorizzazione delle potenzialità regolative del mercato insite nella tecnica della responsabilità solidale (11).

È l'art. 1, comma 911, l. n. 296/2006, che ha segnato in proposito un «significativo cambiamento di strategia» (12). Tale norma ha riscritto il comma 2 dell'art. 29 introducendo importanti variazioni rispetto al testo previgente: la responsabilità solidale del committente non è più limitata verso i soli dipendenti dell'appaltatore, ma è estesa nei confronti dei dipendenti degli eventuali subappaltatori dell'appaltatore [il quale, assumendo a sua volta la veste di (sub)committente rispetto al subappalto affidato, è tenuto in via solidale con i successivi subappaltatori verso i dipendenti di questi ultimi]; si estende a due anni il termine di decadenza dall'azione; è soppressa la delega in bianco affidata alla contrattazione collettiva. L'innovazione più significativa (13) è indubbiamente costituita dalla possibilità per i lavoratori alle dipendenze di appaltatori e subappaltatori (e per gli istituti previdenziali in relazione ai contributi) di agire nei confronti delle imprese lungo l'intera catena di appalti fino al committente al vertice della filiera. La disposizione conferma la tradizionale funzione della solidarietà

(10) Va segnalato in proposito come secondo parte della dottrina i crediti oggetto della tutela ex art. 1676 c.c. non sarebbero limitati a quelli retributivi, ma si estenderebbero a quelli di qualsiasi altra natura (ad es., risarcitori) maturati nell'esecuzione della prestazione nell'appalto, vd. Scarpelli 2004, 438. In quest'ottica, la norma assicurerebbe una tutela più ampia al lavoratore rispetto ai soli crediti retributivi garantiti dall'art. 29.

(11) In questo senso Corazza 2004, 252 ss.

(12) Carinci 2013, 128.

(13) «L'elemento maggiormente dirompente» lo definisce Imberti 2011, 73.

quale tecnica di tutela delle ragioni dei creditori: è sin troppo chiaro che la moltiplicazione dei centri di imputazione della responsabilità determina un incremento delle concrete possibilità di soddisfazione dei crediti da lavoro. E tuttavia, in tale regola (14) è possibile scorgere il consapevole perseguimento di una finalità ulteriore rispetto alla mera tutela dei lavoratori coinvolti negli appalti: una finalità che asseconda, come peraltro auspicato in dottrina (15), le potenzialità della responsabilità solidale come tecnica di regolazione del mercato, sia pure in termini del tutto nuovi rispetto alla funzione assoluta dalle previsioni, abrogate, dell'art. 3, l. n. 1369/1960. La solidarietà, infatti, diventa lo strumento che, da una parte, ricompone lungo l'intera filiera degli appalti il rischio dell'inadempimento delle obbligazioni retributive (e contributive) e, dall'altra parte, trasferisce tale rischio dai soggetti creditori (dipendenti di appaltatori e subappaltatori nonché istituti previdenziali, sui quali altrimenti insisterebbe tale rischio) alle imprese committenti e subcommittenti.

Gli effetti di questa traslazione sono apprezzabili sotto due connessi ma distinti profili. Caduto lo schermo dell'autonomia imprenditoriale e giuridica degli appaltatori in relazione agli inadempimenti retributivi e contributivi verso i loro dipendenti (16), committenti e subcommittenti diventano portatori dell'interesse a selezionare «contraenti seri e affidabili sul piano economico e organizzativo, favorendo indirettamente l'instaurazione di una concorrenza tra le imprese corretta e trasparente» (17), ossia una concorrenza virtuosa e verso l'alto con conseguente graduale fuoriuscita dal mercato di quei soggetti imprenditoriali che proprio sull'illegale abbattimento del costo del lavoro fondano la propria competitività. L'obbligo di solidarietà comporta altresì l'insorgenza a carico delle imprese appaltanti

(14) Sintomaticamente estesa ad ambiti contigui dall'art. 1, comma 910, lett. *b*, l. n. 296/2006, che con l'inserimento di un nuovo comma *3-bis* all'art. 7, d.lgs. n. 626/1994, ha introdotto la responsabilità solidale del committente verso i dipendenti dell'appaltatore e dei subappaltatori per tutti i danni non indennizzati dall'Inail; disciplina poi trasfusa nell'art. 26, comma 4, d.lgs. n. 81/2008, tuttora vigente (su cui vd. almeno: Tullini 2010; Ludovico 2011; Bonardi 2015), e, con leggero anticipo, dall'art. 35, commi 28 ss., d.l. n. 223/2006, conv. dalla l. n. 248/2006, che stabiliva uno specifico regime di solidarietà passiva tra appaltatori e subappaltatori per i crediti erariali oggetto nel tempo di numerose modifiche sino all'integrale abrogazione disposta dall'art. 28, comma 1, d.lgs. n. 175/2014 (per un esaustivo riesame critico, Izzi 2016, 817 ss.; vd. anche: Gamberini, Venturi 2013; Chieco 2007).

(15) In particolare da Corazza 2004, 258.

(16) E anche verso i lavoratori con contratto di lavoro autonomo, a seguito dell'estensione a tale categoria della disciplina dell'art. 29, comma 2, disposta dall'art. 9, comma 1, d.l. n. 76/2013, conv. dalla l. n. 99/2013.

(17) Così Izzi 2016, 811; in precedenza Scarpelli 2006, *passim*, e spec. 755-760.

dell'interesse a fare tutto quanto in loro potere per verificare nel corso dell'esecuzione dell'appalto il corretto adempimento, da parte dell'appaltatore e degli eventuali subappaltatori, degli obblighi datoriali sugli stessi gravanti, inducendo i committenti ad assumere comportamenti proattivi a valle del contratto d'appalto nonché, già a monte, a prevederne sul piano negoziale i necessari strumenti operativi (18). In altre parole, la regola della responsabilità solidale «a catena» responsabilizza gli operatori economici e li induce a perseguire obiettivi generali, facendoli strumenti di questi ultimi (19), affiancandosi così al rafforzamento della posizione creditoria dei lavoratori nella dimensione «interna» al rapporto di lavoro una tutela che si colloca in una dimensione «esterna» al piano contrattuale.

3. — *Gli interventi normativi successivi* —

3.1. — *La deroga al regime della solidarietà da parte dei contratti di prossimità* — Gli interventi normativi successivi hanno segnato un'inversione, o quanto meno un rallentamento, del percorso di valorizzazione della responsabilità solidale sotto il profilo evidenziato.

Un primo *vulnus* all'assetto delineato è stato inferto dall'art. 8, d.l. n. 138/2011, conv. dalla l. n. 148/2011, che ha inserito tra le materie derogabili dalle «specifiche intese», realizzate dai contratti collettivi aziendali e territoriali e dotate di efficacia *erga omnes*, il «regime della solidarietà negli appalti», investendo anche tale ambito della sua portata eversiva e decostruttiva (20). Il conferimento ai contratti collettivi di prossimità (stipulati dall'impresa appaltatrice) (21) del potere di deroga alla solidarietà del committente appare difficilmente conciliabile con buona parte delle finalità individuate dallo stesso legislatore dell'art. 8 (22), ponendosi addirittura in aperto contrasto con una di esse – la «emersione del lavoro irregolare» (23) –

(18) Diversamente, però, Imberti 2011, 97.

(19) In questo senso, Scarpelli 2008, spec. 78 ss.

(20) Il giudizio fortemente critico sull'art. 8 del d.l. n. 138/2011 è largamente condiviso. Nella sconfinata bibliografia, anche per ulteriori riferimenti, vd.: Scarponi 2015; Perulli 2013; Scarpelli 2012a; Pessi 2011; Perulli, Speciale 2011; Ferraro 2011. Con specifico riferimento alla deroga alla solidarietà, vd. Albi 2012, 1633 ss.

(21) Scarpelli 2012b, 1441.

(22) Sul punto Albi 2012, 1640; anche se, come rileva (pragmaticamente quanto condivisibilmente) Basenghi (2017, 17), «di fatto, nessuno scrutinio giudiziale sarà mai consentito in modo minimamente efficace, con la conseguente impossibilità di censurare l'effetto derogatorio sul presupposto della divergenza rispetto agli obiettivi tipizzati dalla norma».

(23) Diversamente Basenghi 2017, 17.

considerato che alla disciplina della responsabilità solidale è connaturata proprio la funzione di promozione della regolarità del lavoro negli appalti. In effetti, la principale finalità rispetto alla quale sembra possibile ipotizzare una coerente funzionalizzazione delle deroghe in parola sembra essere costituita dagli «incrementi di competitività» dell'impresa appaltatrice; competitività da promuovere attraverso la rincorsa di una maggiore appetibilità dell'impresa sul mercato mediante la garanzia agli eventuali committenti della riduzione, e persino dell'esclusione, della loro responsabilità solidale (24). È evidente, allora, l'incongruità del conferimento ai contratti collettivi di prossimità del potere di deroga rispetto a una regola finalizzata non solo alla tutela del singolo lavoratore, ma anche al perseguimento di un interesse generale quale l'incremento degli standard di competitività fra le imprese, palesandosi altresì il rischio, in relazione alla dimensione territoriale degli accordi, di innescare una competizione al ribasso tra filiere produttive locali, e persino, in connessione alla dimensione aziendale delle intese, che «la spinta alla stipulazione di tali accordi potrà nascere da meccanismi di pressione e “ricatto” posti in essere dalle imprese committenti, che li porranno come condizione per ottenere l'affidamento dell'appalto» (25).

3.2. — *La speciale disciplina (non solo) processuale* — Con la riscrittura del comma 2 dell'art. 29 operata dall'art. 21, comma 1, d.l. n. 12/2012, come modificato dalla legge di conversione n. 35/2012, il legislatore — oltre a limitare la responsabilità del committente alle sole quote di Tfr maturate dal lavoratore nel corso dell'esecuzione dell'appalto e a estenderla ai premi assicurativi dovuti in relazione a tale periodo (con l'ulteriore specificazione dell'esclusione di qualsiasi obbligo per eventuali sanzioni civili, poste esclusivamente a carico del responsabile dell'inadempimento) (26) — ha introdotto uno specifico regime processuale, attribuendo al committente chiamato in giudizio la facoltà di eccepire il *beneficium excussionis* al fine di alleggerirne la posizione (27).

(24) Cfr. Mimmo 2012, 538.

(25) Scarpelli 2012b, 1441.

(26) Tali precisazioni si erano rese necessarie per sciogliere alcuni nodi interpretativi emersi in sede di contenzioso giudiziale e di prassi amministrativa: vd. Pasquarella 2013, 802 ss.

(27) A seconda che il dipendente dell'appaltatore convenisse il committente in giudizio da solo o congiuntamente all'appaltatore, trovavano applicazione due distinte discipline: nel primo caso, l'operatività dell'eccezione della preventiva escussione del patrimonio dell'appaltatore era condizionata alla specifica indicazione da parte del committente dei beni del patrimonio dell'appaltatore sui quali il lavoratore potesse «agevolmente soddisfarsi»; nel secondo, invece, il beneficio operava in via automatica,

La disciplina processuale appena instaurata è stata quindi subito modificata per effetto dell'art. 4, comma 31, lett. *b*, legge n. 92/2012, che ha introdotto alcune innovazioni da cui è risultata ulteriormente affievolita la posizione del committente. La principale novità apportata in tale ambito al testo dell'art. 29, comma 2, ha riguardato l'imposizione del litisconsorzio necessario tra committente, appaltatore ed eventuali subappaltatori per il caso in cui il lavoratore (o l'ente previdenziale) intendesse agire nei confronti del committente. Si è quindi ribadita la possibilità per il committente (o il subcommittente) convenuto in giudizio di eccepire, con la prima difesa, al creditore lavoratore o ente previdenziale (28) il *beneficium excussionis* senza necessità di indicazione dei beni dell'appaltatore (o subappaltatore) da sottoporre a esecuzione.

Senza potersi soffermare sulle svariate aporie e incertezze applicative della disciplina processuale sommariamente descritta (29), va qui evidenziato come quest'ultima travalichi l'ambito strettamente processuale per riversarsi sul piano sostanziale degli interessi coinvolti. Innanzitutto la previsione del beneficio d'escussione investe il contenuto dell'obbligazione sul piano strutturale, degradando la piena solidarietà in sussidiarietà (30), dal momento che la prestazione dovuta dal committente non è più la stessa dovuta dall'appaltatore-datore: il committente, infatti, sin da principio (e non semplicemente nella fase esecutiva del rapporto obbligatorio) è tenuto a eseguire un'obbligazione che ha come oggetto non l'intera prestazione dovuta dall'appaltatore-datore, ma solo quella parte che il creditore (lavoratore o ente previdenziale) non sia riuscito a ottenere dall'appaltatore escusso (31). In secondo luogo, la necessità del litisconsorzio di tutti gli appaltatori nel giudizio di cognizione, unitamente all'obbligo per il creditore, in caso di esito vittorioso, di intraprendere in sequenza una serie di separate procedure esecutive nei confronti di ciascun appaltatore della filiera fino al rinvenimento di un patrimonio fruttuosamente escutibile, impongono al

sempre che, naturalmente, la relativa eccezione fosse stata tempestivamente sollevata. Su tale disciplina Mimmo 2012, 535 s.

(28) L'opponibilità del beneficio di escussione preventiva anche nei confronti degli enti previdenziali è stata espressamente prevista dalle modifiche operate dalla l. n. 92/2012: cfr. Tosi 2012, 162.

(29) Sia consentito in proposito il rinvio a Mutarelli 2013, 719 ss. Vd. anche i diversi esiti interpretativi cui pervengono Tosi 2012, 162 s.; Chieco 2012, 1005 ss.; Pasquarella 2013, 809 ss.; Izzi 2013, 652 ss.; Rivero 2014. Per un recente riesame critico, vd. Cordella 2016, 532 ss.

(30) Come evidenziato da Izzi 2013, 654; Alvino 2013, 121; Raimondi 2013, 234.

(31) Cfr. Stefini 2014.

creditore la sopportazione di lungaggini, costi e rischi (quantomeno sul piano processuale) idonei a inibire l'interesse all'esercizio dell'azione *ex art.* 29, comma 2 (32), proiettandosi in senso limitativo sulla funzione stessa della responsabilità solidale (33).

3.3. — *La nuova possibilità di deroga da parte della contrattazione collettiva* — All'attenuazione della posizione del committente è finalizzata anche l'introduzione, a opera dell'art. 4, comma 31, lett. *a*, della l. n. 92/2012, di un *incipit* al comma 2 dell'art. 29, ai sensi del quale la responsabilità solidale avrebbe operato «salvo 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...». Di là dagli specifici problemi sollevati dalla incerta formulazione del testo normativo (in ordine all'individuazione del contratto collettivo abilitato a disporre la deroga, all'oggetto della deroga (34), al rapporto tra la nuova facoltà di deroga e quella già prevista dall'art. 8, d.l. n. 138/2011) (35), la disposizione è stata interpretata come volta a condizionare la disattivazione della responsabilità solidale all'individuazione di specifiche procedure di verifica degli appalti. In tal modo la facoltà di deroga riconosciuta alla contrattazione collettiva è stata letta come finalizzata a una maggiore responsabilizzazione dei committenti in un'ottica di *due diligence*, ossia come incentivo alle loro attività di verifica preventiva sull'adempimento degli obblighi retributivi degli appaltatori e dei loro subappaltatori (36), e come tale apprezzata quale strumento «d'indiretta promozione dell'osservanza delle regole da parte delle imprese appaltatrici» (37).

3.4. — *Segue: ... e le sue possibili conseguenze* — A ben guardare, tuttavia, la facoltà di deroga attribuita alla contrattazione collettiva muoveva

(32) Al punto da far prefigurare l'opportunità, in via preferenziale, del ricorso all'azione diretta *ex art.* 1676 c.c.: vd. Raimondi 2013, 234; Izzi 2013, 642.

(33) Pasquarella 2013, 810.

(34) L'esclusione dei crediti degli enti previdenziali per contributi e premi assicurativi dall'ambito di applicazione delle deroghe è stata espressamente disposta dall'art. 9, comma 1, d.l. n. 76/2013.

(35) Per un esame delle variegate opinioni emerse su tali profili, vd. Basenghi 2017, 14.

(36) Vd., ad es., Gamberini, Venturi 2012, 206.

(37) Così Izzi 2016, 812.

verso l'affievolimento, piuttosto che la valorizzazione, della responsabilità solidale quale tecnica di promozione della regolarità degli appalti e di regolazione del mercato. Da questo punto di vista, anche a voler ritenere superabili le obiezioni di carattere testuale circa la natura condizionata della deroga (38), ciò che appare discutibile è proprio la sostanza del «meccanism[o] premial[e] di esonero dalla responsabilità solidale a favore di chi procede *ex ante* a tali controlli» (39) che sarebbe evincibile dalla norma.

Sembra chiaro, infatti, che una regola che disattivi la responsabilità solidale presuppone per la sua operatività proprio il verificarsi in concreto di quei presupposti (gli inadempimenti dell'appaltatore) in presenza dei quali dovrebbe (in assenza di tale disattivazione) operare la responsabilità solidale. La facoltà di deroga, dunque, era disposta proprio in modo da consentire ai contratti collettivi di evitare *ex ante* l'insorgenza della responsabilità solidale del committente in vista degli eventuali inadempimenti retributivi realizzati dal datore appaltatore, e non era destinata a trovare applicazione – come pure si è sostenuto – limitatamente ai casi in cui la contrattazione collettiva fosse riuscita a predisporre strumenti per la verifica *ex ante* dei regolari pagamenti prevenendo gli inadempimenti. Per convincersene, del resto, è sufficiente osservare che, ove i meccanismi previsti dalla contrattazione collettiva fossero in grado di garantire il corretto adempimento da parte dell'appaltatore delle sue obbligazioni in relazione all'appalto in corso, ne deriverebbe l'esclusione in radice dell'insorgenza di qualsivoglia responsabilità solidale del committente (si badi: per effetto dell'adempimento, non certo della sua verifica) senza necessità di prevedere alcuna deroga al regime generale dell'art. 29, comma 2. Sembra dunque inevitabile ritenere che la logica di scambio evincibile dal condizionamento della deroga alle procedure di controllo implicasse la disattivazione della responsabilità solidale del committente per gli inadempimenti retributivi dell'appaltatore a fronte di meccanismi finalizzati alla verifica non dell'effettivo soddisfacimento dei crediti retributivi dei lavoratori addetti all'appalto (40), ma di

(38) Obiezioni che paiono difficilmente superabili alla luce del canone ermeneutico imposto dall'art. 12 disp. prel. c.c.: vd. Mutarelli 2013, 723.

(39) Izzi 2016, 812.

(40) Da questo punto di vista, la disposizione presenta criticità analoghe a quelle dell'art. 6-ter, d.lgs. n. 286/2005, e dell'art. 83-bis, commi da 4-bis a 4-quinquies, d.l. n. 112/2008, conv. dalla l. n. 133/2008 (rispettivamente introdotti e sostituiti dall'art. 1, commi 247, lett. b, e 248, lett. b, l. n. 190/2014), che pongono a carico del committente, del vettore e del subvettore nel contratto di trasporto merci su strada in conto terzi la responsabilità solidale per i trattamenti retributivi, i contributi previdenziali e i premi assicurativi relativi ai lavoratori alle dipendenze di vettori e subvettori, su cui, criticamente, vd. Riguzzi 2015.

altri fattori, al più operanti in via prognostica come elementi predittivi dei futuri comportamenti adempienti degli appaltatori ovvero utilizzabili come «variabili *proxy*» rivelatrici di questi ultimi (41). È evidente, allora, il rischio di indebolimento della posizione dei lavoratori creditori (42), per i quali si determinava la sostituzione di una tutela certa (la possibilità di agire nei confronti del committente per gli inadempimenti dell'appaltatore) con una tutela incerta (l'idoneità delle procedure di verifica introdotte dai contratti collettivi a prevenire davvero gli inadempimenti).

Ora, se si tiene presente quanto già prima osservato, ossia che è dalla responsabilità solidale disciplinata dall'art. 29, comma 2, che sorge l'interesse degli appaltanti a fare tutto quanto in loro potere per selezionare appaltatori affidabili e verificare direttamente nel corso dell'esecuzione dell'appalto il corretto adempimento (anche) degli obblighi retributivi (inserendo nel contratto d'appalto clausole funzionali a tali controlli), la disattivazione *ex ante* della responsabilità solidale per gli inadempimenti retributivi degli appaltatori, a fronte di verifiche che si collocano in un momento anteriore – o comunque prescindono da e non sono in grado di garantire – i possibili inadempimenti, affievolisce, e non rafforza, l'attitudine della responsabilità solidale a regolare il mercato e la regolarità degli appalti. I committenti, infatti, sono indotti a compiere esclusivamente le attività di verifica stabilite dal contratto collettivo dell'appaltatore (43) (sufficienti di per sé a determinare la disattivazione della responsabilità) e, ancor prima, a selezionare le imprese appaltatrici proprio in virtù del contratto collettivo applicato da queste ultime, privilegiando quelle che applicano contratti collettivi comportanti l'esonero a fronte di controlli meramente formali e poco onerosi per i committenti. Con il rischio di innescare un circolo vizioso di competizione «al ribasso» tra le imprese appaltatrici, incentivate – per essere più appetibili sul mercato – a una sorta di *collective agreement shopping*.

Non sorprende, pertanto, il disinteresse con cui le parti sociali hanno guardato alla facoltà loro attribuita nel 2012, rimasta sostanzialmente inattuata dai successivi contratti collettivi, né che la Cgil si sia fatta promotrice di una iniziativa referendaria volta alla sua abrogazione (unitamente all'abrogazione della disciplina processuale).

(41) Lo sfasamento appare invero inevitabile sia per i controlli «a monte» dell'appalto che per quelli «a valle»: anche la costante e puntuale verifica sulla correttezza degli adempimenti contributivi e assicurativi tramite Durc non esclude la presenza di lavoratori, pur solo parzialmente, in nero, vd. Izzi 2016, 828.

(42) Cfr. Cordella 2016, 537.

(43) Seppure previste: il contratto, infatti, potrebbe anche limitarsi a porre obblighi a carico solo delle imprese appaltatrici.

4. — *Le recenti abrogazioni e la proposta della Cgil* — Al fine di scongiurare il referendum promosso dalla Cgil, dichiarato ammissibile dalla Corte costituzionale (44), l'art. 2, comma 1, lett. *a e b*, d.l. n. 25/2017, convertito dalla l. n. 49/2017, ha recentemente modificato il comma 2 dell'art. 29, sopprimendo sia la disciplina processuale che la facoltà di deroga attribuita ai contratti collettivi. Le intervenute abrogazioni, da una parte, ripristinano la piena utilità per i creditori dell'appaltatore inadempiente del ricorso all'azione *ex art. 29*, comma 2; dall'altra, riespandono l'attitudine della responsabilità solidale a svolgere una funzione di regolazione del mercato e di promozione della regolarità (45).

Per quanto attiene all'abrogazione della disciplina processuale, la novella pone un delicato problema di diritto intertemporale con riferimento all'eliminazione del *beneficium excussionis*, dovendosi in particolare stabilire se tale eliminazione abbia incidenza solo sui crediti maturati successivamente alla data di entrata in vigore del d.l. n. 25/2017 ovvero anche sulle posizioni creditorie precedenti. In proposito, considerato che, come si è già osservato (par. 3.2), la vigenza del *beneficium excussionis* comportava l'insorgenza *ab origine* in capo al committente beneficiario di una responsabilità per i crediti maturati limitatamente alla parte eccedentaria rispetto a quanto ottenibile dal creditore dall'escussione dell'appaltatore o subappaltatore, sembra doversi affermare la sopraggiunta inapplicabilità di tale beneficio in relazione ai crediti maturati successivamente all'entrata in vigore della novella, dovendosene di contro ammettere la perdurante operatività, in virtù del principio *tempus regit actum*, in quei giudizi che, pur introdotti successivamente al 17 marzo 2017 (ossia dall'entrata in vigore del d.l. n. 25/2017), abbiano a oggetto crediti sorti in precedenza (46).

Quanto alla soppressione della facoltà di deroga, va rilevato innanzitutto come essa sia stata criticata da parte di quanti hanno denunciato il rischio di una rivitalizzazione della medesima facoltà affidata alla contrattazione di prossimità dall'art. 8, d.l. n. 138/2011 (47). La questione, ovviamente, può porsi solo ove si ritenga che l'intero art. 8 non sia stato nel frattempo abrogato implicitamente per effetto del sopraggiunto art. 51 del d.lgs. n. 81/2015 (48), e che a sua volta la specifica facoltà di deroga prevista dall'art. 8 non fosse stata implicitamente abrogata per effetto della so-

(44) C. cost. 21.1.2017, n. 27, in *NGL*, 2017, n. 4, 373 ss.

(45) Diverse le valutazioni di Basenghi 2017, 17.

(46) Analogo problema si era posto, in termini esattamente invertiti, all'atto dell'introduzione di tale beneficio *ex d.l. n. 12/2012*: cfr. Rivero 2014.

(47) Basenghi 2017, 15 s.; Garofalo 2017, 30; Lambertucci 2017.

(48) Magnani 2017, 8.

vrapposizione della deroga affidata ai contratti collettivi nazionali (49), dal momento che l'avvenuta abrogazione (*ex d.l.* n. 25/2017) della norma abrogatrice (in ipotesi, il primo periodo del comma 2 dell'art. 29 nel testo novellato dalla l. n. 92/2012) comunque non potrebbe comportare la riviviscenza della facoltà derogatoria dell'art. 8, data la natura istantanea, definitiva e non retroattiva dell'effetto abrogativo (50).

La critica, a ogni modo, appare non del tutto condivisibile nella misura in cui il ricorso alla deroga di cui all'art. 8, essendo connesso al livello di «prossimità» dei relativi accordi, presenta specifici profili di criticità che si affiancano a quelli correlati alla facoltà di esonero affidata ai contratti collettivi nazionali, e che non potevano certo ritenersi sopiti per effetto dell'intervento di tale dispositivo.

Va poi evidenziato come l'abrogazione del meccanismo della deroga condizionata non incida sulla possibilità per i contratti collettivi nazionali di introdurre procedure e metodi attraverso i quali verificare la regolarità degli appalti (51), nonostante l'eliminazione del relativo inciso, non sussistendo ostacoli a ritenere l'autonomia collettiva abilitata all'introduzione di tali discipline a prescindere da espresse attribuzioni da parte del legislatore (52). Gli effetti dell'abrogazione, dunque, riguardano esclusivamente la facoltà derogatoria volta a esonerare in via preventiva il committente, risultandone a ben guardare una valorizzazione del ruolo dell'autonomia collettiva sul piano dell'effettività: in un sistema che impone l'inderogabilità della responsabilità solidale del committente per i crediti dei lavoratori, è la concreta capacità dei meccanismi individuati dal contratto collettivo applicato dall'appaltatore a prevenirne gli inadempimenti che costituisce l'incentivo, per i committenti, alla selezione di quell'appaltatore, spingendo così le altre imprese a dotarsi di strumenti di analoga o maggiore efficacia per non uscire dal mercato (53).

Ciò non significa che debba disconoscersi in generale il ruolo positivo – su altri piani – che può essere svolto dai dispositivi premiali di esonero

(49) Come invece ritenuto, ad es., da Chieco 2012, 1004; Izzi 2013, 659. *Contra*, da ultimo, Cordella 2016, 540.

(50) Vd. Celotto 1998, 3 s.

(51) Con la conseguenza che le norme in materia sin qui introdotte dalla contrattazione collettiva (per alcuni significativi esempi vd. Izzi 2016, 826), che peraltro non prevedono deroghe al regime della solidarietà, restano pienamente valide ed efficaci. Da questo punto di vista, non sembra sussistere il rischio di dispersione delle esperienze maturate paventato da Basenghi 2017, 18.

(52) Del resto, da sempre la contrattazione collettiva interviene in tale ambito; per una recente rassegna vd. Lozito 2016.

(53) Sul punto, però, cfr. l'opposta opinione di Basenghi 2017, 19.

dalla responsabilità solidale in favore di committenti che vigilino attivamente sull'operato dei propri appaltatori. È indubbio che tali meccanismi possono apportare vantaggi sia alle imprese committenti in termini di certezza dei costi, sia ai dipendenti dell'appaltatore prevenendo gli inadempimenti di quest'ultimo. Tuttavia, il coinvolgimento in tale ambito dell'autonomia collettiva in funzione derogatoria deve avvenire necessariamente con cautela, evitando che possa risolversi, da una parte, in una riduzione delle garanzie a tutela dei crediti dei lavoratori e, dall'altra parte, in un rovesciamento della spinta che la solidarietà può esercitare verso standard più elevati di competitività tra le imprese.

In quest'ottica merita di essere segnalata la proposta di legge avanzata dalla Cgil (54), la quale appare finalizzata a individuare una coerente soluzione alle problematiche esaminate. Essa, ribadita la possibilità per i contratti collettivi nazionali (del settore dell'appaltatore) di «individuare metodi e procedure di controllo e di verifica della regolarità complessiva degli appalti», è volta a reintrodurre la facoltà di esonero del committente in favore di tali contratti condizionandola espressamente all'istituzione di «forme alternative assicurative o mutualistiche in grado di garantire effettivamente ai lavoratori impiegati negli appalti la soddisfazione dei diritti», prevedendo comunque che, «ove gli strumenti di garanzia istituiti [...] non consentano al lavoratore la soddisfazione dei propri diritti entro sei mesi dalla attivazione della relativa procedura, egli potrà comunque agire nei confronti del committente».

Un meccanismo del genere, subordinando la deroga alla responsabilità solidale del committente all'effettiva (e tempestiva) garanzia della soddisfazione dei crediti dei lavoratori e mantenendola su un piano diverso rispetto alla capacità della contrattazione collettiva di prevenire gli inadempimenti dell'appaltatore, presenterebbe, ove effettivamente implementato, una serie di vantaggi. Per i committenti, che vedrebbero ridotta la loro esposizione al rischio dell'inadempimento dell'appaltatore in relazione alla concreta efficacia non solo delle verifiche preventive, ma anche del meccanismo assicurativo; per i lavoratori, i cui crediti retributivi sarebbero il più delle volte soddisfatti in tempi rapidi e, in caso contrario, resterebbero azionabili anche nei confronti del committente; per gli appaltatori, resi più competitivi dalla deroga in favore del committente disposta dal contratto collettivo in misura direttamente proporzionale al buon funzionamento del meccanismo assicurativo.

(54) Art. 90, commi 4-6, della proposta di legge di iniziativa popolare «Carta dei diritti universali del lavoro. Nuovo Statuto di tutte le lavoratrici e di tutti i lavoratori», presentata alla Camera dei deputati il 29 settembre 2016 (Atto C. 4064), il cui esame presso la IX Commissione – Lavoro pubblico e privato è iniziato il 9 marzo 2017.

Riferimenti bibliografici

- Albi P. (2012), *Il contratto di appalto*, in Broglio M. (a cura di), *Il mercato del lavoro*, in Persiani M., Carinci F. (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, vol. VI, Cedam, Padova, 1595 ss.
- Alvino I. (2007), *Il regime delle responsabilità negli appalti*, in *DLRI*, n. 3, 507 ss.
- Alvino I. (2013), *La nuova disciplina della solidarietà negli appalti*, in Persiani M., Liebman S. (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro*, Utet Giuridica, Milanofiori Assago, 107 ss.
- Asquini A. (1962), *Somministrazione di prestazioni di lavoro da parte di intermediari e appalto di servizi*, in *MGL*, 277 ss.
- Basenghi F. (2017), *Decentramento organizzativo e autonomia collettiva*, relazione alle Giornate di Studio Aidlass su «Frammentazione organizzativa e lavoro: rapporti individuali e collettivi», Cassino, 18-19 maggio 2017, dattiloscritto.
- Bonardi O. (2015), *La sicurezza sul lavoro nel sistema degli appalti*, in Natullo G. (a cura di), *Salute e sicurezza sul lavoro*, Utet Giuridica, Milanofiori Assago, 831 ss.
- Carinci M.T. (2000). *La fornitura di lavoro altrui. Art. 2127*, in P. Schlesinger (diretto da), *Il codice civile. Commentario*, Milano, Giuffrè.
- Carinci M.T. (2013), *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro: somministrazione e distacco, appalto e subappalto, trasferimento d'azienda e ramo. Diritto del lavoro e nuove forme di organizzazione dell'impresa*, III ed., Giappichelli, Torino.
- Celotto A. (1998), voce *Reviviscenza degli atti normativi*, in *EGT*, XXVII, Roma, 1 ss.
- Chieco P. (2007), *Lavoro e responsabilità solidale negli appalti: dalla legge Bersani alla Finanziaria 2007*, in *LG*, 469 ss.
- Chieco P. (2012), *Appalti e solidarietà nei recenti sviluppi di una legislazione in continuo cambiamento*, in *DRI*, n. 4, 997 ss.
- Corazza L. (2004), «Contractual integration» e rapporti di lavoro, Cedam, Padova.
- Cordella C. (2016), *Appalti: nozione lavoristica e tutela dei crediti retributivi dei lavoratori*, in *DRI*, n. 2, 521 ss.
- De Luca Tamajo R. (1999), *I processi di terzizzazione intra moenia ovvero la fabbrica «multi societaria»*, in *DML*, n. 1, 49 ss.
- Ferraro G. (2011), *Il contratto collettivo dopo l'articolo 8 del decreto n. 138/2011*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 129.
- Gamberini G., Venturi D. (2012), *La responsabilità solidale negli appalti*, in Magnani M., Tiraboschi M. (a cura di), *La nuova riforma del lavoro*, Giuffrè, Milano, 205 ss.
- Gamberini G., Venturi D. (2013), *Le modifiche alla disciplina della responsabilità fiscale negli appalti*, in Tiraboschi M. (a cura di), *Il lavoro riformato*, Giuffrè, Milano, 494 ss.
- Garofalo D. (2017), *Lavoro, impresa e trasformazioni organizzative*, relazione alle Giornate di Studio Aidlass su «Frammentazione organizzativa e lavoro: rapporti individuali e collettivi», Cassino, 18-19 maggio 2017, dattiloscritto.
- Ichino P. (2000), *Il contratto di lavoro*, vol. I, in Cicu A., Messineo F. (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano.

- Imberti L. (2011), *La tutela dei lavoratori negli appalti privati. Il trattamento economico e normativo*, in Carinci M.T. et al. (a cura di), *Tutela e sicurezza del lavoro negli appalti privati e pubblici. Inquadramento giuridico ed effettività*, Utet Giuridica, Milanofiori Assago, 63 ss.
- Izzi D. (2008), *La tutela del lavoro negli appalti*, in *LD*, n. 3, 439 ss.
- Izzi D. (2013), *La responsabilità solidale negli appalti: una tutela in declino?*, in *DLM*, n. 3, 635 ss.
- Izzi D. (2016), *La promozione della regolarità negli appalti attraverso la responsabilità solidale per i crediti da lavoro: sperimentazioni concluse e in corso*, in *ADL*, n. 4/5, I, 810 ss.
- Lambertucci P. (2017), *Le tutele dei lavoratori negli appalti: quali nuovi equilibri?*, relazione al Convegno «Il Diritto del lavoro alla prova dei referendum», Napoli, 3 marzo 2017.
- Loriga E. (1965), *La disciplina giuridica del lavoro in appalto*, Giuffrè, Milano.
- Lozito M. (2016), *Contrattazione e contrasto al lavoro irregolare negli appalti*, in Gottardi D. (a cura di), *Legal Frame Work. Lavoro e legalità nella società dell'inclusione*, Giappichelli, Torino, 127 ss.
- Ludovico G. (2011), *Sui limiti e contenuti della responsabilità solidale negli appalti per i danni da infortunio e malattia professionale*, in *ADL*, n. 3, I, 567 ss.
- Magnani M. (2017), *Il rapporto tra legge e autonomia collettiva*, in *DRI*, n. 1, 1 ss.
- Mimmo G. (2012), *Il regime di solidarietà negli appalti*, in *MGL*, n. 7, 528 ss.
- Mutarelli M.M. (2013), *La solidarietà negli appalti per i crediti dei lavoratori*, in Cinelli M. et al. (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Giappichelli, Torino, 717 ss.
- Pasquarella V. (2013), *La responsabilità solidale negli appalti*, in Chieco P. (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*, Cacucci, Bari, 799 ss.
- Perulli A. (2013), *La contrattazione collettiva «di prossimità»: teoria, comparazione e prassi*, in *RIDL*, n. 4, I, 919 ss.
- Perulli A., Speciale V. (2011), *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148, e la «Rivoluzione di agosto» del diritto del lavoro*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 133.
- Pessi R. (2011), *Indisponibilità del tipo e disponibilità regolativa dell'autonomia collettiva. Sull'art. 8 della manovra bis*, in *RIDL*, n. 4, I, 537 ss.
- Raimondi E. (2013), *La garanzia dei crediti negli appalti*, in *RGL*, n. 2, II, 226 ss.
- Riguzzi M. (2015), *La nuova (ed ennesima) riforma dell'autotrasporto di cose per conto di terzi, in Diritto dei trasporti*, n. 2, 355 ss.
- Rivero R. (2014), *Appalti, processo e azioni: la responsabilità solidale*, in *www.altalex.com*, 21 luglio.
- Scarpelli F. (2004), *Sub art. 29. Appalto*, in Gagnoli E., Perulli A. (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, Cedam, Padova, 435 ss.
- Scarpelli F. (2006), *Regolarità del lavoro e regole della concorrenza: il caso degli appalti pubblici*, in *RGL*, n. 4, I, 753 ss.
- Scarpelli F. (2008), *Il contrasto al lavoro irregolare, tra sanzioni e regole di responsabilità*, in *RGL*, n. 1, I, 59 ss.

- Scarpelli F. (2012a), *Il rapporto tra la legge e la contrattazione collettiva di prossimità nell'art. 8 del d.l. n. 138/2014*, in RGL, n. 3, I, 493 ss.
- Scarpelli F. (2012b), *Linee e problemi dei fenomeni di esternalizzazione e decentramento produttivo*, in Broglio M. (a cura di), *Il mercato del lavoro*, in Persiani M., Carinci F. (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, vol. VI, Cedam, Padova, 1421 ss.
- Scarponi S. (2015), *Il rapporto tra legge e contrattazione collettiva a livello aziendale o territoriale*, in RGL, n. 1, I, 113 ss.
- Stefini U. (2014), *Obbligazioni solidali a interesse unisoggettivo e sussidiarietà*, in *Contratto e Impresa*, n. 2, 266 ss.
- Tosi P. (2012), *Appalto di opere o di servizi e solidarietà*, in Carinci F., Miscione M. (a cura di), *Commentario alla riforma Fornero*, Ipsoa, Milano, 158 ss.
- Tullini P. (2010), *Sub art. 26*, in Montuschi L. (a cura di), *La nuova sicurezza sul lavoro. D.lgs. 9 aprile 2008, n. 81, e successive modifiche*, vol. I, Zanichelli, Bologna, 268 ss.

ABSTRACT

La responsabilità solidale del committente per i crediti dei dipendenti dell'appaltatore, oltre a rafforzare la posizione dei lavoratori, svolge anche una funzione di regolazione del mercato. Il saggio esamina l'evoluzione della disciplina della responsabilità solidale valutandone la coerenza rispetto a tale funzione, soffermandosi in particolare sulle recenti modifiche all'art. 29, d.lgs. n. 276/2003, nonché, nella parte finale, sull'ipotesi di regolazione contenuta nella Carta dei diritti proposta dalla Cgil.

EVENTS AND PROSPECTS OF THE JOINT LIABILITY OF THE CLIENT AS A MARKET REGULATION TECHNIQUE

The joint liability of the client for the contractor's employees' credits, in addition to strengthening the position of employees, also carries out a market regulation function. The essay examines the evolution of the discipline of the joint liability by assessing its consistency with this function, focusing in particular on recent changes to article 29 of Legislative Decree n. 276/2003 and, in the final part, on the hypothesis of regulation contained in the Charter of Rights proposed by Cgil.

Daniela Izzi (*)

LE CLAUSOLE DI EQUO TRATTAMENTO DEI LAVORATORI IMPIEGATI NEGLI APPALTI: I PROBLEMI APERTI

SOMMARIO: 1. Le coordinate del discorso: l'evoluzione delle misure di garanzia dei trattamenti praticati negli appalti pubblici e privati. — 1.1. La pesante interferenza del diritto dell'Unione europea: da *Rüffert* a *RegioPost*, passando attraverso le direttive del 2014. — 2. Clausole sociali di prima generazione e congruità del costo del lavoro nel nuovo codice dei contratti pubblici. — 3. Appalti privati e clausole di equo trattamento di fonte collettiva. — 4. Le criticità in attesa di soluzione nell'ordinamento multilivello.

1. — *Le coordinate del discorso: l'evoluzione delle misure di garanzia dei trattamenti praticati negli appalti pubblici e privati* — Prima e più emblematica espressione della risalente tecnica regolativa adoperata dal nostro legislatore per orientare il mercato a fini socialmente rilevanti, le clausole – cd. di equo trattamento – che impongono agli aggiudicatari di appalti pubblici il rispetto delle condizioni economiche e normative stabilite dai contratti collettivi, presenti in diversi ordinamenti nazionali e caldegiate dalla Convenzione Oit n. 94/1949 (ratificata in Italia con la l. n. 1305/1952), hanno dovuto attendere lo Statuto dei lavoratori per veder superato il proprio carattere settoriale e alluvionale e ottenere la disciplina di portata generale che risulta tuttora dall'art. 36 dello stesso. Imponendo di inserire, tanto nei provvedimenti di concessione alle imprese di benefici pubblici quanto nei capitolati di appalti pubblici, «la clausola esplicita determinante l'obbligo per il beneficiario o appaltatore di applicare o di far applicare nei confronti dei lavoratori dipendenti condizioni non inferiori a quelle risultanti dai contratti collettivi di lavoro della categoria e della zona», l'art. 36 St. lav. ha infatti introdotto una regola dal campo applicativo molto ampio sotto il profilo sia soggettivo (dei lavoratori tutelati e degli enti pubblici da cui provengono le risorse economiche) che oggettivo (delle situazioni considerate, che includono anche il beneficio di ausili finanziari pubblici): compiendo tuttavia, da quest'ultimo punto di vista, col riferimento ai soli

(*) Professore associato di Diritto del lavoro presso l'Università di Torino.

appalti «attinenti all'esecuzione di opere pubbliche», una scelta selettiva non in linea né con la già ricordata Convenzione Oil (art. 2) né con il principio costituzionale di uguaglianza, e perciò successivamente corretta (almeno in parte), tramite l'allargamento del raggio operativo della norma anche alle «concessioni di pubblico servizio», dalla sentenza costituzionale n. 226/1998.

Da questa sentenza risulta chiaramente riconosciuto l'obiettivo perseguito dall'art. 36 con l'imposizione dell'equo trattamento, che, oltre ad assicurare la tutela dei lavoratori subordinati «in situazioni nelle quali lo Stato è in grado di influire direttamente o indirettamente», inibisce alle imprese pratiche di concorrenza al ribasso sul costo del lavoro suscettibili di pregiudicare la «migliore realizzazione dell'interesse pubblico». Il meccanismo delineato a tal fine, del resto, pur comportando in via mediata l'estensione dell'efficacia soggettiva dei contratti collettivi (1), non entra in collisione con l'art. 39 Cost. dal momento che, secondo una consolidata impostazione dottrinale implicitamente convalidata in quest'occasione dal giudice delle leggi, i contratti collettivi rappresentano un semplice parametro di riferimento per la determinazione dei trattamenti dovuti e, inoltre, l'onere di osservanza dei medesimi è assunto liberamente da chi decide di partecipare all'aggiudicazione dell'appalto pubblico (2).

Strutturata in termini diversi – più incisivi dal punto di vista operativo, ma anche giuridicamente più problematici – dall'art. 36 St. lav. era la clausola sociale che il codice dei contratti pubblici adottato col d.lgs. n. 163/2006 (in recepimento delle Direttive comunitarie n. 17 e n. 18 del 2004), ormai abrogato e sostituito dal d.lgs. n. 50/2016 (attuativo delle direttive dell'Unione europea n. 23, n. 24, e n. 25 del 2014), aveva inserito nell'art. 118, comma 6, stabilendo l'obbligo dell'affidatario di «osservare integralmente il trattamento economico e normativo stabilito dai contratti collettivi nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni», oltre che la sua responsabilità solidale per l'«osservanza delle norme anzidette da parte dei subappaltatori nei confronti dei loro dipendenti per le prestazioni rese nell'ambito del subappalto».

Accanto a questa disposizione, che estendeva a tutti i contratti pubblici quanto già previsto per i soli appalti di opere pubbliche da una norma della precedente legislazione antimafia (art. 18, comma 7, del d.lgs. n. 55/1990), il d.lgs. n. 163/2006 riproponeva d'altronde (all'art. 87, commi 2-4) il mec-

(1) In termini analoghi Ghera 2001, 134.

(2) In questo senso, primo tra tanti, Mancini 1972, 546.

canismo di verifica della congruità tra il prezzo dell'appalto e il rispetto di standard collettivi di trattamento dei lavoratori già istituito per gli affidamenti di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture dalla l. n. 327/2000 (art. 1, commi 1-4), imponendo alle amministrazioni aggiudicatrici, in sede di predisposizione delle gare di appalto e di valutazione delle offerte anormalmente basse, di controllare l'adeguatezza economica con riguardo al «costo del lavoro come determinato periodicamente in apposite tabelle dal ministro del Lavoro e delle Politiche Sociali, sulla base dei valori economici previsti dalla contrattazione collettiva stipulata dai sindacati comparativamente più rappresentativi, delle norme in materia previdenziale e assistenziale, dei diversi settori merceologici e delle differenti aree territoriali».

In virtù del d.lgs. n. 163/2006, dunque, alla stazione appaltante compete la verifica della congruità del costo del lavoro, sul presupposto dell'applicazione da parte delle imprese aggiudicatarie dei contratti collettivi indicati dall'art. 118, comma 6, ma non più l'inserimento nei capitolati d'appalto della clausola di equo trattamento, dato che detta norma fissava il relativo vincolo direttamente in capo agli appaltatori (rendendo la corrispondente pretesa azionabile dai lavoratori interessati). Questa differenza rispetto all'art. 36 St. lav., abbinata alla richiesta dell'integrale osservanza dei trattamenti risultanti dai contratti collettivi (non più considerabili dunque come semplici parametri normativi), sollevava i problemi d'incompatibilità dell'art. 118, comma 6, con gli artt. 39 e 41 Cost. segnalati da più parti (3): problemi che si ripresentano oggi per le analoghe disposizioni contenute nel nuovo codice dei contratti pubblici, agli artt. 30, comma 4, e 105, comma 9 (che saranno presi in esame *infra*, par. 2).

Ora come in precedenza, a ogni modo, sono soprattutto i profili di contrasto con la libertà d'impresa di clausole sociali così congegnate a destare preoccupazione, considerata la centralità che la promozione del gioco concorrenziale assume nella disciplina degli appalti pubblici sia nazionale che unieuropea, e la nozione di concorrenza non solo soggettiva – come diritto della singola impresa di competere sul mercato in condizioni di parità con tutte le altre – ma anche oggettiva – come interesse generale all'apertura dei mercati e alla rimozione degli ostacoli che ne limitano l'accesso – tutelata nell'attuale ordinamento multilivello (4). Vero è che le clausole di equo

(3) Vd., in merito, Orlandini 2013, 179 ss., Costantini 2014, 35 s., e, con riguardo alle regole oggi vigenti, Lofaro 2017, par. 4; ritengono invece superabile detto contrasto Varva 2011, 342; Forlivesi 2015, 17 ss.; Pallini 2016, 526.

(4) Per maggiori spiegazioni in proposito vd. Orlandini 2013, 175 s., Costantini 2014, 8 ss., Forlivesi 2015, 3 ss.

trattamento, nell'impedire le distorsioni della concorrenza basate sul *dumping* salariale, spingono le imprese verso forme di competizione più virtuose, assolvendo un'importante funzione regolatrice dell'attività economica (5); ed è altresì vero, più in generale, che la promozione di finalità sociali non è estranea alle direttive europee sui contratti pubblici di ieri e soprattutto di oggi (vd. *infra*, par. 1.1). Le «considerazioni sociali» su cui possono essere costruite le condizioni particolari esigibili dalla stazione appaltante nell'esecuzione dell'appalto (come stabiliva l'art. 26 della Direttiva n. 2004/18, cui poteva esser ricondotto l'art. 118, comma 6, del d.lgs. n. 163) e ormai anche i criteri di aggiudicazione del medesimo (come risulta dagli artt. 67.2 e 70 della Direttiva n. 2014/24), tuttavia, devono risultare conformi al diritto dell'Unione, e questo presupposto è venuto apertamente a mancare da quando la Corte di Giustizia, interpretando i principi del mercato unico europeo in situazioni di distacco transnazionale dei lavoratori, ha innescato un cortocircuito normativo capace di «bruciare» le clausole di equo trattamento vigenti per gli appalti pubblici nel nostro ordinamento, come si spiegherà fra breve (nel par. 1.1).

Problemi di tipo diverso accompagnano invece le clausole volte ad assicurare l'osservanza delle condizioni previste dai contratti collettivi nel settore degli appalti privati: clausole che, dopo l'abrogazione della regola di parificazione dei trattamenti minimi dovuti ai lavoratori dall'appaltante e dall'appaltatore «interno» stabilita dall'art. 3 della l. n. 1369/1960, trovano la propria fonte esclusiva nelle determinazioni dell'autonomia collettiva.

Le clausole collettive concernenti i trattamenti da garantire ai dipendenti impiegati all'interno delle filiere produttive rappresentano uno dei tradizionali strumenti tramite cui le organizzazioni sindacali hanno, fin dall'origine, tentato di governare il decentramento delle attività economiche realizzato tramite contratti d'appalto (6) e, più in particolare, di reagire all'effetto di spiazzamento della stessa autonomia collettiva provocato dai processi di frammentazione dell'impresa (7). Il ruolo complementare giocato da tali clausole in presenza della risalente disposizione legislativa sopra richiamata, diretta a contrastare le scelte di disarticolazione produttiva finalizzate soltanto al risparmio sul costo del lavoro, è divenuto nella stagione inaugurata dal d.lgs. n. 276/2003 un ruolo potenzialmente molto più ampio e più rilevante, non essendovi ormai nell'ordinamento – tanto più

(5) In tal senso Ghera 2001, 137, e Scarpelli 2006, 757 s.

(6) Per gli altri strumenti vd. Lambertucci 1999, 291 ss., Lunardon 2004, 216 ss., Chisari *et al.* 2006, 418 ss.

(7) Evidenziano quest'effetto Corazza 2004, 238 s.; Alvino 2014, 266; Mattei 2016, 768 e 777.

dopo la riscrittura della disciplina sul distacco transazionale effettuata dal d.lgs. n. 136/2016 e il superamento della regola di pari trattamento economico-normativo dei lavoratori distaccati sul territorio italiano da un'impresa straniera per l'esecuzione di un appalto recata dall'art. 3 dell'ormai abrogato d.lgs. n. 72/2000 – altri fondamentali normativi dell'obbligo di applicazione da parte delle imprese appaltatrici (e spesso subappaltatrici) degli standard minimi fissati dai contratti collettivi. A dispetto del loro importante significato teorico, venendo in sostanza a rappresentare un equivalente funzionale dell'art. 36 St. lav. per il settore privato, le clausole collettive di equo trattamento mostrano tuttavia elementi d'intrinseca debolezza (come si illustrerà *infra*, par. 3) che non consentono attualmente di considerarle strumenti particolarmente efficaci di tutela dei lavoratori e di contenimento del *dumping* sociale.

1.1. — *La pesante interferenza del diritto dell'Unione europea: da Rüffert a RegioPost, passando attraverso le direttive del 2014* — Unica pronuncia in tema di clausole sociali all'interno del noto quartetto giurisprudenziale che nell'arco di pochi mesi ha manifestato la marcata propensione della Corte di Giustizia a sacrificare le tutele del lavoro sull'altare delle libertà economiche alla base del mercato unico europeo, la sentenza *Rüffert* (8) – giudicando in contrasto con la Direttiva n. 96/71 sul distacco transazionale dei lavoratori e col principio di libera prestazione dei servizi stabilito dal Trattato (ora dall'art. 56 TfUE) la norma di un Land tedesco che imponeva agli aggiudicatari di appalti pubblici, anche se stabiliti all'estero, il versamento della retribuzione prevista da un contratto collettivo territoriale privo di efficacia generale – ha reso all'improvviso precaria la consolidata esistenza delle garanzie di equo trattamento contemplate dalle discipline sugli appalti pubblici di diversi Stati membri, tra cui l'Italia. Ogniqualevolta infatti, come accade non da ieri nel nostro ordinamento, tali garanzie eccedano i contenuti indicati dall'art. 3 della Direttiva n. 96/71, e in particolare il concetto iperriduttivo di «tariffa minima salariale» fatto proprio dal *Laval quartet*, e siano previste da contratti collettivi privi di efficacia *erga omnes*, il rilievo transazionale che possono assumere tali regole (9) ren-

(8) C. Giust. 3.4.2008, C-346/06, *Rüffert*: il quartetto giurisprudenziale in cui si inserisce, sul quale sono stati versati fiumi d'inchiostro dalla dottrina europea, è stato aperto, com'è risaputo, da C. Giust. 18.12.2007, C-341/05, *Laval*.

(9) Rilievo transazionale effettivo, come nel caso *Rüffert*, in cui l'impresa tedesca aggiudicataria dell'appalto aveva affidato l'esecuzione dei lavori a una subappaltatrice stabilita in Polonia, oppure puramente potenziale, come nel caso *RegioPost* (cit., *infra*, nota 15), nel quale l'appalto bandito non aveva coinvolto imprese di Stati membri di-

de pronta ad abbattersi su di esse l'incombente Spada di Damocle di forgia unieuropea.

Alla profonda ferita inferta all'anima sociale della costruzione europea dalla sentenza *Rüffert* non è rimasto del tutto indifferente il legislatore dell'Unione al momento della riscrittura della disciplina sugli appalti pubblici effettuata, in termini marcatamente innovativi, con la Direttiva n. 2014/24 (10). L'apertura alla maggior considerazione delle esigenze di tutela dei lavoratori, emergente in diversi passaggi della stessa, è evidente soprattutto nella disposizione recata dall'art. 18.2 – con un ruolo chiave nel complesso della nuova normativa –, concernente le misure che gli Stati membri devono adottare per garantire il rispetto, nell'esecuzione di appalti pubblici, degli obblighi stabiliti in materia ambientale, sociale e del lavoro da fonti internazionali, unieuropee e nazionali, oltre che da contratti collettivi. Né qui né altrove, tuttavia, la Direttiva n. 2014/24 si è spinta sino a precisare che i contratti collettivi da cui è delineato l'equo trattamento potrebbero essere anche sforniti di efficacia generale (11); nonostante l'avvenuto *restyling* delle formulazioni normative, inoltre, è restato sostanzialmente fermo per le clausole sociali degli Stati membri il requisito della loro conformità al diritto dell'Unione, e quindi ai criteri estremamente stringenti fissati dalla Corte di Giustizia (12). Il nuovo quadro regolativo degli appalti pubblici, seppur più *social friendly*, non offre dunque alcun solido appiglio per il superamento della mortificante interpretazione delle clausole di garanzia salariale adottata in *Rüffert*.

Sotto questo specifico profilo, del resto, nessun avanzamento è stato segnato neppure dalla Direttiva n. 2014/67 di *enforcement* della Direttiva n.

versi dalla Germania ma in cui, dato il valore economico della gara e la conseguente operatività della disciplina europea sugli appalti pubblici, la Corte ha ritenuto inevitabile il confronto della normativa controversa con la Direttiva n. 96/71: compiendo una scelta criticata da più parti (Brino 2016, 142 s., Costamagna 2016, 104 ss., Guadagno 2016, 847 s.), non scontata (come testimoniano le conclusioni dell'Avvocato Generale) e certamente non utile alla valorizzazione giuridica delle clausole sociali, ma a parere di chi scrive in linea con l'intrinseca valenza transnazionale della disciplina degli appalti pubblici (cfr. Orlandini 2013, 139) e col ruolo di specificazione del diritto primario dell'Unione (art. 56 TfUE) svolto dalla Direttiva n. 96/71, che la stessa Direttiva sugli appalti pubblici n. 2014/24 richiama nei suoi Considerando (nn. 37 e 98).

(10) Sui profondi cambiamenti apportati al diritto europeo dei contratti pubblici dalle Direttive su concessioni e appalti pubblici n. 2014/23, n. 2014/24 e n. 2014/25 vd., tra i primi, Caranta, Dragos 2014.

(11) Evidenziano il cauto atteggiamento tenuto in proposito dal legislatore europeo Allamprese e Orlandini (2014, 172 ss.), cui si rinvia per puntuali spiegazioni.

(12) In questo condivisibile senso, tra gli altri, Costantini 2015, 78 ss., e Corti 2016, 514; *contra*, invece, Forlivesi 2015, 43 ss.

96/71, che, pur avendo introdotto sensibili miglioramenti rispetto al complessivo assetto ivi delineato, si è astenuta da ogni intervento sul delicatissimo snodo – nocciolo duro dell'apparato protettivo dei lavoratori distaccati – rappresentato dall'art. 3 della stessa (13).

La Corte di Giustizia, dal canto suo, ha cominciato a dare qualche segnale in controtendenza all'inclinazione spiccatamente mercatocentrica manifestata dal *Laval quartet* con la sentenza *Esa* (14), nella quale la nozione di «tariffe minime salariali» imponibili dagli Stati membri ai prestatori di servizi stranieri che distaccano lavoratori per l'esecuzione di appalti transnazionali ha finalmente ricevuto una lettura più in sintonia con la finalità di contrasto al *dumping* sociale perseguita dalla Direttiva n. 96/71: cioè non come salario unico e indifferenziato, e quindi minimo in senso assoluto, ma come retribuzione comprensiva dei diversi livelli corrispondenti agli inquadramenti professionali previsti dai contratti collettivi di settore e degli elementi economici, pur distinti dal salario di base, funzionali a garantire la protezione sociale del lavoratore.

Un'ulteriore e significativa correzione del tiro è stata poi effettuata dai giudici di Lussemburgo con la sentenza *RegioPost* (15), nella quale la norma del Land tedesco che richiedeva agli aggiudicatari del servizio appaltato di impegnarsi ad assicurare il salario minimo da essa stabilito è stata salvata facendo leva per la prima volta – in forza dell'art. 26 della Direttiva n. 2004/18 – sulla connotazione peculiare assunta dalla disciplina degli appalti pubblici rispetto a quella degli appalti privati, e superando quindi la pretesa del necessario carattere universale (relativo cioè al settore sia pubblico che privato) della clausola sociale avanzata in *Rüffert* (e ribadita in *Bundesdruckerei*) (16). Come è già stato criticamente rilevato da più parti (17), tuttavia, *RegioPost* non ha affatto preso le distanze dal discusso precedente del 2008 nell'evidenziare come la misura controversa nel caso di specie, diversamente da quella allora considerata, riuscisse a rispettare le condizioni fissate dall'art. 3 della Direttiva n. 96/71, prescrivendo, con una fonte a efficacia generale come la legge, l'osservanza di una determinata re-

(13) Sulla disciplina del distacco transazionale si rinvia al contributo di Pallini in questo fascicolo, I, 485 ss.

(14) C. Giust. 12.2.2015, C-396/13, *Säbköalojen ammattiliitto ry v. Elektrobudowa Spółka Akcyjna*, o più semplicemente *Esa*, in merito alla quale vd. Giubboni 2015.

(15) C. Giust. 17.11.2015, C-115/14, *RegioPost*.

(16) C. Giust. 18.9.2014, C-549/13, *Bundesdruckerei*.

(17) Vd. Brino 2016, 143 s., e Corti 2016, 511 s. e 516 s.; più positiva, invece, la posizione di Pallini 2016, 533 ss.

tribuzione in un contesto in cui nessun'altra disposizione nazionale imponeva, per il settore dei servizi considerato, un salario di livello inferiore: ragione per cui, nonostante l'importante svolta avvenuta, i problemi di compatibilità col diritto dell'Unione delle clausole di garanzia retributiva non possono ritenersi affatto risolti.

Gli sviluppi intervenuti di recente a livello sovranazionale, insomma, come quelli maturati di riflesso nel diritto interno (dei quali si darà conto nel par. 2), con l'adozione del d.lgs. n. 50/2016 recante il nuovo Codice dei contratti pubblici – appena corretto dal d.lgs. n. 56/2017 – oltre che con il d.lgs. n. 136/2016 sul distacco transnazionale dei lavoratori, non consentono dunque di tirare un respiro di sollievo liberatorio e inducono anzi a interrogarsi sulle possibili vie d'uscita dal vicolo cieco entro cui le clausole sociali di equo trattamento sono state sospinte (vd. *infra*, par. 4).

2. — *Clausole sociali di prima generazione e congruità del costo del lavoro nel nuovo codice dei contratti pubblici* — All'interno di un codice profondamente innovato rispetto a quello precedente e caratterizzato, in linea con le direttive che recepisce, dalla marcata valorizzazione dei criteri sociali e ambientali nell'aggiudicazione degli appalti (18), le garanzie di equo trattamento dei lavoratori contemplate nella previgente disciplina vengono non solo confermate, ma anche precisate e rafforzate. L'obbligo di osservanza dei contratti collettivi relativi al settore e alla zona in cui si eseguono le prestazioni, che era stabilito a carico di appaltatori e subappaltatori dall'art. 118, comma 6, del d.lgs. n. 163/2006 (vd. *supra*, par. 1), oltre che riproposto con identica formulazione nell'art. 105, comma 9, del d.lgs. n. 50/2016, è infatti ribadito nell'art. 30 del medesimo, in un contesto rilevante come quello dedicato alla fissazione dei principi cardine per l'aggiudicazione e l'esecuzione di appalti e concessioni, e proprio dopo la nuova significativa previsione, contenuta al comma 3, che – trasponendo letteralmente il già ricordato art. 18.2 della Direttiva n. 2014/24 – vincola gli operatori economici al rispetto degli «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», a pena di esclusione dalla gara, a vario titolo, delle offerte da essi presentate (come risulta dagli artt. 80, comma 5, lett. a, 94, comma 2, e 97, comma 5, lett. a): con una collocazione non casuale, che consente di leggere il disposto del comma 4 come una specificazione di quello precedente e quindi di far discendere dalla sua violazione non trascurabili conseguenze sanzionatorie (19).

(18) Vd. De Nictolis 2016, 503 ss., e in particolare 518.

(19) In questo senso Borgogelli 2016, 987.

Oltre che per l'accresciuta effettività, del resto, la previsione contemplata all'art. 30, comma 4, del nuovo Codice dei contratti pubblici segna un passo avanti rispetto a quella previgente per la duplice precisazione introdotta circa il contratto collettivo che dev'essere applicato ai lavoratori impiegati per l'esecuzione di appalti e concessioni: con l'espresso riferimento al contratto collettivo «stipulato dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale», da un canto, e «il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente», dall'altro.

Sotto quest'ultimo profilo, la puntualizzazione legislativa valorizza l'orientamento giurisprudenziale maturato con riguardo all'art. 36 St. lav. (vd. *supra*, par. 1), secondo cui il contratto collettivo nazionale assunto come parametro dalla clausola sociale è quello corrispondente all'attività effettivamente svolta dall'impresa appaltatrice, indipendentemente dall'iscrizione della stessa alle associazioni sindacali firmatarie e dalla sua eventuale adesione a un diverso contratto collettivo, data la residua operatività riconoscibile entro questo specifico ambito all'art. 2070 c.c. (20). Non si tratta, tuttavia, della semplice codificazione di un dato già assestato nel diritto vivente. Considerate le divergenze emerse in sede d'applicazione del d.lgs. n. 163/2006 circa la possibilità delle stazioni appaltanti d'imporre ai concorrenti, a fronte di diversi contratti adattabili alle prestazioni da affidare all'aggiudicatario, il rispetto del contratto collettivo di uno specifico settore (21), infatti, la scelta compiuta dall'art. 30, comma 4, col richiedere la *stretta* connessione tra l'attività lavorativa da espletare e il campo d'applicazione del contratto collettivo, sembra intervenire sulla delicata questione per indirizzarne la soluzione nei termini più rigorosi e più idonei a contrastare le pratiche di concorrenza al ribasso giocate sulla rincorsa agli standard di trattamento meno generosi.

Sullo stesso problema di fondo incide anche la precisazione, ripresa dal

(20) Vd. Cass. 25.7.1998, n. 7333, in *RIDL*, n. 3, II, 459 ss. Ad analoghe conclusioni era d'altronde pervenuta, pur non basandosi sull'art. 2070 c.c., anche la giurisprudenza amministrativa: vd., ad es., Cons. Stato, S. V, 18.8.2010, n. 5820, in *Contr. Stato Enti Pubb.*, 2010, 536 s.

(21) Concludono in senso negativo, tra le ultime, Cons. Stato, S. III, 9.12.2015, n. 5597, e Cons. Stato, S. V, 5.10.2016, n. 4109, oltre a Tar Lazio 11.2.2016, n. 1969, tutte in *DeJure*. Per l'orientamento positivo, minoritario secondo Spanicciati (2017, 89), vd. invece Cons. Stato, S. V., 17.1.2011, n. 197, e, entrambe sulla medesima articolata vicenda, Cons. Stato, S. III, 28.5.2015, n. 2671, e Cons. Stato, S. III, 15.4.2016, n. 1529, tutte in *DeJure*.

regolamento attuativo del vecchio codice dei contratti pubblici (art. 4, comma 1, d.P.R. n. 207/2010) ma promossa ora al rango legislativo, concernente il carattere comparativamente più rappresentativo delle parti firmatarie del contratto collettivo. A questo requisito soggettivo, in sintonia con la Convenzione Oil n. 94/1949, il legislatore affida da tempo, non solo in questo contesto, il compito di selezione dei contratti collettivi per l'assolvimento della preziosa funzione anti-*dumping* che esso – pur con i limiti tuttora legati alla difficile misurazione della rappresentatività sindacale – si presta a svolgere, come ha messo bene in evidenza la Corte costituzionale con la sentenza n. 51/2015 (22).

Non a caso, proprio i valori economici definiti dalla contrattazione collettiva stipulata dalle organizzazioni sindacali e datoriali comparativamente più rappresentative sono assunti a parametro di riferimento per la determinazione del costo del lavoro effettuata periodicamente tramite le tabelle del ministero del Lavoro, utili alle stazioni appaltanti sia nella fase di progettazione dell'appalto (per la quantificazione dei relativi costi) che in quella di aggiudicazione (per l'individuazione delle offerte anormalmente basse), come previsto ieri dal d.lgs. n. 163/2006 (agli artt. 86, commi 3-5, e 87, commi 1-3: vd. *supra*, par. 1) e oggi, in termini per lo più analoghi, dal d.lgs. n. 50/2016 (agli artt. 23, comma 16, e 97, commi 3-6). Nonostante il ruolo centrale riservato ai contratti collettivi siglati da organizzazioni dotate di adeguata rappresentatività nell'ambito del meccanismo di verifica della congruità economico-sociale delle offerte presentate, tuttavia, la giurisprudenza amministrativa tende a non escludere affatto, salvo sporadici casi meritevoli di estrema attenzione (23), la facoltà delle imprese affidatarie di appalti pubblici di applicare il contratto collettivo liberamente individuato, ritenendola presidiata dagli artt. 39, comma 1, e 41 Cost., e avallando gli scostamenti giustificati delle offerte dalle tabelle ministeriali, considerate espressione di costi medi del lavoro che non costituiscono parametri inderogabili, ma semplici indici di adeguatezza dell'offerta (24).

(22) C. cost. 26.3.2015, n. 51, la quale ha ritenuto legittima la regola (*ex art. 7, comma 4, del d.l. n. 248/2007, conv. in l. n. 31/2008*) che impone alle società, in presenza di più contratti collettivi della stessa categoria, il rispetto dei livelli retributivi fissati dai contratti nazionali firmati dai sindacati comparativamente più rappresentativi: a proposito di questa sentenza, v. Barbieri 2015.

(23) Pronuncia rilevantisima, ottenuta peraltro grazie a un dispiegamento di energie sindacali e ministeriali poderoso e assolutamente inconsueto, è Cons. Stato, S. III, 14.10.2015, n. 4699, in *RGL*, 2016, n. 1, I, 20, in merito alla quale vd. Orlandini 2015.

(24) L'orientamento sul possibile scostamento dai valori delle tabelle ministeriali è assolutamente consolidato: vd., da ultimo, Cons. Stato, S. III, 19.10.2015, n. 4789,

È vero che il nuovo Codice dei contratti pubblici lascia intravedere lo spazio per un irrigidimento dei consueti canoni valutativi affermando, all'art. 97, comma 5, lett. *d*, che la stazione appaltante è tenuta a escludere l'offerta anormalmente bassa quando «il costo del personale è inferiore ai minimi salariali retributivi indicati nelle apposite tabelle di cui all'art. 23, comma 16» (25). Il carattere perentorio di quest'affermazione, però, risulta difficilmente conciliabile con le disposizioni, contenute ora nell'art. 97, comma 6, ma tutt'altro che nuove, che stabiliscono l'inammissibilità di giustificazioni in relazione non ai parametri fissati dalle tabelle ministeriali, ma solo ai «trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge», nonché la facoltà della stazione appaltante di valutare «in ogni caso [...] la congruità di ogni offerta che, in base a elementi specifici, appaia anormalmente bassa»: tant'è che nella giurisprudenza amministrativa sono già emerse letture contrastanti del non chiaro dettato normativo (26).

La scelta a favore dei contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative ribadita dal nuovo codice dei contratti pubblici, e non più solo ai fini della formazione delle tabelle ministeriali, pone il già rilevato problema di contrasto con l'art. 39, comma 1, Cost. (27), ma la limitazione della libertà sindacale insita nell'obbligo di applicare una determinata disciplina collettiva appare più facile da legittimare, in effetti, alla luce della più rigida lettura dell'art. 36 Cost. emersa, proprio con l'obiettivo di «contrastare forme di competizione salariale al ribasso», nella recente giurisprudenza costituzionale (28).

La medesima scelta è stata del resto compiuta, rimettendo ai contratti collettivi di cui all'art. 51 del d.lgs. n. 81/2015 la definizione dei livelli minimi di condizioni di lavoro e di occupazione garantiti ai lavoratori distaccati per l'esecuzione di appalti transnazionali, dall'art. 4, comma 1, del d.lgs. n. 136/2016: disciplina che il generico riferimento ai soggetti distaccati contenuto nell'art. 1, comma 1, rende applicabile anche alle situa-

Cons. Stato, S. IV, 20.2.2016, n. 854, e Cons. Stato, S. V, 6.2.2017, n. 501, tutte in *Dejure*.

(25) In questo senso è la convinta lettura data alla previsione da Borgogelli 2016, 986.

(26) Cfr. Tar Reggio Calabria, S. I, 15.12.2016, n. 1315, e Tar Roma, S. I, 30.12.2016, n. 12873, entrambe in *FI*, 2017, n. 3, III, 163 ss.

(27) Per i riferimenti dottrinali, vd. *supra*, par. 1, in nota 3.

(28) Si fa riferimento alla già richiamata sentenza costituzionale n. 51/2015 (da cui è tratta la citazione), opportunamente valorizzata per le implicazioni indirette sulle clausole sociali da Orlandini (2015, 2) e da Borgogelli (2016, 987 s.).

zioni di distacco transnazionale realizzate per l'esecuzione di contratti pubblici, e quindi interferente, in termini che restano ancora da chiarire, con quella dettata dal d.lgs. n. 50/2016 (29).

Sia il nuovo Codice dei contratti pubblici che la riscritta normativa sul distacco transnazionale di lavoratori, nell'affidare ai contratti collettivi di diritto comune la fissazione degli standard di trattamento da assicurare ai lavoratori addetti alle opere e ai servizi appaltati, hanno comunque trascurato la ferma richiesta avanzata dalla Corte di Giustizia in sede d'interpretazione delle direttive in materia, circa l'efficacia generale delle fonti collettive che definiscono le condizioni lavorative da applicare (vd. *supra*, par. 1.1), non superando dunque i problemi di compatibilità col diritto dell'Unione che le precedenti discipline nazionali ponevano sotto questo profilo (30). In mancanza di puntuali indicazioni legislative anche in ordine al dibattuto tema dei salari da corrispondere ai lavoratori impiegati per l'esecuzione di appalti pubblici o di prestazioni rese nell'ambito di distacchi transnazionali, perciò, un ruolo centrale continua a giocare la giurisprudenza (pur non univoca) che ha ancorato ai principi costituzionali di proporzionalità e sufficienza della retribuzione l'efficacia *erga omnes* dei minimi tabellari e di alcune componenti salariali previsti dai contratti collettivi: giurisprudenza alla quale si è rifatto il ministero del Lavoro nel tentativo di chiarire, come impone l'art. 5 della Direttiva *enforcement* n. 2014/67, l'incerta portata normativa del d.lgs. n. 136/2016 (31).

3. — *Appalti privati e clausole di equo trattamento di fonte collettiva* —
Comparse sulla scena quasi mezzo secolo fa e ancora presenti nei contratti collettivi odierni (32), le clausole pattizie volte a garantire il rispetto della disciplina collettiva nell'esecuzione delle opere e dei servizi appaltati solo in qualche caso impongono – in linea con l'abrogato art. 3 della legge n. 1369/1960 – l'osservanza del trattamento minimo risultante dal contratto collettivo applicato dal committente, mentre in genere fanno riferimento al contratto collettivo di pertinenza dell'impresa appaltatrice, oppure del settore di appartenenza della stessa, prevedendo perlopiù l'impegno del

(29) In questo senso è l'attento rilievo di Allamprese, Orlandini 2016, 2.

(30) Critiche in proposito sono state mosse da più parti: vd., tra gli altri, Corti 2016, 521, e Pallini 2016, 538.

(31) Vd. la circolare dell'Ispektorato nazionale del lavoro 9.1.2017, n. 1, esplicativa della disciplina sul distacco transnazionale.

(32) Per le prime previsioni di questo genere vd. Lozito 2013, 61, mentre si rimanda a Mattei (2016, 771 s.) per l'indicazione di alcune delle più recenti.

committente a inserire nel contratto d'appalto la clausola determinante il vincolo a carico dell'appaltatore (33).

Quand'anche strutturate in questi precisi termini, anziché vaghe sulle modalità tramite cui perseguire il risultato dell'equo trattamento, le previsioni sociali di origine contrattuale presentano i limiti di effettività derivanti dal fatto di essere dettate da accordi collettivi non vincolanti per gli appaltatori, dai quali evidentemente dipende la definizione degli standard economico-normativi applicati ai lavoratori impiegati nell'appalto. I limiti collegati a questo vizio genetico delle clausole di equo trattamento pattizie non si manifestano tanto quando il committente si adopera per rendere operanti le garanzie collettive all'interno del contratto d'appalto, dando luogo a una stipulazione qualificabile come contratto a favore di terzi (*ex art. 1411 c.c.*), ma emergono invece con la massima intensità nell'ipotesi contraria, non apparendo possibile sopperire alla mancata previsione dello specifico impegno sociale da parte dell'appaltatore con il meccanismo dell'integrazione legale del contratto d'appalto chiamato in causa per la clausola di analogo contenuto, ma di fonte legale, di cui all'art. 36 St. lav. (34): con la conseguenza che l'unico margine di giustiziabilità delle clausole in questione resta quello affidato all'iniziativa delle organizzazioni sindacali, eventualmente assumibile – ove ne ricorrano i presupposti – azionando il procedimento giudiziale di repressione della condotta antisindacale (35).

Una diversa tecnica messa in campo dall'autonomia collettiva, dalla fine del secolo scorso, per rispondere alle esigenze di tutela dei lavoratori a fronte dei sempre più frequenti processi di disarticolazione del ciclo produttivo tra distinte imprese, in particolare scoraggiando quelli motivati dalla ricerca di una riduzione del costo del lavoro, si è basata sull'espansione dell'area contrattuale realizzata dalle parti sociali mediante la riconduzione entro la sfera applicativa del contratto collettivo delle attività esternalizzate a determinati soggetti dall'impresa decentrante. L'esperienza delineatasi in tal senso nel settore del credito, con l'individuazione di un du-

(33) Per l'illustrazione delle diverse scelte effettuate dalla contrattazione collettiva nella costruzione delle clausole sociali di equo trattamento vd. ancora Lozito 2013, 62 ss.

(34) Esclude l'applicabilità dell'art. 1339 c.c. in queste situazioni, condivisibilmente, Lozito 2013, 123 s., cui si rinvia anche per i riferimenti alla dottrina che – pur senza trovare seguito nella giurisprudenza dominante (vd., per tutte, Cass. 23.4.1999, n. 4070, in *NGL*, 1999, 595) – ne ha invece sostenuto l'utilizzabilità in relazione all'art. 36 St. lav. Sui limiti di efficacia delle clausole sociali di fonte collettiva vd. anche Alvino 2014, 283.

(35) Così, fra i tanti, e richiamando i principali contributi dottrinali in proposito, Lambertucci 1999, 301.

plice criterio oggettivo e soggettivo deputato a definire confini e *ratio* dell'espansione del contratto collettivo, è risultata senza dubbio interessante, sebbene sulle potenzialità protettive e sull'efficacia di simile strategia non sia emersa in dottrina uniformità di vedute (36). A distanza ormai di parecchi anni dal debutto di questa tecnica di ampliamento del campo di applicazione dei trattamenti assicurati dal contratto collettivo, a ogni modo, si constata che la sua diffusione non v'è stata, nonostante il fatto che nessun ostacolo giuridico si frapponga allo sviluppo di scelte dell'autonomia collettiva orientate in questa direzione.

Sia l'espansione dell'area contrattuale che le clausole pattizie impositive dell'equo trattamento ad appaltatori e subappaltatori, in effetti, non pongono particolari problemi di violazione dell'art. 39 Cost., né sotto il profilo della limitazione della libertà sindacale né sotto quello della indebita estensione dell'efficacia soggettiva del contratto collettivo, com'è stato spiegato da più parti (37). Il nodo cruciale col quale le clausole sociali di fonte collettiva qui prese in esame sono costrette a misurarsi si colloca dunque non sul piano della loro legittimità, ma, come si è già rilevato, su quello della loro concreta tenuta e della sanzionabilità delle condotte omissive o inadempianti poste in essere da committenti e appaltatori.

Tenuto conto di ciò, le clausole collettive di equo trattamento paiono quindi vivere in condizioni giuridiche di minor problematicità rispetto alle clausole sociali volte a garantire il mantenimento dell'occupazione ai lavoratori impiegati negli appalti, pur destinatarie della previsione fortemente rivitalizzatrice contenuta nell'art. 50 del Codice dei contratti pubblici, come riscritto da ultimo dal d.lgs. n. 56/2017 (38).

4. — *Le criticità in attesa di soluzione nell'ordinamento multilivello* —
Provando in conclusione a riannodare i fili dell'analisi svolta, e considerando in primo luogo la dimensione europea delle questioni trattate, si può osservare come la cautela adoperata dalla Corte di Giustizia nella più recente giurisprudenza sulle garanzie di equo trattamento dei lavoratori,

(36) Complessivamente positiva la valutazione di Lambertucci (1999, 305 ss.), al quale si rimanda anche per l'accurata descrizione di tale esperienza e i riferimenti dottrinali in proposito, e, più di recente, quella di Alvino 2014, 284 ss.; più scettiche, invece, per le ragioni ivi illustrate e condivise da chi scrive, le posizioni di Corazza 2004, 240 ss. e di Lunardon 2004, 230 ss.

(37) Vd. Lambertucci 1999, 307 ss. con riferimento all'estensione dell'area contrattuale, mentre 303 s. con riferimento alle clausole pattizie di equo trattamento; Lunardon 2004, 227 s.; Lozito 2013, 125 ss.

(38) In proposito, vd. il contributo di Ratti in questo fascicolo, I, 469 ss.

caratterizzata da indubbie aperture rispetto al *Laval quartet* ma al tempo stesso dall'incapacità di un netto distacco dai discorsi precedenti, non lasciò allo stato presagire l'imminente definizione da parte dei giudici di Lussemburgo di un punto di equilibrio socialmente più sostenibile, anche se i miglioramenti intervenuti nel quadro normativo dell'Unione offrirebbero oggi maggior spazio per un'evoluzione in tal senso (39). Quanto al fronte legislativo, un significativo passo avanti nell'azione di contrasto alle pratiche di concorrenza al ribasso sul costo del lavoro presenti nel mercato degli appalti, transnazionali e non solo (40), potrà certo essere segnato dal completamento dell'*iter* di revisione della Direttiva n. 96/71 e dalla prevista introduzione (tra l'altro) del principio di parità di trattamento in materia di «retribuzione» in sostituzione della più limitata garanzia delle «tariffe minime salariali» (in merito, vd. Pallini, in questo fascicolo, I, 485 ss.), ma neppure il raggiungimento di questo impegnativo traguardo – a meno di incisive modifiche al testo della proposta di direttiva ora in discussione – condurrà a superare l'ostacolo giuridico rappresentato, per Stati come l'Italia, dalla mancanza di efficacia *erga omnes* dei contratti collettivi cui è affidata la definizione degli standard di trattamento da assicurare ai lavoratori.

La via della fissazione di un salario minimo legale, imboccata da altri ordinamenti per sottrarre le clausole sociali di garanzia retributiva dalla problematica condizione di non conformità al diritto dell'Unione, è naturalmente percorribile anche nel nostro paese, ma andrebbe costruita con la piena consapevolezza delle intricate questioni aperte nella regolazione multilivello degli appalti pubblici, diversamente da quanto accaduto con l'art. 1, comma 7, lett. g, della legge delega n. 183/2014. La scelta ivi compiuta di limitare l'applicazione del salario legale «ai settori non regolati da contratti collettivi sottoscritti dalle organizzazioni sindacali [...] comparativamente più rappresentative sul piano nazionale», pur comprensibile da altri punti di vista, renderebbe infatti la misura inidonea a soddisfare il requisito della valenza generale della fonte della garanzia imposto dall'ordinamento unieuropeo.

La strada alternativa rappresentata dall'approdo a un sistema di contrattazione collettiva a efficacia generalizzata, d'altro canto, consentirebbe certo di allineare ai vincoli del mercato unico europeo le clausole nazionali di

(39) Si rimanda in proposito a quanto sinteticamente spiegato nel par. 1.1 e alla dottrina citata nella nota 17.

(40) Purché si tratti però di situazioni di potenziale rilievo transnazionale, come si è spiegato nel par. 1.1, in particolare nella nota 9.

equo trattamento nella loro interezza, e non limitatamente alla (pur centrale) garanzia retributiva, ma sembra improbabile che le difficoltà frapposte da decenni alla sua concreta praticabilità possano venire ora superate in nome di questo specifico – benché molto rilevante – obiettivo.

Nell'analisi che si è svolta sull'attuale stato di salute delle clausole sociali di prima generazione non possono non venire al pettine, in effetti, i principali nodi che connotano la nostra contrattazione collettiva e la progressiva metamorfosi che l'ha vista trasformare, a dispetto del cruciale ruolo assegnatole nel contrasto al *dumping* sociale e nella promozione di una leale concorrenza fra imprese, in «strumento di contenimento del costo del lavoro» (41). L'esorbitante crescita numerica dei contratti collettivi nazionali, la diffusione ai vari livelli di accordi non firmati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative e l'assenza di criteri certi per l'individuazione di quelli rispondenti invece a tale criterio sono, com'è noto, non trascurabili elementi di criticità del quadro che si ha di fronte: criticità che nel caso delle clausole di equo trattamento di origine collettiva, evidentemente, pesano non solo in sede di definizione delle condizioni da assicurare ai lavoratori, ma pure nella fase genetica di fissazione del vincolo.

In questo complicato contesto non mancano proposte legislative che mostrano piena consapevolezza dell'esigenza di rafforzamento della tutela dei lavoratori impiegati nell'esecuzione di appalti, sia privati che pubblici (42): prospettando interventi senza dubbio ancora perfezionabili tecnicamente, da diversi punti di vista (43), ma apprezzabili per la luce che proiettano su aspetti oggettivamente deboli e meritevoli di attenzione del nostro ordinamento giuridico.

(41) In questi termini, con riferimento a diversi ambiti (tra cui quello degli appalti pubblici), Gottardi (2016, 881 ss.), cui si rimanda per l'accurata analisi dei profili critici dell'attuale sistema contrattual-collettivo.

(42) Si fa riferimento alla proposta di legge d'iniziativa popolare promossa dalla Cgil e nota come *Carta dei diritti universali del lavoro* (presentata alla Camera dei deputati il 29.9.2016, Atto C-4064, attualmente in discussione presso la competente Commissione parlamentare), che all'art. 89, nel tentativo di delineare una regola meno fragile e problematica di quella risultante dall'abrogato art. 3 della l. n. 1369/1960, prevede l'introduzione del principio di parificazione dei trattamenti di origine collettiva riservati ai lavoratori del committente, o dell'affidante di altro contratto avente a oggetto l'esecuzione di un'opera o di un servizio, e a quelli dell'appaltatore o del diverso affidatario «operante in condizioni di dipendenza economica rispetto all'affidante».

(43) Si pensi, ad esempio, che l'art. 89, nel considerare la pubblica amministrazione alla stregua di qualunque «affidante», elude la delicata questione del proprio coordinamento con la corpora disciplina concernente i contratti pubblici (di cui si è detto nei parr. 1 e 4).

Riferimenti bibliografici

- Allamprese A., Orlandini G. (2014), *Le norme di rilievo lavoristico nella nuova Direttiva sugli appalti pubblici*, in *RGL*, n. 1, I, 169 ss.
- Allamprese A., Orlandini G. (2016), *Decreto legislativo n. 136/2016 recante attuazione della Direttiva n. 2014/67 sul distacco transnazionale di lavoratori. Un primo commento*, in *www.cgil.it*.
- Alvino I. (2014), *Il lavoro nelle reti di imprese: profili giuridici*, Milano, Giuffrè.
- Barbieri M. (2015), *In tema di legittimità costituzionale del rinvio al Ccnl delle organizzazioni più rappresentative nel settore cooperativo per la determinazione della retribuzione proporzionata e sufficiente*, in *RGL*, n. 3, II, 493 ss.
- Borgogelli F. (2016), *Appalti pubblici e contrasto al dumping salariale: un caso di subordinazione dell'autonomia collettiva?*, in *LD*, n. 4, 985 ss.
- Brino V. (2016), *Salario minimo legale e appalti pubblici: il caso RegioPost*, in *RGL*, n. 2, II, 135 ss.
- Caranta R., Dragos D.C. (2014), *La mini-rivoluzione del diritto europeo dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, n. 5, 493 ss.
- Chisari C. et al. (2006), *Somministrazione e appalti: contrattazione collettiva e fenomeni interpositori*, in Rusciano M. et al. (a cura di), *Istituzioni e regole del lavoro flessibile*, Napoli, Esi, 413 ss.
- Corazza L. (2004), «Contractual integration» e rapporti di lavoro, Padova, Cedam.
- Corti M. (2016), *Concorrenza e lavoro: incroci pericolosi in attesa di una svolta*, in *DLRI*, n. 3, 505 ss.
- Costamagna F. (2017), *Minimum Wage in EU Law Between Public Procurement and Posted Workers: Anything New Under the Sun After the RegioPost Case?*, in *European Law Review*, n. 1, 101 ss.
- Costantini S. (2014), *La finalizzazione sociale degli appalti pubblici. Le «clausole sociali» fra tutela del lavoro e tutela della concorrenza*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 196.
- Costantini S. (2015), *Il subappalto nelle recenti direttive europee in materia di appalti pubblici e concessioni*, in Carinci M.T. (a cura di), *Dall'impresa a rete alle reti d'impresa*, Milano, Giuffrè, 373 ss.
- De Nictolis R. (2016), *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, n. 5, 503 ss.
- Forlivesi M. (2015), *Le clausole sociali negli appalti pubblici: il bilanciamento possibile tra tutela del lavoro e ragioni del mercato*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 275.
- Ghera E. (2001), *Le cd. clausole sociali: evoluzione di un modello di politica legislativa*, in *DRI*, 133 ss.
- Giubboni S. (2015), *Salario minimo e distacco transnazionale*, in *RGL*, n. 2, II, 221 ss.
- Gottardi D. (2016), *La contrattazione collettiva tra destrutturazione e ri-regolazione*, in *LD*, n. 4, 877 ss.
- Guadagno S. (2016), *Salario minimo, distacco dei lavoratori e appalti pubblici: un nuovo equilibrio per diritti sociali?*, in *ADL*, n. 4-5, II, 840 ss.
- Lambertucci P. (1999), *Area contrattuale e autonomia collettiva*, in *DLRI*, n. 2-3, 277 ss.

- Lo Faro A. (2017), *Le clausole sociali nel nuovo codice degli appalti pubblici: rinnovamento o continuità?*, in corso di pubblicazione in Calcaterra L. (a cura di), *Tutele del lavoro ed esigenze della produzione*, in *Studi in onore di Raffaele De Luca Tamajo*, Editoriale scientifica, Napoli.
- Lozito M. (2013), *Tutele e sottotutele del lavoro negli appalti privati*, Cacucci, Bari.
- Lunardon F. (2004), *Contrattazione collettiva e governo del decentramento produttivo*, in *RIDL*, n. 2, I, 213 ss.
- Mancini F. (1972), *Commento all'art. 36*, in Ghezzi G. et al., *Statuto dei lavoratori. Commentario al codice civile diretto da Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 542 ss.
- Mattei A. (2016), *Scomposizione dell'impresa, lavoro esternalizzato e inclusione sociale: azioni della negoziazione collettiva*, in *RGL*, n. 4, I, 765 ss.
- Orlandini G. (2013), *Mercato unico dei servizi e tutela del lavoro*, Milano, Franco Angeli.
- Orlandini G. (2015), *Shopping contrattuale nelle gare di appalto*, in *www.cgil.it*.
- Pallini M. (2016), *Diritto europeo e limiti di ammissibilità delle clausole sociali nella regolazione nazionale degli appalti pubblici di opere e servizi*, in *DLRI*, n. 3, 525 ss.
- Pallini M. (2017), *Gli appalti transnazionali: la disciplina italiana al vaglio di conformità con il diritto europeo*, in *RGL*, n. 3, I, 485 ss.
- Ratti L. (2017), *Le clausole sociali di seconda generazione: inventario di questioni*, in *RGL*, n. 3, I, 469 ss.
- Scarpelli F. (2006), *Regolarità del lavoro e regole della concorrenza: il caso degli appalti pubblici*, in *RGL*, n. 4, I, 753 ss.
- Spanicciati F. (2017), *Le gare d'appalto e la discrezionalità nell'applicazione dei contratti collettivi di lavoro*, in *GDA*, n. 1, 84 ss.
- Varva S. (2011), *Il diritto del lavoro negli appalti pubblici. Le clausole sociali*, in Carinci M.T. et al. (a cura di), *Tutela e sicurezza del lavoro negli appalti privati e pubblici*, Torino, Utet, 335 ss.

ABSTRACT

Il saggio esamina le clausole che garantiscono ai lavoratori impiegati negli appalti pubblici, ma anche in quelli privati, i trattamenti previsti dai contratti collettivi, illustrando le regole vigenti in proposito a livello sia dell'Unione europea che nazionale e focalizzando l'attenzione sui problemi che in entrambi gli ordinamenti devono tuttora essere affrontati dai giudici e dal legislatore.

SOCIAL CLAUSES REQUIRING COMPLIANCE WITH COLLECTIVE AGREEMENTS BY CONTRACTORS: OPEN ISSUES

The essay analyses the social clauses requiring compliance with collective agreements in public procurements and in private contracts. The essay underlines the relevant provisions at Eu and national level also focusing on the issues that still remain to be faced by Courts and legislators in both juridical contexts.

Luca Ratti (*)

LE CLAUSOLE SOCIALI DI SECONDA GENERAZIONE: INVENTARIO DI QUESTIONI

SOMMARIO: 1. Introduzione. — 2. Inquadramento ed efficacia. — 3. Successione nell'appalto e trasferimento d'azienda. — 4. Appalti pubblici e stabilità dell'occupazione. — 5. Limiti derivanti dall'affermazione delle libertà economiche fondamentali nel diritto europeo.

1. — *Introduzione* — Si definiscono clausole sociali di conservazione dell'occupazione quelle previsioni, contenute in contratti o accordi collettivi e in norme di legge, dirette a imporre l'obbligo di mantenere in tutto o in parte l'occupazione dei lavoratori impiegati in un appalto di servizi in capo all'appaltatore che subentra nell'esecuzione del servizio. La ricaduta di tali previsioni si manifesta, oltre che sulla posizione dei lavoratori coinvolti, anche con riguardo all'appaltatore uscente, agevolato nel risolvere le questioni di riduzione del personale connesse alla cessazione del contratto, e all'appaltatore subentrante, al quale si offre la possibilità di reperire manodopera già qualificata per l'esecuzione dei servizi dedotti in appalto e sul quale grava una significativa compressione della propria libertà d'iniziativa economica.

Denominate «di seconda generazione» – per distinguerle da quelle aventi a oggetto minimi di trattamento, di importanza sempre maggiore nell'epoca della globalizzazione dei mercati (1) –, le clausole sociali in esame affondano le proprie radici nella contrattazione collettiva territoriale (2) e si sono negli anni diffuse, con singolari varianti, specialmente in alcuni settori nei quali l'impiego di manodopera costituisce il fattore organizzativo di gran lunga prevalente (pulizie, logistica, ristorazione collettiva, vigilanza privata, servizi aeroportuali, turismo, e altri), così da rendere frequente l'avvicendamento di diverse imprese nella gestione del medesimo

(*) *Associate Professor* di Diritto del lavoro europeo e comparato presso l'Università del Lussemburgo.

(1) Cfr. il contributo di Izzi 2017.

(2) Marinelli M. 2003, 470; Ghera 2001.

appalto e pertanto maggiormente esposta la posizione dei lavoratori a esso adibiti (3).

La stessa legislazione ha disposto effetti analoghi a quelli conseguiti mediante le clausole sociali di fonte collettiva, intervenendo in ipotesi di avvicendamento tra imprese private in settori sensibili quali la riscossione delle imposte (4), la liberalizzazione del mercato interno del gas (5), l'*andling* aeroportuale (6) e da ultimo i *call center* (7). Identica matrice sembra connotare la previsione, contenuta nel Regolamento Ce n. 1370/2007 per il settore del trasporto passeggeri su strada e ferrovia, che autorizza gli Stati membri a garantire ai lavoratori coinvolti nella successione di un appalto quei diritti che sarebbero spettati loro in ipotesi di trasferimento d'azienda a norma della Direttiva n. 2001/23 (8).

La diffusione delle clausole sociali di seconda generazione di fonte collettiva ha portato il legislatore a intervenire per regolarne l'efficacia e limitarne le conseguenze (9). Nelle pagine seguenti, dopo un breve resoconto dei profili incontrovertiti delle clausole sociali di conservazione dell'occupazione, saranno esaminati tre snodi problematici, o percorsi di approfondimento, ove si registra il tentativo del legislatore italiano di porre rimedio all'evidente *mismatch* fra la consolidata esperienza sindacale, le interpretazioni avanzate in dottrina e giurisprudenza, e il quadro derivante dal diritto europeo.

(3) Mutarelli 2014a, 304; Costantini 2011, 233.

(4) Cfr. l'art. 140, comma 1, d.P.R. n. 858/1963, nonché l'art. 122, d.P.R. n. 43/1988, che contengono clausole sociali recanti un obbligo incondizionato di riasunzione. Di contro, l'art. 63, d.lgs. n. 112/1999, in materia di riscossione, introduce unicamente una priorità in favore dei dipendenti già impiegati in attività di riscossione, sia in caso di cambio appalto, sia in caso di re-internalizzazione del servizio.

(5) Cfr. art. 28, comma 6, d.lgs. n. 164/2000.

(6) L'art. 14, d.lgs. n. 18/1999, di recepimento della Direttiva n. 96/67, è stato censurato dalla Corte di Giustizia Ue, per contrarietà all'art. 18 della Direttiva n. 96/67, che impone limiti alla discrezionalità degli Stati membri di introdurre o mantenere disposizioni a garanzia di un «adeguato livello di protezione sociale» (C. Giust. 9.12.2004, C-460/02, *Commissione c. Repubblica italiana*, punti 31 e 32). Benché criticabile sul piano assiologico (Brino 2005, 2592), il medesimo ragionamento fondato sull'osservanza dell'*effet utile* della direttiva è stato coerentemente applicato rispetto a un'analoga disposizione contenuta nell'ordinamento tedesco (C. Giust. 14.7.2005, C-386/03, *Commissione c. Repubblica federale di Germania*, punti 28-30). Sul tema per tutti, Orlandini 2013, 161 ss.

(7) Cfr. art. 1, comma 10, legge n. 11/2016.

(8) Cfr. art. 4.5, Regolamento Ce n. 1370/2007.

(9) L'art. 7, comma 4-*bis*, d.l. n. 248/2007, ha escluso dall'applicazione dell'art. 24, legge n. 223/1991, i licenziamenti disposti per cessazione dell'appalto qualora presso l'impresa subentrante sia assicurata la «parità di condizioni economiche e nor-

2. — *Inquadramento ed efficacia* — In base al tenore delle clausole sociali contenute nei contratti collettivi è possibile stilare una tassonomia utile a segnalarne differenze in punto a efficacia, intensità del vincolo e giustiziabilità, il cui presupposto va individuato nel grado di specificità che assume l'obbligo di riassunzione imposto all'appaltatore subentrante con riferimento sia all'attività oggetto del contratto, sia al numero e alle caratteristiche professionali dei lavoratori beneficiari (10). Non senza contrasti, la dottrina ha inquadrato nello schema del contratto (preliminare) a favore di terzi (art. 1411 c.c.) le clausole collettive contenenti obblighi di conservazione dell'occupazione, purché esse consentano di individuare senza margini di incertezza i lavoratori beneficiari e il trattamento a essi applicabile (11).

È questa la condizione per ottenere una sentenza produttiva degli effetti del contratto non concluso. Già impiegato per gli obblighi a contrarre derivanti dalle cd. assunzioni obbligatorie (12), il rimedio di cui all'art. 2932 c.c. è invocabile solamente laddove la clausola individui con sufficiente precisione i criteri di individuazione del lavoratore beneficiario dell'obbligo, nonché i termini e le condizioni essenziali dell'instaurando rapporto di lavoro (13). In subordine, il lavoratore avrà diritto ad accedere a una tutela meramente risarcitoria, commisurata alle retribuzioni perse nel periodo di messa in mora, detratto quanto percepito *aliunde* (14).

Nel senso sopra precisato, solo alcune previsioni contenute nei contratti collettivi stipulati negli anni recenti sembrano prefigurare un diritto soggettivo perfetto del lavoratore a essere riassunto dall'appaltatore subentran-

mate previste dai contratti collettivi nazionali di settore stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative». In tema di ammortizzatori sociali, l'art. 2, comma 34, legge n. 92/2012, ha ritenuto non dovuto il contributo all'Aspi per quei licenziamenti causati dalla cessazione di un appalto «ai quali siano succedute assunzioni presso altri datori di lavoro, in attuazione di clausole sociali che garantiscano la continuità occupazionale previste dai contratti collettivi nazionali di lavoro». L'art. 7, d.lgs. n. 23/2015, ha disposto che «l'anzianità di servizio del lavoratore che passa alle dipendenze dell'impresa subentrante nell'appalto si computa tenendosi conto di tutto il periodo durante il quale il lavoratore è stato impiegato nell'attività appaltata».

(10) Marinelli F. 2011, 219 ss.

(11) Esautivamente sul punto Marinelli M. 2002, 217.

(12) In argomento, Ferraresi 2012, 309 ss. e Pasqualetto 2011, 767. In giurisprudenza, Cass. 25.3.2011, n. 7007, in *DRI*, 2011, 767.

(13) Orlandini, 2015; Mutarelli 2014a, 311; Aimo 2007, 109. In giurisprudenza Cass. 30.12.2009, n. 27841, in *GC*, 2010, n. 5, I, 1115, e Cass. 26.8.2003, n. 12516, in *OGL*, 2003, 795.

(14) T. Milano 26.1.2016, in *ADL*, 2016, II, 636.

te (15). Esprimono di contro una versione «attenuata» delle clausole sociali quelle previsioni collettive che, pur disponendo obblighi di riassunzione in capo all'appaltatore subentrante, non consentono di identificare i lavoratori beneficiari (16).

L'effettività del vincolo derivante dalle clausole sociali di fonte collettiva è altresì subordinata al fatto che le condizioni di esecuzione dell'appalto rimangano invariate sul piano organizzativo, non rilevando invece una variazione nel corrispettivo o nei criteri per la sua determinazione. Ove tali condizioni mutino, si prevede che l'obbligo di riassunzione «degradi» a mero obbligo di informazione e consultazione con le rappresentanze aziendali e con i sindacati territoriali, al fine di armonizzare le nuove modalità di esecuzione dell'appalto con l'esigenza del mantenimento dei livelli occupazionali (17). Il che rende la garanzia disposta dal contratto collettivo elastica, o meglio facoltativa, e perciò inidonea a dar luogo a un diritto soggettivo perfetto (18).

La cessazione dell'appalto non comporta l'automaticità del licenziamento (19), non costituendone un presupposto di per sé integrante il giustificato motivo oggettivo (20). Nell'ipotesi in cui l'appaltatore subentrante non applichi le medesime condizioni di cui beneficiavano i lavoratori nel precedente rapporto di lavoro (ipotesi contemplata dall'art. 7, comma 4-bis, d.l. n. 248/2007), la cessazione dell'appalto deve inquadrarsi nell'alveo della disciplina dei licenziamenti collettivi, ricorrendone i requisiti quantitativo-temporali, non potendosi accogliere un'interpretazione analogica delle eccezioni di cui al comma 4 dell'art. 24, legge n. 223/1991 (21).

Sembra parimenti appianata l'ulteriore questione della possibilità di inquadrare l'accettazione delle nuove condizioni di lavoro presso l'appaltatore subentrante quale rinuncia del lavoratore a impugnare il licenziamento

(15) Cfr.: art. 4, Ccnl multiservizi; art. 6, Ccnl servizi ambientali Federambiente; art. 6.12, Accordo di rinnovo 2013 del Ccnl agenzie di somministrazione; art. 37, Ccnl cooperative sociali.

(16) Cfr.: art. 43, Ccnl pulizia aziende artigiane nonché, secondo alcuni (Mutarelli 2014b); art. 27, Ccnl vigilanza privata.

(17) Cfr.: art. 4, Ccnl multiservizi; art. 7, Ccnl servizi postali in appalto.

(18) Cass. 12.4.2006, n. 8531, in *GCM*, 2006, 4.

(19) Cass. 20.9.2010, n. 19842, in *Diritto e giustizia*, 2010. In senso contrario, T. Lamezia Terme 19.1.2011 (in *Pluris2017*) qualifica il rapporto di lavoro sorto per l'esecuzione di un appalto come «contratto di lavoro a causa complessa», il che giustificerebbe, a guisa di un collegamento negoziale, la risoluzione del primo alla cessazione del secondo.

(20) Cass. 14.7.2000, n. 9398, in *NGL*, 2000, 756.

(21) Scarpelli 2001, 2064, cui *adde* Mutarelli 2015, 347.

comminato dal precedente appaltatore (22). Dopo un contrasto netto in seno alla Sezione lavoro della Cassazione, la giurisprudenza si è consolidata nell'escludere che si tratti di acquiescenza o risoluzione consensuale per fatti concludenti (23), mancando i relativi presupposti formali (24) e non essendo desumibile dal mero «reperimento di una nuova occupazione, temporanea o definitiva», una «sicura intenzione del lavoratore di accettare l'atto risolutivo» (25).

3. — *Successione nell'appalto e trasferimento d'azienda* — Per lungo tempo la giurisprudenza ha negato in maniera *tranchante* le interferenze concettuali tra successione nell'appalto e trasferimento d'azienda, per l'assenza di un rapporto diretto tra appaltatore uscente e subentrante, così come di un negozio traslativo a norma dell'art. 2112 c.c. (26). A partire dagli anni duemila, tuttavia, la Cassazione ha interpretato la disciplina dell'art. 2112 c.c. in guise più aderenti al quadro comunitario, riconoscendo l'esistenza di un trasferimento d'azienda «anche in ipotesi di successione nell'appalto di un servizio, sempre che si abbia un passaggio di beni di non trascurabile entità, ma tale da rendere possibile lo svolgimento di una specifica impresa» (27). Si è così ammesso che il «mutamento nella titolarità di un'attività economica organizzata» possa realizzarsi anche in due fasi, come è nell'ipotesi di successione in appalto (28).

Il tratto forse più controverso della riforma dei rapporti interpositori attuata con gli artt. 20 ss., d.lgs. n. 276/2003, è consistito nella rivisitazione delle tutele dei lavoratori impiegati in appalto. Superando il regime della

(22) Lima, 2013.

(23) Come invece ricostruito da Vallebona 1999, 208.

(24) Cfr. art. 4, legge n. 92/2012, e ora art. 26, comma 3, d.lgs. n. 151/2015.

(25) Cass. 22.11.2016, n. 23732, in *Diritto e giustizia*, 2016; Cass. 2.11.2016, n. 22121, in *LG*, 2017, 355; Cass. 29.5.2007, n. 12613, in *DL*, 2007, 1069; Cass. 24.2.2006, n. 4166, in *RIDL*, 2006, II, 918. In senso contrario Cass. 18.10.2002, n. 14824, in *www.legge-e-giustizia.it* (consultato il 2 giugno 2017).

(26) Cass. 18.3.1996, n. 2254, in *RIDL*, 1997, II, 395, con nota di Romei, cui *adde* Cass. 20.9.2003, n. 13949, in *RIDL*, 2004, II, 404, con nota di Senatori. In dottrina: Cester 2004; Gragnoli 2005.

(27) Cass. 13.1.2005, n. 493, in *FI*, 2005, I, 690, con nota di Perrino, che recepisce, seppure con ritardo, quanto statuito da C. Giust. 7.3.1996, C-171/94 e C-172/94, *Merckx*.

(28) Per prima Cass. 30.12.2003, n. 19842, in *FI*, 2004, I, 1095, con nota di Cosio, e, più di recente, Cass. 6.12.2016, n. 24972, in *Pluris2017*; Cass. 12.4.2016, n. 7121, in *GD*, 2016, f. 21, 56; Cass. 16.5.2013, n. 11918, in *GI*, 2014, 1165; Cass. 2.3.2012, n. 3301, in *GD*, 2012, f. 18, 41; Cass. 15.10.2010, n. 21278, in *GCM*, 2010, 10.

parità di trattamento negli appalti «interni» di cui alla legge n. 1369/1960 e ridefinendo i confini tra appalto genuino e interposizione illecita, il legislatore ha introdotto nell'art. 29 una disposizione in forza della quale «L'acquisizione del personale già impiegato nell'appalto a seguito di subentro di un nuovo appaltatore, in forza di legge, di contratto collettivo nazionale di lavoro, o di clausola del contratto d'appalto, non costituisce trasferimento d'azienda o di parte d'azienda» (art. 29, comma 3).

La norma ha suscitato fondati dubbi di compatibilità con la nozione di trasferimento d'azienda derivante dalla Direttiva n. 2001/23, posto che a partire da *Süzen* (29) e *Temco* (30) rientrano nell'ambito di applicazione della direttiva anche le ipotesi di riassunzione di una parte essenziale dei dipendenti del precedente appaltatore, che sia qualificabile come entità economica organizzata, in adempimento di un obbligo derivante dal contratto collettivo (31). Si è così fatta strada un'interpretazione minimalistica dell'art. 29, comma 3, in virtù della quale la mera riassunzione di personale da parte dell'appaltatore subentrante non integra di per sé un trasferimento d'azienda (32); interpretazione che si è discostata da una lettura in senso derogatorio rispetto all'art. 2112 c.c. (33).

In risposta a tale insoddisfacente quadro normativo, complicato dalla difficoltà in concreto di verificare come l'appaltatore subentrante organizzi la propria attività in applicazione di clausole sociali, è stata avanzata una proposta – contenuta nella Carta dei diritti universali elaborata dalla Cgil – in virtù della quale dovrebbe prevedersi, in caso di cambio appalto, un'articolata procedura di coinvolgimento sindacale e l'attribuzione del diritto alla riassunzione ovvero, in subordine, del diritto di precedenza in future assunzioni da parte dell'appaltatore subentrante (34).

Le aporie derivanti dall'applicazione dell'art. 29, comma 3, hanno portato nel 2015 all'avvio di una procedura di preinfrazione da parte della Commissione europea nei confronti dell'Italia (35). Il legislatore nazionale

(29) C. Giust. 11.3.1997, C-13/95, *Süzen*.

(30) C. Giust. 24.1.2002, C-51/00, *Temco*.

(31) Lamberti 2016, 322 ss.; Tursi 2015, 233 ss.; Barnard 2012, 592 ss.

(32) Da ultimo, Villa 2016, 78-79, sulla scorta di Scarpelli 2004, 444, e Novella, Vallauri 2005, 193.

(33) Alvino 2007, 1261.

(34) Cfr. art. 91, comma 11, Carta dei diritti universali del lavoro, in *RGL*, 2016, n. 1, I, 233 ss. *De iure condendo*, tale proposta contempla altresì il diritto del lavoratore a opporsi al passaggio, rimanendo alle dipendenze dell'appaltatore cessante, «in ogni caso di successione dell'impresa in un appalto di opere o servizi, identificabile o meno come trasferimento d'azienda».

(35) Commissione europea, *EU Pilot*, 7622/15/EMPL.

ha perciò modificato la norma (art. 30, comma 1, legge n. 122/2016), aggiungendovi due incisi rilevanti: il primo si riferisce al nuovo appaltatore, il quale deve oggi essere «dotato di propria struttura organizzativa e operativa»; il secondo all'operazione economica realizzata, che deve presentare «elementi di discontinuità che determinano una specifica identità di impresa».

La disposizione, che avrebbe dovuto tenere conto dell'evoluzione della giurisprudenza della Corte di Giustizia e della stessa Cassazione sulla nozione di impresa e sul mantenimento della relativa identità, sconta in realtà una formulazione e una terminologia assai imprecise (36), e sembra riferita più alla distinzione fra appalto genuino e interposizione illecita che a quella tra cambio appalto e trasferimento d'azienda. Nell'introdurre elementi di fattispecie relativi al soggetto, dotato di «propria struttura organizzativa e operativa», e all'oggetto del cambio appalto, da cui deve emergere una «specificità di identità di impresa», la disposizione rende prescrittive espressioni utilizzate dalla giurisprudenza in modo del tutto atecnico e descrittivo (37). È poi evidente che la stessa interpretazione della nozione di azienda di cui all'art. 2112 c.c. viene a essere influenzata, in negativo, dal nuovo art. 29, comma 3, nella misura in cui la verifica degli elementi di continuità nell'attività svolta dagli appaltatori succedutisi in esecuzione dell'appalto possa risultare dirimente per constatare il mantenimento dell'identità dell'entità ceduta a norma dell'art. 2112, comma 5, c.c. La stessa postura della norma ne muta radicalmente il significato, dato che l'insussistenza dei requisiti ora introdotti può comportare di per sé l'applicazione dell'art. 2112 c.c., quando non anche dell'intera disciplina di cui agli artt. 2555 ss. c.c. (38).

Sul piano comparato, l'ordinamento italiano risulta meno attrezzato di altri a rispondere alla complessità del fenomeno in esame. Un esempio di legislazione virtuosa sul punto viene dal Regno Unito, ove dal 2006 si prevede che tutte le operazioni di passaggio di dipendenti in appalto (*outsourcing*, *re-tendering*, ossia cambio appalto, e *insourcing*) determinino un *service provision change*, con applicazione delle protezioni disposte in caso di

(36) Non si comprende infatti il significato dell'espressione «struttura operativa», attributo del nuovo appaltatore, né in che cosa consistano gli «elementi di discontinuità» cui si riferisce l'ultima parte della norma, tanto più se riferiti a una «specificità di identità di impresa».

(37) Ad es., T. Roma 26.9.2016, in *RGL*, 2017, II, 122, con nota di Marino, deduce la sussistenza di un trasferimento d'azienda in ipotesi di cambio appalto «quando il passaggio dei lavoratori da un appaltatore all'altro non determini una significativa discontinuità dell'impresa».

(38) Cosattini 2016.

trasferimento d'azienda (Regolamento 3.1.b, Tupe 2006) (39). Pur non priva di difficoltà applicative (40), la disciplina britannica sul *service provision change* si pone al di fuori dell'ambito di applicazione della direttiva e costituisce una misura di maggior favore rispetto all'armonizzazione minima dettata dalla medesima (art. 8, Direttiva n. 2001/23) (41).

A fronte del numero e dell'importanza degli interventi interpretativi della Corte di Giustizia, il diritto nazionale fatica a rimanere allineato rispetto al quadro europeo in materia di trasferimento d'azienda (42), nonostante a oggi la Cassazione non sembri incline a sollevare tali questioni (43). Invece di prendere atto della parziale sovrapposizione tra le due fattispecie (44), il legislatore italiano persevera nel difficile percorso di delimitazione fra cambio appalto e trasferimento d'azienda, per differenziarne le tutele, salvo poi tener conto ai fini dell'anzianità valevole per il calcolo dell'indennità di licenziamento «di tutto il periodo durante il quale il lavoratore è stato impiegato nell'attività appaltata» (art. 7, d.lgs. n. 23/2015) (45).

4. — *Appalti pubblici e stabilità dell'occupazione* — Il succedersi di appaltatori nella prestazione di servizi in favore della pubblica amministrazione costituisce da tempo un'ipotesi critica, per l'impatto sia sulla garanzia di trattamenti minimi, sia sul mantenimento dei livelli occupazionali: entrambi implicati nell'introduzione di clausole sociali di fonte legale e negoziale (46). Orientando la competizione fra imprese verso fattori organizza-

(39) *The Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations 2006*, Reg. 3.1.b. Per tutti, Wynn-Evans 2013, 152 ss.

(40) McMullen 2016, 220 ss. È interessante notare come, nonostante le intenzioni di modifica annunciate dal Governo conservatore con il *Beecroft Report*, le successive consultazioni hanno dato conto di una consistente maggioranza dei soggetti consultati (lavoratori, imprese e loro associazioni) a favore del mantenimento della regola (sul punto, Titze 2015, 254-255).

(41) Il punto è chiarito da ultimo in C. Giust. 6.4.2014, C-458/12, *Amatori*, punti 36 e 40.

(42) Countouris, Njoya 2015, 421 ss.; Novella, Vallauri 2008, 55 ss.; Valdés Dal Re 2001, 179 ss.

(43) Ad es., Cass. 6.12.2016, n. 24972, cit., afferma esplicitamente che l'art. 29, d.lgs. n. 276/2003, «non contraddice la giurisprudenza in materia della C. Giust., che reputa non contrastante con la normativa eurounitaria, ma non necessitata, l'estensione della tutela prevista per i trasferimenti d'azienda anche ai casi di successione d'un imprenditore a un altro nell'appalto di un servizio».

(44) E decidere di abrogare l'art. 29, comma 3, com'era previsto nella formulazione originaria dell'art. 8, legge europea 2015/2016 (A.C. 3821-A).

(45) Criticamente Bertoncello 2015, 69 ss.

(46) *Amplius* su tale dicotomia, Varva 2014, 193 ss.

tivi diversi dall'impiego di manodopera, esse comportano la necessità di contemperare contrapposti principi, anche alla luce del quadro sovranazionale di regole (47).

Nell'implementare la Direttiva n. 2004/18 (48), l'art. 69, d.lgs. n. 163/2006, attribuiva alle esigenze sociali un rilievo minimale quanto alla determinazione delle condizioni per l'esecuzione dell'appalto e ne richiedeva unicamente la compatibilità con i principi del diritto Ue (in specie parità di trattamento, trasparenza e proporzionalità). Superata un'iniziale diffidenza per le clausole contenute nei bandi di gara recanti clausole sociali di conservazione dell'occupazione (49), l'Autorità di vigilanza sugli appalti pubblici ha ammesso la legittimità di tali previsioni (50), sulla scorta della giurisprudenza amministrativa, purché esse si risolvano in un impegno dell'aggiudicatario in fase di esecuzione dell'appalto e non configurino un requisito per la partecipazione alla selezione (51). Peraltro, dette clausole non possono impedire all'imprenditore aggiudicatario di organizzare nella maniera ritenuta più efficiente la propria impresa (52), destinando ove necessario ad altro appalto il personale acquisito (53), per la necessità di contemperare utilità sociale e libera iniziativa privata (54).

Il quadro normativo è parzialmente mutato con l'art. 50, d.lgs. n. 50/2016. Nella sua versione originaria, la norma concedeva la facoltà di introdurre clausole sociali di conservazione dell'occupazione, in caso di appalti *labour intensive*, rimettendone la scelta alla singola stazione appaltante, il che generava pratiche incertezze in specie per l'ampia riserva, espressa dallo stesso art. 50, relativa al «rispetto dei principi dell'Unione

(47) Scarpelli 2006, 756.

(48) Che contemplava una disciplina tesa a favorire la libera circolazione dei servizi e proteggere gli interessi degli operatori economici nell'aggiudicarsi, osservando le medesime condizioni, appalti nei diversi Stati membri: così C. Giust., 13.11.2007, C-507/03, *Commissione c. Irlanda*, punto 27.

(49) Avcp (oggi Anac), 25.2.2010, parere n. 44/2010.

(50) Anac, 6.6.2014, parere n. 30/2014; Anac, 22.7.2015, rif. AG58/15/AP.

(51) Cons. Stato, S. III, 14.9.2015, n. 4274, in *Pluris2017*. Sul punto, la più recente Cons. Stato, S. III, 5.5.2017, n. 2078, inedita a quanto consta, ha osservato che, «se è vero che il rispetto degli obblighi assunti dall'aggiudicatario in sede di gara riguarda l'esecuzione del rapporto, sicché la verifica del loro inadempimento risulta rimandata alle future dinamiche dell'instaurando rapporto contrattuale, tuttavia assume rilevanza anche nella gara, quale indice sintomatico di ulteriori vizi dell'offerta medesima».

(52) Cons. Stato, S. III, 10.5.2013, n. 2533, in *FA Cons. Stato*, 2013, n. 5, 1194.

(53) Cons. Stato, S. V, 7.6.2016, n. 2433, in *FA*, 2016, n. 6, 1498.

(54) Cons. Stato, S. VI, 27.11.2014, n. 5890, *FA*, 2014, n. 11, 2816; Cons. Stato, S. III, 9.7.2013, n. 3639, in *Pluris2017*.

europea» (55). Il decreto correttivo del Codice dei contratti pubblici (art. 51, d.lgs. n. 56/2017) ha novellato il medesimo art. 50, disponendo che non sia più facoltativa, ma obbligatoria in bandi di gara, avvisi e inviti, l'inclusione di clausole sociali dirette a promuovere la stabilità occupazionale nell'affidamento dei contratti di concessione e di appalto di lavori e servizi. Ciò determina, insieme all'obbligatorietà, la riferibilità dell'obbligo ai soli appalti ad alta intensità di manodopera, ossia nei quali il relativo costo è pari almeno alla metà del corrispettivo per il servizio (art. 50, ultima parte), ponendo in dubbio la possibilità di estendere siffatte clausole a gare di appalto che non contemplano servizi *labour intensive*. Il tenore perentorio del nuovo art. 50 si pone tuttavia in evidente contraddizione con i vincoli derivanti dal rispetto della libertà dell'appaltatore subentrante di organizzare discrezionalmente il servizio. Onde sfuggire a censure di incostituzionalità per contrasto con l'art. 41 Cost., l'interpretazione delle novità introdotte dal d.lgs. n. 56/2017 dovrà tenere conto della lettura offerta dai giudici amministrativi, che ritengono insussistente un «obbligo per l'impresa aggiudicataria di un appalto pubblico di assumere a tempo indeterminato e in forma automatica e generalizzata il personale già utilizzato dalla precedente impresa o società affidataria» (56). La stabilità occupazionale, dunque, dovrà essere «promossa e non rigidamente imposta» (57).

Alcuni settori della dottrina hanno accolto con favore le modifiche all'art. 50, specie se lette nel prisma delle disposizioni della Direttiva n. 2014/24 in materia di appalti «riservati» e del citato Regolamento n. 1370/2007 per il settore del trasporto pubblico su strada e ferrovia, così da prefigurare un «implicito riconoscimento da parte del legislatore europeo della presunzione di compatibilità con i principi del mercato interno delle clausole sociali a tutela della continuità dell'occupazione» (58). Senonché, occorre tenere distinto il concetto di appalto riservato (a talune categorie di lavoratori svantaggiati) da quello di clausole sociali, non potendosi trarre generalizzazioni da una previsione riferibile a un'ipotesi eccezionale. La stessa Direttiva n. 2014/24 – nell'ammettere gli Stati membri a prevedere «misure adeguate per garantire che gli operatori economici, nell'esecuzione di appalti pubblici, rispettino gli obblighi applicabili in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro» (art. 18.2) (59) – limita

(55) Lo Faro 2017.

(56) Tar Toscana, S. III, 13.2.2017, n. 231, inedita a quanto consta.

(57) Tar Calabria, S. Reggio Calabria, 15.3.2017, n. 209, inedita a quanto consta.

(58) Borgogelli 2017, 51.

(59) Sulle potenzialità di tale disposizione cfr., da ultimo, Barnard 2017, 216 e 237.

la possibilità di introdurre clausole sociali ritenendo inammissibili quelle che comportino «requisiti minimi» (60). Né appare ipotizzabile un *revisement* della giurisprudenza della Corte di Giustizia (61), saldamente intesa a subordinare l'ammissibilità delle clausole sociali (per ora solamente quelle di trattamento minimo) al rispetto delle libertà economiche fondamentali (62).

Uno spazio per affermare la compatibilità delle clausole sociali di seconda generazione con la Direttiva n. 2014/24 potrebbe ritrovarsi nell'art. 70, là dove si consente alle amministrazioni aggiudicatrici di esigere condizioni particolari in merito all'esecuzione dell'appalto, ivi comprese considerazioni relative all'occupazione (63). Restano tuttavia aperte questioni di aderenza ai principi generali del diritto europeo, in materia di concorrenza e di libertà d'impresa (64).

5. — *Limiti derivanti dall'affermazione delle libertà economiche fondamentali nel diritto europeo* — È pacifico che le clausole sociali di conservazione dell'occupazione costituiscano limitazioni dell'iniziativa economica privata. Sul piano dell'ordinamento nazionale, qualora derivino da disposizioni di legge, tali limitazioni devono rispondere ai principi enunciati dalla Corte costituzionale in tema di bilanciamento *ex art.* 41, commi 1 e 2, Cost., così da non rendere eccessivamente gravoso per l'impresa appaltatrice subentrante il sacrificio derivante dall'obbligo di assunzione (65). Di contro, non sembrano porre questioni di compatibilità costituzionale le clausole contenute nei contratti collettivi, che rientrano nel potere dispositivo insito nella libertà sindacale delle associazioni portatrici dei rispettivi interessi (66).

(60) Cfr. i Considerando n. 37 e n. 45, e l'art. 67, Direttiva n. 2014/24.

(61) Corti 2016; Pallini 2016; Costantini 2015b, 381.

(62) C. Giust. 18.9.2014, C-549/13, *Bundesdrückerei*; C. Giust. 17.11.2015, C-115/14, *Regio Post*; C. Giust., 12.2.2015, C-396/13, *Sähköalojen Ammattiliitto*.

(63) Orlandini 2015.

(64) Efficacemente segnalati, tra gli altri, da Costantini 2015a.

(65) Cfr. C. cost. 3.3.2011, n. 68, in *GCost.*, 2011, 1053, che ha censurato una legge regionale ove la riassunzione era importa a tempo indeterminato, riconoscendo in via incidentale la legittimità di altre clausole sociali di fonte legale; C. cost. 5.7.1990, n. 316, in *GCost.*, 1990, 2025, che ha ritenuto legittima una norma in materia di imprese di assicurazione che imponeva all'acquirente l'obbligo di assumere parte dei dipendenti di un'impresa assicurativa di cui avesse acquisito il portafoglio clienti, essendo tale elemento idoneo a costituire una valida contropartita rispetto alla compressione della libertà d'impresa. Conforme la giurisprudenza del Consiglio di Stato citata nel paragrafo che precede.

(66) In tal senso Lozito 2015, 311.

Le incertezze maggiori si evidenziano invece con riguardo all'ordinamento europeo, ove si registra una crescente importanza del mercato unico dei servizi, che vede i prestatori transnazionali sempre più attivi nell'aggiudicazione di appalti pubblici e privati nei diversi Stati membri, il che conferisce un rilievo centrale al tema dei limiti legali e convenzionali alle libertà fondamentali (67).

Un primo profilo di incompatibilità attiene alle clausole sociali di fonte negoziale, applicabili tanto ai prestatori di servizi nazionali quanto a quelli transnazionali. Con riguardo a questi ultimi, ove si considerino tali clausole di applicazione necessaria, esse sembrano introdurre un regime discriminatorio che sfavorisce gli appaltatori provenienti da altri Stati membri rispetto a quelli nazionali, i quali godono del cd. effetto impeditivo derivante dall'art. 39, seconda parte, Cost. (68). Ciò si porrebbe in contrasto con l'art. 3.10, Direttiva n. 96/71, che autorizza l'imposizione di clausole negoziali esterne alle materie coperte dalla direttiva solo se applicabili indistintamente anche alle imprese nazionali (69). Ove invece si considerino efficaci con riguardo alle sole imprese aderenti, si porrebbe un problema di tutela dell'autonomia privata non dissimile rispetto a quanto accaduto in *Alemo-Herron* per le clausole dinamiche in materia di trasferimento d'azienda (70). Maggiori aperture sembra possano derivare dalla Direttiva n. 2014/67, che completa il quadro in tema di distacco transnazionale, per la rinnovata attenzione al rispetto dei diritti sindacali fondamentali riconosciuti a livello nazionale, «ivi compresi il diritto o la libertà di sciopero e il diritto o la libertà di intraprendere altre azioni contemplate dalla disciplina delle relazioni industriali negli Stati membri» e il «diritto di negoziare, concludere e applicare accordi collettivi e promuovere azioni collettive secondo il diritto e le prassi nazionali» (Direttiva n. 2014/67, art. 1.2) (71).

Vi è poi da considerare l'effetto di tali clausole collettive sul piano della tutela della concorrenza. Gli spazi entro cui la contrattazione collettiva può intervenire sono delimitati dalla cd. formula *Albany*, in virtù della quale gli obiettivi di politica sociale perseguiti mediante gli accordi collettivi sareb-

(67) Carabelli 2009, 34 ss.

(68) Orlandini 2008.

(69) Lozito 2015, 314.

(70) C. Giust., 18.7.2003, C-426/11, *Alemo-Herron*, punti 28-29. Da ultimo, la Corte sembra avere adottato un atteggiamento più aperto nei confronti delle clausole dinamiche: C. Giust., 27.4.2017, C-680/15 e 681/15, *Asklepios*.

(71) Giubboni 2015, 826-827.

bero compromessi ove sottoposti all'art. 101.1 TfUe (72). Tali obiettivi, tuttavia, devono rientrare fra quelli protetti dai Trattati Ue ed essere diretti al miglioramento delle condizioni di lavoro e occupazione (73): questione tuttora aperta in ipotesi di clausole sociali di seconda generazione, per le quali rimane da stabilire se la tutela dell'occupazione dei lavoratori impiegati nell'appalto rientri fra gli obiettivi ammessi (74). Anche qui il confronto comparato suggerisce una certa prudenza nel considerare le clausole di riassunzione di fonte collettiva di per sé immuni dai principi in tema di concorrenza (75).

Quanto alle clausole di fonte legale, esse in tanto sono compatibili con i Trattati: in quanto non pregiudichino, per un verso, l'effetto utile delle direttive e gli obiettivi da esse perseguiti (76), per l'altro le libertà fondamentali contemplate dagli artt. 49 (libertà di stabilimento) e 56 (libera prestazione di servizi) TfUe, specie se lette alla luce dell'art. 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. In ossequio all'art. 52.1 della Carta, si pone la questione di determinare se la disposizione nazionale sia proporzionata, se persegua obiettivi previsti dai Trattati medesimi e se la limitazione delle libertà fondamentali non risulti eccedere quanto necessario al perseguimento dello scopo (77). In assenza di chiare indicazioni, potrebbe ipotizzarsi la piena legittimità delle sole clausole che prevedano un mero diritto di precedenza in capo ai lavoratori già impiegati nell'appalto (78), dovendosi formulare un giudizio caso per caso per quelle più pregnanti (e diffuse) di conservazione dell'occupazione, con il rischio per tale strada di spogliarle della loro originaria carica protettiva.

(72) C. Giust., 21.9.1999, C-67/96, *Albany*, punti 54 ss., cui *adde* C. Giust., 4.12.2014, C-413/13, *FNV Kunsten*; C. Giust., 11.12.2007, C-438/05, *Viking*, punto 49; C. Giust. 24.1.2013, C-319/07 P, *3F c. Commissione*, punti 50-51.

(73) Giubboni 2003, 226 ss.; Aimò 2007, 16-17. Da ultimo, cfr. la lettura assai restrittiva fornita nelle Conclusioni dell'Avv. Gen. Wahl, in C-413/13, *FNV Kunsten*, punti 71-73.

(74) Una serie di indicazioni ancora attuali possono provenire dalle Conclusioni dell'Avv. Gen. Jacobs in C-67/96, *Albany* – un vero saggio di diritto comparato –, spec. punti 120 ss.

(75) Brino 2012, 98-104, con riferimento all'art. L. 420-4, n. 2, *Code du travail*.

(76) C. Giust. 9.12.2004, C-460/02, *Commissione c. Repubblica italiana*, cit.; C. Giust. 14.7.2005, C-386/03, *Commissione c. Repubblica federale di Germania*, cit.

(77) La più recente applicazione di questo test è contenuta in C. Giust. 21.12.2016, C-201/15, *Aget Iraklis*, punti 70 e 79 ss.

(78) Del resto, in questi termini, cfr. le Conclusioni dell'Avv. Gen. Léger nella causa C-460/02, punto 46.

Riferimenti bibliografici

- Aimo M. (2007), *Stabilità del lavoro e tutela della concorrenza*, in Ballestrero M.V. (a cura di), *La stabilità come valore e come problema*, Giappichelli, Torino, 109 ss.
- Alvino I. (2007), *La tutela del lavoro nell'appalto*, in Amoroso G. et al. (a cura di), *Il diritto del lavoro*, I, Giuffrè, Milano, 1239 ss.
- Barnard C. (2012), *EU Employment Law*, Oxford University Press, Oxford.
- Barnard C. (2017), *To Boldly Go: Social Clauses in Public Procurement*, in *Industrial law journal*, vol. 46, n. 2, 208 ss.
- Bertoncello L.G. (2015), *La tutela «crescente» dei lavoratori nel cambio di appalto*, in Fiorillo L., Perulli A. (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi. Decreti legislativi 4 marzo 2015, n. 22 e n. 23*, Giappichelli, Torino, 69 ss.
- Borgogelli F. (2017), *Modelli organizzativi e tutele dei lavoratori nei servizi di interesse pubblico*, relazione alle Giornate di Studio Aidlass su «Frammentazione organizzativa e lavoro: rapporti individuali e collettivi», Cassino, 18-19 maggio 2017, dattiloscritto (reperibile al sito: <http://www.aidlass.it/wp-content/uploads/2017/05/Relazione-Borgogelli.pdf>).
- Brino V. (2005), *Il diritto comunitario e le misure nazionali a sostegno dell'occupazione: un compromesso difficile*, in *GC*, 2592 ss.
- Brino V. (2012), *Diritto del lavoro, concorrenza e mercato*, Cedam, Padova.
- Carabelli U. (2009), *Europa dei mercati e conflitto sociale*, Cacucci, Bari.
- Cester C. (2004), *Il trasferimento d'azienda e di parte di azienda fra garanzie per i lavoratori e nuove forme organizzative dell'impresa: l'attuazione delle direttive comunitarie è conclusa?*, in Carinci M.T., Cester C. (a cura di), *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d'azienda*, Ipsoa, Milano, 249 ss.
- Corti M. (2016), *Concorrenza e lavoro: incroci pericolosi in attesa di una svolta*, in *DLRI*, n. 151, 505 ss.
- Cosattini L.A. (2016), *Cambio appalto e trasferimento d'azienda: un intervento normativo poco meditato*, in *LG*, 953 ss.
- Costantini S. (2011), *Limiti all'iniziativa economica privata e tutela del lavoratore subordinato: il ruolo delle cd. «clausole sociali»*, in *Ianus*, 199 ss.
- Costantini S. (2015a), *La tutela della continuità occupazionale nel settore del trasporto pubblico su strada e su rotaia*, in *DRI*, 787 ss.
- Costantini S. (2015b), *Il subappalto nelle recenti direttive europee in materia di appalti pubblici e concessioni*, in Carinci M.T. (a cura di), *Dall'impresa a rete alle reti d'impresa (scelte organizzative e diritto del lavoro)*, Giuffrè, Milano, 373 ss.
- Countouris N., Njoya W. (2015), *2001/23/EC: Transfer of Undertakings*, in Schlachter M. (a cura di), *EU Labour Law. A Commentary*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 421 ss.
- Ferraresi M. (2012), *La recente giurisprudenza sul collocamento delle persone disabili: assestamenti del «diritto diseguale»*, in *ADL*, II, 309 ss.
- Ghera E. (2001), *Le cd. clausole sociali: evoluzione di un modello di politica legislativa*, in *DRI*, 133 ss.
- Giubboni S. (2003), *Diritti sociali e mercato*, Il Mulino, Bologna.
- Giubboni S. (2015), *Libertà economiche fondamentali, circolazione dei servizi e diritto del lavoro*, in *RGL*, I, 811 ss.

- Gragnoli E. (2005), *Contratti di appalto di servizi e trasferimento d'azienda*, in *Trasferimento di ramo d'azienda e rapporto di lavoro. Dialoghi fra dottrina e giurisprudenza*, Giuffrè, Milano, 195 ss.
- Izzi D. (2017), *Le clausole di equo trattamento dei lavoratori impiegati negli appalti: i problemi aperti*, in *RGL*, n. 3, I, 451 ss.
- Lamberti F. (2016), *Il trasferimento d'azienda nei settori «labour intensive»*, in *RGL*, II, 322 ss.
- Lima A. (2013), *La successione negli appalti e le possibili conseguenze per i lavoratori: prosecuzione del rapporto, licenziamento, risoluzione consensuale, nuova assunzione. Riflessioni dopo la cd. riforma Fornero*, in *ADL*, II, 635 ss.
- Lo Faro A. (2017), *Le clausole sociali nel nuovo codice degli appalti pubblici: rinnovamento o continuità?*, in corso di pubblicazione in *Calcaterra L.* (a cura di), *Tutele del lavoro ed esigenze della produzione. Scritti in onore di Raffaele De Luca Tamajo*, Editoriale scientifica, Napoli.
- Lozito M. (2013), *Tutele e sottotutele del lavoro negli appalti privati*, Cacucci, Bari.
- Lozito M. (2015), *Le clausole di assorbimento della manodopera negli appalti privati tra vincoli costituzionali ed europei*, in *Carinci M.T.* (a cura di), *Dall'impresa a rete alle reti d'impresa (scelte organizzative e diritto del lavoro)*, Giuffrè, Milano, 311.
- Marinelli M. (2002), *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, Giappichelli, Torino.
- Marinelli M. (2003), *Successione nell'appalto, assunzione dei lavoratori e trasferimento d'azienda*, in *DL*, I, 470 ss.
- Marinelli F. (2011), *La tutela del posto di lavoro in caso di cessazione dell'appalto*, in *Carinci M.T., Cester C., Mattarolo M.G., Scarpelli F.* (a cura di), *Tutela e sicurezza negli appalti privati e pubblici. Inquadramento giuridico ed effettività*, Utet, Torino, 219 ss.
- McMullen J. (2016), *The Developing Case Law on TUPE and Service Provision Change*, in *Industrial law journal*, vol. 45, n. 2, 220 ss.
- Mutarelli M.M. (2014a), *Contrattazione collettiva e tutela dell'occupazione negli appalti*, in *Ferraro G.* (a cura di), *Redditi e occupazione nelle crisi d'impresa. Tutele legali e convenzionali nell'ordinamento italiano e dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino, 304 ss.
- Mutarelli M.M. (2014b), *La clausola sociale per il cambio di appalto nel Ccnl Vigilanza privata*, in *Il diritto dei lavori*, anno VIII, n. 1, 59 ss.
- Mutarelli M.M. (2015), *Gli effetti delle clausole di riassunzione nell'avvicendamento di appalti privati*, in *Carinci M.T.* (a cura di), *Dall'impresa a rete alle reti d'impresa (scelte organizzative e diritto del lavoro)*, Giuffrè, Milano, 337 ss.
- Novella M., Vallauri M.L. (2005), *Il nuovo art. 2112 c.c. e i vincoli del diritto europeo*, in *DLRI*, 177 ss.
- Novella M., Vallauri M.L. (2008), *Employee Rights in Transfer of Undertakings: Italian Legislation and EC Law*, in *European law journal*, 55 ss.
- Orlandini G. (2008), *Considerazioni sulla disciplina del distacco dei lavoratori stranieri in Italia*, in *RIDL*, I, 70 ss.
- Orlandini G. (2013), *Mercato unico dei servizi e tutela del lavoro*, FrancoAngeli, Milano.

- Orlandini G. (2015), voce *Clausole sociali [dir. lav. interno]*, in *www.treccani.it (www.dirittoonline.it)*.
- Pasqualetto E. (2011), *Si consolida l'orientamento della Cassazione favorevole all'applicazione dell'art. 2932 c.c. in caso di illegittimo diniego di assunzione del disabile nel «nuovo» sistema del collocamento mirato*, in *DRI*, 767 ss.
- Scarpelli F. (2001), *Cessazione degli appalti di servizi e licenziamenti collettivi*, in *DPL*, n. 31, 2063 ss.
- Scarpelli F. (2004), *Appalto e distacco*, in Gragnoli E., Perulli A. (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, Cedam, Padova, 435 ss.
- Scarpelli F. (2013), *Regolarità del lavoro e regole della concorrenza: il caso degli appalti pubblici*, in *RGL*, I, 753 ss.
- Titze J. (2015), *Service Provision Changes – Lessons for the Continent?*, in *European labour law journal*, vol. 6, n. 3, 239 ss.
- Tursi A. (2015), *Cessione di ramo d'azienda: apparenti contrasti e persistenti equivoci alla luce della giurisprudenza nazionale e comunitaria*, in *DRI*, 233 ss.
- Valdés Dal Re (2001), *Transfers of Undertakings: An Experience of Clashes and Harmonies between Community Law and National Legal Systems*, in Sciarra S. (a cura di), *Labour Law in the Courts*, Hart, Oxford and Portland, 179 ss.
- Vallebona A. (1999), *Successione nell'appalto e tutela dei posti di lavoro*, in *RIDL*, II, 207 ss.
- Varva S. (2014), *Il lavoro negli appalti pubblici*, in Aimo M., Izzi D. (a cura di), *Esternalizzazioni e tutela dei lavoratori*, Utet Giuridica, Milano-Roma, 193 ss.
- Villa E. (2016), *«Subentro» nell'appalto labour intensive e trasferimento d'azienda: un puzzle di difficile composizione*, in *LD*, 69 ss.
- Wynn-Evans C. (2013), *In Defence of Service Provision Change?*, in *Industrial law journal*, vol. 42, n. 2, 152 ss.

ABSTRACT

Le clausole sociali di riassunzione o conservazione dell'occupazione, anche dette «di seconda generazione», rivestono un'importanza crescente nel mercato unico dei servizi. Il saggio si propone di fare il punto sulle principali questioni interpretative che possono considerarsi risolte con riguardo al loro inquadramento ed efficacia, per poi investigare alcuni profili tuttora problematici, in specie sul piano della compatibilità della disciplina nazionale con il quadro derivante dal diritto europeo primario e derivato.

THE SOCIAL CLAUSES FOR MAINTAINING EMPLOYMENT IN A MULTILEVEL LEGAL ORDER

The social clauses for maintaining employment, so-called «of second generation», play a pivotal role in the service single market. While assessing the major interpretative points on their classification and effects, this essay aims at exploring some questions still unresolved, especially regarding the compatibility between the national rules and the framework designed by Eu primary and secondary law.

Massimo Pallini (*)

GLI APPALTI TRANSNAZIONALI: LA DISCIPLINA ITALIANA AL VAGLIO DI CONFORMITÀ CON IL DIRITTO EUROPEO

SOMMARIO: 1. Il celato ambito di applicazione del d.lgs. n. 136/2016. — 2. I criteri di selezione della legge applicabile ai rapporti di lavoro negli appalti transnazionali. — 3. I limiti alla applicabilità delle previsioni dei contratti collettivi nazionali. — 4. La «tendenziale» imperatività dei minimi retributivi contrattuali. — 5. La sbilanciata responsabilizzazione dell'appaltante.

1. — *Il celato ambito di applicazione del d.lgs. n. 136/2016* — Nell'ordinamento italiano, la disciplina degli appalti transnazionali si cela tra le pieghe di una legge, il d.lgs. n. 136/2016, nel cui testo – sorprendentemente – non si rinviene mai la parola «appalti», sebbene invece questi ne siano l'oggetto principale.

L'epigrafe si limita a riferire asetticamente che si tratta della legge nazionale di attuazione delle Direttive n. 1996/71 e n. 2014/67; l'art. 1 designa il suo ambito di applicazione riferendolo in modo sibillino «... alle imprese stabilite in un altro Stato membro che, nell'ambito di una prestazione di servizi, distaccano in Italia uno o più lavoratori [...] in favore di un'altra impresa, anche appartenente allo stesso gruppo, o di un'altra unità produttiva o di un altro destinatario, a condizione che durante il periodo del distacco, continui a esistere un rapporto di lavoro con il lavoratore distaccato».

Il legislatore ha così scelto di perpetuare l'ambiguità già alimentata sia dal dato testuale della (infelice) traduzione italiana della Direttiva n. 96/71, sia da quello della prima legge di attuazione di questa direttiva, il d.lgs. n. 72/2000, che la novella abroga e sostituisce integralmente. Anche il d.lgs. n. 136/2016, infatti, continua a riferirsi al «distacco» quale fattispecie cui trova applicazione la disciplina. Occorre tuttavia ritenere che il termine «distacco» sia qui utilizzato attecnicamente. In realtà, l'effettivo campo di applicazione del d.lgs. n. 136/2016 ha poco a che vedere con l'istituto del distacco così come disciplinato nel nostro ordinamento all'art. 30, d.lgs. n.

(*) Professore ordinario di Diritto del lavoro presso l'Università di Milano.

276/2003. Nell'ambito di applicazione del d.lgs. n. 136 debbono essere ricondotte tutte le ipotesi in cui lavoratori alle dipendenze di un'impresa stabilita in un diverso Stato membro dell'Ue siano «inviati» (*posted*) in Italia per essere impiegati per una prestazione di servizi temporanea in favore di un diverso soggetto, imprenditore o non, o di un'altra «unità» (stabilimento, ramo, reparto, filiale) della medesima impresa. L'ipotesi del distacco del lavoratore presso altra impresa, anche del medesimo gruppo societario, per rispondere agli interessi operativi del proprio datore di lavoro secondo le previsioni dell'art. 30 del d.lgs. n. 276/2003 è, dunque, soltanto una delle possibili ipotesi in cui può realizzarsi il «*posting*» di un lavoratore, e di certo non la più diffusa: questa, invece, è senza dubbio l'utilizzo di un lavoratore inviato in Italia da un'impresa stabilita in un altro Stato Ue per l'esecuzione di un appalto di opere o servizi.

Tale lettura estensiva dell'ambito di applicazione del d.lgs. n. 136 è imposta dall'obbligo di interpretazione conforme con la disciplina eurounitaria cui detto decreto intende dare attuazione. In realtà, non è la «lettera» della Direttiva n. 96/71 (1), cui è del tutto simile il testo della norma italiana di recepimento, a segnare un campo così ampio, quanto piuttosto la «lettura» orientata dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia. Secondo quest'ultima, le imprese sono legittimate dalla libertà di circolazione dei «servizi» di cui all'art. 57 TfUe a eseguire in tutto il mercato dell'Unione non solo appalti di servizi immateriali, ma anche, secondo la terminologia propria del nostro diritto nazionale, appalti di opere (2).

2. — *I criteri di selezione della legge applicabile ai rapporti di lavoro negli appalti transnazionali* — I paesi membri Ue sono obbligati a rimuovere le misure normative che impediscono od ostacolano la facoltà di un'impresa stabilita in un diverso Stato di prestare servizi nel loro territorio in condizione di parità con le imprese nazionali. La Corte è progressivamente giunta ad affermare che la stessa diversità di regolazione tra gli Stati membri co-

(1) L'art. 1, c. 3, lett. a, prevede che rientri nel suo ambito di applicazione l'ipotesi di imprese stabilite in un paese Ue che «... distacchino un lavoratore, per conto proprio e sotto la loro direzione, nel territorio di uno Stato membro, nell'ambito di un contratto concluso tra l'impresa che lo invia e il destinatario della prestazione di servizi che opera in tale Stato membro, purché durante il periodo di distacco esista un rapporto di lavoro tra il lavoratore e l'impresa che lo invia».

(2) Vd. C. Giust.: C-263/86, *Humbel and Edel* [1988] Ecr 5365, par. 17; C-20/92, *Hubbard* [1993] Ecr I-3777, par. 13; C-109/92, *Wirth* [1993] Ecr I-6447, par. 15; C-157/99, *Geraets-Smits and Peerbooms* [2001] Ecr I-5473, par. 58; C-355/00, *Freskot* [2003] Ecr I-5263, parr. 54-55; C-169/08, *Presidente del Consiglio dei ministri c. Regione Sardegna* [2009] Ecr I-10821, par. 23.

stituisca *di per sé* una barriera alla libera prestazione di servizi, legittimando così le imprese a operare in tutto il mercato europeo osservando soltanto la disciplina legale dettata dal proprio Stato di stabilimento, salvo che le diverse regole di condotta imposte dagli Stati di volta in volta ospitanti siano giustificate da ragioni di ordine pubblico (3). Tale è il portato della estensione alla prestazione dei servizi del campo di applicazione del principio cd. del mutuo riconoscimento, originariamente elaborato con riguardo alla sola circolazione delle merci (4).

Per lungo tempo, la Corte di Giustizia si è trattenuta dal consentire che questo principio esplicasse tutte le sue potenzialità con riguardo anche alla libertà di circolazione dei servizi per il timore che entrasse in collisione con i diritti del lavoro nazionali. A differenza della circolazione delle merci, infatti, la prestazione di servizi implica molto spesso l'effettuazione del servizio *in loco* con l'impiego di forza lavoro nel territorio dello Stato ospitante e, pertanto, inevitabilmente il diritto di quest'ultimo che governa i rapporti di lavoro finisce per essere interessato dal sindacato di compatibilità con le libertà economiche (5).

Per vincere le resistenze con cui la Corte di Giustizia dagli anni novanta (6) aveva iniziato a dare applicazione al principio del mutuo riconoscimento ai casi di prestazione di servizi, la Commissione nel 2004 avanzò una proposta dirimpante: la proposta di direttiva «Bolkestein» (7), così appellata dal nome del commissario per il «Mercato interno» della Commissione Prodi. Tale proposta fu poi fatta propria dalla successiva Commissione Barroso con il dichiarato intento di eleggere a regola di governo della circolazione dei servizi il «principio del paese d'origine», secondo cui ogni impresa dovrebbe esser sottoposta unicamente alla legislazione del paese in cui è stabilita e tutti gli Stati ospitanti, diversi da quello di stabilimento, non potrebbero imporre diverse restrizioni alla prestazione di servizi nel loro territorio.

(3) Vd. C. Giust.: C-341/05, *Laval un Partneri Ltd* [2007] Ecr I-11767; C-438/05, *Viking Line ABP* [2007] Ecr I-10779; C-346/06, *Rüffert* [2008] Ecr I-1989; C-319/06, *Commissione v. Luxembourg* [2008] Ecr I-4323; C-515/08, *Palhota* [2010] OJ C 328, 4.12.2010.

(4) Il *leading case* è la nota sentenza *Cassis de Dijon*: C. Giust. C-120-78 [1979] Ecr I-649.

(5) *Lo Faro* 2005, 456.

(6) Il *leading case* dell'applicazione del principio di mutuo riconoscimento alla libera circolazione dei servizi è comunemente ritenuto C. Giust. C-76/90, *Säger* [1991] Ecr I-4221.

(7) Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on services in the internal market [Sec(2004)21] Com(2004)2 final/3 2004/0001 (Cod).

Questa proposta fu duramente avversata dalla Cees e dai principali sindacati dei paesi europei, in particolare quelli rappresentativi dei lavoratori del settore edile e dei servizi pubblici locali in Francia, Germania, Italia, Svezia, Danimarca e Finlandia, che si mobilitarono per fermare il cammino di approvazione della direttiva accusandola di innescare – nel nuovo contesto dell’Unione *post* 2004 con l’allargamento ai *newcomers* dell’Est – un processo di progressiva e sostanziale concorrenza al ribasso tra gli ordinamenti nazionali in relazione ai sistemi nazionali di protezione sociale e alle condizioni di lavoro. La protesta popolare indusse la Commissione Barroso a ritirare la proposta di direttiva «Bolkestein» e a sostituirla con una nuova proposta, che venne poi approvata come Direttiva n. 2006/123.

Questo successo del sindacato europeo si è, però, ben presto rivelato una Vittoria di Pirro. La Direttiva n. 2006/123, pur non recependo formalmente il «principio del paese di origine», ha comunque espressamente statuito l’applicabilità alla libertà di circolazione dei servizi del «principio del mutuo riconoscimento» in una versione persino rafforzata rispetto a quella affermata sino a quel momento solo in via pretoria dalla Corte di Giustizia (8).

Per quanto attiene alle condizioni di lavoro, la Direttiva n. 2006/123 dispone che detto principio sia cedevole rispetto alla disciplina speciale dettata dalla Direttiva n. 96/71. Quest’ultima, infatti, viene fatta espressamente salva dalla direttiva del 2006, che precisa che in caso di contrasto debba essere la disciplina speciale del «*posting*» dei lavoratori a prevalere e a trovare integrale applicazione. Ciò però non sottrae integralmente il diritto del lavoro dall’ambito di operatività del principio del mutuo riconoscimento, giacché, secondo gli orientamenti dei giudici di Lussemburgo, questo principio trova legittimazione direttamente nel diritto europeo «primario» dettato dai Trattati istitutivi.

Nel caso di imprese che intendono prestare dei servizi in uno Stato ospitante senza volersi ivi stabilire a tempo indeterminato (o in via esclusiva o aprendovi una sede secondaria), la Direttiva n. 96/71 impone che ai

(8) L’art. 16 della Direttiva n. 2006/123 prevede che «Lo Stato membro in cui il servizio viene prestato assicura il libero accesso a un’attività di servizi e il libero esercizio della medesima sul proprio territorio. Gli Stati membri non possono subordinare l’accesso a un’attività di servizi o l’esercizio della medesima sul proprio territorio a requisiti che non rispettino i seguenti principi: a) non discriminazione: i requisiti non possono essere direttamente o indirettamente discriminatori sulla base della nazionalità o, nel caso di persone giuridiche, della sede; b) necessità: i requisiti devono essere giustificati da ragioni di ordine pubblico, di pubblica sicurezza, di sanità pubblica o di tutela dell’ambiente; c) proporzionalità: i requisiti sono tali da garantire il raggiungimento dell’obiettivo perseguito e non vanno al di là di quanto è necessario per raggiungere tale obiettivo».

lavoratori inviati per eseguire quella prestazione sia applicata non già tutta la regolazione del rapporto di lavoro dettata dall'ordinamento nazionale di questo Stato, ma soltanto quella di alcuni istituti, seppur molto rilevanti. Gli altri istituti del rapporto di lavoro, per cui la Direttiva n. 96/71 non prevede l'applicazione del diritto dello Stato ospitante, di principio sono naturalmente attratti dalla disciplina dettata dall'ordinamento dello Stato di stabilimento dell'impresa.

Al contrario di quanto comunemente si crede, dunque, la tanto vituperata Direttiva n. 96/71 ha finito per assumere una portata derogatoria *in melius* a salvaguardia dell'applicabilità delle condizioni di lavoro disciplinate dall'ordinamento giuridico dello Stato ospitante rispetto ai criteri generali di selezione della legge applicabile al rapporto contrattuale del lavoratore distaccato. Il Regolamento n. 593/2008, nel trasporre nel diritto eurounitario la Convenzione di Roma del 1980, tra le poche modifiche apportate al disposto di quest'ultima, ha condotto a perfetta coerenza i criteri di selezione della legge applicabile ai rapporti di lavoro con elementi di internazionalità con il principio di mutuo riconoscimento. L'art. 8 del Regolamento, infatti, ha precisato che, in difetto di scelta delle parti, trovi applicazione al rapporto di lavoro la legge applicabile del paese non solo «in cui», ma anche «da cui» («*a partire dal quale*») il lavoratore presta «*abitualmente*» il suo lavoro, anche se inviato temporaneamente in un altro paese. Pertanto, secondo il disposto del Regolamento, con l'eccezione degli istituti di cui all'art. 3, par. 1, della Direttiva n. 96/71, ai *posted workers* trova naturalmente applicazione il diritto del lavoro del paese di origine.

L'interpretazione rassicurante data alla Convenzione di Roma ravvisando una «vocazione annessionistica» (9) del diritto internazionale privato al diritto del lavoro nazionale, secondo cui quest'ultimo dovrebbe integralmente qualificarsi come norma di applicazione necessaria (*overriding mandatory provision*), suscitava già seri (e fondati) dubbi in precedenza (10), ma tanto più è difficilmente sostenibile a seguito delle modifiche apportate dal Regolamento n. 593 (11). Al riguardo, i giudici di Lussemburgo si sono ormai espressamente pronunciati nel senso che possono qualificarsi come norme di applicazione necessaria soltanto quelle poste a salvaguardia non già dell'ordine pubblico interno (anche con riguardo alla disciplina lavoristica), bensì dell'ordine pubblico internazionale. Pertanto, non tutto il di-

(9) Lo Faro 2005, 452.

(10) Giubboni, Orlandini 2007, 125.

(11) Verschueren 2015, 147.

ritto del lavoro nazionale del paese in cui si esegue l'appalto può definirsi di applicazione necessaria, ma esclusivamente quei principi e valori fondanti dello Stato-nazione che debbono essere reputati patrimonio giuridico irrinunciabile della persona umana (12).

3. — *I limiti alla applicabilità delle previsioni dei contratti collettivi nazionali* — Il d.lgs. n. 72/2000, secondo un giudizio quasi unanimemente espresso dalla dottrina, si poneva in plateale contrasto sul punto con il diritto europeo nel prevedere che l'impresa stabilita in un altro Stato Ue che presti i propri servizi in via temporanea in Italia dovesse osservare nella sua interezza il diritto del lavoro italiano, nonché tutte le previsioni del contratto collettivo nazionale di categoria stipulato dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative.

Il d.lgs. n. 136/2016 ha cercato di sanare il contrasto con il diritto europeo circoscrivendo quest'obbligo soltanto alle «condizioni di lavoro e di occupazione» [...] disciplinate da disposizioni normative e dai contratti collettivi di cui all'articolo 51 del decreto legislativo n. 81 del 2015 relative alle seguenti materie: 1) periodi massimi di lavoro e periodi minimi di riposo; 2) durata minima delle ferie annuali retribuite; 3) trattamenti retributivi minimi, compresi quelli maggiorati per lavoro straordinario; 4) condizione di cessione temporanea dei lavoratori; 5) salute e sicurezza nei luoghi di lavoro; 6) provvedimenti di tutela riguardo alle condizioni di lavoro e di occupazione di gestanti o puerpere, bambini e giovani; 7) parità di trattamento fra uomo e donna nonché altre disposizioni in materia di non discriminazione». Elencazione di materie che corrisponde perfettamente a quella di cui all'art. 3, par. 1, della Direttiva n. 96/71, che individua, come sopra chiarito, le condizioni di lavoro per le quali, in deroga al principio del mutuo riconoscimento, lo Stato ospitante è legittimato a imporre l'osservanza anche alle imprese stabilite in altri Stati membri. Per tutte le (innumerevoli) restanti materie, l'impresa appaltatrice è legittimata a continuare ad applicare ai propri lavoratori il diritto del lavoro del suo Stato di stabilimento anche per il tempo durante il quale questi sono inviati in Italia per eseguire l'appalto.

Ma ciò ancora non vale a superare del tutto le denunciate difformità del passato e ad assicurare una piena consonanza della legge italiana di attuazione con la Direttiva n. 96/71. Quest'ultima, infatti, prevede che dette condizioni di lavoro, come regolate dal diritto dello Stato ospitante, debbano essere inderogabilmente rispettate anche dalle imprese straniere, ma

(12) Vimercati 2008.

a condizione che siano disciplinate o per legge o, per il settore edile (13), per contratti collettivi capaci di esplicare efficacia *erga omnes*. Il par. 3 dell'art. 10 consente agli Stati membri di estendere l'obbligo di osservare queste previsioni dei contratti collettivi anche a settori diversi da quello edile, ma deve pur sempre trattarsi di contratti di «applicazione generale» o, per gli ordinamenti che non conoscono dei sistemi per attribuire imperativamente una tale efficacia ai contratti collettivi, di contratti «... conclusi dalle organizzazioni delle parti sociali più rappresentative sul piano nazionale e che sono applicati in tutto il territorio nazionale». La previsione di quest'ultima ipotesi fu richiesta in sede di redazione della direttiva proprio dal Governo italiano (14), al fine di includervi anche i nostri contratti collettivi nazionali sottoscritti dalle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative, ma privi di efficacia *erga omnes*. Nel testo finale della direttiva, però, è stato inserito un ulteriore requisito che di fatto paralizza la facoltà del nostro legislatore di imporre l'applicazione delle condizioni di lavoro dettate dai contratti collettivi nazionali alle imprese stabilite in altri Stati membri: tale previsione deve necessariamente assicurare «la parità di trattamento» fra quest'ultime e le imprese nazionali. Requisito che il nostro ordinamento, nello stato attuale di perdurante inattuazione dell'art. 39 Cost., è nell'impossibilità di soddisfare, giacché in ossequio alla libertà sindacale delle imprese queste sono totalmente libere di decidere sia se vogliono o meno aderire a un sistema di contrattazione collettiva nazionale, sia, in caso positivo, a quale intendano aderire. Se, dunque, l'obbligo di osservare le condizioni dettate da un contratto collettivo nazionale di categoria non può essere imposto alle imprese nazionali, specularmente il principio di parità di trattamento preclude che lo stesso possa esser imposto a quelle straniere.

Né mi pare che, a questi fini, la sentenza C. cost. n. 51/2015 offra un qualche sostegno alla facoltà del legislatore nazionale di attribuire efficacia *erga omnes* alle previsioni dei contratti collettivi di categoria, come invece è stato sostenuto (15). Il giudice delle leggi, infatti, ha effettivamente ritenuto che l'art. 39 Cost. non precluda al legislatore ordinario di imporre in via eccezionale, ad alcune tipologie di imprese (in questo caso le società cooperative di lavoro), di osservare le condizioni economiche dettate dal contratto collettivo maggiormente rappresentativo della categoria per rispondere a finalità di governo delle condizioni di lavoro in settori partico-

(13) Vd. allegato 1 della Direttiva n. 96/71.

(14) Biagi 1996, 6.

(15) Borgogelli 2017, 35; Orlandini 2015, 2; Barbieri 2015, 495.

larmente esposti ad abusi datoriali o a concorrenza al ribasso sul costo del lavoro. Ma ciò che differenzia radicalmente la previsione della legge n. 31/2008, oggetto di questa pronuncia della Consulta, da quella del d.lgs. n. 136/2016 è che la prima non comporta alcuna discriminazione delle imprese straniere, essendo indifferentemente diretta sia a quest'ultime sia alle imprese nazionali, mentre la seconda trova chiaramente applicazione alle imprese straniere.

4. — *La «tendenziale» imperatività dei minimi retributivi contrattuali* — Potrebbe in astratto riconoscersi un'efficacia generale ai soli minimi retributivi dettati dai contratti nazionali di categoria sottoscritti dalle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative, giacché la giurisprudenza italiana li ha eletti a parametro fattuale per determinare la retribuzione rispondente ai caratteri di sufficienza e proporzionalità di cui all'art. 36 Cost. Tuttavia, benché detta giurisprudenza riconosca univocamente la natura precettiva di questa norma costituzionale, i confini della sua imperatività effettiva sono quantomeno incerti: potrebbe esser definita, ricorrendo a un ossimoro, un'imperatività «tendenziale».

Alcune pronunce giudiziali, anche del giudice di legittimità, hanno ritenuto consentiti scostamenti *in peius* dai minimi retributivi del contratto collettivo nazionale di categoria in ragione delle condizioni territoriali, delle dimensioni dell'impresa, delle condizioni di mercato di questa (16). Ma, soprattutto, i giudici di merito raramente si spingono a operare una comparazione della rappresentatività delle organizzazioni sindacali firmatarie di diversi contratti collettivi che insistono sul medesimo ambito di applicazione (17), arrestando il loro controllo alla verifica dell'applicazione da parte dell'impresa di minimi retributivi dettati da un qualche contratto collettivo, e, ancor più sporadicamente, indagano sulla coerenza «merceologica» tra la «categoria» cui fa riferimento detto contratto e l'attività dell'impresa (18). D'altronde, non può negarsi che, salvo per i casi limite dei contratti

(16) Cass. 31.1.2012, n. 1415, in *MGC*, 2012, 102; Cass. 26.7.2001, n. 10260, in *RIDL*, II, 299; Cass. 15.11.2001, n. 14211, in *ADL*, 2003, I, 379; in materia di appalti pubblici vd. Cons. Stato n. 4789/2015; Cons. Stato n. 3329/2015; Cons. Stato n. 4109/2016; Cons. Stato n. 501/2017; Cons. Stato n. 975/2017.

(17) Tra i pochissimi casi in cui tale controllo è stato esercitato dai giudici di merito vd. T. Torino 14.10.2010, in *RCDL*, 2011, n. 4, 983; C. App. Milano 25.3.2003, in *OGL*, 2003, I, 7.

(18) Cfr.: Cass. 18.12.2014, n. 26742; Cass. 8.5.2008, n. 11372; Cass. 13.7.2009, n. 16340. Cfr.: Proia 2014, 655; Ichino 2010 I, 719; Manganiello 2001, 397; Lambertucci 1999, 289; Marazza 1998, 917.

chiaramente «pirata», l'ordinamento non offra loro gli strumenti minimali per effettuare tale verifica: la legge non detta né quali debbano essere i dati (associativi/elettorali/altri) per la comparazione della rappresentatività sia per i sindacati sia per le associazioni datoriali, né tantomeno quale debba essere il bacino entro cui tale comparazione andrebbe effettuata. La «categoria», infatti, è univocamente ritenuta una creazione della stessa volontà contrattuale, piuttosto che uno spazio oggettivo (normativamente o naturalisticamente) dato *ex ante* (19).

Anche la sentenza della Consulta sopra richiamata, nel legittimare la previsione della legge n. 31/2008, sembra piuttosto implicitamente dar atto che l'art. 36 Cost. *di per sé* non sia operativamente in grado di assicurare la parità delle condizioni (quantomeno) retributive tra imprese dello stesso settore. Semmai l'indicazione che realmente può trarsi da questa sentenza è che non incontrerebbe nessun ostacolo nella Carta costituzionale un intervento del legislatore ordinario che introducesse una retribuzione minima *ex lege*.

Tale soluzione è stata proprio quella adottata dalla Germania con la legge federale dell'11.8.2014 (*Gesetz zur Regelung eines allgemeinen Mindestlohns*), entrata in vigore il 1° gennaio 2015), con cui è stata dettata una retribuzione minima oraria (di euro 8,84 dal 1° gennaio 2017) inderogabile *in peius* in tutti i settori e in tutti i Länder. Il fine dichiarato del legislatore tedesco è proprio quello di proteggere le imprese nazionali dalla concorrenza praticata sul costo del lavoro dalle imprese provenienti dagli altri Stati membri. Non può esservi dubbio circa la piena conformità con la Direttiva n. 96/71 della imposizione di un tale obbligo, che grava egualmente sia imprese straniere sia imprese nazionali garantendo la parità di trattamento tra le stesse.

In realtà, sembrava doversi dedurre dagli orientamenti dei giudici di Lussemburgo che questa fosse persino l'unica via percorribile per i paesi membri il cui ordinamento non dota i contratti collettivi nazionali di efficacia *erga omnes*. La Corte di Giustizia, infatti, aveva affermato che possono qualificarsi come «tariffe minime salariali» quelle rispondenti alla nozione britannica di *minimum wage* (20), e cioè una retribuzione oraria di base senza nessuna differenziazione in ragione dell'inquadramento, della professionalità e dell'anzianità del lavoratore (21) applicabile per tutti i settori e

(19) Romagnoli 1963, 42; Rusciano 2004, 41.

(20) Venturi 2015, 555.

(21) Cfr. C. Giust., sentenze *Laval*, cit., par. 70, e *Commissione c. Germania*, cit., par. 19.

le tipologie di appalti pubblici e privati (22). Più di recente, la Corte è andata però ammorbidendo tale rigore, ritenendo conforme alla Direttiva n. 96/71 l'obbligo anche per le imprese straniere di applicare ai lavoratori distaccati per l'esecuzione di un appalto i minimi retributivi previsti da un contratto collettivo nazionale che, seppur dotato di efficacia *erga omnes*, trova applicazione solo per una categoria (il settore dell'energia elettrica) e differenzia detti minimi per «gruppi retributivi» in ragione dell'inquadramento professionale (23).

Vi è poi un ulteriore profilo di criticità. Anche volendo riconoscere al nostro ordinamento la capacità di attribuire indirettamente – in ragione del disposto dell'art. 36 Cost. – efficacia *erga omnes* ai minimi retributivi stabiliti dai contratti collettivi nazionali di categoria sottoscritti dalle organizzazioni sindacali comparativamente maggiormente rappresentative, è arduo affermare che tale sistema assicuri realisticamente la preventiva e agevole conoscibilità da parte delle imprese straniere di quali siano i minimi retributivi che devono osservare in ragione dell'oggetto dell'appalto che intendono eseguire in Italia. La giurisprudenza europea (24) e ora espressamente la Direttiva «*enforcement*» n. 2014/67 (cfr. art. 5) affermano che l'ordinamento dello Stato ospitante debba necessariamente soddisfare questo requisito di «accessibilità» affinché i minimi retributivi contrattuali possano ritenersi effettivamente obbligatori anche per le imprese straniere (25).

Al riguardo, non può certo ritenersi sufficiente il rinvio operato dall'art. 2 del d.lgs. n. 136/2016 ai contratti collettivi di cui all'art. 51 del d.lgs. n. 81/2015, e cioè ai «contratti collettivi nazionali, territoriali o aziendali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e [a]i contratti collettivi aziendali stipulati dalle loro rappresentanze sindacali aziendali ovvero dalla rappresentanza sindacale unitaria». Tale rinvio crea più problemi di quanti ne intenda risolvere.

L'art. 51 fa riferimento a contratti di qualsiasi ambito, mentre l'art. 3, par. 8, della Direttiva n. 96/71 legittima soltanto i contratti collettivi nazionali di categoria e sottoscritti dalle organizzazioni sindacali più rappresentative in ambito nazionale («contratti collettivi conclusi dalle organizzazioni delle parti sociali più rappresentative sul piano nazionale e che sono applicati in tutto il territorio nazionale») (26). Sebbene la direttiva consenta che lo Stato ospitante possa imporre l'obbligatorietà anche dei contratti

(22) Cfr. C. Giust. C-346/2006, *Rüffert*, cit. Vd. Reich 2008, 362.

(23) Cfr. C. Giust. C-396/13, *Sähköalojen ammattiliitto ry*, cit.

(24) Cfr. C. Giust. C-369/96 e C-376/96, *Arblade* [1999] Ecr I-8453, par. 43.

(25) Venturi 2015, 560.

(26) Orlandini 2013, 71.

collettivi «*territoriali*» alla (tautologica) condizione che gli stessi siano «in genere applicabili a tutte le imprese simili nell'ambito di applicazione territoriale», l'ordinamento italiano al momento non è in grado di soddisfare questa condizione (27).

Inoltre, come già rilevato, in mancanza di un sistema di misurazione della reale rappresentatività delle organizzazioni sindacali sia sul versante dei lavoratori sia anche (e forse ancor più) sul versante dei datori (28), in alcuni settori attribuire la «patente» di maggiore rappresentatività comparativa a un contratto collettivo è operazione quanto mai complessa, se non persino (giuridicamente) impossibile. In ogni caso, di certo la Direttiva n. 2014/67 non consente che possa essere gravata di una tale disperata attività di *intelligence* l'impresa straniera interessata a eseguire un appalto nel nostro paese. Quest'onere di accessibilità alle condizioni di lavoro da osservare, se preso sul serio, costringerebbe il nostro ordinamento a virare bruscamente verso un sistema istituzionale di verifica della rappresentatività dei soggetti stipulanti e di selezione del contratto collettivo di riferimento per ogni categoria a norma dell'art. 39 Cost. Ma le indubbie difficoltà tecniche nel realizzare un tale sistema, per un verso, e le incertezze e i contrasti delle parti sociali circa la sua opportunità, per altro verso, costringono il Governo italiano a disattendere apertamente quest'onere di accessibilità.

E infatti, la direzione generale *Employment, Social affairs and Inclusion* della Commissione europea ha approntato un sito web in cui sono consultabili per ogni paese membro le condizioni di lavoro dettate dalla legge nazionale e dai contratti collettivi che debbono essere osservate dalle imprese straniere. Nella scheda italiana, il nostro ministero del Lavoro ha laconicamente indicato che le imprese straniere debbono rispettare i minimi retributivi dettati dai contratti collettivi con un link al sito dell'archivio del Cnel dei contratti collettivi nazionali. Questo archivio informatico è redatto esclusivamente in italiano, e anche i più avvezzi operatori nazionali del diritto del lavoro avrebbero difficoltà a orientarsi al suo interno alla ricerca del contratto di riferimento tra le innumerevoli categorie contrattuali e i numerosi contratti stipulati per la medesima categoria «merceologica». Complessità che si è persino esponenzialmente acuita negli ultimi anni di crisi economica, considerato che si è passati dai 398 Ccnl censiti nel 2008 ai 706 del 2015 (29).

(27) *Contra*, Nadalet 2008, 48.

(28) Proia 1993, 33.

(29) Cfr. Cnel, 1° Report periodico dei Contratti collettivi nazionali di lavoro vigenti depositati nell'Archivio Cnel, 2015, in *www.Cnel.it*.

In ogni caso, occorre dar atto che anche l'introduzione di minimi retributivi previsti per legge o per contratti collettivi dotati di efficacia *erga omnes* non sarebbe comunque una soluzione in grado di comportare una perfetta parificazione del costo del lavoro tra appaltatori nazionali e stranieri. Gli oneri contributivi pensionistici e assistenziali che gravano il datore di lavoro non possono certo essere ricompresi nella nozione di «tariffe minime salariali» (30). Il regime statale applicabile non è determinato secondo i criteri di selezione dettati dalla Direttiva n. 96/71, bensì secondo quelli di cui ai Regolamenti n. 883/2004 e n. 987/2009, secondo cui almeno per il primo biennio il lavoratore inviato a prestare la sua attività di lavoro presso un diverso Stato continua a essere soggetto al regime dello Stato di stabilimento (31).

5. — *La sbilanciata responsabilizzazione dell'appaltante* — Deve essere chiaro che l'impresa straniera è sottratta all'obbligo di osservare il diritto del lavoro italiano esclusivamente nell'ipotesi in cui invii propri dipendenti per eseguire un appalto nel nostro territorio avvalendosi della libertà di circolazione dei servizi. Non è però semplice distinguere in concreto questa ipotesi da quella in cui l'impresa straniera si avvalga del «diritto di stabilimento». Il diritto eurounitario non detta un discrimine temporale tra le due ipotesi. La giurisprudenza della Corte di Giustizia, infatti, riconduce nell'ambito dell'esercizio della libertà di circolazione qualsiasi appalto che abbia necessariamente un termine prevedibile, indipendentemente dal tempo necessario (anche pluriennale) per la sua esecuzione (32). La Corte, inoltre, ha affermato che l'apertura di una mera sede di rappresentanza volta alla promozione dell'impresa e all'informazione alla clientela non comporta l'esercizio del diritto di stabilimento, ma della libertà di circolazione (33). Questi orientamenti dei giudici di Lussemburgo offrono il fianco a pratiche abusive da parte delle imprese. Ad esempio, va diffondendosi nel mercato europeo il ricorso alle cd. *letterbox companies* al fine di realizzare

(30) Orlandini 2013, 72; Sgroi 2011, 199; Allamprese 2007, 1.

(31) La Commissione Ue ha presentato nel marzo del 2016 una nuova proposta di riforma della Direttiva n. 96/71 [Com(2016)128 final 2016/0070 (Cod)], che intenderebbe adottare il medesimo termine temporale del biennio di cui al Regolamento n. 883/2004, oltre il quale il lavoratore utilizzato nella prestazione di servizi non può più essere ritenuto inviato «temporaneamente» nello Stato ospitante e dovrebbe essere integralmente assoggettato al diritto del lavoro di quest'ultimo; al riguardo vd. Barnard 2014, 194.

(32) C. Giust.: C-215/01, *Schmitzer* [2003] Ecr I-14847; C-369/96 e C-376/96, *Arblade*, cit., par. 20. Vd. Giesen 2003, 146; Houwerzijl 2005, 32.

(33) Vd. C. Giust. C-55/94, *Gebhard* [1995] Ecr I-41659.

triangolazioni fraudolente da parte di imprese che eleggono formalmente quale Stato di stabilimento uno di quelli in cui le condizioni di lavoro sono meno onerose o protettive, ma in realtà prestano servizi permanentemente nel territorio di altri Stati membri, e/o assumono cittadini del loro Stato di stabilimento ma già presenti e reclutati nel diverso Stato di esecuzione dell'appalto.

Il d.lgs. n. 136/2016 recepisce testualmente all'art. 3 tutti gli indici presuntivi indicati dalla Direttiva n. 2014/67, per distinguere le ipotesi genuine di circolazione di servizi da quelle artificialmente e fittiziamente approntate dalle imprese al solo fine di sottrarsi dall'applicazione del diritto del lavoro dello Stato ospitante. Scopo della direttiva del 2014 è appunto quello di supportare il corretto «*enforcement*» della Direttiva n. 96/71 negli ordinamenti degli Stati membri, senza modificarne la disciplina sostanziale (34).

Da questi indici presuntivi emerge con chiarezza che il «distacco» genuino deve soddisfare contemporaneamente due requisiti di temporaneità: a) quella del servizio prestato, che deve essere oggettivamente caratterizzato da una durata determinata nel tempo, seppure non per il *quando*, ma necessariamente per l'*an*; b) quella dell'impiego del lavoratore nel territorio dello Stato ospitante a confronto dell'abitudine del suo impiego da parte della stessa impresa distaccante. Il lavoratore, per essere genuinamente un «*posted worker*», non può essere assunto (né nel paese di stabilimento dell'impresa, né tanto più nel luogo di esecuzione dell'appalto) per essere impiegato per la sola durata dell'appalto. Così come non perfeziona un'ipotesi di *posting* legittimamente governata dalla Direttiva n. 96/71 l'invio a rotazione per un tempo determinato di diversi dipendenti dell'impresa per esser impiegati nel territorio dello Stato ospitante nella esecuzione di uno o più successivi appalti per un tempo che potenzialmente può essere infinito.

Al fine di combattere questi abusi, il d.lgs. n. 136/2016 ha recepito tutti gli strumenti consentiti dalla Direttiva n. 2014/67 per monitorare il fenomeno e agevolare i controlli a opera degli Ispettorati del lavoro degli Stati ospitanti. Si prevede che le imprese distaccanti lavoratori in Italia debbano presentare *online*, all'inizio della prestazione del servizio, una dichiarazione riguardante l'identità del prestatore di servizi, la presenza di uno o più lavoratori distaccati chiaramente identificabili, il loro numero previsto, la durata e il luogo previsti della loro presenza e i servizi che giustificano il di-

(34) Cfr.: Cremers 2016, 150; Allamprese, Orlandini 2014; Id. 2012; Bruun *et al.* 2012, 28; Ewing 2012; Rocca 2012, 20.

stacco (art. 10) (35). Le imprese distaccanti devono conservare in un luogo accessibile e chiaramente individuato nel territorio italiano copie cartacee o elettroniche del contratto di lavoro, dei fogli paga, dei cartellini orari e delle prove del pagamento delle retribuzioni, e hanno anche l'obbligo di fornire una copia tradotta in lingua italiana di questi documenti (art. 10).

La Direttiva n. 2014/67, come di prassi, non prevede espressamente le misure sanzionatorie che gli Stati membri debbono applicare per punire le condotte inadempienti dell'impresa distaccanti, rimettendone la determinazione alla discrezionalità degli Stati membri, che comunque ne debbono assicurare adeguatezza e dissuasività (36). Il d.lgs. n. 136 prevede puntualmente sanzioni amministrative di carattere patrimoniale da applicarsi all'impresa distaccante in caso di inosservanza degli obblighi e adempimenti imposti dalla legge (art. 12). Il legislatore italiano ha optato per responsabilizzare seriamente il soggetto appaltante o comunque fruitore dei servizi dell'impresa distaccante, tradendo così la sua scarsa fiducia circa l'effettiva possibilità di applicare le sanzioni pecuniarie nei confronti di imprese stabilite in altri Stati membri, pur potendo contare sugli obblighi di cooperazione delle competenti autorità di quest'ultimi ora rafforzati dalle previsioni della Direttiva n. 2014/67 (artt. 6, 7 e 8).

Nel caso in cui il distacco risulti non genuino (perché non si perfeziona una temporanea prestazione di servizi da parte di un'impresa realmente stabilita in un altro paese membro), il soggetto stabilito in Italia in favore del quale le prestazioni sono rese, ove si tratti di un soggetto imprenditoriale, è sanzionato, oltre che con l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria (unitamente al distaccante), con la costituzione coattiva di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato alle sue dipendenze con il lavoratore impiegato. Questa sanzione prescelta dalla novella del 2016 comporta un significativo incremento della capacità dissuasiva dell'impianto sanzionatorio rispetto alle previsioni del d.lgs. n. 72/2000. Ed è quasi un *unicum* nel panorama europeo, in cui quasi la totalità dei paesi membri, nelle loro leggi nazionali di recepimento della Direttiva n. 96/71, hanno optato per sanzionare l'appaltante di un *posting* «illegittimo» solo patrimonialmente (37).

(35) In dettaglio, le modalità di queste comunicazioni sono disciplinate dal d.m. 10 agosto 2016 e precisate con la circolare dell'Ispettorato nazionale del lavoro n. 3 del 22 dicembre 2016.

(36) C. Giust. 14.9.2016, C-184/15 e C-197/15, *Martinez Andrés*; C. Giust. 7.7.1981, C-158/80, *Rewe*; C. Giust. 15.5.1986, C-222/84, *Johnston*.

(37) Pallini, Pedersini 2016, 23.

L'impresa appaltante è così gravata dell'onere di verificare – preventivamente e nel corso della esecuzione dell'appalto – se il rapporto intercorrente con l'impresa appaltatrice e quello intercorrente tra quest'ultima e i suoi dipendenti realizzino una temporanea prestazione di servizi transnazionali a norma dell'art. 57 TfUE e, dunque, legittimino l'applicazione del regime di cui al d.lgs. n. 136 nel circoscrivere le previsioni del diritto del lavoro italiano che quest'ultima è obbligata a osservare. Si tratta evidentemente di una responsabilità oggettiva, di cui l'impresa appaltante non può liberarsi neppure provando l'assenza di dolo o colpa grave essendo stata indotta in errore da dichiarazioni e/o condotte fraudolente dell'appaltatrice.

Ha certamente condizionato la scelta del legislatore italiano l'improprio accostamento dell'oggetto della Direttiva n. 96/71 all'istituto del «distacco» nel diritto italiano. Così come l'utilizzo illegittimo di quest'ultimo si traduce in una somministrazione irregolare di lavoro, che comporta a norma dell'art. 38, d.lgs. n. 81/2015, la costituzione di un rapporto di lavoro del distaccato alle dipendenze del distaccatario, l'art. 4 del d.lgs. n. 136/2016 prevede le medesime conseguenze sanzionatorie laddove il *posting*, appunto il cd. distacco «europeo», risulti non conforme alle fattispecie di cui all'art. 1 della Direttiva n. 96/71. Vi è tuttavia una differenza sostanziale tra i due casi: mentre nel primo la fattispecie che si pone in essere, in violazione dell'art. 30, d.lgs. n. 276/2003, è illegittima, nel secondo caso il rapporto contrattuale posto in essere dalle parti dell'appalto è perfettamente legittimo, ma ai lavoratori impiegati nella sua esecuzione si sarebbero dovute applicare condizioni normative e retributive integralmente governate dal diritto del lavoro dello Stato italiano.

Tale sostanziale differenza, a mio avviso, recide un possibile legame analogico tra le due ipotesi e preclude che possano ritenersi applicabili anche con riguardo a quella di cui al d.lgs. n. 136 le previsioni sia dell'art. 38, d.lgs. n. 81/2015, che consente di imputare all'utilizzatore irregolare tutti gli atti di gestione del rapporto di lavoro compiuti dal somministratore, sia dell'art. 39 di quest'ultimo decreto, che detta un termine decadenziale ristretto per contestare l'irregolarità del distacco o dell'appalto.

L'art. 4, comma 4, del d.lgs. n. 136/2016, inoltre, prevede che l'appaltante stabilito in Italia sia solidalmente responsabile con l'appaltatore proveniente da un altro paese Ue per i crediti retributivi e contributivi dei lavoratori impiegati: nella loro interezza sino a due anni dalla cessazione dell'appalto, e invece senza alcun limite temporale entro i limiti della concorrenza del debito che il committente ancora abbia verso l'appaltatore. La norma prevede che trovino applicazione le previsioni dell'art. 1676 c.c. e dell'art. 29, comma 2, del d.lgs. n. 276 del 2003, così da parificare il re-

gime di responsabilità dell'appaltante nell'appalto nazionale e in quello transnazionale, come già ritenuto consentito al legislatore nazionale dai più recenti arresti della giurisprudenza europea e ora anche positivamente statuito dall'art. 12 della Direttiva n. 2014/67 in caso di «subcontratti a catena».

Il rinvio al regime nazionale di responsabilità solidale dell'appaltante deve intendersi in senso dinamico. Per cui troverà ora applicazione anche al committente di un appalto transnazionale il dettato dell'art. 29, d.lgs. n. 276/2003, come risultante dalle modifiche da ultimo apportate dal d.l. n. 25/2017, che ha abrogato sia la possibilità di deroga da parte dei contratti collettivi sottoscritti dalle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative sia il beneficio per l'appaltante della preventiva escussione dell'appaltatore.

Riferimenti bibliografici

- Allamprese A. (2007), *Distacco dei lavoratori stranieri nel quadro di una prestazione transnazionale di servizi: profili previdenziali*, in *Previdenza e assistenza pubblica e privata*, I, 1 ss.
- Allamprese A., Orlandini G. (2012), *La proposta di regolamento Monti II*, in http://www.coordinamentorsu.it/doc/altri2012/2012_0328_monti_orlandini.pdf.
- Allamprese A., Orlandini G. (2014), *La Direttiva n. 2014/67 del 15 maggio 2014 di attuazione della Direttiva n. 96/71 sul distacco transnazionale dei lavoratori. Un primo commento*, in <http://old.cgil.it/Archivio/Giuridico%5CCommento%20Direttiva%202014-67%20sul%20distacco%20transnazionale%20dei%20lavoratori.pdf>.
- Barbieri M. (2015), *In tema di legittimità costituzionale del rinvio al Ccnl delle organizzazioni più rappresentative nel settore cooperativo per la determinazione della retribuzione proporzionata e sufficiente*, in *RGL*, II, 493 ss.
- Barnard C. (2014), *More posting*, in *ILJ*, 194 ss.
- Biagi M. (1996), *La fortuna ha arriso alla presidenza italiana dell'Unione europea: prime note di commento alle direttive sul distacco dei lavoratori all'estero e sui permessi parentali*, in *DRI*, n. 3, 3 ss.
- Borgogelli F. (2017), *Frammentazione organizzativa e lavoro: rapporti individuali e collettivi*, relazione alle Giornate di Studio Aidlass su «Frammentazione organizzativa e lavoro: rapporti individuali e collettivi», Cassino, 18-19 maggio 2017, dattiloscritto.
- Bruun N. et al. (2012), *Balancing Fundamental Social Rights and Economic Freedoms: Can the Monti II Initiative Solve the EU Dilemma?*, in *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, n. 3, 279 ss.
- Buoso S. (2015), *La portata della nozione di «tariffe minime salariali» tra direttiva europea sul distacco di lavoratori e disciplina nazionale applicabile*, in *FA Tar*, 898 ss.
- Cremers J. (2016), *Economic freedoms and labour standards in the European Union*, in *Transfer*, n. 2, 149 ss.

- Ewing K. (2012), *The Draft Monti II Regulation: An Inadequate Response to Viking and Laval* (Institute of Employment Rights 2012), in <http://www.ier.org.uk/sites/ier.org.uk/files/The%20Draft%20Monti%2011%20Regulation%20by%20Keith%20Ewing%20March%202012.pdf>.
- Giesen R. (2003), *Posting: social protection of workers vs. fundamental freedoms?*, in *Common Market Law Review*, 146 ss.
- Giubboni S., Orlandini G. (2007), *La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione europea. Principi e tendenze*, Bologna.
- Houwerzijl M. (2005), *Posting of workers: background, content and implementation of directive 96/71/EC*, in *CLR-News (Construction Labour Research)*, 36 ss.
- Ichino P. (2010), *La nozione di giusta retribuzione nell'articolo 36 della Costituzione*, in *RIDL*, I, 719 ss.
- Lambertucci P. (1999), *Area contrattuale e autonomia collettiva*, in *DLRI*, 289 ss.
- Lo Faro A. (2005), «*Turisti e vagabondi*»: riflessioni sulla mobilità internazionale dei lavoratori nell'impresa senza confini', in *LD*, 456 ss.
- Lour V. (2002), «*Undertaking*» as a *Jurisdictional Element in EC Competition Rules*, in *Legal Issues of Economic Integration*, n. 29, 143 ss.
- Mangianello E. (2001), *La Sezione lavoro riapre il contrasto sulla inapplicabilità dell'art. 2070 c.c. al contratto collettivo di diritto comune*, in *RIDL*, II, 397 ss.
- Marazza M. (1998), *Le Sezioni Unite sui criteri di applicazione del contratto collettivo di diritto comune e retribuzione proporzionata e sufficiente*, in *GI*, 917 ss.
- Nadalet S. (2008), *L'attuazione della Direttiva n. 96/71 sul distacco*, in *LD*, 37 ss.
- Orlandini G. (2013), *Mercato unico dei servizi e tutela del lavoro*, Milano.
- Orlandini G. (2015), voce *Clausole sociali (dir. lav. interno)*, in <http://www.treccani.it/enciclopedia/clausole-sociali-dir-lav-interno> (*Diritto-on-line*).
- Pallini M., Pedersini R. (2016), *Exploring the fraudulent contracting of work in the European Union*, Eurofound Report.
- Pesce C. (2015), *Lavoratori distaccati e nozione di tariffe minime salariali a giudizio della Corte Ue*, in *DPCE online (Diritto pubblico comparato ed europeo)*, 2, <http://www.dpce.it>.
- Proia G. (1993), *L'inquadramento dei datori di lavoro*, Milano.
- Proia G. (a cura di) (2014), *Organizzazione sindacale e contrattazione collettiva*, Padova.
- Reich N. (2008), *Free movement v. Social Rights in an Enlarged Union – The Laval and Viking Cases before the ECJ*, in *German Law Journal*, 359 ss.
- Rocca M. (2012), *The Proposal for a (so-called) «Monti II» Regulation on the Exercise of the Right to Take Collective Action within the Context of the Freedom of Establishment and the Freedom to Provide Services*, in *European Labour Law Journal*, 19.
- Romagnoli U. (1963), *Il contratto collettivo d'impresa*, Milano.
- Rusciano M. (2014), *Il contratto collettivo*, in *Trattato di diritto privato*, vol. 15, in *Impresa e lavoro*, Torino.
- Sgroi F. (2011), *Il distacco dei lavoratori nel quadro del Regolamento Cee n. 1408/71 e del Regolamento Cee n. 883/04*, in Cosio R., Foglia R. (a cura di), *Il diritto del lavoro dell'Unione europea*, Milano.

- Venturi D. (2015), *La nozione di tariffe minime salariali nel distacco transnazionale*, in *DRI*, 552 ss.
- Verschueren H. (2015), *The European Internal Market and the Competition between Workers*, in *European Labour Law Journal*, n. 2, 147 ss.
- Vimercati A. (a cura di) (2009), *Il conflitto sbilanciato. Libertà economiche e autonomia collettiva tra ordinamento comunitario e ordinamenti nazionali*, Bari.

ABSTRACT

Il saggio analizza le modalità con cui il legislatore italiano, con il d.lgs. n. 136/2016, ha dato attuazione alle Direttive n. 96/71 e n. 67/2014 con riguardo agli appalti transnazionali. Si valuta criticamente la previsione di obbligare le imprese stabilite in altri Stati membri Ue che inviano propri lavoratori in Italia per prestare servizi temporanei ad applicare le condizioni, anche retributive, previste dai contratti collettivi nazionali di categoria. Tale obbligazione, di fatto, danneggia le imprese straniere a vantaggio di quelle italiane, che invece non sarebbero obbligate ad applicare le medesime condizioni contrattuali perché l'ordinamento italiano non conosce un sistema né per attribuire efficacia erga omnes ai contratti collettivi né per misurare l'effettiva maggiore rappresentatività delle parti sociali stipulanti. Per altro verso, per la sfiducia di poter effettivamente sanzionare le imprese che effettuano «distacchi» non genuini, la legge italiana ha gravato l'impresa appaltante stabilita in Italia sia di una sorta di responsabilità oggettiva, che viene sanzionata con la costituzione coattiva di un rapporto di lavoro alle sue dipendenze con i lavoratori irregolarmente inviati dall'impresa straniera, sia di una responsabilità solidale, per i crediti di questi lavoratori non pagati da quest'ultima.

TRANSNATIONAL PROCUREMENTS: ITALIAN LAW AND EUROPEAN LEGAL SYSTEM

The paper analyses how the Italian Legislative Decree n. 136/2016, has implemented the Directives no. 96/71 and no. 2014/67 concerning transnational procurements. A critical point deals with the rule obliging undertakings, established in other Member States and posting their employees to Italy to provide temporary services, to apply employment conditions, including minimum salary, set by industry collective agreement. This obligation harms in fact foreign undertakings on benefit of Italian ones, which on contrary are not bound to apply the same employment conditions because the Italian legal order does not know any way either to confer erga omnes efficacy to collective agreements or to measure the real representativeness of signatory social partners. On the other hand, because of the scepticism to be able to sanction foreign undertakings that post unlawfully their employees, Italian Law burdens the contractor based in Italy both by an objective liability, which provides as sanction the compulsory statement of an employment contract between the same contractor and the employees unlawfully posted by the subcontractor, and by a joint liability, for employees' credits unpaid by the subcontractor.

Marco Lozito (*)

DOMANI È FESTA, DOMANI SI LAVORA: LIBERALIZZAZIONE E RIPOSI NEL COMMERCIO

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. La liberalizzazione delle aperture nel terziario. — 3. Il riposo settimanale fra legge e autonomia negoziale. — 4. Il riposo domenicale fra legge e autonomia negoziale. — 5. Il riposo festivo infrasettimanale fra legge e autonomia negoziale.

1. — *Premessa* — Nella Costituzione vi sono disposizioni poste a tutela della salute fisica e psichica del lavoratore (1) e altre che lo tutelano non solo come esecutore della prestazione di lavoro, ma altresì come *persona* che sviluppa la sua sfera etica, sociale e spirituale anche al di fuori del lavoro (2). In quest'ultima prospettiva, accanto al lavoro assume un'importanza fondamentale il tempo libero (3) o tempo liberato (dal lavoro) (4), da dedicare a esigenze familiari, ad altre attività professionali, all'esercizio del proprio culto, allo svago o anche semplicemente al riposo (5).

Al diritto del lavoratore di programmare e disporre del tempo libero in ore e giorni predeterminati (6) si contrappone la volontà del datore di ge-

(*) Dottore di ricerca presso l'Università di Bari «Aldo Moro».

(1) Il riferimento è *in primis* agli artt. 32, 36 e 41, comma 2, Cost.

(2) Si pensi innanzitutto all'art. 2 Cost., che riconosce i diritti inviolabili dell'uomo come singolo e nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e all'art. 3 Cost., che affida all'ordinamento il compito di rimuovere gli ostacoli che impediscono il pieno sviluppo della persona umana. Vd., anche per riferimenti, Leccese 2001, 21 ss., e Napoli 2008, 751 ss.

(3) Per una definizione, vd. Gallino 1976, 728 s., e Belloni 1998, 557 ss.

(4) Dumazedier 1957, 75 s. In ambito giuslavoristico, Cester 1995, 10 ss.

(5) Per un'analisi giuslavoristica dei concetti di tempo sociale, tempo di lavoro e non lavoro, vd., anche per riferimenti, Ricci 2005, 7 ss. Questi temi sono stati trattati da Papa Francesco nel corso dell'incontro con i delegati della Cisl del 28.6.2017, in www.youtube.com/watch?v=o4aPgZbOcd0.

(6) Il tema della programmabilità del tempo di lavoro e del tempo libero è stato approfondito in relazione al *part-time* (vd. C. cost. 4.5.1992, n. 210, in *RIDL*, 1992, II, 731 ss., con nota di Ichino, Cass. 17.3.1997, n. 2340, e Cass. 26.3.1997, n. 2691, entrambe in *RIDL*, II, 749 ss., con nota di Bollani, Cass. 6.7.2005, n. 14215,

stire il lavoro in maniera flessibile con riferimento alla collocazione oraria e settimanale.

Questa contrapposizione di interessi è stata enfatizzata nel settore terziario dalla liberalizzazione degli orari degli esercizi commerciali, che ha aperto lo spazio a prassi e modelli di organizzazione temporale del lavoro di dubbia conciliabilità con le norme poste a tutela del lavoratore. Le aperture domenicali e festive se, sul piano sociologico, rientrano nel fenomeno del pellegrinaggio nelle «cattedrali del consumo», che si affianca o sostituisce i rituali religiosi, spirituali e sociali (7), sul piano del diritto del lavoro obbligano a interrogarsi sui limiti entro cui è consentito l'utilizzo del singolo lavoratore in queste occasioni.

In questo quadro va verificato se ed entro quali limiti la contrattazione individuale e collettiva possano validamente intervenire in deroga alla disciplina dei predetti riposi; quanto alla contrattazione collettiva, va considerato altresì che la possibilità di derogare alla legge e al Ccnl con intese di prossimità potrebbe aprire nuovi spazi deregolativi al livello decentrato.

2. — *La liberalizzazione delle aperture nel terziario* — A partire dal 2006, con la liberalizzazione del settore terziario si è operata la progressiva eliminazione delle limitazioni imposte agli esercenti di attività commerciali. Nel 2006 il decreto Bersani (8) aveva rimosso alcuni «ostacoli» all'esercizio del commercio, lasciando però in vigore i limiti allora vigenti in tema di orari e aperture degli esercizi commerciali (9). Nel 2011 è stata prevista – in via sperimentale e solo per gli esercizi siti in località turi-

in *RGL*, 2006, II, 64 ss., con nota di Bitto, Cass. 23.5.2008, n. 12692, in *LG*, 2008, 1147, con nota di Gazzetta; in dottrina, riguardo al quadro normativo attuale, vd., anche per riferimenti, Bavaro, 2015, 261 ss., Leccese, 2015, 47 ss., e Pinto 2016, 361 ss.). Tuttavia, le esigenze di programmabilità del tempo libero sussistono, sebbene in maniera meno pressante, anche per i lavoratori a tempo pieno (Cass. 21.5.2008, n. 12962, in *Rgl News*, n. 3, 2008, 28). Le sentenze della Corte costituzionale e della Cassazione citate in questo contributo sono consultabili, rispettivamente, su www.giurcost.org e su www.iusexplorer.it.

(7) Ritzer 2005. Sui luoghi del consumo quali «nonluoghi», vd. Augé 2009.

(8) D.l. 4.7.2006, n. 223, conv., con modif., con l. 4.8.2006, n. 248.

(9) Il d.lgs. 31.3.1998, n. 114, in linea generale, obbligava gli esercenti di attività commerciali a chiudere la domenica, in occasione delle festività e a effettuare una chiusura di mezza giornata durante la settimana. Era altresì contemplata la possibilità: a) di effettuare aperture per 8 domeniche o 8 giornate festive all'anno; b) di effettuare l'apertura domenicale nel mese di dicembre; c) di sottoscrivere con le istituzioni accordi derogatori della disciplina generale nei Comuni a economia prevalentemente turistica e nelle città d'arte.

stiche e città d'arte – l'esenzione dall'obbligo di chiusura per la domenica e per le festività infrasettimanali, nonché dall'obbligo di chiusura per mezza giornata all'interno della settimana (10). Dopo pochi mesi si è avuta la completa liberalizzazione degli orari con il «decreto Monti» o «Salva Italia» (11), che ha abolito l'obbligo generale di rispettare i limiti relativi agli orari d'apertura e di chiusura, della chiusura domenicale e festiva e della mezza giornata di chiusura infrasettimanale.

Secondo una prospettiva «panconcorrenzialista», la Corte costituzionale ha ritenuto siffatta liberalizzazione, effettuata con legge statale, conforme al riparto di competenze definito dall'art. 117 Cost., in ragione della competenza esclusiva statale in materia di tutela della concorrenza; la Consulta ha altresì affermato che la disciplina statale della concorrenza costituisce un limite a quella che le Regioni possono adottare in altre materie di loro competenza (12) (fra le quali vi è, appunto, il commercio).

La parte datoriale (e, in particolare, la grande distribuzione) ha raffigurato questa liberalizzazione come un «segno dei tempi»: una scelta che, in sintonia con l'evolvere dello stile di vita dei consumatori, avrebbe consentito di arginare l'impatto della crisi e generato un aumento dei consumi, con effetti positivi sul livello dei salari e dell'occupazione (13). La liberalizzazione è stata invece duramente criticata dal mondo sindacale, poiché avrebbe reso ancor meno sostenibile la vita dei lavoratori, svuotato di significato le festività religiose e laiche, trasformate in giorni dedi-

(10) Vd. l'art. 35, comma 6, d.l. 6.7.2011, n. 98, conv., con modif., con l. 15.7.2011, n. 111.

(11) Art. 31, comma 3, d.l. 6.12.2011, n. 201, conv., con modif., con l. 22.12.2011, n. 214. Questa parrebbe per certi versi in linea con la lettera d'intenti per affrontare la crisi inviata dal Governo italiano all'Ue il 26.10.2011, che, tra gli obiettivi da perseguire, indica l'apertura dei mercati in chiave concorrenziale.

(12) Vd. C. cost. 19.12.2012, n. 299. Cfr. anche C. cost. 18.4.2014, n. 104, C. cost. 15.5.2014, n. 125, C. cost. 5.10.2016, n. 239, e C. cost. 10.5.2017, n. 98. L'esame del significato e dell'estensione della materia della concorrenza esula dall'ambito del presente lavoro (vd., *ex multis*, Guella 2014, ove si trovano riferimenti alla dottrina e alla giurisprudenza costituzionali); va comunque evidenziato che l'orientamento della Corte costituzionale richiamato nel testo è stato criticato, secondo prospettive diverse, dalla dottrina (Degrassi 2013 e Onida 2013).

(13) Vd. Aa.Vv. 2015. Analogamente, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato (di seguito, Agcm) ha sostenuto che i vincoli previgenti ostacolassero la concorrenza, peggiorando le condizioni di offerta e la libertà di scelta dei consumatori. Inoltre, la liberalizzazione, per certi versi, potrebbe ritenersi condivisa dal Consiglio dell'Ue, che con la Raccomandazione del 2.6.2014 ha caldeggiato l'adozione in Italia di ulteriori provvedimenti a favore della concorrenza per il biennio 2014-2015.

cati banalmente al consumo, e penalizzato la «piccola» distribuzione rispetto alla «grande» (14).

Le posizioni contrapposte sopra riportatesi ripropongono, a parti invertite, con riferimento al d.d.l. n. 1629 «Disciplina degli orari di apertura degli esercizi commerciali», approvato alla Camera il 25.9.2014 e inviato al Senato, che comporterebbe la reintroduzione dell'obbligo generale di rispettare la chiusura degli esercizi in occasione di 12 festività ivi individuate (15).

Al di là delle diverse opinioni appena illustrate, l'introduzione della possibilità per un'attività commerciale di aprire 24 ore su 24 tutti i giorni dell'anno porta a interrogarsi sugli effetti della stessa sulla tutela del riposo del lavoratore, della sua salute fisica e psichica e sulla promozione dello sviluppo della sua personalità anche al di fuori del lavoro, nella sfera familiare, sociale, religiosa e spirituale. Rispetto a questo scenario, la limitazione delle aperture nel commercio rappresentava una garanzia indiretta del riposo dei lavoratori (16), come evidenziato in diverse sen-

(14) Cfr., ad es., la memoria di Cgil, Cisl e Uil del 16.9.2013 *Liberalizzazione del commercio*, in [http://www2.filcams.cgil.it/info.nsf/0/05E3B2023CEE34AAC1257C120034DF57/\\$file/Liberalizzazione_del_commercio_memoria_CGIL-CISL-UIL_16_settembre_2013.pdf?OpenElement](http://www2.filcams.cgil.it/info.nsf/0/05E3B2023CEE34AAC1257C120034DF57/$file/Liberalizzazione_del_commercio_memoria_CGIL-CISL-UIL_16_settembre_2013.pdf?OpenElement). In questa prospettiva, Confesercenti, Filcams, Fisascat e UilTuCS con il Protocollo del 12 luglio 2016, si sono impegnate a promuovere, entro il 31.12.2016, accordi di secondo livello per gestire, anche in base a esigenze stagionali, la chiusura delle attività commerciali per almeno 12 giornate domenicali o festive all'anno. Si moltiplicano, inoltre, manifestazioni di protesta, scioperi, raccolte di firme in ambito sindacale ed ecclesiastico, boicottaggi, *flash mob*, comitati e movimenti contro il lavoro domenicale e festivo.

(15) Questo d.d.l. introdurrebbe inoltre sanzioni per la trasgressione dell'obbligo di chiusura, e attribuirebbe agli esercenti al dettaglio la possibilità di effettuare 6 aperture all'anno in giorni festivi previa comunicazione al Comune, cui verrebbe riconosciuta la possibilità – sentite le organizzazioni dei consumatori, delle imprese e dei lavoratori e la popolazione residente – di predisporre accordi territoriali non vincolanti per stabilire orari e chiusure degli esercizi che assicurino elevati livelli di fruibilità degli stessi e valorizzino le zone con vocazione commerciale. Alle Regioni verrebbe invece affidato il compito di definire i criteri, i parametri e gli strumenti per stabilire in quali aree gli accordi territoriali possono essere sottoscritti in forma coordinata fra i Comuni, nonché i criteri generali di coordinamento degli orari di apertura al pubblico dei servizi pubblici e privati, degli uffici pubblici, delle attività culturali, dello spettacolo e dei trasporti. Nella segnalazione alla Camera del 18.9.2014, l'Agcm ha ritenuto non necessario questo provvedimento che ostacolerebbe la concorrenza in contrasto con il diritto dell'Ue, in attuazione del quale il legislatore italiano ha abolito i privilegiati limiti in materia.

(16) A ben vedere, non si tratta di una garanzia generale, in quanto la chiusura al pubblico potrebbe non escludere lo svolgimento di diverse attività (ad es., amministrative e di magazzino).

tenze della Corte costituzionale (17), della Cassazione e della Corte di Giustizia (18).

La Consulta ha, al riguardo, affermato che l'imposizione dell'obbligo di chiusura di un esercizio commerciale era il presupposto giuridico per far usufruire del riposo settimanale tutti i lavoratori, autonomi e subordinati (19), precisando che per i lavoratori subordinati esiste una disciplina dei riposi distinta e autonoma che limita *su un altro piano* la libertà di iniziativa economica (20). E in quest'ultima prospettiva, la Cassazione ha escluso che dalla disciplina delle aperture degli esercizi commerciali discendesse la discrezionalità per il datore di concedere il riposo senza scadenze obbligatorie e senza limiti di orario, affermando che la regolazione legislativa delle aperture domenicali e festive per la vendita al dettaglio allora vigente (21) non aveva «nulla a che vedere con la disciplina del riposo nel rapporto di lavoro» (22).

Si tratta, quindi, di due ambiti di intervento che, seppure connessi, si collocano su binari distinti. Accanto alle disposizioni legislative che regolano le aperture degli esercizi commerciali vi sono quelle che garantiscono il riposo dal lavoro.

Ebbene, questa distinzione di piani è utile a valutare gli effetti della liberalizzazione del settore terziario all'interno dell'ordinamento, come confermato in modo espresso dalla Consulta, secondo cui tale liberalizzazione «non consente alcuna deroga rispetto alla legislazione statale, oltre che alla contrattazione collettiva, in materia di lavoro notturno, festivo, di turni di riposo e di ogni altro aspetto che serve ad assicurare protezione e tutela ai lavoratori del settore della distribuzione commerciale» (23). La rimozione dei limiti di apertura nel commercio, dunque, non at-

(17) In questo senso, vd. C. cost. 28.4.1976, n. 94, C. cost. 7.7.1973, n. 111, e C. cost. 21.4.2001, n. 150.

(18) La Corte di Giustizia si è espressa più volte sulle norme nazionali che disciplinano la chiusura domenicale degli esercizi commerciali (vd. le sentenze richiamate da Carabelli, *Leccese* 2005, par. 4.1, e C. Giust. 8.5.2014, C-483/12, *Pelckmans Turnhout NV*). Per quanto più interessa in questa sede, la Corte di Giustizia, con la sent. 29.11.1989, C-145/88, *Torfaen Borough Council B & Q*, ha ritenuto che la normativa nazionale che disciplina l'orario nel quale può effettuarsi la vendita al minuto miri a garantire una «ripartizione degli orari di lavoro e riposo rispondente alle peculiarità socio-culturali nazionali o regionali» (punto 14).

(19) C. cost. 23.4.1974, n. 111.

(20) *Ivi*, e C. cost. 21.4.2001, n. 150, cit.

(21) Art. 4, l. 28.7.1971, n. 558.

(22) Cass. 23.12.1991, n. 13895.

(23) C. cost. 19.12.2012, n. 299, cit.

tribuisce automaticamente al datore il diritto di esigere dal lavoratore, per tutti i giorni (e le ore) in cui l'esercizio commerciale è aperto, la prestazione lavorativa (24). Questa può essere richiesta, ma il lavoratore sarà tenuto a effettuarla solo entro i limiti imposti per assicurargli il godimento dei riposi.

3. — *Il riposo settimanale fra legge e autonomia negoziale* — Il diritto al riposo settimanale, previsto dall'art. 2109 c.c., è stato poi garantito direttamente dalla Costituzione (25), che con l'art. 36, comma 3, ha inteso impedire che al lavoratore possa essere richiesta la prestazione per più di 6 giorni consecutivi (26). In relazione a questa norma, che sembra contenere un precetto ben definito, dagli anni sessanta si è però sviluppata una corposa giurisprudenza costituzionale che ne ha chiarito la portata applicativa e in parte ne ha attenuato la vincolatività (27).

La Corte è stata perentoria nel precisare che la norma costituzionale sopra citata attribuisce al lavoratore un diritto soggettivo perfetto e irrinunciabile al riposo settimanale (28); tuttavia, ha ammesso la possibilità

(24) Pertanto, con la liberalizzazione non viene l'obbligo per il datore di corrispondere le maggiorazioni retributive per il lavoro domenicale e festivo infrasettimanale, né, tantomeno, nel caso di lavoro prestato oltre il sesto giorno consecutivo, di risarcire al lavoratore il danno da usura psico-fisica e l'ulteriore eventuale danno alla salute (Cass. 4.4.2000, n. 2455, e Cass. 13.9.2016, n. 17966), o, secondo un diverso orientamento giurisprudenziale, di compensare la particolare faticosità di questo lavoro ai sensi dell'art. 36, comma 1, Cost. (Cass. 6.10.1998, n. 9895, e Cass. 4.2.2008, n. 2610).

(25) La materia del riposo settimanale ha interessato sin da tempi risalenti l'ordinamento internazionale e, in particolare, diverse Convenzioni Oit, fra cui la n. 1 del 1919 (ratificata con r.d.l. 29.3.1923, n. 1429) e le n. 14 del 1921 (r.d.l. 20.2.1924, n. 580) e n. 106 del 1957 (d.P.R. 23.10.1961, n. 1660). Anche nel diritto dell'Ue si riscontrano diversi interventi in materia, come, ad es., l'art. 8 della Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali del 9.12.1989, la Direttiva n. 93/104/Ce, modif. dalla Direttiva n. 2000/34/Ce e successivamente confluita nella Direttiva n. 2003/88/Ce del 4.11.2003, e l'art. 31, comma 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Ue (cosiddetta Carta di Nizza), del 7.12.2000. Per un quadro completo e analitico, vd., anche per riferimenti, Ferrante 2008, 82 ss., Piccinni 2013, 255 ss., e Ricci 2005, 34 ss.

(26) Sul risarcimento del danno subito dal lavoratore per il lavoro prestato oltre il sesto giorno consecutivo, vd. la giurisprudenza citata in questo senso nella nota 24.

(27) Per rilievi critici su questa giurisprudenza, vd. Ventura 1968, 61.

(28) C. cost. 7.7.1962, n. 76, e 28.4.1976, n. 94. Con riferimento al contrasto di leggi ordinarie con l'art. 36, comma 3, Cost., oltre alla citata C. cost. 7.7.1962, n. 76, che ha dichiarato incostituzionale l'esclusione del riposo settimanale operato dalla l. 22.2.1934, n. 22, per il personale addetto alla pastorizia brada, vd. C. cost. 15.12.1967, n. 150, che ha dichiarato incostituzionale la previsione di 52 riposi

di prevedere per legge eccezioni, in determinati settori, alla «regola del 6+1» (6 giorni di lavoro e 1 di riposo), ritenendola *elastica*, non necessariamente collegata alla forma di periodicità più comune: quella settimanale. Con norme settoriali si può dunque prevedere non il *disconoscimento*, si badi, ma una *disciplina particolare* del riposo settimanale (29), con fruizione del giorno di riposo anche oltre il sesto giorno, purché in un certo tempo venga rispettata la media di 24 ore di riposo dopo 6 giorni di lavoro, per esigenze legate all'industria, al commercio, all'agricoltura o ad altri settori (30). Inoltre, una deroga di questo tipo deve rispettare il principio di ragionevolezza, con particolare riferimento alla salute del lavoratore, essere collegata a casi di evidente necessità e non deve snaturare o eludere l'art. 36, comma 3, Cost. (31).

La legge ordinaria (32) prevedeva, in linea generale, il diritto a usufruire di un periodo di riposo, di regola coincidente con la domenica, di almeno 24 ore ogni 7 giorni, conformemente all'art. 36, comma 3, Cost. (33). Nel 2008, il legislatore ha però precisato che il periodo di riposo «è calcolato come media in un periodo non superiore a quattordici giorni» (34) e quindi si può lavorare anche 12 giorni consecutivi, purché poi si usufruisca di 2 giorni di riposo (regola del 12+2), con una modifica conforme alla Direttiva n. 2003/88/Ce (vd. gli artt. 5 e 16 di quest'ultima).

Tuttavia, se l'art. 9, comma 1, d.lgs. n. 66/2003, venisse letto come norma che consente la deroga al 6+1 senza alcuna specifica ed eccezionale motivazione, non sarebbe conciliabile con l'art. 36, comma 3, Cost., che, in conformità con i richiamati limiti individuati dalla giurispruden-

giornalieri liberamente distribuibili nell'anno di cui all'art. 16 del r.d.l. 19.10.1932, n. 2328 (esteso al personale delle autolinee dalla l. 24.5.1952, n. 628), e C. cost. 30.6.1971, n. 146, che ha dichiarato incostituzionale l'analogia previsione contenuta nell'art. 21, r.d.l. 19.10.1932, n. 2328.

(29) C. cost. 30.6.1971, n. 146, e 7.5.1975, n. 101.

(30) C. cost. 15.12.1967, n. 150, cit.

(31) *Ivi*, e C. cost. 30.6.1971, n. 146, cit.

(32) Art. 9, d.lgs. 8.4.2003, n. 66, con il quale l'Italia ha attuato le Direttive n. 93/104/Ce e n. 2000/34/Ce, poi confluite nella Direttiva n. 2003/88/Ce.

(33) Ai sensi dell'art. 9, comma 3, d.lgs. n. 66/2003, facevano e fanno eccezione alle regole sul riposo settimanale determinate attività: attività di lavoro a turni o a squadra, quando il lavoratore che cambia turno o squadra non può usufruire di periodi di riposo giornaliero o settimanale; attività caratterizzate da periodi di lavoro frazionati durante la giornata; alcune ipotesi relative al settore ferroviario.

(34) Il d.l. 25 giugno 2008, n. 112, conv. con l. 6 agosto 2008, n. 133, ha modificato in questo senso l'art. 9, d.lgs. n. 66/2003.

za costituzionale (35), impone, come regola generale, la periodicità *settimanale* del riposo (36).

Rispetto all'intervento dell'autonomia negoziale, l'art. 36, comma 3, Cost. parrebbe fissare un ostacolo invalicabile (37). Tuttavia, la Consulta ha chiarito che l'esercizio del diritto del lavoratore al riposo periodico, nei limiti sopra richiamati, può «essere adattato alle esigenze di lavori di ogni specie» (oltre che dalla legge) dai contratti collettivi e individuali (38). Anche la Cassazione – abbandonato un orientamento più restrittivo (39) – ha convenuto che, unitamente alla legge, il contratto collettivo e quello individuale possono differire il riposo settimanale per tutelare interessi apprezzabili (40), nel rispetto complessivo del rapporto «6 giorni di lavoro/1 giorno di riposo» e del principio di ragionevolezza, in relazione alla salute del lavoratore e alle esigenze peculiari connesse alla specialità del lavoro (41).

Vi è pertanto spazio per l'intervento dell'autonomia individuale, ma limitatamente ad accordi che differiscano il riposo settimanale (senza eliminarlo), nel rispetto delle condizioni e al ricorrere delle circostanze precisate dalla giurisprudenza sopra richiamata.

Quanto all'autonomia collettiva, il d.lgs. n. 66/2003 gli attribuisce il compito di derogare alla disciplina del riposo settimanale purché accordi ai

(35) Deve peraltro segnalarsi il delicato raccordo dei «limiti costituzionali» aggiuntivi richiamati nel testo con quanto previsto dalla Direttiva n. 2003/88/Ce. L'applicazione di tali limiti comporta infatti una restrizione del potere di organizzare la prestazione di lavoro ulteriore rispetto a quella che discende dalla citata regola 12+2, determinando dunque una compressione della concorrenza non prevista dalla predetta direttiva. Tuttavia, pur senza poter affrontare analiticamente in questa sede un tema che richiederebbe una trattazione specifica, deve considerarsi che, visto il richiamo alla salute del lavoratore, presente nella giurisprudenza della Corte costituzionale citata nel testo, si potrebbe ritenere che il diritto alla salute operi quale «controlimite» all'ingresso delle norme dell'Unione europea nel nostro ordinamento nazionale (cfr. C. cost. 22.10.2014, n. 238; sulla questione dei controlimiti, all'interno di un ampio dibattito, vd., anche per riferimenti, Carabelli 2009, 195 ss.).

(36) Leccese 2011, 47; cfr. Laforgia 2009, 213.

(37) Cfr. Lambertucci 1990, 187-188.

(38) C. cost. 30.6.1971, n. 146, cit.

(39) Cass. 19.11.1987, n. 8514.

(40) La Cassazione, tuttavia, quanto alle ragioni giustificatrici della deroga al principio del riposo settimanale, ha avuto modo di specificare che l'evidente necessità utile a giustificarla non va intesa come *necessità assoluta*, essendo sufficiente un *rapporto di strumentalità* tra esigenze organizzative e richiesta di lavoro domenicale o di lavoro prestato oltre il sesto giorno consecutivo (vd., ad es., Cass. 26.2.1990, n. 1472, Cass. 22.7.1995, n. 8014, e Cass. 7.6.2010, n. 13674).

(41) Cass. 22.7.1995, n. 8014, cit.

lavoratori periodi equivalenti di riposo compensativo o, se questo non è possibile, una protezione appropriata (42).

Nella contrattazione nazionale del terziario è molto diffuso in materia il rinvio al secondo livello. Alcuni Ccnl ribadiscono la regola del 6+1 (o 12+2) e rinviando al livello aziendale la concreta specificazione delle modalità applicative della stessa (43); altri, oltre a rinviare al secondo livello contrattuale, stabiliscono che il rispetto del riposo settimanale vada verificato come media in un periodo di 14 giorni o nel diverso periodo determinato dalla contrattazione decentrata (44).

Ebbene, eventuali modalità applicative del riposo settimanale molto flessibili definite al livello decentrato (45) rischiano di non essere compatibili con il relativo quadro costituzionale e, ove deroghino quanto previsto in materia dalla legge (46), devono rispettare le condizioni individuate dall'art. 17, comma 4, d.lgs. n. 66/2003, sopra richiamate.

Ciò chiarito, considerato il diffuso e ampio rinvio ai contratti di secondo livello per la definizione delle modalità di attuazione del riposo settimanale, occorrerebbe altresì verificare, con uno studio analitico (e non semplice, vista la mancanza di un archivio nazionale di questi contratti), se le scelte regolative effettuate in sede decentrata si collochino o meno entro i limiti previsti in materia dai Ccnl e dalla legge.

Proprio con riferimento al livello decentrato, alcuni spazi di derogabilità potrebbero aprirsi con la contrattazione di prossimità, a efficacia generale, introdotta e regolata dall'art. 8, d.l. 13.8.2011, n. 138 (conv., con modif., con l. 14.9.2011, n. 148). Fra le materie su cui possono operare le intese di prossimità vi è, infatti, la «disciplina dell'orario di lavoro» (47),

(42) Art. 9, cc. 2 e 3, e art. 17, comma 4, d.lgs. n. 66/2003. Cfr. l'art. 18 della Direttiva n. 2003/88/Ce.

(43) Vedi, ad es., il Ccnl commercio cooperative di consumo (Ancc Coop, Confcooperative, Agci e Filcams, Fisascasat, UilTuCS) 13.6.2012, turismo (Confcommercio e Filcams, Fisascasat, UilTuCS) 18.1.2014, il Ccnl turismo (Confesercenti e Filcams, Fisascasat e UilTuCS) 4.3.2010 (i Ccnl citati in questo contributo sono consultabili sul sito www.cnel.it).

(44) Vd., ad es., il Ccnl commercio (Anpiti, Unica, Confimprenditori, Cidec e Cital Terziario) 28.12.2016 e il Ccnl commercio (Cnai, Uciat e Fismic-Confisal, Filcom-Fismic) 4.3.2014. Sembra significativo, peraltro, che nessuna di queste intese sia firmata da Cgil, Cisl e Uil.

(45) Si pensi, ad es., alla definizione in un contratto aziendale di un periodo molto lungo entro cui calcolare come media il rispetto della regola del 6+1.

(46) Art. 9, comma 1, d.lgs. n. 66/2003.

(47) Art. 8, comma 2, lett. d, l. n. 148/2011. La Consulta, con la sent. n. 221 del 19.9.2012, ha precisato che questa elencazione è di carattere tassativo, come si desume da diversi elementi testuali indicati nella stessa sentenza, aggiungendo che, d'altro

che plausibilmente comprende anche la disciplina del riposo settimanale, domenicale e festivo infrasettimanale, i quali incidono sulla durata della prestazione e più in generale sui tempi di lavoro, assieme a considerazioni di tipo logico-sistematico, in questo senso, almeno con riferimento al riposo settimanale, come del resto a quello giornaliero (in tal senso depone il fatto che la sopra menzionata Direttiva n. 2003/88/Ce, pur intitolata a taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro, regoli anche la materia dei riposi e delle ferie).

Tuttavia, va anzitutto tenuto presente un vincolo finalistico, posto che dette intese devono perseguire determinati obiettivi: maggiore occupazione, qualità dei contratti di lavoro, adozione di forme di partecipazione dei lavoratori, emersione del lavoro irregolare, incrementi di competitività e di salario, gestione delle crisi aziendali e occupazionali, investimenti e avvio di nuove attività (48). Vi è inoltre un vincolo di carattere sistematico (49): gli accordi di prossimità devono rispettare la Costituzione (50) (in questo caso l'art. 36, comma 3, Cost., come interpretato dalla Corte costituzionale nei termini sopra richiamati) (51), e i vincoli derivanti dal diritto dell'Ue (*in primis*, la Direttiva n. 2003/88/Ce, sopra illustrata) e dalle convenzioni internazionali sul lavoro (in particolare, la regola del riposo settimanale è contenuta nell'art. 6 della Convenzione Oil n. 106 del 1957 relativa al riposo settimanale nel commercio e negli uffici).

4. — *Il riposo domenicale fra legge e autonomia negoziale* — Il nostro ordinamento non attribuisce espressamente e direttamente al lavoratore il diritto al riposo domenicale (52). L'art. 36, comma 3, Cost. addirittura non

canto, «trattandosi di norma avente carattere chiaramente eccezionale non si applica oltre i casi e i tempi in essa considerati».

(48) Art. 8, comma 1, d.l. n. 138/2011.

(49) Art. 8, comma 2-*bis*, d.l. n. 138/2011.

(50) Vd. Lassandari 2012, 503 ss., e Scarpelli 2012, 499 ss.

(51) Ad es., contrasterebbe con questa norma costituzionale (e con l'art. 8, comma 2-*bis*, d.l. n. 138/2011) un'intesa di prossimità che prevedesse un determinato numero di riposi settimanali collocabili liberamente dal datore all'interno dell'anno e quindi raggruppabili in modo arbitrario anche dopo lunghi periodi di lavoro: cfr. C. cost. 15.12.1967, n. 150, e 30.6.1971, n. 146, già richiamate in questo paragrafo.

(52) Vd. Cass. 22.2.2016, n. 3416, in *RIDL*, 2016, II, 569 ss., con nota di Scarano. Diversa è, ad es., la scelta della Costituzione tedesca che, all'art. 139, incorporando alcune disposizioni della Costituzione di Weimar, stabilisce l'astensione dal lavoro nella domenica e negli altri giorni individuati dallo Stato, dedicati al riposo e all'elevamento spirituale (conseguentemente, nel 2009 la Corte costituzionale federale tedesca, con la sent. del 1.12.2009, n. 134/2009, ha bocciato la legge del Land di Berlino che disponeva l'apertura degli esercizi commerciali in diverse domeniche e festività).

fa alcun cenno alla domenica (53). Tuttavia, il riposo domenicale risulta centrale per consentire al lavoratore di esercitare diversi diritti della persona costituzionalmente garantiti (54), tanto che il giudice delle leggi ha riconosciuto l'esistenza nell'ordinamento di un principio generale secondo cui il riposo domenicale è «qualificato» (55) in quanto permette al lavoratore di utilizzare al meglio il tempo libero, dedicandosi alla vita e ai doveri familiari (artt. 29, 30, 31 e 37 Cost.) e alla vita sociale (artt. 2 e 18 Cost.) quando riposa la maggioranza dei lavoratori e le scuole sono chiuse (56). Per una parte della popolazione, inoltre, l'astensione dal lavoro domenicale è funzionale all'esercizio del diritto di culto (art. 19 Cost.) (57).

La legge ordinaria, stabilito che il riposo settimanale debba coincidere *di regola* con la domenica (58), dispone che possa essere fissato in un giorno diverso e attuato mediante turni per i lavoratori interessati a modelli tecnico-organizzativi di turnazione o addetti ad attività con determinate caratteristiche (59), fra cui quelle ivi elencate (comprese quelle di vendita al minuto e affini, di cui all'art. 7, l. 22.2.1934, n. 370, e di vendita al dettaglio, di cui agli artt. 11, 12 e 13, d.lgs. n. 114/1998), da pre-

(53) Vd. C. cost. 15.6.1972, n. 105, e 28.4.1976, n. 102. Nella prima sentenza, la Corte ha addirittura affermato che l'imposizione ai dipendenti delle agenzie di stampa del riposo domenicale rappresentava un limite eccessivo contrastante con l'art. 21 Cost., che garantisce la libertà di stampa.

(54) Vd. Leccese 2001, 24, Occhino 2010, 5 ss., Ricci 2005, 42 ss., e Id. 2010, 22 ss.

(55) Di converso, il lavoro domenicale risulta più penoso anche per la difficoltà di conciliarlo con i tempi della città (sul tema, vd. Aa.Vv. 2009).

(56) C. cost. 22.1.1987, n. 16. In questa pronuncia, la Corte, in considerazione della maggior penosità del lavoro domenicale, ha peraltro precisato che, ai sensi dell'art. 36, comma 1, Cost., in tale ipotesi vada corrisposta al lavoratore una maggiorazione della retribuzione la cui quantificazione va effettuata dalla contrattazione collettiva o, in mancanza di questa, dal giudice. Sulla nozione di tempo libero qualificato, vd. Ichino 1987, 154 ss., Cogliervina 2008, 379 ss., e Piccinni 2013, 254 ss.

(57) Su questo tema vd. Piccinni 2010, 253 ss.

(58) Art. 9, comma 1, d.lgs. n. 66/2003, come modificato dal d.lgs. n. 133/2008. In tal modo, il nostro legislatore, ponendosi in continuità con l'art. 2109 c.c., si è discostato dall'art. 5 della Direttiva n. 93/104/Ce, confluita nella Direttiva n. 2000/34/Ce. La Corte di Giustizia, con sent. 12.11.1996, C-53/1996, *Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord c. Consiglio dell'Unione europea*, ha difatti annullato l'art. 5, comma 2, che stabiliva che il periodo di riposo dovesse comprendere in linea di principio la domenica, ritenendo non chiaro il motivo per cui la domenica, rispetto a un altro giorno della settimana, presentasse un nesso più importante con la tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori (ritenuta dalla Corte la base giuridica della direttiva stessa).

(59) Art. 9, comma 3, d.lgs. n. 66/2003.

cisare con decreto del ministro del Lavoro (60). Inoltre, come già rilevato più sopra, i Ccnl possono derogare alla regola tendenziale del riposo domenicale nel rispetto delle condizioni previste dall'art. 17, comma 4, d.lgs. n. 66/2003 (61).

Rispetto a questo quadro, non paiono esservi ostacoli alla legittimità di un accordo individuale con cui il lavoratore si impegni a lavorare in una determinata domenica. Più delicata risulta invece la valutazione di un impegno contrattuale a lavorare in un numero cospicuo di domeniche o addirittura tutte le domeniche. Sebbene, come illustrato, la legge ordinaria non preveda il diritto al riposo domenicale, un patto di questo tipo, consentendo il ricorso al lavoro domenicale in maniera indiscriminata, pare confliggere con le norme costituzionali che delineano un'ampia tutela della persona e dello sviluppo della personalità del cittadino e del lavoratore, e che, in definitiva, intendono garantire a tutti la partecipazione alla vita della comunità.

La contrattazione collettiva potrebbe essere utile a diversificare la collocazione del riposo, in linea con il crescente multiculturalismo della nostra società (62); tuttavia, non molti contratti intervengono in questo senso (63). Analogamente a quanto avviene per il riposo settimanale (64), molti Ccnl rinviando al secondo livello la regolazione del lavoro e delle aperture domenicali, ma, in questo caso, definiscono anche una disciplina transitoria. In particolare, con previsioni pressoché identiche, diversi Ccnl stabiliscono che, fatte salve alcune categorie di lavoratori (di seguito specificate), i dipendenti a tempo pieno che riposano abitualmente la domenica possano essere adibiti al lavoro per un numero massimo di domeniche corrispondente alla somma delle aperture domenicali originariamente previste dal citato d.lgs. n. 114/1998 (8 domeniche all'anno più quelle di dicembre) più il 30% delle ulteriori aperture domenicali previste a livello territoriale (65). È evidente che questa disciplina transitoria, concepita nel qua-

(60) L'art. 9, comma 4, d.lgs. n. 66/2003, inoltre, fa salve le disposizioni speciali che consentono la fruizione del riposo settimanale in un giorno diverso dalla domenica e le deroghe previste dalla citata l. n. 370/1934.

(61) Allamprese 2009, 188-189.

(62) Piccini 2013, 72 ss.

(63) Vd., ad es., il Ccnl commercio, servizi e trasporti (Fed.ar.com., Cifa e Fiadel S.P.) 18.6.2012 e il Ccnl intersettoriale commercio, terziario, distribuzione, servizi, pubblici esercizi e turismo (Conflavoro Pmi e Conf.I.L.) 26.3.2014.

(64) Vd. il par. precedente.

(65) Vd., ad es., il Ccnl terziario (Confcommercio e Filcams, Fisascat, UilTuCS) 30.3.2015 e il Ccnl terziario (Confesercenti e Filcams, Fisascat, UilTuCS) 12.7.2016. Il Ccnl commercio cooperative di consumo (Ancc Coop, Confcooperative, Agci e

dro normativo previgente, a seguito della liberalizzazione produce un effetto molto diverso (in quanto il suddetto 30% va oggi calcolato su tutte le 52 domeniche dell'anno), apparentemente aprendo «spazi gestionali» prima non immaginabili.

L'analisi di queste clausole contrattuali e l'incremento della domanda di lavoro domenicale a cui si è assistito negli ultimi anni fanno emergere con forza la questione della compatibilità di quest'ultimo con la già richiamata tutela costituzionale della sfera personale, familiare e spirituale del lavoratore. Nella prospettiva di delineare alcuni limiti al lavoro domenicale, pare significativo che la clausola contrattuale in esame – introdotta peraltro nel precedente contesto normativo in cui la restrizione alle aperture domenicali limitava la possibilità di ricorso al lavoro domenicale – escluda da quest'ultimo alcune categorie di lavoratori; in particolare, intende garantire a madri o padri affidatari di bambini fino a 3 anni e a lavoratori che assistono portatori di handicap conviventi o persone non autosufficienti titolari di assegno di accompagnamento conviventi la possibilità di dedicarsi al lavoro di cura, stemperando almeno in alcune ipotesi il conflitto fra lavoro domenicale ed esigenze personali del lavoratore.

Ebbene, nella stessa prospettiva, può ipotizzarsi che, anche in assenza di una previsione contrattuale di questo tipo o al di fuori dei casi espressamente previsti dalla stessa, il lavoratore possa rifiutare l'adibizione ripetuta e continua al lavoro domenicale ove, per motivi seri e oggettivamente verificabili, non sia conciliabile con la sua situazione personale e familiare. Ciò in considerazione della tutela costituzionale dei diritti della persona, della rilevanza peculiare e qualificata del riposo domenicale sopra ricordata e della previsione legale secondo cui il riposo settimanale deve di regola coincidere con la domenica (66).

Per altro verso, l'adibizione prolungata al lavoro domenicale potrebbe configurare un'ipotesi di esercizio illegittimo dello *ius variandi* del datore di lavoro. Quest'ultimo va infatti esercitato nel rispetto dei canoni di correttezza e buona fede e temperato con la protezione degli interessi costituzionalmente tutelati del lavoratore, tra cui vi sono anche la cura della famiglia e l'esigenza di accudire ed educare i figli (67). Pertanto, non sarebbe giustificabile una richiesta ripetuta di lavoro domenicale allo stesso

Filcams, Fisecat, UilTuCS) 13.6.2012 si limita a prevedere che al livello aziendale saranno definite le modalità di attuazione delle aperture domenicali. Per un commento critico, vd. Allamprese, 2009, 187.

(66) *Ibidem*.

(67) Cfr. Allamprese 2007, 349 ss., Ferrante 2008, 286 ss., e McBritton *et al.* 2009, 323.

lavoratore, soprattutto se evitabile con una diversa organizzazione del lavoro (68). Specularmente – sebbene a quanto consta non vi sia ancora né giurisprudenza né una specifica riflessione dottrinale in tal senso –, la sussistenza di motivi personali e familiari del lavoratore potrebbe configurare un'ipotesi di impossibilità di effettuare la prestazione, ove si accolga un'interpretazione dell'impossibilità stessa fondata sui valori della persona tutelati dalla Costituzione (69).

Visto il rinvio al livello decentrato presente in diversi Ccnl riguardo al riposo domenicale, come già osservato nel par. precedente in relazione al riposo settimanale, sarebbe altresì opportuno esaminare in uno studio analitico le soluzioni concordate dalle parti contrattuali in quella sede, per verificare se le stesse rientrino o meno nel perimetro previsto dai Ccnl e dalla legge (70).

Quanto alla contrattazione di prossimità, fra i limiti che le intese derogatorie di secondo livello devono rispettare, ai sensi dell'art. 8, comma 2-*bis*, d.l. n. 138/2011, con riferimento alla Costituzione potrebbero includersi, nel senso sopra illustrato, le norme che tutelano la sfera personale, spirituale e sociale del lavoratore; è difficile invece individuare limiti nel diritto dell'Ue, vista l'indifferenza dello stesso rispetto al riposo domenicale (cfr. note 18 e 58); sul piano delle convenzioni internazionali, rileva speci-

(68) Vd. interpello n. 68/2009 del ministero del Lavoro (con specifico riferimento agli artt. 3 e 37 Cost.). In questo senso, sebbene con riferimento specifico all'orario di lavoro, vd. T. Bologna 12.4.2007, Pret. Milano, 20.5.1992, in *RIDL*, 1993, II, 816 ss., T. Lecce 18.8.2003, Pret. Milano 20.1.1995, in *D&L*, 1995, 618, e T. Lodi 22.11.2002, in *D&L*, 2003, 215. Sul complesso tema generale della buona fede quale criterio per la valutazione del comportamento del datore nel corso del rapporto di lavoro – che in questa sede può solo essere richiamato – vd., anche per riferimenti, Campanella (2014, 46 ss.), che però, per un verso, esclude che nell'applicare la buona fede il giudice debba ispirarsi ai principi costituzionali (pp. 18 s. e 33 s.) e, per altro verso, precisa che la stessa può essere fonte esclusivamente di obblighi cd. secondari (di protezione), senza incidere sull'obbligo di effettuare l'obbligazione principale, ossia la prestazione lavorativa (p. 37 ss.).

(69) In questa prospettiva si pone, in linea generale, Schiavone 2010, 153 ss., 167 ss. e 190 s.

(70) Ad es., rientrano nella prima categoria alcune intese che garantiscono ai lavoratori una tutela minima in materia di riposo domenicale. L'Accordo Esselunga Spa 22.1.2016, in <http://www.flcams.cgil.it/category/azienda/settore-tds-l-azienda/esselunga-l-settore-tds-l-azienda/>, prevede una programmazione concertata delle aperture domenicali e garantisce ai lavoratori un numero minimo di riposi domenicali annui; l'Accordo Ikea 21.1.2016, in http://www.ilsole24ore.com/pdf/2010/Editrice/ILSOLE24ORE/ILSOLE24ORE/Online/Oggetti_Embedded/Documenti/2016/11/25/integrativo-ikea.pdf, individua tetti massimi per le domeniche lavorative annue e per le domeniche lavorative consecutive annue.

ficamente l'art. 6, Convenzione Oil n. 106 del 1957, relativa al riposo settimanale nel commercio e uffici, che prevede la tendenziale coincidenza del riposo settimanale con quello domenicale.

5. — *Il riposo festivo infrasettimanale fra legge e autonomia negoziale* — Le festività infrasettimanali sono giornate, individuate per legge, in cui cadono ricorrenze radicate nella tradizione religiosa o dal peculiare valore civile (71).

Come per il lavoro domenicale, anche in questo caso la Costituzione non prevede direttamente il diritto del lavoratore al riposo. A tale fattispecie si possono altresì estendere le considerazioni sviluppate nel par. precedente sul tempo libero qualificato, sull'importanza del riposo simultaneo della maggior parte della popolazione ai fini dell'esercizio di diritti della persona costituzionalmente garantiti e sulla valenza spirituale e religiosa dell'astensione dal lavoro in determinati giorni. Tuttavia, diversamente dal caso del lavoro domenicale, in occasione delle festività infrasettimanali il lavoratore ha un vero e proprio diritto soggettivo ad astenersi dal lavoro, che si configura come diritto potestativo (72). In questi giorni il lavoratore può discrezionalmente decidere di non lavorare conservando la relativa retribuzione, e il datore, in posizione di soggezione, deve subire le conseguenze di questa scelta. Tale diritto viene ricavato dalle previsioni legali (73) che obbligano il datore di lavoro a corrispondere al lavoratore retribuito non in misura fissa (che non effettui la prestazione) la normale retribuzione giornaliera e, nel caso in cui invece effettui la prestazione, anche la retribuzione per le ore lavorate con la maggiorazione per lavoro festivo (74).

(71) L. 27.5.1949, n. 260, l. 5.3.1977, n. 54, e d.P.R. 28.12.1985, n. 792. Vd. Ichino, Rucci 1991 e Piccinni 2013, 253 ss.

(72) Vd., con riferimento al diritto potestativo in generale, Iorio 2011, 106 s., e Mazzamuto 2016, 63 s.

(73) Art. 5, comma 1, l. 27.5.1949, n. 260, modif. dall'art. 1, l. 31.3.1954, n. 90, e art. 3 della legge da ultimo citata.

(74) In dottrina vd., fra gli altri, anche per riferimenti, Allamprese 2005, 57, Ichino, Rucci 1991, 80 ss.; in giurisprudenza, vd., ad es., Cass. 27.6.1980, n. 4039, Cass. 23.9.1986, n. 5712, in *FI*, 1987, I, 855, con nota di Lambertucci, Cass. 15.9.1997, n. 9176, Cass. 8.8.2005, n. 16634, in *RGL*, 2005, II, 50 ss., con nota di Allamprese, Cass. 4.11.2016, n. 22481, nonché la recente sent. del T. Firenze 24.5.2017, n. 511. Inoltre, poiché è stata dettata in materia una compiuta e autonoma disciplina legislativa, il diritto al riposo nelle festività infrasettimanali non soffre delle eccezioni previste dal legislatore per il riposo domenicale (Cass. 8.8.2005, n. 16634, cit., 55, e Cass. 7.8.2015, n. 16592, in *RIDL*, 2016, II, 138 ss., con nota di Scarano, e, di recente, T. Firenze 24.5.2017, n. 511); eccezioni che

La giurisprudenza ha escluso che il datore possa unilateralmente «porre nel nulla» il diritto del lavoratore all'astensione dalla prestazione festiva infrasettimanale, ritenendo invece possibile la «rinuncia» a questo diritto attraverso un accordo tra datore e lavoratore (75). Si tratterebbe quindi di un diritto disponibile, ma su questo aspetto bisogna operare delle precisazioni. Sembra in linea con la legge un accordo con cui il lavoratore, alla luce di una valutazione contingente e specifica, si impegni a lavorare nell'imminente festività (76). Differente appare, invece, il caso – sottoposto al Tribunale di Rovereto e poi alla Corte d'Appello di Trento – dell'inserimento nel contratto di lavoro di una clausola che prevede l'obbligo di lavorare, a richiesta, in tutte le festività (77). In tale ipotesi, a ben vedere, non risulta applicabile la distinzione fra rinunzie a diritti *già acquisiti* (annullabili) e patti in deroga a *diritti futuri* (nulli) (78), perché se è vero che il lavoratore *sin dall'origine* del rapporto è titolare del diritto potestativo al riposo festivo infrasettimanale, è anche vero che quest'ultimo si riferisce alle diverse festività che si succederanno *in futuro*, nel corso del rapporto stesso (79).

Cionondimeno, si può concretamente osservare che, mentre nel caso di stipulazione di un accordo «specifico» il lavoratore sceglie fra riposo e lavoro, manifestando la sua volontà all'esito di una ponderazione concreta e puntuale, viceversa, nell'ipotesi dell'accordo generale e preventivo, il lavoratore sottoscrive un impegno al momento della stipulazione del contratto, ossia, come rilevato nelle due pronunce sopra richiamate in testo, in un

parte della dottrina (Mazzotta 1973, 2818, Lambertucci 1987, 857-858, e Ichino, Rucci 1991, 80) aveva invece ritenuto applicabili in via analogica.

(75) Cass. 4.11.2016, n. 22481, cit. Cfr. Cass. 23.9.1986, n. 5712, cit.

(76) Scarano 2016a, 854.

(77) T. Rovereto 8.3.2016, in *RIDL*, 2016, II, 845, con nota di Scarano (per una diversa posizione sulla sentenza, vd. Pepe 2016), e C. App. Trento 30.1.2017, in *RGL*, 2017, II, 281, con nota di Lozito.

(78) Sui tratti che caratterizzano il patto in deroga e le rinunzie e transazioni, nonché sulla connessa distinzione fra inderogabilità della norma e indisponibilità del diritto, vd. l'efficace illustrazione di Voza 2007, 43 ss. e 67 ss. e, recentemente, Voza 2017, 3 ss., anche per altri riferimenti.

(79) Si ritiene pertanto frutto di un'eccessiva semplificazione l'affermazione per cui il diritto ad astenersi dalla prestazione nelle festività infrasettimanali sarebbe un diritto acquisito dal lavoratore, effettuata in alcune sentenze della Cassazione (Cass. 15.9.1997, n. 9176, Cass. 8.8.2005, n. 16634, cit., 55, e Cass. 7.8.2015, n. 16592, cit.) e non riproposta in una sentenza successiva (Cass. 4.11.2016, n. 22481). Ma sul punto si tornerà in questo par. con riferimento alla disponibilità collettiva del diritto al riposo. Sul tema dei diritti quesiti nel rapporto di lavoro, che non può essere affrontato analiticamente in questa sede, vd., anche per riferimenti, Lambertucci, 1990, 168 ss., e Allamprese 2015, *passim*.

momento di particolare debolezza; inoltre (e soprattutto, verrebbe da aggiungere), gli viene preclusa la possibilità di decidere se rinunciare al riposo alla luce di esigenze e interessi individuali contingenti, ponderati con una valutazione necessariamente variabile nel tempo. Non pare quindi che si tratti di una «libera intesa», sebbene vi sia una risalente pronuncia della Cassazione che si esprime in questi termini (80), bensì di una scelta «subita» e non consapevole. Il lavoratore, non potendo prevedere l'assetto di interessi che potrebbe indurlo, nel corso del rapporto, a scegliere se esercitare o meno il diritto potestativo al riposo festivo infrasettimanale, rischierebbe, con una valutazione effettuata *ex ante* e una volta per tutte, di lasciare la scelta riposo/lavoro al datore, determinando un assetto di interessi completamente diverso da quello che la giurisprudenza, nei termini sopra descritti, fa discendere dalla legge (che risulterebbe del tutto vanificata). Un accordo di questo tipo dovrebbe pertanto ritenersi nullo per contrasto con la legge, come peraltro emerge, foss'anche solo in via potenziale, nelle due sentenze sopra richiamate (al di là delle specifiche circostanze che, con intensità diversa, hanno influenzato la motivazione delle due pronunce) (81).

Passando all'intervento della contrattazione collettiva in materia, la giurisprudenza ha evidenziato che i contratti collettivi non possono porre nel nulla il diritto del lavoratore all'astensione dalla prestazione festiva infrasettimanale, trattandosi di un diritto non disponibile per le associazioni sindacali (82); e al riguardo ha precisato che queste clausole sarebbero valide

(80) Vd. Cass. 12.6.1965, n. 1194, in *MGL*, 1965, 238, che, seppure con particolare riferimento al settore giornalistico, ritiene valido un patto per lo svolgimento della prestazione di lavoro in tutti i giorni festivi.

(81) Secondo queste due sentenze, la clausola contrattuale generale e preventiva sul lavoro festivo infrasettimanale non vincolerebbe il lavoratore, ove non seguita da un nuovo accordo stipulato volta per volta per contemperare al meglio le esigenze organizzative dell'azienda e quelle familiari del lavoratore. Il Tribunale di Rovereto non ha precisato se la necessità di questo nuovo accordo discenda dalla nullità della clausola contrattuale in questione o dall'interpretazione della stessa, mentre la Corte d'Appello di Trento ha ritenuto possibile un'interpretazione «salvifica» secondo cui tale clausola contrattuale prevederebbe la *possibilità*, non l'*obbligo*, di lavorare nei giorni festivi infrasettimanali (per rilievi critici su questo punto sia consentito rinviare a Lozito 2017, 284).

Un'impostazione per certi versi analoga a quella proposta nel testo potrebbe riscontrarsi in Cass. 13.1.2004, n. 272, seppure in relazione a una fattispecie diversa da quella in esame: la Cassazione ha escluso la configurabilità della convalida (intesa come rinuncia al diritto potestativo a richiederne l'annullamento: vd. Cariota Ferrara 1948, 355) preventiva e generalizzata di negozi futuri i cui motivi di annullabilità non sono ancora venuti a esistenza.

(82) Cass. 15.9.1997, n. 9176, cit., e Cass. 7.8.2015, n. 16592, cit., 141.

solo nel caso di preventivo mandato del lavoratore a stipularle (o di successiva ratifica) (83). Rispetto a questo orientamento, in ragione di quanto sopra illustrato con riferimento all'autonomia individuale, si ritiene che le norme collettive debbano essere sempre colpite da nullità, per contrasto con la legge, ove contengano una rinuncia preventiva e generale al riposo festivo infrasettimanale (in questa categoria si collocano anche le previsioni, presenti in diversi Ccnl del settore terziario, che subordinano alle esigenze aziendali il godimento del riposo nelle festività infrasettimanali) (84). Diversamente, sono valide ed efficaci – a patto che vi sia un mandato al sindacato o una ratifica del lavoratore – le clausole collettive che stabiliscono l'obbligo di lavorare per una *determinata e imminente* festività.

Infine, con specifico riferimento al livello decentrato, anche per questo istituto sarebbe opportuno esaminare in uno studio sistematico le soluzioni adottate (85). Va considerato, comunque, che eventuali intese di prossimità, alla luce di quanto previsto dal già citato art. 8, comma 2-*bis*, d.l. n. 138/2011, devono rispettare le disposizioni costituzionali poste a tutela della sfera personale, spirituale e sociale del lavoratore, mentre non risultano in materia limitazioni riconducibili al diritto dell'Ue e alle convenzioni internazionali.

(83) Cass. 8.8.2005, n. 16634, cit., 55. Cfr. Cass. 1.7.1999, n. 6749. Non è infatti ravvisabile nell'iscrizione al sindacato la volontà del lavoratore di attribuirgli la disponibilità delle sue posizioni individuali (Cass. 7.2.2004, n. 2362. Cfr., tra le altre, Cass. 20.1.1987, n. 537, Cass. 28.11.1992, n. 12751, e Cass. 23.7.1994, n. 6845). In dottrina, anche per riferimenti, vd. Pera 1986, 929.

(84) Vd., ad es., il Ccnl turismo (Confcommercio e Filcams, Fisascat, UilTuCS) 18.1.2014, il Ccnl turismo (Confesercenti e Filcams, Fisascat e UilTuCS) 4.3.2010 e il Ccnl terziario, commercio e servizi (ConfimpreseItalia, Acs e Cse) 28.11.2011. Secondo un orientamento minoritario (Cass. 15.3.1973, n. 748, in *FI*, 1973, I, 2815, con nota di Mazzotta, e Cass. 4.3.2004, n. 4435), invece, tali clausole contrattuali renderebbero obbligatoria la prestazione festiva infrasettimanale, ove il datore dimostri l'esistenza delle esigenze aziendali richiamate dal Ccnl: in tale ipotesi la disciplina contrattuale comporterebbe il passaggio dalla *regola* legale (diritto di astenersi dal lavoro) all'*eccezione* (obbligo di effettuare la prestazione nel giorno festivo). Per una recente critica a questo orientamento, vd. T. Firenze 24.5.2017, n. 511.

(85) Vd., ad es., l'Accordo Coop Estense 9.5.2014, in [http://www2.filcams.cgil.it/info.nsf/05C2315AD589930AFC1257E840036708D/\\$file/Coop%20Estense%20-%20CIA%209Maggio2014.pdf?OpenElement](http://www2.filcams.cgil.it/info.nsf/05C2315AD589930AFC1257E840036708D/$file/Coop%20Estense%20-%20CIA%209Maggio2014.pdf?OpenElement), che garantisce il riposo in *determinate* festività, con una clausola che è da ritenere priva di effetto: da una parte, non incrementa la tutela dei lavoratori in materia (il diritto al riposo discende dalla legge, nei termini sopra illustrati, per *tutte* le festività) e, dall'altra, non può attribuire al datore (pena la nullità per contrasto con la legge medesima) il diritto di esigere la prestazione in quei giorni.

Riferimenti bibliografici

- Aa.Vv. (2009), *Tempo comune. Conciliazione di vita e lavoro e armonizzazione dei tempi della città*, Franco Angeli, Milano.
- Aa.Vv. (2015), *Liberalizzazione degli orari degli esercizi commerciali. Osservazioni di Federdistribuzione al disegno di legge su Orari di apertura degli esercizi commerciali*, in <http://www.federdistribuzione.it/orariapertura/Osservazioni%20di%20Federdi%20distribuzione%20al%20Disegno%20di%20Legge%20su%20Orari%20di%20apertura%20degli%20Esercizi%20Commerciali.pdf>.
- Allamprese A. (2005), *Ancora sul diritto di astensione dal lavoro nei riposi festivi infra-settimanali*, in *RGL*, II, 50 ss.
- Allamprese A. (2007), *Tempo della prestazione e poteri del datore di lavoro*, in *ADL*, I, 341 ss.
- Allamprese A. (2009), *Organizzazione dei tempi di lavoro e contrattazione collettiva. I contratti collettivi nazionali di categoria*, in Veneziani B., Bavaro V. (a cura di), *Le dimensioni giuridiche dei tempi di lavoro*, Cacucci, Bari, 149 ss.
- Allamprese A. (2015), *Sindacato e potere dispositivo*, Cacucci, Bari.
- Augé M. (2009), *Nonluoghi. Introduzione a una antropologia della surmodernità*, Elèuthera.
- Bavaro V. (2015), *Il lavoro part-time dopo il d.lgs. n. 81/2015*, in Ghera E., Garofalo D. (a cura di), *Contratti di lavoro, mansioni e misure di conciliazione vita-lavoro nel Jobs Act*, Cacucci, Bari, 215 ss.
- Belloni M.C. (1998), voce *Tempo libero*, in *Enciclopedia delle Scienze Sociali*, Istituto della Enciclopedia Italiana Treccani, Roma, vol. VIII, 557 ss.
- Campanella P. (2015), *Clausole generali e obblighi del prestatore di lavoro*, relazione alle Giornate di Studio Aidlass 2014 «Clausole generali e diritto del lavoro», Roma 29 e 30 maggio 2014, in http://www.aidlass.it/wp-content/uploads/2015/11/Giornate-di-Studio-Aidlass_2014_Campanella.pdf.
- Carabelli U. (2009), *Europa dei mercati e conflitto sociale*, Cacucci, Bari.
- Carabelli U., Leccese V. (2005), *Libertà di concorrenza e protezione sociale a confronto. Le clausole di favor e di non regresso nelle direttive sociali*, in *Contratto e impresa/Europa*, n. 2, 539 ss.
- Cariota Ferrara L. (1948), *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Morano Editore, Napoli.
- Cester C. (1995), *Lavoro e tempo libero nell'esperienza giuridica*, Utet, in *QDLRI*, n. 17, 9 ss.
- Coglievina S. (2008), *Festività religiose e riposi settimanali nelle società multiculturali*, in *RIDL*, I, 379 ss.
- Degrassi L. (2013), «*Orari e giorni di apertura degli esercizi commerciali*»: il controverso lato dinamico-promozionale della «tutela della concorrenza», in http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/giurisprudenza/2012/0040_nota_299_2012_degrassi.pdf.
- Dumazedier J. (1957), *Ambiguïté du loisir et dynamique socioculturelle*, in *Cahiers Internationaux de Sociologie*, XXIII, 75 ss.

- Ferrante V. (2008), *Il tempo di lavoro fra persona e produttività*, Giappichelli, Torino.
- Gallino L. (1976), *Dizionario di sociologia*, Utet, Torino, 728 ss.
- Guella F. (2014), *L'inammissibilità costituzionale delle lesioni alla concorrenza da parte delle autonomie e l'ammissibilità dei limiti territoriali, conformativi e specifici, alla liberalizzazione del commercio*, in http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2014/12/nota_104_2014_guella.pdf.
- Ichino P. (1984), *Il tempo della prestazione del rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano.
- Ichino P. (1987), *L'orario di lavoro e i riposi. Sub artt. 2107-2109*, in Schlesinger F. (diretto da), *Commentario al codice civile*, Giuffrè, Milano.
- Ichino P., Rucci C. (1991), voce *Festività*, in *DDPComm.*, 79 ss.
- Iorio G. (2011), *Prime pagine di diritto privato*, II ed., Giappichelli, Torino.
- Laforgia S. (2009), *Organizzazione dei tempi di lavoro e contrattazione collettiva. I contratti collettivi di secondo livello*, in Veneziani B., Bavaro V. (a cura di), *Le dimensioni giuridiche dei tempi di lavoro*, Cacucci, Bari, 197 ss.
- Lambertucci P. (1987), *La prestazione di lavoro nelle festività infrasettimanali*, in *FI*, I, 855 ss.
- Lambertucci P. (1990), *Efficacia dispositiva del contratto collettivo e autonomia individuale*, Cedam, Padova.
- Lassandari A. (2012), *Il limite del «rispetto della Costituzione»*, in *RGL*, I, 503 ss.
- Leccese V. (2001), *L'orario di lavoro. Tutela costituzionale della persona, durata della prestazione e rapporto tra le fonti*, Cacucci, Bari.
- Leccese V. (2011), *L'orario di lavoro nel d.lgs. 66/2003, tra problemi di costituzionalità e disciplina europea*, dattiloscritto destinato all'incontro di studio organizzato dal Csm su «Il lavoro e la flexicurity» (Roma, 17-19 gennaio 2011).
- Leccese V. (2015), *Il lavoro a tempo parziale*, in Fiorillo L., Perulli A. (diretto da), *Il nuovo diritto del lavoro*, vol. III. *Tipologie contrattuali e disciplina delle mansioni. Decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81*, a cura di Fiorillo L., Perulli A., Giappichelli, Torino, 41 ss.
- Lozito M. (2017), *Sul «lavoro concordato» nelle festività infrasettimanali*, in *RGL*, II, 281 ss.
- Mazzotta O. (1973), *In tema di festività infrasettimanali*, *FI*, I, 2816 ss.
- Mazzotta S. (a cura di) (2016), *Manuale del diritto privato*, Giappichelli, Torino.
- McBritton M. et al. (2009), *Le dimensioni giuridiche del tempo di lavoro nel quadro costituzionale*, in Veneziani B., Bavaro V. (a cura di), *Le dimensioni giuridiche dei tempi di lavoro*, Cacucci, Bari, 321 ss.
- Napoli M. (2008), *Le norme costituzionali sul lavoro alla luce dell'evoluzione del diritto del lavoro*, in *Studi in onore di Edoardo Ghera*, Cacucci, Bari, II, 749 ss.
- Occhino A. (2010), *Il tempo libero nel diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino.
- Onida V. (2013), *Quando la Corte smentisce se stessa*, in *Rivista telematica e giuridica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n. 1.
- Pepe V. (2016), *Lavoro festivo: la sentenza del Tribunale di Rovereto che farà discutere*, in <http://www.diritto24.ilsolo24ore.com/art/dirittoLavoro/2016-04-14/lavoro-festivo-sentenza-tribunale-rovereto-che-fara-discutere-092857.php?preview=true>.
- Pera G. (1986), *Sulla disponibilità sindacale dei diritti individuali*, in *RIDL*, I, 927 ss.

- Piccinni M.R. (2013), *Il tempo della festa tra religione e diritto*, Cacucci, Bari.
- Pinto V. (2016), *La flessibilità funzionale e i poteri del datore di lavoro. Prime considerazioni sui decreti attuativi del Jobs Act e sul lavoro agile*, in *RGL*, I, 345 ss.
- Ricci G. (2005), *Tempi di lavoro e tempi sociali. Profili di regolazione giuridica nel diritto interno e dell'Ue*, Giuffrè, Milano.
- Ricci G. (2010), *Il diritto alla limitazione dell'orario di lavoro, ai riposi e alle ferie nella dimensione costituzionale integrata (fra Costituzione italiana e Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea)*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».INT*, n. 79.
- Ritzer G. (2005), *La religione dei consumi. Cattedrali, pellegrinaggi e riti dell'iperconsumismo*, il Mulino, Bologna.
- Scarano L. (2016a), *Addenda sulla derogabilità dell'astensione dal lavoro festivo*, in *RIDL*, II, 848 ss.
- Scarano L. (2016b), *Assolutezza e derogabilità del diritto di astenersi dal lavoro festivo*, in *RIDL*, II, 142 ss.
- Scarpelli F. (2012), *Il rapporto tra la legge e la contrattazione collettiva di prossimità nell'art. 8 del d.l. n. 138/2011*, in *RGL*, I, 493 ss.
- Schiavone T. (2010), *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione lavorativa*, in *RIDL*, I, 153 ss.
- Ventura L. (1968), *Il riposo settimanale: questioni recenti e recentissime di interpretazione e di costituzionalità*, in *RGL*, I, 43 ss.
- Voza R. (2007), *L'autonomia individuale assistita nel diritto del lavoro*, Cacucci, Bari.
- Voza R. (2017), *L'adibizione a mansioni inferiori mediante patti in deroga nel riformato art. 2013 c.c.*, in *RGL*, I, 3 ss.

ABSTRACT

Chiariti gli effetti (presunti e reali) della liberalizzazione delle aperture degli esercizi commerciali sulla disciplina del riposo settimanale, domenicale e festivo infrasettimanale del lavoratore, il saggio esamina quest'ultima alla luce delle norme costituzionali che tutelano la salute del lavoratore e garantiscono lo sviluppo della sua sfera etica, sociale e spirituale. Ricostruito il quadro legale relativo ai riposi, vengono verificati gli spazi derogatori dell'autonomia collettiva e individuale in materia.

TOMORROW IS HOLIDAY, TOMORROW IS A WORKING DAY:
LIBERALIZATION AND REST IN THE TRADE SECTOR

Having shed light on the (alleged and actual) effects of the liberalization of shop opening on the regulation of the weekly, Sunday and public holiday workers' rest, the essay examines the latter on the basis of the Italian constitutional provisions protecting workers' health and allowing the development of their ethical, social and spiritual sphere. Within this framework, the chances for collective and individual derogation are assessed.

NOTE E COMMENTI

Massimo Mensi (*)

LAVORO DIGITALE E SINDACATO

(NOTE A PARTIRE DALL'ARTICOLO DI S. ENGBLOM,
*UNA PROSPETTIVA DAL PUNTO DI VISTA SINDACALE
SULLA DIGITALIZZAZIONE E LA GIG ECONOMY*) (**)

1. — L'articolo di Engblom rappresenta un tentativo di analisi sui temi della digitalizzazione e delle conseguenti trasformazioni che essa comporta nell'essere o, meglio, nel «fare sindacato».

La digitalizzazione inevitabilmente sta avendo un impatto più o meno forte sulla pressoché totalità delle attività lavorative e, come in un sistema di vasi comunicanti, il mercato del lavoro sta subendo e subirà, con tempi differenziati e con diverse velocità, delle mutazioni.

Senza iscrivermi tra gli apologeti o tra i detrattori del fenomeno, rimanendo quindi in una posizione di mero osservatore, posso affermare che la digitalizzazione è paragonabile al fenomeno dell'avvento della illuminazione elettrica: innovazione inarrestabile, che ha modificato profondamente la società, la socialità e l'economia, andando a incidere e a cambiare radicalmente tradizioni millenarie. Grazie alla luce elettrica è stato possibile modificare i ritmi circadiani dell'uomo, l'alternanza tra opere di vita e di lavoro e così via.

In quanto tale, innovativa e inarrestabile, nei confronti della digitalizzazione sarebbe da evitare ogni forma di «luddismo sindacale», così come sarebbe vano proporre delle distinzioni tra «buona e cattiva» digitalizzazione.

Ci si chiede però se sia davvero così dannosa un'azione regolativa del fenomeno (cfr. p. 358 dell'articolo di Engblom) e, aggiungo, una regolamentazione a opera dei suoi stessi attori: imprese e forza lavoro. Davvero la competitività delle aziende «Gig» potrebbe essere minata dalla definizione di un sistema di regole, specie se di derivazione consensuale?

Mi limito qui a ricordare, quale elemento di (preoccupante) riflessione, l'ormai nota affermazione di L. Biewald (amministratore delegato della Crowdfunder: azienda statunitense e piattaforma *online* per il *data mining* e *crowdsourcing*), per cui «*Before the Internet, it would be really diffi-*

(*) Funzionario Filcams Cgil.

(**) Pubblicato in *RGL*, I, 357 ss.

cult to find someone, sit them down for ten minutes and get them to work for you, and then fire them after those ten minutes. But with technology, you can actually find them, pay them the tiny amount of money, and then get rid of them when you don't need them anymore» (1).

L'essere «umano» (non una intelligenza artificiale o un bot) è diventato la nuova soglia del mercato dell'offerta di lavoro, il vero valore aggiunto: questo il messaggio dei *claim* accattivanti che si trovano sul web. Sulla piattaforma *Transcribe.me* vengono riportate con orgoglio le seguenti frasi: «*Expert Human transcription*» e «*Lowest prices anywhere!*»

I dibattiti in corso a livello globale all'interno del mondo sindacale stanno facendo emergere alcuni profili nevralgici di non poco conto, che vanno al di là della sfera individuale di chi lavora e incidono sulla società intera, e che potrebbero essere affrontati solo con un'azione regolativa. Mi riferisco: a) al delinearci di regimi di monopolio/oligopolio; b) alla protezione dei dati personali degli interessati; c) alla tassazione di queste aziende (o «non aziende»), le quali tendono a non creare ricchezza in un'area geografica specifica e individuabile; d) alla proprietà intellettuale.

La definizione «alternativa» che spesso si utilizza quale sinonimo di *Gig economy*, quella di *on demand economy*, a mio parere non aiuta. Si attua un cambio semantico che ricalca il solco delle strategie di queste imprese, le quali cercano, nella sostanza, di operare una «ridenominazione» per (non) definire la prestazione lavorativa e quindi rendere ancora più difficile quello che lo stesso Engblom indica nel suo scritto (paragrafo sul cd. primo pilastro), ovvero applicare nozioni (giuridiche) già in uso per prevenire abusi ed elusioni.

È arduo dare concretezza a questo «pilastro» quando le imprese intenzionalmente «rimescolano le carte sul tavolo» del lavoro: il lavoratore diventa un «*rider*» o un «*tasker*», la prestazione lavorativa una «*task*» o un «passaggio».

Inserire queste «etichette semantiche» in un quotidiano dinamico, come quello che la *Gig economy* presenta, non è semplice.

Un capitolo a parte meriterebbero gli aspetti della sicurezza e dell'ambiente di lavoro; anche il collega svedese rimane generico su questo punto.

Il secondo pilastro della riflessione di Engblom, intitolato «Adeguare la sicurezza sociale, le politiche attive del mercato del lavoro e il sistema di istruzione», contiene le riflessioni forse più pregnanti, a partire dall'impo-

(1) Leggila in <https://www.thenation.com/article/how-crowdworkers-became-ghosts-digital-machine/>.

stazione di un ragionamento su come includere i lavoratori della *Gig economy* in un sistema di protezione sociale.

Condivido l'osservazione per cui «migliorare l'accesso [...] ai sussidi di disoccupazione per i lavoratori iscritti alle piattaforme digitali potrebbe determinare l'effetto collaterale di consentire alle imprese che le gestiscono di mantenere un personale di riserva disponibile "a chiamata", scaricandone il relativo rischio economico sul singolo individuo e sullo Stato», come anche il riferimento ad attività di formazione continua: tema, quest'ultimo, che ha ottenuto visibilità mediatica grazie a una copertina dell'*Economist* intitolata appunto *Lifelong learning*.

Oggi le vite lavorative scorrono con dei tempi di cambiamento acceleratissimi: tempi caratterizzati da nuovi mantra derivati dalla dialettica della Economy (quali, ad esempio, la robotica e l'intelligenza artificiale); le dicotomie che emergono tra le nuove competenze che tali tecnologie richiedono e i percorsi classici di istruzione rischiano di creare pericolose ineguaglianze, rendendo pressante una «rivoluzione» in tema di politiche alla formazione.

D'altra parte, l'affermazione dell'Autore per cui la *Gig economy* dovrebbe indurre i sindacati a sollecitare le riforme delle politiche attive del lavoro e dei sistemi di istruzione non lascia indifferente una organizzazione come la Cgil, che ha investito molte delle sue risorse materiali e intellettuali sull'iniziativa della Carta dei diritti universali del lavoro.

Infine il terzo pilastro, intitolato «Organizzare e dare potere ai soggetti», individua un tema cruciale: quello del rapporto tra innovazioni tecnologiche e rischi della disintermediazione sindacale. La Cgil si è da tempo interrogata sui nuovi interessi collettivi e i bisogni di rappresentanza e tutela collettiva dei lavoratori che presentano situazioni di atipicità, e ha promosso la nascita di una federazione *ad hoc*: il sindacato delle nuove identità di lavoro (Nidil).

L'affermarsi della *Gig economy* impone una riflessione sul tema (pur troppo perdurante) della crisi dei lavori e su come cambia, in questo panorama digitale, il concetto di solidarietà (2), e conseguentemente su come trovare nuovi modi di contatto con gli *e-workers*.

La Filcams-Cgil ha diversificato, integrandoli nelle strategie di *Organising* più classiche per il mondo sindacale, i *tools* digitali: basti ricordare il «118 *online*», servizio di «soccorso sindacale *online*» (attualmente in fase di aggiornamento), oppure le comunità di *impiegato.org* o *farmacie.blog*. Sotto il profilo della formazione interna, la Filcams si è dotata di

(2) Heckscher C. (2017), *Solidarity and collective action in the new world of work*, Uniglobal Union Icts, Rutgers University, Berlino.

un modulo *ad hoc* denominato «Sindacato 2.0», che mira a fornire le basi per mettere a frutto i più moderni canali di comunicazione.

Nel panorama sindacale internazionale si può citare la vicenda di Six Silberman: un giovane programmatore che ha finalizzato il suo dottorato di ricerca a immaginare, costruire e organizzare uno strumento in grado di mettere in contatto i lavoratori di Amazon Mechanical Turk. Ne è scaturito *Turkopticon*: un sito web che – mutuando l'archetipo delle società della *on demand economy* – consente ai lavoratori di recensire i committenti, al fine di raccomandare i buoni pagatori e segnalare quelli da evitare. Silberman si è trasferito a Francoforte, in forza al sindacato IGMetal, ove coordina un gruppo di lavoro. L'obiettivo è quello di realizzare lo «sfondamento digitale» dei sindacati che hanno lanciato una piattaforma che classifica i committenti: *faircrowdwork.org*. L'effetto collaterale mira a generare una sana pressione nei confronti delle società e stimolare una concorrenza verso l'alto dei diritti e delle tutele.

Questa sperimentazione si innesta su una più ampia elaborazione che, come mondo sindacale internazionale, varrebbe la pena di percorrere unitariamente; essa riguarda appunto il *platform cooperativism* e le alleanze sindacali internazionali. Perché la *Gig economy* non è (solo) una vicenda europea. Essa riguarda un mondo globale senza dimensioni o confini, dove il rischio reale è di muoversi in un'arena competitiva di lavoratori contro lavoratori, di paesi poveri contro altri ancora più poveri.

Infine, due sono gli elementi che possono diventare due lance di una rinnovata azione sindacale: la «*reputation*» e i Comitati aziendali europei.

Sulla reputazione e sul «capitale reputazionale» delle multinazionali si sta muovendo, con un certo successo a livello mediatico, la Filcams-Cgil attraverso il progetto Opencorporation, finalizzato a rendere le multinazionali più trasparenti e accessibili, nonché a migliorare la capacità dei lavoratori e dei loro rappresentanti di esercitare un monitoraggio costante sulle attività e le decisioni aziendali (3).

(3) Si veda www.opencorporation.org. Sulla base di indicatori oggettivamente verificabili, il sindacato (a livello nazionale ed europeo) e gli altri attori del progetto finanziato dalla Commissione europea (tra di essi: Openpolis, associazione italiana per la trasparenza e la partecipazione democratica; Ires Cgil Emilia Romagna; Istur-Citub, Istituto di ricerca sociale e sindacale della Confederazione dei sindacati indipendenti in Bulgaria (Citub); Szgri, Istituto di ricerca economica e sociale del Sindacato ungherese; Depp Srl) eseguono un'indagine sulle imprese multinazionali, allo scopo di acquisire elementi conoscitivi di tipo quali-quantitativo sui diversi aspetti dell'accessibilità, considerata in senso lato. Sono in via di predisposizione un set di strumenti pratici e innovativi (in particolare, un *toolkit* per il corretto esercizio del diritto-dovere di trasparenza; una *checklist* per l'organizzazione di eventi e la produzione di materiali acces-

Sul tema dei Comitati aziendali europei, dopo vent'anni di pratica di tale strumento, i risultati mostrano ancora luci e ombre; e forse quello della *Gig economy* e delle grandi e-multinazionali potrebbe essere un nuovo terreno per un rinnovato dibattito a livello sindacale europeo.

ABSTRACT

L'articolo è incentrato sull'analisi delle conseguenze che possono comportare la digitalizzazione e la Gig economy sul lavoro, e in particolare sull'azione del sindacato. Si analizzano pertanto i diversi effetti di questi due fenomeni sul modo di lavorare e più in generale sull'occupazione, senza pregiudizi di sorta. Le opportunità offerte da internet e dagli strumenti digitali non vengono viste solo come fattore di rischio, ma anche come nuovi canali di azione sindacale, anche sulla base di concrete esperienze avviate in diverse nazioni.

DIGITAL WORK AND UNION

The article is focused on the analysis of the consequences that digitalisation and Gig economics may have on the labor market and in particular on the Trade Union action. The different effects of these two phenomena on how to work, and more generally on employment, are analyzed without any prejudice. The opportunities offered by the internet and digital tools are not only considered as a risk factor, but also as ways of Trade Union action, with some concrete experiences in different countries.

sibili e a basso impatto ambientale e un *ranking* sindacale per comparare e valutare le imprese multinazionali sulla base della loro capacità di essere trasparenti e inclusive), creati al fine di facilitare l'esercizio consapevole ed effettivo dei diritti d'informazione, consultazione e partecipazione dei lavoratori a livello aziendale.

Antonella Durante (*)

LA DISCIPLINA DEI LICENZIAMENTI INDIVIDUALI
NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO NORVEGESE

SOMMARIO: 1. Nota introduttiva: l'importanza dei «principi». — 2. Obiettivi e ambito di applicazione della legislazione protettiva: una traduzione esplicita del principio di uguaglianza. — 3. Il licenziamento per ragioni economiche: il principio dell'*extrema ratio*. — 4. Il giustificato motivo soggettivo e la giusta causa tra proporzionalità, giustificatezza e ragionevolezza. — 5. I requisiti procedurali a tutela del lavoratore: i licenziamenti «partecipati». — 6. Il diritto di restare nel posto di lavoro fino alla sentenza: una norma fondamentale a garanzia del principio di effettività. — 7. Le sanzioni e il principio della parità di tutela.

1. — *Nota introduttiva: l'importanza dei «principi»* — Il presente contributo ha a oggetto la ricostruzione analitica della disciplina dei licenziamenti nell'ordinamento giuridico norvegese attraverso i principi a essa sottesi; pertanto non è stato preso in considerazione l'assetto che la medesima disciplina ha assunto nell'ordinamento italiano dopo le recenti riforme (1).

Tuttavia – sebbene l'accostamento di un sistema di regole a ciò che a esso corrisponde in un altro ordinamento non può risolversi in meri giudizi di valore (2) –, è di chiara evidenza che i principi sottesi al regime di tutela nordico siano stati quasi del tutto dismessi in quello italiano, e in quest'ottica, se è vero che il *clash of cultures* spesso si produce proprio in conseguenza del diverso peso attribuito ai valori fondanti, in primo luogo a quelli di «libertà» ed «uguaglianza», il confronto con altri diritti nazionali, soprattutto con quelli richiamati in sede (non solo) politica come oggetto di imitazione, può rivelarsi utile a produrre un «condizionamento» riflessivo dei modelli regolativi adottati e, in ultima istanza, dei valori perseguiti dal legislatore italiano.

(*) Stagista presso *The Norwegian Confederation of Trade Unions (LO Norge)*.

(1) D.lgs. n. 23/2015, che ha completato la riforma dei licenziamenti avviata dalla l. n. 92/2012. La letteratura sul tema è ormai molto vasta ma si vedano almeno i contributi di Speciale 2016, 111; Cester 2015; Fontana 2013; Id. 2015; Id. 2016b; Amoroso 2015, 330; Pagni 2016, 228.

(2) Kahn-Freund 1974, 1.

Come è noto, la Norvegia si colloca ai primi posti nella classifica mondiale dei paesi con un alto livello di competitività e crescita economica (3), la maggiore produttività lavorativa, il minor tasso di disoccupazione (4), il più alto livello di reddito *pro capite* e qualità della vita (5). Sul piano politico-organizzativo, il sistema norvegese vanta un alto tasso di sindacalizzazione, una struttura contrattuale fortemente centralizzata (6), una efficiente politica attiva nel mercato del lavoro, una efficace politica di *work life balance*, un *welfare* universalistico e generoso, e la promozione di una solidarietà intergenerazionale realizzata attraverso investimenti concreti (7).

Anche se negli ultimi anni – soprattutto in conseguenza dell’obbligo di implementare le direttive europee in materia di lavoro (8) – il sistema norvegese ha vissuto un clima di riforme cui ha fatto seguito una relativa apertura alla flessibilità, soprattutto con la riduzione delle restrizioni previste per il contratto a termine (9), nel suo complesso esso non è diventato *market-oriented* e non è stata messa in discussione (nemmeno dall’ultimo governo conservatore di Elna Solberg) la funzionalità di un sistema a vocazione partecipativa capace di garantire, al tempo stesso, effettività dei diritti sociali, produttività e crescita economica. Un consenso politico non ideologicamente qualificato (10) sul mantenimento del complesso delle garanzie sociali ha, infatti, comportato la tenuta del modello tipico di lavoro subordinato, la cui crisi ha prodotto altrove una sostanziale erosione della disciplina protettiva.

Ma quali sono i *principi* che regolano il (quasi ideale) *nordic model* e quali i meccanismi che ne assicurano la tenuta?

Il sistema scandinavo, storicamente consolidatosi nel quadro dei principi socialdemocratici, contempla una concezione dei diritti sociali come espressione del diritto di cittadinanza e come guida per la determinazione

(3) World Economic Forum 2016, 284.

(4) Si vedano i dati ufficiali di *Statistics Norway*. In letteratura Allstrin *et al.* 2012.

(5) Ocse 2016 e Onu 2017.

(6) Andersen J. *et al.* 2014; Evju *et al.* 2013, Dølvick, Stokke 1998, 118 ss.

(7) Tipica espressione ne è il cd. «Fondo per le generazioni future» (*Statens Oljefondet*) che, alimentato da considerevole quota annua dei proventi petroliferi, è vincolato ad assicurare alle generazioni future lo stesso livello di *welfare* e trattamento pensionistico di cui beneficiano le generazioni attuali.

(8) La Norvegia aderisce allo Spazio economico europeo, cui è vincolata dalla *Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Den Europeiske Økonomiske Samarbejdsområde* del 1992.

(9) Bernitz 2000, 29; Evju 1995, 327; Andersen J. *et al.* 2014, 132. Sulla riforma del contratto a termine realizzata con la l. n. 20/2015, Søsteli Johansen, Stueland 607 ss.

(10) Adamiak 2011, 113 ss.

delle politiche di redistribuzione e di protezione sociale (11). Ciò che rende la Norvegia un *modello* non deriva soltanto dalla sua fortunata ricchezza (come comunemente si è propensi a pensare di fronte alle virtù del paese nordico), ma dalla capacità di promuovere una crescita equilibrata e sostenibile in una prospettiva di lungo periodo e di orientare le scelte legislative verso misure di «investimento sociale», come direbbe Maurizio Ferrera a proposito, invece, di ciò che *non* avviene nel nostro paese (12). In questo contesto, il principio della stabilità del posto lavoro non è mai stato messo in discussione a favore di una maggiore assistenza al lavoratore nel mercato, e anzi le tutele «nel rapporto» si sommano a efficaci politiche attive per l'occupabilità. Nonostante il concetto di *flexicurity* (13) sia stato ricondotto ai modelli nordici per giustificare (spesso) una erosione dei livelli di tutela dei lavoratori a favore di una maggiore assistenza «nel mercato», la legislazione norvegese dimostra che la garanzia del posto di lavoro continua a rappresentare il nucleo protettivo essenziale anche in un contesto caratterizzato da un tasso di disoccupazione decisamente basso e da una elevata mobilità occupazionale intesa come opportunità di transitare da un impiego all'altro. Le istituzioni del sistema nordico, del resto, hanno tradizionalmente generato virtuose sinergie tra economia e diritti sociali nell'ambito di quella «economia negoziata» praticata in funzione di contenimento degli effetti socialmente negativi dell'economia di mercato (14). Anche quando, a partire dagli anni novanta, i paesi scandinavi sono stati esposti all'internazionalizzazione delle loro economie, alla dottrina liberista e a una trasformazione interna della socialdemocrazia (passando per la prospettiva dell'integrazione europea), il modello sociale ha conservato quelle caratteristiche di equità e universalità che lo contraddistinguono (15). I fisiologici aggiustamenti sono stati piuttosto affrontati attraverso forme (negoziata) di flessibilità organizzativa e funzionale realizzate prevalentemente nell'impresa, lasciando integri i meccanismi di protezione generale. In un significativo ribaltamento del paradigma legislativo, quella «*strictness of employment protection*» che altrove è considerata un limite alla libertà economica e un freno alla competitività, in Norvegia è intesa come un pilastro fondamentale sia sul versante dei diritti che sul versante economico.

(11) Negaard 2014, 292 ss.

(12) Ferrera 2016, 49.

(13) Madsen 2007, 57; Hepple 2006, 287; Cazes, Nesporova 2007, 1; Wilthagen, Tros 2004, 166.

(14) Hernes 1991, 239 ss.; Dølvick 2008.

(15) Dølvick 2016, 111 ss.; Dølvick, Steen 1997; Andersen J. *et al.* 2014b, 246.

Dalla prospettiva costituzionale, il grado di effettività dei diritti sociali consente di cogliere bene la specificità del sistema giuridico-sociale norvegese e la centralità dei «valori» nella definizione e attuazione di *good labour market policies* nonché nell'attività legislativa ordinaria.

La Costituzione norvegese (*Grunnloven*), rispetto al costituzionalismo europeo del secondo dopoguerra, appare «povera» nel catalogo di diritti sociali (16), e tuttavia essi ricevono adeguata protezione a un livello normativo infracostituzionale (17). Mentre, dunque, in gran parte dei paesi europei la portata dei diritti sociali, e specificamente di quelli del lavoro – nonostante la tutela *multilevel* – è stata ridimensionata attraverso la progressiva riduzione della loro protezione giuridica, nell'area scandinava – caratterizzata da una bassa costituzionalizzazione dei diritti sociali (18) – è la risoluta azione costitutiva, integrativa e attuativa del legislatore ordinario ad assicurarne un elevato grado di effettività. Ciò che forse sorprende di più chi è abituato a continue riflessioni critiche su politiche legislative che contengono talvolta gravissimi punti di «attrito» con la Costituzione e con le Carte europee dei diritti fondamentali (19), è proprio il dato oggettivo per cui l'ordinamento lavoristico norvegese sembra, in larga misura, reggersi non tanto sull'elaborazione di principi costituzionali, quanto piuttosto su diffusi valori ordinamentali di base (fra cui l'eguaglianza e l'effettività dei diritti legati alla persona e al lavoro). Pertanto, discutere di costituzionalità in senso critico, soprattutto in relazione ai diritti dei lavoratori e all'attività di governo che ne definisce le discipline, rischia di rivelarsi in qualche maniera «superfluo» quando ci si relaziona con il sistema norvegese. Né esiste una rilevante giurisprudenza costituzionale in materia, in quanto, mancando persino una Corte costituzionale, si tratta di un sistema a controllo di costituzionalità diffuso, in cui le eventuali (e di fatto rare) controversie relative alla costituzionalità di leggi e normative sono rimesse ai giudici ordinari. E così l'*ordinaria* e *ordinata* giurisprudenza norvegese ci ha messo poco a offrire dell'unico diritto di natura lavoristica presente in Costituzione – «il diritto a vivere del proprio lavoro» – un'interpretazione estensiva, fa-

(16) La *Grunnloven*, redatta nel 1814 e riformata nel 2013, non contiene quasi nessuno dei diritti «lavoristici» previsti in gran parte delle Costituzioni europee né i diritti collettivi che vengono fatti rientrare senza ulteriore qualificazione nella libertà di espressione di cui all'art. 100. Sulla configurazione del diritto di sciopero nella Costituzione norvegese, vd. Evju 2008, 79 ss.

(17) Nielsen 2005, 93.

(18) Per un'analisi costituzionale comparatistica: Carrozza *et al.* 2014; Duranti 2009; Gambino 2008; Turpin 2007.

(19) Fontana 2013; Id. 2016b; Speciale 2016, 111.

cendovi rientrare non solo il dovere programmatico del legislatore di creare condizioni di lavoro per tutti, ma anche ogni strumento di tutela del lavoro in quanto tale (20). Né poteva essere altrimenti, se si considera il pragmatismo che caratterizza la cultura (anche giuridica) scandinava: se l'art. 110 della Costituzione norvegese è finalizzato a indirizzare l'attività dei poteri pubblici alla realizzazione del diritto *al* lavoro, la conservazione di questo (una volta trovato) ne rappresenta la logica conseguenza (21).

2. — *Obiettivi e ambito di applicazione della legislazione protettiva: una traduzione esplicita del principio di uguaglianza* — La Norvegia è stata uno dei primi paesi europei a essersi dotato di una organica disciplina protettiva in caso di licenziamento. La prima legge sul lavoro (*Arbeidervernloven*) risalente al 1936 conteneva *in nuce* il principio di giustificazione del licenziamento e una disciplina minima in materia di salute, sicurezza e orario di lavoro (22). Inoltre, i sindacati norvegesi sono stati tra i primi a sviluppare un sistema di partecipazione e di contrattazione collettiva generalizzato e centralizzato in grado di coprire i vuoti legislativi e anticipare la disciplina legale (23). La compresenza, sin dalle origini, di un forte spirito di cooperazione (*å samarbeide*) e di fiducia istituzionale e sociale (*tillit*) (24) ha poi favorito la nascita e lo sviluppo di quel *nordic social democracy model* internazionalmente riconosciuto per le caratteristiche proprie dei sistemi di *welfare* e di relazioni industriali (25).

La legge del 1977 (*Arbeidsmiljøloven* d'ora in avanti *Aml*), che ha introdotto il sistema di tutela in caso di licenziamento non giustificato attualmente in vigore, prevede come obiettivo principale la garanzia della *sicurezza* e della *stabilità* del lavoro («*å sikre trygge ansettelsesforhold*») (26) intese come *favor* verso il lavoro a tempo pieno e indeterminato e diritto a una tutela effettiva in caso di licenziamento (27).

(20) *Høysterett* 1991-1533 (*Høysterett* corrisponde alla Cassazione, e d'ora in avanti sarà indicata con HR).

(21) Evju 1991, 130-131.

(22) Galenson 1949.

(23) Evju *et al.* 2013; in generale, per una ricostruzione storica, Hepple 2010.

(24) Consapevoli del diverso significato giuridico che le parole possono assumere nel momento in cui vengono tradotte in altre lingue e sistemi, si chiarisce che la parola norvegese «*samarbeid*» ha il doppio significato di *cooperazione* e *collaborazione*. Sønsteli Johansen, Stueland 2015, 41.

(25) Hasselbalch 2009; Neal 2000; Folke 1973, 324 ss.; Castles 2009; Sejersted 2011.

(26) Art. 1.1 *Aml*.

(27) HR 2005-826.

L'obiettivo di dare attuazione, in sostanza, al principio di eguaglianza sotteso alla legge e di contrastare fenomeni di frammentazione sociale ha comportato la scelta di estenderne l'ambito di applicazione a tutto il mondo del lavoro. La normativa protettiva si applica a «tutte le imprese che occupano dipendenti» («*loven gjelder for virksomhet som sysselsetter arbeidstaker*») ossia a «qualsiasi organizzazione finalizzata allo svolgimento di un'attività economica che utilizzi manodopera», senza alcuna considerazione né per le dimensioni né per la tipologia né per il settore di attività (28), con le sole esclusioni dei lavoratori occupati nel settore militare e delle imprese operanti nei settori marittimo, del trasporto e della pesca, regolamentati da discipline speciali (29). Con la riforma del 2005, che ha armonizzato le discipline del settore pubblico e privato, l'ambito di applicazione è stato esteso anche ai dipendenti pubblici (*tjenestemenn*) (30). Sul versante soggettivo, nessuna categoria di lavoratori è esclusa dall'ambito di applicazione della disciplina protettiva, ed è il giudice a valutare con particolare rigore la sussistenza di giustificazioni per eventuali differenze di trattamento, secondo un orientamento giurisprudenziale interno consolidatosi anche a seguito di alcune rilevanti «pronunce» del Comitato europeo per i diritti sociali (31).

Lo stesso standard di tutela consente di riconoscere un trattamento eguale per tutte le situazioni lavorative, mentre una tutela diversificata può essere giustificata solo da ragioni connesse all'interesse generale. Lo «spirito» socialdemocratico che fa da sfondo all'evoluzione storica della disciplina lavoristica, del resto, si caratterizza proprio per la capacità *collettiva* di partecipare alla costruzione di uno Stato che tenda alla democrazia sostan-

(28) Art. 1.2 Aml: «*The Act shall apply to undertakings that engage employees unless otherwise explicitly provided by the Act...*». La giurisprudenza ha chiarito che anche un'attività con uno scopo sociale o ideale ricade nell'ambito di applicazione della disciplina protettiva; così HR 1992-1053.

(29) Al personale marittimo si applica la l. n. 102/2013 (*skipsarbeidsloven*).

(30) Solo ai dipendenti statali si applica la disciplina del pubblico impiego (*Tjenestemannsloven*), mentre l'area delle autonomie locali (*kommuner e fylker*) è stata sostanzialmente privatizzata.

(31) In alcuni casi possono essere esclusi dalla tutela conservativa i lavoratori *over 65 e/o* con diritto al trattamento pensionistico, ma in via generale «non possono essere negate, per il solo fatto dell'età, quelle garanzie finalizzate alla tutela della personalità umana e al rispetto del valore del lavoro nella società»; così HR 2013-424, che ha implementato la giurisprudenza del Comitato europeo dei diritti sociali successiva alla decisione su reclamo n. 74/2011, *Fellesforbundet for Sjøfolk v. Norway* del 16 ottobre 2013, con la quale è stata rilevata la violazione dell'art. 24 della Carta sociale europea da parte della normativa norvegese che consentiva il recesso *ad nutum* del lavoratore *over 62*, nonostante l'età pensionabile obbligatoria fosse di 72 anni.

ziale e al raggiungimento di una uguaglianza effettiva fra i cittadini. L'individuazione di un sistema di tutele a valenza generale ha, inoltre, evitato sia effetti divisivi all'interno delle comunità aziendali (essendo le tutele un fattore virtualmente concorrenziale fra le stesse) sia perverse forme di *dumping* che avrebbero potuto realizzarsi attraverso la soglia dimensionale, come dimostra il tanto discusso assetto italiano pre e post riforma. Il legislatore norvegese non ha ritenuto *ragionevole* limitare ad alcuni datori di lavoro l'applicazione della disciplina di tutela nemmeno sulla base di un criterio meramente dimensionale, non potendo il solo dato numerico esprimere il valore dell'impresa e la sua redditività. L'uniformità regolativa ha contribuito a creare una sorta di «abitudine» del mondo imprenditoriale ad assumersi la responsabilità sociale di regolare competitivamente i propri interessi economici senza far leva su modelli organizzativi e criteri dimensionali al fine di eludere le garanzie di legge a tutela del lavoro in tutte le sue forme.

3. — *Il licenziamento per ragioni economiche: il principio dell'extrema ratio* — L'art. 15.7.2 della legge norvegese sul lavoro – nel sancire il principio della giustificazione del licenziamento (*saklig begrunnet*) – si occupa anche delle ipotesi di licenziamento per ragioni economiche (*virksomhetens forhold*), chiarendo che non *ogni* decisione datoriale motivata da esigenze di riorganizzazione e/o ristrutturazione (*driftsinnskrenkning eller rasjonaliseringstiltak*) costituisce di per sé un giustificato motivo di licenziamento. La soppressione di posti di lavoro, quando non è determinata da cause strutturali, deve essere valutata con particolare rigore, non potendo essere giustificata da *qualsiasi* scelta inerente la gestione dell'impresa, ancorché non pretestuosa, e tanto meno dal (mero) fine di ridurre i costi del lavoro (32).

Per quanto riguarda i presupposti di legittimità, il regime di tutela si struttura attorno al principio secondo cui il licenziamento per ragioni economiche deve essere adottato soltanto in mancanza di soluzioni conservative e le scelte imprenditoriali devono essere provate non solo nella loro oggettività, ma anche nella loro *necessarietà*, potendo il controllo giudiziale estendersi fino a sindacare nel merito la possibilità di adottare misure di natura tecnica od organizzativa alternative al licenziamento. Delle ragioni economiche a giustificazione del licenziamento si dà una interpretazione decisamente restrittiva, presupponendosi non tanto una generica riorganiz-

(32) Fougner *et al.* 2013. *Lagmannsrett* 2008-80778 (*Lagmannsrett* corrisponde alla Corte d'Appello, e d'ora in avanti sarà indicata con LR).

zazione dell'impresa, ma la necessità di un ridimensionamento diretto a fronteggiare situazioni sfavorevoli non contingenti e non finalizzato al mero incremento di profitto.

A sostegno di questa impostazione sono presenti, nell'ordinamento positivo, una serie di obblighi datoriali finalizzati a proceduralizzare la fase decisoria.

Il primo obbligo datoriale (*plikt*) – positivizzato nel quadro di una procedura precisa e dettagliata (*saksbehandling*) – consiste nel ricercare nell'ambito dell'attuale assetto aziendale, oppure in quello prevedibile nel futuro prossimo, un'altra posizione lavorativa *adeguata* («*annet passende arbeid*») non necessariamente equivalente da proporre al lavoratore per evitarne il licenziamento (33), con eventuale onere a carico del datore di lavoro di sostenere un ragionevole periodo formativo per favorire la ricollocazione del dipendente. La regola generale del *repêchage* – contrariamente a quelle teorie o posizioni giurisprudenziali che la ritengono un elemento ostativo all'esercizio di un potere altrimenti già legittimo – svolge, a ben vedere, la funzione opposta poiché la «semplice» possibilità di continuare a occupare il lavoratore non consente di prospettare le ragioni oggettive del licenziamento.

Il secondo obbligo legale consiste nell'effettuare un *bilanciamento* dei contrapposti interessi in gioco e nell'attivazione del datore di lavoro nella ricerca di un compromesso (*avveining*) tra le esigenze dell'impresa e il concreto svantaggio (*ulempe*) che il licenziamento finirebbe col provocare nella sfera soggettiva del lavoratore (34). Il bilanciamento tra le esigenze aziendali e l'interesse del lavoratore deve essere effettuato responsabilmente (*forsvarlig*) in relazione alle singole posizioni lavorative interessate (*individuell vurdering*) (35), rispetto alle quali la contrattazione collettiva ha introdotto criteri vincolanti di selezione dei lavoratori fondati su una logica di «equità sociale», sulla falsariga dei criteri di scelta in tema di licenziamenti collettivi.

(33) Art. 15.7 Aml: «*Dismissal due to curtailed operations or rationalisation measures is not objectively justified if the employer has other suitable work in the undertaking to offer the employee*».

(34) Art. 15.7.2 Aml: «*When deciding whether a dismissal is objectively justified by curtailed operations or rationalisation measures, the needs of the undertaking shall be weighed against the disadvantage caused by the dismissal for the individual employee*».

(35) Nell'effettuare il bilanciamento occorre tenere in considerazione le caratteristiche del mercato del lavoro e quelle personali (età, stato di salute, carico familiare, presenza o meno di mutui bancari) e professionali (anzianità di servizio, qualifica, formazione ecc.) del lavoratore. Per una disamina della casistica, Sønsteli Johansen, Stueland 2015, 842. In giurisprudenza, LR 2009-12878 e LR 2011-85150.

Infine, anche dopo aver assolto all'obbligo di *repêchage*, il datore di lavoro ha il dovere di ricercare soluzioni alternative al licenziamento, quali, ad esempio, la trasformazione del rapporto di lavoro a tempo pieno in rapporto *part-time*, la riduzione delle ore lavorative, la cassa integrazione, il trasferimento.

L'ordinamento norvegese contiene una sorta di clausola di *giustificatazza sociale* del potere di recesso che soltanto il sistema tedesco ha positivizzato con la cd. *sozial ungerechtfertigt* contenuta nella legge sui licenziamenti (*Kündigungsschutzgesetz*), con la conseguenza che il licenziamento assunto senza aver rispettato gli obblighi procedurali e i connessi doveri di consultazione sarà annullato dal giudice (36), al quale spetta il compito di bilanciare la libertà di iniziativa economica e la tutela dell'occupazione riconducibile al «fine sociale».

In linea con la concezione restrittiva del licenziamento economico è la dichiarazione di illegittimità del licenziamento motivato da esternalizzazioni (*oppdrag*) o dalla scelta di ricorrere a lavoratori autonomi (*selvstendige oppdragstakere*) per lo svolgimento di normali attività d'impresa, a meno che ciò non sia *assolutamente necessario* alla sopravvivenza dell'impresa (*nødvendig av hensyn til virksomheten fortsatte drift*) (37). Il mancato riconoscimento di una *ratio* giustificativa in qualsiasi ragione organizzativa si traduce in un controllo sulla necessità e inevitabilità (*nødvendighet og kongruens*) (38) dei licenziamenti e, quindi, in un sindacato di merito che si realizza in un giudizio comparativo tra possibili soluzioni diverse, selezionando non quella che connota la discrezionalità delle decisioni imprenditoriali, ma quella più conforme all'esigenza di bilanciamento con le ragioni sociali.

Mentre, dunque, le riforme legislative e persino la giurisprudenza italiana hanno progressivamente «liberalizzato» il licenziamento per g.m.o. anche nella prospettiva del mero aumento del profitto (39), nel sistema norvegese il principio dell'*extrema ratio* ha generato regole molto più incisive che consentono al giudice non solo di verificare la sussistenza e il carattere non fraudolento della modifica organizzativa, ma di sindacarne, in certa misura, l'opportunità sociale (40).

(36) HR 2008-749.

(37) Art. 15.7.3 Aml: «Dismissal owing to an employer's actual or planned contracting out of the undertaking's ordinary operations to a third party is not objectively justified unless it is absolutely essential in order to maintain the continued operation of the undertaking».

(38) Søsteli Johansen, Stueland 2015, 858; LR 2008-80778.

(39) Cass. 7.12.2016, n. 25201, e Cass. 19.4.2017, n. 9869, su cui Maresca 2017; Caruso 2017.

(40) Sigeman 2002, 257.

4. — *Il giustificato motivo soggettivo e la giusta causa tra proporzionalità, giustificatazza e ragionevolezza* — Come in altri ordinamenti, le nozioni di giusto motivo soggettivo e di giusta causa sono ontologicamente *elastiche* e idonee a ricomprendere una pluralità di fatti e comportamenti. Sebbene nell'economia del presente lavoro, finalizzato alla ricostruzione dei principi sottesi alla disciplina, non sia possibile analizzare approfonditamente le singole fattispecie, a ragion di chiarezza può dirsi che l'area dei motivi soggettivi copre sia le ipotesi che riguardano le condizioni oggettive in cui versa il lavoratore (41), sia le ipotesi attinenti al suo comportamento e all'adempimento degli obblighi contrattuali che incidono sul vincolo fiduciario (42) fino a giustificare il recesso del datore di lavoro sebbene nel rispetto di un congruo periodo di preavviso (*oppsigelsesfrister*), che nel sistema norvegese ha la peculiarità di essere ben più lungo che in qualsiasi altro paese europeo (43).

La nozione di giusta causa, invece, include qualsiasi fatto o comportamento del lavoratore tanto grave da non consentire la prosecuzione nemmeno provvisoria del rapporto di lavoro (44), e quindi prevede l'espulsione

(41) I casi tipici consistono nel superamento del periodo di comporto (*sykefravær*) che la disciplina legale fissa a 12 mesi e nella sopravvenuta incapacità lavorativa, nel qual caso il datore di lavoro ha l'obbligo di adottare tutte le misure utili a evitare il licenziamento e, in ultima istanza, di seguire le procedure del «licenziamento concordato» con l'ufficio territoriale del lavoro (Nav). LR 2013-45685; LR 2013-178053 e LR 2004-27911.

(42) In quest'area possono rientrare: l'insubordinazione (*ordrenektelse*); la violazione dell'obbligo di fedeltà (*brudd på lojalitetsplikten og tillitssvik*), su cui HR 2003-1702 e HR 2011-1674; la negligenza e lo scarso rendimento (*sviktende arbeidsprestasjoner*) su cui LR 2009-173393; le violazioni colpose o dolose delle obbligazioni contrattuali, i comportamenti «molesti, impropri o mobizzanti» sul luogo di lavoro (*trakkassering og utilbørlig opptreden*), su cui HR 2004-1844; il furto aziendale (*rot og misligheter i økonomiske forhold*), su cui LR 2013-191191; l'assenza ingiustificata (*ulovlig fravær*); lo svolgimento di attività concorrenziali in danno del datore di lavoro (*konkurrerende virksomhet og annen aktivitet som kan skade arbeidsgiveren*); la dipendenza da alcol o sostanze stupefacenti (*rusmisbruk*), su cui HR 1998-507. Una particolare ipotesi di comportamento che, unitamente ad altre violazioni, può costituire un'aggravante tale da giustificare il licenziamento consiste in ciò che si potrebbe tradurre come «incapacità o mancanza di volontà di contribuire costruttivamente al buon funzionamento dell'interesse aziendale» (*samarbeidsproblemer*), su cui HR 2011-841.

(43) Ai sensi dell'art. 15.3 Aml, il preavviso legale è di un mese, ma la durata aumenta progressivamente in relazione all'età e all'anzianità di servizio del lavoratore fino ad arrivare a 6 mesi. Secondo alcune ricerche, i lavoratori che beneficiano di un preavviso lungo restano disoccupati per un periodo di tempo minore. Sul punto Raymonde 2005; Søsteli Johansen, Stueland 2015, 733 ss.; Jakhelln, Aune 2006, 809-810.

(44) Art. 15-14 Aml.: «*The employer may summarily dismiss an employee if he or she is guilty of a gross breach of duty or other serious breach of the contract of employment...*».

del lavoratore senza la garanzia del preavviso (*avskjed med påbud om øyeblikkelig fratreden*) e senza il diritto di restare sul posto di lavoro fino a conclusione del giudizio di impugnazione (*infra*, par. 6) (45).

Non potendosi procedere nell'analisi qualificatoria delle macroaree del giustificato motivo soggettivo e della giusta causa, quello che interessa evidenziare è la presenza nell'ordinamento di particolari condizioni procedurali finalizzate a rafforzare l'interesse alla conservazione del posto anche a fronte di ragioni giustificatrici connesse a un comportamento del lavoratore lesivo del vincolo fiduciario o dell'interesse economico dell'impresa. Su questo aspetto incide non poco il peso ponderale che nel sistema giuridico-sociale norvegese assume lo *spirito di collaborazione*, considerato un bene fondamentale e quasi un valore sul quale si fonda una comunità, sia essa lavorativa o sociale. Le parti del rapporto di lavoro sono tenute a cercare sempre canali di dialogo e negoziazione per la gestione dei conflitti nel quadro delle procedure di mediazione previste nei contratti collettivi e/o mediante l'intervento di figure professionali specializzate (*rådgiver, støttespillere*). Esempio tipico di questa ricerca costante del «giusto» compromesso cui è orientato l'intero sistema giuridico è la speciale tutela di cui gode il lavoratore affetto da dipendenza da alcol o sostanze stupefacenti nel quadro del cd. Accordo Akan, cui aderisce la maggioranza delle aziende, che prevede una serie di obblighi a carico del datore di lavoro tra cui la concessione di permessi anche lunghi, oltre che l'inibizione del potere di licenziamento durante il percorso di recupero (46).

Anche in caso di giusta causa il legislatore appronta una serie di garanzie, seppur di intensità minore, di natura sostanziale e procedimentale. In via generale, tranne nelle ipotesi di gravità tale da richiedere un provvedimento immediato, il datore di lavoro è tenuto a effettuare una valutazione formale del caso (*saksbehandling*) coinvolgendo nel processo consultivo il lavoratore e i suoi rappresentanti. In secondo luogo, il datore di lavoro è tenuto a «diffidare» formalmente (*advarsel*) il lavoratore dal reiterare il comportamento indebito, soprattutto nei casi in cui esso versi in particolari situazioni personali oppure sia legato all'azienda da una lunga anzianità di servizio.

Il controllo di legittimità in caso di licenziamenti per motivi soggettivi e per giusta causa viene effettuato sulla base di una pluralità di principi che, sebbene finalisticamente collegati, assolvono a funzioni diverse. Innanzitutto viene in rilievo il principio di giustificatezza teso all'accertamento del

(45) Jakhelln 2006, 1114 ss.

(46) LR 1999-163.

fatto imputabile al lavoratore. In secondo luogo, viene effettuato il test di proporzionalità (*forholdsmessighet og proporsjonalitet*) sulla base del raffronto tra comportamento del lavoratore e reazione datoriale (47), il quale, pur connesso al primo, non è a esso sovrapponibile, ben potendo la reazione datoriale essere oggettivamente giustificata ma non proporzionata. Infine, il sindacato di merito viene effettuato sulla base del principio di ragionevolezza (*rimelighetssensur*) che implica il bilanciamento dei contrapposti interessi e, perciò, la considerazione di elementi ulteriori incidenti sull'opportunità sociale del recesso (48).

5. — *I requisiti procedurali a tutela del lavoratore: i licenziamenti «partecipati»* — In coerenza col principio generale dell'*extrema ratio*, la normativa norvegese prevede – per qualsivoglia fattispecie di licenziamento, non soltanto di natura disciplinare e non soltanto nell'area dei licenziamenti collettivi – una serie di obblighi procedurali che costituiscono dei limiti esterni al potere di recesso, ponendosi come condizione di efficacia dello stesso.

I doveri di informazione e consultazione, sviluppatasi nell'ambito della contrattazione collettiva prima di essere inseriti nella Legge del lavoro (49), comportano che, in vista di un licenziamento, il datore di lavoro avvii una fase di consultazione (*drøfting for beslutning om oppsigelse*) con il lavoratore interessato cui partecipa, salva diversa volontà del lavoratore stesso, anche un suo rappresentante (*tillitsvalgt*) (50). Le garanzie procedurali (prelimi-

(47) HR 1988-1188.

(48) HR 2005-518 e *Tingrett* Oslo 2008-81049 (*Tingrett* corrisponde al Tribunale di primo grado, e d'ora in avanti sarà indicato con TR), inerente un caso di licenziamento per giusta causa di un dipendente di *Posten Norge* in cui la reazione datoriale è stata ritenuta conforme ai principi di giustificatezza e proporzionalità ma non anche di ragionevolezza, poiché, attesa la lunga e onorata anzianità di servizio del dipendente (ben 29 anni), l'azienda avrebbe dovuto (almeno) far precedere il licenziamento da un avviso scritto e/o da un colloquio formale col dipendente. In letteratura, Søsteli Johansen, Stueland 2015, 955-956.

(49) Art. 15.1 Aml: «*Before making a decision regarding dismissal with notice, the employer shall, to the extent that it is practically possible, discuss the matter with the employee and the employee's elected representatives unless the employee himself does not desire this. Such discussions shall concern both the grounds for dismissal and any selection between two or more employees regarding who is to be dismissed.*» I diritti di informazione e consultazione nei casi di licenziamenti individuali (art. 15.1 Aml) sono distinti dagli analoghi diritti previsti per i licenziamenti collettivi (art. 15.2).

(50) Il termine «rappresentante» (*tillitsvalgt*) viene usato nella legge in maniera atecnica come «consigliere» che assiste il lavoratore durante la consultazione. Tuttavia, pur potendosi trattare di avvocati o esperti, nella prassi è frequente il ricorso ai rappresentanti sindacali dell'organizzazione cui il lavoratore è iscritto.

nari e successive alla decisione di licenziare) sono finalizzate a rendere effettivo il principio *audiatur et altera pars* come forma extragiudiziale di tutela di ogni prestatore di lavoro destinatario di una decisione, altrimenti unilaterale, suscettibile di avere conseguenze negative nella sua sfera soggettiva. Esse si configurano come interesse giuridicamente protetto del lavoratore e, come tale, invocabile davanti al giudice in caso di lesione (51). La consultazione avviene nell'ambito di una procedura formale, *effettiva e reale*, tale da consentire a entrambe le parti di esprimere un parere «obbligatorio», fornire informazioni sui temi di discussione e cercare soluzioni concrete alternative al licenziamento (*saksbehandlingsregler*).

Esaurita la fase consultiva preventiva, il datore di lavoro ritorna nella disponibilità dei propri poteri e, in caso di esito negativo, può intimare per iscritto il licenziamento, ma al lavoratore è riconosciuto l'ulteriore diritto di chiedere una sorta di revisione postuma della decisione presa (*rett til å kreve forhandling*) (52). Nella prassi tale fase può comportare (e spesso comporta) il ritiro del licenziamento (*å trekke oppsigelsen tilbake*) in conseguenza del «ripensamento» del datore di lavoro alla luce della valutazione complessiva della situazione effettuata proprio nell'ambito della procedura consultiva. L'esito viene formalizzato in un verbale scritto (*protokoll*), e il comportamento delle parti in vista del raggiungimento di una soluzione alternativa al licenziamento è destinato ad avere un peso ponderale specifico in sede giudiziaria.

6. — *Il diritto di restare nel posto di lavoro fino alla sentenza: una norma fondamentale a garanzia del principio di effettività* — L'ordinamento giuridico norvegese prevede uno speciale regime di tutela durante lo svolgimento del giudizio instaurato su ricorso del lavoratore contro il licenziamento ritenuto illegittimo. In presenza di un licenziamento i cui presupposti giustificativi sono in corso di verifica, l'ordinamento riconosce al lavoratore il diritto di continuare a rendere la propria prestazione lavorativa e percepire la retribuzione fino al passaggio in giudicato della sentenza di accertamento (*rett til å fortsette i stillingen under tvistebehandling*) (53), con la conseguenza che il licenziamento non produce effetti finché il giudice non ne abbia accertato la legittimità. Il legislatore nordico ha privilegiato, cioè, una tutela conservativa *in itinere* piuttosto che il ripristino del rappor-

(51) Evju, 2005, 263 ss.

(52) Art. 17.3 Aml: «*The right to demand negotiations*».

(53) Art. 15.11 Aml: «*The employee's right to remain in his post. In the event of a dispute concerning whether the employment relationship has been legally terminated [...] an employee may remain in the post as long as negotiations are in progress*».

to lavorativo *ex post* riconoscendole quel grado di *adeguatezza* tale da costituire un effettivo deterrente all'adozione di provvedimenti illegittimi ed evitando che sia il lavoratore a «pagare» i tempi dell'accertamento giudiziale. Peraltro, è proprio la durata relativamente breve del processo del lavoro, assistito dai principi di celerità, oralità e concentrazione (54), a rendere «sostenibile» il diritto del lavoratore di restare al suo posto senza provocare gravi lesioni dell'interesse economico datoriale.

Il diritto alla continuazione del rapporto per tutta la durata del processo di accertamento della legittimità del licenziamento, esercitabile previa richiesta del lavoratore (*krau*) (55), è una regola che trova applicazione in qualsivoglia fattispecie con le sole eccezioni del licenziamento per giusta causa (56), o avvenuto durante il periodo di prova, e dell'interruzione *ante tempus* dei contratti a tempo determinato.

La disposizione – unica nel panorama giuridico europeo (57) – poggia su solide basi ordinamentali e sui principi di razionalità giuridica e di ragionevolezza. Innanzitutto, la norma è pragmaticamente finalizzata a evitare le problematiche connesse a una reintegrazione *ex post* del lavoratore, se e quando il licenziamento dovesse essere annullato dal giudice. Sul versante soggettivo, e quindi della effettività dei diritti (e delle sanzioni), la disposizione copre una pluralità di interessi fondamentali del lavoratore tra cui la dignità e la libertà personale, garantite attraverso la continuità del reddito (fino a quando non sia intervenuta una sentenza a confermare la

(54) HR 2007-459, secondo cui a garanzia dell'effettività dei diritti dei lavoratori il processo deve svolgersi in unica udienza secondo il principio «*fair and public hearing*» contenuto nell'art. 6 della Cedu. A partire dalla data di fissazione della trattazione della causa le udienze si tengono in giorni successivi fino alla conclusione del processo, che, in prima istanza, ha una durata variabile tra i 6 e gli 8 mesi.

(55) Art. 17.4 Aml.

(56) Invero, in caso di licenziamento per giusta causa il giudice può disporre il reinserimento immediato del lavoratore laddove le circostanze di fatto possono far ritenere che il datore di lavoro abbia fatto ricorso alla giusta causa proprio per sottrarsi all'applicazione della norma garantista. Così HR 2001-956.

(57) Soltanto il sistema tedesco prevede qualcosa di analogo, ma non come regola generale. In Germania, il datore di lavoro che intenda licenziare (con preavviso) ha l'obbligo di consultare il comitato aziendale (art. 102 *Betriebsverfassungsgesetz* – *BetrVG*), il quale può esprimere il proprio consenso oppure opporsi al licenziamento. In quest'ultimo caso, il datore di lavoro è tenuto a consentire al dipendente di restare nel suo posto di lavoro fino alla sentenza, se questi lo richiede e se ha impugnato il licenziamento. Il datore di lavoro può chiedere al giudice di essere esonerato da quest'obbligo solo se la prosecuzione del rapporto in pendenza di giudizio comporta una insostenibile imposizione economica, oppure se l'opposizione del comitato aziendale e le ragioni di impugnazione appaiono palesemente infondate.

giustificata dell'evento interruttivo). La disposizione garantisce (anche) l'accesso alla tutela giudiziaria, sottraendo il lavoratore al «ricatto» dell'immediata perdita della fonte di reddito che lo spingerebbe più facilmente ad accettare eventuali offerte indennitarie a fronte della rinuncia al diritto di impugnazione (58). La norma mira anche a proteggere il bene della professionalità, atteso che un allontanamento di una certa durata dal lavoro comporta un indebolimento delle competenze tecnico-professionali o la perdita di *chance* di carriera (59).

La norma contiene, ovviamente, una clausola di contemperamento con gli interessi datoriali, e infatti, al ricorrere di determinate condizioni, il datore di lavoro può chiedere al giudice di «sospendere» *in medio tempore* il lavoratore (con conseguente interruzione della retribuzione). Ciò rappresenta tuttavia un'eccezione (*unntakt*), potendo il giudice accettare la richiesta motivata del datore di lavoro solo se la prosecuzione del rapporto in pendenza del giudizio sia «irragionevole» (*urimelig*) (60). La Corte di Cassazione norvegese ha affermato che il ricorso all'«eccezione» deve potersi giustificare sulla base di circostanze obiettive e sulla concreta valutazione dei pregiudizi che le parti subirebbero rispettivamente nell'uno e nell'altro caso (61), e ogni recessione dallo standard generale di tutela deve avere un'applicazione restrittiva (62) ed essere subordinata alla mancanza di soluzioni alternative idonee a contemperare entrambi gli interessi, quali, ad esempio, il trasferimento anche al di fuori dei presupposti giuridici generali (*avtalt omplussing*) (63).

Stante la regola generale (*hovedregel*) della conservazione del posto di lavoro e della retribuzione dalla data del licenziamento fino alla sentenza, nell'ordinamento giuridico norvegese si parla relativamente poco di reintegrazione (*gjenninntreden*) rappresentando quest'ultima, in pratica, uno strumento rimediale che trova applicazione essenzialmente nei casi di licenziamento per giusta causa poi annullato dal giudice oppure di ingiusto allontanamento del lavoratore alla scadenza del periodo di preavviso (64).

(58) Søsteli Johansen, Stueland 2015, 867 ss.

(59) HR 2009-179.

(60) Art. 15.11.2 Aml: «*If so demanded by the employer, the Court may nevertheless decide that the employee shall leave his post while the case is in progress if the Court finds it unreasonable that employment should continue while the case is in progress. This shall also apply in connection with full or partial closing down of activities.*».

(61) HR 1986-722 ha indicato i criteri generali per la valutazione del concetto di ragionevolezza a seconda che il licenziamento sia avvenuto per motivi oggettivi o soggettivi.

(62) HR 2004-1413.

(63) HR 2009-179.

(64) Art. 15.11.5 Aml.

Nel sistema norvegese, dunque, non è tanto la reintegrazione quanto, ancor prima, il diritto alla conservazione del lavoro e della retribuzione fino alla sentenza di accertamento a rappresentare lo strumento di tutela della libertà individuale e collettiva dei lavoratori nel quadro di un modello sanzionatorio teso a riconoscere, in via generale, che l'interesse del lavoratore alla continuità del rapporto di lavoro è più meritevole di tutela dell'opposto interesse a conseguire effetti risolutivi prima dell'accertamento della legittimità dell'atto datoriale.

7. — *Le sanzioni e il principio della parità di tutela* — Per quanto riguarda gli aspetti rimediali, il licenziamento intimato in violazione delle disposizioni legali è considerato invalido (*ugyldig*) (65), con il conseguente riconoscimento a favore del lavoratore del diritto alla conservazione del posto di lavoro e del risarcimento del danno (patrimoniale e non) (66).

Se il lavoratore ha beneficiato del diritto a restare sul posto di lavoro in pendenza del giudizio, l'annullamento del licenziamento produce conseguenze essenzialmente giuridiche, proseguendo il rapporto invariato. La tutela *ex post* in forma specifica mediante reintegrazione, invece — mentre in ordinamenti come quello italiano rappresenta(va) la «normalità» almeno fino alla piena operatività dell'art. 18 St. lav. —, è considerata dalla dottrina e dalla giurisprudenza norvegese causa di situazioni «disordinate e incerte» (*uryddig og usikker*) (67).

Se la conservazione del posto rappresenta la generale sanzione, in alcuni casi del tutto peculiari il giudice può disporre la cessazione del rapporto di lavoro pur in caso di licenziamento illegittimo e limitarsi al riconoscimento di una indennità risarcitoria commisurata all'anzianità di servizio. La tutela risarcitoria rappresenta un'eccezione (*unntaksregel*) da applicare in via restrittiva (68) quando la prosecuzione del rapporto di lavoro risulti «palesamente irragionevole» (*åpenbart urimelig*) (69), ossia quando una giurispru-

(65) Art. 15.12.1 Aml: «*If case of unfair dismissal [...] the Court shall rule the dismissal invalid*».

(66) HR 2011-596; HR 2012-168. Sul danno non patrimoniale, LR 2013-75302, in cui il giudice ha liquidato 30.000 kr (circa 3.500 euro) al lavoratore ingiustamente licenziato per essere stato esposto a una negativa visibilità all'interno dell'ambiente di lavoro. Un'altra fattispecie di danno risarcibile è quella delle perdite economiche future (*erstatning for framtidig tap*), su cui HR 1997-1506.

(67) Søsteli Johansen, Stueland 2015, 896; Fougner, Holo 2013, 849-850.

(68) Art. 15.12.2. Aml; HR 2009-685 («*fratredelsensalternativet er en snever unntakshjemmel*»).

(69) Art. 15.12.2 Aml: «*In special cases, if so demanded by the employer, the Court may decide that the employment shall be terminated if, after weighing the interests of the*

denza, tradizionalmente abituata a effettuare quel fondamentale bilanciamento degli interessi che la legge richiede, ritenga che sia ormai preclusa una utile ripresa della collaborazione tra le parti. L'abbassamento dello standard di tutela – dalla forma specifica a quella risarcitoria – è giustificato solo se necessario a tutelare un altro diritto (quello della corretta prosecuzione del rapporto) e solo se non esistano altre vie per perseguire tale finalità, dovendo altrimenti trovare applicazione la regola secondo cui il lavoratore – in caso di licenziamento illegittimo – ha il diritto a ottenere esattamente quanto dovuto, ossia il diritto a lavorare.

Esistono dunque altri «modi» e «mondi» paralleli da esplorare diversi dal *mainstream* neoliberalista, i cui esiti socialmente drammatici sono ormai evidenti.

Se le scelte del legislatore (non solo) italiano hanno comportato una revisione profonda dei paradigmi garantisti espressione di quel compromesso fra istanze sociali e libertà economiche presente in molte Costituzioni europee, producendo nuove e ingiustificate diseguaglianze sociali attraverso le alchimie delle tutele crescenti (70), il sistema nordico sembra dimostrare concreta la possibilità di tenuta e di positivo funzionamento anche sul versante dei risultati economici (71), della concezione democratico-garantista della norma protettiva.

Riferimenti bibliografici

- Adamiak A.L. (2011), *Direct Democracy in Local Politics in Norway*, in Schiller T. (a cura di), *Local Direct Democracy in Europe*, Springer Fachmedien Wiesbaden, 113 ss.
 Allstrin T. (2012), *Endring og opphør av arbeidsforhold*, Kommuneforlaget, Oslo.
 Amoroso G. (2015), *Le tutele sostanziali e processuali del novellato art. 18 dello Statuto dei lavoratori fra giurisprudenza di legittimità e Jobs Act*, in *RIDL*, n. 3, I, 330 ss.
 Andersen J. (2014a), *Nordic Labour Market models in open markets*, Etui, 132 ss.

parties, the Court finds it clearly unreasonable that employment should continue». Lo stesso può accadere in caso di licenziamento per giusta causa poi rivelatosi illegittimo, ai sensi dell'art. 15.14 Aml.

(70) Stiglitz 2012, spec. cap. 3; De La Porte, Heins 2015, 8 ss.; Jenson 2012, 21 ss.; Fontana 2016a, 10; Hepple, Veneziani 2010, 92 ss.; Speciale 2016.

(71) Cfr. Onu 2015, *The Decent Work Agenda*, rilanciata all'Assemblea generale delle Nazioni Unite nel settembre 2015 come parte integrante della nuova *Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile* basata sui quattro pilastri della protezione sociale, dei diritti del lavoro, del dialogo sociale e della creazione di occupazione. Si veda anche lo studio Oil 2013 *Decent Work Indicators* dal quale emerge che la stabilità e la sicurezza del lavoro costituiscono fattori determinanti del quadro di valutazione del *decent work*.

- Andersen J. (2014b), *Nordic Models in turbulent times: Consolidation and flexible Adaptation*, in Dølvik J. (a cura di), *European Social Models from Crisis to Crisis: Employment and Inequality in the Era of Monetary Integration*, Oxford University Press, 246 ss.
- Bernitz U. (2000), *Nordic Legislative Cooperation in the New Europe. A Challenge for the Nordic Countries in the EU Perspective*, in *Scandinavian Political Studies*, n. 2, 29 ss.
- Carrozza P. et al. (2014), *Diritto costituzionale comparato*, Laterza, Bari.
- Caruso S. (2017), *Riflessioni retrospettive sul giustificato motivo oggettivo (a prescindere dal Jobs Act): la fattispecie*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 323.
- Castles F.G. (2009), *The Social Democratic Image of Society, A Study of the achievement and origins of Scandinavian Social Democracy in comparative perspective*, Routledge, London.
- Cazes S., Nesporova A. (2007), *Flexicurity. A Relevant approach in Central and Eastern Europe*, Ilo, Geneva.
- Cester C. (2015), *I licenziamenti nel Jobs Act*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 273.
- De La Porte C., Heins E. (2015), *A New era of European Integration? Governance of Labour Market and Social Policy since the sovereign debt crisis*, in *Comparative European Politics*, vol. 13, 1, 8 ss.
- Dølvick J. (2008), *The Negotiated Nordic Labour Markets: from Bust to Boom*, in *W.P. of Center for European Studies*, n. 162.
- Dølvick J. (2016), *Le modèle nordique en période de crise: est-il toujours capable de s'adapter?*, in *Revue française des affaires sociales*, n. 1, 111 ss.
- Dølvick J., Steen A. (1997), *Making Solidarity Work. The Norwegian Labour Market Model in Transition*, Scandinavian University Press, Oslo.
- Dølvick J., Stokke T.A. (1998), *Norway: Revival of Centralized Concertation*, in Ferner A., Hyman R. (a cura di), *Changing Industrial Relations in Europe*, Blackwell, Oxford, 118 ss.
- Duranti F. (2009), *Gli ordinamenti costituzionali nordici. Profili di diritto pubblico comparato*, Giappichelli, Torino.
- Evju S. (1991), *Aspects of Norwegian Labour Law*, Osloforlaget, Oslo, 130 ss.
- Evju S. (1995), *European Labour Law from a Norwegian Perspective*, in *The international Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, vol. 11, 327 ss.
- Evju S. (2005), *Informasjon og drøftelser som beslutningsvilkår*, in Evju S., *Arbeidsrett og arbeidsliv*, Gyldendal, Oslo, 263 ss.
- Evju S. (2008), *The Right to Strike in the norwegian Labour Law*, *Arbeidsrett*, vol. 5, 2, 79 ss.
- Evju S. et al. (2013), *Det kollektive arbeidslivet: Organisasjoner, tariffavtaler og lønsoppgjør*, Universitetsforlaget, Oslo.
- Ferrera M. (2016), *In mezzo al guado. Lo stil novo di Renzi e le politiche di lungo periodo*, in *Rivista italiana di politiche pubbliche*, n. 1, 47 ss.
- Folke S. (1973), *Law and Industrial Peace. The Scandinavian Approach*, in *Scandinavian Studies in Law*, n. 17, 324 ss.
- Fontana G. (2014), *Crisi economica ed effettività dei diritti sociali in Europa*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 104.

- Fontana G. (2015), *Inderogabilità, derogabilità e crisi dell'uguaglianza*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 276.
- Fontana G. (2016a), *La riforma del lavoro, i licenziamenti e la Costituzione. Riflessioni critiche*, in *www.costituzionalismo.it*, 2.
- Fontana G. (2016b), *La Carta sociale europea e il diritto del lavoro oggi*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 132.
- Fougner J. (2013), *Omstilling og nedbemanning*, Universitetsforlaget, Oslo.
- Fougner J, Holo L. (2013), *Arbeidsmiljøloven. Lov av 17 juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern. Kommentartutgave*, Universitetsforlaget, Oslo, 849 ss.
- Galenson W. (1949), *Labour in Norway*, Harvard University Press.
- Gambino S. (2008), *I diritti sociali e l'Unione europea*, in *La cittadinanza europea*, 1.
- Hasselbalch O. (2009), *The Roots: the History of Nordic Labour Law*, *Paper of Stockholm Institute for scandinavian law*.
- Hepple B. (2006), *Flexibility and Security of Employment*, in Blanpain R., Engels P. (a cura di), *Comparative labour law and industrial relations in industrialized market economies*, The Hague, 287 ss.
- Hepple B. (2010), *The Making of Labour Law in Europe. A Comparative Study of Nine Countries up to 1945*, Hart Publishing, London.
- Hepple B., Veneziani B. (2012), *The Transformation of Labour Law in Europe. A Comparative Study of 15 Countries 1945-2004*, in *Industrial Law Journal*, 39, 1, 92 ss.
- Hernes G. (1991), *The Dilemmas of Social Democracies. The case of Norway and Sweden*, in *Acta Sociologica*, 34, n. 4, 239 ss.
- Jakhelln H. (2006), *Oversikt over arbeidsretten*, Cappelen Damm, Oslo, 1114 ss.
- Jakhelln H., Aune H. (2006), *Arbeidsrett.no: Kommentarer til arbeidsmiljøloven*, Cappelen Damm, Oslo, 809 ss.
- Jenson J. (2012), *A new Politics for the Social Investment Perspective*, in Bonoli G., Natali D. (a cura di), *The Politics of the new Welfare State*, Oxford University Press, 21 ss.
- Kahn-Freund O. (1974), *On uses and misuses of Comparative Law*, in *The Modern Law Review*, vol. 37, 1 ss.
- Madsen P.K. (2007), *Flexicurity: A New Perspective on Labour Markets and Welfare States in Europe*, in *Tilburg Law Review*, 1-2, 57 ss.
- Maresca A. (2017), *Come cambia il giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, in *www.ipsoa.it*.
- Neal A. (2000), *European Social Policy and the Nordic Countries*, Ashgate, Aldershot.
- Negaard K. (2014), *Social democratic Capitalism*, in Wilkinson A. et al. (a cura di), *Employment Relations*, Oxford Handbook, 292 ss.
- Nielsen R. (2005), *Protection of Employment Rights*, in Bruun, *The Nordic Labour Relations Model*, Ashgate, Aldershot, 93 ss.
- Ocse (2016), *Better Life Index Report*.
- Oil (2013), *Decent work indicators*.
- Onu (2017), *World Happiness Report*.
- Onu (2015), *The Decent Work Agenda*.
- Pagni I. (2016), *L'effettività della tutela in materia di lavoro*, in *RIDL*, n. 2, I, 228 ss.
- Raymonde T. (2005), *Social Accompaniment Measures for Globalisation: Sop or Silver Lining?*, Mimeo.

- Sejersted F. (2011), *The Age of Social Democracy. Norway and Sweden in the Twentieth Century*, Princeton University Press.
- Sigeman T. (2002), *Employment protection in Scandinavian Law*, in *Stability and Change in Nordic Labour Law*, Wahlgren, Stockholm, 257 ss.
- Sønsteli Johansen A., Stueland E. (2015), *Arbeidsmiljøloven: kommentarer og praksis*, Gyldendal, Oslo.
- Speziale V. (2016), *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra Costituzione e diritto europeo*, in *RIDL*, n. 1, II, 111 ss.
- Stiglitz J. (2012), *The Price of Inequality. How Today's Divided Society Endangers Our Future*, Columbia University Press.
- Turpin D. (2007), *Droit constitutionnel*, Puf, Paris.
- Wilthagen T., Tros E. (2004), *The concept of «flexicurity»: a new approach to regulating employment and labour markets*, in *Transfer*, n. 10, 166 ss.
- World Economic Forum (2016), *The Global Competitiveness Report 2016-2017*.

ABSTRACT

Il saggio analizza la disciplina dei licenziamenti individuali nell'ordinamento giuridico norvegese nella prospettiva dei principi che regolano l'azione legislativa, in particolare dei principi di uguaglianza e di effettività. Dopo una breve introduzione al cd. modello nordico, l'analisi si sofferma sulla disciplina delle diverse fattispecie di licenziamento tenendo conto della relativa giurisprudenza. La seconda parte del saggio è incentrata sulle tecniche di tutela, il cui perno normativo è rappresentato da un istituto che, unico nel panorama giuridico europeo, garantisce al lavoratore il diritto a restare nel proprio posto di lavoro fino alla sentenza di accertamento della legittimità del licenziamento. Dall'esame complessivo della disciplina emergono scelte di politica del diritto tese a tutelare la stabilità del posto di lavoro e a preservare una concezione dei diritti come base della democrazia sostanziale, contrariamente a quanto avvenuto in Italia, ove recenti riforme hanno determinato una drastica riduzione dei paradigmi protettivi.

JOB STABILITY AND THE EFFECTIVENESS PRINCIPLE: THE TERMINATION OF EMPLOYMENT RELATIONSHIP IN THE NORWEGIAN LEGAL SYSTEM

The essay analyses the Norwegian individual dismissal law in the perspective of the principles regulating the legislative action, in particular the principles of equality and effectiveness. After an introductory comment on the so-called nordic model, the analysis focuses on the essential aspect of the termination of employment relationship, taking into account the relevant case-law. The second part of the paper focuses on the legal protection against the unfair dismissal. The central rule is represented by the employees's right to remain in his working place as long as the case is in progress and until the judgment establishing whether or not dismissal is lawful. This legal provision does not exist in any other European country. From the overall analysis of the Norwegian discipline emerges important law policy choices aimed to protect the job stability and to preserve a conception of rights as the basis of substantial democracy, unlike what happened in Italy, where recent reforms have determined a drastic reduction of the protective paradigms.